

L'essentiel

Le problème peut être posé de la manière suivante. Il y a d'une part la liberté d'expression, théorique et abstraite, dont les points de contact avec la réalité sont parcimonieusement définis dans l'un des derniers textes de la III^e République encore en vigueur : la loi du 29 juillet 1881. Il y a, d'autre part, une responsabilité civile devenue tellement concrète et quotidienne qu'elle semble de moindre importance car elle s'est banalisée. La noblesse du texte spécial peut-elle tolérer la concurrence de ce droit trop commun ? Le 27 septembre 2005, la première Chambre civile de la Cour de cassation a définitivement répondu par la négative : « que les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte [art. 1382] ». Où l'on assiste à l'hypostase de la liberté d'expression. Une réaction s'impose.

1 - Rappel - Les médias peuvent causer des dommages considérables à l'ordre public et aux personnes compte tenu de l'effet démultiplicateur qu'opère toute publication. Cet impact a justifié que, pour les atteintes les plus graves, une responsabilité pénale soit appliquée. Une loi du 29 juillet 1881 incrimine ainsi la publication des contenus les moins acceptables. Loin d'exclure la possibilité de saisir le juge civil pour lui demander réparation de propos simplement fautifs, elle laisse chacun libre d'invoquer l'article 1382 du code civil dans les conditions du droit commun. Le principe de solidarité des prescriptions civile et pénale imposait tout au plus, à l'origine, au juge civil de vérifier que la cause du dommage ne constituait pas une infraction au texte spécial et pouvait ainsi échapper à la courte prescription qu'il prévoit  (1). L'autorité de la chose jugée pouvait avoir également pour conséquence d'imposer au juge civil de vérifier la qualification de la faute dénoncée devant lui. Mais, d'une manière générale, l'on constatait une application très « débonnaire » de la loi de 1881 par ce magistrat non répressif. Il hésitait à reconnaître une diffamation ou une injure « civile » afin, précisément, d'échapper aux dispositions de la loi sur la presse  (2). Et il admettait facilement que la responsabilité civile puisse s'appliquer hors de son périmètre  (3). Les fautes délictuelle et quasi délictuelle remplissaient ainsi leur fonction subsidiaire et complétive  (4).

C'est le développement d'une « autre » responsabilité civile qui a provoqué l'inquiétude des médias. L'on sait en effet que les articles 1382 et 1383 du code civil constituent le « creuset » où ont été forgés un certain nombre de droits de la personnalité : droit au respect de la vie privée, droit à l'image, droit au respect de la présomption d'innocence. A la fin des années soixante, ce contentieux là est devenu exponentiel, ce qui a donné l'impression que la voie pénale était délaissée au profit de la voie civile, notamment du référé. Au lieu de condamner ce mouvement, le législateur l'a consacré à deux reprises, les 17 juillet 1970 et 4 janvier 1993, aux articles 9 et 9-1 du code civil. Il n'était dès lors plus question de contester la saisine du juge civil et le transfert d'une grande partie du contentieux de la presse devant lui. Pourtant, il y avait là un hiatus certain : en application d'une procédure ordinaire, parfois en urgence, il devenait en effet possible d'obtenir réparation sans respecter aucune des exigences prévues par la loi spéciale  (5). Cela suscita une réaction, en partie inappropriée. Le législateur ayant « sanctuarisé » ce domaine de la responsabilité civile, c'est à l'égard des simples délits et quasi-délits que la jurisprudence évolua.

2 - Evolution - D'abord, la revendication a été procédurale. Elle a consisté à ignorer les termes de la loi du 23 décembre 1980 mettant fin à la solidarité des prescriptions civile et pénale (c. pr. pén., art. 10). En matière de presse, la Cour de cassation a décidé que l'action en responsabilité civile, devant le juge civil, resterait soumise à la courte prescription applicable à la poursuite pénale des infractions de presse (6). Un argument textuel fut exploité à cette fin : constatant qu'en vertu de l'article 65 de la loi de 1881 la prescription s'applique à l'action civile comme à l'action publique, la Haute juridiction a estimé que le législateur a toujours voulu déroger au droit commun. Ce qui est discuté car l'article 65 se contente de rappeler un principe de solidarité en vigueur au moment de son adoption. L'abandon de ce principe aurait dû produire ses effets en matière de presse comme ailleurs. Sur cette base, les médias ont néanmoins obtenu que l'ensemble des exigences procédurales de la loi de 1881 leur soit peu à peu appliqué lorsqu'une action en responsabilité civile est dirigée contre eux devant le juge civil aux fins de réparer les conséquences dommageables d'une infraction de presse. Cette fois, l'argument utilisé fut celui de l'« égalité des armes » (7). Mais, la formule est également trompeuse. Il ne faut pas l'entendre au sens de l'article 6 de la Convention européenne ; les médias revendiquent, au contraire, une inégalité du procès de presse en leur faveur. L'argument est détourné pour soutenir que les garanties applicables devant le juge pénal, lorsqu'il statue sur la loi de 1881, doivent également être mises en oeuvre devant le juge civil parce qu'elles sont inhérentes à la liberté d'expression : le journaliste ne saurait en être privé à l'occasion de l'option de juridiction offerte à la victime. L'argument finit par porter devant la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation qui a légitimé ce retour à une responsabilité primitive, à la fois civile et pénale, obéissant aux mêmes règles de procédure. Nous avons tenté de montrer en quoi ce parallélisme des formes était illusoire car impossible à mettre complètement en oeuvre (8). Récemment, un haut magistrat en a d'ailleurs convenu (9), ce qui aurait dû conduire à l'abandon d'une telle jurisprudence.

