

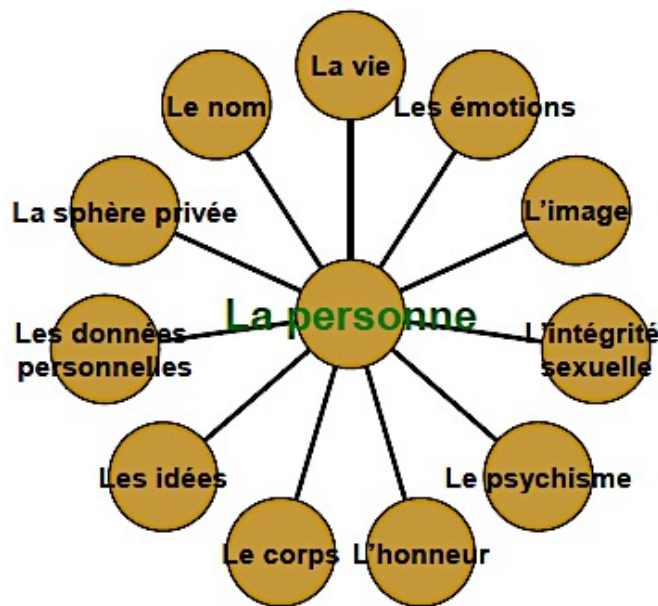
## I. Aperçu de droit européen

---

- Codification de la protection de la personnalité en droit suisse dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle (art. 28 CC) : pierre angulaire du droit suisse.
- Lien entre les droits de la personnalité et le développement économique et social, développement continu et exponentiel des droits de la personnalité.
- La protection de la personnalité souvent issue d'une pesée des intérêts en présence effectuée par l'autorité judiciaire.
- Parfois le conflit en présence nécessite une intervention législative (Loi fédérale sur la protection des données, le droit de réponse, l'art. 28b CC).
- Double aspect des droits de la personnalité : pouvoir discrétionnaire de la personne dans ses rapports avec les tiers (aspect défensif) et maîtrise de la personne sur elle-même (droit à l'autodétermination).
- **Méthode** : articles 27 à 30a CC ; Loi fédérale sur la protection des données ; jurisprudence du Tribunal fédéral ; Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ; Jurisprudence la Cour de Justice de l'Union européenne.

### A. Les biens de la personnalité

- Définition : « La personnalité est l'ensemble des biens (ou des valeurs) qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence. »
- Titulaires : personnes physiques ET personnes morales pour les aspects qui ne sont pas inséparables de la condition humaine (art. 53 CC).



### B. Des « biens » aux « droits » de la personnalité

- Caractéristiques des droits de la personnalité :
  - o Strictement personnels sujets à représentation (à l'exception des droits non sujets à représentation !!!), par exemple un mineur pourra consentir lui même à son traitement médical.
  - o Absolus : p.ex le droit de se marier. L'incapable de discernement ne pourra pas se marier et ne pourra pas être représenté à cet effet.
  - o Inaliénables : inséparables de la personne qui les détient.
  - o Non patrimoniaux : ces droits n'ont pas de valeur pécuniaire propre mais cela n'exclut pas qu'on puisse agir en dommages et intérêts / en réparation du tort moral.

- Rapports en droit interne et CEDH
  - o Conception moniste, le droit international vaut de manière immédiate, le droit interne et international est un seul et même ensemble, pas besoin de le transposer.
  - o Constitution (polycopié I, page 1)
    - Art. 190 Cst : absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, donc le TF est tenu d'appliquer le droit fédéral mais aussi le droit international.
    - Art. 5 al.4 Cst : contrôle de conventionalité avec primauté du droit international, TF vérifie en principe si une loi est conforme à la CEDH. Si une norme est contraire, elle ne doit pas être appliquée ou même être appliquée contre son texte clair pour satisfaire aux droits fondamentaux (il y a beaucoup de tunnels politiques qui essaient d'attaquer cette réalité dans le but d'obtenir la primauté du droit national).
  - o CEDH (polycopié I, p. 2 ss)
    - Dispositions directement applicables
    - ACEDH : autorité de la chose jugée
    - Mécanisme le plus efficace de garantie des droits de la personne
  
- La Suisse face à la CourEDH :
  - o ACEDH : ni effet suspensif, ni effet cassatoire. En somme, en 2015, il y a eu 10 arrêts de la Cour concernant la Suisse dont 3 violations. P.ex en 2010, la Suisse a été condamnée 8 fois sur 11. Toutefois, le jugement interne demeure en vigueur et il y a une procédure de révision si elle est nécessaire.
  - o Le jugement interne demeure en vigueur
  - o EN cas de condamnation de la Suisse, procédure de révision
    - Art. 122 LTF (polycopié I, p.1)
      - Violation de la CEDH ou de ses protocoles
      - Indemnité inapte à remédier aux effets de la violation
      - Révision nécessaire à cet effet (ex : arrêt Emonet, création à nouveau du lien de filiation avec la mère suite au jugement de la CourEDH).

### C. Le droit à la vie : art. 2 CEDH

- : « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi »
  
- Droit absolu, on ne peut pas limiter
  - o Quid de l'enfant à naître ? A-t-il déjà un droit à la vie ? Ce qui peut poser problème avec l'avortement. Il y a eu plusieurs arrêts rendus par la Cour : arrêt « Vo » dans le polycopié 4, deux patientes avaient le même nom et un médecin a procédé à un examen sur la mauvaise des 2 femmes et son enfant à naître est décédé. Elle a attaqué le médecin pour homicide, mais ça n'a pas été admis. C'est posé la question aussi dans l'arrêt « Evans » de 2007, destruction des embryons (donc enfant pas encore implanté) : le couple s'est séparé, madame voulait continuer le projet mais pas monsieur et a demandé la destruction des embryons.
  
- Obligations négative et positive à la charge de l'Etat : pas que dans le cadre de l'art. 2 CEDH, très important car typiquement impose à l'Etat de ne pas porter atteinte à la vie mais aussi de protéger la vie par des mesures actives ! Typiquement, cela impose aux hôpitaux, privés ou publics, de protéger la vie des patients. Ex : bébé prématuré qui n'a pas survécu en Turquie ou un jeune homme atteint du sida décédé en Roumanie, les deux pays condamnés car les deux victimes n'ont pas eu les soins adéquats.

### D. Le droit au respect de la vie privée et familiale : art. 8 CEDH

- « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.  
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».
- Droit à protection relative, à savoir un droit à la fois garanti et limité.
- Obligation négative = ingérence, cf. art. 8 par. 2
  - Base légale
  - But légitime
  - Nécessité = proportionnalité
- Obligation positive = méconnaissance, cf. art. 8 par. 1
  - Adoption de mesures visant au respect de la vie privée et familiale jusque dans les relations des individus entre eux
- Absence de définition précise de la frontière entre obligations positives et négatives
  - Principes applicables comparables :
    - Juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu
    - Certaine marge d'appréciation de l'Etat
    - Mais importance particulière des questions touchant aux aspects les plus intimes de la vie privée
- Notion large de « vie privée »
  - Intégrité physique et morale, p.ex internement à tort dans un hôpital psychiatrique. Un pouvoir consenti au traitement médical fait partie de cette intégrité finalement.
  - Identité physique et sociale
  - Droit au développement personnel
  - Droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur. Il faut toujours regarder une porte ouverte sur l'art. 8, pck p.ex c'était pas évident dans l'arrêt « Vionnet » avec le transport du bébé mort-né, transporté et enterré dans une fosse commune sans que la mère le sache...
- Large champ d'application de la vie privée, en particulier :
  - La sexualité
  - La transsexualité
  - Le nom
  - L'image
  - La sphère privée
  - Le droit à la connaissance de ses origines

## E. La liberté d'expression : art. 10 CEDH

- « 1. Toute personne a **droit à la liberté d'expression**. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...)»
- 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, **restrictions** ou sanctions **prévues par la loi**, qui constituent des **mesures nécessaires**, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

- Droit à la protection relative, à savoir un droit à la fois garanti et limité, pour préserver certains intérêts
- Conditions de restriction : art. 10 par. 2 CEDH
  - o « Prévues par la loi »
    - Prévisibilité de la mesure déterminante
    - Norme suffisamment précise : aptitude du citoyen à pouvoir de prévoir les conséquences susceptibles de découler de son acte ; certitude absolue non requise.
  - o But légitime
  - o « Nécessaire dans une société démocratique »
  - o Proportionnalité au but légitime poursuivi
    - Caractère approprié de l'ingérence visant à protéger l'intérêt légitime mis en danger
    - Choix de la mesure attentatoire au droit en cause
    - Pondération entre intérêts individuels et intérêts collectifs
  - o Motifs pertinents et suffisants
  - o Les exceptions à la liberté d'expression :
    - Interprétation restrictive
    - En particulier s'agissant du discours politique ou des questions d'intérêt général
    - Raisons impérieuses nécessaires pour restreindre le discours politique : réalisées quand discours de haine
    - Mise en balance entre :
      - Le droit à la protection de la réputation
      - Et les intérêts de la libre discussion des questions politiques ou d'intérêt général
      - Marge d'appréciation particulièrement restreinte.

## F. Les conflits de droits fondamentaux

- Opposition de deux droits/libertés garantis par la CEDH : juste point d'équilibre
- Par exemple :
  - o Droit de devenir mère par insémination artificielle (art. 8 CEDH) v. droit de refuser de devenir père (art. 8 CEDH) (ACEDH de Grande Chambre Evans du 10 avril 2007, polycopié IV), ici histoire des embryons détruits. Le droit interne était clair en disant que le couple devait être d'accord et que si l'un refusait son consentement (cela a été porté à la connaissance de la mère qui avait signé), alors les embryons devraient être détruits.
  - o Droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH) v. droit à la liberté d'expression (art. 10 CEDH) (ACEDH von Hannover du 24 juin 2004, polycopié IX ; ACEDH de Grande Chambre Springer du 7 février 2012 ; ACEDH de Grande Chambre Delfi AS c. Estonie du 16 juin 2015, polycopié I p. 48ss).
- Critères pertinents dans la mise en balance du droit à la liberté d'expression (art. 10 CEDH) et du droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH)
  - o Contribution à un débat d'intérêt général
  - o Notoriété de la personne visée et l'objet du reportage
  - o Comportement antérieur de la personne concernée, si p.ex avant elle faisait exprès de se mettre en avant pendant des événements où il y avait la presse
  - o Mode d'obtention des informations et leur véracité : circonstances de la prise de vue pour les photos, si p.ex mur de 10 mètres qui entoure la maison d'une star avec lequel c'est très dur de prendre des photos.
  - o Contenu, la forme et les répercussions de la publication
  - o Gravité de la sanction imposée par les autorités nationales
- ACEDH de Grande Chambre Delfi AS c. Estonie du 16 juin 2015, polycopié I, p. 48 ss
  - o Responsabilité d'un portail d'actualités sur Internet concernant des commentaires injurieux laissés par des internautes

- La Cour a admis que l'hébergeur engage sa responsabilité lorsqu'il aurait dû savoir que des commentaires illicites seraient postés et qu'ils ne les suppriment pas immédiatement
  - « L'ignorance délibérée » équivaut à la connaissance positive.
  - Obligation de supprimer sans délai = contrôle *a posteriori*. « Sans délai » est sujet à interprétation... Delfi avait mis 6 semaines pour supprimer, donc pas de discussion ici.
- Evaluation des droits concurrents ; marge d'appréciation des Etats :
    - Principe : marge réduite
      - Protection de droits concrets et effectifs
      - Aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu en jeu
    - Exception : ample marge
      - Absence de consensus
      - Questions morales ou éthiques délicates
      - Equilibre entre intérêts privés et publics concurrents
      - Equilibre entre différents droits protégés par la Convention

## G. La protection des données à caractère personnel

- Impact sur le respect de la vie privée des nouvelles possibilités de traitement de données (collecte, stockage, utilisation des données)
  - Nécessité d'encadrer le traitement de données
  - Conseil de l'Europe et Union européenne
- Conseil de l'Europe :
  - Art. 8 CEDH : respect de la vie privée
  - Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 (Convention 108 ; RS 0.235.1, ratifiée le 2 octobre 1997 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> février 1998).
- Convention 108 (polycopié I, p. 7 ss)
  - But :
    - Garantir à toute personne physique le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, en particulier le respect de son droit à la vie privée à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant (art. 1)
  - Objet :
    - **Personne identifiée ou identifiable** sujet à un traitement dans un des Etats parties indépendamment de sa nationalité ou de son lieu de résidence
    - Traitement de données des **personnes physiques** (et non morales)
    - **Traitement automatisé** de données personnes du **secteur public et du secteur privé**.
  - Définitions :
    - « **Données à caractère personnel** » : toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable
    - « **Fichier automatisé** » : tout ensemble d'informations faisant l'objet d'un traitement automatisé
    - « **Traitement automatisé** » : enregistrement des données, application à ces données d'opérations logiques et/ou arithmétiques, leur modification, effacement, extraction ou diffusion
    - « **Maitre du fichier** » : la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme, compétent selon la loi nationale, pour décider de la finalité du fichier automatisé, des catégories de données à caractère personnel enregistrées et des opérations appliquées.
  - **Catégories particulières de données** :
    - Art. 6 : les données sensibles

- Révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions
    - Relatives à la santé ou à la vie sexuelle
    - Concernant des condamnations pénales
  - Liste non exhaustive mais minimale de données sensibles
  - Principe : pas de traitement automatique
  - Exception : garanties appropriées en droit interne
  - **Caractéristiques de la Convention 108 :**
    - Exclusion des réserves (art. 25)
    - Exceptions possibles aux principes posés pour la protection des données, si nécessaire dans une société démocratique et prévues par la loi (art. 9 al.2).
    - Restrictions possibles aux droits des personnes concernées en cas de traitement à des fins statistiques ou de recherche scientifique, et pour autant qu'absence manifeste de risque d'atteinte à la vie privée (art. 9 al.3)
  - **Engagement des Etats selon la Convention 108 :**
    - Obligation de prévoir des sanctions et recours visant les violations des dispositions du droit interne concrétisant les principes de base de la Convention (art. 10)
    - Obligations aux seuls Etats parties, car absence d'application directe
      - Les personnes concernées ne peuvent pas déduire des droits directement fondés sur la Convention.
      - Les législations nationales fondent le droit des individus (décision 200/518/CE, polycopié I, p. 23ss).
- La Convention 108 n'est pas le seul instrument du Conseil de l'Europe régissant la protection des données à caractère personnel
- Adoption des recommandations sectorielles
  - Adoption d'un **protocole additionnel** le 18 novembre 2001 concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (RS 0.235.11 ; entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2008).
- **L'union européenne**
- **Directive 95/46/CE**, polycopié I, p. 11ss
    - Complément des principes de base de la protection des données ancrés dans la Convention 108
    - But :
      - Libre circulation des données à caractère personnel entre les Etats membres tout en protégeant les libertés et les droits fondamentaux des personnes physiques, notamment leur vie privée
      - Harmoniser les législations nationales en matière de protection des données à caractère personnel
    - Par rapport à la Convention 108, **nouvelles exigences**, dont :
      - Art. 8 : interdiction du traitement de données sensibles, avec une longue liste d'exceptions, dont :
        - Consentement explicite de la personne concernée
        - Traitement nécessaire en matière de droit du travail et autorisé par le droit national
        - Traitement nécessaire à la défense d'intérêts vitaux de la personne ou de tiers
      - Art. 10 et 11 : information de la personne concernée sur les caractéristiques essentielles du traitement
      - Art. 12 : droit d'accès aux contours définis
      - Art. 14 : droit d'opposition au traitement des données personnelles
      - Art. 28 : nécessité d'une autorité de contrôle surveillant l'application des dispositions de la Directive en droit interne
  - **Règlement UE 2016/679 du Parlement Européen et du** du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la

libre circulation de ces données. Entré en vigueur le 4 mai 2016, **modernisation des principes de la directive 95/46 CE, abrogée avec effet au 25 mai 2018.**

- **Nouvelles règles :**
  - Le droit à l'oubli (art. 17)
  - Consentement clair et explicite au traitement des données privées (art. 7)
  - Droit à la « portabilité des données » (art. 20)
  - Droit d'être informé dans un langage simple et clair (art. 12, 13 et 14)
  - Droit d'être informé en cas de piratage des données (art. 33 et 34)
  - Limitations claires au recours au profilage (art. 21)
  - Protection spéciale pour les enfants (art. 8)
  - Le respect de la vie privée comme norme
  
- **Quelques litiges devant la CJCE, resp. CJUE :**
  - Pour déterminer la divulgation de données personnelles est légitime (cf. **arrêt Fischer** du 14.9.2000, paragraphes 31 et 23 du polycopié I, p. 27 ss), **pesée des intérêts** par la CJCE entre :
    - L'intérêt du fournisseur de données
    - L'intérêt de celui qui en a besoin aux fins de satisfaire à un but légitime
    - Intérêts respectifs à évaluer **dans le respect de la protection des libertés et des droits fondamentaux**
      - La directive 95/46/CE
      - L'art. 8 CEDH (cf. l'arrêt Rechnungshof du 20.5.2003, par. 71 ss, polycopié I, p. 28ss).
  
- **La CJCE**
  - **Arrêt Lindqvist** du 6.11.2003, polycopié I, p. 32 ss
    - Page internet avec données identifiantes est un traitement de données au sens de l'art. 3 par. 1 Directive 95/46
    - Interprétation large de la notion de données personnelles relatives à la santé : informations concernant tous les aspects, tant physiques que psychiques, de la santé d'une personne (par. 50)
    - Chap. IV de la Directive 95/46 sur le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers non applicable à Internet (par. 67 ss).
  - **Arrêt eDate Advertising GmgH** du 25.10.2011, polycopié I, p. 37 ss
    - Litige au sujet de la compétence juridictionnelle pour une atteinte aux droits de la personnalité sur un site internet
    - Faculté du lésé de saisir d'une action en responsabilité
      - Au titre de l'intégralité du dommage :
        - Les juridictions de l'Etat membre du lieu d'établissement de l'émetteur
        - Les juridictions de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts
      - Au titre du seul dommage causé sur le territoire d'un Etat membre : les juridictions de cet Etat sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été (par. 50)
  - **Arrêt Google** du 13.5.2014, polycopié I, p. 41 ss
    - Droit à l'oubli sur internet
    - Activité d'un moteur de recherche peut être un traitement de données personnelles au sens de l'art. 2 let. b Directive 95/46
    - L'exploitant est responsable de ce traitement au sens de l'art. 2 let. d Directive 95/46.
    - Demande d'effacement fondée sur les art. 12 let. b et 14 let. a Directive 95/46
      - Protection de la sphère privée et des données personnelles v. droit à l'information du public
      - Données inadéquates, pas ou plus pertinentes, excessives ou inexactes (cf. art. 6 al.1 let. c à e de la Directive 95/46)

- Au vu de la gravité de l'ingérence, le seul intérêt économique de l'exploitant insuffisant à le justifier
  - Préjudice non nécessaire
  - Valeur journalistique du contenu non invocable par l'exploitant du moteur de recherche
  - Droit à l'oubli accordé vu l'absence d'intérêt public prépondérant
  - Formulaire en ligne pour demander le déférencement des pages
  - Lignes directrices du Groupe de l'article 29.
- **Arrêt de la CJUE** dans les affaires jointes C-293/12 et C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources *et al.* du 8 avril 2014
- **Directive 2006/24/CE sur la conservation des données**
    - Ingérence d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel
    - Limites du principe de proportionnalité excédées
      - Invalidation



## II. Protection de la personnalité en droit civil suisse

---

### A. Analyse juridique de la situation

Trois questions clés à se poser :

i.) *La personne se plaint-elle d'être victime d'un traitement de données à son insu ?*

- Si non : voir ii) ou iii).
- Si oui : demande-t-elle l'accès à ses données ?
  - Si non : voir C.
  - Oui.
- Moyens extrajudiciaire :
  - Droit d'accès au dossier (art. 8 LPD)
  - En cas de refus : moyen judiciaire
  - Moyen judiciaire :
    - Action en exécution du droit d'accès (art. 15 al.4 LPD)
    - For : tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties (art. 20 let. d CPC)
    - A Genève : tribunal de première instance (art. 86 al.3 let. b ; Loi genevoise sur l'organisation judiciaire ; E2 05)

ii.) *La personne se plaint-elle d'avoir été victime de propos désobligeants par un média à caractère périodique ?*

- Si non : voir iii).
- Si oui : droit de réponse.
- Moyen extrajudiciaire :
  - Droit de réponse (art. 28g ss CC)
  - En cas de refus : moyen judiciaire.
- Moyen judiciaire :
  - Action en exécution du droit de réponse (art. 28l al.1 CC)
    - For : tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties (art. 20 let. b CPC)
    - A Genève : tribunal de première instance (art. 86 al.1 Loi genevoise sur l'organisation judiciaire ; E2 05)
- Pouvoir du juge (ATF 117 II 1 / JdT 1994 I 162, cf. photocopié X)
  - Réduire le texte
  - Modifier, voire même compléter le texte
  - But : adapter le texte aux exigences légales
  - Contenu final : réduction du texte d'origine

iii.) *La personne se plaint-elle d'avoir été atteinte dans sa personnalité ?*

- Droits de la personnalité (rappel) :
  - Absolus
  - Non patrimoniaux
  - Strictement personnels (art. 19c CC), capacité de discernement suffit, pas besoin de l'exercice des droits civils

- Inaliénables
  - Inaccessibles et intransmissibles (ACEDH Kondrulin c. Russie du 20.9.2016). Pas de protection post mortem de la personnalité en droit civil, car ils s'éteignent. Les droits pécuniaires en revanche sont transmissibles (p.ex une action en dommages-intérêts ou action en remise de gain tombe dans la masse des héritiers). Selon la JP, si le défunt a déjà intenté de son vivant une action en tort moral et décède pendant, il pourra être représenté. Idem si il a manifesté son intention claire d'agir. C'est plus ambigu mais plaidable. Le proche peut également en son nom faire une action défensive mais c'est son propre droit qu'il va faire valoir. L'arrêt Kondrulin remet en cause ces principes dans certaines situations extrêmes. Le défunt n'a pas de proches, a été atteint dans son honneur et son intégrité ne pourra pas indirectement avoir sa personnalité protégée. Il y a un problème de fond donc. Ici c'est des avocats d'un détenu qui se plaignent d'une adéquation des soins reçus en détention. Le détenu décède. La Cour a dit qu'en l'absence de proches et dans des situations extrêmes, les avocats peuvent représenter le détenu décédé, sinon c'est trop facile, on attend qu'un détenu sans famille et malade décède et on enterre le dossier.
  - Imprescriptibles et inamissibles : pas soumis à l'effet du temps, pas de prescription, ni de péremption. Il faut avoir toutefois un intérêt juridique à agir. Inamissibles signifie que le détenteur ne peut pas y renoncer valablement ni les céder à un tiers.
- Notion d'atteinte
  - Acceptation large, comprise dans un sens objectif : trouble à la personnalité atteignant une intensité suffisante, doit dépasser le seuil de tolérance qu'on peut attendre de tout un chacun en société. Pas en fonction du ressenti subjectif de la personne. Plus fort que simplement être « touché » (p.ex pour un droit de réponse il suffit d'être « touché »).
  - Actions défensives
  - A distinguer du préjudice (tel qu'un dommage ou un tort moral qui eux demandent des actions réparatrices et non pas défensives...).
- Illicéité de l'atteinte (art. 28 al.2 CC) ?
  - Présomption d'illicéité : on doit prouver l'atteinte et naît la présomption d'illicéité. Puis le fardeau passe sur les épaules de l'auteur qui peut faire valoir 3 types de motifs justificatifs.
  - Motifs justificatifs
    - Consentement de la victime (par exemple dans un cas médical avec consentement libre et éclairé de la victime). C'est un motif justificatif absolu et si il y a consentement il n'y a pas de pesée d'intérêts.
      - Protection contre les engagements excessifs (art. 27 al.2 CC). En principe une personne peut prendre des engagements qui ne correspondent pas à son intérêt mais ceci dans la limite de l'art. 27 al.2 CC, c.à.d. d'une portée telle que cela en revient à un anéantissement de sa propre protection. C'est une protection de la personne contre elle-même.
    - Intérêt prépondérant public ou privé.
      - Intérêt prépondérant public visant à répondre aux intérêts de la collectivité ou d'une pluralité de personnes. P.ex intérêt du public a été informé d'événements d'intérêts général, tel que la lutte anti-dopage qui a été validé comme sujet d'intérêt général.
      - Intérêt prépondérant privé de l'auteur de l'atteinte, de la victime ou exceptionnellement d'un tiers. P.ex l'intérêt de l'assurance de ne pas être escroquée et d'investiguer sur les faits et gestes de l'assuré, qui est ainsi surveillé, portant atteinte à son droit à l'image et sa sphère privée. Idem pour une victime dans le coma avec une opération d'urgence. Idem pour un tiers, p.ex un avocat en pénal qui porte atteinte à la personnalité de la partie civile avec une stratégie de défense qui reste acceptable.
      - Ces intérêts exigent des pesées d'intérêts en présence.
    - Loi, par exemple :
      - Art. 296 al.2 CPC (établissement de la filiation)
      - Art. 8 LPD (droit d'accès aux fichiers détenus par des tiers)

- Art. 52 al.1 CO (légitime défense proportionnée à l'attaque)
- Art. 8a LP (consultation des registres si on a un intérêt vraisemblable)
- Protection contre les engagements excessifs (art. 27 CC)
  - Biens protégés
    - Capacité civile (al.1) : inaliénable
    - Liberté de décision (al.2) : inaliénable, limitation excessive (nature, durée, champ d'application, contenu matériel). P.ex ne jamais s'engager dans un parti, ne jamais changer de confession, cession de toutes ses créances futures, etc sont des engagements excessifs.
  - Sanctions
    - Nullité absolue (al.1) : le juge le relève d'office.
    - Nullité totale ou partielle, respectivement la révocation (al.2), permet de réduire le contrat dans une limite acceptable en droit (p.ex contrat conclu pour l'éternité va être réduit afin d'être valable).

## B. Moyens juridiques spécifiques de protection de la personnalité

- Voie extra-judiciaire : droit de réponse (art. 28g ss CC) et droit d'accès au dossier (art. 8 LPD).
- Voie judiciaire :
  - Conditions formelles
    - Qualité pour agir : la victime capable de discernement (art. 28 al.1 CC) ou son représentant si elle est incapable de discernement.
    - Qualité pour défendre : toutes les personnes ayant participé à l'atteinte (art. 28 al.1 CC), indépendamment de la faute (ATF 126 III 161/JT 2000 I 292, polycop II, p. 6) ; légitimation passive de l'hébergeur d'un blog (TF 5A\_792/2011 du 14.1.2013, polycop II p. 32).
    - For : tribunal de domicile ou du siège de l'une des parties (art. 20 let. a CPC)
    - Absence de délai
  - Fardeau de la preuve :
    - Le demandeur doit prouver l'atteinte illicite à sa personnalité (art. 28 al.1 CC). Pas nécessaire d'établir une faute de l'auteur de l'atteinte ; pas nécessaire de prouver que l'atteinte a causé un préjudice économique ou moral.
    - Le défendeur tentera de prouver un motif justifiant l'atteinte (art. 28 al.2 CC).
  - Conditions matérielles des actions défensives :
    - Un droit de la personnalité
    - Une atteinte
    - Un caractère illicite de l'atteinte (absence de motifs justificatifs)
- Distinguer :
  - Actions défensives (art. 28a al.1 CC)
  - Actions réparatrices (art. 28a al.3 CC)
- Voie judiciaire : choix de l'action :
  - Action en prévention de l'atteinte (art. 28a al.1 ch.1 CC)
  - Action en cessation de l'atteinte (art. 28a al.1 ch.2 CC)
  - Action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a al.1 ch.3 CC)
    - Trouble subsiste, soit image négative persistante
    - Indépendamment de la gravité de l'atteinte (SJ 2001 I 554/ATF 127 III 481, polycop II, p. 11)
    - Action subsidiaire aux ch.1 et 2.
- Deux modalités particulières (art. 28a al.2 CC)
  - Communication à des tiers
  - Ou publication d'une rectification ou du jugement. Attention, maxime de disposition, le juge ne va pas le faire de lui même, il faut le lui demander.

- But : supprimer les conséquences de l'atteinte.

### C. Mesures provisionnelles

- But : obtenir très rapidement une intervention du juge.
- For (art. 13 CPC) :
  - Le tribunal compétent pour connaître l'action principale
  - Ou le tribunal du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée
  - A Genève : tribunal de première instance (art. 86 al.1 Loi genevoise sur l'Organisation judiciaire, E2 05).
- Charge de la preuve facilitée (art. 261 CPC)
  - Le requérant doit rendre vraisemblable :
    - Qu'il est victime d'une atteinte ou qu'il risque de l'être (al.1 let. a)
    - ET que l'atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al.1 let. b).
  - Le défendeur ne rend pas vraisemblable être au bénéfice d'un motif susceptible de justifier l'atteinte.
- Le juge peut ordonner provisoirement, notamment (art. 262 CPC)
  - L'interdiction de l'atteinte (let. a)
  - La cessation de l'atteinte (let. b)
  - Donner un ordre à un tiers (let. c)
  - Quid de la constatation du caractère illicite de l'atteinte
    - Art. 262 CPC, cf. « notamment »
    - Cf. Arrêt de la Cour de Justice du 16 octobre 1986 *in* SJ 1987 143 (polycop II, p. 5)
- Sûretés (art. 264 CPC) : risque de dommage à la partie adverse dû à des mesures provisionnelles.
- En cas d'urgence particulière : mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC).
- « Traitement de faveur » pour les médias à caractère périodique (art. 266 CPC)
  - Mesures provisionnelles admises avec réserve, aux conditions cumulatives suivantes :
    - Atteinte imminente et propre à causer un préjudice particulièrement grave
    - Atteinte manifestement pas justifiée
    - La mesure ne paraît pas disproportionnée
    - Mise en balance de la gravité particulière du préjudice et des conséquences potentielles de la mesure pour l'auteur de l'atteinte.
  - « Degré ordinaire de la preuve en matière de mesures provisoires – la vraisemblance – ne semble pas suffire » (cf. TF 5A\_706/2010 du 20 juin 2011, consid. 4.2.1., polycop II, p. 25).
- Validation au fond (art. 263 CPC).

### D. Autres actions qui protègent aussi la personnalité

- Choix de l'action suivant la nature du dommage :
  - Pécuniaire
  - Tort moral
  - Réalisation d'un gain par l'auteur de l'atteinte
- Actions réparatrices (art. 28a al.3 CC)
  - Action en dommage-intérêts (art. 41ss ou 97ss CO)
  - Action en réparation du tort moral (en particulier, art. 47 et 49 CO)
  - Action en remise du gain (art. 423 al.1 CO)
  - Délai en matière délictuelle (art. 60 CO)

- 1 an dès la connaissance du dommage et de la personne qui en est l'auteur (délai subjectif)
    - Et dans tous les cas 10 ans dès le jour où le dommage s'est produit (délai objectif)
    - Délai face à une campagne de presse (ATF 126 III 161/JT 2000 I 292, polycop II p. 6)
  - Délai en matière contractuelle (art. 127ss CO)
    - En principe 10 ans.
    - Cf. ACEDH Howald Moor et autres c. Suisse du 11 mars 2014.
  - For en matière délictuelle (art. 36 CPC)
    - Tribunal du domicile ou du siège du lésé
    - Ou du défendeur
    - Ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci
  - For en matière contractuelle (art. 31 CPC)
    - Tribunal du domicile ou du siège du défendeur
    - Ou lieu de l'exécution de la prestation caractéristique
  - Actions défensives et réparatrice engagées conjointement : for de connexité (art 15 al.2 CPC).
- Action en dommages-intérêts (art. 41ss ou 97ss CO)
- Atteinte illicite à un droit de la personnalité
  - Dommage pécuniaire
    - Diminution involontaire du patrimoine (perte éprouvée ou gain manqué)
    - Différence entre l'état du patrimoine du lésé avant l'événement dommageable et après cet événement
  - Rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte et le dommage
  - Chef de responsabilité, souvent la faute de l'auteur de l'atteinte
- Action en réparation du tort moral (art. 49 CO en principe)
- Atteinte illicite à un droit de la personnalité
  - Tort moral grave dû à l'atteinte
    - Souffrances physiques ou psychiques ressenties par la victime suite à une atteinte à sa personnalité
    - Le préjudice dépasse-t-il par son intensité les souffrances morales que l'individu doit pouvoir supporter dans la vie courante ? Le tort doit être grave.
  - Rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte illicite et le tort moral
  - Chef de responsabilité, souvent de faute
  - Absence d'une autre forme de réparation (cf. art. 49 al.1 *in fine* CO). P.ex il peut y avoir des formes de réparation qui réparent le dommage moral, p.ex la publication du jugement peut souvent être ressenti comme suffisant, mais ceci indépendamment de savoir si l'auteur ait joué un rôle dans cette réparation ou non.
  - Disposition spéciale
    - Nature de l'atteinte illicite à l'origine du tort moral
      - Atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la victime (art. 47 CO) : action en réparation morale de la victime
      - Atteinte ayant entraîné le décès (art. 47 CO) : action en réparation morale des proches, dont les souffrances ont atteint une gravité particulière.
    - Atteinte aux autres droits de la personnalité, comme l'honneur ou la vie privée (art. 49 CO) : Action en réparation morale de la victime ; Action en réparation morale des proches
  - Détermination de la somme allouée à titre de réparation du tort moral
    - Appréciation du juge (art. 4 CC)
    - But de l'indemnité : atténuer la douleur
    - Eléments à prendre en compte
      - Nature de l'atteinte et gravité de la souffrance
      - Intensité et durée des effets de l'atteinte sur la personnalité
      - Age de la victime
      - Eventuels facteurs de réduction : faute de l'auteur (art. 43 al.1 CO par analogie) ; faute concomitante du lésé (art. 44 al.1 CO par analogie).
    - Substitution ou ajout d'un autre mode de réparation (art. 49 al.2 C)

- Quelques chiffres :
  - CHF 80'000 pour souffrances physiques et morales importantes, suite à 7 opérations dont la première a duré 27 heures, capacité résiduelle de travail dans une activité adaptée limitée à 30%, faute grave de l'auteur, sans faute concomitante du lésé (ATF 141 III 97).
  - CHF 140'000 en capital, dans le cas d'une motocycliste grièvement blessée dans un accident de la circulation, ayant entraîné un traumatisme cérébral laissant des séquelles irréversibles (ATF 134 III 97, consid. 4).
  - CHF 140'000 – avant réduction pour faute de la victime – à un enfant qui, lors d'une descente à ski, a violemment heurté la tête d'une barre de fer délimitant la piste et en est resté gravement handicapé (TF 4A\_206/2014 du 18 septembre 2014, consid. 5).
  - CHF 10'000 alloués à la victime d'une atteinte à l'honneur par la publication d'un roman (ATF 135 III 145/JT 2009 I 612).
- Action en remise de gain
  - Atteinte illicite à un droit de la personnalité
  - Gain : profit pécuniaire de l'auteur de l'atteinte
  - Rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte illicite et le gain
  - Chef spécifique de responsabilité, comme la faute, non requis
  - Application des dispositions sur la gestion d'affaire (art. 419ss CO) : gestion d'affaires imparfaite (art. 423 al.1 CO).

### E. Analyse de l'arrêt Schnyder (ATF 133 III 153, polycopié II, p. 12).

- Publication d'articles de presse faisant état de :
  - Conflits entre Willy Schnyder et sa fille Patty Schnyder, célèbre joueuse de tennis.
  - Willy Schnyder qualifié de « taliban » dans le rôle du père et présenté un tort comme un homme d'affaires effectuant des transactions financières douteuses.
  - Action en justice de Willy Schnyder concluant à :
    - Constatation du caractère illicite de l'atteinte à sa personnalité
    - Publication du jugement
    - Suppression des articles en cause sur internet
    - Condamnation du *Sonntagsblick* au paiement de : CHF 7'395.- à titre de dommages-intérêts, CHF 5'000 à titre d'indemnité pour tort moral et CHF 75'000 à titre de remise de gain.
- Tribunal cantonal zurichois et Oger : atteinte illicite à la personnalité de Willy Schnyder constatée, publication du jugement ordonnée, rejet des autres conclusions du vendeur.
- Recours au TF concluant à la remise du gain et la réparation du tort moral.
- Arrêt du TF : réparation pour tort moral rejetée, remise de gain acceptée, renvoi au tribunal cantonal aux fins de fixer l'ampleur du gain.
- Transaction extrajudiciaire en avril 2007 (montant non dévoilé).
- Arrêt du TF, considérants en droit :
  - Atteinte illicite à la personnalité non contestée : « *Il est notoire – et point n'est dès lors besoin d'en apporter la preuve – que le Sonntagsblick (...) fait en permanence l'équilibrisme sur le fil des droits de la personnalité (auf permanenter persönlichkeitsrechtlicher Gratwanderung) et que des violations des droits de la personnalité peuvent effectivement survenir à pareille occasion.* »
  - Gain :

- Différence entre l'état de fortune effectif de l'auteur de l'atteinte illicite et celui hypothétique sans ladite atteinte
  - Application de l'art. 42 al.2 CO par analogie
  - Estimation soumise au pouvoir du juge
  - Notion de gain indépendante des résultats obtenus par l'édition ce jour-là (consid. 3.3.)
  - Critères, tels que chiffre d'affaires, tirage, nombre de lecteurs, longueur, présentation et place dans l'article dans le journal
  - Mais est décisive ma mesure dans laquelle les articles étaient aptes à générer, sou seulement à maintenir, le tirage et le nombre de lecteurs (consid. 3.5).
  - Rapport de causalité entre l'atteinte et le gain :
    - Vraisemblance suffit lorsque la preuve stricte inexigible (consid. 3.3)
    - Tel lien admis lorsque l'article est apte, du point de vue de son genre et de sa présentation, à contribuer au maintien du tirage et donc à la réalisation du gain (consid. 3.4.)
    - Selon l'expérience générale de tels articles appellent la curiosité du public et donc des lecteurs
    - En conclusion, il existe une grande vraisemblance que ce reportage ait eu des répercussions sur le chiffre d'affaires du *Sonntagsblick* (consid. 3.6.
    - Le demandeur peut ainsi se contenter de faire valoir que l'acte incriminé est de nature à entraîner un gain.
  - Conclusion générale : remise de gain indépendante d'une augmentation de tirage lorsque le média fait de la publication d'articles illicites « *un élément de (sa) conception rédactionnelle* ».
  - Cumul possible avec l'action en dommages-intérêts : dommage positif, par exemple les couts de la procédure devant le Conseil suisse de la presse (consid. 3.5)
  - Absence de cumul avec l'action en réparation du tort moral : autre forme de réparation, ; remise de gain apte à réparer le tort moral.
  - Premier arrêt admettant une remise de gain dans un cas d'atteinte à la personnalité.
- Conception très large du champ d'application de l'art. 423 CO : confirmée *in* TF 5A\_658/2014 du 6 mai 2015 (aff. Carl Hirschmann).

### CAS PRATIQUE

*ROBERT est marié en secondes noces avec ALINE. Deux enfants, ELOÏSE et ADRIEN, âgés respectivement de 12 et 10 ans sont nés de cette union. ROBERT ne s'est toutefois jamais vraiment remis de son divorce et sombre périodiquement dans l'alcoolisme. Aline envisage d'ailleurs le divorce et a quitté le domicile conjugal avec les enfants.*

*ALINE a écrit un livre qui a été publié le mois dernier. Ce livre est un cri de douleur, un témoignage bouleversant intitulé : « Paroles d'une femme battue ». Elle y raconte le calvaire de sa vie conjugale, la violence au quotidien qu'elle a endurée pendant 4 ans : le fer à repasser brûlant sur sa jambe, les cigarettes écrasées sur son bras, les coups de pied dans le ventre lorsqu'elle refusait de donner de l'argent à son mari alcoolique. ALINE n'épargne aucun détail sur les sévices que son mari lui a infligés, stigmatise le comportement de ce dernier, le décrivant comme « une bête sauvage en furie », incapable de maîtriser ses colères, un « bon à rien » sous l'emprise constante de l'alcool. ALINE a tout raconté dans son livre afin de faire connaître la réalité cauchemardesque d'une femme humiliée.*

*ROBERT vient de prendre connaissance du livre D'ALINE, où il se trouve nommément désigné et décrit dans ses travers les plus exécrables. Blessé dans son amour propre, il entend agir en justice. Il vous demande de quels moyens juridiques il dispose pour se défendre. **Veillez répondre à la question uniquement sous l'angle du Code civil.***

Schéma de résolution : d'abord, analyse de l'art. 28 al.1 CC : est-ce qu'il y a atteinte aux droits de la personnalité ? Lesquels ? Puis une présomption d'illicéité nait, qui peut être renversée si motif justificatif (art. 28 al.2 CC).

Premièrement, quels sont les biens atteints par le biais de cet ouvrage ? L'honneur, qui se subdivise en honneur interne et en honneur externe. L'honneur interne est le sentiment qu'a la personne de sa propre dignité. L'honneur externe représente la perception qu'on les autres (autant son entourage social que professionnel) de cette personne. L'honneur externe se subdivise ensuite entre la considération sociale (réputation sociale économiquement, professionnellement et socialement) et la considération morale (réputation d'être une personne honnête). Il faut se servir des critères objectifs d'un lecteur moyen. En l'espèce, peut-on admettre que Robert soit atteint ? Il est nommément désigné et donc reconnaissable, il est décrit dans ses pires travers. Il est donc atteint dans son honneur externe, autant dans sa considération sociale que morale. L'honneur interne est également atteint par les propos tenus dans le livre puisqu'il est « blessé dans son amour propre ».

Deuxièmement, quels sont les autres éléments révélés dans le livre ? Sphère privée et intime, il n'y a en principe jamais de motifs justificatifs pour les révéler. Or en l'espèce Aline relaie des faits relevant de la vie conjugale.

Troisièmement, l'atteinte est-elle d'une gravité suffisante ? Oui.

Quatrièmement, quelles sont les conséquences de la preuve de la gravité de l'atteinte ? Art. 28 al.2 CC, naît la présomption d'illicéité et il faut examiner si il y a des motifs justificatifs à cette atteinte. Les motifs justificatifs sont au nombre de trois : consentement (ici n'entre pas en ligne de compte), la loi (non plus) l'intérêt public ou privé prépondérant. Le troisième motif doit être discuté : la publication a-t-elle un intérêt thérapeutique pour Aline peut-être ? Difficile à établir. En outre, il existe d'autres moyens thérapeutiques pour soulager Aline, ce n'est pas proportionnel. Elle pouvait par exemple ne pas le désigner nommément dans le livre. Là, ça ressemble plus à un aspect « vengeance » que thérapeutique. Aucun intérêt public n'entre ici en ligne de compte, ni n'accord d'avantages à la collectivité, puisque Robert n'est pas un personnage public et le livre n'est pas une recherche scientifique sur les violences conjugales. On pourrait penser toutefois à la liberté artistique et liberté de la création garantis par l'art. 21 Cst féd, mais là aussi ce n'est pas proportionnel puisqu'un artiste se doit de respecter les droits de la personnalité d'autrui, qui pèsent clairement plus lourds. Elle aurait du anonymiser le récit.

En guise de conclusion intermédiaire, il y a bien une atteinte à l'honneur de Robert avec absence de motifs justificatifs. La victime peut agir en protection de sa personnalité. La présomption d'illicéité est confirmée.

Concernant les conditions de forme pour l'action (recevabilité), la qualité pour agir appartient la personne victime de l'atteinte (art. 28 al.1 CC). La qualité pour défendre appartient toute personne qui participe à l'atteinte (large spectre de défendeurs, art. 28 al.1 CC). Le for dans toute action défensive (art. 28a CC) est au domicile du siège de l'une des parties (art. 23 CC). Si on ne connaît pas le domicile, alors on applique l'art. 10 et 11 CPC au lieu de résidence, et art. 10 al.2 CC qui exclut l'art. 24 CC. On a trois types d'actions défensives : art. l'action en prévention de l'atteinte (ch.1), l'action en cessation de l'atteinte (ch.2) et l'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (ch.3). Le principe de ces trois actions est que l'action du ch.3 est subsidiaire aux deux autres, donc on doit exclure d'abord les actions des ch.1 et ch.2 avant de pouvoir appliquer celle du ch.3. Une autre modalité particulière de l'action de l'art. 28a CC consiste dans les mesures provisionnelles des art. 261 ss CPC (mais pas l'art. 28g CC qui est le droit de réponse et ne s'applique que pour les médias à caractère périodique). Il faut requérir les mesures provisionnelles au juge, il ne va pas les accorder d'office, ceci dans le but que le jugement soit publié/communiqué aux tiers et qu'il soit apte à remédier au trouble. Trois conditions des mesures provisionnelles : on doit rendre vraisemblable l'atteinte et que cette dernière risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (avec la notion d'urgence), mais le défendeur ne doit pas être apte à rendre vraisemblable qu'il est au motif d'un motif justificatif. Un préjudice difficilement réparable est assez facilement admis en matière de droit de la personnalité, puisque c'est le propre d'une atteinte à ce droit. A noter qu'on admet assez facilement qu'un trouble au sens de l'art. 28a al.1 ch.3 CC consiste en un dommage difficilement réparable. Pour le for des mesures provisionnelles c'est en principe l'art. 13 CC qui permet de déposer devant le tribunal de l'action principale. On peut soit intenter les mesures avec l'action au fond, mais en général on le fera avant et le tribunal va fixer un délai pour agir au fond ensuite (art. 263 CPC). Si l'action n'est pas introduite dans ce délai, les mesures provisionnelles deviennent caduques. La durée des mesures provisionnelles est valable pendant toute la durée du procès.



