

## Dénigrement, diffamation : la convergence des moyens de défense

Jean-Michel Bruguière, Professeur à l'Université Grenoble-Alpes  
Aurélië Brégou, Avocat Counsel, Cabinet Deprez, Guignot & Associés

**1. Communication sur une contrefaçon, attention prudence !** Il est assez fréquent que des opérateurs économiques communiquent, dans la presse, auprès de leurs clients ou de ceux de leurs concurrents, sur les actions en contrefaçon qu'ils ont intentées. Cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 janvier 2019 vient opportunément rappeler à ces opérateurs que cela ne se fait pas dans n'importe quelles conditions et, au-delà, qu'un opérateur économique peut invoquer, pour échapper au grief de dénigrement, une sorte d'excuse de bonne foi, comme en matière de diffamation.

**2. Retour sur les faits ayant amené à la décision du 9 janvier 2019.** La société Keter Plastic, qui a pour activité la fabrication et la vente de produits en matière plastique, dont des meubles de jardin vendus par l'intermédiaire de la société Plicosa France (la société Plicosa), agent commercial, a assigné en contrefaçon de ses modèles communautaires la société de droit italien Shaf, spécialisée dans la conception, la fabrication et la distribution de meubles de jardin. Reprochant à la société Plicosa d'avoir organisé à son encontre une campagne de dénigrement en divulguant l'existence de cette action en justice, ce qui avait conduit plusieurs de ses clients (et non des moindres : Leroy Merlin, Habitat, Ikea...) à renoncer à des commandes, la société Shaf l'a assignée en paiement de dommages-intérêts pour concurrence déloyale. Elle obtient gain de cause pour dénigrement avec une condamnation à hauteur de 900 000 € de dommages-intérêts après avoir produit différents courriers de ses clients l'informant de leur souhait d'attendre la décision définitive avant de reprendre la commercialisation des produits argués de contrefaçon. Le jugement est infirmé notamment parce que le caractère non objectif, excessif ou dénigrant, voire mensonger des informations ainsi communiquées n'était pas démontré. L'arrêt est cassé au visa des articles 1240 du code civil et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) : « Attendu que, même 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 ».

**3. Alléguer d'une contrefaçon d'un produit peut être dénigrant. *Quid* pour la diffamation ?** Nous passerons rapidement sur les deux premières précisions de la Cour de cassation. Nous savons bien que le dénigrement peut exister même en l'absence de concurrence directive et effective, cela a été déjà jugé à de nombreuses reprises par la Cour de cassation<sup>(1)</sup>. Le tribunal de grande instance de Paris l'a encore rappelé très récemment : « Même 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 les produits, les services ou les prestations de l'autre peut constituer un acte de dénigrement, ouvrant droit à réparation sur le fondement de l'article 1240 du code civil »<sup>(2)</sup>. Et il est évident que le fait de prétendre qu'un produit est contrefaisant représente potentiellement un dénigrement, puisque cela tend à jeter le discrédit sur le produit en cause. Il faut prendre garde toutefois à ce que les critiques s'adressent bien aux produits et non à la personne morale qui les fabrique ou les commercialise car, dans ce cas, c'est la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui a vocation à s'appliquer. La chambre commerciale de la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 26 septembre 2018<sup>(3)</sup> : « hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240 du code civil ». La même solution avait été rappelée quelques semaines auparavant par la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>(4)</sup>. Or, parfois, le départ entre ce qui relève de la critique d'une personne morale et ce qui relève de la critique de ses produits ou service n'est pas aisé<sup>(5)</sup>, surtout comme en l'espèce où il était question d'une action en contrefaçon qui revient finalement également à imputer à la personne morale la commission d'un délit.