Toutefois, dans le même temps, une « réaction » s'est également manifestée sur le fond du droit. En effet, pour donner une assise à la solution précédente, la Cour de cassation jugea, en assemblée plénière, 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 » (10). Peu importa même, bientôt, que le propos n'ait pas été rendu public (11)... Il ne faut pas se tromper sur la signification de cette jurisprudence. L'enjeu est, et reste, l'application des règles de forme prévues par la loi de 1881 : ayant jugé que le débat doit être porté sur ce terrain, les magistrats en déduisent, soit la prescription de l'action qui n'a pas été engagée dans les trois mois, soit la nullité de l'assignation qui n'a pas respecté le formalisme du texte spécial et n'a donc pu interrompre la prescription (12). Sa fonction est purement technique (13).

En pratique, cette jurisprudence n'a jamais été acceptée par les plaideurs et les juridictions de fond qui, pour une grande part, ont résisté. Comment expliquer en effet à des proches que leur *pretium doloris* est reconnu à raison du décès de leur auteur, ou du constat de sa déchéance, mais pas lorsqu'il est gravement diffamé ou injurié après sa mort ? (14) Comment leur expliquer qu'une réparation, qui a été admise par la Cour de cassation durant plus d'un siècle (15), leur est soudain refusée ?

3 - Embarras - Cette jurisprudence est contestable : le droit spécial s'y replie sur lui-même au risque de se scléroser. Or, le droit de la presse n'est pas un temple grec dont les rampants, pénal et civil, donneraient à son fronton l'harmonie des architectures parfaites. Cette recherche d'équilibre est vaine. Si la matière manque d'harmonie, c'est parce que le législateur a manqué depuis trop longtemps d'y prendre ses responsabilités en se dotant d'instruments modernes de protection des libertés. La Cour de cassation ne peut « disposer » ainsi de la responsabilité civile.

D'ailleurs, la contestation fut à ce point vive que sa jurisprudence évolua. Dans ses derniers arrêts, la deuxième Chambre civile finit par admettre qu'un juge civil peut accorder réparation aux héritiers d'un défunt diffamé, alors que le journaliste n'a pas voulu les atteindre, dès lors qu'il connaissait leur existence et pouvait se douter de la douleur qu'il allait leur causer (16). Cela revient à présumer le dol spécial qui doit être établi devant le juge répressif en

application de l'article 34 de la loi de 1881 (17). Le Doyen de cette Chambre a admis ce changement : « il est possible que la deuxième Chambre civile marque un assouplissement de la jurisprudence de la Chambre criminelle » (18)... Autant abandonner le parallélisme des responsabilités civile et pénale en matière de presse ! La réalité finissait par « rattraper » la Cour de cassation. La souffrance des victimes retrouvait à s'exprimer...

5 - L'arrêt - Jusqu'à ce que la première Chambre civile statue, à son tour, le 27 septembre 2005. A l'occasion d'un changement de président, le contentieux de la presse est passé en effet d'une chambre à l'autre. C'était l'occasion rêvée pour le faire évoluer. Mais, au lieu du meilleur, voilà le pire : « attendu que les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte [c. civ., art. 1382] » (19). Toute référence à la loi du 29 juillet 1881 a disparu de ce chapeau. Cela signifie que, dans le champ d'application de cette loi, comme désormais en dehors, l'application de l'article 1382 du code civil est exclue. La théorie du « fait distinct », qui permettait de préserver la fonction subsidiaire de la responsabilité civile, est ainsi abandonnée (20). Il peut y avoir des « abus de la liberté d'expression » qui causent des dommages aux personnes et qui ne justifient aucune réparation. Peu importe donc l'existence de fautes dommageables, invoquer l'article 1382 pour allouer une indemnisation, c'est faire une « fausse application » de ce texte !

Pour qui se souvient qu'il y a moins d'une dizaine d'années une cassation avait été prononcée au motif que, « en limitant en matière de presse la portée générale de l'article 1382 du code civil », une cour d'appel avait violé cet article (21), la solution déconcerte. Comment expliquer qu'un dommage reste sans réparation alors qu'il ne résulte pas d'un cas de force majeure, du fait de la victime ou d'un tiers, mais bien d'un exercice illégitime de la liberté d'expression imputable à une personne clairement identifiée ? La maxime *suum cuique tribuere* n'exprimerait donc plus un objectif élémentaire de justice ?

La seule justification de ce revirement semble être, paradoxalement, dans l'échec de la jurisprudence précédente qui n'a jamais réussi à s'imposer (22). La première Chambre civile ne veut plus être encombrée de pourvois en ce domaine (23). Elle a voulu couper court à toute discussion. Drôle de remède : tuez le malade pour qu'il ne souffre plus ! Parce qu'il revient à nier les problèmes, cet arrêt procède du déni de justice (24).

6 - Objection - Cette décision méconnaît une caractéristique essentielle de la responsabilité civile : son universalisme. La généralité de la faute constitue un progrès immense par rapport à l'énumération des délits civils romains et, de façon plus contemporaine, des *torts* britanniques (25). On doit ce progrès à Grotius, Domat et Pothier. Ils ont donné une expression juridique au principe moral selon lequel nul ne doit nuire à autrui (*neminem laedere*) (26). C'est la portée générale de ce principe qui a permis à notre responsabilité civile de s'adapter aux bouleversements économiques et sociaux engendrés par la révolution industrielle.