Au niveau des actions pécuniaires (art. 28a al.1 CC qui renvoie au CO) : l'action en dommages-intérêts renvoie à l'art. 41 CO (la condition étant principalement le dommage) ; l'action en tort moral (art. 49 CO), dont la condition est l'atteinte illicite à la personnalité (le tort moral doit être grave, peu importe si l'atteinte est grave ou non, avec au surplus les conditions classiques du lien de causalité naturel et adéquat entre le dommage et l'atteinte, ainsi qu'un chef de responsabilité/une faute et que l'auteur n'ait pas donné satisfaction autrement). Attention, la loi semble restrictive en ne parlant que de l'auteur, mais il faut l'interpréter plus largement. Ce que peut réparer le tort moral est p.ex la publication du jugement mais c'est une question d'appréciation (art. 4 CC). Il y a une troisième action, l'action en remise de gain qui renvoie à l'art. 423 al.1 CO (atteinte illicite à la personnalité et l'auteur de l'atteinte se fait de l'argent sur cette atteinte, mais aussi lien de causalité nécessaire et adéquat et la mauvaise foi de l'auteur). Art. 60 CO : un an à compter de la connaissance du dommage et dix ans dans tous les cas. Pour le for, art. 10 CPC (for ordinaire) pour l'action en remise de gain et art. 36 CPC pour l'action délictuelle. For de connexité : art. 15 al.2 CPC puisque plusieurs actions seront intentées, ce qui permet d'intenter à un seul for.

En l'espèce, Robert a la qualité pour agir et Aline, mais aussi toutes les personnes qui contribuent à la diffusion de l'ouvrage, a la qualité pour défendre. Le for est au domicile de Robert. Aline a quitté l'appartement conjugal et on ne sait pas si elle s'est déjà créé un nouveau domicile. Dans le cas particulier, le type d'action défensive de l'art. 28a CC qui s'applique est l'action en cessation (ch. 2) car l'action dure encore, dans la mesure où le livre est encore en vente. Robert va tenter d'obtenir le retrait du livre de la vente. Il n'est pas disproportionné de lui accorder ce retrait puisqu'il est nommément désigné dans le livre. Concernant les mesures provisionnelles, les conditions semblent réalisées. Il y a un bien une atteinte illicite, il y a un risque de préjudice difficilement réparable (sphère intime heurtée) et Aline ne sera pas en mesure de renverser la présomption d'illicéité. Donc Robert va demander selon l'art. 262 let. b CPC la cessation de l'atteinte à titre provisionnel.

Concernant les actions pécuniaires : pas de dommage chiffrable en état, donc pas d'action en dommages-intérêts. Concernant l'action en tort moral, l'atteinte à la sphère privée et intime dans le cas particulier doit être considérée comme grave. Robert est nommément reconnaissable et les faits reprochés à Robert dans le livre sont lourds. La causalité naturelle et adéquat est remplie, si Aline n'avait pas publié ce livre, l'atteinte n'aurait pas eu lieu. La faute d'Aline ici également prouvée, elle aurait du savoir qu'en publiant le livre en désignant nommément Robert, il serait reconnaissable. Pas d'autres formes de réparation ici non plus. L'action pourrait donc être admise. Concernant l'action en remise de gain, la vente des livres depuis 1 mois engendre probablement certains gains même si les succès littéraires véritables ne sont pas mentionnés, donc peut aussi entrer en ligne de compte, mais il faut aussi prouver le lien de causalité, donc le fait que le livre ait du succès en raison de l'atteinte doit être discuté, ainsi que la mauvaise foi. En soit, l'action n'est donc pas gagnée. Le délai d'un an n'est pas encore échu pour Robert est il peut agir au for de l'action principale en vertu de l'art. 15 al.2 CPC au lieu d'agir dans plusieurs fors différents.

## III. Intégrité corporelle

---

### A. Quels sont les biens juridiques protégés ?

Les biens de la personnalité physiques sont les biens les plus concrets :

- La vie (art. 10 al.1 Cst ; RS 101), protection au niveau constitutionnel.
  - o Punissabilité de l'homicide (art. 111 ss CP), protection au niveau pénal, mais aussi au niveau civil ! P.ex art. 52 al.1 CO par rapport à la légitime défense (c'est permis d'atteindre la personnalité de tiers sans réparation au dommage causé si c'est de la légitime défense).
- L'intégrité corporelle (art. 10 al.2 Cst) comprend l'intégrité physique mais aussi psychiques.
  - o Punissabilité des lésions corporelles (art. 122ss CP)
  - o Contamination par une maladie (art. 231 CP)
  - o Illicéité d'un traitement médicamenteux par la contrainte
- La liberté de mouvement (art. 10 al.2 Cst)
  - o Placement à des fins d'assistance (art. 426 ss CC qui limite considérablement la liberté personnelle puisqu'on impose à quelqu'un un placement dans une institution de soins, mais il faut que le principe de personnalité soit respecté strictement).
  - o Exécution d'une mesure privative de liberté, protégeant les gens placement, notamment en cas de troubles psychiques (désigner une personne de confiance, des protocoles si on limite la personne dans ses mouvements, etc).
- Principe de l'intangibilité du corps humain, qui est finalement un aspect de la liberté personnelle et ressort de la jurisprudence.
- La liberté personnelle = la liberté corporelle, soit la liberté de disposer de son propre corps
  - o La liberté de mouvement
    - Protection contre la contrainte physique (contrainte par corps, arrestation, etc)
    - Protection contre la contrainte indirecte (défense ou injonction, etc)
  - o Le droit à l'intégrité corporelle
    - Protection contre les atteintes étatiques
      - Prise de sang (pourtant une atteinte relativement bénigne, mais mis en évidence par la jurisprudence)
      - Les dispositions de la loi de procédure civile sur les devoirs des témoins : base légale insuffisante (ATF 82 I 234/JT 1957 I 298 c. 3)
      - Protection par des lois spéciales, p.ex LRH, LAGH

### B. Quand une atteinte est-elle légitime ?

- Présomption d'illicéité de l'atteinte
  - o Atteinte à un bien protégé par un droit absolu, tel que la vie, l'intégrité corporelle
  - o Protection directe de ces droits par l'ordre juridique
    - Sans rechercher dans chaque cas si l'auteur a violé une injonction déterminée, p.ex selon la JP constante, celui qui crée un état de fait potentiellement dangereux pour l'intégrité corporelle de tiers, doit garantir qu'il n'y aura pas de danger même si on n'a pas de base légale concrète pour cette situation.
  - o Protection contre les atteintes à l'intégrité corporelle
    - Protection issue d'une manière générale des art. 122 ss CP (cf. ATF 112 II 118, c. 5e, polycopié IV, p. 1)
- Licéité si motif justificatif (on est dans l'art. 28 al.2 CC), dont le consentement du lésé

- Souvent dans le domaine médicale mais pas seulement ! P.ex dans certains sports, acceptation du risque d'être blessé (boxe, football, etc) ? Cela dépend des cas, des atteintes (on ne doit pas s'attendre raisonnablement à avoir un œil crevé pendant un match de football, mais on peut s'attendre à recevoir des coups pendant un match de boxe).
- Acte juridique unilatéral, révocable en tout temps, soumis à aucune forme
- Toute intervention médicale = lésion corporelle si :
  - Atteinte à une partie du corps (p.ex amputation, arrêt avec une personne qui avait subi une intervention d'une opération d'un orteil, et le médecin a aussi opéré le troisième orteil en plus du second de son propre chef).
  - Ou lésion, diminution, de manière non négligeable et au moins temporairement, des aptitudes ou du bien-être physique du patient
  - Consentement du patient nécessaire (cf. ATF 124 IV 258/JT 2001 IV 4, c. 2)
    - En principe antérieur à l'intervention
    - Interventions médicalement indiquées et pratiquées dans les règles de l'art irrelevant : peu importe si le médecin a bien pratiqué si il n'y avait pas de consentement !
- Consentement libre et éclairé
  - Exigence déduite directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle
  - Information suffisante sur les risques de l'intervention et sur les aspects financiers
    - Densité de l'information en fonction des risques de l'intervention, devoir d'information issu aussi des obligations contractuelles
  - Charge de la preuve au médecin
- Opération médicale sans information ni consentement
  - Acte contraire au droit, soit illicite
  - Responsabilité pour le dommage causé (cf. ATF 133 III 121, c. 4.1.1, photocopié III, p. 24 et *infra* chap. 4)
- Limitations au devoir d'information
  - Actes courants sans danger particulier et ne pouvant entraîner aucune atteinte importante ou durable à l'intégrité corporelle
    - Urgence confiant à l'état de nécessité
    - Dans le cadre d'une opération en cours, nécessité évidente d'en effectuer une autre (ATF 133 III 121, c. 4.1.2, photocopié III, p. 24 et TF 4P.265/2002 du 28.4.2003, c. 4.2, photocopié III, p. 11)
    - Le patient a déjà subi une ou plusieurs opérations du même genre
      - Sous réserve d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou ses conséquences (ATF 133 III 121, c. 4.1.2 *in fine*, photocopié III, p. 24)
- Validité du consentement et capacité civile
  - Personne capable de discernement (art. 16 CC)
    - Droit strictement personnel (art. 19c CC)
    - Plein exercice des droits civil non requis
      - Cf. ATF 134 II 235, photocopié III, p. 30) : adolescente de 13 ans et 2 mois, opposition au traitement manifestée, « consentement » de la mère, traitement non indispensable, amende disciplinaire de 1'500.- CHF.
  - Personne incapable de discernement (art. 16 CC)
    - Consentement du représentant légal (art. 18 et 378 CC ; pour les mineurs : art. 18, 304 al.1 et 327c al.1 CC), le CC détermine l'ordre de représentant légal en cascade, donc en principe les parents, ensuite le tuteur, voire un curateur en cas de conflits d'intérêts (ex : témoins de Jéhovah pas d'accord pour transfusion de sang sur son enfant alors que c'est vital).
    - Intérêt objectif de la personne incapable de discernement

- Souhaits éventuellement émis avant de perdre le discernement (« Je ne veux pas être réanimée si X chose m'arrive », etc).
    - Mesures personnelles anticipées
      - Directives anticipées (art. 370 ss CC) pour désigner p.ex un représentant thérapeutique.
      - Mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss CC), conditions qui ne sont pas les mêmes pour les directives, le mandat est un soutien plus large, aussi dans le domaine économique mais couvre aussi les questions médicales.
  - Consentement exclu a une expérimentation scientifique, voire à une intervention mutilante ou de nature à porter une grave atteinte à l'intégrité physique (ATF 114 la 350, c. 7bb *in fine*, polycopié III, p.1). Le représentant légal ne peut pas consentir à une grave atteinte physique telle qu'une expérimentation scientifique sur une personne.
- Base légale = autre motif justificatif d'une atteinte à l'intégrité corporelle
- Nécessite de sauvegarder un intérêt public prépondérant (p.ex prévenir la diffusion d'une épidémie)
  - Dans le respect du principe de proportionnalité
  - Base légale suffisante et d'une densité normative suffisante (ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt concernant la prise de sang)
    - Sous réserve de mesures exceptionnelles prises par l'autorité en vertu de son pouvoir de police
  - Sous réserve aussi du noyau intangible de la liberté personnelle (cf. ATF 114 la 350, c. 5, polycopié III, p.1). Sujet délicat : p.ex toute la question de l'obligation de vacciner. Sur Genève il n'y a que la diphtérie qui est obligatoire dans un règlement...

### C. Comment faire respecter son droit à l'intégrité corporelle ?

- Action en justice du titulaire du droit
- Droit inamissible (renoncement du titulaire à la protection en l'espèce possible)
  - Droit extrapatrimonial, mais conséquences pécuniaires possibles (art. 28a al.3 CC et art. 41 CO p.ex et comme dans le cas pratique n°1)
  - Droit strictement personnel à l'intégrité corporelle (capacité de discernement suffit pour faire valoir des droits)
    - Le mineur capable de discernement intente seul les actions défensives et en réparation du tort moral (art. 305 al.1 *in fine*, 19c al.1 et 28a al.1 et 3 CC)
    - Le mineur capable de discernement a un représentant légal pour les actions en réparation (art. 305 al.1, 19 al.1 et 28a al.3 CC)
    - L'incapable de discernement a besoin d'un représentant pour agir en justice (art. 18 et 19c al.2 CC)

### D. A propos des interventions médicales

- Opération sans information du patient ou sans accord
- Acte illicite du médecin affectant l'ensemble de l'intervention
  - Responsabilité du médecin pour tout dommage découlant de l'échec total ou partiel de l'opération
    - Indépendamment de la violation des règles de l'art
    - Risque de l'acte médical assumé par le médecin
    - Lien de causalité naturelle et adéquate entre l'intervention chirurgicale, considérée dans son ensemble, et le préjudice subi par le patient, admis si :
      - Echec de l'opération, soit atteinte à la vie, à la santé ou l'intégrité corporelle
      - Et si une telle opération apparaît propre, selon le cours ordinaire des choses, à provoquer un tel résultat.

- Responsabilité admise → dommages-intérêts (art. 41 CO) et tort moral (art. 47 CO), cf. ATF 108 II 59.
- Consentement éclairé du patient
  - Devoir d'information pour garantir deux aspects indissociables de la personnalité
    - La libre détermination du patient
    - Et la protection de son intégrité corporelle, cela fait partie des obligations contractuelles qui lient le médecin (privé ou pas) et son patient.
  - Devoir d'information = partie des obligations professionnelles générales du médecin
    - But de l'atteinte à l'intégrité corporelle inapte à la justifier, cela ne signifie pas qu'on a consenti et ce n'est pas au médecin de déterminer le but.
    - Seul le patient a qualité pour se déterminer sur le but, c'est la raison pour laquelle le devoir d'information est indissociable d'une atteinte à la personnalité.
  - A défaut, responsabilité du médecin admise (art. 41, voire aussi art. 47 CO ; cf. ATF 118 IB 197, JdT 1992 I 216, polycopié III, p. 7)
- Consentement libre, sauf urgence → délai raisonnable pour se déterminer
  - Opération sans gravité particulière (opération au plus tard un jour avant)
  - Intervention lourde ou présentant des risques importants (trois jours au moins)
  - Information délivrée la veille de l'opération inadmissible, lorsque celle-ci était prévisible à terme.
  - Période de réflexion hors hospitalisation en principe
    - Volonté objective et effective du patient
    - Non altérée par des facteurs extérieurs, comme le manque de temps, les pressions
  - A défaut, responsabilité admise (cf. TF 4P.265/2002 du 28 avril 2003, polycopié III, p. 11)
- Consentement hypothétique → un moyen de défense du médecin
  - Absence de consentement éclairé
  - A charge du médecin de prouver
    - Le consentement du patient s'il avait été dûment informé
    - Obligation du patient de collaborer à la preuve
    - En principe, consentement hypothétique exclu lorsque le genre et la gravité du risque nécessitaient un besoin accru d'information
  - Situation personnelle et concrète du patient déterminante
    - Absence de motifs personnels allégués qui l'auraient conduit à refuser l'intervention proposée
    - Examen objectif du point de vue d'un patient sensé (cf. ATF 133 III 121, c. 4.1.3, polycopié III, p. 24)
  - Responsabilité non admise

## E. Le droit à l'intégrité corporelle devant la CourEDH

- Art. 2 par. 1 CEDH : droit à la vie
  - Obligation de l'Etat de :
    - S'abstenir de donner la mort de manière intentionnelle et illégale
    - Et de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie
      - Législation pénale concrète s'appuyant sur un mécanisme d'application efficace
      - Obligation positive de prendre les mesures préventives nécessaires à la protection de la vie
        - Violation de l'art. 2 par. 1 in ACEDH Kontrova c. Slovaquie du 31.5.2007 (enfants tués par leur père)
      - Sur les contours des obligations positives : ACEDH de Grande Chambre Lambert c. France du 5.6.2015, Rec. 2015)
- Quid d'un droit à la mort déductible de l'art. 2 CEDH ?

- Non déductible de son aspect négatif
- Ni un droit à l'autodétermination donnant à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie (cf. ACEDH Pretty c. Royaume-Uni du 29.4.2002, Rec. 2002-III, par. 39)
- Quid d'un droit à la mort déductible de l'art. 3 CEDH : interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants ?
  - Absence d'obligation positive à la charge de l'Etat visant à l'interruption de la vie (cf. ACEDH Pretty c. Royaume-Uni du 29.4.2002, Rec. 2002-III, par. 56)
- Quid d'un droit à la mort déductible de l'art. 8 CEDH ?
  - ACEDH Pretty c. Royaume-Uni du 29.4.2002, Rec. 2002-III
    - La nature générale de l'interdiction du suicide assisté n'est pas disproportionnée (par. 76)
    - Non violation de l'art. 8 CEDH (unanimité)
  - ACEDH Hass c. Suisse du 20.1.2011, Rec. 2011
    - Le droit de choisir quand et comment mourir est un des aspects du droit au respect de la vie privée (par. 51)
    - Absence de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, la grande majorité (par. 55)
      - Plus de poids à la protection de la vie (art. 2 CEDH) qu'au droit d'y mettre fin (art. 8 CEDH)
      - Donc marge d'appréciation considérable
    - Non violation de l'art. 8 CEDH à l'unanimité
  - ACEDH Koch v. Allemagne du 19.7.2012
    - Refus d'examiner au fond l'action engagée par le requérant au nom de sa défunte épouse et en son nom propre contre le refus de prescrire une dose mortelle de médicaments
    - Violation des droits procéduraux découlant de l'art. 8 CEDH (unanimité)
  - ACEDH Gross c. Suisse du 14.5.2013
    - Directives insuffisantes sur l'ampleur du droit d'obtenir une dose mortelle de médicament sur ordonnance médicale
    - Angoisse considérable provoquée par cette incertitude sur un aspect particulièrement important de la vie privée
    - Violation de l'art. 8 CEDH (4 c. 3)
  - ACEDH de Grande Chambre Gross du 30.9.2014, Rec. 2014
    - Irrecevabilité pour abus de droit (9 c. 8)
    - Conclusions du 14 mai 2013 dépourvues de validité juridique
  - Droit de choisir la forme et le moment de la fin de sa vie fondé sur le droit à l'autodétermination
  - Absence de droit au suicide assisté (absence du droit d'obtenir de l'Etat une aide au suicide)
  - Liberté de mourir
    - L'Etat doit respecter l'autonomie de la personne, soit son choix (cf. TF 2C\_66/2015 du 13.9.2016 destiné à publication : recours contre la loi portant modification à la loi de santé neuchâteloise (assistance au suicide) du 4 novembre 2014 rejeté).
- Le châtement corporel devant la CourEDH
  - Art. 3 CEDH : nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants
    - Un châtement corporel peut se révéler incompatible avec la dignité et l'intégrité physique de l'enfant
    - Obligation positive de protéger l'enfant contre la maltraitance, les abus sexuels
      - Humiliation ou avilissement d'un niveau particulier
      - Examen à la lumière de l'ensemble des données de la cause
  - Ex. de peines judiciaires corporelles, soit violences institutionnalisées infligées par la police
    - Coups de fouet donnés à un enfant de 15 ans constitutifs d'une peine dégradante contraire à l'art. 3 CEDH (ACEDH Tyrer c. Royaume-Uni du 25.4.1978, série A n. 26, par. 33 ss)

- Risque de recevoir une punition corporelle insuffisant à violer l'art. 3 CEDH (ACEDH Campbell et Cosans c. Royaume-Uni du 25.2.1982, série A n. 48)
- Premier arrêt sur le châtime corporel parental (ACEDH A. c. Royaume-Uni du 23.9.1998, Rec. 1998-VI)
  - Mineur âgé de 9 ans battu par son beau-père à coups de canne, nombreuses et douloureuses contusions
  - Enfants et autres personnes vulnérables titulaires d'un droit à la protection de l'Etat
  - Obligation de l'Etat de prendre des mesures préventives efficaces, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité
  - Violation de l'art. 3 CEDH
- Gifle = traitement dégradant (ACEDH de Grande Chambre Bouyid c. Belgique du 28.9.2015, Rec. 2015)
  - Interdiction de l'art. 3 absolue cf. art. 15 par. 2 CEDH
  - Exigence d'un minimum de gravité, examiné à la lumière de l'ensemble des données de la cause (par. 86)
    - Même sans vives souffrances physiques ou mentales, humiliation/avilissement peut être dégradant (par. 87)
  - Il peut suffire que la victime soit humiliée à ses propres yeux, même si elle ne l'est pas aux yeux de tiers
    - Lien étroit entre les notions de « traitements dégradants » et de respect de la « dignité » (par. 90)
- ACEDH de Grande Chambre Bouyid c. Belgique du 28.9.2015
  - Giffes données au commissariat à deux frères de 17 et 25 ans
    - Gifle, même isolée, non préméditée et dénuée d'effet grave ou durable, peut être perçue comme une humiliation (par. 105)
      - *A fortiori* si infligée par des agents des forces de l'ordre (par. 106)
      - Ce, quel que soit le comportement de la personne concernée (par. 108)
    - Surabondamment, vulnérabilité inhérente aux mineurs (par. 109)
  - Violation de l'art. 3 CEDH dans son volet matériel (14 v. 3)
- Art. 3 (suite) et 8 CEDH
  - Absence de protection ou manquement à l'obligation de protéger
    - Violation de l'art. 3 CEDH (ACEDH Z et autres c. Royaume-Uni du 10.5.2001 ; E. et autres c. Royaume-Uni du 26.11.2002)
    - Violation des art. 3, 14 et 3, ainsi que 8 CEDH (ACEDH M. et M. c Croatie du 3.9.2015 ; E.S et autres c. Slovaquie du 15.9.2009 ; C.A.S. et C.S c. Roumanie du 20.3.2012)
      - Importance en matière de violence domestique (ACEDH Eremia c. Moldavie du 28 mai 2013)
        - Enfants témoins de la violence sous l'angle de l'art. 8 CEDH
- Art. 8 CEDH : droit au respect de la vie privée et familiale
  - En matière de mesures disciplinaires, protection potentiellement plus ample de l'art. 8 que celle de l'art. 3 (ACEDH Constello-Roberts c. Royaume-Uni du 25.3.1993, série A n. 247-C)
    - Une certaine ingérence dans la vie privée de l'enfant inévitablement due à la fréquentation d'une école
    - Ecole privée à la discipline très stricte → régime disciplinaire permettant l'usage de châtime corporels
      - Le traitement incriminé (trois coups de chaussure de gymnastique sur le postérieur par le directeur sans témoin) n'a pas nui à l'intégrité physique ou morale du requérant au point de relever l'interdiction de l'art. 8 CEDH (par. 36)
- Conclusion sur le châtime corporel devant la CourEDH
  - Suite à la jurisprudence de la CourEDH, abolition des châtime corporels dans les écoles britanniques
  - Jamais eu à trancher du principe même d'un « droit de correction » des parents

- Mais gifle = traitement dégradant

## F. La maltraitance des enfants

### - Protection internationale de l'enfant

- La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997 (CDE ; RS 0.107). Il n'y a pas d'autorité qui prend des jugements mais il y a un Comité des Nations Unies qui donne des recommandations, avec l'obligation de rendre des rapport sur les situations. Il y a aussi l'OPI (protocole) entré en vigueur en 2014 et la Suisse va probablement le ratifier assez rapidement (29 juin traité par le Conseil National, il y a un message la dessus, etc), cela permet à un enfant de saisir directement le Comité. Cet instrument est contraignant une fois qu'il est ratifié et traitant expressément de la maltraitance des enfants.
  - Art. 3 al.1 CDE : l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent.
  - Art. 3 al.2 CDE : les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs des parents.
  - Art. 12 al.1 CDE : les opinions de l'enfant doivent être prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. Caractère programmatique, pas toutes les dispositions de la CDE sont directement applicables. Attention avec le capable de discernement, cela peut être restrictif et finalement la capacité de discernement ce n'est pas d'attendre que l'enfant aie 12 ans p.ex, il faut voir cela de manière plus large. Le TF typiquement va même plus loin puisqu'il entend déjà les enfants aux alentours de 6 ans si ceux-ci ont un minimum de capacité de discernement.
  - Art. 19 al.1 CDE : obligation à charge des Etats de prendre toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation. Ce n'est pas que de la violation active finalement.
  - Art. 28 al.2 CDE : compatibilité de la discipline scolaire avec la dignité de l'enfant
  - Art. 29 al.1 let. a CDE : éducation de l'enfant aux fins de favoriser l'épanouissement de sa personnalité et le développement de ses dons et aptitudes. Donc l'Etat a l'obligation d'examiner que dans le cadre scolaire l'enfant est aussi respecté.
  - Art. 37 let. a CDE : interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Déjà en 2002, le Comité des droits de l'enfant avait demandé à la Suisse d'interdire toutes les pratiques de châtement corporel. Elle va le refaire en 2008 et la Suisse est engagée à atteindre cet objectif.

### - Plusieurs recommandations du Conseil de l'Europe se préoccupent de la protection de l'enfant contre les mauvais traitements

- Conseil des Ministres : recommandation R (79) 17 du 13.9.1979, concernant la protection des enfants contre les mauvais traitements.
- Assemblée parlementaire : recommandation 1666, Interdire le châtement corporel des enfants en Europe, 24.6.2004, N 5 : « *Tous les châtements corporels infligés aux enfants violent leur droit fondamental au respect de leur dignité humaine et de leur intégrité physique. Le maintien est une violation du droit tout aussi fondamental des enfants à une protection devant la loi à égalité avec les adultes. Il faut casser l'acceptation sociale et juridique du châtement corporels des enfants* ». Probablement le texte phare en la matière, avec l'idée que la maltraitance peut aussi être due dans la négligence dans les soins donnés à l'enfant.

### - Comité des Ministres : recommandation R (2006) 19 relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive, 13 décembre 2006

- Art. 1 Définitions « Parentalité positive » : « *Comportement parental fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant qui fournit reconnaissance et assistance, en établissant un ensemble de pères favorisant son plein développement* ».



- Assemblée parlementaire : résolution 1530 (2007), Enfants victimes : éradiquons toutes les formes de violence, d'exploitation et d'abus

Tous ces textes européens ne sont pas directement applicables en Suisse mais ont néanmoins une très grande influence sur la législation nationale. En revanche, au niveau national, on a :

- La protection en Suisse
  - o Art. 10 Cst
    - Droit à la vie et à la liberté personnelle, dont l'intégrité physique et psychique (al.1 et 2)
    - Interdiction de la torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants (al.3)
  - o Art. 11 al.1 Cst. Protection des enfants et des jeunes
    - Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.
- Au 1<sup>er</sup> janvier 1978, le législateur suisse a abrogé l'art. 278 aCC qui accordait explicitement un droit de correction aux parents, mais dans son message, le Conseil fédéral précisait que « l'autorité parentale inclut également le droit de corriger l'enfant dans la mesure où son éducation l'exige » (FF 1974 II p. 78, ch. 323.31).
- Art. 301 CC
  - o Les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires, sous réserve de sa propre capacité (al.1).
  - o L'enfant doit obéissance à ses père et mère, qui lui accordent la liberté d'organiser sa vie selon son degré de maturité et tiennent compte autant que possible de son avis pour les affaires importantes (al.2).
- Art. 307 ss CC : mesures de protection
  - o Art. 311 al.1 ch.1 CC : « violence » ajoutée au 1<sup>er</sup> juillet 2014 comme motif de retrait de l'autorité parentale. Le législateur introduit la violence comme motif de retrait. Ce motif a été en effet expressément ajouté.
- Art. 123 ch.2 al.3 CP (CP ; RS 311.0)
  - o Poursuite d'office de l'auteur de lésions corporelles simples. Là c'est déjà quand même d'une certaine gravité. En effet il faut noter qu'en cas de voies de fait, c'est sur plaintes et seulement à répétées reprises, or ici c'est poursuite d'office. La plainte est problématique puisque l'enfant est aussi représenté (par un curateur en principe) et peut avoir peur d'agir ou ne pas agir par conflit d'intérêts envers ses parents, etc (cf. plus bas).
    - Si celui-ci s'en est pris à une personne, notamment un enfant, dont il avait la garde ou sur laquelle il avait le devoir de veiller
      - Peine privative de liberté de 3 ans au plus ou peine pécuniaire
- Art. 126 al.2 let. a CP
  - o Poursuite d'office de l'auteur de voies de fait
    - Si celui-ci a agi à répétées reprises contre une personne, notamment un enfant, dont il avait la garde ou sur laquelle il avait le devoir de veiller
      - Amende
- Art 127 CP : exposition
  - o Mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui par celui qui a la garde d'une personne hors d'état de se protéger ou le devoir de veiller sur elle.
    - Peine privative de liberté de 5 ans au plus ou peine pécuniaire
- Art. 219 CP

- Violation du devoir d'assistance ou d'éducation sur une personne mineure
- Mise en danger du développement physique ou psychique
  - Peine privative de liberté de 3 ans au plus ou peine pécuniaire
- LAVI (Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23.3.2007, entrée en vigueur le 1.1.2009 ; RS 312.5) applicable aussi aux enfants
  - Art. 1 al.1 : « Toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité physique ... a droit au soutien prévu par la présente loi ».
  - Art. 2 let. a à f. L'aide aux victimes comprend les conseils et l'aide immédiate, l'aide à plus long terme fournie par les centres de consultation ; la contribution aux frais pour l'aide à plus long terme fournie par un tiers ; l'indemnisation ; la réparation morale ; l'exemption des frais de procédure.
- Selon le Tribunal fédéral (concernant ce droit de correction)
  - « la maltraitance d'un enfant, qui a ... une certaine durée et une certaine intensité, porte non seulement atteinte à son intégrité physique et mentale mais également à son développement physique ou psychique » (TF 6S.736/2000 du 28.11.2012, c. 1d).
  - « on peut ... laisser sans réponse la question de savoir s'il existe, dans une certaine mesure, le droit d'infliger de légères corrections corporelles » (ATF 129 IV 216, c. 2.5 *ab initio*, photocopié III, p. 22). On admet un certain droit de correction, toutefois c'est exclu en cas de voies de fait répétés, et bien sûr en cas de lésions corporelles.
- Selon la doctrine
  - Pour les auteurs de droit civil, le devoir d'éducation des parents n'autorise par le châtement corporel, toujours inadmissible.
  - Plus nuancé chez certains auteurs de droit pénal, qui disent justement que c'est admissible si cela resté isolé et on revient à la problématique du caractère non-répété. Cela doit aussi être de peu d'importance.
- Initiative parlementaire du 24 mars 2006, 06.419 : « Mieux protéger les enfants contre la maltraitance », sans suite par le Conseil national. Il y a aussi eu des discussions pour mettre une norme dans le CP (l'Allemagne l'a fait par exemple) et certains auteurs le voulaient aussi, mais cela n'a pas donné suite.
- Rapport du Conseil fédéral du 27 juin 2012 en réponse au postulat Fehr du 5 octobre 2007 (07.3725) « Violence et négligence envers les enfants et les jeunes au sein de la famille : aide à l'enfant et à la jeunesse et sanctions des pouvoirs publics ». En janvier 2006 s'est créé l'Observatoire de la maltraitance envers les enfants créée à Lausanne qui a récolté des données plutôt alarmantes (en 2014, hausse de 13% des cas de maltraitance). Hausse aussi de la visibilité de la maltraitance, médecins rendus attentifs pour la dépister, etc mais c'étaient des chiffres qui ont fait très mal tout de même puisqu'il y avait beaucoup plus de maltraitance des enfants que ce qu'on pensait.
- En 2014, 37 Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté une interdiction totale du châtement corporel : Albanie (2010), Allemagne (2000), Andorre (2014), Autriche (1989), Bulgarie(2000), Chypre(1994), Croatie(1999), Danemark(1997), Espagne(2007), Estonie(2014), Finlande(1983), Grèce(2006), Hongrie(2004), Islande(2003), Lettonie(1998), Lichtenstein(2008), Luxembourg(2008), Malte(2014), Moldavie(2008), Norvège(1987), Pays-Bas(2007), Pologne(2010), Portugal(2007), Roumanie(2004), Saint-Marin(2014), Suède(1979) et Ukraine(2001). On constate qu'en Suède (1<sup>er</sup> Etat à interdire), il y a eu bcp de campagnes de méthodes alternatives de correction avec bcp de succès. Mais il y a toujours un débat sur cette question.
- Situation insatisfaisante en Suisse
  - *Contra* : Avis de l'OFJ du 25 mai 2011 sur l'interdiction des châtements corporels.
  - Recommandations du Comité des droits de l'enfant du 4 février 2015 (N 39).

## CAS PRATIQUE

JOHN LEMON, 62 ans, vit depuis de nombreuses années à Genève, avec son fils SEAN. En novembre 2014, JOHN a appris qu'il était atteint d'un cancer. Après mûre réflexion et suffisamment informé, il a alors rédigé les

*directives anticipées suivantes : «Je refuse que toute substance néfaste à ma santé ainsi que des médicaments permettant de pallier la douleur me soient administrés. Je refuse également tout acte de réanimation si mon coeur devait un jour cesser de battre. Je désigne, PAUL MAKARTNET, mon ami d'enfance, comme représentant thérapeutique. Je lui demande de s'assurer du respect de mes directives et de prendre toute décision médicale me concernant. » John étant fragilisé par l'annonce de son cancer et ne se sentant plus la force de gérer ses affaires patrimoniales, un curateur de gestion de biens, GEORGES ARIÇONE, lui a été nommé en décembre 2015. Le 3 juillet 2016, JOHN a été victime d'un infarctus du myocarde. Inconscient, il a été immédiatement transporté à l'Hôpital privé Arc-en-ciel où il a été pris en charge par le Dr RING OSTAR. Ce dernier, qui n'avait pas connaissance des directives anticipées de John, lui a sauvé la vie en effectuant une réanimation puis un pontage coronarien. La convalescence de John s'est avérée toutefois difficile. Des complications sont apparues et son système immunitaire est encore fragile. Alors qu'il était aux soins intensifs, John a été victime d'une bronchite. Afin d'éviter tout risque de pneumonie, le Dr RING OSTAR qui, à ce moment-là, avait connaissance des directives anticipées, lui a administré des antibiotiques, non sans avoir au préalable consulté SEAN, GEORGES et PAUL, JOHN étant alors toujours très confus et partant incapable de discernement. Le dossier médical de John comprend, outre les résultats des examens cliniques et des analyses effectuées, les soins prodigués jusqu'ici, ainsi qu'une évaluation de la situation médicale de JOHN. Pour son usage personnel, le Dr RING OSTAR y a également joint une petite note à laquelle le personnel médical n'a pas accès et sur laquelle il a inscrit : «patient désagréable et hautain, pas très coopérant». L'état de santé de JOHN vient de s'améliorer. Sorti de l'hôpital et désormais à nouveau capable de discernement, il vient vous voir et vous pose les questions suivantes.*

### **1. Le Dr Ring Ostar était-il en droit de procéder à une réanimation?**

Schéma de résolution des cas pratiques :

Première question : est-ce qu'on a une atteinte à la personnalité ? Base légale : art. 28 al.1 CC, analyser quelle est la définition de l'atteinte et le bien de la personnalité atteint. Définition de l'atteinte : trouble d'une certaine intensité à la personnalité due au comportement d'un tiers.

*En l'espèce*, le bien de la personnalité atteint est l'intégrité corporelle de John. L'atteinte à la personnalité de John consiste en effet dans la réanimation. Le Dr Ringo Star réanime John et lui fait un pontage coronarien, c'est un acte thérapeutique qui porte atteinte à l'intégrité corporelle de John.

*En guise de conclusion intermédiaire*, il y a donc bien atteinte à la personnalité.

Deuxième question : dès qu'il y a atteinte, quel est le système mis en place par la loi ? L'atteinte entraîne la présomption d'illicéité conformément à l'art. 28 al.2 CC, sous réserve d'un motif justificatif (consentement, base légale, intérêt privé ou public prépondérant). Pour consentir valablement, il faut être capable de discernement (art. 16 CC). Le consentement doit être libre et éclairé en matière médicale. S'agissant du motif justificatif légal, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013 on n'avait pas de base légale concrète pour l'intervention du médecin en cas d'urgence et on appliquait par analogie l'art. 422 CC (gestion d'affaires). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 on a l'art. 379 CC, qui indique qu'en cas d'urgence le médecin administre les soins conformément à la volonté présumée, etc. En principe, le médecin doit voir si il y a des directives anticipées mais les cas d'urgence sont réservés.

*En l'espèce*, John n'a pas donné son consentement, car il n'était pas capable de discernement au moment des faits. En effet, l'infarctus l'a rendu incapable de discernement et est une « autre cause semblable » au sens de l'art. 16 CC. A-t-on un motif justificatif légal ici ? Le médecin n'avait pas connaissance des directives anticipées et a administré les soins conformément à la volonté présumée de l'art. 379 CC. Il y avait urgence, John risquait de mourir et en le réanimant, le médecin a agi conformément aux intérêts objectifs du patient. En principe, il doit voir si il y a des directives anticipées mais les cas d'urgence sont réservés.

*En guise de conclusion intermédiaire*, John n'a pas pu consentir à l'atteinte. Toutefois, le médecin a agi conformément aux intérêts objectifs du patient et pouvait valablement ne pas avoir connaissance des directives anticipées, vu l'état d'urgence. Il y avait bien un motif justificatif légal.

*En guise de conclusion finale*, le Dr Ring Ostar était bien en droit de procéder à une réanimation.

### **2. Pouvait-il administrer à John des antibiotiques, sachant que :**

- Sean lui avait demandé de tout mettre en oeuvre pour préserver la santé de son père,
- Georges avait dit qu'il fallait recourir à la médecine homéopathique, et

- **Paul lui avait ordonné de renoncer aux antibiotiques.**

Pour rappel il faut un trouble d'une certaine intensité pour qu'il y ait atteinte au sens de l'art. 28 al.1 CC. Si il y a atteinte, il y a présomption d'illicéité au sens de l'art. 28 al.2 CC. Même raisonnement du début que sous la question 1 : est-ce que John est atteint dans sa personnalité par le traitement ? Art. 28 al.1 et 2 CC : in casu administration des antibiotiques est une atteinte à l'intégrité corporelle, donc effectivement subi une atteinte à la personnalité. Il était toujours dans le coma et donc ne pouvait pas consentir à l'atteinte au sens de l'art. 16 CC.

Le médecin avait connaissance de la directive anticipée. Est-ce que John a consenti ou refusé de manière anticipée à ses antibiotiques ? Selon l'art. 16 CC la capacité de discernement est présumée. En l'espèce, on doit se demander si les antibiotiques sont « néfastes à la santé » selon la directive de John. Probablement non, au contraire même. On ne peut pas dire non plus que ce soit un consentement en tant que tel.

Art. 378 CC : il y a un ordre de préférence des personnes à consulter. Le droit à l'intégrité corporelle est un droit strictement personnel sujet à représentation et ce pouvoir peut découler de la loi ou d'une procuration.

Si on commence par le fils, art. 378 CC en 5<sup>ème</sup> place seulement si ils fournissent une assistance régulière. C'est le cas ici, mais une personne de la liste peut l'emporter sur la représentation du fils : quid de Georges ? Il a un mandat tutélaire qui vise la gestion de biens et n'entre même pas dans la liste de 378 CC. Quid de Paul ? 370 al.2 CC, ici, c'est Paul qui est désigné dans les directives anticipées.

Le pouvoir de Paul l'emporte sur celui de Sean et de Georges et c'est donc à Paul qu'il revient de prendre la décision. Paul ne voulait pas que des antibiotiques soient administrés, donc le médecin n'avait pas le droit de le faire. Attention art. 373 al.1 ch.2 CC : si les proches pensent que le représentant va à l'encontre des intérêts du médecin, on peut faire appel à l'autorité de protection. Ici cela n'a pas été le cas.

En conclusion, le médecin n'était pas autorisé à administrer les antibiotiques à John puisque Paul a ordonné d'y renoncer.

Pas de tort moral, pas de gain ici, donc il faudra examiner les actions défensives. Dans le cas d'une telle atteinte par un médecin, on se tourne vers l'action en constatation, à moins qu'il y ait une atteinte diminuante, ce qui n'est pas le cas ici. Est-ce que le trouble subsiste ? Peut être le fait qu'il y ait un doute sur la licéité du comportement du médecin fait que le trouble subsiste. Il faut encore qu'on puisse établir qu'il y a un trouble qui subsiste. Dans ce cas on pourrait imaginer cette action. On a aussi l'action générale en constatation de l'art. 88 CPC, pour faire constater un droit.

**3. John peut-il consulter son dossier médical? Le cas échéant, qu'y trouvera-t-il?**

Le dossier médical est une atteinte à la sphère privée et si on veut avoir un droit d'accès à ce genre de données sensibles, on va le fonder sur l'art. 8 LPD. Le maître du fichier doit communiquer toutes les données concernant le patient. Il s'agit bien des données sensibles au sens de l'art. 3 LPD. Mais est-ce que John aura accès à tout ? Il y a une note rédigée par le médecin qui dit qu'il est peu coopératif, voire désagréable. Est-ce possible de ne pas transmettre cette donnée ? Oui, car tombe dans le champ d'exclusion de l'art. 2 LPD : John a le droit à consulter tout son dossier médical entier sauf à cette note interne.

## IV. Sphère émotionnelle

---

### A. Biens juridiques protégés

La sphère émotionnelle est prise dans un sens large, ce n'est pas seulement un trouble psychique p.ex mais aussi une atteinte à la personnalité affective, etc.

- Atteinte à la personnalité affective
  - o Victime d'un trouble d'une certaine intensité dans son équilibre psychique du fait du comportement d'un tiers. Quand on a une atteinte, il faut en effet une certaine intensité du fait du comportement d'un tiers.
- Contenu de la sphère émotionnelle, avec son large contenu qui est :
  - o La vie affective
  - o L'équilibre psychique
  - o Les relations avec les proches
  - o Le droit de connaître ses origines
  - o L'enfant mort-né
- Atteinte à la sphère émotionnelle
  - o Troubles psychiques dus à une atteinte à l'intégrité physique
  - o Troubles de la vie familiale
  - o Grave atteinte à l'intégrité physique d'un proche (atteint son entourage)
  - o Violence domestique

### B. Troubles psychiques

- Répercussions psychiques d'une atteinte à l'intégrité physique (p.ex douleur, défiguration) à examiner d'un point de vue objectif et subjectif :
  - o Point de vue objectif
    - Réparation du tort moral fondée sur la réduction des perspectives de l'existence économique selon l'expérience générale (ATF 81 II 512/JdT 1956 237, consid. 2b : fillette de deux ans et demi mordue au visage par un chien, la cicatrice au visage d'une femme réduit ses chances de se marier, son avenir économique est en jeu, etc).
  - o Point de vue subjectif
    - Evaluer les conséquences sur la sphère émotionnelle du point de vue de la victime de l'atteinte. Il faut une gravité objective de l'atteinte qui se cumule avec l'aspect subjectif de la souffrance ressentie, ceci pour admettre le tort moral.
- Problème de l'élément subjectif : Quid des répercussions psychiques d'une atteinte à l'intégrité physique pour la personne incapable de discernement ?
  - o Une personne incapable de discernement, p.ex inconsciente, peut subir une atteinte à sa personnalité psychique. « On peut souffrir sans comprendre » selon TERCIER. Dans ce cas là, l'élément objectif de la lésion va jouer un plus grand rôle. En plus, une personne morale peut subir aussi un tort moral, donc pourquoi pas une personne incapable de discernement ?
    - Rôle prépondérant de l'élément objectif de la lésion
    - Conséquences subjectifs en considération (dans la fixation du montant de la réparation)
    - La gravité de l'atteinte suffit à fonder la réparation du tort moral (art. 47 CO ; ATF 108 II 422/JdT 1983 I 104, il y a eu 100'000.- CHF de tort moral à une jeune fille devenue tétraplégique et devenue définitivement inconsciente. La le TF examiner l'atteinte aux intérêts personnels de la jeune fille, la gravité de la faute du défendeur et aussi des souffrances morales de la jeune fille eu égard aux capacités

intellectuelles qui lui restent, indépendamment du fait qu'elle n'est pas capable de se rendre compte elle-même de cette diminution. Ce sont les éléments objectifs, de manière quasi absolue ici, qui l'emportent. En plus on va prendre en compte la douleur des parents dans ce cas là, avec toutes les conséquences graves d'avoir son enfant définitivement inconscient. En plus, donner une reconnaissance ainsi à la famille permet à la personne incapable de discernement d'avoir aussi une certaine reconnaissance des soins que doivent lui apporter à vie ses parents). Mais cela peut aller dans les deux sens, si p.ex la main de quelqu'un est handicapée à vie suite à des agissements et que cette personne est pianiste, cela sera aussi pris en compte.

### C. Troubles de la vie familiale

#### - La filiation

- Intérêt personnel au sens de l'art. 28 al.1 aCC, domaine de la vie privée
- Atteinte illicite de celui qui trouble volontairement, par des actes répétés et odieux, la vie familiale, sous prétexte qu'il serait le père biologique d'un des enfants (ATF 108 II 344, ça a été très moins, le gars a même placardé des affiches dans l'immeuble avec lettre ouverte, et allé à l'école pour prendre contact avec l'enfant, etc).
  - Action en prévention et en cessation de l'atteinte fondée
  - Interdiction de se prétendre le père de l'enfant et d'entrer en contact avec l'enfant, sous la menace de peines pénales
  - Action en réparation du tort moral fondée (étant donné la gravité particulière du préjudice subi et la faute (art. 49 al.1 CO))
  - Droit à la protection de la vie affective du père biologique fondé sur l'art. 28 CC non retenu (ATF en partie obsolète). Deux aspects : le père biologique n'a pas le droit de sa protection (c'est obsolète aujourd'hui, la CourEDH a renversé cela) mais l'arrêt a toujours sa pertinence dans le fait d'interdiction d'harceler la famille pour faire valoir sa paternité. A noter, que le droit à la connaissance de ses origines a aussi pris une certaine importance avec le temps.

