

# Facettes du droit de la personnalité

Journée de droit civil 2013  
en l'honneur de  
la Professeure Dominique Manai

Edité par  
Margareta Baddeley  
Bénédict Foëx  
Audrey Leuba  
Marie-Laure Papaux van Delden

Avec les contributions de

Stéphane Werly  
Jean-Philippe Dunand  
Julia Xoudis  
Marie-Laure Papaux van Delden  
Michelle Cottier  
Philippe Ducor



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Margareta Baddeley / Bénédicte Foëx / Audrey Leuba /  
Marie-Laure Papaux van Delden

## Facettes du droit de la personnalité



*Dominique Tlavi*

Journée de droit civil 2013  
en l'honneur de  
la Professeure Dominique Manai

# Facettes du droit de la personnalité

Edité par  
Margareta Baddeley  
Bénédict Foëx  
Audrey Leuba  
Marie-Laure Papaux van Delden

Avec les contributions de

Stéphane Werly  
Jean-Philippe Dunand  
Julia Xoudis  
Marie-Laure Papaux van Delden  
Michelle Cottier  
Philippe Ducor



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2014

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2014

ISBN 978-3-7255-8524-3

Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

ISSN Collection genevoise: 1661-8963

## Avant-propos

La *JOURNEE DE DROIT CIVIL 2013* traitait « 7 facettes du droit de la personnalité ». Ce domaine est cher à notre collègue Dominique Manaï, à qui était dédiée la Journée. Un public nombreux a témoigné de son intérêt pour les sujets discutés par nos conférenciers, faisant en même temps honneur à notre collègue et aux organisateurs de la Journée.

Dans le monde actuel, où l'activité sur les plans économique et politique se déroule de manière globalisée et interconnectée à un rythme accéléré que l'on n'aurait pas imaginé il y a quelques décennies encore, l'individu a besoin d'être protégé dans son intégrité psychique, physique, affective et économique. Nos conférenciers ont choisi de discuter certaines des multiples conséquences juridiques de cette évolution. Certaines affaires très médiatisées ces derniers mois ont permis de se pencher sur la question de la liberté d'expression des médias et ses limites (S. Werly). L'entrée en vigueur d'une loi consacrée à la recherche sur l'être humain donnait l'occasion rêvée de discuter de l'état actuel de la protection de la dignité humaine et de la personnalité des sujets de recherche (Ph. Ducor). Les changements importants intervenus dans le monde du travail donnent depuis peu une importance particulière à la protection de la personnalité du travailleur dans les rapports de travail (J.-Ph. Dunand). La jurisprudence en matière de protection de la personnalité économique permet de discuter dans un cas concret de la question du droit d'être admis comme membre d'une société coopérative (J. Xoudis). La réalité économique ne doit toutefois pas faire oublier la complexification des relations familiales et générationnelles, qui conduisent à poser la question de la protection de la personnalité de l'enfant (M.-L. Papaux van Delden) et, à l'autre bout de la palette des âges, celle des personnes résidant en établissement médico-social (M. Cottier).

La complexité du monde se reflète dans celle des questions juridiques posées aux juristes de tous horizons. Un des grands mérites des textes qui suivent est d'apporter des réponses aux avocats, juges, juristes d'entreprise ou exerçant au sein de l'administration, ainsi qu'aux chercheurs et étudiants.

Les éditeurs de présents Actes et co-organisateurs de la *JOURNÉE DE DROIT CIVIL 2013* réitèrent leurs remerciements aux nombreux participants au Colloque, de même qu'aux conférenciers et présidents de séance. Nous tenons à remercier également de leur travail et leur soutien fort appréciés l'équipe des assistants du département de droit civil, ainsi que la Commission des publications de la Faculté de droit et la doyenne, la professeure Ch. Chappuis. Un merci tout particulier s'adresse à Mmes N. Crausaz, F. Pinget et E. Pralong, secrétaires, et à nos assistants Mme O. Jubin et MM. A. Alvarez, L.-A. Baumberger et Y. Conti.

Margareta Baddeley, Bénédict Foëx,  
Audrey Leuba et Marie-Laure Papaux van Delden

Genève, octobre 2014

# Sommaire

STEPHANE WERLY

La parole de trop dans les médias.....13

JEAN-PHILIPPE DUNAND

La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) :  
norme flexible et cardinale du droit suisse du travail.....47

JULIA XOUDIS

Affaire « L'Etivaz » : droit de la concurrence et appellations d'origine  
protégées (AOP).....73

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN

Au nom des droits de la personnalité de l'enfant : facettes choisies.....97

MICHELLE COTTIER

La protection de la personnalité des résidents  
d'établissements médico-sociaux .....141

PHILIPPE DUCOR

Protection de la personnalité des sujets de recherche .....167



## Liste des abréviations

|         |                                                                            |
|---------|----------------------------------------------------------------------------|
| a       | ancien (ex. art. 196 aCC)                                                  |
| ACJ     | Arrêt de la Cour de justice (Genève)                                       |
| ACJC    | Arrêt de la Cour de justice civile                                         |
| AI      | Assurance invalidité                                                       |
| AIEP    | Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision |
| AIJC    | Annuaire international de justice constitutionnelle                        |
| al.     | alinéa(s)                                                                  |
| AMal    | Assurance-maladie                                                          |
| AOP     | appellation(s) d'origine protégée(s)                                       |
| AP      | Avant-projet                                                               |
| art.    | article(s)                                                                 |
| ASSM    | Académie Suisse des Sciences Médicales                                     |
| ATF     | Arrêt du Tribunal fédéral                                                  |
| AVS     | Assurance vieillesse et survivants                                         |
| BaK     | Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht                           |
| BGB     | Bürgerliches Gesetzbuch                                                    |
| BGH     | Bundesgerichtshof (Cour fédérale de Justice, Allemagne)                    |
| BJM     | Basler Juristische Mitteilungen                                            |
| BK      | Berner Kommentar                                                           |
| BO      | Bulletin officiel                                                          |
| BO CE   | Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale – Conseil des Etats              |
| BO CN   | Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale – Conseil national               |
| c.      | considérant(s)                                                             |
| ca.     | <i>circa</i>                                                               |
| CAPH/GE | Chambre d'appel des Prud'hommes du canton de Genève                        |
| CC      | Code Civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)                            |
| CC/NE   | Cour civile du canton de Neuchâtel                                         |

|         |                                                                                                             |
|---------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CCC/NE  | Cour de cassation civile du canton de Neuchâtel                                                             |
| CDE     | Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 (RS 0.107)               |
| CEDH    | Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101) |
| CEE     | Communauté économique européenne                                                                            |
| cf.     | <i>conferre</i>                                                                                             |
| ch.     | chiffre                                                                                                     |
| chap.   | chapitre                                                                                                    |
| CHK     | Handkommentar zum Schweizer Privatrecht                                                                     |
| CJ      | Cour de justice                                                                                             |
| CO      | Code des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)                                                              |
| Comco   | Commission de la concurrence                                                                                |
| CommFam | Commentaire du droit de la famille                                                                          |
| COPMA   | Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes                                  |
| CourEDH | Cour européenne des droits de l'Homme, Strasbourg                                                           |
| CP      | Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)                                                           |
| CPC     | Code de procédure civile suisse, du 19 décembre 2008 (RS 272)                                               |
| CPP     | Code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007 (RS 312.0)                                               |
| cpr     | comparer                                                                                                    |
| CR      | Commentaire romand                                                                                          |
| Cst.    | Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)                                 |
| DEFR    | Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche                                       |
| DPC     | Droit et politique de la concurrence en pratique (admin.ch)                                                 |
| DPI     | Diagnostic préimplantatoire                                                                                 |
| DTA     | Droit du travail                                                                                            |
| éd.     | édition/éditeur                                                                                             |
| e.g     | <i>exempli gratia</i> = par exemple                                                                         |

|        |                                                                                                                                            |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| EMS    | établissement médico-social                                                                                                                |
| et al. | <i>et alii</i> = et les autres                                                                                                             |
| ex.    | exemple(s)                                                                                                                                 |
| FamPra | FamPra.ch - La pratique du droit de la famille                                                                                             |
| FF     | Feuille fédérale                                                                                                                           |
| FJS    | Fiches juridiques suisses                                                                                                                  |
| FIFA   | Fédération internationale de football association                                                                                          |
| FOSC   | Feuille officielle suisse du commerce                                                                                                      |
| IGP    | <i>Indication(s) géographique(s) protégée(s)</i>                                                                                           |
| JAAC   | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération                                                                            |
| JAB    | Jurisprudence administrative bernoise                                                                                                      |
| JdT    | Journal des tribunaux                                                                                                                      |
| LAGH   | Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, du 8 octobre 2004 (RS 810.12)                                                                |
| LAgr   | Loi fédérale sur l'agriculture, du 29 avril 1998 (RS 910.1)                                                                                |
| LAVS   | Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (RS 831.10)                                                     |
| LCart  | Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (RS 251)                                           |
| LCD    | Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)                                                                  |
| LDIP   | Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (RS 291)                                                                |
| LDS    | Loi (genevoise) sur le droit des successions, du 26 novembre 1960 (RS GE D 3 25)                                                           |
| LEg    | Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (RS 151.1)                                                              |
| LFLP   | Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 17 décembre 1993 (RS 831.42) |
| LIPPI  | Loi fédérale sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides, du 6 octobre 2006 (RS 831.26)              |

|      |                                                                                                                                                                                          |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| lit. | <i>littera</i> = lettre                                                                                                                                                                  |
| LPC  | Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, du 6 octobre 2006 (RS 831.30)                                                                                        |
| LPM  | Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance, du 28 août 1992 (RS 232.11)                                                                                 |
| LPMA | Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998 (RS 810.11)                                                                                                   |
| LPP  | Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (RS 831.40)                                                                         |
| LPTh | Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, du 15 décembre 2000 (RS 812.21)                                                                                            |
| LRCS | Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires, du 19 décembre 2003 (RS 810.31)                                                                             |
| LRH  | Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, du 30 septembre 2011 (RS 810.30)                                                                                                 |
| LRFP | Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, du 18 juin 1993 (RS 221.112.944)                                                                                                |
| LTF  | Loi fédérale sur le tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)                                                                                                                       |
| LTr  | Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 13 mars 1964 (RS 822.11)                                                                                    |
| LTx  | Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, du 8 octobre 2004 (RS 810.21)                                                                                   |
| n.   | numéro(s) marginal(aux)                                                                                                                                                                  |
| NJW  | Neue Juristische Wochenschrift                                                                                                                                                           |
| nbp  | note(s) (de bas de page)                                                                                                                                                                 |
| n°   | numéro                                                                                                                                                                                   |
| OAOP | Ordonnance concernant la protection des appellations d'origine et des indications géographiques des produits agricoles et des produits agricoles transformés, du 28 mai 1997 (RS 910.12) |
| obs. | observation(s)                                                                                                                                                                           |
| OCCE | Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, du 17 juin 1996 (RS 251.4)                                                                                                  |
| OCDE | Organisation de coopération et de développement économiques                                                                                                                              |

|          |                                                                                                                                                |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| OClin    | Ordonnance sur les essais cliniques dans le cadre de la recherche sur l'être humain, du 20 septembre 2013 (RS 810.305)                         |
| OCIRT    | Office cantonal genevois de l'inspection et des relations du travail                                                                           |
| OE       | Ordonnance sur l'Etat civil, du 28 avril 2004 (RS 211.112.2)                                                                                   |
| OFAG     | Office fédéral de l'agriculture                                                                                                                |
| OFEC     | Office fédéral de l'état civil                                                                                                                 |
| OFJ      | Office fédéral de la justice                                                                                                                   |
| OFSP     | Office fédéral de la santé public                                                                                                              |
| OIC      | Organisme Intercantonal de Certification                                                                                                       |
| OIOP     | Ordonnance sur l'extension des mesures d'entraide des interprofessions et des organisations de producteurs, du 30 octobre 2002 (RS 919.117.72) |
| OMS      | Organisation mondiale de la Santé                                                                                                              |
| ONG      | Organisation non gouvernementale                                                                                                               |
| op. cit. | <i>opere citato</i>                                                                                                                            |
| OPE      | Ordonnance sur le placement d'enfant, du 19 octobre 1977 (RS 211.222.338)                                                                      |
| OPP2     | Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 18 avril 1984 (RS 831.441.1)                             |
| ORF      | Ordonnance sur le registre foncier, du 22 février 1910 (RS 211.432.1)                                                                          |
| Org LRH  | Ordonnance d'organisation concernant la loi relative à la recherche sur l'être humain, du 20 septembre 2013 (RS 810.308)                       |
| ORH      | Ordonnance relative à la recherche sur l'être humain à l'exception des essais cliniques, du 20 septembre 2013 (RS 810.301)                     |
| P        | Projet (de loi)                                                                                                                                |
| p.       | page                                                                                                                                           |
| PA       | Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021)                                                                 |
| PJA      | Pratique juridique actuelle                                                                                                                    |

|         |                                                                                      |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| PMA     | procréation médicalement assistée                                                    |
| PP      | prévoyance professionnelle                                                           |
| PPCP    | prise de position du Conseil suisse de la presse                                     |
| RCT     | Registre central des testaments                                                      |
| RDAF    | Revue de droit administratif et de droit fiscal                                      |
| RDS     | Revue de droit suisse                                                                |
| réf.    | référence(s)                                                                         |
| rés.    | résumé(e)                                                                            |
| Rev.    | Revue                                                                                |
| RDT     | Revue du droit de tutelle                                                            |
| RJN     | Recueil de jurisprudence neuchâteloise                                               |
| RMA     | Revue de la protection des mineurs et des adultes                                    |
| RNRF    | Revue suisse du notariat et du registre foncier                                      |
| RO      | Recueil officiel des lois fédérales                                                  |
| RP      | registre professionnel                                                               |
| RPS     | Revue pénale suisse                                                                  |
| RS      | Recueil systématique du droit fédéral                                                |
| RSDIE   | Revue suisse de droit international et de droit européen                             |
| RSJ     | Revue suisse de jurisprudence                                                        |
| RSJB    | Revue de la société des juristes bernois                                             |
| RSPI    | Revue suisse de propriété intellectuelle                                             |
| RtiD    | Rivista ticinese di diritto                                                          |
| RTS     | Radio Télévision Suisse                                                              |
| RUDH    | Revue universel des droits de l'homme                                                |
| s./s/ss | suivant(e)(s)                                                                        |
| sic!    | Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence |
| SJ      | La Semaine judiciaire                                                                |
| TAF     | Tribunal administratif fédéral                                                       |
| TC      | Tribunal cantonal                                                                    |

|           |                                              |
|-----------|----------------------------------------------|
| TDPS      | Traité de droit privé suisse                 |
| TF        | Tribunal fédéral                             |
| Tit. fin. | titre final                                  |
| TPH/GE    | Tribunal des Prud'hommes du canton de Genève |
| UE        | Union européenne                             |
| vol.      | volume                                       |



# La parole de trop dans les médias

STÉPHANE WERLY<sup>1</sup>

## I. Introduction

Héritage du siècle des Lumières, l'idée que tout citoyen peut librement communiquer son opinion<sup>2</sup> ne s'est pas immédiatement imposée dans notre pays. En effet, si sa Constitution du 12 avril 1798, octroyée par les Français, était précédée de tout un catalogue de libertés, la Suisse n'a que très récemment consacré la liberté d'expression dans son texte de base. Certes, notre Cour suprême l'a d'abord reconnue comme un principe essentiel du droit fédéral ou cantonal<sup>3</sup>, puis comme un droit constitutionnel non écrit<sup>4</sup>, mais il a fallu attendre la Constitution fédérale du 18 avril 1999<sup>5</sup> pour la voir couchée sur le papier (art. 16 – liberté d'opinion et liberté d'information).

A l'instar des autres garanties fondamentales, les libertés d'opinion et d'information ou, plus largement, les libertés de communication<sup>6</sup>, ne sont pas absolues : nombre de lois peuvent les entraver de manière répressive, voire même préventive. Si l'on songe à la mission première des médias, soit contribuer à la discussion publique de questions d'intérêt général, l'on comprend aisément que cette tâche n'est pas sans risques, eu égard aux limitations envisageables.

En la matière, notre pays a connu, au fil du temps, son lot d'affaires ayant défrayé la chronique. Les trois exemples qui suivent en constituent de parfaites illustrations<sup>7</sup>. Le 31 mars 2002, le *SonntagsBlick* fait état d'une relation extraconjugale entretenue par Thomas BORER, ambassadeur de Suisse à Berlin, avec une jeune femme. Il s'avèrera que cette dernière, moyennant la somme

---

<sup>1</sup> Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel, Juge à l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP), Préposé à la protection des données et à la transparence du canton de Genève.

<sup>2</sup> Voir l'art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi". Cf. aussi le premier amendement de la Constitution des Etats-Unis, ratifié en 1791 : "*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech or of the press [...]*".

<sup>3</sup> ATF 87 I 117.

<sup>4</sup> ATF 91 I 485.

<sup>5</sup> Cst.; RS 101.

<sup>6</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, n. 1525.

<sup>7</sup> Pour plus de détails sur ces cas, voir AUBERSON, p. 75 ss; BIANCHI DELLA PORTA, p. 507 s.

de 10'000 euros, avait menti sur la pression de l'éditeur<sup>8</sup>, lequel présentera publiquement ses excuses<sup>9</sup>. Autre atteinte à la sphère privée, celle endurée par l'épouse du président de la FIFA, lorsque, le 8 décembre 2004, *L'Illustré* publie un article relatant les conditions du divorce du couple<sup>10</sup>. Enfin, victime d'une campagne de presse virulente en juillet 2008, Roland NEF, chef de l'armée, finira par démissionner. Son ministre de tutelle n'avait pas estimé nécessaire d'informer les autres conseillers fédéraux d'une procédure pénale en cours à son encontre<sup>11</sup>.

L'année 2013 a aussi été riche en la matière. Au mois de juillet, le journaliste Ludovic ROCCHI publie dans les colonnes du *Matin* une série d'articles faisant état de soupçons de plagiat et de mobbing à l'encontre d'un professeur de l'Université de Neuchâtel<sup>12</sup>. S'ensuit le dépôt d'une plainte pour diffamation, calomnie et violation du secret de fonction. Une perquisition chez le journaliste est alors ordonnée, afin, selon le procureur général, d'identifier l'auteur des fuites sur les dysfonctionnements à la Faculté des sciences économiques. Du matériel informatique et des notes appartenant au journaliste sont saisis à son domicile. Tollé dans le monde des médias, jusqu'à ce que le Tribunal cantonal neuchâtelois, estimant la perquisition disproportionnée au vu des éléments insuffisants pour reprocher une instigation à la violation du secret de fonction, ordonne la restitution du matériel saisi<sup>13</sup>.

Les professionnels des médias n'ont pas le monopole des poursuites intentées ; le citoyen lambda n'est pas à l'abri de subir les foudres de la justice pour des mots malvenus. Ainsi, au mois de septembre 2013, le directeur de la banque cantonale de Zurich, invoquant la rupture de confiance et la violation du devoir de diligence, licencie avec effet immédiat deux cadres qui s'étaient permis de commenter son style de gestion dans le blog *Inside Paradeplatz*<sup>14</sup>. Début octobre, à Genève, la directrice du Collège Calvin, jugeant que le second numéro du journal *La Chouette* était "infâmant" et comportait des déclarations

---

<sup>8</sup> En fait, la correspondante du journal à Berlin l'avait menacée de publier des photos d'elle dénudée.

<sup>9</sup> Devant l'ampleur prise par le scandale, l'ambassadeur quittera ses fonctions. La journaliste et le rédacteur en chef feront de même. Cf. le rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 7 avril 2005 (FF 2005 4789 ss) et la prise de position du Conseil suisse de la presse (ci-après PPCP) 62/2002.

<sup>10</sup> PPCP 27/2005.

<sup>11</sup> Voir le rapport de la Commission de gestion du Conseil national du 28 novembre 2008 (FF 2009 2989 ss).

<sup>12</sup> En janvier 2014, l'enseignant, qui écoperait d'un blâme et d'une menace formelle de renvoi (l'enquête administrative révéla des "actes de plagiat par manque de rigueur"), sera réintégré dans ses fonctions.

<sup>13</sup> Tribunal cantonal neuchâtelois ARMP.2013.94/sk-ae, 10.09.2013. Un recours est actuellement pendant au Tribunal fédéral.

<sup>14</sup> L'Hebdo, 26 septembre 2013, p. 8.

calomnieuses invitant à "l'ostracisme et au harcèlement", renvoie pour une durée de trois jours les deux élèves rédacteurs en chef<sup>15</sup>.

En la matière, la France n'est pas en reste. En septembre 2013, la religieuse Agnès-Mariam DE LA CROIX, s'estimant diffamée par l'ouvrage *Attentat express*, qui met en cause son rôle dans la mort du journaliste Gilles JACQUIER, tué le 11 janvier 2012 à Homs, dépose une plainte contre les auteurs du livre<sup>16</sup>. Quelque temps plus tard, Jean-Marie LE PEN, président d'honneur du Front national, est condamné à une amende de 5'000 euros pour avoir attribué aux Roms la phrase : "Nous, nous sommes comme les oiseaux, nous volons naturellement"<sup>17</sup>. Le 9 janvier 2014, le Conseil d'Etat français donne raison au ministre de l'Intérieur Manuel VALLS en interdisant le spectacle de l'humoriste Dieudonné M'BALA M'BALA, au motif d'un risque de troubles à l'ordre public<sup>18</sup>. Cinq jours plus tard, l'hebdomadaire *Closer*, qui venait de révéler la liaison entre le président François HOLLANDE et l'actrice Julie GAYET, reçoit une assignation de la comédienne pour atteinte à la vie privée<sup>19</sup>.

En définitive, ces exemples illustrent le fait que tout un chacun est susceptible de se voir reprocher une parole de trop dans un blog<sup>20</sup>, un journal, une émission de radio ou de télévision. Sans prétendre à l'exhaustivité, la présente étude a pour ambition d'effectuer un tour des principales normes pénales, civiles et déontologiques susceptibles de s'appliquer lors d'une publication par un média<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Tribune de Genève, 9 octobre 2013, <http://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/Des-collegiens-de-Calvin-renvoies-trois-jours-a-cause-d-un-journal-satirique/story/10822574>.

<sup>16</sup> L'Hebdo, 26 septembre 2013, p. 8.

<sup>17</sup> Le Tribunal correctionnel de Paris l'a déclaré coupable d'injure publique envers un groupe de personnes en raison de son appartenance à une ethnie : <http://lci.tf1.fr/france/justice/propos-sur-les-roms-jean-marie-le-pen-condamne-a-5000-euros-d-amende-8333361.html>.

<sup>18</sup> <http://tempsreel.nouvelobs.com/justice/20140109.OBS1800/en-direct-dieudonne-jouera-t-il-a-nantes-le-tribunal-est-reuni.html>.

<sup>19</sup> Le magazine s'est vu réclamer 50'000 euros de dommages et intérêts, 4'000 euros pour les coûts de procédure, ainsi qu'une publication judiciaire sur la moitié de la couverture.

<sup>20</sup> Sur ce sujet spécifique, cf. CIOLA-DUTOIT/COTTIER, p. 72 ss.

<sup>21</sup> Afin de garder une taille raisonnable, cette contribution laissera donc de côté les mesures préventives et la réglementation administrative. Ces deux aspects seront néanmoins brièvement abordés dans la conclusion.

## II. Le droit pénal

### A. *Les infractions contre l'honneur*

#### 1. *La notion d'honneur*

Les infractions contre l'honneur constituent des exemples classiques de délits d'expression de la pensée. Par honneur, il faut entendre la réputation de se conduire comme une personne digne a coutume de le faire selon les conceptions généralement reçues. Ce droit au respect est lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'homme<sup>22</sup>. Dans la discussion politique, l'atteinte à l'honneur punissable ne doit être admise qu'avec retenue et, en cas de doute, niée<sup>23</sup>. Pour juger s'il y a ou non atteinte, on se fondera sur une interprétation objective, celle que le lecteur non prévenu fait de l'allégation litigieuse<sup>24</sup>.

Aux traditionnelles diffamations (art. 173 CP<sup>25</sup>), calomnies (art. 174 CP) et injures (art. 177 CP) s'ajoutent les outrages aux Etats étrangers (art. 296 CP) ou à des institutions interétatiques (art. 297 CP), lesquels ont été érigés en délits spéciaux par le législateur. Leur singularité réside dans le fait que les poursuites ne peuvent être intentées qu'avec l'approbation du Conseil fédéral.

#### 2. *Les preuves libératoires*

A teneur de l'art. 173 CP, le juge devra renoncer à la condamnation si le diffamateur soulève avec succès l'exception de la vérité ou de la bonne foi. Les preuves libératoires répondent à une double condition : le diffamateur ne doit pas avoir agi sans motif objectivement suffisant ni n'avoir eu comme dessein principal de dire du mal d'autrui.

La preuve de la vérité peut s'avérer ardue dans le cadre d'une satire, dans la mesure où cette dernière, par définition, recourt à l'accentuation et à l'exagération. Si l'auteur est persuadé, à tort, que la fausseté de ses allégations est reconnaissable de chacun, il faut admettre que, faute d'intention, l'art. 173 CP n'est pas violé<sup>26</sup>. L'exception de sauvegarde d'intérêts légitimes devrait, dans les autres cas, du moins lorsque l'humour prédomine et que les affirmations demeurent relativement faibles, permettre à l'auteur de la satire de

---

<sup>22</sup> ATF 132 IV 115; DOVAT, p. 7.

<sup>23</sup> ATF 131 IV 26; CORBOZ, n. 10 *ad* art. 173 CP; RIKLIN, BaK StGB II, n. 25 *ad* Vor Art. 173 CP.

<sup>24</sup> ATF 128 IV 58.

<sup>25</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311.0.

<sup>26</sup> ATF 85 IV 186.

ne pas se retrouver devant les tribunaux<sup>27</sup>. En revanche, il n'y a rien d'amusant à ce qu'un hebdomadaire laisse croire qu'une personne partage la vision d'un génocidaire<sup>28</sup>.

### 3. *Cas d'application*

Selon les juges de Mon Repos, sont attentatoires à l'honneur : un intertitre faisant état d'une escroquerie à l'assurance, même s'il ressortait de l'article qu'aucune condamnation de ce chef n'avait encore été prononcée<sup>29</sup> ; l'affirmation selon laquelle une gouvernante a isolé une dame âgée pour lui soutirer de l'argent en exploitant son état de faiblesse<sup>30</sup> ; l'allégation selon laquelle un notable a été associé à la préparation d'un putsch<sup>31</sup> ; un article de presse dénonçant une "formidable escroquerie morale"<sup>32</sup> ; les qualificatifs de "psychopathe"<sup>33</sup>, "hacker"<sup>34</sup>, "traître à son pays"<sup>35</sup> ; un article d'un journal dont le titre et l'intertitre affirment qu'un enfant de moins de sept ans a tué sa petite sœur, alors qu'il est expliqué plus loin qu'il ne s'agit là que de l'hypothèse la plus vraisemblable émise par le juge d'instruction<sup>36</sup> ; l'assimilation d'une personne à un parti politique que l'histoire a rendu méprisable ou la suggestion qu'elle a de la sympathie pour le régime nazi<sup>37</sup>.

Ne constituent en revanche pas un délit au sens des art. 173 ss CP : des doutes émis sur la solidité des nerfs d'une personne<sup>38</sup> ; des reproches formulés à l'encontre d'un député de présenter une proposition violant la loi et la Constitution<sup>39</sup> ; le grief fait à un homme politique d'avoir soumis une offre à un prix surfait<sup>40</sup> ; l'affirmation selon laquelle un membre d'une commission publique a pris en considération ses intérêts privés<sup>41</sup> ; le fait de taxer une

<sup>27</sup> BARRELET/WERLY, n. 1223.

<sup>28</sup> ATF 137 IV 319.

<sup>29</sup> ATF 116 IV 42.

<sup>30</sup> ATF 117 IV 29.

<sup>31</sup> ATF 118 IV 159 s.

<sup>32</sup> TF 6S\_295/2000, 01.11.2000.

<sup>33</sup> ATF 93 IV 20.

<sup>34</sup> TF 6B\_647/2011, 29.12.2011.

<sup>35</sup> TF 1B\_368/2012, 13.05.2013.

<sup>36</sup> TF 6S.368/2000, 04.12.2000.

<sup>37</sup> Ce cas a fait couler beaucoup d'encre. Il concernait un article au centre duquel figurait un photomontage présentant, à côté de celui d'Adolf HITLER, le portrait d'Oskar FREYSINGER, alors en pleine campagne pour les élections fédérales, revêtu d'un uniforme du parti nazi et d'un brassard comportant la croix gammée et dont le texte comparait les méthodes du politicien avec celles ayant porté au pouvoir l'homme d'Etat en Allemagne : ATF 137 IV 314 ss (sur cet arrêt, voir DUTOIT, p. 1 ss).

<sup>38</sup> ATF 76 IV 30.

<sup>39</sup> ATF 80 IV 165.

<sup>40</sup> ATF 103 IV 159.

<sup>41</sup> ATF 103 IV 161.

personne de "spéculateur tourmentant les demandeurs d'asile"<sup>42</sup>; des propos incisifs et tapageurs tenus dans un journal<sup>43</sup>; un article qui qualifie l'homosexualité de "comportement déviant"<sup>44</sup>; l'évocation, dans une chronique judiciaire, de soupçons selon lesquels une association d'aide au suicide aurait prêté son concours pour des mobiles égoïstes<sup>45</sup>; le fait de trouver une personne ridicule en la traitant de "bouffon" et de le lui faire savoir<sup>46</sup>.

## **B. Les infractions contre le secret**

### *1. La publication de débats officiels secrets*

L'art. 293 CP punit de l'amende celui qui, sans en avoir le droit, aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité dans les limites de sa compétence. Découle précisément de cette disposition l'interdiction faite aux médias de publier des éléments ressortant de procédures non publiques<sup>47</sup> au sens de l'art. 69 al. 3 CPP<sup>48</sup>.

La nature purement formelle du secret protégé<sup>49</sup> conduit les professionnels des médias à considérer les poursuites intentées à leur rencontre comme arbitraires. Une initiative parlementaire demandant l'abrogation de cette norme a d'ailleurs été déposée au Conseil national<sup>50</sup>. Quoiqu'il en soit, il y aura impunité en cas de secrets déclarés arbitrairement<sup>51</sup>, de secrets de peu d'importance (art. 293 al. 3 CP)<sup>52</sup>, d'erreur de droit<sup>53</sup> ou d'informations d'intérêt public (exception de sauvegarde d'intérêts légitimes)<sup>54</sup>. Concernant ce dernier point, un journaliste ne peut arguer d'un devoir moral d'informer les lecteurs

---

<sup>42</sup> ATF 115 IV 44.

<sup>43</sup> TF 6B\_333/2008, 09.03.2009.

<sup>44</sup> TF 6B\_361/2010, 01.11.2010.

<sup>45</sup> TF 6B\_202/2013, 13.05.2013.

<sup>46</sup> TF 6B\_557/2013, 12.09.2013.

<sup>47</sup> FF 2006 1132; TF 1B\_480/2012, 06.03.2013.

<sup>48</sup> Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0.

<sup>49</sup> ATF 126 IV 242; BRUN, p. 11; MEILL, Art. 293 StGB, p. 135 ss. Sur le conflit de la norme avec le droit du Conseil de l'Europe, voir AUER, p. 65 ss.

<sup>50</sup> Initiative parlementaire LANG du 30 septembre 2011. Le 31 août 2012, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé d'y donner suite. Son équivalent à la Chambre Haute a adhéré à cette manière de voir le 23 octobre 2012.

<sup>51</sup> ATF 77 IV 182.

<sup>52</sup> TPF SK.2010.13, 21.04.2011.

<sup>53</sup> Par exemple si un membre d'un Gouvernement cantonal remet à un journaliste un projet de rapport élaboré par la Commission de gestion du Parlement en le priant d'en faire usage dans les colonnes de son journal.

<sup>54</sup> L'intérêt en cause doit peser lourd et il ne doit pas y avoir un autre moyen légal d'arriver au même résultat : ATF 127 IV 169; ATF 129 IV 15.

sur les agissements d'un pédophile pour publier des documents d'une enquête en cours<sup>55</sup>. Il ne peut pas plus se retrancher derrière sa déontologie pour publier une note confidentielle émise par un ambassadeur à l'attention d'un Conseiller fédéral, s'il reprend uniquement les passages les plus virulents de ladite note, ce qui apporte une forme tronquée et réductrice aux articles et est par conséquent de nature à induire en erreur les lecteurs<sup>56</sup>.

## 2. *La trahison diplomatique*

L'art. 267 CP, quant à lui, protège le secret matériel, soit uniquement ce qui mérite de rester inconnu du public. Cette acception suppose que le détenteur du secret veuille garder un fait caché, qu'il y ait un intérêt légitime, et que le fait ne soit connu ou accessible qu'à un cercle restreint de personnes<sup>57</sup>. L'intérêt de la Confédération est celui du pays, dans le domaine des relations avec l'étranger.

A l'instar de la violation de secrets militaires (art. 329 CP), cette disposition fait quelque peu figure de règle surannée<sup>58</sup>.

## C. *Les crimes et délits contre la paix publique*

### 1. *La provocation publique au crime ou à la violence*

L'art. 259 CP punit celui qui a provoqué publiquement à un crime ou à un délit impliquant la violence contre autrui ou contre des biens. Par provoquer, il faut comprendre un appel d'une certaine intensité qui, par sa forme (même interrogative) et son contenu, est de nature à influencer la volonté du destinataire. Point n'est besoin de mentionner explicitement l'infraction qu'on souhaite voir commise ; il suffit qu'un lecteur non prévenu puisse le déduire du texte de l'appel<sup>59</sup>.

### 2. *L'atteinte à la liberté de croyance et des cultes*

Celui qui, publiquement et de façon vile, aura offensé ou bafoué les convictions d'autrui en matière de croyance, en particulier de croyance en Dieu, risque une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus (art. 261 al. 1 CP). L'œuvre dans

<sup>55</sup> TF 6B\_256/2012, 27.09.2012.

<sup>56</sup> CourEDH, STOLL c. Suisse, Grande Chambre, 10.12.2007, § 140 ss.

<sup>57</sup> ATF 126 IV 244.

<sup>58</sup> BARRELET/WERLY, n. 1278.

<sup>59</sup> ATF 111 IV 152 s.

son ensemble doit viser à rabaisser la foi de manière blessante, à la ridiculiser méchamment, à la bafouer de façon vile<sup>60</sup>.

### 3. *La discrimination raciale*

L'art. 261<sup>bis</sup> CP, concrétisation en droit interne de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965<sup>61</sup>, recouvre plusieurs aspects. Tout d'abord, l'incitation publique à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse (al. 1). Des propos visant à présenter les juifs comme dangereux et suscitant par là-même une attitude hostile à leur égard ("Nous nous inclinons devant l'étoile de David, le chapeau de GESSLER de notre époque!"), constituent un tel comportement<sup>62</sup>.

Ensuite, des propos publics propageant une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion (al. 2), comme par exemple l'antisémitisme ou une théorie qui affirme la supériorité de la race blanche et en déduit un devoir de refuser aux races inférieures les mêmes droits<sup>63</sup>.

Outre l'organisation ou l'encouragement d'actions de propagande (al. 3)<sup>64</sup>, est aussi répréhensible le fait d'abaisser ou de discriminer d'une manière qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion, et cela publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière (al. 4). Des épithètes telles que "les Yougos sont tous des criminels!", "les bougnouls au poteau!", "les musulmans empestent notre pays" tombent sous le coup de la loi<sup>65</sup>. Tel n'est en revanche pas le cas de "cochon d'étranger" (*Sauausländer*) et de "sale requérant" (*Dreckasylant*), injures uniquement réprimées par l'art. 177 CP<sup>66</sup>.

Enfin, dernier comportement visé, celui de nier, minimiser grossièrement ou chercher à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité (al. 4 *in fine*). Le libraire qui participe à la diffusion publique d'un ouvrage négationniste ne saurait échapper à une condamnation, même si le livre n'a pas été vendu, la mise en vente publique suffisant<sup>67</sup>.

---

<sup>60</sup> ZR 1986, p. 111 ss.

<sup>61</sup> CHAIX/BERTOSSA, p. 178.

<sup>62</sup> TF 6S\_614/2001, 18.03.2002.

<sup>63</sup> BARRELET/WERLY, n. 1321.

<sup>64</sup> Voir FF 1992 III 307. Sur l'élément subjectif propre à l'alinéa 3, cf. GUYAZ, p. 275 s.

<sup>65</sup> BARRELET/WERLY, n. 1321.

<sup>66</sup> TF 6B\_715/2012, 21.02.2014.

<sup>67</sup> ATF 127 IV 295 s.

## D. *Les crimes et délits contre l'Etat et la défense nationale*

### 1. *L'atteinte à l'indépendance de la Confédération*

Durant les années trente, le journal tessinois *L'Adula* a mené une campagne de presse en faveur du rattachement du Tessin à l'Italie<sup>68</sup>. Le droit en vigueur étant alors impuissant devant une telle situation, le Parlement adopta, le 8 octobre 1936, une loi dont le contenu fut repris sans changement dans le code pénal suisse, à l'article 266. Le cas d'application le plus célèbre de cette norme remonte à 1951, lorsque notre Haute Cour infligea à un journaliste communiste une peine de quinze mois d'emprisonnement pour avoir procédé, dans ses chroniques de politique internationale, à de violentes attaques contre le Conseil fédéral<sup>69</sup>. Quelques années auparavant, des Suisses furent aussi condamnés sur cette base. Leur tort? Avoir, dans la presse et à la radio, participé aux campagnes de propagande nazie contre notre pays durant la seconde guerre mondiale<sup>70</sup>.

### 2. *Les entreprises et menées de l'étranger contre la sécurité de la Suisse*

L'art. 266<sup>bis</sup> CP a fait la une de l'actualité du 28 avril 1953, lorsque les juges de Mon Repos ont condamné à huit mois d'emprisonnement le rédacteur d'un journal communiste qui, à Budapest, devant une assemblée de journalistes de même obédience, avait présenté notre pays comme une plaque tournante de l'espionnage américain et un centre de propagande belliciste<sup>71</sup>.

### 3. *La propagande subversive*

L'art. 275<sup>bis</sup> CP punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura fait une propagande étrangère tendant à renverser par la violence l'ordre constitutionnel de la Confédération ou d'un canton. Inséré en 1950<sup>72</sup> dans le code pénal, il n'a encore jamais été appliqué.

### 4. *La provocation et l'incitation à la violation des devoirs militaires*

L'art. 276 CP s'applique par exemple à une citation faite entre un dessin montrant des chars suisses et un article sur l'objection de conscience illustré de

<sup>68</sup> FF 1936 II 72.

<sup>69</sup> TF 01.12.1951, non publié (cité dans ZELLWEGER, p. 131 s.).

<sup>70</sup> TF 14.11.1947; TF 07.05.1948, non publiés (cités dans ZELLWEGER, p. 93 ss).

<sup>71</sup> ATF 79 IV 24.

<sup>72</sup> BARRELET/WERLY, n. 1347.

deux bras cassant un fusil<sup>73</sup>. Suivant le contexte, même une phrase interrogative peut être considérée comme une telle provocation<sup>74</sup>. Il n'est pas nécessaire que l'auteur ait sérieusement souhaité que son appel soit suivi d'effets ou que ce dernier ait réellement eu des effets<sup>75</sup>.

## **E. Le régime spécial de responsabilité institué pour les médias**

### **1. Les conditions d'application de l'art. 28 CP**

Le législateur a estimé nécessaire de faire bénéficier les médias d'un régime spécial de responsabilité. Selon le libellé de l'art. 28 CP, l'auteur d'une infraction commise et consommée sous forme de publication par un média est ainsi seul punissable. Le principe de la responsabilité exclusive de l'auteur<sup>76</sup> exige la réunion de quatre conditions.

Tout d'abord, il faut une infraction commise par un média, soit un moyen technique diffusant des écrits, des images ou des sons à un public plus ou moins déterminé<sup>77</sup> (journaux, périodiques, radio, télévision, télétexte, services d'information par téléphone, sites offerts sur les autoroutes de l'information, livres, tracts, prospectus, catalogues, affiches<sup>78</sup>).

Une publication est nécessaire, c'est-à-dire que l'écrit, l'image ou le son doit avoir été mis à la disposition du public. Un écrit est déjà publié lorsqu'il n'est répandu que dans un cercle limité, à condition qu'il ne soit pas remis seulement à des personnes déterminées, mais, à l'intérieur du cercle, à quiconque s'y intéresse<sup>79</sup>. Cette condition est remplie si des propos sont diffusés dans un *newsgroup* ou lors de délits commis par voie d'e-mail, du moment que le courriel a été envoyé au moins à plusieurs milliers de destinataires simultanément<sup>80</sup>.

Ensuite, l'infraction doit avoir été consommée par la publication, ce qui sera le cas de tous les délits d'expression de la pensée.

Il faut enfin, selon la condition rajoutée par voie prétorienne, que l'application de l'art. 28 CP à une infraction déterminée n'aboutisse pas à un résultat contraire au but que poursuivait le législateur en réprimant cette

---

<sup>73</sup> ATF 99 IV 97.

<sup>74</sup> ATF 111 IV 153.

<sup>75</sup> ATF 97 IV 109.

<sup>76</sup> FF 1996 IV 559 s.

<sup>77</sup> GILLIERON, p. 219 s.

<sup>78</sup> FF 1996 IV 558; ATF 128 IV 66; WERLY, CR CP I, n. 14 *ad* art. 28 CP.

<sup>79</sup> ATF 82 IV 80.

<sup>80</sup> KUHN/MORET, p. 184.

infraction<sup>81</sup>. De la sorte, si une rédaction publie des lettres avec un contenu brutal (art. 135 CP), de pornographie dure (art. 197 ch. 3 CP) ou discriminatoire (art. 261<sup>bis</sup> al. 4 *in fine* CP), tous les collaborateurs qui en ont eu connaissance et qui n'ont pas fait obstacle à leur diffusion seront poursuivis, en sus de l'auteur<sup>82</sup>.

## 2. *Les responsables subsidiaires*

Si la justice ne peut se mettre l'auteur de l'infraction sous la dent, les poursuites se dirigeront contre le rédacteur responsable ou, à défaut, contre le responsable de la publication. La loi distingue deux situations. En premier lieu, si l'auteur est inconnu, ou qu'il ne peut être traduit devant une juridiction de notre pays, parce qu'il habite l'étranger et refuse de se présenter devant un tribunal suisse, le rédacteur responsable (ou le responsable de la publication) sera puni pour sa propre faute, c'est-à-dire pour le fait de ne pas s'être opposé à la publication. Son comportement sera passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire s'il a agi intentionnellement, l'amende s'il a agi par négligence (art. 28 al. 2 CP ; art. 322<sup>bis</sup> CP). Deuxième cas : si la publication a eu lieu à l'insu de l'auteur ou contre sa volonté, le responsable subsidiaire sera puni comme s'il était lui-même l'auteur (art. 28 al. 3 CP).

## F. *La chronique judiciaire*

Le respect de la présomption d'innocence imposé aux médias exige que ces derniers s'abstiennent de faire passer pour coupable celui qui, aux yeux de la justice, ne l'est pas encore, faute de jugement ; qu'ils n'indiquent pas les noms de suspects ou prévenus<sup>83</sup>, ni ne donnent d'autres éléments permettant leur identification ; qu'ils s'imposent de la retenue dans leur vocabulaire<sup>84</sup>. Cette exigence a été expressément consacrée aux art. 32 al. 1 Cst. et 10 al. 1 CPP.

Concrètement, avant le jugement, on dira d'une personne retenue dans les mailles de la justice qu'elle est "soupçonnée de", "prévenue de" ou "accusée de". Une certaine prudence dans les appréciations et commentaires est en outre attendue du journaliste<sup>85</sup>. Si, en principe, le nom de l'auteur présumé de l'infraction n'est pas donné, il existe néanmoins des exceptions, par exemple si, pour les besoins de l'enquête, les autorités de police ou de justice font appel aux médias pour diffuser le nom et la photo d'un suspect en fuite. Il en va de même si : l'infraction a inquiété le public, de sorte que la publication du patronyme est

<sup>81</sup> ATF 125 IV 211 s.

<sup>82</sup> Sur cette condition et les critiques doctrinales, voir WERLY, CR CP I, n. 18 ss *ad* art. 28. CP ss.

<sup>83</sup> Pour plus de détails, cf. BARRELET, p. 204 ss.

<sup>84</sup> BARRELET/WERLY, n. 1459.

<sup>85</sup> BARRELET/WERLY, n. 1461.

à même de calmer la population ; la publication du nom est indispensable pour éviter une confusion préjudiciable à un tiers ; le prévenu a lui-même attiré l'attention sur lui, en organisant des conférences de presse, en donnant des interviews, en acceptant le parrainage d'un comité de soutien, en prenant la fuite<sup>86</sup> ; grâce à sa position dans la vie publique ou à sa fonction publique, il a joui d'une confiance particulière et son infraction est en rapport avec cette position<sup>87</sup>.

Quant à l'interdiction de l'indication de l'identité de la victime, elle ressort de l'art. 74 al. 4 CPP. Le principe souffre trois exceptions. Le nom pourra être donné si cela est dans l'intérêt de la poursuite pénale, par exemple en sollicitant la collaboration de la population ; si la victime y consent ; si elle est morte et que ses proches l'autorisent.

### III. Le droit civil

Selon l'art. 28 CC, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe (al. 1). Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (al. 2). Il résulte de cette norme que l'atteinte est en principe illicite, ce qui découle du caractère absolu des droits de la personnalité. Elle devient cependant licite si son auteur peut invoquer un motif justificatif. L'illicéité est une notion objective, de sorte qu'il n'est pas décisif que l'auteur soit de bonne foi ou ignore qu'il participe à une atteinte à la personnalité<sup>88</sup>.

La mission d'information qui échoit aux médias ne saurait constituer un motif absolu de justification. De la sorte, il convient de systématiquement mettre en balance l'intérêt de l'individu concerné à la protection de sa personnalité et celui des médias à informer le public<sup>89</sup>. Seul un intérêt public à l'information pourra justifier une atteinte à la personnalité<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> ZR 1971, p. 117.

<sup>87</sup> BARRELET/WERLY, n. 1465.

<sup>88</sup> ATF 134 III 193.

<sup>89</sup> ATF 132 III 641.

<sup>90</sup> TF 5A\_641/2011, 23.02.2012.

## A. *L'honneur*

### 1. *L'honneur selon le code civil*

Alors que l'honneur protégé pénalement par l'art. 173 CP recouvre uniquement la bonne réputation d'une personne ou son sentiment d'honorabilité, l'art. 28 CC comprend aussi sa considération sociale et professionnelle<sup>91</sup>.

Pour savoir si la considération d'un individu est lésée par la presse, il faut se placer du point de vue d'un lecteur moyen et tenir compte des circonstances concrètes qui entourent la publication, à savoir le contexte ou le cadre dans lequel l'article a paru<sup>92</sup>.

### 2. *La publication de faits vrais/faux*

Les médias peuvent atteindre une personne dans sa personnalité d'une part en relatant des faits, d'autre part en les appréciant<sup>93</sup>. La publication de faits vrais n'est inadmissible que si l'individu concerné est rabaissé de manière intolérable parce que la forme de la description est inutilement blessante<sup>94</sup>.

Quant à la diffusion de faits faux, elle est illicite en elle-même. Un intérêt suffisant ne pourra justifier des faits inexacts que de manière tout à fait exceptionnelle. Les simplifications, inexactitudes, imprécisions, raccourcis ou généralisations, usuels dans le monde des médias, peuvent rester sans effet sur l'honneur. Les droits de la personnalité ne seront violés par un article de presse que si ce dernier ne correspond pas à la réalité sur des points essentiels et montre l'individu en cause sous un angle si erroné ou en présente une image si faussée qu'il s'en trouve rabaissé de manière sensible dans la considération de ses semblables<sup>95</sup>.

### 3. *Les comptes rendus judiciaires*

Lorsque les médias relatent des comptes rendus judiciaires, ils doivent adopter une formulation qui fasse comprendre avec suffisamment de clarté, pour un lecteur moyen, qu'il s'agit en l'état d'un simple soupçon ou d'une simple supposition. Il en va du respect de la présomption d'innocence.

<sup>91</sup> TF 5A\_60/2008, 26.06.2008; BIANCHI DELLA PORTA, p. 514; CRAMER, p. 124; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 535; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n. 12.87 ss; JEANDIN, CR CC I, n. 36 *ad* art. 28 CC; MEILI, BaK StGB I, n. 28 *ad* art. 28 CC; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 136 ss; RIEBEN, p. 202; TERCIER, n. 479 ss.

<sup>92</sup> TF 5A\_170/2013, 03.10.2013.

<sup>93</sup> ATF 129 III 49.

<sup>94</sup> TF 5A\_170/2013, 03.10.2013.

<sup>95</sup> ATF 138 III 641.

En la matière, il n'y a pas d'intérêt prépondérant justifiant que des affaires pénales révèlent l'identité du prévenu ou du condamné. Une personnalité publique peut voir son nom mentionné dans la presse si la situation concrète le justifie, étant entendu qu'il convient de signaler, le cas échéant, qu'il s'agit d'un soupçon. Le principe de proportionnalité doit en tous les cas être respecté : même une personnalité de l'histoire contemporaine n'est pas obligée d'accepter que les médias ne rapportent plus à son sujet que ce qui est justifié par un besoin légitime d'informer, son besoin de protection devant aussi être pris en compte, dans la mesure du possible<sup>96</sup>.

#### 4. *Les opinions personnelles*

Les opinions, commentaires et jugements de valeur sont admis pour autant qu'ils apparaissent soutenable en fonction de l'état de fait auquel ils se réfèrent. Même lorsqu'ils reposent sur des faits vrais, ils peuvent attenter à l'honneur lorsqu'ils constituent, en raison de leur forme, un rabaissement inutile. Si le public était en mesure de reconnaître les faits sur lesquels le jugement se fondait, il faut faire preuve d'une certaine retenue. Les journalistes peuvent tout à fait exprimer une opinion caustique. Un jugement de valeur ne porte atteinte à l'honneur que lorsqu'il rompt le cadre de ce qui est admis et laisse entendre un état de fait qui ne correspond pas à la réalité ou conteste à l'individu concerné tout honneur d'être humain ou personnel<sup>97</sup>.

#### 5. *Quelques exemples*

Dans le domaine, un arrêt rendu par notre Haute Cour a récemment secoué le monde des médias. En résumé, les faits sont les suivants. Le 27 mai 2010 a eu lieu à Oslo la seconde demi-finale du Concours Eurovision de la chanson. Le représentant suisse, Michaël VON DER HEIDE, a terminé à la dernière place. Quatre jours plus tard, le *Blick* a publié en première page un photomontage de l'Allemande Lena MEYER-LANDRUT, gagnante de la finale, surmonté de la tête de l'artiste, avec notamment le commentaire suivant : "On ne «la» veut plus, on veut aussi une Lena". La présentation du chanteur comme une "tantouse" constitue, selon les juges lausannois, une atteinte illicite à sa personnalité et n'est en rien excusable par un éventuel élément satirique. La maison d'édition Ringier a été condamnée à verser 5'000 francs à Michaël VON DER HEIDE en guise d'indemnité pour tort moral<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> ATF 126 III 305.

<sup>97</sup> ATF 138 III 641.

<sup>98</sup> TF 5A\_376/2013, 29.10.2013.

Il convient également d'éviter de : qualifier des propos de "racisme verbal"<sup>99</sup> ; prétendre que la conduite d'un individu est "identique à celle qu'aurait adopté un imbécile"<sup>100</sup> ; diffamer publiquement une présentatrice de télévision en la traitant de "prostituée"<sup>101</sup> ; taxer l'état d'une citerne à mazout d'"incroyable" et de "lamentable"<sup>102</sup> ; insinuer d'un officier de police qu'il a "la gâchette facile"<sup>103</sup> ; reprocher à quelqu'un de "pratiquer la spéculation foncière"<sup>104</sup> ; dire d'un banquier qu'il est "lourdement endetté"<sup>105</sup> ; suggérer qu'un homme d'affaires "doit s'attendre à des plaintes civiles et pénales"<sup>106</sup> ; faire grief à un individu d'avoir exercé son rôle de père comme un "taliban" et d'être un "financier marron aux pratiques douteuses"<sup>107</sup>.

## B. La vie privée

A l'instar des art. 8 CEDH<sup>108</sup>, 17 pacte II<sup>109</sup> et 13 Cst., le code civil protège la vie privée, notion large qui ne répond pas à une définition exhaustive<sup>110</sup>. Cette dernière comprend la sphère intime, ou sphère secrète (*Geheim- oder Intimsphäre*), et la sphère privée (*Privatsphäre*), soit des domaines soustraits à la connaissance d'un large cercle de personnes<sup>111</sup>. Le respect de la vie privée et la liberté de l'information constituent deux droits d'égale valeur<sup>112</sup>.

### 1. La sphère intime

La sphère intime englobe les faits et gestes dont l'individu entend qu'ils échappent à la connaissance d'autrui, sauf les exceptions déterminées par lui. En font notamment partie la vie sexuelle et affective<sup>113</sup>, l'état de santé<sup>114</sup>,

<sup>99</sup> TF 5A\_82/2012, 29.08.2012.

<sup>100</sup> ATF 137 III 308.

<sup>101</sup> TF 5A\_888/2011, 20.06.2012.

<sup>102</sup> ATF 100 II 179.

<sup>103</sup> ATF 119 II 104.

<sup>104</sup> ATF 103 II 164.

<sup>105</sup> ZR 1995, p. 79.

<sup>106</sup> ATF 122 III 455.

<sup>107</sup> TF 5C\_66/2006, 07.12.2006.

<sup>108</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950; RS 0.101. S'agissant de la protection de la vie privée face à la presse dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir BREITENMOSE, p. 121 ss; MOCK, p. 237 ss; MOUNIER, p. 127 ss; SAXER, p. 19 ss; WERRO, p. 53 ss; WILSON, p. 159 ss.

<sup>109</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966; RS 0.103.2.

<sup>110</sup> CourEDH, REKLOS et DAVOURLIS c. Grèce, 15.01.2009, § 39.

<sup>111</sup> BUCHER, n. 477. Sur la différence entre les définitions objective/subjective de la vie privée, voir CHERPILLOD, p. 101 s.

<sup>112</sup> WERRO/SCHMIDLIN, p. 167.

<sup>113</sup> RSJ 1990, p. 290.

<sup>114</sup> ATF 119 II 225.

l'intégrité psychique<sup>115</sup>, les secrets d'affaires et financiers<sup>116</sup> ou encore les orientations spirituelles<sup>117</sup>.

Il faut considérer que des allégations ayant trait à la sphère intime sont presque toujours illicites. On peut imaginer des exceptions, par exemple pour connaître l'état de santé des membres d'un gouvernement ou la situation financière des parlementaires fédéraux<sup>118</sup>. Pour les personnalités du monde économique, une certaine transparence financière vaut également<sup>119</sup>.

## 2. *La sphère privée*

La sphère privée recouvre les faits et gestes que la personne ne veut partager qu'avec ses proches, amis ou connaissances. Il en va ainsi du travail, de l'habitat, de l'appartenance à une association<sup>120</sup>, des loisirs, de la discussion des événements du jour dans un cercle d'amis, de la condamnation à une peine privative de liberté remontant à plusieurs années<sup>121</sup> ou encore du contenu d'une messagerie électronique<sup>122</sup>.

Un individu qui fait durablement partie de l'histoire contemporaine (membre d'un exécutif ou d'un législatif, fonctionnaire, militaire, dirigeant d'un parti politique, famille régnante, célébrités du monde économique, sportif, artistique, scientifique, etc.) doit tolérer plus d'intrusion que celui qui fait passagèrement partie de l'histoire contemporaine (personne au centre d'un accident, catastrophe naturelle, crime, concours ou exploit), dont la curiosité se limitera strictement aux faits et gestes en rapport avec l'événement en question. Les médias peuvent, à l'égard du premier, révéler des informations pour juger son travail, son aptitude ou sa dignité<sup>123</sup>, dès lors que ces renseignements constituent un sujet d'intérêt public directement lié à la façon dont il exerce ses fonctions<sup>124</sup>.

---

<sup>115</sup> ATF 109 II 360.

<sup>116</sup> ZR 1995, p. 85.

<sup>117</sup> RIEBEN, p. 203.

<sup>118</sup> BARRELET/WERLY, n. 1548.

<sup>119</sup> ZR 1995, p. 85.

<sup>120</sup> ATF 97 II 102.

<sup>121</sup> ATF 122 III 456.

<sup>122</sup> ATF 130 III 33.

<sup>123</sup> BARRELET/WERLY, n. 1549.

<sup>124</sup> Point VII de la Déclaration du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la liberté du discours politique dans les médias du 12 février 2004; SCHWEIZER, p. 1118 ss.

### 3. *La sphère publique*

La sphère publique (*Gemein- oder Öffentlichkeitsbereich*) comprend les faits et gestes que chacun peut constater parce qu'ils se produisent en public ou parce que l'individu leur donne une certaine publicité.

Une partie de la sphère publique doit être attribuée à la vie privée : les faits et gestes accomplis en public sans volonté d'attirer sur soi l'attention. Il en va par exemple ainsi des promenades, achats, visites d'une exposition, auditions d'un concert, implications dans un accident ou un crime<sup>125</sup>. Un musicien se produisant dans la rue, seul ou dans un ensemble, se place dans la vie publique<sup>126</sup>, mais seulement pour cette partie-là de son activité. L'identité cachée d'une artiste de cabaret utilisant un pseudonyme fait partie de la vie privée<sup>127</sup>.

## C. *La concurrence déloyale*

### 1. *Concurrence déloyale et médias*

Depuis le 1<sup>er</sup> mars 1988, l'application de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986<sup>128</sup> n'est plus subordonnée à l'existence d'un rapport de concurrence entre l'auteur et le lésé. Il suffit que la victime soit engagée dans la lutte commerciale et que l'attaque soit de nature à influencer sur la concurrence, c'est-à-dire qu'elle ait un impact sur le marché et la concurrence économique<sup>129</sup>. Pour les médias, cela signifie que la partie rédactionnelle ne doit pas contenir de critique inexacte, fallacieuse ou inutilement blessante<sup>130</sup>.

### 2. *Le propos dénigrant*

Pour les médias, l'art. 3 lettre a LCD est la disposition qui recèle le plus grand potentiel de dérapages<sup>131</sup>.

Au sens de cette norme, le reproche doit avoir une certaine gravité. Il en va ainsi lorsqu'un média qualifie un produit de sans valeur, ne valant pas son prix,

---

<sup>125</sup> LEGLER, p. 116.

<sup>126</sup> ATF 110 II 418.

<sup>127</sup> RSJ 1985, p. 163.

<sup>128</sup> LCD; RS 241.

<sup>129</sup> ATF 131 III 388.

<sup>130</sup> BARRELET/WERLY, n. 1805.

<sup>131</sup> BARRELET/WERLY, n. 1819.

inutilisable, défectueux, nuisible<sup>132</sup>. Il faut également une volonté de noircir la personne et de la rendre méprisable<sup>133</sup>.

On admettra qu'il y a dénigrement dans les cas suivants : un journal écrit à tort que les nouveaux modèles d'une fabrique de machines à coudre sont "dépassés sitôt arrivés sur le marché"<sup>134</sup> ; l'accusation fausse selon laquelle des fabricants de skis ne respectent pas les contrats conclus, "par esprit de lucre"<sup>135</sup> ; l'affirmation, dans une campagne politique, que les clubs automobiles concurrents sont "favorables à un surcroît de 80 morts et de 600 blessés graves sur les routes"<sup>136</sup> ; les allégations inexactes d'un journaliste selon lesquelles une banque avait ouvert "un compte privé au nom d'un ministre des finances étranger et qu'un montant de 200'000 euros a été déposé sur ce compte"<sup>137</sup>.

Ne constituent en revanche pas du dénigrement : les déclarations selon lesquelles "la consommation de viande de bovins atteints de la maladie de la vache folle provoque de graves troubles à la santé humaine"<sup>138</sup> ; un renseignement simplifié sur une enquête relative au comportement d'une banque dans le domaine du petit crédit si cette dernière n'apparaît pas sous un faux jour<sup>139</sup>.

### 3. *Le propos inutilement blessant*

Un propos n'est inutilement blessant que s'il donne du concurrent, respectivement de ses prestations au sens large, une image négative, outrancière, que la lutte économique ne saurait justifier. En d'autres termes, il est indéfendable dès lors qu'il n'a plus aucun rapport avec la réalité<sup>140</sup>. C'est le cas lorsque l'on affirme d'un éditeur concurrent qu'il commet "des actes de piraterie"<sup>141</sup>. Il en va de même de propos, tenus dans des annonces, selon lesquels les fabricants de cigarettes "violent la volonté populaire, sont des profiteurs, des baillis avec des mains insolentes et prennent les fumeurs suisses pour des imbéciles"<sup>142</sup>.

---

<sup>132</sup> ATF 122 IV 36.

<sup>133</sup> TF 4C\_169/2006, 16.05.2007; NOBEL, p. 245 ss.

<sup>134</sup> ATF 117 IV 199.

<sup>135</sup> RSPI 1992, p. 111.

<sup>136</sup> RSPI 1991, p. 251.

<sup>137</sup> TF 4C\_169/2006, 16.05.2007.

<sup>138</sup> ATF 123 IV 215 s.

<sup>139</sup> ATF 123 III 363.

<sup>140</sup> ATF 124 III 76.

<sup>141</sup> SJ 1984, p. 552.

<sup>142</sup> ZR 1989, p. 197.

N'est en revanche pas inutilement blessant le fait de : dire d'une fabrique de machines à coudre que, du point de vue technique, elle "traîne à l'arrière en claudiquant" et que ses produits sont "déjà dépassés dès qu'ils arrivent sur le marché"<sup>143</sup> ; suggérer que le patron d'une grande chaîne de distribution a procédé à une réduction "dictatoriale" de l'assortiment mis à la disposition de certaines succursales<sup>144</sup> ; insinuer qu'une banque a "envisagé une participation à un montage financier lié à la corruption et au financement occulte d'un parti politique", s'il est précisé que l'établissement a immédiatement renoncé à l'affaire à cause de son caractère illicite<sup>145</sup>. Même chose pour des termes comme "escroc", "arnaqueur" ou "filou", dans la mesure où ils reflètent réellement la conduite de la personne ainsi critiquée<sup>146</sup>. A propos d'une opération financière douteuse, il est permis de parler de "mauvais numéro de jongleur", de "manœuvre habilement imaginée", de "sentier glissant"<sup>147</sup>. Des propos émettant l'hypothèse qu'un journal "traverse une zone de turbulences", dans un contexte où deux des cadres les plus importants du quotidien ont présenté simultanément leur démission, ne sont pas dénigrants<sup>148</sup>.

#### 4. *Le propos fallacieux*

Une allégation fallacieuse est correcte, mais incite le public à en tirer une conclusion erronée, soit qu'elle taise certains éléments importants, soit qu'elle contienne un sous-entendu trompeur<sup>149</sup>. La distribution d'un tract appelant à boycotter la viande bovine en raison de prétendus risques de transmission de la maladie de la vache folle à l'homme est déloyale si elle se fait devant une seule boucherie de la ville et donne ainsi à penser que seule la viande provenant de cet établissement est dangereuse pour la santé<sup>150</sup>. Il en va de même d'une émission de télévision pour consommateurs qui dénonce un certain type d'analgésique, mais ne nomme qu'une seule marque, la plus connue, en omettant de parler des autres, tout aussi critiquables, quand bien même la liste complète n'était pas difficile à établir<sup>151</sup>.

<sup>143</sup> ATF 117 IV 199.

<sup>144</sup> Medialex 1995, p. 47.

<sup>145</sup> TF 4C.169/2006, 16.05.2007.

<sup>146</sup> TF 4A.48/2007, 12.02.2008.

<sup>147</sup> RSPI 1992, p. 115 s.; NOBEL, p. 247.

<sup>148</sup> TF 4C.224/2005, 12.12.2005.

<sup>149</sup> BARRELET/WERLY, n. 1826.

<sup>150</sup> ATF 123 IV 216 s.

<sup>151</sup> ATF 124 III 75 ss.

## **D. Les voies de droit**

### **1. Les actions défensives et réparatrices**

Celui qui s'estime victime d'une atteinte illicite à sa personnalité bénéficie de deux types d'actions. Tout d'abord, les actions défensives (art. 28a al. 1 CC), soit les actions en prévention, en cessation et en constatation, qui concernent des atteintes en cours ou à venir. Elles entendent prévenir, supprimer ou neutraliser une atteinte. Ensuite, les actions réparatrices (actions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral, en remise du gain), prévues par le code des obligations<sup>152</sup> et que l'art. 28a al. 3 CC se contente de rappeler, visent les effets d'atteintes appartenant au passé. Elles tendent à obtenir de l'auteur une prestation, en argent le plus souvent, qui répare, corrige, supprime les conséquences de cette atteinte. Elles supposent généralement<sup>153</sup>, en plus de l'illicéité, une faute<sup>154</sup>.

C'est le lieu de préciser que l'action en protection de la personnalité est une contestation civile portant sur un droit de nature non pécuniaire, qui peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral<sup>155</sup> (art. 72 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005<sup>156</sup>). D'autre part, les actions basées sur l'art. 28 CC sont subsidiaires à celles qui sont fondées sur la LCD<sup>157</sup>.

### **2. La communication du jugement et le rectificatif**

L'art. 28a al. 2 CC autorise l'individu à demander au juge la communication du jugement à un tiers, à un groupe de personnes (par courrier, circulaire, etc.), ou au public en général (par la diffusion dans un périodique, à la radio, à la télévision ou sur un site Internet)<sup>158</sup>. Il peut aussi demander la diffusion d'un rectificatif. Contenu et présentation de celui-ci seront précisés par le juge<sup>159</sup>. La publication du jugement ne saurait porter sur l'ensemble des considérants, mais elle peut dépasser celle du simple dispositif en englobant des considérants importants pour la compréhension, ou une explication rédigée par le juge<sup>160</sup>. Publication du jugement et rectificatif ne constituent pas une action supplémentaire, mais deux modalités spécifiques de mise en œuvre des actions

---

<sup>152</sup> Loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (CO) RS 220.

<sup>153</sup> La condition de la faute connaît l'exception de l'art. 55 al. 1 CO (responsabilité sans faute de l'employeur). L'action en remise de gain (art. 28a al. 3 CC et 423 al. 1 CO) ne l'exige pas non plus.

<sup>154</sup> BARRELET/WERLY, n. 1572.

<sup>155</sup> TF 5A\_75/2008, 28.07.2008.

<sup>156</sup> LTF; RS 173.110.

<sup>157</sup> ATF 129 III 724.

<sup>158</sup> JEANDIN, CR CC I, n. 15 *ad* art. 28a.CC

<sup>159</sup> ATF 100 II 181.

<sup>160</sup> MEILLI, Kommentar, n. 12 *ad* art. 28 CC.

défensives énumérées à l'art. 28a al. 1 CC<sup>161</sup>. Un rectificatif n'exclut pas un droit de réponse<sup>162</sup>.

