

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois

Générosa BRAS MIRANDA*

Résumé

De nombreuses instances étatiques et internationales ont bien perçu l'ampleur de l'impact de la technique du franchisage sur le développement de leur commerce interne et extérieur. Qu'en est-il ici? Le Québec constitue-t-il une province favorable au développement des franchises internationales? Constitue-t-il une terre d'accueil propice à l'implantation de nouvelles entreprises franchisées? Le Québec n'a pas encore adopté de loi régissant spécifiquement le franchisage interne ou international. Par conséquent, l'auteur dresse l'image de la franchise telle qu'elle se pratique actuellement au Québec en examinant les

Abstract

Numerous state and international bodies have understood the impact of franchising on the development of their internal and external trade. Where does Quebec stand with respect to franchising? Does Quebec favour the development of international franchise? Is it fertile ground for the introduction of new franchises? Quebec has not yet adopted legislation specifically regulating domestic or international franchising. In light thereof, the author describes franchising as it is currently practised in the province by examining franchise agreements concluded in the business communi-

* LL.M. (Université de Montréal), maîtrise de droit privé (Université de Rouen), candidate au doctorat en droit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Cette étude a été réalisée grâce à une subvention du FCAC, dans le cadre du *Programme de recherche sur les contrats internationaux et le Code civil*, sous la coordination du professeur Armand De Mestral de la Faculté de droit de l'Université McGill.

contrats de franchise qui s'y lient dans le milieu des affaires.

La stratégie de la franchise internationale relève exclusivement de l'intérêt convergeant de toutes les parties à atteindre un but commercial commun : la réitération à l'étranger d'un succès commercial. L'auteur déduit donc le contenu du fardeau obligationnel des parties à une franchise internationale, des exigences d'homogénéité et d'adaptation qui en découlent. Sur ce schéma, cette étude brosse un tableau détaillé de l'ensemble des obligations que l'on retrouve ordinairement dans un contrat de franchise internationale.

L'auteur y examine les obligations imposées au franchisé en raison de la nécessité de maintenir une dépendance commerciale, puis celles relevant de l'appartenance à un réseau et qui ont pour objet d'en assurer l'homogénéité. Parmi les obligations relevant de la première catégorie sont notamment étudiées, l'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur, celle de réaliser un certain quota, celle de respecter les prix imposés, celle de ne pas céder le contrat sans autorisation et celle de faire de la publicité. Dans la seconde catégorie, l'homogénéité du réseau est assurée, notamment, par l'obligation de transférer les idées susceptibles d'améliorer les affaires, celle d'utiliser les signes de ralliement, celle

The objective of international franchising arises exclusively from the parties' shared interest in attaining a common commercial goal: the replication abroad of a domestic commercial success. The author deduces the content of the burden of the parties' obligations in international franchising from the simultaneous requirements for uniformity and adjustability which flow therefrom. On this basis, the author paints a detailed picture of the whole of obligations which ordinarily are found in international franchising agreements.

The author examines obligations imposed on the franchisee as they relate to the necessity of maintaining the commercial dependence of the franchisee on the franchisor. The author also examines obligations which arise from the franchise's participation in a network, and which attempt to ensure its uniformity. Notably, among the obligations in the first category are those to purchase exclusively from the franchisor, to fulfil a certain quota, to abide by fixed prices, to not sign the franchise agreement without authorisation, and to advertise. In the second category, the uniformity of the network is assured, notably, by the obligation to communicate ideas likely to improve the franchise, to use its marks of commercial recognition, to defend its goodwill, reputation and

de défendre la marque du franchi-
seur, celle de conserver secret le
savoir-faire et celle de ne pas faire
de concurrence.

Les obligations du franchiseur
sont aussi analysées. Elles s'arti-
culent autour de deux exigences,
celle de prêter assistance aux fran-
chisés et celle d'organiser le contrôle
du réseau. Dans la première catégo-
rie, l'auteur souligne les obligations
essentielle d'informer les fran-
chisés, de leur transférer le savoir-
faire et de leur conférer une exclusi-
vité territoriale. Enfin, l'auteur ana-
lyse les facultés de contrôle du
réseau que les franchiseurs s'oc-
troient. Une attention particulière est
portée à l'incidence de la décision
Charlebois c. Boutique Kit interna-
tional Ltée qui semble faire de cette
faculté une véritable obligation.

La période suivant la fin de cette
relation d'affaire est grandement
révélatrice du degré de protection
des franchisés et de la qualité de la
relation de franchise. Les clauses
qui l'organisent sont également étu-
diées.

L'auteur en conclut que le franchi-
seur est seul dépositaire de l'intérêt
de la franchise, ce qui le met in-
contestablement dans une position
de force. Malgré la perspicacité dont
font preuve les juges québécois dans
l'interprétation des clauses, la prati-
que de la franchise internationale
au Québec demeure inéquitable et
mène l'auteur à proposer une inter-
vention législative en trois volets.

trademark, to protect its trade
secrets and "know-how", and to not
compete against it.

The franchisor's obligations are
also assessed. They revolve around
two requirements, that of providing
assistance to franchisees and of
organising the network. In the first
category, the author highlights the
franchisor's duties to inform the
franchisee, to give it "know-how",
and to grant it an exclusive license
over an economic area. Finally, the
author analyses the measures con-
trolling the franchising network
granted by the franchisors. Particu-
lar attention is given to the effects of
the decision Charlebois c. Boutique
Internationale Ltée, which seems to
make this method a true obligation.

The period after the end of the
business relationship is very reveal-
ing of the degree of protection from
the point of view of the franchisees
and the nature of the franchise.
Clauses which determine the termi-
nation are also examined. The
author concludes that the franchisor
alone has the sole interest in the
franchise, which interest places it in
an incontestable position of
strength. Despite the perspicacity of
Quebec judges in their interpretation
of these clauses, the practice of
international franchising in Quebec
remains inequitable and the author
proposes legislative intervention in
three steps.

Plan de l'article

Introduction : L'adaptation du mode de commercialisation basé sur la synergie de réseau au commerce international : la franchise internationale	827
I. Présentation de la franchise internationale	817
A. Définition.....	817
B. Les différentes sortes de franchises.....	817
C. Les différentes organisations structurelles de la franchise internationale	817
1. La structure de base : la convention de développement.....	817
2. La restructuration de la franchise internationale	817
a. La société filiale	817
b. La délégation	817
c. L'entreprise en coparticipation	817
D. La franchise et les autres contrats commerciaux proches	817
1. La franchise internationale et la représentation commerciale internationale	817
2. La franchise internationale et la concession de vente internationale.....	817
3. La franchise internationale et la distribution sélective internationale	817
E. Le statut du franchisé.....	817
1. Un commerçant indépendant	817
2. Les associations de franchisés.....	817
F. L'environnement normatif de la franchise internationale au Québec.....	817
G. Un contrat restreignant la concurrence	817

- H. Un contrat portant sur les marques de commerce 817
- I. Un contrat d'adhésion... et plus encore..... 817
 - a. Un contrat de consommation?..... 817
 - b. Un contrat d'adhésion..... 817
 - c. Un contrat de réseau!..... 817

II. **Les obligations du franchisé international**..... 817

- A. Les obligations du franchisé relevant de la relation bilatérale avec le franchiseur : la dépendance commerciale 817
 - 1. Les obligations ayant trait aux produits 817
 - a. L'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur ou des fournisseurs désignés 817
 - i. Présentation de la clause*..... 817
 - ii. L'intérêt de la clause*..... 817
 - iii. La validité de la clause* 817
 - Le Code civil du Québec..... 817
 - La Loi sur la concurrence (fédérale)..... 817
 - Les législations étrangères 817
 - iv. Le contenu de la clause*..... 817
 - v. Les implications de la clause*..... 817
 - b. L'obligation de réaliser un certain quota..... 817
 - c. L'obligation de respecter les prix imposés..... 817
 - 2. Les obligations ayant trait à la bonne gestion du commerce 817
 - a. L'obligation d'exploiter son commerce 817
 - b. L'obligation de ne pas céder le contrat sans autorisation préalable 817
 - i. La justification du droit de veto du franchiseur : un contrat intuitu personæ* 817
 - ii. La portée du droit de veto* 817

c. L'obligation de respecter les normes locales applicables	817
d. L'obligation de publicité	817
3. L'obligation de rémunérer le franchiseur	817
a. Les divers montants dus	817
b. La nécessité d'améliorer les méthodes de perception des redevances dues	817
B. Les obligations du franchisé relevant de l'appartenance à un réseau : le respect de l'homogénéité du réseau	817
1. L'obligation de transférer les idées susceptibles d'améliorer les affaires	817
2. L'obligation d'utiliser systématiquement et fidèlement les signes du franchiseur dans les relations avec la clientèle	817
3. Les obligations relatives au prix de vente des produits	817
4. L'obligation de proposer à la clientèle tous les produits ou de fournir tous les services du franchiseur et uniquement ceux-là	817
5. L'obligation de défendre la marque du franchiseur	817
6. L'obligation de conserver le secret sur tous les éléments du savoir-faire	817
7. L'obligation de non-concurrence	817
8. L'obligation de respecter les normes présentes et à venir formulées par le franchiseur	817

III. Les obligations du franchiseur international..... 817

A. Les obligations du franchiseur relevant de la relation bilatérale avec chaque franchisé : l'assistance personnelle au franchisé	817
1. L'obligation d'information	817

a.	L'obligation précontractuelle d'information	817
b.	Le préambule du contrat de franchise.....	817
c.	L'obligation d'information concernant les clauses illisibles, incompréhensibles et externes.....	817
d.	L'obligation d'information en cours de contrat	817
2.	L'obligation de transférer le savoir-faire.....	817
a.	La définition du savoir-faire.....	817
b.	Les caractéristiques du savoir-faire.....	817
c.	L'obligation de transférer le savoir-faire.....	817
d.	La protection du savoir-faire.....	817
3.	L'obligation d'assurer une assistance technique et de collaborer.....	817
a.	Lors du lancement du commerce du franchisé.....	817
b.	Au cours du contrat	817
4.	L'obligation de mettre les signes de ralliement de la clientèle à disposition du franchisé.....	817
5.	L'obligation de conférer une exclusivité territoriale.....	817
a.	Les enjeux de la clause	817
i.	La délimitation d'un territoire d'action est souhaitable pour les deux parties	817
-	Pour le franchisé	817
-	Pour le franchiseur.....	817
ii.	La clause peut entraver l'adaptation du réseau aux mouvements du marché	817
b.	La portée de l'exclusivité territoriale.....	817
c.	L'obligation implicite	817
d.	Le contenu de la clause.....	817
e.	La validité de la clause.....	817

B. Les obligations du franchiseur relevant de l'organisation du réseau : le contrôle de l'homogénéité.....	817
1. Les facultés de contrôle du franchiseur	817
a. La faculté de contrôler la qualité des installations, des accessoires et des produits offerts par le franchisé.....	817
b. La faculté d'obtenir des informations sur les affaires du franchisé.....	817
2. L'obligation prétorienne d'assurer une bonne gestion du réseau : l'affaire <i>Charlebois c. Boutique Kit International Ltée</i>	817

IV. La fin du contrat.....

A. Les diverses causes de la rupture.....	817
1. La rupture du contrat à l'initiative du franchiseur	817
2. La rupture du contrat à l'initiative du franchisé.....	817
a. Le non-respect des obligations principales par le franchiseur.....	817
b. Le transfert ou la cession du fonds	817
3. L'expiration du contrat.....	817
a. Le contrat à durée déterminée.....	817
i. <i>Le droit au renouvellement du contrat</i>	817
ii. <i>Les causes de non-renouvellement</i>	817
b. Le contrat à durée indéterminée.....	817
4. La disparition ou l'incapacité des parties.....	817
B. Les conséquences de la rupture	817
1. Les clauses protectrices des intérêts immédiats des parties	817
a. La réparation du préjudice subi	817
b. La restitution.....	817

<i>i. La restitution du matériel portant la marque du réseau</i>	817
<i>ii. La restitution du stock de produits</i>	817
2. Les clauses protectrices des intérêts du réseau.....	817
a. L'obligation de non-concurrence.....	817
b. L'obligation de secret.....	817
Conclusion	817

Introduction : L'adaptation du mode de commercialisation basé sur la synergie de réseau au commerce international : la franchise internationale

La technique de commercialisation par franchise est l'une des méthodes de commercialisation les plus répandues et les plus efficaces au plan international. Son succès tient à l'uniformisation constante des goûts, puis des besoins des peuples¹, à moins que la standardisation de la demande mondiale n'en soit plutôt la conséquence..., à certains égards, regrettable.

Néanmoins, le franchisage international contribue grandement à la préservation de la classe des petites et moyennes entreprises dont, il n'y a pas si longtemps, on prédisait la disparition sous le poids économique des grandes entreprises publiques ou semi-publiques et autres multinationales. Désormais, on s'accorde à admettre que la petite ou moyenne taille d'une entreprise constitue un atout majeur dans la recherche d'efficacité, de rentabilité et de souplesse, essentielle à sa survie et, par conséquent, essentielle à la prospérité des nations industrialisées.

Certaines instances étatiques et internationales ont bien perçu l'ampleur de l'impact de cette technique de commercialisation sur le développement de leur commerce interne et extérieur. La plupart des États des États-Unis d'Amérique et des pays membres de la Communauté économique européenne ont adopté des législations réglementant le franchisage. Au Canada, seule l'Alberta s'est dotée d'une loi régissant cette technique de commercialisation.

Qu'en est-il au Québec? Jusqu'à présent, aucune législation particulière n'y a été votée. Cela signifie-t-il que la franchise internationale y est pratiquée de façon juste, équitable et efficace? Les règles générales qui régissent les relations contractuelles internes répondent-elles aux besoins que la franchise internationale crée? Les franchisés soumis à la loi québécoise sont-ils adéquatement protégés par les règles générales du droit des obligations lors de la passation du contrat de franchise, durant son exécution, lors de la cessation de la relation contractuelle et après cette

¹ Didier FERRIER, « La franchise internationale », J.D.I. 1988.3.626.

rupture? De même, le principe de l'effet obligatoire des contrats est-il suffisamment souple pour préserver la capacité des franchises de s'adapter en permanence à l'évolution des marchés? La loi québécoise permet-elle aux franchiseurs internationaux de modifier les conditions du contrat afin d'adopter de nouvelles normes devenues nécessaires? Le Québec constitue-t-il une province propice au développement des franchises internationales? Constitue-t-il une terre d'accueil favorable à l'implantation de nouvelles entreprises franchisées? Telles sont les questions auxquelles nous aimerions répondre en analysant le contenu des contrats de franchise internationale tel qu'il ressort de la pratique québécoise.

L'engouement actuel pour le système de franchisage est le produit, somme toute prévisible, d'un siècle d'histoire industrielle et commerciale. L'avènement de l'ère industrielle, au début du siècle, a vu naître de grandes entreprises de production et de distribution dont la rentabilité était fondée sur la soumission de la classe ouvrière et sur l'exploitation éhontée de sa misère et de son ignorance. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale jusqu'aux années 1970, les grandes entreprises publiques et privées prospéraient en creusant allègrement des déficits astronomiques. Désormais, le redressement des budgets publics ne permet plus de maintenir les grandes entreprises sous subventions permanentes. On s'est alors tourné, dans les années 1970-1980, vers les petites et moyennes entreprises.

Dans cette évolution, le développement du franchisage apparaît comme la stabilisation du balancier entre le règne de la grande entreprise durant la première moitié du siècle et l'espoir, souvent déçu, mis dans les petites et moyennes entreprises durant la seconde moitié. Malgré des efforts remarquables pour recueillir les ressources financières et humaines nécessaires, un grand nombre de petits et moyens commerces ont dû déposer leur bilan en raison de la concurrence des grandes entreprises aux moyens financiers incommensurablement supérieurs. Ces petites et moyennes entreprises n'ont pas toutes su satisfaire totalement les attentes que l'on avait fondées sur la souplesse de leur structure².

² André ROLLAND, *La situation juridique des concessionnaires et des franchisés membres d'un réseau commercial*, thèse de doctorat, Université de Rennes, 1976, p. 1 : « En 1883, prenant prétexte du développement à Paris des grands magasins à rayons multiples, Émile Zola laissait augurer à travers les propos

Une partie d'entre elles a néanmoins réussi brillamment en contournant la difficulté que constituait la concurrence des grandes entreprises. Ce sont celles qui ont su développer une *individualité* fortement marquée, fondée sur un haut standard de qualité des produits ou des services rendus. La spécificité des produits proposés résulte, dans la plupart des cas, de leur qualité exceptionnelle et non de leur originalité intrinsèque. Elle crée un phénomène de rareté, voire même d'exclusivité, qui *les place habilement hors concurrence*. Le succès de ces entreprises est donc dû à leur individualisme très prononcé.

Une autre partie de ces petites et moyennes entreprises s'est au contraire lancée pleinement dans la concurrence avec les grandes entreprises en jouant la même carte qu'elles : celle de la concentration. Elle a créé de véritables *réseaux de distribution intégrée* dont l'objet est de présenter une offre uniforme sur un large territoire, de façon à pouvoir concurrencer les multiples points de vente des grandes entreprises. Les réseaux de distribution se présentent donc comme une nouvelle forme d'union économique dans laquelle la force du regroupement n'est pas fondée sur une dépendance structurelle, mais sur une dépendance *contractuelle*³. L'avantage réalisé par cette forme de regroupement est de préserver l'indépendance juridique et financière des petites entreprises et le dynamisme qui en découle⁴, combinée à une

d'Octave Mouret, héros du « Bonheur des dames », la disparition prochaine en France du petit commerce. L'évolution des structures de la distribution depuis le siècle dernier a démenti cette prédiction. Bien que considérable, l'essor des grands magasins n'a pas fait pour autant disparaître le petit commerce. Au contraire, ce dernier a depuis lors constamment prouvé qu'il avait les moyens de résister aux formes nouvelles de concurrence. »

3 Sur l'assimilation des phénomènes sociétaires et contractuels de concentration des entreprises, voir C. CHAMPAUD, « Les méthodes de groupement des sociétés », Rev. tr. Dr. Com. 1967.1003 et suiv. Voir également les propos du président du comité français d'étude pour la réforme de l'entreprise, P. Surdeau, reproduit dans A. ROLLAND, *id.*, p. 5 : « La dépendance résulte normalement d'une participation au capital. Elle peut aussi prendre la forme de contrats, accords et conventions de coopération, concession, spécialisation, sous-traitance qui aboutissent à une situation de domination quand les partenaires ne sont pas égaux. »

4 A. ROLLAND, *op. cit.*, note 2, p. 9 : « Il ne fait aucun doute que la réussite professionnelle des individus dépend pour une large part des motivations qui les animent. Il convient donc de préserver l'indépendance juridique des concessionnaires et des franchisés afin que, responsables de la gestion du point de vente et directement intéressés aux résultats, ils soient incités à faire preuve de dynamisme et de compétence, pour leur propre profit et celui de la clientèle. [...] L'indépendance juridique porte en elle le principe de la pleine

force commerciale et publicitaire surmultipliée, capable de rivaliser avec les plus grandes.

Le franchisage est donc un *montage juridique* qui a pour spécificité de créer un *réseau* liant plusieurs petites ou moyennes entreprises. L'idée originale à la base de leur entente est de *diffuser, sur un large territoire, une image de marque identique et d'en récolter les fruits*. Il s'agit, pour ces petites et moyennes entreprises, d'accéder à moindre coût à une reconnaissance par le public comparable à celle dont les grandes entreprises peuvent jouir grâce à d'importants moyens médiatiques. Le système ainsi mis en place permet de cumuler la souplesse que procure la petite taille et l'indépendance juridique des unités concernées à une reconnaissance nationale et internationale de leur image de marque.

Cette technique s'est d'abord développée aux États-Unis au milieu de ce siècle⁵. Rapidement, les franchiseurs américains ont étendu leur succès au Canada⁶. La grande majorité des franchises internationales implantées au Canada sont américaines. Il s'agit là d'un des facteurs essentiels de la haute standardisation caractéristique des produits et services offerts sur l'ensemble du continent nord-américain. La méthode de la franchise s'est ensuite étendue, dans les années 1970, à l'Europe et au Japon⁷ et, dans une moindre mesure, au reste du monde⁸.

responsabilité [...]. Pleinement responsables de leurs activités, les concessionnaires et les franchisés devront faire preuve au plan commercial de tout le dynamisme et la compétence nécessaires, pour leur éviter de succomber aux risques de l'entreprise. »

5 La célèbre compagnie *Singer Sewing Machines* fut l'une des pionnières en la matière.

6 Alexander S. KONIGSBERG et Anne-Marie GAUTHIER, « Relation franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », (1993) 27 *R.J.T.* 633, 635.

7 Dominique LEGEAIS, « Franchise », *J.-Cl. Com.*, Paris, Éditions du Juris-classeur, 1996, n° 5, 3.

8 Sur l'impact économique du franchisage sur l'économie du Canada, des États-Unis, de la France, de la Grande-Bretagne et du Japon, voir Anne-Marie GAUTHIER, « Aperçus des éléments fondamentaux de la relation de franchise », [1992] 1 *C. P. du N.* 41, 52-56. Pour des statistiques, voir aussi Frank ZAID, « Overview of Franchising », et Bernard ROY, « Présentation », dans Philippe HÉNAULT et Loretta COLTON (dir.), *Conférence Meredith - Le franchisage*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 3, aux pages 14 à 18, et p. v ; D. FERRIER, « La franchise internationale », *loc. cit.*, note 1, 625, note n° 1.

La stratégie de la franchise internationale relève exclusivement de *l'intérêt convergent de toutes les parties dans l'atteinte d'un but commercial commun*⁹. L'ensemble du régime juridique de la franchise internationale découle de ce dynamisme.

Pas un seul principe, pas une seule contrainte n'est posée qui ne trouve sa source dans la stricte nécessité d'assurer l'atteinte systématique de l'objectif commercial fixé dans l'intérêt de tous. Ce but est constant, quelle que soit l'entreprise concernée et son domaine d'activité. Il consiste à *réitérer une réussite commerciale à l'étranger*¹⁰. Il implique que la franchise internationale soit fondée sur le respect de deux exigences fondamentales. D'une part, la *réitération* de la réussite nécessite que soit assurée la *conformité* de l'établissement franchisé au savoir-faire du franchiséur. D'autre part, la réitération *à l'étranger* appelle *l'adaptation* du concept franchiseur aux spécificités du marché local accueillant le franchisé¹¹. Ce mécanisme constitue donc un partenariat¹² qui trouve la source de son impulsion dans l'intérêt de chacun à la réussite de tous.

L'homogénéité est une clé importante du succès¹³ sur laquelle repose l'efficacité du système de franchise : elle produit un effet de synergie entre les franchisés. La multiplication des unités franchisées dans le strict respect de l'homogénéité augmente la notoriété de la franchise sur un territoire, notoriété qui, se nourrissant elle-même, amplifie le succès de la franchise¹⁴. L'homogénéité étant donc le garant du succès, tous ont intérêt à son strict respect. Un remarquable phénomène d'auto-contrôle vient alors sceller l'ingénieux système.

Puisque le régime juridique de la franchise internationale découle de la stricte nécessité d'assurer la performance de ce

⁹ *Simard c. Provi-Soir Inc.*, J.E. 88-1186 (C.S.), p. 10 du texte intégral. L'honorable juge Guy Lebrun souligne : « Il est de l'essence même des relations entre le franchiseur et le franchisé qu'il y ait une convergence économique. »

¹⁰ Philippe BESSIS, *Le contrat de franchisage*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 17.

¹¹ D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 629.

¹² A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 636.

¹³ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 72 : « L'uniformité des normes d'exploitation et des pratiques commerciales suivies au sein du réseau constitue la pierre angulaire du système. »

¹⁴ D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 630.

mécanisme, il est possible de déduire le contour du fardeau obligationnel des parties à une franchise internationale des exigences d'*homogénéité* et d'*adaptation* qui en découlent.

Les obligations imposées aux franchisés (II) ont pour cause profonde la nécessité d'assurer la reproduction du concept du franchiseur à l'étranger. Les franchisés devront veiller en permanence à la *conformité* entre leur unité et le modèle franchiseur.

Les obligations du franchiseur (III) ont pour objectif d'assurer le succès de la transplantation de son savoir-faire à l'étranger : il devra donc veiller au respect de *l'homogénéité* par tous les franchisés et s'assurer de *l'adaptation* de son concept à chaque marché local.

Enfin, l'intérêt de tous au succès de la franchise porte chacune des parties à vouloir contrôler les autres. Les franchisés acceptent de se soumettre à une politique d'autodiscipline¹⁵. N'ayant aucun contact contractuel direct entre eux, ce contrôle prend la forme de *codes de déontologie* et autres *chartes* privées exposant les devoirs des franchisés. Ces codes sont, la plupart du temps, rédigés par des *fédérations d'associations de franchisés*¹⁶. Mais l'agent de contrôle le plus efficace est certainement le franchiseur qui impose à chacun de ses franchisés un ensemble d'obligations (et non simplement de devoirs déontologiques) qui trouvent leur sanction dans la force obligatoire du contrat. Dans ce contexte, le respect scrupuleux de l'obligation de bonne foi est capital¹⁷. L'intensité et l'étendue de cette obligation sont portées au-delà de celles ordinairement exigées dans les relations civiles et commerciales.

¹⁵ F. ZAID, *loc. cit.*, note 8, 18 : « Franchisors often ignore and discourage the formation of independent franchisee associations. However, franchisee associations are becoming a necessary element of franchising, and are even being recognized in some franchise legislation. [...] [A franchisee association] involves the formation, independent of a franchisor, by some or all franchisees of that franchisor, of a self-supporting organization, through which the franchisees can [...] deal with their franchisor on a representative basis on a variety of issues. »

¹⁶ Citons par exemple le *Code de déontologie européen de la fédération européenne de la franchise*. Sur le rôle, l'organisation et l'importance des associations de franchisés, voir F. ZAID, *loc. cit.*, note 8, 18-20.

¹⁷ A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 636.

L'obligation de bonne foi renforcée doit être respectée avant et après la période contractuelle. Avant cette période, elle se traduit par l'obligation précontractuelle d'information qui repose sur les deux parties. Après, elle ne constitue plus une contrainte que pour le franchisé qui se voit dans l'obligation de garder indéfiniment le secret sur le savoir-faire et de ne pas faire concurrence au franchiseur (IV).

Avant de développer l'ensemble des obligations découlant du contrat de franchise internationale, il nous paraît important de présenter le mécanisme général de la franchise internationale et le contexte juridique dans lequel il évolue au Québec (I).

I. Présentation de la franchise internationale

A. Définition

Au Québec, il n'existe pas de définition légale précise du franchisage ni, et encore moins, du franchisage international. Le législateur ne s'est pas encore beaucoup intéressé à cette opération commerciale dont le développement est assez récent. Faute de disposition expresse, le contrat de franchise n'est soumis au Québec à aucun formalisme. Par conséquent, il ne résulte pas nécessairement d'un écrit¹⁸.

¹⁸ Voir *North American Research Corp. c. Produits chimiques Narco inc.*, J.E. 91-587, (C.S.); *contra* : *Remax Québec inc. c. Remax Succès (1984) inc.*, J.E. 91-374 (C.S.). Dans cette affaire, suite au décès de l'un des associés d'une société franchisée, une nouvelle société est constituée. Une lettre est alors envoyée au franchiseur lui demandant d'accepter de transférer le contrat de franchise et d'autoriser la nouvelle société à utiliser la dénomination sociale « Remax succès (1988) ». Le franchiseur accepte la demande relative à la dénomination sociale mais ne donne jamais suite à la demande de transfert du contrat de franchise. Néanmoins, la nouvelle société poursuit les affaires et paie régulièrement les redevances au franchiseur. Finalement, ce dernier résilie le contrat passé avec son franchisé original et exige des dommages-intérêts des deux sociétés alléguant qu'elles n'ont pas respecté les conditions du contrat. La Cour supérieure a considéré que la société nouvelle n'était pas tenue par le contrat de franchise, puisque le franchiseur n'en avait jamais accepté formellement le transfert. Selon nous, la perception des redevances démontre que le franchiseur avait accepté le transfert. L'envoi au franchiseur d'une demande de transfert de franchise constitue une offre, qui a été implicitement acceptée par l'inaction du franchiseur et la perception des redevances. Dès lors, selon nous, la nouvelle société était liée par le contrat de franchise. Voir aussi *École de conduite Groupe Tecnic inc. c. École de*

L'*International Franchise Association* en donne une définition large, mais peu précise :

*Une franchise est une relation contractuelle entre le franchiseur et le franchisé où (i) le franchiseur offre ou est obligé de maintenir un intérêt continu à l'égard du commerce du franchisé dans des domaines tels le savoir-faire et la formation et (ii) le franchisé exerce ses activités en utilisant une marque de commerce, un concept ou des procédures communes détenues ou contrôlées par le franchiseur, et selon laquelle le franchisé a fait ou fera un investissement en capital substantiel dans son commerce à même ses propres ressources.*¹⁹

L'une des parties est obligée de *maintenir un intérêt*, l'autre d'*exercer ses activités en utilisant une marque*... Cette description, formulée par une association de commerçants, est trop vague pour asseoir une analyse juridique de l'opération. La définition adoptée à l'article 1 du *Code de déontologie européen de la fédération européenne de la franchise* (EFF)²⁰ nous semble plus juridique :

La franchise est le système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur.

Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou

conduite F.L. Est de Montréal inc. (ECFLEM), J.E. 97-1516 (C.S.) : le juge Jean Frappier considère, à juste titre selon nous, que la signature de lettres d'intention au sujet de la conclusion d'un contrat de franchise n'équivaut pas à la signature du contrat type de franchisage pratiqué par la demanderesse. Bien que les intimés (les prétendus franchisés) utilisent la raison sociale du franchiseur et versent des redevances, cela ne suffit pas à établir que les intimés ont adhéré au contrat type de franchise de la demanderesse. Par ailleurs, la seule utilisation de la raison sociale ne suffit pas à établir une relation de franchise. Dans cette affaire, il est constaté que la demanderesse n'a pas rempli les prestations constitutives du contrat de franchisage : aucune remise d'un manuel d'exploitation n'a eu lieu, aucune délimitation de territoire n'a été établie, aucun service d'information et de soutien n'a été fourni lors de l'ouverture des commerces. Selon nous, le refus de considérer la relation entre les parties comme une relation de franchise ne résulte pas de l'absence d'un contrat de franchise écrit, mais bien plutôt de l'absence des prestations caractéristiques de la franchise.

¹⁹ Traduction par A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 636.

²⁰ Voir la reproduction de ce Code dans l'annexe 1 du fascicule n° 206, « Franchise », *J.-Cl. Com.* Paris, Éditions du Juris-classeur, 1991.

la marque de produits et/ou de services, le savoir-faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet.

On note que la définition fait appel à un vocabulaire commercial, à des notions qui ne sont pas civilistes (par exemple, le **concept** du franchiseur). Le concept est donc défini en annexe au Code :

[L]e **concept** est la conjonction originale de 3 éléments : – la propriété ou le droit d'usage de signes de ralliement de la clientèle : marque de fabrique de commerce ou de services, enseigne, raison sociale, nom commercial, signes et symboles; – l'usage d'une expérience, d'un savoir-faire; – une collection de produits, de services et/ou de technologies brevetés ou non, que [le franchiseur] a conçus, mis au point, agréés ou acquis.

Évidemment, chaque auteur forge lui aussi sa propre définition. Reprenons celle de Dominique Legeais qui nous semble complète et assez claire²¹ :

[Le contrat de franchise est celui] **par lequel deux personnes juridiquement indépendantes s'engagent à collaborer, l'une [le franchiseur] mettant à la disposition de l'autre [le franchisé] ses signes distinctifs et un savoir-faire original, éprouvé et constamment perfectionné, moyennant une rémunération et l'engagement du franchisé de les utiliser selon une technique commerciale uniforme, avec l'assistance du franchiseur et sous son contrôle.**

Enfin, précisons qu'il y a **franchise internationale** lorsque le franchiseur développe son concept dans un pays autre que celui où est situé son propre établissement²². Par conséquent, le Québec est concerné par une franchise internationale lorsqu'il est le lieu d'exploitation d'un franchisé lié à un franchiseur domicilié à l'étranger ou lorsqu'un franchiseur domicilié au Québec est lié avec un ou plusieurs franchisés domiciliés à l'étranger et y exploitant leur commerce franchisé.

La question de savoir si ces deux hypothèses sont soumises au droit québécois relève des dispositions de droit international privé du **Code civil du Québec** et de l'interprétation qu'en font la

²¹ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 1, 3.

²² D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 627.

doctrine²³ et la jurisprudence. Aucune règle de conflit spécifique à la relation de franchise n'étant édictée par le Code civil, la détermination de la loi applicable dépend de la désignation de la prestation caractéristique. Certains considèrent qu'elle est fournie par le franchiseur (car il confère un savoir-faire), alors que d'autres soumettent le contrat à la loi du domicile du franchisé dont l'obligation de reproduire le système du franchiseur constituerait la prestation caractéristique. Par ailleurs, des lois d'application nécessaire viendront également régir certains aspects importants de l'opération. Quoi qu'il en soit, nos développements prennent pour acquis que les questions soulevées sont régies par le droit québécois. Notre objectif, en effet, est d'évaluer dans quelle mesure la pratique, en ce domaine, peut se concilier avec le nouveau *Code civil du Québec*.

B. Les différentes sortes de franchises

Il existe au moins trois sortes distinctes de franchise : la franchise de *distribution*, la franchise de *services* et la franchise de *production*²⁴.

Dans la *franchise de distribution*, le franchiseur accorde aux franchisés le droit et leur impose l'obligation de distribuer un bien ou un ensemble de biens selon le savoir-faire transmis (ex. : Pinguin, Geneviève Leth, Prénatal). Ce type de franchise se subdivise en *franchise de producteur*, dans laquelle le franchiseur est un producteur et en *franchise de distributeur* (et non de distribution), où le franchiseur est un simple distributeur de produits qu'il ne fabrique pas²⁵.

Dans la *franchise de services*, il s'agit d'accorder le droit, en même temps que d'imposer le devoir aux franchisés de proposer des services selon le savoir-faire transmis (ex. : McDonald's, Avis, Mercure, Hertz, Ibis, Holiday Inn).

Enfin, la *franchise de production* permet aux franchisés de vendre des produits qu'ils produisent eux-mêmes selon le savoir-

²³ Gérald GOLDSTEIN, « La distribution et la franchise internationale en droit international privé québécois », (1998) 77 *R. du B. can.* 219.

²⁴ Sur ces différentes sortes de franchises, voir P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, p. 17 et suiv.

²⁵ *Id.*, p. 18.

faire transmis par le franchiseur (ex. : Coca-Cola, Yoplait). Ces franchises industrielles se rencontrent, pour le moment, moins fréquemment que les précédentes.

Seules les opérations par lesquelles le concept d'affaire est transmis en son entier aux franchisés doivent être considérées comme constituant des franchises. Le mécanisme par lequel des commerçants vendent des produits sous la marque de commerce du franchiseur, sans toutefois appliquer un savoir-faire transmis, n'est pas une franchise. Parfois dénommés « franchise de type marques et produits », ces arrangements ne sont que des concessions²⁶.

C. Les différentes organisations structurelles de la franchise internationale

1. La structure de base : la convention de développement

Le schéma le plus simple de la franchise internationale est celui dans lequel un franchiseur est directement lié par une suite de contrats avec plusieurs franchisés étrangers. Il peut s'agir de contrats unitaires par lesquels le franchiseur accorde à chacun des franchisés le droit d'exploiter un seul point de vente précisément localisé. Il peut également s'agir d'une entente plus large, parfois nommée « convention de développement », par laquelle le franchiseur accorde le droit à un franchisé d'utiliser son concept et son savoir-faire sur l'ensemble d'un territoire déterminé. Le franchisé a alors l'obligation d'exploiter plusieurs points de vente stratégiquement dispersés sur ce territoire²⁷.

2. La restructuration de la franchise internationale

Cette organisation se voit parfois dépassée par le succès et l'expansion de la franchise internationale²⁸. Notamment en rai-

²⁶ Voir *École de conduite Groupe Tecnic inc. c. École de conduite F.L. Est de Montréal inc. (ECFLEM)*, précité, note 18. Sur les concessions, voir Philippe LE TOURNEAU, *La concession commerciale exclusive*, Paris, Economica, 1994.

²⁷ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 63.

²⁸ *Id.*, 63 : « Les conventions de franchise-maîtresse sont utilisées la plupart du temps pour régir des ententes internationales; elles couvrent habituellement

son de l'éloignement et de la diversité des franchisés et des marchés sur lesquels ils sont implantés, cette structure ne permet plus au franchiseur d'assurer l'assistance adéquate et personnalisée et le contrôle suffisamment étroit sur lesquels repose la performance même du mécanisme. En raison du nombre des marchés dont le franchiseur doit maîtriser parfaitement les variables spécifiques, cette structure peut exiger que le franchiseur fournisse un effort devenu trop important pour surveiller l'homogénéité de son réseau et adapter en permanence son concept aux marchés locaux²⁹.

À défaut d'une restructuration permettant le perfectionnement continu du mécanisme, la franchise internationale ayant atteint ce stade de développement est vouée à stagner puis, à moyen terme, à péricliter. La restructuration a notamment pour objectif d'assurer le maintien d'un haut niveau d'*assistance* et de *contrôle*. Elle peut prendre plusieurs formes.

a. La société filiale

Une première solution consiste à créer une *société filiale* sur le territoire des marchés étrangers où le nombre des franchisés ou des spécificités locales particulières appellent un resserrement de la relation avec le franchiseur. Organiquement intégrée à la société du franchiseur, la société filiale, géographiquement plus proche des franchisés, se trouvera mieux à même d'assurer un suivi plus étroit, donc plus efficace, du réseau national étranger dont elle prend désormais le contrôle, soulageant ainsi sa société mère. Mais cette réorganisation est coûteuse, car elle implique une implantation de la société sur le territoire étranger.

des régions géographiques, telles un pays ou une province, qui sont plus grandes que celles couvertes par les conventions de développement. »

²⁹ D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 641; A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 63 : « la convention de franchise-maîtresse est généralement utilisée lorsque, pour des motifs géographiques ou en raison de différences de langues, de cultures, d'us et coutumes et de lois, le franchiseur ne désire plus ou n'est plus en mesure de maintenir une présence physique dans le territoire ou à proximité du territoire accordé au sous-franchiseur. »

b. La délégation

Une seconde solution consiste pour le franchiseur à se décharger d'une partie de ses responsabilités sur une personne juridique autonome et organiquement distincte à laquelle elle transfère une partie de ses pouvoirs. Ce schéma peut prendre deux voies différentes selon que la personne choisie est un franchisé ou non³⁰.

Dans le premier cas, il s'agit alors d'un « super franchisé », appelé *franchisé principal* ou *franchisé-maître*. Il cumule alors deux rôles : celui de franchisé et celui d'animateur, de surveillant du réseau national (ou régional) auquel il appartient³¹. La convention qui lie alors le franchiseur au franchisé principal est parfois appelée *convention de franchise-maîtresse*.

Dans le second cas, la personne choisie n'est pas franchisée. Elle a uniquement pour mission d'alléger la charge du franchiseur³². Il s'agit d'un mandataire auquel le franchiseur confère les pouvoirs nécessaires pour qu'il se substitue à lui dans ses relations avec les franchisés. Cette personne est appelée *sous-franchiseur*³³.

Lors de telles restructurations, il est important de spécifier le plus précisément possible qui, du franchiseur, du franchisé principal ou du sous-franchiseur, doit remplir chacune des obligations dues aux franchisés³⁴.

c. L'entreprise en coparticipation

Enfin, une troisième possibilité est offerte par l'opération d'*entreprise en coparticipation* (ou coentreprise)³⁵. Cette solution est plus rarement mise en œuvre. Il s'agit d'une alliance entre un

³⁰ *Contra* : A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 63. L'auteur semble assimiler le « sous-franchiseur » au « franchisé-maître », c'est-à-dire au « franchisé principal. »

³¹ Les autres franchisés sont alors dénommés « sous-franchisés ».

³² D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 2, 3.

³³ Il est important de préciser que « sous-franchisés » et « sous-franchiseurs » ne font pas partie de la même structure. Il y a, soit franchiseur, franchisé principal et sous-franchisés, soit franchiseur, sous-franchiseur et franchisés.

³⁴ Paris, 11 juill. 1989, D.1990.Somm. 368, obs. D. Ferrier.

³⁵ Voir A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 63.

franchiseur et une autre entreprise réalisant une entité juridique nouvelle qui supportera les risques financiers d'une extension territoriale trop importante pour que le franchiseur la supporte seul. Il est nécessaire ensuite que cette nouvelle entité, à qui a été conféré un droit sur la marque, concède à son tour au franchiseur, par une convention de développement, le droit d'exploiter la marque et d'utiliser le savoir-faire, en tant que franchisé. Le franchiseur devient en quelque sorte franchisé!

D. La franchise et les autres contrats commerciaux proches

Le contrat de franchisage international est un contrat in-nomé³⁶. Contrairement à la représentation commerciale internationale, l'absence de lien avec le mandat³⁷ ou avec tout autre contrat nommé soustrait le rattachement à des dispositions législatives particulières. Cela simplifie d'ailleurs grandement les choses, car on ne sait jamais vraiment jusqu'à quel point la représentation commerciale doit être assimilée au droit du mandat et quelle portée doit être donnée aux dispositions du mandat lorsqu'il y a représentation commerciale internationale.

Plusieurs traits de la franchise internationale permettent de la distinguer d'autres opérations commerciales visant un même but : l'accroissement du chiffre d'affaires d'une entreprise par une présentation adéquate de son offre au public.

³⁶ Paul-André MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 75; Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n°65, p. 57.

³⁷ Néanmoins, à plusieurs reprises, il a été soutenu par la doctrine et la jurisprudence canadienne que le contrat de franchise s'apparentait au mandat d'intérêt commun et au contrat de travail. Voir A. ROLLAND, *op. cit.*, note 2, pp. 9 et 11; *Davis and Lawrence Company c. The Fellows Medical Manufacturing*, (1924) 62 C.S. 40; *Bertrand c. Warré*, (1927) 65 C.S. 520; *Quaker Oats Company of Canada Ltd. c. Victor Côté*, [1949] B.R. 389; *Tupper Plastics and Chemicals Ltd. c. Ronald Parties Ltd.*, [1955] R.L. 115 (C.S.); *New Castle Products (Canada) c. Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée*, [1970] C.A. 29; *Lemire c. Products Roberto Inc.*, J.E. 81-176 (C.S.).

1. La franchise internationale et la représentation commerciale internationale

La franchise internationale se différencie de la représentation commerciale internationale par plusieurs aspects³⁸. Le franchisé est un commerçant qui agit pour son propre compte, alors que le représentant, qui n'est normalement pas commerçant, agit au nom et pour le compte d'autrui. Néanmoins, ils sont tous les deux juridiquement indépendants.

Une obligation semblable à celle du franchisé – de verser au franchiseur plusieurs sommes d'argent lors de son entrée dans la franchise puis à intervalles réguliers – n'est pas mise à la charge du représentant. Le franchisé international acquiert personnellement les biens du franchiseur ou des fournisseurs désignés avant de les revendre au public alors qu'en principe, la propriété des biens vendus par l'intermédiaire d'un représentant international est transférée directement du représenté au client. Enfin, l'ensemble de l'activité du franchisé est mise sous le contrôle rapproché du franchiseur. À l'inverse, le représentant gère son temps et son activité en toute indépendance.

2. La franchise internationale et la concession de vente internationale

La franchise internationale se différencie de la concession internationale notamment en ce que le concédant, contrairement au franchiseur, ne transmet pas de savoir-faire. Néanmoins, la franchise est issue de la concession³⁹. Elle en est, en quelque sorte, le prolongement. Les deux formules participent donc d'une même idée, celle de l'organisation d'un réseau international de distribution. C'est d'ailleurs pourquoi les Américains et les Canadiens englobent sous le concept de « franchise », à la fois la franchise

³⁸ Générosa BRAS MIRANDA, « Le contenu obligationnel du contrat de représentation commerciale internationale en droit québécois », (1997) 57 *R. du B.* 491.

³⁹ P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, p. 9; Gisèle LAPRISE, *Contrats de distribution intégrée : classification et contenu*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1992, p. 189.

parfois dite « européenne » (c'est-à-dire celle qui a pour objet le transfert d'un savoir-faire) et la simple concession⁴⁰.

3. La franchise internationale et la distribution sélective internationale

Enfin, la franchise internationale se différencie de la distribution sélective internationale qui relève du mécanisme de la concession dont les membres arborent souvent le sigle de la marque, mais n'utilisent pas les mêmes enseignes et signes distinctifs. Ils n'ont pas non plus l'obligation d'appliquer une seule et même méthode de travail et ne paient pas de redevances⁴¹.

E. Le statut du franchisé

Les franchisés sont des commerçants indépendants (1) souvent regroupés en association (2).

1. Un commerçant indépendant

Le concept de franchise internationale implique nécessairement que franchisé et franchiseur soient deux personnes juridiques indépendantes. Dans le cas contraire, il ne s'agit pas de franchise internationale, mais simplement d'un réseau de vente appartenant à une seule entreprise qui implante à l'étranger des unités de vente lui appartenant. Par définition, la franchise est une méthode qui consiste, pour un commerçant, à réitérer la réussite commerciale d'un autre commerçant. Leur indépendance juridique est donc un élément essentiel à la notion même de franchise.

La conséquence principale de l'indépendance juridique de l'entreprise franchisée est sa *responsabilité commerciale et financière personnelle*⁴². En pratique, cette responsabilité est ex-

⁴⁰ Brigitte LEFEBVRE, « Les clauses d'exclusivité dans le domaine du franchisage », dans *Développements récents en droit commercial*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 117, à la page 119, note 1.

⁴¹ D. LEGAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 4, 3.

⁴² *Id.*, 12, n° 52; Com. 11 déc. 1990, *Juris-Data* n° 003873; Com. 3 juill. 1990, J.C.P. éd. E.I.20363 : le franchiseur n'est pas considéré comme porte-fort du franchisé, sauf stipulation contraire expresse.

trêmement importante. En effet, en contribuant au maintien d'une bonne image de marque, le succès des uns stimule celui des autres. Par contre, s'il advient que l'un des franchisé du réseau rencontre des difficultés financières, les conséquences néfastes de ce revers de fortune ne se répercutent pas sur les autres. Le franchisé en difficulté fait faillite. La faiblesse qu'il constituait est purgée sans que le réseau n'en ressente de conséquences notables (image de marque affaiblie dans le seul secteur du franchisé en faillite).

Il est important de veiller à ce que l'indépendance réelle du franchisé soit toujours assurée. Une immixtion trop importante du franchiseur dans les affaires de son franchisé peut être retenue comme un élément important dans une éventuelle requalification de la relation en contrat de travail⁴³ ou en relation de gestion d'affaires.

Une seconde conséquence est l'existence d'un fonds de commerce appartenant au franchisé et parfois même d'une clientèle propre. Néanmoins, il n'est pas toujours facile de déterminer si la clientèle est attachée à l'emplacement spécifique du franchisé et à son dynamisme personnel ou plutôt à la marque du franchiseur⁴⁴.

2. Les associations de franchisés

En principe, les franchisés d'un même réseau n'ont aucun lien juridique direct entre eux. Ils ont pourtant les mêmes intérêts face au franchiseur. Ils se regroupent donc souvent en *associations nationales* constituées conformément aux législations sur les groupements sans but lucratif qui leur sont applicables. L'objet de ces regroupements est de défendre et promouvoir les intérêts des franchisés contre ceux de leur franchiseur et ceux des autres

⁴³ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 5, 3 (et l'arrêt cité : Com. 3 mai 1995) et n° 53, 12; P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, p. 39.

⁴⁴ La jurisprudence française récente semble remettre en cause le principe d'une clientèle appartenant au franchisé et exiger que ce dernier prouve que la clientèle lui appartient. Voir D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 52, 12, et les arrêts cités : Trib. gr. inst. Evry, 9 déc. 1993, J.C.P. éd. E 1995.I.443.1.207, note T. Granier; D. 1995. Somm. 154, obs. L. Rozès; *Gaz. Pal.* 1994.1.207, note Bélot; *Petites affiches* 24 août 1994.16, note Gast et Lanciaux; Paris, 6 fév. 1996, *Droit des affaires*. 1996. 446.

réseaux. Ils se joignent parfois en *fédérations internationales* et constituent un interlocuteur de poids face au franchiseur.

Celui-ci a tout intérêt à instaurer un climat de confiance et à collaborer en bonne entente avec l'association de ses franchisés. En fait, la structure associative est utile aux deux partenaires. Les franchisés y trouvent la force de l'union. La revendication légitime d'un franchisé contre le franchiseur pourra être défendue par l'association. D'ailleurs, les associations jouent de plus en plus un rôle de médiation entre leurs membres ou entre l'un (ou plusieurs) d'entre eux et le franchiseur. Ce dernier y trouve une structure précieuse permettant la remontée efficace et à moindre coût de l'information recueillie à la base par l'ensemble des franchisés. De la même façon, l'effort d'information que déploiera l'association (diffusion d'un bulletin mensuel d'information, par exemple) constitue une économie pour le franchiseur, ce qui ne le décharge cependant pas de remplir ses obligations d'assistance et de collaboration auprès de chaque franchisé. Le franchiseur a donc tout intérêt à reconnaître à l'association de ses franchisés une certaine participation aux décisions (avis consultatif).

F. L'environnement normatif de la franchise internationale au Québec

Comme nous l'avons dit, la franchise n'est assimilable à aucun contrat nommé par le *Code civil du Québec*. Par conséquent, au Québec, elle est soumise au *droit commun des obligations*⁴⁵.

Le franchisage constitue une formule assez récente d'exploitation commerciale née du pragmatisme caractéristique du milieu des affaires. L'absence de textes trop restrictifs⁴⁶ a certainement favorisé la mise au point et le développement de cette méthode de distribution commerciale. Mais, paradoxalement, le mécanisme de la franchise y trouve aussi une réelle faiblesse susceptible de l'emporter dans l'échec.

Le succès de cette méthode de commercialisation est dû aux avantages considérables qu'elle présente pour toutes les parties

⁴⁵ Naturellement, les lois sur l'impôt, sur la concurrence, sur les investissements au Canada et sur les marques de commerce sont également applicables.

⁴⁶ A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 635.

impliquées⁴⁷. Dès lors qu'un commerçant qui a mis au point un savoir-faire original et efficace souhaite accéder à une expansion nationale puis internationale, le système de la franchise est attrayant. Il lui permet de s'étendre rapidement sur tout un territoire; il fait connaître sa marque et lui permet de profiter immédiatement des répercussions positives sur son propre point de vente. Le franchiseur profite aussi directement du succès des franchisés, qui lui versent des redevances périodiques.

Pour les franchisés, il s'agit là d'une des façons de se lancer en affaires les moins risquées qui soient. Le franchiseur fournit l'ensemble des éléments de la réussite : savoir-faire, matériel, produits, etc. Le franchisé a donc immédiatement accès à une image de marque qui, si elle est bonne, lui garantit presque parfaitement la réussite avec un investissement raisonnable.

Le succès de la franchise repose donc sur l'image de marque, c'est-à-dire sur la reconnaissance par le large public d'un savoir-faire qui a su lui plaire. Il repose donc exclusivement sur *la logique de réseau*. Par conséquent, la réussite de tous repose sur l'effort et la discipline de chacun. En faisant prospérer son point de vente, chaque franchisé augmente la qualité de l'image de marque du réseau et l'ensemble des partenaires en bénéficie directement.

Mais au cœur de ce concept de réseau, véritable force motrice de la réussite, réside aussi sa faiblesse : le sort de chacun dépend de la bonne volonté, des capacités et de la loyauté de tous. Si un franchisé ne respecte pas la politique de la franchise, il ne présente plus exactement la même offre au public que les autres. Il détruit l'identité et la qualité d'offre à la clientèle sur laquelle est basée la logique de réseau. En altérant le principe même sur lequel est fondé la franchise, il met directement en péril l'ensemble du mécanisme. C'est pourquoi, paradoxalement, la franchise peut souffrir de l'absence de règles législatives imposant une discipline.

Cependant, on ne peut certainement pas regretter que le Code civil, voire même qu'une loi spécifique, ne vienne pas organiser

⁴⁷ Pour un exposé détaillé des avantages et des inconvénients commerciaux et financiers que présente le franchisage pour le franchiseur et le franchisé et des avantages qu'en retirent également les consommateurs, voir P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, pp. 53-59.

cette discipline. Selon nous, les consignes nécessaires ont uniquement pour but d'assurer un succès commercial. Elles ne sont pas utiles au bon déroulement des relations entre les parties, ce à quoi les règles ordinaires du droit des obligations répondent. Par conséquent, la mise en place d'une discipline commerciale dépasse très clairement l'objectif que doit atteindre un Code civil ou tout autre instrument législatif⁴⁸. Le législateur n'a nullement pour rôle d'assurer le succès commercial d'un groupement quelconque.

Mais il reste que l'absence de règles imposant une discipline est fâcheuse. Les intéressés ont rapidement comblé la lacune. D'une part, le franchiseur, grâce au lien contractuel qui le lie à chacun des franchisés, impose des obligations contractuelles tendant à faire respecter une *discipline de réseau*. D'autre part, les franchisés, juridiquement isolés les uns des autres, souscrivent néanmoins à des Codes de déontologie, qui n'ont cependant pas de force obligatoire en tant que tel⁴⁹.

Notons que *le Règlement du Conseil des assurances de dommages sur les intermédiaires de marché en assurance de dommage*⁵⁰ et *le Règlement de l'association des courtiers d'assurances de la province de Québec*⁵¹ constituent une sorte d'ébauche de statut de franchisé dans le domaine précis des assurances. Ils créent un registre des franchises où les nouveaux franchisés doivent s'inscrire. Ils imposent aussi l'obligation à tous les franchisés de ce secteur de s'identifier comme tel dans toutes leurs relations

⁴⁸ Certains aspects particuliers de la franchise peuvent cependant pousser le législateur à intervenir. Ainsi, parce que le contrat de franchise est souvent un contrat d'adhésion, le législateur québécois le soumet à des exigences particulières, qui ne sont cependant pas spécifiques au contrat de franchise. Le législateur français est intervenu de façon plus ciblée en 1989 pour assurer la protection du franchisé lors de la passation du contrat. Voir la Loi « Dublin », n° 89-1008 du 31 décembre 1989.

⁴⁹ Voir, par exemple, le préambule du *Code de déontologie européen de la fédération européenne de la franchise* : « Le Code de déontologie se veut être un code des bons usages et de bonne conduite des utilisateurs de la franchise en Europe; il n'entend pas se substituer aux droits existants nationaux ou européens. » Voir aussi D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 8, 4; P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, p. 10.

⁵⁰ *Règlement du Conseil des assurances de dommages sur les intermédiaires de marché en assurance de dommages*, (1991) 32 G.O. II, 4434.

⁵¹ *Règlement de l'association des courtiers d'assurances de la province de Québec*, (1991) 32 G.O. II, 4470.

avec les tiers, notamment en utilisant du papier à en-tête et des enseignes dénonçant leur statut⁵².

En dehors de ces initiatives de regroupement de franchisés et de franchiseurs et de ces exemples de réglementation sectorielle, l'Alberta est bien connue comme étant la seule province canadienne ayant adopté une législation spécifiquement consacrée à la relation de franchisage⁵³ : le *Franchises Act*⁵⁴. En s'inspirant grandement de la législation américaine (issue notamment de la *Federal Trade Commission Act*)⁵⁵ et de la jurisprudence américaine et canadienne⁵⁶, la loi d'Alberta impose aux franchiseurs l'*enregistrement*⁵⁷ de leur franchise et la *divulgation d'informations* propres à éclairer les futurs franchisés sur la situation, notamment financière, du franchiseur auquel ils envisagent de lier leur sort commercial.

A défaut d'une telle loi, la franchise est, au Québec, principalement soumise au droit commun. Cependant, les dispositions du Code civil sont loin de constituer l'ensemble des règles applicables à la franchise. Les lois fédérales et québécoises relatives à la *concurrence déloyale*⁵⁸, aux *marques de commerce*⁵⁹, au *droit*

⁵² Voir A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 64.

⁵³ La nécessité d'adopter une loi sur le franchisage a cependant été envisagée dans plusieurs autres provinces canadiennes de common law. Une proposition de loi semblable à celle de l'Alberta a été déposée en 1992 par un parlementaire membre d'un parti minoritaire. Sa proposition n'a cependant pas dépassé le stade de la seconde lecture. En Colombie-Britannique, la commission de réforme législative a également étudié la question et conclu que l'objet essentiel d'une telle loi devrait être de créer un système d'enregistrement. En Ontario, en raison des rares plaintes enregistrées, le ministre de la consommation et des relations commerciales de l'Ontario considère qu'une intervention législative n'est pas nécessaire. Voir F. ZAID, *loc. cit.*, note 8, 23.

⁵⁴ *Franchises Act*, R.S.A. (1980), c. F-17, tel que modifié.

⁵⁵ Le *Full Disclosure Act* du 21 octobre 1979 impose au franchiseur l'obligation de rendre publiques diverses informations de façon à ce que les candidats franchisés s'informent adéquatement avant d'intégrer le réseau. Le 31 décembre 1989, la France adopta le même type de disposition.

⁵⁶ Frank ZAID, *loc. cit.*, note 8, 6, note 2.

⁵⁷ L'enregistrement doit être renouvelé tous les ans.

⁵⁸ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, modifiée par L.R.C. (1985), c. 19 (2^e supp.).

⁵⁹ *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13.

*d'auteur*⁶⁰, aux *brevets*⁶¹, aux *dessins industriels*⁶² et aux *impôts* sont évidemment applicables. Elles doivent être sérieusement prises en considération par quiconque souhaite entrer dans une relation de franchisage soumise au droit québécois.

G. Un contrat restreignant la concurrence

Le respect de la *Loi sur la concurrence*⁶³ est particulièrement important. En effet, puisque le franchisage n'est autre chose qu'un arrangement global organisant un réseau commercial, un soin tout particulier doit être apporté au respect de l'obligation imposée par cette loi de ne pas adopter des attitudes anticoncurrentielles.

