

## **L'obligation de non dénigrement du franchisé (Bilan jurisprudentiel et Clauses protectrices)**

Par Flore Sergent  
Avocat au Barreau de Paris  
Cabinet Simon Associés

1. Parmi les différentes définitions du verbe dénigrer, on retiendra celle du Littré : « *s'efforcer par ses discours de rendre noir, (...) d'effacer la bonne opinion que les autres ont de quelqu'un, ou de dépriser la qualité d'une chose* ». Le domaine du dénigrement est des plus vastes : à en croire Chateaubriand, il serait même, avec la malveillance, l'un des « *deux caractères de l'esprit français* » (F.-R. de Chateaubriand, *Mémoires d'outre-tombe*, 1<sup>ère</sup> Partie, Livre II, Chapitre 1)».

2. En droit, cette notion renvoie le plus souvent au domaine de la concurrence déloyale ; le dénigrement y est défini comme le fait de jeter le discrédit sur l'entreprise ou les produits ou services d'un concurrent, en diffusant dans le public des informations délibérément malveillantes (J. Passa, *Domaine de l'action en concurrence déloyale*, Juris-Classeur Concurrence Consommation, Fasc. n°240, 2004, n°29).

Le dénigrement se rencontre encore en droit du travail où, lorsqu'il émane du salarié, il est susceptible de constituer une faute grave, rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Il existe également en droit de la consommation (v. par ex. CA Paris, 10 juillet 1989, Juris-Data n°023615). Les exemples ne manquent pas.

En vérité, aucun domaine du droit n'est véritablement étranger à cette notion.

3. Et, pas davantage, le droit de la franchise n'échappe-t-il totalement au phénomène.

Si sa manifestation reste extrêmement minoritaire à l'échelle du nombre de franchisés (environ 50.000 selon la dernière enquête FFF/CSA/Banque populaire), la jurisprudence se fait parfois l'écho de comportements s'assimilant à de véritables actes de dénigrement, manifestés par des franchisés (ou d'anciens franchisés) à l'égard du franchiseur lui-même voire, plus largement encore, de l'enseigne et/ou du réseau tout entier.

L'esprit de collaboration et l'intérêt commun qui doivent présider au contrat de franchise se détériorent alors au point que le franchisé, non content d'adresser des reproches au franchiseur, cherche en outre à en noircir publiquement l'image.

Qu'en est-il alors de la notion de dénigrement en matière de franchise ? Quelles conséquences le droit réserve-t-il au dénigrement commis par le franchisé à l'encontre du franchiseur ? Quelles sanctions peuvent être envisagées ? De quelle manière le contrat de franchise peut-il optimiser la situation du franchiseur à cet égard ?

4. L'examen de la jurisprudence permet de répondre à ces questions. Il convient alors de dresser le bilan de la notion de dénigrement en matière de franchise (I) avant d'en présenter le régime juridique (II).

## **I. Franchise et notion de « dénigrement »**

5. L'examen de la jurisprudence conduit à distinguer deux catégories de critères, dont le rappel permet de mieux appréhender la notion de « dénigrement » : il convient de différencier les critères permettant de caractériser la notion de dénigrement (**A**), de ceux qui restent indifférents à cette qualification (**B**).

### **A. Critères d'identification du dénigrement**

6. **Présentation** – La responsabilité du franchisé, auteur du dénigrement, peut être recherchée en diverses occasions. Les actes caractéristiques d'un dénigrement comportent toutefois un dénominateur commun. Dans tous les cas, en effet, l'acte de dénigrement doit :

- viser une cible déterminée ou déterminable (§.7),
- donner lieu à une véritable critique (§.8),
- faire l'objet d'une certaine forme de publicité (§.9).

