



Conférence  
MEREDITH  
Lectures  
1992

**McGill**  
**Faculty of Law / Faculté de droit**

3644, Peel  
Montréal (Québec)

**ORGANIZING COMMITTEE / COMITÉ D'ORGANISATION**

Le professeur Pierre-Gabriel Jobin, président  
Le doyen Yves-Marie Morissette  
Professor Julius H. Grey  
Professor Cally Jordan  
M<sup>me</sup> Marie-Hélène Di Lauro

**ADVISORY COMMITTEE / COMITÉ CONSULTATIF**

Mr. Alexander S. Konigsberg, Q.C.  
Professor William Tetley, Q.C.  
Me Jean H. Gagnon  
Mr. Frank Zaid  
Mr. Richard Golick

**Editors/ Rédacteurs**

M. Philippe Denault  
Ms. Loretta Colton

Conférence  
**MEREDITH**  
Lectures  
1992

---

Le franchisage

Franchising

---

Faculty of Law, McGill University  
Faculté de droit, Université McGill

 **LES ÉDITIONS**  
**YVON BLAIS INC.**

C.P. 180 Cowansville (Québec) Canada J2K 3H6  
Tél.: (514) 263-1086 Fax: (514) 263-9256

## Table of Contents/Table des matières

### Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

Le franchisage

(Conférence Meredith = Meredith Lectures ; 1992)

«Faculty of Law, McGill University = Faculté de droit, Université McGill».

Textes en anglais et en français.

Comprend des réf. bibliogr.

ISBN 2-89073-889-2

1. Concessions (Commerce de détail) - Droit - Québec (Province) - Congrès. 2. Concessions (Commerce de détail) - Droit - Congrès. 3. Contrats d'adhésion - Québec (Province) - Congrès. 4. Concessions (Commerce de détail) - Québec (Province) - Finances - Congrès. I. Denault, Philippe. II. Colton, Loretta. III. McGill University. Faculty of Law. IV. Titre: Franchising. V. Collection: Conférence Meredith / la Faculté de droit de l'Université McGill = Meredith Lectures / the Faculty of Law, McGill University ; 1992).

KEQ563.A66 1992

343.714'0887

C93-096988-XF

### Canadian Cataloguing in Publication Data

Main entry under title :

Le Franchisage

(Conférence Meredith = Meredith Lectures ; 1992)

"Faculty of Law, McGill University = Faculté de droit, Université McGill".

Texts in English and French.

Includes bibliographical references.

ISBN 2-89073-889-2

1. Franchises (Retail trade) - Law and legislation - Quebec (Province) - Congresses. 2. Franchises (Retail trade) - Law and legislation - Congresses. 3. Standardized terms of contract - Quebec (Province) - Congresses. 4. Franchises (Retail trade) - Quebec (Province) - Finance - Congresses. I. Denault, Philippe. II. Colton, Loretta. III. McGill University. Faculty of Law. IV. Title: Franchising. V. Serie: Conférence Meredith / la Faculté de droit de l'Université McGill = Meredith Lectures / the Faculty of Law, McGill University ; 1992.

KEQ563.A66 1992

343.714'0887

C93-096988-XE

© Faculty of Law, McGill University, 1993

Published by / Publié par

Les Éditions Yvon Blais Inc.

Legal Deposit: 3rd trimester 1993

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

ISBN: 2-89073-889-2

Preface

*Yves-Marie Morissette* . . . . . iii

Présentation

*Bernard Roy* . . . . . v

Overview of Franchising

*Frank Zaid* . . . . . 1

### I. FRANCHISE CONTRACTS/CONTRATS DE FRANCHISAGE

1. Development Agreements and Master Franchise Agreements  
*Alex S. Konigsberg, Q.C.* . . . . . 33

2. Contrats types de franchisage  
*Louise Gagné* . . . . . 71

### II. LEGISLATION CONCERNING FRANCHISING/ LÉGISLATION CONCERNANT LE FRANCHISAGE

3. Le franchisage dans les industries de services et dans les professions  
*Jean H. Gagnon* . . . . . 87

4. Aperçu de quelques lois concernant la propriété intellectuelle et l'impact de celles-ci sur le franchisage  
*Hugues G. Richard et Barry Gamache* . . . . . 123

5. Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion  
*Adrian Popovici* . . . . . 137