Les clauses imposant des ventes liées (par lesquelles le franchisé qui souhaite se procurer un produit précis auprès du franchiseur – ou du fournisseur – se voit imposer l'obligation d'acheter un ensemble d'autres produits), celles prévoyant une obligation de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur – ou d'un fournisseur spécifique – (clause d'exclusivité d'approvisionnement), ou encore interdisant de vendre au-delà d'un certain territoire (clause d'exclusivité territoriale), et enfin les clauses imposant un prix impératif de vente à la clientèle (clause de prix de vente imposé) sont les plus susceptibles de tomber sous le coup de la *Loi sur la concurrence*⁶⁴. Par conséquent, l'impression de libéralisme que peuvent donner les dispositions du *Code civil du Québec* doit être nuancée.

À titre simplement indicatif, précisons que le respect des textes relatifs à la concurrence a posé une difficulté majeure dans la Communauté économique européenne. En effet, en 1986 dans la

⁶⁰ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42.

⁶¹ *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4.

⁶² *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), c. I-9.

⁶³ Précitée, note 58.

⁶⁴ Pour plus de précisions sur les infractions créées par la *Loi sur la concurrence*, précitée, note 58, susceptibles d'être perpétrées par des franchiseurs (infraction du maintien des prix, infraction de publicité trompeuse, etc.), voir A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 65 et 66.

célèbre affaire *Pronuptia*⁶⁵, la Cour de Justice des Communautés européennes a considéré les accords de franchise comme contraires au paragraphe 3 de l'article 85 du *Traité de Rome*⁶⁶, notamment en raison des obligations de fourniture exclusive. Le concept même de la franchise était remis en cause, et avec lui, un pan tout entier de l'activité économique européenne. Seule l'adoption d'une exemption telle que prévue par le même article pouvait résoudre la difficulté : c'est le *Règlement C.E.E. du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 83 paragraphe 3 du Traité de Rome à des catégories d'accord de franchise*⁶⁷. Les sueurs froides que l'arrêt *Pronuptia* a causé en Europe souligne le soin particulier qu'il faut attribuer, ici comme ailleurs, au respect de la législation sur la concurrence.

H. Un contrat portant sur les marques de commerce

Afin de s'assurer que sa marque soit protégée partout au Canada, le franchiseur (ou le propriétaire de la marque, le cas échéant) a également intérêt à enregistrer sa marque auprès du *Bureau du Registraire des marques de commerce*. Depuis le 9 juin 1993, date d'entrée en vigueur de la *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, les franchisés n'ont plus l'obligation de s'inscrire sur la *liste des usagers inscrits*, abrogée par l'article 57

⁶⁵ C.J.C.E. 28 janv. 1986, cas 161/84, 1986, E.C.R. 353, (*Pronuptia de Paris GmbH c. Irmgard Schigallis*), obs. J.J. BURST, et Robert KOVAR, « La mariée est en blanc », Gaz. Pal. 1986.I.doctr.172; Commission des Communautés européennes, 17 déc. 1986, J.O.C. n.L. 13/39, 17 janv. 1987 (*Pronuptia*).

⁶⁶ Art. 85, al. 3, du *Traité de Rome* : « Sont incompatibles avec le Marché Commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun et notamment ceux qui consistent à :

- fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

⁶⁷ Règlement C.E.E. n° 4087/88 du 30 nov. 1988; J.O.C. n.L. 359, 28 déc. 1988, p. 46; le texte du règlement est également reproduit à l'annexe 2 de D. LEGAIS, *loc. cit.*, note. 7. Voir aussi Jean-Marie LELOUP, « Le règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accord de franchise », J.C.P. éd. E. 1989.II.15455; Olivier GAST, « Droit européen - Législation française », dans P. DENAULT et L. COLTON (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 167.

de cette loi (néanmoins, le Registraire reste responsable de la surveillance de la liste déjà établie avant l'entrée en vigueur de cette loi : art. 61 (1)). Depuis 1993, il suffit simplement que le franchiseur octroie (ou que le propriétaire de la marque consente à l'octroi par le franchiseur, dans le cas où ce dernier n'est pas lui-même le propriétaire de la marque de commerce utilisée) au franchisé une licence d'emploi de la marque, pour un pays déterminé (art. 50 (1) de la *Loi sur les marques de commerce*)⁶⁸. L'article 51 de cette même loi énonce qu'un avis public dévoilant qu'une marque de commerce fait l'objet d'une telle licence ainsi que le nom du propriétaire de la marque suffit, jusqu'à preuve contraire, à établir qu'une telle licence a été accordée et que le contrôle des caractéristiques et de la qualité des marchandises et services est réputé être celui du propriétaire.

I. Un contrat d'adhésion... et plus encore

Dans un contexte où aucune législation particulière ne vient répondre au besoin de protection qu'appelle la situation des franchisés internationaux face à un franchiseur se prévalant systématiquement de l'intérêt supérieur de la franchise, il est à craindre que les contrats qui ont cours au Québec ne soient des contrats d'adhésion⁶⁹ dans lesquels les franchiseurs imposent des obligations exorbitantes⁷⁰.

⁶⁸ *Loi sur les marques de commerce*, précitée, note 59, modifiée par L.C. 1990, c. 14 et 20; 1992, c. 1; 1993, c. 15 et 44; 1994, c. 47; 1995, c. 1; 1996, c. 8.

⁶⁹ Sur ce sujet, voir Adrian POPOVICI, « Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion », dans P. DENAULT et L. COLTON (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 137.

⁷⁰ Voir A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 91 : « nous désirons transmettre un message de prudence à nos collègues membres du Barreau et de la Chambre des notaires quant au rôle qu'ils ont joué et continueront de jouer au sein de l'industrie du franchisage. Ce message vise particulièrement la nature de l'évolution qu'ont connue les conventions de franchise au cours des dernières années, telle évolution résultant du fait que certains juristes, préoccupés par la protection des intérêts de leurs clients franchiseurs, ont entrepris d'inclure des clauses dans les conventions de franchise qui excèdent le niveau de protection réellement requise par la majorité des franchiseurs. » Voir également la liste de clauses exorbitantes que l'auteur dresse aux pages 90 et 91 de son texte.

Notons à titre indicatif qu'une vingtaine d'États des États-Unis ont adopté une législation régissant les relations franchisé-franchiseur. Ces lois ont pour but d'éviter que le franchiseur n'abuse de sa position dominante. Elles règlent des points importants qui donnaient souvent lieu à un abus de la part du

a. Un contrat de consommation?

Contrairement à ce qu'a parfois soutenu la jurisprudence québécoise⁷¹, il nous semble inconcevable de considérer la relation entre le candidat franchisé et le franchiseur comme constituant une relation entre consommateur et professionnel⁷². Certes, une telle qualification conférerait une protection accrue du candidat franchisé qu'il faut souhaiter. Néanmoins, il nous apparaît évident que le candidat franchisé n'est pas un consommateur au sens de l'article 1 e) de la *Loi sur la protection du consommateur*⁷³ qui établit : « On entend par "consommateur" : une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce ». Cette définition peut sembler n'exclure que la personne qui est *déjà* commerçante. Toutefois, il nous semble que la précision « commerçant *qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce* » tend à établir que le législateur visait le commerçant *présent ou futur*, celui qui agit dans un but commercial. Le candidat fran-

franchiseur, tels les motifs de résiliation du contrat, le refus abusif d'acquiescer à un transfert de la franchise ou à son renouvellement, etc. Voir A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 70.

⁷¹ En 1983, dans un premier arrêt, *Chinchilla Nord-Américain Ltée c. Office de la protection du consommateur*, [1981] C.S. 294, l'honorable juge Turgeon y précise, à la page 295, que le candidat franchisé n'est pas un consommateur : « Ce qui importe, à mon avis, ce n'est pas tellement l'état au moment de l'achat, mais la raison d'être [du candidat franchisé], car autrement, le premier achat d'une personne qui se lance en affaires ne serait jamais celui d'un commerçant. » L'arrêt suivant, *P. G. Québec c. Saul Pullerman*, C.S. Montréal, n° 500-36-000035-835, 25 juillet 1983, contredit cette appréciation. L'honorable juge Deslauriers expose, aux pages 5 et 6 du jugement : « The problem is that the alleged victims were clearly consumers even within the meaning of Section 1 (e) up to the point where they entered into a business relationship with the accused acting on behalf of Dominion Lighter Sales Inc. [...] in order to acquire a business for vending cigarettes. [...] Furthermore, the victims were not merchants at the moment they entered into the transactions for purchasing the business in question. » Dans l'arrêt *Zannis c. P.G. du Québec*, J.E. 86-336 (C.S.), l'honorable juge Desjardins considère lui aussi que le candidat qui veut entrer en affaires est un consommateur face au distributeur. Dans le même sens, voir aussi *Sauvé c. Services sanitaires de la rive-sud inc.*, J.E. 86-894 (C.S.). Dans l'arrêt *Simard c. Provi-Soir inc.*, (1993) 56 Q.A.C. 299, on reconnaît que le franchisage relève, par sa nature, du droit des affaires et non du droit du travail ou du droit de la consommation.

⁷² Pierre MARTEL, « Réflexions sur certains aspects litigieux en matière de contrat de franchise », dans P. DENAULT et L. COLTON (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 367, aux pages 372 à 376.

⁷³ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40-1.

chisé agit nécessairement dans le but d'entrer en affaires; l'intention qui l'anime est nécessairement celle d'un commerçant. Selon nous, il n'est donc pas protégé par la *Loi sur la protection du consommateur*⁷⁴.

b. Un contrat d'adhésion

L'interprète du contrat doit avoir le caractère d'adhésion constamment à l'esprit.

Dans l'affaire *J. C. Lebrun c. Vitres Lof du Canada*⁷⁵, le juge a refusé la demande d'annulation du contrat formulée par le franchisé sur la base de fausses représentations « principalement en raison de la clause claire du contrat par laquelle la demanderesse [le franchisé] reconnaît que la défenderesse [le franchiseur] n'a formulé aucune représentation. »⁷⁶

Cette interprétation nous paraît regrettable. Au moment de la passation du contrat, le franchisé n'est évidemment pas en mesure de savoir si, lors des rencontres précontractuelles, le franchiseur lui a menti ou pas. Il aurait donc acquiescé à cette affirmation *par erreur*; son consentement n'était pas *éclairé*. De plus, la clause lui est imposée dans un ensemble prérédigé par le franchiseur, de sorte qu'il n'y a même pas eu *négociation* et *acceptation réelles* de cette clause. Son consentement n'était pas non plus *libre*. Selon nous, refuser l'annulation du contrat en raison d'une telle clause, c'est refuser le droit de l'adhérent d'invoquer l'erreur. Cela revient à nier le concept de contrat d'adhésion, connu depuis fort longtemps⁷⁷. Néanmoins, l'honorable juge Des-

⁷⁴ Pour un avis similaire, voir Edward N. LEVITT, «Franchise Litigation», dans P. DENAULT et L. COLTON (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 414 : « As a first principle in franchising, it is fair to say that the courts generally regard the franchise contract as a commercial document between two business entities and not as a consumer transaction. »

De toute façon, la plupart du temps, il s'agit d'une personne morale automatiquement exclue de la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 73.

⁷⁵ *J.C. Lebrun & Fils Inc. c. Vitres Lof du Canada Ltée*, J.E. 91-635 (C.S.).

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Pour un raisonnement similaire à propos des clauses externes, voir A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 69, 143 et 144 : « La signature [d'une clause à l'effet que le franchisé a reçu le texte d'une clause externe (ou pris connaissance de celui-ci)] implique-t-elle la prise de connaissance? Il s'agit d'une présomption de fait qui pourrait être renversée par la preuve testimoniale permise pour

champs relève qu'en l'espèce, le franchiseur n'a pas instauré un réseau commercial de l'ampleur de celui qu'il a promis au franchisé. Par conséquent, il résilie le contrat. Désormais, le *Code civil du Québec* consacre une attention particulière aux clauses abusives dans les contrats d'adhésion⁷⁸.

c. Un contrat de réseau!

Il est cependant important de souligner que, chose rare, le caractère imposé que revêt la majorité des clauses du contrat de franchise n'est pas uniquement dû à la position concrètement dominante du franchisé. Il relève également du mécanisme même de la franchise. En effet, comme le souligne Anne-Marie Gauthier, « l'uniformité des normes existant au sein du réseau se situe au cœur même du système du franchiseur. Par conséquent, toute modification à la convention consentie à un seul franchisé risquerait de nuire au maintien de cette uniformité et de créer une disparité entre les franchisés du réseau. »⁷⁹

Par conséquent, l'impossibilité de négocier de gré à gré résulte tout autant de la situation économique inégale des parties que de l'*essence de l'opération* à laquelle participe le contrat : la mise en place d'un *réseau* de distribution. La qualification de contrat d'adhésion ne traduit donc qu'une vérité partielle. Il nous semble qu'indépendamment de la force de négociation des parties, une qualification autre que celle de « contrat d'adhésion » devrait traduire la participation du contrat à la mise en place ou à l'expansion d'une opération multicontractuelle complexe⁸⁰ dont

faire annuler [...] la clause externe. C'est donc une simple question de preuve. Raisonner autrement serait vider de son contenu l'article 1435 [C.c.Q.]. » Voir aussi *161324 Canada inc. c. Donini Restaurant inc.*, 98 B.E. 722.

⁷⁸ Voir P. MARTEL, *loc. cit.*, note 71, 385. Nous reportons le lecteur aux décisions suivantes consacrées au devoir d'information du franchiseur : *Simard c. Provi-Soir inc.*, précité, note 71; *Sachian inc. c. Treats inc.*, J.E. 97-728 (C.S.); *Bel-Gaufre inc. c. 159174 Canada inc.*, J.E. 95-1448 (C.S.); C.A. Québec 200-09-000417-953; *2632-7502 Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc.*, J.E. 95-1568 (C.S.); *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.). Dans ces affaires, le caractère d'adhésion du contrat est clairement reconnu.

⁷⁹ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 67.

⁸⁰ Pour une opinion similaire, voir Georges J. VIRRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, coll. « Bibl. de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1986, p. 47; A. ROLLAND, *op. cit.*, note 2, p. 13 : « Le progrès passera enfin, selon toute vraisemblance, par la prise en considération d'une nouvelle entité juridique,

l'objet est de forcer (ou de renforcer) une image de marque auprès du public grâce à l'homogénéité des offres commerciales qui lui sont soumises dans le but d'assurer la réussite commerciale de chaque contractant. Cela implique une homogénéité du contenu obligationnel des contrats participant à la réalisation du réseau.

II. Les obligations du franchisé international

Nous l'avons déjà dit, l'ensemble des obligations du franchisé international est formulé autour d'une idée centrale : le respect de l'homogénéité internationale imposée par le franchiseur afin de reproduire son succès commercial sur un marché étranger.

D'une part, la nécessité d'assurer l'homogénéité de l'offre passe souvent par une discipline en matière d'approvisionnement des produits. Elle entraîne souvent le franchiseur dans un rôle de distributeur qui écoule ses produits auprès des franchisés qui les lui achètent. Par conséquent, un ensemble d'obligations auront trait à la fourniture des produits (exclusivité d'approvisionnement). D'autre part, le franchiseur ne permet au franchisé d'utiliser sa marque que si ce dernier s'engage à respecter un certain nombre d'obligations qui ont trait à la bonne gestion du commerce. Enfin, en contrepartie des services qu'il lui rend (et que nous exposerons plus loin), le franchiseur exigera que le franchisé lui verse une rémunération.

L'ensemble de ces obligations ont pour point commun de s'inscrire dans une relation bilatérale dans laquelle le reste du réseau n'intervient pas. Nous les étudierons ci-après, dans « Les obligations du franchisé relevant de la relation bilatérale avec le franchiseur » (A). Mais les obligations véritablement spécifiques au franchisé international sont celles qui relèvent de son appartenance à un réseau de distribution international. Nous les étu-

le réseau de distribution »; J. M. MOUSSERON et A. SEUDE, « À propos des contrats d'assistance et de fourniture », D.1973.chr.197, p. 206 : « le droit positif ne pourra plus longtemps ignorer, par exemple, la notion commerciale de réseau »; B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 135 : « Il serait opportun, en attendant une intervention législative en ce sens, que les tribunaux renvoient en matière commerciale la notion d'ordre public à la lumière des nouvelles conventions issues de la pratique commerciale et qui mettent en scène deux contractants qui n'ont pas la même force et le même pouvoir dans les négociations. »

dierons également ci-après, dans « Les obligations du franchisé international relevant de l'appartenance à un réseau » (B).

A. Les obligations du franchisé relevant de la relation bilatérale avec le franchiseur : la dépendance commerciale

Puisque la relation bilatérale entre le franchiseur et le franchisé est (souvent) une relation de distribution de biens ou de prestation de services, il n'est pas étonnant que les obligations principales du franchisé relevant de cette relation concernent essentiellement les produits (1). Nous étudierons donc l'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur ou des fournisseurs désignés (a), celle de réaliser un certain quota d'achat (b) et celle de respecter les prix imposés (c).

Nous verrons ensuite, dans une partie consacrée aux obligations ayant trait à la bonne gestion du commerce (2), les obligations d'exploiter son commerce (a), de ne pas céder le contrat (b), de respecter les normes locales (c) et celle de faire de la publicité (d). Enfin, nous verrons l'obligation de rémunérer le franchiseur (3).

1. Les obligations ayant trait aux produits

a. L'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur ou des fournisseurs désignés

i. Présentation de la clause

L'exclusivité d'approvisionnement et l'exclusivité territoriale⁸¹ constituent généralement la contrepartie l'une de l'autre : le franchiseur s'oblige à ne pas concéder d'autres franchises sur un territoire donné et, en contrepartie, le franchisé s'oblige à vendre exclusivement les produits qu'il aura achetés au franchiseur ou aux personnes qu'il désigne. Il faut porter une attention toute

⁸¹ Sur ces clauses, voir Dominique BASCHET, *Les clauses d'exclusivité*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1977.

particulière à ce type de clauses exclusives en raison du doute que la *Loi sur la concurrence*⁸² fait peser sur leur validité⁸³.

Contrairement à la relation de concession qui constitue essentiellement une entente portant sur la diffusion des produits du concédant, la relation de franchisage ne constitue pas essentiellement une entente sur les produits. Elle se définit plutôt comme une entente portant une prestation de service originale : celle du franchiseur qui fournit un savoir-faire⁸⁴. Par conséquent, l'exclusivité d'approvisionnement ne participe pas de l'essence de la franchise⁸⁵.

ii. *L'intérêt de la clause*

Cependant, le franchiseur peut vouloir imposer l'obligation aux franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès de lui ou auprès des fournisseurs exerçant dans chacun des pays concernés et qu'il aura désignés. Cette clause se comprend aisément lorsque l'identité de l'offre que les franchisés doivent proposer au public est due, totalement ou partiellement, à la spécificité des produits qui composent le produit fini proposé à la vente⁸⁶. Cette limitation se retrouve donc surtout en matière de franchise de distribution⁸⁷, puisque ce contrat a pour objet la diffusion par les franchisés des produits fabriqués ou distribués par le franchiseur. Lorsqu'une telle clause est édictée dans une franchise de services, elle porte sur les produits utilisés pour rendre le service

⁸² *Loi sur la concurrence*, précitée, note 58.

⁸³ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 120 : « La clause d'exclusivité atténue les effets de la concurrence. Elle va à l'encontre du principe de l'offre et de la demande et place les tiers à l'extérieur du circuit économique organisé par le réseau. »

⁸⁴ A. ROLLAND, *op. cit.*, note 2, p. 26 : « la relation d'approvisionnement et de fourniture apparaît comme un élément facultatif du contrat de franchisage. »

⁸⁵ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, 10; A. ROLLAND, *op. cit.*, note 2, p. 26.

⁸⁶ *Sunner Sports Inc. c. Pavillon chasse et pêche 440 Inc.*, [1987] R.J.Q. 2467, 2476 (C.S.) : « Dans les conventions où les parties imposent un cadre à leurs activités économiques, les tribunaux privilégient la liberté de contracter à la liberté du commerce. » *Contra* : B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 153 : « Compte tenu que le contrat de concession ou de franchise est, dans une certaine mesure un contrat d'adhésion et qu'il doit en être ainsi pour préserver l'image du réseau, nous croyons que cette situation justifie une application atténuée du principe de la liberté contractuelle. »

⁸⁷ P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, p. 79.

aux clients (par exemple, les détachants utilisés par une franchise de blanchissage). Elle permet donc au franchiseur de contrôler la qualité des produits ou des services offerts par les franchisés à la clientèle. Elle constitue un élément capital de la stabilité de la relation de franchise internationale⁸⁸.

Le second intérêt de ce type de clause porte grandement à discussion⁸⁹. L'arrêt *Jirna Ltd. c. Mister Donut of Canada Ltd.*⁹⁰ a reconnu au franchiseur le droit de réaliser des profits supplémentaires grâce à ce système en recevant, des fournisseurs, des ristournes ou des escomptes calculés sur le volume des achats faits par les franchisés. La Cour suprême conclut à la licéité de telles ristournes et reconnaît que le franchiseur n'a aucune obligation de dévoiler ces profits à ses franchisés⁹¹.

Enfin, cela permet au franchiseur de vérifier si les déclarations des franchisés quant à leur chiffre d'affaires correspondent aux quantités de produits achetées. Bien que les franchisés ne soient pas soumis à une obligation de rendre compte, ils doivent néanmoins dévoiler les comptes, puisque la redevance payable au franchiseur est généralement proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé⁹².

Pour le franchisé, l'intérêt essentiel de cette clause résulte de la tranquillité d'esprit qu'elle lui procure. Il n'a pas à s'occuper des négociations avec les fournisseurs, potentiellement étrangers. D'ailleurs, le franchiseur est beaucoup mieux placé pour négocier des conditions intéressantes dont tous les franchisés profite-

⁸⁸ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 119.

⁸⁹ Notons d'ailleurs que la pratique similaire appelée des « Kickbacks » est interdite par la législation fédérale américaine : *Trade Regulations Rule Relating to Disclosure Requirements Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*, Code of Federal Regulations, n° 436-1.

⁹⁰ *Jirna c. Mister Donut of Canada Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 2. Pour un exposé de cette affaire, voir P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 36, p. 27 et suiv.

⁹¹ Sur cette affaire, voir P. MARTEL, *loc. cit.*, note 72, 371 et B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 130.

En France, le 2 juillet 1997, la chaîne de supermarchés « Leclerc » a fait l'objet d'une plainte devant le tribunal pénal avec constitution de partie civile pour abus de biens sociaux et recel d'abus de biens sociaux. La centrale d'achat coopérative du groupe est accusée d'avoir retenu pendant plusieurs années les ristournes négociées pour les adhérents auprès des fournisseurs. Voir Laurence DEQUAY, « Leclerc, un chevalier blanc peu transparent », *Marianne*, 14 au 20 juil. 1997.17.

⁹² B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 130.

ront⁹³. À ce propos, le franchisé a intérêt à demander expressément au franchiseur à bénéficier personnellement, en totalité ou en partie, des escomptes offerts par les fournisseurs. Le franchisé n'a pas non plus à surveiller la qualité des produits fournis⁹⁴.

On comprend aisément que ces avantages soient amplifiés lorsqu'il y a franchise internationale.

iii. La validité de la clause

- Le Code civil du Québec

Eu égard aux principes généraux du droit québécois des obligations, il apparaît clair que les parties sont libres de se lier par une clause selon laquelle l'une d'elles s'engage, sur une certaine période de temps, à se fournir en matériel ou en produits exclusivement auprès de son cocontractant ou auprès des fournisseurs que ce dernier désigne unilatéralement. Le *principe de la liberté contractuelle* prêche donc pour la validité d'une telle clause⁹⁵. Mais le législateur fédéral a sensiblement atténué les effets de ce principe fondamental en affirmant avec force le *principe de la libre concurrence*⁹⁶.

Dès lors qu'elle est délimitée dans le temps⁹⁷ et dans l'espace, la clause d'approvisionnement exclusif ne viole pas le principe civiliste d'ordre public selon lequel on ne peut pas s'engager à

⁹³ Jerry WHITE et Franz ZAID, *Canadian Franchise Guide*, Toronto, Éd. R. de Boo, 1987.

⁹⁴ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 130.

⁹⁵ *Id.*, 120 et 132. Voir la jurisprudence produite sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* : *Gervais c. Paquette*, (1910) 37 C.S. 501; *Champlain Oil Products c. C.E. Imbeault*, [1960] R.P. 399 (C.S.); *Pagé c. Pebec Inc.*, C.A. Montréal, n° 500-09-000270-793, 10 février 1985.

⁹⁶ G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, p. 111.

⁹⁷ Les juges québécois semblent accepter une durée maximum de l'ordre de 10 ans, alors que les juges de common law semblent n'admettre qu'une durée de l'ordre de 5 ans : *Champlain Oil Products c. C.E. Imbeault*, [1960] R.P. 399 (C.S.); *Nemec c. Shell Oil Co. of Canada Ltd.*, [1965] C.S. 197; *B.P. Canada Ltd. c. Verdun Trucking Co.*, [1970] C.S. 201; *B.P. Canada Ltd. c. Traders Finance Corp.*, [1970] C.A. 653; *Sunner Sports Inc. c. Pavillon Chasse et pêche 440 Inc.*, précité, note 86; *Pavillon Chasse et pêche 440 Inc. c. Sunner Sports Inc.*, [1990] R.J.Q. 1863 (C.A.); *Hierbert c. Pacific Petroleum Ltd.*, (1980) 3 M.R. (2d) 38, 47.

perpétuité. Dans le cas contraire, elle sera jugée exorbitante et contraire à l'ordre public⁹⁸. La même solution est donnée en droit français et en common law⁹⁹.

- La Loi sur la concurrence (fédérale)

Néanmoins, une telle clause a pour conséquence de retirer le franchisé du marché de l'offre et de la demande et peut donc constituer une pratique restrictive aux termes de la *Loi sur la concurrence*¹⁰⁰, qui a pour objet de protéger la liberté du commerce et du travail considérées comme fondamentales par le droit canadien.

Précisons, toutefois, qu'aux termes de cette loi, la pratique de l'exclusivité d'approvisionnement n'est pas en soi condamnable¹⁰¹. Le franchiseur qui impose une telle clause ne sera sanctionné que si l'exclusivité est pour lui une *pratique systématique* qui a pour effet de *faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché*¹⁰² et de *nuire sensiblement à la concurrence*. De plus, le tribunal n'appliquera la sanction que si le fournisseur est « important »¹⁰³. Ce dernier critère révèle que la part de marché qu'occupe le franchiseur est un facteur essentiel dans la détermination de l'ampleur de l'impact de la clause sur la concurrence¹⁰⁴. De plus, l'article 77 (4) de la *Loi sur la concurrence* admet la validité d'une exclusivité qui remplirait ces conditions mais qui porterait néanmoins sur une période raisonnable,

⁹⁸ Voir la jurisprudence produite sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* : *The Elder-Ebano Asphalt Co. c. Cité de Maisonneuve*, (1917) 51 C.S. 295.

⁹⁹ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 133. Voir, en droit français, Req. 17 fév. 1931, D. 1931.2.41 (aff. *Cayla c. Société de la Brasserie de Tantonville*); et, en common law, *Great Eastern Oiland Import Co. c. Chafe*, (1956) 4 D.L.R. (2d) 310; *Texaco Ltd. c. Mulberry Filling Station Ltd.*, [1972] 1 All. E.R. 513 (Ch. D); *Stephen c. Gulf Oil Canada Ltd.*, (1976) 11 O.R. (2d) 129; *Hierbert c. Pacific Petroleum*, précité, note 97; *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Harper's Garage (Stourport) Ltd.*, [1968] A.C. 269 (H.L.).

¹⁰⁰ *Loi sur la concurrence*, précitée, note 58; A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 65 et 66.

¹⁰¹ G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, p. 126.

¹⁰² Selon la doctrine, cette condition serait liée à celle de la nuisance sensible à la concurrence : *id.*, p. 130, et B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 150.

¹⁰³ Sur l'interprétation de cette condition, voir *Director of Investigation and Research c. Bombardier Ltd.*, (1981) 53 C.P.R. (2d) 47, 55.

¹⁰⁴ G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, p. 131.

de sorte qu'elle ne constituerait finalement pas une entrave à la libre concurrence suffisamment importante pour être condamnée. Il ressort donc de l'ensemble des dispositions de cette loi que la validité de telles clauses est liée exclusivement à son impact *concret* sur la concurrence¹⁰⁵.

- Les législations étrangères

Selon nous, les législations étrangères protectrices de la concurrence, similaires à la loi canadienne sur la concurrence, doivent être considérées comme étant des lois d'application immédiate, car elles ont pour objet la protection d'un intérêt légitime et fondamental de l'État : la protection de la libre concurrence sur le territoire de l'État et donc du commerce national. Ces lois sont d'application territoriale. Elles concernent donc toutes les ententes (peu importe la localisation de la prestation caractéristique) qui ont pour résultat de porter atteinte *sur le territoire de l'État*

¹⁰⁵ Le but de la loi est évidemment de protéger le libre jeu de la concurrence au profit des tiers au contrat (les concurrents et les consommateurs). Dans cette optique, une clause d'exclusivité qui a pour but de lancer un nouveau produit sur le marché est bénéfique pour la concurrence et pour les consommateurs. Par conséquent, elle sera considérée comme valable si elle s'étend sur une période raisonnable : voir G. LAPRISE, *id.*

De même, on a considéré qu'une clause ne lésait pas les intérêts du public et n'était pas contraire à l'ordre public lorsqu'elle n'avait pas pour conséquence de faire monter les prix : *Gervais c. Paquette*, (1917) 37 C.S. 501.