Aujourd'hui, la fonction de ce principe a changé compte tenu de la multiplication des régimes spéciaux de responsabilité, voire d'indemnisation. Mais, son importance n'est pas réduite pour autant : l'article 1382 « continue à définir la protection minimale mise à la disposition de toutes les victimes qui ne disposent pas d'un instrument plus efficace » (27). Selon le mot d'un auteur, « deux siècles plus tard, le totem est encore debout » (28). La subsidiarité semble être désormais de l'essence de ce texte. C'est un signe de perfection du droit puisqu'il évite tout vide juridique (29). Les rapports de l'action pour parasitisme et de l'action en contrefaçon en offrent une excellente illustration (30). L'articulation du droit commun au droit des accidents du travail en fournit un autre exemple (31). En matière d'affichage, il est également jugé que « le régime spécifique de sanctions établi par la loi du 29 décembre 1979 ne fait pas échec à la mise en jeu des principes généraux de la responsabilité civile » (32). Peu importe, à cet égard, que les régimes spéciaux de responsabilité aient été pensés en faveur des victimes ou des coupables. Il n'y a pas de matière où l'article 1382 est exclu (33).

7 - Conséquences proches - En l'occurrence, il faut mesurer le recul qu'entraîne la solution affirmée par l'arrêt. Sans être considérable, son domaine est tout de même significatif. En

premier lieu, il empêche désormais de sanctionner toute tentative pour romancer l'histoire de personnes, vivantes (34) ou mortes (35), en jetant le discrédit sur elles et, par ricochet, sur leurs proches. Ensuite, il condamne la responsabilité qui était admise, de façon exceptionnelle, à l'encontre de prétendus comiques dont l'excès ne pouvait dissimuler l'intention de nuire ou la recherche d'un risque de confusion. L'Assemblée plénière du 12 juillet 2000 avait laissé cette porte ouverte dans l'affaire des *Guignols de l'info* (36). Dorénavant, les dérapages qui ne peuvent être poursuivis dans les conditions de la loi sur la presse resteront impunis. Les fameuses « lois du genre », évoquées à l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, en matière de parodie, pastiche et caricature, n'ont plus à s'appliquer (37). La même solution empêchera également de sanctionner ceux qui manipulent l'histoire pour justifier leurs thèses (38), ceux qui détournent des symboles religieux à des fins commerciales (39), ceux qui procèdent à des montages destinés à créer « l'équivoque » (40), voire ceux qui lancent des campagnes publicitaires affectant la dignité des personnes représentées et heurtant la sensibilité des spectateurs involontaires (41). Il faut sans doute considérer également que les erreurs matérielles, notamment les erreurs de traduction, n'engageront plus la responsabilité de ceux qui les publient (42). Que dire des renseignements incomplets ou ambigus (43) ? Que penser encore des informations inexactes diffusées par un détective privé ou une agence de renseignement (44) ? *Quid* des petites annonces mensongères (45) ? Dans ces dernières hypothèses, maintenir une responsabilité civile au motif qu'il ne s'agirait plus d'abus de liberté d'expression mais d'abus de liberté du commerce relèverait de l'artifice : peu importe en effet le but poursuivi dès lors que c'est une activité médiatique qui permet de l'atteindre.

Enfin, dans la même logique, c'est sans doute le référé fondé sur les articles 809 et 809 du nouveau code de procédure civile qui se trouve condamné. Ces textes constituent en effet deux *clausula generalis* équivalentes à l'article 1382 du code civil. Ils ont longtemps permis d'accorder des mesures provisoires sans aucune référence à la loi du 29 juillet 1881 (46). Est-ce toujours possible en dehors de son champ d'application et sans respecter les contraintes procédurales qu'elle prévoit ? Le 14 juin 2005, la Haute juridiction semblait l'admettre encore (47)... Mais, l'arrêt du 27 septembre 2005 devrait avoir pour conséquence de l'exclure. C'est d'autant plus regrettable que la Cour européenne vient, elle, d'en admettre le principe et la nécessité (48).

8 - Conséquences lointaines - Dans cet océan d'impunité, un îlot de responsabilité devrait subsister s'agissant du dénigrement de produits. L'exclusion de l'article 1382 ne concerne en effet que les abus de liberté d'expression à l'égard des personnes. Curieuse Cour de cassation qui décide donc de mieux protéger les choses que les hommes ! Cependant, le « tour de vis » se fait là aussi sentir au prétexte de l'article 10 de la Convention européenne. Ainsi, l'arrêt ayant retenu « que le ravalement dans un écrit des vins du Beaujolais à un excrément précédé de critiques systématiques et générales caractérisait un dénigrement fautif portant une atteinte disproportionnée à la réputation des vins du Beaujolais » vient d'être cassé au motif qu'un tel propos s'inscrivait dans le cadre d'un débat public (49). De surcroît, la Haute juridiction imagine très facilement que le producteur est visé à travers son produit, ce qui lui permet d'invoquer la loi de 1881 en relevant la nullité de l'assignation et la prescription de toute demande (50).

A cet égard, la mise en quarantaine de l'article 1382 du code civil est peut-être préférable à la déformation de la notion de diffamation à laquelle se livre la deuxième Chambre civile depuis quelques années. En effet, la définition de ce délit pénal, présente à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, aurait dû être interprétée strictement. Or, l'on constate l'inverse. A l'initiative des organes de presse, de véritables procès d'intention sont faits aux demandeurs devant les juridictions civiles : ils sont suspectés de dissimuler une diffamation derrière la faute délictuelle dont ils réclament justice. Ainsi, on vient de l'indiquer, les journaux n'hésitent pas à soutenir que, derrière la critique des produits, se cache une critique du producteur, de sorte qu'ils ont commis, en réalité, une infraction pénale et doivent se voir appliquer un texte répressif (51) ! Pire : s'agissant de la diffamation envers la mémoire des morts, il n'est pas nécessaire qu'un propos présente tous les caractères d'une infraction de presse pour que le droit commun soit exclu. Il suffit qu'il s'en rapproche objectivement : l'atteinte à l'honneur d'un mort suffit pour que l'article 34 prime l'article 1382 alors qu'en l'absence de volonté

d'atteindre les héritiers l'infraction n'est pas constituée (52). Plus largement encore, toute mise en cause d'une personne finit par être jugée diffamatoire, même lorsque aucun fait n'est imputé à cette personne (53)... Cette manipulation du texte pénal ne sera plus nécessaire pour empêcher toute indemnisation puisque l'article 1382 n'est désormais plus applicable hors de ses frontières. Sur ce point, la solution favorisera peut-être un retour de la légalité ?