## IV. La déontologie journalistique

### A. *Les devoirs et responsabilité des médias*

A l'instar de tout un chacun, l'auteur d'un article, l'homme de radio et le journaliste de télévision ne sauraient échapper aux "devoirs et responsabilités" (art. 10 CEDH) incombant à quiconque entend se prévaloir de la liberté d'expression<sup>163</sup>. De la sorte, la garantie que cette norme offre aux journalistes en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique<sup>164</sup>. Par conséquent, les professionnels des médias doivent s'appuyer sur une base factuelle suffisamment précise et fiable qui peut être tenue pour proportionnée à la nature et à la force de l'allégation, sachant que plus l'allégation est sérieuse, plus la base factuelle doit être solide<sup>165</sup>. Il n'en reste pas moins que la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation<sup>166</sup>.

### B. *Les principes déontologiques*

#### 1. *La recherche de la vérité*

En Suisse, le premier devoir énoncé par la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste<sup>167</sup> est celui de "rechercher la vérité, en raison du droit qu'a le public de la connaître et quelles qu'en puissent être les conséquences pour lui-même" (ch. 1 de la Déclaration des devoirs ; Directive 1.1).

Cette exigence ne fonde pas un devoir d'objectivité. Un journalisme engagé impliquant une focalisation sur certains aspects de la réalité ne contrevient pas à la déontologie, si bien qu'un compte rendu unilatéral et partisan est

<sup>161</sup> JEANDIN, CR CC I, n. 15 *ad* art. 28 CC.

<sup>162</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n. 597a.

<sup>163</sup> CourEDH, LINDON, OTCHAKOVSKY-LAURENS et JULY c. France, 22.10.2007, § 51.

<sup>164</sup> Parmi beaucoup d'autres : CourEDH, CUMPANA et MAZARE c. Roumanie, 17.12.2004, § 102; STOLL c. Suisse, 10.12.2007, § 103 s.; BRUNET LECOMTE et Lyon Mag c. France, 06.05.2010, § 41.

<sup>165</sup> CourEDH, PEDERSON et BAADSGAARD c. Danemark, 17.12.2004, § 78.

<sup>166</sup> CourEDH, BRUNET LECOMTE et Lyon Mag c. France, 06.05.2010, § 42.

<sup>167</sup> Ce texte est complété par les Directives du 18 février 2000.

admissible<sup>168</sup>, sauf s'il y manque des informations essentielles, par exemple si l'existence d'une plainte pénale est mentionnée, mais pas le fait que cette dernière a fait l'objet d'un non-lieu, ce que n'ignore pas l'auteur de l'article<sup>169</sup>.

Dans un autre registre, un professionnel des médias ne donnera pas des recettes détaillées sur la manière de tuer en silence ou de fabriquer des explosifs ou des drogues<sup>170</sup>.

#### a) Les rumeurs

La publication de simples rumeurs n'est pas permise si les personnes concernées n'ont pas été entendues préalablement et si le journaliste n'informe pas le lecteur sur l'origine des rumeurs et sur ses recherches. Si les rumeurs ne s'avèrent pas après enquête, il est justifié d'en faire état pour les démentir<sup>171</sup>. En outre, le fait qu'un individu n'est pas condamné, mais seulement prévenu, doit clairement ressortir des comptes rendus<sup>172</sup>. Un journaliste qui annonce la condamnation pénale d'une personne sans avoir préalablement vérifié la véracité de ses allégations, en particulier sans audition du mis en cause avant publication, viole son devoir de vérité<sup>173</sup>.

#### b) La satire

La satire, dans les médias, doit être reconnaissable comme telle. Elle n'exclut pas des exagérations ou des altérations, mais les faits dont elle provient doivent être corrects<sup>174</sup>. Même qualifié de satire, un mensonge reste un mensonge<sup>175</sup>. La liberté de la satire et de la caricature vaut aussi pour les thèmes religieux. Elle n'est pas limitée par les interdits religieux (notamment celui de représenter certains objets ou personnages) et n'a pas à prendre en compte la sensibilité particulière des milieux les plus orthodoxes. Par ailleurs, elle s'exerce dans un cadre fixé par le principe de proportionnalité et doit respecter, dans un esprit démocratique, l'interdiction de la discrimination, la vérité et la dignité humaine<sup>176</sup>.

---

<sup>168</sup> PPCP 47/2002; PPCP 58/2003; PPCP 39/2012.

<sup>169</sup> PPCP 37/2012.

<sup>170</sup> PPCP 1991, p. 17 ss.

<sup>171</sup> PPCP 9/2008; PPCP 18/2009.

<sup>172</sup> PPCP 1994, p. 26 s.

<sup>173</sup> PPCP 22/2005.

<sup>174</sup> PPCP 19/2002.

<sup>175</sup> PPCP 1996, p. 104 ss.

<sup>176</sup> PPCP 12/2006.

### c) La rectification

Lorsqu'un média constate qu'il a commis une erreur susceptible d'avoir faussé l'opinion du public, il procédera sans tarder et spontanément à une rectification<sup>177</sup>. L'inexactitude matérielle concerne les aspects factuels, et non les jugements portés sur des faits avérés (Directive 5.1). Sous réserve du principe de proportionnalité, le devoir de rectification s'étend à tous les faits significatifs d'un article<sup>178</sup>. Il ne s'agit pas de rectifier chaque imprécision d'ordre formel ou matériel, du moment qu'elle ne revêt pas une certaine importance<sup>179</sup>. Aucune règle de forme n'est en principe requise. La publication ultérieure d'avis contradictoires, dans la partie rédactionnelle ou sous forme de lettres de lecteurs, ne tient pas lieu de rectification<sup>180</sup>. Lorsqu'il évoque de manière détaillée une affaire pénale, le média devra également clairement faire part du jugement acquittant les prévenus<sup>181</sup>.

### d) Le courrier des lecteurs

Les rédacteurs chargés du courrier des lecteurs n'ont l'obligation d'intervenir que si une lettre viole manifestement la déontologie journalistique. Les lettres doivent être signées par leurs auteurs; elles ne peuvent être publiées sous forme anonyme que par exception dûment justifiée. Elles peuvent être remaniées et raccourcies, mais ces coupures doivent s'opérer en conformité avec les critères journalistiques et à partir des règles de l'éthique professionnelle. Si l'auteur insiste néanmoins sur la publication de l'intégralité de son texte, il convient, soit d'accéder à son désir, soit d'en refuser la parution (Directive 5.2)<sup>182</sup>. Une rédaction ne peut transformer un droit de réponse en courrier des lecteurs sans avoir obtenu, au préalable, l'assentiment de l'auteur<sup>183</sup>.

Pour les textes publiés en ligne, le Conseil suisse de la presse prône, par analogie avec ce qui précède, l'identification des auteurs, sauf cas particuliers (protection de la vie privée, des sources, etc.), pour des raisons de crédibilité et de respect du public. Dans le cas d'Internet, les médias doivent "trouver un équilibre entre qualité, sérieux et rapidité". L'organe d'autorégulation admet une exception pour les forums de discussion "dont le fonctionnement même (immédiateté, recherche de la spontanéité du public) rend impossible cette

<sup>177</sup> PPCP 13/2001; PPCP 18/2011.

<sup>178</sup> PPCP 28/2000.

<sup>179</sup> PPCP 66/2008; PPCP 9/2009; PPCP 60/2011.

<sup>180</sup> PPCP 39/2000.

<sup>181</sup> PPCP 1994, p. 116; PPCP 1997, p. 76.

<sup>182</sup> PPCP 15/1998; PPCP 16/2000.

<sup>183</sup> PPCP 31/2000.

identification". De la sorte, il serait également disproportionné d'exiger des journaux qu'ils vérifient l'identité réelle des signataires avant publication<sup>184</sup>.

Un journal est libre de publier ou non les messages reçus. Cela signifie aussi que, pas plus que les journalistes de la rédaction, les lecteurs ne peuvent revendiquer un droit individuel à une publication<sup>185</sup>. Le principe de loyauté n'est pas respecté lorsqu'un quotidien choisit d'utiliser une lettre non publiée pour critiquer son auteur<sup>186</sup>.

Les courriers à caractère raciste doivent être écartés, même si cette tendance n'est que latente<sup>187</sup>. Il est ainsi exclu pour un magazine de diffuser une lettre qui laisse libre cours à des sentiments islamophobes<sup>188</sup>. Quant à l'interdiction générale et durable de publication des courriers d'un lecteur, elle constitue une mesure disproportionnée<sup>189</sup>.

## 2. *Le respect de la personne*

Le journaliste respecte "la vie privée des personnes, pour autant que l'intérêt public n'exige le contraire". Il s'interdit "les accusations anonymes ou gratuites" (ch. 7 de la Déclaration des devoirs ; Directives 7.1 à 7.9). Il respectera "la dignité humaine" et évitera "toute allusion, par le texte, l'image ou le son, à l'appartenance ethnique ou nationale d'une personne, à sa religion, à son sexe ou à l'orientation de ses mœurs sexuelles, ainsi qu'à toute maladie ou handicap d'ordre physique ou mental qui aurait un caractère discriminatoire" ; en outre, "le compte rendu [...] d'actes terroristes, d'accidents et de catastrophes trouve ses limites dans le respect devant la souffrance des victimes et les sentiments de leurs proches" (ch. 8 de la Déclaration des devoirs ; Directives 8.1 à 8.5).

### a) Les reproches graves

Les journalistes s'interdiront les accusations blessantes et gratuites. Dire d'une femme qu'elle ressemble à une "putain" en est un exemple<sup>190</sup>. Au nom de la liberté de commenter, un pamphlet même blessant à l'encontre de magistrats est admissible dès lors qu'il est reconnaissable comme tel par les lecteurs et qu'il n'allègue pas de faits qui sont objectivement faux<sup>191</sup>.

---

<sup>184</sup> PPCP 52/2011; PPCP 16/2012.

<sup>185</sup> PPCP 5/2001; PPCP 33/2006; PPCP 40/2007; PPCP 59/2010.

<sup>186</sup> PPCP 40/2000.

<sup>187</sup> PPCP 22/1999.

<sup>188</sup> PPCP 30/2005.

<sup>189</sup> PPCP 28/2002; PPCP 37/2005.

<sup>190</sup> PPCP 9/1999.

<sup>191</sup> PPCP 50/2002; PPCP 9/2004.

Un devoir de diligence accru s'impose lorsque des jugements négatifs sont de nature à porter gravement atteinte à la considération d'autrui. La personne devra, avant publication, être confrontée avec les reproches qui lui sont adressés et, le cas échéant, il s'agira de préciser qu'elle conteste les critiques en cause ; il conviendra de reproduire brièvement et loyalement sa position dans le même article ou la même émission<sup>192</sup>. Cela découle du principe d'équité et du précepte éthique général consistant à entendre les deux parties dans un conflit (*audiatur et altera pars*)<sup>193</sup>. Le journaliste renoncera exceptionnellement à entendre l'individu lorsqu'un intérêt public prépondérant le justifie ou si les graves accusations se fondent sur un document officiel, à condition toutefois que le compte rendu précise clairement de quelle source émanent les reproches rendus publics<sup>194</sup>.

Il n'y a pas d'obligation de donner à la partie touchée par des reproches graves la même place, en termes quantitatifs, qu'à la critique la concernant (Directives 3.8). Au minimum, on attend d'un professionnel des médias qu'il précise dans son article avoir tenté en vain d'atteindre la personne faisant l'objet de reproches graves et qu'il reproduise un résumé de son point de vue, sur la base des documents disponibles<sup>195</sup>. Une rédaction qui donne la parole à un avocat chargé d'un dossier en lieu et place de son client respecte le devoir d'entendre, avant publication, celui qui fait l'objet de reproches graves<sup>196</sup>. Dans le cadre d'une affaire qui se déroule sur une longue série d'articles, le principe susnommé ne commande pas forcément de redonner chaque fois la parole aux parties mises en cause, pour autant que leur point de vue soit rappelé<sup>197</sup>. Au surplus, il importe peu que les reproches soient formulés par le journaliste ou par une personne interrogée<sup>198</sup>. Ces principes s'appliquent aussi aux accusations visant des personnalités politiques<sup>199</sup>. L'usage du conditionnel, dans un article, ne suffit pas à dédouaner le journaliste<sup>200</sup>.

S'agissant des accusations anonymes en ligne, il convient de relever que les entreprises de médias sont responsables de tous les contenus qu'elles publient sur leurs sites *web*. En revanche, la responsabilité des rédactions de médias en ligne se limite à la partie rédactionnelle incluant les commentaires des lecteurs qui s'y rapportent et les contributions aux forums qui ont une relation avec le rédactionnel. Comme pour les lettres de lecteurs traditionnelles, les rédactions

<sup>192</sup> PPCP 47/2002; PPCP 27/2003; PPCP 15/2011; PPCP 54/2012.

<sup>193</sup> PPCP 6/2012.

<sup>194</sup> PPCP 57/2010.

<sup>195</sup> PPCP 60/2004; PPCP 48/2005.

<sup>196</sup> PPCP 21/2005.

<sup>197</sup> PPCP 10/2008.

<sup>198</sup> PPCP 1997, p. 107.

<sup>199</sup> PPCP 1997, p. 100 s.

<sup>200</sup> PPCP 1997, p. 67 s.

ne doivent intervenir sur le contenu des commentaires en ligne que s'il viole la Déclaration de manière manifeste. Le système du contrôle *a posteriori* des commentaires en ligne n'est guère compatible avec la déontologie des journalistes. Même si la rédaction corrige un dérapage après coup, cela ne change rien au fait qu'elle porte la responsabilité d'une violation temporaire de la Déclaration<sup>201</sup>.

## b) Le respect de la vie privée

Toute personne (le *quidam* comme la célébrité) a droit au respect de sa vie privée, lequel constitue une règle fondamentale<sup>202</sup>. Les journalistes ne peuvent enregistrer de sons, d'images ou de vidéos dans le domaine privé d'un individu sans son consentement. De même, tout harcèlement dans la sphère privée (intrusion dans un domicile, filature, surveillance, harcèlement téléphonique, etc.) est à proscrire. Même dans le domaine public, il n'est admissible de photographier ou de filmer des personnes privées sans leur autorisation que si elles ne sont pas mises en évidence sur l'image. En revanche, il est licite de rendre compte par l'image et le son lors d'apparitions publiques et lorsque l'intérêt public le justifie (Directive 7.1).

Les journalistes ne peuvent pas déduire du comportement d'une personne connue une renonciation totale à la protection de la sphère privée et intime<sup>203</sup>. Dans un autre sens, les célébrités ne peuvent pas exiger qu'on ne parle d'elles que dans un contexte qui leur convient<sup>204</sup>. Il est douteux qu'il existe vraiment un intérêt public prépondérant à publier des détails des conditions financières du divorce du président de la FIFA<sup>205</sup>. En revanche, le créateur d'un site Internet qui revendique la participation de tous étant un personnage public, le média qui donne des détails sur son identité ne viole pas son droit à la protection de la sphère privée<sup>206</sup>.

## c) Le monde politique

Une personne qui sollicite le suffrage universel ne peut se réclamer, sans conditions, du respect de sa vie privée quand il s'agit de la publication d'informations qui ont une relation étroite avec son mandat politique<sup>207</sup>. Avant une élection au Conseil fédéral, le journaliste est autorisé à évoquer le passé et l'entourage familial des candidats<sup>208</sup>. De manière générale, un ancien postulant

---

<sup>201</sup> PPCP 52/2011.

<sup>202</sup> CORNU, *Journalisme et vérité*, p. 112.

<sup>203</sup> PPCP 52/2006.

<sup>204</sup> PPCP 20/1999; PPCP 10/2006.

<sup>205</sup> PPCP 27/2005.

<sup>206</sup> PPCP 56/2004.

<sup>207</sup> PPCP 39/2001; PPCP 32/2003.

<sup>208</sup> PPCP 1983–1989, p. 23 ss.

à un exécutif municipal voit sa sphère privée restreinte<sup>209</sup>. Lorsqu'il n'est possible d'expliquer la démission d'une personnalité politique qu'en dévoilant les agissements d'un conseiller national qui relèvent de la sphère intime, le journaliste est admis à le faire<sup>210</sup>. En revanche, faire participer le public à l'écoute illicite de conversations téléphoniques révélant les liaisons amoureuses de membres de la Cour d'Angleterre et publier des extraits de ces enregistrements n'est pas compatible avec le respect de la vie privée<sup>211</sup>.

#### d) Le respect de la dignité humaine

Le respect de la dignité humaine doit être observé aussi bien envers les personnes directement concernées ou touchées par l'information qu'envers le public dans son ensemble (Directive 8.1). Lorsqu'une information porte sur un délit, des indications touchant l'appartenance ethnique, la religion ou l'orientation des mœurs sexuelles, ainsi qu'une maladie ou un handicap d'ordre physique ou mental, peuvent être admises pour autant qu'elles soient nécessaires à la compréhension du récit.

La mention de la nationalité ne devrait faire l'objet d'aucune forme de discrimination : lorsqu'elle n'est pas systématique (et donc appliquée aussi aux ressortissants nationaux), elle doit répondre aux mêmes conditions restrictives que les autres indications. Une attention particulière sera accordée au fait que certains termes peuvent renforcer les préjugés contre des minorités (Directive 8.2). Toute déclaration dépréciative à l'égard d'un groupe ou d'un individu ne peut automatiquement être considérée comme avilissante ou discriminatoire<sup>212</sup> ; les propos doivent atteindre une certaine intensité<sup>213</sup>. Le Conseil suisse de la presse ne se comprend pas comme gardien du "politiquement correct" ; il constate une discrimination quand un groupe, le plus souvent déjà disqualifié, est dévalorisé collectivement<sup>214</sup>. Désigner un groupe de suspects, globalement, comme des "*Schwarzafrikaner*", comporte un aspect discriminatoire, à connotation raciste<sup>215</sup>. L'évocation d'une "origine balkanique" contient également un aspect généralisant discutable<sup>216</sup>. La mention "mère thaïlandaise, père suisse", si elle est incompatible avec l'exigence de protection de l'anonymat des victimes mineures d'atteintes à la liberté sexuelle, ne contrevient pas à l'interdiction de discrimination, même si le contexte où elle est donnée ("A 15 ans, la jeune fille – mère thaïlandaise, père suisse – dit avoir couché avec

<sup>209</sup> PPCP 15/2012.

<sup>210</sup> PPCP 1993, p. 39.

<sup>211</sup> PPCP 1993, p. 62 s.

<sup>212</sup> PPCP 7/2010.

<sup>213</sup> PPCP 32/2006.

<sup>214</sup> PPCP 15/2013.

<sup>215</sup> PPCP 13/2006.

<sup>216</sup> PPCP 52/2007.

une cinquantaine de jeunes gens") est plus que discutable<sup>217</sup>. Indiquer que des suspects sont "bien implantés dans la communauté israélite de Genève" ne constitue pas une déclaration dépréciative à l'égard de ce groupe<sup>218</sup>.

#### e) Les événements dramatiques

Les auteurs de comptes rendus et reportages sur des événements dramatiques ou des actes de violence proscrire toute présentation à caractère sensationnel, dans laquelle la personne humaine est dégradée au rang d'objet (mourants, personnes souffrantes, cadavres dont l'évocation par le texte ou la présentation par l'image dépasseraient, par les détails des descriptions, la durée ou la grosseur des plans, les limites de la nécessaire et légitime information du public ; Directive 8.3). Les photographies et les images télévisées sur des guerres et des conflits doivent faire, avant publication ou diffusion, l'objet d'un examen attentif portant sur le respect de la personne humaine (Directive 8.4). Les photographies et les images télévisées sur des accidents, des catastrophes ou des crimes doivent respecter la dignité humaine en prenant en outre en considération la famille et les proches de l'individu concerné, en particulier sur le terrain de l'information locale et régionale (Directive 8.5)<sup>219</sup>.

## V. Conclusion

A une époque où les moyens de communication se multiplient, celui qui entend faire part de son opinion par le biais d'un média doit, à tout le moins, bien réfléchir aux conséquences de ses paroles, la liberté d'expression pouvant être mise à mal de bien des manières.

Cela est d'autant plus vrai pour les professionnels des médias qui, outre le couperet du droit civil ou du droit pénal, peuvent se voir remettre à l'ordre par le Conseil suisse de la presse. Certes, les prises de position de cette instance de plainte ne sont pas assorties de sanctions, mais leur impact n'en est pas réduit pour autant. En effet, outre l'importance de plus en plus grande attachée à la déontologie par les tribunaux suisses et internationaux, elles permettent d'interpréter, d'approfondir et de développer les règles contenues dans la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste et ses Directives, dans un esprit jurisprudentiel. De surcroît, on soulignera que, dans notre pays, l'inscription au registre professionnel est subordonnée, entre autres, à la condition que le journaliste signe la Déclaration<sup>220</sup>. Par ce geste, ce dernier

---

<sup>217</sup> PPCP 52/2007.

<sup>218</sup> PPCP 11/2013.

<sup>219</sup> Sur ces questions, voir CORNU, *La violence dans les médias*, p. 92 ss.

<sup>220</sup> Art. 3 al. 1 ch. 3 du règlement de la carte de presse suisse et du registre des professionnels de médias RP du 1<sup>er</sup> janvier 2003.

s'engage à se conformer aux devoirs, à prendre connaissance des droits et à consulter régulièrement les Directives<sup>221</sup>. En cas de violation grave ou répétée de la Déclaration, l'association concernée peut aller jusqu'à radier l'inscription au registre et retirer la carte de presse suisse<sup>222</sup>.

Que dire aussi du droit administratif, notamment de la loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006<sup>223</sup>? Là encore, la liberté de parole du journaliste est limitée. S'il peut s'exprimer sur la vie en général, sur des thèmes politiques généraux ou sur certains événements, voire même commenter des décisions judiciaires le concernant, il ne lui est pas permis en revanche d'apporter un soutien actif à des mouvements politiques sur des sujets précis, notamment à la veille d'une grève ou d'un vote populaire. Un présentateur de téléjournal qui apparaîtrait à l'écran avec un badge accroché au veston prenant position pour ou contre un sujet soumis à votation, ou pour un parti politique, abuserait de sa position<sup>224</sup>.

Sans compter évidemment les risques liés aux recherches faites en amont, dans le cadre d'une investigation journalistique, ou l'interdiction de s'exprimer par le biais de mesures préventives. A cet égard, force est de constater une augmentation non négligeable des mesures superprovisionnelles ordonnées à l'encontre des médias. Ainsi, le 18 décembre 2013, dans l'affaire dite *Adeline*<sup>225</sup>, le Tribunal de première instance du canton de Genève fait interdiction aux publications de l'éditeur Ringier de mentionner "toute information venant directement du meurtrier présumé, relative aux circonstances de [l]a mort et qui n'aurait pas fait l'objet d'une autre publication"<sup>226</sup>. De même, en date du 26 février 2014, un article paru sur le site de la RTS, qui faisait état de vins coupés illicitement par une entreprise sise à Sion, a été retiré sur ordre de la justice valaisanne, les requérants ayant rendu vraisemblables les allégations trompeuses à leur encontre<sup>227</sup>.

<sup>221</sup> Art. 9 al. 1 et 2 du règlement de la carte de presse suisse et du registre des professionnels de médias RP du 1<sup>er</sup> janvier 2003.

<sup>222</sup> Art. 14 al. 1 et al. 2 let. c du règlement de la carte de presse suisse et du registre des professionnels de médias RP du 1<sup>er</sup> janvier 2003.

<sup>223</sup> LRTV; RS 784.40.

<sup>224</sup> BARRELET/WERLY, n. 913.

<sup>225</sup> Du nom de la sophrologue genevoise assassinée par un détenu, violeur récidiviste, lors d'un congé, le 13 septembre 2013. Ce dernier, de retour dans les geôles helvétiques après sa cavale, avait tenté de monnayer des informations sur l'agonie de sa victime auprès du *SonntagsBlick* et de *L'Illustre*, deux publications du groupe Ringier.

<sup>226</sup> Tribune de Genève, 19 décembre 2013, <http://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/affaire-adeline-m-cause-imbroglio-mediatic/story/31495697>.

<sup>227</sup> <http://www.rts.ch/info/suisse/5647495-la-justice-valaisanne-a-ordonne-le-retrait-d-un-article-paru-sur-le-site-de-la-rts-concernant-l-affaire-giroud.html>.

Quoiqu'il en soit, les avancées technologiques induiront forcément, à l'avenir, de nouvelles réglementations en la matière. A ce propos, le Conseil fédéral a certes, récemment, enterré l'idée d'un projet de loi spécifique pour les réseaux sociaux, estimant la réglementation actuelle suffisante, mais il a laissé entendre qu'il pourrait légiférer sur la responsabilité civile des exploitants de sites internet et des fournisseurs d'accès.

## VI. Bibliographie

Géraldine AUBERSON, Personnalités publiques et vie privée : étude de droit privé suisse à la lumière du droit américain, thèse, Genève 2013

Andreas AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Les droits fondamentaux, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013

Christoph AUER, Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) versus Pressefreiheit (Art. 10 EMRK), RJB 2009, p. 65 ss

Denis BARRELET, La publication du nom des auteurs d'infractions par les médias, *medialex* 1998, p. 204 ss

Denis BARRELET/Stéphane WERLY, Droit de la communication, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011

Manuel BIANCHI DELLA PORTA, Information sur les personnalités, personnalisation de l'information : où sont les limites?, *sic!* 2007, p. 507 ss

Stephan BREITENMOSER, Die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK, *in* EMRK : Neuere Entwicklungen, Daniel THÜRER (éd.), Zurich 2005, p. 121 ss

Delphine BRUN, Limites de la liberté de la presse selon les articles 10 § 2 CEDH et 293 CPS : un «mal» nécessaire justifié par le secret de l'enquête et des délibérations?, *jusletter* 25 novembre 2013

Andreas BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2009

François CHAIX/Bernard BERTOSSA, La répression de la discrimination raciale, lois d'exceptions?, *SJ* 2002 II, p. 177 ss

Ivan CHERPILOD, Information et protection des intérêts personnels : les publications des médias, *RDS* 1999, p. 87 ss

Sophie CIOLA-DUTOIT/Bertil COTTIER, Le droit de la personnalité à l'épreuve des blogs, *medialex* 2008, p. 72 ss

Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010

- Daniel CORNU, *Journalisme et vérité*, thèse, Genève 1994 (cité : CORNU, *Journalisme et vérité*)
- Daniel CORNU, *La violence dans les médias et ses limites*, *medialex* 2005, p. 92 ss (cité : CORNU, *La violence dans les médias*)
- Conradin CRAMER, *Rechtsschutz bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien*, *recht* 2007, p. 123 ss
- Frédéric DOVAT, *L'atteinte à la personnalité causée à une entreprise par les médias*, *Questions de droit* 64, 2010, p. 7 ss
- Hervé DUTOIT, *Réflexions autour de l'atteinte à l'honneur par voie de presse et sur la preuve libératoire de l'art. 173 ch. 2 CP*, *jusletter* 2 avril 2012
- Pierre ENGEL, *La protection de la personnalité*, Lausanne 1985
- Thomas GEISER, *Persönlichkeitsschutz : Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?*, *RSJ* 1996, p. 73 ss
- Philippe GILLIÉRON, *La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet*, *SJ* 2001 II, p. 181 ss
- Alexandre GUYAZ, *L'incrimination de la discrimination raciale*, thèse, Lausanne 1996
- Christine HALDIMANN, *Médias romands et protection de la personnalité*, Fribourg 1989
- Fredi HÄNNI, *Anti-Rassismus-Strafnorm und die Massenmedien*, thèse, Berne 1997
- Heinz HAUSHEER/Regina E. AEBI-MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage*, *recht* 2004, p. 129 ss
- Karl Matthias HOTZ, *Zur Bedeutung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für die Massenmedien*, *RSJ* 1990, p. 26 ss
- Regula KAEGI-DIENER, *Persönlichkeitsschutz im Verhältnis von Medien und Justiz*, *PJA* 1994, p. 1102 ss
- Blaise KNAPP, *Constitution et secret de la vie privée*, *AIJC* 2000, p. 353 ss
- André KUHN/Marjorie MORET, *Cyber-criminalité : acteurs directs et intermédiaires et punissabilité des médias (art. 27 CP)*, in *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Frédéric BERTHOUD (éd.), Cédidac 49, Lausanne 2002, p. 207 ss
- Martin KÜNZLI, *Medienethik und Recht : Berührungspunkte und Konflikte*, *medialex* 1995, p. 73 ss

- Thomas LEGLER, *Vie privée, image volée*, thèse, Genève 1997
- Andreas MEILI, Art. 28-28f ZGB, *in* *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Heinrich HONSELL (éd.), Bâle 1996 (cité : MEILI, *Kommentar*)
- Andreas MEILI, *Der Geheimnisschutzartikel 293 StGB im Lichte der neueren Gerichtspraxis*, *medialex* 2000, p. 135 ss (cité : MEILI, Art. 293 StGB)
- Hanspeter MOCK, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8 CEDH) à l'aube du XXIe siècle*, *RUDH* 1998, p. 237 ss
- Carole MOUNIER, *Harmonisation du droit par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : la protection de la vie privée face à la presse*, *in* *L'harmonisation internationale du droit*, Christine CHAPPUIS, Bénédicte FOËX et Thomas KADNER GRAZIANO (éd.), Zurich 2007, p. 27 ss
- Marcel Alexander NIGGLI/Hans WIPRÄCHTIGER, *Strafgesetzbuch I et II*, *Basler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2013 (cité : auteur, *BaK StGB I ou II*)
- Peter NOBEL, *Zu den Schranken des UWG für die Presse*, *RSJ* 1992, p. 245 ss
- Peter NOLL, *Satirische Ehrverletzungen*, *BJM* 1959, p. 3 ss
- Mario M. PEDRAZZINI/Niklaus OBERHOLZER, *Grundriss des Personenrechts*, 4<sup>e</sup> ed., Berne 1993
- Pascal PICHONNAZ/Bénédicte FOËX (éd.), *Code civil I*, Bâle 2010 (cité : auteur, *CR CC I*)
- Laurent RIEBEN, *La protection de la personnalité contre les atteintes par voie de presse au regard des dispositions du code civil et de la loi contre la concurrence déloyale*, *SJ* 2007 II, p. 199 ss
- Hans Michael RIEMER/Gabriela RIEMER-KAFKA, *Persönlichkeitsrechte und Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 27/28I ZGB*, *SJK* 1165, 1988
- Robert ROTH/Laurent MOREILLON (éd.), *Code pénal I*, Art. 1-110 CP, Bâle 2009 (cité : auteur, *CR CP*)
- Urs SAXER, «Caroline» und die Privatsphäre Prominenter in der Schweiz, *medialex* 2005, p. 19 ss
- Dorrit SCHLEIMINGER/Christoph METTLER, *Strafbarkeit der Medienverantwortlichen im Falle von Rassendiskriminierung Art. 27, Art. 61<sup>bis</sup> Abs 4 StGB*, *PJA* 2000, p. 1039 ss
- Hans SCHULTZ, *Die unerlaubte Veröffentlichung – ein Pressedelikt?*, *RPS* 1991, p. 273 ss
- Rainer J. SCHWEIZER, *Privatsphärenschutz von Personen des öffentlichen Lebens*, *PJA* 1994, p. 1114 ss

- Paul-Henri STEINAUER/Christiana FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014
- Peter STUDER, *Hilfe! Medien haben mich persönlich verletzt, was kann ich tun?, eine Zivil- oder Strafrechtsklage ist die letzte und riskanteste Möglichkeit*, in *Close up on Compliance*, Zurich 2009, p. 271 ss
- Pierre TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984
- Franz WERRO, *La protection de la personnalité, les médias et la Cour européenne des droits de l'homme : une illustration de la constitutionnalisation et de l'eupéanisation du droit civil*, in *Le centenaire du Code civil suisse*, Paris 2008, p. 53 ss
- Franz WERRO/Irène SCHMIDLIN, *La protection de la personnalité et les médias : une illustration de la rencontre du droit civil et du droit constitutionnel*, in *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, Zurich 2006, p. 161 ss
- Michael WIDMER, *Das Verhältnis zwischen Medienrecht und Medienethik, unter besonderer Berücksichtigung der "Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten" und des Schweizer Presserats*, Berne 2003
- Barbara WILSON, *What right to privacy for politicians, princesses and other public figures? A review of the recent jurisprudence of the european court of human rights*, in *Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette SANDOZ*, Zurich 2006, p. 159 ss
- Ivo ZELLWEGER, *Die strafrechtlichen Beschränkungen der politischen Meinungsäusserungsfreiheit*, thèse Zurich 1975



# La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO) : norme flexible et cardinale du droit suisse du travail

JEAN-PHILIPPE DUNAND<sup>1</sup>

## I. Introduction

L'article 328 CO contient les principes généraux concernant l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité de ses employés. Il est composé de deux alinéas. Selon l'alinéa premier, l'employeur « protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes ». En vertu de l'alinéa second, l'employeur « prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui ».

Adopté en 1971, l'article 328 CO a été complété en 1995 par l'introduction d'une phrase relative au harcèlement sexuel (al. 1) et par la mention de la protection de l'intégrité personnelle (al. 2)<sup>2</sup>. La lecture du Message du Conseil fédéral de 1968 démontre que l'article 328 CO a été conçu dès l'origine comme une norme flexible susceptible de protéger avec le temps « des biens nouveaux »<sup>3</sup>. Ainsi que l'ont précisé des auteurs, l'article 328 CO « consacre un principe sans en fixer les modalités d'application dans les rapports de travail. Il constitue de la sorte une norme ouverte qui permet une concrétisation évolutive du droit dans le monde du travail, tenant compte des transformations techniques et des changements de comportement, comme le montre la jurisprudence toujours plus abondante des tribunaux relative à cette norme »<sup>4</sup>.

L'article 328 CO est devenu une norme centrale du droit suisse du travail. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Il y a quelques dizaines d'années, la question de la protection de la personnalité des employés n'était pas au centre

---

<sup>1</sup> Avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel.

<sup>2</sup> Cf. ch 3 de l'annexe à la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité, RO 1996 1498.

<sup>3</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II 249, p. 353.

<sup>4</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 1 ad art. 328 CO, p. 140 s.

des préoccupations. Rappelons que l'article 328 CO est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1972. Or, il faudra attendre douze ans pour qu'il soit mentionné dans un arrêt du Tribunal fédéral<sup>5</sup> et, semble-t-il, seize ans pour qu'une décision cantonale alloue une indemnité pour tort moral dans un contexte de violation de la disposition<sup>6</sup> ! Depuis lors, les mentalités et les besoins ont évolué : la protection de la personnalité des individus en général et des employés en particulier est devenue l'une des valeurs importantes de notre société qui a complété par exemple la défense des intérêts purement économiques des travailleurs<sup>7</sup>.

Il suffit de consulter la jurisprudence<sup>8</sup> ainsi que les éditions successives des ouvrages consacrés au droit du travail<sup>9</sup> pour constater que la protection de la personnalité des travailleurs est l'un des domaines qui s'est le plus développé ces dernières décennies. L'article 328 CO constitue un principe cardinal du droit du travail qui rayonne tant sur le droit privé que sur le droit public du travail<sup>10</sup>.

Notre contribution comportera trois parties principales. Après avoir précisé les modalités de la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité de ses employés (*infra* II), nous évoquerons le rôle créateur de la jurisprudence (*infra* III), puis traiterons de quelques questions en suspens (*infra* IV).

Nous dédions ces modestes réflexions à notre éminente collègue Dominique MANAI qui a analysé de manière savante le rôle et le pouvoir du juge dans plusieurs publications de référence dont son essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse intitulé « Le juge entre la loi et l'équité »<sup>11</sup>.

## II. Article 328 CO : norme cardinale

L'importance pratique de l'article 328 CO ne cesse de croître. On le constate aussi bien par les nombreux cas d'application de la protection de la personnalité (*infra* A), que par l'étendue de la responsabilité de l'employeur (*infra* B) et les protections importantes accordées au travailleur (*infra* C).

---

<sup>5</sup> Arrêt du TF, 4.4.1984, *in* SJ 1984 554.

<sup>6</sup> Arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, 18.10.1988, résumé par Gabriel AUBERT, La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1988, *in* SJ 1989 665, p. 669 s.

<sup>7</sup> Sur cette évolution, cf. WAEBER, Protection, p. 39 ss.

<sup>8</sup> La jurisprudence sur l'article 328 CO est résumée sur une vingtaine de pages par FAVRE, MUNOZ et TOBLER, dans la deuxième édition de leur code annoté paru en 2010.

<sup>9</sup> Voir par exemple, WYLER/HEINZER, p. 310 ss, qui consacrent 65 pages au thème de la protection de la personnalité du travailleur dans la 3<sup>e</sup> édition du Précis de droit Stämpfli, paru en 2014.

<sup>10</sup> DUNAND, Commentaire, n. 3 *ad* art. 328 CO, p. 271.

<sup>11</sup> Cf. MANAI, Le juge.

## A. Cas d'application

L'article 328 CO intègre et concrétise, dans le contrat de travail, les principes généraux de protection de la personnalité qui sont énoncés aux articles 27 ss CC<sup>12</sup>. La protection de la personnalité revêt une importance particulière dans les rapports de travail, en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur<sup>13</sup>. Elle constitue le pendant du devoir de fidélité du travailleur résultant de l'article 321a CO<sup>14</sup>.

Les dispositions du CO sur le contrat de travail comprennent trois articles (art. 328 à 328b CO). L'article 328 CO traite des éléments généraux. Il est complété par l'article 328a CO, relatif à la protection du travailleur qui vit dans le ménage de l'employeur, et par l'article 328b CO, relatif au traitement de données personnelles par l'employeur.

La personnalité du travailleur comprend « tous les biens personnels du travailleur qui sont inséparables de son être physique et moral et de sa qualité de membre de la société »<sup>15</sup>. Les valeurs protégées sont notamment l'intégrité physique, la santé physique et psychique, l'intégrité morale et la considération sociale, les libertés individuelles, ainsi que la sphère privée<sup>16</sup>.

Les cas d'application sont variés<sup>17</sup>. Relèvent, par exemple, de l'article 328 CO, la protection contre le harcèlement psychologique et le harcèlement sexuel, la protection contre une surcharge chronique de travail, la protection des dénonciateurs, le droit de ne pas être traité de manière discriminatoire, le droit à l'information, le droit à l'image ou encore le droit d'être occupé. La protection du travailleur est également assurée par d'autres dispositions régissant le contrat de travail. Les droits de la personnalité du travailleur limitent, par exemple, le droit de l'employeur de donner des directives (art. 321d al. 2 CO)<sup>18</sup> ou de licencier librement un employé (art. 336 al. 1 let. a CO). De même, l'obligation de l'employeur de remettre un certificat de travail à son employé (cf. art. 330a CO) a pour objectif de protéger la personnalité de celui-ci et de favoriser son avenir économique.

D'autres lois concourent à la protection de certains aspects de la personnalité des employés. Ainsi, la santé des travailleurs est également

<sup>12</sup> TF, 19.12.1994, c. 3a, in SJ 1995 669; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, n. 1 *ad* art. 328 CO, p. 140; PÄRLI, p. 227.

<sup>13</sup> TF 2C\_103/2008, 30.6.2008, c. 6.2.

<sup>14</sup> ATF 132 III 257 c. 5.1, JdT 2007 I 274, SJ 2007 I 173; PORTMANN, Kommentar, n.1 *ad* art. 328 CO, p. 1921; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 *ad* art. 328 CO, p. 508.

<sup>15</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations du 25 août 1967, FF 1967 II 249, p. 353.

<sup>16</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, n. 2 *ad* art. 328 CO, p. 141; SAILLEN, p. 72 ss.

<sup>17</sup> Cf. CARRUZZO, n. 2 *ad* art. 328 CO, p. 273 ss; DUNAND, Commentaire, n. 30 ss *ad* art. 328 CO, p. 281 ss; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 5 ss *ad* art. 328 CO, p. 510 ss; WYLER/HEINZER, p. 318 ss.

<sup>18</sup> Sur cette question, cf. DANTHE, p. 167 ss.

sauvegardée par la législation sur le travail (cf. en particulier l'art. 6 LTr<sup>19</sup>), la loi sur la protection contre le tabagisme passif<sup>20</sup> ou encore l'ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles<sup>21</sup>. L'interdiction des discriminations entre les sexes est quant à elle spécifiquement régie par la loi sur l'égalité (cf. notamment les articles 3 et 4 LEg<sup>22</sup>). Enfin, autre exemple, la limitation du traitement des données personnelles est réglée par la législation sur la protection des données<sup>23</sup>, en relation avec l'article 328b CO, ainsi que par la loi sur l'analyse génétique humaine<sup>24</sup>.

## ***B. Etendue de la responsabilité de l'employeur***

La responsabilité de l'employeur en matière de protection de la personnalité des employés est très large autant selon le critère de la durée de l'obligation (*infra* 1) que selon le critère de l'imputabilité des actes des organes et des auxiliaires (*infra* 2). Il va de soi cependant que le principe de la protection de la personnalité des travailleurs n'existe pas de manière illimitée. Il y a lieu en effet de tenir compte des intérêts légitimes de l'employeur qui sont notamment fondés sur les exigences du travail à effectuer<sup>25</sup>.

### ***1. Début et fin de l'obligation***

Le devoir de protection de la personnalité des travailleurs déploie principalement ses effets pendant la durée effective des relations de travail. La jurisprudence a toutefois eu l'occasion de préciser que l'art. 328 CO s'appliquait également, dans certaines limites, avant la conclusion du contrat et après la fin de celui-ci<sup>26</sup>.

Ainsi, selon le Tribunal fédéral, les droits et obligations découlant de l'art. 328 CO s'appliquent déjà lors des pourparlers précontractuels. Dès lors, dans la mesure où, lors d'un entretien d'embauche, l'employeur pose des questions au sujet de la situation personnelle du candidat sans rapport avec le travail pour lequel le candidat se présente, il contrevient à cette disposition légale<sup>27</sup>. Par ailleurs, il incombe à l'employeur de veiller à la protection de la

---

<sup>19</sup> Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964, RS 822.11.

<sup>20</sup> Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 3 octobre 2008, RS 818.31.

<sup>21</sup> Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles du 19 décembre 1983, RS 832.30.

<sup>22</sup> Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, RS 151.1.

<sup>23</sup> Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1.

<sup>24</sup> Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, RS 810.12.

<sup>25</sup> DUNAND, Commentaire, n. 12 *ad* art. 328 CO, et les références citées; PORTMANN, Kommentar, n. 2 *ad* art. 328 CO, p. 1922.

<sup>26</sup> Pour une analyse critique, cf. BETTEX, p. 57 ss.

<sup>27</sup> TF 2C\_103/2008, 30.6.2008, c. 6.2.

personnalité et de la santé du travailleur non seulement pendant les rapports de travail, mais aussi lors de leur rupture<sup>28</sup>. Enfin, comme nous le verrons encore ci-dessous (*infra* III D), l'obligation de protéger la personnalité du travailleur perdue dans « une certaine mesure » au-delà de la fin des rapports de travail<sup>29</sup>. Il en résulte, par exemple, qu'un employeur peut être tenu de verser des dommages-intérêts à un ancien employé lorsqu'il a fourni de faux renseignements sur son compte qui ont découragé une entreprise de l'engager<sup>30</sup>.

## 2. Responsabilité pour les actes des organes et de tiers

L'employeur doit non seulement respecter la personnalité du travailleur, mais aussi la protéger. Il doit donc autant s'abstenir de porter directement atteinte aux droits de la personnalité de ses employés que de prendre les « mesures adéquates » pour empêcher qu'ils ne subissent une telle atteinte<sup>31</sup>.

Lorsque l'employeur est une personne morale, il faut lui imputer les actes de ses organes (art. 55 al. 2 CC)<sup>32</sup>. Par ailleurs, l'employeur répond aussi des actes de ses auxiliaires (art. 55 et 101 CO), c'est-à-dire de tous ses collaborateurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, voire de tiers extérieurs à l'entreprise lorsqu'il leur a délégué des tâches<sup>33</sup>. L'article 101 CO ne permet pratiquement aucune preuve libératoire à l'employeur. Nous reprendrons cette question ci-dessous (*infra* IV A).

## C. Protections juridiques

Le droit suisse prévoit un arsenal important et varié de dispositions légales qui permettent de protéger la personnalité des employés<sup>34</sup>. Le travailleur atteint dans ses droits peut, par exemple, exercer les actions défensives prévues à l'article 28a alinéa 1 CC (*infra* 1), agir en dommages-intérêts et en réparation du tort moral (*infra* 2), demander une indemnité pour licenciement abusif (*infra* 3) ou solliciter l'intervention de l'Inspection cantonale du travail (*infra* 4). Suivant les circonstances, ces différentes procédures sont susceptibles d'être exercées concurremment. En pratique, les protections ne sont toutefois pas toujours

<sup>28</sup> TF 4A\_2/2014, 19.2.2014, c. 3.4.

<sup>29</sup> ATF 130 III 699 c. 5.1.

<sup>30</sup> TF 4A\_117/2013, 31.7.2013; TF 4C.343/2002, 22.4.2003, c. 1 et 2.

<sup>31</sup> TF 4A\_128/2007, 9.7.2007, c. 2.2; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, n. 1 *ad* art. 328 CO, p. 140; SONNENBERG, p. 67 ss.

<sup>32</sup> ATF 128 III 76 c. 1b; TF 4A\_544/2008, 10.2.2009, c. 2.3; WYLER/HEINZER, p. 315 s.

<sup>33</sup> ATF 137 III 303 c. 2.2.2; ATF 125 III 70 c. 3a.

<sup>34</sup> DUNAND, Commentaire, n. 64 ss *ad* art. 328 CO, p. 293 ss; STEIGER-SACKMANN, p. 54 ss.

opérantes, car le travailleur peut éprouver des difficultés à apporter la preuve de l'atteinte à sa personnalité<sup>35</sup>, du dommage ou du lien de causalité<sup>36</sup>.

### 1. *Actions défensives prévues dans le CC*

Selon l'article 28a alinéa 1 CC, le demandeur peut requérir le juge d'interdire une atteinte illicite si elle est imminente (ch. 1), de la faire cesser, si elle dure encore (ch. 2) et d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste (ch. 3). Les trois actions ont en commun d'être dirigées contre l'atteinte illicite elle-même contre laquelle il s'agit de protéger la victime touchée dans ses droits de la personnalité<sup>37</sup>.

Il résulte de ce qui précède que le travailleur peut, théoriquement, agir en prévention, en cessation et en constatation des atteintes subies (cf. art. 28a CC)<sup>38</sup>. Ainsi, il a été admis qu'une employée puisse agir contre son ancien employeur en constatation du caractère illicite des accusations dont elle était l'objet<sup>39</sup>. Globalement, les actions défensives de l'art. 28a CC sont cependant peu utilisées dans ce contexte. Il faut notamment rappeler que l'action en constatation a un caractère subsidiaire dans le sens qu'elle ne peut être intentée que si le demandeur n'est pas en mesure de prendre immédiatement des conclusions tendant à la réparation du préjudice. Il a, par exemple, été jugé que la victime d'un *mobbing* ne pouvait en principe pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection à une constatation immédiate lorsqu'elle était en mesure d'exiger immédiatement une prestation exécutoire en sus de la simple constatation et qu'elle disposait de la sorte d'une action condamnatoire<sup>40</sup>. Enfin, seul le travailleur peut agir en protection de sa personnalité : son employeur n'est pas autorisé à intenter une action défensive à sa place à l'encontre d'un tiers<sup>41</sup>.

### 2. *Responsabilité contractuelle de l'employeur*

Une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur constitue en même temps un acte illicite, susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'employeur (cf. art. 41 al. 1 CO), et une violation du contrat de travail,

---

<sup>35</sup> Cf., par exemple, TF 4D\_22/2013, 19.9.2013, c. 4; TF 4A\_465/2012, 10.12.2012, c. 3.2.

<sup>36</sup> Cf., par exemple, TF 4A\_245/2009, 6.4.2010, c. 4.4.

<sup>37</sup> JEANDIN, n. 2 *ad* art. 28a CC, p. 268.

<sup>38</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 15 *ad* art. 328 CO, p. 149; WENNUBST, p. 120 s.

<sup>39</sup> CAPH/GE, 21.5.2003, *in* JAR 2004 481.

<sup>40</sup> TC/VD, 18.6.2010, c. XI/a, *in* JAR 2011 586.

<sup>41</sup> TF 5A\_641/2011, 23.2.2012, c. 5.2.4.

susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle (cf. art. 97 al. 1 et 328 CO)<sup>42</sup>.

La violation des obligations prévues à l'art. 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle de l'employeur pour le préjudice matériel et/ou, pour le tort moral causé au travailleur<sup>43</sup>. Lorsque le travailleur subit un dommage matériel découlant d'une atteinte illicite à ses droits de la personnalité, il a droit à une réparation sous forme de dommages-intérêts<sup>44</sup>. Pour mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de l'employeur, le travailleur doit prouver le dommage, la violation contractuelle, ainsi que le lien de causalité entre les deux. En revanche, la faute de l'employeur est présumée (cf. art. 97 al. 1 CO). Le dommage pourra, par exemple, consister en la différence entre le salaire qu'une employée percevait auprès de son ancien employeur et les montants perçus de l'assurance-chômage, lorsque l'ancien employeur a donné des renseignements inexacts qui ont dissuadé des entreprises de l'embaucher<sup>45</sup>. Quand l'atteinte à la personnalité est également constitutive d'une atteinte à la santé physique ou à la santé mentale du travailleur, par exemple dans certains cas de *mobbing*, l'on sera en présence d'une lésion corporelle. Le dommage consistera alors dans l'impossibilité pour la victime d'utiliser pleinement sa capacité de gain<sup>46</sup>.

En cas d'atteinte illicite à sa personnalité, le travailleur peut prétendre au paiement d'une indemnité pour tort moral, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'employeur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (cf. art. 49 CO). La réparation n'est due que si le travailleur a subi objectivement une atteinte grave dans ses intérêts personnels, mais aussi qu'il l'ait subjectivement ressentie sous forme de souffrances qui ont entraîné une diminution de son bien-être<sup>47</sup>. Le travailleur doit prouver l'acte illicite, la faute de l'employeur, la gravité de l'atteinte et le tort moral.

### 3. *Protection contre les congés (art. 336 CO)*

Selon l'article 336a CO, la victime d'un congé abusif a droit à une indemnité dont le montant ne peut dépasser six mois de son salaire. L'article 336 CO contient une liste de huit différents cas dans lesquels il y a lieu de considérer qu'une résiliation du contrat de travail est abusive. Cette énumération, qui n'est

<sup>42</sup> TF, 14.1.1992, c. 1a, SJ 1993 351 (rés.).

<sup>43</sup> TF 2C.2/2000, 4.4.2003, c. 2.3.

<sup>44</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, n. 16 ad art. 328 CO, p. 149 s.

<sup>45</sup> TF 4C.379/2002, 22.4.2003, c. 1 et 2.

<sup>46</sup> ATF 127 III 403 c. 4a, JdT 2001 I 482, SJ 2001 I 605; TF 4C.343/2003, 13.10.2004, c. 5.3.1.

<sup>47</sup> TF 4A\_123/2007, 31.8.2007, c. 7.2; TF 4A\_128/2007, 9.7.2007, c. 2.3.

pas exhaustive, concrétise l'interdiction générale de l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC)<sup>48</sup>.

Les liens entre protection de la personnalité et congé abusif sont étroits. Selon l'article 336 alinéa 1 lettre a CO, un congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie est abusif, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (congé dit « discriminatoire »). Constituent notamment des raisons inhérentes à la personnalité : la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séropositivité ou la religion<sup>49</sup>.

La jurisprudence est abondante<sup>50</sup>. Nous prendrons l'exemple de l'âge du travailleur. Le licenciement d'un employé qui atteint l'âge de la retraite n'est en principe pas abusif<sup>51</sup>. En revanche, le licenciement d'un employé en raison de son âge (avant qu'il ait atteint l'âge de la retraite) est en principe abusif<sup>52</sup>. Il faut cependant nuancer, car l'âge du travailleur constitue rarement le (seul) motif du licenciement. Dans l'ATF 132 III 115, le Tribunal fédéral a considéré que le licenciement d'un employé après quarante-quatre ans de bons et loyaux services dans l'entreprise, quelques mois avant sa retraite, était abusif<sup>53</sup>. Toutefois, notre Haute Cour a précisé ultérieurement, dans un autre litige, que l'affaire susmentionnée constituait un cas « extrême » et qu'il fallait se garder de toute généralisation. Il est ainsi parfaitement licite de licencier un collaborateur « d'un certain âge et ayant œuvré durant de longues années au service du même employeur, lorsque le rendement du travailleur diminue à tel point qu'il n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées, ni d'assumer une autre occupation compatible avec ses ressources »<sup>54</sup>.

D'autres cas de figure peuvent se présenter. Ainsi, lorsque l'employeur résilie le contrat de travail d'un employé qui s'est plaint, de bonne foi, d'une atteinte à sa personnalité ou à sa santé, le congé est abusif<sup>55</sup>. Il s'agit typiquement d'un « congé-représailles » au sens de l'article 336 alinéa 1 lettre d CO<sup>56</sup>. Il existe aussi des cas de résiliation abusive consacrés par la jurisprudence<sup>57</sup>. Nous prendrons quelques exemples. Lorsque le caractère

---

<sup>48</sup> ATF 132 III 115 c. 2.1, JdT 2006 I 152.

<sup>49</sup> ATF 130 III 699 c. 4.1; DUNAND, Commentaire, n. 25 *ad* art. 336 CO, p. 663.

<sup>50</sup> DUNAND, Commentaire, n. 27 *ss ad* art. 336 CO, p. 664 *ss* et les références citées; WYLER/HEINZER, p. 647.

<sup>51</sup> TF 4C.388/2006, 30.1.2007, c. 4.2.

<sup>52</sup> CAPH/GE, 10.11.2005, c. 3, *in* JAR 2006 469.

<sup>53</sup> ATF 132 III 115 c. 5, JdT 2006 I 152. Voir aussi, TF 4A\_558/2012, 18.2.2013, c. 2.

<sup>54</sup> TF 4A\_419/2007, 29.1.2008, c. 2.6.

<sup>55</sup> TF 4C.343/2003, 13.10.2003, c. 7.

<sup>56</sup> DUNAND, Commentaire, n. 44 *ad* art. 328 CO, p. 671.

<sup>57</sup> DUNAND, Commentaire, n. 70 *ss ad* art. 328 CO, p. 679 *ss*.

difficile d'un travailleur engendre une situation conflictuelle dans l'entreprise, l'employeur ne peut licencier ce travailleur qu'après avoir introduit sans succès les mesures que l'on pouvait attendre de lui en vue d'améliorer la situation. Si l'employeur omet ces mesures ou se contente de démarches insuffisantes et qu'il procède au licenciement, il viole son obligation de protéger la personnalité du travailleur concerné et le licenciement est alors abusif<sup>58</sup>. De même, un licenciement motivé par une baisse de la qualité du travail de l'employé peut s'avérer abusif, lorsque cette baisse de rendement est consécutive au harcèlement subi par le travailleur<sup>59</sup>. Enfin, une violation grossière du contrat, telle une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif<sup>60</sup>.

#### 4. Intervention de l'Inspection cantonale du travail

Lorsque l'atteinte à la personnalité constitue également une violation des règles de la législation sur le travail, et en particulier de l'article 6 LTr, l'Inspection cantonale du travail est compétente pour faire rétablir l'ordre légal<sup>61</sup>. Saisie d'une dénonciation pour inobservation de la loi sur le travail, l'autorité cantonale doit procéder à des investigations pour en examiner le bien-fondé (cf. art. 54 LTr). Une telle enquête administrative lui permettra de décider des suites à donner à la dénonciation. En cas de constatation d'une infraction, elle peut procéder par la voie de la communication avec avertissement (art. 51 LTr), le cas échéant renforcée par des mesures de contrainte (cf. art. 52 et 53 LTr), ou par la voie de la dénonciation pénale (cf. art. 59 LTr)<sup>62</sup>.

Ainsi, dans un cas avéré d'atteinte grave à la personnalité de plusieurs employé(e)s, l'Office cantonal genevois de l'inspection et des relations de travail (OCIRT) a invité l'employeur à respecter, avec effet immédiat et sous peine de dénonciation à l'autorité pénale, les articles 6 LTr et 2 OLT<sup>63</sup>. Le Tribunal administratif genevois a confirmé la légalité de cette décision<sup>64</sup>. Dans une autre affaire, l'OCIRT a imposé à un employeur de concevoir et rédiger des règles d'intervention de personne de confiance hors hiérarchie auxquelles le personnel pouvait s'adresser en cas de conflit pour des conseils et un soutien en vue de trouver une solution au problème, ainsi qu'à en informer les travailleurs. Comme nous le verrons encore plus en détail (*infra* III A), le Tribunal

<sup>58</sup> ATF 132 III 115 c. 2.2, JdT 2006 I 152; TF 4C.25/2006, 21.3.2006, c. 2.

<sup>59</sup> ATF 125 III 70 c. 2a-b; TF 8C\_18/2011, 7.2.2012, c. 6.2.

<sup>60</sup> ATF 132 III 115 c. 2.2, JdT 2006 I 152.

<sup>61</sup> TA/GE, 7.6.2005, SJ 2006 I 75; WENNUBST, p. 168 ss.

<sup>62</sup> TF 2A.423/2000, 22.3.2001, c. 2.a.

<sup>63</sup> Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail du 18 août 1993, RS 822.113.

<sup>64</sup> TA/GE, 7.6.2005, in SJ 2006 I 75.

administratif genevois, puis le Tribunal fédéral ont rejeté les recours de l'employeur<sup>65</sup>.

### III. Article 328 CO : norme flexible

Norme cardinale, l'article 328 CO constitue également une norme flexible. Dans les dernières décennies, la jurisprudence a souvent produit une œuvre créatrice qui a eu pour conséquence d'étendre la portée de la protection des travailleurs. Nous prendrons quatre exemples : l'obligation de prévenir et de mettre fin aux conflits relationnels (*infra* A), au mobbing (*infra* B) et au stress (*infra* C), ainsi que l'interdiction de donner des renseignements défavorables et inexacts à un potentiel employeur (*infra* D).

#### A. Prévention et gestion des conflits relationnels

On peut déduire de l'article 328 CO que l'employeur doit veiller à ce que ses employés puissent exécuter leur prestation de travail dans des conditions qui respectent leur personnalité<sup>66</sup>. Il organisera le travail, définira les tâches et responsabilités, et il instruira ses employés en conséquence. Il s'assurera de la bonne application des directives et sanctionnera leur non-respect<sup>67</sup>. L'ensemble de ces mesures ne peut évidemment pas garantir l'absence de conflits interpersonnels dans l'entreprise.

En une quinzaine d'années, la jurisprudence a tenté de définir quelles étaient les obligations de l'employeur en matière de prévention et de gestion des conflits. Les situations conflictuelles doivent être repérées et désamorcées en temps utile<sup>68</sup>. L'employeur ne peut rester inactif. Il doit prendre les mesures adéquates pour protéger le travailleur qui fait l'objet d'atteintes de la part de membres du personnel ou de ses supérieurs<sup>69</sup>. Les faits seront élucidés rapidement, avec détermination, mais sans parti pris<sup>70</sup>. L'employeur cherchera à clore le conflit, en mettant en évidence les responsabilités, en organisant au besoin une médiation, ou en introduisant les autres mesures que l'on peut équitablement exiger de lui, telles que des modifications de son organisation ou

---

<sup>65</sup> TF 2C\_462/2011, 9.5.2012.

<sup>66</sup> DUNAND, Commentaire, n. 20 *ad* art. 328 CO, p. 276; TERCIER/FAVRE, n. 3522, p. 521; WYLER/HEINZER, p. 356.

<sup>67</sup> DUNAND, Commentaire, n. 20 *ad* art. 328 CO, p. 276.

<sup>68</sup> ATF 127 III 351 c. 4b/dd; TF 8C\_18/2011, 7.2.2012, c. 6.2; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, n. 7 *ad* art. 328 CO, p. 144.

<sup>69</sup> TF 8C\_18/2011, 7.2.2012, c. 6.2; PÄRLI, p. 231 s.; WYLER/HEINZER, p. 356 ss.

<sup>70</sup> AUBERT, CR CO I, n. 10 *ad* art. 328 CO, p. 2027; SUBILIA/DUC, n. 20 *ad* art. 328 CO, p. 318.

des instructions adressées à ses employés<sup>71</sup>. Il déterminera également s'il est souhaitable et possible de séparer les personnes impliquées, en proposant par exemple le transfert de l'une d'elles dans un autre département, magasin ou unité de travail de l'entreprise<sup>72</sup>.

Dans un arrêt rendu en 2012, le Tribunal fédéral a jugé que sous l'angle de la législation sur le travail (cf. art. 6 LTr), l'OCIRT était parfaitement en droit d'imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein. Il est toutefois nécessaire que cette personne garantisse la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés<sup>73</sup>. Notre Haute Cour a encore précisé que la mise en place de cette méthode de gestion des conflits pouvait dépendre de la structure de l'entreprise, ainsi que du nombre de salariés qu'elle emploie. Il est, par exemple, concevable que les petites et moyennes entreprises s'adressent à leur association professionnelle respective pour mettre en place un système commun<sup>74</sup>.

L'arrêt susmentionné a provoqué de nombreuses réactions. Il a, en particulier, fait naître des inquiétudes auprès des employeurs et des milieux professionnels concernés, notamment les responsables des ressources humaines, qui se sont interrogés sur sa portée. Il a aussi suscité une contribution portant notamment sur la notion, le rôle et le statut juridique des personnes de confiance<sup>75</sup>. Il a, enfin, fait l'objet d'une vive critique de deux auteurs qui estiment que la décision de l'OCIRT était dénuée de toute base légale<sup>76</sup>.

## **B. Mobbing**

Le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, constitue une atteinte grave aux droits de la personnalité du travailleur. La pratique du harcèlement sur le lieu de travail est sans doute vieille comme Mathusalem. Ce n'est toutefois que depuis quelques dizaines d'années que le mécanisme a été étudié en profondeur, notamment par le psychologue allemand Heinz LEYMANN<sup>77</sup> et la

<sup>71</sup> ATF 132 III 115 c. 5.1, JdT 2006 I 152; TF 4C.431/2005, 31.1.2006, c. 3; CARRUZZO, n. 7 ad art. 328 CO, p. 283 ss.

<sup>72</sup> CAPH/GE, 4.2.2010, c. 5.1.2, in JAR 2011 451.

<sup>73</sup> TF 2C\_462/2011, 9.5.2012, c. 4.3.

<sup>74</sup> TF 2C\_462/2011, 9.5.2012, c. 5.2.

<sup>75</sup> DUNAND/TORNARE, p. 159 ss.

<sup>76</sup> SUBILIA/SCHWEIZER, p. 323 ss.

<sup>77</sup> Cf. LEYMANN, *Mobbing, la persécution au quotidien*, Paris 1966.

psychiatre française Marie-France HIRIGOYEN<sup>78</sup>. Encore fallait-il qu'il soit également traité sous l'angle juridique.

En l'absence d'une norme spécifique dans le Code des obligations, la notion a été reconnue et précisée par la jurisprudence<sup>79</sup> et la doctrine<sup>80</sup>.

L'un des tout premiers arrêts traitant de harcèlement psychologique en Suisse a été rendu en 1997 par la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève. Un architecte, au service du même bureau depuis plus de vingt ans, s'est vu contraint par son employeur de travailler dans des conditions inacceptables. L'employeur a tout fait pour tenter de dégoûter son employé, approchant l'âge de la retraite, et de l'amener à résilier son contrat de durée déterminée avant l'échéance. Ainsi, pendant plusieurs années, l'employé a dû exécuter des tâches subalternes, sans rapport avec ses qualifications, a subi de manière répétée des reproches injustifiés relatifs à la qualité de son travail, et a dû supplier son employeur à de nombreuses reprises de respecter les injonctions de l'OCIRT. Il s'est vu en outre assigner différents lieux de travail ne présentant pas les exigences d'hygiène requises et non équipés pour permettre la réalisation de travaux de dessinateur-architecte. Il a en effet été placé successivement dans un bureau container dépourvu de sanitaires, situé sur un chantier ; dans un bureau accessible à tous, sans téléphone, sans documentation technique nécessaire ; enfin, dans un bureau situé si loin dans la campagne genevoise qu'il lui était très difficile de s'y rendre, vu l'absence de transports publics adéquats et le fait qu'il n'était pas motorisé. Le travailleur a fini par tomber dans un état dépressif sérieux occasionnant une longue incapacité de travail. L'employeur a été condamné à lui verser une indemnité de 20'000 frs. à titre de réparation morale<sup>81</sup>.

Le cas de l'architecte genevois comporte tous les éléments de la définition du harcèlement psychologique que donnera le Tribunal fédéral quelques années plus tard dans des considérants restés constants jusqu'à nos jours : « le harcèlement psychologique, appelé aussi mobbing, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être

---

<sup>78</sup> Cf. HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Paris 1998.

<sup>79</sup> Parmi une jurisprudence très abondante, voir, par exemple, quelques arrêts anciens qui ont défini le régime juridique du mobbing en droit privé suisse de travail : TF 4P.329/2005, 21.2.2006, c. 3; TF 4C.201/2005, 21.2.2006, c. 6; TF 4C.343/2003, 13.10.2004, c. 3.1; TF 4C.276/2004, 12.10.2004, c. 4.1; TF 2P.207/2002, 20.6.2003, c. 4.2; TF 2C.2/2000, 4.4.2003, c. 2.3; TF 2A.423/2000, 22.3.2001, c. 2a.

<sup>80</sup> Voir notamment: DEVEAUD-PLÉDRAN; DUNAND, *Harcèlement*; REHBINDER/KRAUSZ; WAEBER, *Mobbing*; et WENNUBST.

<sup>81</sup> CAPH/GE, 23.6.1997, *in* JAR 1998 154.

considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personne, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée. [...] Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Il sied cependant de garder à l'esprit que le mobbing peut n'être qu'imaginaire et qu'il peut même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques ou mesures pourtant justifiées [...] »<sup>82</sup>.

La jurisprudence a eu pour mérite de reconnaître et de clarifier la notion de mobbing, permettant ainsi de déceler sous des actes apparemment anodins des comportements inadmissibles qui peuvent avoir des conséquences graves pour la santé des victimes<sup>83</sup>.

### C. *Stress*

Le stress, le surmenage et le burnout sont des cas de trouble psychosocial qui entraînent souvent des dysfonctionnements physiques et dont la fréquence est croissante<sup>84</sup>. Il existe différentes formes de stress sur le lieu de travail, qui peuvent notamment résulter d'une mauvaise gestion des ressources humaines, d'une surcharge ou d'un manque de travail, ou de conflits sur le lieu de travail<sup>85</sup>.

La plupart des travailleurs subissent de manière épisodique ou chronique un état de stress au travail. Ce trouble constituant une atteinte à la personnalité et à la santé des employés, il convient de préciser dans quelle mesure la responsabilité de l'employeur est susceptible d'être engagée<sup>86</sup>. Ici encore, la jurisprudence a tracé quelques limites.

En effet, le Tribunal fédéral a validé le raisonnement du Tribunal cantonal vaudois qui avait estimé que le système très contraignant et délibéré d'acquisition de la clientèle mis sur pied dans une entreprise portait atteinte à la personnalité des employés et qu'il était apte, dans des circonstances semblables, à entraîner à terme la dégradation des personnes qui y étaient exposées. En l'espèce, une employée soumise à ce système d'organisation s'était trouvée en incapacité de travail pour surmenage et avait souffert d'un syndrome dépressif grave. Notre Haute Cour a considéré que l'employeur pouvait être tenu pour responsable de la dégradation de son état de santé et qu'il devait être condamné à lui verser une somme de 10'000 frs. à titre de réparation morale (cf. art. 49 CO)

<sup>82</sup> Voir, par exemple, TF 4D\_22/2013, 19.9.2013, c. 3.1; TF 4A\_245/2009, 6.4.2010, c. 4.2; TF 8C\_358/2009, 8.3.2010, c. 5.