Le Règlement européen d'exemption par catégorie d'accords de franchise présente le même souci. Il constitue cependant une réglementation plus précise. Ainsi, par exemple, la *Direction générale de la Commission de Bruxelles* précise que les restrictions ne s'appliquent pas quand 1) les produits ou services qui font l'objet de l'accord ne représentent pas plus de 5% du marché de l'ensemble de ces produits ou services dans le territoire du marché commun où ces accords produisent leurs effets et 2) le chiffre d'affaires total réalisé au cours d'un exercice par les entreprises participantes ne dépasse pas 260 millions d'écus (1,8 milliards de francs français).

Le contenu du droit antitrust américain est semblable. Ce type de clause n'est pas illicite en soi. La jurisprudence applique le principe de common law de la « rule of reason. » Par conséquent, seuls les accords qui portent atteinte à la concurrence de manière déraisonnable seront condamnés. Là aussi, l'appréciation se fait *in concreto* en prenant en considération l'incidence réelle de l'accord sur le marché compte tenu essentiellement de la part de marché concernée par l'accord et des motifs commerciaux qui le justifient. En principe, les accords qui impliquent moins de 10% du marché sont admis, ceux qui en impliquent plus de 30% sont la plupart du temps annulés. Voir Paul CRAHAY, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, Paris, L.G.D.J., 1991, 134, 141, 154 et suiv.

concerné à la libre concurrence¹⁰⁶. Par conséquent, les investisseurs canadiens qui souhaitent conférer des franchises sur le territoire de pays étrangers devront porter une attention particulière à la législation locale.

Ainsi, le franchisé canadien tenté de diffuser sa franchise en Europe devra porter une attention spécifique au *Règlement relatif à l'application à des accords de franchise de l'exemption par catégorie visée par l'article 85 alinéa 3 du Traité de Rome*, puisque les règles européennes sur la concurrence s'appliquent à toutes les ententes qui ont pour effet de porter atteinte à la libre concurrence entre les pays de la Communauté économique européenne¹⁰⁷.

De la même façon, un franchiseur étranger qui accorde le droit d'ouverture d'un point de vente (ou de prestation de services, ou de production) au Québec ou dans une autre province canadienne devra respecter la *Loi sur la concurrence* (fédérale) qui est également d'application immédiate.

iv. Le contenu de la clause

Soulignons que, dans la pratique québécoise, les clauses d'approvisionnement exclusif imposent parfois, en plus de l'obligation pour le franchisé de ne s'approvisionner qu'auprès du franchiseur ou des fournisseurs désignés, l'obligation d'accepter tous les contrats d'approvisionnement raisonnablement soumis par le franchiseur ou les fournisseurs désignés. Il est parfois prévu que le franchisé qui souhaite s'approvisionner auprès d'un fournisseur autre que celui (ou ceux) désigné(s) peut le faire à la condition d'obtenir l'accord écrit préalable du franchiseur. Le refus du franchiseur doit être justifié par la qualité inférieure des produits en cause. Le franchiseur peut également refuser d'accréditer l'initiative du franchisé s'il établit que, par l'un quelconque de ses aspects, l'opération porte préjudice à la franchise¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Laurence IDOT, « Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution », (1993) 19 D.P.C.I. 214-243.

¹⁰⁷ Art. 9 du Règlement : « [L]e présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre. » Voir P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, 45.

¹⁰⁸ P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 36, pp. 122 et 123.

Ordinairement, la clause d'exclusivité d'approvisionnement est complétée par une liste détaillée des produits auxquels elle s'applique ainsi que, le cas échéant, la liste des fournisseurs avec leur adresse complète. Cette liste figure la plupart du temps dans le manuel d'exploitation auquel le contrat doit évidemment faire référence et qui en fait intégralement partie¹⁰⁹. Afin de se laisser la liberté de rechercher en permanence les meilleurs produits et les meilleures conditions de vente, le franchiseur se laissera la possibilité de modifier à tout moment la liste des fournisseurs et celle des produits¹¹⁰. Cette clause a pour conséquence bénéfique de n'attribuer aucun droit acquis aux fournisseurs initiaux qui devront donc s'assurer de rester compétitifs en maintenant des standards de qualité et des prix intéressants.

Par ailleurs, en vertu des dispositions générales du droit des obligations, la clause d'exclusivité doit être raisonnable. Ainsi, elle ne saurait porter que sur les produits dont l'originalité même du concept de la franchise dépend¹¹¹. Le franchisé devrait pouvoir s'approvisionner comme bon lui semble pour des produits tels ceux, par exemple, qu'il utilise pour nettoyer son local. Lorsque l'exclusivité est totale, la clause implique l'obligation de ne pas vendre des produits similaires à ceux colloqués dans la liste et qui lui feraient donc concurrence.

Enfin, précisons qu'une clause d'approvisionnement exclusif en matière d'équipement est toujours prévue. Le caractère raisonnable de cette clause ne pose aucune difficulté, puisque les franchisés ne peuvent offrir le même type de produit ou de service qu'en utilisant le même type de matériel¹¹².

v. *Les implications de la clause*

Nous l'avons déjà souligné, les contrats de franchise sont des contrats d'adhésion dont le contenu est imposé par le franchiseur. Par conséquent, ils révèlent, la plupart du temps, un

¹⁰⁹ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 130.

¹¹⁰ *Id.*, 138; *Daniel Pimparé c. Produits Petro Canada Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-05-008417-832, 7 octobre 1983; *Damack Holding Ltd. c. Sanich Peninsula Saving Credit Union*, (1983) 19 B.L.R. 46 (B.C. S.C.); *Club de voyage Aventure (groupe) inc. c. Club de voyage Aventure inc.*, J.E. 97-2039 (C.S.).

¹¹¹ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 131.

¹¹² *Id.*, 132.

déséquilibre manifeste entre la précision des exigences imposées aux franchisés et la formulation générale des obligations du franchiseur. Cela peut mener à de sérieuses difficultés.

Aussi, on s'est interrogé sur la question de savoir s'il fallait reconnaître à ces clauses un *contenu implicite* imposant des obligations au franchiseur¹¹³. Lorsqu'un franchiseur impose l'obligation à ses franchisés de s'approvisionner chez tel ou tel fournisseur, faut-il lui reconnaître l'obligation correspondante de s'assurer que le fournisseur est en mesure de remplir toutes ses commandes en temps et lieu? Doit-il, le cas échéant, conclure d'autres ententes afin de limiter les dommages que ce manquement de la part du fournisseur fait subir aux franchisés? De même, le franchiseur qui fournit exclusivement ses franchisés est-il lié par une obligation de résultat¹¹⁴? Que se passe-t-il s'il ne respecte pas les commandes? Le franchisé est-il exceptionnellement admis à s'approvisionner chez un fournisseur non autorisé?

Par ailleurs, puisque le franchisé est obligé de vendre les produits imposés par le franchiseur, doit-on reconnaître à ce dernier l'obligation implicite de chercher les meilleures sources d'approvisionnement afin de permettre aux franchisés de concurrencer efficacement les réseaux concurrents¹¹⁵?

La question de savoir si de telles obligations reposent sur le franchiseur est extrêmement importante, car les clauses d'exclusivité ont pour objet d'assurer la notoriété et l'homogénéité de l'offre faite au public. Par conséquent, le franchisé doit être assuré de pouvoir s'approvisionner adéquatement en tout temps afin de ne pas perdre sa clientèle.

¹¹³ Cette interrogation a été énoncée dans A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 655 : « en raison de leur nature et de la nature de la relation existant entre le franchiseur et le franchisé, les tribunaux canadiens pourront éventuellement imposer certaines obligations implicites au franchiseur malgré le silence du contrat de franchise ou certaines de ses dispositions ». Voir aussi B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 131.

¹¹⁴ *Berliner Gramophone Co. c. N.H. Phinney et Co.*, (1920-21) 54 N.S.R. 295.

¹¹⁵ A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 656; *Orangerooft of Canada c. Rieno Restaurant Ltée*, J.E. 87-722 (C.S.); *Restaurant Les Berges inc. c. 9032-9641 Québec inc.*, J.E. 97-1791 (C.S.).

La jurisprudence¹¹⁶ et la doctrine québécoises – évitant prudemment la qualification de promesse de vente qui mènerait à la nullité de la clause pour indétermination du prix¹¹⁷ – semblent s'accorder pour reconnaître que la clause d'approvisionnement exclusif auprès du franchisé impose l'obligation au fournisseur de fabriquer les produits et de les livrer aux franchisés qui en passent la commande¹¹⁸. En cas de manquement, le franchisé peut exiger l'exécution forcée de l'obligation de livrer les produits déjà fabriqués. Une réparation en dommages-intérêts est aussi envisageable¹¹⁹. Si les produits ne sont pas fabriqués, l'obligation de fabriquer étant une obligation de faire non susceptible d'exécution forcée, elle se résout en dommages-intérêts¹²⁰.

Néanmoins, il faudra être attentif à ne pas imposer une obligation de réparation trop lourde au point qu'elle mènerait le franchiseur à la faillite, car alors l'ensemble du réseau s'écroulerait¹²¹.

Lorsqu'il s'agit de s'approvisionner chez des fournisseurs désignés, le franchiseur négocie et conclut les accords avec eux au profit des franchisés. Au sens des articles 1444 à 1450 du *Code civil du Québec*, il y a stipulation pour autrui¹²². Par conséquent, en cas de manquement de la part des fournisseurs, l'article 1444 du *Code civil du Québec* confère aux franchisés (bénéficiaires) le droit d'agir directement contre le fournisseur

¹¹⁶ *Metro Liquid Carriers Ltd. c. Gasbec Inc.*, J.E. 87-415 (C.S.).

¹¹⁷ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 145.

¹¹⁸ *Id.*, 146 : « [M]ême si la clause au contrat ne prévoit pas expressément [l'obligation de fournir le franchisé] pour le franchiseur, elle est la contrepartie de l'obligation qu'a le franchisé de se fournir chez le franchiseur ou auprès des fournisseurs désignés par ce dernier. » Guy RAYMOND, *Contrat de vente*, Paris, Éd. Delmas, 1975; Michel CADRILLAC et Alain SEUDE, « Note », D. 1973.499.

¹¹⁹ *Metro Liquid Carriers Ltd. c. Gasbec Inc.*, précité, note 116.

¹²⁰ J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 36, n° 764, p. 426, et p. 429 et suiv.; *Desmet c. Aliments Cabane Canadienne Inc.*, J.E. 87-75 (C.A.).

¹²¹ Pour un avis similaire, voir B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 147 : « La solution que retient le tribunal à accorder des dommages et intérêts est inadéquate. Il serait plus pertinent en l'espèce de pouvoir obtenir l'émission d'une injonction mandatoire en faveur du franchisé de façon à ce que ce dernier puisse continuer à opérer son commerce et ainsi réduire l'impact du manquement d'une obligation par le franchiseur sur son existence dans le marché où il évolue. »

¹²² *Id.*, 130, 147 et 148.

(promettant) qui n'exécute pas la commande passée. Par ailleurs, la doctrine¹²³ et la jurisprudence¹²⁴ québécoises semblent admettre que le franchiseur (stipulant) peut agir en exécution forcée contre le fournisseur (promettant) afin qu'il exécute ses obligations à l'égard des franchisés (tiers bénéficiaires). Il n'est cependant pas certain que le franchisé puisse obliger le franchiseur à agir¹²⁵.

Enfin, précisons que le fournisseur (qu'il s'agisse du franchiseur ou d'un tiers fournisseur) est un vendeur. Les dispositions du Code civil sur les vices cachés, l'éviction, etc., lui sont donc applicables si la règle de conflit relative à la vente désigne le droit québécois.

b. L'obligation de réaliser un certain quota

Dans la pratique québécoise, le franchiseur impose parfois au franchisé l'obligation de réaliser un certain quota de vente sous peine de perdre l'exclusivité territoriale dont il bénéficie. C'est une clause facultative qui a pour but de s'assurer que le franchisé fournira bien les efforts commerciaux nécessaires pour atteindre les objectifs fixés lors de la mise en place du point de vente et en fonction desquels a été délimitée la zone d'exclusivité territoriale. Si une telle clause est stipulée, il est nécessaire de prévoir les modalités précises de calcul ainsi que les modalités de révision du quota¹²⁶.

c. L'obligation de respecter les prix imposés

La pratique des prix de vente imposés est susceptible de tomber sous le coup de la *Loi sur la concurrence*. Par conséquent, le franchiseur ne pourra que *suggérer* des prix minimum de vente¹²⁷.

¹²³ J. L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 36, n° 488, p. 278.

¹²⁴ *Pisapia Construction Inc. c. Saint-Fabien Industriel Inc.*, [1977] C.A. 528; *Cobenco Construction Inc. c. Constructions Desourdy Inc.*, J.E. 91-990 (C.A.).

¹²⁵ *Contra* : B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 148.

¹²⁶ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, 4 de l'annexe 3.

¹²⁷ *Infra*, II.A.1.c. Voir A. CARNIAUX, « Les clauses financières restreignant la concurrence dans les contrats de licence : le droit américain, canadien et européen », (1997) 28 *R.G.D.* 201; D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, 4 de l'annexe 3. Pour un exemple de clause, voir P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 36, p. 126.

2. Les obligations ayant trait à la bonne gestion du commerce

a. L'obligation d'exploiter son commerce

Il faut bien comprendre que la franchise n'est pas uniquement un contrat qui confère le droit au franchisé d'utiliser la marque du franchiseur pour exploiter son commerce. C'est tout autant un contrat qui lui *impose* l'obligation de s'adonner à cette activité en respectant les directives du franchiseur. De plus, le franchiseur peut légitimement s'attendre à ce que le droit qu'il confère au franchisé lui rapporte un profit minimum régulier, les dividendes, calculées sur le chiffre d'affaires du franchisé. Cela implique donc l'obligation pour le franchisé de travailler à l'exploitation de son commerce.

Évidemment, cette obligation permet également de maintenir une image de dynamisme auprès du public. Par ailleurs, le franchisé est, de tout façon, obligé de respecter les directives du franchiseur, telles celles sur les horaires d'ouverture de son point de vente ou de service. Cela constitue aussi un point de repère pour les clients du réseau.

En pratique, les clauses précisent également que le franchisé s'engage à consacrer la totalité de son temps et de ses énergies à l'exploitation de son commerce franchisé¹²⁸.

b. L'obligation de ne pas céder le contrat sans autorisation préalable

i. La justification du droit de veto du franchiseur : un contrat intuitu personæ

Le contrat de franchise est un contrat *intuitu personæ*¹²⁹. Le franchiseur prend d'ailleurs toujours soin de sélectionner minutieusement ses futurs franchisés parmi les candidats à la franchise. Il leur fait passer des tests, s'assure de leurs compétences

¹²⁸ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 84. Cette exclusivité d'activité a été considérée comme essentielle au contrat de franchise dans l'arrêt *Marché Valérien Inc. c. N.A. Services Inc.*, J.E. 89-609 (C.S).

¹²⁹ *Contra* : 2746-7257 *Québec inc. c. 2732 Québec inc.*, J.E. 92-969 (C.S).

commerciales et de la qualité globale de leur personnalité. Il est, en effet, important que la marque soit représentée par des personnes sérieuses, fiables, honnêtes et compétentes. Par conséquent, le contrat de franchise est, en principe, non transmissible et non cessible sans l'autorisation expresse du franchiseur. En cas de faillite, le contrat est résolu¹³⁰.

Il est néanmoins possible de prévoir la transmissibilité successorale ou la cession, sous réserve de l'agrément de l'héritier ou du cessionnaire par le franchiseur. Par ailleurs, toute transformation du statut juridique de la personne du franchisé devra être préapprouvée par le franchiseur (modification de la composition de la société). Un droit de préférence au profit du franchiseur peut être prévu si le franchisé souhaite vendre son fonds¹³¹.

ii. La portée du droit de veto

Le contrôle que le franchiseur entend exercer lorsqu'un franchisé souhaite vendre son commerce ou lorsqu'il y a transmission successorale se comprend parfaitement. Il se situe dans la même logique que celle de la sélection des franchisés. Le franchiseur est tout à fait justifié de vouloir s'assurer des qualités personnelles et professionnelles des personnes qui composent son réseau.

Mais le contrôle contractuellement imposé pose une délicate question. En effet, le franchisé est un commerçant indépendant, seul propriétaire et seul responsable de son commerce. Par conséquent, son droit d'aliéner son commerce ne devrait pas être abusivement restreint¹³². Or, le contrôle que le franchiseur se propose d'exercer est toujours un contrôle absolu relevant carrément du droit de veto.

Dans l'affaire *Godbout c. Provi-Soir Inc.*¹³³, l'honorable juge L'Heureux-Dubé de la Cour d'appel a jugé, en dissidence, que le franchiseur avait abusé de son droit en refusant d'approuver la demande d'offre de vente soumise par son franchisé. Elle a conclu à une faute délictuelle due à l'abus dans l'exercice du droit d'approuver le choix du successeur du franchisé. Par son refus

¹³⁰ G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, 202.

¹³¹ D. LEGAIS, *loc. cit.*, note 7, 5 de l'annexe 3.

¹³² A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, pp. 642-645.

¹³³ *Godbout c. Provi-Soir inc.*, J.E. 86-266 (C.A.).

d'approuver l'offre de vente, le franchiseur a fait perdre au franchisé un bénéfice légitime de 35 000 \$ correspondant à l'offre faite par l'acheteur repoussé. Les juges majoritaires ont rejeté les prétentions du franchisé en raison de l'existence d'un accord donnant quittance au franchiseur de toutes ses obligations contractuelles¹³⁴. Malgré la décision majoritaire prise par la Cour, il nous semble qu'il y a eu abus de droit. Le franchiseur entendait imposer abusivement au franchisé le choix de son successeur. En refusant d'exposer les raisons de son refus, il a fait preuve, selon nous, d'une mauvaise foi manifeste dans l'exécution du contrat.

Dorénavant, sous l'empire du *Code civil du Québec*, il est certain que l'on exigera du franchiseur qu'il motive sérieusement son refus.

Il faut ici souligner la décision rendue par la Cour supérieure dans l'affaire *2746-7257 Québec inc. c. 2732-1736 Québec inc.*¹³⁵. Il s'agissait d'un franchiseur œuvrant dans le domaine des bars laitiers et qui, avant de tomber en faillite, avait cédé ses droits à une entreprise concurrente. L'action était exercée par des franchisés qui prétendaient ne pas être engagés envers le cessionnaire en raison du caractère *intuitu personæ* du contrat qu'ils avaient passé avec leur franchiseur. Ils précisait qu'ils avaient accepté la franchise en raison de l'approvisionnement de crème glacée avec une marque particulière. La Cour supérieure a considéré que le concept de la franchise ne portait pas sur la source d'approvisionnement mais plutôt sur la présentation des produits et sur la façon d'attirer la clientèle. Par conséquent, le contrat a été considéré comme n'étant pas *intuitu personæ*. En l'absence d'une clause interdisant au franchiseur de céder ses droits, une telle cession est permise¹³⁶.

¹³⁴ Cette décision a été rendue avant l'arrêt *Houle c. Banque Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

¹³⁵ *2746-7257 Québec inc. c. 2732-1736 Québec inc.*, précité, note 129.

¹³⁶ Voir aussi *North American Research Corp. c. Produits chimiques Narco inc.*, J.E. 91-587 (C.S.).

c. L'obligation de respecter les normes locales applicables

Parmi les obligations imposées aux franchisés, le franchiseur ne manque pas d'inscrire celle de respecter toutes les normes impératives applicables au commerce. Le droit fiscal, le droit municipal, le droit social, etc. du pays où est implanté le franchisé doivent être respectés. Citons par exemple le devoir imposé au franchisé de faire assurer (la plupart du temps à ses frais) le fonds de commerce¹³⁷ ainsi que la marchandise selon les règles du droit local des assurances. Pour lui faciliter cette tâche, le franchiseur s'engage parfois à assister le franchisé dans l'étude juridique nécessaire lors de l'implantation du commerce à l'étranger.

d. L'obligation de publicité

La publicité est un moteur capital du succès des franchises internationales et, plus généralement, de la stratégie d'implantation d'un réseau sur un marché étranger. La possibilité de bénéficier d'une publicité de grande échelle est certainement l'un des attraits que présente la franchise pour les candidats franchisés. Naturellement, l'une des obligations majeures du franchiseur est de faire prendre conscience aux clients de l'homogénéité de la chaîne et des avantages que cela leur procure. Il est donc normalement responsable de l'organisation de campagnes de publicité de grande envergure dont tous les franchisés profiteront. Une redevance spécifique consacrée à une telle publicité est d'ailleurs la plupart du temps prélevée¹³⁸.

De plus, souvent, lorsque la nature de l'activité exercée le justifie, le franchiseur impose aux franchisés de consacrer une certaine partie de leurs bénéfices au lancement régulier de publicités locales au profit de leur établissement. Naturellement, il est précisé que le concept de cette publicité doit être en harmonie avec celui de la publicité faite par le franchiseur pour l'ensemble du réseau. En pratique, il est exigé du franchisé qu'il soumette ses projets (cassettes, panneaux, affiches, bons de réductions, etc.) à l'approbation écrite du franchiseur. Lorsqu'il y a franchise

¹³⁷ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, 4 de l'annexe 3.

¹³⁸ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 82.

internationale, afin de remédier aux délais longs et irréguliers de circulation de l'information, il est généralement prévu que le silence du franchiseur au-delà d'une certaine période de temps après réception de la demande d'homologation vaut acceptation.

Notons que l'exigence d'une publicité locale dont le message est formulé par les franchisés eux-mêmes (et leurs conseillers en publicité) est un outil essentiel entre les mains du franchiseur pour assurer l'adaptation de sa franchise aux diverses réalités nationales. Par ailleurs, cela se révèle être un moyen efficace de faire de la publicité : le franchisé veillera au bon déroulement de l'opération, puisque son établissement est le seul bénéficiaire direct de l'impact de la campagne.

3. L'obligation de rémunérer le franchiseur

L'obligation de rémunérer le franchiseur est évidemment essentielle à toute franchise. Elle constitue la contrepartie des prestations de services offertes par le franchiseur.

a. Les divers montants dus

De façon générale, la rémunération est versée en plusieurs temps. Tout d'abord, le franchisé doit payer, généralement à la signature du contrat et en une seule fois, un droit d'entrée, encore appelé *redevance initiale forfaitaire*. Le montant de ce droit d'entrée est fixé en fonction de plusieurs paramètres : renommée de la marque, nombre de franchisés, amortissement des frais dus à l'entrée du nouveau franchisé, importance des services réellement rendus lors de l'installation, perspectives de rentabilité, etc.¹³⁹ En principe, ces frais ne sont pas remboursables. Par exception, on admet parfois le remboursement si le franchisé ne parvient pas à effectuer correctement le programme initial de formation ou si le franchiseur qui détient le bail ne parvient pas à sous-louer au franchisé en raison du refus du propriétaire des lieux (ou pour d'autres raisons de cet ordre)¹⁴⁰.

Par la suite, le franchisé s'engage à verser régulièrement une somme d'argent en contrepartie de l'assistance continue offerte

¹³⁹ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, 12.

¹⁴⁰ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 81.

par le franchiseur. Il s'agit de la redevance, encore appelée *redevance périodique*. Il peut s'agir d'une somme fixe, mais elle sera généralement proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé ou au quota devant être atteint. Un système mixte où un minimum mensuel est ajouté à un pourcentage du chiffre d'affaires est aussi concevable¹⁴¹. Ce système a pour inconvénient de contraindre le franchisé à révéler son chiffre d'affaires dans un rapport périodique des ventes alors qu'il n'est pas tenu (contrairement au représentant de commerce) par une obligation de rendre compte en tant que telle¹⁴². Il est souvent prévu l'obligation pour le franchisé d'effectuer lui-même le calcul et d'envoyer un chèque en même temps que le rapport.

De plus, il est souvent prévu le versement périodique d'une *somme distincte affectée à la publicité du réseau*. De façon générale, elle est calculée en pourcentage et est payable en même temps que la redevance générale¹⁴³.

Certains services particuliers *complémentaires*, tels que la tenue de compte, le prêt de livres et/ou de logiciels de gestion, etc., peuvent faire l'objet d'une facture séparée. Il est donc bien important d'indiquer dans le contrat de franchise les services qui sont couverts par la redevance périodique et ceux qui feront l'objet d'une facturation distincte.

Naturellement, l'assiette doit être soigneusement établie. Dans la pratique, on prévoit généralement qu'elle est constituée par le chiffre d'affaires hors taxes réalisé lors de la dernière période. On précise aussi si la redevance est extraite après ou avant déduction des rabais consentis. La date (paiement hebdomadaire, mensuel, trimestriel, selon le secteur d'activité), le lieu (siège social du franchiseur, succursale de la banque du franchiseur se trouvant le plus près du franchisé), le mode (virement, chèque, débit pré-autorisé) et la monnaie de paiement sont également précisés pour chacun de ces montants, ainsi que les modalités du contrôle du franchiseur. On prévoit généralement l'obligation pour le fran-

¹⁴¹ L'important est que le prix soit déterminé ou, du moins, déterminable : Cass., 12 déc. 1989, D. 1990. Somm. 369, obs. D. Ferrier; J.C.P. éd. G. 1990.I.19518.

¹⁴² Louise GAGNÉ, « Contrat type de franchisage », dans P. DENAULT et L. COLTON (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 82.

¹⁴³ A.-M. GAUHIER, *loc. cit.*, note 8, 82.

chisé d'envoyer un bordereau récapitulatif à intervalles réguliers. Les conséquences d'un paiement tardif ou d'un non-paiement doivent être minutieusement exposées dans le contrat. On indique ainsi le mode de calcul des intérêts de retard dus et la procédure détaillée de résiliation du contrat pour non-paiement des redevances¹⁴⁴.

b. La nécessité d'améliorer les méthodes de perception des redevances dues

Les contrats de franchise actuellement en cours fonctionnent généralement sous ce régime. Or, il appert que ce système n'est pas très performant lorsque les franchisés exercent à l'étranger. En effet, le franchiseur n'encaisse ce qui lui est dû pour chaque vente qu'à la fin de chaque période, ce qui le prive de revenus pendant toute la durée de cette période pouvant parfois s'étendre sur un trimestre. De plus, le système de l'envoi de rapports des ventes au même moment que le paiement de la redevance reporte également le contrôle sur les performances du franchisé parfois de plusieurs semaines. Cela entraîne le report de l'encaissement d'un supplément en cas d'erreur de calcul. Cela reporte également la réaction du franchiseur, qu'il s'agisse d'assister un franchisé dont le chiffre d'affaires annoncé révèle qu'il éprouve des difficultés, ou qu'il s'agisse, par exemple, de le sanctionner pour un montant non versé. Enfin, comme tout créancier, le franchiseur a intérêt à percevoir le plus tôt possible le paiement de sa créance. Il risque moins d'être la victime d'une faillite de son franchisé.

Pour éviter ces inconvénients, les contrats de franchise récemment conclus prévoient généralement une fréquence de paiement hebdomadaire. Ce rythme plus soutenu est rendu possible par l'implantation de systèmes informatiques performants et uniformes¹⁴⁵.

Il est donc pertinent pour le franchiseur de se laisser la possibilité de changer de mode et de fréquence de paiement afin de bénéficier des progrès de la technologie bancaire¹⁴⁶. Toutefois, le

¹⁴⁴ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, 4 de l'annexe 3.

¹⁴⁵ L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 82.

¹⁴⁶ *Id.*, 83.

changement trop rapide de système de paiement et même le paiement à des échéances trop rapprochées entraînent des frais de gestion élevés. L'adoption d'une entente trop exigeante peut mener le franchisé à un manque de liquidités et l'entraîner vers la faillite. Il s'agit donc de trouver un juste milieu.

B. Les obligations du franchisé relevant de l'appartenance à un réseau : le respect de l'homogénéité du réseau

Au-delà d'une relation bilatérale dans laquelle le franchisé est lié au franchiseur par une obligation d'approvisionnement, de respect des réglementations locales, de publicité locale et de paiement des redevances, les obligations caractéristiques auxquelles sont soumis les franchisés sont naturellement celles qui relèvent de leur appartenance à un réseau international de commercialisation intégrée dont tous les participants tirent avantage à ce qu'il soit *homogène* mais néanmoins *évolutif*.

1. L'obligation de transférer les idées susceptibles d'améliorer les affaires

La clause parfois dite de « *feed back* », de *remontée d'information* ou encore de *perfectionnement* est particulièrement révélatrice de cette politique d'homogénéisation internationale et de perfectionnement. Elle impose l'obligation à tous les franchisés de révéler au franchiseur les innovations ou les idées qu'ils auraient expérimentées ou formulées dans le cadre de leur franchise et qui se seraient révélées intéressantes. Le franchiseur étudie alors la possibilité d'étendre la pratique proposée sur un marché national ou régional à l'ensemble de son réseau international. On constate, en effet, qu'une idée fructueusement éprouvée sur un marché se révèle l'être également dans les autres, moyennant parfois un effort minime d'adaptation¹⁴⁷.

En pratique, la clause de perfectionnement prend généralement la forme d'une cession des droits de propriété intellectuelle. Les franchisés n'étant pas les employés du franchiseur mais des personnes juridiques indépendantes, ils sont naturellement seuls titulaires du droit de propriété portant sur les œuvres et autres inventions qu'ils auraient formulées au cours de leur activité de

¹⁴⁷ D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 632.

franchise. Par cette clause, le franchiseur s'assure donc que les droits de propriété sur les œuvres, inventions et autres perfectionnements que les franchisés auront créés avec succès dans le cadre de leurs activités lui seront cédés, à sa demande¹⁴⁸. Évidemment, les conditions, notamment financières, de cette cession sont précisément déterminées.