7. **Cible du dénigrement** – De principe constant, le dénigrement doit viser une personne déterminée : concurrent, cocontractant, employeur, etc. La personne qui se prétend victime du dénigrement doit donc être nommément désignée ou, à tout le moins, être rendue identifiable par les termes employés par son auteur (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juin 2008, pourvoi n° 07-12.862). Il en va de même en franchise : en pratique, le franchisé vise le plus souvent son franchiseur, qu'il critique soit directement (CA Paris, 23 nov. 2006, Juris-Data n°339929), soit indirectement, au travers de sa marque (Cass. com., 24 mai 1994, pourvoi n°92-17.007) ou en remettant en cause le système commercial que constitue la franchise (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047).

8. **Acte de critiquer** – De principe constant, le dénigrement peut être constitué par la révélation à des tiers d'une inexécution contractuelle (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047) voire d'une procédure judiciaire en cours (CA Paris, 18 févr. 2009, Juris-Data n°006008). En revanche, toute critique, quoique publiquement formulée, ne constitue pas nécessairement un acte qualifié de dénigrement au plan juridique. Ainsi, une critique pourra-t-elle être considérée comme licite si elle s'avère mesurée sur le fond et la forme (CA Paris, 12 févr. 1999, Juris-Data n°101118).

De même, le caractère humoristique de la critique permet parfois d'exclure la qualification de dénigrement (Cass. Ass. Plén., 12 juill. 2000, Bull. A.P. n°7), bien que l'humour n'excuse pas toujours le dénigrement (Cass. com., 30 janv. 2007, pourvoi n°04-17.203). Tout dépend donc du contexte et des termes employés.

Ces mêmes considérations se retrouvent en franchise. Commet ainsi un acte de dénigrement, le franchisé critiquant l'inexécution par le franchiseur de ses obligations contractuelles (Cass. com., 24 mai 1994, pourvoi n°92-17.007 ; CA Paris, 23 nov. 2006, Juris-Data n°339929), celui dénonçant l'inorganisation du réseau (Cass. com., 24 mai 1994, pourvoi n°92-17.007) ou remettant en cause le sérieux et/ou la solvabilité du franchiseur (CA Nîmes, 27 juin 1996, Juris-Data n°030264). De même, la critique portant sur la politique engagée par le franchiseur donne lieu à sanction (TGI Paris, référés, 19 nov. 2007, inédit, R.G. n°07/58813 ; CA Paris, 23 nov. 2006, Juris-Data n°339929). On le voit, dans toutes ces hypothèses, le comportement du franchisé exclut la poursuite du contrat de franchise dans la confiance exigée pour sa pleine mise en œuvre.

**9. Publicité du dénigrement** – Enfin et surtout, le dénigrement doit nécessairement présenter un caractère « public ». La qualification de dénigrement implique donc toujours de démontrer le caractère public des critiques en cause, quel que soit le domaine considéré (CA Paris, 2 oct. 1987, Juris-Data n°026827 ; CA Versailles, 1<sup>er</sup> déc. 2004, Juris-Data n° 260213). Ainsi, commet un acte de dénigrement, le franchisé critiquant son franchiseur auprès d'un ou plusieurs franchisés du réseau (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047 ; CA Paris, 23 nov. 2006, Juris-Data n°339929 ; CA Paris, 19 avril 2000, Juris-Data n°132228 ; Cass. com., 24 mai 1994, pourvoi n°92-17.007) ou auprès de la clientèle du réseau (Cass. com., 18 avr. 1989, pourvoi n°87-13.978). Le dénigrement peut également être constitué par le fait de rendre public un procès en cours opposant un franchisé et le franchiseur (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047).

En revanche, la critique adressée « *entre quatre yeux* » ou sous la forme confidentielle ne peut constituer un tel acte ; de même, une information sur un concurrent diffusée à l'intérieur de l'entreprise de son auteur ne constitue pas un dénigrement (CA Versailles, 1<sup>er</sup> déc. 2004, Juris-Data n° 260213).

En pratique, le dénigrement opéré par un franchisé peut s'opérer par tout moyen, par écrit ou verbalement, au cours des réunions organisées dans le cadre de l'animation du réseau (CA Paris, 19 avril 2000, Juris-Data n°132228), par la diffusion d'e-mails (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047), ou d'une lettre circulaire (CA Paris, 20 septembre 1994, Juris-Data n°023140), etc.