<sup>83</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 7 *ad* art. 328 CO, p. 144.

<sup>84</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 17a *ad* art. 328 CO, p. 563.

<sup>85</sup> DUNAND, Commentaire, n. 44 *ad* art. 328 CO, p. 286; PORTMANN, Stresshaftung, p. 3.

<sup>86</sup> Sur cette question, cf. PORTMANN, Stresshaftung, p. 6 ss.

« pour tenir compte de la pression constante, de longue durée, exercée sur la travailleuse et de l'absence de considération autre que celle d'un rendement maximum à obtenir »<sup>87</sup>. Dans une jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral a ajouté que dans la mesure où un employeur a connaissance des difficultés rencontrées par un employé, en l'occurrence une mauvaise résistance au stress et d'importantes difficultés d'adaptation, l'article 328 CO peut selon les circonstances lui imposer de prendre des mesures pour protéger l'employé<sup>88</sup>.

Par ailleurs, selon une décision genevoise, une surcharge de travail liée à un manque chronique de personnel peut également constituer une violation par l'employeur de son devoir de protéger et de respecter la personnalité de ses employés. Il résulte de l'expérience courante de la vie qu'un employé soumis durant des années à une surcharge de travail et maintenu dans l'incertitude de son avenir professionnel est susceptible de tomber en dépression pendant plusieurs mois. Une atteinte à la santé de cette nature correspond à la notion de « tort considérable » donnant droit à une indemnité pour tort moral<sup>89</sup>.

Ces décisions, qui peuvent potentiellement concerner de nombreux employeurs et employés de notre pays, tendent à élargir la notion de protection de la personnalité des employés et à accroître les devoirs et la responsabilité de l'employeur.

#### ***D. Renseignements donnés par l'ancien employeur à un tiers***

Comme nous l'avons vu (*supra* II B 1), le Tribunal fédéral considère que la protection de la personnalité du travailleur perdure, dans une certaine mesure, au-delà de la fin des rapports de travail<sup>90</sup>. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que l'employeur viole l'article 328 CO et doit des dommages-intérêts à son ancien employé s'il fournit sur ce dernier des renseignements faux et attentatoires à l'honneur et décourage de la sorte un employeur potentiel d'engager la personne en question<sup>91</sup>. Notre Haute Cour a encore précisé que la violation de l'article 328 CO suppose que les renseignements fournis soient à la fois défavorables et inexacts<sup>92</sup>.

Le succès d'une action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral dépend de la capacité à prouver la violation du contrat, le dommage, ainsi que le lien de causalité entre la violation contractuelle et le dommage. La

---

<sup>87</sup> TF 4C.24/2005, 17.10.2005, c. 7.3.

<sup>88</sup> TF 4A\_680/2012, 7.3.2013, c. 5.5.

<sup>89</sup> CAPH/GE, 4.2.2008, c. 3.2.2, *in* JAR 2009 507.

<sup>90</sup> ATF 130 III 699 c. 5.1; TF 4A\_117/2013, 31.7.2013, c. 2.2.

<sup>91</sup> ATF 135 III 405 c. 3.2; TF 4A\_117/2013, 31.7.2013, c. 2.2.

<sup>92</sup> TF 4A\_117/2013, 31.7.2013, c. 2.2.

jurisprudence n'a toutefois pas posé des exigences trop strictes en la matière. Deux arrêts nous permettront d'illustrer la question.

Dans une première affaire qui concernait une vendeuse en parfumerie, l'employeur avait donné par téléphone à plusieurs employeurs potentiels des renseignements défavorables et erronés selon lesquels l'employée avait entretenu des contacts difficiles avec ses anciennes collègues, qu'elle était incapable de travailler en équipe et que « la vente n'était pas son élément » ! L'employeur a contesté que les renseignements fournis fussent de nature à causer le chômage de l'employée durant vingt-huit mois. Il invoquait notamment l'instabilité professionnelle de l'employée, qui avait connu sept employeurs en cinq ans, le fait que son dossier ne contenait que deux certificats de travail, ou encore une attestation de l'avant-dernier employeur faisant état d'une tendance de l'employée à mélanger vie privée et vie professionnelle. Le Tribunal fédéral a rejeté ces arguments et considéré que l'attitude de l'employeur était propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à dissuader un employeur intéressé d'engager une telle candidate. L'employée lésée a ainsi perçu un montant de 37'736 frs., correspondant à la différence durant vingt-huit mois entre le salaire réalisé auprès de l'employeur condamné et les montants reçus de l'assurance-chômage, ainsi qu'une somme de 10'000 frs. à titre de réparation morale<sup>93</sup>.

Dans une seconde affaire, assez similaire, qui concernait une infirmière, une auxiliaire de l'ancien employeur avait donné par téléphone aux employeurs potentiels les renseignements (inexact) suivants, retranscrits par un témoin : « Nous avons eu beaucoup de soucis avec Mme T., sa qualité de travail était médiocre, sa relation avec l'équipe était dégradante ainsi que sa relation avec ses supérieurs. Elle nous a fait un procès pour mobbing qu'elle a perdu. Je vous déconseille de l'engager, nous ne sommes pas les seuls à avoir eu des problèmes avec elle. Nous lui avons donné un bon certificat, car la loi nous interdit de donner de mauvais renseignements ». L'employée, qui a eu des symptômes de dépression très importants, a agi en dommages-intérêts et en réparation morale contre son ancien employeur. Alors que le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a considéré que le lien de causalité entre les faux renseignements et le non-engagement de l'employée n'avait pas été prouvé, la Cour d'appel civile du Tribunal vaudois a quant à elle estimé que l'employée n'avait pas prouvé son dommage parce qu'il n'était pas certain, vu sa capacité de travail réduite, qu'elle aurait pu véritablement honorer le contrat désiré. Le Tribunal fédéral a réfuté ces arguments : « par une violation d'une obligation contractuelle qui lui est imputable, [l'employeur] a privé [son ancien employée] de l'engagement par la garderie à partir d'une certaine date et pour un certain salaire. Sur ces bases, il semble possible d'établir un dommage

<sup>93</sup> TF 4C.379/2002, 22.4.2003 (recours en réforme) et TF 4P.247/2002, 22.4.2003 (recours de droit public).

donnant lieu à réparation [...]. En excluant que [l'employée] ait pu accomplir le travail qui lui était proposé à la garderie, la cour cantonale fait une supposition qui ne repose pas sur des éléments sérieux, de sorte que ce fait a été retenu arbitrairement. Comme les données contenues dans l'arrêt attaqué sont insuffisantes pour se prononcer sur la question du dommage, il faut annuler cette décision et renvoyer la cause à la cour cantonale »<sup>94</sup>.

## IV. Quelques questions en suspens

Comme nous l'avons vu, le régime de la protection de la personnalité des employés s'est beaucoup développé ces dernières années. Certaines questions nous paraissent toutefois encore susceptibles d'être clarifiées ou précisées. Il en va en particulier ainsi des modalités de la responsabilité de l'employeur pour les actes de ses auxiliaires (*infra* A), de la prise en compte d'une prédisposition constitutionnelle du travailleur (*infra* B) et de l'éventuelle reconnaissance d'un « droit d'être entendu » dans les relations de travail soumises au droit privé (*infra* C).

### A. Responsabilité de l'employeur pour les actes de ses auxiliaires

L'employeur répond des actes et omissions de ses auxiliaires (cf. 101 CO), c'est-à-dire de ses collaborateurs, quel que soit leur niveau hiérarchique, voire de tiers extérieurs à l'entreprise lorsqu'il leur a délégué des tâches<sup>95</sup>. Est un auxiliaire toute personne qui, du consentement du débiteur, soit de l'employeur, exécute ou concourt à l'exécution d'une obligation de celui-ci<sup>96</sup>. Pour que l'article 101 CO soit applicable, il suffit que l'auxiliaire ait agi au su et avec le consentement du débiteur, même s'il n'y a aucun lien de subordination<sup>97</sup>.

L'application de l'article 101 CO dans les cas d'atteinte à la personnalité d'un travailleur pose des problèmes juridiques délicats<sup>98</sup>. Il faut rappeler que cette disposition a pour but de rendre le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de son obligation à un auxiliaire, mais s'en était occupé personnellement<sup>99</sup>. L'employeur répond du comportement de son auxiliaire comme s'il s'agissait du sien propre, même si l'auxiliaire a excédé ses

---

<sup>94</sup> TF 4A\_117/2013, 31.7.2013, c. 2.2.1.

<sup>95</sup> ATF 125 III 70 c. 3a; TF 4A\_578/2011, 12.1.2012, c. 6.4; WYLER/HEINZER, p. 316 s.

<sup>96</sup> THEVENOZ, n. 5 *ad* art. 101 CO, p. 788.

<sup>97</sup> TF 4C.343/2003, 13.10.2004, c. 4.1.

<sup>98</sup> Voir DUNAND, Commentaire, n. 89 *ss ad* art. 328 CO, p. 304 *ss* et les références citées.

<sup>99</sup> DONATIello, n. 384, p. 110.

compétences et agi au mépris d'instructions reçues<sup>100</sup>. Contrairement à l'article 97 CO, ni la faute du débiteur ni celle de l'auxiliaire ne sont une condition d'application<sup>101</sup>.

À notre avis, l'article 101 CO vise en premier lieu les relations contractuelles nouées entre l'employeur et un tiers (externe à l'entreprise). Il est aussi envisageable, en second lieu, de l'appliquer dans les relations internes d'une entreprise. Encore faut-il que l'on soit effectivement en présence de l'acquiescement par l'auxiliaire d'une obligation de l'employeur envers un tiers, en l'occurrence un autre collaborateur de l'entreprise. Autrement dit, on ne devrait imputer à l'employeur, sur la base de l'article 101 al. 1 CO, que le comportement des travailleurs auxquels il a confié des tâches de direction à l'égard de son personnel<sup>102</sup>. Prenons l'exemple du harcèlement psychologique. Lorsqu'un cadre harcèle un subordonné (harcèlement vertical descendant), ces conditions paraissent réalisées: l'employeur a confié au cadre des tâches de direction envers le travailleur. En revanche, lorsque le harcèlement est le fait d'un employé de même niveau hiérarchique (harcèlement horizontal) ou alors d'un employé subalterne envers son supérieur hiérarchique (harcèlement vertical ascendant), l'application de l'article 101 CO est discutable<sup>103</sup>.

La question d'éventuelles preuves libératoires accordées à l'employeur est également problématique<sup>104</sup>. En effet, l'article 101 CO est une norme de responsabilité particulièrement sévère pour l'employeur puisqu'il ne peut pas apporter de véritable preuve libératoire: le débiteur ne peut s'exonérer qu'en prouvant que, s'il avait personnellement agi comme l'a fait l'auxiliaire, on ne pourrait lui reprocher ce comportement (critère dit de la faute hypothétique)<sup>105</sup>. Cette preuve est impossible à apporter en cas d'atteinte à la personnalité. La loi instaure ainsi une responsabilité « quasi causale » de l'employeur<sup>106</sup>.

Dans cette logique, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur ne pouvait s'exonérer de la responsabilité découlant de l'article 101 CO en prouvant qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour protéger la personnalité de la victime après que celle-ci lui avait fait part de la situation, puisque l'employeur répond également des atteintes à la personnalité commises auparavant par son auxiliaire<sup>107</sup>. L'application sans réserve de l'article 101

<sup>100</sup> CA/GE, 2.11.1989, in SJ 1990 642.

<sup>101</sup> THÉVENOZ, n. 2 *ad art.* 101 CO, p. 787.

<sup>102</sup> Cf. ATF 137 III 303 c. 2.2.2; TPH/GE, 21.11.1991, c. 3b, in JAR 1992 166; AUBERT, LEg, n. 52 *ad art.* 5 Leg, p. 137 s; CARRON, p. 126; PORTMANN, Kommentar, n. 20 *ad art.* 328 CO, p. 1929 et n. 53a *ad art.* 328 CO, p. 1941; SUBILIA/DUC, n. 45 *ad art.* 328 CO, p. 327; WYLER/HEINZER, p. 353 ss.

<sup>103</sup> SONNENBERG, p. 101 ss; WYLER/HEINZER, p. 353 ss.

<sup>104</sup> Cf. DUNAND, Commentaire, n. 90 *ad art.* 328 CO, p. 305 et les références citées.

<sup>105</sup> THÉVENOZ, n. 26 *ad art.* 101 CO, p. 795; CCC/NE, 31.1.2000, c. 3a, in RJN 2000 122.

<sup>106</sup> TPH/GE, 21.11.1991, c. 3b, in JAR 1992 166; WAEBER, Mobbing, p. 793.

<sup>107</sup> TF 4A\_128/2007, 9.7.2007, c. 2.4.

al. 1 CO peut cependant paraître inéquitable lorsque l'employeur a pris toutes les mesures de prévention, d'organisation et de surveillance nécessaires et que, sans qu'il ait été ou qu'il ait pu être au courant, des atteintes à la personnalité d'un employé se sont produites dans son entreprise.

Dans une publication antérieure, nous nous sommes demandé, vu les problèmes d'application de l'article 101 CO comme norme de responsabilité de l'employeur, s'il n'était pas préférable de considérer que l'article 328 CO constitue une norme d'imputation *sui generis* qui serait assortie de réelles preuves libératoires<sup>108</sup>. On pourrait alors s'inspirer, ou appliquer par analogie, la réglementation relative au harcèlement sexuel qui exclut le versement d'une indemnité à la victime lorsque l'employeur a prouvé « qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour prévenir » un tel harcèlement « ou y mettre fin » (cf. art. 5 al. 3 LEg). Un tel régime permettrait de fixer des critères identiques de responsabilité de l'employeur que la victime ait été harcelée sexuellement ou psychologiquement<sup>109</sup>. Notons que la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a retenu cette solution<sup>110</sup>.

## **B. Prédilection constitutionnelle de l'employé**

En cas d'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral intentée par le travailleur en raison d'une violation de ses droits de la personnalité, le juge doit, après avoir déterminé le montant maximal auquel le travailleur aurait droit, fixer l'indemnité en prenant en compte les facteurs de réduction résultant des articles 43 et 44 CO (cf. art. 99 al. 3 CO). En particulier, le juge déterminera le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute (art. 43 al. 1 CO). En outre, il pourra réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur (art. 44 al. 1 CO).

La question qui nous intéresse ici est de déterminer dans quelle mesure une prédilection constitutionnelle du travailleur peut être retenue comme une faute concomitante du travailleur impliquant la réduction des dommages-intérêts auxquels il pourrait prétendre.

Lors d'un dommage corporel, on considère que la victime a pu présenter une prédilection constitutionnelle, c'est-à-dire un état pathologique antérieur

---

<sup>108</sup> DUNAND, Harcèlement, p. 30 s.

<sup>109</sup> DUNAND, Commentaire, n. 92 *ad* art. 328 CO, p. 306.

<sup>110</sup> TC/VD, 22.2.2008, c. 4d, *in* JAR 2009 642.

à l'atteinte, qui a augmenté le dommage de manière fortuite<sup>111</sup>. La prédisposition peut être de nature physique ou psychique. Elle est qualifiée d'indépendante lorsque l'état de santé de la victime est tel que le dommage se serait de toute manière réalisé, même sans l'accident ou sans l'atteinte à l'intégrité psychique<sup>112</sup>. La « prédisposition indépendante » est prise en compte dans le calcul du dommage (art. 42 CO), en limitant le dommage réparable à celui qui résulte de l'acte du responsable<sup>113</sup>. La prédisposition est en revanche considérée comme liée lorsque le dommage attribuable à l'état antérieur de la victime ne se serait jamais réalisé sans l'atteinte<sup>114</sup>. La « prédisposition liée » opère quant à elle comme facteur de réduction de l'indemnité due par le responsable (art. 44 CO)<sup>115</sup>.

Bien connue en droit de la responsabilité civile et en droit des assurances sociales, la notion de prédisposition est utilisée depuis quelques années en droit du travail, comme facteur de réduction des indemnités dues par l'employeur au travailleur ayant subi une atteinte à la santé. La jurisprudence a, par exemple, tenu compte d'une « extrême sensibilité »<sup>116</sup>, d'une fragilité antérieure<sup>117</sup>, d'une « vulnérabilité préexistante »<sup>118</sup>, ou encore du fait que le travailleur avait déjà été affecté par un surmenage et une dépression lors d'un emploi précédent<sup>119</sup>.

A notre avis, ces jurisprudences sont discutables, raison pour laquelle nous nous sommes permis d'y émettre quelques réserves<sup>120</sup>. Il faut dire que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral une simple vulnérabilité psychique de la victime ne saurait en principe constituer un facteur de réduction. D'autres circonstances doivent intervenir, comme par exemple une disproportion manifeste entre la cause fondant le dommage et l'importance du préjudice. En d'autres termes, l'acte dommageable ne doit plus avoir aucun rapport avec l'ampleur du dommage subi par le lésé<sup>121</sup>. Comme le relève WERRO, « il est en principe critiquable de tenir compte de la prédisposition constitutionnelle liée. Il n'y a en effet pas de raison de diminuer l'obligation de réparer de l'auteur, simplement parce que la victime présente un état qui aggrave les conséquences

<sup>111</sup> WERRO, n. 33 *ad* art. 44 CO, p. 424.

<sup>112</sup> WERRO, n. 35 *ad* art. 44 CO, p. 425.

<sup>113</sup> WERRO, n. 35 *ad* art. 44 CO, p. 425; ATF 131 III 12 c. 4, JdT 2005 I 488, SJ 2005 I 113.

<sup>114</sup> WERRO, n. 36 *ad* art. 44 CO, p. 425.

<sup>115</sup> WERRO, n. 37 *ad* art. 44 CO, p. 425s.; ATF 131 III 12 c. 4, JdT 2005 I 488, SJ 2005 I 113.

<sup>116</sup> TF 4C.289/2006, 5.2.2007, c. 5.2.

<sup>117</sup> TF 4C.74/2007, 22.1.2008, c. 5.2.

<sup>118</sup> CC/NE, 20.8.2003, c. 4, *in* RJN 2003 176.

<sup>119</sup> TF 4C.320/2005, 20.3.2006, c. 2.5.

<sup>120</sup> DUNAND, *Prédisposition*, p. 15 ss.

<sup>121</sup> TF 4A\_45/2009, 25.3.2009, c. 4.2.1; TF 4C.75/2004, 16.11.2004, c. 4.2; TF 4C.215/2001, 15.1.2002, c. 3.

de l'acte dommageable. Il faut considérer que le responsable n'a pas le choix de la victime »<sup>122</sup>.

La prise en compte de la notion de prédisposition constitutionnelle dans les litiges concernant la réparation d'une atteinte à la personnalité du travailleur se heurte à des problèmes importants relatifs à la détermination de la causalité et à la charge de la preuve. Elle est par ailleurs de nature à porter une atteinte supplémentaire aux droits de la personnalité du travailleur (art. 328 et 328b CO). Enfin, la quotité de la réduction devrait être calculée sur la base de critères équitables et prévisibles<sup>123</sup>. Le Tribunal cantonal vaudois a fait siennes certaines de ces critiques<sup>124</sup>.

### **C. Droit d'être entendu ?**

Au sens traditionnel, le droit d'être entendu constitue une garantie de procédure, consacrée à l'article 29 al. 2 Cst., qui confère à toute personne qui est partie à une procédure étatique le droit d'être informée et entendue avant qu'une décision ne soit prise à son détriment. Le droit d'être entendu comprend notamment le droit d'être informé, le droit de s'exprimer et le droit de consulter son dossier avant le prononcé de la décision<sup>125</sup>. Selon la conception retenue dans l'ordre juridique suisse, le droit d'être entendu n'est opposable qu'à l'Etat et non à une entité juridique de droit privé comme l'employeur.

Poser la question de l'existence d'un droit d'être entendu dans les relations de travail de droit privé, en particulier avant la notification d'un licenciement, peut donc paraître incongru. D'ailleurs, le Tribunal fédéral a expressément affirmé qu'il n'existait pas de droit d'être entendu du travailleur avant la communication du licenciement<sup>126</sup>.

On peut toutefois se demander si l'employé n'est pas en mesure de déduire de l'art. 328 CO un certain droit d'être informé et écouté, lors d'un entretien préalable, de l'intention de l'employeur de le licencier<sup>127</sup>. Certes, la voie est étroite puisque, en droit suisse, pour être valable un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier<sup>128</sup> et que le législateur n'a prévu une obligation de motiver le congé par écrit que si l'autre partie le demande (art. 335 al. 2 CO)<sup>129</sup>.

---

<sup>122</sup> WERRO, n. 38 *ad* art. 44 CO, p. 426.

<sup>123</sup> DUNAND, *Prédisposition*, p. 19.

<sup>124</sup> TC/VD, 22.2.2008, c. 3c, *in* JAR 2009 642.

<sup>125</sup> AUBERT/MAHON, n. 5 et 6 *ad* art. 29 Cst., p. 267 s.

<sup>126</sup> TF 4C.174/2004, 5.8.2004, c. 2.4.

<sup>127</sup> DUNAND, *Commentaire*, n. 92 *ad* art. 336 CO, p. 686.

<sup>128</sup> ATF 132 III 115 c. 2.1, JdT 2006 I 152; ATF 131 III 535 c. 4.1.

<sup>129</sup> TF 4C.174/2004, 5.8.2004, c. 2.4.

La prise en compte de l'ensemble de la jurisprudence sur le congé abusif impose une analyse nuancée. En effet, selon le Tribunal fédéral, le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit : même lorsqu'elle résilie un contrat pour un motif légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards<sup>130</sup>. Le Tribunal fédéral distingue deux situations : un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales ne suffit pas à rendre le congé abusif, car il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte ; en revanche, une violation grossière du contrat, telle une atteinte grave aux droits de la personnalité dans le contexte d'une résiliation peut faire apparaître le congé comme abusif<sup>131</sup>.

Nous prendrons pour exemple trois affaires traitées par le Tribunal fédéral. Dans la première affaire, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur avait gravement violé le principe voulant qu'il fasse un usage modéré de son droit en licenciant un employé sans aucun entretien préalable, sans la moindre tentative de solution et en le libérant immédiatement de son obligation de travailler<sup>132</sup>. Dans la deuxième affaire, un employeur avait licencié une employée qui avait déposé une plainte pénale infondée pour harcèlement sexuel à l'encontre de l'un des dirigeants de la société. Les juges de Mon-Repos ont estimé que le congé était abusif, car avant d'envisager de le notifier, l'employeur aurait dû essayer de « comprendre les motifs » soulevés par l'employée<sup>133</sup>. Enfin, dans la troisième affaire, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il incombe à l'employeur de veiller à la santé du travailleur non seulement pendant les rapports de travail, mais aussi lors de leur rupture. Constitue un congé abusif le licenciement notifié à un travailleur souffrant de troubles psychiques, sans chercher à comprendre les raisons pour lesquelles il n'était pas en mesure, selon son psychiatre, de travailler dans un magasin déterminé<sup>134</sup>.

Le point commun entre les trois cas susmentionnés nous semble résider dans le fait que l'on a reproché à l'employeur de ne pas s'être entretenu avec l'employé. Il en résulte, *a contrario*, qu'un entretien préalable à la notification du licenciement aurait pu rendre celui-ci parfaitement légitime. La question sera certainement clarifiée dans de nouveaux arrêts.

<sup>130</sup> Cf. DUNAND, Commentaire, n. 78 *ad* art. 338 CO, p. 682. Voir aussi ObG/BE, 7.4.2010, c. B.9, *in* JAR 2011 413.

<sup>131</sup> ATF 132 III 115 c. 2.2-3, JdT 2006 I 152.

<sup>132</sup> ATF 132 III 115 c. 5.4, JdT 2006 I 152.

<sup>133</sup> TF 4C.60/2006, 22.5.2006, c. 7.3.

<sup>134</sup> TF 4A\_2/2014, 19.2.2014, c. 3.

## V. Conclusion

Norme flexible et cardinale du droit privé suisse du travail, l'article 328 CO a permis de trouver des solutions à des questions insoupçonnées lors de son adoption. Ainsi que le relève WAEBER, à propos de cette disposition légale : lorsque « le droit peut ainsi évoluer parallèlement à la société, il remplit pleinement son rôle. Il ne précède pas vraiment l'évolution, il est même nécessairement en retard sur les éléments les plus avancés de la société, mais il codifie et proclame les valeurs et règles nouvelles, qui deviennent applicables à tous et obligent les éléments les plus arriérés de la société à évoluer »<sup>135</sup>.

Si l'on doit louer la créativité de la jurisprudence, l'on peut aussi louer la volonté du législateur de consacrer une norme ouverte, susceptible d'être adaptée aux besoins nouveaux de la société.

Finalement, l'article 328 CO constitue une consécration de la méthode Hubérienne chère à Dominique MANAI qui l'a si justement décrite dans son magnifique ouvrage consacré à « Eugen HUBER – Jurisconsulte charismatique » avec un extrait duquel nous concluons :

« La tendance générale [qu'Eugen HUBER] choisit est la suivante : le droit privé se doit d'énoncer un schéma de directives juridiques. En effet, par une formulation large, souple et générale, la législation laisse ainsi au juge une marge de liberté dans l'application concrète du droit. Cette manière de procéder lui permet de satisfaire deux exigences : d'une part rédiger une loi populaire, simple, claire et accessible à tous ; et d'autre part, laisser au juge la possibilité d'adapter et de compléter la loi. C'est pourquoi il se refuse de préciser explicitement la portée des dispositions légales, car il estime que leur sens doit correspondre aux injonctions du présent, laissant ainsi une marge d'adaptabilité pour le contenu sémantique de la loi »<sup>136</sup>.

## VI. Bibliographie

Gabriel AUBERT, Commentaire de l'article 5 LEg, *in* Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Gabriel AUBERT et Karine LEMPEN (éd.), Genève 2011 (cité : AUBERT, LEg)

Gabriel AUBERT, Commentaire des articles 319 ss CO, *in* Code des obligations I, Luc THÉVENOZ et Franz WERRO (éd.), Bâle 2012 (cité : AUBERT, CR CO I)

---

<sup>135</sup> WAEBER, Protection, p. 41.

<sup>136</sup> MANAI, Jurisconsulte, p. 127.

- Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003
- Christian BETTEX, *L'application temporelle de l'article 328 CO*, in *Panorama II en droit du travail*, Rémy WYLER (éd.), Berne 2012, p. 57 ss
- Christiane BRUNNER/Jean-Michel BÜHLER/Jean-Bernard WAEBER/Christian BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2004
- Vincent CARRON, *Mobbing et demeure de l'employeur*, in *Panorama en droit du travail*, Rémy WYLER (éd.), Berne 2009, p. 115 ss
- Philippe CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, *Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zurich/Bâle/Genève 2009
- Marie-Gisèle DANTHE, *Les limites qu'instaure l'article 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur*, in *Panorama en droit du travail*, Rémy WYLER (éd.), Berne 2009, p. 163 ss
- Marie DEVEAUD-PLÉDRAN, *Le harcèlement dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2011
- Giuseppe DONATIELLO, *Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations*, Genève/Zurich/Bâle 2010
- Jean-Philippe DUNAND/Sandrine TORNARE, « Personne de confiance » et prévention des conflits au travail – Perspectives ouvertes par l'arrêt du TF 2C\_462/2011, in *Festschrift – Zur Emeritierung von Jean-Fritz STÖCKLI*, Zurich/Saint Gall 2014, p. 151 ss
- Jean-Philippe DUNAND, *Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail*, in *RJN* 2006, p. 13 ss (cité : DUNAND, *Harcèlement*)
- Jean-Philippe DUNAND, *La « prédisposition constitutionnelle » de la victime d'un harcèlement psychologique (mobbing)*, in *DTA* 2007, p. 15 ss (cité : DUNAND, *Prédisposition*)
- Jean-Philippe DUNAND, *Commentaire des articles 328 et 336 CO*, in *Commentaire du contrat de travail*, Jean-Philippe DUNAND et Pascal MAHON (éd.), Berne 2013 (cité : DUNAND, *Commentaire*)
- Christian FAVRE/Charles MUNOZ/Rolf A. TOBLER, *Le contrat de travail*, *Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010
- Marie-France HIRIGOYEN, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Paris 1998
- Nicolas JEANDIN, *Commentaire de l'article 28a CC*, in *Code civil I*, Pascal PICHONNAZ et Bénédict FOËX (éd.), Bâle 2010

- Heinz LEYMANN, *Mobbing, la persécution au quotidien*, Paris 1966
- Dominique MANAI, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne 1985 (cité : MANAI, *Le juge*)
- Dominique MANAI, Eugen HUBER – *Jurisconsulte charismatique*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990 (cité : MANAI, *Jurisconsulte*)
- Kurt PÄRLI, *Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, in DTA 4/2005, p. 225 ss
- Wolfgang PORTMANN, *Stresshaftung im Arbeitsverhältnis – Erfolgreiche Stresshaftungsklage gegen Arbeitgeber in der Schweiz und in anderen europäischen Ländern*, in DTA 1/2008, p. 1 ss (cité : PORTMANN, *Stresshaftung*)
- Wolfgang PORTMANN, *Kommentar zu dem Art. 328 OR*, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht I* (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT et Wolfgang WIEGAND (éd.), 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2011 (cité: Portmann, *Kommentar*))
- Manfred REHBINDER/Alexander KRAUSZ, *Psychoterror am Arbeitsplatz. Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht*, in ArbR 1996, p. 17 ss
- Anne-Lise SAILLEN, *La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO*, Lausanne 1981
- Carole SONNENBERG, *La protection de la personnalité du travailleur : sauvegarde de sa santé et sécurité au travail*, Lausanne 2010
- Sabine STEIGER-SACKMANN, *Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz – Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention*, Zurich/Bâle/Genève 2013
- Ullin STREIFF/Adrian VON KAENEL/Roger RUDOLPH, *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2012
- Olivier SUBILIA/Jean-Louis DUC, *Droit du travail – Eléments de droit suisse*, Lausanne 2010
- Olivier SUBILIA/Stéphanie SCHWEIZER, *Mobbing, cachez-lui cette souffrance qu'il ne saurait voir, Réflexions dans le prolongement de l'arrêt TF 2C\_462/2011, du 9 mai 2012*, in DTA 2012, p. 323 ss
- Pierre TERCIER/Pascal G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2009
- Luc THÉVENOZ, *Commentaire de l'article 101 CO*, in *Code des obligations I*, Luc THÉVENOZ et Franz WERRO (éd.), Bâle 2012
- Jean-Bernard WAEBER, *Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?*, in PJA 7/98, p. 792 ss (cité : WAEBER, *Mobbing*)

Jean-Bernard WAEBER, La protection de la personnalité dans les rapports de travail, in *Harcèlement au travail*, Gabriel AUBERT, Jean-Marc GUINCHARD et Marcel PICCOT (éd.), Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 37 ss (cité : WAEBER, Protection)

Gabriella WENNUST, Mobbing – Le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail, Lausanne 1999

Franz WERRO, Commentaire de l'article 44 CO, in *Code des obligations I*, Luc THÉVENOZ et Franz WERRO (éd.), Bâle 2012

Rémy WYLER/Boris HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2014



# Affaire « L’Etivaz » : droit de la concurrence et appellations d’origine protégées (AOP)

JULIA XOUDIS<sup>1</sup>

## I. Introduction

Toute personne doit pouvoir exercer une activité économique lui permettant de subvenir à ses besoins et à ceux de ses proches<sup>2</sup>. En particulier, chacun a le droit d’être protégé contre des atteintes de tiers mettant en péril son existence économique. La protection de la personnalité économique implique le droit d’accéder au marché. Elle peut imposer des limites à l’autonomie de tiers, notamment à leur liberté contractuelle<sup>3</sup>.

A l’origine régi par l’art. 28 CC exclusivement<sup>4</sup>, le droit d’accéder au marché relève de nos jours principalement de la loi sur les cartels (ci-après : LCart)<sup>5</sup>. Celle-ci protège le bon fonctionnement de la concurrence tant dans l’intérêt d’une économie de marché fondée sur un régime libéral (garantie institutionnelle), que dans le but de défendre les droits individuels, notamment ceux de concurrents désireux d’accéder au marché (garantie individuelle)<sup>6</sup>. Ainsi, la personne entravée illicitement dans l’accès à la concurrence peut agir devant le juge civil afin d’obtenir la suppression ou la cessation de l’entrave, la réparation du préjudice subi et la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d’affaires (art. 12 al. 1 en lien avec les art. 5 et 7 LCart). Elle peut notamment obtenir une condamnation du tiers à l’origine de l’entrave à conclure avec elle un contrat conforme au marché et aux conditions usuelles de la branche (obligation de contracter ; art. 13 let. b LCart).

---

<sup>1</sup> Professeure associée à l’Université de Genève, avocate. Je remercie vivement Madame Cécile GRESET et Monsieur Olivier GAILLARD, assistants à la Faculté de droit de l’Université de Genève, pour l’aide qu’ils m’ont apportée dans mes recherches.

<sup>2</sup> BUCHER, n. 478.

<sup>3</sup> ATF 82 II 292, JdT 1957 I 202; ATF 86 II 365, JdT 1961 I 164; ATF 98 II 221, JdT 1973 I 309.

<sup>4</sup> Se fondant sur cette disposition, le Tribunal fédéral a développé des principes permettant de sanctionner les boycotts et les cartels : voir ATF 82 II 292, JdT 1957 I 202; ATF 86 II 365, JdT 1961 I 164.

<sup>5</sup> RS 251. Voir BUCHER, n. 478; JEANDIN, n. 49 *ad* art. 28 CC; TERCIER, p. 330 ss; J.-M. REYMOND, n. 33 *ad* Rem. art. 12 ss LCart. Sur l’origine du droit des cartels et son évolution : TERCIER/MARTENET, n. 68 ss *ad* Introduction générale; BOVET, p. 140 ss. Sur la protection contre les contraintes dites internes et l’art. 27 al. 2 CC : TERCIER, p. 326 s. et p. 337 s.; J.-M. REYMOND, n. 19 ss *ad* art. 12 LCart. D’autres aspects de la personnalité économique, notamment l’honneur économique, sont actuellement protégés par la loi contre la concurrence déloyale (RS 241).

<sup>6</sup> Art. 1 LCart; TERCIER/MARTENET, n. 38 s. et n. 196 *ad* Introduction générale.

La présente contribution aborde la problématique du droit à l'accès au marché à la lumière d'un arrêt récent du Tribunal fédéral rendu dans l'affaire « L'Etivaz »<sup>7</sup>. Un fromager demandait à pouvoir adhérer à la société coopérative formée par ses concurrents, afin de pouvoir affiner son fromage dans la cave de cette dernière et satisfaire ainsi à une des exigences requises pour commercialiser ses produits sous l'appellation d'origine protégée « L'Etivaz ». Se fondant sur la loi sur les cartels, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation de la coopérative à admettre le fromager en qualité de sociétaire.

L'affaire s'inscrit dans le contexte de la réglementation en matière agricole, qui réserve un rôle particulier aux organisations de producteurs et aux interprofessions et qui institue les appellations d'origine et les indications géographiques protégées (ci-après : AOP et IGP). Cette réglementation n'est pas sans poser des difficultés d'articulation avec le droit de la concurrence. Elle peut aussi soulever des questions de conformité avec les droits fondamentaux – notamment la liberté économique – dans sa mise en œuvre lors de l'enregistrement des AOP/IPG.

Une première partie résume l'état de fait et les décisions rendues dans l'affaire « L'Etivaz » (*infra* II). Elle est suivie par un aperçu des règles en matière agricole permettant de situer l'affaire dans son contexte réglementaire (*infra* III). L'arrêt du Tribunal fédéral est ensuite analysé de manière critique au regard du droit de la concurrence (*infra* IV). Enfin, une solution fondée sur le respect des droits fondamentaux est proposée (*infra* V).

## II. Résumé de l'affaire « L'Etivaz »

La coopérative des Producteurs de Fromages d'Alpage L'Etivaz (ci-après : la coopérative ou la défenderesse) a pour membres des producteurs de fromages des Alpes vaudoises. Elle est copropriétaire d'une cave d'affinage sise à L'Etivaz, dans la commune de Château-d'Oex, dont l'utilisation est réservée à ses membres. Celle-ci peut contenir au moins 3'000 meules. La coopérative engage le personnel nécessaire à l'affinage et fixe l'indemnité due par ses membres pour l'entreposage, les soins et le salage des fromages. Par ailleurs, elle achète les fromages de ses membres aux prix proposés par son comité et admis par son assemblée générale, puis en assure la commercialisation aux meilleures conditions<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> ATF 139 II 316. L'affaire n'est pas encore close : une demande d'autorisation exceptionnelle a été déposée auprès du Conseil fédéral (DPC 2013/4 843).

<sup>8</sup> Jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois du 31 août 2011, décision n°119/2011/SNR, partie « En fait », paragraphes 2 et 3.

En 1999, la coopérative a obtenu l'enregistrement de « L'Etivaz » en tant que AOP, conformément à la législation fédérale en matière d'appellations d'origine et d'indications géographiques protégées<sup>9</sup>. Le cahier des charges, publié dans le registre des AOP, définit les aires géographiques de production et d'affinage et décrit les caractéristiques du produit, la méthode de production ainsi que les conditions d'étiquetage et de certification<sup>10</sup>. En particulier, l'affinage du fromage doit se faire exclusivement dans des caves d'une capacité de 3'000 pièces ou plus (art. 13 du cahier des charges). Depuis l'enregistrement de l'AOP, seuls les fromages affinés dans la cave de la coopérative ont été commercialisés sous cette appellation.

Le demandeur produit du fromage à Temeley-Aï (commune de Leysin), soit dans la zone de production définie dans le cahier des charges de « L'Etivaz ». Basé dans une localité éloignée des Préalpes vaudoises, il a repris l'exploitation de l'alpage du Temeley-Aï en avril 2005, suite au décès du précédent fermier qui était membre de la coopérative.

Ce fromager utilise une cave d'affinage dans l'aire géographique prévue par le cahier des charges, mais dont la capacité est inférieure à 3'000 pièces. Ne pouvant commercialiser sa production sous l'appellation « L'Etivaz », il a demandé à plusieurs reprises à être admis comme membre de la coopérative de sorte à pouvoir affiner son fromage dans la cave de celle-ci. La coopérative a refusé son admission, faisant état de sa volonté de conserver une capacité d'affinage résiduelle pour un jeune agriculteur installé dans la région. Une seule autre cave dans la zone d'affinage répond à l'exigence de capacité du cahier des charges de « L'Etivaz », mais son propriétaire n'utilise pas l'appellation et a refusé d'admettre le demandeur au motif qu'il ne veut pas concurrencer la coopérative.

Face à ce refus, le fromager a saisi la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud le 21 mai 2007, lui demandant de constater que la coopérative entrave son accès à l'AOP de manière illicite, de dire qu'elle est astreinte à lui donner accès à sa cave contre rémunération usuelle, de dire qu'elle est astreinte à l'admettre comme l'un de ses membres et de la condamner à lui payer des dommages-intérêts correspondant aux pertes subies pour les années 2005 et 2006. La coopérative défenderesse a conclu au rejet de la demande.

L'affaire a d'abord donné lieu à une ordonnance de mesures provisionnelles de la Cour civile du 12 juin 2007<sup>11</sup>. Puis, la Commission de la concurrence (ci-après : Comco) a été consultée, conformément à l'art. 15 LCart ; dans son avis

<sup>9</sup> Sur la procédure d'enregistrement, voir *infra* III B. A l'époque de l'enregistrement, on parlait d'appellations d'origine contrôlées (AOC) et non encore d'AOP. Sur l'histoire du fromage « L'Etivaz » et l'obtention de l'AOP, voir BOISSEAUX/BARJOLLE, p. 50 s., et CHAPPUIS, Accords interprofessionnels, p. 241 ss.

<sup>10</sup> <http://www.blw.admin.ch/themen/00013/00085/00094/index.html?lang=fr>.

<sup>11</sup> DPC 2007/3 495. Cette décision concluait à l'absence d'une restriction illicite de concurrence.

du 12 avril 2011, la Comco a conclu que l'affaire ne posait pas problème au regard de la loi sur les cartels<sup>12</sup>. Elle a retenu qu'il n'y avait pas de restriction illicite de concurrence. En tout état, le demandeur avait d'autres possibilités ; il pouvait notamment produire du « Gruyère ».

Le 31 août 2011, la Cour civile a rendu son jugement. Elle a considéré que le refus de la coopérative d'admettre le demandeur comme membre et de lui donner accès à sa cave était constitutif d'un abus de position dominante (art. 7 LCart)<sup>13</sup>. Pour l'essentiel, elle a fait droit à la conclusion du demandeur à être admis comme membre de la défenderesse, en relevant que sa conclusion tendant à avoir accès aux installations de la coopérative n'avait plus d'objet dès lors que le demandeur obtenait la qualité de sociétaire. Elle a par ailleurs alloué au demandeur une somme d'environ CHF 27'000.- au titre de la réparation du dommage découlant de l'entrave illicite, à savoir son gain manqué pour les années 2005 et 2006.

Le 23 mai 2013, sur recours de la défenderesse, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation de la coopérative à admettre le demandeur en qualité de sociétaire, retenant également un abus de position dominante<sup>14</sup>. En revanche, il a écarté la prétention en réparation de la perte de gain du demandeur, considérant qu'un rapport de causalité entre l'entrave à la concurrence et le dommage subi n'avait pas été suffisamment établi. Sur ce point, il a partiellement admis le recours<sup>15</sup>.

Le 1<sup>er</sup> juillet 2013, la coopérative a déposé une demande d'autorisation exceptionnelle fondée sur l'art. 8 LCart<sup>16</sup>. Le 12 septembre 2013, le Département de l'économie, de la formation et de la recherche (ci-après : DEFR) a rendu une décision incidente refusant l'effet suspensif requis par la coopérative<sup>17</sup>. La décision sur le fond est encore attendue.

---

<sup>12</sup> DPC 2011/2 302.

<sup>13</sup> Jugement de la Cour civile cantonale, note 8.

<sup>14</sup> ATF 139 II 316.

<sup>15</sup> TF 4A\_449/2012, 23.5.2013, c. 10 (considérant non publié à l'ATF 139 II 316).

<sup>16</sup> Cette disposition permet au Conseil fédéral d'autoriser à titre exceptionnel une pratique déclarée illicite au regard du droit de la concurrence, lorsqu'une telle pratique est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

<sup>17</sup> DPC 2013/4 843.

### III. Politique agricole, organisations de producteurs et AOP/IGP

Avant d'analyser l'arrêt du Tribunal fédéral, il convient de donner un aperçu de la réglementation sectorielle ancrée dans la loi sur l'agriculture (ci-après : LAgr<sup>18</sup>).

Depuis le milieu des années 1990, la politique agricole en Suisse s'est orientée vers une ouverture des marchés, impliquant une plus grande concurrence entre les exploitations agricoles, les entreprises de la transformation et celles du commerce<sup>19</sup>.

Dans le contexte de cette libéralisation, l'accent a été mis sur une organisation privée du secteur, par le biais des interprofessions et des organisations de producteurs, auxquelles doit être assimilée la coopérative dans l'affaire qui nous intéresse ici (*infra* A).

A cela s'est ajoutée une promotion de la qualité des produits par l'introduction de règles sur les appellations d'origine et les indications géographiques ; l'AOP « L'Étivaz » en fait partie (*infra* B).

#### A. Organisations de producteurs et mesures d'entraide

Tant les organisations de producteurs que les interprofessions sont des groupements de droit privé (art. 2 de l'ordonnance sur l'extension des mesures d'entraide des interprofessions et des organisations de producteurs ; ci-après : OIOP<sup>20</sup>). Les interprofessions regroupent les producteurs d'un produit ou d'un groupe de produits, des transformateurs ainsi que, le cas échéant, des commerçants (art. 8 al. 2 LAgr)<sup>21</sup>.

Selon l'art. 8 LAgr<sup>22</sup>, les organisations des producteurs ou des branches concernées peuvent prendre des mesures d'entraide qui ont pour but de promouvoir la qualité des produits et les ventes ainsi que d'adapter la production et l'offre aux exigences du marché.

En particulier, ces organisations peuvent adopter des programmes d'amélioration de la qualité ayant pour conséquence directe une limitation des

<sup>18</sup> RS 910.1.

<sup>19</sup> CHAPPUIS, Marchés agricoles, p. 105; DUCREY, p. 124. L'objectif d'accroissement de la compétitivité reste une priorité : Message du Conseil fédéral du 1<sup>er</sup> février 2012 (Politique agricole 2014-2017), FF 2012 1857, p. 1923 ss.

<sup>20</sup> RS 919.117.72.

<sup>21</sup> Voir aussi CHAPPUIS, Marchés agricoles, p. 106.

<sup>22</sup> L'art. 8 LAgr a été introduit dans le cadre de la Politique agricole 2002; Message du Conseil fédéral du 26 juin 1996, FF 1996 IV 1.

volumes ou des capacités de production (art. 1 al. 2 let. b OIOP)<sup>23</sup> ; elles peuvent aussi adopter des prix indicatifs (art. 8a LAgr).

Les mesures d'entraide ont notamment pour but de permettre à ces organisations de s'engager dans une démarche de différenciation collective par la qualité afin de renforcer la position concurrentielle du produit concerné<sup>24</sup>. Cependant, à la longue, cet effort collectif peut être paralysé, voire supprimé, si des opérateurs non membres de ces organisations profitent des mesures collectives sans les appliquer ou sans en supporter les coûts (*parasitisme ; free riding*)<sup>25</sup>.

C'est pour pallier ce problème que le Conseil fédéral peut, sur requête d'une organisation représentative, étendre les mesures d'entraide lorsque celles-ci sont compromises par des entreprises qui ne les appliquent pas (art. 9 LAgr<sup>26</sup> et art. 2 ss OIOP). Sur la base de cette réglementation, le Conseil fédéral a actuellement étendu les mesures d'entraide prises par neuf interprofessions et organisations de producteurs à des non-membres (voir annexes 1 et 2 de l'OIOP)<sup>27</sup> ; les mesures de la coopérative défenderesse n'en font pas partie.

## **B. Règles en matière d'AOP/IGP**

L'art. 14 al. 1 let. d LAgr prévoit que le Conseil fédéral peut édicter des dispositions sur la désignation des produits pour garantir la crédibilité des désignations et pour promouvoir la qualité et l'écoulement des produits agricoles et des produits agricoles transformés. La loi institue les AOP et les IGP ; elle charge le Conseil fédéral d'établir un registre de ces indications de provenance et de réglementer les qualités exigées du requérant, les conditions d'enregistrement, en particulier les exigences du cahier des charges, les procédures d'enregistrement et d'opposition ainsi que le contrôle (art. 16 al. 1

---

<sup>23</sup> Sur la réglementation des quantités : HOFER, p. 141 ss; BOVET/CHAPPUIS, p. 151.

<sup>24</sup> CHAPPUIS, Marchés agricoles, p. 107; CHAPPUIS, Accords interprofessionnels, p. 19.

<sup>25</sup> CHAPPUIS, Marchés agricoles, p. 107 s. Sur l'ensemble de la question : CHAPPUIS, Accords interprofessionnels, p. 9 ss.

<sup>26</sup> L'art. 9 LAgr a été introduit par la Politique agricole 2002; Message du Conseil fédéral du 26 juin 1996, FF 1996 IV 1. Il a été modifié sans toucher à sa substance dans le cadre de la Politique agricole 2007 (Message du Conseil fédéral du 29 mai 2002, FF 2002 4395). Dans sa prise de position relative à la Politique agricole 2007, la Comco a proposé l'abandon de l'art. 8 LAgr et a fortement critiqué l'application de l'art. 9 LAgr (DPC 2002/1 174, p. 175 ss). Voir aussi CHAPPUIS, Marchés agricoles, p. 109 s.

<sup>27</sup> Voir, par exemple, l'extension de la réglementation adoptée par l'interprofession « Emmentaler », visant à limiter les quantités produites de ce fromage bénéficiant d'une AOP.

et 2 LAgr)<sup>28</sup>. Sur cette base, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les AOP et les IGP (ci-après : OAOP<sup>29</sup>).

L'appellation d'origine est le nom d'une région, d'un lieu ou, dans des cas exceptionnels, d'un pays, qui sert à distinguer un produit agricole ou un produit transformé qui en est originaire ; le produit doit présenter des caractéristiques qui sont dues essentiellement ou exclusivement au milieu géographique et doit être produit, transformé et élaboré dans une aire géographique délimitée (art. 2 al. 1 OAOP)<sup>30</sup>.

Une demande d'enregistrement peut être déposée par tout groupement de producteurs représentatif d'un produit (art. 5 OAOP). Elle doit être assortie d'un cahier des charges (art. 6 al. 3 OAOP). Après avoir consulté la Commission des AOP et des IGP ainsi que les autorités cantonales et fédérales concernées, l'Office fédéral de l'agriculture (ci-après : OFAG) admet ou rejette la demande par le biais d'une décision (art. 8 et 9 OAOP). En cas d'admission, le résumé de la demande d'enregistrement est publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 9 OAOP). Les personnes justifiant d'un intérêt digne de protection et les cantons peuvent faire opposition contre l'enregistrement dans un délai de trois mois suivant la date de cette publication (art. 10 OAOP). Les oppositions sont traitées par l'OFAG qui rend une décision sujette à recours (art. 11 OAOP). Si elles sont rejetées (ou si aucune opposition n'est déposée), la dénomination est inscrite au registre des AOP et IGP (art. 12 OAOP)<sup>31</sup>. La même procédure est suivie en cas de modification du cahier des charges (art. 14 OAOP).

Les AOP/IPG peuvent être utilisées par tout opérateur commercialisant des produits agricoles ou des produits agricoles transformés qui sont conformes au cahier des charges correspondant (principe de la porte ouverte ; art. 1 al. 2 OAOP). Un produit ne peut être commercialisé sous une telle dénomination que s'il a été préalablement certifié (art. 16 al. 6 LAgr ; art. 16 et 18 OAOP ; *infra* V B).

Une appellation enregistrée est protégée contre toute utilisation commerciale qui en exploite le renom pour d'autres produits, ou, en général, contre toute usurpation, contrefaçon ou imitation (art. 16 al. 7 let. a et b LAgr, art. 17 OAOP)<sup>32</sup>. Les AOP/IPG pourront être enregistrées comme marques

<sup>28</sup> La réglementation s'inspire du règlement (CEE) n°2081/92 du Conseil du 14 juillet 1992 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires.

<sup>29</sup> RS 910.12.

<sup>30</sup> Sur l'IGP, voir l'art. 3 al. 1 OAOP.

<sup>31</sup> <http://www.blw.admin.ch/themen/00013/00085/00094/index.html?lang=fr>.

<sup>32</sup> Pour un cas d'application : TF 2C\_852/2009, 29.10.2010. Voir aussi GILLIÉRON, n. 16 ss *ad* Intro. art. 47-51 LPM.

géographiques dès l'entrée en vigueur du nouvel art. 27a de la loi sur la protection des marques (Projet « *Swissness* »)<sup>33</sup>.

#### **IV. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral au regard du droit de la concurrence**

Le fromager à Temeley-Aï demandait à la Cour civile cantonale de dire que la coopérative devait lui donner accès à ses caves contre rémunération usuelle, de dire qu'elle devait l'admettre comme l'un de ses membres et de la condamner à lui payer des dommages-intérêts.

Cette action se fonde sur les art. 12 et 13 LCart<sup>34</sup> ; elle présuppose que le comportement de la coopérative, à savoir le refus de donner l'accès à sa cave, soit illicite au regard de la loi sur les cartels. La question a été analysée sous l'angle de l'abus de position dominante (art. 7 LCart)<sup>35</sup>.

Au niveau du Tribunal fédéral, les conditions d'application de la loi sur les cartels n'ont plus été discutées. Il n'est guère contestable que la coopérative est une entreprise et que la pratique litigieuse déploie ses effets en Suisse (art. 2 LCart). En revanche, même si ce point n'a pas été évoqué dans le cadre du recours, il convient d'examiner brièvement le champ d'application matériel de la loi sur les cartels, soit son articulation avec les règles en matière de politique agricole (*infra* A). L'analyse relative à l'abus de position dominante suivra (*infra* B). Enfin, on s'interrogera sur la sanction civile ordonnée (*infra* C).

##### **A. Loi sur les cartels et règles en matière agricole**

L'art. 3 al. 1 LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services ; en présence de telles règles, l'application de la loi sur les cartels est exclue. En particulier, il s'agit des prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et des prescriptions qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b).

---

<sup>33</sup> RS 232.11; FF 2013 4261; FF 2009 7711.

<sup>34</sup> Devant la Cour civile cantonale, le demandeur avait invoqué à titre subsidiaire l'art. 839 al. 2 CO, mais ce fondement n'a pas été examiné. Sous réserve de certaines exceptions, cette règle n'accorde aucun droit à l'acquisition de la qualité de sociétaire d'une coopérative. L'art. 7 LCart constitue une exception : voir J.-A. REYMOND, p. 81. Voir aussi ATF 118 II 435, JdT 1994 I 40; ATF 98 II 221, JdT 1973 I 309.

<sup>35</sup> Pour ce qui est d'une éventuelle application de l'art. 5 LCart, non examinée en l'espèce, voir l'avis de la Comco (DPC 2011/2 302, points 42 ss).

La Cour civile cantonale a examiné la question de savoir si le litige qui opposait les parties était soumis à la loi sur les cartels, dès lors que le marché du fromage est réglementé par la loi sur l'agriculture et l'ordonnance sur l'extension des mesures d'entraide des interprofessions et des organisations de producteurs (*supra* III A)<sup>36</sup>.

Il est généralement admis que, même dans les secteurs réglementés, il est nécessaire de déterminer l'étendue du champ des prescriptions spéciales, tenant compte de leurs objectifs<sup>37</sup>. En particulier, en matière agricole, le législateur a voulu introduire une certaine libéralisation (voir *supra* III). Il faut donc établir précisément en quoi la réglementation exclut ce secteur de la concurrence<sup>38</sup>.

Les opinions sont divisées sur la question de savoir si les mesures d'entraide prévues à l'art. 8 LAgr relèvent de l'art. 3 al. 1 LCart (sur ces mesures, voir *supra* III A). Selon le Tribunal fédéral, ce type de mesures est, de manière générale, exclu du champ d'application de la loi sur les cartels<sup>39</sup>. Il en va de même pour le Conseil fédéral<sup>40</sup>.

D'autres positions sont plus nuancées. En particulier, le Secrétariat de la Comco a adopté une approche plutôt restrictive, en préconisant un examen au cas par cas<sup>41</sup>. Le Secrétariat a néanmoins retenu que les mesures limitant les volumes de production, qui sont spécifiquement visées à l'art. 1 al. 2 let. b OIOP et qui concrétisent l'art. 8 al. 1 LAgr, tombent dans l'exception de l'art. 3 al. 1 LCart<sup>42</sup>.

Cela étant, dans le cas d'espèce, le refus d'admettre le demandeur comme membre de la coopérative et/ou de lui donner accès à la cave d'affinage ne relève pas de règles spéciales réservées par l'art. 3 al. 1 LCart. En particulier, le fait de vouloir conserver une capacité d'affinage résiduelle pour privilégier un jeune agriculteur de la région ne tombe pas dans le champ des prescriptions spéciales ; une application de l'art. 3 LCart est donc exclue<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> Jugement de la Cour civile cantonale, note 8, partie « En droit », IV. Voir aussi DPC 2007/3 495, p. 502 ss.

<sup>37</sup> ATF 129 II 497 c. 3.3.1 ss; MARTENET/CARRON, n. 29 ss *ad* art. 3 al. 1 LCart. Voir aussi DPC 2013/4 704.

<sup>38</sup> MARTENET/CARRON, n. 46 *ad* art. 3 al. 1 LCart.

<sup>39</sup> TF 4C.57/2006, 20.04.2006, c. 2.1 et 2.2. Voir toutefois critique de WALTHER, p. 64.

<sup>40</sup> Message du Conseil fédéral du 29 mai 2002, FF 2002 4395, p. 4435 s.

<sup>41</sup> DPC 2005/3 458, p. 460. Voir aussi DUCREY, p. 128 s.; WALTHER, p. 64. Dans ce sens également, BOVET/CHAPPUIS, p. 140 s.

<sup>42</sup> DPC 2002/1 62, p. 66 s.; DPC 2002/3 424, p. 427.

<sup>43</sup> DPC 2011/2 302, point 15. Sur la réserve de l'art. 3 al. 2 LCart, voir BOVET/CHAPPUIS, p. 143.

## **B. Abus de position dominante ?**

Le Tribunal fédéral a décidé que le refus de la coopérative de donner accès à sa cave d'affinage était constitutif d'un abus de position dominante (art. 7 LCart). Afin d'analyser son raisonnement, il convient d'expliquer les principes permettant de retenir une position dominante et un abus de celle-ci (*infra* 1), puis de discuter la question de la définition du marché final (*infra* 2), avant d'examiner s'il y avait lieu de retenir un abus de position dominante dans le cas d'espèce (*infra* 3).

### **1. Principes**

Il y a position dominante lorsqu'une entreprise est à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché – concurrents, fournisseurs ou acheteurs (art. 4 al. 2 LCart). L'aptitude à se comporter de cette manière s'apprécie par rapport à un marché déterminé<sup>44</sup>. La définition de celui-ci permet d'évaluer si une entreprise dispose d'un pouvoir de marché important, tenant compte de sa part de marché et d'autres critères liés aux caractéristiques du marché, tels que l'existence ou non de barrières à l'entrée, le type de concurrence (*e.g.* interaction oligopolistique qui favorise la collusion) ou encore le pouvoir d'achat<sup>45</sup>.

La définition du marché pertinent dans le cas présent doit tenir compte de la pratique posant problème, à savoir le refus de la coopérative de recevoir la production du demandeur pour l'affinage dans sa cave. Cette pratique a été analysée par le Tribunal fédéral sous l'angle du refus d'entretenir des relations commerciales, plus spécifiquement de la doctrine dite des *essential facilities*, qui en est un cas d'application (art. 7 al. 2 let. a en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart)<sup>46</sup>.

Pour ce faire, le Tribunal fédéral a repris les principes posés dans un arrêt rendu en matière de distribution d'électricité dans le canton de Fribourg, dans lequel il s'était référé à cette doctrine<sup>47</sup>. Il a retenu qu'une entreprise en position dominante se comporte de manière abusive lorsqu'elle dispose seule des équipements ou installations indispensables à la fourniture d'une prestation, qu'elle refuse sans raison objective de mettre l'infrastructure aussi à la

---

<sup>44</sup> ATF 139 II 316, c. 5; ATF 139 I 72, c. 9, JdT 2013 I 202; ATF 129 II 497, c. 6.3.1.

<sup>45</sup> CLERC/KELLEZI, n. 131 *ad* art. 4 al. 2 LCart. Sur une approche économique de la question du pouvoir de marché et les problèmes qu'elle soulève, voir XOUDIS, p. 106 ss.

<sup>46</sup> La doctrine des *essential facilities* trouve son origine en droit américain (section 2 du *Sherman Act*). Elle a été reprise en droit européen et en droit suisse. Ses conditions d'application ne sont toutefois pas uniformes dans les trois ordres juridiques. Sur l'ensemble de la question, voir notamment CLERC/KELLEZI, n. 66 ss *ad* art. 7 al. 2 LCart; AMSTUTZ/CARRON, n. 143 ss *ad* art. 7. Voir aussi DPC 2011/1 96, p. 144 ss; DPC 2014/1 215, p. 254 ss.

<sup>47</sup> ATF 129 II 497, c. 6.5.1; voir aussi DPC 2001/2 255 et DPC 2002/4 672.

disposition d'un concurrent potentiel et que celui-ci n'a aucune solution de remplacement<sup>48</sup>. Il a par ailleurs précisé que l'abus peut porter sur un service ou la mise à disposition d'une infrastructure indispensable à ce concurrent<sup>49</sup>.

En principe, cette approche implique de distinguer deux marchés : celui de l'infrastructure ou du service (marché sur lequel il y a position dominante) et celui sur lequel l'abus produit un effet (marché sur lequel le concurrent est entravé ou exclu)<sup>50</sup>. Cette distinction est superflue lorsque le marché de l'infrastructure essentielle et le marché sur lequel l'abus a un effet sont nécessairement liés, comme c'est le cas en matière de réseaux de fourniture d'électricité ou encore de terminaux portuaires ou d'aéroports<sup>51</sup>.

Mais, dans le cas présent, la question de savoir s'il y a position dominante sur le marché de l'infrastructure ou du service d'affinage dépend de la définition du marché du fromage en aval (marché final). En d'autres termes, il est nécessaire de définir le marché final afin de pouvoir déterminer l'infrastructure ou le service indispensable pour entrer en concurrence sur ce marché<sup>52</sup>. En définitive, le problème d'une position dominante sur le marché de l'infrastructure ou du service d'affinage ne peut se poser que si le marché final est limité aux fromages vendus sous l'AOP « L'Étivaz », pour lesquels un affinage dans une cave comme celle de la coopérative est requis.

## 2. Définition du marché final

### a) Solution du Tribunal fédéral

Se fondant sur les principes en matière d'appellation d'origine, le Tribunal fédéral a retenu que le marché déterminant était nécessairement celui de l'AOP « L'Étivaz »<sup>53</sup>. Il a souligné que l'AOP est un instrument de la lutte économique entre concurrents créé, géré et soutenu par la Confédération dans le but de stimuler l'écoulement de produits agricoles. Dans ce contexte, il a rappelé le droit de faire usage d'une dénomination protégée pour tout producteur remplissant le cahier des charges<sup>54</sup>. Compte tenu du droit d'exercer la concurrence avec l'AOP « L'Étivaz », le demandeur n'avait pas besoin de

<sup>48</sup> ATF 139 II 316, c. 7.

<sup>49</sup> ATF 139 II 316, c. 7.

<sup>50</sup> CLERC/KELLEZI, n. 16 s. *ad art.* 7 al. 2 LCart. A cet égard, l'analyse du Tribunal fédéral n'est pas très claire, car elle confond ces deux marchés.

<sup>51</sup> Il s'agit là de cas d'infrastructures essentielles au sens propre du terme : CLERC/KELLEZI, n. 16 s. en lien avec n. 75 *ad art.* 7 al. 2 LCart (ces auteures retiennent une définition plus étroite de la doctrine des *essential facilities* que celle utilisée par le Tribunal fédéral). Voir aussi HATZOPOULOS, p. 351 s.

<sup>52</sup> Voir l'analyse de la Comco (DPC 2011/2 302). Cette distinction ne ressort pas clairement de l'arrêt du Tribunal fédéral dont l'analyse se focalise sur le marché final (ATF 139 II 316, c. 5 en lien avec c. 6.1).

<sup>53</sup> ATF 139 II 316, c. 5.5.

<sup>54</sup> ATF 139 II 316, c. 5.5.

prouver l'existence effective d'un marché de cette appellation qui soit distinct du marché des produits standards et de celui de l'appellation « Gruyère » ; il suffisait qu'il se prétende illicitement empêché d'accéder à ladite appellation<sup>55</sup>.

En d'autres termes, le Tribunal fédéral a décidé qu'il pouvait se départir des critères généralement retenus en droit de la concurrence pour définir le marché pertinent, critères qu'il avait pourtant préalablement posés<sup>56</sup>. Il a ainsi retenu un régime d'analyse particulier applicable dans l'hypothèse où un concurrent se prétend illicitement empêché d'accéder à une appellation. Pratiquement, cela a pour effet de considérer que la coopérative détient un monopole, puisqu'elle est la seule à commercialiser du fromage sous l'appellation « L'Étivaz ».

Cette approche est critiquable<sup>57</sup>. Tout d'abord, les règles régissant les AOP/IGP n'instituent pas de régime spécial au regard du droit de la concurrence : dans la mesure où la réserve de l'art. 3 LCart a été exclue, la loi sur les cartels s'applique entièrement (voir *supra* A).

Ensuite, la solution préconisée perd de vue l'objectif que poursuit la loi sur les cartels, qui est de protéger le bon fonctionnement de la concurrence, non pas le droit de faire usage d'une appellation d'origine. Ce dernier objectif est mieux servi par les règles en matière d'AOP/IGP : la procédure d'enregistrement doit être initiée par un groupement de producteurs représentatif du produit et les concurrents peuvent y prendre part en faisant opposition (*supra* III B). Une telle procédure doit donc conduire à retenir des exigences respectueuses du droit supérieur, en particulier de la liberté économique et du principe de la neutralité concurrentielle (art. 27 Cst. ; sur la possibilité de contester la validité du cahier des charges même après la procédure de certification, voir *infra* V).

Enfin, il n'est pas exclu qu'une pratique d'entreprise(s) visant à empêcher un concurrent d'accéder à une appellation d'origine constitue une restriction illicite de concurrence, auquel cas le concurrent doit être protégé sous l'angle de la loi sur les cartels. Toutefois, une telle pratique doit s'apprécier à l'aune des critères généralement applicables en droit de la concurrence, y compris ceux permettant de définir le marché pertinent et donc d'établir si l'auteur de la pratique détient un pouvoir de marché.

---

<sup>55</sup> ATF 139 II 316, c. 5.5.

<sup>56</sup> ATF 139 II 316, c. 5.1.

<sup>57</sup> D'un autre avis : VON BÜREN, p. 228.

## b) Analyse au regard des critères généralement retenus

Il y a lieu de se fonder sur l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après : OCCE<sup>58</sup>) pour définir le marché pertinent, en distinguant le marché de produits et le marché géographique<sup>59</sup>.

Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE). Le degré de substituabilité est apprécié en fonction des caractéristiques objectives du produit (propriétés, usage et prix) et de ses caractéristiques subjectives (préférence des consommateurs)<sup>60</sup>.

Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE). Il s'agit du territoire à l'intérieur duquel le partenaire ou le consommateur pourrait se tourner vers d'autres fournisseurs ou cocontractants ; dans ce contexte, les coûts de transport et de déplacement sont déterminants<sup>61</sup>.

Sur la base de ces critères, la Comco a considéré que le fromage « L'Étivaz » est substituable du point de vue du consommateur avec n'importe quel autre fromage à pâte dure<sup>62</sup>. L'avis de la Comco ne liant par le juge civil, la Cour cantonale, quant à elle, a retenu que le marché déterminant était celui du fromage « L'Étivaz »<sup>63</sup>.

Du point de vue des caractéristiques du produit, « L'Étivaz » est un fromage qui entre dans la famille des fromages à pâte dure et dont le goût est proche du « Gruyère ». Certes, il y a des amateurs voire même des inconditionnels de « L'Étivaz ». Mais, sous l'angle de la définition du marché de produits, on doit déterminer si une grande partie des consommateurs considèrent que ce fromage est interchangeable avec d'autres fromages du même type<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> RS 251.4.

<sup>59</sup> ATF 139 II 316, c. 5.1.

<sup>60</sup> CLERC/KELLEZI, n. 72 ss *ad* art. 4 al. 2 LCart; MARTENET/HEINEMANN, p. 102.

<sup>61</sup> CLERC/KELLEZI, n. 97 *ad* art. 4 al. 2 LCart; MARTENET/HEINEMANN, p. 103.

<sup>62</sup> DPC 2011/2 302, point 24; la Comco a cependant laissé ouverte la question de savoir s'il fallait délimiter le marché de manière plus étroite, considérant qu'il n'y avait de toute manière pas de pratique illicite. Pour 2009, la Comco a relevé que la production totale de fromage à pâte dure en Suisse était d'environ 70'000 tonnes, comprenant 445 tonnes de « L'Étivaz » et 28'420 tonnes de « Gruyère » (point 28).

