

LA DISTRIBUTION ET LA FRANCHISE INTERNATIONALES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

Gérald Goldstein*
Montréal

Le traitement des contrats internationaux de distribution et de franchise en droit international privé québécois doit permettre à leurs parties de prévoir leur régime.

L'absence de règles spécifiques oblige à se demander si les dispositions générales québécoises suffisent.

L'admission de l'autonomie de la volonté (article 3111 C.c.Q.) permet aux parties de choisir une loi adaptée à leurs transactions. Mais ce choix peut se heurter à l'application des mesures impératives protectrices de la partie faible (franchisé ou distributeur) ou limitant les effets restrictifs de concurrence de ces accords (articles 3076 et 3079 C.c.Q.).

En l'absence de choix, la distinction de nature parfois tenue entre distribution et franchise se traduit par une méthode de désignation différente pour l'une et l'autre. Si le contrat de distribution se localise aisément par sa prestation caractéristique (article 3113 C.c.Q.), le contrat de franchise nécessite de revenir au principe de proximité (article 3112 C.c.Q.). Leur rapprochement se reflète dans une hésitation entre la loi de la résidence du distributeur ou du franchisé et celle du concédant ou du franchiseur.

Néanmoins, les nouvelles règles québécoises sont suffisamment flexibles pour permettre le développement harmonieux de ces transactions sans sacrifier les intérêts étatiques existants.

Ideally Québec private international law applicable to marketing and franchise agreements would guarantee the parties' choice of law. However the absence of specific rules raises the question whether or not general principles can be resolute. For example while Article 3111 of the Civil Code allows the parties some degree of choice that is subject to the policies underpinning Articles 3076 and 3079 which seek to protect the weaker parties and their respective business interests. Where choice is restricted then the precise nature of the particular transaction may

* Gérald Goldstein, de la Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec. Cette étude a été réalisée grâce à une subvention du FCAC, dans le cadre du *Programme de recherches sur les contrats internationaux et le Code civil*, sous la coordination du prof. A. De Mestral de l'Université McGill. L'auteur remercie de leur assistance de recherche précieuse et efficace Mme J. Bras Miranda de l'Université de Montréal, Mme M. Aldana de l'Université McGill ainsi que les compagnies québécoises qui ont eu l'obligeance de bien vouloir nous permettre de prendre connaissance de leurs contrats.

determine the applicable law resulting in difficulties arising from the differing domiciliary laws of the parties. The writer believes, however, that the present laws of Québec are sufficiently flexible to cater to the choices of the parties without violating the legal policies of Québec.

<i>Introduction</i>	220
1. <i>La distinction entre les contrats de distribution, les contrats de franchise et d'autres accords</i>	224
1.1. <i>La distinction entre contrats de distribution et de franchise types d'autres d'accords</i>	224
1.2. <i>La distinction entre distribution et franchise</i>	226
1.2.1. <i>La définition du contrat de distribution</i>	226
1.2.2. <i>La définition du contrat de franchise</i>	228
2. <i>L'origine des conflits de lois en matière de distribution et de franchise internationales</i>	232
3. <i>Les méthodes de résolution des conflits de lois en matière de distribution et de franchise internationales</i>	237
3.1. <i>La loi applicable à la forme des contrats de distribution et de franchise</i>	238
3.2. <i>La loi applicable au fond des contrats de distribution et de franchise</i>	239
3.2.1. <i>Le rattachement subjectif des contrats de distribution et de franchise</i>	239
3.2.2. <i>Le rattachement objectif des contrats de distribution et de franchise</i>	242
3.2.2.1. <i>Le rattachement du contrat de distribution par la prestation caractéristique (art. 3113 C.c.Q.)</i>	243
3.2.2.1.1. <i>Les obligations du concédant</i>	243
3.2.2.1.2. <i>Les obligations du concessionnaire ou du distributeur</i>	245
3.2.2.1.3. <i>Détermination de la prestation caractéristique et de la loi objectivement applicable au contrat de distribution</i>	246
3.2.2.2. <i>Le rattachement du contrat de franchise par le principe de proximité (art. 3112 C.c.Q.)</i>	249
3.2.2.2.1. <i>Les obligations du franchiseur</i>	249
3.2.2.2.2. <i>Les obligations du franchiseé</i>	250
3.2.2.2.3. <i>Détermination de la prestation caractéristique et de la loi objectivement applicable au contrat de franchise</i>	251
<i>Conclusion</i>	254

Introduction

La nécessité d'exporter des biens et des services est désormais vitale pour toute économie moderne. Parmi les diverses stratégies qui s'offrent à l'exportateur

qui ne connaît pas bien le marché étranger visé, la distribution indirecte par le biais d'importateurs locaux *indépendants* s'avère être une solution intéressante. Ainsi se sont développés les contrats internationaux de distribution¹, souvent qualifiés de «concession de vente» en droit civil, et plus récemment, ceux de franchise internationale².