**4. « Intérêt général », « base factuelle suffisante » et « mesure », les conditions jurisprudentielles se précisent.** La formule qui mérite véritablement l'attention dans l'affaire soumise à notre analyse est la suivante. La divulgation d'une information qui jette le discrédit sur le produit commercialisé (ici le fait de prétendre que nous sommes en présence d'une contrefaçon) est un dénigrement sauf si « l'information en cause se rapporte à un sujet d'intérêt général », elle « repose sur une base factuelle suffisante », et elle est « exprimée avec une certaine mesure ». Cette formule, qui impose que trois conditions, semble-t-il cumulatives, soient réunies pour exclure le dénigrement, s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence la plus récente de la chambre civile de la Cour de cassation et la complète heureusement. Celle-ci avait, en effet, jugé dans une décision du 11 juillet 2018 que, « même 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, peut constituer un acte de dénigrement ; que, cependant, lorsque l'information en cause se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, cette divulgation relève du droit à la liberté d'expression, qui inclut le droit de libre critique, et ne saurait, dès lors, être regardée comme fautive, sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure »<sup>(6)</sup>. Elle s'était de nouveau prononcée en ce sens le 12 décembre 2018, là encore au visa des articles 1240 du code civil et 10 de la Convention EDH : « lorsque les appréciations portées sur un produit concernent un sujet d'intérêt général et reposent sur une base factuelle suffisante, leur divulgation relève du droit à la liberté d'expression, qui inclut le droit de libre critique, et ne saurait, dès lors, être regardée comme fautive, sous réserve qu'elles soient exprimées avec une certaine mesure »<sup>(7)</sup>. Cette fois-ci, c'est la chambre commerciale de la Cour de cassation, en principe compétente pour connaître de la concurrence déloyale par dénigrement, qui vient le dire. Intéressons-nous donc aux trois conditions qui permettent d'échapper au grief de dénigrement.

**5. « Intérêt général ».** L'« intérêt général », tout d'abord, est le contraire de l'intérêt particulier. Il a été appréhendé par la Cour européenne des droits de l'homme « lorsqu'est en jeu non le discours strictement commercial de tel individu mais sa participation à un débat touchant l'intérêt général, comme par exemple, la santé publique »<sup>(8)</sup>. L'opérateur qui argue d'une contrefaçon d'un produit auprès des clients de

son adversaire pour mieux asseoir une offre concurrente ne divulgue certainement pas une information d'intérêt général. Quelle pourrait être cette information en matière de contrefaçon ? Nous ne voyons que celle qui a trait à la dangerosité du produit, sa menace pour la santé publique. Reste à savoir qui va la divulguer ? Notre agent commercial n'était certainement pas un lanceur d'alerte. Toute révélation d'un concurrent est quelque peu entachée d'équivoque.

**6. « Base factuelle suffisante ».** La Cour de cassation précise, ensuite, que l'information divulguée doit reposer sur « une base factuelle suffisante », ce qui, comme cela a été pertinemment observé, contribue au rapprochement des actions fondées sur le dénigrement de celles fondées sur la diffamation <sup>(9)</sup>. La notion de « base factuelle suffisante », héritée de la jurisprudence européenne et applicable au soutien de la bonne foi de l'auteur de propos diffamatoires, est désormais utilisée par les juges saisis d'une action en dénigrement. Cela implique que le propos soit argumenté et repose sur des faits établis. « Le dénigrement est ainsi mis au diapason avec l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales », comme l'avait déjà relevé un commentateur à propos de la décision de la chambre civile de la Cour de cassation du 11 juillet 2018 <sup>(10)</sup>. Cette base factuelle a été jugée au cas d'espèce insuffisante, car l'action en contrefaçon sur laquelle avait communiqué la société Plicosa « ne reposait que sur le seul acte de poursuite engagé par le titulaire des droits ». La chambre commerciale précise bien que « l'action en contrefaçon » n'avait « pas donné lieu à une décision de justice ». Communiquer sur une assignation en contrefaçon semble donc, purement et simplement, proscrire (sauf à ne pas désigner d'adversaires ou de produits, mais à quoi bon alors communiquer ?). Et au-delà ? La chambre commerciale évoque « une décision de justice ». Faut-il que celle-ci soit définitive ? Nous ne le pensons pas. Tout dépend en réalité de la manière dont on évoque ce jugement ou arrêt, par où l'on rejoint, enfin, la troisième condition : « la communication est exprimée dans une certaine mesure ».

**7. « Mesure ».** Là aussi, cette notion se retrouve dans la théorie de la bonne foi applicable en matière de diffamation. Et elle figurait déjà en filigrane dans une décision du 18 octobre 2017 de cette même chambre commerciale, qui avait jugé que si « la victime d'une contrefaçon peut, sauf abus, procéder, à ses propres frais, à toute mesure de publicité de la condamnation prononcée à son bénéfice » <sup>(11)</sup>, elle ne pouvait cependant reproduire le texte d'une décision de justice condamnant son concurrent en ajoutant, au nom de la société concurrente, la marque notoire de l'un de ses produits, sans se rendre coupable de concurrence déloyale car cela « augmentait l'impact de la publicité donnée au jugement au-delà des limites résultant des termes mêmes de son dispositif ». Défaut de « mesure » donc.