### III. INTERNATIONAL FRANCHISING/LE FRANCHISAGE INTERNATIONAL

6. Droit européen - Législation française  
*Olivier Gast* . . . . . 163

7. Franchising in the U.S.: An Overview of the Regulatory Framework  
*Philip F. Zeidman* . . . . . 217

IV. FINANCING, SECURITY, INSOLVENCY/FINANCEMENT, SURETÉS, INSOLVABILITÉ	
8. Le financement en franchisage <i>Jean J. Bourret</i> . . . . .	.241
9. - The Secured Franchisor - Dealing With Competing Secured Claims and the Franchisee's Insolvency <i>Derrick Tay</i> . . . . .	.265
V. REAL ESTATE LAW/DROIT IMMOBILIER	
10. Leasing Aspects of the Franchise Relationship <i>Arthur J. Trebilcock</i> . . . . .	.285
11. Franchisage et droit immobilier <i>Paul-André Mathieu</i> . . . . .	.317
VI. ACCOUNTING - TAX LAW/COMPTABILITÉ - DROIT FISCAL	
12. Le franchisage: comptabilité et droit fiscal <i>Paul Jutras</i> . . . . .	.347
VII. LITIGATION/CONTENTIEUX	
13. Réflexions sur certains aspects litigieux en matière de contrat de franchise <i>Pierre Martel</i> . . . . .	.367
14. Franchise Litigation <i>Edward N. Levitt</i> . . . . .	.387
15. Unconscionability, Implied Terms, and Good Faith <i>S.M. Waddams</i> . . . . .	.415

# 6

## DROIT EUROPÉEN - LÉGISLATION FRANÇAISE

*Olivier Gast\**

### Plan

1.	Introduction . . . . .	167
2.	Le règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise . . . . .	167
2.1	Contenu du contrat de franchise exempté . . . . .	169
2.1.1	Les clauses contractuelles obligatoires dans le but de l'exemption . . . . .	170
2.1.1.1	Les livraisons croisées . . . . .	170
2.1.1.2	L'obligation relative à la garantie . . . . .	170
2.1.1.3	Obligation imposée au franchisé d'indiquer son statut . . . . .	170
2.1.2	Les restrictions de concurrence bénéficiant de l'exemption . . . . .	170
2.1.2.1	Les restrictions s'imposant au franchiseur . . . . .	170
2.1.2.2	Les restrictions imposées au franchisé . . . . .	171
2.1.3	Clauses usuelles du contrat de franchise exemptées . . . . .	171
2.1.3.1	Clauses justifiées par la protection de l'identité et de la réputation du réseau . . . . .	171
2.1.3.1.1	Les produits vendus ou utilisés par le franchisé . . . . .	171
2.1.3.1.2	Clauses justifiées par la protection contre l'éventuelle concurrence déloyale . . . . .	171
2.1.3.2	Clauses justifiées par la protection de l'efficacité du réseau . . . . .	172
2.1.3.2.1	Protection du savoir-faire . . . . .	172

2.1.3.2.2	Maintien de la qualité du réseau . . .	172
2.2	Conditions d'application de l'exemption et limites de l'article 85-3 du <i>Traité de Rome</i> . . . . .	172
2.2.1	Les restrictions à la concurrence ne sont admises que lorsqu'elles sont indispensables pour assurer un progrès économique et améliorer la distribution (art. 85.3a) . . . . .	172
2.2.2	Les restrictions de concurrence ne sont pas admises si elles donnent à des entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence, pour une partie substantielle des produits en cause (art. 85.3 b) . . . . .	173
2.3	Exemptions individuelles et procédure d'opposition . . . . .	173
2.3.1	L'absence de correspondance entre le Règlement et le contrat . . . . .	173
2.3.2	L'interférence du réseau avec l'article 8 paragraphe c/ du Règlement d'exemption . . . . .	174
3.	La mise en oeuvre de la Loi Doubin . . . . .	175
3.1	Les conditions d'application de l'obligation d'information (Qui doit discloser) . . . . .	178
3.1.1	Le champ d'application de l'obligation d'information . . . . .	178
3.1.1.1	La mise à disposition de signes de ralliement . . . . .	179
3.1.1.2	L'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité . . . . .	180
3.1.2	Les conditions d'exécution de l'obligation d'information . . . . .	182
3.1.2.1	Conditions de forme . . . . .	182
3.1.2.2	Délais dans lesquels l'obligation d'information doit être réalisée . . . . .	183
3.2	Le contenu de l'obligation d'information (Comment discloser) . . . . .	184
3.2.1	Informations sur l'entreprise du disclosant . . . . .	186
3.2.1.1	Présentation de l'entreprise du disclosant . . . . .	186
3.2.1.1.1	Son identité . . . . .	186
1.	Identification de l'entreprise . . . . .	186
a.	Siège, forme juridique, montant du capital . . . . .	186
b.	Marques . . . . .	187
c.	Immatriculation(s) . . . . .	188
d.	Domiciliations bancaires . . . . .	188
2.	Curriculum vitae du chef d'entreprise ou des dirigeants . . . . .	189
3.2.1.1.2	Son évolution . . . . .	190
3.2.1.1.3	Ses activités . . . . .	192
3.2.1.1.4	Le marché . . . . .	193