9 - Discussion - Nous sommes revenus à une logique de cas. Une action en réparation pourra être engagée devant le juge civil lorsqu'elle reposera sur l'un des faits générateurs de responsabilité prévus dans le code pénal ou dans la loi du 29 juillet 1881, voire dans le code civil s'agissant des atteintes à la vie privée (54), à l'image (55) ou à la présomption d'innocence (56). Hors de ces hypothèses, les coupables échapperont à toute responsabilité.

A ce stade, ce qui frappe surtout c'est la faiblesse des justifications avancées. En effet, le principal argument utilisé pour exclure l'article 1382 du champ de la liberté d'expression tient à « un risque d'arbitraire incompatible avec le critère de prévisibilité de l'article 10 § 2 de la CEDH » (57). Il a pourtant été balayé à Strasbourg. En effet, s'agissant d'une disposition identique dans le code civil luxembourgeois, la Cour européenne a jugé « que, en s'entourant au besoin de conseils éclairés, le requérant a pu prévoir, à un degré raisonnable, que les propos diffusés au cours de son émission ne le mettaient pas à l'abri de toute action à son encontre, de sorte que l'ingérence peut être considérée comme étant « prévue par la loi »... » (58). Impossible de soutenir désormais que ce texte aurait une portée trop générale ! Par ailleurs, il est exact que la dimension constitutionnelle de la responsabilité pour faute a récemment été mise en doute par certains commentateurs invoquant la décision^o 2005-522 DC rendue, sur la *loi de sauvegarde des entreprises*, le 22 juillet 2005 (59). Le Conseil y juge que « cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée » (§ 10). Mais, ce motif n'autorise nullement la Cour de cassation à déclarer inapplicable un texte qui s'impose à elle. De surcroît, si ce motif peut justifier rétroactivement que le législateur de 1881 ait réduit, par des exigences procédurales, la possibilité d'obtenir réparation des conséquences dommageables des comportements qu'il incrimine, il ne permet pas d'expliquer comment, en dehors de toute réglementation particulière, il serait possible de retirer à une personne son droit à réparation (60). Enfin, la restriction que semble admettre le Conseil constitutionnel ne peut jouer que pour un motif d'intérêt général. Or, l'on cherche en vain le motif d'intérêt général qui a été poursuivi par la Cour de cassation lorsqu'elle a légitimé la publication, en l'espèce, d'un roman-feuilleton brochant sur un fait divers dramatique (61). A cet égard, il est parfaitement hors de propos de dénoncer les susceptibilités excessives des victimes en les invitant à privilégier le débat public à l'arène judiciaire (62). La liberté d'expression n'a pas la propriété magique de justifier n'importe quoi ! La responsabilité civile ne peut s'exclure par voie d'arrêts de règlement. A supposer qu'il existe un droit de nuire qui imposerait à chacun de supporter les révélations faites publiquement dans l'intérêt général, l'exercice de ce droit doit être contrôlé dans chaque affaire et non déclaré légitime *a priori* (63).

En toute hypothèse, la caution de Carbonnier ne saurait être acquise à cette jurisprudence. Il est vrai que, dans son article *Le silence et la gloire*, l'éminent Doyen se demanda « si les lois sur la liberté de la presse n'avaient pas entendu instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes les intérêts en présence, y compris les intérêts civils et enlevant du même coup à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse » (64). Mais, il s'est bien gardé de répondre à cette question dans un article dont l'unique objet était de savoir si un silence, c'est-à-dire une abstention, peut engager la responsabilité civile de son auteur (65). Peu de temps après l'arrêt *Branly* qui suscita ces réflexions, la Cour de cassation adopta une attitude plus circonspecte, satisfaisant le Maître, qui n'est jamais revenu sur son interrogation (66).

10 - Justification - En l'état, l'on peine à comprendre où était l'urgence de ce revirement. Quel est le séisme politique, économique ou social pouvant expliquer qu'une jurisprudence centenaire apparaisse soudain excessive et menace la liberté d'expression ? Songez : il y a une dizaine d'années, la Haute juridiction affirmait « que l'auteur d'une oeuvre de fiction est,

même en l'absence de diffamation ou d'atteinte à la vie privée, tenu à réparer dans les termes du droit commun de l'article 1382 du code civil le préjudice que, par sa faute, cette oeuvre a causé à des tiers » (67). Comment peut-on dire l'inverse aujourd'hui ? Plus d'un siècle après l'adoption de la loi de 1881, la liberté d'expression serait-elle menacée par la sanction de ses abus les moins graves qui ne justifient aucune réaction pénale ? La multiplication des incriminations, et le développement des droits subjectifs, se sont opérés sans que jamais le législateur ne reconnaisse à la loi de 1881 un monopole en matière de presse. Pourquoi le lui attribuer maintenant ?