#### - La filiation biologique

- Attention à la jurisprudence de la CourEDH, p.ex ACEDH Anayo c. Allemagne du 21.12.2010, requête n°20578/07. La Cour dit clairement que :
  - Établissement et contestation de la filiation relève à tout le moins de la vie privée, donc cela entre dans le cadre de l'art. 8 CEDH
  - Absence de vie familiale entre le père biologique et les jumeaux due au refus des mère et père juridiques, le père biologique n'avait même pas rencontré les jumeaux. Si on est dans le cadre de vie familiale ou pas a été laissé comme question ouverte.
  - Violation de l'art. 8 CEDH dans l'impossibilité d'accorder un droit de visite au père biologique, on est loin de l'arrêt précédent en droit suisse. Aujourd'hui art. 274a CC en droit suisse qui remédie à cela mais la JP reste très restrictive quant au droit de visite d'un tiers.
  - Examen sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant. On aurait du au moins examiner si c'était dans l'intérêt de l'enfant d'avoir contact avec son père biologique, on ne l'a pas fait, ce qui engendre la violation.
- Pas d'obligation d'autoriser le père biologique à contester le statut du père légitime, cf. ACEDH Marinis c. Grèce du 9.10.2014, requête n°3005/10.

#### - Le droit à l'enfant de connaître ses origines = droit fondamental de l'enfant, qui fait partie de sa personnalité affective

- Art. 7 CDE et 8 CEDH (cf. ACEDH Jäggi du 13 juillet 2006, Recueil 2006-X, polycopié V, p. 82, selon lequel l'enfant (Mr Jäggi, qui était âgé, mais pas besoin d'être jeune pour être l'enfant de quelqu'un) a recouru à la Cour pour connaître ses origines).
  - Droit général de l'enfant, quel que soit le mode d'engendrement.
- Art. 119 al.2 let. g Cst, adopté le 17 mai 1992, étant dans le cadre de la procréation médicalement assistée, a entraîné l'adoption de l'art. 27 LPMA.

- Droit absolu pour l'enfant majeur, adopté (art. 268c CC) et issu d'une procréation médicalement assistée (art. 27 LPMA). Pour l'enfant adopté même un arrêt assez remarquable avait reconnu ce droit avant même l'entrée en vigueur. Cf. p. 14 du photocopié pour l'arrêt.
  - Nouvelle conception du secret de l'adoption *in* art. 268b ss nCC. Nouvelle disposition avec le nouveau droit d'adoption qui entre en vigueur éminemment sous peu, puisque le référendum a échoué. Plusieurs aspects de l'adoption sont revues, plutôt positif selon la Prof, avec le droit de savoir qu'on a été adopté, dans quelles circonstances, etc.
  - Droit de savoir (art. 272 CC et 268 al.1 nCC), article expresse qui dit que l'enfant a le droit de savoir.
- Le droit fondamental de l'enfant de connaître ses origines
  - Partie de la protection de l'identité garantie par l'art. 28 CC. Qui détient les données ? C'est l'Etat. Donc on s'adresse à l'Etat pour obtenir les données. La question c'est peut on exiger des parents ou d'un tiers de connaître ses origines ? C'est de la qu'on retire le droit de l'art. 28 CC qui est la concrétisation des droits fondamentaux dans le rapport horizontal mais plus vertical. Le législateur a décidé que pour l'enfant majeur c'est son intérêt qui prime, alors quand c'est face à un père, il faut faire une pesée des intérêts.
    - Droit relatif dépendant d'une pesée des intérêts contradictoires (art. 28 al.2 CC ; ATF 125 I 257 ; ATF 128 I 63 *in* RDAF 2003 I p. 399, consid. 5, photocopié IV, p. 14 ; ATF 134 III 241/JdT 2009 I 411, photocopié IV, p. 27)
  - Action *sui generis* en recherche de ses origines **indépendante** de l'action en contestation et/ou en établissement de la paternité (ATF 124 III 241/JdT 2009 I 411, photocopié IV, p. 27 ; JdT 2014 III 129, photocopié V, p. 74)
- L'enfant mort-né
  - Ne donne aucun signe de vie à la naissance,
  - N'acquiert donc pas la personnalité juridique (art. 31 al.1 et 2 CC)
  - Sera inscrit au registre de l'état civil (registre informatisé unifié depuis 2004) si :
    - Il est né après 22 semaines de grossesse
    - OU
    - Il pèse au moins 500 gr (art. 9 al.1 et 2 OEC)
  - Ne succédera pas.
  - Possibilité de lui attribuer prénom(s) et nom de famille (art. 9 al.3 et 37c al.1 OEC)
  - Sous la donnée « naissance d'un enfant mort-né » (art. 8 let. c ch. 4 OEC) dans le registre de l'état civil (et très particulier, pck la logique du système voudrait qu'il ne soit pas inscrit puisqu'il n'acquiert pas la personnalité juridique, mais ici c'est pour tout de même permettre un deuil dans des circonstances dramatiques de l'inscrire).
  - A la demande des parents, possibilité d'inhumer l'enfant mort-né (art. 3C al.1 Loi genevoise sur les cimetières, K 1 65), puisque celui appartient à la sphère de la personnalité affective des parents. L'enfant mort-né ne peut pas lui même faire valoir cela en l'absence de la personnalité juridique, mais les parents le peuvent.
  - Recherche sur un enfant mort-né :
    - Consentement libre et éclairé du couple (art. 40 al.1 et 16 Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2001, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2014, LRH, RS 810.03)
- La Suisse mise en cause devant la CourEDH *in* ACEDH Hadri-Vionnet c. Suisse du 14 février 2008, photocopié IV, p. 90
  - Recourante déboutée de 4 recours différents au Tribunal fédéral, et cela remonte ensuite à la CourEDH.
  - Impossibilité d'assister à l'enterrement de son enfant mort-né et transport du corps dans une camionnette de livraison ordinaire contestés
    - Ingérences dans la jouissance des droits garantis par l'art. 8 CEDH

- Absence de base légale, dans le sens où il y avait des bases légales mais rien n'avait été fait dans le sens dans lequel allait le règlement (pour l'enterrement ils auraient dû consulter les proches, le transport ne s'est pas fait dans les règles, etc).
  - La Cour constate qu'elle ne met pas en doute la bonne foi du transporteur (qui a été acquitté) mais il y a des obligations positives qui découlent de l'art. 8 CEDH qu'il faut tout de même respecter).
  - Violation à l'unanimité de l'art. 8 CEDH, sans distinguer s'il s'agissait de la vie privée et familiale
  - Allocation de 3'000 EUR au titre de dommage moral.
  - La Cour n'est pas convaincue par l'argument Suisse qui disait que le corps avait été exhumé et que l'enterrement avait pu avoir lieu avec une cérémonie catholique (religion de la mère), la Cour a estimé que ce n'était pas suffisant pour réparer cela vis à vis de la mère.
- ACEDH Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, requête n°77785/01
  - Requête en modification du nom de famille inscrit sur la pierre tombale de l'enfant mort-né. C'était le nom du mari du père juridique, mais la mère voulait l'inscription du père biologique.
  - Refus des autorités nationales, faute pour l'enfant d'avoir acquis la personnalité juridique.
  - Etablissement de la descendance relève de la « vie privée » selon la CourEDH et qu'au fond il n'y a pas d'intérêts en conflit avec ceux de la requérante (p.ex pas d'obligation d'entretien à charge du père biologique puisque de toute façon l'enfant est mort-né).
  - Etablissement de la paternité pour un enfant mort-né
    - Aucun intérêt en conflit avec ceux de la requérante
    - Présomption légale prévalant sur la réalité biologique et sociale sans tenir compte de celle-ci, ni des souhaits des personnes concernés et sans que la décision ait réellement profité à quiconque
    - Incompatible avec l'obligation de garantir à la requérante un respect effectif de sa vie privée et familiale
  - Violation de l'art. 8 CEDH (4 voix contre 3).
  - Allocation de 1'000 EUR à titre de dommage moral
  - Opinion dissidente de trois juges qui ne va pas se fonder sur l'absence de personnalité juridique de l'enfant mort-né, mais celle du père biologique qui est décédé et qui n'a pas pu être représenté, peut être qu'il n'aurait pas voulu voir son nom sur la pierre tombale de l'enfant mort-né).
  - Conséquences pour le droit suisse : selon la Prof il suffit de se fonder sur les droits de personnalité de la mère pour revoir cette situation sous cet angle là, comme finalement l'a fait la Cour. Pas tout à fait anodin car dans la mesure où il y a un enfant mort-né, ne faut-il pas indiquer aussi qui sont les parents dans le registre de l'état civil ? Si le père a reconnu, il devra aussi y figurer et on peut se poser les questions de contestation du lien. Toute une problématique pas si évidente sous cet arrêt.
- La naissance non souhaitée
  - Stérilisation ou avortement : choix de ne pas/plus avoir d'enfant
    - Exercice d'un droit à la personnalité des parents
    - Echec de la stérilisation ou de l'avortement
      - Privation du choix initial des parents
    - Atteinte illicite à la personnalité à faire valoir par une action en constatation de droit (art. 28a al.1 ch. 3 CC) ? Moyen non avancé devant les tribunaux mais qui selon la Prof paraît envisageable, si p.ex la stérilisation demandée n'a pas abouti et cela a un intérêt pck tout ce qui est action défensive n'a pas besoin d'une faute.
    - Dommages-intérêts et réparation pour tort moral (art. 28a al.3 CC ; art. 41 et 49 CO)
      - Implications philosophiques de la pratique du droit
    - Plusieurs cas ont été portés devant les tribunaux, question sensible avec des implications philosophiques importantes (si la vie humaine est un bien, comment admettre que la faute du médecin est dommageable puisque finalement un enfant est né, etc).
- Jurisprudence en Suisse (revirement de la JP / évolution à travers le temps)
  - Arrêt du Tribunal de district d'Arbon (TG) du 16 octobre 1985.



- Naissance non désirée due à la faute du médecin
- Conclusions de la mère
  - Paiement des frais d'éducation de sa fille jusqu'à 21 ans (à l'époque la majorité était à 20 ans)
  - Dédommagement pour perte de gain pendant 7 ans
  - Réparation du tort moral pour la grossesse et pour une deuxième stérilisation.
- Conclusions du Tribunal
  - Les frais d'éducation ne constituent pas un dommage, cela mettrait en cause la naissance même de l'enfant et on traiterait ainsi l'enfant comme un dommage
  - L'absence de salaire pendant les 6 premières années de sa fille due aux besoins d'éducation constitue en revanche un gain manqué
  - Réparation du tort moral pour la grossesse et la deuxième stérilisation
- Arrêt du Tribunal fédéral 1P.530/1994 du 14 décembre 1995.
  - Naissance suite à l'échec d'une stérilisation par ligature des trompes
  - Arguments des parents
    - Grave violation de leur liberté personnelle
    - Information insuffisante de l'hôpital sur l'efficacité du traitement, sur les risques d'échec de ce mode de stérilisation et sur les traitements alternatifs possibles.
  - Conclusions du TF
    - Consentement hypothétique admis car les parents auraient quand même choisi ce traitement vu le risque d'échec minime
    - Illicéité de l'atteinte non réalisée
    - Rejet de la demande des parents en paiement de dommages-intérêts et de tort moral
    - Le TF ne se posera pas la question du dommage réparable
- Arrêt de la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville du 23 octobre 1998.
  - Naissance après un curetage en vue d'interrompre la grossesse
  - Conclusions du Tribunal
    - Rejet de la demande de la mère
    - Absence de préjudice : acceptation par les parents au cours de la grossesse de l'enfant à naître, puisque finalement ils n'ont pas réitéré une deuxième interruption de grossesse
    - Diminution volontaire du patrimoine, acceptent qu'ils vont vouloir subvenir aux besoins de l'enfant
    - En conséquence absence de dommage.
- Arrêt du Tribunal fédéral 4C.276/1993 du 1<sup>er</sup> décembre 1998.
  - Quatrième enfant malgré une stérilisation par ligature des trompes
  - Conclusions du TF
    - Consentement hypothétique admis : même dument informés du risque résiduel de grossesse, les époux auraient néanmoins choisi cette méthode d'opération
    - Illicéité de l'atteinte non réalisée
    - Rejet de l'indemnisation des parents
- ATF 132 III 359/JdT 2006 I 295, photocopié IV, p. 17.
  - Naissance non désirée due à la faute du médecin
  - Considérants en fait
    - Stérilisation par ligature des trompes convenue avec le médecin à l'occasion d'une césarienne programmée pour la naissance du deuxième enfant
    - Oubli du médecin de procéder à la stérilisation (malgré le mandat écrit, etc)
    - Couple déjà fortement endetté
    - Absence de moyens financiers pour entretenir un enfant supplémentaire
  - Conclusions du TF : condamnation de l'établissement hospitalier à verser aux parents d'un enfant non désiré un dédommagement pour son entretien

- Considérants en droit :
  - Droit des parents d'être placé dans la situation patrimoniale qui aurait été la leur si la stérilisation avait été faite
  - Absence de dédommagement de la vie d'un enfant non désiré
  - Mais dédommagement des dépenses encourues que la stérilisation aurait permis d'éviter
  - Compatibilité du dédommagement avec la dignité humaine
- Arrêt convaincant selon la Prof
- SJ 2015 I 162, TF 4A 551/2013 du 15 décembre 2014, photocopié IV, p. 33.
  - Naissance d'un enfant atteint du syndrome de Down
  - Considérants en droit
    - Violation du devoir d'information du médecin envers la mère découlant du contrat de mandat
    - Action en *wrongful birth* de la mère (tort moral admis pour 50'000 CHF)
    - La mère ne réussit pas à prouver le gain manqué
    - Particularité réside dans le fait que dans l'arrêt précédent il y avait vraiment une faute de taille alors qu'ici il n'y a pas de faute directe du médecin en tant que tel, ce n'est pas pck le médecin avait agit d'une certaine manière que l'enfant était né avec cet handicap.
    - Le TF admet le tort moral tel qu'il a été augmenté par la Cour cantonale (donc à 50'000.- CHF).
    - Action en *wrongful life* de l'enfant
      - Contrat également entre le médecin et l'enfant à naître, contrairement aux opinions des premiers juges et de la doctrine, mais le TF tranche dans ce sens
      - Mais absence d'un droit de ne pas naître
      - Obligations non violées, le médecin n'a pas les mêmes obligations par rapport à la mère que par rapport à l'enfant qui est aussi partie au contrat
      - Rejet de l'action de l'enfant

#### D. Troubles causés au proche

- Une grave atteinte à l'intégrité physique d'un proche (cf. aussi chapitre sur les personnes décédées)
  - Atteinte à la sphère émotionnelle de son entourage
- Droit des proches d'une personne décédée ou victime de lésions corporelles à la réparation du tort moral subi de ce chef
  - En cas de souffrances au caractère exceptionnel
  - Réparation du préjudice réfléchi admis depuis 1986 cf. ATF 112 II 118, photocopié IV, p.1. Fameux arrêt « Hunter » (avion de chasse de l'armée qui tombe et tue les deux enfants, père sera terriblement choqué et devient invalide après ce drame).
- Jurisprudence
  - Réparation du tort moral du mari en raison de l'atteinte dans ses intérêts personnels due à l'invalidité grave de sa femme suite à un accident (CHF 40'000.-, ATF 112 II 220 /JdT 1986 I 452)
  - Réparation du tort moral de la mère d'un enfant, souffrant de graves lésions au cerveau (CHF 60'000.-)
  - Violation du devoir contractuel du médecin d'informer le patient (ATF 116 II 519/JdT 1991 I 634)
  - Réparation du tort moral d'une fillette de 6 mois au moment des faits dont le père est devenu gravement invalidé à la suite d'une intoxication (CHF 20'000.- ; ATF 117 II 50/JdT 1992 I 222, photocopié IV, p. 7)
    - Incapacité de l'enfant irrelevante
    - Jurisprudence constante (cf. ATF 117 II 50/JdT 1992 I 222, consid. 3b, bb)

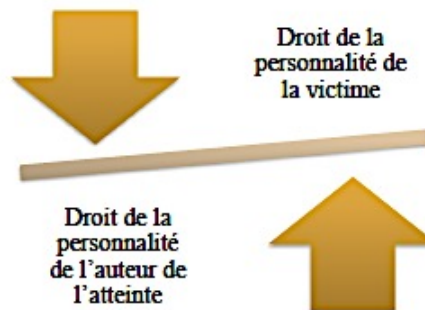
- Non contesté en doctrine (principe de la réparation du tort moral futur ; faute concomitante de la victime opposable aux proches dans un tel cas, rapport d'équité si la victime a commis une erreur qui a entraîné aussi le dommage)
- Réparation du tort moral pour une faute professionnelle commise lors d'un accouchement (césarienne tardive) ayant provoqué chez l'enfant de graves troubles moteurs cérébraux durables (CHF 80'000.- ; TF 4C.170/1997 du 22 mars 1999)
- Réparation du tort moral d'une personne ayant contracté le virus VIH à la suite de rapports sexuels non protégés (CHF 80'000.-), l'auteur avait assuré à la victime qu'il avait fait des tests, etc.
  - Réparation pour tort moral à la fille de la demanderesse (CHF 20'000.- ; ATF 125 III 412/SJ 2000 I 303)

## E. Troubles causés par la violence, les menaces ou le harcèlement

- Protection spéciale de la personnalité (art. 28b CC)
  - En cas de violence, menaces ou de harcèlement. On doit être en présence de ces faits pour entraîner la protection de l'art. 28b CC. L'effectivité de la base légale a été un peu remise en question, il y a eu un projet du Conseil fédéral pour rendre plus efficace l'art. 28b CC, mais on est toujours à l'avant-projet pour l'instant, ça stagne (p.ex idée d'instaurer un bracelet électronique pour l'auteur des violences, etc).
- Action en prévention ou cessation de l'atteinte (art. 28a al.1 CC)
  - Mesures générales visant l'éloignement physique de l'auteur de l'atteinte (art. 28b al.1 CC)
    - Sous la menace de l'art. 292 CP
    - Absence de limite temporelle (avant-projet de 2003 prévoyait une durée maximale de 2 ans)
  - Mesures spécifiques (art. 28b al.2 et 3 CC), qui permettent d'expulser l'auteur de l'atteinte si ils partagent le même logement (pas besoin que ce soit forcément une relation conjugale, le fait qu'il y ait un logement commun)
  - Mesures en cas de crise (art. 28b al.4 CC), mesures superprovisionnelles pour prononcer l'expulsion immédiate.
- Atteinte sous la forme de :
  - Violence
    - Atteinte d'une certaine intensité à l'intégrité physique, psychique, sexuelle ou sociale d'une personne
  - Menaces
    - Menace sérieuse d'une atteinte illicite
  - Harcèlement
    - Comportement obsessionnel d'une personne sur une longue durée (espionnage, recherche de proximité physique, poursuite/dérangement)
    - Evènements suscitant une grande peur chez la victime et survenant de manière répétée
    - Relation particulière entre l'auteur et la victime non nécessaire (TF 5A\_526/2009 du 5 octobre 2009, polycopié IV, p. 30)
- Mesures générales (art. 28b al.1 CC) : interdiction notamment :
  - D'approcher ou d'accéder à un périmètre déterminé autour du logement
  - De fréquenter certains lieux
  - De prendre contact avec la victime (par tous moyens) ou de lui causer d'autres dérangements
- Mesure spécifique en cas de logement commun (art. 28b al.2 CC) :
  - Expulsion pour une durée déterminée
  - Renouvelable une fois pour justes motifs
- Mesure en cas de crise (mesure super provisionnelle ; art. 28b al.4)

- Urgence impliquant l'expulsion sur le champ de l'auteur
- Service compétent désigné par les cantons (souvent la police)
- Procédure selon le droit cantonal
  - Loi genevoise sur les violences domestiques (LVD)

### Respect du principe de la proportionnalité



**Exemple: ordonner une interdiction de périmètre (cf. ATF 134 I 140/JT 2009 I 303)**

- effets/risques des rencontres sur la santé psychique de la victime
- étendue de la restriction de la liberté de mouvement
- intérêts légitimes de tiers (enfants en particulier)

## F. Moyens juridiques

- Actions spécifiques en protection de la personnalité (art. 28a al.1 CC)
  - Préjudice moral non nécessaire
- Actions réparatrices (art. 28a al.3 CC ; art. 47 et 49 CO)
  - Réparation du tort moral
    - Somme d'argent à titre de compensation pour les souffrances physiques ou psychiques subies du fait de l'atteinte illicite
    - Art. 49 CO = règle générale
    - Art. 47 CO = règle spéciale pour les lésions corporelles ou la mort
  - La responsabilité doit remplir les conditions posées par les dispositions légales sur lesquelles elle se fonde (par ex. art. 41 CO)
    - Réparation du tort moral sur la base de l'art. 49 CO pour les proches d'une victime de lésions corporelles (cf. préjudice réfléchi)
    - Réparation du tort moral sur la base de l'art. 47 CO pour la victime des lésions corporelles et pour la famille en cas de mort d'homme
- Conditions de la réparation du tort moral
  - Rappel :
    - Atteinte illicite à un droit de la personnalité
    - Tort moral grave
    - Rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte et le tort moral
    - Chef de responsabilité (faute ou responsabilité causale)
    - Absence d'une autre forme de réparation
  - Quant au lien de causalité
    - Les faits :
      - Réparation du tort moral demandée par un employé en informatique vu la publication d'un article dans le « Journal de Genève » du 20 janvier 1998 rappelant sa condamnation à la réclusion suite à plusieurs attaques à main armées

- Déclaration de l'employeur après lecture : « Malheureusement votre passé vous a rattrapé »
- Dépression profonde de l'employé se sentant poussé à la démission, cessation des activités professionnelles et invalidité consécutive à 100%
- Conclusions du TF : absence de lien de causalité
- Rapport de causalité adéquat :
  - Evènement considéré propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui produit
  - Pronostic rétrospectif objectif
    - Conséquence dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles
    - Prévisibilité objective du résultat
  - Clause générale à apprécier de cas en cas par le juge selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC)
    - Dommage équitablement imputable à l'auteur d'un acte illicite ou à celui qui en répond en vertu d'un contrat ou de la loi (cf. TF 5C.156/2003 du 23 octobre 2003, consid. 3.1)
  - En l'espèce :
    - L'expérience générale de la vie face à la réaction d'un homme de 45 ans, confronté à un tel choc émotionnel, n'ayant pas surmonté le traumatisme psychique après trois ans (conséquence qui n'est plus « caractéristique » et donc adéquate de l'événement déclencheur)
    - Conclusion (rejet du recours)
- Quant à la réparation :
  - Ampleur de la réparation
    - Pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC)
    - Gravité de la souffrance résultat de l'atteinte (atteinte grave pouvant n'avoir que des répercussions psychiques modestes suivant les circonstances ; ATF 117 II 50, consid. 4a, aa)
    - Douleur morale des proches d'une personne devenue gravement invalide à vie généralement supérieure à celle résultat d'un décès (ATF 113 II 323, consid. 6)
    - Et intensité en fonction aussi du degré de parenté (ATF 114 II 144/JdT 1989 I 66, consid. 3b)

## G. Protection de la sphère émotionnelle devant la Cour européenne des droits de l'homme

### La paternité :

- ACEDH Kroon et autres c. Pays-Bas du 27.10.1994, série A n. 297-C (polycopié IV, p. 36)
  - « Le « respect » de la « vie familiale » exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne » (par. 40)
  - Violation du droit au respect de la vie familiale (art. 8 CEDH ; 7 v. 2)
  - Préjudice moral du fait de l'omission d'autoriser l'établissement de liens légaux de parenté
  - Refus de l'allocation d'une somme à titre de réparation morale
  - Souffrance morale compensée par le constat d'une violation de l'art. 8 CEDH (unanimité)
- ACEDH Paulik c. Slovaquie du 10.10.2006, requête n° 10699/05
  - Absence de procédure permettant de rendre la situation juridique conforme à la réalité biologique
  - Violation des art. 8 et 14 cumulé à l'art. 8 CEDH (unanimité)
  - Allocation de 5'000 EUR à titre de préjudice moral

- ACEDH **Iyilik c. Turquie** du 6.12.2011, requête n°2899/05
  - Impossibilité d'agir en désaveu et d'exiger un test d'ADN permettant de confirmer la non-paternité du père juridique
  - Refus de la fille de procéder à un test ADN
  - Non violation de l'art. 8 CEDH (5 v. 2)
  
- Déc. sur la recevabilité **Boso c. Italie** du 5.09.2002, requête n+ 50490/99
  - Requête du mari dont la femme a avorté malgré son opposition
  - Dédommagement pour l'atteinte à son droit de père potentiel (art. 8 CEDH)
  - Violation de son droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) dans l'impossibilité d'intervenir dans la décision de son épouse concernant un avortement
  - Vie privée de la femme enceinte étroitement associée au fœtus
  - Primauté aux droits de la mère, cf. protection des droits d'autrui (art. 8 par. 2 CEDH)
  - Grief mal fondé
  - Dédommagement pour l'atteinte au droit à la vie de l'enfant à naître (art. 2 CEDH)
  - Droit à la vie du fœtus non tranché, car interruption de grossesse conforme à la loi, laquelle ménage un juste équilibre entre la protection du fœtus et les intérêts de la femme
  - Requête manifestement mal fondée et partant irrecevable
  
- ACEDH de Grande Chambre **Evans c. Royaume-Uni** du 10 avril 2007
  - Requête d'une ressortissante britannique dont l'ex-compagnon a retiré son consentement à l'utilisation des embryons conservés
  - Grievs de la requérante
    - Consentement exigé pour l'implantation des embryons conçus à partir des gamètes du couple par la loi britannique de 1990 sur la fécondation de l'embryologie humaines
    - Violation des art. 2, 8 et 14 CEDH
  - Considérants et conclusion de la CourEDH (art. 2 CEDH)
    - Absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie
    - Le point de départ du droit à la vie relève partant de la marge d'appréciation des Etats
    - Le droit britannique
      - Refus à l'embryon de la qualité de sujet de droit autonome
      - Refus à l'embryon de se prévaloir – par personne interposée – du droit à la vie
    - Absence de violation de l'art. 2 CEDH (unanimité)
  - Confirmation dans l'ACEDH de Grande Chambre *Vo c. France* du 8 juillet 2004
  - Considérants et conclusion de la CourEDH (art. 8 CEDH)
    - Notion large de la vie privée
    - Droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir
    - Délicates interrogations d'ordre moral et éthique dans un contexte d'évolutions rapides de la science et de la médecine
    - Pas de concordance de vues nette entre les Etats (ample marge d'appréciation)
    - Absence de violation de l'art. 8 CEDH (13 v. 4)
  - Ce qui est **important** : consentement libre et en pleine de connaissance cause que les embryons seraient détruits dans tel ou tel cas ! C'est ce qui l'a emporté.
  
- ACEDH de Grande Chambre *S.H et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, requête n°57813/00 : interdiction du recours au don de sperme et d'ovules en vue d'une fécondation *in vitro*
  - Droit d'un couple à concevoir un enfant et à recourir à la procréation médicalement assistée est une expression de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)
  - Obligation positive d'autoriser certaines méthodes de procréation artificielle ? La Cour ne retient pas cette approche mais se penche plutôt sous l'angle d'une ingérence de l'Etat dans le droit des requérants au respect de la vie privée et familiale.

- La Cour constate qu'il y a de délicates interrogations éthiques dans un contexte d'évolution rapide de la science
- *Mater semper certa est*, principe fondamental du droit civil
- Absence de violation de l'art. 8 CEDH (13 v. 4)
  - Examen permanent de la part des Etats membres du domaine de la procréation artificielle aux évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides
- ACEDH Costa et Pavan c. Italie du 28 aout 2012, requête n°54270/10
  - Requéranants porteurs sains d'une maladie génétique
  - Interdiction du diagnostic préimplantatoire (DPI)
    - Ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale
  - Autorisation d'une interruption de grossesse
  - Délicates interrogations d'ordre moral et éthique
    - Soumises néanmoins au contrôle de la Cour
    - Consensus européen
  - Ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée et familiale vu l'incohérence du système législatif
  - Violation de l'art. 8 CEDH (unanimité)

## H. Conclusions

- Différents aspects de la sphère privée couverts par la sphère émotionnelle
  - Troubles psychiques, troubles de la vie familiale, recherche de ses origines, troubles causés à un proche, violence domestique
- Examen du trouble d'un point de vue objectif et subjectif
- Trouble d'une certaine intensité
- Reconnaissance de l'atteinte par le biais des actions spécifiques en protection de la personnalité
- Actions en réparation du tort moral admises restrictivement sur la base des art. 47 et 49 CO.

## V. Les proches de la personne décédée

---

### A. Introduction

- 2009 : Exposition « Our Body »
  - o Mettant en scène 17 cadavres humains (d'origine chinoise) et plus d'une centaine d'organes
  - o Présentée dans de nombreux pays puis à Paris le 12 février 2009, après un passage par Marseille et Lyon
  - o Interdite depuis le 21 avril 2009
  - o Jugée illégale en France par la Cour de cassation le 16 septembre 2010
    - L'exhibition de cadavres humains à des fins commerciales est contraire à la décence
    - Confirmation de l'interdiction
  
- En 2012 : « Body Worlds »
  - o [www.bodyworlds.com](http://www.bodyworlds.com)
  - o Gunter von Hagens
  - o Dans le monde entier, des expositions de corps humains plastinés

### B. Qui sont les proches ?

- En droit civil, la personnalité finit par la mort (art. 31 al.1 CC).
  - o Le défunt :
    - N'est plus une personne (11 CC)
    - Absence de la qualité pour agir en justice (ATF 104 II 225/JdT 1979 I 546, polycopié V, p. 15)
      - Atteinte aux intérêt personnels néanmoins possible après la mort
      - Mais représentation du défunt exclue.
  
- Protection indirecte de la personnalité du défunt
  - o Protection des sentiments de piété des proches
  - o Proches eux-mêmes titulaires du droit et non le défunt
  - o Doctrine dite de la protection de la mémoire (*Andenkensschutz*)
  - o Rejet de la doctrine de la protection *post mortem* de la personnalité (cf. ATF 129 I 302/JdT 2005 I 214 c. 1.2.2 et c. 1.2.5, polycopié V, p. 53)
    - Attention à l'ACEDH Kondrulin c. Russie du 20.9.2016, avocats d'un détenu qui se plaignent de l'inadéquation des soins après le décès de l'intéressé, sans proches.
  
- Protection *post mortem* par le droit pénal
  - o Un certain laps de temps après le décès, « zone tabou » où subsistance de droits éminemment personnels
    - Droits non éteints par la mort en rapport avec les funérailles
    - Défunt titulaire de droits de la personnalité protégeant sa dépouille et ce qui l'entoure des atteintes contraires aux mœurs et aux usages (cf. ATF 118 IV 319, c. 2, polycopié V, p. 28)
  
- Protection *post mortem* par le droit pénal ET public
  - o Protection du cadavre
    - Contre les atteintes à la paix des morts (art. 262 CP)
    - Par les lois cantonales relatives à la constatation du décès et à l'inhumation
  - o Droit des proches
    - De porter plainte pour des infractions commises après le décès du lésé (ATF 118 IV 319, polycopié V, p. 28 ; art. 30 al.4 CP)



- Protection *post mortem* par le droit constitutionnel
  - o Liberté personnelle (art. 10 al.3 Cst)
    - Protection de la dignité humaine, dont le respect dû aux morts (cf. ATF 127 I 115, c. 4a, polycopié V, p. 31)
    - Effets au-delà du décès
    - Défunt titulaire prioritaire des droits protégeant sa dépouille contre des atteintes contraires aux mœurs et aux usages
    - Droit de déterminer, de son vivant, le sort de sa dépouille après sa mort et les modalités de son ensevelissement (TF 1C\_430 du 4 février 2010, c. 2.1.1, polycopié V, p. 58)
  
- Protection *post mortem* par le droit constitutionnel ET privé
  - o Droit subsidiaire des proches à disposer du cadavre en l'absence de décision du défunt
    - Emanation des droits de la personnalité (art. 28 CC)
    - Et de la liberté personnelle (ATF 129 I 173/JdT 2004 I 155, c. 2.1, p. 47)
  - o Détermination des proches
    - Le plus étroitement lié au défunt et partant le plus durement touché par sa perte (TF 1C\_430/2009 du 4 février 2010, c. 2.1.2, polycopié V, p. 58)
    - Présomption en faveur du conjoint (ATF 101 II 177/JdT 1976 I 362, c. 5b, polycopié V, p. 4)
    - Acceptation restrictive
      - Personne vivant dans l'entourage du défunt et entretenant des relations étroites avec lui (JdT 2015 III 115, polycopié V, p. 71)
    - *Quid* du concubin ?
      - Relation de concubinage stable
      - Communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, entre deux personnes, à caractère en principe exclusif, présentant une composante tant spirituelle que corporelle et économique
        - o Appréciation de l'ensemble des circonstances de la vie commune
        - o Pour légitimer une indemnité pour tort moral (art. 47 CO ; ATF 138 III 157, consid. 2.3.3, polycopié V, p. 63)
  
- Précision de la jurisprudence
  - o En cas d'atteinte à la sphère intime du défunt
    - Rapports particulièrement intimes ou au contraire plutôt tendus des proches avec le défunt non déterminants
      - De même par ex. le fait que le fils n'a pas connu son père
    - Sentiment profond d'être étroitement lié au défunt
      - Tendances aujourd'hui encore à s'identifier très fortement au défunt
  - o Protection des liens affectifs étroits et de l'attachement profond entre les membres d'une famille les plus proches
  - o Proche en conséquence également atteint dans son intégrité psychique (ATF 109 II 353/JdT 1985 I 98, c. 4b, polycopié V, p. 20)

### C. Les biens juridiques protégés

- Précédent à la reconnaissance des droits des proches d'une personne décédée
  - o Arrêt Hodler (ATF 70 II 127, polycopié V, p.1)
    - Faits :
      - Exposition publique d'un tableau représentant F. Hodler sur son lit de mort
      - Demande de Mme Hodler de retirer le tableau de l'exposition
      - Refus de Kaspar, directeur de l'exposition
      - Publication par Mme Hodler d'une annonce dans 7 journaux suisses
      - Exposition du tableau « sans son consentement et contrairement à sa volonté expresse »
    - Procédure :

- Action de Kaspar en dommages-intérêts (CHF 300.-) et demande de publication d'une rectification
  - Action reconventionnelle de Mme Hodler à titre de dommages-intérêts (CHF 300.-) et de satisfaction morale
  - Déboutement de Kaspar devant les instances cantonales
  - Rejet du recours par le TF
  - Considérants en droit
    - Analyse de l'intérêt privé de la veuve, soit intérêts personnels visés aux art. 28 CC et 49 CO
      - Sentiment de piété envers des proches décédés et souvenirs d'évènements communs importants
      - Partie intégrante de la personnalité
      - Sentiment de la femme touché profondément par le fait tragique de l'heure de la mort de son conjoint
      - Droit à la protection de garder ce souvenir intact, inviolé et à l'abri des regards de tiers
    - Analyse de l'intérêt public, à savoir la valeur artistique du tableau situant dans le patrimoine artistique et culturel de tous
      - Droits de la collectivité limités
      - Respect dû aux sentiments d'affection et de piété
      - Intérêt légitime privé de l'épouse prépondérant
      - Consentement nécessaire
      - Droit à une indemnité de Mme Hodler (CHF 300.- ; art. 49 CO)
- Conception du droit privé suisse tendant à la prolongation de la personnalité
- Atteinte à la personnalité des proches du fait d'une atteinte portée au défunt
    - Dignité du défunt protégée en droit civil par l'intervention des proches
      - Nul ne peut librement disposer du cadavre d'autrui
    - Volonté de protéger le sentiment de piété des proches survivants, les souvenirs d'évènements communs importants, de circonstances particulières attachant les uns aux autres et s'incorporant à la personnalité
    - Cette protection est un véritable droit subjectif
      - Certain droit de disposition (ATF 127 I 115, c. 6a et b, polycopié V, p. 31)
- Domaines couverts par les droits des proches
- Relations sentimentales avec le défunt
  - Sentiment de piété
  - « Mémoire » : honneur, image et corps du défunt (cf. ATF 127 I 145/JdT 2003 I 150, polycopié V, p. 37)
- Restrictions aux droits des proches
- Droits exercés par le défunt de son vivant
  - Intérêt public

## D. Les limites apportées aux droits des proches

- Droits exercés par le défunt de son vivant
- Subsidiarité du droit des proches
    - Contradiction entre la volonté des proches et la volonté du défunt (ATF 129 I 173/JdT 2004 I 155, polycopié V, p. 47)
      - Volonté de la défunte d'être incinérée et son ure déposée dans la sépulture de ses parents à Meilen (Zurich)
      - Volonté des proches – l'époux de la défunte et leurs quatre enfants – d'inhumer la défunte à Rome, lieu du domicile commun de la famille
    - Considérants en droit :
      - Atteinte des proches dans leur liberté personnelle (art. 10 al.2 Cst)

- Protection non absolue
    - Contenu de la liberté personnelle du défunt :
      - Droit de chacun de déterminer de son vivant, dans les limites posées par la loi, par l'ordre public et par les bonnes mœurs, le sort de son cadavre, ainsi que la manière et le lieu de son ensevelissement
      - Droit aux effets au-delà de la mort
    - Préséance sur le droit de décision des proches survivants
  - Considérants, *in casu* :
    - Avenant au testament de la défunte contenant ses instructions au sujet de son incinération
    - Présomption de la capacité de discernement au moment de la rédaction de cet avenant
    - Absence d'intérêt public
    - Vœu ni illégal ni contraire aux mœurs
    - En principe préséance sur le droit de décision des proches
    - Sous réserve de l'examen de la proportionnalité
    - Adéquation et nécessité de la mesure
    - Mise en balance des intérêts en jeu (proportionnalité au sens étroit)
  - Primauté aux vœux de la défunte
- Cf. aussi TF 1C 430/2009 du 4 février 2010 (polycopié V, p. 58), les vœux du défunt et de sa compagne étaient contraire à ceux des parents et de la sœur du défunt, on a aussi fait la pesée des intérêts et c'est là aussi les vœux du défunt qui l'ont emporté. Donc certaine primauté tout de même aux vœux du défunt dans la pesée des intérêts (beaucoup de poids).
- Restriction aux droits des proches du défunt fondée sur l'intérêt public (cf. art. 36 al.2 Cst)
- Par exemple un ordre d'autopsie
    - Intérêt public majeur
      - En présence de soupçons d'une maladie transmissible présentant un danger pour la santé publique
      - Lorsque des actes punissables doivent être découverts au moyen d'une autopsie
    - En cas d'opposition des proches, pesée des intérêts (ATF 127 I 115, c. 4a, polycopié V, p. 31)
      - Droit de disposition du patient ou de ses parents au second plan (ATF 98 la 508/JdT 1973 I 490)
  - Base légale suffisante (cf. art. 36 al.1 Cst. ; ATF 111 la 231, c. 3c., polycopié V p. 25)
    - Art. 70 al.3 Loi genevoise sur la santé publique (RS-GE K 1 03)
    - Autopsie possible, même contre la volonté de la personne décédée ou de ses proches
  - Respect du principe de proportionnalité (cf. art. 36 al.3 Cst)
    - Ne pas aller au-delà des exigences de l'intérêt public considéré
  - Protection du noyau intangible de la liberté personnelle (cf. art. 36 al.4 Cst)

## E. Comment protéger leur personnalité ?

- Moyens juridiques des proches
- Action en prévention de l'atteinte (art. 28a al.1 ch.1 CC)
    - Action admise en l'interdiction de la diffusion d'une série radiophonique intitulée « La vie et la mort de Y, indigne serviteur de Dieu et vagabond assassin »
    - Action intentée par le fils
    - Considérants :
      - Renoncement à demander la protection de son honneur
      - Sentiments de piété et profond attachement invoqués
      - Atteinte à la vie sentimentale et à l'intégrité psychique par la diffusion

- Indépendamment d'une confrontation directe avec l'émission pénétrant dans la sphère intime et privée (ATF 109 II 353/JdT 1985 I 98, c. 4b, photocopié V, p. 20)
- Action en cessation de l'atteinte (art. 28a al.1 ch.2 CC)
- Action en constatation de droit (art. 28a al.1 ch. 3 CC)
  - Atteinte terminée mais trouble crée persistant
  - Action en constatation introduite par le défunt de son vivant
  - Atteinte dans son honneur par un article de presse invoquée
  - Poursuite de l'action par les héritiers admise
    - Exercice d'un droit qui leur est propre
    - Et recouvrant le droit du défunt quant à son contenu (ATF 104 II 225/JdT 1979 I 546, c. 5b, photocopié V, p. 15)
- Action en réparation du tort moral (art. 28a al.3 CC ; art. art. 47/49 CO)
  - Prétention en réparation des souffrances morales contre le responsable du décès
  - Transplantation d'organe fait à l'insu des parents du défunt (arrêt Gautschi ; ATF 101 II 177 /JdT 1976 I 362, c. 6a et 5c, photocopié V, p. 4)
    - Atteinte des parents dans leurs droits de la personnalité en raison du prélèvement du cœur de leur fils décédé sans leur accord
    - Refus d'une indemnité pour tort moral (art. 49 CO)
    - Absence de gravité particulière du préjudice subi et de la faute du défendeur
- Loi fédérale sur la transplantation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007 (RS 810.21)
  - Art. 8 al. 2 : en l'absence de tout document attestant le consentement ou le refus de la personne décédée, il est demandé aux proches s'ils ont connaissance d'une déclaration de don.
  - Art. 8 al.3 : si les proches n'ont pas connaissance d'une telle déclaration, un prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules ne peut être effectué que s'ils y consentent. En prenant leur décision, ils doivent respecter la volonté présumée de la personne décédée.
- Casuistique
  - CHF 20'000.- à titre de réparation du tort moral causé par une invalidité consécutive au choc nerveux causé à un père par le décès de ses deux enfants, tués par la chute d'un avion (arrêt « Hunter » ; ATF 112 II 118, photocopié IV, p. 1)
  - Couverture du dommage indirect, réfléchi ou reflexe
    - Dommage subi par une tierce personne en relation avec la victime de l'atteinte
    - Tierce personne directement lésée, victime d'une atteinte à un droit absolu
      - Atteinte dans son intégrité corporelle
    - Action en réparation de son dommage
      - Indépendamment du tort moral causé par la mort de ses deux fils
      - Tort moral personnel lié à son invalidité
  - Interprétation de la notion de « famille » prévue à l'art. 47 CO
    - Réparation du tort moral accordée à la concubine du défunt (ATF 138 III 157, photocopié V, p. 63)
  - Confirmation de la prise en considération du « dommage reflexe »
    - Précision des critères
      - Lien étroit entre la victime directe et les personnes subissant le choc émotionnel
      - Nature de l'atteinte causée à la victime (décès ou déjà blessure, voire menace suffisante ?)
      - Témoins de l'accident ou choc émotionnel suffisant par l'annonce de l'accident (ATF 138 III 276/JdT 2012 I 270, c. 4, photocopié V, p. 66)
    - But : attribution équitable du dommage à l'auteur de l'atteinte

## F. Les proches devant la Cour européenne des droits de l'homme

- ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, Recueil 2006-X, polycopié V, p. 82
    - Rejet par le TF le 22 décembre 1999 du recours d'Andreas Jäggi, âgé de 60 ans, demandant une analyse d'ADN sur le corps de son père biologique putatif décédé en 1976, afin d'établir la paternité
    - Considérants
      - Opposition de la famille à l'exhumation de la dépouille
      - Pesée des intérêts divergents
      - Expertise est une mesure excessive étant donné l'impossibilité d'établir un lien de filiation
      - Absence de menace grave sur la responsabilité ou l'équilibre psychique du recourant par l'incertitude quant à son ascendance
    - Recours à la CourEDH
      - Conclusion de la Cour : violation de l'art. 8 CEDH (5 v. 2)
      - Considérants :
        - Intérêt vital, protégé par la Convention, à la connaissance de son ascendance
        - Nécessité de protéger les tiers
        - Peut tendre à l'exclusion de la possibilité de contraindre ceux-ci à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests d'ADN
        - Juste équilibre dans la pondération des intérêts concurrents
      - Considérants : mise en balance des intérêts en cause
        - Droit du requérant à connaître son ascendance
        - Intérêt à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire
        - Droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt
        - Droit au respect des morts
        - Intérêt public à la protection de la sécurité juridique
      - Intérêt prépondérant du requérant
        - Violation du respect dû à la vie privée (art. 8 CEDH)
      - Opinion dissidente
        - Aucun motif religieux ou philosophique invoqué par la famille du défunt pour s'opposer à l'exhumation et au prélèvement d'un échantillon d'ADN
        - Néanmoins opposition : violation de l'intimité de la famille et de l'intégrité de la dépouille du père ; droit de reposer en paix garanti par l'art. 8 CEDH
        - Décision dans la marge d'appréciation du TF
      - Demande de révision (art. 122 let. a LTF) de l'ATF du 22 décembre 1999
        - Requête de l'autorisation de faire procéder à une expertise ADN sur la dépouille de feu D.
      - TF 1F\_1/2007 du 30 juillet 2007
        - Déclaration d'incompétence « pour accorder lui-même une autorisation comme autorité de première instance » (c. 3.4.)
      - Le 28 novembre 2008 : autorisation du Tribunal de première instance de Genève de faire exhumer le corps d'Albert Huber
      - Le 13 mai 2009 : exhumation de la dépouille, analyses ADN effectuées par l'IML
      - Le 17 août 2009 : résultats des analyses, Albert Huber était bien le père d'Andreas Jäggi
      - Le 22 novembre 2012 : TF 5A\_518/2011 : rebondissement : obtention de la reconnaissance de sa filiation sur le registre d'état civil
- ACEDH Pannullo et Forte c. France du 30 octobre 2001, Recueil 2001-X, polycopié V, p. 78
  - Faits :
    - 2 février 1994 : enfant de 2 ans opérée du cœur en France
    - 17 juin 1996 : hospitalisation pour un contrôle post-opératoire

- 24 juin 1996 : décès de l'enfant
  - 28 juin 1996 : plainte auprès du procureur et enquête sur les causes de la mort ouverte le 1<sup>er</sup> juillet 1996
  - 3 juillet 1996 : autopsie ordonnée par le juge et pratiquée le 9 juillet
  - 25 juillet 1996 : rapport d'autopsie concluant à la survenance de la mort de l'enfant un contexte infectieux respiratoire aigu
  - Septembre 1996 : autre expertise ordonnée par le juge et rapport que le 29 avril 1997 : aucune faute médicale
  - Multiples démarches des requérants et des autorités italiennes pour récupérer le corps
    - Permis d'inhumer des requérants l'enfant délivré par le juge d'instruction le 14 février 1997
    - Enterrement le 19 février 1997
  - Recours des parents, très affectés par cette longue attente
    - En alléguant en particulier la violation du droit au respect de leur vie privée et familiale (art. 8 CEDH)
  - Position du Gouvernement
    - Ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée et familiale compte tenu du délai mis par l'autorité judiciaire pour délivrer le permis d'inhumer et restituer le corps (non contestée par le Gouvernement)
    - Diverses formalités (base légale ; but légitime : la prévention des infractions pénales)
    - Juste équilibre entre le but légitime visé et le droit au respect de la vie privée et familiale (s'en remet à la sagesse de la CourEDH)
  - Considérants :
    - Juste équilibre entre le but légitime visé et le droit au respect de la vie privée et familiale
    - Les besoins de l'enquête impliquaient que les autorités françaises retiennent le corps de l'enfant le temps nécessaire à l'autopsie, à savoir jusqu'au 9 juillet 1996
    - Pour la période postérieure, le corps de l'enfant aurait pu être rendu à ses parents dès après l'autopsie
    - Prélèvements nécessaires ayant été effectués et la rédaction du rapport ne nécessitant pas qu'il soit conservé à l'Institut médico-légal (cf. lettre du professeur L. au procureur de la République)
  - Conclusion :
    - Violation de l'art. 8 CEDH (unanimité)
    - Constate de violation insuffisante à réparer
    - Réparation du rot moral (100'000 CHF à chacun des parents)
- ACEDH Howald Moor et autres c. Suisse du 11 mars 2013
- Refus d'une indemnité pour tort moral en raison de la prescription
    - Violation de l'art. 6 par. 1 CEDH (6 v. 1)
    - Révision (ATF 142 I 42)
  - Modification du droit suisse en faveur des victimes de dommages différés

### CAS PRATIQUE

*Michael, acteur prêtant très régulièrement sa voix à des personnages de dessins animés, est décédé il y a deux ans d'un cancer des poumons. La voix inoubliable de Sid dans le film « L'âge de Glace » est restée gravée dans les mémoires. L'entreprise Sansgras SA, qui fabrique et commercialise divers produits de nettoyage pour la maison, s'en est bien souvenue et, il y a six mois, a choisi d'utiliser la voix de Michael pour la publicité de Citron-up, un liquide permettant de dégraisser en un tour de main les ustensiles de cuisine. Adrienne, épouse de Michael, a entendu hier soir pour la première fois le spot publicitaire à la télévision. Furieuse, elle vient vous consulter en vous expliquant que Michael n'aurait jamais voulu prêter sa voix à une publicité de ce genre.*

**Adrienne peut-elle s'opposer à cette publicité sur le plan civil ? Si oui, par quels moyens ? Veuillez laisser de**

***côté toute considération liée à une éventuelle application de la LPD.***

L'art. 28 al.1 CC : on peut agir si on subit une atteinte à sa personnalité et peut agir en justice. En droit civil, la personnalité finit par la mort (art. 31 al.1 CC). Le défunt n'est plus une personne (11 CC), donc absence de la qualité pour agir en justice (ATF 104 II 225/JdT 1979 I 546, polycopié V, p. 15) Mais une atteinte aux intérêts personnels néanmoins possible après la mort, même si représentation du défunt exclue, donc pas possible d'intenter des actions défensives en leurs nom. Il y a une protection indirecte de la personnalité du défunt par la protection des sentiments de pitié des proches. Les proches eux-mêmes titulaires du droit et non le défunt. On peut ainsi intenter des actions réparatrices pour agir en tort moral. Définition de l'atteinte : il y a atteinte lorsqu'il y a une certaine intensité qui est réalisée, (...), pas de motifs justificatifs ni intérêt prépondérant public ou privé.