<sup>63</sup> ATF 139 II 316, c. 5.2.

<sup>64</sup> Il convient de relever qu'une étude sur les prix n'a pas été effectuée, ce qui aurait pu déterminer d'un point de vue plus objectif la substituabilité entre « L'Étivaz » et d'autres fromages (voir ATF 139 II 316, c. 5.3). Sur cette approche économique et ses limites : XOUDIS, p. 108 ss. Voir aussi CLERC/KELLEZI, n. 76 ss *ad* art. 4 al. 2 LCart.

Dans ce contexte, une dénomination protégée remplit une fonction de certification : elle oriente le consommateur sur la qualité et les caractéristiques du produit, qui sont liées à son origine géographique (*supra* III B)<sup>65</sup>. Elle permet ainsi de différencier le produit, ce qui fidélise le consommateur et le rend moins sensible au prix<sup>66</sup>. Mais cette différenciation ne conduit pas nécessairement à un pouvoir de marché problématique sous l'angle de la concurrence. En principe, un produit protégé par une appellation d'origine est soumis à la concurrence de produits comparables ; le consommateur peut donc se tourner vers un autre produit si le rapport qualité-prix ne le satisfait pas<sup>67</sup>. A cet égard, il convient de suivre la pratique des autorités de la concurrence en matière de produits de marque : généralement le marché pertinent correspond à un segment du marché, soit à un sous-marché de produits de plusieurs marques, comparables en termes de caractéristiques et de prix (*e.g.* segments dans le marché des voitures retenus par la Comco dans l'affaire *BMW*<sup>68</sup>).

Au vu de ces éléments, il apparaît difficilement soutenable de retenir un marché aussi étroit que « L'Etivaz », comme l'a fait la Cour civile cantonale. Le fromage « L'Etivaz » doit être considéré comme faisant partie d'un marché qui inclut d'autres fromages, à tout le moins les fromages à pâte dure de qualité et de prix comparables comme le « Gruyère »<sup>69</sup>. Quant au marché géographique, on peut partir de l'idée qu'il est national<sup>70</sup>.

### 3. *Position dominante et abus*

Si l'on définit le marché du produit final comme comprenant tous les fromages à pâte dure de qualité et de prix comparables à « L'Etivaz », alors on doit retenir que le service indispensable pour entrer en concurrence sur ce marché est celui de l'affinage des fromages à pâte dure. Or, sur le marché de ce service intermédiaire, il existe de nombreux acteurs autres que la coopérative de sorte qu'une position dominante doit être exclue<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> Cette fonction est comparable à celle d'une marque : MEISSER/ASCHMANN, p. 170.

<sup>66</sup> Sur la différenciation par les AOP : CHAPPUIS, Accords interprofessionnels, p. 441 ss. Voir aussi XOUDIS, p. 111.

<sup>67</sup> Dans ce sens : BOVET/CHAPPUIS, p. 151. Voir aussi CHAPPUIS, Accords interprofessionnels, p. 285 (produits substitués de « L'Etivaz »). Pour ce qui est des produits de marque, voir notamment DIETRICH/SAURER, p. 593 ss.

<sup>68</sup> DPC 2012/3 540, point 184.

<sup>69</sup> DPC 2011/2 302, point 21; DPC 2002/3 424, p. 428. Voir aussi DPC 2010/3 572; DPC 2003/3 536. Pour des exemples de décisions illustrant les difficultés liées à la définition du marché : arrêt n°2191 de la Cour de cassation française, Chambre commerciale, du 29.11.1994, sur pourvoi en cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, 1<sup>ère</sup> chambre, section Concurrence, du 16.12.1992 (« Cantal »); *Competition Commission* (UK), rapport du 14.1.2009 faisant suite à la décision de l'*Office of Fair Trading* (UK) du 8.10.2008, dans l'affaire *Long Clawson Dairy Limited/Millway* (« *Stilton* »).

<sup>70</sup> Dans ce sens : DPC 2011/2 302, point 26 (pour le marché de l'affinage). Voir aussi DPC 2009/2 169.

<sup>71</sup> DPC 2011/2 302, point 29.

En revanche, si l'on suit l'analyse du Tribunal fédéral, le marché du produit final se limite à « L'Étivaz ». Dans ce cas, compte tenu de l'exigence du cahier des charges de l'AOP « L'Étivaz », une cave comme celle de la coopérative doit être considérée comme une infrastructure indispensable pour entrer en concurrence sur ce marché<sup>72</sup>.

Il convient de relever que cela présuppose toutefois que la validité du cahier des charges quant à l'exigence d'un affinage dans une cave ayant une contenance minimale de 3'000 meules ne puisse pas être contrôlée, du moins à titre préjudiciel. Contrairement à ce que laisse entendre le Tribunal fédéral<sup>73</sup>, un contrôle à ce titre n'est pas exclu ; cependant, la défenderesse n'aurait probablement pas pu se prévaloir d'une nullité du cahier des charges, puisqu'elle avait déposé la demande d'enregistrement et donc participé étroitement à l'élaboration de celui-ci (voir *infra* V B).

En se fondant sur le marché ainsi étroitement défini, le Tribunal fédéral a retenu un abus de position dominante de la coopérative. Il a considéré que l'on ne pouvait exiger du demandeur une duplication de la structure moyennant un investissement chiffré à CHF 100'000.- et qu'il n'y avait pas de possibilité concrète pour le demandeur de se regrouper avec d'autres producteurs pour réaliser un tel projet<sup>74</sup>. De plus, la défenderesse ne pouvait invoquer une raison objective pour refuser d'entrer en relation avec le demandeur : la capacité de sa cave lui permettait d'accueillir la production du demandeur auquel elle ne pouvait pas opposer son souhait de réserver de la place à des jeunes agriculteurs ayant leur exploitation principale dans les Préalpes vaudoises<sup>75</sup>.

### **C. Obligation d'admettre comme membre ou obligation de contracter ?**

Sur le plan des sanctions civiles, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation de la coopérative à admettre le demandeur en qualité de sociétaire, mais écarté la prétention en réparation de la perte de gain du demandeur (art. 12 al. 1 let. a et let. b en lien avec l'art. 13 let. b LCart).

L'obligation d'admettre le demandeur comme membre de la coopérative pose problème sur le plan des principes, même si l'on admet l'abus de position dominante, comme l'a fait le Tribunal fédéral.

Conformément à la lettre de l'art. 13 LCart, l'énumération des mesures pouvant être ordonnées pour supprimer ou faire cesser l'entrave à la

<sup>72</sup> ATF 139 II 316, c. 6.1.

<sup>73</sup> ATF 139 II 316, c. 6.1. Dans ce sens aussi : VON BÜREN, p. 229. Voir également DPC 2007/3 495, p. 504.

<sup>74</sup> ATF 139 II 316, c. 6.1 et 6.2; DPC 2011/2 302, points 38 s. Voir aussi DPC 2014/1 215, p. 254 ss.

<sup>75</sup> ATF 139 II 316, c. 8. Sur les justifications objectives, voir KRAUSKOPF/KAUFMANN, p. 67 ss.

concurrence n'est pas exhaustive. L'obligation de conclure un contrat conforme au marché et aux conditions usuelles de la branche est une possibilité (art. 13 let. b LCart). L'obligation de contraindre une association ou une société commerciale à admettre le demandeur en qualité de sociétaire en est une autre ; elle constitue un cas particulier de l'obligation de contracter<sup>76</sup>.

Cependant, le choix entre les différentes mesures permettant de supprimer l'entrave doit respecter le principe de la proportionnalité<sup>77</sup>. La mesure ordonnée doit être propre à écarter l'entrave et nécessaire pour atteindre ce but ; elle doit satisfaire le besoin de protection du requérant tout en sauvegardant les intérêts légitimes de la partie adverse. En d'autres termes, entre plusieurs mesures, le juge doit choisir la moins incursive<sup>78</sup>.

Au niveau du Tribunal fédéral, la coopérative a argumenté que la Cour cantonale n'aurait pas dû la condamner à accepter le demandeur au nombre de ses sociétaires, mais seulement à lui donner accès à sa cave contre une rémunération usuelle<sup>79</sup>. La haute cour a rejeté ce grief en se fondant sur deux considérations.

Premièrement, le Tribunal fédéral a indiqué que la recevabilité de l'argument était douteuse au regard de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, car la défenderesse n'avait pas expliqué en quoi l'obligation de contracter lui serait moins préjudiciable que l'obligation d'accepter le demandeur au nombre de ses sociétaires<sup>80</sup>.

Cette appréciation paraît sévère. Les droits d'un membre d'une société coopérative sont généralement plus étendus que ceux d'une partie à un contrat ; une comparaison des régimes légaux suffit à s'en convaincre. Par ailleurs, selon ses statuts, la coopérative n'a pas seulement pour but d'affiner les fromages de ses membres ; elle leur rend de nombreux autres services. En particulier, elle achète leur production pour la revendre au meilleur prix. De plus, la coopérative est copropriétaire de sa cave d'affinage<sup>81</sup>. Ainsi, les droits des membres sont plus étendus que ceux découlant d'un contrat ayant pour objet des services d'affinage en cave.

Deuxièmement, le Tribunal fédéral a considéré que le grief de la défenderesse ne pouvait plus entrer en considération, même à l'admettre comme recevable. A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé que le plaideur qui réclame un régime contractuel conforme au marché et aux conditions usuelles de la branche, doit préciser dans ses conclusions quelles sont les conditions à

---

<sup>76</sup> J.-M. REYMOND, n. 36 ss, et n. 59 ss *ad* art. 13 LCart.

<sup>77</sup> DPC 2000/3 478, c. 6b; DPC 1999/2 324, c. 5b; J.-M. REYMOND, n. 15 et 41 *ad* art. 13 LCart.

<sup>78</sup> ATF 91 II 25, c. 6; TF, *sic*! 1997/3 278, c. 5 *e/gg*; J.-M. REYMOND, n. 15 et 41 *ad* art. 13 LCart.

<sup>79</sup> TF 4A\_449/2012, 23.5.2013, c. 9 (considérant non publié à l'ATF 139 II 316).

<sup>80</sup> TF 4A\_449/2012, 23.5.2013, c. 9 (considérant non publié à l'ATF 139 II 316).

<sup>81</sup> Jugement de la Cour civile cantonale, note 8, partie « En fait », paragraphes 2 et 3.

imposer à la partie adverse<sup>82</sup>. Il a ensuite indiqué que le demandeur ne paraissait pas avoir présenté des conclusions satisfaisantes par rapport à cette exigence devant la Cour cantonale. Puis, il a relevé que la défenderesse s'était opposée à l'action mais qu'elle n'avait pas prétendu avoir pris des conclusions subsidiaires conformes à cette exigence, de sorte que la solution qu'elle préconisait n'entraînait pas en considération, car la Cour cantonale n'avait pas à élucider d'office les conditions usuelles d'affinage en cave<sup>83</sup>.

Cet argument ne convainc pas. Lorsque le demandeur à l'action ne formule pas ses conclusions de manière suffisamment précise, il n'appartient pas à la partie adverse de lui venir en aide, en prenant des conclusions subsidiaires conformes à la précision requise. Le demandeur à l'action tendant à la conclusion d'un contrat doit prouver les éléments qui fondent sa prétention, y compris les conditions usuelles de la branche (art. 8 CC)<sup>84</sup>; en principe, ses conclusions doivent indiquer les éléments objectivement essentiels du contrat à conclure, sous peine d'irrecevabilité<sup>85</sup>.

Ainsi, même à admettre qu'il y avait une restriction illicite de concurrence, la coopérative n'aurait pas dû être condamnée à admettre le demandeur comme l'un de ses membres.

## V. Solution sous l'angle de la validité du cahier des charges ?

L'analyse aboutit à la conclusion que l'action du demandeur contre la coopérative n'aurait pas dû être admise sur la base du droit de la concurrence. Une autre voie de droit aurait-elle pu être envisagée par le producteur de l'alpage du Têmeley-Aï ? Pour répondre à cette question, il convient de s'interroger sur la validité de l'art. 13 du cahier des charges de « L'Étivaz » (*infra* A) et sur la voie de droit permettant son contrôle (*infra* B).

<sup>82</sup> TF, 4A\_449/2012, 23.5.2013, c. 9 (considérant non publié à l'ATF 139 II 316); J.-M. REYMOND, n. 52 *ad* art. 13 LCart.

<sup>83</sup> TF 4A\_449/2012, 23.5.2013, c. 9 (considérant non publié à l'ATF 139 II 316).

<sup>84</sup> J.-M. REYMOND, n. 52 *ad* art. 13 LCart; TERCIER, p. 363; DPC 1997/2 257, c. X.3.b.; DPC 2010/4 807, c. 3c. Autre est la question de savoir si le défendeur a l'obligation de fournir des informations sur les paramètres pertinents; sur cette question : ARNET, p. 203 ss.

<sup>85</sup> DPC 1997/2 257, c. X.3.b. Sur la possibilité pour le tribunal d'interpeller une partie pour qu'elle précise ses conclusions : BOHNET, n. 29 *ad* art. 132.

## A. Conformité du cahier des charges au droit supérieur

Une désignation n'est protégée que si l'AOP ou l'IGP a été inscrite au registre fédéral (art. 16 LAgr en lien avec les art. 5 ss OAOP ; voir *supra* III B). Dans ce contexte, le cahier des charges est le « cœur de l'inscription »<sup>86</sup> : il définit les critères devant être remplis par celui qui entend utiliser la désignation protégée (art. 16 al. 6 LAgr ; art. 13 al. 2 let. c OAOP en lien avec les art. 7 et 16 OAOP). Le cahier des charges s'apparente ainsi à une réglementation générale et abstraite qui doit être concrétisée dans une décision individuelle, constatant qu'un opérateur particulier en remplit les conditions (décision de certification ; *infra* B)<sup>87</sup>. Bien qu'ayant laissé la question ouverte, le Tribunal fédéral semble s'être penché plutôt en faveur d'une règle générale et abstraite que d'une décision générale, soit un acte qui vise une situation concrète mais s'adresse à un nombre indéterminé de personnes<sup>88</sup>.

En tant que norme ou quasi-norme de droit public, le cahier des charges doit être conforme au droit supérieur. Il doit notamment respecter l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), la liberté économique (art. 27 Cst.), y compris sous l'angle du principe de la neutralité concurrentielle<sup>89</sup>, la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.), le principe de la porte ouverte (art. 1 al. 2 OAOP) et les principes démocratiques (art. 5 al. 1 let. c OAOP)<sup>90</sup>. Plus particulièrement, le cahier des charges ne doit pas constituer un moyen détourné de désavantager des concurrents indésirables, voire de les écarter du marché<sup>91</sup>.

De plus, le contrôle du cahier des charges au regard du respect des droits fondamentaux doit se faire à la lumière des objectifs poursuivis par la législation sur les AOP/IGP, soit de garantir la provenance des produits ainsi que leurs caractéristiques liées à leur origine géographique (art. 14 al. 1 let. d LAgr et art. 2 et 3 OAOP)<sup>92</sup>. Les exigences requises doivent respecter le principe de la proportionnalité, tenant compte de ces objectifs.

Selon l'art. 13 du cahier des charges de « L'Etivaz », le fromage doit être affiné dans une cave pouvant contenir au moins 3'000 meules. Il est douteux que cette condition soit justifiée au regard des caractéristiques du produit, qui paraissent davantage liées à une température et une hygrométrie données qu'à

---

<sup>86</sup> ATF 138 II 134, c. 4.3.2.

<sup>87</sup> ATF 138 II 134, c. 4.3.2 ; ATF 134 II 272, c. 3.2, RDAF 2009 I 571.

<sup>88</sup> ATF 134 II 272, c. 3.2 et 3.3, RDAF 2009 I 571. Sur les décisions générales, voir TANQUEREL, n. 809 ss.

<sup>89</sup> ATF 138 I 378, c. 6, JdT 2014 I 3 ; ATF 121 I 279, c. 4, JdT 1997 I 264. Voir aussi WALTHER, p. 41 et HOLZER, p. 319.

<sup>90</sup> ATF 134 II 272, c. 4.4, RDAF 2009 I 571 ; TAF B-6101/2011, 1.6.2012, c. 2.5, sic! 2012 727.

<sup>91</sup> TAF B-6101/2011, 1.6.2012, c. 2.5, sic! 2012 727 ; HOLZER, p. 315. Pour des exemples problématiques, voir WALTHER, p. 33 ss.

<sup>92</sup> TAF B-6101/2011, 1.6.2012, c. 2.7, sic! 2012 727.

la taille de la cave d'affinage<sup>93</sup>. Bien plutôt, il semblerait que cette exigence du cahier des charges ait pour but de maîtriser les quantités produites afin de protéger l'image du produit<sup>94</sup>. Un tel objectif est cependant étranger aux règles en matière d'AOP et ne peut justifier une restriction à la liberté économique de concurrents désavantagés par cette exigence quantitative. Seul l'instrument prévu à l'art. 9 L'Agr permettrait à la coopérative, en tant qu'organisation représentative de « L'Etivaz », de demander l'extension de mesures d'entraide portant sur la restriction des quantités produites (voir *supra* III A). Il apparaît ainsi que l'art. 13 du cahier des charges de « L'Etivaz » n'est pas conforme aux droits fondamentaux.

## **B. Certification et contrôle de la validité du cahier des charges**

La certification est une condition préalable à la commercialisation d'un produit sous une dénomination protégée (art. 16 al. 1 et 3 OAOP). Celui qui utilise une AOP ou une IGP doit confier à un organisme de certification le contrôle de la production, de la transformation ou de l'élaboration du produit (art. 18 al. 1 OAOP<sup>95</sup>).

Le cahier des charges désigne l'organisme de certification, qui doit être accrédité conformément à l'ordonnance sur l'accréditation et la désignation<sup>96</sup> (art. 19 OAOP). Dans le cas présent, l'organe de certification est l'Organisme Inter cantonal de Certification (ci-après : OIC)<sup>97</sup>. Or, le Tribunal fédéral a décidé que l'OIC doit être considéré comme délégataire d'une tâche publique<sup>98</sup>.

Ainsi, l'OIC est une autorité qui rend une décision (art. 1 al. 2 et art. 5 PA)<sup>99</sup>. Celle-ci est susceptible d'un recours devant une commission indépendante dans un délai de 20 jours<sup>100</sup>. La décision de la Commission de recours peut ensuite

<sup>93</sup> Mais voir DPC 2007/3 495, p. 500 et 504 (taille de la cave invoquée comme étant nécessaire à l'obtention des qualités du produit). Sur les doutes exprimés par le Tribunal fédéral : ATF 139 II 316, c. 6.1; voir aussi : DPC 2011/2 302, point 36.

<sup>94</sup> Dans ce sens, BOISSEAUX/BARJOLLE, p. 51. Voir aussi DPC 2007/3 495, p. 504 : « La gestion de la cave par la coopérative lui permettrait également de gérer les stocks et de limiter son accès en cas de surproduction. » (cette affirmation est en contradiction avec les arguments relevés dans la précédente note de bas de page). Sur la répartition de la capacité de la cave de la coopérative entre ses membres et la fixation d'un quota de fromage pour chacun de ses membres, voir aussi ATF 139 II 316, c. 8.

<sup>95</sup> Voir aussi l'art. 18 al. 2 OAOP et l'ordonnance du DEFR sur les exigences minimales relatives au contrôle des appellations d'origine et des indications géographiques protégées (RS 910.124). RS 946.512.

<sup>96</sup> Voir l'art. 19 du cahier des charges de « L'Etivaz ».

<sup>97</sup> ATF 138 II 134, c. 5.2. Sur ce point, le Tribunal fédéral s'est départi de l'analyse de la juridiction inférieure (TAF B-171/2009, 11.11.2009, c. 6 ss).

<sup>98</sup> RS 172.021; ATF 138 II 134, c. 5.2.

<sup>99</sup> Art. 8 de la Convention OIC du 1<sup>er</sup> mai 1998.

être portée devant l'OFAG (art. 166 al. 1 en lien avec l'art. 180 LAgr), puis devant le Tribunal administratif fédéral et, enfin, devant le Tribunal fédéral<sup>101</sup>.

Dans ce cadre, les autorités appelées à statuer peuvent vérifier à titre préjudiciel la validité du cahier des charges<sup>102</sup>. Il s'agit d'un contrôle de la légalité de cette norme, à l'occasion d'un acte d'application individuel et concret, en l'occurrence la décision de certification<sup>103</sup>. Un tel contrôle peut intervenir, même si le cahier des charges est qualifié de décision générale<sup>104</sup>. A tout le moins, un tel contrôle peut être exigé par tout intéressé qui n'a pas pu participer à la procédure d'enregistrement ayant abouti à l'adoption du cahier des charges (art. 5 ss OAOP ; voir *supra* III B)<sup>105</sup>.

Apparemment, le fromager à Tèmeley-Aï n'a pas pu prendre part à la procédure d'enregistrement de l'AOP « L'Etivaz », car il ne produisait pas du fromage dans cette région à l'époque de l'enregistrement (voir *supra* II). Par conséquent, il pourrait contester une décision lui refusant la certification, quand bien même son fromage serait affiné dans une cave ne pouvant contenir 3'000 meules, en remettant en question la validité de cette exigence<sup>106</sup>.

## VI. Conclusion

L'affaire « L'Etivaz » soulève des questions à la croisée du droit de la concurrence et de la réglementation en matière agricole.

Sous l'angle de la loi sur les cartels, le refus de la coopérative de donner accès à sa cave n'aurait pas dû être considéré comme une restriction illicite de concurrence. Le demandeur pouvait poursuivre son activité de fromager et commercialiser son produit autrement que sous l'AOP « L'Etivaz » : il avait accès au marché. Autrement dit, son existence économique n'était pas mise en péril par le refus de la coopérative, de sorte qu'il n'y avait pas atteinte illicite à sa personnalité. Par conséquent, la liberté contractuelle aurait dû prévaloir : le Tribunal fédéral aurait dû annuler la décision condamnant la coopérative à admettre le fromager en qualité de sociétaire.

---

<sup>101</sup> ATF 138 II 134, c. 5.3.

<sup>102</sup> ATF 134 II 272, c. 3.2 et 3.4, RDAF 2009 I 571. Voir aussi TAF B-4337/2012, 20.8.2013, c. 5.4.3, sic! 2014 88; TAF B-6101/2011, 1.6.2012, c. 2.6 non publié dans sic! 2012 727. Sur les limites du contrôle des normes par une autorité administrative, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, n. 1969.

<sup>103</sup> Ce contrôle préjudiciel s'apparente à celui d'une ordonnance fédérale (ATF 134 III 272, c. 3.2, RDAF 2009 I 571); à ce sujet, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, n. 1966 ss. Voir aussi ATF 122 II 411, c. 3b.

<sup>104</sup> ATF 134 II 272, c. 3.3, RDAF 2009 I 571. Voir aussi TANQUEREL, n. 813.

<sup>105</sup> ATF 134 II 272, c. 3.4, RDAF 2009 I 571. Dans ce sens aussi : TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, n. 60 *ad* § 30.

<sup>106</sup> Egalement de cet avis : VON BÜREN, p. 229 ss.

Sous l'angle de la réglementation en matière agricole, le cahier des charges de l'AOP « L'Étivaz » suscite des interrogations. L'exigence d'affiner le fromage dans une cave pouvant contenir au moins 3'000 meules n'apparaît pas comme justifiée au regard des objectifs poursuivis par la législation sur les AOP/IGP, à savoir garantir l'origine des produits et leurs caractéristiques liées à leur provenance. Elle restreint donc indûment la liberté économique des fromagers de la région ne disposant pas d'une telle infrastructure. Plutôt que d'exiger à entrer en relation avec la coopérative, le fromager exclu aurait pu contester un refus de certification de son fromage affiné dans une plus petite cave. Il aurait ainsi pu soulever, à titre préjudiciel, la non-conformité du cahier des charges avec le droit supérieur.

En définitive, le processus de certification aurait été la voie appropriée pour assurer au demandeur l'accès à l'AOP. La loi sur les cartels n'aurait pas dû être appliquée en vue d'atteindre un objectif qui n'est pas le sien.

Reste à espérer que le droit du fromager à Têmeley-Aï à commercialiser ses produits sous l'AOP sera reconnu. Mais l'affaire n'est pas terminée, le Conseil fédéral devant encore se prononcer sur la demande d'autorisation exceptionnelle de la coopérative. Nous aurons donc le loisir de déguster encore quelques bons fromages avant de connaître l'issue du litige !

## VII. Bibliographie

- Marc AMSTUTZ/Blaise CARRON, *in* Basler Kommentar, Kartellgesetz, Marc AMSTUTZ et Mani REINERT (éd.), Bâle 2010
- Ruth ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss – Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Berne 2008
- Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I – L'Etat, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013
- François BOHNET, *in* Code de procédure civile commenté, François BOHNET *et al.* (éd.), Bâle 2011
- Stéphane BOISSEAUX/Dominique BARJOLLE, La bataille des A.O.C. en Suisse – Les appellations d'origine contrôlées et les nouveaux terroirs, Lausanne 2004

- Christian BOVET, Concurrence et personnalité économique - La liberté contractuelle à l'épreuve ?, *in* La protection de la personnalité - Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Peter GAUCH, Franz WERRO et Jean-Baptiste ZUFFEREY (éd.), Fribourg 1993
- Christian BOVET/Jean-Marc CHAPPUIS, Interprofessions et concurrence, *in* Economie et sociologie rurales 2001, p. 131 ss
- Andreas BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2009
- Lucie VON BÜREN, BGE 139 II 316 : Urteil des Bundesgerichts vom 23. Mai 2013 i.S. « L'Etivaz », *in* Communications de droit agraire 2013, p. 223 ss
- Jean-Marc CHAPPUIS, Les accords interprofessionnels dans les filières d'Appellation d'Origine Contrôlée (AOC) et la politique de la concurrence, thèse, Zurich 2002 (cité : Accords interprofessionnels)
- Jean-Marc CHAPPUIS, Les interprofessions dans les marchés agricoles libéralisés, *in* Communications de droit agraire 2002, p. 105 ss (cité : Marchés agricoles)
- Evelyne CLERC/Pranvera KËLLEZI, *in* Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Vincent MARTENET, Christian BOVET et Pierre TERCIER (éd.), Bâle 2013
- Marcel DIETRICH/Markus SAURER, Ist eine Marke ein Markt ? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, *in* sic! 2001 593
- Patrik DUCREY, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft : Kartellrecht als Korrektiv ? *in* Communications de droit agraire 2008, p. 123 ss
- Philippe GILLIÉRON, *in* Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Jacques de WERRA et Philippe GILLIÉRON (éd.), Bâle 2013
- Vassilis HATZOPOULOS, The EC Essential Facilities Doctrine, *in* EC Competition Law - A Critical Assessment, Giuliano AMATO et Claus-Dieter EHLERMANN (éd.), Oxford/Portland 2007, p. 333 ss
- Eduard HOFER, Staatliche und private Mengenregelungen in der Landwirtschaft - Hintergründe, Wirkungen, Alternativen, *in* Communications de droit agraire 2002, p. 141 ss
- Simon HOLZER, Geschützte Ursprungsbezeichnungen (GUB) und geschützte geographische Angaben (GGA) landwirtschaftlicher Erzeugnisse - Ihre Stellung im globalen, europäischen und schweizerischen Recht zum Schutz geographischer Herkunftsangaben, Berne 2005
- Nicolas JEANDIN, *in* Commentaire romand, Code civil I, Pascal PICHONNAZ et Bénédict FOËX (éd.), Bâle 2010

- Patrick L. KRAUSKOPF/Oliver KAUFMANN, Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht – Einwendungen bei Wettbewerbsabreden, *in* sic! 2013, p. 67 ss
- Vincent MARTENET/Benoît CARRON, *in* Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Vincent MARTENET, Christian BOVET et Pierre TERCIER (éd.), Bâle 2013
- Vincent MARTENET/Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, Zurich 2012
- David MEISSER/David ASCHMANN, Herkunftsangaben und andere geographische Bezeichnungen, *in* Kennzeichenrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Roland VON BÜREN et Lucas DAVID (éd.), Vol. III/2, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2005
- Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif II – Les actes administratifs et leur contrôle, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011
- Jacques-André REYMOND, Die Genossenschaft (traduit par Rita TRIGO TRINDADE), Schweizerisches Privatrecht, Vol. VIII/5, Bâle 1998
- Jean-Marc REYMOND, *in* Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Vincent MARTENET, Christian BOVET et Pierre TERCIER (éd.), Bâle 2013
- Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Zurich 2011
- Pierre TERCIER, Droit privé de la concurrence, *in* Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. 5: Wettbewerbsrecht, partie 2 : Kartellrecht, Roland VON BÜREN et Lucas DAVID (éd.), Bâle 2000
- Pierre TERCIER/Vincent MARTENET, *in* Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Vincent MARTENET, Christian BOVET et Pierre TERCIER (éd.), Bâle 2013
- Pierre TSCHANNEN/Ulrich ZIMMERLI/Markus MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2014
- Simone WALTHER, AOC und Kartellrecht – Unter besonderer Berücksichtigung selektiver Vertriebssysteme, Zurich 2010
- Julia XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence – Droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, Genève/Zurich/Bâle 2002



# Au nom des droits de la personnalité de l'enfant : facettes choisies

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN<sup>1</sup>

## I. Introduction

Dans l'un des plus beaux passages du Discours de la Méthode, DESCARTES déclare « ... pour ce que nous avons tous été enfants avant que d'être hommes... »<sup>2</sup> ; l'adulte devrait ainsi rester sensible au sort de l'enfant.

La place et l'importance de l'enfant en tant que sujet de droits s'amplifient poussant d'ailleurs le droit à s'intéresser moins à la structure familiale qu'à l'enfant ; la « parentalité » devient un statut privilégié comme en son temps la conjugalité. La valorisation des droits de l'enfant a culminé avec l'adoption en 1989, soit il y a 25 ans, de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après : CDE<sup>3</sup>). Cet instrument international, extrême dans ses ambitions car il s'agit d'un texte holistique, élargit le champ d'application du droit matériel. Il apporte des compléments substantiels à la législation interne restée très sobre par rapport à l'évocation des droits spécifiques de l'enfant.

L'évolution de la notion de l'intérêt de l'enfant (cf. art. 3 § 1 CDE) a été et reste la source de changements importants en droit de la famille. Elle a notamment entraîné une conception nouvelle, au nom du respect de la personnalité de l'enfant, de la filiation, de l'autorité parentale, du droit de l'adoption, l'acceptation d'une place accordée à l'enfant dans le divorce de ses parents.

La mission du législateur et des tribunaux consiste non seulement à protéger l'enfant, mais également à en assurer le respect et à en faire valoir les droits. L'apport du droit international des droits de la personne, et en particulier de la CDE et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : CEDH<sup>4</sup>), par le biais de l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) est décisif en la matière. La jurisprudence de Strasbourg permet en effet une concrétisation et

---

<sup>1</sup> Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève, juge suppléante à la Cour de Justice. Je remercie vivement Mmes Manuela SAENZ DEVIA, assistante et Alexia WASSMER, étudiante-stagiaire, pour l'aide qu'elles m'ont apportée dans la rédaction de cet article.

<sup>2</sup> DESCARTES, Discours de la méthode, Imprimerie Ian Maire, Leyde, 1637, p. 14.

<sup>3</sup> RS 0.107; la CDE date du 20 novembre 1989 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997.

<sup>4</sup> RS 0.101; la CEDH a été conclue le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974; elle a été amendée par le Protocole n° 11 du 11.5.1994 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention (RS 0.101.09).

une judiciarisation des droits de l'enfant, étant rappelé que la Convention a la réputation d'être le plus efficace mécanisme de garantie des droits de l'homme connu jusqu'à nos jours.

La présente contribution développe quelques facettes des droits de la personnalité, sélectionnées parmi tant d'autres, car elles ont été mises en valeur par la Professeure Dominique MANAÏ dans le cadre tant de ses enseignements que de ses écrits et mettent en évidence des points sensibles de la personnalité de l'enfant, rattachés à des considérations philosophiques et éthiques qui lui sont si chères.

Dans un premier temps, notre attention sera retenue par le fondement même de la personnalité, soit son acquisition, car faut-il être détenteur des droits de la personnalité pour en jouir alors même que cette évidence pose de délicats problèmes juridiques et moraux relatifs à la notion aussi fondamentale que celle de la vie et de la dignité humaine (chap. II). A cet effet, les conditions de la naissance de la vie juridique seront analysées (let. A), avant de poursuivre, étant donné que la personnalité juridique non acquise ou perdue ne résout pas l'entier de la problématique, tant la personnalité conditionnelle de même que la position de l'enfant mort-né soulèvent des interrogations aux réponses souvent sensibles. C'est ainsi que l'exposé se penchera sur les actions d'état de la filiation de l'enfant conçu et de l'enfant décédé (let. B) et sur la situation juridique de l'enfant mort-né, en particulier à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH (let. C).

Après être né juridiquement, se pose la question des origines, qui sera ainsi notre deuxième facette (chap. III). Il est incontournable dans le cadre d'un exposé sur le droit de la personnalité de l'enfant d'analyser l'action en recherche des origines, action du droit de la filiation, pourtant absente des dispositions y relatives. Il s'agira en conséquence d'identifier les sources du droit fondamental à connaître son ascendance (let. A), avant de se concentrer sur l'action elle-même, intentée non à l'Etat, détenteur potentiel de données sur l'origine, mais à l'encontre directe du parent, à la fois père et pair, partant fondée directement sur l'art. 28 CC (let. B). Se posera alors la question d'une potentielle inversion du droit fondamental vers la connaissance de la descendance (let. C). La CourEDH a rendu des arrêts retentissants en la présente matière qui seront ensuite analysés (let. D), pour enfin clore par quelques considérations sur la paternité « imposée » (let. E). Il sera alors temps de conclure sur l'ensemble de notre perspective (chap. V).

## II. Acquisition de la personnalité juridique de l'enfant

Le droit civil accorde la qualité de sujet de droits à tout être humain, toute personne jouissant des droits civils (art. 11 al. 1 CC). Le cercle des êtres humains coïncide avec celui des personnes physiques, ce que confirment les conditions posées par la loi pour l'acquisition et la perte de la personnalité<sup>5</sup>. Tel est le fruit de la tradition positiviste, normative, élaborée par Kelsen<sup>6</sup>.

### A. Conditions de l'acquisition de la personnalité

« La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant » (art. 31 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase CC). Il est admis qu'elle exige la réalisation de trois conditions cumulatives.

La première consiste en une « naissance accomplie » : l'enfant doit être entièrement sorti du ventre de sa mère, comme le spécifie le texte italien de la loi, indépendamment des modalités de l'accouchement et sans que le cordon ombilical doive être coupé ni le placenta expulsé<sup>7</sup>. En conséquence, l'enfant qui meurt pendant la naissance, soit pendant l'expulsion du corps de la mère, n'acquiert pas la personnalité juridique.

La deuxième condition exige qu'un « enfant » soit né ; pour être un enfant, celui-ci doit présenter un degré de maturité lui permettant de vivre hors du corps de sa mère, maturité déterminée de cas en cas en fonction de l'état actuel de la médecine des grands prématurés<sup>8</sup>. L'enfant n'est ainsi en principe pas un fœtus, qualifié comme tel dès la huitième semaine de grossesse (cf. art. 2 let. j de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, ci-après : LPMA<sup>9</sup>), encore moins un embryon (cf. art. 2 let. i LPMA et 2 let. a de la Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires, ci-après : LRCS<sup>10</sup>). Selon l'art. 9 al. 2 de l'Ordonnance sur l'état civil (ci-après : OEC<sup>11</sup>), un enfant est désigné en tant que mort-né s'il ne manifeste aucun signe de vie à la naissance malgré un poids - 500 grammes - ou une durée de gestation suffisants - 22 semaines entières - ; il est déduit de cette disposition qu'avant 22 semaines de gestation, il ne s'agit pas de la naissance d'un enfant, mais d'une fausse

<sup>5</sup> KOHLER-VAUDAUX, p. 27 ss; MEIER/DE LUZE, n. 3. Cf. *infra* chap. II, let. A.

<sup>6</sup> MONTAVON, n. 8 et réf. note 13.

<sup>7</sup> BUCHER, Personnes, n. 194; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n. 428; GUILLOD, Personnes, n. 31; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n. 3.05; MANAI, CR CC I, n. 3 *ad* art. 31 CC; MEIER/DE LUZE, n. 21.

<sup>8</sup> BUCHER, Personnes, n. 197; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n. 430; GUILLOD, Personnes, n. 31; MANAI, CR CC I, n. 4 *ad* art. 31 CC; MEIER/DE LUZE, n. 22 s.

<sup>9</sup> RS 810.11; la LPMA date du 18 décembre 1998 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

<sup>10</sup> RS 810.31; la LRCS date du 19 décembre 2003 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2005.

<sup>11</sup> RS 211.112.2; l'OEC date du 28 avril 2004 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004.

couche, soit de l'expulsion d'un fœtus<sup>12</sup>. Cette distinction nous paraît discutable, étant donné que le Code civil ne pose pas d'exigence minimale de viabilité, laquelle ressurgit pour délimiter l'enfant du fœtus<sup>13</sup>. L'art. 9 OEC, issu d'une simple Ordonnance dénuée du pouvoir de définir la vie au sens du droit civil, ne doit pas permettre de poser en termes abstraits une condition de viabilité ; il ne tend d'ailleurs pas à fixer une limite à la viabilité de l'enfant, mais vise la connaissance et la clarté des faits d'état civil<sup>14</sup>.

A teneur de la troisième condition, l'enfant doit être « vivant ». Il doit avoir donné un quelconque signe de vie, à l'instar de battements du cœur ou d'une respiration naturelle ; la durée effective de vie ou l'aptitude à vivre durant un certain temps, soit la viabilité, ne sont pas pertinentes<sup>15</sup>. Les moindres signes de vie pendant un laps de temps très court suffisent en conséquence. Une controverse en doctrine est apparue suite à la définition de la mort liée au diagnostic de la mort cérébrale (cf. art. 9 al. 1 de la Loi fédérale sur la transplantation<sup>16</sup>). La majorité de la doctrine admet que l'enfant vit tant qu'il n'est pas atteint de mort cérébrale<sup>17</sup>. Selon MANAI toutefois, une condition supplémentaire à l'acquisition de la personnalité est alors posée de manière incompatible avec la volonté du législateur<sup>18</sup>. Si l'enfant est mort cérébralement à la naissance tout en présentant une activité respiratoire et cardiaque uniquement grâce aux techniques médicales, il n'acquiert pas à notre sens la personnalité, question d'importance en particulier pour ses conséquences en droit successoral. Il n'y a au demeurant pas de présomption de vie.

La présence de signes de vie est fondamentalement le critère décisif, qui permet d'en déduire l'existence d'un enfant au sens de ce qui est généralement identifié en doctrine comme la deuxième condition posée par l'art. 31 al. 1 CC. Il nous paraît en conclusion plus correct d'admettre que le commencement de la personnalité débute par deux conditions, la naissance accomplie et la vie après la naissance<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> GUILLOD, *Personnes*, n. 31; MEIER/DE LUZE, n. 23. Voir également du point de vue médical : MANAI, *CR CC I*, n. 4 *ad art.* 31 CC. Sur la position juridique de l'enfant mort-né : cf. *infra* chap. II, let. C, dont le ch. 1 sur la définition.

<sup>13</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 433 dénoncent de même un problème de cohérence. Voir également : MEIER/DE LUZE, note 25.

<sup>14</sup> BUCHER, *Personnes*, n. 198. Voir également sur la portée « technique » de cette disposition : MEIER/DE LUZE, n. 23 *in fine*.

<sup>15</sup> BRÜCKNER, n. 46; Bucher, *Personnes*, n. 195 s.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n. 03.07; MEIER/DE LUZE, n. 24.

<sup>16</sup> RS 810.21; la Loi sur la transplantation date du 8 octobre 2004 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

<sup>17</sup> BUCHER, *Personnes*, n. 198; MEIER/DE LUZE, n. 24; MONTAVON, n. 9 let. c.

<sup>18</sup> MANAI, *CR CC I*, n. 5 *ad art.* 31 CC. Laissant la question ouverte : BERETTA, *BSK ZGB I*, n. 4 *ad art.* 31 CC.

<sup>19</sup> Dans ce sens : MANAI, *CR CC I*, n. 2 *ad art.* 31 CC.

## B. Du lien de filiation de l'enfant conçu et de l'enfant décédé

L'enfant conçu, l'être en devenir, et l'enfant décédé, qui a connu la vie ne serait-ce qu'un court instant, ont ceci en commun qu'ils mettent à l'épreuve la notion de personnalité juridique, alors même que celle-ci ne leur est pas acquise.

### 1. L'enfant conçu

Le *nasciturus* a la particularité de poser la question de savoir à partir de quand la vie doit être protégée par le droit, alors même que tant l'embryon, qu'à un stade plus évolué le fœtus, ne sont pas de véritables sujets de droits. S'il ne bénéficie pas d'un droit fondamental à la vie à teneur de la jurisprudence de la CourEDH, à défaut d'être une personne au sens de l'art. 2 CEDH consacrant le droit à la vie<sup>20</sup>, il n'en demeure pas moins que la vie en gestation est digne de protection, celle-ci se renforçant à mesure du développement et partant du potentiel de vie<sup>21</sup>. « C'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne, ... qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine » affirme la CourEDH<sup>22</sup>. Le Tribunal fédéral a également constaté la dignité humaine de l'embryon, consacrée ultérieurement en particulier par la LRCS (cf. art. 1 al. 2), laquelle, avec la LPMA, met en œuvre l'art. 119 de la Constitution fédérale (ci-après : Cst.) relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain<sup>23</sup>. L'instance strasbourgeoise reconnaît que le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée (art. 8 CEDH) devrait d'ailleurs se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître<sup>24</sup>. Il existe ainsi un « certain droit à la vie de l'enfant conçu » à caractère non absolu<sup>25</sup>. La dignité humaine constitue le rempart contre la réification.

<sup>20</sup> CourEDH, arrêt de Grande Chambre, affaire EVANS c. Royaume-Uni, 10.04.2007, Recueil 2007-I, § 56; CourEDH, arrêt de Grande Chambre, affaire Vo c. France, 8.07.2004, Recueil 2004-VIII, § 85.

<sup>21</sup> KOHLER-VAUDAUX, p. 208 se référant à un « statut progressif ». S'agissant de la protection de l'embryon, être anténatal antérieur au stade fœtal: MANAI, *Considérations*, p. 63 ss et L'embryon, *in* Jusletter du 19 janvier 2009; la thèse de RÜTSCHKE, VIACCOZ, p. 654 ss. Pour une approche philosophique sur le commencement de la vie: BÜCHLER/FREI, n. 15 ss et pour un point de vue philosophique radical: OGIEN, p. 87 s., concluant que la notion de dignité humaine est inutile et dangereuse.

<sup>22</sup> CourEDH, arrêt de Grande Chambre, affaire Vo c. France, 8.07.2004, Recueil 2004-VIII, § 84. Sur le statut du *nasciturus* sous l'angle de la CEDH et de la Cst.: PALLY HOFFMANN, p. 856 ss et réf.

<sup>23</sup> Respectivement: ATF 119 Ia 460, c. 12e, JdT 1995 I 586; Message LRE, p. 1067, 1088 ss. RS 101; la Constitution date du 18 avril 1999 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

<sup>24</sup> CourEDH, arrêt de Grande Chambre, affaire A, B et C c. Irlande, 16.12.2010, Recueil 2010, § 213; CourEDH, affaire TYSIAC c. Pologne, 20.03.2007, Recueil 2007-I, § 106.

<sup>25</sup> BUCHER, *Personnes*, n. 203. Voir également: SUDRE, p. 375 ss; PALLY HOFFMANN, p. 855 ss, favorable à l'introduction d'une base légale permettant de traiter le *nasciturus* sans le consentement de sa mère. Pour une réflexion sur le statut moral de l'embryon: TAGUIEFF, p. 279 ss.

Le Préambule de la CDE indique en outre que l'enfant a besoin d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance, appel en particulier au législateur civil.

#### a) Personnalité conditionnelle

Aux termes de l'art. 31 al. 2 CC, « l'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant ». A la naissance vivante, la capacité de jouir des droits civils est acquise rétroactivement, dès le moment de la conception<sup>26</sup>. Alors que seul le texte français fait référence à l'enfant « conçu », la notion du moment même de la conception divise. Pour certains auteurs, se fondant sur une application par analogie de la période légale de conception (cf. art. 262 al. 1 CC), la présomption réfragable de la capacité de l'enfant conçu de jouir des droits civils remonte en principe au 300<sup>e</sup> jour précédant la naissance, assurant à l'enfant la durée de la personnalité la plus extensive<sup>27</sup>. D'autres estiment à juste titre plus conforme au but de l'art. 31 al. 2 CC de présumer que l'enfant est né à terme, soit à 40 semaines ou 280 jours, sous réserve qu'un autre moment ne soit rendu très vraisemblable<sup>28</sup>.

La problématique se corse avec la procréation médicalement assistée, qui a complexifié le moment de la conception<sup>29</sup>. Si celle-ci commence dès la fusion des noyaux, les ovules imprégnés - soit pénétrés par un spermatozoïde avant la fusion des noyaux (cf. art. 2 let. h LPMA) - ne sont pas protégés par l'art. 31 al. 2 CC<sup>30</sup>, alors que l'embryon, fruit de la fusion des noyaux jusqu'à la fin de l'organogenèse (cf. art. 2 let. i LPMA et 2 let. a LRCS), issu d'une fécondation *in vitro* et non implanté dans l'utérus maternel est au contraire visé par cette disposition<sup>31</sup>. D'autres auteurs exigent toutefois la nidation après l'implantation pour faire débiter la capacité civile<sup>32</sup>. Le renoncement annoncé de l'interdiction de développer hors du corps de la femme des embryons qui ne sont pas immédiatement implantés donne à cette question un relief autre que purement

---

<sup>26</sup> GUILLOD, Personnes, n. 32; MANAI, CR CC I, n. 10 *ad* art. 31 CC; MEIER/DE LUZE, n. 24.

<sup>27</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 435; GUILLOD, Personnes, n. 32.

<sup>28</sup> Par ex. : BUCHER, Personnes, n. 207 et réf. *in fine*; MANAI, CR CC I, n. 10 *in fine ad* art. 31 CC et réf. note 13. Pour d'autres réf. : STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 435 *in fine* note 4.

<sup>29</sup> Sur les manières de concevoir un enfant par procréation médicalement assistée et les phases de la conception : MANAI, CR CC I, n. 11 *ss ad* art. 31 CC.

<sup>30</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 442b et réf. n. 26, qualifiant les ovules imprégnés (congelés) de choses, bénéficiant néanmoins d'une protection particulière selon la LPMA; BERETTA, BSK ZGB I, n. 15 *ad* art. 31 CC.

<sup>31</sup> BUCHER, Personnes, n. 205 et réf.; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 442a; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n. 03.25; KOHLER-VAUDAUX, p. 205.

<sup>32</sup> BERETTA, BSK ZGB I, n. 17 *ad* art. 31 CC; BREITSCHMID, Handkommentar, n. 8 *ad* art. 31 CC; BRÜCKNER, n. 58; GUILLOD, Personnes, n. 32 *in fine*; MANAI, CR CC I, n. 13 *ad* art. 31 CC; *Idem*, Biomédecine, p. 353 et réf. note 21, qui admet néanmoins *in Vie*, p. 222 s., que la valeur juridique de l'embryon dépend de savoir s'il est attaché à un projet de vie, bénéficiant ainsi de la personnalité conditionnelle lorsqu'il est destiné à être implanté dans le corps maternel; MEIER/DE LUZE, n. 33.

théorique<sup>33</sup>. Les couples risquant de transmettre une maladie grave à leur enfant pourront en effet probablement recourir au diagnostic préimplantatoire en Suisse ; il s'agit au demeurant d'une exigence de compatibilité avec la CEDH, étant donné que la CourEDH a jugé contraire au droit au respect de la vie privée et familiale l'impossibilité pour un couple de réaliser un diagnostic génétique préimplantatoire afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint de la mucoviscidose<sup>34</sup>. Le Conseil National a accepté, en date du 3 juin 2014, de lever l'interdiction y relative et a refusé de limiter à huit le nombre d'embryons qui peuvent être développés par cycle de traitement, accordant aux médecins la possibilité d'en développer autant que nécessaire ; l'interdiction de conserver des embryons sera en outre supprimée<sup>35</sup>. L'art. 119 Cst. et la LPMA seront modifiés en conséquence<sup>36</sup>.

Or, dès le moment de la formation de l'embryon, tous les éléments constitutifs d'un être humain en devenir sont réunis, de sorte que la conception apparaît réalisée, la loi n'imposant pas l'implantation ni la nidation. Toute atteinte à la personnalité potentielle de l'embryon s'analyse alors à la lumière des motifs justificatifs au sens de l'art. 28 al. 2 CC, l'expectative de vie de l'embryon étant limitée en particulier par l'intérêt prépondérant de ses père et mère à décider de son sort<sup>37</sup>. Un droit de l'embryon d'être implanté est partant exclu. Cette approche doit permettre de ne pas proscrire les méthodes de contraception qui font obstacle à la nidation de l'ovule fécondé<sup>38</sup>. Dans ce sens, les règles pénales sur l'interruption de grossesse, au demeurant non applicables à l'embryon qui n'est pas implanté, peuvent également limiter le « droit » à la vie - que ne protège pas l'art. 31 al. 2 CC<sup>39</sup> - ou plus justement l'expectative à la vie de l'enfant conçu au sein de sa mère<sup>40</sup>. Celui-ci doit néanmoins pouvoir bénéficier, s'il naît vivant, de la protection de sa personnalité aux fins de pouvoir obtenir le cas échéant réparation du préjudice subi avant

<sup>33</sup> MANAI, CR CC I, n. 13 *in fine a contrario ad art.* 31 CC.

<sup>34</sup> CourEDH, affaire COSTA et PAVAN, 28.12.2012, commenté en miroir avec le droit suisse par JUNOD *in Jusletter* du 29 octobre 2012.

<sup>35</sup> BO CN 2014 13.051; Jusletter du 16 juin 2014; Message DPI, p. 5255, 5331 ss. Etant précisé qu'actuellement déjà des embryons congelés existent, cf. GUILLOD, Personnes, n. 32 *in fine*.

<sup>36</sup> Projets de nouvel article constitutionnel : FF 2013 5363 et de révision de la LPMA : FF 2013 5365.

<sup>37</sup> Dans ce sens : BUCHER, Personnes, n. 205 *in fine*. Sur la protection des droits fondamentaux de l'embryon *in vitro* : Message DPI, p. 5345 ss.

<sup>38</sup> Mettant en garde contre une proscription de ces méthodes en fonction du point de départ de la capacité civile : MANAI, CR CC I, n. 13 *ad art.* 31 CC.

<sup>39</sup> MANAI, CR CC I, n. 16 *ad art.* 31 CC; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n. 442a. MEIER/DE LUZE, n. 35 *a contrario* admettent un droit à la vie conditionnel.

<sup>40</sup> STEINAUER/FOUNTOULAKIS, n. 442a. Sur le lien entre début de la vie et avortement, également sous un angle philosophique : BÜCHLER/FREI, *in Jusletter* du 29 août 2011. Voir également : PALLY HOFFMANN, p. 861 s.

l'implantation, ce que ne permet pas une compréhension plus tardive de la conception et en conséquence du commencement de la capacité civile<sup>41</sup>.

Doté de par la loi d'une personnalité conditionnelle, l'enfant conçu jouit en effet alors de droits, et non pas seulement d'expectatives ; s'il peut être tenu d'obligations est en revanche une question controversée<sup>42</sup>. Certains l'admettent que si celles-ci sont la contrepartie d'un avantage, à l'instar d'une dette comprise dans une succession acquise au *nasciturus*<sup>43</sup>. Si le droit romain connaissait l'adage « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », selon lequel l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il pourra en tirer avantage, la loi ne limite toutefois pas expressément la capacité civile conditionnelle de l'enfant conçu dans le sens précité<sup>44</sup>.

Est également controversée la question de savoir si la condition posée par l'art. 31 al. 2 CC a un caractère résolutoire au sens de l'art. 154 CO - la personnalité existe dès la conception mais est supprimée avec effet rétroactif si l'enfant ne naît pas vivant<sup>45</sup> - ou suspensif selon l'art. 151 CO - la personnalité effective ne s'acquiert pas tant que l'enfant ne naît pas vivant - et, à ce moment, la personnalité est acquise avec effet rétroactif à la conception<sup>46</sup>. Force est de constater que la loi ne se prononce pas sur la nature de la condition. Ce silence soutient la position selon laquelle le choix de la qualification dépend de la nature du droit considéré et du besoin de protection de l'enfant conçu<sup>47</sup>.

Aux fins de protéger les intérêts du *nasciturus*, le législateur tient expressément compte de sa personnalité conditionnelle en matière successorale : l'enfant conçu a la capacité de succéder s'il naît vivant (art. 544 al. 1 CC) et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, l'art. 544, qui ne reprend qu'une partie de l'art. 393 ch. 3 aCC, est complété par un alinéa 1<sup>bis</sup> CC selon lequel l'autorité de protection de l'enfant nomme un curateur à l'enfant, si la sauvegarde de ses intérêts l'exige ; le partage de la succession est en outre ajourné jusqu'à la naissance (art. 605 al. 1 CC). Pour entraîner l'application de ces dispositions, le *nasciturus* doit être conçu au moment de l'ouverture de la succession<sup>48</sup>, ce qui pourrait justifier selon les circonstances de tenir compte de l'embryon non

---

<sup>41</sup> MANNSDORFER, p. 66; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 442a. Sur la réparation des dommages prénataux : BERETTA, BSK ZGB I, n. 24 ss *ad art.* 31 CC; MANAI, CR CC I, n. 16 *ad art.* 31 CC et réf. dont TF 4C.170/1997, 29.03.1999; MEIER/DE LUZE, n. 31 et réf. notes 37 et 38; PALLY HOFFMANN, p. 855 ss.

<sup>42</sup> GUILLOD, Personnes, n. 32 et MANAI, CR CC I, n. 15 *ad art.* 31 CC le nient.

<sup>43</sup> STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 439.

<sup>44</sup> BUCHER, Personnes, n. 208 et réf.

<sup>45</sup> Dans ce sens : GUILLOD, Personnes, n. 32; KOHLER-VAUDAUX, p. 182 ss; MEIER/DE LUZE, n. 29; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 438.

<sup>46</sup> Dans ce sens : MANAI, Vie, p. 217; RIEMER, n. 123. *Contra* : MONTAVON, n. 13 y voit une interprétation non conforme au texte de l'art. 31 al. 2 CC.

<sup>47</sup> Dans ce sens : BUCHER, Personnes, n. 202 l'illustrant avec des exemples probants; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n. 03.14; PALLY HOFFMANN, p. 861. *Contra* : BERETTA, BSK ZGB I, n. 20 *in fine ad art.* 31 CC qui au surplus juge la question d'intérêt académique.

<sup>48</sup> EITEL/ZEITER, CommFam *ad art.* 544 n. 2 CC.

implanté, mais néanmoins conçu selon une partie de la doctrine<sup>49</sup>. Le Tribunal fédéral a de surcroît récemment admis que l'enfant non encore conçu - *nondum conceptus* - peut également se voir désigner un curateur pour défendre ses intérêts par une application par analogie de l'art. 544 al. 1<sup>bis</sup> CC<sup>50</sup>. Il sera toutefois relevé qu'actuellement la LPMA interdit l'utilisation de gamètes ou d'ovules imprégnés d'une personne après son décès (art. 3 al. 4 LPMA, sous menace de sanctions pénales cf. art. 37 let. b LPMA), interdiction que le projet de modification de la Constitution et de la LPMA étend aux embryons *in vitro*<sup>51</sup>.

En matière de filiation également, la loi permet de tenir compte des intérêts de l'enfant conçu. Avant la naissance, son père a la possibilité de le reconnaître (art. 260 CC et art. 11 al. 2 OEC<sup>52</sup>) et les parents non mariés peuvent obtenir l'autorité parentale conjointe par une déclaration commune reçue par l'officier de l'état civil et déposée en même temps que la reconnaissance (art. 298a CC). Une curatelle de paternité peut être instituée avant la naissance en vertu de l'art. 308 al. 2 CC depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2014, ce qui était déjà prévu antérieurement sur la base de l'art. 309 al. 1 aCC. Le juge du divorce est compétent pour régler les droits parentaux concernant l'enfant conçu (art. 133 al. 1 et 2 CC) et les effets d'un retrait de l'autorité parentale s'étendent en principe aux enfants nés après un tel prononcé (art. 311 al. 3 CC). L'enfant conçu est enfin protégé dans sa personnalité (art. 28 CC)<sup>53</sup>.

## b) Etablissement du lien de filiation

Il découle de l'art. 31 al. 2 CC que la filiation maternelle existe à titre conditionnel dès la conception<sup>54</sup>. Il en va de même pour la filiation paternelle du mari de la mère.

Quant à l'enfant de parents non mariés, il peut être reconnu avant même d'être né (art. 11 al. 2 OEC), soit d'avoir acquis définitivement la personnalité juridique, et ce jusqu'après son décès, soit au-delà de la perte de cette

<sup>49</sup> Cf. *supra* réf. note 31. BERETTA, BSK ZGB I, n. 4 *ad* art. 31 *in fine* CC; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n 442a, selon lesquels l'incertitude quant au délai séparant la fécondation de la naissance pourrait justifier que certains droits notamment successoraux ne soient pas reconnus à l'embryon non implanté.

<sup>50</sup> ATF 140 III 145, c. 3.3 : demande de l'exécuteur testamentaire visant l'institution d'une curatelle pour les enfants non conçus - curatelle en cas de droits de succession incertains, cf. l'art. 393 ch. 3 aCC – aux fins de défendre à l'action intentée par l'héritier grevé, qui conteste la substitution fidéicommissaire en leur faveur. Le législateur tient en effet aussi compte de l'enfant non encore conçu, cf. art. 480 al. 1 et 545 al. 1 CC, voir : BAK, p. 496 ss.

<sup>51</sup> Message DPI, p. 5318 et 5351. Sur les problèmes posés par une fécondation *post-mortem* pourtant interdite par la LPMA, cf. SANDOZ, PMA, p. 98 ss.

<sup>52</sup> Cf. *infra* chap. II, let. B, ch. 1.

<sup>53</sup> Sur l'éventail des droits de l'enfant conçu : BERETTA, BSK ZGB I, n. 21 ss *ad* art. 31 CC; BUCHER, Personnes, n. 201; MANAI, CR CC I, n. 15 *ad* art. 31 CC; MEIER/DE LUZE, n. 30; PALLY HOFFMANN, p. 862 s.

<sup>54</sup> MEIER/STETTLER, n. 40 et 105.

personnalité, laquelle s'éteint par la mort (art. 31 al. 1 *in fine* CC)<sup>55</sup>. La reconnaissance anticipée ou dite anténatale est soumise à la double condition que l'enfant naisse vivant (art. 31 al. 2 CC) et que la mère n'épouse pas un autre homme que le déclarant dans l'intervalle, car la présomption de paternité du mari de la mère (art. 255 CC) l'emporterait le cas échéant ; en présence d'une grossesse multiple, la reconnaissance anticipée étend ses effets à tous les enfants<sup>56</sup>.

La reconnaissance d'un embryon non implanté, voire d'un ovule imprégné cryoconservé (art. 16 LPMA), n'est pas admise<sup>57</sup>. Selon la doctrine majoritaire, la reconnaissance présuppose l'existence d'un lien de filiation maternelle établi, soit que la mère soit connue<sup>58</sup>. Il est alors soutenu que l'embryon, et *a fortiori* l'ovule imprégné, non implanté n'a pas de filiation maternelle, car la mère juridique qui lui donnera naissance, n'est pas déterminée, ce qui fait obstacle à l'établissement de la filiation paternelle (art. 260 al. 1 *a contrario* CC)<sup>59</sup>. GUILLOD relève à juste titre que l'argument n'est pas entièrement convaincant dans la mesure où le droit suisse interdit aussi bien le don d'ovule que le don d'embryon (art. 4 LPMA), mais se rallie à l'opinion précédente en raison du caractère lointain et hypothétique de la naissance d'un enfant ; l'auteur estime judicieux de refuser toute reconnaissance tant qu'une femme n'est pas enceinte<sup>60</sup>. Selon le courant de doctrine pour lequel l'embryon non implanté est conçu au sens de l'art. 31 al. 2 CC, alors que la filiation maternelle existe à titre conditionnel dès ladite conception, sa reconnaissance paraît néanmoins concevable.

L'action en paternité n'est en revanche ouverte que dès le moment où la grossesse est constatée (art. 263 CC)<sup>61</sup>, sans qu'il y ait matière à discussion. L'enfant conçu peut ainsi intenter, à l'instar de sa mère, une action en paternité avant même la naissance (art. 263 al. 1 ch. 1 et 2 CC)<sup>62</sup>. Enfin, l'adoption

---

<sup>55</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 6 *ad* art. 260 CC; HEGNAUER, Anerkennung, p. 149; MEIER/STETTLER, n. 103 et réf.; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 4 *ad* art. 260 CC. Cf. *infra* chap. II, let. B.

<sup>56</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 6 *ad* art. 260 CC; MEIER/STETTLER, n. 103; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 4 *ad* art. 260 CC. *Contra* : SANDOZ, Nasciturus, p. 63, opposée à la reconnaissance prénatale pour des raisons dogmatiques.

<sup>57</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 7 *ad* art. 260 CC; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 5 *ad* art. 260 CC.

<sup>58</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 2 *ad* art. 260 CC; MEIER/STETTLER, n. 102. Pour une critique à la lumière de la jurisprudence strasbourgeoise du constat qu'en droit suisse, sans mère, pas de père : PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 14; voir également : BIDERBOST, p. 63 s. et GUILLOD, CR CC I n. 8 *ad* art. 252 CC, qui tient les arguments de ce dernier auteur comme dignes d'approbation.

<sup>59</sup> HEGNAUER/MEIER, p. 37.

<sup>60</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 7 *ad* art. 260 CC.

<sup>61</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 1 *ad* art. 263 CC. En pratique, l'action est presque toujours introduite après la naissance de l'enfant.

<sup>62</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 3 et 4 *ad* art. 263 CC; MEIER/STETTLER, n. 165.

conditionnelle de l'enfant conçu n'est pas admise, étant donné que la réalisation du lien nourricier ne peut avoir lieu que du vivant de l'enfant<sup>63</sup>.

### c) Contestation du lien de filiation

Si l'action en désaveu doit pouvoir être intentée avant la naissance de l'enfant est une question délicate<sup>64</sup>. Il s'agit en effet d'une action qui tend à la destruction d'un lien de filiation, alors même que ce lien n'existe pas encore.

La doctrine est encline à l'admettre pour le mari de la mère aux fins de paralyser l'effet de la présomption de paternité ; le jugement en désaveu peut même être prononcé avant la naissance<sup>65</sup>. Le raisonnement se fonde sur une application par analogie de l'art. 263 al. 1 CC, fondée sur la personnalité conditionnelle de l'enfant découlant de l'art. 31 al. 2 CC. Cette solution, discutable théoriquement, est en pratique opportune et cohérente<sup>66</sup> ; elle se justifie en outre en lien avec l'importance prise par le droit fondamental à la connaissance de ses origines<sup>67</sup> et permet également le cas échéant au père génétique de reconnaître l'enfant avant même la naissance.

La question est encore plus délicate s'agissant de l'action de l'enfant. Une partie de la doctrine refuse de l'admettre, en dépit de la personnalité conditionnelle de l'enfant dès la conception<sup>68</sup>. À notre avis, la personnalité conditionnelle de l'enfant conçu ne permet pas de lui refuser le droit d'agir en désaveu. Autre est la question de savoir s'il convient d'agir et c'est à la lumière de l'intérêt de l'enfant que cette question doit être tranchée. Tel est le cas si le père biologique est connu et prêt à reconnaître l'enfant, conformément à l'intérêt de l'enfant d'avoir un père juridique coïncidant avec le père géniteur dès la naissance<sup>69</sup>.

L'action en contestation d'une reconnaissance conditionnelle n'est en revanche pas ouverte ; le délai pour intenter l'action ne commence à courir que dès la naissance<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> MEIER/STETTLER, n. 284 et note 587; SCHOENENBERGER, CR CC I, n. 9 *ad* art. 264 CC.

<sup>64</sup> MEIER/STETTLER, note 149.

<sup>65</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 3 *ad* art. 256c CC; MEIER/STETTLER, note 115, p. 38; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 2 *ad* art. 256c CC.

<sup>66</sup> GUILLOD/BURGAT, p. 31 s.

<sup>67</sup> Cf. *infra* chap. III.

<sup>68</sup> GUILLOD/BURGAT, n. 96-97; MEIER/STETTLER, notes 149 et 153.

<sup>69</sup> Dans ce sens apparemment : GUILLOD/BURGAT, n. 97.

<sup>70</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 1 *ad* art. 260c CC.

## 2. L'enfant décédé

### a) Fin de la personnalité

Aux termes de l'art. 31 al. 1 CC, « la personnalité finit par la mort » ; un enfant vit physiquement et juridiquement tant qu'il n'est pas atteint de mort cérébrale<sup>71</sup>. Au moment du décès, il perd la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations ; les droits de la personnalité, de nature non transmissible, s'éteignent<sup>72</sup>. Selon la conception admise par la jurisprudence et qui domine majoritairement en doctrine, la protection du défunt n'est alors assurée qu'indirectement si les proches invoquent leur propre sentiment de pitié par le biais d'une action en protection de la personnalité (art. 28 CC) ; ils ont ainsi le droit d'agir en leur propre nom s'ils sont eux-mêmes atteints ou de poursuivre l'action intentée de son vivant par le défunt dans la mesure où ils sont également atteints dans leur personnalité affective<sup>73/74</sup>.

Pour certains droits de la personnalité, il est toutefois admis que la protection est prolongée au-delà de la mort, à l'instar du droit au respect du corps<sup>75</sup>, sans que le Tribunal fédéral n'admette qu'une action puisse être intentée au nom de la personne décédée<sup>76</sup>. Le lien de filiation n'étant jamais mentionné à ce titre, la conception d'une protection indirecte de la personnalité semble devoir l'emporter également en droit de la filiation, qui connaît néanmoins une exception en admettant l'adoption à titre posthume (cf. art. 268 al. 1 CC), sans que l'art. 31 al. 1 CC n'y fasse obstacle<sup>77</sup> ; lorsque toutes les conditions de l'adoption sont réunies avant que ne survienne le décès du parent juridique, l'adoption de l'enfant du conjoint doit également être admise, alors même que formellement l'époux survivant ne puisse plus être

---

<sup>71</sup> Cf. *supra* chap. A et réf. note 16. Voir également : BUCHER, Personnes, n. 209 ; GUILLOD, Personnes, n. 33 ; MANAI, CR CC I, n. 20 *ad* art. 31 CC ; MEIER/DE LUZE, n. 40 ss ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 445 ss.

<sup>72</sup> ATF 104 II 225, JdT 1979 I 546. BUCHER, Personnes, n. 212 s. ; GUILLOD, Personnes, n. 35 ; JEANDIN, CR CC I, n. 22 *ad* art. 28 CC CC.