1.	L'état du marché . . . . .	193
2.	Ses perspectives de développement . . . . .	194
3.2.1.1.5	Ses résultats . . . . .	195
1.	Les sociétés non cotées . . . . .	195
2.	Les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne . . . . .	195
3.2.1.2	Présentation du réseau d'exploitation du disclosant . . . . .	196
3.2.1.2.1	Évolution du réseau d'exploitants . . . . .	196
3.2.1.2.2	Entreprises appartenant au réseau d'exploitants . . . . .	197
3.2.1.2.3	Entreprises appartenant au réseau en vertu d'un contrat de même nature que celui qui est proposé . . . . .	198
3.2.1.2.4	Cessation des relations contractuelles . . . . .	199
3.2.2	Informations sur le projet d'entreprise du disclosé . . . . .	200
3.2.2.1	Informations juridiques . . . . .	200
3.2.2.2	Informations financières . . . . .	201
3.2.2.3	Informations marketing . . . . .	202
3.2.2.3.1	État local du marché et perspectives de développement . . . . .	202
3.2.2.3.2	Établissements distribuant les produits ou services objet du contrat proposé dans la zone d'activité du disclosé . . . . .	203
3.3	Les effets de l'obligation d'information (Les sanctions) . . . . .	204
3.3.1	Les sanctions pénales . . . . .	205
3.3.1.1	L'absence de document d'information . . . . .	205
3.3.1.2	La divulgation erronée . . . . .	206
3.3.2	Les sanctions civiles . . . . .	207
3.3.2.1	L'absence de divulgation . . . . .	207
3.3.2.2	La divulgation erronée . . . . .	208
3.3.3	Conclusion . . . . .	209
4.	Responsabilité du franchiseur et du franchisé à l'égard des tiers . . . . .	209
4.1	La responsabilité vue par le Conseil des Communautés européennes . . . . .	210
4.1.1	La Directive n° 85/374 du 25 juillet 1985 . . . . .	210
4.1.2	Le projet de directive sur la responsabilité du prestataire de services . . . . .	211
4.2	La question de la responsabilité solidaire du franchiseur et du franchisé . . . . .	213
	Bibliographie . . . . .	215

## 1. Introduction

La franchise a de beaux jours devant elle. Elle a fait l'objet d'une reconnaissance éclatante en droit européen (Règlement d'exemption par catégorie) et est parvenue à maturité en droit interne grâce au cadre juridique de la Loi Doubin.

Plus qu'un simple mode de distribution, la franchise s'inscrit dans une démarche originale qui la place très favorablement dans L'Europe du commerce qui est en train de se construire.

Le Règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise intervenu le 28 décembre 1988 est le signe que la Commission des Communautés européennes a compris que le contrat de franchise est un bon instrument économique, appelé à jouer un rôle dynamique dans la distribution (nous l'étudierons dans la partie 2).

Sur le plan interne, le même pragmatisme a prévalu puisque le législateur a préféré une réglementation essentiellement préventive de la franchise à une réglementation sclérosante des rapports franchiseur/franchisé. L'étude de cette loi exemplaire fera l'objet de la partie 3.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que ce type de distribution s'adresse, comme tout autre, à un consommateur. Or, le consommateur fait l'objet d'une protection accrue sur le plan européen, ce qui aboutit à une responsabilité plus large des professionnels de la distribution. Le professionnel ne peut ignorer cette donnée, nous en dirons quelques mots dans une troisième partie.

## 2. Le Règlement d'exemption par catégorie des accords de franchise

La Commission des Communautés européennes a adopté le 28 décembre 1988 un Règlement relatif à l'application à des accords de franchise de l'exemption par catégorie visée par l'article 85-3 du Traité de Rome.

