

La franchise : un contrat *sui generis* dangereux

Jean H. Gagnon

Volume 57, Number 3, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1104764ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1104764ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Gagnon, J. (1989). La franchise : un contrat *sui generis* dangereux. *Assurances*, 57(3), 394–416. <https://doi.org/10.7202/1104764ar>

Article abstract

During the past decade, the growth of franchising, a business phenomenon, has, from all standpoints, been astounding. Franchising law, however, is still at its beginnings, at least in Quebec. This law is not independent of other laws since its elements are drawn here and there from other sectors of business law. Our collaborator, M^e Jean H. Gagnon, primarily examines two aspects of franchising : the contract and the inherent risks of franchising. This article should prove useful to readers interested in this concept as there are no laws which apply specifically to franchising and since the future of this area of activity is very promising.

La franchise : un contrat *sui generis* dangereux*

par

Jean H. Gagnon**

394

During the past decade, the growth of franchising, a business phenomenon, has, from all standpoints, been astounding. Franchising law, however, is still at its beginnings, at least in Quebec. This law is not independent of other laws since its elements are drawn here and there from other sectors of business law. Our collaborator, M^e Jean H. Gagnon, primarily examines two aspects of franchising : the contract and the inherent risks of franchising. This article should prove useful to readers interested in this concept as there are no laws which apply specifically to franchising and since the future of this area of activity is very promising.



Introduction

A. Croissance du phénomène du franchisage

La croissance du franchisage, comme phénomène commercial au cours de la dernière décennie, a été, à tous points de vue, phénoménale.

Voici quelques chiffres :

- i) selon les estimés de L'Association Canadienne des Franchisés, le volume d'affaires total généré par les réseaux de franchise serait passé, au niveau canadien, de 14,8 milliards de dollars en 1981 à 45 milliards de dollars en 1987 ;
- ii) le taux de croissance des établissements franchisés s'est maintenu, au Canada, dans la période de 1981 à 1987, à environ 15% par année alors que, durant la même période, le produit

* Publié chez les Éditions Yvon Blais Inc., sous le titre « Droit commercial – Avenues nouvelles – 1988. Le présent article a été abrégé par rapport au texte original.

** Avocat de l'étude Pouliot, Mercure.

national brut augmentait, en moyenne, d'environ 7,1% par année. Cette croissance est encore plus remarquable lorsque l'on constate que le franchisage est particulièrement implanté dans des secteurs qui ont été durement touchés par la crise économique des années 1981-1982 ;

iii) environ 40% des ventes faites au détail au Canada le sont par des réseaux de franchise, alors que plusieurs experts estiment que plus de la moitié de ces ventes seront faites par des réseaux de franchise avant la fin de la décennie en cours ;

iv) environ 250 000 emplois sont présentement, au Canada, au sein de réseaux de franchise.

395

Il faut donc prévoir que la croissance fulgurante du franchisage n'est pas à la veille de cesser et qu'elle se poursuivra encore pour plusieurs années.

B. Phénomène de la troisième vague

Selon des futurologues renommés (Alvin Toffler, auteur de *La troisième vague*, et John Naisbitt, auteur de *Megatrends*), si la deuxième vague a été caractérisée par l'industrie lourde et les commerces à grande surface, la troisième vague sera principalement reconnue par la segmentation des marchés, la spécialisation, la personnalisation du service et du commerce, l'entrepreneurship à petite échelle, les heures de travail variées, le travail à domicile, l'information et l'industrie du loisir comme étant des moteurs de l'économie.

De plus, nous devons reconnaître que plusieurs phénomènes économiques majeurs (tels le libre-échange et le décloisonnement de plusieurs secteurs d'activités) rendent actuellement nécessaire une plus grande spécialisation dans la gestion de nos entreprises.

Dans ce contexte, la franchise constitue un trait d'union remarquable entre ces deux mouvements de fonds.

Tout en bénéficiant de plusieurs des avantages de la grande entreprise commerçante (image soutenue, notoriété, services de gestion spécialisés, uniformité, pouvoir d'achat, etc.), le franchisage combine à ceux-ci plusieurs traits propres à la troisième vague, soit :

- l'entrepreneurship ;

- le service personnalisé (où le propriétaire du commerce est en contact direct avec le client) ;
- les heures d'affaires étendues (souvent reconnues aux petits commerces) ;
- la spécialisation ; et
- la segmentation des marchés.

396

Cette combinaison entre les avantages de la grande entreprise et plusieurs des traits inhérents à la PME font du franchisage un véhicule fort progressif et explique, en grande partie, sa croissance phénoménale, d'autant plus que nous devons reconnaître que l'entrepreneurship connaît également un essor fort important dans notre société.

Le franchisage est également un phénomène approprié à ce nouvel essor de l'entrepreneurship, puisque l'entrepreneurship d'aujourd'hui, contrairement à l'entrepreneurship d'il y a une vingtaine d'années, est beaucoup plus un entrepreneurship mené par des personnes qui ont déjà derrière elles une certaine carrière à titre de cadres d'entreprises ou de professionnels à différents niveaux.

Ces nouveaux entrepreneurs possèdent donc un capital de base plus important que celui que possédaient les entrepreneurs d'après la dernière guerre mondiale et, d'autre part, il s'agit de personnes qui reconnaissent la nécessité de bien connaître un marché avant d'y pénétrer ainsi que les besoins propres à un service de gestion spécialisé, à l'uniformité et en pouvoir d'achats commun.

Le franchisage constitue, pour ces personnes, un véhicule idéal de lancement de leur propre entreprise.

C. L'intérêt juridique particulier du franchisage

Le droit de la franchise est encore naissant, du moins au Québec.