<sup>73</sup> ATF 129 I 173, c. 2.1 ss ; ATF 127 I 115, c. 6a ; ATF 109 II 353, JdT 1985 I 99 ; ATF 104 II 225, c. 5b, JdT 1979 I 546. BERETTA, BSK ZGB I, n. 39 ss *ad* art. 31 CC CC ; BUCHER, Personnes, n. 450 ; GUILLOD, Personnes, n. 35 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, n. 12.73 s. ; MEIER/DE LUZE, n. 49, 609 ss et 736 ; MONTAVON, n. 20 : protection dite de la mémoire ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, n. 449, réf. note 41 et n. 530 ss. Voir également : CourEDH, affaire PUTISTIN c. Ukraine, 21.11.2013, § 33 sur le devoir de protéger la réputation d'une personne décédée au regard de l'art. 8 CEDH, invoqué par le fils du défunt.

<sup>74</sup> Selon une autre conception, consacrée en droit allemand, les droits de la personnalité du défunt sont prolongés au-delà de la mort, par une sorte de fiction, cf. JEANDIN, CR CC n. 22 *ad* art. 28 CC ; MEIER/DE LUZE, n. 48 et réf. note 68 ; MONTAVON, n. 19 ; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, note 41.

<sup>75</sup> ATF 127 I 115, c. 4a sur la base de la liberté personnelle ; ATF 118 IV 319, c. 2, JdT 1994 IV 158 en droit pénal ; ATF 97 I 221, c. 4a, JdT 1972 I 106 sur la base du droit constitutionnel.

<sup>76</sup> ATF 129 I 302, c. 1.2.1 ss, JdT 2005 I 214 ; ATF 127 I 115, c. 6. BUCHER, Personnes, n. 215.

<sup>77</sup> HEGNAUER, Adoption, p. 13, *Idem*, Adoptionsgesuch, p. 11 s., *Idem*, Feststellung, p. 103 s., *Idem*, Abstammungsuntersuchung, p. 154 s. Voir toutefois : TF 5C.296/2006, 23.10.2007, dans lequel, au regard du rejet de la requête d'adoption, le décès du requérant en cours de procédure de recours rend celle-ci sans objet, faute d'intérêt juridique.

qualifié de conjoint<sup>78</sup>. L'art. 31 al. 1 CC ne s'oppose à notre sens pas davantage à la reconnaissance que des intérêts personnels, associés à leur titulaire, subsistent au-delà de la mort, ce en se fondant sur l'art. 28 CC, ce qui permettrait à la personne décédée d'agir en son propre nom<sup>79</sup>. La protection de la mémoire est en effet insuffisante en présence d'un conflit d'intérêts entre le proche et le *de cuius*, qui se trouve de surcroît dépourvu de toute protection en l'absence de proches ; il en va de même lorsque l'objet de l'atteinte ne concerne que le défunt.

## b) Etablissement du lien de filiation

Se rattache indirectement à la conception des droits de la personnalité *post mortem*, la reconnaissance d'un enfant mort, laquelle est généralement admise en doctrine, ce même si l'enfant n'a pas de descendants<sup>80</sup>, soit en l'absence d'un intérêt d'ordre successoral et sans égard à la descendance du déclarant. Certains auteurs précisent qu'un intérêt digne de protection doit le justifier, à l'instar de l'intérêt de la mère sur le plan matériel (cf. art. 295 CC) et moral, ou la démarche revêtir un caractère raisonnable<sup>81</sup>.

L'adoption d'un enfant décédé, qualifiée de sans objet, est en revanche refusée<sup>82</sup>. Dans la mesure où les conditions de l'adoption sont réunies, ce refus nous paraît discutable, en particulier au regard du traitement différent suivant le mode d'établissement du lien de filiation. De surcroît, l'avant-projet de révision du droit de l'adoption propose de supprimer la condition de l'absence de descendants vivants du ou des adoptants et partant l'argument y relatif sur lequel se fonde la doctrine<sup>83</sup>.

Le sort de l'action en paternité de l'enfant décédé divise la doctrine, unanime en revanche pour rejeter le caractère héréditaire de l'action de la mère<sup>84</sup>, sans préjudice pour celle de l'enfant. Certains auteurs admettent le

<sup>78</sup> MEIER/STETTLER, note 745 et réf.

<sup>79</sup> Dans ce sens: BUCHER, Personnes, n. 486; OTT/GRIEDER, p. 627 ss, 630.

<sup>80</sup> GUILLIOD, CR CC I, n. 6 *ad* art. 260 CC; MEIER/STETTLER, n. 103; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 4 *ad* art. 260 CC.

<sup>81</sup> MANDOFIA BERNEY, p. 86 s.; SAGER, p. 56 s., qualifiant d'abusives selon l'art. 2 al. 2 CC la reconnaissance motivée exclusivement par des motifs égoïstes, en particulier d'ordre successoral; SANDOZ, Désavouer, p. 189 et réf.; STETTLER, Traité, p. 31.

<sup>82</sup> SCHOENENBERGER, CR CC I, n. 9 *ad* art. 264 CC, se référant note 30 à l'ATF 106 II 278 selon lequel l'adoption de l'enfant majeur du conjoint ne peut avoir lieu, comme toute adoption de majeur, qu'en l'absence de descendants de l'adoptant. Voir également : MEIER/STETTLER, n. 284; SANDOZ, Désavouer, p. 189; STETTLER, Traité, p. 115 se fondant sur la finalité de l'adoption qui est de réaliser le bien de l'enfant.

<sup>83</sup> Art. 266 al. 1 et al. 2<sup>bis</sup> AP-CC, prévoyant l'obligation d'entendre les enfants des adoptants avant l'adoption. Cf. Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de modification du code civil (Droit de l'adoption), p. 28, ch. 5.8, disponible sous : [http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC\\_Adoption\\_Rapport-expl\\_fr.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-expl_fr.pdf).

<sup>84</sup> GUILLIOD, CR CC I, n. 6 *ad* art. 261 *in fine* CC; MEIER/STETTLER, n. 147; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 7 *ad* art. 261 *in fine* CC.

transfert du droit aux descendants de l'enfant en appliquant par analogie les art. 259 al. 2 ch. 2 et 260a al. 1 CC<sup>85</sup>, alors que d'autres soutiennent l'extinction du droit d'action, à défaut d'un intérêt suffisamment important des héritiers ; ils font en particulier valoir que le droit de connaître son ascendance se limite aux ascendants du 1<sup>er</sup> degré et ne s'étend pas aux grands-parents<sup>86</sup>. Le transfert du droit d'action de l'enfant permet pourtant que la vérité biologique soit établie, en harmonie avec les préoccupations du législateur ; les descendants font également valoir le droit propre de l'enfant à ce que sa filiation soit établie.

### c) Contestation du lien de filiation

La qualité pour agir en désaveu des père et mère du mari décédé (art. 258 CC), celle des descendants de l'enfant décédé pour contester la reconnaissance (art. 259 al. 2 ch. 2 et 260a al. 1 CC), expriment la volonté du législateur d'accorder aux vivants la faculté d'agir sur l'existence même du lien de filiation<sup>87</sup>. Le législateur de 1974 a ainsi déjà fait primer la vérité biologique sur l'intérêt de l'enfant mort à ne pas subir de modification de son état civil, soit à ne pas rester de père inconnu.

Lorsque l'enfant reconnu est décédé, ses descendants disposent d'un droit propre à attaquer la reconnaissance (cf. art. 260a al. 1 CC). Ce droit d'action n'existe que si l'enfant, reconnu de son vivant, aurait pu agir lui-même et est partant subsidiaire. Lorsque la reconnaissance est intervenue après le décès de l'enfant, les descendants disposent d'un droit propre à agir dans les seules limites de l'art. 260c al. 1 CC<sup>88</sup>. La question du défendeur à l'action lorsque le déclarant et l'enfant sont décédés est controversée. Pour certains, l'action est introduite ou se poursuit sans défendeur<sup>89</sup>, alors que d'autres conçoivent difficilement une action d'état formatrice dépourvue de défendeur ; l'action envers l'enfant est alors dirigée contre ses descendants, en s'inspirant des art. 259 al. 2 ch. 2 et 260a al. 1 CC, et celle du déclarant contre ses descendants, subsidiairement ses père, mère, frères et sœurs, en application de l'art. 261 al. 2 CC par analogie<sup>90</sup>.

S'agissant de l'action en désaveu, le législateur est muet en cas de décès de l'enfant. La doctrine apparemment unanime admet que la mort de l'enfant entraîne l'extinction du droit d'action, et ce que l'action soit ou non ouverte ;

---

<sup>85</sup> HEGNAUER, BK, n. 52 *ad* art. 261 CC; REICH, Handkommentar, n. 3 *ad* art. 261 CC.

<sup>86</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 9 *ad* art. 261 CC. Voir également: MEIER/STETTLER, n. 147 en se fondant sur l'esprit du nouveau droit de la filiation et la nature essentiellement pécuniaire des intérêts des héritiers; SANDOZ, Discernement, p. 427; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 6 *ad* art. 261 CC.

<sup>87</sup> SANDOZ, Désavouer, p. 193, qui réserve l'abus de droit. Cette faculté est également accordée avec la possibilité, fondée sur le bien de l'enfant vivant, de prononcer une adoption après le décès du requérant, cf. *supra* chap. II, let. B, ch. 2a.

<sup>88</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 6 *ad* art. 260a CC.

<sup>89</sup> MEIER/STETTLER, n. 133 et réf. note 305; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 8 *ad* art. 260a CC.

<sup>90</sup> GUILLOD, CR CC I, n. 10 *ad* art. 260a CC; STETTLER, Traité, p. 215.

dans cette seconde hypothèse, l'action deviendrait sans objet<sup>91</sup>. La doctrine récente ne semble pas aborder cette problématique. Il est à tout le moins contestable à notre sens d'admettre que l'action devienne sans objet alors que l'enfant a manifesté clairement son intention d'agir, ce d'autant que le décès de l'enfant n'éteint nullement le droit d'action du mari de la mère, point sur lequel doctrine et jurisprudence s'accordent<sup>92</sup>; le cas échéant, si la mère est également décédée, l'action est poursuivie sans défendeur ou en application de l'art. 261 al. 2 CC par analogie en désignant un représentant à l'enfant mort<sup>93</sup>. La réponse à cet aspect d'ordre procédural ne doit pas occulter la question du bien-fondé de l'action, qui est admis.

### C. *Situation juridique de l'enfant mort-né*

Le total des mortinaissances en 2012 en Suisse s'élève à 350 enfants<sup>94</sup>.

#### 1. *Définition*

Il revient à l'OEC de définir l'enfant mort-né. Selon l'art. 9 al. 2 OEC, un « enfant est désigné en tant que mort-né s'il ne manifeste aucun signe de vie à la naissance et si son poids est d'au moins 500 grammes ou si la gestation a duré au moins 22 semaines entières »<sup>95</sup>. Il n'acquiert pas la personnalité juridique<sup>96</sup>; l'art. 544 al. 2 CC précise à cet effet qu'il ne succède pas. C'est sa seule trace dans le Code civil<sup>97</sup>.

#### 2. *Inscription au registre de l'état civil*

La naissance de l'enfant mort-né doit être inscrite dans le registre de l'état civil (art. 9 al. 1 OEC), une donnée spécifique étant réservée à cet effet (art. 8 let. e ch. 4 OEC). L'annonce est accompagnée d'un certificat médical (art. 35

<sup>91</sup> SANDOZ, Désavouer, p. 190 s.; STETTLER, Traité, p. 197 s.

<sup>92</sup> ATF 62 II 193, admettant l'intérêt moral du père à agir. GUILLOD, CR CC I, n. 13 *ad* art. 256 CC; HEGNAUER, Gegen, p. 70; SANDOZ, Désavouer, p. 191; SCHWENZER, BSK ZGB I, n. 10 *ad* art. 256 CC.

<sup>93</sup> En faveur de l'action contre la mère seule ou sans défendeur si celle-ci est décédée: SANDOZ, Désavouer, p. 191 et réf. *Contra*: STETTLER, Traité, p. 186, en faveur de la désignation d'un représentant à l'enfant mort en s'inspirant de l'art. 261 al. 2 CC.

<sup>94</sup> Office fédéral de la statistique, Taux de mortalité périnatale et infantile, 1969-2012, disponible sur: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/14/02/03/key/01.html>. MONTAVON, n. 27 et réf., se réfère aux spécialistes, lesquels parlent d'un bébé par jour qui naît mort en Suisse, auquel il ajoute le quart des grossesses qui se terminent par une fausse couche avant la 24<sup>e</sup> semaine.

<sup>95</sup> Message LRH, p. 7344, 2.6 se limite pour définir l'enfant mort-né à l'absence de signe de vie et au poids de 500 gr. minimum. La LRH – cf. réf. note 105 – n'en donne pas de définition.

<sup>96</sup> MANAI, CR CC I, n. 7 *ad* art. 31 CC, et Embryon, n. 69. Ce dans une perspective dualiste cartésienne, la personne, *res cogitans*, se distinguant du corps, cf. MONTAVON, n. 4 s. et réf.

<sup>97</sup> Dénonçant le stade d'ébauche de la législation actuelle concernant les enfants mort-nés faisant écho à son statut « indicible, manifestement sous-estimé, volontairement laissé de côté »: MONTAVON, n. 2.

al. 5 OEC). Les critères susmentionnés posés par l'art. 9 al. 2 OEC constituent à cet égard des lignes directrices, à appliquer avec souplesse. Néanmoins, l'enfant de maturité insuffisante non inscrit n'a jamais existé au regard du droit, contrairement à celui qui acquiert la qualification de mort-né.

Le nom de famille et les prénoms de l'enfant mort-né peuvent en outre être saisis par les personnes habilitées à cet effet (art. 9 al. 3 et 37c al. 1 OEC)<sup>98</sup>. La filiation maternelle de l'enfant mort-né n'a pourtant jamais existé, de même partant pour la filiation paternelle<sup>99</sup>.

### 3. *Intégration dans la sphère de la personnalité affective des parents*

Bien qu'ayant perdu sa capacité à devenir une personne, l'enfant mort-né est protégé au nom de la dignité humaine<sup>100</sup>. N'ayant jamais acquis la personnalité juridique, il ne peut toutefois se prévaloir en particulier du droit à une sépulture décente, garanti par le respect dû à la dignité humaine au sens de l'art. 7 Cst.<sup>101</sup>. Sa protection est toutefois inhérente au respect dû à la sphère affective de ses parents sous l'angle de la liberté personnelle et de l'art. 28 CC, ce sans égard à l'absence de transmission d'un droit de la part de l'enfant mort-né - lequel n'a jamais été titulaire de la capacité civile - , étant donné que les parents font valoir leur propre droit. Le législateur en tient compte. Ainsi, la loi genevoise cantonale prévoit-elle qu'à la demande des parents, l'enfant mort-né est inhumé ou incinéré (cf. art. 3C al. 1 de la loi genevoise sur les cimetières<sup>102</sup>) ; la loi indique improprement qu'il « fait l'objet d'un certificat de décès établi par un médecin », alors que l'enfant n'a jamais juridiquement vécu. Les parents d'un « enfant » qui ne remplit pas les critères de l'art. 9 al. 2 OEC peuvent néanmoins, exceptionnellement, pour des raisons majeures, obtenir une autorisation en vue de l'inhumation ou de l'incinération ; ils ne peuvent en revanche obtenir la remise du corps en leurs mains<sup>103</sup>. L'exception doit être admise à notre sens très largement, tant le refus de procéder aux obsèques d'un « enfant » né sans vie paraît peu compatible avec le respect dû à la liberté

---

<sup>98</sup> Renvoi à tort à l'art. 37 al. 1 OEC par l'art. 9 al. 3 OEC, qui n'a pas été mis à jour au 1<sup>er</sup> janvier 2013, cf. *infra* chap. II, let. C, ch. 5 et note 118.

<sup>99</sup> MEIER/STETTLER, n. 40 et note 86. Pour plus de détails : cf. *infra* chap. II, let. C, ch. 5.

<sup>100</sup> Sur l'enfant mort-né sous l'angle de la dignité humaine : MONTAVON, n. 38 ss.

<sup>101</sup> ATF 129 I 302, c. 1.2.5, JdT 2005 I 214.

<sup>102</sup> GE/RS K 1 65; la loi genevoise sur les cimetières date du 20 septembre 1876 et est entrée en vigueur le 27 septembre 1876.

<sup>103</sup> MANAI, Embryon, n. 70 *in fine* et réf. note 90. Voir également : MONTAVON, n. 30 ss, 34 sur le droit cantonal genevois et sur le succès d'initiatives au niveau communal visant l'accueil dans les cimetières des corps de fœtus.

personnelle des parents ; il s'agit de la concrétisation d'une liberté élémentaire dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine<sup>104</sup>.

De même, la recherche sur un enfant mort-né nécessite le consentement libre et éclairé du couple concerné (art. 40 al. 1 et 16 par analogie de la Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, ci-après : LRH<sup>105</sup>). Le décès doit avoir été préalablement constaté (art. 40 al. 2 LRH), alors même pourtant que l'enfant mort-né n'est jamais parvenu à la vie d'un point de vue juridique.

#### 4. *Incidence de la jurisprudence de la CourEDH*

La CourEDH a connu des affaires relatives à l'enfant mort-né. Le respect dû à la dépouille de l'enfant mort-né a ainsi amené les juges de Strasbourg à condamner la Suisse à l'unanimité pour violation du respect dû à la vie privée et familiale de la mère, alors que par deux arrêts du 12 août 1999, le Tribunal fédéral avait débouté la requérante de ses quatre recours<sup>106</sup>. L'impossibilité d'assister à l'enterrement de son enfant mort-né, inhumé à son insu dans la fosse commune du cimetière, et le transport du cadavre de cet enfant dans une camionnette de livraison ordinaire, ont été contestés avec succès<sup>107</sup>. Il est rappelé en outre que l'acquiescement au pénal d'un fonctionnaire ne dégage pas nécessairement un Etat de ses obligations conventionnelles<sup>108</sup>. Le respect dû au corps de l'enfant mort-né a été confirmé récemment par la CourEDH, dans un arrêt rendu le 12 juin 2014 à l'encontre de la Croatie : l'application à un enfant mort-né de la procédure d'élimination des déchets hospitaliers, sans conserver la moindre trace de sa localisation, est jugée, à l'unanimité, illégale et partant contraire à l'art. 8 CEDH<sup>109</sup>.

Dans un arrêt antérieur rendu contre la Russie, la CourEDH a reconnu une violation du droit au respect effectif de la vie privée garanti par l'art. 8 CEDH dans le refus des autorités nationales de donner suite à la demande d'une mère qui entendait faire établir la filiation entre un enfant mort-né et le père biologique de celui-ci, décédé peu après l'évènement, en lieu et place de son mari<sup>110</sup>. Les autorités nationales avaient rejeté l'action, faute pour l'enfant d'avoir acquis la personnalité juridique. La CourEDH admet que l'établissement de la descendance relève de la « vie privée » au nom du lien fort

<sup>104</sup> Dans ce sens : MONTAVON, n. 46 ss, réfutant l'existence d'une base légale formelle - exigée étant donné que la restriction à la liberté personnelle des parents est grave - la pertinence et prépondérance d'un intérêt public et la proportionnalité d'un tel refus.

<sup>105</sup> RS 810.30; la LRH date du 30 septembre 2011 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014. MANAI, Embryon, n. 72.

<sup>106</sup> CourEDH, affaire HADRI-VIONNET c. Suisse, 14.02.2008, § 26 s.

<sup>107</sup> CourEDH, affaire HADRI-VIONNET c. Suisse, 14.02.2008, § 57 ss.

<sup>108</sup> CourEDH, affaire HADRI-VIONNET c. Suisse, 14.02.2008, § 55 s.

<sup>109</sup> CourEDH, affaire MARIC c. Croatie, 12.06.2014, § 58 ss.

<sup>110</sup> CourEDH, affaire ZNAMENSKAYA c. Russie, 2.06.2005.

entre la mère et l'embryon auquel elle a donné un prénom et qu'elle a enterré<sup>111</sup>. S'agissant de l'établissement de la paternité, celle-ci n'impose à personne une obligation continue de soutien envers l'enfant mort-né, ce qui exclut tout intérêt en conflit avec ceux de la requérante ; la solution retenue par les autorités nationales revient à ce qu'une présomption légale prévale sur une réalité biologique et sociale sans tenir compte de celle-ci, ni des souhaits des personnes concernées et sans que la décision ait réellement profité à quiconque, ce qui est incompatible avec l'obligation de garantir un respect effectif de la vie privée et familiale, ce même eu égard à la marge d'appréciation accordée aux Etats<sup>112</sup>. L'opinion dissidente des trois juges annexée à l'arrêt est fondée sur le fait que le père juridique est décédé et partant incapable de faire valoir ses propres droits au respect de son nom et de sa vie familiale ; l'intérêt du père « juridique » reste prédominant, alors même que la paternité n'a jamais existé juridiquement. L'ensemble des juges de Strasbourg ne tiennent ainsi pas pour déterminant le fait que l'enfant n'ait jamais acquis la personnalité juridique.

En conclusion, la CourEDH reconnaît le droit de la mère d'obtenir un statut juridique pour son enfant mort-né<sup>113</sup> ; cette reconnaissance ne signifie pas encore l'acquisition de la personnalité juridique, alors que l'enfant mort-né n'a pas un droit propre au respect de sa vie privée ou familiale distinct de celui de sa mère<sup>114</sup>. MONTAVON retient que l'enfant mort-né revêt une « sorte de personnalité posthume », dotée « d'effets surtout symboliques »<sup>115</sup>. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence européenne accorde le droit de donner une sépulture, un nom et une filiation à un enfant mort-né ce qui va à notre sens au-delà de la symbolique. Qu'en déduire pour le droit suisse ?

## 5. Remise en cause des fondements de la personnalité juridique ?

La question se pose de savoir si les fondements du droit suisse en matière d'acquisition et de perte de la personnalité juridique, soit les fondements du droit de la capacité civile, sont ébranlés par la jurisprudence strasbourgeoise.

En droit suisse, les exceptions prévues par l'OEC à l'absence de personnalité de l'enfant mort-né apparaissent concédées pour tenter d'aider le deuil dans une situation dramatique ; le droit suisse permet certes l'action en désaveu ou en contestation de la reconnaissance lorsque l'enfant est décédé<sup>116</sup>, mais celui-ci a acquis puis perdu la jouissance de droits civils, alors que l'enfant mort-né n'a

---

<sup>111</sup> CourEDH, affaire ZNAMENSKAYA c. Russie, 2.06.2005, § 27.

<sup>112</sup> CourEDH, affaire ZNAMENSKAYA c. Russie, 2.06.2005, § 29 ss, aussi la Cour juge-t-elle par 4 voix c. 3 qu'il y a eu violation de l'art. 8 CEDH.

<sup>113</sup> MARGUENAUD/REMY-CORLAY, p. 737 s.

<sup>114</sup> CourEDH, affaire ZNAMENSKAYA c. Russie, 2.06.2005, § 24 *in fine*. MONTAVON, n. 26.

<sup>115</sup> MONTAVON, n. 26 *in fine* se référant à MARGUENAUD/REMY-CORLAY, p. 738.

<sup>116</sup> Cf. *supra* chap. II, let. B, ch. 2c.

jamais obtenu la personnalité juridique dans la conception du droit suisse, de sorte que la question ne devrait pas se poser<sup>117</sup>. Il n'en demeure pas moins que la « personnalité posthume » de l'enfant mort-né, protégée par le biais de la personnalité affective des parents, a des implications en droit de la filiation, soutenues par la jurisprudence strasbourgeoise.

Ainsi, la reconnaissance de l'enfant mort-né doit pouvoir avoir lieu, et ce également après la naissance, au nom du droit au respect de la vie familiale et privée de ses parents. La possibilité de donner un prénom et un nom à l'enfant implique d'ailleurs que ses liens de filiation soient inscrits aux fins de déterminer les personnes habilitées<sup>118</sup>. Il serait parfaitement injustifié que seul l'enfant de parents mariés soit inscrit avec les données sur sa filiation paternelle fondées sur la présomption de paternité du mari de la mère (art. 255 CC). La Circulaire de l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) du 1<sup>er</sup> décembre 2008 sur la reconnaissance d'enfants mort-nés ou décédés, laquelle admet la reconnaissance d'un enfant mort-né en tout temps, alors que le système d'enregistrement ne le permet pas, peut à cet effet être saluée<sup>119</sup>. Elle soumet curieusement et de manière critiquable l'enregistrement de la filiation paternelle par le biais de la reconnaissance à l'obligation d'attribuer un nom et un prénom à l'enfant mort-né (cf. ch. 4.1, note 10), contrairement au texte de l'art. 9 al. 3 OEC. Par l'enregistrement des données sur la filiation se dessine une certaine reconnaissance des droits de la personnalité de l'enfant bien que mort-né.

De surcroît, une fois les liens de filiation inscrits, la question de leur contestation reste ouverte à teneur de la jurisprudence strasbourgeoise. Cette problématique doit être analysée sous l'angle, non d'une remise en cause des fondements de la capacité civile, mais de la consécration de la protection des droits de la personnalité attachés à la sphère affective des parents.

L'ensemble de ces considérations ont un lien étroit avec la seconde facette ici analysée des droits de la personnalité de l'enfant, à savoir l'accès à la connaissance de ses origines.

<sup>117</sup> MEIER, *Enfant*, p. 284, pour lequel la remise en cause des fondations du droit de la capacité civile par le détournement de l'art. 8 CEDH est jugée déraisonnable.

<sup>118</sup> Cf. art. 9 al. 3 OEC et renvoi inchangé à l'art. 37 al. 1 aOEC, l'oubli de faire suivre l'art. 9 al. 3 des modifications des art. 37 ss OEC entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 devant être relevé, cf. *supra* note 98.

<sup>119</sup> Circulaire OFEC no 20.08.12.01 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 (Etat: 1<sup>er</sup> janvier 2011), Données sur la filiation, le nom et le droit de cité des enfants mort-nés ou des enfants décédés avant la reconnaissance, 2.1.2, suivie de l'Annexe 1 sur les informations techniques pour la procédure d'enregistrement exigeant un enregistrement manuel, disponible sur : [www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/weisungen/kreissschreiben\\_maerz07/20-08-12-01-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/weisungen/kreissschreiben_maerz07/20-08-12-01-f.pdf). MEIER/STETTLER, n. 40 et note 86, n. 105.

### III. Droit à la connaissance de ses origines

La connaissance de l'ascendance est un élément important dans la construction et l'épanouissement de la personnalité, même vital selon la CourEDH, dont les fondements d'un droit fondamental y relatif sont établis dans l'entier de la pyramide des normes<sup>120</sup>.

#### A. Droit fondamental à connaître ses origines

La reconnaissance du droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques est à saluer en tant que droit de la personnalité de l'enfant<sup>121</sup>. Droit fondamental certes de l'enfant, mais il convient de rappeler que celui-ci peut parfois être âgé : l'enfant devenu adulte reste toujours à cet égard un enfant<sup>122</sup> ! Ce droit, lequel sépare la fonction identitaire des autres fonctions de la filiation, fut la consécration d'un concept nouveau, qui a fait partant couler beaucoup d'encre<sup>123</sup>.

Le Code civil ne comporte pas de subdivision spécifique consacrée au droit de connaître ses origines ; aussi l'analyse doit-elle se fonder sur des dispositions éparses, lesquelles ne figurent pas toutes dans des textes relevant du droit civil, et sur la jurisprudence rendue en cette matière.

#### 1. Analyse des sources de droit international et constitutionnel

Au niveau du droit international des droits de la personne, l'art. 7 CDE, d'application directe, accorde à l'enfant dès sa naissance le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux « dans la mesure du possible », soit dans la mesure où les informations existent ; il ne s'agit pas de prévoir par ce biais une éventuelle pesée des intérêts mais cette interprétation reste controversée<sup>124</sup>. Le droit à la connaissance de ses origines est par ailleurs distinct du droit d'être

---

<sup>120</sup> HÄFELI, p. 192 s.; MEIER/STETTLER, n. 374 et réf. Sur la jurisprudence strasbourgeoise en la matière, cf. *infra* chap. III, let. D.

<sup>121</sup> BÜCHLER, p. 1183.

<sup>122</sup> Par ex. : CourEDH affaire topique JÄGGI c. Suisse, 13.07.2006, Recueil 2006-X, § 40 relevant l'âge de 67 ans du requérant : il s'agissait de l'exhumation d'une dépouille pour faire réaliser un test ADN, obtenue à Strasbourg, alors que refusée *in* TF 1P.600/1999, 22.12.1999, SJ 2000 I 489, qui a dû être révisé cf. TF 1F\_1/2007, 30.07.2007; restitution du délai au requérant, âgé de 71 ans, pour agir en paternité accordée *in* TF 5A\_518/2011, 22.11.2012, SJ 2013 I 510. Confirmation *in* CourEDH, affaire GODELLI c. Italie, 25.09.2012, la requérante, dont la mère avait accouché sous X, étant âgée de 69 ans.

<sup>123</sup> Parmi beaucoup d'autres : AEBI-MÜLLER, Genetik, p. 82 ss; *Idem*, Abstammung, p. 111 ss; BÜCHLER/RYSER, p. 1 ss; BESSON, p. 39 ss; BORD, p. 39 ss; GUILLOD, CR CC I, n. 10 *ad* Intro. art. 252-269c et réf.; LEUKART, p. 584 ss; MANAI, Biomédecine, p. 335 ss; MEIER/STETTLER, n. 374 ss et réf.

<sup>124</sup> Dans ce sens : ATF 128 I 63 *in* RDAF 2003 I p. 399, et une partie de la doctrine, MEIER/STETTLER, n. 379 et réf., retenant néanmoins qu'une pesée des intérêts est requise quand l'enfant se fonde sur la CDE, cf. n. 385; WOLF, p. 135. *Contra* : REUSSER/SCHWEIZER, p. 610 s.

élevé par ses parents, aux fins de ne pas préteriter la position de l'enfant majeur, dont le besoin de connaissance de ses origines ne diminue pas avec l'âge<sup>125</sup>. Le droit à l'identité, dont est déduit le droit de connaître ses origines, fait en outre partie intégrante de la notion de vie privée au sens de l'art. 8 CEDH<sup>126</sup>.

Au niveau constitutionnel, l'art. 119 al. 2 let. g Cst., adopté le 17 mai 1992, accorde à toute personne l'accès aux données relatives à son ascendance, et partant également aux circonstances de l'ascendance, certes *a priori* en lien avec sa note marginale, laquelle se réfère à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain. L'enfant adopté ne saurait toutefois être traité différemment<sup>127</sup>. Si le droit de connaître ses origines découle aussi de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) - liberté dont a été déduit le droit de consulter le dossier de l'autorité tutélaire<sup>128</sup> -, et de la protection de la sphère privée (art. 13 al. 2 Cst.), garanties constitutionnelles de la protection de la personnalité, il a néanmoins acquis une existence indépendante.

## 2. *Analyse des sources de droit fédéral*

Conformément au mandat constitutionnel de l'art. 119, le législateur a prévu à l'art. 27 LPMA en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2001 un droit inconditionnel à connaître son ascendance à partir de 18 ans ; les données sont accessibles plus tôt si l'enfant fait valoir un intérêt légitime. Le renseignement obtenu ne vise qu'à favoriser l'épanouissement psychologique, non à combler un vide juridique et l'enfant n'a pas le droit d'exiger des contacts personnels avec le donneur<sup>129</sup>. L'art. 27 al. 3 LPMA précise à cet effet que si le donneur refuse de rencontrer l'enfant, ce dernier doit en être avisé et être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Ce droit absolu vise les données définies à l'art. 27 al. 1 LPMA, soit celles relatives à l'identité du donneur et à son aspect physique selon l'art. 24 al. 2 let. a et d LPMA. L'accès aux autres données consignées, soit la date du don et les résultats des examens médicaux (art. 24 al. 2 let. b et c LPMA), demeure accessible à la

<sup>125</sup> Dans ce sens : TF 1P.600/1999, 22.12.1999, SJ 2000 I 489, 492. Egalement dûment reconnu par la CourEDH : « l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire », cf. CourEDH, affaire GODELLI c. Italie, 25.09.2012, § 69; CourEDH, affaire JÄGGI c. Suisse, 13.07.2006, Recueil 2006-X, § 40, et *supra* note 122.

<sup>126</sup> Cf. CourEDH, affaire JÄGGI c. Suisse, 13.07.2006, Recueil 2006-X, § 37; CourEDH, affaire ODIEVRE c. France, 13.02.2003, Recueil 2003-III, § 29; CourEDH, affaire MIKULIC c. Croatie, 7.02.2002, Recueil 2002-I, § 53. Cf. *infra* chap. III, let. D. Voir aussi : ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411.

<sup>127</sup> ATF 128 I 63 *in* RDAF 2003 I p. 399, qui anticipe sur l'entrée en vigueur de l'art. 268c CC. BESSON, p. 56 ss; MANDOFIA BERNEY/GUILLOD, p. 205 ss; MEIER/STETTLER, n. 379; SCHOENENBERGER, CR CC I, n. 1 *ad* art. 268c CC et réf. note 7; STAUFFER, p. 180 ss. Cf. *infra* chap. III, let. A, ch. 3.

<sup>128</sup> ATF 125 I 257 *in* RDAF 2000 I 704, dont le résultat peut encore être salué, mais dont le raisonnement quant à la pesée des intérêts n'est plus de mise depuis l'ATF 128 I 63 *in* RDAF 2003 I p. 399. Cf. BÜCHLER/RYSER, p. 19; MEIER/STETTLER, note 930. Voir toutefois : LEUKART, p. 591.

<sup>129</sup> MEIER/STETTLER, n. 403.

condition que l'enfant, quel que soit son âge, établisse un intérêt légitime. L'office doit alors procéder à une pesée des intérêts pour décider sur le principe de cet accès et sur l'étendue de l'information transmise. Dans la mesure où le don d'ovule ou d'embryon venait à être admis en Suisse, voie pour laquelle nous avons déjà plaidé, les informations concernant la mère biologique devront également être accessibles à l'enfant<sup>130</sup>.

L'art. 268c CC, calqué sur l'art. 27 LPMA, a été introduit à l'occasion de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2003 ; il accorde à l'enfant adopté majeur un droit fondamental, inconditionnel, inaliénable et imprescriptible, soit un droit absolu<sup>131</sup>. Ce droit est partant indépendant de toute pesée des intérêts contradictoires à connaître les données relatives à l'identité des parents biologiques, ce dès la majorité (cf. art. 24 al. 2 let. a LPMA par analogie). Il est soumis à la preuve d'un intérêt légitime pour l'enfant plus jeune, réalisé en particulier lorsque l'incertitude de l'enfant sur ses origines menace sa santé physique et/ou psychique<sup>132</sup>. L'art. 268c CC n'octroie en revanche pas un droit à connaître l'identité des proches, comme des (demi) frères et sœurs ; seules les règles générales du droit de la personnalité peuvent être invoquées à cet effet (art. 28 CC)<sup>133</sup>. Il s'applique au demeurant sans égard au fait que l'adoption a été prononcée en Suisse ou à l'étranger, dans la mesure où les données sont détenues par un office public suisse.

---

<sup>130</sup> CourEDH, arrêt de Grande Chambre, affaire S.H. et autres c. Autriche, 3.11.2011 : l'interdiction du recours aux dons de sperme et d'ovule en vue d'une fécondation *in vitro* en Autriche n'est pas - en l'état, cf. § 118 - jugée contraire à la Convention, ce sur renvoi de CourEDH, affaire S. H. et autres c. Autriche, 1.04.2010, dans lequel les juges avaient admis par 5 contre 2 la violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH. La révision en cours visant à permettre le diagnostic prénatal (DPI) en Suisse n'envisage pas d'accepter le don d'ovule. Cf. BORD, p. 64 sur le droit de connaître le « ventre » ; PAPAUX VAN DELDEN, Mariage, p. 334 ss.

<sup>131</sup> Le droit a même été consacré de manière anticipée dans l'arrêt fondamental : ATF 128 I 63 *in* RDAF 2003 I p. 399. BESSON, p. 56 s. ; DE VRIES REILINGH, p. 365 s. ; MEIER/STETTLER, n. 379 et 409 ; SCHMIDT, p. 145 ss ; SCHOENENBERGER, CR CC I, n. 2 *ad* art. 268c CC. Cf. *supra* chap. III, let. A, ch. 1 et note 127. Sur le droit de connaître ses origines dans la cadre de l'adoption internationale : BUCHER, *Enfant*, n. 289 ss ; MEIER/STETTLER, n. 411 et réf.

<sup>132</sup> TF 5P.466/2001, 20.02.2002. MEIER/STETTLER, n. 409 et note 975. Cf. Circulaire du 21 mars 2003 de l'OFEC aux autorités cantonales, avec différents formulaires, indiquant les autorités et services à contacter, en Suisse et à l'étranger, aux fins de retrouver les coordonnées des parents biologiques, REC 2003 244.

<sup>133</sup> BIDERBOST, *Handkommentar*, n. 4 *ad* art. 268c CC ; MEIER/STETTLER, n. 409, note 974. Voir l'art. 59 OEC sur la divulgation sur demande à des particuliers des données personnelles.

L'ampleur de l'information à fournir reste néanmoins sujette à controverses, en particulier s'agissant d'éléments autres que les données sur l'identité<sup>134</sup>. La révélation des conditions de vie de la mère à la naissance par exemple constituerait une atteinte à la personnalité de celle-ci (art. 28 CC)<sup>135</sup>. Il n'est pas certain que le droit de connaître son ascendance au sens de l'art. 268c CC implique sans réserve la divulgation de l'ensemble des données disponibles sur le contexte de l'adoption. A cet effet, l'art. 27 al. 1 LPMA, qui renvoie à l'art. 24 al. 2 let. a et d LPMA exclusivement, plaide pour un droit d'accès absolu limité à certaines données. Cette interprétation est de surcroît en harmonie avec la jurisprudence de la CourEDH<sup>136</sup>. Le droit de consultation de l'enfant aura néanmoins un poids très important et, sous réserve de circonstances tout à fait exceptionnelles, devrait l'emporter sur les droits de la personnalité concurrents<sup>137</sup>. Le contexte de l'adoption diffère en effet de celui de la PMA et tempère à notre sens l'analogie précitée avec la LPMA, tendant à admettre un droit absolu d'accès aux données sur l'identité coexistant avec un droit relatif d'accès aux données sur l'histoire de vie. L'avant-projet de modification du droit de l'adoption, en prévoyant un nouveau droit inconditionnel de l'enfant mineur à obtenir des informations sur ses parents biologiques lorsque celles-ci ne permettent pas de les identifier, soutient ce point de vue (cf. art. 268c AP-CC)<sup>138</sup>. Dans la mesure où les informations sont nécessaires au développement de la personnalité de l'enfant, il paraît impossible d'en refuser l'accès au nom d'un intérêt contraire suffisant<sup>139</sup>.

A l'instar de l'art. 27 al. 3 LPMA, l'art. 268c al. 2 CC prévoit une information des parents biologiques dans la mesure du possible ; en cas de refus de rencontrer l'enfant, celui-ci est avisé et informé des droits de la personnalité des parents biologiques. L'enfant n'a partant pas davantage le droit d'exiger des relations personnelles avec les parents biologiques. Rares sont au demeurant les

<sup>134</sup> SCHOENENBERGER, CR CC I, n. 3 *ad* art. 268c CC et n. 8 *in fine* semble admettre un large droit d'accès, en précisant que l'information doit être adaptée à l'âge de l'adopté. Favorables à une pesée des intérêts: REUSSER/SCHWEIZER, p. 632 s. lors de l'élaboration de l'art. 268c CC; MEIER/STETTLER, n. 410. En faveur d'un droit inconditionnel de l'enfant adopté, voir déjà en 1993, la thèse de LOCHER; DE VRIES REILINGH, p. 368 ss et ce sur toute information, à l'instar de la position de BESSON, p. 61, voir : p. 41 ss sur la pesée des intérêts. L'ATF 128 I 63 *in* RDAF 2003 I p. 399 est muet à ce sujet, contrairement à ce que laisse entendre l'auteur en note *in* RDAF 2003 I p. 399, affirmant que l'accès ne s'étend pas au dossier complet, cf. art. 27 al. 2 LPMA par analogie, *contra*: BESSON, p. 61 affirmant que le contraire ressort clairement de l'arrêt, malgré son mutisme !

<sup>135</sup> Dénonçant une prise en compte insuffisante des intérêts de la mère : BREITTSCHMID BSK ZGB I, n. 6 *ad* art. 268c CC; LEUKART, p. 587 s.; PFAFFINGER, Adoption, n. 277 ss.

<sup>136</sup> CourEDH, affaire GASKIN, 7.07.1998, série A n. 60. Voir également s'agissant de l'accouchement sous X : CourEDH, arrêt de Grande Chambre, affaire ODIEVRE c. France, 13.02.2003, Recueil 2003-III. Cf. *infra* chap. III, let. D.

<sup>137</sup> Dans ce sens : MEIER/STETTLER, n. 410. Présentant les deux courants doctrinaux : PRADERVAND/UEHLINGER, p. 140 s. et réf.

<sup>138</sup> Cf. *supra* réf. note 83.

<sup>139</sup> Pour un droit inconditionnel de l'adopté à connaître ses origines, voir en 1993 déjà la thèse de LOCHER.

enfants adoptés qui vont jusqu'à rencontrer leurs parents biologiques<sup>140</sup> ; souvent il leur suffit de disposer des informations.

L'exercice du droit de connaître son ascendance par l'enfant adopté ou l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme (cf. art. 23 LPMA et 256 al. 3 CC) ne remet en aucune manière en cause le lien juridique établi.

### 3. *Droit de savoir indépendant du mode d'engendrement*

L'analyse des sources amène à déduire un droit de l'enfant à accéder à ses origines indépendant du mode d'engendrement. Les art. 7 CDE et 8 CEDH s'adressent en effet à tout enfant, naturel, adopté, né grâce à l'application d'une méthode de PMA, à l'instar des art. 10 al. 2 et 13 al. 2 Cst. L'ensemble de ces dispositions consacre ainsi un droit général inaliénable et imprescriptible de l'enfant, quel que soit son mode d'engendrement, ou l'état civil de ses parents, qui découle de la protection de la personnalité<sup>141</sup>. L'intérêt de l'enfant ne diffère pas selon son mode de conception ; en particulier, le père biologique ne saurait être mieux protégé que le donneur de sperme<sup>142</sup>.

La mise en œuvre du droit fondamental à connaître son ascendance présuppose que l'enfant soit tenu informé du contexte de sa naissance. Or, le droit de savoir relève du respect de la personnalité de l'enfant, de l'intérêt de la famille au sens de l'art. 272 CC - quand bien même cette norme n'est pas directement exécutoire - et du devoir d'éducation des parents, en particulier adoptifs<sup>143</sup>. Il est soutenu que ce devoir porte également sur les raisons qui ont amené les parents adoptifs à accueillir l'enfant, étant donné que l'enfant adopté se distingue par sa double position d'être humain à la fois rejeté et choisi<sup>144</sup>. L'art. 119 al. 2 let. g Cst., concrétisé par l'art. 27 LPMA, accorde un droit fondamental à la connaissance de ses origines et à celle des circonstances de l'ascendance, incluant le droit de savoir, sans en limiter la portée à un contexte de PMA.

Tout enfant, quel que soit son mode d'engendrement, est titulaire du droit de savoir<sup>145</sup>. Si l'enfant adopté ou issu d'une insémination hétérologue exerce son droit à l'encontre de l'Etat, l'enfant « naturel » fait toutefois valoir ce droit à

---

<sup>140</sup> 5 % selon STECK, *Adoption*, p. 41.

<sup>141</sup> JEANDIN, CR CC I, n. 17 et 19 *ad* art. 28 CC; MEIER/STETTLER, n. 380. Voir aussi : HÄFELI, p. 195 ss sur les conséquences de l'explosion des formes de familles sur l'ouverture du droit de connaître ses origines.

<sup>142</sup> DE VRIES REILINGH, p. 365 ss; MANDOFIA BERNEY/GUILLOD, p. 213, déjà en 1993; MEIER/STETTLER, n. 380 et réf. note 889.

<sup>143</sup> ATF 134 III 241, c. 5.3.1., JdT 2009 I 411; TF 5C.131/1999, 30.9.1999; ATF 107 II 18, c. 5. BORD, p. 59; MEIER/STETTLER, n. 412, et réf. note 983; PFAFFINGER, *Adoption*, p. 153 s.; SCHOENENBERGER, CR CC I, n. 8 *ad* art. 268C CC; STETTLER, *Traité*, p. 479 ss.

<sup>144</sup> STECK, *Aspects*, p. 44.

<sup>145</sup> CourEDH, affaire JÄGGI c. Suisse, 13.07.2006, Recueil 2006-X. MEIER/STETTLER, n. 380 s.

l'encontre d'un pair, ce qui soulève des problèmes d'accès aux données. Il est possible d'imaginer assortir l'obligation de renseigner de la menace de l'art. 292 CP, qui prévoit l'amende pour insoumission à une décision de l'autorité ; certes, les droits de la personnalité de la mère doivent être respectés et une telle sanction ne semble envisageable qu'en présence d'un droit absolu<sup>146</sup>. La protection de l'art. 28 CC ouvre également la voie à la réparation du tort moral (art. 49 CO) de l'enfant qui est empêché de connaître ses origines, en tant qu'atteinte à sa personnalité, autre menace pour tenter de lever le secret gardé en mains privées.

Du droit de savoir découle également la question d'une extension du droit de connaître ses origines biologiques au-delà de la génération des père et mère<sup>147</sup>. Le Tribunal fédéral ne l'a, à notre connaissance, pas tranchée à ce jour. L'importance de connaître l'identité des grands-parents n'a pas le même impact sur la vie privée que la révélation de ses parents ; l'intérêt à la connaissance de l'identité varie ainsi en fonction du degré de proximité des ascendants<sup>148</sup>.

Etant établi qu'un pourcentage non négligeable d'enfants nés dans le mariage n'a pas pour père le mari de la mère et qu'il est de surcroît difficile en pratique de forcer les mères à révéler la vérité et de punir leur refus de coopérer, certains auteurs en ont déduit, il y a certes de nombreuses années, qu'admettre un effet entre particuliers du droit constitutionnel serait aller au-delà de la volonté du législateur et pourrait avoir des conséquences dangereuses en portant atteinte à l'institution même de la famille<sup>149</sup>. Il convient aujourd'hui de prendre en considération l'art. 35 al. 3 Cst. relatif à l'effet horizontal certes indirect et non direct des droits fondamentaux, selon lequel les autorités doivent veiller à ce que ces droits soient réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. Or, l'art. 28 CC est une mise en œuvre des droits fondamentaux liés à la personnalité dans les relations relevant du droit privé, dont il peut être tiré profit de manière remarquable en la présente matière.

<sup>146</sup> DE VRIES REILINGH, p. 369 ss; LEUBA/MEIER/SANDOZ, p. 167; MEIER/STETTLER, n. 391 note 925. Voir également : BESSON, p. 61; PEREIRA, n. 16 dans le contexte des boîtes à bébé. Doutant de la légitimité de mesures de contrainte : STAUFFER, p. 182; MANDOFIA BERNEY/GUILLOD, p. 211, note 41 jugent moralement et socialement inadmissible une sanction fondée sur l'art. 292 CP.

<sup>147</sup> BESSON, p. 61 favorable à une interprétation large du droit fondamental, et partant non limitée à la génération des père et mère, en se fondant sur le caractère absolu de ce droit et l'interprétation de l'art. 7 § 1 CDE par le TF, cf. ATF 128 I 63 *in* RDAF 2003 I p. 399.

<sup>148</sup> CourEDH, décision d'irrecevabilité, affaire MENÉNDEZ GARCÍA, 5.05.2009. MEIER, *Enfant*, p. 282.

<sup>149</sup> MANDOFIA BERNEY/GUILLOD, p. 211-212. Voir également : STAUFFER, p. 183 s. Le TF s'est affranchi de telles considérations *in* ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411, cf. *infra* let. B. S'agissant de paternité faussement attribuée, il s'agirait de 3,7 à 5 %, les estimations les plus « alarmantes » allant jusqu'à 30 %, cf. AEBI-MÜLLER, *Genetik*, p. 86 ss; MEIER/STETTLER, n. 424 et note 1028.

## **B.     *Action sui generis en recherche des origines***

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt révolutionnaire, a créé une action *sui generis* en recherche des origines, fondée directement sur l'art. 28 CC<sup>150</sup>. Il a ouvert cette action en faveur de l'enfant majeur né dans le mariage, sans que la fiction juridique de la paternité du mari n'ait été écartée, et a levé partant un obstacle à l'admission d'un effet horizontal direct au droit fondamental à l'accès à ses origines.

### **1.     *Protection de l'identité***

L'art. 28 CC protège la personnalité, à savoir tous les biens qui appartiennent à une personne du seul fait de sa naissance, dont fait partie le droit de connaître son ascendance, interprété à la lumière du droit fondamental y relatif ; celui-ci entre en outre dans le champ d'application de la notion de « vie privée », qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle, angle surtout développé par la CourEDH<sup>151</sup>. En doctrine, la problématique ici examinée reste un sujet traité davantage en lien avec le droit de la filiation que sous l'angle du droit de la personne.

Avant l'adoption de l'art. 268c CC, il était déjà admis, par une partie de la doctrine, précurseur en la matière, que les enfants adoptés avaient la possibilité d'agir en justice contre leurs parents juridiques en vertu de l'art. 28 CC aux fins d'obtenir les informations en leur possession<sup>152</sup>.

### **2.     *Droit relatif à la connaissance des origines***

Le droit à la connaissance de ses origines reste soumis à une pesée des intérêts contradictoires en présence lorsque les données sont détenues uniquement par une personne privée, en application de l'art. 28 al. 2 CC<sup>153</sup>.

Au nombre des intérêts de l'enfant comptent son intérêt vital à la connaissance de ses origines, les indices probants d'un lien biologique, sa situation personnelle, en particulier une crise existentielle, la naissance prochaine de son enfant, l'absence d'autres moyens d'avoir accès à ses origines. A l'opposé, la partie adverse fera valoir la protection de la sécurité juridique. Le prélèvement de cellules par un frottis buccal ainsi que la prise de sang ne sont

---

<sup>150</sup> ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411.

<sup>151</sup> Cf. *infra* chap. III, let. D. MEIER/STETTLER, n. 383; MEIER, *Enfant et CEDH*, p. 259 et 281.

<sup>152</sup> Dans ce sens : LOCHER, p. 78 ss; MEIER/STETTLER, n. 406 s., 407 sur l'autre voie administrative aux fins de demander l'accès à l'inscription recouverte au moment de l'adoption et note 967 sur la controverse à l'époque déjà sur le caractère relatif ou absolu du droit d'accès. Plus mitigé : STETTLER, *Traité*, p. 180.

<sup>153</sup> ATF 125 I 257 in RDAF 2000 I 704; ATF 128 I 63 in RDAF 2003 I p. 399, c. 5; ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411.

au demeurant que des atteintes légères à l'intégrité corporelle et à la liberté personnelle, si elles n'entraînent pas de risques particuliers pour la santé<sup>154</sup>. Dans l'hypothèse d'un père présumé déjà décédé, les parents de celui-ci peuvent arguer d'une atteinte à l'intangibilité de la dépouille humaine, au respect de la mémoire du défunt et le cas échéant à leurs sentiments religieux. Il n'est toutefois pas certain à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral que ces critères entreront encore dans la balance des intérêts, alors que le droit absolu, accordé certes à l'enfant adopté majeur, semble s'étendre aux moyens nécessaires à la découverte des origines ; les juges de Mon Repos vont plus loin sur ce point que ceux de Strasbourg<sup>155</sup>. L'absence de lien entre le droit à la connaissance de ses origines et le droit d'être élevé par son parent biologique ne permet pas au défendeur de tirer argument d'une impossibilité dans le cas d'espèce d'être élevé par son père biologique. Quant à la paix de la famille, elle ne peut être invoquée face à un requérant majeur, mais semble garder un certain poids par rapport à un demandeur mineur, à l'aune de l'intérêt pour les parents juridiques de voir l'enfant continuer à grandir dans les liens familiaux existants<sup>156</sup>.

Il ressort en conclusion sur ce point que les intérêts à l'encontre de l'enfant exerçant son droit se caractérisent par leur faiblesse. La jurisprudence fédérale admet ainsi largement que l'intérêt de l'enfant l'emporte de manière prépondérante sur d'éventuels intérêts privés contraires<sup>157</sup>. D'un droit relatif de principe se dessine en pratique un droit absolu, dont nous soutenons la reconnaissance explicite par le législateur à tout enfant, quelles que soient les circonstances de sa naissance, à tout le moins dès la majorité. Une telle reconnaissance permettrait de s'affranchir des considérations sur l'effet horizontal direct ou indirect du droit fondamental<sup>158</sup>.

<sup>154</sup> ATF 134 III, 241, c. 5.4.3 et réf., JdT 2009 I 411; ATF 128 II 259, c. 3.3, JdT 2003 I 411; ATF 112 Ia 248 c. 3, JdT 1988 I 41: il ne s'agit pas d'une atteinte au contenu substantiel à la liberté personnelle, à laquelle des motifs religieux ne peuvent être opposés.

<sup>155</sup> Dans ce sens : DE VRIES REILINGH, p. 369 ss; MEIER/STETTLER, note 926. Cf. ATF 128 I 63 in RDAF 2003 I p. 399, mettant en cause le TF 1P.600/1999, 22.12.1999, SJ 2000 I 489 – qualifié d'anomalie par DE VRIES REILINGH, p. 371 -, et qui de surcroît a dû être révisé cf. TF 1F\_1/2007, 30.07.2007 suite à CourEDH affaire JÄGGI c. Suisse, 13.07.2006, Recueil 2006-X, § 39 ss, dans lequel la CourEDH a néanmoins tenu aussi compte de ces intérêts.

<sup>156</sup> MEIER/STETTLER, n. 387. Question toutefois laissée ouverte in ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411.

<sup>157</sup> ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411. MEIER/STETTLER, n. 385. Voir : AEBI-MÜLLER, p. 116 ss, opposée à tout schématisme, jugeant cette pesée d'intérêts nécessaire.

<sup>158</sup> Cf. *supra* chap. III, let. A in fine.

### 3. Action indépendante des actions d'état de la filiation

L'action *sui generis* en recherche des origines est indépendante de l'action en contestation et/ou en établissement de la paternité<sup>159</sup>. Le droit de connaître ses origines n'implique pas celui de voir aboutir une action en recherche de paternité avec effets d'état civil et vocation successorale indépendamment de toute limite temporelle<sup>160</sup>. Elle est ouverte lorsque l'action d'état de la filiation n'est pas possible, mais également dans un simple but de connaissance de son identité. Elle permet ainsi à l'enfant, à tout le moins majeur, de concrétiser son droit à connaître ses origines en dehors de l'établissement ou de la contestation du lien juridique de filiation. L'enfant mineur, qui ne peut agir lui-même à défaut de la capacité de discernement y relative, reste tributaire de l'appréciation de l'autorité de protection sur la conformité de l'action avec ses intérêts en vue de la nomination d'un curateur (art. 306 al. 2 et 308 CC), puis du résultat de la pesée des intérêts effectuée par le juge. L'aboutissement de l'action en recherche des origines, motivée en particulier par des motifs de santé, amène l'enfant à connaître son père biologique, tout en maintenant le lien juridique avec le mari de la mère. L'enfant adultérin a ainsi aujourd'hui un moyen de connaître l'identité de son géniteur sans nécessairement désavouer juridiquement son père. Ce moyen n'est certes pas infaillible ; la négation des origines dérivées de la présomption de paternité du mari ne coïncide en effet pas nécessairement avec la constatation positive de la paternité biologique, ni même avec des informations qui permettent de la concrétiser par le biais d'une action *sui generis* à l'encontre du père putatif biologique.

L'enfant né hors mariage est également titulaire du droit de connaître ses origines, qu'il peut faire valoir en exerçant son droit de consulter le dossier en main de l'autorité de protection dans la mesure où l'Etat est en possession de données le concernant ; le résultat positif de cette consultation rend irrecevable une action *sui generis*, à l'instar du rejet de l'action en paternité hors délai, mais dans laquelle la connaissance des origines du demandeur est établie par le résultat de l'expertise judiciaire corroborant celui de l'expertise privée<sup>161</sup>. L'action en recherche des origines a pour but exclusif de connaître l'identité du parent, sans établir un lien de filiation et l'action en paternité, dans la mesure où les délais sont respectés, demeure le plus souvent en meilleure conformité avec les intérêts de l'enfant.

---

<sup>159</sup> ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411. Mais elle peut y conduire : l'affaire JÄGGI a en effet encore rebondi, le requérant, âgé de plus de 70 ans, ayant pu obtenir la reconnaissance de sa filiation sur le registre de l'état civil; le TF a admis qu'il n'est pas soutenable de lui reprocher d'avoir laissé s'écouler 3 mois, alors que la procédure a déjà duré plus de 10 ans, et lui a restitué le délai pour agir en paternité *in* TF 5A\_518/2011, 22.11.2012, SJ 2013 I 510.

<sup>160</sup> ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411. Voir également : Décision du Tribunal cantonal neuchâtelois, décision du 16.03.2011 *in* RMA 2011 p. 424 n. 6.

<sup>161</sup> Décision du Tribunal cantonal neuchâtelois, décision du 16.03.2011 *in* RMA 2011 p. 424 n. 6. MEIER/STETTLER, n. 394.

Sont appliquées à cette action *sui generis* par analogie les règles des actions d'état du droit de la filiation<sup>162</sup>, à l'exception de celles relatives au délai. L'action de l'enfant dirigée contre son père juridique, mari de la mère ou auteur de la reconnaissance, est soumise aux mêmes règles, et la mère doit également défendre à l'action. Le fait que l'enfant n'est pour l'heure légitimé à agir en désaveu de paternité que si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC), condition légale dont nous avons déjà critiqué la compatibilité à l'aune du droit de connaître son ascendance<sup>163</sup>, ne fait pas obstacle à la légitimation à agir en recherche des origines. L'action contre le père putatif biologique est soumise par analogie aux règles relatives à l'action en paternité, étant précisé que la question de l'intensité des doutes nécessaires à cet effet reste délicate<sup>164</sup>, mais ne se pose pas en termes différents de la désignation du défendeur à l'action en paternité. L'action *sui generis* peut également être intentée contre la mère aux fins d'obtenir les informations permettant de désigner le père biologique<sup>165</sup>. Si celui-ci, en tant que tiers, est contraint de collaborer en se soumettant à une expertise ADN, cela rend une action contre le père putatif sans objet. L'art. 296 al. 2 CPC appliqué par analogie permet en effet d'exiger des parties et des tiers de se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation, mais une pesée des intérêts en présence s'impose étant donné que l'action est fondée sur l'art. 28 CC<sup>166</sup>. A défaut de consentement, le juge ne peut au demeurant exiger la soumission à un test génétique que s'il se fonde sur une base légale (cf. art. 5 al. 1 et 31 al. 1 de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, LAGH)<sup>167</sup>, à savoir l'art. 28 CC dans le cadre de l'action *sui generis* en recherche des origines.

Il convient en conclusion de distinguer deux prérogatives distinctes de l'enfant, celle qui tend à supprimer un lien de filiation, qui peut avoir existé depuis de longues années, ou à l'établir, et celle qui consiste à concrétiser le droit de connaître ses origines, sans effet d'état civil.

<sup>162</sup> MEIER/STETTLER, n. 384.

<sup>163</sup> PAPAUX VAN DELDEN, Famille, p. 22 et réf. Voir également : MEIER, *Enfant*, p. 272 et réf. note 89; MEIER/STETTLER, note 918.

<sup>164</sup> MEIER/STETTLER, n. 386 *in fine* et 395 *in fine* et note 941, exigent, sur la base de l'art. 262 al. 3 CC par analogie ou 303 al. 2 CPC, qu'en présence d'un père juridique, la non-paternité de celui-ci soit rendue vraisemblable.

<sup>165</sup> Pour MEIER/STETTLER, n. 395, l'action dirigée contre le père présumé reste incontournable.

<sup>166</sup> ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411. MEIER, *Enfant* et CEDH, p. 282; MEIER/STETTLER, n. 384. Voir aussi : HÄFELI, p. 194, l'analyse peut alors être exécutée sous la contrainte, cf. TF 5P.444/2004, 02.05.2005, c. 3.

<sup>167</sup> RS 810.12; la LAGH date du 8 octobre 2004 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007.

### C. *Quid d'un droit de connaître sa descendance ?*

L'intérêt juridique digne de protection du père juridique qui doute ou du père biologique qui ignore, doit être admis, au nom de leurs droits de la personnalité ; il mène à la consécration du droit de connaître son ascendance. La question controversée qui demeure est celle de savoir si ce droit ne peut, *de lege lata*, s'exercer que dans le cadre d'une action d'état, action en désaveu ou en contestation de reconnaissance<sup>168</sup>, ou si le modèle de l'action *sui generis* en rechercher des origines est transposable<sup>169</sup>. Le Tribunal fédéral a refusé qu'un demandeur hors délai à l'action en contestation de la reconnaissance puisse faire valoir un intérêt juridique propre à ce que l'enfant accède à son origine par le biais d'une expertise ordonnée par le juge, alors même que l'enfant n'en avait pas fait la demande ; implicitement à tout le moins, cet arrêt revient à rejeter un droit à connaître sa descendance par une application extensive de la notion de connaissance de ses origines<sup>170/171</sup>. Depuis, les juges de Mon Repos ont laissé ouverte la question de savoir si le mari, hors délai pour agir en désaveu, peut se prévaloir d'une action *sui generis* en constatation de sa non-paternité<sup>172</sup>. Plus récemment encore, l'intérêt du père à connaître l'existence de son enfant a été admis dans le cadre d'un litige relatif à l'instauration d'une curatelle de paternité<sup>173</sup>. Enfin, le Tribunal supérieur lucernois a tranché favorablement, admettant le droit du père à connaître sa paternité ou sa non-paternité à l'encontre de son fils de 27 ans, indépendamment d'une procédure en désaveu<sup>174</sup>.

L'ouverture d'une action *sui generis* en fourniture d'informations confirmée au niveau de la jurisprudence fédérale paraît n'être qu'une question de temps ; à l'actif de cette évolution, le vœu peut-il être formulé qu'une telle action évite la tentation de recourir à des expertises obtenues clandestinement, selon des procédés peu conformes à l'intérêt de l'enfant.

Dérivé de l'art. 28 CC, le droit à connaître sa descendance se limite aux liens directs du 1<sup>er</sup> degré<sup>175</sup>. Ouverte au père qui doute de sa paternité juridiquement

---

<sup>168</sup> Dans ce sens : AEBI-MÜLLER, Abstammung, p. 100.

<sup>169</sup> Dans ce sens : MEIER/STETTLER, n. 423 et note 1011; MEIER, *Enfant*, p. 282 s. Le droit allemand (§ 1598a al. 1 BGB) admet l'action du père juridique, de la mère et de l'enfant mais pas celle du père biologique, cf. AEBI-MÜLLER, Abstammung, p. 100 ss; BÜCHLER/RYSER, p. 21.

<sup>170</sup> TF 5A\_315/2008, 29.09.2008.

<sup>171</sup> PFAFFINGER, *Vaterschaft*, p. 610 ss analyse les obstacles dus au fait que la procédure simplifiée est applicable à l'action d'état de la filiation (art. 295 CPC), alors que la procédure ordinaire s'applique à une action fondée sur la protection des droits de la personnalité.

<sup>172</sup> TF 5A\_298/2009, 31.08.2009, c. 5. Question à résoudre par l'affirmative selon MEIER, *RMA* 2010 p. 125 s., RJ 06-10, confirmant sa position.

<sup>173</sup> TF 5A\_645/2013, 6.12.2013, c. 3.2.1.

<sup>174</sup> *Obergericht des Kantons Luzern*, arrêt 18.09.2012 in *FamPra* 2013, p. 220 n. 15. En détail sur cet arrêt et les conséquences sur le droit de la famille : PFAFFINGER, *Vaterschaft*, p. 604 ss.

<sup>175</sup> MEIER/STETTLER, n. 423; PFAFFINGER, *Vaterschaft*, p. 607 et réf. note 9.

établie, par présomption ou reconnaissance, elle est également à la disposition du père biologique qui croit l'être, et ce de manière vraisemblable, alors même que le législateur lui refuse la qualité pour agir en désaveu. Il est fait référence en particulier au père biologique, au comportement intrusif et partant condamné pour atteinte illicite aux intérêts personnels des époux (art. 28 CC, 49 CO et 292 CP), dans un arrêt certes qui date et que nous avons déjà eu l'occasion de juger obsolète<sup>176</sup>.

Il n'est pas question dans le cadre de cette action d'admettre un droit absolu à connaître sa descendance. La pesée des intérêts doit être effectuée au regard en particulier de la stabilité du cadre familial propice au bien-être et à la stabilité psychologique de l'enfant<sup>177</sup>. Or, l'introduction de l'action est un moyen de contraindre l'enfant à se soumettre à une expertise que celui-ci, ou son représentant s'il est incapable de discernement, refuse (cf. art. 296 al. 2 CPC par analogie), signe d'un conflit d'intérêts. L'action tend néanmoins également à réaliser le droit de l'enfant de connaître son ascendance, l'intérêt de celui-ci à vivre dans l'incertitude devant être admis avec précaution<sup>178</sup>. Elle n'a de surcroît aucune suite d'état civil et ne précarise pas le cas échéant la situation juridique de l'enfant.

La protection des droits de la personnalité de l'enfant et des parents s'oppose en revanche à la satisfaction d'une revendication du donneur de sperme visant à connaître l'identité de l'enfant. Le poids donné aux liens génétiques ne saurait amener à mettre sur un même plan le droit de l'enfant à connaître son ascendance et le droit du donneur à connaître sa descendance. Il n'en demeure pas moins que l'enfant né d'un don de sperme et dépourvu de lien de filiation, en particulier du fait que le couple a divorcé avant la naissance de l'enfant, pourrait être reconnu par le donneur, qui est néanmoins dépourvu d'un moyen juridique pour accéder à l'identité de l'enfant, sous réserve de la reconnaissance d'un droit de connaître sa descendance<sup>179</sup>. Ce droit ne peut enfin être exercé par les parents de l'enfant donné à l'adoption<sup>180</sup>.

<sup>176</sup> ATF 108 II 344, cf. PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 34.

<sup>177</sup> MEIER, *Enfant*, p. 282 s.; MEIER/STETTLER, n. 423.

<sup>178</sup> PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 10.

<sup>179</sup> FOUNTOLAKIS, p. 265; GUILLIOD, Familles, n. 601.

<sup>180</sup> MEIER/STETTLER, n. 423 *in fine*. L'avant-projet de révision du droit de l'adoption - cf. *supra* réf. note 83 - prévoit de consacrer, à certaines conditions, le droit des parents biologiques de connaître l'identité de l'enfant et des parents adoptifs cf. art. 268b AP-CC.

## D. Incidence de la jurisprudence de la CourEDH

Selon une jurisprudence bien établie, le droit à l'identité, auquel appartient le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de «vie privée», ce qui impose un examen d'autant plus approfondi des intérêts en présence ; les personnes en quête d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention et qui ne diminue pas avec l'âge, à obtenir les informations qui sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle, tout en tenant compte de la nécessité de protéger les tiers, qui peut exclure la possibilité de contraindre ceux-ci à se soumettre à toute analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN<sup>181</sup>.