Moyens en cas d'atteinte illicite à la personnalité : art. 28a CC, trois actions défensives. Action en cessation : qualité pour agir (28 al.1 CC celui qui subit une atteinte illicite), qualité pour défendre (28 al.1 in fine CC, toute personne qui participe à l'atteinte et apte à réparer l'atteinte). Le for se trouve au siège des parties. Délai : il n'y en a pas pour les actions défensives. Il faut envisager les mesures provisionnelles pour agir vite (art. 266 ss CPC car face à un média à caractère périodique avec des conditions qualifiées). Les conditions de 266 CPC sont (...).

*En l'espèce*, le bien atteint ici est l'utilisation non autorisée de la voix de Michael. Michael est décédé et n'a plus la qualité pour agir. La femme ne peut pas intenter une action défensive en son nom, mais peut intenter une action réparatrice, sur la base du sentiment de pitié et de protection des souvenirs qu'elle a avec Michael. Le fait que la voix de Michael soit dans un spot publicitaire avec un liquide de dégraissage est d'une intensité suffisante pour porter atteinte au sentiment de pitié d'Adrienne, en particulier en l'absence de motifs justificatifs de Sansgras SA. L'intérêt privé, même économique, de l'entreprise ne l'emporte pas sur celui d'Adrienne. Adrienne devra intenter l'action en cessation (art. 28a al.1 CC) en invoquant que la voix de Michael a été utilisée sans droit. Elle a bien la qualité pour agir et Sansgras SA a bien la qualité pour défendre, mais aussi toutes celles qui ont participé à l'atteinte et sont aptes à la réparer, donc aussi l'entreprise de média (télévision) qui doit faire cesser le spot publicitaire. Le for se trouve au siège des parties et pas de délai pour agir. Pour les mesures provisionnelles, le fait que c'est « imminent » face partie des conditions de 266 CPC peut poser problème ou pas ? (...). On pourra probablement obtenir des mesures provisionnelles ici. Quid de superprovisionnelles qui s'appliquent aussi aux médias ? (...) Tort moral ? Il faut un tort moral grave, voir JP, probablement pas possible, idem pour remise de gain car difficile à établir si gains ont eu lieu grâce à voix ou pas.

En conclusion, Adrienne peut s'opposer à cette publicité sur le plan civil par le biais des actions réparatrices.

## VI. La sphère privée

---

### A. Introduction

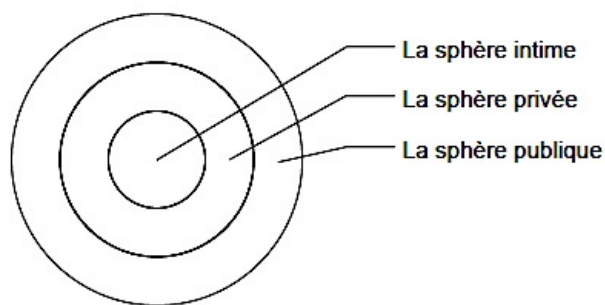
- Y a-t-il encore une vie privée sur Internet ? (Le Monde 28 mai 2010) ; la mort inéluctable de la sphère privée (LT 12 juin 2013)
  - o Ex : Snowden qui révélait l'existence d'un vaste programme de surveillance de la NSA par Internet avec la collaboration d'Apple, Google, Facebook, etc.
- La sphère privée est-elle une notion dépassée (Mark Zuckerberg) ?
  - o Espace public élargi par les réseaux sociaux, les blogs, forums, etc.
  - o Multiplication des risques d'une atteinte à la sphère privée
  - o Collecte de nombreuses données, enregistrement des photos, connaissance des messages, des amis par Facebook et Google
  - o Publication par Facebook des photos ou des adresses e-mail de personnes non inscrites.
- Arrêt de la CJUE du 6 octobre 2015 dans l'affaire C-362/14 Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner
  - o Examen de la validité de la décision de la Commission du 26 juillet 2000 (« sphère de sécurité » « Safe Harbor »
  - o Atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée
  - o Atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective
  - o Invalidation de la décision de la Commission constatant que les Etats-Unis assurent un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées
- « Bouclier de protection des données UE-Etats-Unies » du 12 juillet 2016
- Les informations placées sur Internet font-elles encore partie de la sphère privée du fait de leur mise à disposition en ligne ?
- Prise de position par le Conseil suisse de la presse le 1.9.2010 n°43/2010 (<http://presserat.ch/28350.htm>)
  - o Quelques principes affirmés :
    - Rendre publiques les données personnelles ne signifie pas renoncer *ipso facto* à la protection de la sphère privée dans d'autres médias
    - S'exposer sur la toile signifie prendre le risque d'une publication plus large si un intérêt public le justifie
  - o Publication des informations
    - Pesée des intérêts
      - Intérêt public
      - Droit au respect de la vie privée
    - Importance essentielle du contexte du placement sur la toile d'une information
      - Nature du site (réseau social comme Facebook, blog personnel, site institutionnel, etc.)
      - Identité de l'auteur (illustre inconnu, personnage public, journaliste, etc.)
      - Destinataire visé par la publication, pour autant qu'il soit reconnaissable (large public ou groupe restreint)

### B. Sphère privée et personnalité

- La sphère privée
  - o Présuppose l'existence d'un individu distinct de la collectivité.



- La notion de vie privée
  - Issue de la tradition libérale anglo-saxonne (XVIIème siècle)
  - Implique une dichotomie entre vie publique et vie privée.
- Affirmation du respect de la vie privée par le TF dès 1918 (ATF 44 II 319, consid. 1)
  - Adage : « La vie privée doit être mesurée »
  - Principe applicable non seulement aux rapports entre les autorités et les particuliers, mais aussi aux relations des particuliers entre eux
  - La vie en société : discrétion d'autrui doit être garantie.
  - Préceptes éthiques devenus des normes juridiques
    - Inviolabilité de la vie privée pas seulement un principe moral, mais aussi une règle de droit, un « bien juridique » (*Rechtsgut*)
    - Attribut de la personnalité
    - Art. 28 CC : protection de la personnalité en général, dont le droit de faire respecter la tranquillité de la vie privée
- Bases légales
  - Protection conventionnelle du droit au respect de la vie privée : art. 8 CEDH
  - Protection constitutionnelle de la sphère privée : art. 13 Cst. Chacun a le droit d'organiser sa vie et d'entretenir des rapports avec autrui, sans intervention des pouvoirs publics.
  - Protection du droit civil de la vie privée : art. 28 CC
  - Protection du droit pénal des domaines secret et privé : art. 179ss CP.



**Les faits de la vie intime et ceux de la vie privée  
sont protégés par l'art. 28 CC.**

- Délimitation entre les faits de la vie privée et ceux de la vie publique
  - Fondée sur des critères objectifs
  - Non réductible à un critère spatial (hors/dans le domicile)
  - Pas nécessairement la même pour chaque personne
    - Etendue de la sphère publique en fonction de circonstances
    - Personnage politique, sportif ou artiste plus engagé dans la vie publique
    - Et ainsi certains faits de la vie privée sont portés à la connaissance du public
  - Susceptible de changement avec le temps
    - Un événement partie de la sphère publique peut avec le temps avoir été oublié et devenir un fait de la vie privée de la personne concernée
- Les titulaires du droit à la sphère privée
  - Les personnes physiques
  - Les personnes morales
    - Sphère privée non visée par l'art. 53 CC.

### C. Atteinte à la sphère privée

- Sphère privée en tant que notion défensive admise depuis longtemps
  - o Lutter contre la « société de contrôle »
  - o Et écarter les tiers de cette sphère privée
- Contenu de la sphère privée
  - o Le droit au respect de l'autre
  - o Le droit de se tenir à l'écart de la vie sociale
  - o Le droit à être laissé tranquille
- Toute intrusion d'un tiers dans cette sphère
  - o Atteinte à la personnalité
- Evolution de la vie privée comme concept chargé de positivité (*right of privacy*)
  - o Il ne s'agit plus seulement de protéger le secret de la vie privée
  - o Mais aussi d'assurer la liberté de la vie privée
- Le droit à la vie privée
  - o Un droit à l'épanouissement personnel
  - o Dont le droit à l'autodétermination informationnelle
- Contenu de la sphère privée
  - o Droit au secret
  - o Des événements soustraits à la curiosité d'autrui ou du moins réservés à un cercle très limité de personnes
  - o Des événements partagés uniquement avec les relations concernant p.ex l'habitat, les conditions de travail, les prises de position
- Hors sphère privée
  - o Evènements et situations partagés avec autrui, ayant lieu en public
  - o Ou évènements et situations portés à la connaissance, p.ex en qualité d'orateur ou d'artiste (ATF 118 IV 41/JdT 1994 IV 79, consid. 4)
- Le droit au secret inclus dans la sphère privée
  - o Droit au secret de la correspondance (y compris le courriel)
    - Déviation sur sa propre messagerie du courrier électronique de son supérieur hiérarchique, à l'insu de celui-ci : atteinte grave aux droits de la personnalité de ce dernier
    - De nature à entraîner la perte du rapport de confiance constituant le fondement du contrat de travail
    - Juste motif de résiliation avec effet immédiat (ATF 130 III 28, polycopié VI, p. 21)
- Considérants du TF (ATF 130 III 28, polycopié IV, p. 21)
  - o Droit au respect de la sphère privée dans les relations entre particuliers protégé par l'art. 28 CC
  - o Evènements partagés avec un nombre restreint d'autres personnes, dont les informations de nature personnelle transmises au moyen de la messagerie électronique
  - o L'irruption d'un tiers dans cette sphère, notamment pour rassembler des informations :
    - Atteinte à la personnalité
    - D'autant plus grave que la sphère secrète concernée, telles les données sur la santé ou relevant de la vie professionnelle
    - Seule possibilité d'avoir librement accès à la messagerie
    - Atteinte au secret des communications
    - Une violation de la sphère intime

- Rédaction d'une biographie impliquant des incursions dans la vie privée peut porter atteinte à la sphère privée
  - Refus à un historien et écrivain de la consultation des dossiers pénaux en vue de la rédaction d'un ouvrage sur un chanteur de rock très connu et décédé depuis 20 ans
  - Recours rejeté par le TF (ATF 127 I 145/JdT 2003 I 150, photocopié V, p. 37)
  - Considérants du TF :
    - Responsabilité de la protection de la personnalité par celui qui consulte les archives
    - Lors d'une consultation anticipée des archives, la protection des personnes privées concernées n'incombe pas uniquement à l'autorité délivrant l'autorisation
    - La présentation ou la publication d'informations atteignant les personnes concernées dans leur personnalité est inadmissible (consid. 4c, bb)
    - Aussi valable par rapport à une figure de l'histoire
    - Intérêt légitime des proches : au non-dénigrement de « Tino », et à la non-publication de faits négatifs relatifs à sa personnalité
    - Accord des proches non invoqué
    - Refus non arbitraire de la consultation requise compte tenu de l'atteinte à la sphère personnelle des proches parents (consid. 5c, dd).
    - Droit à l'oubli :
      - Admis
      - Mais noyau de la vie privée de certaines personnes plus étroit en fonction de leur notoriété
      - Non absolu : pesée des intérêts + révélation de procédures pénales, en principe sous forme anonyme, en présence d'un intérêt public prépondérant
- Autre exemple jurisprudentiel (ATF 109 II 353/JdT 1985 I 98, photocopié V, p. 20)
  - Personnes, compte tenu de leur position dans la vie publique, p.ex hautes charges politiques ou militaires
    - Objet de l'intérêt général au point que quasi absence de sphère privée et intime
  - A distinguer de la personnalité d'un criminel
  - Personnalité d'un criminel non accessible au public dans la même mesure par tous les temps
    - Appartenance initiale à l'histoire
    - Mais exigence de resocialisation, cf. but de l'exécution de la peine (intervention de l'oubli, partie du cours normal des choses)
    - Accessibilité de la personne d'un criminel déterminé aux recherches scientifiques admise que dans une mesure limitée
    - Primauté de la protection de la sphère privée sur le principe de la publicité des débats
- Regain d'actualité du droit à l'oubli avec l'apparition d'internet
- Pour une personne morale
  - Atteinte à la sphère privée seulement si fausse image de sa réputation
    - P.ex : reproduction et vente, sous forme de cartes postales, par une maison d'édition d'anciennes affiches d'une société (ATF 108 II 241/JdT 1984 I 66, photocopié XI, p. 11)
      - Atteinte aux intérêts personnels de la société que si de nature à susciter une idée fausse de l'activité actuelle de la société ou à fausser de quelque autre manière l'image de celle-ci dans le public.
      - Reproduction en petit format, d'affiches publicitaires remontant à une époque révolue depuis longtemps, ce qui est immédiatement évident pour l'individu moyen
      - Reproduction d'une vieille affiche tirée de la collection du *Kunstgewerbemuseum* de Zurich, mentionné au dos de la carte
        - En opposition aussi à l'idée d'un but publicitaire
        - Droit exclusif de la société de reproduire ses anciennes affiches non déductible de l'art. 28 al.1 CC

- Dans la mesure où atteinte ni à sa réputation, ni à son image de marque actuelle (ATF 108 II 241/JdT 1984 I 66, consid. 6a).

#### D. Licéité d'une atteinte à la sphère privée

- Motifs justificatifs des incursions dans la vie privée
  - Base légale
    - Dont la clause générale de police (cf. ATF 137 II 431 in RDAF 2012 I 566, polycopié IV, p. 30)
  - Consentement de la personne concernée par rapport à une atteinte déterminée
    - Consentement peut être retiré en tout temps
  - Intérêt prépondérant
    - Un intérêt public scientifique ou statistique, voire prévu par la loi, p.ex procédure pénale.
  
- Illustration 1
  - Atteinte à la vie privée de la victime d'un grave accident de la circulation par la surveillance (détective privé, rapport), assortie de prises de vue (photos, film vidéo), exercée par une compagnie d'assurances
  - Atteinte justifiée (cf. ATF du 18 décembre 1997 in SJ 1998 301, polycopié VI, p. 11)
    - Dans le cadre de ses obligations, droit de l'assurance de faire des enquêtes privées et de réunir les preuves
    - Juste motif d'atteinte aux droits de la personnalité admis.
    - Principe confirmé (ATF 137 I 327/JdT 2012 I 125 ; ATF 136 III 410 ; ATF 135 I 169/JdT 2010 I 191)
    - Mais attention : ACEDH *Vukota-Bojic c. Suisse* du 18.10.2016
      - La surveillance illicite d'une victime d'accident de la route par une compagnie d'assurances était contraire à son droit à la vie privée (6 v. 1)
  
- Illustration 2
  - Atteinte à la vie privée par un fait divers relaté par la presse
  - Contours du motif justificatif du devoir d'information de la presse
    - Toute atteinte à la sphère privée n'est pas justifiée par la mission d'information de la presse
    - Pesée des intérêts nécessaire entre l'intérêt du lésé à l'intégrité de sa personne et celui de l'information du public.
  
- ATF 109 II 353/JdT 1985 I 98, polycopié V, p. 20
  - Mission de la presse, déjà reconnue en 1911
    - Devoir de porter à la connaissance du public certains faits intéressant la communauté, de l'informer sur les événements politiques, économiques, scientifiques, littéraires et artistiques de tous genres, de s'employer à trouver la solution pratique d'un problème qui préoccupe le public, de renseigner sur la gestion de l'Etat et en particulier sur l'utilisation des fonds publics, de révéler d'éventuels abus de l'administration publique, etc.
  - Cette mission ne signifie par un motif justificatif suffisant s'étendant à tous les domaines, y compris la sphère intime et privée des particuliers (consid. 3)
    - Pesée des intérêts en présence.
  
- Illustration 3
  - Atteinte à la sphère privée d'un personnage public
    - Intérêt prépondérant du public à être informé.
  - Ex : portrait de Ludwig Amadeus Minelli, sous le titre « Un vieux braconnier devient garde-chasse », avec le sous-titre « Portrait de Ludwig Amadeus Minelli, juriste belliqueux, journaliste et conseiller de Denner », dressé par l'hebdomadaire *Weltwoche* de juillet 1993 (ATF 127 III 481/JdT 2002 I 426, polycopié VI, p. 18)

- Action en constatation de droit introduite par L. Minelli.
  - Considérants du TF :
    - Notoriété de L. Minelli comme avocat, journaliste et « débattre » parfois engagé dans des campagnes politiques publiques
    - Notoriété à mi-chemin entre la notoriété absolue et la notoriété relative
      - Appréciation de cas en cas de l'intérêt public à l'information compte tenu de toutes les circonstances
      - Intérêt prépondérant du public à être informé justifiant la publication contre la volonté de L. Minelli
    - Atteinte à la personnalité par la métaphore traitant L. Minelli de braconnier
    - Illicéité rejeté car métaphore conforme à des éléments concrets et justification du portrait descriptif par un intérêt public prépondérant.
- Illustration 4
- *Quid* pour une personne à la notoriété relative ?
  - Analyse de l'ATF 122 III 449/JdT 1998 I 131, polycopié VI, p. 6
    - Publication par un hebdomadaire économique, suite au changement de propriétaire d'une société peu avant le prononcé de sa faillite, d'un article intitulé « Le tueur d'entreprises est en route » avec le sous-titre : « Comment la société réputée en conseil en personnel L.AG a été assainie à mort » ; titre et sous-titre autour d'une photo portant la légende « W., conducteur de Bentley et redresseur de la société L. ».
    - Révélation dans l'article de la condamnation il y a quelques années de W., qui passe pour un redresseur de sociétés performant, à une importante peine de réclusion en raison de divers délits économiques et relevant du droit de la faillite.
    - Considérants du TF :
      - Confirmation du jugement cantonal constatant une atteinte à la personnalité de W.
      - Atteinte à la sphère privée de W. incontestablement grave
        - *Quid* d'un intérêt prépondérant lié au devoir d'information du journal économique ?
      - Révélation de faits vrais en principe couverte par la mission d'information de la presse
      - SAUF pour les faits relevant de la sphère privée : la vérité ne justifie pas toujours l'atteinte
      - Publication de faits vrais non justifiée si :
        - Diminution de la renommée d'une personne de manière inadmissible
        - Forme de la présentation inutilement blessante
        - Ou l'appréciation des faits mentionnés plus soutenable.
      - Révélation d'une peine de réclusion entre dans la sphère privée.
      - Considérants du TF : pesée des intérêts
        - Mission d'information, rôle de gardien de la presse permettant de mettre les lecteurs en garde contre les comportements commerciaux sujets à caution
        - L'opinion litigieuse publiée apte à faire échouer le but de resocialisation lié à l'exécution des peines et à empêcher l'oubli qui correspond en général au cours normal des choses.
        - Compte tenu de la période de dix ans entre les faits, un intérêt prépondérant à l'information difficilement justifié
        - Selon certains, illicéité toujours admise s'agissant d'une publication d'une peine radiée (consid. 3b)
        - Illicéité de l'atteinte.
- Examen du bien-fondé de l'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a al.1 ch. 3 CC)

- Rappel de la jurisprudence antérieure relative à l'art. 28a al.1 ch. 3
  - Persistance du produit de la presse non déterminante
  - Vision fautive créée chez la personne atteinte dans sa personnalité et auprès des récepteurs de l'opinion émise décisive
    - Rectification seul moyen pour effacer cette vision
    - Dans le but d'éliminer une impression créée dans les esprits.
  - En généralisant : une atteinte à la personnalité achevée dans le passé continue de produire des effets troublants au sens de l'art. 28a al.1 ch. 3CC lorsqu'une image négative de celui qui est concerné a non seulement été créée mais persiste au moment du jugement
  - Gravité de l'atteinte au bien de la personnalité concerné aussi importante
  - Selon l'expérience générale de la vie, création d'images plus durables dans la mémoire par des atteintes graves que par des atteintes plus légères
    - Présomption de trouble persistant face à une atteinte grave
    - Important notamment face à une preuve impossible du trouble (p.ex atteinte à la personnalité non intervenu en public)
  - Gravité en fonction de l'image restant dans la mémoire du lecteur moyen (cf. ATF 122 III 449/JdT 1998 I 131, consid. 2b, polycopié VI, p. 6)
- Illustration 5
  - Etat de faits : communication par la présidente de l'Organisation suisse des Patients et Assurés (OSP) du planning des opérations d'un chirurgien chef de l'hôpital, M. Lange, au Président de l'Association des Médecins dirigeants d'hôpitaux de Suisse (AMDHS) ainsi qu'à deux journalistes (ATF 132 III 641/JdT 2008 I 174, polycopié VI, p. 25)
    - Selon ce planning, 14 interventions organisées le même jour, dans 4 blocs opératoires différents
    - Conclusion de la présidente de l'OSP
      - Impossible que tous les patients prouvés du médecin-chef aient été opérés uniquement par ce dernier
    - M. Lange soumis aux questions des journalistes en vue d'une interview
    - Action de M. Lange en constatation du caractère illicite des affirmations accompagnant le planning contre la présidente de l'OSP
      - Action rejetée en première instance cantonale
      - Action admise partiellement en deuxième instance
      - Action rejetée par le Tribunal fédéral
  - Considérants du TF
    - Activité exercée en qualité de médecin-chef dans un établissement hospitalier public
      - Sphère publique
      - Dans une certaine mesure, contrôle public, direct ou indirect sur la manière d'exercer la profession
    - Attentes des patients privés admis dans les hôpitaux publics
      - Intérêts de nature publique
      - Confiance des patients privés d'abord à une personne et non pas à un organisme
      - Croyance sincère d'être opérés personnellement, du début à la fin de l'intervention, par le médecin de leur choix (consid. 6.1 et 6.2)
    - Atteinte à la personnalité illicite à moins d'un motif justificatif (art. 28 al.2 CC)
      - Information dans les médias, pesée des intérêts
        - Intérêt du lésé à l'intégrité de sa personne
        - Intérêt de la presse à accomplir sa mission d'information et son rôle de surveillance
      - Différences associations professionnelles de médecins ainsi que les autorités publiques informées depuis deux ans des problèmes soulevés par le planning
    - Intérêt de la presse prépondérant
    - Atteinte licite

- Illustration 6

- Etat de faits : journal relatant l'admission d'une patiente alcoolique, Maya Z., dans une clinique psychiatrique, sur l'ordre du médecin M. Kraska, médecin traitant depuis 18 mois. Titre de l'article : « Diagnostic par téléphone ! Un médecin a fait enfermer une patiente dans une clinique psychiatrique », puis figurait l'en-tête : « Zurich – Un cas flagrant : le médecin Martin Kraska a fait admettre une patiente à la clinique psychiatrique de Rheinau sur la base de conversations téléphoniques avec son mari. Sans avoir examiné personnellement la patiente ! » Evènement relaté sur quatre colonnes en répétant trois fois le nom du médecin (ATF 126 III 209/JdT 2000 I 302, polycopié VI, p. 13).
- Action de M. Kraska tendant :
  - A la constatation du caractère illicite de l'atteinte
  - A la publication du dispositif du jugement
  - Et a l'allocation d'une indemnité pour tort moral
- Action rejetée par les instances cantonales
- Recours en réforme au TF admis partiellement
- Considérants du TF :
  - Atteinte à la personnalité en principe illicite sauf motif justificatif (art. 28 al.2 CC)
  - Pesée des intérêts :
    - Intérêt de chacun à l'intégrité de sa personne
    - Mission de la presse à renseigner le public ici, en particulier, à informer librement sur une affaire traitée d'une manière inadmissible (cf. rôle du gardien)
    - Nécessité de l'existence d'un besoin d'informer
    - Motif pertinent de porter atteinte à la personnalité
  - Publication du nom du médecin
    - Membre d'une autorité exerçant une fonction officielle
    - Intérêt du public à être renseigné (cf. mission de la presse)
  - Publication du nom licite
  - Publication de nouvelles contraires aux faits (inexactes) non couverte par la mission d'information de la presse
    - Diffusion en principe injustifiée
    - Appréciation de l'atteinte à la personnalité, de sa gravité et des assertions à tirer du contexte global d'un article (selon la perception du lecteur moyen, consid. 3a).
  - *In casu*, présentation, contrairement à la vérité, de M. Kraska comme médecin ayant fait admettre dans un établissement une patiente inconnue sans motif suffisant d'ordre médical
    - Atteinte grave à la personnalité
    - Atteinte illicite à la personnalité
  - Publication (art. 28 al.2 CC)
    - Fonction de suppression du trouble, soit des conséquences de l'atteinte à la personnalité
    - Cumul possible entre la publication du dispositif ou d'un extrait des motifs du jugement ou d'une rectification
      - Si impossible de supprimer le trouble autrement
    - Adaptation du moyen d'assurer la publication à celui de l'atteinte
      - Selon le cercle des destinataires (médias, mais aussi circulaires, feuilles volantes ou affiches)
    - Autant que possible les mêmes destinataires que ceux ayant eu connaissance de l'atteinte de la personnalité
      - Respect du principe de proportionnalité (ampleur et emplacement de la publication en fonction de ceux de l'article portant atteinte à la personnalité dans le produit de presse)
    - Peu importe le temps écoulé entre l'atteinte à la personnalité et le jugement ordonnant la publication (consid. 5a et b)

- Demande de publication admise.

## E. Contours de la vie privée devant la Cour européenne des droits de l'homme

- Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)
  - Protection de la vie privée (art. 12) : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée... »
- Convention européenne des droits de l'homme
  - « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » (art. 8 par. 1 CEDH)
- Résolution 428 (1970) portant déclaration sur les moyens de communication de masse les droits de l'homme
  - Définition du droit au respect de la vie privée garanti par l'art. 8 CEDH : essentiellement pouvoir « mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence ».
- Résolution 1165 (1998, suite à l'accident mortel de la princesse de Galles) relative au droit au respect de la vie privée.
  - Complète la définition précédente du droit au respect de la vie privée par « le droit de contrôler ses propres données » (point 5)
  - Définition de la personne publique : « les personnes publiques sont celles qui exercent des fonctions publiques et/ou utilisent des ressources publiques et, d'une manière plus générale, toutes celles qui jouent un rôle dans la vie publique, qu'il soit politique, économique, artistique, social, sportif ou autre » (point 7)
  - Rappel qu'il est « nécessaire de trouver la façon de permettre l'exercice équilibré de deux droits fondamentaux, également garantis par la Convention européenne des droits de l'homme : le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression » (point 10)
  - Réaffirme « l'importance du droit au respect de la vie privée de toute personne, et du droit à la liberté d'expression, en tant que fondements d'une société démocratique. Ces droits ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur ». (point 11)
- Article 8 CEDH
  - ACEDH *van Kück c. Allemagne* du 12 septembre 2003 (polycopié VI, p. 32)
  - Définition de la vie privée
    - Notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, recouvrant :
      - Intégrité physique et morale de la personne
      - Aspects de l'identité physique et sociale
      - P. ex identification sexuelle, nom, orientation sexuelle et vie sexuelle
      - Droit au développement personnel et droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur
    - Protection de la vie privée au-delà des limites du « jardin secret » s'étendant aussi à la dimension sociale de la personne.
    - Bien que dans aucune affaire antérieure il ne soit établi que l'art. 8 CEDH comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel
      - « La Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'art. 8 »
    - Dignité et liberté de l'homme, essence même de la Convention
      - Droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels garanti (p.ar 62)
- ACEDH *Schlumpf c. Suisse* du 8 janvier 2009 (polycopié VI, p. 72)
  - Refus par le Tribunal fédéral des assurances du remboursement des frais de conversion sexuelle, compte tenu du non-respect du délai d'observation de deux ans, aux fins du diagnostic d'un véritable transsexualisme
  - Reprise par la CourEDH des principes développés dans l'ACEDH *van Kück*



- But essentiel de l'art. 8 CEDH : prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics
  - A cet engagement négatif, ajout d'obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale
  - Pour déterminer l'existence d'une obligation positive ou négative
    - Prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et l'intérêt de l'individu
      - Importance particulière aux aspects les plus intimes de la vie privée
    - Dans les deux hypothèses, certaine marge d'appréciation à l'Etat
  - *In casu*, « le respect de la vie privée de la requérante aurait exigé la prise en compte des réalités médicale, biologique et psychologique, exprimées sans équivoque par l'avis des experts médicaux pour éviter une application mécanique du délai de deux ans » (par. 115)
  - Approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui non respectée
  - Violation de l'art. 8 CEDH (5 v. 2)
- ACEDH S. et Marper c. Royaume-Uni du 4 décembre 2008 (requête n° 30562/04, polycopié VI, p. 47)
- Conservation, non limitée dans le temps, des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils génétiques de personnes poursuivies pénalement après le classement ou l'acquittement
    - Atteinte au droit au respect de la vie privée
  - Simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu
    - Indépendamment de l'utilisation des informations par la suite (par. 67)
    - Ingérence au sens de l'art 8 CEDH
  - Juste équilibre entre les intérêts publics et privés non ménagé
    - Atteinte disproportionnée
    - Partant non nécessaire dans une société démocratique
  - Violation de l'art. 8 CEDH (unanimité)

## VII. L'honneur

---

### A. Bien juridique protégé

- L'honneur « interne »
  - Le sentiment de sa propre dignité
- L'honneur « externe »
  - L'ensemble des qualités nécessaires pour être respecté dans son milieu social. L'honneur externe se divise encore en deux parties :
    - Considération morale (réputation d'honnête personne), en droit pénal c'est le seul aspect protégé.
    - Considération sociale (réputation professionnelle, économique et sociale)
- L'honneur compris au sens large (au sens civil donc)
  - Inclut la capacité à honorer ses engagements financiers (la solvabilité est un élément de l'honneur, cf. SJ 1987, p. 156), donc l'épanouissement économique/réputation financière.
- L'honneur en droit pénal (art. 173 ss CP)
  - Art. 173 CP pour la diffamation, art. 174 CP pour la calomnie et subsidiairement art. 177 CP qui vise l'injure. Augmentation des condamnations pour injure (10 fois plus en quarante ans).
  - Protection exclusivement de la considération morale
  - Droit au respect lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'homme
  - Atteinte à l'honneur admise qu'avec retenue dans la discussion politique et, en cas de doute, non admise
  - Critique ou attaque = atteinte à l'honneur protégé par le droit pénal si :
    - Sur le fond ou dans la forme, ne se limite pas à rabaisser les qualités de l'homme politique et la valeur de son action
    - Mais est également propre à l'exposer au mépris, en tant qu'être humain (cf. ATF 137 IV 313, consid. 2.1.4, polycopié VII, p. 67)
- L'honneur selon la loi sur la concurrence déloyale (LCD du 19.12.1986 ; entrée en vig. 1988 ; RS 241)
  - Art. 3 : « Agit de façon déloyale, celui qui, notamment :
    - Let. a. dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes ; »
  - Art. 2 principe : « Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients ».
- Principes posés en droit de la personnalité repris par la LCD
  - La LCD ne se distingue pas des principes du CC mais ne vise que la concurrence (art. 1 LCD), donc le fait que le comportement apparaisse comme déloyal ne suffit pas, il faut qu'il soit objectivement apte à influencer sur la concurrence pour tomber sous l'art. 1 LCD.
  - Propos dénigrant = rendre méprisable le concurrent, ses marchandises, etc.
    - Certain caractère de gravité nécessaire
    - Et inexact, soit contraire à la réalité
    - Ou fallacieux, soit exact, mais susceptible, vu la présentation ou l'ensemble des circonstances, d'éveiller chez le destinataire une impression fautive ou inutilement blessante
  - Image négative, outrancière du concurrent, respectivement de ses prestations au sens large, injustifiée par la lutte économique
  - Jurisprudence rendue en droit de la personnalité applicable en droit de la concurrence
    - Imprécisions journalistiques = fondement d'une action que lorsque l'intéressé apparaît sous un faux jour

- Simplifications licites pour autant qu'une image erronée de l'acteur économique ne s'en dégage pas
- En revanche, reportage imprécis ou abrégé contraire à la LCD si : lecteurs amenés à se faire une représentation inexacte de circonstances pertinentes pour la réputation économique du participant à la concurrence visé (TF 4C.295/2005 du 15.12.2005, consid. 4.1 et 4.2)

## B. Atteinte à l'honneur

- Comme pour toutes les atteintes à la personnalité :
  - Certaine intensité nécessaire
  - Exemple : invitation faite à une travailleuse incapable de travailler de se rendre chez un médecin-conseil pour y subir un examen psychiatrique : en principe, atteinte grave à la personnalité de l'intéressée non réalisée (ATF 125 III 70, consid. 3).
- Critères pour évaluer si une déclaration porte atteinte à l'honneur
  - Critère du citoyen moyen (et non perception subjective)
    - « Echelle de valeurs standardisée » (TERCIER s'exprime ainsi) admise par la majorité des membres de la société considérée
  - Rôle important attribué aux circonstances, notamment le contexte de la déclaration
    - Grievs par ex. en relation avec une querelle politique (le lecteur moyen en tirera moins rapidement des conclusions défavorables à la réputation de l'intéressé)
  - Contrairement à des reproches ayant trait à la vie privée ou professionnelle (ATF 106 II 92/JdT 1981 I 518 consid. 2, photocopié VII, p. 12)
- Pour déterminer le groupe social de référence
  - Déterminer d'abord le cercle de personnes dont l'estime est importante aux yeux du lésé. Le TF a dit que c'est les personnes dont l'estime est importante aux yeux du lésé.
  - Examiner l'existence objective d'un risque que la considération du lésé soit amoindrie aux yeux de ces personnes
    - Sans avoir besoin de prouver pour le lésé qu'il y a eu une diminution effective de cette considération
- Une atteinte à l'honneur peut résulter :
  - D'allégations de fait ou d'appréciations subjectives, de soupçons ou du colportage de rumeurs. La JP n'est pas toujours claire à cet effet mais en principe dans la mesure où les déclarations sont aptes à porter atteinte, on examine leur fausseté dans un deuxième temps, mais la JP a varié en disant que dans la mesure où les faits étaient vrais, il n'y avait pas eu d'atteinte.
  - Peu importe le mode d'expression (geste, voix, écrit, dessin) ou la tournure (affirmative, dubitative, interrogative)
  - Il suffit en principe que la victime soit reconnaissable pour le cercle de personnes qui comptent pour elle (cas du roman)
    - Peu importe que la personne ait été désignée nommément ou non, tant que la personne est aisément identifiable. Problème de la limite, à partir de quelle moment définir le caractère d'« aisément identifiable ».
- Exemple : ATF 105 II 161/JdT 1980 I 194, photocopié VII, p. 10
  - Communiqué de presse donnant des indications inexactes sur l'activité professionnelle d'un journaliste et signant les idées politiques de ce dernier
  - Action du journaliste tendant à la constatation de l'illicéité des allégations du communiqué et à la publication d'un rectificatif
  - Rejet de l'action par les autorités cantonales et par le Tribunal fédéral
    - Atteinte à l'honneur non réalisée
  - Considérants en droit :

- Diminution de l'estime dont une personne jouit dans la société par une publication de presse
    - Question à résoudre selon des critères objectifs
    - Examen du point de vue du lecteur moyen pour déterminer si préjudice à la considération sociale
  - Rôle important des circonstances entourant la publication dont le contexte
    - Grievs formulés en relation avec une querelle politique
    - Retenue, le lecteur moyen en tirant moins rapidement des conclusions défavorables à la réputation de l'intéressé
  - Engagement politique dans le cadre de l'activité de journaliste
    - Donner connaissance de ces idées politiques
    - Atteinte non réalisée à la réputation de journaliste
  - Exception
    - Révélation objectivement non motivée
    - Et manifestement dans l'unique but de nuire à l'intéressé sans raison valable
  - Pas le cas en l'espèce (consid. 3a).
- Autre exemple : ATF 107 II 1/JdT 1982 I 98, consid. 5d, photocopié VII, p. 17
- Une information inexacte sur l'activité professionnelle du journaliste
  - Atteinte à l'honneur si présentation d'une fausse image, faisant apparaître le journaliste « sous un faux jour aux yeux du lecteur moyen » → histoire du journaliste marxiste (?) ne le fait pas apparaître sous un faux jour, l'idée sont plus ou moins les mêmes, c'est pas comme accuser un libéral d'être marxiste.

