



**HAL**  
open science

## Chronique de Droit pénal des médias

Jérôme Bossan

► **To cite this version:**

Jérôme Bossan. Chronique de Droit pénal des médias. Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2021.  
hal-03771268

**HAL Id: hal-03771268**

**<https://hal.science/hal-03771268>**

Submitted on 7 Sep 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# DROIT PÉNAL DES MÉDIAS

Jérôme BOSSAN

Maître de conférences HDR à l'université de Poitiers, ISCrin'

## DIFFAMATION – DENIGREMENT – LIBERTE D'EXPRESSION

**Cass. com. 17 mars 2021, 19-20.459, Inédit ; *Légipresse* 2021 p.197 ; Cass. com. 10 févr. 2021, n° 18-24.302, *Contrats, conc. conso.* 2021, comm. 58, obs. M. Malaurie-Vignal ; Cass. com. 27 janvier 2021, 18-21.697, Inédit.**

La réputation est un bien aussi précieux que fragile. Le constat n'est pas nouveau, le Doyen Carbonnier l'a particulièrement mis la question en lumière dans son article « Le silence et la gloire »<sup>1</sup>. Il est aujourd'hui renouvelé à coup de *buzz* qualifiés de *good* ou de *bad* selon qu'ils sont favorables ou non à la e-réputation<sup>2</sup>, notamment dans le domaine des affaires. Il l'est aussi en raison de la confrontation de valeurs. La liberté d'expression accordée aux consommateurs, aux journalistes, mais aussi aux concurrents est particulièrement préservée mais se heurte à la nécessité de préserver les acteurs de pratiques déloyales ou du mensonge dont les conséquences peinent à être effacées, « *Calomniez, il en restera toujours quelque chose* »<sup>3</sup>.

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse constitue un instrument essentiel dans cette recherche d'équilibre dont la diffamation n'est que l'illustration. Il est bien rare qu'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation alimente la chronique de droit pénal des médias. Pourtant, les trois arrêts commentés offrent la possibilité de montrer l'évolution de la notion de diffamation et, ce faisant, l'articulation entre la loi du 29 juillet 1881 et le droit commun de la responsabilité, mettant ainsi en perspective la préservation de la réputation, spécialement dans le domaine professionnel. Il est entendu que tout discours critique dans le champ commercial ne saurait provoquer la mise en œuvre d'une quelconque responsabilité. Ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'une action en responsabilité fondée sur la critique liée à une activité commerciale peut prospérer. Se pose alors la question essentielle de la qualification

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, p. 199.

<sup>2</sup> A. Favreau, « Protéger la e-réputation de l'entreprise », in *L'entreprise à l'épreuve du « droit » de l'Internet. Quid novi ?* J.-M. Brugière (dir.), Dalloz, 2014, pp. 143-144.

<sup>3</sup> La formule est le plus souvent attribuée à Francis Bacon v. *Œuvres philosophiques, morales et politiques*, C. Delagrave, 1880, p. 226, *gallica.bnf.fr*.

juridique du propos. Le droit envisage principalement trois qualifications dont deux seront traitées ici : le dénigrement, la diffamation et l'injure. Cette dernière sera écartée de notre réflexion, les difficultés spécifiques tenant en réalité à la délimitation du propos injurieux au regard du propos diffamatoire.

Cette question de qualification, éminemment transversale, intéresse aussi bien la jurisprudence commerciale et civile que pénale. Ses enjeux sont pluriels. Il s'agit d'abord de mieux comprendre la délimitation de la diffamation et du dénigrement afin d'appréhender leur domaine respectif. Au-delà, cette analyse interroge les conditions de la répression, cette dernière étant en principe exclue lorsque le propos discrédite des produits. Elle questionne également le régime de l'action en réparation du préjudice subi, la loi du 29 juillet 1881 s'appliquant à la diffamation tandis que le dénigrement relève, lui, du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle. La jurisprudence a pu se montrer hésitante depuis plusieurs années lorsqu'il s'est agi de traiter de ces formes d'abus de la liberté d'expression, peinant à dégager un ensemble de règles cohérent. Les trois arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation offrent l'occasion de préciser l'état des réflexions comme des doutes sur ce point. Ils permettent de mettre en évidence en premier lieu la simplicité apparente de l'opposition entre diffamation et dénigrement (A), mais ils soulignent aussi la complexification contemporaine de la distinction des qualifications (B).