2. L'obligation d'utiliser systématiquement et fidèlement les signes du franchiseur dans les relations avec la clientèle

En contrepartie de l'obligation du franchiseur de mettre les signes distinctifs de la chaîne à la disposition des franchisés, ces derniers ont l'obligation (et non seulement la possibilité) de les utiliser systématiquement et fidèlement dans toutes leurs relations avec leurs clients. Cette discipline de comportement est essentielle, car l'usage par tous les franchisés à travers les frontières des mêmes enseignes, sigles, panonceaux publicitaires, papiers à en-tête, etc., contribue grandement à inscrire chaque point de vente ou de service à travers la planète dans une chaîne internationale homogène à laquelle les voyageurs d'affaires autant que les touristes se fient volontiers.

3. Les obligations relatives au prix de vente des produits

Dans la même optique d'homogénéité, le franchiseur peut être tenté d'imposer un prix de revente unique, sinon à travers tout son réseau international, du moins sur chacun des marchés nationaux. Mais la fixation de prix de revente imposés peut contrevenir aux diverses lois nationales protectrices de la concurrence. C'est le cas notamment des franchises installées en Europe et soumises au droit communautaire de la concurrence¹⁴⁹. C'est pourquoi les franchiseurs préfèrent parfois pratiquer la politique du prix de revente *conseillé*. Au Canada, la *Loi sur la concurrence*

¹⁴⁸ L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 80.

¹⁴⁹ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 48, 11; Com., 1^{er} juin 1993, D. 1995. Somm. 79, obs. D. Ferrier. Un contrat n'offrant aucune latitude sur le prix de vente au franchisé a été requalifié de contrat de gérance salariée : Com., 3 mai 1995, *Contrat, consommation*. 1995, comm. 160.

n'interdit que l'imposition de prix planchers¹⁵⁰. Par conséquent, la pratique québécoise de la franchise internationale impose souvent au franchisé un prix maximum de revente des produits. La technique du prix suggéré n'est adoptée que pour les prix planchers.

4. L'obligation de proposer à la clientèle tous les produits ou de fournir tous les services du franchiseur et uniquement ceux-là

L'obligation de proposer à la clientèle tous les produits ou de fournir tous les services du franchiseur relève elle aussi de la nécessité de maintenir une homogénéité dans l'offre soumise au public. L'homogénéité doit se retrouver non seulement quant aux types de produits offerts et quant à leurs qualités intrinsèques, mais également quant à leur présentation et à leur variété. C'est un point de repère essentiel pour la clientèle. L'obligation d'utiliser le matériel désigné par le franchiseur est également pratiquée de façon courante. Ces obligations impliquent d'ailleurs souvent celle de s'approvisionner en fonction des directives du franchiseur.

Néanmoins, en matière de franchise internationale, la rigueur du système est atténuée par la nécessité pour le franchiseur d'adapter son concept aux particularités culturelles, économiques, climatiques et autres de chaque marché. Ainsi, il est souvent inséré dans les contrats de franchise internationale une clause permettant au franchisé de s'adapter au marché sur lequel il est implanté. Il pourra donc soustraire de la liste des biens ou des services ordinairement proposés à la clientèle certains éléments qui, parce qu'ils ne correspondent pas aux habitudes locales de consommation, risquent de préjudicier à l'image de marque de la franchise (par exemple, un repas à la viande de porc

¹⁵⁰ *Loi sur la concurrence*, précitée, note 58, art. 61 (1) : « Quiconque [...] détient les droits et privilèges exclusifs que confère un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur ou un dessin industriel enregistré ne peut, directement ou indirectement :

a) par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise au Canada fournit ou offre de fournir un produit ».

Voir A. CARNIAUX, *loc. cit.*, note 127, 213.

soustrait de la liste d'un franchisé œuvrant dans la restauration rapide dans un pays à forte population musulmane). À l'inverse, il est également possible d'ajouter à la liste des biens et services offerts des spécialités locales (par exemple, la poutine québécoise ajoutée au menu des franchisés œuvrant dans la restauration rapide au Québec).

Il est toujours spécifié que le franchisé doit soumettre son initiative à l'approbation antérieure du franchiseur.

Par ailleurs, on peut se demander avec Alexander S. Konigsberg et Anne-Marie Gauthier si l'obligation imposée aux franchisés de vendre tous les produits de la chaîne n'implique pas l'obligation *implicite* du franchiseur de poursuivre en permanence un effort de recherche de nouveaux produits ou de nouveaux services de façon à concurrencer efficacement et en permanence les réseaux concurrents¹⁵¹.

5. L'obligation de défendre la marque du franchiseur

De la même façon, on peut se demander si l'obligation imposée au franchisé d'utiliser exclusivement la marque du franchiseur¹⁵² n'implique pas pour ce dernier l'obligation de veiller au maintien de l'intégrité de ses marques et d'assurer une surveillance concrète et permanente des contrefaçons et autres atteintes à la marque¹⁵³.

L'obligation de défendre la marque comporte celle d'aviser le franchiseur de tout litige institué par quiconque et portant sur la marque du franchiseur. Le franchiseur se réserve généralement le droit d'intenter des poursuites judiciaires ou de produire une défense en son nom ou au nom du franchisé concerné, en quel cas ce dernier s'engage à produire tous les documents ou à poser tous les gestes que les conseillers juridiques du franchiseur jugeront pertinents.

¹⁵¹ A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 656.

¹⁵² D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 634; LAFARGUE, GOLDMISTH et DELVOLVÉ, « Le droit d'agir en contrefaçon pour le titulaire d'une licence de marque », *Gaz. Pal.*, 1971.I. Somm. 207.

¹⁵³ A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 656.

6. L'obligation de conserver le secret sur tous les éléments du savoir-faire

L'obligation de garder le secret sur tous les éléments du savoir-faire est capitale. Elle est systématiquement incluse. Il est prévu qu'elle perdure un certain temps après la fin du contrat. Il est à noter que cette obligation n'est pas la seule à restreindre les activités du franchisé. Il est également prévu l'obligation de ne pas solliciter les employés des autres franchisés, ni aucun des clients de la chaîne. Plus généralement, les clauses prévoient l'obligation de ne détourner aucune des affaires de la chaîne et de ne dévoiler aucune information relative au déroulement des affaires¹⁵⁴.

7. L'obligation de non-concurrence

Comme l'obligation de conserver le secret sur tous les éléments du savoir-faire et sur les méthodes d'agencement et d'exploitation du franchiseur, l'obligation de non-concurrence est justifiée par l'intérêt légitime du franchiseur. Il s'agit ici d'éviter que le franchisé ne prenne profit de l'expérience acquise chez le franchiseur pour lui faire concurrence. En pratique, cette obligation comprend celle de ne pas s'affilier à un réseau concurrent et celle de ne pas poursuivre l'activité en utilisant ou parasitant le système franchisé après la rupture du contrat¹⁵⁵.

La validité de telles clauses est soumise à un ensemble de conditions qui ne sont pas spécifiques à la clause insérée dans un contrat de franchise. Premièrement, la clause doit être raisonnable. Par conséquent, elle doit être limitée à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes du franchiseur et de son réseau¹⁵⁶. Son ampleur ne doit pas dépasser ce qui est strictement nécessaire pour protéger le concept du franchiseur. Au-delà, elle constituerait une restriction illégale de la liberté de tra-

¹⁵⁴ P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 36, p. 140.

¹⁵⁵ D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 634; A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 85 et 86.

¹⁵⁶ L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 80. Il ressort de la jurisprudence qu'en matière de commerce de nettoyage à sec, de restauration rapide et d'esthétique, à tout le moins, les juges considèrent que la clause est raisonnable lorsqu'elle s'étend à un territoire de l'ordre de 5 kilomètres autour des points de vente ou de services du franchiseur et qu'elle couvre une période d'environ 2 ans.

vailler du franchisé¹⁵⁷. L'interdiction doit donc être limitée dans le temps, dans l'espace et dans la nature de l'activité concernée. La preuve du caractère déraisonnable de la clause doit être apportée par le franchisé¹⁵⁸.

Ainsi, la clause qui interdit à un franchisé, cuisinier de profession, d'exercer sa profession dans tout type de restaurant alors que le franchiseur n'œuvre que dans la restauration rapide doit certainement être considérée comme déraisonnable¹⁵⁹. De même, la Cour supérieure a jugé que des pharmaciens anciennement franchisés et qui se sont installés à un kilomètre du site où ils exploitaient la franchise ne violaient pas la clause de non-concurrence dès lors que leur stock était constitué de produits généraux de consommation et que la superficie de leur nouveau commerce était dix fois inférieure à celle de l'établissement auparavant exploité sous la bannière du franchiseur. Bien que complémentaire du marché du franchiseur, celui désormais exploité par les anciens franchisés ne lui était pas substantiellement semblable¹⁶⁰.

La clause doit évidemment être rédigée de façon spécifique et circonscrire clairement l'étendue de l'obligation. Elle est interprétée de façon restrictive.

L'interdiction peut être assortie d'une clause pénale¹⁶¹. Cette clause prévoit généralement le paiement d'une somme forfaitaire pour chaque jour de violation. Les tribunaux l'appliqueront uniquement si son contenu est raisonnable et sa rédaction, suffisamment claire¹⁶². Si ce n'est pas le cas, l'annulation judiciaire de la clause peut être prononcée. Pour éviter une telle con-

¹⁵⁷ *Restaurants Pacini inc. c. Mets Gour-bec Ltée*, [1993] R.J.Q. 2470 (C.S.); *Distribution Yves Paquette c. Club international Vidéo film C.I.V.F. (1987) inc.*, [1992] R.J.Q. 1965 (C.S.); *169914 Canada inc. c. 2638-9833 Québec inc.*, [1992] R.J.Q. 2181 (C.S.); requête pour permission d'appeler accueillie, C.A. Montréal, n° 500-09-001303-924, 29 juillet 1992.

¹⁵⁸ *135871 Canada inc. c. R.X. Soleil en forme inc.*, J.E. 92-313 (C.S.) : « Les clauses de non-concurrence sont en général valides et il appartient à celui qui les conteste d'en démontrer le caractère déraisonnable et illégal. »

¹⁵⁹ Exemple donné dans L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 80.

¹⁶⁰ *Pharmacentres Cumberland (Mérivale) Ltée c. Pharmacie Cartier et Lebel*, J.E. 96-1590 (C.S.); C.A. Montréal, n° 500-09-002913-960.

¹⁶¹ Pour un exemple, voir *Distribution Yves Paquette c. Club international Vidéo film C.I.V.F. (1987) inc.*, précité, note 157.

¹⁶² L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 81.

séquence, les conseillers des franchiseurs proposent parfois d'accorder, dans la clause même, le droit au tribunal de compléter ou de modifier ces dispositions¹⁶³. Mais il n'est pas certain que les juges acceptent de s'ingérer dans le contenu du contrat¹⁶⁴. Par conséquent, il semble plus prudent de prendre soin de rédiger une clause à la fois ferme, claire, précise et raisonnable.

Là encore, on peut se demander s'il n'est pas possible de reconnaître, en raison de l'obligation générale de bonne foi, l'obligation *implicite* inverse, à savoir celle du franchiseur de ne pas faire concurrence au franchisé en s'installant dans sa zone d'exclusivité territoriale et d'agir avec soin et diligence dans le choix des nouveaux emplacements¹⁶⁵.

¹⁶³ C'est le cas dans l'affaire *Distribution Yves Paquette c. Club international Vidéo film C.I.V.F. (1987) inc.*, précité, note 157. La Cour supérieure n'a pas hésité à réduire la portée de la clause de non-concurrence à un territoire de 3 kilomètres et à une durée de 2 ans.

¹⁶⁴ *169914 Canada inc. c. 2638-9833 Québec inc.*, précité, note 156. Dans cette affaire, l'honorable juge Douglas refuse de réviser le contrat. Il dit ceci aux pages 2188 et 2189 : « Ce n'est pas le rôle de la Cour supérieure de réécrire les contrats illégaux pour les rendre légitimes. On ne peut, par convention, lui faire un devoir d'intervenir en substituant aux clauses illicites des clauses qui ne violent pas l'ordre public. Quant à moi, je refuse d'intervenir en corrigeant la clause illicite. [...] [J]e ne crois pas qu'il appartienne à la Cour supérieure de corriger les contrats que les parties ont élaborés et de venir ainsi au secours de celui qui a imposé la clause restrictive illégale. La nullité est la sanction de toute violation de l'ordre public (art. 13 et 990 C.C.[B.C.]). Elle doit le demeurer. [...] S'il en était autrement, la durée de la prohibition demeurerait inconnue tant que la Cour supérieure ne se serait pas prononcé sur la validité de la prohibition originale. »

Par contre, l'honorable juge Lévesque considère ce type de clause valide et accepte de réviser le contrat : « La stipulation autorisant le tribunal à réduire la portée d'une clause du contrat est valide. Si, lorsque les parties sont silencieuses sur l'obligation de loyauté, le tribunal peut en délimiter la portée selon l'équité, l'usage ou la loi (art. 1017 et 1024 C.c.[B.C.]), à plus forte raison peut-il le faire lorsque les parties lui en confèrent précisément le pouvoir. » Voir *Nettoyeurs Michel Forget Ltée c. Nettoyeur Josée Goupil Inc.*, J.E. 90-338 (C.S.); en appel, C.A. Montréal, n° 500-09-001634-898.

¹⁶⁵ A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 657. Nous référons le lecteur aux développements ci-après consacrés à l'obligation du franchiseur d'accorder une exclusivité territoriale (*infra*, III.A.5).

8. L'obligation de respecter les normes présentes et à venir formulées par le franchiseur

La clause qui impose au franchisé l'obligation de respecter les normes du franchiseur n'a rien de surprenant. Néanmoins, il est important de souligner que la clause engage le franchisé au respect des normes aussi bien présentes qu'à venir du franchiseur. Cette extension se comprend par la nécessité dans laquelle se trouve le franchiseur d'adapter son concept et ses méthodes de gestion et de vente aux développements technologiques, aux changements législatifs, aux initiatives de la concurrence, à l'évolution des goûts de la clientèle, aux variations de mode, etc.

Ce genre de clause que l'on peut rapprocher d'un blanc-seing porte toutefois à s'interroger sur sa portée implicite. Doit-on reconnaître l'obligation implicite du franchiseur de consacrer des ressources à la recherche et au développement afin d'améliorer le concept de la franchise¹⁶⁶? Dès lors que l'on reconnaît le devoir du franchiseur international de veiller à l'évolution de son concept dans le souci de maintenir une bonne image de marque, la réponse doit, selon nous, être positive.

De même, il nous semble que, malgré le silence du contrat, il faut reconnaître l'obligation implicite du franchiseur vis-à-vis de tous les franchisés d'imposer la discipline de réseau et de poursuivre celui ou ceux d'entre les franchisés qui ne la respecteraient pas et qui porteraient préjudice aux autres¹⁶⁷.

III. Les obligations du franchiseur international

L'intérêt que le franchiseur trouve au bon fonctionnement du système coïncide, dans une certaine mesure, avec celui des franchisés. Par conséquent, le *pouvoir* qu'il a de faire respecter les clauses sur lesquelles repose le succès de l'affaire (clauses garantissant l'homogénéité) devient aussi un *devoir*, envers chaque membre du réseau, de protéger le système, de *le contrôler*¹⁶⁸. Le

¹⁶⁶ *Id.*, 656.

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ *Id.*, 655 : « l'obligation principale du franchiseur n'est pas nécessairement de protéger le franchisé ni le franchiseur, mais plutôt de protéger le réseau dans son ensemble, dont le succès est nécessaire pour la protection de tous les franchisés en faisant partie. »

franchiseur joue, en quelque sorte, le rôle d'un arbitre entre les franchisés, d'autant plus efficace qu'il est aussi une des parties au plus haut point intéressée par le succès de l'affaire.

Un grand nombre de ses obligations consiste donc à faire respecter les obligations par chacun de ses franchisés et à les sanctionner. Son contrôle est, par ailleurs, assez bien perçu, puisque chaque membre franchisé a un intérêt commercial direct à l'efficacité de ce contrôle, car il est juridiquement indépendant et subit les pertes dues à une moins bonne notoriété créée par l'attitude d'un autre franchisé : « ce qui fait l'essence même de la franchise réside dans la nature du mécanisme de contrôle, à savoir le remplacement des méthodes directes de surveillance hiérarchique par un *mécanisme d'autodiscipline* reposant sur l'intérêt patrimonial d'un agent franchisé juridiquement autonome, et donc financièrement responsable. »¹⁶⁹

Néanmoins, le franchiseur devra faire preuve d'un sens aigu des affaires dans l'appréciation du degré de contrôle à exercer et user de discernement dans l'usage de son droit discrétionnaire de sanction¹⁷⁰. Trop strict dans ses exigences disciplinaires, il risque de négliger le minimum d'adaptation et d'improvisation quotidienne qu'exige une quelconque entreprise pour s'adapter parfaitement à son environnement direct. Trop laxiste, le réseau risque de perdre son homogénéité et par suite, son efficacité : le concept même de la franchise sera rapidement mis en péril.

La délicatesse du rôle que joue le franchiseur ne doit cependant pas faire perdre de vue que sa position contractuelle particulièrement avantageuse l'incite à exiger que les franchisés remplissent d'innombrables obligations aux contours soigneusement délimités en contrepartie de quelques obligations décrites en termes généraux, de façon à lui préserver une large marge de manœuvre propre à décourager les éventuelles revendications des franchisés¹⁷¹. Dans ce contexte, Alexander S. Konigsberg et

¹⁶⁹ H. LEPAGE, *Théorie économique de la franchise et protection territoriale*, août 1986; cité par D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 636 et 637. Nos italiques.

¹⁷⁰ Voir A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 637.

¹⁷¹ Pour un bon exposé de ce problème, voir A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *id.*, 654 et suiv. : « de nombreux contrats de franchise limitent les obligations contractuelles imposées au franchiseur à des questions relatives à la formation du franchisé, au prêt d'une copie du manuel d'exploitation du franchiseur et à la gestion du fonds de publicité. [E]n raison de leur nature et

Anne-Marie Gauthier sont tout à fait justifiés de s'interroger sur la nécessité d'une reconnaissance prétorienne d'obligations implicites du franchiseur dont le contenu serait déterminé en fonction des obligations des franchisés et du rôle du franchiseur qui est de protéger le réseau afin d'assurer le succès de tous¹⁷².

De même, il faut se féliciter de la rigueur avec laquelle les tribunaux québécois apprécient la bonne foi des parties dans l'exécution de leurs obligations. La Cour supérieure, par exemple, a condamné un franchiseur à verser des dommages-intérêts de 257 000 \$ à l'un de ses franchisés, à la suite de la résiliation du contrat et du débranchement prématuré et empreint de mauvaise foi du système central de commandes téléphoniques de repas rapides qui fournissaient 75% des revenus du restaurant franchisé¹⁷³. La Cour d'appel a également fait preuve de discernement en accueillant l'appel formulé par un franchiseur à la suite du jugement de première instance accordant au franchisé une forte somme en guise de dommages-intérêts en raison du fait que ce dernier ne pouvait pas souscrire au contenu du contrat rédigé en langue anglaise qu'il ne comprenait pas. Selon nous, c'est à juste titre que la Cour d'appel soulève la propre turpitude du franchisé et reconnaît le droit du franchiseur de ne pas renouveler la franchise, puisque cela n'était pas prévu dans le contrat¹⁷⁴.

Comme nous l'avons fait lors de l'étude du fardeau obligationnel du franchisé, nous exposerons l'ensemble des obligations essentielles du franchiseur, en distinguant celles qui relèvent d'une relation personnelle entre les parties dans laquelle les impératifs du réseau sont secondaires (A) de celles précisément dictées par l'inscription de leur contrat dans une logique de réseau de distribution commerciale intégrée (B). Alors que les premières obligations sont expressément énoncées par les clauses comme constituant l'ensemble des services offerts par le franchiseur, les secondes n'apparaissent pas toujours clairement au contrat. Pourtant, elles découlent du service le plus important offert par le

de la nature de la relation existant entre le franchiseur et le franchisé, les tribunaux canadiens pourront éventuellement imposer certaines obligations implicites au franchiseur malgré le silence du contrat de franchise ou certaines de ses dispositions. »

¹⁷² *Id.*, 654 et suiv.

¹⁷³ *2632-7502 Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc.*, précité, note 78.

¹⁷⁴ *Barclay Store Equipment Ltd. c. Leibovici*, J.E. 92-349 (C.A.).

franchisé – celui pour lequel le franchisé a choisi cette franchise et non une autre – : celui de permettre aux franchisés de bénéficier ***durant toute la durée du contrat*** d'une bonne image de marque et de faire partie d'un réseau efficace et dynamique.

Ce sont donc des obligations qui découlent du devoir de maintenir la chaîne à un bon niveau de reconnaissance par le public et du devoir de veiller à ce que les conditions d'exploitation pour lesquelles chaque franchisé a accepté de se joindre au mouvement perdurent. Cela implique que le franchiseur fournisse des efforts, d'une part, pour améliorer son concept et pour en faire une bonne publicité auprès du public et, d'autre part, pour surveiller l'attitude de chacun des franchisés de façon à éviter qu'ils ne nuisent à un autre franchisé, ou plus généralement à l'image de marque de la chaîne. Le franchiseur a l'importante responsabilité de ***surveiller le réseau***.

A. Les obligations du franchiseur relevant de la relation bilatérale avec chaque franchisé : l'assistance personnelle au franchisé

Il est intéressant de constater que le contrat de franchise est toujours présenté sous la forme d'un ***contrat de service proposé par le franchiseur au franchisé***. Matériellement, au Québec, le contrat suit le schéma suivant : une première série de dispositions, appelée ***préambule***, présente la franchise. Puis, viennent les ***définitions***, l'octroi proprement dit de la franchise et des dispositions définissant le cadre de l'accord : la délimitation du territoire et la fixation de la durée du contrat. Suite à cette description générale, vient la liste des obligations du franchiseur présentée comme étant l'exposé des services du franchiseur : services initiaux et services continus y sont décrits. Viennent ensuite les dispositions relatives au prix et aux modalités de paiement du prix de ces services. Ce n'est qu'à la fin que sont exposés les engagements du franchisé. La franchise internationale est donc présentée comme étant ***essentiellement*** un service offert par le franchiseur à un franchisé qui s'engage ***simplement*** à respecter certaines conditions en contrepartie.

Pourtant, lorsqu'on étudie le contenu du contrat, on constate que les obligations du franchisé international sont généralement très lourdes et particulièrement précises, de sorte que l'on peut se demander si la présentation du contrat n'a pas pour objectif de

faire croire au franchisé qu'il s'engage *essentiellement* à *recevoir un service*, alors qu'en fait (même si ce service est effectivement offert), l'importance des engagements personnels du franchisé est considérable.

Incidemment, si l'on suit le parti pris par les rédacteurs des contrats internationaux de franchise (que sont les conseillers juridiques des franchiseurs), on devrait considérer que la prestation caractéristique du contrat est celle fournie par le franchiseur. Or, il nous semble que l'obligation du franchisé de présenter une offre de vente uniforme et de maintenir l'exploitation de son établissement, en conformité permanente avec les directives du franchiseur, est sans doute tout aussi importante que celle du franchiseur de lui prêter assistance.

Mais adopter ce point de vue entraînerait l'application de la loi de chacun des franchisés (loi de la résidence ou de l'établissement de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique), ce qui pourrait être un facteur de complications puisque le franchiseur devrait respecter les lois de tous les pays où ses franchisés exercent! En réalité, cela ne présente pas véritablement de difficulté réelle¹⁷⁵ car, en matière de fonds des actes juridiques, il est possible de désigner la loi applicable dans le contrat. Les franchiseurs internationaux n'hésitent donc pas à imposer une clause de choix de la loi et du tribunal dans chacun des contrats qu'ils passent¹⁷⁶. Les clauses arbitrales sont aussi courantes et valides, puisqu'elles interviennent entre deux commerçants.

Naturellement, le nombre et la nature des obligations que doit assumer le franchiseur varie selon le secteur d'activité et le niveau de développement de la franchise¹⁷⁷. Néanmoins, certaines obligations se retrouvent toujours parce qu'elles font partie de la substance même du contrat de franchise internationale. Au-delà de l'obligation d'information résultant du caractère de contrat d'adhésion (1), notons l'obligation de transférer le savoir-faire (2),

¹⁷⁵ Sauf en matière de lois d'application immédiate (telles celles protégeant la concurrence) où il reste impératif de respecter les dispositions étrangères immédiatement applicables. Voir art. 3079 C.c.Q.

¹⁷⁶ Sur l'ensemble de ces questions de droit international privé, voir G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 23.

¹⁷⁷ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 83 et 84.

celle d'assister le franchisé (3) et celle de mettre les signes de ralliement à sa disposition (4).

1. L'obligation d'information

La délimitation du contenu de l'obligation d'information est particulièrement importante au Québec, puisqu'il n'existe pas de loi générale imposant aux franchiseurs d'enregistrer les informations les concernant auprès d'une autorité d'enregistrement. Seules les dispositions du droit commun des obligations trouvent application. Les articles relatifs au contrat d'adhésion viennent alors renforcer la qualité du consentement du franchisé¹⁷⁸.

L'obligation d'information du franchiseur existe avant la conclusion du contrat (information précontractuelle), au moment du contrat (preamble) et durant l'exécution du contrat.

a. L'obligation précontractuelle d'information

Le franchiseur a une *obligation précontractuelle d'information et de renseignement, fondée sur l'obligation générale de bonne foi*¹⁷⁹. Elle a pour objet « de porter à la connaissance du co-contractant certains éléments d'information de façon purement objective, en vue de lui permettre de se décider en connaissance de cause. »¹⁸⁰

Un candidat franchisé qui souhaite acquérir une franchise doit d'abord se faire présélectionner par le franchiseur. Cette phase de présélection est suivie d'une phase précontractuelle caractérisée par l'obligation d'information qui repose sur les deux parties¹⁸¹. Le franchiseur doit alors établir, de façon sérieuse et

¹⁷⁸ A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 69, 139 et 140.

¹⁷⁹ Voir art. 1375 C.c.Q. Sur l'obligation générale de bonne foi, voir, parmi les études postérieures à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* : Ginette LECLERC, « La bonne foi dans l'exécution des contrats », (1992) 37 *R.D. McGill* 1070-1086; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat en droit québécois*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris II, 1997; Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B. can.* 423-444.

¹⁸⁰ Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Droit civil – Les obligations*, 3^e éd., t. 2, « Le contrat », Paris, Éd. Litec, 1989, n° 269, p. 113.

¹⁸¹ Dans l'arrêt *Joseph c. Fairhurst*, J.E. 85-142 (C.S.), l'annulation d'un contrat de concession a été prononcée en raison du mensonge du candidat franchisé

loyale, la rentabilité future probable de l'affaire et communiquer les chiffres au candidat franchisé. Évidemment, le commerce étant une activité aléatoire, les chiffres avancés n'engagent pas le franchiseur dans une garantie de résultat. L'obligation de fournir des chiffres justes est une *obligation simplement de moyens*¹⁸². Le franchiseur n'a qu'à fournir les informations dont il dispose lui-même ou dont il doit raisonnablement se munir. Par conséquent, le franchiseur se verra déchargé de toute responsabilité en cas d'erreurs minimes.

Par contre, sa responsabilité sera engagée lorsque l'étude qu'il fournit n'est manifestement pas sérieuse ou lorsqu'elle est particulièrement inexacte ou incomplète¹⁸³. On considère généralement que tel est le cas lorsque (toutes choses égales par ailleurs) le chiffre d'affaires du franchisé se révèle être inférieur de l'ordre de la moitié aux prévisions du franchiseur¹⁸⁴. Néanmoins, l'annonce d'un chiffre d'affaires particulièrement optimiste n'est pas constitutif d'une faute de la part du franchiseur, s'il démontre qu'il est parvenu à cette conclusion à la suite d'études complètes et sérieuses, et que la conduite des affaires par le franchisé a contribué à ce que le chiffre d'affaires réalisé soit largement inférieur au chiffre prévu¹⁸⁵.

Par ailleurs, dans l'appréciation de la responsabilité du franchiseur, il sera également tenu compte du *devoir incombant au franchisé de se renseigner lui-même sérieusement* avant de signer le contrat¹⁸⁶. Le franchisé est un commerçant que l'on peut légi-

qui avait déclaré dans le formulaire de demande de concession n'avoir jamais été condamné pour une infraction, alors que cela s'est avéré faux.

¹⁸² A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 69, 141; D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 21, 7; Laurence AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, Paris, L.G.D.J., 1995, n° 166, p. 147; Com., 19 mai 1992, J.C.P. éd. E. 1993.II.387, note L. Leveneur; Douai, 6 oct. 1992, D. 1995. Somm. 75, obs. D. Ferrier.

¹⁸³ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 73; L. AMIEL-COSME, *op. cit.*, note 182, n° 1667, p. 148; Com. 4 déc. 1990, J.C.P. 1991.II.21725, note G. Virassamy; Versailles, 29 oct. 1992, D. 1995.76, obs. D. Ferrier; *Proulx c. 100242 Canada Inc. (Uniprix inc.)*, J.E. 97-0220 (C.A.); *Sachian c. Treats inc.*, précité, note 78.