### C. Licéité d'une atteinte à l'honneur

- Atteintes à l'honneur le plus souvent par les déclarations de la presse
- La presse est au bénéfice de la liberté des médias (art. 17 Cst)
    - Censure interdite (art. 17 al.1 et 2 Cst)
  - Il faut donc évaluer si l'intérêt du public à être informé prévaut sur l'atteinte à l'honneur
    - Mission d'information de la presse pas un motif justificatif absolu
    - Pesée des intérêts en présence est indispensable
    - Examiner l'information et les moyens utilisés par le journaliste typiquement
    - La presse doit avoir un motif pertinent pour porter atteinte à la personnalité (ATF 131 III 26, consid. 4.1, photocopié VII, p. 42). On admet p.ex que lorsque le lésé est une personnalité publique (membre du gouvernement, etc), dans ce cas là on a un motif pertinent (intérêt public prépondérant). Autre exemple : p. 21 polycop.
- Les faits
- Tout ce qui se produit dans la réalité
  - Peut faire l'objet d'une observation, mais peut aussi être transmis par le fait d'une suggestion, d'une interrogation, d'un dessin, d'un schéma, etc.
  - Une relation de faits est fautive lorsque les faits relatés sont inexacts ou incomplets
  - Pour savoir si une version est ou non exacte, il faut se référer au sens que la majorité des lecteurs peut lui donner, compte tenu de l'ensemble des circonstances.
- Un jugement de valeur

- Appréciation critique sur les faits = élément essentiel de la liberté d'opinion, c'est pour ça qu'un journaliste aura une marge de manœuvre assez grande et ne peut pas être prouvé (sentiment de l'auteur).
    - Admissible
      - Pour autant qu'il soit défendable sur la base des faits sur lesquels il s'appuie
      - Et qu'il ne soit pas « inutilement blessant » dans sa formulation
    - Illicite
      - Lorsqu'il éveille dans l'esprit de ses destinataires une fausse représentation de la réalité.
  - Pas la possibilité de répondre contre une opinion mais on a les actions défensives de 28a avec possibilité de demander une rectification (art. 28a al. 2 CC), demande de publication du jugement, etc.
- ATF 126 III 305/JdT 2001 I 34, polycopié VII, p. 32
- Opinions, commentaires et jugements de valeurs admissibles
    - Si fondés en fonction de l'état de fait auquel ils se réfèrent
    - Ne peuvent être soumis à la preuve de la vérité ;
    - Mais même sur la base de faits vrais, atteinte à l'honneur si en raison de leur forme = rabaissement inutile
    - Opinion caustique acceptée en principe (bénéficie de la liberté d'expression et doit en principe être acceptée, sauf si à nouveau rabaissement inutile, injurieux, etc).
  - Jugement de valeur attention à l'honneur si :
    - Rompt le cadre de ce qui admis et laisse entendre un état de fait qui ne correspond pas à la réalité
    - Ou conteste à la personne concernée tout honneur d'être humain ou personnel (consid. 4b, bb).
- En principe, jugements de valeur non susceptibles d'être soumis à la preuve de la vérité
- Admissibilité néanmoins examinée le cas échéant sur la base de critères reconnus
    - Tels que les règles déontologiques d'une association professionnelle ou les critères en matière historique, politique et sociale
    - En cas de violation de ces critères (limite à l'opinion caustique typiquement) : Inadmissibilité (TF 5A\_75/2008 du 28.7.2008, consid. 2.1)
- La diffusion de faits vrais est-elle toujours licite ?
- En principe couverte par le mandat d'informer de la presse
    - Sous réserve en principe de faits faisant partie de la sphère secrète ou privée
    - Ou d'un rabaissement de manière inadmissible de la personne, vu la forme inutilement blessante de la description (ATF 126 III 305/JdT 2001 I 34, consid. 4b, aa, polycopié VII, p. 32).
  - Est déterminante l'impression suscitée chez le lecteur moyen
  - Respect du principe de la proportionnalité
- Les allégations inexactes sont-elles toujours illicites ?
- En principe oui (ATF 111 II 209/JdT 1986 I 600, consid. 3c, polycopié VII, p. 21)
    - Aucun intérêt à l'information (ATF 119 II 97/JdT 1995 I 167, consid. 4 a.bb, polycopié VII, p. 25)
  - Situation particulière de la presse
    - Une information fausse même diffusée de bonne foi
      - En principe atteinte illicite à l'honneur du lésé
      - Primauté à l'intérêt du lésé à défendre sa réputation sur celui de l'auteur de la lésion à n'être pas actionné (Att ! Faute pas condition d'action défensive)
      - Ce malgré le risque lié à leur profession, les journalistes s'adressant au public étant particulièrement exposés au danger de prétendre de bonne foi des choses fausses (ATF 91 II 401/JdT 1966 I 514, c. 3e, polycopié VII, p.1)
- Illustration : ATF 129 III 49/JdT 2003 I 59, polycopié VII, p. 34

- Publication d'un article de presse accusant un partisan de l'interdiction de l'abattage rituel de contacts avec les milieux néonazis et révisionnistes et d'instrumentalisation de la défense des animaux pour en faire une nouvelle « question juive »
- Action de la personne incriminée en constatation de la fausseté des accusations
- Conclusions du TF
  - Atteinte à l'honneur licite, vu les contacts de la personne incriminée avec les révisionnistes et négationnistes en relation avec la polémique d'origine antisémite sur l'interdiction de l'abattage rituel.
- Considérants en droit, rappel des principes, consid. 2.2
  - Presse susceptible de porter atteinte à la personnalité aussi bien par la publication de faits que par leur appréciation
  - Diffusion de faits authentiques en principe couverte par le devoir d'information de la presse
    - Sauf faits relevant du domaine secret ou privé
    - Ou si la personne concernée est discréditée d'une manière inadmissible par la forme inutilement blessante de l'exposé.
- Considérants en droit
  - Publication de faits inexacts en revanche illicite en elle-même
  - Sauf cas exceptionnels très rares et particuliers, justifiant la diffusion de mensonges par un intérêt suffisant
  - Mais chaque inexactitude, imprécision, raccourci ou généralisation ne fait pas à elle seule d'un compte-rendu un mensonge dans son ensemble
  - Article de presse inexact = globalement mensonger et violation des droits de la personnalité que si ne correspond pas à la réalité sur des points essentiels et montre la personne concernée sous un angle si erroné ou en présente une image si sensiblement faussé qu'elle s'en trouve rabaissée de manière sensible dans la considération de ses semblables.
- Distinction entre faits/jugements de valeur pas toujours claire
  - Les « jugements de valeur mixtes » sont des jugements de valeur qui constituent en même temps des affirmations de fait
    - Noyau de fait de l'opinion à traiter comme les affirmations de fait (ATF 126 III 305/JdT 2001 I 34, consid. 4b.bb, polycopié VII, p. 32)
  - Soupçons admis, si formulés comme tels
    - Pour déterminer la clarté nécessaire, se placer du point de vue du lecteur moyen (TF 5C.180/2004 du 14.1.2005, polycopié VII, p. 50)
  - Illustration : TF 5C.180/2004 du 14.1.2005 du consid. 4.2.3, polycopié VII, p. 50
    - Article de « l'Hebdo » relevant « des connivences financières tortueuses, brouillées au sein d'une nébuleuse de sociétés, pourraient exister entre le demandeur Yeslam Binladin et Oussama Ben Laden »
    - Conclusion du TF : atteinte illicite à l'honneur de Yeslam Binladin non réalisée
    - Considérants en droit
      - Journalistes de l'article ne soutiennent pas que l'hypothèse incriminée serait avérée, question laissée ouverte et pas vérifiée en l'état, donc le lecteur se rend compte que tout ceci pourrait être démenti à l'avenir
      - Pour le lecteur moyen, clair que l'hypothèse occupe des services de renseignements et des journalistes d'investigation, mais non vérifiée en l'état
      - Développements justifiés par la mission d'information de la presse et en conséquence licites
  - Quant aux satires et aux caricatures
    - Absence d'un droit spécifique pour les satires en Suisse, elles sont admissibles lorsqu'elles sont en principe dans des journaux satiriques. La JP a été beaucoup plus sévère envers des journaux non satiriques et que le lecteur ne s'y attend pas (Ex : cas de Daniel Vasella avec photomontage où il était dénudé dans la campagne contre les salaires abusifs, TF a admis que c'était une satire et qu'on était à la limite de la

liberté d'expression et que le photomontage ne le visait pas en tant que personne mais en tant que figure de l'économie qui recevait un très haut salaire)

- Mettre de plein gré en discussion publique des thèses provocatrices
    - Signifie accepte des critiques agressives, sans nuances, acerbes, mordantes et sarcastiques
    - Si vives critiques restent dans le cadre matériel de l'article qui les a provoquées
    - Et ne portent pas atteinte aux intérêts personnels (ATF 106 II 92/JdT 1981 I 518, consid. 2c, photocopié VII, p. 12).
- Illustration : ATF 95 II 481/JdT 197 I 226, photocopié VII, p. 6
- Publication, dans un journal à fort tirage, de dessins et de légendes d'un caricaturiste ayant pris pour titre le nom déformé, d'une agence de voyages et suggéré par plaisanterie une association d'idée avec le régime politique de plusieurs pays où cette agence organise des séjours de vacances : « Club Medityrannis »
  - Action en constatation de l'illicéité de l'atteinte portée à la réputation de l'agence
  - Conclusion du TF
    - Action en constatation admise
    - Rejet des conclusions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral
    - Publication du jugement ordonnée dans la mesure jugée appropriée aux circonstances
  - Considérants en droit
    - Dans l'esprit du lecteur, demanderesse présentée sous un jour défavorable
    - Peu importe l'absence de l'intention de nuire
    - Absence d'un intérêt public
    - Excède la mesure admissible, même si l'on fait la part de l'humour.
- Autre illustration : ATF 137 IV 313, photocopié VII, p. 67
- Parution dans un hebdomadaire d'un photomontage représentant le portrait de Y. (candidat du parti Z. au conseil national et de père autrichien, Oskar Freysinger) à côté de celui d'Adolf Hitler en uniforme brun du parti nazi et brassard portant la croix gammée. Titre de l'article : « Commun parfum des années 30 » et sous-titre : « Autrichiens : on a déjà donné ! ». Le texte évoque différents comportements prétendument adoptés par le parti Z. et ses membres, indiquant que « bref, cela sent bon les années 1930 ». Affirmation ensuite que le parti Z. utilise le même type de méthodes que celles employées durant ces années, méthodes qui avaient permis à Hitler d'être élu démocratiquement.
  - Condamnation pour diffamation du journaliste
  - Considérants en droit :
    - Portrait de l'intimé = amalgame, jetant clairement le soupçon de sympathie avec l'idéologie nazie
    - Un tel soupçon, même jeté en pleine campagne électorale, dépasse clairement les limites posées à la liberté d'expression
    - Photomontage rien de satirique publié dans un journal non satirique, titre et sous-titre, rien d'humoristique
    - Au contraire, rappel de l'une des pages les plus sombres de l'histoire, si bien que l'article dépasse ce que le droit à la dignité permet.
  - Conclusion du TF : protection de l'honneur de la personne visée l'emporte sur le droit du recourant de s'exprimer librement.

#### **D. Moyens juridiques pour se défendre contre une atteinte à l'honneur**

- Action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a al.1 ch. 3CC)
  - Exemple : ATF 119 II 97/JdT 1995 I 167, photocopié VI, p. 25
    - Action en constatation du caractère illicite de l'atteinte à l'honneur causée par la publication dans une revue d'un article intitulé « Pas de frontière pour les fouineurs », le commandant de la police cantonale étant qualifié « d'expert ès

- o mouchards formé par le FBI, fou d'armes » ; publication ultérieure, sous la forme d'une lettre de lecteur, d'une détermination du commandant sur cette information
    - Droit à la constatation subsiste même si droit de réponse accordé
    - Trois expressions : « fouineur », « expert ès mouchards formé par le FBI » et « fou d'armes » : atteintes à l'honneur, de surcroît inexactes, absence d'un intérêt à l'information
    - Atteintes illicites et action admise
- Autre exemple : ATF 123 III 385/JdT 1998 I 651, polycopié VII, p. 29
  - o Articles de la presse créant l'impression, sous-entendant que la personne visée (un banquier) aurait été mêlée à des opérations douteuses
  - o Considérants en droit
    - Scandale décrit est identifié à la personne du demandeur
    - Déclarations de presse faisant état d'une activité douteuse, voire pénalement répréhensible
    - Demandeur à nouveau actif dans sa branche d'origine
    - Impression négative créée chez le lecteur moyen
    - Atteinte à l'honneur d'un employé de banque dirigeant sans conteste qualifiée de grave (consid. 4c)
    - Présomption de la persistance du trouble
  - o Conclusion du TF : action admise
- Publication du jugement (art. 28a al.2 CC)
  - o Publication du jugement constatant l'illicéité des atteintes
  - o Doit être le moyen le plus approprié pour réparer le tort moral subi par le demandeur par la publication de deux articles de presse portant atteinte à son honneur (ATF 131 II 26, polycopié VII, p. 42). Attention ! C'est à l'appréciation du juge et parfois le juge peut décider que dans la mesure ou on obtient la publication, cela peut suffire pour réparer le tort moral au sens de l'art. 49 al.1 CC et ne permet plus alors le versement d'une indemnité.
- Mesures provisionnelles (art. 261 CPC)
  - o Exemple : TF 5P.308/2003 du 28.10.2003, polycopié VII, p.37 (Eric Stauffer)
    - Litige entre une banque et un homme d'affaires propageant des articles de presse dénigrant la banque sur son site internet
    - Requête de mesures provisionnelles déposées par la banque en interdiction, sous la menace de l'art. 292 CP, de poursuivre la campagne de dénigrement, de propager des articles de presse sur son site ou celui de tiers
    - Requête admise par le Tribunal de première instance (TPI)
    - Annulation de l'ordonnance par l'instance cantonale supérieure (Cour de Justice) : mesure inadéquate et disproportionnée par rapport à l'atteinte
    - Conclusion du TF : requête en mesures provisionnelles admise
    - Considérants en droit (consid. 2.5)
      - Protection de la personnalité inopérante et illusoire si rejet d'une requête de mesures provisionnelles car atteinte susceptible de se produire à travers d'autres canaux ou personnes
      - But du législateur = protection complète de la personne ; permettre à la victime de s'en prendre à toute personne jouant, par son comportement, objectivement un rôle quelconque dans la création ou le développement d'une atteinte
      - Il suffit que la personne contribue par son comportement à l'atteinte, même si elle ne joue dans celle-ci qu'un rôle secondaire
      - Protection obtenue par la victime nécessairement limitée à la sphère d'influence de la personne recherchée
        - o Mesure visant celle-ci adéquate dès qu'elle est propre à prévenir la survenance ou le développement de l'atteinte du fait de cette personne.



## E. L'honneur devant la Cour européenne des droits de l'homme

- L'honneur non appréhendé/garanti en tant que tel dans la CEDH
  - o Invoqué par le biais de l'atteinte à des libertés, en particulier à la liberté d'expression (art. 10 CEDH)
- Art. 10 CEDH primordial pour les questions avec la presse
  - o « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques (...)
  - 2. L'exercice des ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, (...), à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »
- ACEDH *Oberschlick c. Autriche* du 23.5.1991, série A n. 204, photocopié VII, p. 76
  - o Faits et procédure
    - Publication d'une déclaration de W. Grabher-Meyer, secrétaire général du parti libéral d'Autriche, tendant à relever de 50% les allocations familiales des femmes autrichiennes, afin de réduire le nombre des avortements motivés par des considérations financières et de diminuer de moitié celles versées aux mères immigrées.
    - Plainte déposée par M. Oberschlick, journaliste autrichien résidant à Vienne, rédacteur en chef de la revue Forum, et publication du texte complet de la plainte avec sur la page de couverture de la revue, un sommaire avec titre « Plainte contre le secrétaire général du parti libéral ».
    - Action en diffamation de Grabher-Meyer contre Oberschlick et les autres signataires de la plainte admise par les autorités nationales.
  - o Recours de M. Oberschlick devant la CourEDH
    - Violation de sa liberté d'expression par les autorités nationales en le déclarant coupable de diffamation
  - o Considérants de la CourEDH
    - Liberté d'expression valable
      - Non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes
      - Mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent
    - Protection de l'art. 10 CEDH
      - A la substance des idées et informations exprimées,
      - Mais également à leur mode de diffusion
    - Importance particulière des principes susmentionnés pour la presse
      - Bornes à ne pas franchir dont « la protection de la réputation d'autrui »
      - Néanmoins devoir de communiquer des informations et des idées sur les questions politiques ainsi que sur les autres thèmes d'intérêt général
      - La liberté de la presse = un des meilleurs moyens pour l'opinion publique de connaître et juger les idées et les attitudes des dirigeants
      - Le libre jeu du débat politique au cœur même de la notion de société démocratique
    - Limites de la critique admissible donc plus larges à l'égard de l'homme politique, agissant en sa qualité de personnage public, que par rapport à un simple particulier
    - L'homme politique :
      - Exposition inévitable et consciente à un contrôle attentif de ses faits et gestes, par les journalistes et la masse des citoyens

- Plus grande tolérance exigée, surtout si se livre lui-même à des déclarations publiques pouvant prêter à la critique
    - Droit à voir sa réputation protégée, même en dehors du cadre de sa vie privée MAIS impératifs de cette protection à mettre en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques (par. 57-59)
  - Conclusion de la Cour : violation de la liberté d'expression du journaliste (16 v. 3).
- ACEDH *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* du 28.9.2000, Recueil 2000-X, polycopié VII, p.89.
- Faits et procédure
    - En juin 1993, parution d'un article de M. Lopes Gomes da Silva dans un quotidien portugais portant sur l'invitation du parti populaire faite à M. Silva Resende, avocat et journaliste, à se présenter aux élections municipales de Lisbonne et éditorial très critique à l'égard de ce candidat qualifié de « grotesque », « rustre » et « grossier ».
    - Plainte pénale pour diffamation déposée par M. Resende
    - Acquiescement de M. Lopes Gomes da Silva en première instance
    - Recours admis par la Cour d'appel de Lisbonne : insultes dépassant les limites de la liberté d'expression et ne se référant pas exclusivement à la pensée politique de M. Resende, mais également à sa personne.
  - Recours de M. Lopes Gomes da Silva devant la CourEDH
    - Violation de sa liberté d'expression par les autorités nationales en le déclarant coupable de diffamation
  - Considérants de la CourEDH
    - Débordement de l'invective politique fréquent sur le plan personnel, aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique
    - Expression par le requérant d'une opinion, suscitée par les positions politiques de M. Resende
    - La liberté du journaliste comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation
    - De plus, reproduction, à côté de l'éditorial litigieux, de nombreux extraits d'articles récents de M. Resende dans le respect des règles de la profession de journaliste
    - Lecteurs ainsi aptes à se former leur propre opinion, en confrontant l'éditorial en cause aux déclarations de la personne visée par ce même éditorial
    - Condamnation du journaliste pas un moyen raisonnablement proportionnel à la poursuite du but légitime visé, compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté d'expression
  - Conclusion de la CourEDH : violation de la liberté d'expression (unanimité)
- ACEDH *Feldek c. Slovaquie* du 12.7.2001, Recueil 2001-VIII, polycopié VII, p. 96
- En 1991, M. Dusan Slobodnik, chercheur en littérature, publia une autobiographie relatant notamment comment un tribunal militaire soviétique l'avait condamné en 1945 au motif qu'il avait reçu l'ordre d'espionner l'armée soviétique après avoir été enrôlé en 1944 dans une formation militaire organisée par les Allemands.
  - En juin 1992, nomination de M. Slobodnik comme Ministre de la Culture et de l'Education de la République slovaque.
  - Le 20 juillet 1992, publication dans un journal d'un poème de M. Feldek dont l'un des vers parlait d'un SS (qui visait M. Slobodnik)
  - Le 30 juillet 1992, publication dans plusieurs journaux d'une déclaration distribuée par M. Feldek, s'intitulant « pour une meilleure image de la Slovaquie – sans ministre au passé fasciste »
  - Action civile en diffamation de M. Slobodnik contre M. Feldek
    - Débouté en première instance
    - Gain de cause devant la juridiction d'appel
    - Violation de la liberté d'expression non admise par la Cour de cassation
  - Recours de M. Feldek devant la CourEDH
    - Violation de sa liberté d'expression
  - Considérants de la CourEDH
    - Rappel des principes énoncés dans l'ACEDH Oberschlick

- Liberté d'expression très large dans le cadre d'un débat politique
- Distinction faits et jugements de valeur (par. 75-75 et 85)
  - La matérialité des faits peut se prouver
  - Les jugements de valeur ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude, exigence irréalisable et portant atteinte à la liberté d'opinion elle-même
  - Si jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence peut être fonction de l'existence d'une base factuelle suffisante car, faute d'une telle base, un jugement de valeur peut lui aussi se révéler excessif.
- Déclaration du requérant = jugement de valeur
  - Véracité non démontrable
  - Rédigée dans le contexte d'un débat libre sur une question d'intérêt général, à savoir l'évolution politique de la Slovaquie à la lumière de l'histoire de ce pays
  - Vis-à-vis d'un personnage public, un ministre du gouvernement
    - Limites de la critique admissible plus larges que pour un simple particulier
- Conclusion de la CourEDH = violation de la liberté d'expression (5 v. 2)

### CAS PRATIQUE

*Dame X. élève des chiens de race depuis de nombreuses années. Ces chiens participent régulièrement à des compétitions canines et ont déjà remporté de nombreux prix. Dame X. réalise également des gains par la vente de ses chiens et par la pension qu'elle a ouverte à l'attention des chiens de particuliers. Il y a deux semaines, Z., journaliste d'une revue s'adressant aux passionnés de chiens, a publié un article intitulé "Trois propriétaires vont déposer plainte contre un chenil". Selon l'article, les propriétaires de chiens reprochent à la gérante du chenil une nourriture insuffisante et inappropriée, des animaux mal soignés et un mauvais entretien des locaux. Z. argue que l'article se borne à diffuser des faits vrais et que cette diffusion est couverte par le mandat d'informer de la presse. Il affirme en outre que sa responsabilité n'est pas engagée car l'article a simplement reproduit fidèlement les affirmations de tiers. Le vétérinaire traitant a déclaré que les animaux étaient bien soignés et bien alimentés. Selon Dame X., l'article de presse est mensonger et viole ses droits de la personnalité. Elle souhaite agir, mais se refuse à répondre directement. **Que lui conseillez-vous ?***

La définition de l'atteinte est subir un trouble d'une certaine intensité dans sa personnalité en raison du comportement d'un tiers et dans la mesure où le demandeur est apte à prouver l'atteinte, il y a une présomption d'illicéité nait (art. 28 al.2 CC). L'objet de l'atteinte est l'honneur interne (le sentiment que la personne a de sa propre dignité) et externe (toutes les qualités nécessaires à la personne pour être respectée dans son milieu social). L'honneur externe se subdivise en considération morale (réputation d'être une personne honnête) et sociale (estime professionnelle, économique, sociale). L'honneur dépend en particulier de deux facteurs, à savoir la position sociale de la personne et des conceptions du milieu dans laquelle elle évolue (donc l'honneur n'est pas le même pour tous).

La position qu'on doit prendre pour savoir si on est atteint dans son honneur ? Celle du lecteur moyen. Il faut qu'aux yeux du lecteur moyen la considération de la personne soit diminuée et sans qu'il importe dans un premier temps que les faits allégués soient vrais ou faux. L'atteinte peut résulter tant d'allégations de faits que d'appréciations subjectives (jugements de valeur, opinions, etc).

Trois motifs justificatifs relatifs justifient une atteinte : consentement, loi et intérêt privé ou public prépondérant.

*En l'espèce*, on exclut d'emblée le droit de réponse puisqu'elle ne veut pas en user et on examine les actions défensives de l'art. 28ss CC. Y a-t-il une atteinte à la personnalité de Dame X selon l'art 28 al.1 CC ? Oui, elle est atteinte dans son honneur externe (sa réputation d'honnête personne, son estime professionnelle) mais également son honneur interne (les propos tenus font penser qu'elle nourrit mal les animaux alors qu'elle a un chenil et élève des chiens de race depuis plusieurs années). Intensité suffisante ? Oui, les allégations sont quand même graves et on est finalement face à une atteinte qui résulte ici d'allégations de faits. Le lecteur

moyen va garder une image défavorable de Dame X, sa considération professionnelle sera atteinte et sa porte préjudice à sa réputation professionnelle et sociale. Elle a donc bien subi une atteinte à sa personnalité.

L'atteinte est-elle illicite ou y a-t-il un motif justificatif (art. 28 al.2 CC) ? Ici, il y a un intérêt public à connaître la situation du chenil pour les personnes qui y placent ou pensent y placer leurs animaux, etc. On a des faits en particuliers ici et tout le débat va tourner autour du fait si les faits sont vrais ou faux : si les faits sont vrais, en principe l'atteinte ne sera pas illicite et la révélation des faits vrais l'emporte (sauf si fait de manière inutilement blessante ou sphère très privée, pas le cas ici).

On voit ici que le vétérinaire dit que les animaux sont correctement tenus et nourris et donc les faits révélés sont faux. Donc on a pas d'intérêt public prépondérant à connaître de faits faux. Le journaliste ne peut pas dire qu'il ne fait que relater des faits pour se disculper car doit vérifier les sources et de toute façon la faute n'est pas une condition des actions défensives, uniquement des actions réparatrices !

Par conséquent, l'atteinte n'est pas justifiée, l'illicéité est confirmée et Dame X peut agir par le biais d'une action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a al.1 ch.3 CC). Ici c'est une image négative persistante et Dame X devra demander la publication d'un rectificatif ou du dispositif du jugement (art. 28 al.2 CC) dans le même journal. Tort moral et remise de gain peu probable.

Conditions de recevabilité de l'art. 28a al.1 CC à examiner !!! Qualité pour agir + pour défendre (en principe éditeur en matière de presse, défendeur idéal, mais aussi contre l'auteur de l'article, bref toutes les personnes qui participent de près ou de loin à l'atteinte) + pas de délai pour les actions défensives + le for.

Question des mesures provisionnelles qui se pose.

## VIII. Les données personnelles

---

### Revue de presse :

- Contrôle des chinois sur le net renforcé. Faire un profil et tester la confiance des citoyens chinois.
- Protection de données concernant la santé
- Cas de vols de données secrètes.
  
- Mise en œuvre de la loi sur la protection des données : mise en vigueur en septembre 2017

### A. La Convention 108 du Conseil de l'Europe

- Fin du XXème siècle
  - o Développements technologiques permettant une plus grande circulation de l'information et disséminant celle-ci au détriment de l'individu, de ses droits et libertés fondamentales ;
  - o Risques d'atteinte à la sphère privée beaucoup plus nombreux
  
- Convention 108
  - o Convention du Conseil de l'Europe du 28.1.1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (extraits *in* polycopié I, p. 7 ss)
  - o Ratifiée le 2 octobre 1997 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> février 1998 (RS 0.235.1)
  - o Le fait de stocker les données implique qu'elles peuvent être combinées les unes aux autres, et donc risque d'atteinte. D'où l'émergence de la convention 108, entrée en vigueur en 1998. Pas un instrument purement EU, ouverte à l'adhésion des pays tiers, ce qui lui confère un caractère international. Ex. : Uruguay ou l'île Maurice.
  
- Règlement 2016/679
  - o Règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.
  - o Entrée en vigueur le 4 mai 2016-11-18 Modernisation des principes de la Directive 95/46/CE
  - o Abrogée avec effet au 25 mai 2018 (art. 94 al.1 Règlement 2016/679)
  
- Protocole additionnel du 8 novembre 2001
  - o ... à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités du contrôle et les flux transfrontières de données
  - o Ratifié le 20 décembre 2007 et entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> avril 2008 (RS 0.235.11)
  - o Renforcement de la protection des données personnelles et de la vie privée
    - Etablissement d'autorités de contrôle
    - Flux transfrontières de données vers des pays tiers que si ceux-ci garantissent un niveau de protection adéquat
  
- Convention 108 ratifiée par 46 Etats parmi les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe
  - o Principes de base de la protection des données universellement reconnus
  - o Normes juridiques contraignantes
  - o Ensemble des traitements de données automatisés du secteur privé et du secteur public
  - o Conciliation entre le droit au respect de la vie privée et la liberté de l'information
  - o Garantie d'un haut niveau de protection en assurant en principe la libre circulation des données entre les Etats parties.
  
- Révision de la Convention 108
  - o Maintien des « *Fair Information Principles* »
    - Principe de loyauté, la collecte de données doit être loyale
    - Principe de finalité

- Finalité déterminée (le but doit être précisément défini)
      - Et interdiction d'utilisation incompatible
    - Qualité des données
      - Pertinentes, non excessives, exactes et durée de conservation limitée
    - Régime plus protecteur pour les données sensibles
    - Droits des personnes concernées
      - Accès et rectification
      - Droit au recours qui sera renforcé
    - Sécurité des données, la personne qui traite des données doit prendre des mesures adéquates pour la sécurité des données, faire attention au vol et à la disparation, mesures organisationnelles à garantir
  - A compléter :
    - Renforcer le droit à la protection des données, obligation active d'information
    - Extension du droit de maîtrise des personnes concernées
    - Concilier le droit à la protection des données avec l'exercice d'autres droits et libertés fondamentales, en particulier avec la liberté d'expression, éviter le profilage de personnes
    - Sécurité à renforcer
    - Protection des mineurs → recommandation à part, vise plutôt les réseaux sociaux
    - Droit à l'oubli → recommandation
- Mieux souligner l'objectif de la Convention en consacrant le droit à la protection des données
  - Article 1<sup>er</sup> : Objet et but : « Le but de la présente Convention est de garantir à toute personne physique relevant de la juridiction des Parties, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence, la protection de ses données à caractère personnel lorsqu'elles font l'objet d'un traitement, contribuant ainsi au respect des droits et des libertés fondamentales, notamment du droit à la vie privée des personnes concernées ». Donc objectif : droit à la protection des données personnelles, droit à l'autodétermination informationnelle. Il ne faut pas créer de hiérarchies.
- Neutralité technologique
  - Article 2 – Définition
    - Suppression du terme « fichier » ;
    - Remplacement du terme par « Traitement de données » : toute opération ou ensemble d'opérations effectuées sur des données à caractère personnel, notamment la collection, l'enregistrement, la conservation, la modification, l'extraction, la communication, la mise à disposition, l'effacement, la destruction de données, ou l'application d'opérations logiques et/ou arithmétiques aux données ;
    - Lorsqu'aucun procédé automatique n'est utilisé, le traitement de données s'étend des opérations effectuées au sein d'un ensemble structurés selon tout critère qui permet de rechercher des données à caractère personnel.
    - Suppression du terme « maître du fichier »
    - « Responsable de traitement » : la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service, l'agence ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres dispose du pouvoir de décision à l'égard du traitement de données.
- Restriction du champ d'application
  - Article 3 alinéa 1 bis : « La présente Convention ne s'applique pas aux traitements de données effectués par une personne physique pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques »
  - Portée de cette exception
    - Limitée à la sphère personnelle
    - Cf. arrêt de la CJCE Lindqvist du 6.1.2003, polycopié I p. 32 ss, par. 47
- Principe de la proportionnalité
  - Article 5 – Légitimité des traitements de données et qualité des données :

1. « Le traitement de données doit être proportionné à la finalité légitime poursuivie et refléter à chaque étape du traitement un juste équilibre entre tous les intérêts en présence, qu'ils soient publics ou privés, ainsi que les droits et les libertés en jeu ».
  2. « Chaque Partie prévoit que le traitement de données ne peut être effectué que sur la base du consentement spécifique, libre, éclairé et [explicite, non-équivoque] de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi ».
- Revoir le catalogue des données sensibles
    - o Article 6 – Données sensibles
    - o De par leur nature, à savoir les données génétiques, les données relatives à la santé ou à la vie sexuelle, les données concernant des infractions, condamnations pénales et mesures de sûreté ;
    - o De par l'usage qui en est fait, à savoir les données biométriques, les données dont le traitement révèle l'origine raciale, les opinions politiques (ou l'appartenance syndicale), les convictions religieuses ou autres convictions ; ou
    - o Du fait que leur traitement présente un risque grave pour les intérêts, droits et libertés fondamentales de la personne concernée, notamment un risque de discrimination.

## B. La Loi fédérale sur la protection des données (LPD)

### 1. Introduction

- De la nécessité d'une Loi fédérale sur la protection des données
  - o Dans le contexte de l'affaire dite des fiches
    - Détention par la police fédérale des fiches sur des citoyens soupçonnés de sympathies procommunistes
  - o Art. 28 ss CC insuffisants
    - Ignorance souvent par la personne concernée d'une atteinte à sa personnalité provoquée par un usage abusif de ses données ;
    - De plus, souvent difficile d'établir l'origine et le responsable de l'atteinte
  - o La Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1993 (LPD ; RS 235.1)
    - Octroi à tout personne du droit de maîtriser les informations la concernant et restriction du traitement de celles-ci par des tiers.
- Fondements juridiques de la LPD
  - o Droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH)
  - o Convention 108 du Conseil de l'Europe
  - o Directive 95/46/CE de l'Union européenne (polycopié I, p. 11 ss)
  - o « Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent » (art. 13 al.2 Cst)
- Protection de l'art. 28 CC complétée au niveau fédéral
  - o LPD (RS 235.1)
    - Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1993 aussi (OLPD ; RS 235.11)
  - o Respect des principes généraux, fondements de la protection de la personnalité
    - Complément et concrétisation du Code civil
- Protection de l'art. 28 CC complétée au niveau cantonal
  - o Loi genevoise du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002 (LIPAD/GE ; RSG A 2 08)
- Révision partielle de la LPD

- Protocole additionnel du 8.11.2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (RS 0.235.11)
    - Adaptation nécessaire du droit suisse au droit européen
  - Deux interventions parlementaires visant une révision partielle de la LPD aux fins de :
    - Renforcer la protection des données personnelles
    - Et d'améliorer la transparence lors de leur collecte
  - Le 24 mars 2006, importante révision partielle de la LPD adoptée par l'Assemblée fédérale
    - Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008.
- Révision en cours de la LPD

## 2. Spécificités

- Introduction des avantages suivants dans la LPD
- Précisions
    - Liste de cas d'atteinte illicite (art. 12 al.2 LPD)
    - Qualification de traitement de données en principe licite (art. 12 al.3 ; art. 10a et 13 LPD)
    - Concrétisation des motifs justificatifs (art. 12 et 13 LPD)
      - Clarification des intérêts prépondérants (art. 13 al.2 LPD)
  - Instruments facilitant la mise en œuvre
    - Droit d'accès (art. 8 LPD ; art. 1 et 2 OLPD)
      - SJ 2013 I 81/ATF 138 III 425 et ATF 141 III 119, polycopié VIII, p. 48 ss et 53 ss
    - Obligation de déclarer la tenue de certains fichiers (art. 11a LPD)
      - En matière privée, déclaration obligation du maître de fichier (art. 11a al.3 LPD ; art. 3 et 4 OLPD)
        - Lors de la collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 11a al.3 let. a et 14 LPD)
        - En cas de communication régulière à des tiers des données personnelles (art. 11a al.3 let. b LPD)
      - Exceptions à l'obligation de déclarer (art. 11a al.5 LPD)
    - Le PFPDT, Préposé fédéral à la protection des données, autorité mise en place pour la protection des données
      - Mandat de conseil et de surveillance
      - Pouvoir d'adresser des recommandations
        - Recours au Tribunal administratif fédéral (art. 29 al.4 LPD), puis au Tribunal fédéral (p.ex arrêt Google Street View, ATF 138 II 346/JT 2013 I 71, polycopié IX, p. 27)
        - Rôle important dans le développement de la protection des données

## 3. Champ d'application

- Champ d'application matériel
- Traitement de données personnelles (art. 2 al.1 LPD)
    - Données personnelles : toutes les informations qui se rapportent à une personne, physique ou morale, identifiée ou identifiable (art. 3 let. a et b LPD)
    - Traitement compris au sens large : toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, conservation, exploitation, modification, communication, archivage ou destruction (art. 3 let. e LPD)
  - Exclusion de la LPD (art. 2 al.2 LPD)



- Données traitées par une personne physique pour son usage exclusivement personnel et non communiquées à des tiers
  - Délibérations parlementaires
  - Procédures pendantes
    - ATF 138 III 425/SJ 2013 I 81, polycopié VIII, p. 48 ss
  - Registres publics relatifs aux rapports juridiques de droit privé
  - CICR
- Champ d'application personnel
- Traitement de données personnelles concernant des personnes physiques et morales (art. 2 al.1 LPD) effectué par :
    - Des personnes privées (art. 12-15 LPD)
    - Ou des organes fédéraux (art. 16-25bis LPD)
- Distinction dans la LPD entre :
- Les données protégées
  - Les données libres
- Une donnée personnelle
- Dès que l'information se rapporte à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD)
  - Sur ce caractère « identifiable », cf. arrêt Google Street View, ATF 138 II 346/JT 2013 I 71, polycopié IX, p. 27
- Les données anonymes ne sont pas protégées
- Catégorie particulière
- Données « sensibles »
    - Celles relatives aux opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, à la santé, à la sphère intime ou à l'appartenance à une race, aux mesures d'aide sociale, aux poursuites ou sanctions pénales et administratives (art. 3 let. c LPD)
    - Liste exhaustive
  - Profil de la personnalité (art. 3 let. d LPD)

### C. Les principes de base de la protection des données

- Intervention de la protection des données très tôt, afin d'éviter des atteintes
- Importance des principes de protection des données dès la collecte
- Principes généraux de protection des données
- Licéité de tout traitement de données personnelles (art. 4 al.1 LPD)
  - Traitement de données effectué dans le respect du principe de la bonne foi (art. 4 al.2 LPD)
  - Traitement de données effectué dans le respect du principe de la proportionnalité (art. 4 al.2 LPD ; cf. aussi art. 328b CO en droit du travail)
  - Données traitées que dans le but indiqué lors de leur collecte ou le but prévu par une loi ou celui qui ressort des circonstances (principe de la finalité, art. 4 al.3 LPD)
- Principes généraux : modifications du 24 mars 2006
- La collecte de données et les finalités du traitement doivent être reconnaissables pour la personne concernée (art. 4 al.4 LPD)
    - Obligation d'information lors de la collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 14 LPD ; modification du 19 mars 2010)
  - Lorsque le consentement est requis, la volonté est valable
    - Si volonté libre et informée
    - Pour les données sensibles ou les profils de la personnalité

- Consentement « explicite » (art. 4 al.5 *in fine* LPD), soit donné de manière expresse
  - Voie électronique admise
- Principe de l'exactitude des données (art. 5 al.1 LPD ; modification du 24 mars 2006)
- Une donnée peut être inexacte même si elle ne présente pas la personne sous un faux jour
  - L'obligation est faite à quiconque traite des données de prendre toute mesure appropriée pour rectifier les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées
- Principe de la sécurité des données
- Protection contre tout traitement non autorisé (art. 7 LPD)
    - Mesures techniques et organisationnelles, cf. OLPD (art. 8 ss et 20 ss ; RS 235.11)
- Illustration : traitement de données biométriques (JdT 2010 I 396, photocopié VIII, p. 17)
- Mise en service, par un établissement de sports et de détente, d'un nouveau système de contrôle d'accès, basé sur des données biométriques afin de limiter l'utilisation abusive des cartes d'abonnés
    - Outre les données personnelles du client – prénom, nom, adresse, langue et date de naissance -, les empreintes digitales également relevées puis enregistrées sous forme de gabarit biométrique
    - Données biométriques sauvegardées sur un fichier centralisé, géré par l'établissement
    - Carte remise au client, munie d'un identifiant unique, ne contenant aucune donnée personnelle.
  - Intervention du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFDT)
    - Non-conformité du nouveau système aux exigences légales
    - Recommandation visant à ce que l'établissement renonce à l'enregistrement centralisé des données biométriques
  - Opposition de l'établissement
  - Action ouverte par le PFDT (art. 29 al.4 LPD)
    - Enregistrement centralisé de données biométriques :
      - Atteinte au droit à l'autodétermination en matière de données personnelles
      - Violation du principe de la proportionnalité
  - Considérants du TAF
    - Licéité du stockage des données biométriques dans un fichier centralisé
      - Donnée biométrique = données sensibles
      - « Erreur de système »
      - Absence de consentement libre et éclairé
      - Intérêt privé prépondérant allégué non pris en considération
    - Atteinte disproportionnée, partant illicite

#### **D. Le droit d'accès aux données**

- Toute personne, physique ou morale, a un droit d'accès aux données la concernant (art. 8 LPD)
- Nul besoin de faire valoir un intérêt particulier
  - Exercice de ce droit indépendant de l'existence d'une atteinte à la personnalité
  - Droit strictement personnel (art. 19c CC)
  - Impossible d'y renoncer par avance (art. 8 al. 6 LPD)
  - Demande de renseignements en principe par écrit (art. 1 al.1 OLPD)
  - Droit non absolu
- Maitre du fichier (cf. art. 3 let. i LPD)
- Obligation de communiquer toutes les données concernant la personne ainsi que les informations disponibles sur l'origine des données (art. 8 al.2 let. a LPD ; art. 34 LPD)

- En principe, renseignements fournis par écrit (art. 8 al.5 LPD ; art. 1 al.2 et 3 OLPD), dans les 30 jours suivant la demande (art. 1 al.4 OLPD)
  - o Communication par voie électronique admise si la personne traitant les données le prévoit expressément et que des moyens de sécurité et d'identification sont mis en place (art. 1 al.2 OLPD)
- Renseignements fournis en principe gratuitement (art. 8 al.5 LPD)
  - o A titre exceptionnel, participation équitable (au maximum Frs. 300.- ; art. 2 al.2 OLPD)
- L'accès au dossier permet à la personne concernée de demander de rectifier les données inexactes (art. 5 al.2 LPD)
  - o Le droit de tout intéressé à consulter lui-même un dossier ou un fichier comportant des données concernant directement
  - o Préalable nécessaire à l'exercice effectif de son droit d'en obtenir, le cas échéant, la rectification (ATF 113 la 257, consid. 4c)
- Refus injustifié
  - o Action en exécution du droit d'accès (art. 15 al.4 LPD)
- Droit d'accès, source de quelques litiges...
  - o Selon le TF, l'on ne saurait supprimer le droit d'accès en créant, parallèlement au fichier « officiel », un fichier « officieux »
    - Droit d'accès aussi aux documents « internes » mais contenant des données concernant l'auteur de la demande de consultation, pouvant être classées sous son nom (ATF 125 II 473/JdT 2001 I 322 consid. 4b, photocopié VIII, p. 9)
  - o Rappel
    - La LPD repose « sur une conception très large du droit d'accès » (SJ 2002 I 38, consid. 2b, photocopié VIII, p. 12)
    - Interprétation restrictive de l'art. 2 al.2 let. a LPD
- Recours contre une caisse-maladie refusant d'envoyer à son assuré une copie de son dossier médical, au motif que celui-ci pouvait venir le consulter à son siège central
  - o La caisse-maladie ne peut pas imposer unilatéralement la consultation du dossier sur place alors même que l'assuré à refusé ce mode (art. 8 LPD et art. 1 al.3 OLPD ; ATF 125 II 321, SJ 2000 I 1, ATF 123 II 534/JdT 1999 I 193)
  - o Accès au dossier d'assurance
    - Conception large du fichier
    - Accès aux informations concernant le requérant
      - Soit aux données portant sur la personne (TAF A-4190/2009 du 29.11.2010, consid. 6.1, photocopié VIII, p. 26)
- Dentiste tardant à donner suite à une demande d'accès au dossier de la personne concernée
  - o Comportement professionnel incorrect justifiant une sanction disciplinaire (blâme)
  - o Considérants du TF
    - Droit fondamental des patients à accéder à leurs dossiers médicaux
      - Condition à l'exercice par le patient des prérogatives fondamentales
      - Une violation de ce droit peut, sans arbitraire aucun, être sanctionnée sévèrement
      - Indépendamment d'un préjudice matériel ou immatériel pour la victime (TF 2P.202/2006 du 22.11.2006, consid. 2.3)
- Restriction au droit d'accès (art. 9 LPD)
  - o Le maître du fichier peut restreindre ou refuser les renseignements demandés, voire en différer l'octroi si
    - Une loi au sens formel le prévoit (art. 3 let j. LPD)
    - Les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent (art. 9 al.1 LPD)

- De plus, le maître du fichier privé peut restreindre, refuser les renseignements demandés, ou en différer l'octroi si
  - Ses intérêts prépondérants l'exigent
  - Et qu'il ne communique pas les données personnelles à un tiers (art. 9 al. 4 LPD)
- Indication des motifs du refus, de la limitation ou de l'ajournement des renseignements demandés (art. 9 al.5 LPD)
- Exemple d'intérêt public prépondérant limitant l'accès aux données
  - Droit de consulter le dossier = partie du droit à l'autodétermination
    - Est-il violé par la consultation du dossier médical avec des passages caviardés ?
  - Données très personnelles et intimes dans dossier médical psychiatrique
  - Modification possible de l'état de santé
    - Vérification importantes des données du dossier médical, afin d'éviter le « catalogage » d'une personne par des données incorrectes
  - Intérêt public à tenir secrets les documents concernant les informations données par des personnes étrangères à la clinique
  - Intérêts des informateurs au secret
  - Droit de prendre connaissance du dossier restreint dans l'intérêt du requérant lui-même
  - Au terme d'une pesée globale des intérêts divergents
    - Intérêt public important à ce que le médecin conserve sous le sceau du secret les informations données en toute bonne foi par des tierces personnes en relation avec la thérapie du patient
  - Conclusion
    - Droit d'accès aux données non violé par la consultation du dossier avec des passages caviardés (ATF 122 I 153/JdT 1998 I 194, consid. 6, photocopié VIII, p. 4)
- Restriction du droit d'accès (art. 9 LPD ; suite)
- Consultation du dossier d'une personne décédée
  - Possibilité prévue par l'art. 1 al. 7 OLPD
  - Mais... « même si, selon l'art. 31 CC, la personnalité finit par la mort, il n'apparaît pas dépourvu de sens de garantir aux intéressés qu'après leur décès, les renseignements figurant dans leur dossier de patient demeureront couverts par le secret médical et ne seront pas divulgués sans un contrôle sévère » (SJ 1996 298, consid. 3a, photocopié VIII, p.1 ; ATF du 3.11.1989 in RDAF 1990 45).
- Restriction du droit d'accès applicable aux médias (art. 10 LPD)
  - Droit d'accès restreint en ce qui concerne les fichiers destinés à la publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique
    - Le maître du fichier devra en outre invoquer l'un des motifs spéciaux mentionnés à l'art. 10 al.1 LPD.
  - Mais application du principe de la proportionnalité ici aussi
  - De plus, le droit d'accès est restreint pour les fichiers des journalistes, dans la mesure où ceux-ci leur servent exclusivement d'instrument de travail personnel (art. 10 al.2 LPD)

## E. Licéité d'une atteinte aux données personnelles

- Attention : dans le cadre de ce cours, examen des atteintes émanant de personnes privées !
- Liste non exhaustive des cas constitutifs d'atteinte (art. 12 al.2 LPD)
  - Traitement en violation des principes généraux (let. a → art. 4, 5 al.1 et 7 al.1 LPD)
  - Traitement contre la volonté expresse sans motifs justificatifs (let. b ; cf. ATF 127 III 471/JT 2002 I 426, photocopié VI, p. 18)
  - Communication des données sensibles ou des profils de la personnalité sans motifs justificatifs (let. c)

- Cas en principe non constitutif d'une atteinte (art. 12 al.3 LPD)
  - o Données rendues accessibles par la personne concernée qui ne s'est pas opposée formellement au traitement
  - o Présomption légale réfragable d'absence d'atteinte
  
- Atteinte illicite, à moins d'être justifiée (art. 13 LPD)
  - o Par le consentement de la personne concernée (cf. art. 4 al. 5 LPD)
  - o Par un intérêt prépondérant privé ou public
    - Liste non exhaustive de motifs spéciaux non absolus concrétisés à l'art. 13 al.2 LPD
    - Principe de la proportionnalité
      - Examen de l'adéquation et de la nécessité
  - o Par la loi
    - Loi sur les épidémies (art. 27 ss ; RS 818.101)
    - Loi fédérale sur le crédit à la consommation (art. 25 ss ; RS 221.214.1)
    - Loi sur le blanchiment d'argent (art. 9 ; RS 955.0)
  
- Dans le domaine sportif, problèmes de protection des données en lien avec le contrôle du dopage
  - o Cf. 17<sup>ème</sup> Rapport d'activités 2009-2019, Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
  - o Contrôles de dopage des sportifs sur une base plus ou moins volontaire
    - Contrôle que si consentement des sportifs
    - Toutefois, comme exclusion possible d'une compétition en cas de refus, consentement libre conforme à la LPD douteux
    - Base légale demandée permettant aux organes reconnus de lutte contre le dopage de procéder aux contrôles requis
  - o Art. 21 de la Loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique du 17 juin 2011, en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2012 (RS 415.0)
    - Quiconque participe à des compétitions sportives peut être soumis à des contrôles antidopage (al. 1)
    - Désignation des autorités compétentes habilitées à traiter des données, y compris sensibles (al.2 et 3)
  
- Prétentions en protection de la personnalité (art. 15 LPD)
  - o Principe = renvoi aux art. 28-28I CC
  - o Droit de s'opposer au traitement des données
    - Dont la communication des données à des tiers (al.1)
  - o Droit de demander la rectification ou la destruction des données (al.1)
  - o Droit de demander la mention du caractère litigieux (al.2)
  - o Droit de demander la communication à des tiers ou la publication (al.3)
  - o Action en interdiction, en cessation ou en constatation du caractère illicite du traitement de données (al.1 ; art. 28a CC)
  - o Action en dommages-intérêts (al.1 ; art. 28a al.3 CC → art. 41 CO) ou en tort moral (al.1 ; art. 28a al.3 CC → art. 49 CO)
  
- Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, l'art. 15 LPD est plus explicite
  - o « Les actions concernant la protection de personnalité sont régies par les art. 28, 28a et 28I du code civil. Le demandeur peut requérir en particulier que le traitement de données, notamment la communication à des tiers, soit interdit ou que les données soient rectifiées ou détruites » (al.1)
  - o « Le demandeur peut demander que la rectification ou la destruction des données, l'interdiction de la communication, à des tiers notamment, la mention du caractère litigieux ou la décision soient communiquées à des tiers ou publiées » (al.3)
  - o « Le tribunal statue sur les actions en exécution du droit d'accès selon la procédure simplifiée prévue par le code de procédure civile du 19 décembre 2008 » (al.4)
  
- Quelques illustrations
  - o Quant au consentement de la personne concernée (art. 13 al.1 LPD)

- Dépistage systématique de drogue auprès de tous les apprenti-e-s d'une entreprise au début de l'apprentissage et au hasard deux fois par année pendant l'apprentissage
      - Traitement de données illicite
        - Absence de libre consentement des personnes
        - Et disproportionné à la sauvegarde de l'intérêt de tiers, soit la sécurité de la place de travail et de la population (décision de la Commission fédérale de la protection des données du 29 août 2003 *in* JAAC 2004, n° 68).
- Position du PFDT relative au droit éventuel de l'employeur d'accéder au courriel privé d'un employé soupçonné d'infraction, par exemple d'avoir communiqué par e-mail des secrets de fabrication à des tiers
  - Absence en principe d'un droit de l'employeur d'ouvrir le courrier privé
  - Mais en cas d'indices sérieux ou des soupçons concrets d'information, l'intérêt de l'entreprise pourrait être prépondérant
  - Droit d'accéder aux contenus d'e-mails privés
    - Si accès absolument nécessaire pour mieux fonder ou, au contraire, écarter un soupçon
    - Et si intérêts prépondérants de la personne ne s'y opposent pas
      - Information préalable de la personne afin d'obtenir son accord
      - Si opposition, laisser aux autorités d'enquête la responsabilité d'ouverture des e-mails privés
- Quant à l'existence d'une base légale
  - La collecte à l'insu des personnes concernées et la conservation de données sensibles
    - Atteinte grave à la liberté personnelle
      - Même si l'accès direct aux fichiers est réservé à un cercle restreint de personnes
    - Strict quant au degré de précision et de clarté de la base légale (ATF 122 I 360/JdT 1998 I 203)
  - La collecte et le stockage des données personnelles sont-ils licites ? (ATF 137 I 167, polycopié VIII, p. 34)
    - Les informations au sujet des prostitué(e)s sont des données sensibles
    - Base légale formelle suffisamment dense pour préserver la confidentialité des données et empêcher les abus
    - Absence d'atteinte disproportionnée à la sphère privée
    - Collecte et stockage des données personnelles justifiés
- Quant à la présence d'un intérêt prépondérant
  - Un intérêt privé peut entrer en ligne de compte et apparaître prépondérant après une pesée des intérêts en cause dans la situation concrète (art. 13 al.2 LPD), si le traitement des données est effectué notamment :
    - Dans le cadre d'un contrat ;
    - Dans le cadre d'un rapport de concurrence économique ;
    - Pour évaluer le crédit d'une personne ;
    - A des fins de publication dans un média à caractère périodique ;
    - A des fins statistiques ou de recherche ;
    - Dans le cadre de l'activité publique d'une personnalité jouissant d'une notoriété.
- Exemple 1 :
  - Recommandation rendue le 23 juin 2008 par le PFPDT (art. 29 LPD) relative au site internet [www.okdoc.ch](http://www.okdoc.ch) de la société Bonus.ch SA.
  - Outil d'évaluation de médecins sur le site [www.okdoc.ch](http://www.okdoc.ch) de la société Bonus.ch SA, sise à Lausanne
    - Notes d'évaluation et commentaires sur un médecin introduites par toute personne

- Données suivantes notamment traitées : nom, adresse et spécialisation de chaque médecin, ainsi que les données entrées par les utilisateurs, à savoir les appréciations concernant le médecin, son administration, l'accueil et son équipe
  - But du traitement :
    - Améliorer la qualité des soins, permettre aux patients de s'exprimer au sujet de leur médecin, aux praticiens de découvrir leur cote de popularité
    - Informer le public sur des critères pertinents pour le choix d'un médecin et offrir une plus grande transparence dans l'appréciation d'une profession libérale.
  - Selon le PFPDT, le traitement de données effectué par ce site est inapte à atteindre la finalité du traitement alléguée par Bonus.ch SA
    - Aucune authentification des personnes apportant leurs appréciations
    - Absence de système de garantie qu'une personne est effectivement un patient du médecin concerné, et non un médecin concurrent ou un tiers mal intentionné
    - Absence de moyen de se défendre pour les médecins concernés
      - Ni mise à disposition d'un formulaire de contact, ni blog à l'attention des médecins
    - Evaluations pouvant être totalement subjectives et affirmations invérifiables, anonymes et sur n'importe quel médecin
      - Absence d'un intérêt public prépondérant justifiant l'atteinte
  - Recommandation du PFPDT à la société Bonus.ch SA en juin 2008
    - Détruire toutes les évaluations enregistrées jusqu'à présent
    - Nécessité du consentement des praticiens concernés (art. 4 al.5 LPD)
      - A défaut d'une base légale ou d'un intérêt prépondérant
    - Bonus.ch a procédé à une réorientation
      - Transformation du site d'évaluation en un site de recommandation
- Exemple 2 : Internet (ATF 136 II 508/JdT 2011 II 446, polycopié XI, p. 53)
  - Les adresses IP sont-elles des données personnelles ?
    - Deux critères pour déterminer si une personne est identifiable
      - Mesure des efforts à consentir pour rattacher l'information à une personne déterminée pas seule déterminante
      - Examiner aussi l'intérêt à l'identification du point de vue de la personne qui traite les données
    - Identification potentielle suffisante (principe confirmé *in* arrêt Google Street View, ATF 138 II 346/JT 2013 I 71, polycopié IX, p. 27)
  - Le traitement inadéquat de données peut-il être justifié ?
    - Interprétation de l'art. 12 al.2 let. a LPD
      - Quid de l'absence d'une réserve en faveur des motifs justificatifs ?
    - Motifs justificatifs admis qu'avec grande retenue
      - Intérêt prépondérant nié *in casu*
- Bilan de l'analyse de la jurisprudence
  - Menaces d'érosion de la sphère privée
    - Interprétation large des données personnelles
  - Intérêt économique en concurrence avec les droits de la personnalité
    - Prépondérance de l'intérêt économique retenue de manière restrictive
  - Frontière poreuse entre les sphères privée et publique
    - Droit de contrôle/anonymisation
  - Défi de renforcer le droit à l'autodétermination informationnelle face aux développements technologiques rendant les données de plus en plus incontrôlables

## F. La protection des données personnelles devant la Cour européenne des droits de l'homme

- ACEDH Antunes Rocha c. Portugal du 31 mai 2005, polycopié VIII, p. 63
  - Faits

- Assistante administrative au Conseil national du plan de protection civile, organe sous tutelle directe au Premier ministre, objet d'une enquête
  - Personnes non identifiées se seraient adressées à ses voisins et à des commerces proches de sa maison demandant si elle avait des amants, était alcoolique ou toxicomane, avait des dettes, ses heures de rentrée à la maison, ses sujets de conversation
- Demande des explications à son supérieur hiérarchique exigeant la cessation de cette enquête
- Enquête poursuivie, la requérante donnant sa démission
- Recours de Mme Antunes Rocha devant la CourEDH
  - Violation de l'art. 8 CEDH en raison de l'enquête visant la collecte de renseignements sur elle-même et sa famille, contre son gré et à son insu
- Considérants de la CourEDH
  - La collecte, la mémorisation et l'éventuelle communication de données relatives à la « vie privée » d'un individu
    - Champ d'application de l'art. 8 par. 1 CEDH
    - Collecte de données ingérence *in casu* dans la vie privée
      - Quid au regard de l'art. 8 par. 2 CEDH ?
  - Dans une société démocratique, l'existence de services de renseignements peut être légitime
    - Mais pouvoir de surveiller en secret les citoyens tolérable que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques
    - Exigence d'une loi accessible et prévisible
  - *In casu*, clarté insuffisante du droit interne sur l'étendue de l'enquête de sécurité et les modalités de son déroulement
  - Collecte de données non « prévue par la loi »
  - Méconnaissance de l'art. 8 CEDH, partant ingérence illégitime
- Conclusion de la CourEDH
  - Violation de l'art. 8 CEDH (6 v. 1)



## IX. L'image

---

### A. Origines du droit à l'image

- L'image a 25 siècles derrière elle
- Diverses fonctions
  - o Pendant la préhistoire, la fonction de l'image est de raconter une histoire (Grotte de Lascaux, scènes de chasse)
  - o Mais fonction également de laisser une trace de l'individu produisant l'image (la « main négative »)
  - o Une légende de la Grèce antique rapporte qu'un soldat, sur le point de rejoindre l'armée, était venu embrasser une dernière fois sa fiancée. La jeune fille, l'accompagnant jusqu'à la porte, s'aperçut que l'ombre du soldat se dessinait sur le mur. Désireuse de conserver cette image chère, elle en traça sur le mur la silhouette au charbon ; ainsi était né l'art du portrait.
- Illusion de sens (Platon) ou représentation du réel (Aristote) ?
- Autrefois, le portrait était confidentiel, réservé aux personnes fortunées.
- Dès la seconde moitié du XIXe siècle, essor de la photographie le rendant accessible au grand public
- Peu à peu, l'image se trouve placée au cœur de deux pouvoirs
  - o Celui de produire une image et celui de diffuser cette image.
- L'image comporte
  - o Un aspect de la sphère privée (la personne représentée)
  - o Et un aspect matériel (le support)
- L'image étant un élément d'identification de la personne, apparition de litiges
- Se pose dès lors la question de la nature du droit de la personne sur son image ; vif débat
  - o Est-il un droit de propriété, l'homme serait-il propriétaire des images le représentant ?
  - o Est-il un droit d'auteur, la physionomie d'une personne traduisant son vécu existentiel, celle-ci aurait-elle sur son portrait les mêmes droits que sur un tableau qu'elle aurait peint ?
  - o Est-il un droit de la personnalité, l'image – constituant l'un des attributs de la personnalité – serait-elle une qualité personnelle à défendre ?
  - o Est-il un droit à la publicité, dont tout sujet de droit serait titulaire pour l'exploitation commerciale de son image ?
- En Suisse, le droit à l'image est qualifié en 1912 de droit extrapatrimonial, protégé par les art. 28 CC
  - o Le portrait photographique d'un conducteur de locomotive utilisé sans son accord comme marque pour des cigares
  - o Le droit à l'image est un droit absolu
    - Son titulaire peut l'invoquer « de toute manière et en particulier (lorsque l'image est reproduite) dans des circonstances qui la déprécient » (RSJ 1912/1913, p. 241 n°209)
- Mais le droit à l'image comporte aussi un élément patrimonial
  - o Par ex. lors de la cession de l'image à un tiers en vue de son exploitation
- Le droit à l'image
  - o Droit spécifique ou inclus dans le droit à la sphère privée ou dans le droit à l'honneur ?
  - o Doctrine non unanime
  - o Droit à sa propre image consacré dans la jurisprudence (SJ 1995 669, polycopié IX, p. 4 ; ATF 129 III 715/JdT 2004 I 270 polycopié IX, p. 11)

- A notre avis, le droit à l'image dépasse le cadre de la vie privée
  - Ne pas le reconnaître comme droit spécifique le fragilise dans la mesure où la vie privée elle-même n'est pas définie avec précision
- Ce d'autant que le droit à l'image est protégé par les art. 28 ss CC, par la LPD (ATF 138 II 346/JT 2013 I 71, polycopié IX, p. 27) et par l'art. 179quater CP.
- L'image peut résulter
  - Non seulement de photos, de films ou de vidéos,
  - Mais aussi de montages de photos, de dessins, de peintures, voire de sculptures
- Face au droit à l'image
  - Liberté d'opinion et d'information (art. 16 Cst)
  - Liberté des médias (art. 17 Cst)
    - But du mandat de prestation (art. 93 al.2 Cst)
  - Liberté de l'art (art. 21 Cst)

## B. Conditions d'une atteinte

- Extension de la protection de l'image par la Loi sur la protection des données
  - L'image est une « donnée personnelle » (art. 3 let. a LPD)
- Il en découle que...
  - Nul ne peut *collecter* une image à l'insu de la personne concernée
  - Toute personne a le droit de *s'opposer* au traitement de son image
  - L'utilisation de l'image doit être *conforme au but indiqué* lors de la fixation de celle-ci et à laquelle la personne concernée avait consenti
  - Il y a atteinte illicite dès que la personne concernée n'est pas en mesure de *maîtriser l'image qu'elle donne d'elle-même* (par exemple la victime d'un accident ou d'un crime)
- La personne doit être reconnaissable ou identifiable
  - Anonymat sauvegardé = absence d'atteinte
- La simple fixation de l'image d'une personne, à son insu
  - Déjà une atteinte (selon la doctrine majoritaire) ; à l'instar de la captation d'une image par un appareil numérique ou un téléphone portable
- La publication et la diffusion d'une image (par la presse, par internet)
  - Constitutives a fortiori d'atteintes
- Protection de l'image en droit pénal
  - Sanction de la violation du domaine secret et privé
- Art. 179quater CP
  - « 1. Celui qui, sans le consentement de la personne intéressée, aura observé avec un appareil de prise de vues ou fixé sur un porteur d'images un fait qui relève du domaine secret de cette personne ou un fait ne pouvant être perçu sans autre par chacun et qui relève du domaine privé de celle-ci (...) sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire ».
  - L'art. 179quater CP distingue :
    - L'observation avec un appareil de prise de vues
      - Appareil permettant de saisir l'image sur un support quelconque afin de la transmettre, la conserver ou la reproduire.
      - Il suffit que l'auteur ait observé un fait relevant du domaine privé ou secret à l'aide d'un appareil qui lui donnait la faculté de capter l'image pour la transmettre, la conserver ou la reproduire (ATF 117 IV 31, consid. 2b)
    - Et la fixation sur un porteur d'images

- Vise le fait de saisir l'image sur un support quelconque permettant de la conserver ou de la reproduire.
  - L'appareil utilisé importe peu :
  - Ce qui compte est d'avoir effectivement une image sur un support (ATF 117 IV 31, consid. 2b)
- En conséquence
    - Ne constituent pas des appareils de prise de vues
      - Jumelles, longues-vues ou périscopes ne faisant qu'améliorer la vision ou grossier les images
    - L'observation avec une caméra vidéo sans filmer
      - Inclus dans le champ d'application de l'art. 179quater CP
  - Conclusion
    - Champ d'application de l'art. 179quater CP plus restreint que celui de l'art. 28CC

### C. Licéité d'une atteinte

- Chacun peut autoriser la reproduction de son image (art. 28 al.2 CC)
  - Le consentement est spécifique et doit être renouvelé pour une diffusion ultérieure
  - Il ne vaut pas que pour une finalité déterminée
    - P.ex des photos en ligne accessibles avec un code
  - Atteinte au droit à l'image licite
    - Si respect de la finalité visée par le consentement
- L'atteinte justifiée par un intérêt public prépondérant (art. 28 al.2 CC)
  - Motif susceptible de légitimer une atteinte au droit à l'image souvent invoqué par les médias
  - Le droit à sa propre image mis en balance avec le droit à l'information du public
- L'information passe aussi par la force des images...
  - « ... au poids des mots a succédé depuis quelques années le choc des photos. » (Paris-Match)
  - « A force de rejet... les images, ce sont les faits qui risquent d'être niés. Ne plus pouvoir représenter une victime d'un attentat, c'est indirectement gommer la réalité même de l'attentat... Etrange époque encore qui cherche à entraver celui qui montre plutôt que de s'interroger sur ce que l'image montre, reflète, révèle » (M. Guerrin, La photo de presse en procès, Le Monde du 16.2.1999, p. 1)
- Pour admettre l'intérêt public prépondérant
  - Examiner s'il y a un lien direct entre l'image publiée et l'information qu'elle illustre ;
  - S'interroger si la personne occupe une position sociale l'exposant au regard public
    - Si la publication de l'image est en relation avec la position sociale
    - Et si elle est proportionnée
  - Vérifier si le délai de diffusion est en rapport avec l'évènement dont on veut informer le public ;
  - Tenir compte de l'effort fait par les personnages médiatiques pour défendre leur vie privée.
- Esquisse d'une typologie des atteintes illicites...
  - Une image prise à l'insu de la personne qui a un droit d'être laissée tranquille,
    - Sauf s'il s'agit d'un évènement présentant un intérêt public
  - Une image diffusée sans le consentement de la personne et révélant au public des éléments intimes de celle-ci
  - La diffusion de photo en dehors du cadre pour lequel la personne a consenti (détournement de l'image)
  - Une photographie d'un groupe de personnes dans un lieu public avec cadrage spécifique sur une personne, l'isolant du groupe, à son insu
    - En revanche, absence d'atteinte lorsqu'une personne figure en arrière-plan d'une photo de vacances

- Un personnage politique peut être photographié dans l'exercice de ses fonctions
  - Mais il conserve son droit à l'image dans sa vie privée
- Un sportif ou un artiste peut être photographié lors d'une manifestation sportive ou dans son activité professionnelle
  - Pour autant que la photo ne dénature pas son activité ;
  - Mais vie privée protégée, à moins que choix de l'exposer
- La prise de photos du cadavre d'un personnage public dans une chambre d'hôtel est une atteinte illicite
  - Notoriété de la victime n'a pas d'incidences en tant que fait justificatif que dans la mesure où les faits montrés sur les photos et relevant du domaine privé se sont déroulés en public
    - Pas le cas d'une chambre d'hôtel (ATF 118 IV 319, polycopié V, p. 28)
- Cependant, les photographies d'artistes produites à partir d'œuvres audiovisuelles dans lesquelles ces artistes ont joué
  - Pas protégées au titre du droit à l'image
  - Mais en rapport avec les droits de propriété intellectuelle
- Problèmes posés par l'accès à l'image sur internet (Facebook/blogs)
  - Risque de copies et de réutilisation des photos
  - Photos de tiers
    - Ignorance peut-être même du fait de figurer sur Facebook...
  - Quid du droit à l'image de l'enfant incapable de discernement ?

#### **D. Moyens juridiques pour protéger le droit à l'image**

- Mesures provisionnelles (art 28c aCC ; art. 261ss CPC)
- Actions défensives (art. 28a al.1 CC)
- Actions réparatrices (art. 28a al.3 CC)
- Les mesures provisionnelles (arrêt de la Cour de justice du canton de Genève in SJ 2001 I 341, polycopié IX, p. 7)
  - Diffusion par la TSR d'une émission sur un conflit familial = atteinte illicite à la sphère privée et au droit à l'image
    - Si elle n'est pas justifiée par le consentement de la victime ou par un intérêt public prépondérant
  - Mesures provisionnelles ordonnées par la CJ (art. 28c al.3 aCC, art. 320 al.1 aLPC, cf. art. 266 CPC)
    - Interdiction à la TSR d'évoquer le procès opposant un couple et leur fille de onze ans, de filmer et d'enregistrer l'enfant dans une émission sans l'accord de ses père et mère et sans que le père (le requérant) puisse la visionner avant
- Examen des conditions pour l'obtention de mesures provisionnelles
  - Un média à caractère périodique
    - TSR est un média à caractère périodique vu diffusion des informations au public par le texte, l'image, le son et une combinaison de ces procédés
  - Une atteinte propre à causer un préjudice particulièrement grave
    - Atteinte à l'honneur, au respect de la sphère privée et au droit à sa propre image même si la personne n'est pas expressément nommée, mais aucun doute qu'il s'agit bien d'elle et reconnaissable aux yeux du citoyen moyen
    - Combinaison de tous les éléments entraînant une atteinte particulièrement grave
- Absence manifeste de justification de l'atteinte
  - TSR pas rendu vraisemblable un quelconque fait justificatif

- S'agissant d'un conflit à caractère familial et personnel, protection de la paix et de l'intimité des familles et de chacun de ses membres prévaut sur tout intérêt prétendument pédagogique et vulgarisateur à la révélation du conflit
  - Intérêt prépondérant du média ne couvre pas les relations de faits concernant la sphère privée
- Proportionnalité de la mesure provisionnelle
- Mesure moins restrictive comme le droit de réponse = amplification du préjudice dans les cas de révélation de la vie privée ou d'atteinte à l'honneur par des déclarations exactes, mais dont la diffusion ne répond pas à un intérêt général
  - Interdiction non excessive
- Action en constatation du caractère illicite (ATF 129 III 715/JdT 2004 I 270, photocopié IX, p. 11)
- Conception de spots pour un établissement proposant des produits à la base de viande par une agence publicitaire (défenderesse)
  - Reprise de scènes d'anciens films, notamment le « *Bäckerei Zurrer* » dans lequel apparaît le demandeur comme acteur
  - Action en :
    - Interdiction d'utiliser des extraits du film « *Bäckerei Zurrer* »
    - En constatation que la représentation dans un spot publicitaire nécessitait l'accord du demandeur et
    - En dommages intérêts et réparation du tort moral
  - Selon le Tribunal cantonal dans l'ATF 129 III 715 :
    - Absence d'intérêt juridiquement protégé à l'action en cessation
      - Fin de la diffusion du spot publicitaire
    - Admission de l'action en constatation
    - Rejet de l'action en dommages-intérêts
      - Diminution du patrimoine non démontrée
    - Rejet de la prétention en réparation du tort moral
      - Absence de gravité objective de l'atteinte à la personnalité
    - Recours du demandeur devant le TF
  - Etapes du raisonnement du TF
    - Examen des droits d'auteur
    - Puis analyse de la violation des droits de la personnalité
      - Confirmation de la constatation d'une violation des droits de la personnalité du demandeur (art. 28a al.1 ch.3 CC)
  - Considérants du TF **s'agissant du droit à l'image**
    - En principe violation dès qu'une personne, sans son accord, est photographiée ou qu'une photo est rendue publique
    - Protection applicable aussi au film
    - Protection du droit à sa propre image
      - Avant tout contre les atteintes à la sphère privée par la publication d'une prise de vue sans son accord
    - Mais si accord d'une personne de se montrer ou d'exécuter une œuvre devant un certain public
      - Utilisation ultérieure de cette prestation pas une atteinte à sa sphère privée : mais atteinte uniquement à ses intérêts pécuniaires, non protégés par l'art. 28 CC
      - Sauf si atteinte à la réputation professionnelle ou sociale : protection du droit à sa propre image se confond ici avec la protection de l'honneur
    - A distinguer du cas d'une prise de vue faite avec l'accord de la personne
      - Mais reprise sans son autorisation dans un contexte non prévu, notamment pour la promotion des produits d'un tiers
        - Violation de la personnalité (consid. 4.1)
  - Considérants du TF **s'agissant des dommages et intérêts**
    - Atteinte illicite à la personnalité, en cas de faute

- Droit à la réparation du dommage (art. 28a al.3 CC et 41 CO)
    - Refus de la capacité pour agir du demandeur, compte tenu des dispositions de la LDA, *lex specialis*
      - Exclusion de leur domaine d'application des actions tirées du droit général de la personnalité
      - « Les actions et la capacité pour agir contre une utilisation non autorisée d'une prestation sur laquelle portent des droits voisins sont régis exclusivement par l'art. 62 LDA en conjonction avec l'art. 33 LDA, dans la mesure où il s'agit d'une action pécuniaire » (consid. 4.2)
  - Considérants du TF **s'agissant du tort moral**
    - Indemnité pour tort moral
      - Gravité subjective et objective de la violation à examiner selon les circonstances du cas d'espèce
      - Pour le public, consentement de l'artiste figurant dans un spot publicitaire à l'utilisation de sa prestation contre versement d'une indemnité et endossement du produit objet de la publicité
      - Mais produits de consommation courante à base de viande, aucune association d'idée négative dans l'esprit des consommateurs ordinaires et publicité pour ce genre de produit pas négative en soi (consid. 4.4.)
    - Violation sans grande gravité des droits de la personnalité
      - Absence de violation de l'art. 49 CO.
- Deuxième exemple d'une action en constatation du caractère illicite de l'atteinte : ATF du 19 décembre 194 in SJ 1995 669 (polycopié IX, p. 4)
- Publication d'une photographie dénaturée par un montage et extraite de son contexte initial, à l'insu de la personne concernée et la faisant passer pour une prostituée
    - Atteinte aux droits de la personnalité, en particulier au droit à l'image
  - Atteinte même si la personne se décrit elle-même comme un personnage public
  - Considérants du TF :
    - Mission reconnue aux médias n'est pas un motif justificatif absolu
    - Plus l'objectif visé est un intérêt général, plus l'atteinte sera justifiée
    - En l'espèce, atteinte relativement grave aux droits de la personnalité, justifiant une certaine sévérité dans l'appréciation des intérêts en cause, cf. combinaison d'un texte, d'une photographie reconnaissable et du prénom
    - Or même en replaçant l'évènement incriminé dans son contexte historique – période de fête, clairement définie dans le temps, dans laquelle certaines impertinences sont autorisées par l'usage local –
      - Le dessin de procurer aux lecteurs un divertissement humoristique occasionnel pas prépondérant au point d'autoriser l'Express à faire passer la demanderesse pour une prostituée, en portant « atteinte à sa dignité de femme d'une manière vulgaire » (consid. 3c)
    - Action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a al.1 ch. 3 CC) admise
    - Action en réparation du tort moral (art. 28a al.3 et art. 49 CO) refusée en l'absence d'une faute particulièrement grave
      - Critiqué en doctrine, car faute particulièrement grave non exigée à l'art. 49 CO, selon lequel gravité de l'atteinte doit justifier une réparation morale et l'auteur ne pas avoir donné satisfaction autrement à la victime
    - Publication du jugement admise (art. 28a al.2 CC)
      - Moyen adéquat et proportionné pour rétablir l'atteinte subie
- Exemple de rejet d'une action en constatation du caractère illicite en présence d'un intérêt public prépondérant : ATF 127 III 481/JdT 2002 I 426, polycopié VI, p. 18
- Publication par un hebdomadaire d'une photographie sous le titre « Un vieux braconnier devient garde-chasse »
    - Malgré l'interdiction de l'intéressé

- Action en constatation du caractère illicite de l'atteinte aux droits de la personnalité
    - Rejetée par les instances cantonales
    - Rejet confirmé par le TF
  - Considérants du TF : **recevabilité** de l'action en constatation
    - Examen de l'intérêt digne de protection du lésé à mettre fin à un trouble latent, indépendamment de la gravité du trouble
      - Etablir qu'une publication blessante parue dans la presse assimilable à un trouble durable
      - Persistance du trouble malgré l'écoulement du temps, p.ex effet dévalorisant pour la personne (consid. 1 b.aa et 1 c.aa)
    - Charge de la preuve de cette persistance au demandeur
      - Mais il peut être renoncé à cette preuve lorsque l'atteinte est grave
        - Présomption de la durabilité du trouble selon l'expérience de la vie (consid. 1 b.aa)
  - Considérants du TF quant à **l'illicéité de l'atteinte**
    - Violation du droit à l'image, en principe, réalisée sitôt qu'une photographie est prise ou publiée sans l'accord de la personne photographiée
    - Exceptions selon l'art. 28 al.2 CC, notamment pour la presse, ce que la LPD ne contredit pas (consid. 3 a.aa et bb)
      - Intérêt public prépondérant à l'information justifiant l'atteinte au droit à l'image
      - Dans la mesure ou jouissance d'une notoriété comme avocat, journaliste et « débattre » parfois engagé dans des campagnes politiques publiques
      - Notoriété à mi-chemin entre la notoriété absolue et la notoriété relative
- **Deuxième exemple d'un intérêt prépondérant justifiant une atteinte à la personnalité causée par une surveillance assortie de prises de vue : ATF du 1.12.1997 in SJ 1998 I 301, photocopié VI, p. 11**
- Considérants du TF :
    - Surveillance exercée par une assurance RC porte atteinte à la personnalité
      - Peu importe si la réalisation des photographies et des films sur le domaine public et si l'utilisation limitée aux besoins de la procédure
      - « Seul est déterminant le fait qu'ils aient été effectués sans droit du moment qu'ils concernent la sphère privée de l'intéressé ». (consid. 2a)
    - Examen de l'intérêt prépondérant légitimant l'atteinte à la lumière de l'ensemble des circonstances
      - Dans le cadre de ses obligations, droit de l'assurance de faire des enquêtes privées et de réunir des preuves
      - Obligation du lésé réclamant le paiement d'indemnités de collaborer à l'établissement des faits et de tolérer des investigations effectuées par l'assurance, même à son insu, lorsque cette méthode est imposée par l'objectif poursuivi
        - Le fait de réunir des preuves en vue d'établir l'existence et l'étendue des obligations de l'assurance à l'égard du lésé peut constituer un juste motif d'atteinte aux droits de la personnalité
    - Atteinte justifiée en l'espèce.
- **Autres jurisprudences sur la surveillance assortie de prises de vue ordonnée par les assurances**
- ATF du 1.12.1997 in SJ 1998 I 301, photocopié VI, p. 11 confirmé in ATF 136 III 410/JdT 2010 I 553, photocopié IX, p. 16
    - Intérêt de l'assurance RC à empêcher une escroquerie peut l'emporter sur le droit à l'image et à la sphère privée de l'assuré et rendre l'atteinte illicite
  - ATF 137 I 327/JdT 2012 I 125, photocopié IX, p. 22
    - Détective privé chargé par l'assureur AI d'une surveillance avec prises de vues
      - Base légale suffisante pour faire appel à des spécialistes afin de lutter contre la perception indue de prestations (art. 59 al.5 LAI)
  - Rappel : ACEDH *Vukota-Bojic c. Suisse* du 18.10.2016

- Assurée indemnisée après avoir été espionnée
  - Cas violation de l'art. 8 CEDH
  - La Suisse doit adapter les bases légales concernant les conditions de mesures de surveillance !
- Problèmes spécifiques posés par la vidéosurveillance
- Selon la doctrine
    - Vidéosurveillance non informatisée permettant d'identifier directement des personnes sans enregistrement d'image
      - Absence d'atteinte à la personnalité
    - Vidéosurveillance avec enregistrement
      - Atteinte à la personnalité
        - Légère si effacement de l'enregistrement dans les 24 heures
    - Vidéosurveillance avec traitement informatisé, les images étant stockés
      - Grave atteinte à la personnalité
- La vidéosurveillance selon le PFPDT
- La vidéosurveillance placée par un bijoutier aux fins de prévention des cambriolages pendant son absence
    - Moyen adéquat et nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi, à savoir la sécurité
    - Admissible pour autant que d'autres mesures moins attentatoires à la vie privée, telles que verrouillages complémentaires, renforcement des portes d'entrée, systèmes d'alarmes, insuffisantes ou impraticables
  - Le responsable du système de vidéosurveillance doit informer les personnes entrant dans le champ des caméras de surveillance de l'utilisation d'un tel système par le biais d'un avis lisible (principe de la bonne foi)
- Principes applicables à la vidéosurveillance
- Installation d'une caméra effectuée de façon à ce que dans son champ d'entente que les images strictement nécessaires à la surveillance envisagée (principe de la proportionnalité)
  - Utilisation des données que dans le cadre de la protection contre les atteintes aux biens et aux personnes ; aucune autre utilisation (principe de la finalité)
  - Effacement des données personnelles enregistrées par une caméra dans un délai particulièrement bref (principe de la proportionnalité)

## E. Le droit à l'image devant la Cour européenne des droits de l'homme

- Illustration du souci de la CourEDH de protéger le droit à l'image
- ACEDH *Peck c. Royaume-Uni* du 28 janvier 2003, Recueil 2003-I, polycopié IX, p. 43
    - Faits
      - M. Peck filmé par une caméra de télévision en circuit fermé (CTCF) alors qu'il tentait de se suicider sur la voie publique. Intervention de la police, alertée par l'opérateur de la CTCF au vu du couteau, et administration des premiers soins. Diffusion par la municipalité de deux photographies extraits de la séquence filmée, accompagnant un article intitulé « Risque évité – Le partenariat entre la CTCF et la police désamorce une situation potentiellement dangereuse ». Diffusion par la télévision locale de la séquence relative à l'incident en masquant partiellement – mais de manière inadéquate – le visage de M. Peck, reconnu par des amis et membres de sa famille.
      - Plainte de M. Peck rejetée, de même que son action intentée devant les tribunaux britanniques.
    - Recours de M. Peck devant la CourEDH
      - Violation de la vie privée (art. 8 CEDH)
    - Considérants de la CourEDH



- Evènement qui se déroule sur la voie publique
    - Surveiller les actes d'un individu dans un lieu public en utilisant un système de prise de vues sans enregistrer les données visuelles
      - Absence d'ingérence dans la vie privée de l'individu
    - Au contraire de l'enregistrement des données et de son caractère systématique ou permanent (par. 59)
  - En l'espèce, le requérant, qui n'est pas un personnage public, était sur une voie publique, sans participer à un quelconque évènement public
  - La tentative de suicide proprement dite non enregistrée ni par conséquent divulguée, mais la séquence correspondant aux suites immédiates enregistrée et divulguée par le conseil directement auprès du public
  - Identité non suffisamment cachée sur les photographies et séquence ainsi publiée et diffusée (par. 62)
    - Grave ingérence dans le droit au respect de la vie privée
  - Examen de la justification de cette ingérence
    - Autres solutions pour atteindre les mêmes objectifs, soit favoriser la prévention de la délinquance et le bien-être des victimes
      - Identifier le requérant et solliciter son consentement préalable à la divulgation
      - Veiller à ce que les médias voilent les images
    - Absence de raisons pertinentes et suffisantes propres à justifier la divulgation
      - Atteinte disproportionnée et donc injustifiée à la vie privée
  - Conclusion de la Cour : violation à l'unanimité de l'art. 8 CEDH
- Principes juridiques importants dans une affaire qui fit couler beaucoup d'encre
- ACEDH *von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, Recueil 2004-VI, polycopié IX, p. 63
    - Publication par plusieurs magazines allemands de la presse à sensation de photos de Caroline Grimaldi, dite princesse Caroline de Monaco, épouse du prince Ernst August von Hannover, prises à son insu, tantôt seule, tantôt accompagnée.
    - Admission par la justice allemande de l'interdiction de la publication de photographies où apparition en compagnie de ses enfants
      - Mais elle devait tolérer la publication de photos la représentant dans des scènes de sa vie quotidienne se déroulant dans des lieux publics, en tant que « personnalité absolue de l'histoire contemporaine »
  - Considérants de la CourEDH
    - Rattachement de la protection du droit à l'image à celui du respect de la vie privée
      - De plus, la sphère privée couvre l'intégrité physique et morale d'une personne
        - La garantie offerte par l'art. 8 CEDH est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables (par. 50)
    - Protection de la vie privée fondamentale pour l'épanouissement de la personnalité de chacun et va au-delà du cercle familial intime, comportant également une dimension sociale
      - Toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d'une « espérance légitime » de protection et de respect de sa vie privée
      - De plus, vigilance accrue quant à la protection de la vie privée nécessaire face aux progrès techniques d'enregistrement et de reproduction des données personnelles
        - Egalement valable pour la réalisation systématique de photos déterminées et leur diffusion auprès d'un large public (par. 69-70)
    - La protection de la vie privée à mettre en balance avec la liberté d'expression garantie par l'art. 10 CEDH

- Deux droits à égale valeur
- Etablir un équilibre entre eux
- Distinction entre la diffusion d'idées et celle d'images
  - Extension de la liberté d'expression également à la publication de photos
    - Néanmoins domaine où importance particulière à la protection de réputation et des droits d'autrui (cf. aussi ACEDH Hachette Filipacchi associés (Ici Paris) c. France du 14 juin 2007, polycopié IX, p. 83, par. 42)
- *In casu*, diffusion non pas « d'idées » mais d'images contenant des « informations » très personnelles, voire intimes
- De plus, publication des photos dans la presse à sensation, souvent réalisées dans un climat de harcèlement continu, entraînant pour la personne concernée un très fort sentiment d'intrusion dans sa vie privée et même de persécution (par. 59)
- En outre, distinction entre les informations nécessaires au débat général et celles qui, bien que diffusées par la presse, n'ont pas ce caractère
  - « L'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression, doit résider dans la contribution que les photos et articles publiés apportent au débat d'intérêt général » (par. 76)
- Distinction fondamentale entre un reportage relatant des faits et un reportage sur les détails de la vie privée
  - Différence essentielle entre la presse d'information et la presse de divertissement
    - Seule la presse d'information = rôle essentiel de « chien de garde » dans une démocratie en contribuant à communiquer des idées et des informations sur des questions d'intérêt public
    - Droit du public à être informé
      - Droit essentiel dans une société démocratique qui, dans des circonstances particulières, peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment les personnalités politiques
- En l'espèce, en dehors de la sphère de tout débat politique ou public, les photos publiées et leurs commentaires se rapportant exclusivement à des détails de la vie privée (par. 63-64)
  - Interprétation moins large de la liberté d'expression (par. 66)
- Absence de distinction de principe entre le respect de la vie privée d'un particulier et celui d'une personne médiatique
  - Interprétation des juridictions allemandes des « personnalités absolues de l'histoire contemporaine » non suivie
    - Distinction opérée entre personnalités « absolues » et personnalités « relatives » de l'histoire contemporaine doit être claire et évidente, afin que, dans un Etat de droit, l'individu dispose d'indications précises quant au comportement à adopter
    - Surtout, il faut savoir exactement quand et où il se trouve dans une sphère protégée ou, au contraire, dans une sphère dans laquelle il doit s'attendre à une ingérence de la part d'autrui et surtout de la presse à sensation (par. 73)
- Critère de l'isolement spatial insuffisant à protéger la vie privée
  - En tant que personnalité « absolue » de l'histoire contemporaine, au nom de la liberté de la presse et de l'intérêt public
    - Protection de la vie privée seulement si dans un endroit isolé, à l'abri du public et si, de surcroît, apte à le prouver, ce qui peut s'avérer difficile
  - A défaut, acceptation d'être photographié presque à tout moment, de manière systématique, et d'une diffusion très large

- Même si ces photos et les articles y relatifs en rapport exclusivement à des détails de la vie privée (par. 74)
- Conclusion de la Cour : violation à l'unanimité de l'art. 8 CEDH

## **F. L'influence du droit européen sur le droit à l'image**

- Limites à la liberté d'expression issues de la jurisprudence de la CourEDH
- Distinction en droit suisse par une partie de la doctrine et de la jurisprudence entre
  - Les personnes de l'histoire contemporaine à la notoriété « absolue »
    - P.ex des hommes politiques, princes, sportifs, scientifiques de grand renom, artistes
  - Les personnes à la notoriété « relative »
    - Existence portée à la connaissance du public à la suite d'un évènement indépendant de leur volonté (accident, crime)
  - Mais selon la CourEDH, manque de précision de ce critère, peu protecteur du droit à l'image
  - Distinction en effet peu pertinente pour tracer une limite entre les personnes qui ont le droit d'être laissées tranquilles et celles qui sont sous les feux de l'actualité
- Chacun a droit à la maîtrise de son image quelle que soit sa fonction sociale
  - Il est vrai que la vie sociale impose des contraintes qui varient non en fonction des individus mais de leur rôle à un moment donné dans la vie sociale
  - Les personnalités médiatiques ne peuvent pas être placées dans une bulle aseptisée et le droit à l'information est un aspect important de la vie démocratique
  - Il appartient ainsi au juge de tracer, de manière pragmatique, des limites à la curiosité publique.

## X. Le droit de réponse

---

### A. Origines du droit de réponse

- Liberté d'opinion et liberté des médias
  - o Aptes à mettre en cause une personne, ternir sa réputation et sa vie privée
- Actions civiles sanctionnant une atteinte à un droit de la personnalité
  - o Pas toujours un moyen approprié face à la rapidité de la diffusion d'une information concernant une personne
- Actions civiles soumises à la preuve d'une atteinte à la personnalité
- But du législateur
  - o Mettre en place une procédure simple et surtout rapide
    - Si possible sans intervention du juge
    - La personne concernée n'a à prouver
      - Ni l'atteinte à sa personnalité
      - Ni l'illicéité de l'allégation
      - Ni la faute de l'auteur de l'allégation
- Finalité
  - o Donner à la personne concernée la possibilité de répondre au média à « armes égales »
- Le Tribunal fédéral exprime la volonté du législateur en ces termes : « La loi sur le 16 décembre 1983 n'a pas fondamentalement remis en cause les règles générales que la jurisprudence avait dégagées des art. 28 CC et 49 CO. Elle renforce par contre, en premier lieu, les moyens procéduraux en faveur de celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité, et régleme, en second lieu, le droit de réponse conçu comme indépendant de toute illicéité de l'acte contesté. [...] Chaque fois que des faits se rapportant à la personnalité telle qu'elle est protégée par le droit sont présentés d'une manière qui ne correspond pas à la version de celui qui est directement touché par cette présentation, ce dernier a le droit d'y répondre sans avoir à démontrer que la déclaration incriminée constitue un acte illicite » (ATF 112 Ia 398, consid. 4b)
  - o .
- But du droit de réponse (art. 28g à 28l CC)
  - o Corriger l'image inexacte de la personne concernée diffusée par un média à caractère périodique
  - o Donner l'occasion à celui qui est touché dans sa personnalité de présenter sa propre version des faits
  - o Stopper la propagation d'une image défavorable
  - o Le droit de réponse n'a de sens
    - Que si la réponse est apte à atteindre le même public que la présentation contestée.