Il s'agit présentement d'un droit non autonome (d'où la notion de contrat *sui generis*) qui requiert cependant de celui (ou de celle) qui désire y oeuvrer, à tout le moins une bonne connaissance des champs de pratique suivants :

- le droit des contrats (principalement au chapitre des contrats commerciaux) ;

- le droit corporatif ;
- le droit de la concurrence ;
- le droit de la propriété intellectuelle (surtout au chapitre des marques de commerce, du droit d'auteur et des secrets commerciaux) ;
- le droit civil (notamment au niveau du mandat, du louage de services, du mandat apparent, de la responsabilité pour le fait des choses et pour le fait d'autrui, des causes d'annulation, de résolution et de résiliation des contrats et des modalités d'exécution d'obligations contractuelles spécifiques monétaires et non monétaires) ;
- le droit immobilier commercial (bail, sous-bail, option de location, privilège, servitude et les diverses formes de propriété) ;
- le droit des valeurs mobilières (notamment au chapitre de ce qui constitue ou ne constitue pas une valeur mobilière au sens de ces lois) ;
- le droit lié aux garanties pouvant être accordées par des commerçants.

397

Il faut donc que le praticien qui désire oeuvrer dans le droit de la franchise ait une bonne connaissance de ce qui est nécessaire pour ce faire d'une façon efficace et qui réponde bien aux préoccupations de ceux concernés.

Aussi, il faut savoir qu'à l'extérieur du Québec, la franchise possède, à plusieurs endroits dans le monde, ses propres législations.

L'évolution de ces législations aux États-Unis, ainsi que la position du gouvernement ontarien d'intervenir dans ce dossier d'ici les quelques prochaines années font en sorte qu'il est vraisemblable de penser qu'une telle législation verra éventuellement le jour au Québec. Le franchisage prendra alors ses lettres de créances comme champ de pratique spécialisé.

D'ici là, cependant, il ne faut pas sous-estimer la spécificité et le niveau de connaissances requis pour pouvoir oeuvrer valablement dans cette industrie.

Nous verrons d'ailleurs ci-après deux aspects du franchisage comme champ de pratique, à savoir les notions reliées au fait qu'il

s'agit d'un contrat *sui generis* et certains dangers inhérents au franchisage comme mode de relation commerciale entre deux entreprises.

Il ne s'agira certainement pas là cependant d'un texte exhaustif en cette matière et il faudra se référer à la doctrine et à la jurisprudence existante pour avoir un aperçu plus complet.

Partie I – Le contrat de franchise : un contrat *sui generis*

398 Compte tenu de la multiplicité des rapports commerciaux et légaux qu'il crée entre le franchiseur et le franchisé, le contrat de franchise ne peut être considéré comme entrant dans aucune catégorie de contrats nommés, prévue dans notre droit.

Il s'agit donc d'une forme de contrat *sui generis* qui possède cependant comme particularité de rassembler, à l'intérieur d'un même cadre légal et commercial, plusieurs caractéristiques de certains contrats nommés dont, notamment, le louage de services et la convention de licence de droit de propriété intellectuelle.

Nous verrons dans la présente partie, tout d'abord, ce qu'est le contrat de franchise. Nous explorerons alors certaines tentatives de définition qui ont été données en Amérique du Nord et en France pour en arriver à une définition proposée en droit québécois.

Dans un deuxième temps, nous nous attarderons à la qualification de la ou des relations légales qui existent entre le franchiseur et le franchisé qui nous amènent effectivement à conclure que le contrat de franchise est formé de plusieurs contrats rassemblés dont certains sont de la nature de contrats nommés et d'autres de la nature de contrats *sui generis*.

L'homogénéité nécessaire à cet ensemble de relations légales font donc du contrat de franchise, en soi, un contrat *sui generis*.

Section I – Ce qu'est le contrat de franchise

La difficulté de bien définir le franchisage résulte notamment du fait qu'il s'agit d'un type d'activités dont l'évolution est encore relativement récente et d'une relation à la fois légale et commerciale qui se présente sous de multiples aspects relevant tantôt du droit civil, du droit commercial, du droit relatif à la propriété intellectuelle et encore, parfois, du droit relatif aux valeurs mobilières.

Une autre raison pour laquelle la définition du franchisage est relativement difficile à établir, découle du fait qu'il n'existe qu'une seule législation au Canada sur ce sujet et aucune au Québec.

Enfin, à cause de la nouveauté de ce concept, le mot *franchisage* n'a été admis dans la langue française qu'en 1973. En fait, si l'on se fie à la définition donnée par le dictionnaire *Petit Robert*, nous voyons que le franchisage serait un :

« Contrat par lequel un fabricant (franchiseur) concède, moyennant redevances, à un commerçant indépendant (franchisé) l'exploitation d'une marque ou d'un brevet en s'engageant à lui fournir son assistance ».⁽¹⁾

399

Cette définition donnée par le dictionnaire est à la fois fautive et incomplète. Fausse parce qu'elle implique que le franchiseur est un fabricant, ce qui est fréquemment le cas dans les pays européens, mais ne l'est que très peu en Amérique du Nord. Incomplète, d'une part, parce que la définition du *Petit Robert* réfère essentiellement à la concession de l'exploitation d'une marque ou d'un brevet, alors qu'en réalité, la concession d'un brevet est très rarement présente dans la relation de franchisage ; et, d'autre part, parce que la concession d'une marque de commerce, bien qu'étant importante à la relation de franchisage, constitue l'un des accessoires et non la partie principale qui comprend plutôt une licence de savoir-faire ainsi qu'un louage de services, de gestion et d'assistance.