¹ Parmi l'abondante bibliographie disponible sur le sujet de la distribution, on peut notamment consulter, sur la distribution spécifiquement *internationale*: D. Berlin, «Droit International et Distribution Internationale» (1993) 19 Droit et pratique du Commerce International 6; P. Cable, «International Distribution Contracts», dans J.D.M. Lew et C. Stanbrook, (ed.), *International Trade: Law and Practice*, London, Euromoney Publications, 1983, 57; P. Crahay, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, Paris, L.G.D.J., 1991; B.M. Fisher, «Product Distribution in Canada» (1986) 20(1) International Lawyer 45; K.G. Herold et D.D. Knoll, «Negotiating and Drafting International Distribution, Agency, and Representative agreements: the United States Exporters Perspective» (1987) 21(4) International Lawyer 939; L.W. Jacobs, «International Distribution and Franchising» (1995) 7(2) International Quarterly 302; R.A. Lipstein, «International Franchising and Distribution : U.S. and Foreign Law Considerations» (1988) 16(9) International Business Lawyer 414; F.W.Jr. Taylor, «Alternative Legal Structures for Doing Business in Saudi Arabia: Distributorship, Agency, Branch, Joint Venture and Professional Office» (1980) 12(1) Case Western Journal of International Law 77; J. Thieffry, «La Distribution des Produits à l'Étranger» (1985) 38 Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique 725; W.F.M. Von Bieberstein, «Limitation of Party Autonomy in Private International Law by Rules of Jus Cogens in Laws Protecting Agents and Distributors», dans *International Contracts*, par H. Smit, N.M. Gabston et S. Levitsky (ed.), Matthew Bender, N. Y., 1981 aux pp. 93 et s.; H. Van Houtte, *The Law of International Trade*, London, Sweet et Maxwell, 1995 aux pp. 159-72; N. Lacasse, L. Perret et J.E. Denis (éd.), *Les contrats internationaux de distribution (droit et gestion)*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1992; G.-M. Weijer (ed.), *Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States of the European Community*, Graham et Trotman, Boston, 1989 (avec bibliographies).

² Voir sur la *franchise internationale*, en plus des articles cités note 1 (qui en traitent souvent aussi): I.C. Baillie, «International Franchising» (1984) International Business Lawyer 4; V. Berloni, *International Franchising: A Comparative Study with a Special Emphasis on the Law of Canada*, Mémoire de maîtrise, McGill, 1985 (avec bibliographie); G.F. Carpinello, «Testing the Limits of Choice of Law Clauses: Franchise Contrats as a Case Study» (1990) 74 Marquette Law Review 57; W.H.Jr. Daughtrey, «Enforcement of Arbitration Clauses Against Deceived Franchisees» (1987) 21 University of Richmond Law Review 391; D. Ferrier, «La Franchise Internationale» (1988) 115 Journal du Droit International 625; M.W. Gordon, «Hamburger Abroad : Cultural Variations Affecting Franchising Abroad» (1994) 9(2) Connecticut Journal of International Law 165; P.V. Herbers, «Franchise Terminations : Forum Selection and Choice of Law» (1992) 48 (7) Journal of the Missouri Bar 531; A. S. Koningsburg, «Practical Legal Aspects of International Franchising» (1985) International Business Lawyer 297; M. Mendelson et T. Clark, «International Arbitration and Franchising» (1992) 11(4) Franchise Law Journal 115; W. Pengilly, «International Franchising Arrangements and Problems in Their Negotiation» (1988) New Zealand Law Journal 79; T.M. Pitegoff, «International Franchising — a Review of Current Issues» (1992) 20(8) International Business Lawyer 437; J. Ratliff, «International Franchising», dans J.D.M. Lew et C. Stanbrook (éd.), *International Trade: Law and Practice*, London, Euromoney Publications, 1983, 163; N. Rose, «Resolving International Franchise Dispute», dans M. Abell (ed.), *The International Franchise Option*, British Franchise Association, Waterloo Publishers, Londres, 1990; W.A. Scott, «Technology Transfer Laws and International Franchising» (1994) 22(6) International Business Lawyer 256; R. B. Spandorf, «Fundamentals of International Franchising» (1992) 20(3) International Business Lawyer 161; Van Houtte, *ibid.* 172-78; G. Bras Miranda, «Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois» (1998) 32 R.J.T. (sous presse).