### B. Conditions du droit de réponse

- a.) Le droit de réponse (art. 28g al.1 CC) est lié à une « présentation de faits »
- Exercice du droit de réponse qu'à propos d'un « présentation de faits », pas de réponse à propos d'un jugement de valeur, d'une opinion, d'une supposition
- Définition d'une présentation
  - o Affirmation explicite mais aussi interrogation, allusion qui, dans l'esprit du lecteur, de l'auditeur ou du spectateur moyen, se rapporte à la personne concernée : « une simple

allusion qui [...] peut se rapporter à la personne concernée fait par conséquent naître un droit de réponse, pour autant que la présentation de critiquée se rapporte à des faits » (ATF 112 IA 398, consid. 4b)

- Procédé non relevant
  - o Déclaration, écrit, photographie, séquence filmée, dessin, caricature, extrait sonore, courrier du lecteur, annonce publicitaire
- Notion de « présentation » à comprendre au sens large
  - o S'agissant d'une photo :
    - « Les faits dont la présentation photographique peut appeler une réponse sont en premier lieu les faits établis figurativement, ceux que la photographie elle-même rend perceptibles. [...] Une réponse peut-elle être exigée pour des faits qui ne ressortent pas directement du contenu de la photographie publiée ? [...] On exigera en tout cas un fait qui saute aux yeux de l'observateur moyen. (...) Un fait ne justifie l'exercice du droit de réponse que s'il s'impose à la grande majorité des lecteurs qui voient la photographie » (ATF 112 II 465/JdT 1988 I 137, consid. 2b, polycopié X, p.1)
    - Dans un arrêt ultérieur, le TF admet une réponse sous la forme d'une photographie : seulement si indispensable (ATF 130 III 1/JdT 2004 I 192, consid. 4.2.2, polycopié X, p. 31)
- Définition d'un fait
  - o Susceptible d'être objectivement établi (« théorie dite de la preuve du fait », FF 1982 II 697)
  - o Opinion ou jugement de valeur
    - Action de la personne concernée par le biais des actions défensives (art. 28a ss CC)
  - o Mais distinction entre faits et jugements de valeur souvent difficile à faire
  - o Interpréter la présentation et prendre en considération le contexte
- Précision du TF : « On entend par faits tout ce qui se produit dans la réalité et peut théoriquement être l'objet d'une observation ; il s'agit donc de quelque chose de perceptible, susceptible d'être objectivement établi, contrairement à l'opinion qui relève de la pensée ou des sentiments de l'individu [...]. Il faut tenir compte à cet égard de la manière dont l'information en question est perçue par la grande majorité des destinataires de la diffusion » (TF 5C.63/2006 du 12 juin 2006, consid. 2, polycopié X, p. 37)
- Une métaphore peut constituer une « présentation des faits »
  - o ATF 114 II 385/JdT 1989 I 231, consid. 4a, polycopié X, p. 5
  - o L'assertion contestée : « Les POCH – Organisations Progressives – constituent la colonne vertébrale de l'Alliance Verte, pour les personnes comme pour le programme » est-elle une présentation des faits qui donne ouverture au droit de réponse ?
    - L'assertion peut-elle être prouvée ?
    - « ...L'expression 2colonne vertébrale » désigne évidemment celui ou ceux qui tiennent le premier rôle dans l'organisation. En règle générale les activités comprises dans ce premier rôle sont susceptibles d'être observées et prouvées. Elles consisteront par exemple à prendre l'initiative de fonder l'organisation, à établir et mettre en œuvre des lignes directrices et des programmes, à exécuter des tâches administratives et financières. Ainsi interprétée, la métaphore est une présentation de faits au sens de l'art. 28g CC ».
- Les faits n'ont pas besoin d'être inexacts pour donner lieu à un droit de réponse.
- Des faits exacts dont la présentation est incomplète peuvent occasionner un droit de réponse.
- Une réponse à une réponse est exclue, le but n'étant pas d'ouvrir un débat.
- Droit de réponse admis à des assertions comportant un « jugement de valeur mixte » : « on est en présence d'un tel jugement lorsque l'expression d'une opinion comporte une allégation de fait ou

constitue le prolongement d'une analyse portant sur des faits. Il donne droit à une réponse lorsque les assertions de faits fondant le jugement de valeur ressortent expressément du texte ou sont du moins reconnaissables pour un lecteur moyen. Seules ces assertions-là sont susceptibles d'être l'objet du droit de réponse » (TF 5C.135/2003 du 15.9.2003, consid. 3.2.1, photocopié X, p. 27)

b.) La personne doit être « directement touchée dans sa personnalité »

- Absence de droit de réponse en faveur d'un tiers.
- Rattachement nécessaire des faits présentés à une personne identifiée ou reconnaissable dans l'esprit du public, même non nommée
- Le simple fait de nommer une personne est insuffisant pour exercer un droit de réponse : « Selon la jurisprudence constante du TF ; il ne suffit pas que quelqu'un soit évoqué dans une information parue dans la presse [...]. La présentation de faits doit porter sur un domaine protégé sans qu'il soit nécessaire d'examiner si elle constitue une lésion ou s'il existe des motifs justificatifs [...] le TF ne s'est pas récemment écarté de cette jurisprudence et continue de soutenir qu'une présentation de faits ne justifie un droit de réponse que si elle fait naître une « Image défavorable » [...]. C'est en fonction de critères objectifs qu'il faut déterminer ce qui comporte une évaluation négative et ce qui constitue une présentation de faits neutre ou positive et ne touche donc pas directement la personnalité (ATF 119 II 104/JdT 1995 I 162, consid. 3c, photocopié X, p. 21)
- Les faits doivent viser un bien juridique protégé, par ex. : l'honneur, la sphère privée, les convictions politiques ou religieuses
  - o « ...Le droit de réponse suppose une présentation de nature à porter préjudice à un droit protégé (relevant de la personnalité), comme par exemple le droit à la réputation professionnelle ou sociale » (ATF 114 II 388/JdT 1989 I 226, consid. 2, photocopié X, p. 6)
- Rappel : atteinte illicite à la personnalité non nécessaire
- Etre « touché » dans sa personnalité
  - o Version diffusée des faits donnant une image défavorable, incomplète ou partielle, de la personne, même si elle ne la fait pas apparaître « sous un faux jour »
    - Selon la jurisprudence : une simple inexactitude ne permet pas l'exercice du droit de réponse
    - Alors que selon la doctrine majoritaire : la personnalité est touchée dès qu'une personne est directement et de n'importe quelle manière visée par un média.
- La personne touchée doit pouvoir prendre connaissance de la présentation contestée (copie d'un article, visionner une émission p.ex)
  - o Droit découlant de l'art. 28l al.1 CC)
- Limites au droit de réponse
  - o Exclu si la personne touchée a eu l'occasion de répondre en participant aux débats publics
  - o Ne doit pas servir à la poursuite des débats publics dans les médias (art. 28g al.2 CC)

### C. Forme et contenu de la réponse

- Forme de la réponse
  - o Ecrite (art. 28i al.1 CC)
    - Manuscrit, dactylographie, télégramme, e-mail
    - Pas de réponse par téléphone
    - Par contre, une réponse par une photo, un dessin, un croquis, une image ou un plan admise par la doctrine majoritaire et la jurisprudence (ATF 130 III 1/JdT 2004 I 192, consid. 4.2.2, photocopié X, p. 31 : si indispensable)
  - o Concise (art. 28h al.1 CC)

- Longueur de la réponse ne fonction des circonstances : courte et précise, sans redondance
  - Rédigée dans la même langue que la présentation concernée
- La réponse doit-elle être signée et datée ?
  - Art. 12 CO non applicable : mais une réponse anonyme apparaît incompatible avec le but du droit de réponse, dans la mesure où le public doit savoir qui réagit.
  - Pour apprécier le respect des délais (art. 28i al.1 CC) : charge de la preuve au requérant ; le timbre postal fait foi ou la date sur le texte de la réponse
- Commencement de la réponse par un paragraphe introductif neutre expliquant à quelle présentation des faits elle se rapporte
  - Exemple : Dans le journal (titre) du (date) est paru un article intitulé (titre). Cet article prétend que ... . Cette présentation est inexacte. En effet ... .
- Contenu de la réponse
  - Le principe est « fait contre fait »
    - Interprétation très restrictive de ce principe par le TF
      - Lorsque l'auteur de la réponse se borne à discuter l'impression produite chez le lecteur par un passage de l'article contesté, il s'agit de l'expression d'une opinion qui ne relate pas un fait à opposer à l'article incriminé
        - Ce qui justifie le refus de la réponse (ATF 130 III 1/JdT 2004 I 192, consid. 2.2, polycopié X, p. 31)
  - Une réponse peut viser à compléter une présentation lacunaire, mais simple précision insuffisante
  - But de la réponse : opposer sa propre version des faits
  - Réponse limitée à l'objet de la présentation contestée (art. 28h al.1 CC)
    - Lien direct avec les faits allégués par le média
  - Réponse non manifestement inexacte, ni contraire au droit ou aux mœurs (art. 28h al.2 CC)
    - Interprétation restrictive
      - Preuve claire immédiate nécessaire à un refus
    - Ne pas servir de prétexte pour exprimer une opinion, formuler un jugement de valeur ou des commentaires polémiques (ATF 123 III 145/SJ 1997 545, consid. 4b, polycopié X, p. 24)
- Exercice du droit de réponse qu'à l'encontre d'un « média à caractère périodique »
  - Définition du média
    - Absence de définition dans la loi et emploi aussi du terme « entreprise » (cf. art. 28i, 28k, 28l CC)
    - Entreprise (personne physique ou morale) de communication qui diffuse une information sous sa propre responsabilité et décide de son contenu (cf. texte italien : « *impresa responsabile del mezzo di comunicazione* »)
      - L'éditeur est donc un média mais non le journaliste, ni l'annonceur
      - Egalement tous les services en ligne s'adressant au public
        - Excepté ceux véhiculant des messages individuels comme le courriel
    - A l'adresse d'un large cercle de destinataires (moyen de communication de masse)

#### D. Exercice du droit de réponse

- Un média est nécessairement ouvert au public
  - ATF 113 II 369/JdT 1988 I 226, polycopié X, p. 3
  - Déterminer si la revue de presse de la Banque nationale suisse, à portée interne, est un média
    - Refuse car destinée à un nombre déterminé de personnes (collaborateurs et hauts fonctionnaires)

- « En instituant le droit de réponse, le législateur a eu principalement en vue la diffusion étendue des informations qui contribuent à la formation de l'opinion publique. Cette diffusion doit avoir une base solide ; le droit de réponse y contribue. Lorsque la diffusion de l'information est étroitement restreinte à un groupe limité de personnes, elle ne revêt pas un caractère public. Or, c'est cette publicité qui permet d'attendre et d'exiger une qualité particulière de l'information. Si elle fait défaut, un droit de réponse particulier ne correspond pas à un besoin. Dans l'application, il est malaisé de délimiter l'organe qui s'adresse à un vaste public » (consid. 3b).
- Définition du média à caractère périodique
  - Rythme de parution permettant d'atteindre le même public que la présentation contestée
    - La presse, la radio, la télévision, les journaux en ligne
      - Ce même si le rythme est irrégulier
    - Pas le cas d'un film ou d'une vidéo
    - Mais admis pour un site interne s'il est régulièrement mis à jour (ATF 137 III 433/JdT 2012 II 269, consid. 7.1, photocopié X, p. 44)
      - Tout est affaire de maintenance régulière du site considéré, le critère de la périodicité est-il pertinent en présence d'un site web ? (Cottier/Aguet, Droit de réponse en ligne : quo vadi ? Medialex 2004, p. 203, 206)
- L'auteur de la réponse
  - Adresse au média ayant diffusé la présentation des faits une demande avec le texte de sa propre version des faits ;
  - Envoi de son texte à la personne ayant le pouvoir d'ordonner ou de refuser la diffusion
    - Responsable de la diffusion des programmes de la radio ou de la télévision, éditeur responsable de la diffusion du journal, exploitant du site internet (Cottier/Aguet, Droit de réponse en ligne : quo vadi ? Medialex 2004, p. 203, 207)
- Respect des délais de péremption (art. 28i al.1 CC)
  - Délai relatif/subjectif de vingt jours
    - Dès la connaissance – effective et personnelle – la présentation contestée
  - Délai absolu/objectif de trois mois
    - Dès la diffusion
- Quid du calcul du délai objectif/absolu face aux informations en ligne disponibles en permanence
  - Doctrine dominante : 3 mois dès la première mise en ligne du contenu
  - Doctrine minoritaire :
    - Tant que l'information est accessible, un droit de réponse devrait pouvoir être demandé
    - Pour les services en ligne, le *dies a quo* devrait être décalé
      - Un délai de 20 jours à compter de la date où la personne prend connaissance de la présentation contestée sur internet, et, au plus, un délai de 3 mois à compter de la cessation de sa mise en ligne (Cottier/Aguet, Droit de réponse en ligne : quo vadi ? Medialex 2004, p. 203, 206)
- L'entreprise doit prendre position « sans délai » (art. 28i al.2 CC)
  - Pour un quotidien, radio ou télévision
    - 2 à 3 jours
  - Pour un hebdomadaire ou une revue mensuelle
    - 5 à 7 jours
  - Absence de décision du média dans un délai convenable
    - Assimilable à refus
- Contrôle du média sur le contenu de la réponse
  - Refus possible par le média en cas de réponse
    - Manifestement inexacte (art. 28h al.2 CC) : « Le droit de réponse n'est pas le droit de publier des contre-vérités »



- Contraire au droit (atteinte à la personnalité p.ex) ou aux mœurs (art. 28h al.2 CC)
    - Refus du média, responsable civilement et pénalement des réponses qu'il diffuse
  - Rappel : interprétation restrictive de l'art. 28h al.2 CC ( ATF 115 II 113/JdT 1989 I 554)
  - Manifestement abusive (art. 2 al.2 CC)
    - Si l'intéressé a déjà eu l'occasion d'exposer son point de vue (ATF 120 II 273/JdT 1995 I 322, consid. 4 a, polycopié X, p. 23)
- Détermination de l'entreprise
- Acceptation de la réponse
    - Indication à l'auteur du moment de la diffusion
  - Refus de la réponse
    - Indication des motifs
    - L'auteur peut adresser à l'entreprise une nouvelle version
      - Acceptation de cette nouvelle version
      - Refus de cette nouvelle version
        - L'auteur de la réponse peut alors s'adresser au juge (art. 28l al.1 CC)
  - Refus de la réponse compte tenu de la publication d'une rectification (ATF 137 III 433, consid. 4.4 et 4.5, polycopié X, p. 44)
    - Risque d'une dépréciation ou contournement du droit de réponse
    - Ne pas exclure les cas d'abus manifeste du droit de réponse
      - Soit demander au juge ce qui a déjà été obtenu
    - A vérifier strictement
      - Contenu de la rectification de l'entreprise de médias
        - Reproduction correcte et complète de la présentation des faits de la personne touchée
      - Ce, selon les exigences applicables à la réponse (art. 28k al.1 CC)
        - Non respectée par une publication dans le courrier des lecteurs, lorsque la contribution contestée a paru « dans une rubrique de relation objective des faits »
      - Le respect des exigences formelles liées à la publication de la rectification par l'entreprise de médias
        - Respect nécessaire pour rendre caduc l'intérêt digne de protection à faire juger une demande d'exercer le droit de réponse présentée ou ultérieure (ATF 137 III 433, consid. 4.4 et 4.5, polycopié X, p. 44)

## E. Diffusion de la réponse (art. 28k CC)

- Diffusion de la réponse
- « Le plus tôt possible » (art. 28k al.1 CC)
    - Dans le prochain numéro du journal, la prochaine émission, l'entreprise devant agir avec diligence
  - Atteinte du même cercle de personnes ayant eu connaissance de la présentation contestée
  - Réponse « désignée comme telle » par un titre ou une annonce afin de ne pas passer inaperçue (art. 28k al.2 CC)
    - Lecteur apte à reconnaître qu'il s'agit d'une réponse
  - Gratuité (art. 28k al.3 CC)
  - Information continue p.ex pour les services en ligne
    - Réponse accessible aussi longtemps, que l'information contestée demeure en ligne (Cotter/Aguet, Droit de réponse en ligne : quo vadis ? Medialex 2004, p. 203, 206)
- Précision du TF sur les conditions de la diffusion (ATF 123 III 145/SJ 1997 545, consid. 2a, polycopié X, p. 24)

- Absence d'obligation absolue de publier la réponse dans la même rubrique et à la même page que l'article d'origine
  - Mais obligation que la publication de la réponse soit apte à atteindre le même cercle de personnes
    - Objectif toujours atteint si sous la même forme et au même emplacement que l'écrit auquel la réponse se réfère
  - Circonstances particulières aptes à justifier une solution différente, aussi longtemps que l'atteinte du même cercle de personnes est garantie
    - *Ratio legis* = rétablissement d'une certaine égalité des armes
    - S'agissant des modalités typographiques
      - Prise en compte par le juge des éléments (dimension, type et couleur des caractères utilisés pour le titre et pour le texte, encadré, etc). Spécialement destinés, dans leur impression graphique générale, à attirer l'attention des lecteurs sur l'exposé contesté.
  - « Une entreprise médiatique ne saurait influencer négativement la portée d'une réponse en la reléguant dans un emplacement inapproprié » (ATF 115 II 4/JdT 1989 I 233, consid. 5, polycopié X ; p. 8)
  - Le comportement de l'entreprise de médias acceptant de publier la réponse comme lettre de lecteur
    - Assimilable à un refus du droit de réponse (ATF 122 III 209/JdT 1997 I 635)
  - Aucune obligation à charge de l'entreprise de remettre un exemplaire attestant la publication de la réponse (ATF 135 III 385/JdT 2009 I 427, polycopié X, p. 41)
- Absence en principe d'un droit de répliquer au bénéfice de l'entreprise (art. 28k al.2 CC)
- MAIS ajouter possible immédiat d'une déclaration pour indiquer le maintien en totalité ou partiel de la présentation des faits  
ET / OU  
Ajout de l'indication des sources, fondement de la présentation des faits, sans reproduire les documents (en cas de désaccord, l'auteur de la réponse peut saisir le juge).
- Interdiction faite à l'entreprise de publier une « contre-réponse »
- « L'efficacité de la réponse ne doit pas être affaiblie par un exposé rédactionnel qui excéderait les limites tracées par la loi. Pour statuer sur l'admissibilité d'un ajout à la réponse, le juge se fondera principalement sur l'impression que le texte laisserait à un lecteur moyen et sans parti-pris » (ATF 112 II 193/JdT 1987 I 291, consid. 3b)
  - Mais la rédaction du journal a le droit d'ajouter au texte de la réponse une note (imprimée en plus petits caractères) où elle explique brièvement en quoi consiste le droit de réponse et déclare en outre que la question demeure pendante de savoir si c'est la version de l'auteur de la réponse qui est exacte ou celle du journal (ATF 112 II 193/JdT 1987 I 291, consid. 2 et 3)

## F. Action en exécution du droit de réponse (art. 28l CC)

- Trois cas prévus par la loi (art. 28l al.1 CC)
- L'entreprise empêche l'exercice du droit de réponse
    - P.ex en refusant de donner à la personne concernée la connaissance de l'émission radiophonique ou télévisée, ou une copie de l'article
  - L'entreprise refuse la diffusion
    - « Des simplifications et des compléments ne sont admissibles que dans la mesure où, en les effectuant, on ne va pas au-delà des déclarations déjà contenues dans le texte qui a été soumis à l'entreprise de presse lorsque le droit de réponse lui a été demandé [...]. On ne saurait en outre attendre du tribunal qu'il procède au remaniement rédactionnel du texte » (ATF 119 II 104/JdT 1995 I 162, consid. 3e, polycopié X, p.21)
  - L'entreprise n'exécute pas correctement la réponse
    - P.ex en déformant la réponse

- Conditions de recevabilité
  - o Qualité pour agir
    - La personne touchée dans sa personnalité et à laquelle le média a refusé la diffusion de la réponse (art. 281 al.1 CC)
      - Une demande adressée directement au juge, sans donner préalablement à l'entreprise l'occasion de se déterminer, doit être déclarée irrecevable (TF 5C.37/2002 du 7.5.2002 *in* SJ 2002 I 496)
    - Qualité pour défendre
      - Le média qui a refusé la diffusion de la réponse (art. 281 al.1 CC)
    - For
      - Alternatif devant le tribunal du domicile du demandeur ou du siège de l'entreprise de médias (art. 20 let. b CPC)
    - Procédure sommaire (art. 249 let. a ch.2 CPC)
- Absence dans la loi de délai pour intenter l'action
  - o « Silence qualifié » selon le TF
    - « Il se justifie toutefois de considérer que celui qui tarde trop à faire valoir en justice son droit de réponse renonce généralement à ce droit ou (en d'autres termes) qu'il a perdu l'intérêt digne de protection, à ce que ce droit soit établi » (ATF 116 II 1/JdT 1992 I 646, consid. 4a, photocopié X, p. 9
    - Retenir le délai de vingt jours (art. 28i al.1 CC par analogie)
      - Présomption réfragable selon le TF qu'après ce délai « la personne touchée n'a plus d'intérêt digne de protection à exercer en justice son droit de réponse. Si malgré tout, elle intente par la suite une action, il lui appartiendra de prouver que, contrairement à cette présomption, elle a toujours un intérêt suffisant à la diffusion de la réponse » (ATF 116 II 1/JdT 1992 I 646, consid. 4b, photocopié X, p. 9 ; voir aussi ATF 135 II 385, consid. 3b, photocopié X, p. 41).
- Conditions de l'action en exécution du droit de réponse remplies
  - o Cas échéant, le juge peut adapter légèrement la réponse aux fins de la rendre conforme aux exigences légales
  - o Le juge ordonne à l'entreprise de médias de diffuser la réponse
    - Sous la menace de sanctions pénales (art. 292 CP)

## **G. Mesures provisionnelles contre un média à caractère périodique**

- Pour agir vite dans la défense de sa personnalité
  - o Requérir des mesures provisionnelles (art. 266 CPC)
- Mais rappel : « traitement de faveur » au bénéfice des médias à caractère périodique limitant les demandes de mesures provisionnelles
- But de la protection spéciale accordée aux médias à caractère périodique
  - o Eviter une forme de « censure judiciaire »
- Conditions cumulatives qualifiées des mesures provisionnelles (art. 266 CPC)
  - o Atteinte imminente et propose à causer au requérant un préjudice particulièrement grave (let. a)
    - Applicable également l'action en cessation et en constatation
  - o Atteinte manifestement injustifiée (let. b)
  - o Mesure non disproportionnée (let. c)
  - o « Degré ordinaire de la preuve en matière de mesures provisoires – la vraisemblance – ne semble pas suffire » (TF 5A\_706/2010 du 20 juin 2011, consid. 4.2.1, photocopié II, p. 25)
    - Preuve plus stricte que l'apparence
  - o Pesée des intérêts

- Gravité particulière du préjudice
  - Conséquences potentielles de la mesure sur le média
    - Suretés et dommages-intérêts (art. 264 al.1 CPC)
- Les mesures provisionnelles visant une rectification sont en principe subsidiaires au droit de réponse (ATF 118 II 369, consid. 4a, polycopié X, p. 18)
- Mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC)
  - En cas d'urgence particulière
    - Mesures ordonnées immédiatement, sans entendre la partie adverse (al.1)
    - Examen d'office de la fourniture de suretés (al.3 → art. 264 CPC)
- ATF 118 II 369, polycopié X, p. 18
  - Diffusion par les Editions Sélection du Reader's Digest d'un article concernant l'Église de Scientologie de Lausanne intitulé « Scientology, A Dangerous Cult Goes Mainstream »
  - Requête de mesures provisionnelles déposée par l'Église de Scientologie de Lausanne visant à publier un texte rectificatif considérant cet article comme diffamatoire et mensonger
  - Rejet de la requête par les tribunaux cantonaux puis par le TF
  - « Une mesure provisionnelle ne saurait être ordonnée qu'en présence d'un préjudice impossible à détourner autrement, sans quoi elle paraîtrait disproportionnée. Il s'ensuit qu'une rectification par voie de mesures provisoires n'est en principe recevable que si les conditions du droit de réponse ne sont pas remplies » (consid. 4a)
  - Subsidiarité par rapport au droit de réponse
    - Critiqué à juste titre en doctrine
    - Le TF n'exclut pas des exceptions (TF 5P.259/2005 du 17 novembre 2005, consid. 6.6)
- Conclusion : évaluation du droit de réponse : une appréciation mitigée
  - Le droit de réponse « paraît s'être pris dans les mailles des arguties d'une jurisprudence beaucoup trop légaliste, au point qu'un droit de réponse, soumis à tant d'écueils, ne peut pas être exercé sans le recours à un avocat spécialisé » (Cherpillod, RDS 1999 II, p. 87, 173)
  - Seule une minorité des demandes adressées aux rédactions de média sont suivies de la publication de la réponse sans changements substantiels
    - Le plus souvent, les modifications apportées consistent à raccourcir le texte (Masméjean, Medialex 2005, p. 27, 28)
  - Le droit de réponse est « internetocompatible », moyennant quelques aménagements pour assurer l'égalité des armes dans le cyberspace (Cottier/Aguet, p. 203, 210).

## CAS PRATIQUE

*Serena exerce depuis plusieurs années déjà le métier de mannequin ; elle collabore avec les plus grandes agences dans le monde entier et enchaîne séances photos et défilés à Paris, New-York ou encore Londres. Elle accepta le 28 novembre dernier de participer à une soirée publique organisée par un photographe de renom dans un grand palace genevois. Hier, alors qu'elle était chez le coiffeur, Serena tomba sur l'édition du 1<sup>er</sup> décembre dernier du magazine hebdomadaire « Potins du Bout du Lac ». Elle fut alors choquée de lire en première page du magazine ce titre : « Que penser du comportement de Serena ? ». Dans l'article, l'auteur, Daniel Humphrey, ex-mari de Serena, poursuit par une description de la soirée, peu élogieuse envers son ex-épouse : « Pendant la soirée, le champagne coulait à flot et Serena, grand mannequin de renom, bien que manquant singulièrement d'élégance, ne s'est pas fait prier pour en boire, ce qui n'est guère surprenant car elle est connue pour être une femme qui brule la chandelle par les deux bouts. En cours de soirée, elle est devenue très impolie avec les serveurs, allant jusqu'à les insulter lorsqu'ils ne lui versaient pas assez de champagne. Elle s'est ensuite illustrée en voulant dérober le sac à main en peau de croco d'une autre invitée, que seule une personne de mauvais gout aurait pu apprécier. Finalement, le personnel du palace a été contraint d'appeler un taxi pour la faire raccompagner à son domicile, tant elle était ivre ». Serena vous consulte. Elle vous indique qu'elle n'a fait qu'une brève apparition à cette soirée avant d'aller rapidement se coucher pour pouvoir remplir aux mieux ses engagements contractuels du lendemain. Elle est choquée par le comportement qui lui est imputé. Si elle a effectivement bu du champagne puis est rentrée en taxi, elle n'était absolument pas ivre. Pour le surplus, elle conteste vigoureusement les propos de l'auteur. Elle ajoute qu'elle mène une vie calme avec son nouveau petit ami, Nathaniel ; elle sort peu, gère son budget et ne boit presque pas d'alcool. Bien que le*

*magazine ne soit désormais plus disponible dans les kiosques et ne fasse pas l'objet d'une diffusion en ligne, Serena souhaite réagir pour préserver sa réputation : Elle n'envisage toutefois, pour l'instant, aucune action en justice. Quel(s) moyen(s) lui conseillez-vous ?*

Quant aux moyens extrajudiciaires, on peut considérer **le droit de réponse, réglé aux art. 28g ss CC**. L'art. 28g al.1 CC prévoit que celui qui est directement touché dans sa personnalité par des médias à caractère périodique de faits qui le concernent a le droit de répondre. Conditions : « directement touché dans sa personnalité », « Médias à caractère périodique » (tels que des journaux) et « des faits qui le concernent ». Pour être directement touché dans sa personnalité, la présentation doit avoir un lien directe avec la personne elle même et non un tiers (pas de droit de réponse pour un tiers), et ceci dans sa personnalité. Par « touché », on entend qu'il n'y ait pas besoin de faute (comme pour les actions réparatrices de l'art. 28a CC) et on n'a pas besoin d'être atteint ! On peut être touché sans que l'intensité soit suffisante pour réaliser une atteinte. Par bien de la personnalité, la JP entend une présentation de nature à porter préjudice à un droit protégé par la personnalité. Il faut ensuite identifier le bien de la personnalité touché (même mécanisme que 28 CC) : en matière de droit de réponse, souvent l'honneur, parfois la vie privée et intime, mais c'est plus délicat et pas toujours évident de répondre. L'honneur se divise en honneur interne et externe : l'honneur interne est le sentiment que la personne a de sa propre dignité et l'honneur externe est la considération de ses semblables, etc. L'honneur externe lui même se divise en considération morale (réputation d'être une personne honnête) et sociale (réputation professionnelle de la personne). Autre condition de 28g CC : on doit être touché par une présentation de faits. Un fait est tout ce qui peut être relaté et éprouvé, observable et objectivement établi, et donc prouvé. On peut aussi avoir des présentations, insinuations, des suggestions qui tombent dans la présentation de faits. Le jugement de valeur à l'inverse n'est pas un fait et représente la simple opinion de l'auteur, c'est l'appréciation subjective. Entre les deux, on peut aussi avoir un jugement de valeur mixte est une allégation de faits qui constitue un jugement de valeur qui relève des faits. Enfin, il faut un média à caractère périodique : c'est une personne ou une entreprise qui diffuse par quelque moyen que ce soit des informations qui s'adressent à un large spectre de destinataires (caractère public de la diffusion), ceci de façon périodique (donc pas une seule fois, sans forcément être régulier, mais au moins une fois par année pour qu'on admette le caractère périodique). La réponse devra être concise et se limiter à l'objet de la présentation contestée (art. 28h al.1 CC). Délai: 28i CC (dans les 20 jours à compter de la connaissance et au plus tard dans 3 mois, délai de prescription). + expliquer ce qui se passe pr entreprise, puis si refus, action en exécution du droit de réponse (28l CC). For alternatif : 20 let. b CPC. Délai par rapport au refus: 28i al.2 CC par analogie, voir JP silence qualifié.

*In casu*, est-on dans un cas de l'art. 28g al.1 CC ? Le magazine « Potins du Bout du Lac » est bien un média à caractère périodique, il s'agit d'un magazine diffusé hebdomadairement et donc de manière périodique et à un large public. Ce magazine allègue bien des faits en l'espèce. Le fait que Serena manque d'élégance ou le fait qu'elle soit une personne de mauvais goût est un jugement de valeur et Serena ne pourra pas répondre là-dessus. Mais fait qu'elle y soit allée, qu'elle ait trop bu, qu'elle ait voulu voler un sac, qu'elle a insulté le personnel, qu'elle soit rentrée en taxi en étant ivre = faits. Il y a un jugement de valeur mixte ici, lorsque l'auteur dit que Serena brule la chandelle par les deux bouts. Dire cela de quelqu'un implique que la personne sort souvent tard, rentre tard et ivre souvent, a de nombreuses aventures, etc autrement dit des faits sur lesquels est fondé finalement le jugement de valeur. Serena peut également répondre là dessus. Que pourrait-elle dire ? Elle pourrait donner sa version des faits, démentir les faits qui n'ont pas eu lieu, etc. Son honneur est bien touché en l'espèce, tant interne qu'externe, ainsi que sa considération morale et sociale, en tant que mannequin professionnel. Elle pourra dire qu'elle a fait qu'une brève apparition à cette soirée avant d'aller rapidement se coucher pour pouvoir remplir ses engagements contractuels du lendemain, que si elle a effectivement bu du champagne puis est rentrée en taxi, elle n'était absolument pas ivre, qu'elle mène une vie calme avec son nouveau petit ami, Nathaniel ; elle sort peu, gère son budget et ne boit presque pas d'alcool.

En conclusion, Serena pourra exercer son droit de réponse par rapport aux faits allégués par le magazine. Ses chances de succès sont grandes car a appris hier (8 décembre) et délai objectif est le 1<sup>er</sup> décembre (parution). Elle peut exercer son droit de répondre jusqu'au 28 décembre. L'entreprise devra se déterminer dessus.

## XI. Le nom

---

### A. Définition du bien juridique protégé

- Tout signe de distinction permettant d'identifier et d'individualiser une personne physique ou morale (de droit privé ou de droit public)
  - Le nom patronymique, le prénom, le double nom, le nom d'alliance, le pseudonyme, les adjonctions au nom, le nom d'une personne morale, inscrite ou non au registre du commerce
  - Les autres signes d'identifications, tels une enseigne, un logo, un nom de domaine internet, les armoiries de famille, les titres de noblesse, et un sigle lorsque le public le perçoit comme un nom (ATF 91 II 17 ; TF 4C.360/2005 du 12.1.2006)
  
- Le droit au nom
  - Droit absolu, strictement personnel et non pécuniaire
  - Selon le TF, en 1926
    - Le nom utile non seulement à l'identification de la personne
    - Mais aussi à exprimer son appartenance familiale et à lui faire bénéficier de la position sociale de sa famille
    - Intérêt juridiquement protégé d'autant plus grand que le nom de famille est porteur d'une signification sociale élevée
      - Absence de contradiction avec le principe de l'égalité de traitement (ATF 52 II 103, consid. 2)
  
- Protection du pseudonyme
  - Protection du pseudonyme à l'égal du nom patronymique, du prénom ou de la raison de commerce
  - Mais ne désigne qu'un aspect particulier de la personnalité, notamment l'activité artistique ou littéraire
  - Adopté librement et choix illimité
  - Pour être apte à individualiser à lui seul une personne, un minimum d'originalité nécessaire
    - « Tout au plus, l'absence initiale de force distinctive peut-elle être suppléée, dans certains cas, par un usage constant et incontesté, aboutissant à une notoriété durable » (ATF 92 II 305, consid. 3 *in fine*, polycopié XI, p.1)
    - *In casu*, dès son premier disque, succès considérable auprès d'un public formé principalement d'adolescents, pour qui « Sheila » la désigne
    - « On ne saurait toutefois en déduire que cette renommée a conféré au prénom choisi le caractère de signe distinctif et compensé l'absence d'originalité d'un pseudonyme que le succès obtenu aurait attaché à la personne de la seule recourante. Autant qu'il est concevable, un tel accaparement d'un bien commun ne saurait en effet résulter que d'un usage général et prolongé. Or aucune de ces deux conditions n'est réalisée. »
      - Absence d'un droit subjectif et privatif sur le prénom connu et répandu de Sheila, ce vocable étant du domaine commun.
  
- Le nom étant un signe distinctif, protection du nom admise sur internet (ATF 128 III 353, consid. 3, polycopié XI, p. 26)
  - Nom de domaine, instrument ayant pour fonction d'identifier un ordinateur connecté au réseau
  - Pour l'usage, désignation d'un site Web permet de rechercher la personne l'exploitant, les produits ou les prestations y relatives
  - Nom de domaine alors comparable à un signe distinctif
  - Conséquence de la fonction d'identification des noms de domaine
    - Obligation de se distinguer suffisamment des signes distinctifs appartenant à des tierces personnes et protégés par un droit absolu

- Protection par le droit au nom, le droit des raisons de commerce ou des marques, du signe utilisé comme nom de domaine
      - Le titulaire des droits exclusifs peut faire interdire aux tiers non autorisés d'utiliser ce signe comme nom de domaine
      - Si collision entre divers droits
        - Pesée des intérêts pour la solution la plus équitable
  - Fonction d'identification et de différenciation du nom de domaine aux fins d'empêcher des confusions
    - Notion de risque de confusion, identique pour tout le domaine des signes distinctifs, tirée de celle admise en droit de la concurrence
      - Tout comportement au terme duquel le public est induit en erreur par la création d'un danger de confusion, en particulier lorsque celui-ci a pour but d'exploiter la réputation d'un concurrent
      - Risque de confusion, notion de droit appréciée librement par le TF
        - Du moins si le litige revient à évaluer l'impact du comportement contesté sur le grand public, et non sur un cercle de personnes disposant de connaissances spécifiques dans un secteur particulier
- Le droit au nom
  - Droit exclusif autorisant son titulaire à empêcher l'usage de son nom
- Menaces sur le nom de différentes manières
  - Usurpation
    - Protection du nom de la personne lésée (art. 29 CC)
  - Changement de nom
    - Lésion d'un tiers (art. 30 al.3 CC)

## B. Droit au nom et protection de la personnalité

- Le nom est une « donnée personnelle » (art. 3 let. a LPD)
- La protection du nom selon l'art. 29 CC
  - *Lex specialis* de la protection de la personnalité (art. 28 CC)
  - Contestation du droit au nom (art. 29 al.1 CC)
  - Usurpation (art. 29 al.2 CC)
    - Précision des conditions de la réparation du tort moral
  - Moyens de protection de la personnalité (art. 28a ss CC) applicables par analogie
    - Y compris le droit de réponse
- Autres cas d'atteinte au nom (art. 28 CC) : protection subsidiaire du nom par l'art. 28 CC
  - Interprétation restrictive de la notion d'usurpation par le TF
    - Recours à la disposition générale de l'art. 28 CC pour garantir le droit d'une personne à la protection de son nom contre des atteintes injustifiées
    - Si l'action défensive ne peut se fonder sur l'art. 29 al.2 CC, à la disposition du titulaire du nom lésé
      - L'action en cessation ou en interdiction fondée sur l'art. 28a al.1 CC (cf. ATF 102 II 161/JdT 1978 I 237, consid. 3, photocopié XI, p. 4)
  - Protection du nom d'une personne tournée en dérision
    - Non application de l'art. 29 al.1 CC
    - Non application de l'art. 29 al.2 CC
      - « Cette utilisation du nom réformé ne risque pas de créer une confusion entre le groupe d'hommes politiques qui, d'après le caricaturiste, formerait le « Club Medityrannis » et la demanderesse qui organise des séjours de vacances » (ATF 95 II 481/JdT 1971 I 226, consid. 3, photocopié VII, p. 6)

- Protection générale de la personnalité, notamment contre une atteinte au droit à l'honneur
- Protection du droit au nom dans d'autres lois
  - Société inscrite au registre du commerce
    - Protégée principalement par le droit des obligations (art. 956 CO = *lex specialis*)
  - Mesures créant des confusions liées à l'usage du nom
    - Actes de concurrence déloyale (art. 3 let. d LCD)
  - Nom comme signe distinctif d'un produit ou d'un service d'une entreprise
    - Usurpation aussi sanctionnée selon les dispositions prévues dans la Loi fédérale sur la protection des marques (art. 52 ss LPM)
      - Appréciation plus sévère du risque de confusion qu'en matière de raison de commerce

### C. Usurpation du nom (art. 29 CC)

- Action défensive
  - Qualité pour agir
    - Personne physique ou morale
  - Qualité pour défendre
    - Celui qui usurpe le nom du demandeur, risque de le faire ou conteste l'usage d'un nom
  - For
    - Action en protection du nom
      - Tribunal du domicile ou du siège de l'un des parties (art. 20 let. c CPC)
    - Actions réparatrices
      - Tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci (art. 36 CPC)
    - Cumul d'actions possibles
  - Imprescriptibilité de l'action défensive fondée sur le droit au nom
    - Néanmoins, nécessité d'une lésion d'un intérêt digne de protection du titulaire du droit
  - Action réparatrice (art. 60 CO)
    - Un an dès la connaissance du préjudice et de la personne qui en est l'auteur (délai subjectif)
    - Et dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (délai objectif)
  - A charge du lésé de démontrer être
    - Victime d'une usurpation, soit lésé dans ses intérêts idéaux ou économiques
      - Risque de confusion ou de tromperie
      - Appropriation de nature à susciter auprès du public un rapprochement inexistant en réalité
    - Et l'absence de motif justificatif de l'auteur de l'usurpation
      - Mais charge de la preuve du motif justificatif de l'auteur de l'usurpation
- Définition de l'usurpation du nom
  - « Une utilisation illicite du nom d'une autre personne » (ATF 102 II 161/JdT 1978 I 237, consid. 3, photocopié XI, p. 4)
  - Une contestation explicite ou implicite du droit de porter son nom
    - « La disposition traite du cas particulier où une personne usurpe un nom sans autorisation ou conteste au porteur y ayant droit le droit de porter son nom. Toutes les autres violations possibles du droit au nom ne sont en revanche pas saisies par cette norme, mais par la protection de la personnalité en général » (ATF 120 III 60/JdT 1997 II 14, consid. 3)
  - Atteinte illicite au droit du nom.



- Autre définition de l'usurpation in ATF 112 II 369/JdT 1987 I 237, consid. 1, photocopié XI, p. 14
  - o « Selon une autre définition, il y a usurpation inadmissible lorsque la force distinctive d'un autre nom est utilisée par quelqu'un dans son propre intérêt, c.à.d. quand on suscite l'apparence qu'il existe un rapport entre le nom et celui qui le reprend ou son entreprise (...). Il en irait de même si on suppose qu'existent entre (les) parties des relations étroites de nature personnelle, idéologique, intellectuelle ou professionnelle, contrairement à la réalité (...). Il faut que le titulaire du nom prouve son usurpation. Les intérêts lésés ne seront pas nécessairement patrimoniaux. D'autres intérêts dignes de protection suffisent, pourvu qu'ils soient réellement atteints ou menacés de l'être.
  
- Précision du TF in TF 5C.76/2004 du 25.5.2004, consid. 2.1 et 4.2, photocopié XI, p. 25
  - o L'usurpation peut aussi consister dans l'utilisation d'un autre nom à la similitude trompeuse lorsqu'il y a risque de confusion
    - Nécessaire que le nom, compte tenu de son degré d'originalité et de son usage, soit devenu étroitement lié à la personne morale
      - De telle manière qu'admission d'un droit préférentiel de celle-ci sur son nom
    - En d'autres termes, à la partie demanderesse de démontrer avoir sur son nom un droit exclusif à la suite d'un usage général et prolongé
    - Notion de risque de confusion identique pour tout le domaine des signes distinctifs
      - Pas nécessaire pour admettre un risque de confusion que des confusions se soient effectivement produites
  
- Définition de l'usage du nom d'autrui constitutif d'une usurpation inadmissible, récapitulation in TF, 9.6.2011, 4A 92/2011, consid. 6.1, photocopié XI, p. 60
  - o Si atteinte à un intérêt digne de protection par l'appropriation du nom entraînant un danger de confusion ou de tromperie
    - De nature à susciter dans l'esprit du public, par une association d'idées, un rapprochement n'existant pas en réalité entre le titulaire du nom et le tiers usurpateur sans droit
  - o Création de l'apparence fausse que le nom repris a un lien avec son propre nom ou sa propre entreprise ou encore de l'existence de relations étroites, sur un plan personnel, idéologique, intellectuel ou commercial, entre les parties
    - Degré de l'atteinte requis par la loi encore réalisé lorsqu'une association d'idées implique le titulaire du nom dans des relations qu'il récurse et qu'il peut raisonnablement récuser.
  - o Usurpation possible
    - Non seulement en cas d'utilisation du nom d'autrui dans son entier
    - Mais également lorsque la création d'un risque de confusion due à la reprise de la partie principale du nom
  
- Deux principes dégagés de la jurisprudence
  - o Pour déceler dans un cas concret l'usurpation
    - Procéder à une pesée des intérêts en présence des titulaires du nom
  - o Application du principe de la priorité
    - Pour déterminer la prévalence du nom d'un titulaire au détriment de l'autre
  
- Exemple d'usurpation de nom : ATF Maggi (JdT 2005 I 429, photocopié XI, p. 39)
  - o Conflit d'intérêts
    - « Entre le droit au nom du recourant et le droit à la marque d'une des demanderesse, le droit à la raison sociale de l'autre et les exigences du droit à la concurrence déloyale » (consid. 3.2)
  - o Selon le principe de la priorité
    - « L'existence d'une marque de haute renommée plus ancienne justifie que le concurrent plus jeune se voie imposé des restrictions dans l'usage de son patronyme homonyme » (consid. 3.2)

- Mise en balance du droit absolu de la Société des Produits Nestlé SA à sa marque de haute renommée et le droit personnel du recourant à l'usage de son patronyme sans entrave
  - Intérêt à ce que les clients (potentiels) et relations d'affaires entrent en contact avec cette société sur le Net en indiquant la marque de haut renommée, et ce sans aucun empêchement
  - Intérêt au maintien de la renommée et de la force distinctive s'attachant à la marque, qui pourrait s'affaiblir à la suite de confusions avec un inconnu
  - Intérêt moins important du recourant à utiliser son patronyme et lui seul dans son nom de domaine
  - Devoir de tolérer d'y ajouter des éléments le différenciant assez pour éviter toute confusion avec la marque de haute renommée
  - Non acquisition de bonne foi par le recourant d'une situation digne de protection (consid. 3.4. et 4.2)
- Différents moyens de droit à la disposition du lésé
  - Action en cessation du trouble (art. 29 al.2 CC)
  - Action en prévention de trouble (art. 28a al.1 ch.1 CC par analogie selon la doctrine et la jurisprudence)
  - Action en constatation de droit (art. 29 al.1 CC)
  - Action en dommages-intérêts (art. 29 al.2 CC et 41 CO)
    - Faute de l'auteur de l'atteinte nécessaire
  - Action en réparation du tort moral (art. 29 al.2 CC et 49 CO)
    - Faute de l'auteur de l'atteinte nécessaire
- Exemple 1 : usurpation de nom rejetée in ATF 102 II 161/JdT 1978 I 237, polycopié XI, p. 4
  - Fondation « Fondation Otto Naegeli » selon le nom d'un professeur de médecine interne à l'université de Zurich, inscrite au registre du commerce le 12.2.1960, délivrant un « Prix Otto Naegeli » dans le but d'encourager la recherche médicale ;
  - Une autre fondation constituée au décès du professeur de médecine Theodor Naegeli en 1971, inscrite au registre du commerce sous le nom « Fondation Theodor Naegeli », délivrant un « Prix Theodor Naegeli » destiné à encourager la recherche médicale dans les domaines de l'embolie par thrombose ou de la gériatrie
  - Requête de la Fondation Otto Naegeli en interdiction de porter le nom Fondation Theodor Naegeli ainsi que celui du prix y relatif
  - Rejet par les autorités cantonales et le TF en se fondant sur l'art. 29 al.2 CC
  - Rappel des principes relatifs à l'art. 29 al.2 CC
    - Extension par la jurisprudence de la portée de l'art. 29 al.2 CC au delà de son texte, admettant une usurpation de nom
    - Si une personne utilise sans droit le nom d'une autre pour elle-même mais aussi pour désigner une chose, p.ex nom d'un journal ou d'un appareil
    - Non seulement est illicite l'utilisation du nom complet d'une autre personne, mais déjà le fait de reprendre l'élément essentiel dudit nom
    - Usurpation de nom même si utilisation d'un nom seulement ressemblant, lorsque propre à embrouiller et à créer un danger de confusion (consid. 3)
  - *In casu*, intérêt digne de protection de la demanderesse « de conserver le meilleur pouvoir distinctif possible au nom qu'elle s'est choisi longtemps avant la création de la défenderesse »
    - Même s'il s'agit d'un intérêt purement idéal à préserver son identité
  - Intérêt de la défenderesse à utiliser le nom de son fondateur afin de respecter la volonté du défunt
  - Titulaire du droit au nom :
    - Non seulement droit d'utiliser son nom comme signe distinctif de sa propre personne
    - Mais autorisé aussi à désigner d'après son nom ses propres travaux et ses créations de tout genre
    - Droit de perpétuer son souvenir en créant une fondation et en lui donnant son nom (consid. 4 b)

- Pesée des deux intérêts pour déterminer lequel est prépondérant
  - Existence d'un grave risque de confusion dans le cas où le nom de fondateur servant à désigner la fondation la plus récente constitué des mêmes nom et prénom que le nom de la fondation existante
  - Pas le cas en l'espèce, les désignations des deux parties ne correspondant que pour ce qui a trait au nom de famille (cons. 4 d)
- Conclusion du TF
  - Intérêts de la défenderesse (Fondation Theodor Naegeli) plus importants que ceux de la demanderesse (Fondation Otto Naegeli)
  - Rejet du recours
- **Exemple 2 : usurpation de nom rejetée** *in* ATF 112 II 369/JdT 1987 I 237, polycopié XI, p. 14
  - L'histoire du canton et sa structure sociale peuvent avoir suscité un sentiment spécialement fort d'appartenance à une communauté, et une estime très particulière pour le nom d'Appenzell
  - Sentiments non blessés par un aubergiste indigène appelant son établissement « Café et Hôtel Appenzell »
  - Pour prévenir la commercialisation de ce nom
    - Usage abusif nécessaire, non réalisé en l'espèce
    - Coutume en Suisse de donner aux auberges, à part les noms d'animaux, de plantes, de montagnes et de rivières, des noms ayant une origine historique, en particulier des noms de villes ou de villages
  - Conclusion du TF
    - Absence d'usurpation du nom
- **Exemple 3 : usurpation du nom admise** *in* ATF 116 II 463/JdT 1991 I 599, polycopié XI, p. 16
  - Action de Coca-Cola Company, titulaire de la marque « Coca-Cola » pour divers articles, dont maroquinerie, literie contre Modum AG distribuant des textiles p.ex pour la literie, avec le logo « Coca-Cola »
  - Sous l'angle de l'usurpation du nom, rappel
    - Usurpation effectuée en violation d'intérêts juridiquement dignes de protection
    - Usurpation du nom non seulement si utilisation du nom d'autrui dans son entier, mais aussi par la reprise de l'élément principal d'un tel nom
      - A cet égard, le risque de confusion est décisif
    - Confusions effectivement produites non nécessaires
    - Intérêts purement idéaux aussi protégés
  - *In casu*, usurpation admise
- **Exemple 4 : usurpation du nom admise** *in* ATF 128 III 353, polycopié XI, p. 26
  - En 1996, enregistrement par une société dont le but est l'exploitation d'une école internationale dans le canton de Zoug du nom de domaine internet « montana.ch »
  - La Commune municipale de Montana ayant voulu créer un site internet destiné à fournir des informations aux touristes et à permettre les réservations « online » s'est aperçue de l'attribution de l'adresse « Montana.ch »
  - Action en protection du nom intentée par la commune, à défaut d'accord entre les parties
  - Usurpation du nom admise par le TF
  - Pour déterminer le risque de confusion, « il convient d'examiner l'impression d'ensemble qui se dégage en Suisse du signe distinctif litigieux » (consid. 4 *in fine*)
  - *In casu*, situation inédite ou reprise par une personne du nom d'un tiers en tant que tel, alors que ce nom, avec d'autres termes, est partie intégrante de son propre nom, la raison sociale de la société étant « Institut Montana Betriebs AG ».
    - Deux angles distincts de la querelle
  - Le 1<sup>er</sup> angle de la querelle
    - Usurpation du nom de la commune et examen du risque de confusion dans le grand public