Il est exact que la procédure de référé s'est développée depuis une quarantaine d'année et que, devant les juges du fond, les dommages-intérêts passent pour être accordés de façon plus généreuse. Mais, si telle est la cause du revirement commenté, il faut alors admettre son caractère disproportionné : il aurait suffi de ramener le référé à des proportions raisonnables et de limiter les sanctions prononcées en réparation d'un préjudice essentiellement moral pour diminuer la pression exercée sur les médias (68). La Cour de cassation aurait pu le décider sans dénaturer ces institutions, ni s'exposer à des critiques existentielles. Le principe de responsabilité ne devait pas s'en trouver limité. Au contraire, l'affermissement de la liberté d'expression, depuis le XIXe siècle, justifierait une simplification des mécanismes permettant de le mettre en oeuvre (69). Cette évolution paraît même d'autant plus nécessaire que les modes d'expression directe ne cessent de se multiplier grâce à l'internet. Dans la plupart des cas, l'on hésitera à engager des poursuites pénales contre les inconscients qui s'expriment de manière excessive sur leurs sites ou dans leurs *blogs*. Une action civile en réparation constituerait sans doute une réponse suffisante : la banalisation de la responsabilité civile serait ainsi une réponse à cette banalisation de l'information. Or, cette régulation « souple » n'est plus envisageable. La Cour de cassation paraît en panne dans sa mission d'adaptation du droit.

11 - Que faire ? - La solution passe par la restauration du principe selon lequel tous les abus de liberté d'expression doivent être sanctionnés. Il ne faut pas voir là un moyen de « transformer l'article 1382 du code civil en « cheval de Troie » pour la défense d'un certain ordre moral » (70). L'application de la responsabilité civile n'a jamais valu à la France de condamnation à Strasbourg alors que les reproches se multiplient s'agissant de la façon dont la loi de 1881 est appliquée ! Les juges français savent faire preuve de sagesse en parlant d'abus : ils écartent les demandes d'indemnisation lorsque la démarche du journaliste leur paraît légitime (71). Il s'agit donc, tout au plus, de reconnaître la puissance des médias et la violence que leurs messages peuvent exercer sur ceux qui les reçoivent. Il s'agit d'admettre que, notamment les héritiers d'une personne injuriée ou diffamée, peuvent « alléguer le préjudice moral, qu'indépendamment de toute atteinte à leur propre honneur ou considération, ils éprouvent à voir proférer certaines injures à l'encontre de leur auteur décédé... » (72).

Il ne s'agit donc pas de restaurer l'article 1382 du code civil dans sa plénitude (73). Toute faute ne peut s'analyser comme un abus de droit mais tout abus de droit peut s'analyser comme une faute. C'est une faute particulière, qualifiée, qu'il appartient au juge de définir, au moins dans les hypothèses qui n'ont pas été régies par un texte particulier (74). A cet égard, l'on a trop vite oublié ce motif d'un arrêt de cassation ayant tenté de définir en quoi peut constituer l'abus de liberté d'expression réparable sur un terrain purement civil. Il retenait l'abus « lorsque la présentation des thèses soutenues manifeste, par dénaturation, falsification ou négligence grave, un mépris flagrant pour la recherche de la vérité » (75). C'était une façon très mesurée de dire que, même à l'égard des comportements non intentionnels, qui ne semblent pas assez graves pour être incriminés, la liberté d'expression connaît des limites. Le juge peut définir ainsi l'abus à partir des obligations de bonne foi, de loyauté et d'honnêteté qui pèsent sur chacun. Il lui suffit de prendre en compte l'obligation de respecter autrui. Est-il acceptable de faire souffrir l'autre en vain ? Le seul énoncé de cette question commande la réponse (76). En l'absence de justification supérieure, le propos ou la photographie dévalorisant un mort engage la responsabilité de celui qui le publie car il ranime la souffrance des proches et produit un dommage qui appelle nécessairement réparation.

Mots clés :

PRESSE * Liberté de la presse * Liberté d'expression * Abus * Responsabilité civile * Droit commun

(1) Néanmoins, la portée de cette jurisprudence était réduite : « Attendu que la prescription établie par l'art. 65 de la loi du 29 juill. 1881 ne s'applique aux actions civiles en responsabilité d'un dommage qu'autant que ces actions ont réellement et exclusivement pour base un crime, un délit ou une contravention, prévus par cette loi » (Cass. req. 7 nov. 1900, DP 1901, 1, p. 11).

(2) Cass. civ. 17 mai 1886, DP 1887, 1, p. 54 ; Cass. req. 27 déc. 1886, DP 1887, 1, p. 312 ; CA Paris 7 avr. 1898, DP 1989, 2, p. 501 ; Cass. civ. 13 juin 1939, DH 1939, p. 386 et DC 1941, p. 6, note P. Mimin ; 6 nov. 1958, Bull. civ. I, n° 701 ; Cass. 2e civ. 14 janv. 1981, Bull. civ. II, n° 4.

(3) V. par ex. CA Paris 23 mars 1982, D. 1982, Jur. p. 374, concl. Flipo ; CA Rouen 20 avr. 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, p. 447, note D. S. ; TGI Paris 26 avr. 1968, JCP 1969, II, 15841, note A. Chavanne.

(4) Ce rapport du droit spécial au droit général était approuvé par la meilleure doctrine : V. Aubry et Rau, Responsabilité délictuelle, par N. Dejean de la Bâtie, t. VI-2, Libr. Tech., 1989, p. 107, n° 62 ; H. et L. Mazeaud, Traité de la responsabilité civile, t. 1, Libr. Sirey, 4e éd., 1947, p. 490, n° 515-5 ; J. Mestre, La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et morales, contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, JCP 1974, I, 2623, n° 35. Pour une ample synthèse, V. aussi : L. Marino, Responsabilité civile, activité d'information et médias, PUAM-Economica, 1997, p. 86 s.

(5) Cette dichotomie existe toujours, même si l'invocation de l'art. 10 Conv. EDH permet de réduire considérablement les possibilités d'indemnisation lorsque le propos ou l'image attentatoire à la vie privée présente un lien avec l'actualité ou l'histoire, voire se révèle anodin : V. not. Cass. 1re civ. 23 avr. 2003, D. 2003, Jur. p. 1854 , note C. Bigot, et Somm. p. 1539, obs. A. Lepage ; JCP 2003, II, 10085, note J. Ravanas ; 3 avr. 2002, D. 2002, Jur. p. 3164 , note C. Bigot, et 2003, Somm. p. 1543, obs. C. Caron.