Afin d'ajouter à cette difficulté de bien définir le franchisage et à la confusion qui entoure souvent l'utilisation de ce mot, plusieurs termes sont utilisés indistinctement pour définir une relation de franchisage. Parmi ces termes, nous pouvons relever, de temps à autre, des mots tels que *concession*, *concession commerciale*, *franchising*, *licence*.

Pour toutes les raisons que nous avons énoncées ci-dessus, plusieurs tentatives de définitions ont été faites du franchisage, certaines étant relativement complètes et d'autres moins.

Au niveau du droit québécois, nous croyons que le franchisage peut être défini comme suit :

Une relation commerciale et contractuelle à long terme entre deux entreprises juridiquement indépendantes l'une de l'autre par la-

⁽¹⁾ *Petit Robert*, Dictionnaire de la langue française, édition 1977.

400

quelle l'une d'entre elles (appelé le *franchiseur*) accorde à l'autre (appelé le *franchisé*) le droit de faire affaire d'une manière particulière, développée et préalablement expérimentée avec succès par le franchiseur, dans un territoire délimité, selon des normes uniformes et définies, et sous une ou des marques de commerce ou enseignes données, pour une durée limitée, contre rémunération. De plus, par cette entente, le franchiseur accorde au franchisé certains services additionnels, notamment au niveau de la gestion des affaires du franchisé et de la mise en marché de son entreprise et le franchiseur s'oblige à contrôler l'uniformité des méthodes définies et à les améliorer constamment en fonction des besoins du marché. Les principaux éléments de cette définition sont :

- a) l'existence d'une « relation contractuelle » ;
- b) l'existence de « deux entreprises juridiquement indépendantes » ;
- c) l'existence d'une relation contractuelle « par laquelle l'une d'entre elles (le franchiseur) accorde à l'autre (le franchisé) le droit de faire affaire d'une manière particulière, développée et préalablement expérimentée avec succès par le franchiseur. . . » ;
- d) un « territoire délimité » ;
- e) le droit de faire affaire « selon des normes uniformes et définies. . . » ;
- f) le droit de faire affaire « sous une ou des marques de commerce ou enseignes données » ;
- g) une relation contractuelle « pour une durée limitée » ;
- h) le droit de faire affaire « contre rémunération » ;
- i) « par cette entente, le franchiseur accorde au franchisé certains services additionnels notamment au niveau de la gestion des affaires du franchisé et de la mise en marché de son entreprise. . . » ;
- j) « et le franchiseur s'oblige à contrôler l'uniformité des méthodes définies. . . » en fonction des besoins du marché ;
- k) « le franchiseur s'oblige. . . à améliorer constamment les méthodes définies en fonction des besoins du marché ».

Section II – La qualification juridique de la relation de franchise

A. Introduction

Nous verrons ci-après les principaux concepts légaux applicables à la relation de franchisage. Nous soulèverons un certain nombre de difficultés que pose cette relation sur le plan légal.

En pratique, le franchiseur tentera d'éviter la plupart de ces difficultés par des clauses spécifiques qui seront incluses dans le contrat de franchise standard. Il faut comprendre que la jurisprudence sur la relation de franchisage, en étant à ses tout premiers pas, surtout au Québec, l'on ne peut encore savoir de quelle façon plusieurs de ces problèmes seront résolus par nos tribunaux et quelle sera la portée accordée aux différentes clauses que les franchiseurs insèrent dans leur contrat dans le but de prévenir les problèmes légaux.

401

Le texte ci-après ne peut cependant être considéré comme complet sans ses deux compléments essentiels, à savoir le texte même du contrat de franchisage et la façon dont les différents droits, recours et obligations des parties seront appliqués.

Le but du présent texte est donc de vous familiariser avec les caractéristiques fondamentales de la relation de franchise et avec la relation légale entre le franchiseur et le franchisé.

B. Caractéristiques fondamentales de la relation de franchise

1. Relation contractuelle

La première caractéristique fondamentale, autant sur le plan théorique que pratique ou légal, est le fait qu'il s'agit d'une relation contractuelle, c'est-à-dire d'une relation dont le fondement même est basé sur un contrat, par opposition à une relation qui serait née d'un lien corporatif, de société ou de propriété d'une des entreprises sur l'autre.

Nous verrons cependant plus loin au cours de la présente section que cette relation est tellement étroite entre deux entreprises qu'elle possède certaines caractéristiques qui lui sont propres et qui débordent des impacts que l'on peut normalement constater dans un simple contrat.

2. *Les parties à la convention de franchise sont des entreprises indépendantes*

La définition de la relation de franchise implique que les deux parties à la convention de franchisage soient des entreprises indépendantes, c'est-à-dire des entreprises dont l'une n'appartient pas à l'autre et dont le lien de propriété n'est pas commun entre les deux.

Le fait que les deux entreprises contractantes soient indépendantes l'une de l'autre entraîne certains devoirs et certaines obligations qui, parfois, vont plus loin que le texte même du contrat.

402

À titre d'illustration, nous pouvons citer la décision rendue par la Cour suprême de Nouvelle-Écosse, le 8 septembre 1978, dans l'affaire de *Volkswagen Canada Ltd. c. Spicer et al*⁽²⁾. Dans cette cause, Volkswagen Canada Ltd. a été condamnée à verser des dommages aux actionnaires d'un franchisé pour interférence jugée illégale dans les affaires du franchisé, alors que le franchiseur avait donné instructions à la banque du franchisé de ne pas accepter les chèques du franchisé, à moins que ces chèques ne soient signés par un mandataire du franchiseur.