- « Ce qui est décisif pour juger du risque de confusion en cause, ce n'est pas le contenu du site mais bien l'adresse internet qui permet d'y accéder » (consid. 4.2.2.1)
- Risque de confusion admis
- Le 2<sup>ème</sup> angle de la querelle
  - Soit mot « Montana » élément essentiel du nom et alors situation d'homonymie
  - Critère exclusif du principe de la priorité dans le temps non retenu
  - Pesée des intérêts des deux parties en présence : « on ne saurait admettre que la défenderesse puisse tirer un profit indu de la réputation de sa partie adverse. Il suit de là que l'intérêt de la demanderesse à utiliser son nom, sans adjonction, comme nom de domaine l'emporte largement sur l'intérêt opposé de la défenderesse » (consid. 4.3.3)

#### D. Changement de nom (art. 30 al.3 CC)

- Principe de l'immutabilité du nom (ATF 132 III 497/JdT 2007 I 119, photocopié XI, p. 41 ; SJ 2015 I 281/ATF 140 III 577, consid. 3.2., photocopié XI, p. 69)
  - Mais dérogation à ce principe pour des « motifs légitimes » (art. 30 al.1 CC, nouvelle teneur au 1<sup>er</sup> janvier 2013)
    - Appréciation du juge (art. 4CC)
    - Intérêt du demandeur à porter un nouveau nom
    - Intérêt public au maintien du nom acquis
  - Pratique restrictive du TF concernant le changement de nom sous l'ancien droit, lequel exigeait de « justes motifs »
    - Critères d'appréciation objectifs
      - Comme le contexte incitant le titulaire à changer de nom
      - Motifs subjectifs du porteur du nom sans portée (TF 5C.163/2002 du 1.10.2002)
- Interprétation des « justes motifs » de changement de nom (art. 30 al.1 aCC)
  - Déférence envers les ancêtres et en particulier risque de voir le nom disparaître
    - Absence de juste motif (ATF 118 II 1, consid. 8, photocopié XI, p. 19)
  - Le nom doit être un facteur de réussite, non une source de difficultés
    - Juste motif si suppression de sérieux inconvénients liés au nom
  - Motif d'ordre moral, spirituel, affectif ou psychique
    - Peut justifier une autorisation de changer de nom (ATF 108 II 1, consid. 5a)
  - Intérêt personnel au changement de nom principalement lorsque le nom est sujet à la moquerie
    - Nom ridicule, laid, inconvenant ou toujours déformé
  - Changement de nom, dans l'intérêt d'une famille illustre à la non-extinction de son nom, refusé (ATF 120 II 276/JdT 1996 I 106, consid. I, photocopié XI, p. 24)
- Changement du nom légal en vue d'en obtenir un nouveau
  - Jusqu'en 1995, changement du nom de famille de l'enfant admis largement pour faire coïncider ce nom avec celui des personnes le prenant en charge
  - Revirement de la jurisprudence en 1995, limitant les changements de nom de l'enfant
    - Absence de juste motif dans l'existence d'un lien de concubinage durable
      - Justes motifs seulement si le nom fait subir des dommages sérieux sur le plan social (ATF 121 III 145/JdT 1996 I 655)
        - Pas le cas de l'enfant au nom différent de la mère remariée (ATF 124 III 401/JdT 1999 I 219)
  - Juste motif pour l'enfant de parents non mariés élevé sous l'autorité parentale du père (ATF 132 III 497/JdT 2007 I 119, photocopié XI, p. 41)
  - Revirement de la jurisprudence en 2014 (SJ 2015 I 281/ATF 140 III 577, photocopié XI, p. 69)
    - Enfant de 12 ans présumée capable de discernement au titre de la procédure en changement de nom (art. 19c al.1 CC ; art. 270b CC par analogie)

- Le changement de nom de l'enfant n'exige plus que ce nom lui cause des désavantages sociaux concrets et sérieux
  - Besoin avéré de faire coïncider ce nom avec celui du titulaire de l'autorité parentale est un motif légitime
    - Examen attentif des circonstances du cas nécessaire
- Action en annulation du changement de nom (art. 30 al.3 CC)
- Admise plus restrictivement que celle fondée sur l'art. 29 CC
  - Qualité pour agir : personne physique ou morale détentrice d'un intérêt digne de protection à contester le changement de nom
  - Qualité pour défendre : le porteur du nouveau nom
  - For : tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties (art. 20 let. c CPC)
  - Délai : un an à compter du jour où le lésé a eu connaissance du changement de nom (art. 30 al.3 CC)
  - Conditions subjectives :
    - Pesée des intérêts en présence
      - Intérêt du défendeur au changement de nom
      - Atteinte subie dans ses intérêts par le défendeur
  - Le juge n'est pas lié par l'appréciation des motifs légitimes (art. 30 al.1 CC ; justes motifs sous l'ancien droit)
  - Deux exemples contrastés dans la jurisprudence du TF
- Exemple 1 : contestation du changement de nom admise in ATF 118 II 1, photocopié XI, p. 19
- Obtention en 1964 par deux frères M. et G. de l'autorisation de modifier leur nom de famille « M. » en y accolant le patronyme « Bigot de Morogues »
  - En 1978, action en contestation du changement de nom intentée par deux ressortissants français, LP. Et B. Bigot de Morogues, descendants en ligne directe de la dernière branche masculine de la famille Bigot de Morogues
  - Admission de l'action par les instances cantonales
  - Rejet du recours par le TF
    - Exception de la prescription de l'action soulevée par M. et G.
  - Considérants du TF
    - Droit au nom, en tant que droit de la personnalité imprescriptible
      - « S'agissant d'une émanation du droit de la personnalité, les actions en cessation du trouble prévue par le législateur en matière de changement, (...) sont ouvertes aussi longtemps que le trouble subsiste, c.à.d. aussi longtemps que le nom contesté est porté (...). En fixant à l'art. 30 al.3, à la différence de l'art. 29 al.2 CC, un délai de péremption d'une année dès la connaissance du changement de nom, le législateur a entendu tenir compte du fait que, dans le premier cas, le port du nom n'est pas le fruit d'une usurpation, mais repose sur une autorisation administrative. Il n'y a toutefois pas place pour une prescription absolue de dix ans » (consid. 5 b)
    - Néanmoins, importance du facteur temps dans la pesée des intérêts : « d'un côté, celui du demandeur à obtenir l'interdiction pour le défendeur de porter le nom visé, de l'autre, l'intérêt du défendeur à la conservation de son nouveau nom. Dans le cadre de cette appréciation, l'écoulement du temps peut, dans certaines circonstances, constituer un facteur non négligeable » (consid. 5c).
    - Prétention légitime de P. et B., en tant que descendants directs d'ancêtres illustres, à empêcher des tiers de porter leur nom sans raison valable
    - Examen par le TF si l'intérêt de M et G est prépondérant par rapport à l'atteinte subie dans leurs intérêts par P et B : « La fonction du patronyme (...) d'aucun secours ».
    - Rejet du recours de M. et G.
- Exemple 2 : action en contestation du changement de nom infondée in ATF 129 III 369, photocopié XI, p. 32

- Gaston Hauser est autorisé le 26.3.1976 à changer de nom et à porter le patronyme « de Marval », patronyme d'Adélaïde de Marval, qui la considérait comme son fils
- Patronyme « de Marval », origine au XI<sup>ème</sup> siècle, connu comme celui e l'une les plus anciennes familles de Genève et de Suisse
- En 1993, action en contestation du changement de nom des membres de la famille de Marval (art. 30 al.3 CC)
- Annulation de la décision du 26.3.1976 par la Chambre de recours du Tribunal cantonal vaudois
- Admission du recours par le TF
- Considérants du TF
  - Protection accrue à un nom de famille rare, jouissant d'une notoriété toute particulière et conférant à ses possesseurs des avantages d'ordre social
    - Appropriation par des tiers inadmissible, sauf circonstances exceptionnelles
  - Toutefois, absence de protection de la considération sociale
  - Élément déterminant tenant « plutôt à la rareté du nom »
    - Remplissant mieux sa fonction distinctive suggérant davantage l'idée de l'appartenance à une famille (consid. 3.3)
  - Existence de circonstances particulières *in casu*
    - Gaston de Marval connu et intégré sous ce seul nom dans la vie sociale, professionnelle et religieuse de son lieu de domicile
    - Intérêt des demandeurs à préserver la rareté de leur patronyme
      - Pas prépondérant par rapport aux inconvénients si le défendeur devait reprendre son ancien nom

## E. Le nom devant la Cour européenne des droits de l'homme

- Absence de disposition explicite sur le nom dans la CEDH
  - Compris dans la protection de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH9)
- Droit suisse du nom plusieurs fois devant la CourEDH
- Les enjeux de l'égalité des genres derrière le nom
  - ACEDH Burghartz du 22.2.1994, série A n. 280-B, photocopié XI, p. 73
    - Mariage, en 1984, en Allemagne, époux de nationalité suisse, choix du nom de famille pour celui de l'épouse « Burghartz » et exercice par le mari du droit de le faire précéder de son nom « Schnyder-Burghartz »
    - Enregistrement par l'état civil suisse de « Schnyder » comme patronyme commun aux époux
    - Requête des époux en substitution de « Burghartz » pour la famille et « Schnyder-Burghartz » pour le mari
    - Refus des autorités cantonales
    - Recours partiellement admis
      - Autorisation de porter le nom Burghartz
      - Refus d'appliquer l'art. 160 al.2 aCC au mari
    - Considérants de la CourEDH
      - En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom est rattaché à la vie privée et familiale
      - « La progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe; partant seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe » (par. 27)
      - Prérogative réservée à la seule fiancée (art. 160 al.2 aCC) contraire au principe de l'égalité des sexes
      - Primauté du principe de non-discrimination sur le principe de l'unité de la famille, soutenu par le législateur et fondement du refus du TF

- Différence de traitement litigieuse manque de justification objective et raisonnable
  - Méconnaissance de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH (5 v. 4)
- Répercussions en droit suisse
  - Suite à l'arrêt Burghartz, le Conseil fédéral a modifié l'Ordonnance sur l'état civil dès le 1<sup>er</sup> janvier 1994 pour permettre au mari ayant pris pour nom de famille celui de son épouse, de le faire précéder du sien (art. 12 al.1 aOEC)
- ACEDH Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9.11.2010
  - Epoux voulant garder chacun leur nom, sans opter pour un double nom
  - Considérants de la CourEDH
    - Consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant au choix du nom de famille des époux sur un pied d'égalité
      - Reconnaissance du droit pour chaque conjoint de conserver l'usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille
    - Règle litigieuse en l'espèce a empêché le requérant de garder son nom après le mariage, contrairement à ce qui aurait été le cas si les requérants avaient été de sexe inverse
    - Violation des art. 8 et 14 CEDH (unanimité)
- ACEDH Ünal Tekeli c. Turquie du 16.11.2004
  - Impossibilité pour les femmes mariées de porter uniquement leur nom de jeune fille
    - Atteinte de manière injustifiable à leur droit à la protection de la vie privée
    - Discrimination en ce qu'exclusivement l'homme marié peut porter son seul nom patronymique après le mariage
    - Violation à l'unanimité des art. 14 et 8 CEDH
  - Confirmé *in* ACEDH Tuncer Günes c. Turquie du 3.9.2013 et ACEDH Tanbay Tüten c. Turquie du 10.12.2013
- Entrée en vigueur du nouveau droit du nom le 1<sup>er</sup> janvier 2013
  - Les époux désormais sur un pied d'égalité
  - Absence d'effet du mariage sur le nom (art. 160 al.1 CC)
    - Déclaration possible pour un nom de famille commun
    - Le nom de célibataire de l'un ou de l'autre (art. 160 al.2 CC)
  - Pour les enfants de parents mariés
    - Soit le nom de famille commun (art. 270 al.3 CC)
    - Soit le nom de célibataire choisi par les parents (art. 160 al.3 ainsi que art. 270 al.1 et 2 CC)
  - A notre sens, pas en tous points compatible avec le CEDH !

## CAS PRATIQUE

*L'association suisse « Fédération des artisans boulangers » (FAB) a été fondée en 1925 et inscrite au registre du commerce en 1926. A l'heure actuelle, elle compte 285 membres ordinaires qui pratiquent leur profession sous la dénomination « Boulanger artisan FAB ». La société « FAB Faster and Better corp. » a été créée en 2005 en Angleterre. Depuis le début de l'année, elle exploite un site internet sous le nom www.fab.ch. L'association suisse estime qu'il y a usurpation de son nom et souhaite agir en justice. A l'appui de son recours, elle fait valoir que la Fédération des artisans boulangers est établie et renommée, que ses initiales sont connues dans un large public. La société anglaise fait valoir que des abréviations ne peuvent pas bénéficier de la protection du nom. Au surplus, la société objecte que les initiales « FAB » constituent un signe faible qui est souvent employé par les entreprises anglo-saxonnes. Subsidiatement, la société fait valoir qu'elle est la première à avoir eu l'idée d'exploiter un site Internet. Ce faisant, elle bénéficierait d'un droit de priorité. Selon elle, c'est donc à l'association suisse qu'elle appartient de prévenir les risques de confusion.*

1. **L'affirmation selon laquelle une abréviation ne peut pas bénéficier de la protection du nom est-elle exacte ?**

Un sigle ou un acronyme qui ne constitue pas à proprement parler d'un nom peut bénéficier d'un droit au nom dans la mesure où le public le perçoit comme un nom.

*In casu*, on comprend que l'acronyme fait finalement référence au nom de l'association des boulangers. Le droit au nom s'applique donc en l'espèce et peut bénéficier de la protection du nom.

En guise de conclusion, l'affirmation selon laquelle une abréviation ne peut bénéficier de la protection du nom est inexacte.

***Quelles démarches l'association suisse doit-elle entreprendre ? Pensez-vous qu'elle a des chances de gagner son procès ?***

L'art. 29 al.1 CC prévoit que celui dont le nom est contesté de demander au juge la reconnaissance son droit. C'est une action assez rare en pratique. L'art. 29 al.2 CC prévoit que la personne lésée peut agir face à une usurpation. L'art. 29 al.2 CC est une *lex specialis* et c'est une action en cessation. Concernant les noms de domaine, le Tribunal fédéral considère que suivant les circonstances, ils constituent des signes distinctifs comparables à un nom et bénéficient donc aussi de la protection du nom. Il y a usurpation lorsqu'aux yeux du public, il doit y avoir un risque de confusion important, éconduit le public à inférer une relation inexistante entre les parties, ou encore lorsque la personne est impliquée dans des liens qui n'existent pas et qu'elle peut raisonnablement ne pas vouloir voir établis. Il doit typiquement y avoir une différenciation suffisante entre deux entreprises concurrentes l'une de l'autre ou encore établies au même endroit. Par rapport au site et au contenu du site, la jurisprudence considère qu'il y a une certaine importance s'agissant (...) (jurisprudence *Montana* ; en tombant sur le site de l'école internationale située à St Gall, n'importe qui se rend compte que ce n'est pas le site de la commune de Montana avec ces montagnes enneigées). C'est bien l'adresse internet qui permet d'accéder à un site et non pas son contenu qui est déterminant si les entreprises se ressemblent et si il y a un risque de confusion. Lorsqu'il s'agit de trancher entre deux personnes qui revendiquent le même nom, la jurisprudence prévoit qu'il y a certains critères à prendre en compte, typiquement le critère temporel d'antériorité, le cas échéant il faut faire une pesée globale des intérêts en présence. Le TF attache de l'importance au fait que c'est facile de mettre une indication en plus dans le nom de domaine pour indiquer au public la différence.

Les conditions de recevabilité de l'art. 28a (ou 29 ???) CC : la qualité pour agir appartient à celui qui est lésé par une usurpation, la qualité pour défendre appartient à celui qui usurpe. Le for se trouve à ... (art. 29 al.2 CC). Pas de délai pour les actions défensives mais il faut avoir un intérêt digne de protection pour agir. En cas d'usurpation de nom, on peut aussi avoir des mesures provisionnelles en cas d'urgence.

*In casu*, FAB bénéficie bien de la protection du nom, tel que cela a été établi sous la question 1. On peut admettre que plusieurs générations connaissent FAB comme la Fédération des artisans boulangers, au vu du fait qu'elle est établie et enregistrée comme tel depuis longtemps, tandis que la société anglaise est beaucoup plus récente. Cela permet qu'elle ait une protection au nom et il faut également examiner si l'autre compagnie peut également bénéficier de la protection du nom ou pas. Conformément à la jurisprudence du TF, ils doivent également bénéficier de la protection du nom. FAB est antérieure à la société anglaise. En outre, FAB est établie en Suisse, donc en consultant le site de FAB.ch, on s'attend à trouver des informations quant à la fédération et non pas autre chose. En outre, il est facile de rajouter un autre élément distinctif pour la société anglaise. La priorité doit donc être donnée à la Fédération des Boulangers.

La qualité pour agir appartient à la Fédération des boulangers. La qualité pour défendre appartient à la société anglaise. Le for se trouve (...).

En conclusion, FAB pourra agir par le biais de l'action en cessation de trouble à l'encontre de la société anglaise, sur la base de l'art. 29 al.2 CC.



## XII. Cas pratique récapitulatif

---

Schéma d'analyse. Doit on analyser sous l'angle ?

- a. Du CC ? Quelle base légale ? Disposition spéciale (p.ex 28c ?) Si non, on est dans la norme générale de l'art. 28 CC. Puis majeure : définition de l'atteinte et des biens de la personnalité en fonction de ce qui doit être discuté. Puis mineure, puis conclusion. Si l'atteinte est établie, présomption d'illicéité qui naît, et on se demande si 28 al.2 CC (motifs justificatifs) s'applique. Dans la majeure, définition de consentement, de l'intérêt prépondérant privé ou public, loi. Si pas de motif, illicéité confirmée, on analyse les moyens d'actions de l'art. 28a ch.1 à ch.3 CC. Puis 28a al.2 CC examen. Encore mineure, encore conclusion. On explique quelle atteinte/quelle action on tente. Puis on examine les conditions de forme (qualité pour agir, défendre, for, absence de délai). Ensuite on passe aux actions réparatrices 28a al.3 CC qui renvoie aux actions en DI (souvent 41 CO, ou 49 CO), remise de gain, etc. La aussi on peut avoir l'examen des conditions de forme, attention là on a des délais qu'on a pas en principe dans les actions défensives. Attention, pour les actions défensives, tjs se poser la question des mesures provisionnelles (261 ss CPC), surtout si presse (266 CPC).
- b. LPD ? Art. 1 à 3 d'abord, champ d'application si s'applique ou pas. Puis mineure et conclusion déjà sur l'application de la loi. Ensuite, hypothèse 1 atteinte illicite à la personnalité (art. 12 LPD) ? Si réalisé, atteinte admise car fiction, pas besoin de la prouver, présomption d'illicéité, puis motif justificatif de l'art. 13 al.1 et 2 LPD ? Mineure, conclusion. Pas de MJ ? Illicéité confirmée, art. 15 LPD renvoi à 28a CC, avec possibilité d'avoir des conclusions spécifiques de l'art. 15 LPD. Suivre reste du schéma sous a). Si hypothèse 2 du droit d'accès (art. 8 LPD), analyser puis mineure, conclusion, puis action en exécution 15 al.4 LPD, examen des conditions de forme. Question des mesures provisionnelles.

\* \* \*

*CARL, riche industriel et politicien aussi aguerri que controversé, a récemment remporté la mairie de sa petite municipalité montagnarde. Fier de sa victoire, il s'octroie quelques jours de vacances bien méritées pour profiter des premiers flocons et s'adonner à son sport hivernal favori, la randonnée en raquettes. Peu après avoir emprunté un vallon explicitement signalé comme dangereux, car situé à proximité de trois pistes de ski, CARL est violemment percuté par JOEL, jeune surfeur pratiquant le hors-piste de manière chevronnée et faisant fi des signalisations pourtant nombreuses sur le domaine. Souffrant de multiples contusions aux jambes, CARL est abandonné au sol par ledit surfeur, pressé de rejoindre ses collègues pompiers volontaires au cœur du brasier ravageant l'école du village. CARL est finalement secouru par un employé des remontées mécaniques qui l'accompagne rapidement en plaine pour y subir nombre d'exams médicaux à l'hôpital. A nouveau sur pieds, après quelques jours de repos ayant permis une résorption rapide et complète de ses hématomes, CARL apprend aujourd'hui, en demandant à sa secrétaire d'honorer les CHF 5'000.- de frais médicaux, qu'un dénommé DARIO, paparazzo de son état et exploitant la société de presse en raison individuelle « Dario's Gossip », détient dans son laboratoire plusieurs dizaines de clichés de CARL en sang. Certaines photographies ont d'ailleurs été publiées pas plus tard que la veille dans le numéro hebdomadaire de son magazine aux cotés de quelques colonnes rédigées dans un style épique et chapeautées par les paragraphes suivants : « Notre maire ressort contusionné d'un accident avec un surfeur. Un pugilat éclate ». « Le piètre politicien CARL incapable de déterminer la réouverture de l'école endommagée ». Grâce à son scoop, DARIO a doublé son chiffre d'affaires qui a bondi de 2'000'000 CHF à 4'000'000.-. Sa secrétaire vous ayant vivement recommandé pour votre domaine de prédilection, CARL vous sollicite afin de donner urgemment à ces divers épisodes les suites juridiques qui s'imposent. **Précisez-lui toutes les voies de droit civiles envisageables ainsi que leur chance de succès.***

### **SUR LA PREMIERE ATTEINTE :**

Il y a une atteinte à la personnalité au sens de 28 al.1 CC, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui participe à l'atteinte. Art. 28 al.2 CC : dès le moment où on est apte à prouver l'atteinte, on peut obtenir une présomption qu'elle est illicite. L'intégrité corporelle est un droit de la personnalité qui fait partie de des biens physiques d'une personne. Il y a une présomption d'illicéité en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle et qui est particulière, en ce sens que c'est un

bien protégé finalement absolu et il n'y a pas besoin de rechercher si l'auteur de l'atteinte a violé une injonction particulière.

*In casu*, CARL a de nombreux hématomes et contusions aux jambes, après avoir été percuté par JOEL. L'atteinte est donc d'une certaine intensité puisqu'il y a terminé à l'hôpital, et il y a une présomption d'illicéité qui se crée.

En guise de conclusion intermédiaire, il y a bien une atteinte à l'intégrité de CARL par JOEL.

S'agissant des motifs justificatifs (art. 28 al.2 CC), on trouve le consentement de la victime, un intérêt public ou privé prépondérant et la loi. En matière d'intégrité corporelle, on peut consentir à une atteinte p.ex en allant chez le médecin.

*In casu*, quid du consentement ? En allant sur une piste de ski, CARL a-t-il consenti à un éventuel danger de collision, vu le type de sport et l'endroit ? Non. En pratiquant des raquettes, même en empruntant un vallon explicitement signalé comme dangereux, n'est pas suffisant pour admettre un consentement, en particulier lorsqu'il s'agit d'un skieur faisant du hors piste et ignorant les différentes signalisations. Quid de la loi ? JOEL, en tant que pompier, se dépêche en l'espèce pour sauver l'école. Est-ce un état de nécessité justificative suffisant pour percuter CARL, donc sauver l'école en créant un danger ? Cela se rejoint avec un intérêt public prépondérant de l'école. Mais à nouveau, c'est comme l'état de nécessité, très discutable ici car aurait pu l'éviter étant un skieur chevronné ou faire autrement (respecter les signalisations).

En guise de conclusion intermédiaire, il n'y a pas de motif justificatif à l'atteinte de CARL par JOEL et la l'illicéité est confirmée.

S'agissant des moyens d'actions (art. 28a CC) : le demandeur peut requérir une interdiction de l'atteinte si elle est imminente, la faire cesser si elle dure encore ou la constater (action subsidiaire). Condition de l'action en constatation : persistance du trouble (trouble latent suffit). Selon JP, ce qui est déterminant est que le trouble ne disparaisse par lui même avec le temps + intérêt digne de protection du demandeur à ce que l'atteinte soit supprimée, quelle que soit l'intensité de l'atteinte. L'art. 28a CC réserve encore les actions réparatrices à l'al.3 : dommages intérêts et tort moral.

- Pour tort moral : 49 CO (norme générale) et pour les lésions corporelles en particulier art. 47 CO (norme spéciale). Conditions du tort moral : atteinte illicite à un droit de la personnalité + tort moral grave (objectif et subjectif) + lien de causalité naturelle et adéquate + entre l'atteinte et le tort moral + chef de responsabilité (souvent la faute mais peut aussi être une responsabilité objective). Il ne doit pas y avoir d'autre forme de réparation que pourrait jouer l'auteur (si l'auteur est p.ex condamné au pénal déjà, on peut pas en plus exiger un tort moral sur la base d'une action réparatrice). Attention, une atteinte objectivement grave doit dépasser par son intensité les choses qu'un individu doit pouvoir supporter dans la vie quotidienne, p.ex une lésion modifiant à vie qqch. Souffrance physique ou psychique particulièrement intense.
- Pour dommages-intérêts : 41 CO, réparation pécuniaire du dommage subi. Conditions : atteinte illicite à un droit de la personnalité + un dommage pécuniaire + un lien de causalité naturelle et adéquate + entre l'atteinte et le dommage + chef de responsabilité (faute ou resp objective).

Attention à la faute concomitante (art. 44 CO) ! Juge peut réduire les DI ou pas allouer si la partie a consenti à la lésion OU si elle a contribué à la réalisation/augmentation du dommage.

*In casu*, CARL a été hospitalisé et le trouble ne subsiste plus aujourd'hui, donc pas d'action en constatation ici. Quid du tort moral ? La condition qui pose problème ici est la gravité du tort moral. Il ne s'agit pas véritablement d'une atteinte objectivement grave, puisqu'après quelques jours seulement CARL est à nouveau sur pieds et est parfaitement rétabli. Pas de souffrance physique ou psychique particulièrement intense. S'agissant des dommages-intérêts, JOEL a bien provoqué une atteinte à CARL en lui fonçant dessus, par sa faute (ignorant les signalisations, hors piste, etc), avec une diminution involontaire du patrimoine de CARL (frais médicaux). Si il a été hospitalisé, c'est bien à cause de l'atteinte faite par JOEL. Toutes les conditions sont bien remplies en l'espèce. Faute concomitante ici ? Discutable car il a emprunté un tronçon dangereux.

En conclusion, la seule action pour CARL ayant des chances d'aboutir serait l'action en dommages-intérêts.

Conditions de recevabilité de l'action en dommages-intérêts (41 CO en relation avec 28a CC): qualité pour agir de celui qui a subi l'atteinte à la personnalité, qualité pour défendre de toute personne qui a créé/participé à l'atteinte. Le for de l'action va être fondée sur un acte illicite et donc sur l'art. 36 CPC. Attention au for de connexité de l'art. 15 al.2 CPC. Délai pour les actions réparatrices ? Pas de délai pour les actions défensives mais pour les actions réparatrices art. 60 CO, délai d'une année à partir de la connaissance du dommage et de la personne qui en est l'auteur, avec délai objectif de 10 ans.

*In casu*, CARL a bien la qualité pour agir, JOEL a bien la qualité pour défendre. CARL pourra agir soit au tribunal de son domicile soit au tribunal du domicile de JOEL. CARL est toujours dans le délai.

En conclusion, pourra intenter l'action en dommages-intérêts de 41 CO car toutes les conditions de recevabilité le permettent et son action va aboutir.

#### **SUR LA DEUXIEME ATTEINTE :**

S'agissant de la LPD : collecte et traitement des données avant la publication, la LPD s'applique aussi, on peut typiquement demander la suppression des clichés. Mais 28 ss CC pas aussi précis et parlent que de publication. Par rapport à la LPD, examiner d'abord art. 2 (champ d'application) : la LPD n'est pas une loi spéciale et complète le CC sans y déroger. Art. 2 al.1 let. a LPD. On entend par données personnelles des informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. b LPD). L'image est bien une donnée personnelle. Certaines catégories particulièrement protégées : données sensibles (art. 3 let. c ch. 2 LPD). Traitement de données défini à l'art. 3 let. e LPD : toute opération relative à des données personnelles quels que soient les moyens utilisés. Pas forcément besoin d'avoir un système informatisé pour le faire mais doit être fait par une personne privée. Attention tjs au champ d'exclusion de la LPD qui figure à l'art. 2 al.2 LPD. Art. 4 LPD : principes généraux ! Tant le fait de collecter les données que la finalité de la collecte doit être reconnaissable pour la personne concernée. Art. 5 : exactitude des données. Art. 7 : principe de sécurité. Attention, la communication de données sensibles sans motif justificatif est aussi illicite et aussi une atteinte (art. 12 LPD).

Droit à l'image : voir aussi l'honneur, qui se divise en honneur externe et honneur interne, etc.

*In casu*, DARIO a pris des clichés de CARL ensanglanté. Il s'agit de photos, et donc d'images qui sont également des données personnelles et tombent dans le champ d'application de l'art. 2 al.1 LPD, sans tomber dans les exclusions de l'al.2. Il s'agit en outre de données sensibles au sens de l'art. 3 let. c ch.2 LPD puisque CARL y figure en sang après accident, donc trait à la santé et sphère intime de CARL. DARIO détient ses clichés, il en a fait un traitement car les a collectées, archivées, en a transmises certaines et c'est bien une personne privée. CARL n'a pas eu connaissance de la finalité du traitement. On peut aussi analyser la situation du point de vue de l'honneur, objectivement l'honneur de CARL serait atteint car il est à terre, en sang, peut se sentir diminué, censé en tant que maire de sa commune garantir la sécurité, c'est une photo dégradante, etc.

En guise de conclusion intermédiaire, la LPD est applicable et il y a bien atteinte aux droits de CARL.

Motifs justificatifs (consentement, intérêt public ou privé prépondérant, la loi) + 13 al.1 LPD qui reprend l'art. 28 al.2 CC.

*In casu*, CARL n'a pas consenti à ces photos et leur communication/publication. Intérêt public ou privé prépondérant ? L'intérêt de DARIO ne peut pas l'emporter ici. Pour le public, c'est un maire, donc personne publique (entre dans la catégorie de notoriété absolue) + information de la presse qui n'est pas un motif justificatif absolu tout de même. Mais ici photos de CARL en sang pendant un accident, pendant ses vacances, donc n'apporte rien objectivement de savoir ça au public et sort du cadre politique et dans une pesée d'intérêts la sphère intime de CARL l'emporte. Ça aurait pu faire une différence dans l'hypothèse où p.ex CARL devait inaugurer la nouvelle piste en tant que maire et promouvoir la sécurité ou autre, mais ce n'est pas le cas dans le cas particulier. Pas de motif justificatif dans la loi et photo dégradante pour rien finalement.

En guise de conclusion intermédiaire, l'atteinte à l'image de CARL par DARIO n'est pas justifiée et la l'illicéité de l'atteinte est confirmée.

Actions de 28a CC : action en prévention/interdiction de l'atteinte, en cessation ou en constatation (subsidaire). Conditions de l'art. 266 CPC pour les mesures provisionnelles à l'encontre des médias : atteinte imminente et propre à causer un préjudice particulièrement grave, atteinte pas justifiée et mesure manifestement pas proportionnée. Mesures superprovisionnelles si urgence : 265 CPC. Attention à 263 CPC, les mesures provisionnelles ou superprovisionnelles doivent être validées au fond pour être maintenu, mais si journal retiré du kiosque ou photos détruites, le résultat est là et ne rend plus nécessaire une action au fond. For des mesures provisionnelles : 13 CPC

*In casu*, c'est un hebdomadaire dont il vient de prendre connaissance et qui serait toujours disponible, donc action en cessation de l'atteinte paraît appropriée ici. DARIO possède encore d'autres clichés, donc une action en prévention/interdiction de l'atteinte est également envisageable pour faire supprimer les photos. Possible d'assortir avec la peine de l'art. 292 CP. Conditions de 266 CPC remplies ici, car DARIO a encore les photos, peut nuire encore plus avec à l'honneur/l'image de CARL, son atteinte n'est pas justifiée et lui demande de supprimer les photos n'est pas une mesure manifestement disproportionnée pour sauvegarder les intérêts de CARL. Mesures superprovisionnelles peuvent tout à fait s'appliquer ici aussi vu l'urgence.

En guise de conclusion intermédiaire, CARL pourra tenter une action en prévention/interdiction de l'atteinte à titre provisionnel (voir à titre superprovisionnel) pour faire supprimer les photos, mais aussi une action en cessation de l'atteinte à titre provisionnel pour faire retirer le magazine.

Droit de réponse : art. 28g CC. Conditions : celui qui est directement touché (sans forcément qu'il y ait une atteinte) par une présentation de faits dans un média à caractère périodique a le droit de répondre. Bien de la personnalité touché en principe : honneur interne et externe, étant précisé que pour être touché il faut une vision défavorable de la personne concernée et on juge cela selon des critères objectifs. Un fait ne ressort pas forcément d'une présentation explicite, peut aussi être implicite (suggestion, etc), peut aussi être une photo (admis par la JP, dans la mesure où de la photo émane un fait qui saute aux yeux au lecteur moyen). Un média à caractère périodique se définit comme (...).

*In casu*, le journal porte des titres tels que « Notre maire ressort contusionné d'un accident avec un surfeur. Un pugilat éclate ». « Le piètre politicien CARL incapable de déterminer la réouverture de l'école endommagée ». Y a-t-il une présentation de faits ? Oui, un accident. Sur quel(s) aspect(s) CARL pourrait-il répondre ? « Un pugilat éclate », ce qui sous-entend qu'il y a eu un combat et que CARL se serait battu alors que c'est faux. Le « piètre politicien » est un jugement de valeur mixte et on ne peut pas répondre là-dessus. Par contre, il peut répondre quand l'école va rouvrir, c'est une manière indirecte de répondre au jugement de valeur mixte.

En guise de conclusion intermédiaire, CARL peut exercer son droit de réponse basé sur l'art. 28g CC.

Action en remise de gain : 423 CO. Conditions : tjs atteinte illicite à un bien de la personnalité + un gain/enrichissement à l'auteur de l'atteinte + lien entre le gain et l'atteinte. Faute pas requise.

*In casu*, grâce à son scoop, DARIO a doublé son chiffre d'affaires qui a bondi de 2'000'000 CHF à 4'000'000.-.

En guise de conclusion, action en remise de gain possible.

## XI. Excursus : Les biobanques

---

### A. Introduction

On fait tous partie d'une ou même plusieurs biobanques, car on est tous nés et quand on naît, notre sang est pris (test de Guthrie) pour tester des maladies, les allergies, etc. Ces cartes sont stockées ensuite à Zurich. Ce genre de biobanques a été utilisé dans d'autres pays.

#### a. Exemples de biobanques et leur importance

On a cette idée de médecine personnalisée. L'idée c'est qu'on a des gènes différents et quand on prend des médicaments, ils n'auront pas forcément les mêmes effets chez l'un ou l'autre. Avec la connaissance des gènes, on pourrait cibler mieux. Il faut donc un grand nombre de personnes pour les études. L'ADN et des informations médicales d'une grande quantité de patients sont nécessaires afin d'examiner différents marqueurs génétiques.

On a parlé d'un boom des bases de données de toutes sortes de population il y a quelques années. En Islande vivent 280'000 personnes et une entreprise pharmaceutique a voulu prendre tous les dossiers médicaux dans leurs hôpitaux, faire des analyses génétiques et suivre les évolutions, pour voir dans 10 ou 20 ans si certains de ces gens sont devenus diabétiques, pour pouvoir prévenir cette maladie. Le grand débat en Islande qui a averti le monde sur ce problème c'est qu'ils allaient faire ça avec un consentement présumé : ils avaient annoncé cela et avaient dit que si les gens ne le voulaient pas, ils fallait avertir par écrit (même chose pour le don d'organes dans certains pays ou sauf consentement contraire écrit, on prélève automatiquement les organes en cas de décès). En Islande, 60'000 personnes avaient ainsi fait un *opt-out*.

La Suisse n'est pas le pays le plus rapide, donc cela fait seulement une année qu'il y a la Swiss BioBank Platform. On essaie de centraliser les différentes biobanques du pays. P.ex il y en a une à Lausanne, donc en gros on va nous demander si on est d'accord que notre sang soit prélevé en entrant à l'hôpital. Combien disent oui ? 75%. Les vaudois ont vraiment confiance en leurs médecins, contrairement à l'Angleterre ou seulement 10% disent oui ou au Canada où c'est 30%. Comme Lausanne a déjà pris les gens à l'hôpital, Genève veut aussi une biobanque mais avec des gens en bonne santé, donc une biobanque de population et pas que ceux qui vont à l'hôpital.

Controverses éthiques et juridiques :

- Les banques de tissus « anciennes »
- Exemple : test de Guthrie, échantillons de sang de tous les nouveau-nés, réutilisation p.ex pour la recherche permise ? Débat.

L'établissement de biobanques est important pour la recherche, les soins cliniques et les traitements futurs. Ces collections doivent être maintenues être partagées/échangées pour faciliter la recherche. Cependant, le cadre éthique et légal concernant les biobanques n'est pas suffisamment défini et beaucoup d'institutions n'ont pas de règlements écrits par rapport au matériel biologique.

#### b. Définition de biobanques

Il y a plusieurs définitions mais on peut définir les biobanques en général comme des collections de matériel biologique et de données : organes, tissu, sang, cellules, autres (urine, liquide céphalo-rachidien, etc). Il y a des biobanques de tailles différentes, publiques, privées, etc.

On a aussi des définitions plus étroites car « biobanque » fait parfois peur au gens. Les chercheurs craignent aussi que si il y a des lois ou des règles, cela va poser problème pour leur recherche, donc ils essaient aussi d'éviter de tomber sous la notion de biobanque.

Il faut distinguer la mise en banque du prélèvement et le stockage des données issues du prélèvement : l'information concernant le donneur du matériel sont les caractéristiques démographiques, le type de maladie,

l'évolution de la maladie, le traitement etc, mais en plus il y a toute l'information qu'on peut tirer de l'ADN. Donc on peut aussi appeler les biobanques des banques de données génétiques (synonymes).

### c. Le cadre légal/éthique (les directives et lois existantes)

Le boom de biobanques a été suivi par un boom de nouvelles directives. Beaucoup d'associations ont fait des directives et beaucoup de pays ont fait des lois. Au départ c'était plutôt des directives concernant les banques de données, l'utilisation et le stockage de matériel biologique ou encore des directives relatives aux tests génétiques, pck ça existait déjà et on voulait du coup l'appliquer aux biobanques par analogie, mais aujourd'hui on fait des directives spécifiques sur les biobanques.

Dans les premiers pays où sont apparues les biobanques (Islande, Estonie etc), on a tout de suite fait des lois. Il y a mnt des recommandations supranationales dans pls pays (France, Angleterre, etc), UNESCO aussi et Conseil de l'Europe ont participé, mais aussi des organisations professionnelles (typiquement de pathologues, etc).

A Genève et en Suisse :

- 2004 : Directives HUG sur le matériel biologique
- 2006 : Directives de l'ASSM (sous commission « biobanques »), actuellement retirée
- 2011 : ???

Conseil de l'Europe : l'harmonisation des biobanques est important mes difficile. Il faut faire es biobanques centralisées dans le banque entier. Le COE a essayé d'harmoniser la question et on fait des directives en 2006.

OCDE : version finale approuvée. Selon OCDE sujet économiquement important mais problème avec ces directives c'est qu'ils ont essayé d'harmoniser et sont restés trop vagues pour essayer de mettre tout le monde dedans.

## B. Biobanques : La protection des données

### a. Risques pour la confidentialité et le type d'anonymat

Un des thèmes qui se trouvait très souvent dans les journaux. Si on a u n manque de confidentialité, cela pourrait vraiment être une barrière pour les études et finalement la biobanque en Islande a été stoppée par une décision de la Cour Suprême car ils ont considéré que ce n'était pas compatible avec le droit des personnes vis a vis de la protection de leurs données.

Exemple : femme avait fait *opt-out* en Islande mais son père était décédé et ses données restées a l'hôpital avait été analysées. Donc cette femme a porté plainte car elle partage ces données avec son père à 50% et elle a eu gain de cause, car il a été considéré que ce consentement présumé respecte pas suffisamment les droits de la protection des données des personnes en lien avec celles incluses automatiquement. Confidentialité : les risques d'une biobanque utilisant du tissu et des données résultent pour le donneur principalement d'un manque de confidentialité : discrimination (pertes d'assurances, d'emploi, etc), stigmatisation (exemple : Valais, consanguinité dans certaines populations isolées alors on pense que tous les Valaisans ont des gènes à risque alors que pas du tout). Protection de la confidentialité : lois (violation de confidentialité est punie par la LPD et art. 321 CP, mais aussi discrimination génétique est interdite par la LAGH (Loi sur l'analyse génétique humaine) et anonymisation des données devient très importante. Terminologique d'anonymat : quand est-ce que ça l'est vraiment ? Plein de termes différentes : anonymous, anonymised, unidentified, de-identified, not traceable etc).

Directive du Conseil de l'Europe 2006 : ils ont 5 degrés d'anonymat : anonyme, irréversiblement anonymisé, réversiblement anonymisé, codé et identifié. Pour **anonyme** : en cas de DNA n'existe pas (DNA fingerprinting), uniquement pour des tissus « archéologiques » pour lesquels il n'y a pas de comparatif. Pour **anonymisé** : matériel humain + information (p.ex type de tumeur, traitement reçu, âge du patient, etc) mais toute information permettant l'identification du patient est enlevée. On peut anonymiser de deux façons : soit de façon irréversible doit réversiblement (identification es possible via un code). La différence par rapport à coder, c'est que le code n'est pas connu par le chercheur. **Identifié (nominatif)** : information permettant l'identificatif est associée au tissu. Actuellement ceci est le cas en pathologie clinique. Attention ! Les termes d'anonymisé et

codé sont utilisés de façon différente (voir schéma). Dangers de différents types du COE ? si anonyme et irréversiblement anonymisé, alors non identifiable. Si réversiblement anonymisés, codé ou identifié, alors la personne est identifiable.

### b. Tissu versus données

Au niveau suisse, art. 3 LPD : les données personnelles sont toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable. Let. c : données sensibles, surtout tout ce qui concerne la santé, mis à part la religion, etc.

Au niveau européen, il y a des recommandations au niveau du Conseil de l'Europe (n° R (97)) : « *the expression « personal data » covers any information relating to an identified or identifiable individual. And individual shall not be regarded as « identifiable » if identification requires an unreasonable amount of time and manpower. In cases where the individual is not identifiable, the data are referred to as anonymous* ». Aussi Directive 95/46/EC (1995) : NOT « unreasonable amount of time and manpower » ; « *Personal data shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (data subject) ; an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical (...)* ».

Pour la LAGH : autres définition. Au niveau médical : type de séquence ATG, séquence nucléotidique de l'ADN, d'autres données concernant des caractéristiques héréditaires. Equivalent ? Voir schéma. Si on compare les données, on dit que le tissu est différent car c'est du matériel humain qu'il faut traiter avec un certain respect et une certaine dignité, car on peut faire moins avec mais il faut le traiter différemment d'une simple chose, i.e des données.

### c. Quel degré de protection est suffisant ?

Suisse très critiquée car bcp d'analyses sont pas possibles alors qu'elles seraient bénéfiques pour la population, pck on permet pas p.ex des registres numérisés, etc et pas possible de faire des liens avec d'autres pays, donc la population en suisse a besoin d'avoir un degré de protection très élevé. Le matériel biologique et les données devraient-ils être stockés ? Si oui, sous quelle forme ? Utilisés par les chercheurs ? Comment assurer qu'un anonymat irréversible ou réversible est vraiment approprié/suffisant ? Degré souhaitable d'anonymat (réponse souvent donnée par les commissions d'éthique, les chercheurs, etc) : le stockage codé et l'utilisation d'anonymat réversible (si p.ex enfants risquent de souffrir d'un cancer, on peut revenir vers eux). Les banques de données génétiques : le conflit d'intérêts. Comment faire pour concilier deux intérêts :

- Intérêt bénéfice-efficience : maximiser le bénéfice et des banques pour la recherche, i.e garantir l'efficience.  
ET
- Intérêt autonomie-réduction des risques : respecter les droits des donneurs (autonomie) et protéger les donneurs contre les risques (protection des données).

Voir schéma avec flèches.

### d. Accès aux données

- Tierce instance : assurances, employeurs, juges, famille
- Donneurs (information des donneurs sur les résultats)
- Voir slides.

### e. Consentement, anonymat et protection

Voir slides.

## C. Protection des données : la complexité des biobanques modernes (exemple : @neurIST)

Voir slides.