## **I Simplicité apparente**

L'opposition qui existe entre la diffamation, délit pénal prévu par les art. 29 et s. de la loi du 29 juillet 1881 et le dénigrement relevant de l'art. 1240 du Code civil (et anciennement de l'art. 1382 de ce même code) tient à l'objet même de ces qualifications.

Le propos diffamatoire doit viser, à l'exception notable de la diffamation présentant un caractère ségrégationniste<sup>4</sup>, une personne, qu'elle soit physique ou morale<sup>5</sup>. Au contraire, le dénigrement « *porte atteinte à la réputation des produits, services ou prestations d'une entreprise* »<sup>6</sup>. Il résulte de ces deux définitions une ligne de partage, en apparence, simple. Le propos doit avant tout être qualifié au regard de ce qu'il vise. La diffamation est fondamentalement une atteinte à la réputation des personnes et ne peut dériver en atteinte aux

---

<sup>4</sup> En ce cas, la diffamation peut viser un groupe de personnes non doté de la personnalité juridique, v. Cass. crim., 2 mars 1993, n° 91-84.653, en ce sens, E. Raschel, « Fas. 114 : Diffamation. Incrimination », *J. Cl. Communication*, 2020, n° 117.

<sup>5</sup> Cass. crim. 12 oct. 1976, n° 75-90.239, *Bull. crim.* n° 287.

<sup>6</sup> M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2019, n° 457.

biens de sorte que le propos qui cible les seules prestations fournies<sup>7</sup> n'est pas de son ressort, mais de celui du dénigrement qui ne concerne que la critique de produits et non celle visant l'honneur de leur producteur. Une telle solution a pour vertu la clarté. En conséquence, une première lecture permet de considérer que le propos portant atteinte à la réputation commerciale de l'entreprise ne fait pas l'objet d'un traitement juridique homogène et doit relever soit de la diffamation lorsque la personne est atteinte en son honneur ou sa considération, soit du dénigrement lorsque son produit est discrédité. Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 février 2021, la société défenderesse avait fait état dans un courrier de ce que son ancien dirigeant, qui avait transféré son contrat à une société du même secteur, « *s'inscrivait dans une démarche de détournement d'actif et de trésorerie au préjudice de la société* ». La Cour d'appel avait considéré qu'un tel propos relevait du dénigrement, notant que celui-ci portait atteinte à l'image de la personne visée. La chambre commerciale de la Cour de cassation fonde la cassation sur la contradiction que recelait la motivation de la juridiction du fond. Elle insiste sur le fait que le propos qui visait directement une personne physique ne pouvait relever que de la diffamation au sens de l'art. 29 de la loi du 29 juillet 1881 et non du dénigrement. Pour comprendre l'enjeu, il faut ici indiquer que la distinction entre la diffamation et le dénigrement présente un intérêt aussi bien du point de vue de la répression que de la réparation.

La répression nous attardera peu ici car, sans qu'il soit nécessaire d'approfondir davantage, l'opposition réside dans le fait que seule la diffamation est sanctionnée pénalement, le dénigrement ne l'étant pas. L'enjeu le plus immédiat est celui de la réparation. Si l'importance de la qualification est aussi grande c'est que, du point de vue strictement civil, le régime applicable à l'action est bien différent selon les cas.

Pour la diffamation, le régime prévu par les art. 47 et s. de la loi du 29 juillet 1881 se caractérise par une grande rigueur. Or, celui-ci s'est imposé, non seulement au juge pénal, mais aussi au juge civil même lorsque l'action publique n'est pas engagée montrant l'influence de la « *théorie pénale* »<sup>8</sup> au-delà de la répression. Sans qu'il soit ici utile de rappeler précisément l'ensemble

---

<sup>7</sup> Cass. civ. 1ère, 30 mai 2006, n° 05-16.437. V. dernièrement l'affirmation selon laquelle l'avis posté sur un réseau social et portant sur la qualité des prestations d'une société doit être appréhendé au titre du dénigrement et non de la diffamation, CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 janv. 2021, *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 39, obs. M. Malaurie-Vignal.