Bien que le franchisé ait déjà connu auparavant des difficultés financières importantes et que le franchiseur se soit même impliqué dans la propriété du franchisé, il n'en est pas moins demeuré dans l'esprit du tribunal que les instructions données par le franchiseur à la banque de ne pas honorer les chèques du franchisé constituaient une forme d'ingérence illégale dans la conduite de la compagnie franchisée et que, même si le représentant du franchiseur a pu agir de bonne foi, son geste n'était pas autorisé par l'entreprise franchisée et constituait ainsi une faute pouvant entraîner un recours en dommages de la part des actionnaires du franchisé.

Trop souvent, des franchiseurs sont tentés de traverser cette mince ligne qui sépare le quasi-contrôle que leur fournit un contrat bien rédigé et un manuel d'exploitation, d'une part, et une situation de contrôle sur une autre entreprise, d'autre part. Il faut comprendre que le franchiseur ne contrôle pas le franchisé, mais que les obligations du franchisé envers le franchiseur sont seulement celles qui se retrouvent dans la convention de franchise et les documents con-

⁽²⁾ *Volkswagen Canada Ltd. c. Spicer et al*, 91 D.L.R. (3d) 42.

nexes et qu'il n'existe aucune obligation allant plus loin que celles qui y sont prévues.

3. *Il s'agit d'un contrat commercial soumis aux règles du Code civil*

Bien qu'elle possède certains attributs particuliers, la convention de franchise est tout d'abord un contrat commercial qui, comme tout autre contrat commercial, est soumis aux règles applicables aux contrats, prévues au Code civil.

L'une des caractéristiques d'un contrat de franchise est sa complexité. Cette complexité résulte autant de la durée du contrat que de la quantité de relations, tant pratiques que légales, qui doivent être établies par un seul document qui doit traiter autant d'aspects relatifs à la gestion d'une entreprise que d'aspects purement légaux. Cette complexité et, souvent, cette longueur de la convention de franchise obligent ceux qui la conçoivent à faire extrêmement attention à la clarté et à la compréhension du document.

403

En effet, si, en plus d'être relativement long et complexe, le document est ambigu, les tribunaux seront souvent très enclins à favoriser le franchisé, lorsqu'ils auront à trancher un problème d'interprétation du contrat.

De la même façon, certains tribunaux sont parfois incités à tirer des obligations implicites additionnelles d'une convention qui n'est pas suffisamment claire sur les droits et obligations des deux parties.

Par exemple, l'on a déjà jugé qu'une obligation d'exclusivité de la part d'un distributeur entraînait l'obligation du manufacturier de le fournir adéquatement et que le refus, par le manufacturier, de fournir adéquatement son distributeur, pouvait équivaloir à une réputation du contrat de distribution⁽³⁾.

Il a déjà été aussi considéré qu'une clause inhabituelle en semblable matière, écrite en caractères fins à l'endos d'un contrat, pouvait être jugée non applicable, si les circonstances entourant la signature du contrat étaient telles qu'il était fort vraisemblable que le cocontractant n'avait pas eu connaissance de l'existence de cette clause qui aurait pu avoir un impact important sur sa décision de signer le contrat dans la forme où il lui avait été présenté⁽⁴⁾.

(3) *Berliner Gramophone Co. c. Phinney & Co.*, (1921) The Nova Scotia Reports 295.

(4) *Tilden Rent-A-Car Co. c. Clendenning*, (1978) 18 O.R. (2d) 601.

Également, certains franchiseurs se sont déjà vus condamnés à payer des dommages importants à des franchisés pour avoir mis fin à une convention pour des raisons qui, bien qu'elles puissent apparaître fort bien fondées, n'étaient pas spécifiquement prévues dans les motifs de terminaison mentionnés à la convention⁽⁵⁾.

404 Encore ici, les règles normales d'interprétation des contrats prévues au Code civil s'appliquent intégralement à la convention de franchise, d'où la nécessité d'avoir une convention claire et facilement compréhensible, de même que celle de s'assurer que le franchisé a eu l'occasion et le temps nécessaire pour bien comprendre la teneur du contrat qu'il exécutait avec le franchiseur.

4. Contrat à terme, généralement à durée fixe

Bien que des contrats de franchise à durée indéterminée existent dans certains cas, la règle de base veut que le contrat de franchise soit un contrat à terme déterminé.

Les raisons pour qu'il en soit ainsi sont autant d'affaires que légales.

Sur le plan financier, le fait d'avoir un contrat à durée fixe permet aux institutions financières de calculer les périodes d'amortissement des prêts qui seront avancés au franchisé puisque, à la lecture du contrat, elles peuvent immédiatement voir la durée de la convention entre les parties.

De même, pour le franchisé, le fait d'avoir une durée fixe lui permet de planifier ses affaires en fonction du renouvellement ou de la fin de la convention, que ce soit au niveau du bail pour son établissement, au niveau de son financement ou au niveau de la planification de ses propres affaires.

Enfin, à l'égard du franchiseur, cette durée fixe lui permet d'éviter des problèmes d'interprétation qui peuvent survenir, si l'une ou l'autre des parties à la convention désire y mettre fin. En l'absence d'une durée fixe, il est fort possible que les tribunaux interprètent la convention d'une façon telle que l'une ou l'autre des parties puisse y mettre fin en tout temps sur avis raisonnable. Or, cette notion d'avis raisonnable est extrêmement difficile à appliquer en matière de franchisage, à cause de la quantité des liens à briser entre les deux parties

⁽⁵⁾*Pic-A-Pop Beverages Ltd. c. G & J Watt Co. Ltd.*, (1975) 52 D.L.R. (3d) 754.

et des impacts qu'une dissociation peut inévitablement avoir sur l'une ou l'autre des parties.