### 1. Consécration d'un droit relatif à la connaissance des origines

La CourEDH, pour déterminer si un juste équilibre a été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents *in casu*, consacre un droit fondamental à la recherche de ses origines, non pas absolu, mais relatif, et ce même lorsque l'Etat est détenteur des données. Dans l'affaire GODELLI contre l'Italie du 25 septembre 2012, cette approche est confirmée en matière d'accouchement sous X<sup>182</sup>. Si la violation de l'art. 8 CEDH est admise, c'est en raison de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander, soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret, ce que permet le droit français et explique la solution contraire dans l'affaire ODIEVRE<sup>183</sup> ; l'Italie n'a ainsi pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a partant excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue<sup>184</sup>. En matière d'accouchement anonyme, il suffit de la réalisation

---

<sup>181</sup> CourEDH affaire topique JÄGGI c. Suisse, 13.07.2006, Recueil 2006-X, § 38 s., cf. AEBI-MÜLLER, Jäggi, *in* Jusletter du 2 octobre 2006. Voir également : CourEDH affaire GODELLI c. Italie, 25.09.2012, § 46 et 63 ss ; CourEDH affaire A.M.M c. Roumanie, 14.02.2012, § 42 ss ; CourEDH affaire PASCAUD c. France, 16.06.2011, § 62 ; CourEDH affaire EBRU et TAYFUN ENGİN ÇOLAK c. Turquie, 30.05.2006 § 83 et 94 s., le système, qui ne prévoit pas de moyen de contraindre une partie à un test ADN, doit indiquer les conséquences à tirer d'un refus de s'y soumettre ; CourEDH, arrêt de Grande Chambre, affaire ODIEVRE c. France, 13.02.2003, Recueil 2003-III, § 29 et 44 ss ; CourEDH, affaire MIKULIC c. Croatie, 7.02.2002, Recueil 2002-I, § 64. Voir : BÜCHLER/RYSER, p. 6 ss et 17 s. ; MEIER, *Enfant*, p. 281 s. et note 135 pour des réf. doctrinales sur la jurisprudence européenne ; RIGAUX, p. 105 note que le droit de connaître ses origines a connu les bouleversements les plus radicaux.

<sup>182</sup> CourEDH affaire GODELLI c. Italie, 25.09.2012. Sur l'accouchement anonyme ou sous X : MEIER/STETTLER, n. 416 s. ; SCHMIDT, p. 153, 155 ss pour un aperçu historique et de droit comparé.

<sup>183</sup> CourEDH affaire ODIEVRE c. France, 13.02.2003, Recueil 2003-III, § 48 s., accès accordé à la requérante à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique cumulé à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), la réversibilité du secret restant soumis à l'accord de la mère : conclusion de non-violation de l'art. 8 CEDH par 10 voix contre 7, cf. leur opinion dissidente commune. Sur cet arrêt : RIGAUX, p. 108s notant que le crédit de cet arrêt est mince vu le nombre élevé d'opinions dissidentes ; SCHMIDT, p. 147 ss ; STAUFFER, p. 178 ss. Pour une critique de cette « singularité juridique française » : STEINER, p. 568 ss.

<sup>184</sup> CourEDH affaire GODELLI c. Italie, 25.09.2012, § 70 ss, violation de l'art. 8 CEDH admise par 6 voix contre 1.

d'une pesée des intérêts concurrents, même très limitée, qui octroie l'accès à des informations non identifiantes et la réversibilité du secret, sous réserve néanmoins de l'accord de la mère, pour respecter le droit fondamental à la connaissance de ses origines. L'approche frileuse de la CourEDH contraste avec les conclusions courageuses de l'affaire JÄGGI, dans laquelle le requérant avait obtenu l'exhumation de la dépouille de son père présumé *de facto* pour faire réaliser un test ADN<sup>185</sup>.

Le droit suisse, qui ne connaît pas l'accouchement sous X<sup>186</sup>, va en conséquence plus loin en consacrant un droit absolu en faveur de l'enfant majeur adopté et issu de PMA. L'art. 46 al. 1 let. a OEC qui consacre l'accouchement dans la discrétion, en permettant à l'autorité cantonale de surveillance de faire bloquer la divulgation de données personnelles, d'office ou sur demande, pour autant que la protection de la personne concernée l'exige ou que cela soit prévu par la loi, réserve d'ailleurs à son alinéa 3 le droit de l'enfant adopté d'obtenir les données relatives à l'identité des parents biologiques (art. 268c CC), droit qui s'étend en outre également à l'enfant qui n'aurait pas été adopté<sup>187</sup>.

Les boîtes à bébé, qui ont la fâcheuse tendance à proliférer en Suisse<sup>188</sup>, mettent au demeurant également en péril le droit de l'enfant à connaître son ascendance, ce qui a également été souligné par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU<sup>189</sup> ; l'enfant est en particulier atteint de manière grave dans ses droits de la personnalité<sup>190</sup>. Sans que cet article soit le lieu d'une analyse approfondie de la légalité des *Babyfenster*, nous rendons attentives les autorités étatiques

<sup>185</sup> CourEDH affaire JÄGGI c. Suisse, 13.07.2006, Recueil 2006-X, violation de l'art. 8 CEDH admise par 5 voix contre 2. Sur cet arrêt : AEBI-MÜLLER, Jäggi, *in* Jusletter du 2 octobre 2006.

<sup>186</sup> Ce en dépit de nombreuses interventions parlementaires, la plus récente étant l'Interpellation 13.3418 MEIER-SCHATZ et la réponse négative du Conseil fédéral, disponible sous [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20133418](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20133418). Voir : MEIER/STETTLER, réf. note 1002 à plusieurs interventions parlementaires.

<sup>187</sup> MEIER/STETTLER, n. 417.

<sup>188</sup> Le Temps, 5.08.2014, p. 4 : 10<sup>e</sup> enfant déposé dans la fenêtre à bébé de l'hôpital à Olten, la 6<sup>e</sup> en Suisse, alors que Le Temps, 6.06.2014, p. 9 signalait le 9<sup>e</sup> nouveau-né déposé dans la 1<sup>ère</sup> boîte à bébé installée en Suisse à l'hôpital d'Einsiedeln en 2001; Le Temps, 19.7.2014, p. 9, annonçait une inauguration à Bellinzone. Et d'autres vont suivre, cf. MEIER/STETTLER, n. 414 *in fine*.

<sup>189</sup> Par ex. Observations finales du Comité du 4 août 2011 suite à l'examen du rapport de la Tchéquie demandant de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour mettre un terme au programme des «boîtes à bébé» dans les plus brefs délais et de renforcer et promouvoir sans tarder des programmes de substitution, en tenant pleinement compte du devoir de se conformer strictement à toutes les dispositions de la CDE, n. 49 et 50, disponible sous : [http://www.netzwerk-kinderrechte.ch/fileadmin/nks/aktuelles/Verschiedenes/CRC.C.CZE.CO.3-4\\_F\\_.pdf](http://www.netzwerk-kinderrechte.ch/fileadmin/nks/aktuelles/Verschiedenes/CRC.C.CZE.CO.3-4_F_.pdf). Voir également 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> rapport des ONG au Comité des droits de l'enfant concernant la Suisse, p. 24, disponible sous : [http://www.netzwerk-kinderrechte.ch/fileadmin/nks/aktuelles/ngo-bericht-UNAusschuss/NGO\\_Report\\_CRC\\_CRNetworkSwitzerland\\_French.pdf](http://www.netzwerk-kinderrechte.ch/fileadmin/nks/aktuelles/ngo-bericht-UNAusschuss/NGO_Report_CRC_CRNetworkSwitzerland_French.pdf).

<sup>190</sup> AEBI-MÜLLER, *Babyfenster*, p. 553 ss; GUILLOD/BURGAT, p. 9; MEIER/STETTLER, n. 414 ss, WIESNER-BERG, p. 535 ss. Voir également: BORD, p. 52 pour laquelle il s'agit d'un moindre mal; PEREIRA.

qu'il leur appartient de prendre les mesures nécessaires au respect des droits fondamentaux<sup>191</sup>.

A la connaissance de la descendance, la CourEDH sait également opposer l'intérêt de l'enfant au maintien du lien juridique de filiation. Ainsi, l'intérêt de l'enfant, âgée de 45 ans, laquelle bénéficie depuis longtemps d'un état civil stable alors que l'admission d'une action tardive en désaveu entraînerait des conséquences sur le plan patrimonial, cumulée à l'absence de souhait de l'enfant de voir le lien de filiation paternelle vérifié, fait obstacle à l'admission d'un désaveu tardif<sup>192</sup>. Cette solution tempère la prévalence de la réalité biologique sur les fictions légales que la jurisprudence a consacrée depuis longtemps, en particulier en matière d'établissement des liens de filiation<sup>193</sup>. La CourEDH a de même jugé à l'unanimité légitime le refus d'autoriser deux pères biologiques à contester la paternité du père juridique, position récemment confirmée<sup>194</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant doit pouvoir tendre au maintien du lien juridique de filiation, même si celui-ci ne valide pas la réalité biologique<sup>195</sup>. Ces arrêts ne se prononcent toutefois pas sur la question de la recherche des origines sans suite d'état civil, laquelle devrait à notre sens demeurer possible et résoudre l'apparente contradiction avec le renforcement du droit fondamental à connaître ses origines.

## 2. *Intérêt de l'enfant versus contraintes procédurales*

Si les juges de Strasbourg retiennent un droit relatif, ils le garantissent de manière très pragmatique. La Cour refuse en effet de laisser des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique, alors que les résultats de l'expertise ADN confirmant la paternité constituent une preuve déterminante, qui n'a pas été retenue pour des raisons procédurales<sup>196</sup>. Le consentement

---

<sup>191</sup> MEIER/STETTLER, note 990 et réf., le Conseil fédéral renvoyant la balle aux cantons, de manière ambiguë. Voir également *supra* note 189.

<sup>192</sup> CourEDH affaire IYILIK c. Turquie, 6.12.2011, § 35, non-violation de l'art. 8 CEDH par 5 voix contre 2. Cette nécessité d'une pesée d'intérêts pourrait entrer en contradiction avec le système du droit suisse, qui n'examine la restitution du délai qu'à l'aune des intérêts du père, même si le TF semble s'ouvrir vers une pesée globale des intérêts, maladroite selon MEIER, *Enfant*, p. 270, bienvenue selon nous cf. PAPAUX VAN DELDEN, *Familles*, p. 18 s.

<sup>193</sup> Cf. *infra* chap. III, let. D, ch. 2. Le « respect » de la « vie familiale » exige en effet que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, par ex. : CourEDH affaire CHAVDAROV c. Bulgarie, 21.12.2010, § 38; CourEDH affaire KROON et autres, 27.10.1994, série A 297-C, § 40. Voir également : CourEDH EMONET et autres c. Suisse, 13.12.2007, § 86 s.

<sup>194</sup> CourEDH affaires AHRENS et KAUTZOR c. Allemagne, 22.03.2012, confirmées *in* CourEDH affaire MARINIS c. Grèce, 9.10.2014, par 5 voix contre 2. PAPAUX VAN DELDEN, *Familles*, p. 15 s.

<sup>195</sup> PAPAUX VAN DELDEN, *Familles*, p. 15 s. suite à l'analyse de l'établissement et de la contestation de la filiation sous la loupe de la CEDH.

<sup>196</sup> CourEDH affaire PASCAUD c. France, 16.06.2011, § 68, violation de l'art. 8 CEDH admise à l'unanimité. Voir également : CourEDH affaire LAAKSO c. Finlande, 15.01.2013; CourEDH affaire RÖMAN c. Finlande, 29.01.2013; CourEDH affaires BACKLUND c. Finlande et GRÖNMARK c. Finlande, 6.07.2010;

donné à l'expertise, jugé non valable faute de capacité juridique du père, décédé depuis sans laisser de famille et sans avoir pu reconnaître l'enfant valablement, a privé le requérant de la possibilité de faire établir en justice sa filiation envers son père biologique décédé. Le droit de connaître ses origines, et ici même de voir établir un lien juridique correspondant, priment sur tout intérêt concurrent. Un poids déterminant est en conclusion accordé à l'intérêt de l'enfant, quel que soit son âge, à établir sa véritable paternité, au besoin en passant outre aux contraintes de nature procédurale.

En droit suisse, l'art. 152 al. 2 CPC consacre une solution pragmatique conforme à la jurisprudence strasbourgeoise, étant donné que le tribunal peut prendre en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite, si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Cet intérêt sera en principe reconnu en matière de filiation au regard du caractère fondamental du droit de l'enfant, ce d'autant que la maxime inquisitoire est applicable. Un test effectué à l'insu de la personne intéressée, soit contrairement aux prescriptions légales (art. 34 LGAH), ne sera ainsi pas nécessairement écarté de la procédure<sup>197</sup>.

En conclusion, la jurisprudence de la CourEDH confirme que l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être le guide dans toutes décisions le concernant (cf. art. 3 § 1 CDE). Cet intérêt peut exiger le maintien d'un lien juridique non conforme à la réalité biologique ou, au contraire, dicter qu'une application mécanique et aveugle de la loi ne saurait l'emporter sur la réalité biologique. Des décisions parfois incompatibles *a priori* garde une cohérence intrinsèque à la lumière de ce critère.

### ***E. Brèves considérations sur la paternité « imposée »***

Le principe est que l'enfant a besoin de connaître ses origines et il est dans son intérêt d'avoir la possibilité de rechercher sa filiation, ne serait-ce que d'un point de vue patrimonial ; cet intérêt est important non seulement quant à son entretien mais également dans la succession de son père. Ce principe a pourtant été questionné dans les suites de l'affaire Rachida DATI dont les médias se sont fait l'écho, révélant l'assignation en reconnaissance de paternité déposée à l'encontre de Dominique DESSEIGNE, reconnu père de Zohra le 7 octobre 2014 par le tribunal de Grande instance de Versailles, étant donné que le refus de l'homme d'affaires de se prêter à un test ADN a été interprété comme un aveu de paternité<sup>198</sup>.

---

CourEDH affaire TURNALI c. Turquie, 7.04.2009; CourEDH affaire KALACHEVA c. Russie, 7.05.2009; CourEDH affaire MIZZI c. Malte, 12.01.2006, Recueil 2006-I.

<sup>197</sup> Dans ce sens : MEIER, *Enfant*, p. 283.

<sup>198</sup> Par ex : <http://www.linternaute.com/actualite/personnalites/rachida-dati-son-ancien-compagnon-dominique-desseigne-et-la-liste-de-ses-ex-1112.shtml>; <http://www.bladi.net/dominique-desseigne->

Or, en droit suisse, le message aux hommes est clair: si vous prenez le risque de faire un enfant, vous l'assumez et ce quels que soient les termes de l'accord tacite ou exprès avec la mère. L'engagement par exemple de ne pas révéler le nom du père ou d'échanger les prestations d'entretien contre la renonciation à une action en paternité est contraire à l'art. 27 al. 2 CC, lequel protège la personnalité de la mère contre les engagements excessifs, et partant nuls<sup>199</sup>. Il porte au demeurant une atteinte illicite à la personnalité de l'enfant (art. 28 CC).

Chaque enfant a droit à un père juridique, tel est le postulat sur lequel repose le droit suisse<sup>200</sup>. Ce postulat n'est pas remis en cause par la suppression de l'art. 309 aCC relatif au curateur de paternité, disposition qui a été transférée, à tout le moins en partie à l'art. 308 al. 2 CC<sup>201</sup>. L'art. 272 CC en particulier fait obligation à la mère de donner les renseignements nécessaires au curateur<sup>202</sup>. Dans le cadre de l'action en paternité, le juge n'est au demeurant pas en droit de prendre en compte le critère de l'intérêt de l'enfant<sup>203</sup>.

La paternité juridique est en conclusion légitimement imposée au père biologique au nom de l'intérêt de l'enfant, qui prime sans conteste sur tout intérêt concurrent.

## IV. Conclusion

Si le commencement de la personnalité débute par la naissance accomplie et la vie après la naissance, le besoin d'une protection juridique appropriée de « l'enfant » émerge déjà avant la naissance. Le législateur a doté l'enfant conçu d'une personnalité conditionnelle, mais les progrès du savoir scientifique complexifient la compréhension du moment de la conception, notion fondamentale étant donné qu'elle fixe le commencement de la capacité civile. La question des critères définitionnels de la « personne » se confronte à la « personne humaine potentielle », à l'être recelant une « potentialité d'être humain »<sup>204</sup> ; le statut moral de l'embryon, au nom de la dignité humaine, rempart contre la réification, amène à reconnaître un certain droit à la vie de l'enfant conçu. Ce droit lui permet en particulier de faire valoir une filiation

---

pere-zohra-dati,40393.html; [http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/11/02/face-au-tourbillon-rachida-dati-un-ex-amant-reste-placide\\_1784534\\_823448.html](http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/11/02/face-au-tourbillon-rachida-dati-un-ex-amant-reste-placide_1784534_823448.html).

<sup>199</sup> MEIER/STETTLER, n. 54.

<sup>200</sup> TF 5A\_645/2013, 6.12.2013.

<sup>201</sup> Pour une critique de cette suppression : HÄFELI, p. 192, 195, 199 ss, dont p. 201 avec des références à d'autres auteurs critiques.

<sup>202</sup> HÄFELI, p. 193; MEIER/STETTLER, note 925. Cf. *supra* chap. III, let. A, ch. 3.

<sup>203</sup> TF 5A\_645/2013, 6.12.2013, c. 3.2.1; ATF 121 III 1, c. 2c, Jdt 1996 I 662. MEIER/STETTLER, n. 143 : l'opportunité de l'action ne se pose que si l'enfant sera très probablement adopté à bref délai.

<sup>204</sup> TAGUIEFF, p. 280 et réf. notes 3 et 4.

maternelle et paternelle dès sa conception, et ce également au-delà de sa mort. Même l'enfant qui n'a jamais acquis la personnalité juridique se voit accorder un statut juridique, au bénéfice partant d'une forme de personnalité posthume. Il existe ainsi par le biais des droits de la personnalité attachés à la sphère affective de ses parents.

Une fois acquis à la vie juridique, tout enfant, quel que soit le mode de son engendrement, a le droit d'accéder à ses origines, le cas échéant par le biais d'une action *sui generis* fondée directement sur la protection de sa personnalité et indépendante d'une action d'état de la filiation. D'un droit relatif de principe à la connaissance de l'ascendance, fondé sur le mécanisme de l'art. 28 al. 2 CC, se dessine en pratique un droit absolu que le législateur serait inspiré de reconnaître explicitement, allant certes ce faisant au-delà de la jurisprudence de Strasbourg, fondée sur l'art. 8 § 1 et 2 CEDH, soit sur un modèle proche de l'art. 28 al. 1 et 2 CC. Par effet miroir, le droit à connaître sa descendance trouve également sa source dans les droits de la personnalité du parent. L'exercice de ce droit est néanmoins limité par l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'obligation y relative consacrée à l'art. 3 § 1 CDE. À l'inverse, le droit à la connaissance de ses origines trouve sa source dans les droits fondamentaux de l'enfant.

L'importance des droits de la personnalité de l'enfant découle des démonstrations qui précèdent, mais également dans le foisonnement des sujets qui auraient pu être traités. Parmi tant d'autres, l'évolution de la conception du droit aux relations personnelles, en tant que droit de la personnalité des parents mais aussi de l'enfant, aurait pu être développée, alors qu'elle commande d'accorder un poids plus important que naguère aux désirs et opinions justifiés de l'enfant et que l'exécution forcée du droit de visite se heurte le plus souvent à l'interdiction d'exercer sur l'enfant des pressions physiques ou morales aux fins de protéger sa personnalité. L'analyse des droits strictement personnels de l'enfant, qui lui permettent de consentir ou au contraire de s'opposer à une atteinte aux droits de la personnalité protégés par l'art. 28 CC, aurait pu porter sur les questions notamment liées au consentement à un acte médical, à la contraception et à l'accès au planning familial. C'est également au nom du respect des droits de la personnalité de l'enfant qu'une éventuelle inscription du sexe « indéterminé » dans le registre de l'état civil pour les enfants qui présentent une ambiguïté de genre à la naissance est discutée. Notre choix s'est limité aux questions fondamentales de l'existence juridique, préalable à la jouissance de l'ensemble des droits de la personnalité, cumulées à la connaissance de l'ascendance, élément vital dans la construction et l'épanouissement de la personnalité.

Enfin, la CourEDH a accompli un travail considérable pour la reconnaissance des droits de la personnalité de l'enfant, alors même que les dispositions de la CEDH ne visent pas spécifiquement les enfants. L'œuvre de judiciarisation des droits de l'enfant par ce biais est ici encore remarquable.

## V. Bibliographie

- Regina E. AEBI-MÜLLER, Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, *in* RJB 2008, p. 82 ss (cité : AEBI-MÜLLER, Genetik)
- Regina E. AEBI-MÜLLER, Abstammung und Kindesverhältnis - wo stehen wir heute, *in* ZGB Gestern-Heute-Morgen, Daniel GIRSBERGER *et al.* (éd.), Mélanges SSJ, Zurich 2007, p. 111 ss (cité : AEBI-MÜLLER, Abstammung)
- Regina E. AEBI-MÜLLER, Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte, *in* FamPra 2007 p. 544 ss (cité : AEBI-MÜLLER, Babyfenster)
- Regina E. AEBI-MÜLLER, EGMR-Entscheid Jäggi contre Suisse: Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, *in* Jusletter du 2 octobre 2006 (cité : AEBI-MÜLLER, Jäggi)
- Rudolf BAK, Herabsetzungs- und Ungültigkeitsklage gegen noch nicht gezeugte Nacherben (nondum conceptus), *in* PJA 2013, p. 496 ss
- Piera BERETTA, *in* Commentaire bâlois, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (cité : BERETTA, BSK ZGB I)
- Samantha BESSON, Das Grundrecht auf Kenntnis des eigenen Abstammung, Wege und Auswirkungen des Konkretisierung eines Grundrechts, *in* RDS 2005, p. 39 ss
- Yvo BIDERBOST, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Peter BREITSCHMID *et al.* (éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2012 (cité : BIDERBOST, Handkommentar)
- Yvo BIDERBOST, Findelkinder : Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht : hier und dort angereichert durch die drei letztjährigen Fälle, insbesondere desjenigen im Zürcher Universitätsspital, *in* RDT 1999, p. 49 ss (cité : BIDERBOST, Findelkinder)
- Mélanie BORD, Existe-t-il un droit général d'accéder aux données relatives à ses origines? *in* Le droit à la connaissance de ses origines, Mélanie BORD *et al.* (éd.), Zurich 2006, p. 39 ss
- Peter BREITSCHMID, *in* Commentaire bâlois, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (cité : BREITSCHMID, BSK ZGB I)

- Peter BREITSCHMID, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Peter BREITSCHMID Peter *et al.* (éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2012 (cité : BREITSCHMID, Handkommentar)
- Christian BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zurich 2000
- Andreas BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2009 (cité : BUCHER, Personnes)
- Andreas BUCHER, L'enfant en droit international privé, Bâle 2003 (cité : BUCHER, Enfant)
- Andrea BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, *in* PJA 2004, p. 1175 ss
- Andrea BÜCHLER/Marco FREI, Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht : unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, *in* Jusletter du 29 août 2011
- Andrea BÜCHLER/Nadine RYSER, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, *in* FamPra 2009, p. 1 ss
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire) du 7 juin 2013, FF 2013 5253 (cité : Message DPI)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 21 octobre 2009, FF 2009 7259 (cité : Message LRH)
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur les embryons surnuméraires et sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les embryons, LRE) du 20 novembre 2002, FF 2003 1065 (cité : Message LRE)
- Jeanine DE VRIES REILINGH, Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance, *in* PJA 2003, p. 363 ss
- Paul-Henri EITEL/Christiana ZEITER, *in* Commentaire du droit de la famille, Protection de l'adulte, Berne 2014 (cité : EITEL/ZEITER, CommFam)
- Christiana FOUNTOULAKIS, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction de lien de filiation, *in* FamPra 2011, p. 247 ss
- Olivier GUILLOD, Droit des familles, 3<sup>e</sup> éd., Genève 2014 (cité : GUILLOD, Familles)

- Olivier GUILLOD, *Droit des personnes*, 3<sup>e</sup> éd., Genève 2012 (cité : GUILLOD, *Personnes*)
- Olivier GUILLOD, *in* *Commentaire romand du Code civil I*, Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX (éd.), Genève 2010 (cité : GUILLOD, CR CC I)
- Olivier GUILLOD/Sabrina BURGAT Les actions tendant à la destruction du lien de filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité, *in* *Quelques actions en annulation*, François BOHNET (éd.), Neuchâtel 2007, p. 1 ss
- Christoph HÄFELI, Das Recht des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft und die Regelung des Unterhaltsanspruchs nach der ZGB-Änderung vom 21. Juni 2013 (in Krafttreten: 1. Juli 2014), *in* RMA 2014 p. 189 ss
- Heinz HAUSHEER/Regina E. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012
- Cyril HEGNAUER, *in* *Commentaire bernois*, Berne 1964, 4<sup>e</sup> mise à jour par AESCHLIMANN, HADORN et HEDIGER-SÖRENSEN 2012, Berne 2012 (cité : HEGNAUER, BK)
- Cyril HEGNAUER, Pränatale Anerkennung – zulässig oder unzulässig ?, *in* REC 1998, p. 149 ss (cité : HEGNAUER, Anerkennung)
- Cyril HEGNAUER, Postmortale aussergerichtliche Abstammungsuntersuchung, *in* RDT 1998, p. 154 ss (cité : HEGNAUER, Abstammungsuntersuchung)
- Cyril HEGNAUER, Posthume Feststellung des väterlichen Kindesverhältnisses, *in* Cyril HEGNAUER: *gesammelte Schriften aus Anlass seines 90. Geburtstages*, Zurich 2011, p. 219 ss et RDT 1998, p. 103 ss (cité : HEGNAUER, Feststellung)
- Cyril HEGNAUER, Gegen wen richtet sich die Ehelichkeitsanfechtungsklage des Kindes nach dem Tode des Ehemannes, Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 ZGB ?, *in* RDT 1991, p. 69 ss (cité : HEGNAUER, Gegen)
- Cyril HEGNAUER, Posthume Adoption – Anforderungen an das Adoptionsgesuch, *in* RDT 1981, p. 11 ss (cité : HEGNAUER, Adoptionsgesuch)
- Cyril HEGNAUER, Zur posthumen Adoption, RDT 1977 p. 102 s. (cité : HEGNAUER, Adoption)
- Cyril HEGNAUER/Philippe MEIER, *Droit suisse de la filiation et de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 1998
- Nicolas JEANDIN, *in* *Commentaire romand du Code civil I*, Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, (éd.), Genève 2010 (cité : JEANDIN, CR CC I)
- Valérie JUNOD, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire, Jusletter du 29 octobre 2012

- Maryam KOHLER-VAUDAUX, Le début de la personnalité juridique et la situation de l'enfant à naître : étude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand, Genève 2006
- Audrey LEUBA/Philippe MEIER/Suzette SANDOZ, Quelle famille pour le XXI<sup>e</sup> siècle?, Rapports suisses présentés au XVI<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, tome I, Zurich 2002 p. 149 ss
- Andreas LEUKART, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung : welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht? *in* PJA 2009, p. 584 ss
- René LOCHER, Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis, Zurich 1993
- Dominique MANAI, Droits du patient face à la biomédecine, Berne 2013 (cité : MANAI, Biomédecine)
- Dominique MANAI, Considérations juridico-éthiques pour légitimer la recherche sur un embryon « *in vitro* », Éthique et droit en matière de bioéthique, Bénédicte WINIGER *et al.* (éd.), Baden-Baden 2013, p. 63 ss (cité : MANAI, Considérations)
- Dominique MANAI, *in* Code civil I, (Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, (éd.), Genève 2010 (cité : MANAI, CR CC I)
- Dominique MANAI, L'embryon face au droit : une entité polymorphe à géométrie variable, *in* Jusletter du 19 janvier 2009 (cité : MANAI, Embryon)
- Dominique MANAI, Le droit civil saisi par la vie sans corps et par le corps sans vie, *in* Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique, Bâle 1991, p. 205 ss (cité : MANAI, Vie)
- Marina MANDOFIA BERNEY, Vérités de la filiation et procréation assistée : étude des droits suisse et français, Genève 1993
- Marina MANDOFIA BERNEY/Olivier GUILLOD, Liberté personnelle et procréation assistée : quelques réflexions, *in* RSJ 1993, p. 205 ss
- Thomas MANNSDORFER, Pränatale Schädigung : ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen : unter Berücksichtigung der Rechtslage im Ausland, insbesondere in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Fribourg 2000
- Jean-Pierre MARGUENAUD/Pauline RÉMY-CORLAY, Vers un statut juridique de l'enfant mort-né, *in* Revue Trimestrielle des Droit de l'Homme (RTDH) 2005, p. 737 ss
- Philippe MEIER/Martin STETTLER, Droit de la filiation, 4<sup>e</sup> éd., Genève 2014

- Philippe MEIER, L'enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* FamPra 2012, p. 255 ss (cité : MEIER, Enfant)
- Philippe MEIER/Estelle DE LUZE, Droit des personnes, Genève 2014
- Michael MONTAVON, La dignité humaine de l'enfant mort-né, *in* Jusletter du 27 août 2012
- Ruwen OGIEN, La vie, la mort, l'Etat : le débat bioéthique, Paris 2009
- Walter OTT/Thomas GRIEDER, Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz, *in* PJA 2001, p. 627 ss
- Ursina PALLY HOFFMANN, Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten des Nasciturus, *in* PJA 2008, p. 855 ss
- Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, Familles et Convention européenne des droits de l'homme : incidences en droit de la filiation, *in* Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011, Genève 2012, p. 1 ss (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Familles)
- Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille : contours et implications en droit civil (Première partie), *in* Fampra 2011, p. 321 ss (cité : PAPAUX VAN DELDEN, Mariage)
- Diana PEREIRA, Les « boîtes à bébé » face au droit de l'enfant de connaître ses origines, *in* Jusletter du 24 juin 2013
- Monika PFAFFINGER, Vaterschaft auf dem Prüfstand. Das Recht des Ehemannes auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft im Zeitalter der Genetik, FamPra 2014, p. 604 ss (cité : PFAFFINGER, Vaterschaft)
- Monika PFAFFINGER, Geheime und offene Formen der Adoption : Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Zurich 2007 (cité : PFAFFINGER, Adoption)
- Sandra PRADERVAND/Isabelle UEHLINGER, La recherche des origines pour les personnes adoptées : embûches et perspectives, *in* RDT 2000, p. 133 ss
- Johannes REISCH, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Peter BREITSCHMID *et al.* (éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2012 (cité : REISCH, Handkommentar)
- Ruth REUSSER/Rainer J. SCHWEIZER, Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, *in* RJB 2000, p. 605 ss
- Michael RIEMER, Personenrecht des ZBG : Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2002
- François RIGAUX, Le droit de connaître ses origines, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY (éd.), Bruxelles 2008, p. 105 ss

- Bernhard RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität – Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zurich 2009
- Bernhard SAGER, Die BEGRÜNDUNG des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung : mit Hinweisen auf das französische Recht, Zurich 1979
- Suzette SANDOZ, Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée, *in* RDT 2001, p. 90 ss (cité : SANDOZ, PMA)
- Suzette SANDOZ, La reconnaissance du nasciturus ou reconnaissance prénatale, *in* Mélanges édités à l'occasion de la 50<sup>e</sup> Assemblée générale de la Commission internationale de l'état civil, CIEC Section suisse/Office fédéral de la justice, Berne 1997, p. 47 ss (cité : SANDOZ, Nasciturus)
- Suzette SANDOZ, Le rôle du discernement dans les actions du droit de la filiation, *in* Le droit en action, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1996, p. 419 ss (cité : SANDOZ, Discernement)
- Suzette SANDOZ, Peut-on désavouer un enfant mort ?, *in* RDT 1994, p. 188 ss (cité : SANDOZ, Désavouer)
- Aline SCHMIDT, Le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques, *in* Les secrets et le droit, Genève 2004, p. 139 ss
- Marie-Bernadette SCHOENENBERGER, *in* Commentaire romand du Code civil I, Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, (éd.) Genève 2010 (cité : SCHOENENBERGER, CR CC I)
- Ingeborg SCHWENZER, *in* Commentaire bâlois, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (SCHWENZER, BSK ZGB I)
- Vincent STAUFFER, Les secrets et la détermination des liens biologiques entre individus par des tests génétiques, *in* Les secrets et le droit, Genève 2004, p. 167 ss
- Barbara STECK, Les aspects psychologiques de l'adoption, *in* Internationale Adoption, Berne 2009, p. 25 ss (cité : STECK, Aspects)
- Barbara STECK, Adoption : Eltern-Kind-Beziehungsproblematik, *in* FamPra 2007, p. 61 ss (cité : STECK, Adoption)
- Paul-Henri STEINAUER/Christiana FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014
- Eva STEINER, L'accouchement sous X : réflexion critique sur le droit et la pratique d'une singularité juridique française, *in* FamPra 2007, p. 568 ss

Martin STETTLER, *Le droit suisse de la filiation, Traité de droit privé suisse, vol. III, tome II/1*, Fribourg 1987 (cité : STETTLER, *Traité*)

Frédéric SUDRE, *Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie*, in *Mélanges Christian MOULY*, Paris 1998, p. 375 ss

Pierre-André TAGUIEFF, *La bioéthique ou le juste milieu : une quête de sens à l'âge du nihilisme technicien*, Paris 2007

Valérie VIACCOZ, *Quelle protection pour l'embryon humain ? Vers la promotion d'un statut juridique de l'embryon in vitro : analyse critique en droit comparé français, anglais, suisse et international*, in *FamPra* 2013, p. 654 ss

Stephanie WIESNER-BERG, "Babyklappe" und "anonyme Geburt" : Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind? in *FamPra* 2010, p. 521 ss

Stephan WOLF, *Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht*, in *RJB* 1998, p. 113 ss

# La protection de la personnalité des résidents d'établissements médico-sociaux

MICHELLE COTTIER<sup>1</sup>

## I. Introduction

Thème général de la journée de droit civil en l'honneur de la Professeure Dominique MANAI, la protection de la personnalité pose une question plus générale pour les résidents d'établissements médico-sociaux, celle de la prévention d'atteintes à la personnalité d'adultes en situation de dépendance, de vulnérabilité et de fragilité.

Relativement récemment, les risques de violation des droits des résidents en EMS ont commencé à susciter l'attention d'un public plus large. Des cas particulièrement graves de maltraitance et d'abus sexuels ont démontré l'importance de la prévention de ces atteintes à la personnalité<sup>2</sup>. En 2011 par exemple, un magazine « Temps Présent » de la RTS intitulé « EMS, sévices compris » évoquait des reproches de maltraitements envers des personnes âgées dans deux EMS des cantons de Vaud et de Berne<sup>3</sup>. En 2010, l'établissement médico-social zurichois « Entlisberg » a été soumis à des enquêtes administrative et parlementaire suite à la publication du cas de quatre employées ayant filmé avec leur téléphone portable des résidents dans des situations humiliantes et intimes, entre autres nus dans la salle de bain<sup>4</sup>. Plus récemment, le cas d'un travailleur social auteur d'abus sexuels sur plus d'une centaine de personnes handicapées de diverses institutions bernoises a

---

<sup>1</sup> Professeure assistante à l'Université de Bâle, Juge suppléante à la Cour d'appel du canton de Bâle. Je remercie vivement Peter MÖSCH PAYOT, professeur à la Haute Ecole de Lucerne, Travail social, pour une discussion très stimulante au début de l'élaboration de cette contribution, et mon père Christoph COTTIER, directeur de la Fondation sanaCERT suisse, pour des échanges interdisciplinaires précieux et pour les renseignements sur les standards de qualité du point de vue médical. Je remercie également Madame Sarah E. STINGELIN, assistante à l'Université de Bâle, pour son grand soutien lors des recherches pour cette contribution et « *last but not least* » Anne PAYOT, journaliste, pour son soigneux travail de relecture et amélioration stylistique.

<sup>2</sup> Cf. TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 1.

<sup>3</sup> Temps présent, magazine de reportages, émission du 15 septembre 2011, <http://www.rts.ch/emissions/temps-present/sante/3307194-ems-sevices-compris.html> (consulté le 20 février 2014).

<sup>4</sup> Cf. l'enquête de la Commission de gestion du Conseil communal de Zurich : Gemeinderat Zürich, GPK Bericht Entlisberg.

particulièrement bouleversé le public, ainsi que le monde professionnel médico-social<sup>5</sup>.

La prévention de la maltraitance des adultes en situation de dépendance n'était pas un but explicite du nouveau droit de la protection de l'adulte<sup>6</sup>. C'est pourtant dans ce contexte d'une sensibilité accrue à la vulnérabilité de résidents d'hommes ou d'EMS que les dispositions traitant « de la personne résidant dans un établissement médico-social » (art. 382-387 CC) ont été introduites. Ces normes serviront de point de départ pour l'étude des instruments de protection de ce groupe de personnes en droit civil.

Nous nous concentrerons sur les situations envisagées par le nouveau droit, car le champ d'application des articles 382-387 CC figurant dans le sous-chapitre intitulé « De la personne résidant dans un établissement médico-social » est à la fois plus large et plus étroit que ne le suggère le titre de cette contribution.

D'un côté, il est *plus large* : le texte de la loi se réfère aux établissements médico-sociaux aussi bien qu'aux hommes. L'établissement médico-social (EMS) a une structure socio-hôtelière, aussi bien qu'une structure médicale et en soins infirmiers. Le home fournit un encadrement socio-hôtelier uniquement<sup>7</sup>. Les dispositions s'appliquent tant aux organismes de droit public que de droit privé, subventionnés ou non<sup>8</sup>. Finalement, la loi vise aussi bien les institutions hébergeant des personnes ayant dépassé l'âge de la retraite, que des individus majeurs incapables de discernement à cause d'un handicap mental<sup>9</sup>.

De l'autre côté, le champ d'application est *plus étroit*, puisque les nouvelles dispositions s'appliquent uniquement aux personnes majeures incapables de discernement. Pour les mineurs, des règles spéciales s'appliquent<sup>10</sup>. Finalement, les art. 382 ss CC se réfèrent seulement à la situation sans placement à des fins

<sup>5</sup> Cf. la « Charte pour la prévention des abus sexuels, de la maltraitance et d'autres formes de violation de l'intégrité » adoptée le 25 novembre 2011 par un groupe de travail interassociatif à la suite de ce cas. <http://www.charta-praevention.ch>.

<sup>6</sup> Loi fédérale du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (RO 2011 725; FF 2006 6635).

<sup>7</sup> LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 16 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC. L'institution au sens des art. 382 ss CC doit en outre être distinguée de l'institution de nature médicale, qui a pour mission principale d'améliorer l'état de santé du résident (par exemple cliniques, centres de réhabilitation), cf. COPMA, Guide pratique, n. 11.29 et BREITSCHMID, CHK, n. 2 *ad* art. 382 CC.

<sup>8</sup> LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 17 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC; STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 13 *ad* art. 382 CC.

<sup>9</sup> MEIER/LUKIC, n. 343; LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 9 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC.

<sup>10</sup> Est notamment applicable l'art. 316 CC et l'Ordonnance fédérale sur le placement d'enfants (OPE), RS 211.222.338, cf. HÄFELI, Grundriss, n. 13.26. Si l'enfant est placé dans une « institution fermée ou dans un établissement psychiatrique » (art. 314b et art. 327c CC), les dispositions concernant les mesures limitant la liberté de mouvement s'appliquent par le (double) renvoi à l'art. 438 CC et ensuite aux art. 383-385 CC, cf. COTTIER, CommFam, n. 17 *ad* art. 314b CC. Le renvoi n'inclut pas les art. 382, 386 et 387 CC. *Contra* : STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 5 *ad* art. 382 CC qui favorise l'application complète des art. 382-387 CC en cas de placement de mineurs en institution.

d'assistance au sens des art. 426 ss CC. Le prononcé d'une mesure de placement à des fins d'assistance est nécessaire quand la personne s'oppose à l'entrée en institution, et ce même si elle est incapable de discernement<sup>11</sup>. Cela découle aussi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>12</sup>.

Dans cette contribution, nous nous concentrerons sur les instruments du droit civil. D'abord nous résumerons l'analyse par les sciences du domaine médico-social des risques d'atteintes à la personnalité de personnes incapables de discernement en institution, et nous situerons le droit civil dans le contexte pluridisciplinaire de la prévention de telles atteintes (chapitre II). Ensuite, nous présenterons les nouveaux instruments prévus par le Code civil pour la protection des résidents en EMS et home, les dispositions concernant le contrat d'assistance, les mesures limitant la liberté de mouvement et le devoir de protection de l'institution (chapitre III). Ces instruments sont complétés par les mécanismes de contrôle, de défense et de réparation contenus aussi bien dans le droit de la protection de l'adulte (surveillance cantonale, intervention de l'autorité de protection de l'adulte) que dans les règles générales de la responsabilité contractuelle, de la responsabilité délictuelle et des actions défensives du droit de protection de la personnalité (chapitre IV). Finalement, nous analyserons les différents types de représentation de la personne incapable de discernement dans le contexte de la protection de la personnalité (chapitre V). Nous conclurons par des observations relatives au rôle spécifique des instruments de droit civil dans l'ensemble du dispositif de protection de la personne incapable de discernement résident en institution et les obstacles à leur réalisation dans la pratique (chapitre VI).

## **II. Les risques d'atteintes à la personnalité de personnes incapables de discernement en institution et leur prévention**

### ***A. Analyse des risques par les sciences du domaine médico-social***

Vu la condition de dépendance et de vulnérabilité de personnes incapables de discernement résidant en EMS<sup>13</sup>, de multiples risques d'atteintes à la personnalité existent, et font l'objet de recherche par les sciences du domaine médico-social (médecine, psychologie, sciences infirmières, sociologie). Les

---

<sup>11</sup> LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 12 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC.

<sup>12</sup> CourEDH, H.M. c. Suisse, requête n°39187/98, 26.02.2002; CourEDH, affaire STANEV c. Bulgarie, requête n°36760/06, 17.01.2012.

<sup>13</sup> Les personnes avec déficiences mentales et atteintes de démence forment un des groupes sociaux les plus vulnérables aux maltraitements, cf. WIGLESWORTH *et al.*, Journal of the American Geriatrics Society 2010, p. 493; SETHI *et al.*, European report, p. 30.

comportements que ces disciplines incluent dans leurs définitions de « maltraitance »<sup>14</sup> ne correspondent pas totalement à la définition juridique des « atteintes illicites à la personnalité »<sup>15</sup>, mais il est possible de dire que la concordance de ces deux concepts est très grande.

Il importe de mentionner spécialement une étude récente au sujet de la maltraitance des personnes âgées en Suisse romande. L'étude menée auprès de professionnels occupant un poste à responsabilité hiérarchique d'institutions d'aide et de soins met en évidence la réalité de la problématique dans les institutions suisses : plus de la moitié des participants (54%) signalent avoir été confrontés à une situation de maltraitance impliquant du personnel de leur institution, récemment ou par le passé<sup>16</sup>. Il ne s'agit donc pas de cas isolés.

De quels risques s'agit-il ? Du point de vue de la qualité des soins existe notamment le risque de soins insuffisants, mais aussi de soins contre la volonté de la personne concernée. La négligence de soins peut par exemple déboucher sur des escarres de décubitus, ou s'exprimer par la non-administration de médicaments prescrits ou par l'administration de calmants pour « avoir la paix »<sup>17</sup>. Des mesures limitant la liberté de mouvement des résidents pour leur propre protection ou celle d'autrui, par exemple par la fermeture de la porte de la chambre à clé, peuvent constituer des atteintes illicites à la personnalité<sup>18</sup>. D'autres risques sont le manque de respect de la sphère privée ou intime du résident, par des soins corporels faits avec rapidité et sans diligence, jusqu'à l'exemple extrême des employées de l'EMS « Entlisberg »<sup>19</sup> ayant filmé des résidents dans des situations humiliantes. Il y a aussi les atteintes à l'honneur et l'intégrité psychique, par des propos injurieux ou dégradants, comme dans l'exemple d'une infirmière infantilisant un résident en lui ordonnant de « faire pipi dans sa couche »<sup>20</sup>. On observe des atteintes à l'intégrité physique par des actes de violence corporelle, allant de la manipulation du résident avec rudesse jusqu'à l'homicide<sup>21</sup>. Les atteintes à l'intégrité sexuelle sont décrites comme un

<sup>14</sup> En guise d'exemple: « The Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse », de l'Organisation mondiale de la Santé, 2002 : « On entend par maltraitance des personnes âgées un acte isolé ou répété, ou l'absence d'intervention appropriée, qui se produit dans toute relation de confiance et cause un préjudice ou une détresse chez la personne âgée. »; cf. ROULET SCHWAB/RIVOIR, *Maltraitance*, p. 4.

<sup>15</sup> Art. 27 ss CC; cf. BUCHER, *Personnes physiques*, n. 384 ss.

<sup>16</sup> ROULET SCHWAB/RIVOIR, *Maltraitance*, p. 11. L'analyse des études existant au niveau international suggère une fréquence encore plus élevée, cf. COOPER/SELWOOD/LIVINGSTON, *Age and Ageing* 2008, p. 158 : « *One in six professional carers report committing psychological abuse and one in ten physical abuse. Over 80% of care home staff had observed abuse, suggesting that care home staff might have been denying any abusive acts.* »

<sup>17</sup> TRITTEN HELBLING, *Maltraitance*, p. 34; KRUG *et al.*, *Rapport violence*, p. 148.

<sup>18</sup> TRITTEN HELBLING, *Maltraitance*, p. 33.

<sup>19</sup> Cf. *supra* I.

<sup>20</sup> ROULET SCHWAB/RIVOIR, *Maltraitance*, p. 12.

<sup>21</sup> SETHI *et al.*, *European report*, p. 2; TRITTEN HELBLING, *Maltraitance*, p. 33.

risque particulièrement élevé pour les personnes avec un handicap mental<sup>22</sup>. La personne vulnérable peut être confrontée à un manque de respect de ses besoins spirituels et religieux, ou – à la fin de sa vie – de son droit à une mort digne<sup>23</sup>. Enfin, la gestion de l'institution peut déboucher sur des problèmes de protection des données.

Les sciences médico-sociales ont également étudié les facteurs qui augmentent les risques de ces atteintes à la personnalité au sein des institutions. Selon un aide-mémoire de l'Organisation mondiale de la santé, la maltraitance des personnes âgées risque davantage de s'exercer lorsque le personnel est mal formé et mal rémunéré, surchargé de travail et quand les intérêts de l'institution priment sur ceux des pensionnaires<sup>24</sup>.

## **B. La prévention comme tâche pluridisciplinaire**

La prévention d'atteintes à la personnalité dans le contexte institutionnel est une tâche nécessitant un effort pluridisciplinaire. Il revient en priorité à la médecine, aux soins infirmiers et à la direction des institutions d'assurer le respect des droits de la personnalité dans le cadre du travail quotidien. En effet, l'objectif de protection de la personnalité est déjà omniprésent dans le domaine de la santé. Il est notamment explicite dans les directives de l'Académie Suisse des Sciences Médicales<sup>25</sup>, ainsi que dans les concepts et standards de qualité qui guident le travail concret des professionnels dans les institutions<sup>26</sup>. La recherche en sciences médico-sociales a développé un savoir précieux sur les éléments de prévention<sup>27</sup>, notamment la formation ainsi que l'encadrement des employés pour éviter les situations de stress, qui augmentent le risque d'exactions<sup>28</sup>.

Le droit fournit le cadre normatif pour cette pratique, un cadre qui évolue en constant dialogue interdisciplinaire. De nombreux textes internationaux<sup>29</sup>, ainsi que le droit constitutionnel<sup>30</sup>, garantissent les droits fondamentaux (qui à leur tour sont à la base des droits de la personnalité en droit civil)<sup>31</sup>. Le droit des assurances sociales et les législations cantonales en matière de santé prévoient

<sup>22</sup> SCHRÖTTE, Frauen mit Beeinträchtigungen, p. 5.

<sup>23</sup> MANAI, Droits du patient, p. 354 s.

<sup>24</sup> OMS, Aide-mémoire n°357.

<sup>25</sup> ASSM, Personnes âgées; ASSM Personnes en situation de handicap; ASSM, Fin de vie.

<sup>26</sup> Cf. par exemple RADBRUCH/PAYNE *et al.*, European Journal Of Palliative Care 2009.

<sup>27</sup> Cf. HUBER/RÜEGGER, Pflegerecht 2013, p. 5.

<sup>28</sup> KRUG *et al.*, Rapport violence, p. 159; SETHI *et al.*, European report, p. 48 ss.

<sup>29</sup> Pour le domaine de la santé notamment : Déclaration universelle de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme du 19 octobre 2005; Convention européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997, RS 0.810.2. Cf. MANAI, Droits du patient, p. 9 s.

<sup>30</sup> Art. 7 ss Cst.

<sup>31</sup> Cf. le devoir du législateur de veiller à la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique, art. 35 Cst.

la surveillance des établissements pour assurer la qualité des soins<sup>32</sup>. Le droit pénal sanctionne notamment les atteintes graves à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle<sup>33</sup>.

Dans ce contexte plus large, le rôle premier du droit civil est de préciser le contenu des droits de la personnalité et l'étendue de leur protection, ainsi que de définir les motifs justificatifs pouvant exclure l'illicéité de l'atteinte à la personnalité. Le droit civil prévoit ensuite des mécanismes juridiques assurant le respect des droits de la personnalité, ou réparant le préjudice causé par la violation de ces droits. Finalement, il règle la représentation de la personne qui n'est pas ou plus en possession de ses pleines capacités mentales concernant l'exercice de ses droits. Les nouvelles dispositions du Code civil concernant les résidents en EMS (art. 382-387) font partie intégrante de ce dispositif du droit civil.

### **III. Les nouveaux instruments du Code civil de protection des résidents en EMS**

#### **A. Le contrat d'assistance (art. 382 CC)**

Le nouveau droit prévoit à l'art. 382 CC que l'assistance apportée à une personne incapable de discernement résidant pendant une période prolongée dans un établissement médico-social ou dans un home (institutions) doit faire l'objet d'un contrat écrit établissant les prestations à fournir par l'institution et leur coût (al. 1).

Un contrat d'assistance écrit est donc seulement exigé en cas de séjour prolongé<sup>34</sup>. La forme écrite n'est pas une condition de validité du contrat au sens de l'art. 11 al. 2 CO. Elle a pour but principal de créer de la transparence au sujet des obligations des deux parties<sup>35</sup>.

Le contenu minimum du contrat est défini par « les prestations à fournir par l'institution et leur coût ». Doivent alors être inclus les prestations hôtelières

---

<sup>32</sup> Cf. notamment la Loi fédérale sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides (LIPPI), RS 831.26, et en guise d'exemple la législation cantonale vaudoise : Loi sur les mesures d'aide et d'intégration pour personnes handicapées (LAIH) du 10 février 2004 (RSV 850.61); Loi sur la santé publique (LSP) du 29 mai 1985 (RSV 800.01). Cf. aussi OFSP, Rapport qualité.

<sup>33</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0, notamment art. 111 ss, art. 173 ss, art. 180 ss, art. 187 ss.

<sup>34</sup> Pour l'interprétation de cette condition, cf. Message protection de l'adulte, p. 6671; LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 19 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC; STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 11 *ad* art. 382 CC.

<sup>35</sup> Message protection de l'adulte, p. 6672, LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 12 *ad* art. 382 CC et MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht, n. 1 *ad* art. 382 CC; *contra* : SCHMID, Erwachsenenschutz, n. 5 *ad* art. 382 CC, STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 35 *ad* art. 382 CC (qui admet cependant une validité *de facto*, dans la mesure où le contrat a été exécuté par les deux parties).

(chambre, mobilier, repas, ménage des locaux, entretien des linges et vêtements personnels), les activités d'animation et de loisirs et les soins infirmiers, qui dans le cas de l'établissement médico-social vont être plus étendus que dans le cas du home<sup>36</sup>. Selon le message du Conseil fédéral, les prestations médicales ne sont pas comprises dans le contrat d'assistance<sup>37</sup>. Il est alors admissible de choisir la solution d'un contrat splitté. Dans ce cas, le résident conclut deux contrats : un contrat d'assistance avec l'institution, et un contrat séparé de soins médicaux avec le médecin<sup>38</sup>. Il est aussi possible de conclure un contrat intégré en prévoyant que le résident soit pris en charge tant aux niveaux médical que socio-hôtelier par l'institution. Dans ce type de contrat, les médecins sont considérés comme des auxiliaires de l'institution<sup>39</sup>.

Pour plus de transparence, les coûts des prestations doivent être détaillés dans le contrat<sup>40</sup>.

L'art. 382 CC vise non seulement la transparence mais aussi la réalisation des droits de la personnalité de la personne incapable de discernement. Elle essaie d'atteindre ce but en prescrivant que les souhaits de la personne concernée doivent, dans la mesure du possible, être pris en considération lors de la définition des prestations à fournir par l'institution (art. 382 al. 2 CC). Selon le Message, ces désirs peuvent se rapporter à l'aménagement du lieu de vie, aux soins corporels, à l'accompagnement en fin de vie ou à d'autres domaines<sup>41</sup>. La personne concernée peut avoir exprimé ses vœux de manière anticipée, c'est-à-dire avant de devenir incapable de discernement<sup>42</sup>. Les contrats types disponibles actuellement ne prennent pas en compte cette directive du droit fédéral<sup>43</sup>. Ils devraient être complétés par des éléments qui puissent être individualisés à la conclusion du contrat.

Les règles minimales de l'art. 382 CC s'appliquent aux contrats de droit administratif aussi bien qu'aux contrats de droit privé<sup>44</sup>. Cependant, la question de savoir si les relations entre l'institution et la personne hébergée relèvent du droit public ou du droit privé est fort pertinente, notamment pour déterminer la nature juridique des prétentions en cas d'atteintes illicites à la personnalité. La

<sup>36</sup> STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 22 *ad* art. 382 CC; MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht n. 2 *ad* art. 382 CC; HÄFELI, Grundriss, n. 13.04; BREITSCHMID, CHK, n. 4 *ad* art. 382 CC.

<sup>37</sup> Message protection de l'adulte, p. 6672.

<sup>38</sup> TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 46; LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 5 *ad* art. 382 CC.

<sup>39</sup> TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 46.

<sup>40</sup> LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 4 *ad* art. 382 CC. Pour les détails du financement, cf. STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 26 ss *ad* art. 382 CC.

<sup>41</sup> Message protection de l'adulte, p. 6672.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Cf. par exemple le modèle de contrat d'hébergement de l'association CURAVIVA suisse et le contrat-type d'accueil des EMS du canton de Genève, approuvé par la direction générale de l'action sociale le 23 avril 2013.

<sup>44</sup> STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 13 *ad* art. 382 CC.

distinction n'est pas toujours évidente. On peut désormais se référer à un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 28 août 2012<sup>45</sup>. Dans la situation en question, il s'agissait d'un contrat d'assistance qui avait été résilié par l'établissement. L'EMS était géré par une société anonyme, appartenant à 100% à une commune et donc liée par un mandat de prestations de la collectivité. Dans la procédure d'expulsion, la dernière instance cantonale avait admis qu'il s'agissait d'un contrat soumis au droit public et que les tribunaux civils n'étaient donc pas compétents. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de la nature juridique du contrat, mais a constaté qu'il ne s'agissait pas d'un cas clair au sens de l'art. 257 CPC, car il n'était pas évident de déterminer si les relations entre l'institution et le résident relevaient du droit privé ou du droit public. Le Tribunal cantonal avait donc raison de déclarer irrecevable l'action dans la procédure selon l'art. 257 CPC<sup>46</sup>.

L'arrêt illustre les difficultés créées par la décision du législateur suisse de ne pas régler toutes les questions relatives au contrat d'hébergement dans une loi spéciale, comme cela a par exemple été fait en Allemagne<sup>47</sup>. Pour les questions non réglées aux art. 382 ss CC, notamment la fin du contrat (résiliation, décès), l'administration des biens du résident par l'institution<sup>48</sup> et les conséquences de l'inexécution ou mauvaise exécution du contrat<sup>49</sup>, ce sont les clauses expresses du contrat et les normes du Code des obligations qui s'appliquent. Dans la mesure où la relation relève du droit privé, la doctrine qualifie le contrat d'assistance de contrat innommé<sup>50</sup>. Le contrat mélange des prestations caractéristiques de différents types de contrats, notamment du mandat, du contrat de bail, du contrat de vente et du contrat d'entreprise, avec un accent sur le mandat et le bail<sup>51</sup>. Le nouveau droit ne change en principe pas cette qualification, mais définit une portée minimale du contrat<sup>52</sup>.

Selon l'art. 382 al. 3 CC, les dispositions sur la représentation dans le domaine médical s'appliquent par analogie à la représentation de la personne incapable de discernement lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance. Nous reviendrons plus bas sur cet aspect (*infra* V).

---

<sup>45</sup> TF 4A\_176/2012, 28.08.2012, *in* MEIER, RMA 2013, p. 99 s. (rés.).

<sup>46</sup> TF 4A\_176/2012, 28.08.2012, c. 4.2.3.

<sup>47</sup> « Heimgesetz » du 5 novembre 2001.

<sup>48</sup> MEIER/LUKIC, n. 345; LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 9 *ad* art. 382 CC; LEUBA/TRITTEN, RDT 2003, p. 290.

<sup>49</sup> Cf. *infra* IV B.

<sup>50</sup> LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 11 *ad* art. 382 CC; STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 40 *ad* art. 382 CC; BREITSCHMID/STECK/WITTWER, *FamPra.ch* 2009, p. 885.

<sup>51</sup> LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 12 *ad* art. 382 CC; STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 40 *ad* art. 382 CC.

<sup>52</sup> STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 40 *ad* art. 382 CC.

## **B. Les mesures limitant la liberté de mouvement (art. 383-385 CC)**

Les mesures limitant la liberté de mouvement soulèvent des questions délicates dans le contexte de la protection de la personnalité car le risque de maltraitance existe, dans le langage des sciences du domaine médico-social. Jusqu'à présent, seuls certains cantons préoyaient une base légale pour ces mesures. C'est pourquoi le législateur fédéral a décidé de créer une telle base dans les articles 383-385 CC<sup>53</sup>.

Des mesures tombant sous le coup de ces dispositions sont la surveillance électronique, les mesures d'isolement comme la fermeture des portes, les mesures de contention comme l'entrave à quitter le lit ou un siège, ou encore le blocage des mains par des gants<sup>54</sup>. La sédation d'une personne incapable de discernement au moyen de médicaments n'est pas soumise à cette disposition, mais aux règles prévues pour le traitement médical (art. 377 ss ou 433 ss CC)<sup>55</sup>.

L'art. 383 CC prévoit des conditions restrictives à la limitation de la liberté de mouvement d'une personne incapable de discernement : elle est seulement possible si elle vise alternativement à prévenir un grave danger menaçant la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers (al. 1 ch. 1), ou à faire cesser une grave perturbation de la vie communautaire (al. 1 ch. 2). La personne concernée doit être informée au préalable en détail sur la mesure (al. 2). Le principe de la proportionnalité doit être respecté (al. 1), ce qui signifie aussi que la mesure doit être levée dès que possible, et que sa justification doit être reconsidérée à intervalles réguliers (al. 3).

Les mesures limitant la liberté de mouvement font l'objet d'un protocole (art. 384 al. 1 CC) et la personne habilitée à représenter la personne concernée dans le domaine médical doit être avisée de la mesure (art. 384 al. 2 CC). Cette personne, ainsi que celles exerçant la surveillance de l'institution sont habilitées à prendre connaissance du protocole (art. 384 al. 3 CC)<sup>56</sup>.

## **C. Le devoir de protection de l'institution (art. 386 CC)**

Selon l'art. 386 al. 1 CC, l'institution doit protéger la personnalité de la personne incapable de discernement résidant en EMS. Cette norme a plusieurs fonctions<sup>57</sup> : dans le contexte d'un contrat de droit privé, elle a la teneur d'une obligation contractuelle de l'institution. Pour les rapports soumis au droit public, elle sert à concrétiser le respect des droits fondamentaux dans le rapport

<sup>53</sup> Message protection de l'adulte, p. 6672.

<sup>54</sup> VAERINI, CommFam, n. 10 *ad* art. 383 CC.

<sup>55</sup> Message protection de l'adulte, p. 6673.

<sup>56</sup> Cf. COPMA, Guide pratique, n. 11.29 ss pour un modèle de concept pour les institutions.

<sup>57</sup> Cf. MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht, n. 1 *ad* art. 386 CC.

entre le résident et l'institution<sup>58</sup>. En outre, elle sert de standard de qualité formant la base de la surveillance cantonale (art. 387 CC). Finalement, elle est utile pour l'interprétation du contrat d'assistance et des dispositions relatives aux mesures limitant la liberté de mouvement<sup>59</sup>.

Quant au contenu de l'obligation, le Message du Conseil fédéral donne quelques pistes mais reste vague : l'institution doit s'assurer du bien-être quotidien des résidents, en tenant compte de leurs besoins particuliers, et faire tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer leur solitude et soulager toute forme de souffrance physique ou psychique<sup>60</sup>. Cette définition ne nous semble pas refléter l'étendue beaucoup plus large de la protection de la personnalité dans le contexte d'un séjour en EMS ou dans un home.

Certains des EMS et homes tombant sous le coup de l'art. 386 CC sont également soumis à la Loi fédérale sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides (LIPPI)<sup>61</sup>. Cette dernière contient une norme analogue, mais un peu plus détaillée, qui oblige les institutions à « préserver les droits de la personnalité des personnes invalides, notamment leur droit de disposer d'elles-mêmes, d'avoir une vie privée, de bénéficier d'un encouragement individuel, d'entretenir des relations sociales en dehors de l'institution et d'être protégées contre les abus et les mauvais traitements, ainsi que leur droit de participation et celui de leurs proches » (art. 5 al. 1 lit. d LIPPI). En tant qu'aide à l'interprétation de l'art. 386 CC, cette norme peut être appliquée par analogie aux institutions non soumises à la LIPPI<sup>62</sup>.

Le Message du Conseil fédéral mentionne que l'art. 386 CC a été inspiré par l'art. 328 CO sur l'obligation de l'employeur de protéger et respecter la personnalité du travailleur<sup>63</sup>. La jurisprudence et la doctrine au sujet de la norme du droit du travail peuvent être prises en considération par analogie<sup>64</sup>. Par contre, une analyse plus approfondie des deux rapports, c'est-à-dire celui entre employeur-travailleur et celui entre institution-résident, révèle des différences importantes.

Il semble incontesté que l'institution, comme l'employeur, doit non seulement respecter la personnalité du résident, mais aussi la protéger. L'institution a donc le devoir de s'abstenir de porter directement atteinte aux droits de la personnalité des résidents, mais aussi celui de prendre les mesures

---

<sup>58</sup> LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 1 *ad* art. 386 CC.

<sup>59</sup> MÖSCH PAYOT, *Erwachsenenschutz*, n. 1 *ad* art. 386 CC; LEUBA/VAERINI, *CommFam*, n. 1 *ad* art. 386 CC.

<sup>60</sup> Message protection de l'adulte, p. 6675.

<sup>61</sup> Cf. note 32.

<sup>62</sup> Dans ce sens aussi BERNHART, *Handbuch FU*, n. 649 s.

<sup>63</sup> Message protection de l'adulte, p. 6674 s.

<sup>64</sup> FASSBIND, *Erwachsenenschutz*, p. 223.

adéquates pour empêcher qu'ils ne subissent une telle atteinte<sup>65</sup>. L'institution a ainsi une position de garant<sup>66</sup>.

Aussi, les biens protégés par l'art. 386 CC correspondent aux biens visés par l'art. 328 CO (et par l'art. 28 CC) : la vie, l'intégrité corporelle, la liberté sexuelle, la liberté de mouvement, la vie affective, l'honneur, la vie spirituelle, la sphère privée, la dignité, et finalement la protection des données personnelles<sup>67</sup>.

Par contre, alors que le devoir de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur est considéré dans tous ses aspects comme une obligation accessoire au contrat de travail<sup>68</sup>, certains aspects de la protection de la personnalité de la personne résidant en institution incapable de discernement constituent des *obligations principales* de l'institution découlant du contrat d'assistance. C'est particulièrement vrai pour l'obligation d'administrer des soins infirmiers. Les négligences qui mènent à des escarres de décubitus ou les manipulations avec rudesse ne correspondent pas aux règles de l'art en soins infirmiers, constituent alors une violation de l'obligation de diligence due sur la base de l'élément mandat du contrat entre résident et institution (art. 398 al. 2 CO)<sup>69</sup>, et en même temps constituent des atteintes illicites à la personnalité. D'autres éléments peuvent être classés comme obligations plutôt accessoires, comme la prévention de chutes<sup>70</sup> ou la protection contre les maltraitements commises par des visiteurs, qui émanent des obligations de garde et de sécurité de l'institution<sup>71</sup>. En fin de compte, la distinction n'a pas de conséquences, car tant les obligations dites accessoires que les obligations principales peuvent faire l'objet d'une mauvaise exécution du contrat<sup>72</sup> et entraîner les prétentions prévues à l'art. 97 al. 1 CO (pour les détails cf. *infra* IV B).

L'atteinte à la personnalité du résident est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 28 al. 2 CC). Dans le cas d'incapacité de discernement de la personne résidant en institution, le consentement est seulement valable s'il a été donné par la personne habilitée à la représenter, si la décision ne touche pas à un droit strictement personnel absolu, non sujet à représentation<sup>73</sup>. Les

<sup>65</sup> FASSBIND, OFK, n. 1 *ad* art. 386 CC.

<sup>66</sup> LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 5 *ad* art. 386 CC.

<sup>67</sup> LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 2 *ad* art. 386 CC; FASSBIND, OFK, n. 1 *ad* art. 386 CC; BUCHER, Personnes physiques, n. 430 ss.

<sup>68</sup> Cf. REHBINDER/STÖCKLI, BK Arbeitsvertrag, n. 1 *ad* art. 328 CO.

<sup>69</sup> Par analogie à l'obligation principale du médecin de traiter le patient selon les règles de l'art médical, cf. FELLMANN, Arztrecht, p. 117 s.

<sup>70</sup> LANDOLT, Pflegerecht 2013, p. 25.

<sup>71</sup> ATF 126 III 113; THÉVENOZ, CR CO I n. 23 *ad* art. 97 CO; WERRO, CR CO I, n. 25 *ad* art. 398 CO.

<sup>72</sup> THÉVENOZ, CR CO I, n. 25 *ad* art. 97 CO.

<sup>73</sup> Art. 19c al. 2 *in fine* CC, cf. GUILLOD, Droit des personnes, n. 96; WERRO/SCHMIDLIN, CR CC I, n. 34 *ad* art. 19 aCC.

possibles intérêts prépondérants définis à l'art. 385 CC pour les mesures limitant la liberté de mouvement pourront être appliqués par analogie aussi pour d'autres atteintes à la personnalité.

Dans la concrétisation du contenu de l'obligation de protection des EMS et homes, les tribunaux et autorités de surveillance pourront se référer aux standards de qualité utilisés déjà dans le contexte de la surveillance<sup>74</sup> ou de la certification<sup>75</sup>, ainsi que les directives et recommandations médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales<sup>76</sup> et les recommandations de l'Organisation mondiale de la santé<sup>77</sup>. Ces instruments montrent que le devoir de protection du résident en EMS ou en home est assuré en premier lieu par une organisation adéquate de l'institution. Il incombe notamment à l'institution de former et instruire les collaborateurs et les sensibiliser aux droits de personnalité des résidents<sup>78</sup>, d'assurer au résident un espace privé même dans sa chambre (armoire fermant à clé)<sup>79</sup>, d'organiser le travail d'une façon qui donne au personnel soignant assez de temps pour administrer les soins d'une façon diligente et respectueuse<sup>80</sup>, de prévoir des procédures internes de détection et de réaction à des cas de maltraitance<sup>81</sup>, et finalement de gérer la documentation des soins de sorte à assurer le respect des standards de qualité et simultanément le droit du résident à la protection des données<sup>82</sup>.