¹⁸⁴ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 21, 7; Paris, 3 fév. 1994, D. 1995. Somm. 75, obs. D. Ferrier.

¹⁸⁵ Com., 19 mai 1992, *Contrats, concurrence, consommation*, août - septembre 1992, n° 153, obs. Leveneur.

¹⁸⁶ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 60; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 36, n° 288, p. 165.

timelement considérer comme un professionnel avisé et prudent. Par conséquent, la responsabilité d'un franchiseur qui fournit des informations insuffisantes pourrait être atténuée par l'attitude du franchisé qui ne se serait pas renseigné de façon suffisamment perspicace¹⁸⁷. De même, il a été jugé qu'un franchisé qui s'est aperçu des représentations frauduleuses depuis plusieurs années et ne soulève ce fait qu'en demande reconventionnelle à une action intentée par le franchiseur a ratifié les représentations¹⁸⁸.

L'obligation d'information précontractuelle¹⁸⁹ ayant pour objet d'aboutir à l'expression d'un consentement éclairé, les sanctions de son inexécution sont donc celles des vices de consentement¹⁹⁰. Par conséquent, le contrat de franchisage pourra être annulé pour erreur ou pour dol. Naturellement, le dol pourra résulter d'une réticence dolosive à communiquer l'ensemble des informations pertinentes. Ainsi, le franchiseur devrait révéler le contenu des ententes conclues avec les fournisseurs, car la réputation de la marque dépend directement de la standardisation, de la qualité des produits et du respect des délais de livraison par les fournisseurs¹⁹¹. Néanmoins, le dol ne sera retenu que s'il porte sur un élément ayant déterminé le consentement. L'absence, par exemple, d'information sur le statut juridique du franchiseur ne constitue pas un dol¹⁹².

Si un tel vice du consentement est établi, le contrat est nul et le franchisé a droit à des dommages-intérêts couvrant l'ensemble du préjudice subi.

¹⁸⁷ L. AMIEL-COSME, *op. cit.*, note 182, n° 163, p. 145; Paris, 23 mars 1996, D. 1995 Somm. 75, obs. D. Ferrier; *Voncorp inc. c. 147013 Canada inc.*, J.E. 97-1474 (C.S.). Dans cette dernière affaire, le franchisé d'un commerce de restauration rapide réclame des dommages-intérêts à son franchiseur, alléguant les fausses déclarations de son franchiseur sur le chiffre d'affaires probable du futur commerce. Pour rejeter l'action, le juge Paul Chaput souligne, d'une part, qu'il est difficile d'évaluer le chiffre d'affaires probable d'un commerce qui n'est pas déjà en exploitation et, d'autre part, que le franchisé avait les mêmes informations que le franchiseur. Il aurait donc dû contre-vérifier les résultats suggérés par le franchiseur.

¹⁸⁸ *Orangeroo of Canada c. Rieno Restaurant Ltd.*, précité, note 115.

¹⁸⁹ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil – les obligations : le contrat*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1980; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 36, n° 276, p. 161.

¹⁹⁰ L. AMIEL-COSME, *op. cit.*, note 182, n° 162, p. 143; *Cadieux c. St. A. Photo Corp.*, 97 B.E. 737 (C.S.).

¹⁹¹ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 150.

¹⁹² D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 22, 7.

b. Le préambule du contrat de franchise

Le contrat de franchise comporte un *préambule* exposant les idées qui ont inspiré les dispositions du contrat¹⁹³. La technique du préliminaire, que l'on retrouve plus aisément dans les documents de droit public, révèle la spécificité du contrat de franchise (et plus généralement, des contrats de distribution intégrée) dans l'ensemble des contrats civils et commerciaux. De la même façon que les constitutions et autres chartes de droit public ont pour objet d'organiser le *cadre juridique global* dans lequel les relations publiques et privées des citoyens et des personnes publiques se combineront, il s'agit ici de mettre en place un cadre général, mais néanmoins précis, dans lequel se noueront les relations commerciales entre les parties sur une certaine période de temps.

Le préambule est une déclaration unilatérale du franchiseur. Ordinairement, il comprend un exposé de la philosophie de la franchise et un série d'informations sur le franchiseur (situation financière, statut légal, ampleur des activités, domaine d'activité, etc.) et son concept. En fait, il contient un certain nombre des informations précontractuelles qu'il incombe au franchiseur de fournir au franchisé. Par ailleurs, le préambule présente une description de l'origine et des caractéristiques du système franchisé proposé¹⁹⁴. Là encore, il s'agit de précisions importantes. Le préambule fait partie intégrante du contrat et il est certain que le franchiseur pourra voir sa responsabilité contractuelle engagée s'il y a exposé des informations incomplètes ou mensongères.

c. L'obligation d'information concernant les clauses illisibles, incompréhensibles et externes

Parce que le contrat de franchise est un contrat d'adhésion, l'obligation d'information du franchiseur n'exige pas seulement qu'il fournisse tous les renseignements nécessaires à l'obtention du consentement éclairé du candidat franchisé. Elle va plus loin. Selon le professeur Adrian Popovici, les articles 1435 et 1436 du *Code civil du Québec* présument nulles les clauses externes, illisibles ou incompréhensibles insérées dans un contrat d'adhésion. Par conséquent, pour renverser cette présomption, le franchiseur

¹⁹³ Sur le préambule, voir P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 36, p. 20.

¹⁹⁴ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 73.

doit remplir une obligation d'information portant sur le sens de ces clauses. « Ne sont, *en définitive*, répréhensibles, que les clauses *abusives*¹⁹⁵. C'est alors, carrément cette fois-ci, à la force obligatoire du contrat que le législateur s'attaque et non plus à l'intégrité [...] du consentement. »¹⁹⁶

En pratique, le franchiseur devra organiser des rencontres précontractuelles avec le candidat franchisé afin de lui expliquer clairement l'ensemble des clauses¹⁹⁷, y compris les clauses externes se trouvant dans le manuel d'exploitation et sur tous les autres documents annexes. Il devra également accorder un délai raisonnable de lecture du contrat permettant au franchisé d'en prendre pleinement connaissance et de lui poser des questions sur les points qu'il ne comprend pas.

d. L'obligation d'information en cours de contrat

L'obligation d'information découle du devoir de bonne foi et de loyauté que se doivent les parties. Ce devoir perdure tout au long de la relation contractuelle. La question s'est posée de savoir si le franchiseur devait informer les franchisés des détails des ententes qu'il conclut avec les fournisseurs. Dans l'affaire *Jirna Ltd. c. Mister Donut of Canada*¹⁹⁸, la Cour suprême rejette la demande d'annulation du contrat soumise par le franchisé et fondée sur le fait que le franchiseur recevait des fournisseurs des ristournes et des escomptes de volume sur les commandes formulées par les franchisés. La Cour a considéré qu'il ne s'agit pas là d'une information essentielle au contrat de franchise. Par conséquent, le franchiseur n'a aucune obligation de dévoiler un tel fait¹⁹⁹.

2. L'obligation de transférer le savoir-faire

L'obligation de transférer le savoir-faire est (avec celle d'assistance) certainement l'une des plus importantes qui pèsent sur le franchiseur. Cependant, elle ne constitue pas, à elle seule, son obligation principale, car il s'agirait alors d'un transfert de

¹⁹⁵ Pour quelques exemples de clauses probablement abusives, *id.*, 91 et 92.

¹⁹⁶ A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 69, 148.

¹⁹⁷ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 90 et 91.

¹⁹⁸ *Jirna Ltd. c. Mister Donut of Canada*, précité, note 90.

¹⁹⁹ P. MARTEL, *loc. cit.*, note 72, 371.

maîtrise industrielle. En fait, la spécificité de la franchise résulte plutôt de l'addition de l'obligation de transférer le savoir-faire à celle d'offrir une assistance technique permanente au franchisé.

a. La définition du savoir-faire

Le savoir-faire est avant tout une *connaissance*²⁰⁰. Pour pouvoir initier une franchise, cette connaissance doit présenter des caractéristiques précises. Premièrement, il ne peut s'agir que d'une *connaissance technique* (ou pratique), puisque la franchise a pour objet de réitérer une réussite commerciale par l'application des mêmes méthodes. La connaissance doit donc pouvoir être appliquée; elle doit être *technique* et non théorique. Il peut s'agir aussi bien d'une technique de gestion (recrutement des salariés, gestion des stocks, etc.) que d'une technique de présentation des locaux ou encore d'une technique de réalisation d'un produit (par exemple, des recettes de cuisine)²⁰¹.

Deuxièmement, le savoir-faire doit être *transmissible*. Cela semble aller de soi, puisque le contrat de franchise est fondé sur cette transmission. Cela implique que le savoir-faire ne se confonde pas avec le talent ou l'expérience personnelle qui ne se transmettent pas par un enseignement extérieur mais s'acquièrent par la pratique individuelle. « Il faut que la connaissance technique puisse s'extraire de son auteur pour se cristalliser dans un support matériel qui se veut l'objet de la transmission du savoir-faire. »²⁰²

Troisièmement, la connaissance doit avoir une *valeur commerciale*. Elle doit conférer un *avantage économique* à celui qui la possède. Cet avantage découle donc du fait que cette connaissance n'est pas diffusée au public (au sens large, c'est-à-dire aux tiers, essentiellement les commerçants concurrents). La connaissance doit donc être *secrète*. Autrement, l'obligation du franchiseur de la transmettre n'aurait aucun contenu. Néanmoins, cela

²⁰⁰ Serge PICHETTE, « Contribution à la définition du Know-How », (1975-76) 78 *R. du B.* 525; J.-M. MOUSSERON, « Problèmes juridiques du know-how », *Cahiers de droit de l'entreprise*. 1972.1.1.

²⁰¹ J. M. MOUSSERON, « Le Know-How », *Cahiers de Droit de l'entreprise*. 1972.1.2; P. DURAND, J. LATSCHA, « Le franchising », J.C.P. éd. C. 1970.1.87. 634.

²⁰² G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, p. 193.

ne signifie pas que le secret doive être absolu, pourvu qu'il soit gardé par un groupe restreint d'initiés.

Quatrièmement, le savoir-faire ne doit pas être breveté. S'il l'est, il tombe alors dans le régime des brevets et ne relève plus de celui du savoir-faire. Il sera divulgué au public mais protégé contre les contrefaçons.

En résumé, le savoir-faire constitue donc une connaissance pratique, transmissible, non immédiatement transmissible au public, non brevetée et conférant à celui qui l'utilise un avantage concurrentiel. Il se distingue des règles de l'art que chaque professionnel peut acquérir par ses propres moyens²⁰³.

b. Les caractéristiques du savoir-faire

Pour pouvoir faire l'objet d'une franchise, le savoir-faire doit être *original, spécifique, éprouvé, actualisé* et *identifié*. L'originalité peut résulter de la réunion de plusieurs éléments connus séparément par les professionnels de la branche d'activité²⁰⁴. Ainsi, la façon de présenter les vitrines et de recevoir la clientèle peut être constitutive d'un savoir-faire transmissible par voie de franchisage²⁰⁵. Il doit être éprouvé avant d'être transféré. Cette mise à l'épreuve se fait généralement par une installation pilote²⁰⁶. Le concept franchisé doit déjà avoir connu du succès, puisque la franchise a pour objet de réitérer une réussite commerciale. Le franchiseur qui souhaite conquérir les marchés étrangers doit s'assurer, en plus, que son concept est capable de fonctionner ailleurs que dans son marché d'origine. Il doit également actualiser en permanence le concept pour suivre l'évolution des marchés et pouvoir demeurer compétitif.

²⁰³ Com. 9 oct. 1990, R.J.D.A. 1991.1.19.

²⁰⁴ Dijon, 1^{re} ch., 10 oct. 1990, Juris-Data n° 048285.

²⁰⁵ Paris, 5^e ch., 18 juin 1992, J.C.P. éd. E., pan. 1261; Dijon, 10 oct. 1990, *Petites Affiches*, 21 déc. 1990. 34. 153, note Y. Marot.

²⁰⁶ En France, le *Bureau des Vérifications* considère que les expériences pilotes sont une condition impérative du franchisage. Voir G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, p. 194.

c. L'obligation de transférer le savoir-faire

Il est bien important de comprendre qu'il ne peut y avoir franchise sans un véritable transfert d'un savoir-faire original. Le savoir-faire doit être communicable. Il doit donc être identifiable.

En pratique, le savoir-faire est la plupart du temps transféré par la remise d'un guide complet, parfois appelé « bible » ou « manuel d'exploitation ». Ce document expose précisément tous les éléments du savoir-faire (recettes, formules, etc.), l'originalité du système, les modalités de sa mise en œuvre et les procédés d'exploitation. Souvent technique, le savoir-faire est également transféré lors de réunions ou de stages de formation, ou encore lors de tournées effectuées par le directeur commercial du franchiseur ou ses collaborateurs. L'actualisation du savoir-faire se fait généralement par des sessions de stages et/ou par l'édition d'un bulletin de liaison.

Lorsqu'il y a franchise internationale, le franchiseur doit fournir un effort supplémentaire : celui d'adapter son savoir-faire aux spécificités locales. Cet effort résulte de ce que le franchiseur s'engage à réitérer une réussite commerciale, et non uniquement à transférer un concept ou un savoir-faire. Par conséquent, il doit adapter son concept aux réalités locales afin de s'assurer de la réussite. Cela peut signifier la rédaction de plusieurs versions du manuel d'exploitation. Cela signifie également un service de formation, de conseil et de mise à jour individualisé.

d. La protection du savoir-faire

L'objet de l'obligation du franchiseur est constitué par une connaissance originale et spécifique à laquelle le public n'a pas d'accès immédiat, c'est-à-dire une connaissance secrète. Le franchiseur ne peut concéder des franchises que si son savoir-faire est original et non connu du public, faute de quoi sa prestation est vidée de contenu²⁰⁷.

On comprend alors aisément qu'il fasse l'objet d'une protection particulière visant à le garder secret. Comme le souligne Gisèle Laprise, dans la franchise, l'obligation de secret est une obli-

²⁰⁷ P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, p. 32.

gation implicite²⁰⁸. Néanmoins, par sécurité, dès le stade des pourparlers, le franchiseur impose l'obligation de secret sur le contenu du savoir-faire, même si on peut se douter qu'à ce stade, le savoir-faire ne sera pas encore intégralement dévoilé. Une clause similaire insérée dans le contrat de franchise imposera au franchisé de garder le secret pendant et après la durée du contrat.

3. L'obligation d'assurer une assistance technique et de collaborer

Nous l'avons déjà souligné, la prestation du franchiseur ne se réduit pas au transfert d'un savoir-faire. Une obligation d'assistance continue prolonge l'obligation de transférer le savoir-faire. Le franchiseur doit assister les franchisés aux plans technique, commercial et financier afin de rendre son concept opérationnel au lieu d'exploitation du franchisé²⁰⁹.

a. Lors du lancement du commerce du franchisé

Par conséquent, avant le début de l'exploitation, le franchiseur fournit très souvent une assistance dite d'« *engineering commercial* ». Cela consiste à fournir des conseils et des informations quant à l'aménagement des locaux, la décoration, les modalités de l'agencement des vitrines et des comptoirs du point de vente ou de service, allant parfois jusqu'à préciser la fréquence de changements de présentation des vitrines, etc. Il peut également s'agir d'une assistance lors de l'élaboration des plans de construction, du choix du site d'implantation du point de vente ou de service. Ce sera particulièrement le cas lorsqu'il s'agit d'une franchise d'hôtellerie, par exemple²¹⁰. Le franchiseur pourra avoir l'obligation de faire des études poussées sur la meilleure localisation et sur les aménagements intérieurs et extérieurs. Ordinairement, les modalités du contrat précisent que le franchiseur doit également organiser une publicité spéciale pour le lancement du point de vente ou de service²¹¹. De plus, il est parfois prévu

²⁰⁸ G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, p. 194.

²⁰⁹ A. ROLLAND, *op. cit.*, note 2, p. 26.

²¹⁰ *Id.*, p. 30.

²¹¹ Paris, 5^e ch., 29 mai 1991, J.C.P. éd. E. 1991. pan. 817.

qu'un représentant du franchiseur sera présent durant la première semaine d'ouverture. Toutefois, il sera souvent spécifié que la campagne publicitaire et les frais de déplacement du représentant seront à la charge du franchisé.

b. Au cours du contrat

L'assistance due ne se limite pas à l'assistance technique nécessaire lors de l'installation. Elle doit perdurer et même s'élargir tout au long du contrat, car le savoir-faire est évolutif²¹². En permanence, le franchiseur doit se tenir à disposition pour conseiller son franchisé aussi bien sur le plan commercial que technique ou financier²¹³. Il doit le tenir en permanence au courant de l'évolution de son concept et de la politique commerciale générale de la franchise. Il doit le convier (ainsi que son personnel) à des sessions de formation continue, l'informer des options prises en matière de publicité, de choix de nouveaux services ou de nouveaux produits désormais offerts par la chaîne, etc. À cette fin, il pourra éditer un journal de liaison où seront publiées des statistiques, des études, des informations de tout genre concernant la chaîne. Le franchiseur responsable de la publicité nationale ou internationale de la chaîne devra tenir les franchisés au courant de ses campagnes et les conseiller sur les modalités que devra suivre la publicité locale produite par les franchisés. Il pourra donc être mené à envoyer toutes sortes de matériel (films, photos, maquettes, brochures, etc.) à ses franchisés.

Notons que ces services ne sont pas gratuits. Ceux qui sont fondamentaux au transfert même du savoir-faire sont, en général, couverts par la redevance continue que doit verser le franchisé²¹⁴. D'autres, supplémentaires, peuvent être facturés séparément. Ainsi, par exemple, le franchiseur peut proposer un service payant de tenue de livres comptables, d'assistance juridique et/ou fiscale.

²¹² A. ROLLAND, *op. cit.*, note 2, p. 32.

²¹³ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 84 : les services fournis par le franchiseur peuvent comprendre, entre autres exemples, un service de formation continue, un service de mise en place d'un plan de financement, un service d'explication des techniques de gestion du personnel, un service de tenue de livres, etc.; Paris, 5^e ch. J.C.P. éd. E. 1994, par. 396.

²¹⁴ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 84.

Le franchiseur est débiteur d'une véritable **obligation de collaboration**²¹⁵ vis-à-vis de ses franchisés. Il a été soutenu que cette obligation est une obligation de moyens²¹⁶, puisque le franchisé est un commerçant indépendant, seul responsable de son affaire. Il est vrai que le franchisé est seul responsable du succès de son commerce et que le franchiseur ne peut pas être tenu de la déconfiture de son franchisé. Néanmoins, nous pensons que cela ne devrait pas influencer la qualification de l'obligation d'assistance du franchiseur, car ce serait confondre le contenu de l'obligation avec la cause du contrat.

Le contenu de l'obligation d'assistance est celui de fournir toutes les informations et les démonstrations nécessaires pour qu'un franchisé raisonnablement compétent puisse en tirer profit. Le franchiseur ne doit pas seulement **essayer**, dans la mesure du possible, d'organiser des séances de formation ; il ne doit pas non plus **essayer** de donner de bons conseils financiers : il doit y parvenir. Et le franchisé est certainement justifié de demander l'annulation ou la résiliation du contrat et des dommages-intérêts si cette obligation n'est pas remplie. La fourniture de cette assistance est une obligation de résultat. Mais cela ne signifie pas que le franchiseur soit responsable de l'échec du franchisé qui n'a pas su en tirer adéquatement profit.

Par ailleurs, le franchiseur doit prendre garde à ne pas s'immiscer trop dans les affaires du franchisé, au risque de pouvoir être considéré comme un gérant de fait. Certains dépannages lors d'absence ou de maladie peuvent être tolérés, mais ils ne sauraient être permanents²¹⁷.

Néanmoins, la preuve du manquement à l'obligation d'assistance et de collaboration incombe au franchisé. Cette preuve n'est pas toujours facile à établir si le contrat ne spécifie pas exactement l'ensemble des obligations qui relèvent de ce devoir général. En effet, tout est question d'espèce et il est impossible d'affirmer que l'obligation de dresser un plan du futur magasin ou de conseiller le franchisé sur le nombre d'articles à exposer en vitrine se retrouve systématiquement dans toute fran-

²¹⁵ Cette obligation figure au *Code de déontologie* européen ainsi que dans le règlement communautaire d'exemption.

²¹⁶ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 37, 9.

²¹⁷ P. BESSIS, *op. cit.*, note 10, p. 38.

chise. À ce sujet, la présentation du concept dans le préambule du contrat peut se révéler un élément important d'interprétation permettant de définir si telle obligation de conseil est essentielle au transfert total du savoir-faire. À titre d'exemple, citons des arrêts français par lesquels il a été considéré que le franchiseur manquait à son obligation en refusant de donner accès au franchisé à un fichier, en proposant une formation professionnelle insuffisante²¹⁸ ou encore en faisant preuve d'un trop grand laxisme face à une violation de l'exclusivité de la marque²¹⁹.

On ne saurait donc que vivement conseiller d'opter pour une description précise des principales obligations de conseil et de collaboration.

4. L'obligation de mettre les signes de ralliement de la clientèle à disposition du franchisé

De même que le franchisage implique les obligations de transfert de savoir-faire et d'assistance, il implique celle de mettre les signes de ralliement de la clientèle à la disposition du franchisé, puisqu'il s'agit de mettre en place ou de développer un réseau uniforme et de faire profiter les franchisés d'une certaine image de marque. Par conséquent, le franchisé doit pouvoir utiliser tous les signes de ralliement à la marque. Il s'agit essentiellement de l'enseigne, de la marque, du nom commercial et éventuellement de slogans. Il peut s'agir aussi d'éléments d'aménagement ou de décoration du point de vente. En pratique, le franchiseur devra fournir le matériel nécessaire à la commercialisation du produit frappé de la marque du réseau : prospectus, imprimés publicitaires, catalogues, panneaux, notices techniques, instructions pour le service après-vente, matériel de démonstration, échantillons, etc. La propriété du matériel ainsi que son financement font généralement l'objet de clauses spécifiques.

Naturellement, le franchiseur doit être propriétaire, ou du moins titulaire, d'une licence exclusive de la marque. Sinon, il s'expose à la nullité du contrat de franchise pour défaut d'objet car la marque est un élément essentiel du contrat de franchise.

²¹⁸ Paris, 25^e ch., 16 mars 1990, *Juris-data* n° 021188.

²¹⁹ Paris, 5^e ch., 21 mars 1990, *Juris-data* n° 020689.

Bien qu'aucun texte québécois ne le prévoit, le franchiseur a, selon nous, l'obligation implicite²²⁰ de garantir le franchisé contre toute éviction en exerçant une action en contrefaçon dès l'instant où il prend connaissance d'une telle éviction²²¹. Là encore, cela semble aller de soi, puisqu'il s'agit d'un élément essentiel du contrat.

5. L'obligation de conférer une exclusivité territoriale

La clause d'exclusivité territoriale, nous l'avons déjà dit, constitue un point important du contrat de franchise. Cependant, comme l'exclusivité d'approvisionnement, l'exclusivité territoriale n'est pas un élément essentiel pour que le contrat soit qualifié de franchise²²². Néanmoins, la pratique y recourt fréquemment.

a. Les enjeux de la clause

En matière de concession d'un territoire exclusif au franchisé, comme dans la quasi-totalité des autres points de la convention de franchise internationale, l'intérêt supérieur de la franchise (*ii*) arbitre les négociations entre les préoccupations immédiatement divergentes du franchisé et du franchiseur (*i*).

²²⁰ Le *Code de Déontologie de la Fédération Française de la Franchise* prévoit expressément : « le franchiseur doit garantir la validité de ses droits sur les signes de ralliement de la clientèle, tels que marque, enseigne, sigle, slogan, et assurer au franchisé la jouissance paisible de ceux qu'il met à sa disposition. »

²²¹ Cf. A. S. KONIGSBERG et A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 6, 656.

²²² D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 42, 10. À titre d'illustration, voir les arrêts français Com. 16 janv. 1990. D. 1990. Somm. 369, obs. D. Ferrier; Com. 9 nov. 1993, J.C.P. éd. E. 1994.45; D. 1995.78, obs. D. Ferrier. Néanmoins, les auteurs québécois semblent considérer qu'il s'agit là d'un élément *important* de la franchise, sans préciser cependant s'il s'agit alors d'un élément essentiel. Pour un exemple de cette tendance, voir L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 75 : « L'idée de franchise est étroitement associée à celle d'exclusivité territoriale. » De même, Anne-Marie Gauthier classe l'étude de l'exclusivité territoriale dans un chapitre consacré aux éléments fondamentaux de la franchise. Cependant, ces deux auteurs ne semblent pas exclure la possibilité d'une franchise dépourvue d'une exclusivité territoriale; voir A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 74-76. Notons qu'un arrêt de 1989 a considéré que l'exclusivité territoriale était un élément fondamental de la franchise : *Marché Valérian Inc. c. N.A. Services Inc.*, précité, note 128. Cependant, la qualification « franchise » a été mise en doute par Brigitte Lefebvre : voir B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 258.

i. *La délimitation d'un territoire d'action est souhaitable pour les deux parties*

- **Pour le franchisé**

Naturellement, le franchisé devrait exiger avec insistance que lui soit concédé un territoire exclusif sur lequel le franchiseur s'engage à ne pas concéder d'autres franchises ni à ouvrir lui-même un point de vente, un comptoir de service ou une unité de production (selon le type de franchise). Il s'agit donc pour le franchisé de se réserver une clientèle susceptible de lui assurer des revenus constants sur toute la durée de son contrat²²³. C'est une préoccupation d'autant plus compréhensible qu'il est établi que des points de vente trop proches nuisent au bon développement des affaires²²⁴.

- **Pour le franchiseur**

Par conséquent, le franchiseur prendra également soin de localiser, de façon judicieuse, les points de vente en fonction de divers facteurs, tels la densité de la population, ses habitudes d'achat, la vocation des quartiers (rue commerçante, quartier d'affaires, secteur universitaire, zone industrielle, etc.). Dans cette optique, la clause d'exclusivité territoriale lui permet de circonscrire la portée territoriale des activités commerciales de chacun de ses franchisés²²⁵. Cela évite que les efforts de plusieurs franchisés ne s'annulent parce qu'ils s'adressent à une même clientèle. Cela permet également de maintenir un bon niveau de motivation des franchisés puisqu'ils savent qu'ils sont les seuls à représenter la marque sur leur territoire. Par conséquent, ils peuvent légitimement s'attendre à ce que leurs efforts leur soient di-

²²³ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 120; *Marché Valérian Inc. c. N.A. Services Inc.*, précité, note 128.

²²⁴ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 75 : « la réussite de l'établissement du franchisé revêt un caractère aussi important pour le franchiseur que pour le franchisé dans la mesure où le succès de chaque unité franchisée contribue au succès de l'ensemble du réseau, tant financièrement qu'en ce qui a trait à l'image et à la réputation. » Voir aussi L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 77.

²²⁵ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 119 : « Le but de cette clause est de veiller à ce que les membres du réseau consacrent tous leurs efforts pour commercialiser les produits et les services du franchiseur et ce en toute quiétude. »

rectement et exclusivement profitables, à l'exclusion des autres franchisés de la même marque²²⁶.

Si, sur le principe, la clause d'exclusivité est utile aux deux parties, il est plus difficile de concilier les intérêts lorsqu'il s'agit de délimiter la zone géographique dans laquelle elle s'applique. Naturellement, le franchisé souhaitera avoir un rayon d'action le plus large possible alors que le franchiseur voudra partager le territoire total de manière optimale de façon à rentabiliser au maximum le réseau.

ii. La clause peut entraver l'adaptation du réseau aux mouvements du marché

Le franchiseur peut se montrer réticent à concéder un territoire exclusif. Cette attitude est, dans une large mesure, justifiée par l'intérêt de tous au bon développement de la franchise et à la préservation d'une bonne image de marque. En effet, l'octroi d'exclusivité ne constitue pas seulement une protection souhaitable du franchisé contre la décision du franchiseur de concéder une autre franchise dans le seul but égoïste de percevoir une nouvelle redevance. ***Il a également pour fâcheuse conséquence de figer le développement à court et à moyen terme de la franchise sur le territoire concerné.***

En empêchant le franchiseur d'adapter son système à l'évolution du marché, l'exclusivité territoriale crée un immobilisme indésirable, voire dangereux pour la survie même du réseau²²⁷. Pour de multiples raisons (poussée démographique, installation d'un centre commercial à proximité attirant une plus grande clientèle, ouverture d'un établissement public – école, hôpital, bureau gouvernemental, etc. – ou privé, etc.), les données sur lesquelles le franchiseur s'est basé pour déterminer le nombre d'établissements à ouvrir et le périmètre des territoires exclusifs peuvent varier considérablement en cours de contrat. Or, si les

²²⁶ *Id.*, 120.