5. La convention de franchise est un contrat qui n'est soumis à aucun formalisme

Comme pour la plupart des contrats commerciaux qui établissent des relations de nature personnelle entre deux entreprises, le contrat de franchise n'est soumis à aucun formalisme.

Par ailleurs, compte tenu que, par ce contrat, le franchiseur accorde généralement au franchisé des droits sur sa ou ses marques de commerce, le contrat ou au moins la partie du contrat relative à l'usage des marques de commerce et au contrôle que le franchiseur doit maintenir sur ses marques de commerce, doit être écrite, puisque l'essentiel de cette partie du contrat doit être inclus dans une demande d'enregistrement d'usager inscrit qui sera déposée auprès du registraire des marques de commerce.

405

Sauf à cet égard et à celui des conventions qui peuvent exister pour protéger les secrets de commerce du franchiseur, la convention de franchise peut, à la limite, être une convention verbale. Naturellement, dans ce dernier cas, il faut que les parties s'attendent inévitablement à de graves problèmes d'interprétation ainsi qu'à des situations où leur entente ne répondra pas à des problèmes vécus à cause de la grande quantité de situations qui mettent en contact ces deux entreprises dont les intérêts sont tantôt convergents, tantôt divergents.

6. Il s'agit d'un contrat synallagmatique à titre onéreux

La dernière caractéristique fondamentale de la convention de franchise est le fait qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, c'est-à-dire un contrat qui intervient entre deux personnes (physiques ou morales) où chacune d'entre elles doit contribuer à la convention par des services, des droits et des obligations, ce qui entraîne, pour les deux parties, certains coûts.

C. Ce qu'est la relation de franchise sur le plan légal

Une analyse un peu plus poussée de la relation de franchise doit forcément nous amener à conclure que la difficulté de la qualifier sur le plan légal résulte du fait que la convention de franchise n'est pas

une seule convention, mais plutôt plusieurs conventions rassemblées dans un seul document.

Lorsque l'on répartit les différents types de relations légales dans une convention de franchise, on en retrouve facilement trois grands types qui s'intègrent dans un seul document.

Aussi, pouvons-nous dire que la convention de franchise est essentiellement constituée d'une convention de licence de droits de propriété intellectuelle, d'une convention de louage de services par le franchiseur au franchisé et d'une convention de regroupement entre entreprises indépendantes.

406

Nous verrons donc les caractéristiques de ces trois grands types de relations légales qui, à notre avis, sont fondamentales dans la relation de franchisage.

1. La convention de licence

La convention de licence peut être définie comme une convention de louage par laquelle une personne loue à une seconde personne des droits de propriété intellectuelle que la première personne détient, permettant ainsi à la seconde personne de les utiliser.

Dans presque toutes les conventions de franchise, l'on retrouve un élément suivant lequel le franchiseur accorde au franchisé le droit de faire affaire suivant des marques de commerce appartenant au franchiseur, selon des normes et méthodes détaillées dans des documents appartenant au franchiseur et qui peuvent bénéficier d'un droit d'auteur et selon certaines techniques commerciales qui ont été développées et expérimentées préalablement par le franchiseur et qui ne sont pas connues du public en général.

Le franchiseur, par cette partie de la convention de franchise, loue au franchisé le droit d'utiliser ses noms et marques de commerce, identifications, logos, slogans, documents bénéficiant de droits d'auteur, secrets de commerce, techniques marchandes particulières et, généralement, le savoir-faire qui a été développé par le franchiseur pour les fins d'être loué à d'autres entreprises qui deviendront ses franchisés.

La contrepartie de cette convention de licence, que l'on retrouve à l'intérieur d'une convention de franchise, est l'obligation, pour le franchisé, de payer une forme de loyer pour ces droits (droit

initial de franchise et redevances) ainsi que l'obligation pour le franchisé de respecter certaines normes assurant le maintien de la qualité et de l'uniformité rattachées principalement aux marques et aux noms de commerce du franchiseur.

À ce dernier égard, l'engagement par le franchisé de respecter certaines normes et standards établis par le franchiseur est un élément fondamental de la convention de licence de marques de commerce, puisque le défaut par le franchiseur de conserver ce droit de regard peut éventuellement faire perdre le caractère distinctif des marques de commerce du franchiseur et, par voie de conséquence, faire perdre au franchiseur ses droits exclusifs sur les noms et marques de commerce qu'il a développés.

407

2. Contrat de louage de service par le franchiseur au franchisé

Une deuxième catégorie d'obligations légales que l'on retrouve à l'intérieur d'une convention de franchise traite des obligations fondamentales du franchiseur envers le franchisé.

À l'intérieur d'une convention de franchise, en plus d'accorder au franchisé le droit d'utiliser son actif de propriété intellectuelle, le franchiseur contracte également certaines obligations d'assistance envers le franchisé.

Le franchiseur contracte également généralement d'autres obligations telles celles d'administrer le fonds de publicité de l'ensemble du réseau, de s'assurer du maintien de l'uniformité entre les différents établissements du réseau et de la qualité des produits et services offerts par ceux-ci, de la gestion de certains services d'approvisionnement en commun qui existent dans plusieurs réseaux ainsi que différents services additionnels qui peuvent être offerts, selon le système de franchise, au franchisé.

L'on constate donc qu'en plus de retrouver une convention de licence de droit de propriété intellectuelle, l'on retrouve également dans la convention de franchise un contrat de louage de services, de conseil en gestion et d'administration par le franchiseur au franchisé.