Finalement, trois éléments concrets qui se retrouvent aussi dans les standards professionnels ont été intégrés explicitement dans le texte du Code civil : premièrement, l'institution doit favoriser autant que possible les relations des résidents avec des personnes de l'extérieur (art. 386 al. 1 CC). Ensuite, lorsque le résident est privé de toute assistance extérieure, l'institution en avise l'autorité de protection de l'adulte (art. 386 al. 2 CC). Enfin, le libre choix du médecin est garanti, à moins que de justes motifs ne s'y opposent (art. 386 al. 3 CC)<sup>83</sup>.

---

<sup>74</sup> Par exemple Qualivista.

<sup>75</sup> Par exemple, les institutions peuvent obtenir la certification par la fondation sanaCERT suisse confirmant qu'elles remplissent le standard « droits des résidentes et résidents », cf. sanaCERT, Qualitätssicherung.

<sup>76</sup> Notamment ASSM, Personnes âgées; ASSM Personnes en situation de handicap; ASSM, Fin de vie.

<sup>77</sup> SETHI *et al.*, European report, p. 43 ss; KRUG *et al.*, Rapport violence, p. 157 ss.

<sup>78</sup> Cf. SETHI *et al.*, European report, p. 48 s.; Qualivista, 1.1-C; sanaCERT suisse, Grundlagen Langzeitpflege, p. 5.

<sup>79</sup> ASSM, Personnes âgées, p. 17.

<sup>80</sup> Dans ce sens, la réalisation des buts protecteurs des articles 386 CC et 328 CO sont directement liés : si les personnes travaillant en EMS ou dans un home sont traitées avec respect par leur employeur, les chances d'un traitement respectueux des résidents augmentent.

<sup>81</sup> COOPER/SELWOOD/LIVINGSTON, Age and Ageing 2008, p. 148.

<sup>82</sup> ASSM, Personnes âgées, p. 14 s.

<sup>83</sup> A ce sujet cf. POLEDNA/VOKINGER, Pflegerecht 2013, p. 66 ss.

## IV. Mécanismes de contrôle, de défense et de réparation

L'efficacité de la protection de la personnalité dépend surtout des mécanismes de contrôle des institutions, de défense à l'encontre des atteintes aux droits des résidents et de réparation une fois les atteintes survenues. Dans un premier temps, nous présentons les mécanismes propres au droit de la protection de l'adulte (A), ensuite, nous évoquons l'usage qui peut être fait de prétentions civiles découlant du contrat d'assistance (B), de la responsabilité délictuelle (C) et des actions défensives des articles 28a et 28b CC (D).

### A. *Les mécanismes propres au droit de la protection de l'adulte*

#### 1. *La surveillance cantonale*

A l'art. 387, le Code civil statue une obligation pour les cantons d'assujettir à une surveillance les institutions accueillant des personnes incapables de discernement. Sont soumises à la surveillance aussi bien les institutions de droit privé que de droit public<sup>84</sup>.

Selon le Message, les cantons règlent les détails, notamment la forme de la surveillance, la fréquence des contrôles et les sanctions en cas de violation<sup>85</sup>. Il est regrettable que le droit fédéral ne règle pas lui-même uniformément pour toute la Suisse ces éléments, décisifs pour l'efficacité de la surveillance<sup>86</sup>. Par contre, nous soulignons que l'art. 386 CC, statuant le devoir de l'institution de protéger la personnalité du résident, constitue un standard de qualité relevant du droit fédéral. Aussi, la surveillance doit porter spécifiquement sur l'application des dispositions concernant les mesures limitant la liberté de mouvement. Cela peut être déduit de l'art. 384 al. 3 CC, qui précise que les personnes exerçant la surveillance de l'institution sont habilitées à prendre connaissance des protocoles concernant les mesures prises.

#### 2. *L'intervention de l'autorité de protection de l'adulte*

L'application de la plupart des dispositions du nouveau droit incombe à l'autorité de protection de l'adulte, mais cette autorité ne joue qu'un rôle

<sup>84</sup> LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 17 *ad* Introduction aux art. 382-387 CC; STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 13 *ad* art. 382 CC.

<sup>85</sup> Message protection de l'adulte, p. 6675.

<sup>86</sup> HEGNAUER, RDT 2003, p. 368; MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht, n. 6 *ad* art. 387 CC.

secondaire dans le contexte des EMS et homes<sup>87</sup>. La loi renvoie à l'autorité de protection de l'adulte dans deux situations :

Concernant les mesures limitant la liberté de mouvement, l'art. 385 CC prévoit que l'autorité de protection de l'adulte au siège de l'institution est compétente, à la demande de la personne concernée ou de ses proches, pour modifier la mesure, la lever, ou ordonner une autre mesure si elle constate que celle qui est en place n'est pas conforme à la loi.

Dans l'article sur le devoir de l'institution de protéger la personnalité du résident, la loi prévoit que l'institution doit aviser l'autorité de protection de l'adulte lorsque le résident est privé de toute assistance extérieure (art. 386 al. 2 CC). Dans ce cas, l'autorité examinera d'office s'il y a lieu d'instituer une curatelle.

### ***B. La responsabilité contractuelle découlant du contrat d'assistance***

Si la relation entre le résident et l'institution peut être qualifiée de droit privé<sup>88</sup>, se pose la question de savoir quelles prétentions de la personne incapable de discernement, ayant souffert d'atteintes à sa personnalité au sein de son EMS, peuvent être déduites de ce contrat. Comme nous l'avons déjà vu, la protection de la personnalité du résident est une obligation contractuelle définie par le standard minimum de l'art. 386 CC. Le degré de protection peut en outre être accru par le contrat spécifique conclu entre l'institution et le résident, notamment dans le cadre d'un hébergement en « résidence de luxe ».<sup>89</sup>

La violation de l'obligation contractuelle de protection de la personnalité du résident peut entraîner une prétention en dommages-intérêts ou en indemnité pour tort moral, si un préjudice en lien de causalité naturelle et adéquate avec la mauvaise exécution du contrat d'assistance, ainsi qu'une faute du débiteur, c'est-à-dire de l'EMS ou home qui est partie contractante, sont établis (art. 97 ss CO). Vu l'exigence d'un préjudice, soit sous forme de dommage soit sous forme de tort moral, les actions en responsabilité contractuelle entreront en ligne de compte seulement en cas d'atteintes d'une certaine intensité.

Tandis que la Suisse ne connaît aucune décision traitant de la responsabilité contractuelle des EMS et homes pour des soins insuffisants<sup>90</sup>, il existe en Allemagne une jurisprudence bien établie à ce sujet. Le contexte est la

---

<sup>87</sup> Avec exception des cantons qui prévoient l'autorité de protection de l'adulte en tant qu'autorité de surveillance au sens de l'art. 387 CC, cf. STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz, n. 6 ad art. 387 CC.

<sup>88</sup> Cf. *supra* III A pour une discussion de cette distinction.

<sup>89</sup> BREITSCHMID/STECK/WITTWER, FamPra.ch 2009, p. 874.

<sup>90</sup> Cf. cependant concernant la responsabilité pour une chute à l'hôpital l'arrêt du Tribunal administratif de Berne du 6 février 1995, JAB 1996, p. 127; LANDOLT, Pflegerecht 2013, p. 29.

subrogation de l'assureur aux droits de l'assuré contre tout tiers responsable, et des assurances qui font régulièrement valoir les droits ainsi acquis<sup>91</sup>.

Une *prétention en dommages-intérêts* entre en considération si l'atteinte à la personnalité du résident entraîne un dommage, par exemple si une hospitalisation devient nécessaire, entraînant des coûts de traitement médical<sup>92</sup>. Les exemples les plus fréquents dans la jurisprudence allemande concernent des négligences dans l'administration des soins qui ont engendré des escarres de décubitus<sup>93</sup>, ou bien un manque de surveillance et d'accompagnement conduisant à une chute causant une ou plusieurs fractures chez la victime<sup>94</sup>.

Une *indemnité pour tort moral* entre en ligne de compte si la personne concernée souffre de douleurs ou de souffrances psychiques suite à une atteinte à la personnalité (art. 99 al. 3 CO en relation avec les art. 47 et 49 CO). La loi exige que l'atteinte présente une certaine gravité objective et subjective<sup>95</sup>. Dans plusieurs cas, des tribunaux allemands ont attribué des indemnités pour tort moral à des personnes qui ont, pendant leur séjour en EMS, souffert d'escarres et ayant ensuite entraîné des douleurs<sup>96</sup>.

L'institution, qui est en règle générale une personne morale, répond des actes de ses organes, par exemple de la direction, sur la base de l'art. 55 al. 2 CC. C'est notamment sur cette base que l'institution répond d'une faute organisationnelle, si les mesures préventives demandées par l'art. 386 al. 1 CC dans l'organisation de l'institution, la formation, l'instruction et surveillance du personnel n'ont pas été mises en place (cf. *supra* III C). Les actes de ses employés et d'autres auxiliaires lui sont imputés sur la base de l'art. 101 CO. Dans ce contexte, la possibilité de preuve libératoire comme dans le domaine de la responsabilité délictuelle (cf. *infra* C) n'existe pas, et l'institution ne peut se libérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve que, si elle avait agi comme son employé, aucune faute ne pourrait lui être reprochée (critère de la faute hypothétique)<sup>97</sup>. Même si les mesures préventives dans l'organisation de l'institution, la formation et l'instruction du personnel ont été mises en place,

<sup>91</sup> HUBER, PJA 2011, p. 372.

<sup>92</sup> Cf. THEVENOZ, CR CO I, n. 30 ss *ad* art. 97 CO.

<sup>93</sup> Cf. les arrêts de principe de la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof* BGH) : BGH, arrêt du 18 mars 1986, IV ZR 215/84, NJW 1986, p. 2365 ss et BGH, arrêt du 2 juin 1987, VI ZR 174/86, NJW 1988, p. 762 ss. Cf. les références *in* HUBER, PJA 2011, p. 374 ss pour la jurisprudence subséquente.

<sup>94</sup> Cf. les références *in* HUBER, PJA 2011, p. 376 ss et LANDOLT, *Pflegerecht* 2013, p. 28 ss.

<sup>95</sup> ATF 131 III 26, c. 12.

<sup>96</sup> Cf. les références *in* HUBER, PJA 2011, p. 374 ss.

<sup>97</sup> TRITTEN HELBLING, *Maltraitance*, p. 224; THÉVENOZ, CR CO I, n. 26 ss *ad* art. 101 CO.

elles n'auront donc pas d'effet libératoire, si un membre du personnel agit au mépris d'instructions reçues<sup>98</sup>.

A la mort de la personne résidant en EMS ou home, les prétentions en dommages-intérêts passent aux héritiers (art. 560 CC). Le droit à la réparation du tort moral est cependant seulement transmissible par succession dès le moment où le lésé l'a fait valoir d'une façon ou d'une autre avant sa mort<sup>99</sup>. Dans la situation où les atteintes illicites à la personnalité ont causé la mort de la personne concernée, ses héritiers et autres proches n'étant pas partie au contrat d'assistance, devront recourir aux actions de responsabilité délictuelle pour réparation de leur propre tort moral<sup>100</sup>.

### **C. La responsabilité délictuelle**

La responsabilité délictuelle, c'est-à-dire des prétentions en dommages-intérêts et en indemnité pour tort moral basées sur les art. 41 ss CO, entre aussi en considération. Dans ce contexte, l'institution répond si elle est une personne morale des actes de ses organes sur la base de l'art. 55 al. 2 CC, et par le biais de l'art. 55 CO des actes de ses employés ou des autres auxiliaires. Pour se disculper, l'institution doit prouver qu'elle a pris toutes les mesures nécessaires afin d'éviter qu'un dommage du genre de celui qui s'est produit ne survienne. L'appréciation du devoir de diligence de l'institution porte sur le choix (*cura in eligendo*), l'instruction (*cura in instruendo*) et la surveillance (*cura in custodiendo*) du personnel, la mise à disposition d'instruments et matériel appropriés, ainsi que sur l'organisation rationnelle de l'institution<sup>101</sup>. A la différence de la situation sous l'art. 101 CO, l'institution pourra donc le cas échéant se libérer de toute faute, si elle arrive à prouver qu'elle a fait tout ce qui était en son pouvoir pour l'éviter. Reste cette question à débattre : des mesures d'économie dans le domaine de la santé, légitimées par des décisions démocratiques, doivent-elles mener à un assouplissement des devoirs de diligence des institutions privées, abaissant ainsi le niveau de protection ? Cette conséquence nous paraît peu souhaitable.

A la mort du résident, les prétentions en dommages-intérêts et pour tort moral passent aux héritiers de la même manière que dans le domaine contractuel. En plus, les proches peuvent faire valoir personnellement une indemnisation pour tort moral, si la mort a été causée par l'atteinte illicite à la personnalité (art. 47 CO).

---

<sup>98</sup> Pour une discussion de la problématique des clauses restrictives de responsabilité selon l'art. 101 al. 2 et 3 CO cf. BORNHAUSER/RUSCH, PJA 2010, p. 1228 ss et THEVENOZ, CR CO I, n. 37 ss *ad* art. 101 CO.

<sup>99</sup> ATF 81 II 389 s.; ATF 118 II 407; HUBERT-FROIDEVAUX, Commentaire successions, n. 22 *ad* art. 560 CC.

<sup>100</sup> Cf. *infra* C.

<sup>101</sup> TRITTEN HELBLING, Maltraitance, p. 221; WERRO, CR CO I, n. 17 ss *ad* art. 55 CO.

L'auteur de l'atteinte répond aussi personnellement de ses actes et le cas échéant, si l'institution répondant par le biais de l'art. 55 CO n'arrive pas à se libérer de sa responsabilité, l'auteur et l'institution répondent solidairement envers la victime (art. 50 CO).

### ***D. Les actions défensives des articles 28a et 28b CC***

Finalement, les actions défensives de l'article 28a CC, c'est-à-dire l'action en prévention ou en interdiction de l'atteinte, et l'action en cessation de l'atteinte, sont à disposition du résident en EMS victime d'une atteinte illicite à sa personnalité. Toutefois, une telle action contre l'institution privée ou les employés d'une institution de droit privé ou public devrait nécessairement être intentée durant le séjour dans l'établissement. Comme le bien-être du résident dépend surtout de l'existence d'un rapport de confiance avec l'institution et le personnel soignant, une telle action n'est en principe pas dans l'intérêt du résident<sup>102</sup>.

Quand il s'agit d'atteintes de la part de tiers, notamment de visiteurs du résident, les actions défensives font plus de sens. Dans le cas où ces atteintes prennent la forme de violence, de menaces ou de harcèlement, les mesures protectrices de l'art. 28b CC pourront être utiles, notamment l'interdiction de s'approcher de la victime et de prendre contact avec elle, ou encore l'interdiction de fréquenter l'institution<sup>103</sup>.

## **V. La représentation de la personne incapable de discernement**

### ***A. Généralités***

La question de la représentation de la personne incapable de discernement est primordiale lors de la conclusion du contrat d'assistance avec l'institution, pour réclamer des mesures défensives afin d'éviter une atteinte à la personnalité ou pour faire valoir des prétentions après la survenance d'une telle atteinte.

Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler les règles générales : en principe, les droits de la personnalité sont des droits dits « strictement personnels » au sens de l'art. 19c CC. Ces droits peuvent et doivent être exercés par la personne capable de discernement, même si elle fait l'objet d'une curatelle limitant ses droits civils. La jurisprudence admet que le consentement qui peut justifier une atteinte à la personnalité (notamment un traitement médical ou des soins

---

<sup>102</sup> LEUBA/VAERINI, CommFam, n. 8 *ad* art. 387 CC.

<sup>103</sup> Cf. pour les détails JEANDIN/PEYROT, CR CC I, n. 15 *ss ad* art. 28b CC.

infirmier) est un droit strictement personnel<sup>104</sup>. Les actions défensives des art. 28a et 28b CC et l'action en réparation du tort moral sont aussi considérées comme droits strictement personnels<sup>105</sup>. Par contre les actions de nature pécuniaire, notamment l'action en dommages-intérêts, même si elles découlent d'une atteinte à la personnalité, doivent être intentées par le curateur<sup>106</sup>.

Les choses se compliquent car la capacité de discernement est un concept relatif. Elle s'apprécie toujours *in concreto*, en fonction de la nature, de l'importance et de la complexité de l'acte à accomplir, en fonction du moment où il est effectué et de la situation concrète dans laquelle se trouve la personne en cause<sup>107</sup>. Cela signifie que la même personne peut être capable de discernement par rapport à une question plus simple ou touchant à un aspect plus personnel, notamment ceux liés aux soins quotidiens, mais pas pour un autre plus compliqué ou technique, comme les éléments pécuniaires du séjour en EMS ou la décision concernant une intervention chirurgicale.

À la lumière de ces règles générales, les dispositions du Code civil portant sur la protection de la personne incapable de discernement résidant en institution nous semblent inclure un certain risque. Lors de la conclusion du contrat d'assistance, existe le danger lorsque la personne est mise dans la catégorie « incapable de discernement » que son droit à l'autodétermination ne soit pas respecté, surtout dans l'exercice des droits strictement personnels, notamment le consentement nécessaire pour tout traitement médical ou soin infirmier.

La loi essaie d'y remédier en se référant aux souhaits de la personne incapable de discernement dans le contexte de la conclusion du contrat d'assistance (art. 382 al. 2 CC), ou en attribuant des droits de participation<sup>108</sup> au résident, en précisant que dans la mesure du possible, la personne incapable de discernement doit être associée au processus de décision concernant le traitement médical (art. 377 al. 3 CC), ou même en lui donnant un droit d'appeler par écrit l'autorité de protection, comme dans le cas des mesures limitant la liberté de mouvement (art. 385 al. 1 CC).

L'institution devra donc déterminer pour chaque décision à prendre si le résident possède une capacité de discernement suffisante pour donner son consentement personnellement<sup>109</sup>. Si la réponse est positive, il n'y a pas de place pour une décision du représentant. Si la personne paraît être incapable de discernement, ses droits de participation devront néanmoins être respectés.

---

<sup>104</sup> ATF 134 II 235, c. 4.1; ATF 114 Ia 350, c. 7.

<sup>105</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, n. 07.74; BIGLER-EGGENBERGER, BaK, n. 41 *ad* art. 19 aCC.

<sup>106</sup> WERRO/SCHMIDLIN, CR CC I n. 31 *ad* art. 19 aCC.

<sup>107</sup> GUILLOD, Droit des personnes, n. 105.

<sup>108</sup> SPRECHER, FamPra.ch 2011, p. 281 s.; MANAI, Droits du patient, p. 200 ss.

<sup>109</sup> Cf. ASSM, Personnes en situation de handicap, p. 8.

## **B. Types de représentants en cas d'incapacité de discernement**

Premièrement, le nouveau droit prévoit la possibilité de désigner un représentant déjà avant la perte des capacités mentales nécessaires pour prendre des décisions juridiquement valables. Ce sont les nouveaux instruments du mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss CC) et des directives anticipées du patient (art. 370 ss CC).

Le mandat pour cause d'incapacité donne la possibilité à la personne encore en possession du plein exercice des droits civils de désigner une personne physique ou morale chargée de lui fournir une assistance personnelle (ce qui inclut des décisions concernant l'entrée en EMS ou en home et un traitement médical), de gérer son patrimoine et de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers, au cas où elle deviendrait incapable de discernement<sup>110</sup>.

Les directives anticipées du patient ont, par contre, une portée limitée : seules des instructions destinées au personnel soignant concernant des traitements et soins spécifiques peuvent être formulées. Les directives anticipées peuvent désigner, par ailleurs, un représentant thérapeutique, défini par la loi comme « une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement » (art. 370 al. 2 CC).

Dans notre contexte, l'objectif de prolonger l'autonomie en relation avec la protection de la personnalité en cas de perte de la capacité de discernement est mieux réalisé par le mandat pour cause d'incapacité.

En deuxième lieu, c'est le curateur désigné par l'autorité de protection de l'adulte qui représente la personne concernée. La curatelle de représentation (art. 394 s. CC) et la curatelle de portée générale (art. 398 CC) entrent ici en considération. Toute incapacité durable de discernement par suite d'un handicap mental ou d'une démence ne doit pas mener automatiquement au prononcé d'une curatelle de portée générale<sup>111</sup>. En règle générale, une curatelle de représentation suffira pour assurer la protection des intérêts de la personne incapable de discernement. L'autorité détermine dans ce cas les catégories de tâches confiées au curateur (art. 391 CC) et décide pour chacune de ces catégories, si la personne doit en plus être privée de l'exercice des droits civils<sup>112</sup>.

En troisième lieu, si la personne concernée n'a pas utilisé les possibilités de désigner elle-même un représentant et si elle n'a pas de curateur, le nouveau droit prévoit des normes renforçant la position des proches. L'art. 378 CC

<sup>110</sup> GEISER, CommFam, n. 1 *ad* art. 360 CC.

<sup>111</sup> MEIER, CommFam, n. 7 *ad* art. 394 CC.

<sup>112</sup> MEIER, CommFam, n. 9 s. *ad* art. 394 CC.

contient une liste de personnes détenant, de par la loi, un pouvoir de représentation dans le domaine médical. Sont habilités à représenter la personne incapable de discernement pour consentir ou non aux soins médicaux, dans l'ordre suivant : son conjoint ou son partenaire enregistré ; la personne qui fait ménage commun avec elle ; ses descendants ; ses père et mère ; ses frères et sœurs. Toutes ces personnes doivent fournir une assistance personnelle régulière à la personne concernée si elles veulent exercer ce droit de représentation.

### ***C. Représentation dans le contexte de la protection de la personnalité dans un EMS***

Tous ces représentants sont-ils habilités à représenter la personne incapable de discernement résidant en EMS pour tous les actes nécessaires pour la défense de ses droits de la personnalité ?

Concernant le consentement dans le domaine médical, c'est-à-dire la représentation de la personne incapable de discernement dans des décisions liées à des traitements médicaux et des soins infirmiers, la loi prévoit une cascade de représentants possibles (art. 378 CC). La loi spécifie l'ordre suivant : en premier lieu le mandataire d'incapacité, puis le représentant thérapeutique, en troisième lieu le curateur désigné par l'autorité de protection de l'adulte, enfin les proches dans l'ordre déjà énuméré en commençant par le conjoint ou le partenaire enregistré<sup>113</sup>.

Pour la conclusion, la modification et la résiliation du contrat d'assistance, la loi renvoie à ces mêmes dispositions sur la représentation dans le domaine médical (art. 382 al. 3 CC), contrairement aux règles générales.

Pour les actions résultant d'une atteinte illicite à la personnalité, comme les actions défensives des articles 28a et 28b CC, l'action en dommages-intérêts, l'action en réparation du tort moral, et toute autre action basée sur les prétentions contractuelles, seul un mandataire d'incapacité (art. 360 ss CC)<sup>114</sup> ou un curateur dans le cadre d'une curatelle de représentation (art. 394 CC)<sup>115</sup> ou d'une curatelle de portée générale (art. 398 CC)<sup>116</sup> pourra représenter la personne concernée.

---

<sup>113</sup> Pour les détails cf. GUILLOD/HERTIG PEA, *CommFam*, n. 7 ss *ad art.* 378 CC.

<sup>114</sup> GEISER, *CommFam*, n. 12 ss *ad art.* 365 CC.

<sup>115</sup> MEIER, *CommFam*, n. 15 ss *ad art.* 394 CC.

<sup>116</sup> MEIER, *CommFam*, n. 16 ss *ad art.* 398 CC.

## VI. Conclusion

Nous aimerions conclure par des observations concernant le rôle du droit civil dans l'ensemble du dispositif de protection au centre de cette contribution, et les obstacles à la réalisation des prétentions civiles dans la pratique. Nous pouvons d'abord constater que de nombreux mécanismes de contrôle, de défense et de réparation en cas d'atteintes à la personnalité de résidents en EMS sont en place. Le fait qu'une partie de ces instruments étaient déjà disponibles avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, notamment les prétentions contractuelles et délictuelles, sans qu'aucune trace visible dans la jurisprudence publiée prouve que ces mécanismes soient utilisés dans la pratique, donne à réfléchir.

Comment expliquer le décalage entre une problématique de maltraitance dans les institutions suisses, constatée par les professionnels de la santé<sup>117</sup>, et l'absence de pratique juridique assurant la prévention et la réparation de ces atteintes par le biais du droit civil ? Le problème est apparemment de nature générale : la personne nécessitant le plus des droits protecteurs est celle qui a le moins de ressources pour en faire usage. A cause de ses problèmes de santé, la personne incapable de discernement n'a pas la capacité de faire valoir elle-même ses prétentions civiles<sup>118</sup>. Il est donc d'autant plus déplorable que le mécanisme prévoyant une activité d'office d'une autorité, la surveillance cantonale selon l'art. 387 CC, ait été réglé de manière peu concrète.

Reste à souligner le rôle primordial des mandataires privés et officiels dans l'exercice des droits découlant de la protection de la personnalité des personnes incapables de discernement résidant en institution, tâche qui fait partie du devoir de diligence des mandataires<sup>119</sup>. Il revient aussi à l'autorité de protection de l'adulte compétente de garantir que la représentation des intérêts d'une personne vulnérable soit assurée d'une manière efficace<sup>120</sup>. Finalement, le dispositif de protection décrit dans cette contribution a d'autant plus de chances de succès que les proches font usage de leurs droits d'en appeler à l'autorité de protection de l'adulte<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> ROULET SCHWAB/RIVOIR, *Maltraitance*, p. 11 ss.

<sup>118</sup> Ceci est une grande différence par rapport à la protection de la personnalité du travailleur selon l'art. 328 CO.

<sup>119</sup> Cf. art. 365, 413 al. 1 et 456 CC; MEIER/LUKIC, p. 171, note 422.

<sup>120</sup> Cf. notamment les art. 368, 386 al. 2, 389 s. et 400 al. 3 CC.

<sup>121</sup> Cf. notamment les art. 368 al. 2, 381 al. 3, 385 al. 1, 390 al. 3, 419 CC; STETTLER, *Mélanges PERRIN*, p. 115 ss.

## VII. Bibliographie

- Académie Suisse des Sciences Médicales, Directives anticipées, Directives et recommandations médico-éthiques du 19 mai 2009, mise à jour 2012, [www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html](http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html) consulté le 5 février 2014 (cité : ASSM, Directives anticipées)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Prise en charge des patientes et patients en fin de vie, Directives et recommandations médico-éthiques du 25 novembre 2004, mise à jour 2012, [www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html](http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html) consulté le 5 février 2014 (cité : ASSM, Fin de vie)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, Directives et recommandations médico-éthiques du 18 mai 2004, mise à jour 2013, révision totale prévue, [www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html](http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html) consulté le 5 février 2014 (cité : ASSM, Personnes âgées)
- Académie Suisse des Sciences Médicales, Traitement médical et prise en charge des personnes en situation de handicap, Directives et recommandations médico-éthiques du 20 mai 2008, mise à jour 2012, [www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html](http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html) consulté le 5 février 2014 (cité : ASSM, Personnes en situation de handicap)
- Christof BERNHART, *Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung*, Bâle 2011 (cité : BERNHART, *Handbuch FU*)
- Margrith BIGLER-EGGENBERGER, in *ZGB I*, Basler Kommentar, Heinrich HONSELL, Nedim PETER VOGT, Thomas GEISER (éd.), 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (cité : BIGLER-EGGENBERGER, *BaK*)
- Philip R. BORNHAUSER/Arnold F. RUSCH, *Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung*, *PJA* 2010, p. 1228 ss (cité : BORNHAUSER/RUSCH, *PJA* 2010)
- Peter BREITSCHMID, in *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, Peter BREITSCHMID et Alexandra RUMO-JUNGO (éd.), Zurich 2012 (cité : BREITSCHMID, *CHK*)
- Peter BREITSCHMID/Daniel STECK/Caroline WITTWER, *Der Heimvertrag*, in *La pratique du droit de la famille* 2009, p. 867 ss (cité : BREITSCHMID/STECK/WITTWER, *FamPra.ch* 2009)
- Andreas BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2009 (cité : BUCHER, *Personnes physiques*)

- Claudia COOPER/Amber SELWOOD/Gill LIVINGSTON, The prevalence of elder abuse and neglect : a systematic review, *in* 37 (2) Age and Ageing 2008, p. 151 ss (cité : COOPER/SELWOOD/LIVINGSTON, Age and Ageing 2008)
- COPMA, Droit de la protection de l'adulte. Guide pratique (avec des modèles), Zurich/St-Gall 2012 (cité : COPMA, Guide pratique)
- Michelle COTTIER, *in* Protection de l'adulte, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : COTTIER, CommFam)
- Jean-Philippe DUNAND, *in* Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe DUNAND et Pascal MAHON (éd.), Berne 2013 (cité : DUNAND, Contrat de travail)
- Patrick FASSBIND, Erwachsenenschutz, Zurich 2012 (cité : FASSBIND, Erwachsenenschutz)
- Patrick FASSBIND, *in* Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Peter NOBEL, Ivo SCHWANDER et Stephan WOLF (éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2011 (cité : FASSBIND, OFK)
- Walter FELLMANN, 3. Kapitel : Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, *in* Arztrecht in der Praxis, Moritz W. KUHN et Tomas POLEDNA (éd.), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2007, p. 103 ss (cité : FELLMANN, Arztrecht)
- Thomas GEISER, *in* Protection de l'adulte, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : GEISER, CommFam)
- Gemeinderat der Stadt Zürich, Pflegezentrum Entlisberg : Bericht der GPK über Vorkommnisse um mutmassliche Übergriffe von Pflegepersonen an Bewohnerinnen und Bewohnern des Pflegezentrums Entlisberg GR-Nr. 2009/106, Zurich 17 mai 2010 (cité : Gemeinderat Zürich, GPK Bericht Entlisberg)
- Olivier GUILLOD, Droit des personnes, 2<sup>e</sup> éd., Neuchâtel 2010 (cité : GUILLOD, Droit des personnes)
- Olivier GUILLOD/Agnes HERTIG PEA, *in* Protection de l'adulte, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : GUILLOD/HERTIG PEA, CommFam)
- Christoph HÄFELI, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht. Mit einem Exkurs zum Kinderschutz, Berne 2013 (cité : HÄFELI, Grundriss)
- Heinz HAUSHEER/Regina E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012 (cité : HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht)

- Cyril HEGNAUER, *Struktur der vormundschaftlichen Aufsicht*, RDT 2003, p. 361 s
- Christian HUBER, *Haftung für Pflegefehler*, PJA 2011, p. 371 ss
- Evelyn HUBER/Heinz RÜEGGER, *Gerontologische, pflegerische und ethische Aspekte bei der Umsetzung des Erwachsenenschutzrechtes*, *Pflegerecht* 2013, p. 2 ss
- Anouchka HUBERT-FROIDEVAUX, in *Commentaire du droit des successions*, Antoine Eigenmann *et al.* (éd.), Berne 2012 (cité : HUBERT-FROIDEVAUX, *Commentaire successions*)
- Nicolas JEANDIN/Aude PEYROT, in *Code civil I*, Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX (éd.), Bâle 2010 (cité : JEANDIN/PEYROT, CR CC I)
- Etienne G. KRUG *et al.*, *Rapport mondial sur la violence et la santé*, Organisation mondiale de la santé, Genève 2002 (cité : KRUG *et al.*, *Rapport violence*)
- Hardy LANDOLT, *Sturzproblematik aus juristischer Sicht*, *Pflegerecht* 2013, p. 14 ss
- Audrey LEUBA/Céline TRITTEN, *La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution*, RDT 2003, p. 284 ss (cité : LEUBA/TRITTEN, RDT 2003)
- Audrey LEUBA/Micaela VAERINI, in *Protection de l'adulte*, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : LEUBA/VAERINI, *CommFam*)
- Dominique MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2013 (cité : MANAI, *Droits du patient*)
- Philippe MEIER, in *Protection de l'adulte*, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : MEIER, *CommFam*)
- Philippe MEIER, *Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) novembre 2012 à février 2013*, in *RMA* 2013, p. 79 ss (cité : MEIER, *RMA* 2013)
- Philippe MEIER/Suzana LUKIC, *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : MEIER/LUKIC)
- Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635 ss (cité : Message protection de l'adulte)

- Peter MÖSCH PAYOT, *in* Das neue Erwachsenenschutzrecht, Daniel ROSCH, Andrea BÜCHLER et Dominique JAKOB (éd.), Bâle 2011 (cité : MÖSCH PAYOT, Erwachsenenschutzrecht)
- Office fédéral de la santé publique OFSP, Rapport au Conseil fédéral sur la concrétisation de la stratégie fédérale en matière de qualité dans le système de santé, Berne, 25 mai 2011 (cité : OFSP, Rapport qualité)
- Organisation mondiale de la Santé, Maltraitance des personnes âgées, Aide-mémoire N°357, Août 2011 (OMS, Aide-mémoire n°357)
- Tomas POLEDNA/Kerstin Noëlle VOKINGER, Die freie Arztwahl in Alters- und Pflegeheimen – Herausforderungen aufgrund des neuen Erwachsenenschutzrechts, Pflegerecht 2013, p. 66 ss (cité : POLEDNA/VOKINGER, Pflegerecht 2013)
- Qualivista, Leistungsanforderungen und -bewertung in Alters- und Pflegeheimen der Kantone Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Solothurn, mars 2012, <http://www.langzeitpflege-bs.ch/infos/grundangebot/> consulté le 24 février 2014 (cité : Qualivista)
- Lukas RADBRUCH/Sheila PAYNE *et al.*, White Paper on Standards and Norms for Hospice and Palliative Care in Europe, European Journal Of Palliative Care 2009, 16(6), p. 278 ss (part 1); 2010, 17(1), p. 22 ss (part 2) (cité : RADBRUCH/PAYNE *et al.*, European Journal Of Palliative Care 2009)
- Manfred REHBINDER/Jean-Fritz STÖCKLI, Berner Kommentar: Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Berne 2010 (cité : REHBINDER/STÖCKLI, BK Arbeitsvertrag)
- Delphine ROULET SCHWAB/Anna RIVOIR, Maltraitance des personnes âgées. Représentation et gestion de la problématique dans les institutions, Lausanne 2011, <http://www.alter-ego.ch/> consulté le 24 février 2014 (cité : ROULET SCHWAB/RIVOIR, Maltraitance)
- sanaCERT suisse, Schweizerische Stiftung für die Zertifizierung der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, Manual für die Selbst- und Fremdbewertung, Normative Grundlage für die Zertifizierung der Qualitätssicherung und Qualitätsförderung in Langzeitpflegeeinrichtungen Version 6.0, Berne 2012 (cité : sanaCERT suisse, Qualitätssicherung)
- Hermann SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, Zurich/Saint-Gall 2010 (cité : SCHMID, Erwachsenenschutz)
- Monika SCHRÖTTLE *et al.*, Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland, Kurzfassung, Berlin 2013 (cité : SCHRÖTTLE, Frauen mit Beeinträchtigungen)

- Dinesh SETHI *et al.*, European report on preventing elder maltreatment, WHO Regional Office for Europe, Copenhagen 2011, <http://www.euro.who.int/en/health-topics/Life-stages/healthy-ageing/publications/2011/european-report-on-preventing-elder-maltreatment> consulté le 24 février 2014 (cité : SETHI *et al.*, European report)
- Franziska SPRECHER, Patientenrechte Urteilsunfähiger. Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht, *in* La pratique du droit de la famille 2011, p. 270 ss (cité : SPRECHER, FamPra.ch 2011)
- Daniel STECK, *in* Erwachsenenschutz, Basler Kommentar, Thomas GEISER et Ruth REUSSER (éd.), Bâle 2012 (cité : STECK, BaK ZGB-Erwachsenenschutz)
- Paul-Henri STEINAUER/Christiana FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014
- Martin STETTLER, La référence aux proches dans le droit actuel et futur de la protection des adultes, *in* Pour un droit pluriel : Mélanges Jean-François PERRIN, Jean KELLERHALS, Dominique MANAI et Robert ROTH (éd.), Genève/Bâle/Munich 2002, p. 109 ss (cité : STETTLER, Mélanges PERRIN)
- Luc THÉVENOZ, *in* Code des obligations I, Luc THÉVENOZ et Franz WERRO (éd.), Bâle 2012 (cité : THÉVENOZ, CR CO I)
- Céline TRITTEN HELBLING, La protection juridique de la personne âgée victime de maltraitance en institution, Bâle 2013 (cité : TRITTEN HELBLING, Maltraitance)
- Micaela VAERINI, *in* Protection de l'adulte, Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (éd.), Berne 2013 (cité : VAERINI, CommFam)
- Franz WERRO, *in* Code des obligations I, Luc THÉVENOZ et Franz WERRO (éd.), Bâle 2012 (cité : WERRO, CR CO I)
- Franz WERRO/Irène SCHMIDLIN, *in* Code civil I, Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX (éd.), Bâle 2010 (cité : WERRO/SCHMIDLIN, CR CC I)
- Aileen WIGLESWORTH *et al.*, Screening for Abuse and Neglect of People with Dementia, 58(3) Journal of the American Geriatrics Society 2010, p. 493 ss (cité : WIGLESWORTH *et al.*, Journal of the American Geriatrics Society 2010)

# Protection de la personnalité des sujets de recherche

PHILIPPE DUCOR<sup>1</sup>

## I. Introduction

La recherche sur l'être humain, en particulier dans le domaine de la médecine et de la biologie, est susceptible de porter atteinte à la dignité humaine et à la personnalité du sujet de recherche. Les excès de la Seconde Guerre mondiale ainsi que certaines expériences pratiquées par la suite ont démontré le besoin d'une réglementation appropriée visant à protéger les sujets de recherche.

L'attention s'est d'abord portée sur la protection des participants à la recherche sur les produits thérapeutiques, en particulier les médicaments. Ce type de recherche comporte en effet des risques significatifs, et c'est assez naturellement que le secteur pharmaceutique a été le premier à connaître une réglementation en matière de recherche.

Aujourd'hui, la recherche sur l'être humain va bien au-delà des seuls produits thérapeutiques. De nombreux essais cliniques impliquent des interventions liées à la santé sans aucune administration de produits thérapeutiques, telles des interventions chirurgicales, des manœuvres de médecine physique ou des traitements psychologiques. En outre, de nombreux projets de recherche avec l'être humain ne comportent aucune intervention liée à la santé, se bornant à collecter du matériel biologique et/ou des données personnelles liées à la santé. Enfin, les projets de recherche réutilisant du matériel biologique et/ou des données personnelles liées à la santé déjà collectés dans un autre contexte, occupent une place croissante dans le paysage actuel de la recherche.

Alors que la réglementation suisse en vigueur jusqu'en 2013 mêlait une réglementation fédérale axée essentiellement sur les produits thérapeutiques et une réglementation cantonale lacunaire, la loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 (LRH<sup>2</sup>), institue un système réglementaire couvrant l'ensemble des aspects de la recherche sur l'être humain, à tout le moins dans le domaine de la biologie et de la médecine. Conformément au mandat constitutionnel de l'art. 118b Cst., ce système réglementaire vise à protéger la dignité humaine et la personnalité des sujets de recherche tout en tenant compte de la liberté de la recherche.

---

<sup>1</sup> Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocat, médecin.

<sup>2</sup> RS 810.30.

Dans ce but, la LRH nuance les exigences réglementaires et opère de nombreuses distinctions selon l'identité du sujet de recherche et sa vulnérabilité, selon la nature plus ou moins invasive du projet de recherche, ou selon qu'elle porte sur une personne humaine, une personne décédée, un fœtus ou seulement sur du matériel biologique d'origine humaine ou des données personnelles liées à la santé.

## II. Avant la LRH

Avant l'adoption de l'art. 118*b* Cst., la Confédération n'avait aucune compétence générale lui permettant de réglementer la recherche sur l'être humain. Elle disposait toutefois de la compétence de prendre des mesures visant à protéger la santé, notamment en ce qui concerne l'utilisation des agents thérapeutiques (art. 118 al. 2 let. a Cst.).

Sur cette base, le Parlement fédéral a édicté la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002 (LPTh<sup>3</sup>), qui vise à garantir la mise sur le marché de produits thérapeutiques de qualité, sûrs et efficaces<sup>4</sup>. La section 2 du chapitre 4 de la LPTh était consacrée aux essais cliniques de produits thérapeutiques, c'est-à-dire à la recherche sur l'être humain portant sur les médicaments ou les dispositifs médicaux<sup>5</sup>. Les règles applicables aux essais cliniques de produits thérapeutiques étaient précisées dans l'ordonnance sur les essais cliniques, aujourd'hui abrogée (aOClin).

Outre la LPTh, le droit fédéral contenait quelques dispositions disparates concernant la recherche sur l'être humain, intégrées dans des lois spéciales. On citera la loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (LRCS<sup>6</sup>), la loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (LTx<sup>7</sup>), et la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA<sup>8</sup>). Ces dispositions ne traitaient toutefois que de secteurs très spécifiques de la recherche sur l'être humain.

---

<sup>3</sup> RS 812.21.

<sup>4</sup> Art. 1 al. 1 LPTh.

<sup>5</sup> Art. 53 à 57 aLPTh. Les art. 53 et 54 LPTh ont toutefois été modifiés suite à l'entrée en vigueur de la LRH, et les art. 55 à 57 LPTh ont été abrogés.

<sup>6</sup> RS 810.31.

<sup>7</sup> RS 810.21.

<sup>8</sup> RS 810.11.

Pour le reste, c'est-à-dire l'essentiel de la recherche sur l'être humain sans produits thérapeutiques, le droit cantonal était applicable. Celui-ci se caractérisait par une réglementation généralement lacunaire, opérant le plus souvent un renvoi indifférencié aux règles de la LPTh bien que les situations couvertes ne concernaient pas des produits thérapeutiques<sup>9</sup>.

Au vu d'une réglementation fragmentée entre le droit fédéral et cantonal, et lacunaire en ce qui concerne la recherche sur l'être humain sans administration de produits thérapeutiques, il était devenu difficile aux milieux concernés d'identifier les règles applicables. Ce problème était particulièrement aigu dans les domaines de recherche qui se développent fortement, notamment les essais cliniques sans administration de produits thérapeutiques, les projets de recherche impliquant la collecte de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé, ou encore la réutilisation de ces éléments lorsqu'ils ont été collectés antérieurement.

En apportant une réglementation systématique de la recherche sur l'être humain, le système de la LRH constitue un progrès important.

### III. Genèse de la LRH

#### A. *Art. 118b Cst.*

Le besoin d'une réglementation fédérale systématique et exhaustive de la recherche sur l'être humain s'étant fait sentir, il a fallu d'abord établir une base constitutionnelle appropriée permettant à la Confédération de légiférer en la matière. La Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des Etats a adopté le 18 février 2003, dans le contexte des débats parlementaires relatifs à la LRCS, une motion parlementaire demandant la création d'une base constitutionnelle relative à la recherche sur l'être humain. Un avant-projet et une consultation initiée le 1<sup>er</sup> février 2006 ont donné lieu à un projet d'article constitutionnel et au Message correspondant du Conseil fédéral le 12 septembre 2007<sup>10</sup>. L'art. 118b Cst. a été adopté le 7 mars 2010 par le peuple et les cantons suisses.

<sup>9</sup> Cf. à titre d'exemple l'art. 61 al. 4 de la loi genevoise sur la santé (LS) (RS/GE K 1 03).

<sup>10</sup> Message du 12 septembre 2007 relatif à l'article constitutionnel concernant la recherche sur l'être humain, FF 2007 6345 (Message Cst.).

L'art. 118*b* al. 1 Cst. intitulé « Recherche sur l'être humain » a la teneur suivante :

« <sup>1</sup> La Confédération légifère sur la recherche sur l'être humain, dans la mesure où la protection de la dignité humaine et de la personnalité l'exige. Ce faisant, elle veille à la liberté de la recherche et tient compte de l'importance de la recherche pour la santé et la société. »

L'art. 118*b* al. 1 Cst. adopte comme critère déterminant le risque posé par la recherche pour la dignité humaine et la personnalité des participants. Le libellé de la première phrase de cette disposition indique clairement que le législateur fédéral n'a aucun mandat constitutionnel lorsque le risque est négligeable<sup>11</sup>. On remarquera en outre que le mandat constitutionnel de l'art. 118*b* Cst. n'est pas limité à un domaine de recherche déterminé, en particulier la santé. Le législateur fédéral reste ainsi libre de réglementer les domaines de recherche sur l'être humain qu'il considère présenter un risque suffisamment significatif pour la dignité et la personnalité de l'être humain. En revanche, on verra plus loin que le législateur a limité le champ d'application de la LRH à la recherche « sur les maladies humaines et sur la structure et le fonctionnement du corps humain »<sup>12</sup>.

Les biens juridiques mentionnés à l'art. 118*b* al. 1 Cst. – dignité humaine et personnalité – relèvent d'autres dispositions constitutionnelles. Il s'agit d'une part de la garantie de la dignité humaine (art. 7 Cst.), et d'autre part de la protection constitutionnelle de la personnalité. Cette protection constitutionnelle est concrétisée par le droit à la vie (art. 10 al. 1 Cst.), par le droit à la liberté personnelle (notamment intégrité physique et psychique, liberté de mouvement – art. 10 al. 2 et 3 Cst.), par la protection des enfants et des jeunes (art. 11 Cst.) ainsi que par la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.). L'art. 118*b* al. 1 Cst. impose en outre au législateur fédéral de tenir compte de la liberté de la recherche, qui constitue un composant de la liberté de la science consacrée par l'art. 20 Cst. Dans la mesure où la dignité humaine jouit d'une protection absolue et ne peut faire l'objet d'aucune restriction, le législateur fédéral est invité à trouver un équilibre entre la protection de la personnalité des sujets de recherche d'une part, et la liberté de la recherche d'autre part<sup>13</sup>.

Telle que comprise par l'art. 118*b* al. 1 Cst., la notion de recherche « sur l'être humain » est large et ne se limite pas à la recherche sur des personnes au sens de l'art. 11 CC. En effet, la recherche pratiquée sur des personnes décédées, sur des embryons ou des fœtus humains, sur du matériel biologique ou sur des

---

<sup>11</sup> Message du 21 octobre 2009 sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, FF 2009 7259 (Message LRH), 1.1.1, p. 7268.

<sup>12</sup> Art. 2 al. 1 LRH.

<sup>13</sup> Message Cst. (note 10), 2.1, p. 6352; *idem*, 5.1, p. 6372.

données personnelles liées à la santé, est également susceptible de poser un risque pour la dignité humaine ou la personnalité des personnes qui en sont la source. Bien que le risque pour ces personnes sources soit à l'évidence moins marqué que le risque pour les personnes participant directement à un projet de recherche, il a été considéré comme suffisamment significatif pour justifier d'inclure ces types de recherche dans le mandat constitutionnel. L'art. 2 al. 1 LRH concrétise cette conception large de la recherche sur l'être humain.

L'art. 118b Cst. concerne uniquement la « recherche » sur l'être humain, notion parfois difficile à différencier d'autres activités, en particulier de l'utilisation des résultats de la recherche. Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la notion de recherche dans une décision rendue dans le contexte de la LPTH<sup>14</sup>. Une femme atteinte d'un cancer terminal avait été traitée par une dose supra-maximale d'un médicament oncologique, supérieure à la dose maximale figurant dans l'information professionnelle autorisée par Swissmedic (*off-label use*). La patiente était décédée quelques jours après des suites du traitement. Dans le choix de la dose, le médecin s'était basé sur les résultats de deux essais cliniques effectués en Allemagne, publiés dans des revues scientifiques crédibles. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il convient de distinguer entre, d'une part, une activité de recherche visant à établir de manière systématique l'efficacité et la sécurité d'un médicament et, d'autre part, un essai thérapeutique individuel, même expérimental<sup>15</sup>. Selon le Message relatif à l'art. 118b Cst., la notion de recherche implique une perspective de généralisation et une entreprise menée de façon systématique, méthodique et vérifiable. La recherche vise à l'acquisition de connaissances basées sur des critères scientifiques, et non au traitement d'un patient en particulier<sup>16</sup>. Cette notion est confirmée par l'art. 3 let. a LRH qui définit la recherche comme la « recherche méthodologique visant à obtenir des connaissances généralisables ».

L'art. 118b al. 2 Cst. est plus spécifique que l'art. 118b al. 1 Cst. Il pose plusieurs principes essentiels applicables à la « recherche en biologie et en médecine impliquant des personnes », lesquels sont repris en détail dans la LRH et ses ordonnances d'application. En premier lieu, l'exigence du consentement éclairé de tout participant à un projet de recherche sur l'être humain, sous réserve d'exceptions légales pour lesquelles le refus est contraignant dans tous les cas (art. 118b al. 2 let. a Cst.). Ensuite, le respect de la proportionnalité entre, d'une part, les risques et contraintes que le projet de recherche impose au participant et, d'autre part, le bénéfice de la recherche pour le participant ou pour la société (art. 118b al. 2 let. b Cst.). Le caractère subsidiaire de la recherche sur les incapables de discernement, qui d'une part ne peut être entreprise que si des résultats équivalents ne peuvent être obtenus

<sup>14</sup> ATF 134 IV 175.

<sup>15</sup> *Ibid.* c. 3.4.

<sup>16</sup> Message Cst. (note 10), 2.2.1, p. 6352.

chez des personnes capables de discernement, et qui d'autre part ne peut faire courir que des risques et des contraintes minimaux à l'incapable de discernement lorsqu'aucun bénéfice direct du projet de recherche ne peut être escompté pour lui (art. 118*b* al. 2 let. c Cst.)<sup>17</sup>. Enfin, une expertise du projet de recherche par une instance indépendante (commission d'éthique) doit avoir établi que la protection des sujets de recherche est assurée (art. 118*b* al. 2 let. d Cst.). Ces principes essentiels de protection de la personne sont repris et approfondis dans la LRH et ses ordonnances d'application.

## ***B. La LRH et ses ordonnances d'application***

Un avant-projet de LRH a été proposé le 1er février 2006 conjointement à l'avant-projet d'article constitutionnel. Suite à la consultation, un projet de LRH accompagné du Message correspondant du Conseil fédéral<sup>18</sup> a été publié le 21 octobre 2009. La LRH a ensuite été adoptée avec quelques changements le 30 septembre 2011, et il a fallu attendre le 20 septembre 2013 pour que les ordonnances d'application définitives soient publiées. La loi et ses ordonnances sont entrées en vigueur le 1er janvier 2014.

La LRH pose les exigences applicables à toute recherche sur l'être humain prise au sens large<sup>19</sup>, et celles qui ne sont applicables qu'à la recherche sur des personnes au sens de l'art. 11 CC<sup>20</sup>. Les principes de l'art. 118*b* al. 2 Cst. y sont repris, et de nombreux autres sont ajoutés. Tous visent à protéger la dignité humaine et la personnalité des sujets de recherche. Des chapitres spécifiques de la loi sont consacrés aux personnes particulièrement vulnérables, à la réutilisation de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé, à la recherche sur des personnes décédées et sur des embryons et des fœtus, y compris des enfants morts-nés. La LRH prévoit en outre un régime d'autorisation pour tout projet de recherche sur l'être humain par la commission d'éthique compétente<sup>21</sup>, et pose les règles relatives à ces dernières<sup>22</sup>.

Les ordonnances d'application de la LRH sont respectivement l'ordonnance sur les essais cliniques (Oclin)<sup>23</sup>, l'ordonnance relative à la recherche sur l'être

---

<sup>17</sup> Projet de recherche avec bénéfice direct escompté : « tout projet de recherche dont les résultats permettent d'escompter une amélioration de l'état de santé des personnes y participant » (art. 3 let. d LRH).

<sup>18</sup> Message LRH (note 11).

<sup>19</sup> Art. 4-10 LRH.

<sup>20</sup> Art. 11-31 LRH.

<sup>21</sup> Art. 45 et 47 LRH.

<sup>22</sup> Art. 51-55 LRH.

<sup>23</sup> RS 810.305.

humain (ORH)<sup>24</sup> et l'ordonnance d'organisation concernant la LRH (Org LRH)<sup>25</sup>.

L'OClin règle les aspects relatifs aux essais cliniques au sens de l'art. 3 let. 1 LRH, c'est-à-dire les projets de recherche avec des personnes au sens de l'art. 11 CC, « dans le[s]quel[s] les participants sont affectés dès le départ à des interventions liées à la santé afin d'évaluer les effets de ces dernières sur la santé ou sur la structure et le fonctionnement du corps humain ». L'OClin règle les exigences fixées pour la réalisation des essais cliniques, la procédure d'autorisation devant la commission d'éthique et la documentation exigée, les tâches respectives de la commission d'éthique, cas échéant de Swissmedic ou de l'OFSP, ainsi que l'enregistrement des essais cliniques dans une base de données accessible au public.

L'ORH règle quant à elle les projets de recherche en lien avec le prélèvement de matériel biologique et/ou la collecte de données personnelles liées à la santé. Par définition, ces projets de recherche sur des personnes ne sont pas des essais cliniques, car ils ne comportent pas d'interventions liées à la santé au sens de l'art. 3 let. 1 LRH. L'ORH traite en outre de la recherche effectuée sur du matériel biologique déjà prélevé et/ou des données personnelles liées à la santé déjà prélevées, et de la recherche sur des personnes décédées ou sur des embryons et des fœtus issus d'interruption de grossesse ou d'avortements spontanés.

Enfin, l'Org LRH traite de l'organisation des commissions d'éthique et des règles de procédure à appliquer aux différents types et catégories de projets de recherche sur l'être humain.

La LRH et ses ordonnances d'application forment un système se voulant exhaustif, couvrant l'ensemble des activités de recherche sur les maladies humaines et la structure et le fonctionnement du corps humain. Ce système est compatible avec les textes internationaux applicables, en particulier la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine<sup>26</sup> et la Recommandation de l'OCDE sur la gouvernance des essais cliniques<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> RS 810.301.

<sup>25</sup> RS 810.308.

<sup>26</sup> Convention du 4 avril 1997 pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> novembre 2008 (RS 0.810.2).

<sup>27</sup> Recommandation du Conseil sur la gouvernance des essais cliniques du 10 décembre 2012, C(2012)167.

## IV. Système de la LRH

### A. Méthode

En édictant la LRH, le législateur fédéral a exécuté son mandat constitutionnel, visant à protéger la dignité humaine et la personnalité des sujets de recherche tout en préservant la liberté de la recherche. Dans ce but, la LRH utilise plusieurs dispositifs légistiques, directement ou à travers ses ordonnances d'application.

Tout d'abord, le *champ d'application* de la LRH est soigneusement délimité, afin de ne réglementer que la recherche susceptible de porter atteinte à la dignité humaine ou à la personnalité des participants (art. 118*b* al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase Cst.) (*infra* 1).

Ensuite, la LRH édicte un certain nombre de *principes de protection*, destinés à prévenir toute atteinte inappropriée à la dignité humaine et à la personnalité des participants à la recherche (art. 118*b* al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase et al. 2 Cst.) (*infra* 2).

Enfin, les exigences réglementaires sont finement adaptées au type et à la catégorie des projets de recherche, notamment en ce qui concerne le contrôle par la commission d'éthique et d'autres autorités, la documentation exigée, la responsabilité et sa garantie, ou les aspects procéduraux. Cette *gradation des exigences* permet de prendre en compte la liberté de la recherche (art. 118*b* al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase Cst.) (*infra* 3).

#### 1. Champ d'application

Comme déjà mentionné, l'art. 118*b* al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase Cst. ne confère au législateur fédéral la compétence de légiférer en matière de recherche sur l'être humain que dans la mesure où celle-ci présente un risque pour la dignité humaine ou la personnalité des participants. On se souviendra également que l'art. 118*b* al. 1 Cst. ne spécifie pas les domaines de recherche sur l'être humain concernés par ses dispositions, laissant au législateur fédéral le soin de déterminer les domaines qui lui semblent poser un risque suffisamment significatif.

Lors de l'élaboration de la LRH, il est apparu qu'actuellement seule la recherche biomédicale sur l'être humain représente une menace pour la dignité et la personnalité des participants<sup>28</sup>. Cette notion est traduite dans la loi à l'art. 2 al. 1 LRH: « La présente loi s'applique à la recherche sur les maladies humaines et sur la structure et le fonctionnement du corps humain (...) ». L'article 3 let. b LRH définit la recherche sur les maladies humaines comme « la recherche

---

<sup>28</sup> Message LRH (note 11), 1.1.2, p. 7269 s.

sur les causes, la prévention, le diagnostic, le traitement et l'épidémiologie des troubles physiques et psychiques de la santé ». L'art. 3 let. c LRH définit, quant à lui, la recherche sur la structure et le fonctionnement du corps humain comme « la recherche fondamentale, en particulier dans les domaines de l'anatomie, de la physiologie et de la génétique du corps humain ainsi que la recherche non axée sur une maladie relative aux interventions sur le corps humain. »

Ce faisant, la LRH exclut de son champ d'application de larges domaines de recherche, actuellement considérés comme sans danger significatif pour la dignité humaine et la personnalité des participants. Il s'agit en particulier des sciences humaines et sociales, de la recherche marketing, de la recherche collectant ou réutilisant des données personnelles sans lien avec la santé, des études de genre, sur le racisme, sur la religion, ou encore l'économie de la santé<sup>29</sup>. Relevons toutefois que pour le cas où le législateur fédéral viendrait à considérer que l'un ou l'autre de ces domaines de recherche viendrait à présenter un risque suffisamment significatif pour la dignité humaine et la personnalité des sujets de recherche, l'art. 118b al. 1 Cst lui confère le mandat constitutionnel de légiférer par une nouvelle loi fédérale<sup>30</sup>.

Le champ d'application de la LRH est inclusif en ce qui concerne la notion de recherche « sur l'être humain », et ne se limite pas à la recherche sur les personnes au sens de l'art. 11 CC. Au-delà de la recherche pratiquée sur des personnes, le champ d'application de la LRH s'étend en effet à la recherche pratiquée sur des personnes décédées, sur du matériel biologique d'origine humaine, sur des embryons et des fœtus humains *in vivo* ou avortés, et sur des données personnelles liées à la santé<sup>31</sup>. Bien que le risque pour les personnes sources de ces éléments soit moindre que pour les personnes participant directement à un projet de recherche, il a été considéré comme suffisamment significatif pour justifier de les inclure dans le champ d'application de la LRH.

Au sein même de son champ d'application, à savoir la recherche sur les maladies humaines et sur la structure et le fonctionnement du corps humain, la LRH distingue pour les exclure les activités qui ne posent aucun risque pour la dignité humaine et la personnalité des participants. Il s'agit de la recherche sur du matériel biologique d'origine humaine anonymisé, ou sur des données personnelles liées à la santé collectées anonymement ou anonymisées par la suite<sup>32</sup>. En effet, on ne voit guère comment l'utilisation de tels éléments pourrait présenter un risque pour la dignité et la personnalité des personnes sources<sup>33</sup>. Notons toutefois que l'exclusion de l'art. 2 al. 2 LRH ne s'applique qu'au

<sup>29</sup> Message LRH (note 11), 1.1.2, p. 7270; *idem*, 1.8.1.3, p. 7295.

<sup>30</sup> Message Cst. (note 10), 2.4, p. 6358.

<sup>31</sup> Art. 2 al. 1 LRH.

<sup>32</sup> Art. 2 al. 2 let. b et c LRH.

<sup>33</sup> Message LRH (note 11), 1.8.2.3, p. 7296; *idem*, 1.8.2.6, p. 7298.

matériel biologique et aux données personnelles liées à la santé *déjà anonymisés*. L'anonymisation elle-même est dûment réglementée par la LRH<sup>34</sup>, car la destruction de l'ensemble des liens entre le matériel et/ou les données, d'une part, et la personne source, d'autre part, est susceptible de priver cette dernière d'informations utiles sur sa santé qui pourraient cas échéant devenir disponibles dans le futur.

## 2. *Principes de protection*

Le but principal de la LRH étant de protéger la dignité humaine et la personnalité des sujets de recherche, elle pose un certain nombre de principes de protection à cet égard. Ces principes intègrent sans les nommer les quatre principes d'éthique biomédicale classiques : autonomie, justice, non-malfaisance et bienfaisance.

Certains principes figurent déjà au niveau constitutionnel à l'art. 118b al. 2 Cst. et sont approfondis par la LRH, alors que d'autres sont propres à la LRH. Cette loi distingue entre les principes applicables à toute la recherche sur l'être humain au sens large<sup>35</sup>, et ceux qui ne s'appliquent qu'à la recherche sur des personnes au sens de l'art. 11 CC<sup>36</sup>.

Les principes les plus importants sont décrits dans les paragraphes suivants a) à k).

### a) Consentement éclairé (art. 118b al. 2 let. a Cst. ; art. 7 et 16-18 LRH ; art. 7-9 OClin ; art. 8-10 et 28-32 ORH)

Le consentement éclairé constitue la pierre angulaire du système de protection des participants à la recherche sur l'être humain, au même titre que dans le contexte des relations thérapeutiques entre médecins et patients.

Dans le cadre de la recherche sur l'être humain, le consentement éclairé doit être donné par écrit, être éclairé et révocable en tout temps sans justification. Un délai de réflexion raisonnable doit en outre être accordé au participant afin qu'il puisse se déterminer en connaissance de cause.

Le consentement éclairé suppose que le participant reçoive sous une forme compréhensible les informations suivantes : (i) nature, but, durée et déroulement du projet de recherche ; (ii) risques et contraintes prévisibles ; (iii) bénéfice escompté du projet de recherche, pour le participant ou pour les tiers ; (iv) mesures destinées à assurer la protection des données personnelles ;

---

<sup>34</sup> Art. 32 al. 3 et 35 LRH ; art. 25 et 30 ORH ; Message LRH (note 11), 1.8.2.6, p. 7298 ; Rapport explicatif sur les ordonnances découlant de la loi relative à la recherche sur l'être humain, du 21 août 2013, 3.3.2 p. 68 et 3.3.7 p. 70.

<sup>35</sup> Art. 4-10 LRH.

<sup>36</sup> Art. 11-31 LRH.

(v) droits du participant<sup>37</sup>. Selon le type de projet de recherche, des informations additionnelles peuvent être requises pour le consentement éclairé<sup>38</sup>.

Le système de la LRH prévoit en outre un certain nombre d'exceptions à la forme écrite du consentement<sup>39</sup>, ainsi que le sort du matériel biologique et/ou des données personnelles lorsque le consentement est révoqué par le participant<sup>40</sup>.

b) Proportionnalité entre les risques et les contraintes (art. 118b al. 2 let. b Cst. ; art. 12 LRH)

Les risques et les contraintes de la recherche sur l'être humain doivent être réduits au strict minimum, et ne doivent pas être disproportionnés *en regard de l'utilité du projet*. Les risques et les contraintes acceptables peuvent ainsi être plus importants en cas de projet de recherche avec bénéfice escompté, que lorsqu'aucun bénéfice n'est escompté pour le sujet de recherche. De même, le risque encouru par une personne atteinte d'une maladie grave qui participe à une recherche impliquant un traitement susceptible de lui sauver la vie, peut être plus important que le risque encouru par une personne participant à une étude testant une pommade pour une affection bénigne. L'équilibre approprié entre les risques et le bénéfice est ainsi une notion relative, qui ne peut être déterminée dans l'absolu<sup>41</sup>.

La situation particulière de la femme enceinte commande une formulation particulière du principe de la proportionnalité. Lorsque le projet de recherche permet d'escompter un bénéfice direct, il ne peut être réalisé que si le rapport entre, d'une part, les risques et les contraintes prévisibles pour la femme enceinte, respectivement pour l'embryon et le fœtus et, d'autre part, le bénéfice escompté pour la femme enceinte, respectivement pour l'embryon et le fœtus, n'est pas disproportionné<sup>42</sup>. Lorsque le projet de recherche ne permet pas d'escompter un bénéfice direct ni pour la femme ni pour l'embryon ou le fœtus, il ne peut être réalisé que s'il n'impose des risques et des contraintes minimaux pour l'embryon et le fœtus et permet d'escompter des bénéfices essentiels à long terme pour d'autres femmes enceintes ou embryons et fœtus<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Art. 16 al. 2 LRH.

<sup>38</sup> Pour les essais cliniques : art. 7 OClin. Pour la collecte de matériel biologique et/ou de données personnelles liée à la santé : art. 8 ORH. Pour la réutilisation de matériel biologique et/ou de données : art. 28-32 ORH.

<sup>39</sup> Art. 8 OClin; art. 9 ORH.

<sup>40</sup> Art. 9 OClin; art. 10 ORH.

<sup>41</sup> Message LRH (note 11), 2.2.1.2, p. 7319.

<sup>42</sup> Art. 26 al. 1 LRH.

<sup>43</sup> Art. 26 al. 2 LRH.

c) Protection des personnes particulièrement vulnérables  
(art. 118b al. 2 let. c Cst. ; art. 21-31 LRH)

La loi renforce la protection des personnes dites particulièrement vulnérables, pour lesquelles des règles particulières s'appliquent. Au sens de la LRH, les « personnes particulièrement vulnérables » sont les personnes incapables de discernement, les enfants de 0 à 13 ans, les adolescents de 14 à 18 ans, les femmes enceintes et leur embryon ou fœtus *in vivo*, les personnes privées de liberté et les sujets de recherche se trouvant en situation d'urgence.

Une notion importante est la participation de tout sujet de recherche sans exception à la procédure de consentement, même si le consentement est en lui-même de la compétence du représentant légal. C'est ainsi que chez les personnes incapables de discernement, le projet de recherche ne peut être réalisé que si la personne « n'exprime pas de manière identifiable, verbalement ou par un comportement particulier, son refus du traitement lié au projet de recherche »<sup>44</sup>. De même, un projet de recherche réalisé sur un enfant ou un adolescent capable de discernement requiert le consentement éclairé à la fois de l'enfant ou de l'adolescent, et du représentant légal<sup>45</sup>.

En ce qui concerne les femmes enceintes, tout projet de recherche visant à modifier les caractéristiques de l'embryon ou du fœtus sans rapport avec une maladie est interdit<sup>46</sup>, et les projets de recherche sur les méthodes d'interruption de grossesse ne peuvent être entrepris qu'après que la femme enceinte a décidé de manière définitive d'interrompre sa grossesse<sup>47</sup>.

Les personnes privées de liberté doivent pouvoir participer aux projets de recherche permettant d'escompter un bénéfice direct, au même titre que la population générale<sup>48</sup>. En revanche, les projets de recherche sans bénéfice direct escompté ne peuvent être réalisés sur des personnes privées de liberté que si les risques et les contraintes inhérents au projet sont minimaux<sup>49</sup>. De plus, il ne peut exister aucun lien entre la participation à un projet de recherche par des personnes privées de liberté et un éventuel allègement de leurs conditions de la privation de liberté<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> Art. 21, 22 al. 3 let. b, 23 al. 2 let. b, 24 al. 1 let. c LRH.

<sup>45</sup> Art. 22 al. 1 et 23 al. 1 LRH. A noter toutefois qu'un projet de recherche réalisé sur un adolescent capable de discernement ne requiert pas le consentement éclairé du représentant légal si les risques et les contraintes inhérents au projet sont minimaux (art. 23 al. 1 let. b LRH).