²²⁷ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 74 et 75. *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, précité, note 78, 59 et 60 : « [I]l paraît difficile de poser comme règle générale qu'un franchiseur ne puisse jamais, et d'aucune manière, exercer une activité ayant pour effet de concurrencer ses franchisés dans un marché en perpétuelle évolution et où l'adaptation constante des techniques commerciales aux fluctuations du marché et aux goûts du public sont, pour lui, une question de vie ou de mort économique. »

clauses d'exclusivité territoriale empêchent le franchiseur de prendre les mesures nécessaires pour répondre à l'augmentation de la demande, son réseau sera rapidement dépassé par la concurrence. À brève échéance, tous les franchisés en ressentiront les néfastes conséquences.

b. La portée de l'exclusivité territoriale

La difficulté que présente la clause d'exclusivité démontre que *les intérêts immédiats et personnels de chacun des franchisés pris individuellement ne correspondent pas toujours à l'intérêt général des franchisés et du franchiseur dans leur ensemble, c'est-à-dire à l'intérêt du réseau*. Dans un tel contexte, il nous semble que les préoccupations du franchiseur de se préserver la possibilité d'adapter le réseau aux évolutions du marchés sont légitimes²²⁸.

Néanmoins, un franchisé qui investit dans une franchise est également justifié de vouloir protéger son investissement. Par conséquent, il nous semble que les clauses d'exclusivité ne doivent pas être bannies. Il s'agit plutôt de faire preuve d'imagination et de rédiger des clauses suffisamment souples, pour pouvoir satisfaire les intérêts personnels des deux parties et les intérêts communs du réseau.

Il est possible de ne prévoir qu'une *exclusivité territoriale simple* par laquelle le franchiseur s'oblige à ne pas concéder d'autres franchises sur le territoire, mais qui n'empêche pas le franchisé de vendre ou d'offrir ses services à l'extérieur du territoire. La clause n'est donc contraignante que pour le franchiseur. Par ailleurs, elle place les franchisés voisins en concurrence les uns avec les autres.

Le plus couramment, il est prévu une *exclusivité territoriale renforcée* par laquelle le franchiseur s'interdit d'ouvrir lui-même un point de vente ou d'y concéder de nouvelles franchises²²⁹ en

²²⁸ Voir *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, précité, note 78, 60 : « l'appelante [le franchiseur] a choisi, comme le montre la preuve au dossier, de changer sa stratégie de gestion et d'exploitation, face à la maturité et à la croissance du secteur de l'escompte, notamment par la généralisation de ce type de magasins. *On ne saurait caractériser ce seul fait, sans nuance, comme constitutif d'une faute civile.* » (Nos italiques)

²²⁹ *Direct International Importing Ltd. c. Thibault Marine inc.*, [1976] C.S. 1538; *A and K Lick-a-chick Franchises Ltd. c. Cordiv Entreprises Ltd.*, (1981) 119

contrepartie de l'obligation prise par le franchisé de ne pas proposer son offre au public (interdiction de diffuser de la publicité) en dehors des limites du territoire, de façon à ne pas entrer en concurrence avec les autres franchisés. Ce système implique que le franchiseur se porte garant vis-à-vis de chaque franchisé du respect de son territoire par les autres franchisés.

Pour atténuer les effets à son égard des clauses d'exclusivité (simple ou renforcée), le franchiseur insère parfois une clause de *vente réservée* lui laissant la possibilité de vendre les produits à des entreprises implantées sur le territoire exclusif mais qui n'œuvrent pas sur le même marché que les franchisés. Par exemple, une franchiseur œuvrant dans le domaine du nettoyage à sec pourra vendre les produits de nettoyage qu'il fabrique à des détaillants installés sur le territoire exclusif. Ces magasins n'offrant pas le service de nettoyage, ils ne font donc pas concurrence aux franchisés.

Mais cela ne suffit pas à contrer l'effet le plus néfaste de la clause d'exclusivité qui est d'interdire au franchiseur d'ouvrir un autre point de vente sur le territoire *lorsque l'évolution du marché appelle cette ouverture*. Néanmoins, le professeur Brigitte Lefebvre soulève justement que le franchisé, dont le chiffre d'affaires n'a pas diminué du fait de l'ouverture d'un autre point de vente, n'a pas d'intérêt à agir en concurrence déloyale parce qu'il ne subit pas de préjudice²³⁰. Par conséquent, la clause lui accordant une exclusivité renforcée ne suffirait pas à écarter toute possibilité pour le franchiseur d'ouvrir un autre point de vente sur son territoire.

En effet, lorsque les circonstances démontrent que le franchisé n'est plus à même de desservir adéquatement un territoire sur lequel la clientèle a considérablement augmenté, le franchiseur est justifié, *malgré la clause d'exclusivité*, d'ouvrir un nouveau point de vente. Loin de porter préjudice au franchisé, cette nouvelle implantation évitera les files d'attente qui rapidement feraient fuir la clientèle. Il faudra néanmoins que le chiffre d'affaires du franchisé n'en soit pas substantiellement affecté.

D.L.R. (3d) 440 (N.S. S.C.); *Club de voyages Aventure (groupe) inc. c. Club de voyages Aventure inc.*, précité, note 110.

²³⁰ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 142.

Pour atténuer les effets d'une telle décision du franchiseur, on peut néanmoins prévoir un **droit de préférence** qui lui imposerait, lorsque l'évolution du marché exige l'ouverture d'un nouveau point de vente sur le territoire du franchisé, l'obligation de proposer l'acquisition en primeur au franchisé protégé par la clause²³¹. Ce n'est qu'en cas de refus – d'où l'expression parfois utilisée de « droit de premier refus » – que le franchiseur pourra ouvrir lui-même le nouveau point de vente ou l'offrir à un tiers.

Certains auteurs considèrent que cette clause est extrêmement lourde pour le franchisé qui se verra obligé de subir la concurrence d'un autre franchisé si, au moment où le franchiseur décide de l'ouverture, il n'a pas les moyens financiers d'acquérir cette nouvelle franchise²³². Mais, par hypothèse, ce risque de concurrence n'existe pas lorsque ce sont précisément les conditions du marché qui appellent l'ouverture. En pratique, il est difficile de prédire si l'ouverture du nouveau point de vente fera substantiellement baisser le chiffre d'affaires du franchisé déjà installé; dans un tel cas, il y aura concurrence préjudiciable.

c. L'obligation implicite

Par contre, le risque de voir le franchiseur profiter de cet assouplissement pour ouvrir un nouvel établissement **alors que la configuration du marché ne l'exige pas** devrait pouvoir être contré non pas sur le terrain de la clause d'exclusivité territoriale, mais sur celui de **l'obligation pour le franchiseur de transférer son savoir-faire**. En effet, il est probable que, dans la majorité des cas, l'exclusivité constitue le support géographique de la réussite commerciale²³³. Le franchisé qui s'oppose à l'ouverture d'un nou-

²³¹ Pour une application jurisprudentielle récente, voir *161324 Canada inc. c. Donini Restaurant inc.*, précité, note 77.

²³² B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 125; LEVASSEUR et associés, *Le guide du franchisage*, Montréal, Franchise d'aujourd'hui, 1985, p. 16.

²³³ D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, n° 42, 10; D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 634 : « L'exclusivité constitue un élément du savoir-faire franchisé, traduisant l'assiette territoriale d'une réussite commerciale; le succès de l'activité est conditionné par l'attribution d'un certain territoire géographique. » Voir aussi *Marché Valérian Inc. c. N.A. Services Inc.*, précité, note 128; *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1995] R.J.Q. 464, [1995] R.R.A. 205 (C.S.), infirmé en partie par [1998] R.J.Q. 47. À la page 48, la Cour d'appel expose : « Même si, en l'espèce, aucune obligation n'était faite à l'appelante [franchiseur] de s'abstenir de faire concurrence à ses franchisés

veau point de vente est donc autorisé à faire la preuve du *caractère déterminant* de l'exclusivité, et ce, même lorsque son contrat ne comporte qu'un droit de préférence. L'opération envisagée par le franchiseur constituerait une violation de son obligation essentielle de fournir au franchisé l'ensemble des éléments de son savoir-faire. Néanmoins, la Cour d'appel vient de souligner, dans son récent arrêt *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, que :

[O]n ne saurait [...] exiger [du franchiseur] *qu'il refuse systématiquement de contrer la concurrence des compétiteurs* [de l'un de ses propres commerces] *uniquement parce que ce combat risque de causer aussi un certain préjudice à son franchisé. Ce serait le tenir à l'impossible et le condamner à mort. La faute* [du franchiseur] *ne saurait donc nécessairement et de façon absolue se situer dans l'exercice à l'endroit de la concurrence, d'une pratique ou d'une restructuration des méthodes de mise en marché, à condition, toutefois, que celles-ci soient faites de bonne foi, ne soient pas dirigées contre son franchisé et n'aient pas pour conséquence de vider ainsi la franchise de ses avantages. [...]* Dès, en effet, que le franchiseur signe avec le franchisé un contrat d'affiliation, il s'engage dans un processus de partenariat et limite évidemment son droit de libre concurrence à son égard.²³⁴

Par conséquent, cette preuve est recevable *même lorsqu'aucun territoire exclusif* n'a été conféré expressément. En effet, lorsque le franchisé a l'obligation de vendre de façon exclusive les produits du franchiseur, l'implantation tout près d'un point de vente similaire au sien vide de son contenu le savoir-faire transmis au franchisé. Le franchiseur viole donc ses obligations de bonne foi et de loyauté²³⁵. Il commet une faute contractuelle donnant droit à

pendant la durée de la convention et à son expiration, il faut toutefois considérer que les obligations découlant d'un contrat s'étendent également à celles qui résultent de sa nature, de l'équité et de l'usage ou de la loi (art. 1434 du *Code civil du Québec*). »

²³⁴ *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, précité, note 78, 60. Voir aussi Paris, 5^e ch., 2 mars 1995, Juris-data n° 021576; Trib. com. Paris, 7 mars 1995, Juris-data, n° 041849.

²³⁵ Voir l'affaire *Pasluns c. Entreprises Lormil Inc.*, J.E. 90-1131 (C.S.), qui concerne un bail commercial, mais dont les conclusions s'appliquent certainement à la franchise. Sur cette affaire, voir B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 121 et 122. Voir aussi *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, précité, note 78, où il a été jugé que l'obligation de bonne foi et de loyauté a été violée par le franchiseur de magasins d'alimentation qui détient aussi un magasin à escompte et dont la politique générale avait pour objectif de préserver la compétitivité de son magasin d'escompte au détriment de ses franchisés. La Cour d'appel expose, à la page 48 : « Afin de qualifier la faute

réparation. Même lorsqu'il n'est pas possible de démontrer qu'il y a violation d'une exclusivité territoriale implicite, le franchisé peut invoquer la théorie de l'abus de droit, qui est désormais largement reconnue en droit québécois²³⁶.

de l'appelante [franchiseur], il faut tenir compte de l'absence d'interdiction précise dans le cadre contractuel, de l'existence d'un magasin à escompte lors de la signature des contrats d'affiliation de même que du contexte factuel. En effet, il fallait permettre à l'appelante de contrer la concurrence exercée par les compétiteurs de son magasin à escompte. Toutefois, ses tentatives de restructuration et son droit à la libre concurrence devaient être exercés de bonne foi en raison du partenariat créé avec les intimées [franchisées] par les contrats d'affiliation. Aux termes de ceux-ci, l'appelante avait une obligation fondamentale de collaboration et d'assistance technique et commerciale. Elle a manqué à cette obligation de loyauté lorsqu'elle s'est adressée à la concurrence de ses magasins à escompte en misant davantage sur le développement de ses propres magasins, en négligeant de réduire l'impact de cette stratégie sur les affaires des intimées et, surtout, en ne leur fournissant pas les outils nécessaire pour faire face à une telle concurrence. » À la page 60, la Cour mentionne que « l'une des obligations fondamentales du franchiseur à l'endroit du franchisé est celle d'assistance technique et commerciale, comprise dans [la] perspective de partenariat, donc de collaboration. Le franchiseur possède, en effet, le savoir-faire et l'expertise dans le secteur commercial particulier où il œuvre, et c'est en partie ce qu'il vend à son franchisé. Ce faisant, il doit, bien évidemment et, d'ailleurs, dans son propre intérêt, suivre l'évolution du marché et adapter ses méthodes et ses techniques aux nouvelles réalités. Il doit cependant aussi, en raison de l'obligation de bonne foi et de loyauté qu'il assume à l'égard de son franchisé, faire bénéficier celui-ci de son assistance technique, de sa collaboration, donc de ses nouveaux outils, ou, au moins, trouver d'autres moyens de maintenir la pertinence du contrat qui le lie pour que les considérations motivant l'affiliation ne soient pas rendues caduques ou inopérantes. »

²³⁶ J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 36, n° 439, p. 249; B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 141 et 142; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'abus de droit contractuel depuis 1980 », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1990, p. 127. Pour un exemple récent de l'application de la théorie de l'abus de droit à la décision d'un franchiseur de ne pas renouveler la convention de franchise alors que son attitude laissait entendre l'intention de renouveler, voir *Boutiques Dans un jardin Canada inc. c. Mireault*, J.E. 95-96 (C.S.). Voir au contraire, pour un refus d'appliquer la théorie de l'abus de droit à une telle décision, *Moto 2001 inc. c. Yamaha Motor Canada Ltd.*, J.E. 95-264 (C.S.). Dans le même sens, le récent arrêt *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, précité, note 78, 59, la Cour d'appel précise que « le seul fait qu'il y ait manquement à une obligation implicite n'autorise [...] pas, en droit, de caractériser celui-ci comme un abus de droit. [...] Toute transgression d'une obligation contractuelle implicite ne doit donc pas nécessairement être qualifiée d'abus de droit, sous peine de voir de l'abus de droit partout et de désigner ainsi toute forme d'inexécution contractuelle. » La Cour réfère au raisonnement du juge Chouinard dans l'arrêt *E. & S. Salsberg inc. c. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445 (C.A.).

Pour éviter une telle situation, il est possible de définir l'étendue du territoire concédé en fonction du chiffre d'affaires qu'il procure au franchisé²³⁷. Le franchisé ne pourra donc pas invoquer la violation du devoir de loyauté si le franchiseur ouvre un nouveau point de vente sans que cela ne fasse baisser son chiffre d'affaires.

Par ailleurs, le système de l'exclusivité territoriale renforcée constitue une promesse de porte-fort²³⁸ par laquelle le franchiseur garantit à chaque franchisé que les autres franchisés du réseau n'empiéteront pas sur son territoire. Par conséquent, cela crée l'obligation implicite pour le franchiseur de veiller à ce que chacun des franchisés respecte la clause²³⁹.

d. Le contenu de la clause

Il faut conseiller aux parties de chasser toute ambiguïté portant sur la délimitation du territoire. Les tribunaux seraient ainsi moins inutilement encombrés par des actions qui visent à préciser si la limite du territoire doit être tracée au milieu de la rue ou comporter les deux trottoirs, par exemple.

En matière de franchise internationale, les territoires concédés sont souvent plus étendus. Ils peuvent correspondre à une région entière. Lorsqu'on choisit de calquer le territoire exclusif sur une unité territoriale administrative déjà existante (municipalité, quartier, bourg, région, département, district, province, etc.), il ne faut pas négliger la possible modification ultérieure des frontières de cette unité. Par conséquent, dans tous les cas, l'annexion au contrat d'un plan précis indiquant l'implantation du point de vente et les limites physiques exactes de l'exclusivité territoriale est une façon simple d'éviter la perte inutile de temps

²³⁷ Voir B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 40, 125 et 139 : « le fait pour un concédant de stipuler au contrat un volume de vente à être atteint [...] lui interdit implicitement mais nécessairement de modifier unilatéralement les limites du territoire concédé. »

En droit français, la solution semble inverse.

²³⁸ *Id.*, 123.

²³⁹ *Id.*; Jean-Marie LELOUP, *Droit et pratique de la franchise*, Paris, éd. Delmas, 1983; Com. 2 oct. 1973 (affaire *Société Fiat France c. Société du grand garage Diderot*).

et d'argent qu'implique le recours aux tribunaux pour régler une question strictement matérielle²⁴⁰.

Si les parties sont liées par une clause donnant un simple droit de préférence, il est également prudent de prévoir précisément quelle envergure doit avoir le changement du marché (par exemple, augmentation de la population de plus de 5%; augmentation de x minutes du temps d'attente de la clientèle aux heures de fort achalandage; installation dans un rayon déterminé d'un nouvel espace de vente d'une superficie supérieure à x m², etc.) pour que le franchiseur puisse être en droit d'implanter un nouveau point de vente ou de service.

e. La validité de la clause

Comme la clause d'exclusivité d'approvisionnement, la clause d'exclusivité territoriale peut être interprétée comme étant une *clause de partage du marché* restreignant la libre concurrence, et donc tombant sous le coup des dispositions restrictives du droit de la concurrence²⁴¹. Là encore, la clause d'exclusivité territoriale n'est pas, en soi, répréhensible. Elle risque seulement de le devenir si elle constitue véritablement un obstacle à la libre circulation des produits sur un territoire donné²⁴².

En pratique, pour constituer une clause susceptible de tomber sous le coup de l'infraction de « limitation de marché », la clause d'exclusivité territoriale doit être jumelée à une clause d'approvisionnement par laquelle le fournisseur impose au franchisé de n'offrir ce produit que sur le territoire visé²⁴³.

²⁴⁰ *Direct International Importing Ltd. c. Thibault Marine Inc.*, [1976] C.S. 1538.

²⁴¹ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 65 et 66. Voir en droit communautaire européen : C.J.C.E., 28 janv. 1986, cas 161/84 (*Pronuptia*), obs. J.J. Burst, et Robert KOVAR, « La mariée est en blanc », *loc. cit.*, note 65; Commission des Communautés européennes, 17 déc. 1986, J.O.C.E., n.L. 13/39 17 déc. 1986; Communautés européennes, Yves Rocher, 17 déc. 1986, J.O.C.E., n.L. 8/49 et obs. G. Cas, R. Bout et D. Ferrier. Voir aussi Com. C.E.E., *Treizième rapport sur la politique de la concurrence*, 1984. Voir, en droit français, D. FERRIER, « Franchises et pratiques restrictives de concurrence », *Cahier de droit de l'entreprise*, 1987, n° 4; D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 637, n° 23.

²⁴² G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, p. 131.

²⁴³ L'article 77 (1) de la *Loi sur la concurrence*, précitée, note 58, décrit la « limitation du marché » comme étant une exclusivité définie de la façon suivante : « La pratique qui consiste, pour le fournisseur d'un produit, à exiger d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce

Par ailleurs, cette limitation de marché n'est répréhensible selon la loi que si elle remplit certains critères, que nous avons déjà vus, à propos de la clause d'exclusivité d'approvisionnement. Il doit s'agir 1) d'une pratique courante, 2) endossée par un fournisseur important, 3) et ayant pour effet de nuire sensiblement à la concurrence²⁴⁴. Néanmoins, l'article 77(4) de la *Loi sur la concurrence* prévoit une exception lorsque la pratique s'étend sur une courte durée et a pour but de proposer un nouveau produit ou de lancer une nouvelle entreprise²⁴⁵.

B. Les obligations du franchiseur relevant de l'organisation du réseau : le contrôle de l'homogénéité

Enfin, le contrat de franchise comporte ordinairement une section généralement intitulée : « les droits du franchiseur ». Cette section accorde au franchiseur le droit de procéder à diverses vérifications, d'organiser diverses inspections et de prendre les mesures nécessaires pour forcer le franchisé à corriger l'écart de comportement éventuellement relevé (1). Une question essentielle se pose en matière de franchise : celle de savoir si le franchisé est justifié de s'attendre à ce que le franchiseur use de ses droits contre les autres franchisés qui auraient enfreint le contrat. En d'autres termes, les droits de contrôle du franchiseur impliquent-ils le *devoir* de sanctionner le franchisé responsable et/ou de rectifier la situation afin que l'image de marque du réseau ne soit pas ternie au détriment des autres franchisés (2)?

client fournisse lui-même un produit quelconque uniquement sur un marché déterminé ou encore à exiger une pénalité de quelque sorte de ce client si ce dernier fournit un produit quelconque hors du marché déterminé. »

²⁴⁴ G. LAPRISE, *op. cit.*, note 39, p. 129.

²⁴⁵ Art. 77 (4) de la *Loi sur la concurrence*, précitée, note 58 : « Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue par le présent article lorsque, à son avis

a) l'exclusivité [d'approvisionnement] ou la limitation du marché est ou sera pratiquée, pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit soit d'un nouveau produit. »

1. Les facultés de contrôle du franchiseur

a. La faculté de contrôler la qualité des installations, des accessoires et des produits offerts par le franchisé

Parmi les droits que les franchiseurs internationaux s'octroient ordinairement, on peut citer celui de contrôler l'assortiment des produits offerts à la vente. La clause prévoit le droit pour le franchiseur (ou ses agents) de procéder à des inspections-surprises de l'établissement, du matériel de production, des produits et du matériel de publicité et de présentation.

Le franchisé s'engage alors à le laisser entrer à toute heure raisonnable dans l'établissement et à ne pas faire obstacle à l'inspection. Il est généralement prévu le droit pour les agents d'inspection de prélever des échantillons des produits, des matériaux des installations, des accessoires, etc., pour fins d'analyse et de vérification. Il est également reconnu au franchiseur le droit d'exiger du franchisé qu'il enlève tout équipement, matériau, produit, accessoire, enseigne, etc., qu'il n'aura pas jugé conforme aux standards. Le franchiseur peut même se réserver le droit de procéder lui-même à l'enlèvement si le franchisé n'y pourvoit pas dans le délai spécifié. De même, il se réserve le droit de procéder aux réparations qu'il juge nécessaires. Dans tous les cas, les frais sont à la charge du franchisé.

Naturellement, ce type de clause se justifie par la nécessité d'assurer un haut standard de qualité et de sécurité. Il permet aussi de contrer les importations parallèles de produits dont le conditionnement porte atteinte à la garantie de provenance de la marque²⁴⁶.

b. La faculté d'obtenir des informations sur les affaires du franchisé

De la même façon, le franchiseur s'octroiera la faculté d'exiger, en tout temps raisonnable, la production de divers documents et renseignements comptables, commerciaux et autres du

²⁴⁶ D. FERRIER, *loc. cit.*, note 1, 634.

franchisé²⁴⁷. La clause peut parfois être extrêmement large. Le franchiseur peut exiger que le franchisé s'engage à lui fournir toute information concernant non seulement son commerce, mais également ses employés, ses fournisseurs, ses clients, et généralement toute autre personne faisant affaires, à quelque titre que ce soit, avec le franchisé²⁴⁸. Le franchisé peut se voir également imposer la clause par laquelle il s'engage à ne poursuivre aucune personne qui, à la demande du franchiseur, aurait fourni à ce dernier des informations concernant le franchisé.

2. L'obligation prétorienne d'assurer une bonne gestion du réseau : l'affaire Charlebois c. Boutique Kit International Ltée

Comme nous l'avons maintes fois répété, le contrat de franchise est un contrat d'adhésion où le franchiseur s'abstient précautionneusement de s'imposer plus que les obligations essentielles de fourniture de service, de savoir-faire et d'assistance.

Pourtant, il est clair qu'adhérer à un contrat de franchise n'équivaut pas à passer un contrat de fourniture de service auquel est joint un contrat de fourniture de savoir-faire et un contrat d'assistance technique. Le contenu du contrat de franchise est incommensurablement plus large que la somme de telles obligations. Le contrat de franchise a pour objet de faire profiter à un commerçant indépendant de la réputation d'une marque auprès du public et de la sécurité que procure l'organisation territoriale du marché en zones d'exclusivité. Par conséquent, si l'on s'interroge sur la raison pour laquelle le franchisé adhère au réseau, on reconnaît qu'il s'y joint non seulement pour bénéficier d'un approvisionnement organisé et d'un savoir-faire clé en main, mais surtout pour bénéficier véritablement du *succès commercial*

²⁴⁷ *Hyundai Motors America c. Automobiles des Îles (1989) inc.*, J.E. 97-783 (C.S.). Dans cette affaire, le franchiseur avait imposé une clause par laquelle le franchisé s'engageait à préparer, à garder à jour et à conserver des dossiers de vente où devaient être consignées les informations relatives aux réclamations de garanties faites par les clients. La clause prévoyait également le droit pour le franchiseur de vérifier ces dossiers « at reasonable time during regular business. » La Cour a considéré que, même après la cessation de leur relation, le franchiseur était parfaitement en droit d'exiger la remise de ces documents en vertu de cette clause claire et non équivoque afin de vérifier si des fraudes avaient été commises.

²⁴⁸ P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 36, p. 132.

du réseau. La cause du contrat est la volonté des parties de réitérer la réussite commerciale du franchiseur.

Cela implique nécessairement que le franchiseur soit tenu à beaucoup plus qu'aux simples obligations ci-dessus exposées, juxtaposées les unes aux autres. Le succès du réseau repose sur deux éléments fondamentaux : l'homogénéité de l'offre et son adaptation constante aux réalités nouvelles de chacun des marchés sur lesquels il est implanté. Par conséquent, la franchise ***implique nécessairement l'obligation (de moyens) pour le franchiseur de maintenir tout au long du contrat les qualités de la franchise en raison desquelles le franchisé a adhéré.***

Cela ne signifie pas qu'il faille maintenir le *statu quo* : bien au contraire. Le franchiseur a l'obligation *implicite* d'adapter le concept en permanence pour que la qualité de la marque et sa notoriété restent identiques, voire même pour qu'elles s'améliorent. Cela implique également que le franchiseur a le devoir implicite de veiller au respect, par tous les franchisés, des règles édictées. Par conséquent, les droits que le franchiseur s'octroie vis-à-vis de chacun de ses franchisés de procéder à des inspections et de corriger les irrégularités ne sont pas simplement des facultés qu'il est libre d'opposer à son franchisé et d'exercer à sa convenance. ***Selon nous, il faut y reconnaître la formulation de véritables obligations vis-à-vis de l'ensemble des franchisés.***

Nous l'avons dit, le contrat de franchise est un contrat dont le contenu est imposé à tous les franchisés parce qu'il est de l'essence même de la mise en place d'un réseau que les contrats qui le tissent soient globalement identiques. Par conséquent, chaque franchisé qui accepte les clauses par lesquelles le franchiseur s'octroie des droits d'inspection et de correction, est en droit de s'attendre à ce que le franchiseur procède à ces inspections chez tous les franchisés de façon à assurer à tous et à chacun le maintien d'une bonne image de marque.

Cela revient donc à inscrire à l'encre sympathique, dans le contrat de franchise, le ***devoir général du franchiseur de veiller à la bonne gestion du réseau.*** Cet engagement général se décline en plusieurs obligations précises, telle celle de veiller à ce qu'un franchisé n'empiète pas sur le territoire exclusif de l'autre et à prendre les mesures contractuelles et judiciaires nécessaires pour faire cesser une telle violation du contrat.

Au Québec, à défaut de législation impérative imposant ces obligations, l'autorité pour procéder à l'ajout de cette *clause de bonne gestion du réseau* fait défaut..., à moins que la jurisprudence n'y parvienne sur la base des règles générales du droit des obligations. C'est précisément dans cette voie que semble s'être engagée la Cour d'appel dans l'arrêt *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*²⁴⁹.

Dans cette affaire, la mauvaise gestion du réseau par le franchiseur à l'égard de tous les franchisés a eu pour résultat une détérioration de leur position concurrentielle, un état d'affrontement entre les franchisés, une diminution de leur crédibilité envers les consommateurs et une perte de rentabilité et même de viabilité²⁵⁰. En défense, le franchiseur attaqué par plusieurs de ses franchisés soutenait qu'il n'était lié à chacun d'eux que par un contrat individuel, de sorte que les franchisés ne pouvaient pas invoquer la dégradation de l'ensemble du réseau. Mais la Cour énonce :

[Le franchiseur] *ayant choisi de constituer un réseau, y ayant référé spécifiquement dans chacun des contrats de franchise octroyés et ayant créé à l'égard de chaque franchisé des normes communes et des obligations réciproques de l'un envers l'autre, [ce franchiseur] ne peu[t] maintenant se retrancher derrière l'individualité de chaque contrat pour éviter de répondre aux griefs que l'un ou l'autre franchisé veut faire valoir relativement à [sa] conduite dans la mesure où elle porte atteinte à l'ensemble du réseau et, partant, à leurs intérêts individuels.*²⁵¹

Cet arrêt nous semble capital dans la reconnaissance de la spécificité des contrats dont l'objet est de mettre en place un réseau de distribution. Il constitue un premier pas vers la reconnaissance de l'obligation que doit le franchiseur à chacun de ses franchisés de veiller à la bonne gestion du réseau. Il nous apparaît certain qu'un tel mouvement jurisprudentiel procéderait à un juste rééquilibrage du contenu du contrat de franchise. Il semble aller vers une reconnaissance du concept de *contrat de réseau* où la notion de l'opposabilité aux tiers serait aménagée de façon spécifique.

²⁴⁹ *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*, (1987) 5 *R.D.J.* 607 (C.A.); à comparer avec *Perreault-Bélair c. Phildar Ltée*, J.E. 88-621 (C.S.).

²⁵⁰ *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*, précité, note 249, 610.

²⁵¹ *Id.*

IV. La fin du contrat

Le contrat de franchise internationale est naturellement un contrat à réalisation successive. Par conséquent, il y est toujours prévu un ensemble de dispositions relatives à la fin de la relation contractuelle. Plusieurs causes peuvent être à l'origine de la rupture (A). De graves conséquences y sont attachées (B).

A. Les diverses causes de la rupture

En matière de rupture du contrat, la franchise internationale ne présente pas de particularités par rapport à la rupture d'autres contrats de relations commerciales et professionnelles similaires. La rupture peut intervenir de l'initiative du franchiseur (1), ou de celle du franchisé (2) en raison de la faute de l'autre partie. Elle a naturellement lieu également au moment de l'expiration du délai prévu (3) et en cas d'incapacité ou de disparition de l'une des parties (4).