3. Contrat de regroupement entre entreprises indépendantes

Bien que nous ayons indiqué qu'à notre avis, la convention de franchise ne peut généralement pas être qualifiée de convention de société ou de convention créant une entreprise en coparticipation, il

nous faut cependant reconnaître que l'un des aspects importants de la relation qui existe entre le franchiseur et l'ensemble de ses franchisés est une relation de regroupement de différentes entreprises pour certains buts qui leur sont communs.

Cette partie de la convention de franchise se retrouve notamment dans les éléments suivants :

408

- le respect de normes communes et uniformes pour toutes les entreprises franchisées d'un même réseau ;
- la mise en commun des ressources financières des entreprises franchisées pour la réalisation de programmes de publicité et de promotion en commun ;
- la mise en commun du pouvoir d'achat des entreprises franchisées pour l'obtention d'avantages reliés à l'existence d'un pouvoir d'achat plus grand bénéficiant à l'ensemble des entreprises ;
- l'identification commune et uniforme de l'ensemble des entreprises qui permet de tirer un avantage accru de la fidélité de la clientèle envers un nom, une marque et un style de services ou de produits, laquelle fidélité bénéficie alors à l'ensemble des franchisés et non seulement à l'entreprise qui a su créer cette relation de confiance avec un client.

Bien que les impacts légaux de cette partie de la convention de franchise ne soient pas toujours évidents, ils n'en demeurent pas moins importants.

En effet, cette partie fort importante de la convention de franchise peut souvent faire en sorte que l'ensemble d'un réseau de franchise peut être considéré, à certaines fins, comme étant l'équivalent d'une seule grande entreprise formée du franchiseur et de tous les franchisés.

Ainsi, il a déjà été décidé qu'un franchiseur devait être considéré comme une seule chaîne d'établissements avec ses franchisés pour les fins du calcul du nombre d'établissements exploités pour les fins de taxe d'affaires⁽⁶⁾. De même, au Québec, un réseau de franchise a déjà été considéré comme étant une chaîne de magasins au sens de la *Loi des permis d'alcool* (telle qu'elle était alors nommée)⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ *Re Plumbing Mart Corporation and Assessment Commissioner for the City of Toronto*, (1978) 24 O.R. (2d) 444.

⁽⁷⁾ *Yvon Sauvé c. Dépanneur Jean-Claude Chartrand Inc. et al.*, [1982] C.S. 810.

Enfin, dans une décision fort importante, qui n'est pas, par ailleurs, une décision finale sur ce sujet, la Commission des relations de travail de l'Ontario a déjà considéré un franchiseur et ses franchisés comme étant l'équivalent d'un seul employeur pour les fins de relations de travail avec des unités accréditées au sein d'entreprises⁽⁸⁾.

Partie II – Le contrat de franchise : un contrat dangereux

Lorsque l'on examine attentivement un contrat de franchise, l'on constate rapidement certains de ses attributs majeurs d'après sa longueur et la quantité de précisions sur les cas de défaut possibles de la part du franchisé qui y sont énumérés ainsi que quant aux recours que le franchiseur pourra faire valoir en cas de défaut.

409

Ces caractéristiques du contrat de franchise découlent, entre autres, de l'importance pour le franchiseur de préserver l'image et l'uniformité de son système, face aux consommateurs et aux concurrents, ainsi que de certains dangers propres à cette relation légale entre deux entreprises qui, tout en étant indépendantes, doivent absolument fonctionner comme un tout homogène et ce, à tous les points de vue.

Sur le plan légal, cette nécessité commerciale du franchiseur de préserver le contrôle absolu sur son image et sur l'image de son réseau, de même que de s'assurer que tous les franchisés fonctionnent dans la même direction n'est pas sans entraîner certains problèmes importants qui constituent les dangers du contrat de franchise.

Nous verrons donc ci-après six de ces dangers majeurs de la relation de franchisage, surtout pour le franchiseur.

A. Les limites légales

Bien que le franchisage ne soit pas, comme tel, l'objet d'une législation qui lui soit spécifiquement applicable, il n'est pas sans subir les effets de certaines législations qui ont un impact important sur la relation entre un franchiseur et un franchisé.

Les deux sources les plus importantes de restrictions légales qui existent au bon vouloir des franchiseurs sont celles qui découlent de

⁽⁸⁾ *Penmarkey Foods Ltd. c. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 414*, Ontario Labour Relations Board, dossier numéro 1045-83-R, décision du 24 septembre 1984.

la *Loi sur la concurrence* et celles qui découlent de l'application possible des lois reliées aux relations de travail.

Dans le premier cas (*Loi sur la concurrence*), il faut savoir que cette loi comporte une série d'infractions ainsi que d'activités qui peuvent être sujettes à révision par le tribunal sur la concurrence qui affecte directement les relations entre un franchiseur et ses franchisés.

410 Une deuxième limitation fort importante que le franchiseur doit considérer attentivement lors de l'établissement de ses contrôles et de la relation précise qu'il voudrait établir avec ses franchisés est l'application possible souvent sous-estimée des lois relatives aux relations de travail.

Ainsi, certaines de ces lois (par exemple : la *Loi sur le régime des rentes*, la *Loi sur les impôts*, la *Loi sur la santé et de la sécurité du travail*, etc.) étendent la notion d'employé pour couvrir les artisans, c'est-à-dire des personnes qui, tout en n'étant pas employées comme telles, fournissent essentiellement leur habileté personnelle à un travail fourni pour une autre personne.

Dans le cas d'un système de franchise dont les établissements franchisés sont très petits et n'emploient qu'une seule personne (le franchisé lui-même ou un membre de sa famille), il est possible que, dans certaines situations, le franchisé puisse être considéré comme un artisan au sens de ces lois relatives aux relations de travail.