L'emploi d'*agents*, salariés ou payés par commission, *représentant* l'exportateur (mandat, agence), chargés de trouver des clients, de les inciter à commander, de négocier les contrats et parfois de les conclure, est une solution de rechange. Mais elle entraîne des risques plus importants pour l'exportateur, puisqu'il sera lié avec les tiers par le biais d'intermédiaires qu'il ne pourra pas toujours contrôler comme il le souhaite.

Au contraire, il peut utiliser des revendeurs, *distributeurs* indépendants de lui, agissant en leur propre nom et pour leur propre compte, qu'il va charger de promouvoir la vente de ses produits sur le marché local. Afin de développer un véritable réseau d'implantation organisé dans une optique d'optimum économique, ils vont s'entendre pour s'accorder mutuellement une exclusivité territoriale d'approvisionnement, dont l'étendue géographique et matérielle, en terme de types de produits et de clients, doit être délimitée au bénéfice des deux parties. Étant donné l'indépendance juridique et l'éloignement physique des parties, l'exportateur devra accentuer les mesures de contrôle sur le distributeur. Comme il est de son intérêt que celui-ci réussisse économiquement, leur accord pourra prévoir des clauses par lesquelles il s'engagera à l'assister techniquement dans la mise en marché du produit. Mais le distributeur sera choisi en raison de ses connaissances du marché local ou de son implantation dans celui-ci. Il aura donc la tâche d'adapter les conseils reçus aux particularités de ce marché.

Cette collaboration peut aller jusqu'à la situation où l'exportateur fournit une structure complète de commercialisation, son savoir-faire, l'usage de ses marques de commerce, de ses signes distinctifs, etc., au distributeur, qui devra alors payer pour cette assistance et ce savoir-faire destinés à le placer en situation de concurrence économique avantageuse. On aboutit alors à ce que la pratique appelle la «*franchise*» ou le contrat de *franchisage*.

Pour que ces accords se développent, il est évidemment essentiel que les parties puissent prévoir le régime juridique qui les couvrira. La validité des clauses prévoyant les nombreuses obligations envisagées dans ce type de contrats, mais aussi leur interprétation et leur cadre juridique implicite dépendent étroitement de leur système juridique de base. Il est fondamental, par exemple, que l'exportateur québécois sache si les clauses relatives au paiement d'une redevance annuelle que lui devront ses franchisés à l'étranger vont y être respectées de façon à lui permettre de couvrir ses frais d'assistance, s'il pourra recevoir les sommes au Québec ou à l'étranger, s'il pourra mettre fin aux contrats en cas de performance médiocre des franchisés sans avoir à reprendre les invendus, sans devoir leur payer des indemnités de clientèle ou de résiliation, etc. De même, l'exportateur étranger (californien, par exemple) au Canada doit savoir si les clauses d'exclusivité territoriale d'approvisionnement réciproque qu'il va passer dans les contrats avec ses distributeurs au Québec et en Ontario y seront tenues pour valides, si les tribunaux acceptent leur compétence vis-à-vis d'eux.

Or, du fait de la nature internationale de ces transactions, et en raison de leur importance commerciale, elles intéressent virtuellement plusieurs systèmes juridiques, dont les lois peuvent entrer en conflit. Elles touchent en effet des politiques sociales et économiques fondamentales. Même si l'on se trouve en

matière commerciale, le franchisé est en général une petite entreprise locale, technologiquement dépendante d'un franchiseur, qui sera souvent une multinationale. L'autonomie de la volonté peut se heurter aux mesures protectrices de la partie la plus faible.

Par ailleurs, le droit de la distribution présente une opposition sérieuse entre la volonté des parties à ces accords, axés vers la recherche d'un développement économique maximal, et certains intérêts étatiques. Les accords de distribution présentent normalement des clauses d'exclusivité territoriale, favorables aux distributeurs qui en bénéficient, mais qui entraînent des restrictions de concurrence, souvent au détriment des consommateurs. L'équilibre entre les intérêts particuliers et ceux de la communauté dépend de la politique de chaque État: les conflits de lois sont donc latents³.

Nous nous proposons d'étudier les aspects essentiels de droit international privé québécois des contrats de distribution et de franchise⁴, afin de savoir si les nouvelles dispositions du Code civil en ce domaine sont suffisamment adaptées pour y permettre le développement harmonieux de ce type de transactions internationales. La doctrine québécoise est restée très discrète sur le sujet⁵.