## **B. Les critères indifférents à la qualification de dénigrement**

**10.** Plusieurs critères sont indifférents à la qualification de dénigrement. Il importe peu en effet que le franchisé :

- n'ait pas été animé d'une intention de nuire (§.11),
- que ses propos soient exacts (§.12),
- ou qu'il ait agi de bonne foi (§.13).

**11. Indifférence de l'intention de nuire** – Le dénigrement peut être sanctionné sans que la victime n'ait à rapporter la preuve de l'intention de nuire qui a pu animer son auteur. La solution, qui prévaut également en franchise, est à la fois logique et fondée. Logique, car la preuve de l'intention de nuire ne va pas toujours de soi et qu'il paraît judicieux de protéger la victime en la dispensant de procéder à une telle démonstration. Fondée, car la solution se vérifie en droit, tant en présence d'un franchisé que d'un ancien franchisé.

En effet, lorsque le contrat de franchise est en cours au jour de l'accomplissement du dénigrement, le franchiseur pourra agir sur le fondement de la violation par son cocontractant de son obligation d'exécuter de bonne foi les conventions, obligation prévue à l'article 1134 alinéa 3 du code civil. Or, la violation de ce texte n'exige jamais, pour être constituée, que l'intention de nuire du débiteur de cette obligation soit démontrée. La solution est communément admise par la Cour de cassation (Cass. com., 9 mai 1990, pourvoi n°88-18.654).

En présence d'un franchisé dont le contrat n'est plus en cours au jour du dénigrement, le franchiseur pourra agir sur un fondement délictuel ou quasi délictuel. Or, dans ce cas également, il n'est pas davantage nécessaire de démontrer que l'auteur de l'acte ait eu l'intention de causer un dommage (Cass. com., 18 avr. 1958, Bull. civ. n°148 ; Cass. com., 12 mai 2004, Bull. civ. IV n°88).

Si la notion du dénigrement en tant que manifestation de la concurrence déloyale ou en tant que violation de l'obligation de bonne foi n'implique pas de rapporter la preuve de l'intention de nuire, celle-ci se constate fréquemment en pratique.

En matière de franchise, comme dans tout autre domaine, l'intention de nuire est relevée par de nombreuses décisions qui, tour à tour, la stigmatise en relevant – par exemple – la volonté du franchisé de rendre le réseau exsangue (Cass. com., 24 mai 1994, pourvoi n°92-17.007), ou de débaucher ses anciens co-franchisés, en particulier lorsque le franchisé a cessé d'exploiter l'enseigne pour créer son propre réseau (CA Paris, 23 nov. 2006, Juris-Data n°339929).

**12. Indifférence de l'exception de vérité** – Contrairement à la solution consacrée en matière de diffamation, la véracité des faits dénoncés dans le cadre du dénigrement ne fait pas échapper son auteur à la sanction. L'exception de vérité (ou « *exceptio veritatis* ») n'est pas applicable en matière de dénigrement (Cass. com., 12 oct. 1966, Bull. civ. n°393). Peu importe donc que les critiques publiquement formulées à l'encontre du franchiseur s'avèrent en tout ou partie exactes. La solution est logique dans la mesure où il appartient au juge – et à lui seul – de sanctionner le comportement de l'un des cocontractants, et non à telle partie de se faire justice à elle-même en dénigrant son partenaire.

**13. Indifférence de la bonne foi** – Enfin, la bonne foi de l'auteur du dénigrement est toujours indifférente et ne saurait être opposée à la mise en œuvre de l'action engagée contre le franchisé ayant dénigré son franchiseur. Ainsi, la simple reprise d'un article déjà paru peut parfaitement constituer un dénigrement ; il en va ainsi notamment lorsqu'un franchisé diffuse au sein d'un réseau les termes d'une enquête mettant en évidence les risques de la franchise (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047).