<sup>8</sup> J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 120.

des règles<sup>9</sup>, on relèvera que le principe de solidarité des prescriptions des actions pénales et civiles a été maintenu dans la loi du 29 juillet 1881 malgré son abandon en droit commun par la loi du 23 décembre 1980. Dès lors, les délais de prescription particulièrement brefs des art. 65 et s.<sup>10</sup>, sont applicables devant le juge civil. Il en va de même du formalisme particulièrement rigoureux de l'acte de citation<sup>11</sup> qui se manifeste notamment par l'exigence de qualification et d'articulation des demandes. On évoquera enfin la compétence partagée par les juridictions civiles et pénales<sup>12</sup>.

Au contraire, le dénigrement obéit aux règles plus classiques et plus souples du droit civil de la responsabilité extracontractuelle. Il en résulte que les règles de citation sont celles du droit commun, que la prescription est ici de cinq ans faute de préjudice corporel et que la compétence peut être partagée entre tribunaux judiciaires et tribunaux de commerce<sup>13</sup>.

Cette opposition a pu être discutée. La jurisprudence a renforcé la place de la loi du 29 juillet 1881 aux dépens du mécanisme de droit commun depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle, témoignant d'un « *mouvement de bannissement* »<sup>14</sup> progressif de la réparation fondée sur l'art. 1240 et, avant lui, de l'art. 1382 du Code civil pour les abus de la liberté d'expression.

Le fait de retenir la qualification de la diffamation a pour conséquence d'appliquer le régime prévu par la loi du 29 juillet 1881 et d'évincer le droit commun de la responsabilité civile quand bien même l'admission de la qualification ne pourrait donner lieu à réparation. La Cour de cassation rejette ainsi la « *fonction substitutive* »<sup>15</sup> de la responsabilité civile, considérant de manière constante depuis un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000 que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* »<sup>16</sup>. L'arrêt du 10

---

<sup>9</sup> Pour une présentation synthétique de cette évolution, v. G. Viney, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz 2006, p. 1169 et s.

<sup>10</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 avril 1983, n° 82-11.705, *Bull. civ. II*, n°97.

<sup>11</sup> Art. 55 de la loi du 29 juill. 1881.

<sup>12</sup> Hors cas particuliers pour lesquels seul le juge pénal peut être saisi, cf. art. 46 de la loi du 29 juill. 1881.

<sup>13</sup> T. com. Paris, 27 avr. 2020, *Propr. industr.* 2020, chron. 9, n° 9, obs. J. Larrieu ; CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 janv. 2021, *Contrats, conc. conso.* 2021, comm. 39, obs. M. Malaurie-Vignal.

<sup>14</sup> B. de Lamy, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 277.

<sup>15</sup> Ch. Bigot, « Le champ d'application de l'article 1382 du Code civil en matière de presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne*, J.-Y. Dupeux et A. Lacabarats (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 70.

<sup>16</sup> Cass. ass. plén., 12 juill. 2000, n° 98-10.160 : *Bull. A. P.* n° 8, D. 2000. Somm. 463, obs. P. Jourdain ; *Comm. com. électr.* 2000, comm. 108, note L. Grynbaum ; *LPA* 14 août 2000, p. 4, note E. Derieux.

février 2021 reprend presque mot pour mot cette affirmation dans son visa, montrant la constance de cette solution.

Toutefois, à la suite de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière, d'autres ont pu laisser penser que la loi du 29 juillet 1881 disposait d'un monopole<sup>17</sup> avant que la position de la Cour de cassation soit affinée, cette dernière considérant que le législateur pouvait, par exception, prévoir des dérogations à l'application du régime prévu par la loi du 29 juillet 1881. Tel fut le cas pour les atteintes à la vie privée pouvant être réparées sur le fondement de l'art. 9 du Code civil<sup>18</sup> et du dénigrement de produits ou de services<sup>19</sup>. Si l'équilibre global demeure extrêmement discuté<sup>20</sup>, l'action en dénigrement fondée sur l'art. 1240 reste une limite à l'application de la loi du 29 juillet 1881 aux abus de la liberté d'expression, solution qui ne souffre pas, aujourd'hui, de contestation sur le principe.