Nous nous concentrerons sur les *conflit de lois* relatifs aux contrats de distribution et de franchise car les questions de compétence internationale des tribunaux québécois et de l'effet des décisions étrangères ne présentent pas de particularités notables en ce domaine⁶.

L'analyse des méthodes de résolution des conflits de lois relatifs aux contrats de distribution et de franchise (3) nécessite de répondre au préalable à quelques interrogations touchant le type de situations conflictuelles envisagé:

³ Berlin, *supra* note 1 à la p. 7.

⁴ Seuls les quelques auteurs suivants traitent plus en détail des aspects de droit international privé de ces contrats: Berlin, *supra* note 1; Carpinello, *supra* note 2; Crahay, *supra* note 1 aux pp. 15-44; Daughtrey, *supra* note 2; Ferrier, *supra* note 2; L. 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; P. Lagarde, «La loi applicable au contrat de distribution commerciale», (1990) 21 R.G.D. 669-685; Herbers, *supra* note 2; J. Talpis, «Dispute prevention and Dispute Resolution Post NAFTA: Choice of Law and Forum Selection Clauses» (1995) 26 R.G.D. 27; Von Bieberstein, *supra* note 1 aux pp. 93 et s.

⁵ La seule opinion émise jusqu'à présent se trouve dans le récent article de J. Talpis, *ibid.* aux pp. 48-50.

⁶ Sur ces aspects, voir: H.P. Glenn, «Droit international privé», dans *La réforme du Code civil*, t.3, Presses de l'Université Laval, 1993, 669, n° 71 et s.; G. Goldstein et J. Talpis, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1991; G. Goldstein et J. Talpis, «Les perspectives en droit civil québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada» (1995) 74 R. du B. can. 641-64; (1996) 75 R. du B. can. 115-145; É. Groffier, *Précis de droit international privé québécois*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, n° 252 et s.; *La réforme du droit international privé, Supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, n° 106 et s.; J. Talpis et J.-G. Castel, «Le Code civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé», dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Presses de l'Université Laval, 1993, 801, n° 408 et s.

l'examen de la définition des transactions qui nous concernent (1), précédera celui des motifs à l'origine des conflits de lois dans le domaine (2).

1. *La distinction entre les contrats de distribution, les contrats de franchise et d'autres accords*

La nécessité pratique de qualifier ces relations découle notamment de l'existence de législations, en général protectrices du franchisé ou du distributeur, *spécifiquement réservées à l'une ou l'autre de ces catégories*, au plan du droit interne comme au plan du droit international privé.

Il faut donc distinguer les contrats de *représentation* et de *vente* de ceux de distribution et de franchise (1.1), puis distinguer ces derniers l'un de l'autre (1.2.).

1.1. *La distinction entre contrats de distribution et de franchise d'autres types d'accords*

Représentants, distributeurs et franchisés sont dans des situations économiques assez proches les unes des autres, puisqu'ils consacrent leur temps et leur énergie à vendre et à promouvoir la vente des produits d'un autre, moyennant un bénéfice marginal ou sous forme de commissions ou de salaire (pour les représentants salariés). Les distributeurs et les franchisés (pour la franchise de produits) sont bien des «intermédiaires» *de la chaîne économique* de distribution d'un produit, puisqu'ils achètent des produits pour les revendre au consommateur final, de la même façon que les grossistes. Mais ils ne sont *pas des représentants* du producteur.

Alors que le représenté engage lui-même tout le processus de vente au tiers et en subit tous les risques, par le biais d'un représentant qui, lui, ne supporte aucune conséquence économique de la transaction, l'indépendance juridique du distributeur et du franchisé est compensée par la charge des risques juridiques et économiques qu'ils subissent. En tant qu'acheteurs des produits de l'exportateur, ils bénéficient des garanties propres à la vente (vice caché, éviction, durabilité, etc.), alors que le représentant n'est pas concerné par ces droits puisqu'il n'est pas propriétaire des produits. De même, le distributeur n'a pas d'obligation de rendre des comptes des profits qu'il a faits par la revente des biens sur son territoire. Le franchisé doit toutefois faire connaître au franchiseur le montant de ses ventes, car il doit lui payer une redevance annuelle comprenant souvent au moins une partie calculée en pourcentage de ces ventes.

Du point de vue du droit international privé, puisque les problèmes de représentation n'existent pas dans les rapports issus de la distribution ou de la franchise, l'analyse est plus simple puisqu'on se trouve uniquement à déterminer le droit applicable aux relations internes à chacun de ces

contrats, sans devoir se préoccuper spécialement des relations vis-à-vis des tiers⁷.