De la même façon, dans le cas du réseau de franchise où, par les contrats, le franchiseur demeure propriétaire de l'établissement lui-même, de l'inventaire, de l'équipement et des améliorations locatives, alors que le franchisé ne fait que fournir ses services personnels au niveau de la gérance, la possibilité que le franchisé puisse être considéré comme un employé existe de façon sérieuse. D'ailleurs, certaines décisions ont déjà été rendues en cette matière par des tribunaux canadiens⁽⁹⁾.

Il convient donc, pour le franchiseur, de considérer cette possibilité dans l'établissement de sa relation légale, surtout si les établis-

⁽⁹⁾ *Régina c. Mac's Milk Ltd.*, 40 D.L.R. (3d) 714 ; *Re : Mac's Mild Ltd. & Workmen's Compensation Board of Ontario*, 76 D.L.R. (3d) 179 ; *Armstrong c. Mac's Mild Ltd. et al*, 55 C.L.R. (3d) 510.

sements franchisés doivent être petits et être exploités essentiellement par une seule personne.

B. Contrôle du franchiseur sur son image

Un deuxième danger inhérent à la relation de franchise concerne le degré jusqu'où le franchiseur pourra contrôler son image telle que véhiculée par ses établissements franchisés.

Cette préoccupation fort importante et fort légitime de nos franchiseurs doit cependant connaître une limite raisonnable, compte tenu du fait que, par sa définition même, la relation de franchise est une relation entre deux entreprises indépendantes.

411

Seule une connaissance relativement approfondie de l'exploitation d'une petite entreprise et du secteur d'activités dans lequel oeuvrent le franchiseur et le franchisé peuvent permettre au rédacteur de conventions de tracer une ligne qui, tout en étant valable sur le plan légal, permettra au franchiseur de maintenir la qualité, l'uniformité et l'homogénéité au sein de son réseau.

C. Rapidité et efficacité des recours ouverts au franchiseur

Une autre catégorie de problèmes auxquels sont confrontés les franchiseurs concernent directement l'appareil judiciaire.

En effet, de par la nature même de la relation de franchise qui implique une exploitation continue d'établissements commerciaux, lorsqu'un franchisé commet des défauts importants et surtout si ces défauts ont un impact public, il est absolument fondamental pour le franchiseur que les recours qu'il pourra exercer possèdent les caractéristiques suivantes :

- i) il doit s'agir de recours extrêmement rapides, puisque le franchiseur ne peut se permettre de laisser fonctionner un établissement au sein duquel les défauts du franchisé font en sorte qu'à chaque jour d'opération, l'achalandage du franchiseur est affecté de façon défavorable ;
- ii) il doit s'agir également de recours qui font en sorte que l'établissement franchisé demeure ouvert au public et continue de fonctionner en tout temps de façon normale et conformément aux normes du franchiseur, puisque toute fermeture de cet établissement peut, d'une part, affecter l'achalandage du

franchiseur et du réseau et, d'autre part, constituer un cas de défaut à différents autres contrats affectant cet établissement dont, entre autres, les contrats de financement et le bail commercial pour le local dans lequel est situé l'établissement ;

iii) il doit s'agir de recours qui permettent au franchiseur, quelles que soient les circonstances, de faire en sorte que l'établissement continue de fonctionner sous la bannière et selon le système du franchiseur. En effet, en cas de rupture de la relation de franchise, comme le franchisé a bénéficié de la notoriété du franchiseur pour amener l'achalandage à l'établissement, le fait que cet établissement puisse continuer à fonctionner dans un secteur d'activité semblable sous une nouvelle bannière ou de façon indépendante constitue, dans l'esprit de plusieurs franchiseurs, une appropriation de l'achalandage créé par la notoriété du réseau à d'autres fins.

Ces exigences fondamentales et fort compréhensibles sur le plan commercial sont cependant extrêmement difficiles à réaliser sur le plan légal.

En fait, à peu près seule l'injonction permet d'atteindre ces objectifs. Cependant, les différents critères utilisés par nos tribunaux pour l'émission d'injonctions, surtout au stade provisoire, font en sorte que ces injonctions sont souvent refusées pour des motifs légaux absolument conformes à notre droit, mais qui ne tiennent pas compte de l'impact négatif majeur que peut avoir le refus de l'injonction dans de telles circonstances.

D. Responsabilité du franchiseur vis-à-vis les tiers

La responsabilité possible du franchiseur pour des gestes ou contrats de ses franchisés envers des tiers est, à mon humble avis, l'un des dangers les plus importants de la relation de franchise.

L'importance de ce danger est d'ailleurs accrue sensiblement du fait qu'il est très difficile de le prévenir par le contrat, puisque le tiers n'est évidemment pas partie au contrat de franchise et n'est pas présumé en avoir connaissance, puisqu'il s'agit d'un contrat de nature privée.

Les sources de responsabilité pour le franchiseur à l'égard des gestes commis par ses franchisés sont multiples et découlent des

deux sources traditionnelles majeures d'obligations, à savoir le délit et le contrat.

1. Le délit

i) Le délit commis par le franchiseur lui-même

Naturellement, comme toute autre personne ou entreprise, le franchiseur sera tenu responsable de tous les dommages qui seront causés par sa faute.

Ainsi, dans la décision *Connolly c. Seven-Up du Canada Ltée*⁽¹⁰⁾, le franchiseur, Seven-Up du Canada, a été tenu responsable des dommages occasionnés à Mme Connolly par l'explosion d'une bouteille de boisson gazeuse, comme étant l'entreprise qui fabriquait ou fournissait ces bouteilles aux embouteilleurs locaux (les franchisés) qui les nettoyaient, les remplissaient et les mettaient sur le marché.