Le tableau esquissé de la dualité paraît d'une réelle simplicité et les grands traits ici mis en évidence ne sont pas contestés par les arrêts commentés qui les rappellent de manière éclatante. Le fait de porter le discrédit sur les produits relève du dénigrement et ce faisant du régime de l'art. 1240 – c'est le sens de l'arrêt du 27 janvier 2021 – tandis que l'atteinte à la réputation de la personne doit être qualifiée de diffamation au sens de la loi du 29 juillet 1881 qui s'applique alors – ce qu'affirme la chambre commerciale de la Cour de cassation dans les arrêts du 10 février 2021 et du 17 mars de la même année. Pourtant, la pluralité des arrêts reflète aussi une jurisprudence bien plus fournie<sup>21</sup> qui interroge la distinction, dont la simplicité apparente doit être dépassée pour appréhender la véritable complexité.

## II Complexité réelle

La complexité de la distinction résulte du rapprochement des qualifications auquel procède la jurisprudence, mais, plus encore, de la confusion qui règne aux confins du dénigrement et de la diffamation.

---

<sup>17</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 sept. 2005, n° 03-13.622, *Bull. civ. I* n° 348 ; *D.* 2006, p. 485, note T. Hassler et p. 768, note G. Lécuyer ; *RTD civ.* 2006, p. 126, obs. P. Jourdain.

<sup>18</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 février 2006, n° 03-19.994, *Bull. civ. I*, n°97.

<sup>19</sup> V. not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juill. 2014, n° 13-16.730, *Bull. civ. I*, n°120 ; *D.* 2014, p. 1498 ; *D.* 2014, p. 2488, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *D.* 2015, p. 342, obs. E. Dreyer ; *Légipresse* 2014, p. 460 ; *RTD civ.* 2015, p. 142, obs. P. Jourdain et, pour une confirmation plus récente, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2020, n° 19-11.554, *D.* 2021, p. 197, obs. E. Dreyer ; *Légipresse* 2020, p. 340 ; *RSC* 2020, p. 312, obs. Y. Mayaud.

<sup>20</sup> V. not. J. Traullé, « Exclusivisme de la loi du 29 juillet 1881 : la fin justifie-t-elle encore les moyens ? », *D.* 2020, p. 1368 et E. Dreyer, *Droit de la communication*, LexisNexis, 2018, n° 1898 s.

<sup>21</sup> Pour une analyse de celle-ci, A. Quiquerez, « Clair-obscur autour de la distinction entre diffamation et dénigrement », *Contrats, conc. consom.* 2018, étude 12.

Le rapprochement des qualifications découle en premier lieu de l'évolution de la qualification du dénigrement. Relevant classiquement du droit de la concurrence<sup>22</sup>, l'action semblait supposer que le propos soit tenu par un concurrent aux fins de détourner la clientèle<sup>23</sup>. La jurisprudence contemporaine montre que tel n'est pas nécessairement le cas, le dénigrement pouvant être caractérisé « *même en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées* »<sup>24</sup>. Si le dénigrement peut toujours être sollicité pour qualifier les propos tenus entre concurrents, il peut aussi l'être lorsque la critique a été émise par un tiers n'ayant aucun rapport de concurrence avec la personne visée<sup>25</sup>. Cette première évolution met en évidence le fait que le dénigrement, tout comme la diffamation, est perçu par la jurisprudence comme un abus de la liberté d'expression qui doit être placé sous l'égide de l'art. 10 de la CEDH. L'effet immédiat est sans doute de limiter la répression. L'impunité paraît même presque totale dans certains secteurs et conduit à écarter indistinctement toute diffamation ou tout dénigrement. Ainsi, les opinions émises dans certains domaines comme la critique gastronomique<sup>26</sup> peuvent être formulées très librement, un arrêt rappelant, à propos d'un vin qualifié de « *picrate* » que l'avis, particulièrement lorsqu'il est virulent, doit faire l'objet d'une vérification<sup>27</sup>. Il en va également des avis ou commentaires de consommateurs ou d'associations de consommateurs tout au moins lorsqu'ils sont exprimés de manière raisonnable<sup>28</sup>. La jurisprudence l'affirme avec vigueur s'agissant des sites comparatifs ou encore de ceux faisant état des opinions émises à l'égard de professionnels ou de structures de tous genres. Dans tous ces cas, la responsabilité de leur auteur ne saurait être engagée aussi bien civilement que pénalement et la jurisprudence rejette parfois ici ensemble diffamation, injure