La solution est également logique dans la mesure où il serait excessif d'exiger de la victime du dénigrement qu'elle rapporte la preuve de la mauvaise foi de son auteur. Une telle démonstration serait même inutile car il importe bien plus de réparer le dommage causé que d'apprécier si la faute qui en constitue l'origine a été commise volontairement ou non.

## **II. Franchise et régime juridique du dénigrement**

**14.** Si la qualification de dénigrement est opérée selon des critères similaires quel que soit l'instant auquel le comportement incriminé est commis, il en va différemment de son régime. Il convient en effet de distinguer selon que le dénigrement est commis par le franchisé en place (**A**) ou par un ancien franchisé, postérieurement à sa sortie du réseau (**B**).

### **A. Le régime du dénigrement opéré par le franchisé en place**

**15.** Le dénigrement commis par le franchisé appartenant encore au réseau constitue une violation du contrat de franchise (**1**). A ce titre, sa sanction est nécessairement de nature contractuelle (**2**).

## 1. Faute contractuelle

**16. Droit commun** – Le dénigrement commis par le franchisé constitue une violation de l'article 1134 alinéa 3 du code civil, selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

A cet égard, la jurisprudence retient que le dénigrement constitue un « *manquement à l'obligation de loyauté contractuelle, qui prend un relief particulier entre les parties à un contrat de franchise* » (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047).

C'est pourquoi le dénigrement commis par le franchisé est sanctionné alors même que le contrat de franchise ne comporterait pas de clause spécifique l'interdisant (CA Paris, 19 avril 2000, Juris-Data n°132228).

**17. Stipulations du contrat** – Il est néanmoins préférable d'introduire une clause de non-dénigrement dans les contrats de franchise. Celle-ci pourra déterminer la consistance du dénigrement et facilitera donc la démonstration de la faute commise par le franchisé.

Une telle clause sera d'autant plus efficace qu'elle comportera en outre la sanction attachée au dénigrement et ses modalités de mise en œuvre (cf. infra, §§. 20 à 22).

## 2. Sanctions possibles

**18. Dommages et intérêts** – Le franchisé auteur du dénigrement doit être condamné tout d'abord à réparer l'entier préjudice qu'il a causé au franchiseur (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047 ; Cass. com., 24 mai 1994, pourvoi n°92-17.007).

**19. Résiliation du contrat** – Le plus souvent, le dénigrement commis par le franchisé emportera également la résiliation du contrat de franchise à ses torts exclusifs.

La solution est d'autant plus justifiée que, comme le relève la jurisprudence, un tel comportement « *exclut toute possibilité de poursuite du contrat dans la confiance exigée pour sa pleine mise en œuvre* » (CA Paris, 24 sept. 2008, Juris-Data n°374047). Cette solution n'a d'ailleurs rien d'étonnant si l'on rappelle les solutions déjà admises dans d'autres domaines du droit. Ainsi, le dénigrement de l'employeur ou de l'entreprise par le salarié est susceptible de constituer une faute grave, et justifie à ce titre le licenciement sans préavis et sans indemnité de préavis en vertu des articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail, la faute grave constituant « *une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis* » (Cass. soc., 26 févr. 1991, Bull. civ. V n°97).

Dans certains cas, cette résiliation unilatérale du contrat peut même intervenir sans préavis. Il en va notamment ainsi en présence d'insultes racistes prononcées par le gérant d'une société fournisseur à l'encontre d'un salarié de l'entreprise cliente ; un tel acte constitue un manquement à l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat justifiant la résiliation unilatérale et sans préavis du contrat par l'entreprise cliente (Cass. com., 31 mars 2009, pourvoi n°08-13.964). Si le caractère de gravité suffisant propre à justifier l'absence de préavis est laissé à l'appréciation souveraine des juridictions du fond, la Cour de cassation rappelle régulièrement qu'un comportement qualifié de grave par le juge

du fond justifie la résiliation unilatérale du contrat ainsi que l'absence de tout délai de préavis (Cass. civ. 1, 13 oct. 1998, Bull. civ. I n°300 ; Cass. civ. I, 20 févr. 2001, Bull. civ. I n°40 ; Cass. civ. 1, 28 oct. 2008, Bull. civ. I n°211).