On sait que l'article 85-1 du *Traité de Rome* prohibe les accords et 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».

La sanction applicable aux cas de violation de l'article 85-1 est, selon les dispositions de l'article 85-2, que les accords ou décisions interdits sont nuls de plein droit.

Deux réserves doivent toutefois être apportées à cette règle, en vertu de l'application, soit des dispositions de la Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure, soit de celles de l'article 85-3 du *Traité de Rome*.

Tout contrat est en effet *a priori* soumis à l'application des dispositions du *Traité de Rome*. Cependant, en fonction de l'importance du réseau concerné, le contrat peut ou non bénéficier des dispositions de la Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure.

La Direction générale de la Commission de Bruxelles a en effet établi un cadre fixant les limites de l'applicabilité du droit communautaire. Ainsi, tous les accords entre entreprises ne tombent pas sous le coup des règles de concurrence communautaires; pour que ces règles s'appliquent, il est nécessaire que l'accord soit susceptible d'engendrer un trouble à la concurrence sur une partie substantielle du marché commun.

La Commission a défini ces accords dans une Communication du 3 septembre 1986, pour en extraire la règle dite «des minimis».

La Commission retient deux critères pour déterminer si un accord peut être qualifié «d'accord d'importance mineure». Il s'agit :

- de la part de marché des entreprises où l'accord produit ses effets;
- du chiffre d'affaires cumulé des entreprises participant à l'accord.

La Commission estime que les accords entre entreprises de production, de distribution ou de prestation de services ne sont pas frappés par l'interdiction de l'article 85-1 du *Traité de Rome* - qui prohibe les atteintes portées au libre jeu de la concurrence dans le marché commun - :

- lorsque 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
- lorsque le chiffre d'affaires total réalisé au cours d'un exercice par les entreprises participantes ne dépasse pas 260 millions d'écus (soit environ 1,8 milliard FF). Par chiffre d'affaires total, il faut entendre la somme des chiffres du dernier exercice comprenant l'ensemble des produits et des services réalisés par les entreprises participantes.

La deuxième réserve, préalablement annoncée, est relative à l'application des dispositions de l'article 85-3 à un accord sanctionné sur la base des dispositions de l'article 85-1. Ainsi, des atteintes au libre jeu de la concurrence sont tolérées sur le marché européen dès lors qu'elles ont :

- d'une part, vocation à assurer un progrès économique ou améliorer la distribution;
- et qu'elles réservent, d'autre part, une partie de ces avantages aux consommateurs.

Toutefois, ces restrictions ne doivent jamais avoir pour effet :

- d'éliminer totalement la concurrence;
- ni être imposées à des partenaires commerciaux alors qu'elles ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs visés.

Préalablement à l'adoption du Règlement d'exemption par catégorie, la Commission appréciait, pour chaque cas particulier, si l'accord ou la pratique concertée remplissait bien les quatre conditions fixées par l'article 85-3 du *Traité de Rome*, dans le cadre de décisions individuelles.

L'expérience acquise par la Commission par l'examen des accords qui lui étaient notifiés, ainsi que la nécessité de débloquer les services de la Direction générale de la concurrence de la Commission, à laquelle de plus en plus de contrats étaient notifiés, ont conduit cette dernière à élaborer un cadre général d'application des dispositions de l'article 85-3 à certains contrats de franchise.

C'est dans cet esprit que le Règlement a été élaboré, s'inspirant notamment des solutions dégagées par la Cour de justice dans l'arrêt *Pronuptia*<sup>1</sup>.

Les obligations restrictives de concurrence contenues dans les contrats de franchise sont exemptées tant qu'elles sont nécessaires à la réalisation de l'avantage économique qui en découle (2.1).

En revanche, elles deviennent illicites dans le cas contraire, ou lorsqu'elles ont pour effet d'éliminer la concurrence dans le secteur concerné (2.2).

L'adoption du Règlement n'a toutefois pas fait disparaître les procédures d'exemption individuelle, qu'il est conseillé d'utiliser lorsque le franchiseur n'est pas absolument certain que son contrat rentre dans le champ d'application du Règlement. Le Règlement a également instauré une procédure simplifiée, dite de non-opposition (2.3).

## 2.1 Contenu du contrat de franchise exempté

La Commission considère le contrat de franchise comme un bon instrument économique, jouant un rôle dynamique dans la distribution. C'est pourquoi elle a considéré comme licites les restrictions de concurrence contenues dans le contrat de franchise dès lors que celles-ci sont nécessaires à la mise en oeuvre du contrat, sous réserve que le contrat contienne certaines clauses rendues obligatoires par le Règlement.