---

<sup>22</sup> C. Le Goffic, « Fasc. 210 : Le dénigrement », in *J. Cl. Concurrence – consommation*, 2021, n°1, l'évolution de la définition du dénigrement montrant à la fois le lien historique avec la situation de concurrence et son éloignement progressif.

<sup>23</sup> Cette solution n'est pas abandonnée comme le montre un arrêt récent. « *Le dénigrement, susceptible de caractériser un acte fautif au sens de l'article 1240 du code civil, qui constitue une catégorie d'acte de concurrence déloyale, consiste à jeter publiquement le discrédit sur les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent pour en tirer un profit. Il en résulte que les allégations qui n'ont pour objet que de mettre en cause la qualité des prestations fournies par une société, même si elles visent une société nommément désignée ou son dirigeant, relèvent du dénigrement, dans la mesure où elles émanent d'une société concurrente de la même spécialité exerçant dans le même secteur et sont proférées dans le but manifeste d'en détourner la clientèle* », in CA Paris, pôle 1, ch. 3, 8 janv. 2020, *Légipresse* 2020, n° 380, p. 145 ; *Prop. Intell.* 2020, comm. 28, obs. J. Larrieu.

<sup>24</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juill. 2018, n° 17-21.457 ; Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350 ; Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-15.651.

<sup>25</sup> Pour une association de consommateurs, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mai 2006, *D.* 2006, p. 2928, obs. V. Valette.

<sup>26</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 23 janv. 2003, n° 01-12.848, *Bull. civ. II* n° 15 : *D.* 2003, p. 604.

<sup>27</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 juin 2005, n° 03-18.622. Cette solution n'est pas sans rappeler celle prévalant en matière de diffamation pour évaluer la bonne foi, Cass. crim. 6 mai 2008, n° 07-82.250.

<sup>28</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mai 2006, n° 05-16.437, *D.* 2006, p. 2928, obs. V. Valette pour le dénigrement et Cass. crim. 13 févr. 1990, *Bull. crim.* n° 75 pour la diffamation.

et dénigrement, dès lors que les avis « *relèvent plutôt de la libre critique et de l'expression subjective d'une opinion ou d'un ressenti* »<sup>29</sup>.

Le rapprochement tient en second lieu aux similitudes entre le régime du dénigrement et celui de la diffamation, ce que montre le rapprochement des moyens de défense de la personne mise en cause à raison de l'une ou l'autre qualification. S'il est vrai que l'*exceptio veritatis* demeure un fait justificatif spécifique à la diffamation, le caractère exact ou non du propos étant sans incidence pour le dénigrement<sup>30</sup>, en revanche, la Cour de cassation répète depuis plusieurs années qu'« *en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation, par l'une, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre constitue un acte de dénigrement, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure* »<sup>31</sup>. L'évocation du sujet d'intérêt général, de l'exigence d'une base factuelle suffisante ou de la mesure de l'expression font écho à l'appréciation de la bonne foi en matière de diffamation<sup>32</sup>. La formule montre que la Cour de cassation recourt à un canevas commun lorsqu'il s'agit d'apprécier les deux qualifications<sup>33</sup> et l'importance de la liberté d'expression dans l'analyse<sup>34</sup>.

Ce mouvement de rapprochement a sans doute surtout pour conséquence de complexifier certaines conditions du dénigrement et les limites de la réparation.