(6) V. not. Cass. 2e civ. 20 avr. 1983, Bull. civ. II, n° 97 ; 13 juin 1985, Bull. civ. II, n° 120, etc.

(7) P. Guerder, Le procès civil de presse, *in* Mélanges J. Buffet, LPA, 2004, p. 255 ; V. dénonçant, au contraire, l'infériorité de fait dans laquelle se trouve la victime dans le procès de presse : D. de Bellescize, Révolution de Palais : la création d'une chambre de presse, LPA 9 avr. 1999, n° 71, p. 4.

(8) V. notre note sous Cass. 2e civ. 9 oct. 2003, D. 2004, Jur. p. 590 .

(9) V. P. Guerder, note sous Cass. 2e civ. 13 janv. 2005, Gaz. Pal. 6-7 janv. 2006, p. 13.

(10) Cass. ass. plén. 12 juill. 2000, CCE 2000, n° 108, obs. A. Lepage ; RTD civ. 2000, p. 845 , et D. 2004, Somm. p. 463 , obs. P. Jourdain. Avec cette décision, c'est un pas nouveau qui fut franchi et non un équilibre initial qui fut restauré (V. cependant J. Mazars, La liberté d'expression, la loi et le juge, *in* Rapport de la Cour de cassation 2001, La Doc. fr., 2002, p. 182). On l'a montré, en citant la jurisprudence antérieure, cette solution ne dispose en effet d'aucune légitimité historique. On aurait abouti à la même conclusion en citant les travaux préparatoires de la loi de 1881 (V. G. Lecuyer, Liberté d'expression et responsabilité, thèse, Paris I, 2004, p. 161, n° 124).

(11) V. Cass. 2e civ. 10 mars 2004, CCE 2004, n° 80, obs. A. Lepage.

(12) V. par ex. Cass. 2e civ. 10 mars 2004, Gaz. Pal. 6-7 janv. 2006, p. 31, note S. Lasfargeas ; Cass. 2e civ. 13 nov. 2003, Gaz. Pal. 10-12 avr. 2005, p. 41, note P. Guerder.

(13) C'est la même raison qui explique que la solution ait été étendue, un peu plus tard, aux atteintes portées à la présomption d'innocence (V. Cass. 2e civ. 8 mars 2001, CCE 2002, n° 65, obs. A. Lepage ; LPA 2001, n° 99, p. 21, obs. E. Derieux). L'objectif est d'éviter un contournement de la prescription trimestrielle curieusement prévue à l'art. 65-1 de la loi de 1881 (V. Cass. 2e civ. 2 oct. 2003, Légipresse 2004, III, p. 1, note E. Dreyer ; Gaz. Pal. 10-12 avr. 2005, p. 42, note P. Guerder).

(14) Sans parler du préjudice d'affection qui leur est reconnu du fait de la disparition d'un animal (V. à propos du fameux cheval Lunus, Cass. 1re civ. 16 janv. 1962, D. 1962, Jur. p. 199, note R. Rodière !

(15) V. admettant l'indemnisation d'« héritiers » non visés par le texte affectant leur auteur : Cass. 2e civ. 22 juin 1994, Bull. civ. II, n° 165 ; D. 1995, Somm. p. 268 ☞, obs. T. Massis ; 12 mai 1986, Bull. civ. I, n° 79 et 80 ; CA Paris 15 mars 1972, Gaz. Pal. 1972, 2, p. 506 ; 15 janv. 1932, D. 1932, 2, 119, note H. Lalou ; 29 mai 1903, DP 1906, 2, p. 266 ; TGI Seine 15 mars 1951, D. 1951, p. 485 ; T. civ. Seine 3 janv. 1934, Gaz. Pal. 1934, 1, p. 541.

(16) Cass. 2e civ. 22 janv. 2004, JCP 2004, II, 10104, note E. Dreyer ; Gaz. Pal. 10-12 avr. 2005, p. 31, note P. Guerder ; D. 2004, IR p. 609 ☞ ; Cass. 2e civ. 23 sept. 2004, Gaz. Pal. 6-7 janv. 2006, p. 20, note P. Guerder.

(17) Sur ce texte, V. notre : Droit de l'information - Responsabilité pénale des médias, Litec, 2002, n° 116 s.

(18) P. Guerder, note préc., Gaz. Pal. 6-7 janv. 2006.

(19) V., déjà, les commentaires de T. Hassler, D. 2006, Jur. p. 485 ☞, de G. Lécuyer, *ibid.*, p. 768, de P. Jourdain, RTD civ. 2006, p. 126 ☞, de S. Lasfargeas, Gaz. Pal. 16-17 déc. 2005, p. 5, et de E. Derieux, CCE 2006, chron. n° 4, p. 14.

(20) Théorie servant, au demeurant, d'alibi car le « fait distinct » n'était jamais admis ; V. par exemple jugeant que l'appel au *boycott* concluant un propos diffamatoire est indivisible de celui-ci et ne peut donner lieu à une action en réparation distincte : Cass. 2e civ. 29 nov. 2001, Gaz. Pal. 12-14 mai 2002, p. 51, concl. L. Joinet.

(21) Cass. 2e civ. 24 janv. 1996, D. 1997, Jur. p. 268 ☞, note J. Ravanas.

(22) Sauf à admettre l'hommage rendu au haut magistrat qui veillait, jusqu'alors, sur cette jurisprudence et qui réclamait cette solution sans être parvenu à en convaincre sa chambre (V. P. Guerder, L'évolution récente de la jurisprudence civile en matière de presse, Rapport de la Cour de cassation 1999, La Doc. fr., 2000, p. 177).