<sup>46</sup> Art. 25 LRH.

<sup>47</sup> Art. 27 LRH.

<sup>48</sup> Art. 28 al. 1 LRH.

<sup>49</sup> Art. 28 al. 2 LRH.

<sup>50</sup> Art. 29 LRH.

Les projets de recherche en situation d'urgence supposent que le participant a une capacité de discernement absente ou réduite, rendant impossible un consentement éclairé valable. La réglementation est ainsi similaire à celle applicable aux sujets de recherche incapables de discernement, sous réserve d'adaptations liées à la situation d'urgence. La volonté du sujet de recherche concerné doit être établie dans les meilleurs délais, et un médecin non associé au projet de recherche doit être consulté afin de défendre ses intérêts<sup>51</sup>.

De manière générale et en conformité avec l'art. 118*b* al. 2 let. c, 2<sup>ème</sup> phrase Cst., un projet de recherche sans bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur des personnes particulièrement vulnérables que si les risques et les contraintes inhérents au projet sont minimaux, et si le projet permet d'escompter des résultats essentiels pouvant apporter un bénéfice à long terme aux personnes atteintes de la même maladie ou du même trouble, ou dont l'état de santé est comparable<sup>52</sup>.

#### d) Subsidiarité (art. 118*b* al. 2 let. c Cst. ; art. 11 LRH)

Le principe de subsidiarité est mentionné à plusieurs reprises dans la LRH, et vise à minimiser les risques et les contraintes imposées au sujet de recherche. Un projet de recherche qui peut être effectué de façon concluante avec des objets de recherche autres que des personnes - par exemple des animaux ou du matériel biologique d'origine humaine - ne doit pas être réalisé sur des personnes<sup>53</sup>. Un projet de recherche qui peut être effectué sur des personnes sans vulnérabilité particulière ne doit en aucun cas être réalisé sur des personnes particulièrement vulnérables<sup>54</sup>. Enfin, un projet de recherche qui peut être effectué sur une personne décédée qui n'est pas placée sous respiration artificielle ne doit pas être effectué sur une personne décédée placée sous respiration artificielle<sup>55</sup>.

#### e) Expertise indépendante (art. 118*b* al. 2 let. d Cst. ; art. 45 LRH)

Selon l'art. 118*b* al. 2 let. d Cst., une expertise indépendante du projet de recherche doit avoir établi que la protection des participants est assurée. Sous le régime de la LRH, cette exigence se traduit par l'obligation de soumettre à la commission d'éthique compétente tout projet de recherche au sens de la loi<sup>56</sup>. La définition des termes « projet de recherche » est toutefois particulièrement confuse dans le système de la LRH. On se contentera ici d'indiquer que la

<sup>51</sup> Art. 30 al. 1 LRH.

<sup>52</sup> Art. 22 al. 2, 23 al. 3, 24 al. 2, 26 al. 2 LRH. Pour les personnes privées de liberté, il suffit toutefois que le projet présente des risques et des contraintes inhérents minimaux (art. 28 al. 2 LRH).

<sup>53</sup> Art. 11 al. 1 LRH.

<sup>54</sup> Art. 118*b* al. 2 let. c Cst; art. 11 al. 2 LRH.

<sup>55</sup> Art. 37 al. 2 LRH.

<sup>56</sup> Art. 45 al. 1 let. a LRH.

notion de « projet de recherche » au sens de la LRH comprend les essais cliniques (impliquant des interventions liées à la santé)<sup>57</sup>, la collecte de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé<sup>58</sup>, et la réutilisation de tels matériel ou données déjà collectés pour répondre à une problématique scientifique<sup>59</sup>. L'unique activité de recherche réglementée par la LRH qui ne constitue pas un « projet de recherche » au sens de cette loi est la constitution d'une biobanque ou d'une base de données à partir de matériel biologique et/ou de données liées à la santé déjà collectés, pour lesquels le consentement éclairé des personnes sources a été dûment obtenu<sup>60</sup>. Pareille activité ne doit pas être soumise à l'examen de la commission d'éthique car elle ne constitue pas un « projet de recherche » au sens de l'art. 45 al. 1 let. a LRH.

f) Non-discrimination (art. 8 al. 2 Cst. ; art. 6 LRH)

Le principe de non-discrimination signifie qu'aucun groupe de sujets de recherche ne peut être surreprésenté ou écarté d'un projet de recherche sans raison objective. C'est ainsi qu'un projet de recherche examinant le paysage hormonal féminin pourrait très bien écarter les hommes, mais ne pourrait en aucun cas écarter certains groupes de femmes au motif que celles-ci pratiqueraient une religion orientale ou auraient atteint un niveau de formation déterminé. Le principe de non-discrimination ne permet toutefois pas de déduire qu'il existe un droit à participer à un projet de recherche<sup>61</sup>.

g) Interdiction de commercialiser (art. 9 LRH)

La commercialisation du corps humain et des parties du corps humain en tant que tels met en jeu la dignité humaine et est, dès lors, interdite. Le même principe figure à l'art. 21 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine<sup>62</sup> en ce qui concerne les mêmes objets, à l'art. 119 al. 2 let. e Cst. en ce qui concerne le matériel germinal et les produits résultants d'embryons, et à l'art. 119a al. 3 Cst. en ce qui concerne les organes, tissus et cellules humains destinés à la transplantation.

Il convient toutefois de relever que la commercialisation de tissus régénératifs dont le prélèvement n'implique que des risques et contraintes minimaux est possible. Il s'agit avant tout des phanères (ongles et cheveux). Par ailleurs, les produits fabriqués à partir de cellules humaines (par exemple des anticorps ou des protéines), ainsi que les modèles et atlas médicaux ne sont pas

---

<sup>57</sup> Art. 3 let. I LRH.

<sup>58</sup> Art. 6 ORH.

<sup>59</sup> Art. 33 ORH.

<sup>60</sup> Art. 45 al. 1 let. b LRH *a contrario*; art. 24 ORH.

<sup>61</sup> Message LRH (note 11), 2.1.2.3, p. 7313.

<sup>62</sup> Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (note 26).

concernés par l'interdiction de commercialiser. Enfin, les services concernant la mise à disposition de corps humains ou de parties du corps humain peuvent également être commercialisés, notamment la conservation, le traitement et le transport de ces objets<sup>63</sup>.

#### h) Gratuité de la participation (art. 14 LRH)

Lorsqu'un projet de recherche laisse escompter un bénéfice direct pour le participant, toute rémunération ou autre avantage matériel est exclu. Une rémunération équitable est toutefois possible lorsque le projet de recherche ne laisse escompter aucun bénéfice direct. Celle-ci ne saurait toutefois être d'une ampleur telle que le sujet de recherche accepterait de participer au projet uniquement pour des motifs de nature économique. Enfin, il est interdit d'exiger ou d'accepter une rémunération ou autre avantage matériel de la part d'un participant à un projet de recherche. Cette règle est particulièrement pertinente lorsque le projet de recherche laisse escompter un bénéfice direct pour les participants<sup>64</sup>.

#### i) Exigences scientifiques (art. 10 LRH)

Tout projet de recherche doit répondre à certaines exigences scientifiques fondamentales. A défaut, il ne se justifie pas d'exposer les participants aux risques et contraintes inhérents à la recherche, car celle-ci ne saurait livrer aucun résultat scientifiquement valable. Le projet de recherche doit ainsi respecter les principes d'intégrité scientifique, notamment en matière de conflit d'intérêts ou de publication, satisfaire aux critères de qualité scientifique, notamment en matière de méthodologie et de traitement statistique, observer les règles internationales de bonnes pratiques reconnues en matière de recherche sur l'être humain<sup>65</sup>, et être réalisé par des personnes possédant des qualifications professionnelles suffisantes<sup>66</sup>.

#### j) Responsabilité et garantie (art. 19 et 20 LRH ; art. 10 à 14 OClin ; art. 12-13 ORH)

La loi pose le principe d'une responsabilité causale stricte du promoteur<sup>67</sup> pour tout dommage subi par un participant en relation avec le projet de recherche<sup>68</sup>. Cette responsabilité doit être garantie de manière appropriée, sous la forme

<sup>63</sup> Message LRH (note 11), 2.1.2.6, p. 7316.

<sup>64</sup> Message LRH (note 11), 2.2.1.3, p. 7319 s.

<sup>65</sup> Cf. en particulier les Guidelines for good clinical practice de la International Conference on Harmonisation of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use, du 10 juin 1996 (ICH-GCP). Les ICH-GCP sont mentionnés à l'art. 5 al. 1 et à l'annexe 1, ch. 2 OClin.

<sup>66</sup> Message LRH (note 11), 2.1.2.7, p. 7316 s.

<sup>67</sup> Art. 2 let. c OClin; art. 3 ORH.

<sup>68</sup> Art. 19 al. 1 LRH.

d'une assurance ou sous une autre forme<sup>69</sup>. Selon les circonstances ou la catégorie du projet de recherche, la responsabilité peut être exclue<sup>70</sup> et la garantie exclue ou moindre<sup>71</sup>. Lorsqu'il est applicable, le régime de responsabilité causale constitue une prescription impérative de la loi qu'il n'est pas possible de modifier conventionnellement<sup>72</sup>.

k)      Transparence (art. 1 al. 2 let c LRH ; art. 56 LRH ; art. 64 à 67 OClin)

La transparence de la recherche constitue l'un des buts de la LRH<sup>73</sup>. La loi impose la publication de certaines données relatives aux essais cliniques autorisés, dans un registre public<sup>74</sup> et dans la banque de données complémentaire de la Confédération<sup>75</sup>. Le but principal de cet enregistrement est d'informer le public, de favoriser l'échange entre les chercheurs et d'éviter la répétition d'essais cliniques similaires<sup>76</sup>. Bien que la loi permette au Conseil fédéral d'exiger la publication des résultats des essais cliniques dans le registre<sup>77</sup>, seules des informations sur leur organisation, leur financement et leur protocole (promoteur, affection étudiée, intervention liée à la santé, critères d'inclusion et d'exclusion, type d'étude, taille du recrutement, *endpoints*, etc.) sont actuellement requises<sup>78</sup>.

### 3.      *Gradation des exigences*

La prise en compte de la liberté de la recherche a conduit le législateur fédéral à nuancer les exigences appliquées à la recherche sur l'être humain en fonction de divers critères. En particulier, la clause de délégation générale au Conseil fédéral de l'art. 65 LRH lui prescrit de tenir compte « de l'ampleur de la menace concernant la dignité et la personnalité, en relation avec les différents domaines et procédés de recherche ». Cette injonction s'applique en particulier lorsque le Conseil fédéral édicte des dispositions d'exécution concernant les exigences scientifiques, les exceptions à la responsabilité et à l'obligation de garantie, les exigences à l'égard des assurances et des autres formes de garantie, et la procédure<sup>79</sup>. La loi permet par ailleurs au Conseil fédéral de prévoir des

---

<sup>69</sup> Art. 20 al. 1 LRH.

<sup>70</sup> Art. 10 OClin; art. 12 ORH.

<sup>71</sup> Art. 12 et 13, annexe 2 OClin; art. 13 et annexe 1 ORH.

<sup>72</sup> Message LRH (note 11), 2.2.3.1, p. 7325.

<sup>73</sup> Art. 1 al. 2 let. c LRH.

<sup>74</sup> Par exemple sur [www.clinicaltrials.gov](http://www.clinicaltrials.gov), registre de la bibliothèque médicale nationale des Etats-Unis.

<sup>75</sup> Art. 64 al. 2 OClin.

<sup>76</sup> Message LRH (note 11), 2.10.1, p. 7355 s.

<sup>77</sup> Art. 56 al. 3 let. b LRH.

<sup>78</sup> Art. 64 et annexe 5 OClin.

<sup>79</sup> Art. 65 al. 2 let. a-d LRH.

exigences procédurales moins élevées pour les projets de recherche sur du matériel biologique et des données personnelles liées à la santé<sup>80</sup>.

C'est ainsi que le système de la LRH distingue trois types de projets de recherche, en fonction de leur caractère plus ou moins invasif et du danger qu'ils présentent pour la dignité humaine et la personnalité des participants. Le premier type de projets de recherche concerne les essais cliniques, lesquels impliquent par définition une intervention liée à la santé dont on mesure l'effet sur la santé ou sur la structure et le fonctionnement du corps humain<sup>81</sup>. Ce type de projets de recherche pose en principe le plus grand risque pour la dignité humaine et la personnalité des participants ; il est réglementé par l'OClin (*infra* B 1). Le deuxième type de projets de recherche concerne le prélèvement de matériel biologique et/ou la collecte de données personnelles liées à la santé auprès de sujets de recherche. Ce type de projets de recherche ne suppose aucune intervention liée à la santé, et ne présente que les risques liés au prélèvement de matériel et/ou la collecte des données et leur utilisation ; il est réglementé par l'ORH<sup>82</sup> (*infra* B 2). Enfin, le troisième type de projets de recherche concerne la réutilisation de matériel biologique déjà prélevé et/ou de données personnelles liées à la santé déjà collectées, qui présente à l'évidence un risque limité pour la dignité et la personnalité des personnes sources ; il est également réglementé par l'ORH<sup>83</sup> (*infra* B 3). Bien que les projets de recherche soient soumis à l'autorisation de la commission d'éthique quel que soit leur type<sup>84</sup>, les essais cliniques sont réglementés de façon plus stricte que le prélèvement de matériel biologique et/ou la collecte de données personnelles liées à la santé, eux-mêmes réglementés de façon plus stricte que la réutilisation de matériel déjà prélevé et/ou de données personnelles déjà collectées.

A l'intérieur même des différents types de projets de recherche, le système de la LRH opère des distinctions en fonction du risque pour les participants. Les projets de recherche sur des personnes au sens de l'art. 11 CC, qu'il s'agisse d'essais cliniques ou de prélèvement de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé, sont classés en catégories de risque. Ces catégories déterminent divers assouplissements réglementaires en matière de garantie de responsabilité<sup>85</sup>, d'obligation d'annoncer l'essai clinique à Swissmedic<sup>86</sup> ou les modifications du plan de recherche à la commission d'éthique<sup>87</sup>, de

<sup>80</sup> Art. 49 al. 2 LRH. Message LRH (note 11), 2.8.5, p. 7351.

<sup>81</sup> Art. 3 let. I LRH; art. 2 let. a OClin.

<sup>82</sup> Art. 6-23 ORH.

<sup>83</sup> Art. 24-40 ORH.

<sup>84</sup> Art. 45 al. 1 let. a LRH.

<sup>85</sup> Art. 12 let. b OClin; art. 13 al. 1 ORH.

<sup>86</sup> Art. 54 al. 2 LPTh; art. 30 OClin.

<sup>87</sup> Art. 18 al. 3 let. b ORH.

documentation d'évènements indésirables<sup>88</sup> ou d'obligation de consentement écrit<sup>89</sup>. Les projets de recherche concernant la réutilisation de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé déjà collectés ne sont pas classés en catégories de risque pour les participants, car celui-ci est dans tous les cas limité. Ces projets de recherche sont en revanche distingués selon qu'ils concernent (i) du matériel biologique/données génétiques ou des données personnelles non génétiques liées à la santé, et (ii) du matériel biologique/données personnelles liées à la santé identifiés, codés ou anonymisés<sup>90</sup>. La gradation des exigences se traduit dans ces catégories avant tout par des modalités différenciées d'information et de consentement de la personne source.

## ***B. Types de projets de recherche***

### *1. Essais cliniques*

Les essais cliniques sont des « projets de recherche sur des personnes dans lesquels les participants sont affectés dès le départ à des interventions liées à la santé afin de mesurer les effets de ces dernières sur la santé ou sur la structure et le fonctionnement du corps humain »<sup>91</sup>. Élément caractéristique de l'essai clinique tel que défini dans le système de la LRH, l'intervention liée à la santé est définie quant à elle comme un « acte préventif, diagnostique, thérapeutique, palliatif ou de réhabilitation étudié dans le cadre d'un essai clinique »<sup>92</sup>.

En pratique, les interventions liées à la santé sont des perturbations volontaires des processus vitaux du corps humain, dont on examine les effets dans le cadre de l'essai clinique. Parmi les interventions typiques, on mentionnera l'administration d'un médicament, l'application d'un dispositif médical ou la transplantation d'un organe. Les interventions liées à la santé peuvent également n'impliquer aucun produit thérapeutique ni transplant, par exemple lorsque l'efficacité d'un traitement chirurgical, de médecine manuelle ou de psychothérapie est évaluée. Dans certaines circonstances, une intervention nutritionnelle, un exercice physique ou même un bain de soleil peuvent également constituer une intervention liée à la santé, lorsque l'essai clinique vise à en observer les effets « sur la santé ou sur la structure et le fonctionnement du corps humain »<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Art. 39 OClin.

<sup>89</sup> Art. 9 al. 1 let. a ORH.

<sup>90</sup> Art. 32-33 LRH; art. 28-32 ORH.

<sup>91</sup> Art. 3 let. I LRH.

<sup>92</sup> Art. 2 let. a OClin.

<sup>93</sup> Art. 3 let. I LRH.

L'OCLin distingue les essais cliniques en fonction de la nature de l'intervention liée à la santé. La classe la plus importante concerne les essais cliniques dans lesquels l'intervention consiste en l'utilisation d'un produit thérapeutique ou d'un transplant standardisé au sens de l'art. 3 let. d LTx<sup>94</sup>. Au sein de cette classe, des règles spécifiques sont prévues respectivement pour les essais cliniques de médicaments, de dispositifs médicaux, de transplants standardisés, de thérapie génique, de produits thérapeutiques susceptibles d'émettre des rayonnements ionisants, et pour les essais cliniques avec des organismes génétiquement modifiés ou pathogènes. Une seconde classe d'essais cliniques concerne les essais de transplantation d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine<sup>95</sup>, et une troisième classe concerne les « autres essais cliniques », qui se caractérisent par des interventions liées à la santé autres que l'administration d'un produit thérapeutique ou la greffe d'un transplant<sup>96</sup>.

La gradation des exigences se manifeste dans la classification des essais cliniques, mais aussi dans les exigences scientifiques qui leur sont applicables<sup>97</sup>: les règles de bonnes pratiques des essais cliniques doivent être « adaptées à l'intensité de la mise en danger des personnes participant à l'essai clinique », dans la mesure où la protection des personnes et la qualité et la sécurité des données sont garanties<sup>98</sup>. A l'intérieur même des différentes classes d'essais cliniques, l'OCLin opère des distinctions selon le risque posé par l'essai clinique pour la dignité et la personnalité des sujets de recherche. C'est ainsi qu'un essai clinique de catégorie A présente un risque faible, de catégorie B un risque moyen, et de catégorie C un risque élevé<sup>99</sup>.

L'exemple des médicaments permet d'illustrer la gradation des exigences en matière d'essais cliniques par les catégories de risques. Un essai clinique de médicament appartient à la catégorie A lorsque l'intervention liée à la santé consiste en l'administration d'un médicament déjà autorisé en Suisse, et utilisé selon l'information professionnelle (*in label use*) ou à tout le moins de manière très similaire<sup>100</sup>. L'essai clinique est de catégorie B lorsque le médicament est autorisé en Suisse, mais utilisé en dehors de l'information professionnelle (*off label use*)<sup>101</sup>. Enfin, il est de catégorie C lorsque le médicament testé n'est pas

<sup>94</sup> Chapitre 2 OCLin (art. 19-48 OCLin).

<sup>95</sup> Chapitre 3 OCLin (art. 49-59 OCLin). Les essais cliniques de xénotransplantation sont régis par l'ordonnance sur la xénotransplantation (RS 810.213) (art. 1 al. 2 OCLin).

<sup>96</sup> Chapitre 4 OCLin (art. 60-63 OCLin).

<sup>97</sup> Art. 10 LRH.

<sup>98</sup> Art. 5 al. 3 OCLin.

<sup>99</sup> Art. 19 OCLin (médicaments); art. 20 OCLin (dispositifs médicaux); art. 49 OCLin (transplantation); art. 61 OCLin (autres essais cliniques); art. 7 ORH (prélèvement de matériel biologique et/ou collecte de données personnelles liées à la santé).

<sup>100</sup> Art. 19 al. 1 OCLin.

<sup>101</sup> Art. 19 al. 2 OCLin.

autorisé en Suisse<sup>102</sup>. On comprend d'emblée en quoi ces catégories diffèrent quant au risque pour la dignité et la personnalité des participants, et pourquoi des exigences réglementaires différentes leur sont appliquées.

Pour un essai clinique de médicament de catégorie C (risque élevé), une autorisation de Swissmedic est requise en sus de l'autorisation de la commission d'éthique<sup>103</sup>. La garantie du promoteur de l'essai clinique doit être pleine<sup>104</sup>, et une documentation standardisée de tous les événements indésirables doit être tenue par l'investigateur<sup>105</sup>. Une documentation complète doit être soumise à la commission d'éthique, laquelle statue selon la procédure ordinaire et dans une composition de sept membres<sup>106</sup>. Lorsque l'essai clinique est de catégorie B (risque moyen), une autorisation de Swissmedic est également requise en sus de l'autorisation de la commission d'éthique, et une garantie pleine est exigée<sup>107</sup>. En revanche, la documentation standardisée des événements indésirables ne doit être tenue que si le protocole de l'essai clinique le prévoit, ou si Swissmedic l'exige<sup>108</sup>. La commission d'éthique statue en procédure ordinaire et dans une composition de sept membres<sup>109</sup>. Lorsque l'essai clinique est de catégorie A (risque faible), les exigences réglementaires sont moindres car l'utilisation selon l'information professionnelle d'un médicament autorisé en Suisse ne pose en principe pas de risques significatifs pour la dignité et la personnalité des participants. Aucune autorisation de Swissmedic n'est requise<sup>110</sup>, l'investigateur n'a pas l'obligation de documenter les événements indésirables<sup>111</sup>, la documentation à soumettre à la commission d'éthique est abrégée (pas d'*Investigator's Brochure*), et la responsabilité objective du promoteur découlant de l'art. 19 LRH n'est pas applicable<sup>112</sup>. La commission d'éthique statue selon une procédure simplifiée et dans une composition de trois membres, sauf si l'essai soulève des questions spécifiques d'ordre éthique, scientifique ou juridique<sup>113</sup>.

Toutes les catégories de risque (A, B et C) ne sont pas représentées pour chaque type d'essais cliniques. Par exemple, les essais cliniques de transplantation sont classés en seulement deux catégories : catégorie A lorsque

---

<sup>102</sup> Art. 19 al. 3 OClin.

<sup>103</sup> Art. 54 al. 1 LPTh; art. 30-34 OClin.

<sup>104</sup> Art. 13 et annexe 2 OClin.

<sup>105</sup> Art. 39 al. 1 OClin.

<sup>106</sup> Art. 5 al. 1 Org LRH.

<sup>107</sup> Art. 54 al. 1 LPTh; art. 30-34 OClin.

<sup>108</sup> Art. 39 al. 2 OClin.

<sup>109</sup> Art. 5 al. 1 Org LRH.

<sup>110</sup> Art. 54 al. 2 let. a LPTh; art. 30 OClin.

<sup>111</sup> Art. 39 al. 3 OClin.

<sup>112</sup> Art. 10 al. 1 a et b OClin. La responsabilité du fait des produits est toutefois susceptible de prendre le relais si le médicament autorisé est défectueux au sens de l'art. 4 LRFP.

<sup>113</sup> Art. 5 al. 4 *cum* art. 6 al. 1 let. a Org LRH.

la transplantation soumise à l'essai clinique a un caractère standard, et catégorie C lorsqu'elle n'a pas un caractère standard<sup>114</sup>. Les essais cliniques sans administration de produits thérapeutiques ou greffe de transplants sont également classés en deux catégories : catégorie A lorsque l'intervention liée à la santé ne comporte que des risques et des contraintes minimaux ou a un caractère standard établi<sup>115</sup>, et catégorie B lorsque l'intervention comporte des risques et des contraintes plus que minimaux et n'a pas un caractère standard établi<sup>116</sup>.

Il arrive fréquemment que du matériel biologique et/ou des données personnelles liées à la santé soient collectés dans le cadre d'un essai clinique, notamment afin de mesurer l'effet des interventions liées à la santé prévues par le protocole. Dans ces cas, le projet de recherche reste un essai clinique réglementé par l'OClin, laquelle prévoit des règles spécifiques pour la conservation du matériel et des données collectés<sup>117</sup>. Si elle est déjà prévue au moment de l'essai clinique, la réutilisation du matériel biologique et des données personnelles liées à la santé, à des fins de recherche distinctes de celles de l'essai clinique lors duquel ils ont été collectés, doit donner lieu d'emblée à un consentement éclairé et à une information appropriée<sup>118</sup>.

Enfin, dans un but de transparence tous les essais cliniques - et non les autres projets de recherche - doivent être enregistrés dans un registre public et dans la banque de données complémentaire de la Confédération<sup>119</sup>.

## 2. *Collecte de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé*

Le système de la LRH réglemente également les projets de recherche sur des personnes consistant à prélever auprès d'elles du matériel biologique et/ou collecter des données personnelles liées à la santé, dans le but de répondre à une problématique scientifique ou d'être conservés dans une biobanque ou une banque de données<sup>120</sup>. Ces projets de recherche ne constituent pas des essais cliniques au sens de l'art. 3 let. 1 LRH, car ils ne comprennent aucune intervention liée à la santé dont on mesure les effets. Ils sont réglementés par le

<sup>114</sup> Art. 49 OClin.

<sup>115</sup> Art. 61 al. 1 OClin.

<sup>116</sup> Art. 61 al. 2 OClin.

<sup>117</sup> Art. 18 OClin. L'ORH contient une disposition identique (art. 5 ORH).

<sup>118</sup> Art. 17 LRH; art. 7 al. 2 OClin.

<sup>119</sup> Art. 56 LRH; art. 64-67 OClin. Cf. *supra* III A 2 k).

<sup>120</sup> Art. 6 ORH.

chapitre 2 ORH<sup>121</sup>, et comme tout projet de recherche ils doivent obligatoirement être soumis à la commission d'éthique compétente<sup>122</sup>.

En pratique, les études dites observationnelles et de nombreux essais cliniques de phase IV font partie de ce type de projet de recherche<sup>123</sup>. Les méthodes de prélèvement de matériel biologique ou de collecte de données personnelles liées à la santé peuvent aller de la simple enquête ou observation à la prise d'échantillons de sang ou de clichés aux rayons X, en passant par des prélèvements massifs et invasifs de tissus<sup>124</sup>.

Les projets de recherche avec prélèvement de matériel biologique et/ou collecte de données personnelles liées à la santé sont classés en deux catégories de risque : A et B. Un projet de recherche est de catégorie A (risque faible) lorsque les risques et les contraintes inhérents au prélèvement de matériel biologique et/ou à la collecte de données personnelles liées à la santé sont minimaux<sup>125</sup>. Lorsque les risques et les contraintes sont plus que minimaux, le projet de recherche est classé dans la catégorie B (risque moyen)<sup>126</sup>. Les risques et les contraintes sont minimaux lorsque les mesures envisagées, dans leur intensité et leur qualité, n'ont que des répercussions minimales et temporaires sur la santé de la personne participant au projet de recherche, en tenant compte des circonstances concrètes<sup>127</sup>. En principe, les mesures suivantes ne présentent que des risques et des contraintes minimaux : questionnaires et observations, prises de sang capillaire ou veineux, biopsies cutanées sur une petite surface, prélèvements de substances corporelles sans mesures invasives (salive, urines, selles, frottis), imagerie à résonance magnétique nucléaire sans produit de contraste, échographies, électrocardiogrammes, ainsi que les examens à l'aide d'appareils radiologiques ou de produits radio-pharmaceutiques dans la mesure où la dose effective de rayonnements ionisants est inférieure à 5mSv par projet de recherche et par personne<sup>128</sup>. Il va de soi que selon la situation personnelle du sujet de recherche, cette appréciation peut changer : une biopsie cutanée chez une personne présentant des troubles majeurs de la cicatrisation ne saurait représenter pour elle des risques et des contraintes minimaux.

---

<sup>121</sup> Art. 6-23 ORH.

<sup>122</sup> Art. 45 al. 1 let. a LRH ; art. 14-19 ORH.

<sup>123</sup> C'est notamment le cas lorsque les patients prennent un médicament dans le cadre d'un traitement médical de routine, et que l'on en observe les effets spécifiques dans le cadre d'un projet de recherche. Les patients auraient pris le médicament dans le cadre de leur traitement médical même en l'absence de tout projet de recherche. Dans ce contexte, la prise du médicament constitue une mesure purement thérapeutique, et non une intervention liée à la santé dans le cadre d'un essai clinique.

<sup>124</sup> Rapport ordonnances LRH 2013 (note 34), 3.2.2 p. 60.

<sup>125</sup> Art. 7 al. 1 ORH.

<sup>126</sup> Art. 7 al. 2 ORH.

<sup>127</sup> Art. 7 al. 3 ORH.

<sup>128</sup> Art. 7 al. 3 let. a-f ORH.

Les allègements réglementaires découlant d'une classification dans la catégorie de risque A sont la dispense du consentement éclairé en la forme écrite lorsque le participant est capable de discernement<sup>129</sup>, la dispense de l'obligation de garantie au sens de l'art. 20 LRH<sup>130</sup>, la dispense de l'obligation d'annoncer les modifications du plan de recherche à la commission d'éthique<sup>131</sup> et l'application de la procédure simplifiée à trois membres par la commission d'éthique<sup>132</sup>.

Le traitement des mouvements transfrontières de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé pose des problèmes juridiques complexes, en particulier lorsque le matériel et/ou les données sont collectés dans un pays étranger pour être ensuite utilisées (analysés) en Suisse. A notre sens, il convient de distinguer selon que la personne qui initie le projet (promoteur) est ou non située en Suisse, ou reçoit ses instructions d'une personne ou d'une entité basée en Suisse. Lorsque le promoteur ou l'initiative du projet est basé(e) en Suisse, il faut considérer que le projet de recherche concerné inclut le prélèvement du matériel biologique et/ou la collecte des données personnelles liées à la santé, et est ainsi réglementé par le chapitre 2 ORH<sup>133</sup>, même si le prélèvement et/ou la collecte du matériel et/ou des données ont lieu hors de Suisse. Le projet de recherche, doit dès lors être soumis à l'approbation de la commission d'éthique suisse compétente en vertu des art. 45 al. 1 let. a LRH et 14 ss. ORH, avant que tout prélèvement ou collecte n'ait eu lieu. Lorsque le promoteur ou l'initiative du projet est basé(e) hors de Suisse, le projet de recherche ne constitue à notre sens pas un prélèvement de matériel biologique ou une collecte de données personnelles liées à la santé au sens de l'art. 6 ORH<sup>134</sup>. Lorsque le matériel et/ou les données collectés à l'étranger sont ultérieurement utilisés (analysés) en Suisse, la situation varie selon que cette utilisation est prévue ou non par le protocole du projet de recherche étranger qui a présidé au prélèvement et/ou à la collecte :

- Si l'utilisation (analyse) en Suisse est prévue par le protocole, on pourrait considérer qu'elle constitue un simple service d'analyses dans le cadre du projet de recherche étranger, pour lequel les commissions d'éthique suisses n'ont aucune compétence. Alternativement, on pourrait également considérer que le passage de la frontière suisse déclenche l'application de la LRH car le matériel et/ou les données sont effectivement utilisés en Suisse, même si le prélèvement et/ou la collecte ont eu lieu à l'étranger et ont été initiés depuis l'étranger. Il appartiendra aux commissions d'éthique de notre pays, voire aux tribunaux, de décider dans

<sup>129</sup> Art. 9 al. 1 let. a ORH.

<sup>130</sup> Art. 13 al. 1 ORH.

<sup>131</sup> Art. 18 al. 3 let. b ORH.

<sup>132</sup> Art. 5 al. 4 *cum* art. 6 al. 1 let. b Org LRH.

<sup>133</sup> Art. 6-23 ORH.

<sup>134</sup> Le projet de recherche sera, en revanche, généralement réglementé par le droit étranger du lieu où le prélèvement de matériel biologique et/ou la collecte de données sont effectués.

quelle mesure la LRH s'applique dans de tels cas, en particulier lorsque le projet de recherche étranger et son protocole auront été approuvés par une commission d'éthique d'un pays disposant d'une réglementation de la recherche sur l'être humain équivalente à celle de la Suisse. A notre sens, il convient d'adopter une approche pragmatique évitant de répéter l'examen d'un même projet de recherche par plusieurs commissions d'éthique de niveau équivalent mais situées dans des pays distincts ;

- Si l'utilisation (analyse) du matériel biologique et/ou les données personnelles liées à la santé n'est pas prévue par le protocole du projet de recherche étranger qui a présidé au prélèvement et/ou à la collecte, il faut considérer qu'elle constitue une réutilisation, en Suisse, de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé déjà collectés au sens des art. 32 à 35 LRH et du chapitre 3 ORH<sup>135</sup> (*infra* 3). Cette réutilisation est matériellement et juridiquement distincte du projet de recherche étranger.

### 3. *Réutilisation de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé*

Avec l'avènement des techniques de séquençage génétique massivement parallèle et l'augmentation de la puissance des calculateurs utilisés en bio-informatique, les biobanques et les banques de données notamment génétiques prennent une place croissante dans la recherche sur l'être humain. En conséquence, les projets de recherche réutilisant du matériel biologique et/ou des données personnelles liées à la santé déjà collectés en vue de répondre à une problématique scientifique<sup>136</sup> sont de plus en plus fréquents, tant dans le milieu académique que dans l'industrie. Une contribution majeure du système de la LRH est de préciser la réglementation applicable à de tels projets de recherche, qui jusqu'alors était lacunaire voire inexistante dans certains cantons. Cette réglementation figure pour l'essentiel au chapitre 4 LRH<sup>137</sup> et au chapitre 3 ORH<sup>138</sup>.

En premier lieu, la loi distingue, d'une part, le matériel biologique et les données génétiques<sup>139</sup> et, d'autre part, les données personnelles non génétiques liées à la santé<sup>140</sup>. La première catégorie (comprenant le matériel biologique susceptible de donner lieu à des données génétiques, et les données génétiques elles-mêmes) a un contenu informatif *imprévisible* au moment du prélèvement ou de la collecte, et ce contenu informatif peut se révéler très important dans le futur avec les progrès dans la compréhension des données génétiques. Pour

---

<sup>135</sup> Art. 24 à 40 ORH.

<sup>136</sup> Art. 33 ORH.

<sup>137</sup> Art. 32 à 35 LRH.

<sup>138</sup> Art. 24 à 40 ORH.

<sup>139</sup> Art. 3 let. f LRH.

<sup>140</sup> Art. 3 let. f et g LRH.

cette raison, la réglementation par le système de la LRH du matériel biologique et des données génétiques est plus sévère que celle des données personnelles non génétiques liées à la santé, dont le contenu informatif est pleinement appréciable au moment de la collecte.

En second lieu, la LRH distingue entre le matériel biologique et les données personnelles liées à la santé (génétiques et non génétiques) selon qu'ils sont identifiés, codés ou anonymisés. Le matériel et/ou les données sont identifiés (non codés) lorsqu'ils sont accompagnés des informations permettant de retrouver la personne source (nom, adresse, date de naissance, numéro AVS, etc.)<sup>141</sup>. Le matériel et/ou les données sont codés au sens de la LRH lorsqu'ils ne peuvent être reliés à la personne source qu'au moyen d'une clé<sup>142</sup>, ce qui revient à dire qu'ils apparaissent anonymisés pour toute personne qui n'a pas accès à ladite clé<sup>143</sup>. Enfin, le matériel et/ou les données sont anonymisés lorsque toute information permettant d'identifier la personne source sans efforts disproportionnés a été irrémédiablement détruite ou rendue méconnaissable<sup>144</sup>.

Les distinctions opérées par le système de la LRH en matière de réutilisation se font sentir avant tout au niveau du consentement éclairé et de l'information qui doit être fournie aux sujets de recherche en vue de ce consentement. Pour la catégorie comprenant le matériel biologique et/ou les données génétiques identifiés (non codés), un consentement éclairé spécifique et une information complète sont requis pour chaque projet de recherche pris individuellement<sup>145</sup>. Lorsque le matériel biologique et/ou les données génétiques sont codés, un consentement éclairé général aux fins de recherches non encore spécifiées est suffisant, et l'information requise est plus sommaire<sup>146</sup>. Un consentement éclairé est également requis pour toute exportation de matériel biologique et/ou de données génétiques<sup>147</sup>. Lorsque l'anonymisation de matériel biologique et/ou de données génétiques (non encore anonymisés) est envisagée, la personne source ne doit pas s'y être opposée après avoir reçu une information concernant l'anonymisation et de ses conséquences<sup>148</sup>.

Les exigences en matière de consentement éclairé et d'information sont moindres pour la catégorie comprenant les données personnelles non génétiques liées à la santé. Lorsque les données personnelles non génétiques

<sup>141</sup> Art. 3 let. h LRH; art. 26 ORH.

<sup>142</sup> Art. 3 let. h LRH.

<sup>143</sup> Art. 26 al. 1 ORH.

<sup>144</sup> Art. 3 let. i LRH; art. 25 ORH. Cette formulation tient compte de l'anonymisation du matériel biologique et des données génétiques, qui ne peut jamais être absolue en raison de la prévalence des bases de données génétiques.

<sup>145</sup> Art. 32 al. 1 LRH; art. 28 ORH.

<sup>146</sup> Art. 32 al. 2 LRH; art. 29 ORH.

<sup>147</sup> Art. 42 al. 1 LRH.

<sup>148</sup> Art. 32 al. 3 LRH; art. 30 ORH. Pour rappel, l'utilisation de matériel biologique et de données personnelles liées à la santé *déjà anonymisés* n'est pas soumise à la LRH (art. 2 al. 2 let. b et c LRH).

sont identifiées (non codées), un consentement éclairé général aux fins de recherches non encore spécifiées est admissible, de même qu'une information adaptée<sup>149</sup>. Lorsque les données personnelles non génétiques sont codées, la personne source ne doit pas s'être opposée à leur réutilisation à des fins de recherche après avoir reçu une information à ce propos<sup>150</sup>. L'exportation de données personnelles non génétiques requiert le respect de l'art. 6 LCD, lequel n'exige pas dans tous les cas le consentement de la personne concernée<sup>151</sup>. L'anonymisation de données personnelles non génétiques ne requiert aucun consentement ou non opposition de la personne source.

Dans la mesure où le matériel biologique et/ou les données personnelles liées à la santé déjà collectés sont réutilisés *pour répondre à une problématique scientifique*, ladite réutilisation constitue un « projet de recherche » qui doit obligatoirement être soumis à la commission d'éthique compétente<sup>152</sup>, laquelle tranche par décision présidentielle<sup>153</sup>. Si le matériel biologique et/ou les données personnelles liées à la santé déjà collectés ne sont pas réutilisés pour répondre à une problématique scientifique, mais uniquement pour constituer ou alimenter une biobanque ou une banque de données, pareille réutilisation ne constitue pas un projet de recherche au sens de la LRH et ne requiert aucune autorisation de la commission d'éthique<sup>154</sup>. C'est seulement lorsque le consentement éclairé ou l'information sur le droit d'opposition à cette réutilisation fait défaut qu'une telle autorisation est requise<sup>155</sup>. La commission d'éthique décide alors à l'unanimité en procédure simplifiée à trois membres<sup>156</sup>, sauf si le projet de recherche soulève des questions spécifiques d'ordre éthique, scientifique ou juridique. Dans ce cas, la procédure ordinaire à sept membres est applicable<sup>157</sup>.

En pratique, le traitement juridique de la réutilisation de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé déjà collectés pose des difficultés significatives. Il est, par exemple, difficile de déterminer à partir de quel moment la réutilisation de matériel et/ou de données « répond à une problématique scientifique » et devient un projet de recherche au sens de l'art. 33 ORH, soumis à autorisation de la commission d'éthique<sup>158</sup>. On a vu que la simple constitution ou l'alimentation d'une biobanque ou d'une banque de

---

<sup>149</sup> Art. 33 al. 1 LRH; art. 31 ORH.

<sup>150</sup> Art. 33 al. 2 LRH; art. 32 ORH.

<sup>151</sup> Art. 42 al. 2 LRH.

<sup>152</sup> Art. 45 al. 1 let. a LRH.

<sup>153</sup> Art. 33 ORH; art. 5 al. 4 *cum* art. 7 al. 1 let. a Org LRH.

<sup>154</sup> Art. 24 ORH; art. 45 al. 1 LRH et art. 33 ORH *a contrario*.

<sup>155</sup> Art. 34 et 45 al. 1 let. b LRH; art. 37-40 ORH.

<sup>156</sup> Art. 5 al. 4 *cum* art. 6 al. 1 let. c et 6 al. 4 Org LRH.

<sup>157</sup> Art. 6 al. 1 let. c Org LRH *a contrario*.

<sup>158</sup> Art. 45 al. 1 let. a LRH; art. 33-36 ORH.

données ne poursuit pas un tel but scientifique<sup>159</sup>. La réponse est moins évidente lorsque la réutilisation du matériel ou des données consiste à valider ou à tester une méthode destinée à être utilisée dans un projet de recherche ultérieur, à fournir un service d'analyses à un tiers, à réaliser une étude pilote conditionnant la réalisation d'une étude de plus grande ampleur, ou encore à effectuer le criblage à haut débit de molécules (*high throughput screening*). La détermination du stade à partir duquel une activité de recherche donnée commence à « répondre à une problématique scientifique » au sens de l'art. 33 ORH et constitue dès lors un projet de recherche soumis à l'autorisation de la commission d'éthique, relève de la direction du projet et ne peut être faite de manière abstraite<sup>160</sup>. L'utilisation de matériel biologique d'origine humaine, disponible commercialement sur catalogue ou sur internet en tant qu'outils de recherche (ex. lignées cellulaires d'origine humaine), présente également des difficultés particulières: s'agit-il de réutilisation de matériel biologique au sens de la LRH ? On pourrait soutenir que dans la mesure où ce matériel biologique a le plus souvent subi un traitement significatif par la main de l'homme afin de le rendre utilisable comme outil de recherche, il est devenu un *aliud* par rapport au « matériel biologique » tel que défini par la LRH<sup>161</sup>, et n'entre ainsi plus dans le champ d'application de cette loi. Un autre argument aboutissant au même résultat consiste à dire que l'utilisation de tels outils de recherche commercialisés n'est pas susceptible de porter atteinte à la dignité humaine ou à la personnalité des personnes sources, et ne tombe dès lors pas dans le mandat constitutionnel de l'art. 118b al. 1 Cst. ni dans le champ d'application de la LRH. Enfin, le traitement des mouvements transfrontières de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé peut également poser des problèmes juridiques épineux, en particulier lorsque l'initiative du projet de recherche et la collecte du matériel et des données sont situés à l'étranger mais que sur le plan technique, le projet lui-même est effectué (sous-traité) en Suisse après importation du matériel ou des données (*supra* 2). S'agit-il d'un simple service d'analyses effectué en Suisse pour le compte d'un tiers, non soumis à la LRH, ou d'une réutilisation de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé, régie par le chapitre 3 ORH et soumise à l'autorisation de la commission d'éthique lorsque la réutilisation vise à « répondre à une problématique scientifique » au sens de l'art. 33 ORH ? Il appartiendra à nos commissions d'éthique voire aux tribunaux de trancher ces questions difficiles.

<sup>159</sup> Art. 24 ORH; art. 45 al. 1 LRH et art. 33 ORH *a contrario*.

<sup>160</sup> Rapport ordonnances LRH 2013 (note 34), 3.3.10 p. 71.

<sup>161</sup> « Matériel biologique: les substances du corps provenant de personnes vivantes » (art. 3 let. e LRH).

#### 4. *Autres projets de recherche*

Outre les essais cliniques et les projets de recherche avec collecte ou réutilisation de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé, la LRH réglemente les projets de recherche sur des personnes décédées<sup>162</sup> ainsi que sur des embryons et fœtus issus d'interruptions volontaires de grossesse ou d'avortements spontanés (y compris les enfants morts nés)<sup>163</sup>.

Un projet de recherche sur une personne décédée n'est possible que si celle-ci a consenti de son vivant que son corps soit utilisé à des fins de recherche<sup>164</sup>, à défaut de quoi les proches ou la personne de confiance au sens de l'art. 8 LTx peuvent consentir<sup>165</sup>. Le décès doit avoir été constaté par une personne distincte et indépendante de celle qui réalise le projet de recherche<sup>166</sup>. Une quantité minimale de matériel biologique prélevé dans le cadre d'une autopsie ou d'une transplantation peut être utilisée sous une forme anonymisée à des fins de recherche sans qu'un consentement soit nécessaire, pour autant que la personne décédée ne s'y soit pas expressément opposée<sup>167</sup>. La commission d'éthique statue à l'unanimité et en procédure simplifiée à trois membres<sup>168</sup> sur l'octroi ou le refus de l'autorisation, sauf si le projet de recherche concerne une personne décédée placée sous respiration artificielle au sens de l'art 37 al. 2 LRH. Dans ce cas, la procédure ordinaire à sept membres est applicable<sup>169</sup>.

Le consentement de la femme est requis pour tout projet de recherche sur un embryon ou un fœtus issu d'une interruption *volontaire* de grossesse. La date de l'interruption de grossesse ne doit en aucun cas être choisie en fonction du projet de recherche, et l'interruption doit avoir été pratiquée par une personne distincte et indépendante de celle qui réalise le projet de recherche<sup>170</sup>. Le consentement du couple concerné – et non seulement de la femme – est en revanche requis pour tout projet de recherche pratiqué sur un embryon ou un fœtus issu d'un avortement *spontané*, y compris un enfant mort-né<sup>171</sup>. Que l'avortement soit volontaire ou spontané, le décès de l'embryon ou du fœtus,

<sup>162</sup> Art. 36-38 LRH; art. 41-43 ORH.

<sup>163</sup> Art. 39-40 LRH; art. 44-46 ORH.

<sup>164</sup> Art. 36 al. 1 LRH.

<sup>165</sup> Art. 36 al. 2 LRH.

<sup>166</sup> Art. 37 a. 1 et 3 LRH.

<sup>167</sup> Art. 38 LRH.

<sup>168</sup> Art. 5 al. 4 *cum* art. 6 al. 1 let. d et 6 al. 4 Org LRH.

<sup>169</sup> Art. 6 al. 1 let. d Org LRH *a contrario*.

<sup>170</sup> Art. 39 LRH.

<sup>171</sup> Art. 40 LRH.

voire de l'enfant mort né, doit avoir été constaté<sup>172</sup>. La commission d'éthique décide en procédure ordinaire à sept membres<sup>173</sup>.

## V. Conclusion

Le système de la LRH règlemente de façon exhaustive la recherche sur l'être humain, c'est-à-dire la recherche sur les personnes, sur les personnes décédées, sur les embryons et les fœtus, sur le matériel biologique et sur les données personnelles liées à la santé. Ce faisant, le législateur fédéral a répondu de manière appropriée au mandat constitutionnel conféré par l'art. 118*b* Cst.

Conformément à l'art. 118*b* al. 1 Cst., la LRH ne s'applique que dans la mesure où l'activité de recherche est susceptible d'affecter la dignité humaine ou la personnalité des participants, et dans la mesure où elle porte sur les maladies ou la structure et le fonctionnement du corps humain.

Afin de protéger la personnalité des participants sans restreindre inutilement la liberté de la recherche, le système de la LRH a mis en place un système nuancé de gradation des exigences réglementaires. C'est ainsi que pour chaque type de projets de recherche, la réglementation opère de nombreuses distinctions visant d'une part à protéger la personnalité des participants, et d'autre part à permettre à la recherche de se dérouler sans obstacles excessifs.

A l'instar de nos maîtres horlogers, le système de la LRH institue un mécanisme de grande complication, mais de qualité. Il représentera certes une charge significative pour les commissions d'éthique, mais il a le mérite d'apporter une réglementation claire dans un domaine où elle était jusque là lacunaire et fragmentée.

Il appartiendra à nos commissions d'éthique de faire preuve de sagesse dans l'application du système de la LRH, afin d'établir une pratique cohérente et intelligible pour les usagers.

---

<sup>172</sup> Art. 39 al. 3 et 40 al. 2 LRH.

<sup>173</sup> Art. 5 Org LRH.



# Table des matières

|                                                                                 |           |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Avant-propos .....                                                              | 1         |
| Sommaire .....                                                                  | 3         |
| Liste des abréviations.....                                                     | 5         |
| STÉPHANE WERLY                                                                  |           |
| <b>LA PAROLE DE TROP DANS LES MÉDIAS .....</b>                                  | <b>13</b> |
| I. Introduction.....                                                            | 13        |
| II. Le droit pénal .....                                                        | 16        |
| A. Les infractions contre l'honneur .....                                       | 16        |
| 1. La notion d'honneur.....                                                     | 16        |
| 2. Les preuves libératoires .....                                               | 16        |
| 3. Cas d'application .....                                                      | 17        |
| B. Les infractions contre le secret .....                                       | 18        |
| 1. La publication de débats officiels secrets .....                             | 18        |
| 2. La trahison diplomatique .....                                               | 19        |
| C. Les crimes et délits contre la paix publique .....                           | 19        |
| 1. La provocation publique au crime ou à la violence .....                      | 19        |
| 2. L'atteinte à la liberté de croyance et des cultes .....                      | 19        |
| 3. La discrimination raciale .....                                              | 20        |
| D. Les crimes et délits contre l'Etat et la défense nationale .....             | 21        |
| 1. L'atteinte à l'indépendance de la Confédération.....                         | 21        |
| 2. Les entreprises et menées de l'étranger contre la sécurité de la Suisse..... | 21        |
| 3. La propagande subversive .....                                               | 21        |
| 4. La provocation et l'incitation à la violation des devoirs militaires .....   | 21        |
| E. Le régime spécial de responsabilité institué pour les médias .....           | 22        |
| 1. Les conditions d'application de l'art. 28 CP .....                           | 22        |
| 2. Les responsables subsidiaires .....                                          | 23        |
| F. La chronique judiciaire .....                                                | 23        |
| III. Le droit civil .....                                                       | 24        |
| A. L'honneur .....                                                              | 25        |
| 1. L'honneur selon le code civil .....                                          | 25        |
| 2. La publication de faits vrais/faux .....                                     | 25        |
| 3. Les comptes rendus judiciaires .....                                         | 25        |

|                                                         |    |
|---------------------------------------------------------|----|
| 4. Les opinions personnelles.....                       | 26 |
| 5. Quelques exemples.....                               | 26 |
| B. La vie privée.....                                   | 27 |
| 1. La sphère intime .....                               | 27 |
| 2. La sphère privée.....                                | 28 |
| 3. La sphère publique .....                             | 29 |
| C. La concurrence déloyale .....                        | 29 |
| 1. Concurrence déloyale et médias.....                  | 29 |
| 2. Le propos dénigrant .....                            | 29 |
| 3. Le propos inutilement blessant.....                  | 30 |
| 4. Le propos fallacieux .....                           | 31 |
| D. Les voies de droit.....                              | 32 |
| 1. Les actions défensives et réparatrices.....          | 32 |
| 2. La communication du jugement et le rectificatif..... | 32 |
| IV. La déontologie journalistique .....                 | 33 |
| A. Les devoirs et responsabilité des médias .....       | 33 |
| B. Les principes déontologiques.....                    | 33 |
| 1. La recherche de la vérité .....                      | 33 |
| 2. Le respect de la personne .....                      | 36 |
| V. Conclusion.....                                      | 40 |
| VI. Bibliographie.....                                  | 42 |

JEAN-PHILIPPE DUNAND

**LA PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ DES TRAVAILLEURS (ART. 328 CO) : NORME FLEXIBLE ET CARDINALE DU DROIT SUISSE DU TRAVAIL.....** 47

|                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------|----|
| I. Introduction.....                                          | 47 |
| II. Article 328 CO : norme cardinale .....                    | 48 |
| A. Cas d'application .....                                    | 49 |
| B. Etendue de la responsabilité de l'employeur.....           | 50 |
| 1. Début et fin de l'obligation.....                          | 50 |
| 2. Responsabilité pour les actes des organes et de tiers..... | 51 |
| C. Protections juridiques .....                               | 51 |
| 1. Actions défensives prévues dans le CC.....                 | 52 |
| 2. Responsabilité contractuelle de l'employeur.....           | 52 |
| 3. Protection contre les congés (art. 336 CO).....            | 53 |
| 4. Intervention de l'Inspection cantonale du travail .....    | 55 |

|                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------|----|
| III. Article 328 CO : norme flexible .....                               | 56 |
| A. Prévention et gestion des conflits relationnels .....                 | 56 |
| B. Mobbing .....                                                         | 57 |
| C. Stress .....                                                          | 59 |
| D. Renseignements donnés par l'ancien employeur à un tiers .....         | 60 |
| IV. Quelques questions en suspens .....                                  | 62 |
| A. Responsabilité de l'employeur pour les actes de ses auxiliaires ..... | 62 |
| B. Prédilection constitutionnelle de l'employé .....                     | 64 |
| C. Droit d'être entendu ? .....                                          | 66 |
| V. Conclusion .....                                                      | 68 |
| VI. Bibliographie .....                                                  | 68 |

JULIA XOUDIS

**AFFAIRE « L'ETIVAZ » : DROIT DE LA CONCURRENCE ET APPELLATIONS D'ORIGINE  
PROTÉGÉES (AOP) .....**

**73**

|                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Introduction .....                                                                 | 73 |
| II. Résumé de l'affaire « L'Etivaz » .....                                            | 74 |
| III. Politique agricole, organisations de producteurs et AOP/IGP .....                | 77 |
| A. Organisations de producteurs et mesures d'entraide .....                           | 77 |
| B. Règles en matière d'AOP/IGP .....                                                  | 78 |
| IV. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral au regard du droit de la concurrence ..... | 80 |
| A. Loi sur les cartels et règles en matière agricole .....                            | 80 |
| B. Abus de position dominante ? .....                                                 | 82 |
| 1. Principes .....                                                                    | 82 |
| 2. Définition du marché final .....                                                   | 83 |
| 3. Position dominante et abus .....                                                   | 86 |
| C. Obligation d'admettre comme membre ou obligation de contracter ? .....             | 87 |
| V. Solution sous l'angle de la validité du cahier des charges ? .....                 | 89 |
| A. Conformité du cahier des charges au droit supérieur .....                          | 90 |
| B. Certification et contrôle de la validité du cahier des charges .....               | 91 |
| VI. Conclusion .....                                                                  | 92 |
| VII. Bibliographie .....                                                              | 93 |

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN

|                                                                                   |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>AU NOM DES DROITS DE LA PERSONNALITE DE L'ENFANT : FACETTES CHOISIES .....</b> | <b>97</b> |
| I. Introduction.....                                                              | 97        |
| II. Acquisition de la personnalité juridique de l'enfant .....                    | 99        |
| A. Conditions de l'acquisition de la personnalité .....                           | 99        |
| B. Du lien de filiation de l'enfant conçu et de l'enfant décédé.....              | 101       |
| 1. L'enfant conçu.....                                                            | 101       |
| 2. L'enfant décédé .....                                                          | 108       |
| C. Situation juridique de l'enfant mort-né .....                                  | 111       |
| 1. Définition .....                                                               | 111       |
| 2. Inscription au registre de l'état civil.....                                   | 111       |
| 3. Intégration dans la sphère de la personnalité affective des parents .....      | 112       |
| 4. Incidence de la jurisprudence de la CourEDH.....                               | 113       |
| 5. Remise en cause des fondements de la personnalité juridique ? .....            | 114       |
| III. Droit à la connaissance de ses origines.....                                 | 116       |
| A. Droit fondamental à connaître ses origines.....                                | 116       |
| 1. Analyse des sources de droit international et constitutionnel .....            | 116       |
| 2. Analyse des sources de droit fédéral .....                                     | 117       |
| 3. Droit de savoir indépendant du mode d'engendrement .....                       | 120       |
| B. Action sui generis en recherche des origines.....                              | 122       |
| 1. Protection de l'identité.....                                                  | 122       |
| 2. Droit relatif à la connaissance des origines .....                             | 122       |
| 3. Action indépendante des actions d'état de la filiation .....                   | 124       |
| C. Quid d'un droit de connaître sa descendance ?.....                             | 126       |
| D. Incidence de la jurisprudence de la CourEDH.....                               | 128       |
| 1. Consécration d'un droit relatif à la connaissance des origines .....           | 128       |
| 2. Intérêt de l'enfant versus contraintes procédurales.....                       | 130       |
| E. Brèves considérations sur la paternité « imposée » .....                       | 131       |
| IV. Conclusion.....                                                               | 132       |
| V. Bibliographie.....                                                             | 134       |

MICHELLE COTTIER

**LA PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ DES RÉSIDENTS D'ÉTABLISSEMENTS MÉDICO-SOCIAUX..... 141**

|      |                                                                                                                          |     |
|------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.   | Introduction.....                                                                                                        | 141 |
| II.  | Les risques d'atteintes à la personnalité de personnes incapables de discernement en institution et leur prévention..... | 143 |
|      | A. Analyse des risques par les sciences du domaine médico-social.....                                                    | 143 |
|      | B. La prévention comme tâche pluridisciplinaire.....                                                                     | 145 |
| III. | Les nouveaux instruments du Code civil de protection des résidents en EMS.....                                           | 146 |
|      | A. Le contrat d'assistance (art. 382 CC).....                                                                            | 146 |
|      | B. Les mesures limitant la liberté de mouvement (art. 383-385 CC).....                                                   | 149 |
|      | C. Le devoir de protection de l'institution (art. 386 CC).....                                                           | 149 |
| IV.  | Mécanismes de contrôle, de défense et de réparation.....                                                                 | 153 |
|      | A. Les mécanismes propres au droit de la protection de l'adulte.....                                                     | 153 |
|      | 1. La surveillance cantonale.....                                                                                        | 153 |
|      | 2. L'intervention de l'autorité de protection de l'adulte.....                                                           | 153 |
|      | B. La responsabilité contractuelle découlant du contrat d'assistance.....                                                | 154 |
|      | C. La responsabilité délictuelle.....                                                                                    | 156 |
|      | D. Les actions défensives des articles 28a et 28b CC.....                                                                | 157 |
| V.   | La représentation de la personne incapable de discernement.....                                                          | 157 |
|      | A. Généralités.....                                                                                                      | 157 |
|      | B. Types de représentants en cas d'incapacité de discernement.....                                                       | 159 |
|      | C. Représentation dans le contexte de la protection de la personnalité dans un EMS.....                                  | 160 |
| VI.  | Conclusion.....                                                                                                          | 161 |
| VII. | Bibliographie.....                                                                                                       | 162 |

PHILIPPE DUCOR

**PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ DES SUJETS DE RECHERCHE ..... 167**

|      |                                                 |     |
|------|-------------------------------------------------|-----|
| I.   | Introduction.....                               | 167 |
| II.  | Avant la LRH.....                               | 168 |
| III. | Genèse de la LRH.....                           | 169 |
|      | A. Art. 118b Cst.....                           | 169 |
|      | B. La LRH et ses ordonnances d'application..... | 172 |

|                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| IV. Système de la LRH .....                                                                    | 174 |
| A. Méthode .....                                                                               | 174 |
| 1. Champ d'application.....                                                                    | 174 |
| 2. Principes de protection .....                                                               | 176 |
| 3. Gradation des exigences .....                                                               | 182 |
| B. Types de projets de recherche .....                                                         | 184 |
| 1. Essais cliniques.....                                                                       | 184 |
| 2. Collecte de matériel biologique et/ou de données personnelles liées à la santé ....         | 187 |
| 3. Réutilisation de matériel biologique et/ou de données personnelles<br>liées à la santé..... | 190 |
| 4. Autres projets de recherche .....                                                           | 194 |
| V. Conclusion.....                                                                             | 195 |
| Table des matières .....                                                                       | 197 |

## Derniers ouvrages parus



Collection  
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

## Droit civil

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /  
Leuba Audrey / Papaux Van Delden  
Marie-Laure (éd.)* 2014  
Facettes du droit de la personnalité  
Journée de droit civil 2013 en l'honneur  
de la Professeure Dominique Manai

*Marchand Sylvain* 2012  
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /  
Leuba Audrey / Papaux Van Delden  
Marie-Laure (éd.)* 2012  
Le droit civil dans le contexte  
international  
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /  
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2009  
La planification du patrimoine  
Journée de droit civil 2008 en l'honneur  
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /  
Chappuis, Christine* 2008  
Droit de l'association  
3<sup>e</sup> édition

*Baddeley, Margareta (éd.)* 2007  
La protection de la personne  
par le droit  
Journée de droit civil 2006 en l'honneur  
du Professeur Martin Stettler

## Collection générale

*Kaveh Mirfakhraei* 2014  
Les indemnités de fin de contrat dans le  
contrat d'agence et le contrat de distribu-  
tion exclusive

*Sigrist, Alexandra* 2013  
Les pouvoirs de la police :  
le cas de la délinquance juvénile

*Pavlidis, Georgios* 2012  
Confiscation internationale :  
instruments internationaux, droit de  
l'Union européenne, droit suisse

*Rubido, José-Miguel* 2012  
L'exercice du droit de préemption  
immobilier au regard du droit privé

*Gonin, Luc* 2011  
L'obsolescence de l'Etat moderne  
Analyse diachronique et contextuelle  
à l'exemple de l'Etat français

*Marti, Ursula* 2011  
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht  
Am Beispiel der internationalen,  
europäischen und schweizerischen  
Rechtsordnung

*Alberini, Adrien* 2010  
Le transfert de technologie en droit com-  
munautaire de la concurrence  
Mise en perspective avec les règles  
applicables aux accords de recherche  
et développement, de production  
et de distribution

*Bernard, Frédéric* 2010  
*L'Etat de droit face au terrorisme*

*Donatiello, Giuseppe* 2010  
Responsabilité du débiteur :  
de la délégation à l'organisation  
de l'exécution des obligations  
Codifications supranationales récentes  
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes  
européens) et Code des obligations suisse

## Recueils de textes

*François Bellanger /  
Jacques de Werra (éd.)* 2012  
Genève au confluent du droit interne  
et du droit international  
Mélanges offerts par la Faculté de droit  
de l'Université de Genève  
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion  
du Congrès 2012

*Foëx, Bénédict / Jeandin, Nicolas (éd.)* 2011  
Le Code de procédure civile  
Aspects choisis

*Hottelier, Michel (éd.)* 2011  
Albert Cohen  
L'écrivain au service de l'Etat de droit  
Actes du colloque organisé le 18 février  
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-  
tion Mémoire Albert Cohen

*Flückiger, Alexandre (éd.)* 2010  
Emouvoir et persuader pour  
promouvoir le don d'organes ?  
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade Rita / Peter Henry /  
Bovet Christian (éd.)* 2009  
Economie Environnement Ethique  
De la responsabilité sociale et sociétale.  
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

## Droit et Histoire

*Dufour, Alfred / Quastana, François /  
Monnier, Victor (Éd.)* 2013  
Rousseau, le droit et l'histoire  
des institutions  
Actes du colloque international pour  
le tricentenaire de la naissance de  
Jean-Jacques Rousseau (1712–1778)  
organisé à Genève, les 12, 13 et  
14 septembre 2012

*Dufour, Alfred / Monnier, Victor (Éd.)* 2011  
La Savoie, ses relations avec  
Genève et la Suisse  
Actes des journées d'étude à l'occasion  
du 150<sup>e</sup> anniversaire de l'Annexion  
de la Savoie à la France organisées à  
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

*Schmidlin, Bruno* 2011  
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /  
Le contrat en droit civil européen

*Hottelier, Michel (éd.)* 2010  
*Fazy, James*  
 De l'intelligence collective des sociétés  
 Cours de législation constitutionnelle

*Monnier Victor /* 2009  
*Quastana François (éd.)*  
 Paoli, la Révolution Corse et les Lumières  
 Actes du colloque international organisé  
 à Genève, le 7 décembre 2007

## Droit de la propriété

*Foëx, Bénédicte (éd.)* 2013  
 Planification territoriale  
 Droit fédéral et spécificités cantonales

*Foëx, Bénédicte (éd.)* 2012  
 Les rénovations d'immeubles

*Foëx, Bénédicte (éd.)* 2012  
 La réforme des droits réels immobiliers  
 Les modifications du Code civil entrées en  
 vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012

*Foëx, Bénédicte (éd.)* 2011  
 Droit de superficie et leasing  
 immobilier  
 Deux alternatives au transfert  
 de propriété

*Foëx Bénédicte / Hottelier Michel* 2009  
 La garantie de la propriété à l'aube  
 du XXI<sup>e</sup> siècle  
 Expropriation, responsabilité  
 de l'Etat, gestion des grands projets  
 et protection du patrimoine

## Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine /* 2013  
*Winiger, Bénédicte (éd.)*  
 Le tort moral en question  
 (Journée de la responsabilité civile 2012)

*Chappuis, Christine /* 2011  
*Winiger, Bénédicte (éd.)*  
 La preuve en droit de la responsabilité  
 civile  
 (Journée de la responsabilité civile 2010)

*Chappuis, Christine /* 2009  
*Winiger, Bénédicte (éd.)*  
 La responsabilité pour l'information four-  
 nie à titre professionnel  
 (Journée de la responsabilité civile 2008)

*Winiger Bénédicte* 2009  
 La responsabilité aquilienne au 19<sup>e</sup> siècle  
 Damnum iniuria et culpa datum

*Winiger, Bénédicte (éd.)* 2008  
 La responsabilité civile européenne  
 de demain / Europäisches Haftungsrecht  
 morgen  
 Projets de revision nationaux et principes  
 européens / Nationale Revisionsentwürfe  
 und europäische Haftungsprinzipien.  
 Colloque international à l'Université de  
 Genève

# Droit international

*Romano Gian Paolo* 2014

Le Dilemme du renvoi en droit international privé

La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse

*Granges Mathieu* 2014

Les intérêts moratoires en arbitrage international

*Grignon Julia* 2014

L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

*Bulak Begüm* 2014

La liberté d'expression face à la présomption d'innocence

Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

*Johannot-Gradis Christiane* 2013

Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?

*Chatton, Gregor T.* 2013

Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels

*Ludwiczka, Maria* 2013

La délégation internationale de la compétence pénale

*Petry, Roswitha* 2013

La situation juridique des migrants sans statut légal

Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations

*Redalié, Lorenzo* 2013

La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire

*Tran, Laurent* 2013

Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes

*Daboné, Zakaria* 2012

Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques

*Lessène, Ghislain Patrick* 2012

Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention L'exemple de l'Afrique subsaharienne francophone

*Michalak, Katarzyna* 2012

La protection du handicapé mental en droit de la sécurité sociale Etude de droit international et comparé (droit européen, polonais et suisse)

*Zouré, Théophane Noël* 2012

Le commerce des produits agricoles dans le droit de l'OMC

Cet ouvrage rassemble la plupart des contributions présentées lors de la Journée de droit civil organisée par la Faculté de droit de l'Université de Genève en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï au mois de novembre 2013.

Rédigés par des spécialistes du domaine, ces textes permettent d'approfondir différentes facettes du droit de la personnalité – médias, santé, rapports de travail, relations économiques ou familiales, situation des résidents d'institutions – et apportent un éclairage intéressant dans un domaine qui, au vu des changements considérables intervenus ces dernières décennies dans notre société en matière informationnelle, économique et sociale, est appelé à jouer un rôle de plus en plus important pour les individus.

L'ouvrage s'adresse aux avocats, juges, juristes d'entreprise ou exerçant au sein de l'administration, ainsi qu'aux chercheurs et étudiants.

ISBN 978-3-7255-8524-3



[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)