La complexification de la distinction entre diffamation et dénigrement tient davantage au développement de cas pour lesquels la Cour de cassation a construit un raisonnement plus subtil dépassant la qualification envisageable *prima facie*s. Elle tend aujourd'hui à rechercher le but poursuivi par l'auteur des propos, s'intéressant finalement plus à sa psychologie qu'à la teneur de sa critique. La jurisprudence a ainsi étendu l'application de la qualification de la diffamation dans deux cas, lorsque la diffamation est indirecte et lorsqu'elle est partielle.

---

<sup>29</sup> CA Paris, pôle 1, ch. 8, 22 mars 2019, M. X. c/< Google LLC, [www.legalis.net](http://www.legalis.net) à propos d'avis négatifs publiés sur une fiche GoogleMyBusiness d'un chirurgien esthétique.

<sup>30</sup> Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-19.790 : *Contrats, conc. conso.* 2013, comm. 262, M. Malaurie-Vignal. V. égal. J.-P. Gridel, « Le dénigrement en droit des affaires – La mesure d'une libre critique », *JCP G.* 2017, doct. 543.

<sup>31</sup> V. not. Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-15.651.

<sup>32</sup> J.-M. Bruguière et A. Brégou, « Dénigrement, diffamation : la convergence des moyens de défense », *D.* 2019, p. 872.

<sup>33</sup> Il convient toutefois d'évoquer une réserve, la formule montrant qu'il n'en va peut-être pas tout à fait de même pour les actions en dénigrement formulées contre une personne qui se trouve en concurrence directe avec le demandeur.

<sup>34</sup> Ch. Bigot, « Le dénigrement de produit placé dans l'orbite de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2018, pp. 2014-2015.

Lorsque le propos consiste, *prima facie*, en un dénigrement de produits et services, la Cour de cassation retient que la diffamation est applicable si le propos vise en réalité le fabricant du produit et le fournisseur de service. Dépassant la lettre de la critique, la jurisprudence recherche le souhait réel de son auteur, considérant que l'« atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée, constitue une diffamation, même si elle est présentée sous une forme déguisée ou dubitative ou par voie d'insinuation »<sup>35</sup>. Cette solution reste limitée, la doctrine soulignant que cette forme de diffamation indirecte n'est qu'exceptionnellement admise<sup>36</sup>.

Il en va de même lorsque la diffamation n'est que partielle, ce que met en évidence l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 17 mars 2021. Dans cette affaire, il était reproché à deux sociétés et à leur gérant d'avoir mené une campagne d'information défavorable à la société demanderesse spécialisée dans la production audiovisuelle et à sa gérante. Le propos avait pris la forme de critiques excessives des prestations de ladite société et mentionnait également un détournement de fonds publics. La Cour d'appel de Paris avait constaté, pour débouter les demandeurs, l'existence d'une diffamation de la demanderesse et d'un dénigrement des émissions produites par elle. La chambre commerciale reprend ce double constat et indique que « si l'assignation stigmatise aussi une critique excessive portant sur les produits et services, elle ne se limite pas à cet objet et que l'action n'a pas pour seul fondement la qualité des émissions produites par la société X, mais tend aussi à voir reconnaître une atteinte à l'honneur et à la considération de cette société et de sa dirigeante ». Elle en déduit que seule l'action en diffamation pouvait prospérer au regard de ce constat, admettant l'absorption du dénigrement par la diffamation<sup>37</sup>.

Ces deux illustrations montrent que l'articulation des qualifications par la jurisprudence provoque à la fois un élargissement du champ d'application de la diffamation et un rétrécissement corrélatif de celui du dénigrement. Une conséquence de cette évolution est le déplacement de la frontière entre le régime spécifique de la loi du 29 juillet 1881 et le droit commun de la réparation de l'art. 1240 du Code civil. Comme le souligne un auteur, « le

---

<sup>35</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 sept. 2005, n° 04-12.148. Pour une critique de cette solution, v. E. Dreyer, *Droit de la communication*, Lexis Nexis, 2018, n°1909. L'auteur considère que celle-ci conduit à une « déformation » de la diffamation par la jurisprudence civile. La distinction est parfois difficile, comme le soulignait A. Chavanne, « si en effet les écrits visent essentiellement les produits, c'est inévitablement reconnaître qu'ils visent aussi les personnes », note sous TGI Paris, 18 avril 1984, *JCP G.* 1985, II, 20368.