413

ii) Dommages causés par un geste d'un franchisé

La responsabilité possible du franchiseur pour les dommages causés par les gestes de ses franchisés n'a encore fait l'objet d'aucun jugement rapporté ou connu au Québec.

Cependant, au niveau québécois, si nous en revenons à nos notions légales de base, nous constatons que l'article 1054 du Code civil peut prendre une importance fort particulière dans le domaine du franchisage.

En effet, selon cet article, une personne ou entreprise « est responsable non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle. . . »

Dans la théorie d'affaires sous-jacente au domaine du franchisage, l'on soutient généralement que le franchiseur n'a pas de contrôle sur le franchisé, mais plutôt que le franchisé a accepté de se lier au franchiseur par un contrat dont l'une des caractéristiques importantes est le respect de normes et standards établis par le franchiseur.

(10) *Connolly c. Seven-Up Canada Inc.*, J.E. 85-909.

Par ailleurs, l'article 1054 du Code civil ne qualifie pas de quelle façon le contrôle existe ou peut exister entre deux personnes pour donner lieu à la responsabilité qui y est prévue.

Aussi, la question que les tribunaux devront se poser à l'égard de la responsabilité possible d'un franchiseur pour des dommages causés par la faute d'un de ses franchisés est celle de savoir si le franchiseur a le contrôle du franchisé. Il s'agit là d'une question fort complexe dont la réponse n'est pas évidente, même aux spécialistes de ce domaine.

414

Par ailleurs, une illustration de la tendance que pourraient prendre les tribunaux sur ce sujet apparaît à la lecture du jugement rendu par l'honorable juge Pierre Pinard, dans l'affaire *Yvon Sauvé c. Dépanneur Jean-Claude Chartrand*⁽¹⁾. Dans ce jugement, il appert que manifestement le tribunal avait considéré dans ce cas que le franchiseur détenait une forme de contrôle très large sur l'établissement du franchisé, à un point tel que le tribunal s'est posé la question, à savoir si l'on pouvait réellement considérer le franchisé comme propriétaire de son établissement.

Dans l'éventualité où l'article 1054 s'appliquerait dans un contexte de franchise, la conséquence immédiate pourrait être de rendre le franchiseur responsable des agissements délictuels de ses franchisés, sauf dans le cas où il pourrait démontrer qu'il n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage, ce qui constitue un fardeau fort lourd dans beaucoup de cas.

2. La responsabilité contractuelle du franchiseur

Dans le domaine contractuel, les sources de droit qui peuvent impliquer légalement le franchiseur dans des contrats qui ne doivent intervenir qu'entre les franchisés et les tiers sont multiples et, encore ici, la jurisprudence québécoise n'a pas encore imprimé la direction qu'il faudra considérer à cet égard.

Au niveau des notions légales pouvant constituer des sources de responsabilité du franchiseur pour des engagements contractuels de ses franchisés, nous en retrouvons principalement cinq, soit :

- i) la détermination des parties au contrat ;

⁽¹⁾ *Supra*, note 7.

- ii) l'obligation du franchiseur comme manufacturier ;
- iii) responsabilité du franchiseur en vertu d'un mandat apparent ;
- iv) responsabilité du franchiseur pour garanties et représentations faites par lui ;
- v) responsabilité découlant de la négligence au niveau de la sélection de ses franchisés.

E. Loi sur la protection du consommateur

Une autre évolution jurisprudentielle dans un domaine qui, à première vue, ne devrait avoir aucun impact sur le franchisage, vient également compliquer la rédaction d'un contrat de franchise, à savoir l'évolution jurisprudentielle liée à la *Loi sur la protection du consommateur*.

À première vue, il semble difficile d'imaginer qu'une loi comme la *Loi sur la protection du consommateur* puisse s'appliquer au franchisage.

Cependant, une lecture attentive de la *Loi sur la protection du consommateur* et de la jurisprudence démontre qu'il est fort probable que cette loi s'applique à une vente de franchises.

F. Fausses représentations et aspect commercial du système du franchiseur

Un autre danger inhérent à la rédaction et à l'exécution de la convention de franchise est celui relié aux représentations du franchiseur et à la présence ou l'absence d'un système véritable pour lequel le franchisé paie pour acquérir l'usage.

Les règles du Code civil en matière de fausses représentations ou de résolution de contrat pour inexécution par une partie d'obligations essentielles sont relativement simples dans la plupart des contrats.

Cependant, lorsque nous arrivons au contrat de franchisage, ces règles deviennent particulièrement complexes à cause du caractère d'appréciation et de jugement qui entre en jeu.

Conclusion

416

En conclusion au présent texte, je crois qu'il est absolument nécessaire que tous ceux qui désireront oeuvrer à titre de conseillers pour les franchiseurs et les franchisés s'informent et se spécialisent de plus en plus dans la franchise, puisque cette dernière n'est pas, contrairement à une croyance qui peut circuler à certaines occasions, un simple agglomérat de notions légales relativement faciles à comprendre, mais constitue beaucoup plus un ensemble extrêmement complexe de notions légales connues, de clauses relativement spéciales prévues dans un contrat, le tout inclus dans un environnement commercial omniprésent.

La spécialisation dans le domaine de la franchise est donc une chose réelle, bien que ce domaine d'activités ne soit pas encadré par sa législation propre.

La franchise est cependant un domaine d'avenir et une avenue nouvelle fort importante et fort intéressante pour ceux qui décideront d'y oeuvrer, et il s'agit là d'un nouveau champ de pratique dans lequel les avocats intéressés au droit commercial devraient s'impliquer de plus en plus de façon à apporter à cette industrie le professionnalisme accru dont elle a présentement grand besoin.