**8. En conclusion.** Avant, pendant ou après une instance, la prudence dans la communication s'impose donc. Mais surtout, en suivant la première chambre civile, la chambre commerciale admet désormais que des opérateurs économiques puissent diffuser des informations exactes (« base factuelle suffisante ») sur leurs concurrents qui pourraient leur nuire, si cela relève d'un débat d'intérêt général et est exprimé avec prudence. C'est ainsi admettre qu'un opérateur économique peut invoquer en défense une sorte d'excuse de bonne foi, comme en matière de diffamation. Et l'on peut supposer, comme en matière de diffamation, que plus le sujet sera d'intérêt général, moins la prudence sera de mise, à condition toutefois que la base factuelle soit suffisante <sup>(12)</sup>.

#### Mots clés :

**RESPONSABILITE CIVILE** \* Responsabilité délictuelle \* Action en contrefaçon \* Dénigrement \* Base factuelle \* Acte de poursuite  
**DRUIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX** \* Liberté d'expression \* Droit de libre critique \* Dénigrement \* Action en contrefaçon \* Base factuelle

(1) Com. 12 févr. 2008, n° 06-17.501, D. 2008. 610, obs. E. Chevrier <sup>(1)</sup>, 2573, note Y. Picod <sup>(2)</sup>, et 2009. 1441, obs. Y. Picod <sup>(3)</sup> ; 27 avr. 2011, n° 10-15.648 ; 15 nov. 2011, n° 10-25.473, D. 2012. 2760, obs. Y. Picod <sup>(4)</sup>.

(2) TGI Paris, 17<sup>e</sup> ch. civ., 6 mars 2019, *SA Vivendi c/ N. Vescovacci*, Légipresse 2019, n° 369.

(3) Com. 26 sept. 2018, n° 17-15.502.

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2018, n° 17-12.027, D. 2019. 216, obs. E. Dreyer <sup>(5)</sup>.

(5) J.-P. Gridel, Le dénigrement en droit des affaires. La mesure d'une libre critique, JCP 2017, n° 19/2, 543.

(6) Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juill. 2018, n° 17-21.457, D. 2018. 2010 <sup>(6)</sup>, note C. Bigot <sup>(7)</sup>, 2326, obs. Y. Picod <sup>(8)</sup>, et 2019. 216, obs. E. Dreyer <sup>(9)</sup> ; RTD civ. 2018. 913, obs. P. Jourdain <sup>(10)</sup>.

(7) Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2018, n° 17-31.758, D. 2019. 6 <sup>(11)</sup>.

(8) CEDH 25 août 1998, n° 25181/94, *Hertel c/ Suisse*, D. 1999. 239 <sup>(12)</sup>, obs. M.-L. Niboyet <sup>(13)</sup> ; AJDA 1998. 984, chron. J.-F. Flauss <sup>(14)</sup>.

(9) C. Bigot, Dénigrement et concurrence déloyale : vers un changement de paradigme, D. 2019. 319 <sup>(15)</sup> ; N. Verly, Procédure de presse (janv.-déc. 2018), Légipresse 2019, n° 368, p. 114.

(10) G. Lécuyer, L'unification du délit de dénigrement sous l'impulsion du droit européen à la liberté d'expression, *Légipresse* 2018, n° 365.

(11) Com. 18 oct. 2017, n° 15-27.136, D. 2018. 653 , note J. Chacomac , et 1336, chron. A.-C. Le Bras  ; *Daloz IP/IT* 2018. 199, obs. E. Derieux  ; *RTD civ.* 2018. 488, obs. N. Cayrol .

(12) C'est d'ailleurs ce qui a été jugé par la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt préc. du 11 juill. 2018 (*supra* note 6) aux termes duquel elle a censuré une cour d'appel qui avait considéré à propos de la mise en cause par la revue *Alternative Santé* d'un complément en vitamine D destiné aux nourrissons « que les termes employés dans l'article litigieux sont extrêmement virulents et que, quand bien même les expressions « complément empoisonné », « produits nocifs » et « criminel produit de santé » ont été modifiées, l'affirmation de la dangerosité du produit reste péremptoire et sans nuance, excédant ainsi le droit d'exercice normal d'une critique ». La Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa des art. 10 de la Conv. EDH et 1240 c. civ. : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations, d'une part, que les publications litigieuses s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général portant sur la santé publique, d'autre part, que l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé avait, à la suite de malaises de nourrissons, pris des décisions de suspension de l'Uvestérol, puis émis une note d'information de pharmacovigilance relative à ce médicament, de sorte que les critiques en cause, même sévères, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Ainsi, plus un propos sera argumenté et reposera sur des faits établis, plus la liberté d'expression sera grande, surtout si le propos concerne un sujet d'intérêt général.