(23) Le volume de ce contentieux peut être facilement évalué par les cahiers spéciaux que lui consacre la *Gazette du Palais* (V. not. les livraisons des 6-7 janv. 2006 ; 23-25 oct. 2005 ; 10-12 avr. 2005 ; 21-23 déc. 2003 ; 12-14 mai 2002 et 17-19 juin 2001).

(24) V. les interrogations d'un autre haut magistrat : A. Lacabarats, Intervention au colloque « Presse liberté » : La presse et la justice, PUF, 1999, p. 52.

(25) V. M. Fabre-Magnan, Les obligations, PUF-Thémis, 2004, p. 651, n° 240.

(26) V. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, par Ripert et Boulanger, t. 2, 4e éd., LGDJ, 1952, p. 311, n° 898.

(27) G. Viney, Pour ou contre un « principe général » de responsabilité civile pour faute ?, in Mélanges Catala, Litec, 2001, p. 557.

(28) P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, 2005, p. 173, n° 337.

(29) Sur ses fonctions, V. J. Raynard, A propos de la subsidiarité en droit privé, Mélanges Mouly, Litec, 1998, p. 131-139.

(30) V. not. P. le Tourneau, Parasitisme et marque notoire, ou de l'application du régime général de la responsabilité en présence d'une lacune du droit spécial, Gaz. Pal. 30-31 mars 2001, p. 23.

(31) V. sur l'indemnisation du conjoint de la victime d'un accident du travail qui n'a pourtant pas la qualité d'ayant droit au sens de l'art. L. 451-1 CSS : Cass. ass. plén. 2 févr. 1990, D. 1992, Jur. p. 49 , note F. Chabas, et 1991, Somm. p. 120, obs. X. Prétot ; JCP 1990, II, 21558, note Y. Saint-Jours.

(32) Cass. 2e civ. 7 oct. 1992, Bull. civ. II, n° 234.

(33) En sens contraire, l'on cite parfois la situation particulière des fournisseurs d'hébergement mais leur responsabilité a été plus aménagée qu'exclue sous la pression du droit communautaire (V. Déc. 2004-496 DC 10 juin 2004, D. 2005, Jur. p. 199 , note S. Mouton, et Pan. p. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; JCP 2004, II, 10016, note J.-C. Zarka ; AJDA 2004, p. 1534 , note J. Arrighi de Casanova ; RFDA 2004, p. 651 , obs. B. Genevois ; RTD civ. 2004, p. 605 , obs. R. Encinas de Munagorri). Quant à l'immunité, qui profite désormais au salarié comme au dirigeant d'entreprise, elle ne remet pas en cause l'indemnisation de la victime puisqu'un débiteur existe en toute hypothèse (V. cependant B. de Bertier-Lestrade, Des fautes sans responsabilité, LPA 25 janv. 2005, n° 17, p. 5).

(34) V. pourtant CA Paris 30 janv. 2003, CCE 2003, n° 90, obs. A. Lepage ; 24 avr. 1936, DH 1936, p. 319.

(35) V. pourtant CA Rennes 31 mai 1951, D. 1951, Jur. p. 484.

(36) Cass. ass. plén. 12 juill. 2000, JCP 2000, II, 10439, obs. A. Lepage ; D. 2001, Jur. p. 259 , note B. Edelman, et 2000, Somm. p. 463, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 2000, p. 842, obs. P. Jourdain.

(37) V. pourtant : TGI Paris 14 avr. 1999, CCE 1999, n° 16, obs. R. Desgorces.

(38) V. pourtant : T. civ. Seine, 3 janv. 1934, Gaz. Pal. 1934, 1, p. 541.

(39) V. pourtant s'agissant du symbole de la Cène : CA Paris 8 avr. 2005, D. 2005, Jur. p. 1326 , note P. Rolland ; Gaz. Pal. 20-21 avr. 2005, p. 8, obs. B. Gizardin.

(40) V. pourtant : CA Paris 27 mars 2003, CCE 2004, n° 10, obs. A. Lepage.

(41) Se rappeler l'affaire *Benetton* : CA Paris 28 mai 1996, D. 1996, Jur. p. 617 , note B. Edelman.

(42) V. pourtant : TGI Paris 24 mars 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, Somm. p. 203.

(43) V. pourtant : J. Huet, La responsabilité du fait de l'information, RTD civ. 1988, p. 360 ; et déjà, du même, à propos de l'affaire *de la ciguë*, RTD civ. 1987, p. 553.

(44) V. retenant sa responsabilité délictuelle à l'égard des tiers : CA Versailles 26 févr. 2004, D. 2004, Jur. p. 1694 , note C. Atias.

(45) V. appliquant l'art. 1382 contre un directeur de publication prétendant vérifier toutes ces annonces : Cass. 2e civ. 10 juin 2004, RTD civ. 2004, p. 728 , obs. J. Mestre et B. Fages ;

JCP 2005, I, 114, n° 2, obs. F. Labarthe ; D. 2004, IR p. 1866 📖.

(46) V. encore : CA Nancy, réf., 4 févr. 2003, CCE 2004, n° 23, obs. A. Lepage.

(47) Cass. 1re civ. 14 juin 2005, Légipresse 2006, III, p. 1, note J.-Y. Dupeux ; D. 2005, IR p. 1961 📖, s'agissant d'une demande de suspension de l'ouvrage d'E. Joly par l'Ordre des avocats à la Cour de Paris.

(48) CEDH 18 mai 2004, *Plon c/ France*, § 47, D. 2004, Jur. p. 1838 📖, note A. Guedj, et Somm. p. 2539, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2004, p. 483 📖, obs. J. Hauser. V. aussi : A. Lacabarats, L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ?, Gaz. Pal. 6-7 janv. 2006, p. 4.