<sup>36</sup> E. Raschel, « Fasc. 118 : Diffamation. Répression », *J. Cl. Communication*, 2020, n° 35. La jurisprudence criminelle exige notamment qu'il soit fait référence à la victime, Cass. crim., 19 janv. 2010, n° 08-88.243, *Comm. com. électr.* 2010, comm. 39, obs. A. Lepage, *Dr. pénal* 2010, comm. 48, obs. J.-H. Robert.

<sup>37</sup> Ch. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2020, n°321.102.

*principe général de la responsabilité civile est encore chassé par le pouvoir d'attraction de la diffamation* »<sup>38</sup>. Ces deux illustrations conduisent aussi à se demander si la jurisprudence envisage les deux qualifications comme une alternative simple ou s'il convient de s'interroger successivement sur la pertinence de la diffamation puis, à défaut de celle-ci, sur la qualification de dénigrement. Cette grille de lecture des abus de liberté d'expression pourrait s'avérer pertinente pour analyser une dernière situation problématique illustrée par l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 janvier 2021.

Si le mouvement évoqué provoque une réduction du champ d'application du dénigrement, ce dernier ne tend pas pour autant à disparaître. La qualification reste applicable dès lors que le produit ou le service sont uniquement visés, la jurisprudence rappelant que la diffamation suppose que la victime soit identifiable<sup>39</sup>. En outre, le dénigrement peut également prendre des formes plus insidieuses et résulter d'une critique indirecte des produits et services. La solution n'est pas nouvelle, mais tend à voir son champ se réduire progressivement. Ces dernières années, l'atteinte à la réputation de l'entreprise a pu être considérée, notamment par la chambre commerciale de la Cour de cassation, comme une forme de dénigrement sans véritable égard pour la diffamation ou l'injure<sup>40</sup>, ce qui pourrait s'apparenter à une forme de contournement de la loi du 29 juillet 1881 par la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>41</sup>. Cette solution paraissait avoir vécu, certains arrêts appliquant la loi du 29 juillet 1881 lorsque la réputation de la société était en cause<sup>42</sup>, recourant à la grille de lecture ci-dessus évoquée.

Cependant, la confusion semble demeurer au sein de cette chambre comme en témoigne l'arrêt du 27 janvier 2021. Dans cette affaire, la société mise en cause avait accusé des anciens salariés d'une autre d'avoir commis des infractions pénales, en l'occurrence le vol d'informations, ayant permis de concevoir certains produits. Le propos recelait une atteinte à l'honneur ou à la considération, l'imputation d'un comportement illicite – le vol en l'occurrence – portant nécessairement atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne concernée<sup>43</sup>. La difficulté tenait à la personne visée. Si la jurisprudence rejette classiquement la diffamation par ricochet à un tiers, elle admet que « *les imputations diffamatoires lui sont étendues, fût-ce de*

---

<sup>38</sup> B. de Lamy, *op. cit.*, p. 294.

<sup>39</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mars 2018, n° 17-12.027.

<sup>40</sup> Cass. com., 24 sept. 2013, préc.

<sup>41</sup> Ch. Bigot, « Dénigrement et concurrence déloyale : vers un changement de paradigme », *D.* 2019, p.323.

<sup>42</sup> Cass. com. 26 sept. 2018, n° 17-15.502.

<sup>43</sup> Pour une application en matière de vol, Cass. crim. 16 févr. 1999, n° 97-86.344.