**20. Clause contractuelle** – Dans ce contexte, il reste préférable d'insérer dans le contrat de franchise une clause prévoyant, d'une part, la sanction attachée au dénigrement et, d'autre part, la mise en œuvre de cette sanction. On retrouve alors la distinction classique entre l'octroi de dommages et intérêts et la résiliation qui, l'un comme l'autre, trouveront leur prononcé facilité lorsque le contrat de franchise les prévoit.

**21. Dommages et intérêts** – Le contrat de franchise pourra en effet envisager une sanction pécuniaire, le plus souvent sous la forme d'une clause pénale. Si le juge dispose toujours d'un pouvoir de révision en présence d'une clause pénale dont les effets apparaissent comme étant « manifestement excessifs », une telle clause présente trois avantages majeurs.

D'une part, elle est de nature à augmenter le montant de la condamnation prononcée à l'encontre du franchisé et la précaution n'est pas neutre lorsque l'on sait que certaines décisions réservent parfois une réparation modique au profit du franchiseur lésé. D'autre part, cette clause présente un caractère comminatoire pour le franchisé qui préférera souvent ne pas courir le risque de supporter une condamnation trop importante. Enfin, l'exécution de l'obligation de non-dénigrement pourra même être garantie par une astreinte conventionnelle visant à faire cesser les actes de dénigrement lorsque ceux-ci sont susceptibles de s'étaler dans le temps.

**22. Mise en œuvre de la sanction** – Le contrat de franchise pourra inscrire l'obligation de non-dénigrement au rang des obligations dont la violation justifie la résiliation unilatérale du contrat, sans mise en demeure, ni préavis. La résiliation immédiate du contrat par le franchiseur sera alors substantiellement sécurisée.

## **B. Le régime du dénigrement commis par l'ancien franchisé**

**23.** En pratique, le dénigrement commis par le franchisé est souvent une manifestation de sa volonté de quitter le réseau. Il peut aussi être réalisé après la sortie du franchisé du réseau, le plus souvent par résiliation anticipée du contrat de franchise. Son régime s'appréhende alors différemment.

En pareil cas, le dénigrement constitue une faute délictuelle **(1)** et est sanctionné en tant que telle **(2)**.

### **1. Faute délictuelle**

**24. Concurrence déloyale** – Le dénigrement est une forme de concurrence déloyale dont il représente l'une des catégories classiques. Il constitue donc une faute délictuelle ou quasi-délictuelle de droit commun, fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil (v. par ex. Cass. com., 18 avr. 1989, pourvoi n°87-13.978). Il est donc nécessaire de rapporter la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre l'un et l'autre.

## **2. Sanction**

**25. Dommages-intérêts** – La responsabilité de l'ancien franchisé étant de nature délictuelle, la sanction consiste en la réparation du préjudice causé au franchiseur, au moyen de dommages et intérêts.

Selon l'état du droit positif en matière de concurrence déloyale, ce préjudice consiste principalement en une perte de clientèle causant une perte de chiffre d'affaires (Cass. com., 19 juin 2001, pourvoi n° 99-19.697). La réparation du préjudice commercial, consistant en une atteinte à l'image commerciale, est également admise (Cass. com., 20 mai 2003, pourvoi n°01-02.675).

**26. Conclusion** – Selon le droit commun des contrats, le dénigrement du franchiseur par le franchisé peut être sanctionné par la résiliation du contrat et/ou par l'octroi de dommages et intérêts au profit du franchiseur, selon que le franchisé appartienne ou non au réseau au moment où il commet l'acte de dénigrement.

Pour efficace qu'elle soit, la protection du franchiseur par le droit commun des contrats n'est pas toujours suffisante et mérite d'être complétée par l'insertion de clauses, dans le contrat de franchise, permettant de déterminer les contours de l'obligation de non dénigrement, de fixer les sanctions particulières y attachées et, surtout, de rendre plus efficaces leurs modalités concrètes d'application.