1. *Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis Hamburg* (no 161/84) C.J.C.E. (20 janvier 1986).

### 2.1.1 *Les clauses contractuelles obligatoires dans le but de l'exemption*

Le Règlement d'exemption prévoit quelles sont les conditions qui doivent impérativement être réunies pour son application.

Ces conditions sont au nombre de trois. Ainsi, trois clauses doivent impérativement figurer dans le contrat de franchise, alors que la troisième n'est que facultative.

#### 2.1.1.1 *Les livraisons croisées*

L'exemption prévue à l'article 1<sup>er</sup> pourra s'appliquer à condition que le franchisé soit libre d'acheter les produits faisant l'objet de la franchise aux autres franchisés; et à la condition, en cas de distribution parallèle par un autre réseau de distributeurs agréés, qu'il soit libre de s'approvisionner auprès de ceux-ci.

#### 2.1.1.2 *L'obligation relative à la garantie*

Afin que l'exemption soit applicable, il est également nécessaire, si le franchiseur impose au franchisé d'assurer une garantie pour les produits du franchiseur, que cette obligation s'applique également auxdits produits livrés par tout membre du réseau de franchise ou par d'autres distributeurs qui appliquent une garantie similaire dans le marché commun.

#### 2.1.1.3 *Obligation imposée au franchisé d'indiquer son statut*

Il faudra enfin, dans le but de l'exemption, que le franchisé soit tenu d'indiquer son statut d'entreprise indépendante. La Commission a précisé que cette indication ne doit cependant pas interférer avec l'identité commune du réseau franchisé.

### 2.1.2 *Les restrictions de concurrence bénéficiant de l'exemption*

#### 2.1.2.1 *Les restrictions s'imposant au franchiseur*

Dans le territoire visé au contrat, le franchiseur peut s'obliger à :

- ne pas donner à des tiers le droit d'exploiter toute ou une partie de la franchise;
- ne pas l'exploiter lui-même, ni commercialiser les produits ou services faisant l'objet de la franchise en appliquant une formule similaire;
- ne pas fournir lui-même ses produits à des tiers.

La Commission considère que la protection territoriale, accordée au franchisé, est indispensable pour protéger l'investissement de celui-ci.

#### 2.1.2.2 *Les restrictions imposées au franchisé*

Afin d'établir un réseau cohérent qui s'identifie avec les produits franchisés, il était nécessaire de permettre au franchiseur d'obtenir du franchisé :

- l'engagement de n'exploiter la franchise qu'à partir des locaux visés au contrat;
- l'interdiction de la commercialisation active hors du territoire contractuel;
- l'interdiction de concurrencer les produits du franchiseur.

Concernant le choix des produits, la restriction à la libre concurrence n'est admise que dans les limites de ce qui est indispensable à la satisfaction de l'objectif poursuivi par le contrat de franchise. C'est pourquoi la commission exclut cette obligation en ce qui concerne les pièces de rechange ou accessoires que le franchisé pourra donc acquérir chez n'importe quel fournisseur.

Ces exemptions étant posées, la Commission envisage un certain nombre d'obligations usuelles dans le contrat de franchise (enseigne, redevances, etc.) exemptées elles aussi.

### 2.1.3 *Clauses usuelles du contrat de franchise exemptées*

#### 2.1.3.1 *Clauses justifiées par la protection de l'identité et de la réputation du réseau*

##### 2.1.3.1.1 *Les produits vendus ou utilisés par le franchisé*

Celui-ci ne peut se voir imposer une clause d'approvisionnement exclusif auprès du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui que lorsque le franchiseur ne peut appliquer des spécifications objectives de qualité, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise<sup>2</sup>.

##### 2.1.3.1.2 *Clauses justifiées par la protection contre l'éventuelle concurrence déloyale*

Est licite la clause de non-concurrence ou de non-rétablissement faisant interdiction au franchisé de disposer d'un magasin ayant un objet identique ou similaire dans une zone où il pourrait entrer en concurrence avec un des membres du réseau, dès lors que cette clause tend à prévenir le risque d'un détournement du savoir-faire au profit de concurrents.

2. Voir par ex. : articles de mode - décisions *Pronuptia*, *supra*, note 1 et *Charles Jourdan, Produits Yves Rocher*.