(49) Cass. 2e civ. 16 juin 2005, D. 2005, IR p. 1805 📖 ; V. également, note Agostini, D. 2005, Jur. p. 2916 📖 ; Légipresse 2006, III, p. 38, note C. Rojinsky et I. Boubekeur.

(50) V. Cass. 1re civ. 27 sept. 2005, D. 2006, Jur. p. 637 📖, note S. Vigand ; Gaz. Pal. 23-25 oct. 2005, p. 20, avis J. Sainte-Rose.

(51) V. encore Cass. 2e civ. 24 oct. 2002, Gaz. Pal. 21-23 déc. 2003, p. 74, note P. Guerder ; 12 déc. 2002, Gaz. Pal. 21-23 déc. 2003, p. 75, note P. Guerder.

(52) Ce qui permet au juge civil de reprocher aux héritiers demandeurs de ne pas avoir invoqué un texte inapplicable (V. S. Martin-Valente, La place de l'article 1382 du code civil en matière de presse, Légipresse 2003, II, p. 73) !

(53) V. imposant l'application de la loi de 1881 dans deux affaires où une personne dénonçait l'amalgame consistant à évoquer sa parenté avec une autre, dont la malhonnêteté était établie, alors que rien ne lui était personnellement reproché : Cass. 2e civ. 6 févr. 2003, Gaz. Pal. 21-23 déc. 2003, p. 75, note P. Guerder ; 18 déc. 2003, Gaz. Pal. 10-12 avr. 2005, p. 41, note P. Guerder.

(54) Cass. 2e civ. 24 avr. 2003, JCP 2004, I, 147, obs. E. Dreyer ; 18 déc. 2003, Gaz. Pal. 10-12 avr. 2005, p. 43, note P. Guerder ; CA Paris, réf., 31 oct. 2001, D. 2002, Jur. p. 2374 📖, obs. L. Marino.

(55) V. Cass. 1re civ. 5 juill. 2005, Légipresse 2005, III, p. 213, obs. T. Hassler.

(56) A condition que ces faits soient parfaitement distincts de ceux qui font l'objet d'une incrimination spéciale. En effet, certaines juridictions de fond essayent de faire prévaloir les dispositions de la loi de 1881 sur celles de l'art. 9 c. civ. : V. CA Toulouse 22 juill. 2004, CCE 2005, n° 74, obs. A. Lepage.

(57) Rapport P. Guerder, Gaz. Pal. 17-19 juin 2001, p. 22, concl. M. Joinet, BICC 523, 1er nov. 2000. Mais, déjà en ce sens : C. 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, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1997, p. 65.

(58) CEDH 29 mars 2001, *Thoma c/ Luxembourg*, § 53.

(59) D. 2006, Pan. p. 834 📖, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino.

(60) Ce qui condamne l'explication - purement technique - dont se satisfait pourtant un haut magistrat (P. Guerder, note Gaz. Pal. 21-23 déc. 2003, p. 36) : il n'est plus possible de soutenir que le droit à réparation doit s'exercer dans les limites du texte qui le régit car ce droit est désormais purement et simplement supprimé.

(61) Il importe à cet égard de rappeler que, dans la même affaire, en référé, une interdiction de diffusion fut prononcée, à la demande d'enfants du couple disparu, au motif que : « la

divulgarion d'éléments attentatoires à la vie privée de Fanny et Léo V. sous la forme d'un feuillet estival était illicite, comme répondant non à un besoin légitime d'information du public mais au seul agrément des lecteurs » (Cass. 1re civ. 9 juill. 2003, JCP 2003, II, 10139, note J. Ravanas).

(62) V. néanmoins la note de S. Lasfargeas, Gaz. Pal. 16-17 déc. 2005, p. 5.

(63) V. E. Dreyer, L'assimilation par le juge judiciaire de la Convention européenne des droits de l'homme, RRJ 2004/2, p. 861-901.

(64) D. 1951, Jur. p. 119.

(65) V. aussi G. Lecuyer, Liberté d'expression et responsabilité, thèse préc., p. 161, note 668.

(66) V. Cass. civ. 17 juill. 1953, D. 1954, Jur. p. 533, note J. Carbonnier.

(67) Cass. 2e civ. 12 mai 1986, Bull. civ. I, n° 79 et 80.

(68) Une réaction contre cette fausse « bonne » idée que constitueraient les dommages-intérêts punitifs se fait d'ailleurs sentir, tant en droit de la presse (V. C. Gauvin, Les sanctions des droits de la personnalité, CCE 2004, chron. n° 8, p. 15) qu'en droit commun (V. P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, préc., p. 10, n° 14).

(69) V. aussi, J. Morange, La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression, in Mélanges Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, p. 1263.

(70) Expression de N. Mallet-Poujol, Abus de droit et liberté de la presse, Légipresse 1997, II, p. 88.

(71) V. par ex., au sujet de la latitude offerte à des journalistes « engagés dans ces débats politique et polémique » : Cass. 2e civ. 7 juill. 1993, Bull. civ. I, n° 252.

(72) S. Martin-Valente, *op. cit.*, Légipresse 2003, II, p. 76.

(73) V. l'inquiétude de P. Chemithe, concl. Gaz. Pal. 17-19 juin 2001, p. 28.

(74) La faute, au titre de l'abus de droit, est nécessairement une faute particulière : elle n'emprunte à l'art. 1382 que sa sanction : l'obligation de réparer qui en découle. V. P. Morvan, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 561, n° 601.

(75) Cass. 1re civ. 15 juin 1994, Bull. civ. I, n° 218 ; D. 1994, IR p. 189 📖.

(76) Sur cette vertu « magique » de l'art. 1382, qui lui permet de renaître là où on le croit disparu : V. F. Chabas, L'article 1382 du code civil : peau de vair, ou peau de chagrin ?, Mélanges J. Dupichot, Bruylant, 2004, p. 98.