*manière déguisée ou dubitative, ou par voie d'insinuation* »<sup>44</sup>. Il en va ainsi lorsque la société est identifiée comme étant la bénéficiaire du comportement évoqué lorsque les faits sont commis par les organes dirigeants de la personne morale<sup>45</sup>. Cependant, faisant montre d'une certaine rigueur, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que, les propos visant ici d'anciens salariés et non la société elle-même, la diffamation devait être rejetée et seul le dénigrement retenu. La solution n'est pas choquante et l'on peut y voir le souci de ne pas donner à la diffamation un domaine trop étendu. Pourtant l'attendu final de l'arrêt demeure particulièrement ambigu et met en exergue que le fait de retenir le dénigrement en pareil cas reste discutable. La Cour conclut en effet que « *les allégations et imputations contenues dans la lettre de mise en garde de la société [défenderesse], même si elles visaient ses anciens salariés et les sociétés [demanderesse] [nous soulignons], n'avaient pour objectif que de porter le discrédit sur les produits [...] de sa concurrente, la cour d'appel a déduit à bon droit que la lettre litigieuse constituait un dénigrement de ces produits, fautif en application de l'article 1382, devenu 1240, du Code civil* ». On comprend en effet que l'identification du but réel permette de retenir le dénigrement, mais en admettant que les allégations et les imputations visaient bien les sociétés, le rejet de la qualification de diffamation dans la présente affaire est discutable d'autant qu'une solution inverse aurait eu pour effet d'absorber le dénigrement comme cela a été évoqué. Cet arrêt montre encore les hésitations de la chambre commerciale à fournir toute la plénitude de l'application de la diffamation et, en conséquence, à restreindre le domaine du dénigrement. Il illustre aussi le fait que la fragilisation évoquée des frontières entre diffamation et dénigrement s'accompagne d'un déplacement de celles-ci et d'une « *valse-hésitation* »<sup>46</sup> déplorable du point de vue de la sécurité juridique et dont les conséquences sont redoutables lorsqu'on analyse le régime juridique applicable à chacune de ces qualifications. L'incertitude pointée quant à la délimitation de chacune des qualifications ne manque pas de provoquer des doutes quant au traitement judiciaire. Si la jurisprudence de la chambre criminelle rejetant la diffamation faute de désignation d'une personne morale ou physique, mais du seul produit reste relativement peu importante<sup>47</sup>, il n'en est pas de même de la jurisprudence civile et commerciale qui s'avère bien plus foisonnante et manquant parfois de constance.

---

<sup>44</sup> Cass. crim., 26 mars 2008, n° 06-87.838, *Bull. crim.* 2008, n° 78 ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 81, obs. A. Lepage ; Cass. crim., 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-84.505, *Comm. com. électr.* 2020, comm. 90, A. Lepage.

<sup>45</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janv. 2010, n° 08-21.869.

<sup>46</sup> A. Quiquerez, « Clair-obscur autour de la distinction entre diffamation et dénigrement », *Contrats, conc. consom.* 2018, étude 12, n° 33. V. égal. la jurisprudence citée n° 34 et 35 pour illustrer cette hésitation.

<sup>47</sup> Cass. crim. 10 sept. 2013, n° 11-86.311, *Bull. crim.* n° 177.

L'incertitude a pour effet pervers de transformer la diffamation en un moyen de défense, les défendeurs arguant d'avoir commis un tel comportement – une telle infraction – pour mettre en échec la demande de réparation<sup>48</sup>. Il est vrai que la reconnaissance de cette qualification fait obstacle à la compétence du tribunal de commerce ou l'annulation de l'acte de citation ne respectant pas le formalisme de l'art. 55 de la loi du 29 juillet 1881<sup>49</sup>, mais, plus encore, elle provoque un écroulement, le plus souvent définitif, de l'action en réparation et une impossibilité d'agir au pénal faute de pouvoir respecter les délais de prescription particulièrement courts du droit de la presse.

En conclusion, on ne saurait trop insister sur la nécessité d'homogénéiser l'interprétation de la diffamation et son articulation avec le dénigrement, il en va de la cohérence du droit en la matière, répression et réparation étant liées. La grille d'analyse dégagée en jurisprudence a pour intérêt de mieux distinguer les qualifications et de connaître le régime applicable, espérons que sa mise en œuvre lève les doutes pouvant exister dans l'esprit des plaideurs lorsqu'ils engagent leur action.

---

<sup>48</sup> G. Viney, « La sanction des abus de la liberté d'expression », *D.* 2014, p. 789.

<sup>49</sup> Cf. *supra*.