1. La rupture du contrat à l'initiative du franchiseur

Les causes principales de résiliation par le franchiseur sont constituées par le manquement du franchisé à ses obligations²⁵². La liste de ces manquements susceptibles de mener à la résiliation par le franchiseur est souvent impressionnante. Elle correspond au manquement à presque toutes les obligations du franchisé et non seulement aux plus graves.

La liste peut donc comprendre, notamment, le non-respect de l'obligation de payer à la date fixée toutes les redevances et autres sommes dues au franchiseur, le non-respect des directives du franchiseur, le non-respect de la clause d'exclusivité territoriale ou d'approvisionnement, l'obstacle fait à l'inspection du franchiseur, l'organisation de soldes ou d'autres événements promotionnels sans autorisation préalable, le non-respect d'une clause de quota, de non-concurrence, le non-paiement des fournitures ou des redevances, le manquement à l'obligation de confidentialité, la dissimulation, la fausse déclaration quant au chiffre d'affaires ou

²⁵² D. LEGEAIS, *loc. cit.*, note 7, 5 de l'annexe 3.

quant à toute autre information demandée par le franchiseur²⁵³, la non-production des renseignements demandés aux dates requises, la modification de la forme juridique de la société ou la cession de l'entreprise sans autorisation préalable, la cessation d'activité, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire du franchisé ou de toute caution²⁵⁴.

Lorsque cela est pertinent, il est souhaitable de prévoir que la résiliation n'aura lieu que si les remèdes proposés par le franchiseur, après qu'il ait mis le franchisé en demeure de rectifier son attitude, n'ont pas été suivis ou si la situation n'a pas été rétablie par quelque autre moyen dans un délai raisonnable.

Lorsque l'obligation qui n'a pas été adéquatement remplie n'est pas essentielle, la résiliation devrait être considérée comme le recours ultime contre la mauvaise volonté et l'incompétence du franchisé. La poursuite de la franchise est préférable et souhaitée pour tous. Le franchiseur ne se retient cependant pas de prévoir la résiliation, quitte naturellement à ne pas s'en prévaloir s'il juge préférable de tenter de redresser la situation. Dans ce contexte, la pratique d'une clause de résiliation de plein droit si large qu'elle s'étende au moindre petit manquement (par exemple, le retard exceptionnel d'une journée de paiement de redevance par un franchisé de longue date n'ayant jamais failli à cette obligation) relèverait du despotisme contractuel, et ce, d'autant plus qu'il est généralement prévu que la résiliation a lieu de **plein droit** sur **simple notification** envoyée par courrier, sans aucun préavis ni, bien entendu, sans aucune indemnité de quelque sorte que ce soit²⁵⁵.

Il nous semble que l'on ne saurait mettre fin à une relation professionnelle et à une complicité commerciale si poussée sans autres égards. Faute d'une législation plus particulièrement adaptée aux contrats de réseaux de distribution commerciale intégrée, ce type de clause ne peut se voir restreint que par recours aux règles de droit commun relatives aux clauses abusives dans

²⁵³ *Hyundai Motor America c. Automobiles des Îles (1989) inc.*, précité, note 247. Dans cet arrêt, la Cour précise que le franchiseur n'a pas perdu le droit contractuel d'avoir accès à certains documents du fait de la rupture du contrat; *Franchises internationales V.C.T. inc. c. Gestion Lotus Val-d'Or inc.*, 98 B.E. 585 (C.S.).

²⁵⁴ D. LEGEAI, *loc. cit.*, note 7, n° 54, 13; P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 36, p. 151.

²⁵⁵ D. LEGEAI, *loc. cit.*, note 7, 5 de l'annexe 3.

les contrats d'adhésion..., à moins qu'une loi étrangère d'application immédiate ne soit applicable et vienne restreindre la portée de la clause sur les affaires des franchisés établis à l'étranger.

2. La rupture du contrat à l'initiative du franchisé

La rupture à l'initiative du franchisé peut prendre deux formes. Elle découle soit de la résiliation unilatérale pour faute du franchiseur (a), soit de la cession du commerce (b).

a. Le non-respect des obligations principales par le franchiseur

Bien entendu, le franchiseur, seul rédacteur du contrat, s'abstient de formuler des causes de rupture à l'initiative du franchisé aussi précises, nombreuses et parfois anodines que celles que nous venons de voir. Seul le manquement à des obligations véritablement essentielles sera cause légitime de rupture à l'initiative du franchisé, telles le non-respect de la clause d'exclusivité par le franchiseur, le non-respect de son obligation d'assistance et le manquement à son obligation de transférer le savoir-faire.

b. Le transfert ou la cession du fonds

Par ailleurs, le franchisé étant un commerçant indépendant auquel appartient le fonds qu'il exploite, il est normalement en droit de le céder à quiconque, à n'importe quel moment. Mais le contrat de franchise limite souvent ce droit. Il est d'abord possible que le franchiseur se réserve un *droit de premier refus* qui lui permet d'acquérir lui-même l'établissement, aux conditions prévues dans l'offre d'achat. Si le franchiseur ne se prévaut pas de ce droit, le franchisé doit recueillir son autorisation expresse écrite avant de procéder à toute vente, cession, transfert, mise en gage et hypothèque²⁵⁶. L'autorisation ne saurait être refusée que pour des motifs raisonnables.

De plus, il sera exigé du cessionnaire de la franchise qu'il accepte d'adhérer à un contrat de franchise et de remplir toutes les

²⁵⁶ P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 36, pp. 142 et 143.

obligations jusque-là supportées par le franchisé cédant envers le franchiseur et les fournisseurs. On exige également que l'exploitation de l'établissement soit la seule activité du cessionnaire. Par ailleurs, le franchisé cédant devra liquider toutes ses obligations pécuniaires envers le franchiseur avant de procéder à la cession.

Si la cession se fait au profit d'une personne physique, le cessionnaire devra convenir à tous les critères de sélection des candidats franchisés *alors en vigueur* (avoir une bonne réputation, une bonne cote de crédit, une solvabilité suffisante, une compétence commerciale ou des aptitudes suffisantes pour en développer une rapidement, etc.). Il devra fournir toutes les informations personnelles exigées par le franchiseur pour fins d'évaluation. Comme tout nouveau franchisé, la personne qui doit devenir le gérant de l'établissement devra réussir la session de formation organisée par le franchiseur et en acquitter les frais. Le cessionnaire devra également signer un contrat de franchise *tel qu'il sera généralement pratiqué par le franchiseur lors de la cession*.

Enfin, le cédant devra généralement signer une quittance générale sur toute réclamation contre le franchiseur. Il peut être exigé également que le franchisé cédant paie des frais forfaitaires de vérification, d'administration et d'enregistrement dus à la cession²⁵⁷.

3. L'expiration du contrat

Les règles diffèrent selon qu'il s'agit d'un contrat de franchise à durée déterminée (a) ou d'un contrat à durée indéterminée (b).

a. Le contrat à durée déterminée

Dans la très grande majorité des cas, le contrat de franchise prend la forme d'un contrat à durée déterminée. Le contrat prend donc automatiquement fin à l'expiration de la durée prévue, sans préavis ni indemnité²⁵⁸.

²⁵⁷ *Id.*, pp. 143-145.

²⁵⁸ *Simard c. Provi-Soir inc.*, (1993) 56 Q.A.C. 299.

i. *Le droit au renouvellement du contrat*

Mais, en fait, dans l'intérêt des deux parties, un **droit de renouvellement** est couramment prévu. Par contre, on recourt rarement au mécanisme de la tacite reconduction, car le renouvellement est une bonne occasion de mettre le contrat à jour.

Le franchisé préfère généralement un contrat d'une durée fixe assez longue, de l'ordre de 20 ou 25 ans. Mais le franchiseur impose, la plupart du temps, une durée initiale courte de 5 ou 10 ans²⁵⁹ avec droit de renouvellement pour un nombre déterminé de périodes additionnelles.

Ce mécanisme est un assez bon compromis, puisque la durée totale du contrat peut atteindre 20 ou 25 ans. L'intérêt de prévoir un droit de renouvellement est, bien entendu, de se départir facilement d'un franchisé qui ne remplit pas ses obligations convenablement, mais surtout d'assortir le droit au renouvellement de conditions comme, par exemple, la modernisation du décor, l'installation d'équipements plus performants, **dans le respect des nouvelles exigences du franchiseur**. De plus, il est parfois prévu qu'à chaque renouvellement, le franchisé devra payer une somme d'argent, appelée **droit de renouvellement**, correspondant généralement, soit à une somme fixe, soit à la différence entre le droit d'entrée payé initialement et le droit d'entrée en vigueur au moment du renouvellement.

L'obligation de souscrire à la convention de franchise **dans sa rédaction dernière** pourra également être exigée²⁶⁰. Ce mécanisme de renouvellement obligeant les franchisés les plus anciens à atteindre le même niveau de perfectionnement et d'évolution du concept que les nouveaux franchisés constitue un mécanisme de mise à jour qui préserve en permanence l'homogénéité de la franchise²⁶¹. **C'est donc, en pratique, une clause importante qui permet à la franchise de s'adapter régulièrement à l'évolution du marché.**

Le franchiseur pourrait cependant abuser de la situation et imposer de nouvelles conditions s'avérant plus sévères pour le franchisé tout en n'étant nullement nécessaires à la préservation

²⁵⁹ L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 74.

²⁶⁰ A.-M. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 8, 73 et 74.

²⁶¹ *Id.*

de l'homogénéité. Ainsi, il faudra porter une attention particulière aux nouvelles conditions et, plus particulièrement, à celles relatives à la redevance et aux autres prestations monétaires dues par le franchisé.

ii. Les causes de non-renouvellement

Par ailleurs, il est couramment prévu que certains comportements du franchisé constituent des causes de non-renouvellement. Il est important d'exiger une liste exhaustive de ces causes afin de restreindre le pouvoir discrétionnaire du franchiseur²⁶², à qui le droit commun des obligations n'impose nullement l'obligation de contracter de nouveau contre son gré.

Ces causes sont ordinairement constituées par le manquement aux obligations majeures du franchisé, telles celles de payer à temps les divers montants dus au franchiseur, de cesser d'exploiter le commerce²⁶³, de respecter les consignes du franchiseur, de garder le secret sur le savoir-faire, d'user adéquatement des signes de ralliement à la marque. Il est néanmoins possible que le franchiseur prévoie que **tout** manquement à l'une quelconque des obligations contenues dans le contrat de franchise (et même parfois le manquement à des obligations relevant d'autres contrats, tel le contrat de bail du local commercial du franchisé) constitue une cause de non-renouvellement. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît le caractère abusif d'une telle exigence²⁶⁴.

Notons enfin que la théorie de l'abus de droit permet aux juges d'attribuer des dommages-intérêts au franchisé lésé par une décision abrupte du franchiseur de ne pas renouveler alors que son attitude laissait raisonnablement croire à sa volonté de poursuivre la relation de franchise²⁶⁵.

²⁶² *Id.*, 74.

²⁶³ *2523-9526 Québec Inc. c. Hyundai Auto Canada Inc.*, J.E. 90-1207 (C.S.).

²⁶⁴ *Sachian inc. c. Treats inc.*, précité, note 78; C.A. Québec n° 200-09-001310-975.

²⁶⁵ *Boutiques Dans un jardin Canada inc. c. Mireault*, précité, note 236.

b. Le contrat à durée indéterminée

Naturellement, les parties peuvent mettre fin au contrat d'un commun accord. Il reste à déterminer si une partie peut le faire *unilatéralement*. Il faut distinguer le cas où la résiliation est la sanction de la mauvaise exécution du contrat par l'autre partie du cas où un contractant souhaite simplement se retirer sans qu'aucun grief ne puisse être opposé à l'autre.

L'article 1597 du *Code civil du Québec* établit que le refus du débiteur d'une obligation à réalisation successive d'exécuter entièrement, correctement et à temps ses obligations le met de plein droit en demeure de le faire. En vertu de l'article 1590, le créancier d'une telle obligation est alors en droit d'obtenir la résiliation du contrat²⁶⁶.

L'article 1604, alinéas 2 et 3 du Code précise que le manquement de peu d'importance mais qui est répétitif donne droit à la réduction proportionnelle de l'obligation du débiteur ou à des dommages-intérêts si, en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, la réduction de l'obligation du créancier ne peut avoir lieu²⁶⁷. En matière de franchise, il est aisé d'imaginer un manquement peu important mais répétitif à une obligation (par exemple, le retard systématique de quelques jours dans les paiements des redevances ou dans l'affichage des panneaux publicitaires, etc.). La réduction proportionnelle de l'obligation du franchiseur n'a aucun sens. Par conséquent, lorsqu'un franchisé fait face à un franchisé manquant de façon peu importante mais régulière à une obligation, il ne peut qu'exiger des dommages-intérêts.

Pour remédier à ce genre de situation²⁶⁸, les parties à un contrat de franchise peuvent prévoir la possibilité de résiliation unilatérale à tout moment, sans considération du manquement du contractant²⁶⁹. Le devoir de bonne foi dû tout au long de la relation contractuelle impose néanmoins qu'un avis raisonnable

²⁶⁶ Jean-Louis BAUDOUIN, *op. cit.*, note 36, n° 59, p. 55.

²⁶⁷ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 593 et suiv.

²⁶⁸ Étant donné qu'il n'a pas été créé de faculté *légale* de révocation unilatérale lorsqu'il y a contrat de franchise, comme il en existe pour le contrat de travail (art. 2091 C.c.Q.) et le contrat de louage (art. 1971 et suiv. C.c.Q.).

²⁶⁹ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *op. cit.*, note 267, p. 423.

(en considérant les investissements en jeu et la durée de la relation) soit respecté. Un délai de trois mois semble être le minimum acceptable.

Quant à la possibilité d'obtenir une quelconque indemnité de rupture fondée sur la qualité de contrat d'intérêt commun et sur la perte de clientèle, elle est totalement inexistante. Contrairement à la situation du représentant commercial international (qui appelle l'adoption d'un statut le protégeant notamment en lui reconnaissant un droit à une indemnisation de clientèle), on considère que le franchisé ne se crée pas une clientèle personnelle. Au contraire, grâce aux services fournis par le franchiseur, le franchisé accède à une clientèle qu'il n'aurait pu créer autrement. La question porte à discussion. Néanmoins, actuellement, aucune indemnité n'est envisageable à ce titre.

4. La disparition ou l'incapacité des parties

Le contrat de franchise internationale étant un contrat *intuitu personæ*, il n'est en principe pas transmissible. Mais la fermeture d'un établissement en raison du décès du franchisé n'est pas souhaitable et il est parfois préférable de permettre le transfert du contrat plutôt que de devoir réimplanter une nouvelle franchise sur le secteur desservi par le franchisé décédé.

En cas de décès du franchisé, il est donc souvent prévu dans les clauses que le représentant légal de la succession ou les héritiers pourront soumettre au franchiseur une demande de transfert de la franchise. Le transfert sera accepté si les conditions auxquelles les candidats franchisés sont ordinairement soumis sont remplies. Si un tel transfert n'a pas lieu faute de demande soumise dans le délai ou faute d'approbation par le franchiseur, le contrat prendra fin à l'expiration du délai. Entretemps, le franchiseur désignera une personne pour assurer l'exploitation de l'établissement. Les frais encourus pour la mise en place de cette suppléance pourront être mis à la charge de celui à qui la franchise sera transférée.

Les mêmes dispositions valent en cas d'incapacité permanente, puisque le franchisé qui a pris l'engagement de se consacrer entièrement à l'exploitation de sa franchise n'est plus en mesure de le faire.

B. Les conséquences de la rupture

Le franchiseur a le souci légitime de s'assurer que la fin des relations contractuelles avec l'un de ses franchisés n'entraîne pas de conséquences néfastes pour le réseau. Ces préoccupations essentielles sont logiquement liées à la protection du réseau (2). Elles le porteront à s'assurer que le franchisé ne lui fera pas concurrence et qu'il ne trahira pas le secret sur le savoir-faire. D'autres préoccupations plus personnelles (1) le mèneront à prévoir la réparation du préjudice éventuellement subi et à organiser le régime de la restitution des biens.

1. Les clauses protectrices des intérêts immédiats des parties

a. La réparation du préjudice subi

A défaut de dispositions expresses, la partie qui se sent lésée par une rupture abusive du contrat peut naturellement tenter un recours en dommages-intérêts pour faute ou abus de droit.

Notons un arrêt récent qui accueille la requête en injonction interlocutoire d'un franchiseur visant à obliger un franchisé à transférer son numéro de téléphone, tel qu'il était prévu dans le contrat de franchise en cas de résiliation²⁷⁰. Dans cette affaire, le franchisé alléguait que la conservation du numéro de téléphone qui lui avait été attribué du temps du franchisage ne causait aucun préjudice au franchiseur. La Cour considère que cela est faux puisque l'ancien franchisé continue à exercer la même profession à la même adresse. Par ailleurs, elle relève que le changement de numéro de téléphone exigé par le franchiseur n'est pas une exigence déraisonnable. La Cour reconnaît donc la validité de la clause obligeant l'ancien franchisé à changer de numéro de téléphone.

²⁷⁰ *Via Route inc. c. Zawahry*, J.E. 97-197 (C.S.). Voir aussi *Simard c. Provi-Soir inc.*, précité, note 71.

b. La restitution

i. La restitution du matériel portant la marque du réseau

La marque de commerce demeurant la propriété du franchiseur, celui-ci prend toujours soin d'imposer au franchisé l'obligation de lui remettre tous les supports de signes de ralliement de la clientèle (panonceaux, enseignes, emblèmes, matériel publicitaire, etc.), quel que soit le motif de la rupture du contrat. En pratique, le franchisé bénéficie d'un délai pour procéder à l'enlèvement de tous ces objets. À défaut par celui-ci de ce faire, le franchiseur se réserve le droit de procéder lui-même à l'enlèvement aux frais du franchisé. Par ailleurs, l'utilisation de l'un quelconque des signes de ralliement de la marque peut certainement donner lieu à une action en concurrence déloyale et/ou en contrefaçon de marque.

ii. La restitution du stock de produits

En principe, le franchisé est propriétaire des produits qu'il a dûment achetés au franchiseur. Mais il est difficile de lui permettre de les écouler sans la marque. Par conséquent, il est généralement convenu dans les contrats de franchise que le franchiseur achètera le stock existant lors de la rupture du contrat à des conditions (prix, lieu de la livraison, date, mode de paiement, etc.) prédéterminées²⁷¹.

2. Les clauses protectrices des intérêts du réseau

a. L'obligation de non-concurrence

L'obligation de non-concurrence permet au franchiseur d'interdire que, riche de son expérience acquise auprès de lui, le franchisé n'exerce une activité similaire qui lui ferait concurrence. Cette obligation est systématiquement imposée. Pour être valable

²⁷¹ Pour des exemples jurisprudentiels récents de difficultés liées au contenu de l'obligation de racheter le stock, voir *2523-9526 Québec Inc. c. Hyundai Auto Canada Inc.*, précité, note 263, et *Moto 2001 inc. c. Yamaha Motor Canada Ltd.*, précité, note 236.

cependant, elle devra être raisonnable et donc proportionnée au résultat recherché, c'est-à-dire à la nécessité de s'assurer que le franchisé ne portera pas concurrence à la franchise. Elle devra donc être strictement limitée quant au territoire et quant à la durée²⁷². Il semble raisonnable de prévoir que cette interdiction s'étendra uniquement sur le territoire qui supportait l'exclusivité et qu'elle perdurera quelques années (1 à 5 ans environ). Elle peut être complétée par une clause pénale.

Il est également possible de parer à la possibilité qu'a le franchisé de s'affilier à un réseau concurrent. Là encore, une clause interdisant une telle affiliation ne peut être valable que si elle est strictement limitée.

b. L'obligation de secret

Contrairement à la clause de non-concurrence qui doit être limitée dans l'espace et dans le temps, l'obligation au secret peut perdurer indéfiniment²⁷³. Cela se comprend aisément dès lors, d'une part, qu'elle ne restreint pas la liberté fondamentale du franchisé de travailler dans le domaine qu'il a choisi et, d'autre part, que la divulgation du secret porte préjudice au réseau du franchiseur même si elle a lieu plusieurs années après la cessation du contrat.

Pour constituer valablement un secret protégé, l'information doit posséder une véritable valeur économique pour l'entreprise. Le franchiseur doit avoir lui-même traité l'information comme secrète. Il doit également démontrer qu'il a pris des mesures pour qu'elle ne circule pas indûment.

L'obligation du franchisé ne cesse que si l'information a été largement divulguée par le franchiseur ou par un tiers (soumis ou non à la même obligation), de sorte qu'elle ne constitue plus un

²⁷² Pour des exemples jurisprudentiels récents, voir *Joe loue tout c. Jubinville*, J.E. 96-1588 (C.S.) et J.E. 97-1908 (C.S.); *Gestion R. & R. Gauthier Ltée c. Vidéoflex inc.*, J.E. 92-1214 (C.S.), J.E. 93-936 (C.A.).

²⁷³ L. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 142, 79.

secret pour personne²⁷⁴. Le franchisé qui viole son obligation peut être poursuivi en concurrence déloyale.

*

* *

Il est bien évident que nous n'avons étudié que quelques-unes des obligations qui peuvent figurer dans un contrat de franchise internationale, soit celles qui nous ont semblé les plus caractéristiques. D'autres clauses, de médiation, d'arbitrage, d'attribution de compétence, d'entente intégrale, etc., sont également courantes, sans compter les obligations légales implicites – telles celles de bonne foi²⁷⁵ et de loyauté²⁷⁶ – qui découlent de la nature du contrat, de l'équité, de l'usage ou de la loi, en vertu de l'article 1024 du *Code civil du Québec*²⁷⁷.

La franchise internationale est sans nul doute un mécanisme ingénieux basé sur la combinaison de la souplesse d'une structure de commercialisation composée d'unités juridiques indépendantes et de l'impulsion d'une image de marque d'envergure internationale. Elle crée, à travers le monde, un réseau de petites et moyennes entreprises ouvert à l'accueil de nouveaux membres, à l'expansion sur de nouveaux marchés. C'est donc un mécanisme dynamique, innovateur, doué d'une grande capacité d'adaptation aux mouvements des marchés mondiaux. Il constitue certainement un outil de commercialisation efficace et le véhicule d'un certain rapprochement des peuples qu'il faut encourager.

Mais en l'absence de législation spécifique, la franchise internationale peut également s'avérer constituer un instrument

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ Sur cette notion et sa reconnaissance jurisprudentielle, voir entre autres, *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, précité, note 134; J. PINEAU, *loc. cit.*, note 179; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 179; G. LECLERC, *loc. cit.*, note 178; Menezes CORDEIRO, « La bonne foi à la fin du vingtième siècle », (1996) 26 *R.D.U.S.* 223.

²⁷⁶ Voir *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, précité, note 78, 58.

²⁷⁷ Voir Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1. Voir aussi *Banque de Montréal c. P.G. du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565.

d'exploitation aux mains du franchiseur. Sous le prétexte de la nécessité d'améliorer sans cesse le concept, de l'adapter à l'évolution des besoins et de contrôler l'homogénéité du réseau, le franchiseur imposera aux franchisés de lourdes obligations de se laisser contrôler, de s'approvisionner exclusivement auprès de lui, de réinvestir continuellement une part des profits dans la décoration de l'établissement, d'accepter des augmentations de redevances, etc. Toutes sortes d'exigences, des plus fondamentales aux plus bénignes, peuvent ainsi être imposées. Néanmoins, le nombre et le degré de précision des obligations n'est pas totalement condamnable dès lors qu'effectivement le succès de la franchise est fondé sur une sévère discipline de réseau.

À la lecture d'un contrat de franchise, ce qui frappe plus encore que le poids du fardeau des obligations du franchisé, c'est la sévérité de la sanction en cas de manquement. Le moindre défaut, le moindre délai dans l'exécution des obligations permet souvent au franchiseur de résilier purement et simplement le contrat! Naturellement, le sens des affaires du franchiseur le portera à user de son droit avec parcimonie, car son intérêt est, somme toute, d'encaisser les redevances du plus grand nombre possible de franchisés. De la même façon, on ne peut manquer de remarquer la précarité dans laquelle la pratique du contrat à durée limitée de 1 à 5 ans avec droit de renouvellement entraîne les franchisés. D'autant plus que, là encore, les causes de perte du droit au renouvellement sont elles aussi très nombreuses et sans discussion possible.

Comment ne pas relever également l'injustice que constitue la pratique des franchiseurs de se faire concéder par les fournisseurs des ristournes sur volume calculées sur les commandes passées et *payées* par les seuls franchisés! Dans ces conditions, quel intérêt peut trouver le franchiseur à entamer des recherches afin de trouver des fournisseurs plus compétitifs dont les produits sont de meilleure qualité, mais qui ne concéderaient pas de ristournes?

Nous touchons ici l'un des enjeux essentiels de la franchise : ***le franchiseur est seul dépositaire de l'intérêt supérieur du réseau.*** Au nom de cet intérêt supérieur, le franchisé est justifié d'exiger des franchisés les conditions les plus sévères. En son nom, il n'hésitera pas à refuser le renouvellement d'un contrat et à jeter le franchisé à la rue, sans indemnité ni droit de lui faire concu-

rence. Par contre, ***nul ne peut obliger le franchiseur à poser un acte qui s'inscrit dans l'intérêt du réseau mais qui lui porte personnellement préjudice.***

Dans un contexte où le contrat de franchise a pour objet de faire bénéficier le franchisé de la réussite commerciale du franchiseur, celui-ci s'abstient pourtant d'inscrire dans le contrat ses obligations d'adapter son concept à l'évolution du marché, de veiller à la bonne entente entre les franchisés et d'assurer une bonne gestion du réseau. ***Il nous semble que le contrat de franchise internationale, tel qu'il est pratiqué au Québec, peut parfois tendre à ne pas respecter un bon équilibre contractuel.***

En fait, le déséquilibre en faveur du franchiseur apparaît de deux façons différentes. D'une part, l'inégalité se reflète, de façon positive, dans le nombre, la nature et l'intensité des obligations que le franchiseur impose au franchisé. D'autre part, elle apparaît, de façon négative, dans le silence du contrat quant à l'obligation du franchiseur de veiller à la bonne gestion du réseau. Le franchiseur prend bien soin de s'octroyer le ***droit*** de surveiller le réseau, ***mais ne s'engage pas nécessairement à le faire.***

En ce qui concerne le premier point, la législation québécoise sur les clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion nous semble constituer un mécanisme de correction suffisant. Il faut d'ailleurs souligner la perspicacité dont font preuve les juges québécois dans son application. À la lecture des décisions, il apparaît qu'ils discernent judicieusement la bonne ou mauvaise foi des parties, indépendamment de leur situation de franchiseur ou de franchisé. Lorsque le sens d'une clause est incertain, ils reconnaissent le caractère d'adhésion du contrat et l'interprètent en faveur du franchisé. Néanmoins, lorsqu'une clause contractuelle est claire et raisonnable, les tribunaux n'hésitent pas à la déclarer valide et à l'appliquer, même si elle entraîne de graves conséquences pour le franchisé.

Par contre, sur le second point, celui portant sur les clauses qui devraient figurer au contrat mais qui n'y figurent pas, aucune disposition législative spécifique ne permet d'y remédier. La Cour d'appel semble néanmoins s'être engagée dans la reconnaissance d'obligations implicites du franchiseur. Faudrait-il s'en contenter et espérer que ce mouvement jurisprudentiel se confirme?

Selon nous, l'adoption d'une loi spécifique organisant l'activité de franchisage serait préférable, car elle couperait court à toute incertitude. Le législateur pourrait alors envisager trois volets recouvrant la phase précontractuelle, la phase d'exécution du contrat et la phase de cessation de la relation.

D'une part, un premier volet organisant l'enregistrement de diverses informations sur les entreprises franchiseuses (sur le modèle de la loi albertaine, par exemple) serait souhaitable. Cela permettrait aux candidats franchisés d'avoir accès à des informations capitales qui les guideraient de façon certaine lors de la décision d'adhérer à telle ou telle franchise. Cela devrait permettre de couper court à certaines actions en fausses représentations.

D'autre part, le deuxième volet prévoirait la liste des obligations légales minimales auxquelles tous les franchiseurs devraient se soumettre, même si elles n'apparaissent pas au contrat. Proposons, par exemple, l'obligation d'agir en responsabilité contractuelle contre le franchisé qui empiète sur le territoire exclusivement réservé à un autre franchisé, si ce dernier le lui demande. Proposons aussi l'obligation de s'adonner, de façon raisonnable, à la recherche des meilleurs fournisseurs sur des critères préétablis et l'obligation d'informer les franchisés sur les points majeurs des ententes qui le lient aux fournisseurs (ris-tournes).

Enfin, selon nous, il serait judicieux d'adopter des mesures visant à protéger le franchisé lors de la rupture de la relation contractuelle. On pourrait donc envisager d'établir la liste des causes de rupture anticipée du contrat ainsi que celle des causes légitimes de non-renouvellement du contrat à durée déterminée. On éviterait ainsi qu'un franchisé ne soit contraint de sortir de la franchise parce qu'il a commis une erreur minime ou a accusé un léger retard non préjudiciable dans l'exécution de l'une de ses obligations.