Par contre, aussi bien au plan interne qu'au plan international, alors que le mécanisme de représentation est en général abordé par des dispositions particulières (codification du mandat, etc.), ni le contrat de distribution ni celui de franchisage ne font l'objet de telle réglementation, en général. Dans les deux cas, puisqu'ils s'agit de contrats «innommés», il faut se rabattre sur les dispositions générales des obligations dans la plupart des systèmes juridiques, à moins de les assimiler au mandat ou à la vente.

Nous avons déjà énoncé qu'étant donné l'absence de représentation dans la distribution ou la franchise, il est impossible d'assimiler ces contrats au mandat.

De plus, puisqu'essentiellement le distributeur et le franchisé ne sont pas des clients du producteur, mais des intermédiaires dans la chaîne commerciale de distribution, il ne s'agit pas non plus de déterminer la loi applicable aux contrats de vente individuels qui seront conclus périodiquement entre le distributeur ou le franchisé et ce producteur, mais celle régissant l'accord-cadre au cours duquel ils interviennent. Cet accord peut parfois être qualifié d'avant-contrat de vente ou de «concession de vente», mais cette qualification d'avant-contrat n'entraîne pas l'application du régime relatif à la vente, en droit civil interne, ni, par analogie, a priori, celui des règles de conflit de lois spécifiques à la vente (article 3114 C.c.Q.). Toutefois, en tant qu'accessoire à un contrat principal de vente, un «pur» avant-contrat de vente pourrait être régi par la loi applicable, en l'espèce, à la vente, en application de l'article 3112 C.c.Q. Mais cette solution n'est pas normalement admissible pour la concession de vente ou pour la franchise, parce qu'elles ont des objets différents et donnent lieu à des prestations distinctes.

Certains auteurs, minoritaires cependant, ont pourtant proposé de rendre applicable la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente

⁷ Cependant, les problèmes généraux, touchant par exemple la loi applicable à l'action directe du consommateur vis-à-vis d'un fabricant ou encore à l'éventuel recours récursoire du distributeur, poursuivi en vice caché par l'acheteur final, contre le fabricant, se posent, mais ils ne sont pas spécifiques à notre domaine. Sur les difficiles problèmes de représentation, voir en général: H.L.E. Verhagen, *Agency in Private International Law*, Kluwer, 1995. Voir aussi: É. Groffier, «L'intermédiaire du commerce international au Canada» (1985) 19 *R.J.T.* 127; J. Talpis et G. Goldstein, «Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé» (1989) 91 *R. du N.* 293, 456, aux pp. 490-94; J. Talpis, «La représentation volontaire et organique en droit international privé» (1989) 20 *R.D.U.S.* 89; É. Groffier, «La représentation dans les échanges commerciaux», dans M. Ares et L. Cotton éd., *Les transactions transfrontalières*, 1993, Conférence Meredith, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 aux pp. 13 et s. Nous reportons aussi le lecteur à notre récente étude en droit québécois: G. Goldstein, «La représentation conventionnelle en droit international privé québécois» (1997) 57 *R. du B.* 213.

internationale de marchandises aux parties du contrat de distribution qui se rapportent aux conditions générales de ventes futures, même si les parties ne choisissent pas la loi d'un État qui aurait déjà intégré la Convention à son droit interne⁸. La doctrine favorable à cette idée estime qu'on évite ainsi le dépeçage entre les conditions générales de vente, contenues dans l'accord de distribution, et les contrats successifs de vente passés en vertu et dans le respect de ces conditions⁹. Toutefois le dépeçage chassé par la porte revient par la fenêtre: c'est au sein même du contrat de distribution qu'il faudrait alors distinguer entre les clauses touchant les conditions de vente et les autres, soumises à une loi propre. Cette solution ne nous paraît donc pas vraiment souhaitable.

Il faut encore distinguer entre le contrat de distribution et la franchise.

1.2. *La distinction entre distribution et franchise*

Du point de vue du fabricant ou de l'exportateur, ces deux contrats ont un même objectif qui est de pénétrer un marché étranger et d'y promouvoir ses produits. L'objectif général du distributeur ou du franchisé est de réussir à exploiter un commerce avec profit, ce qui n'en fait pas une particularité. Malgré cette similitude, il s'agit de deux structures différentes de commercialisation, dont on va tenter de donner une définition de façon à bien en saisir les éléments essentiels.

1.2.1. *La définition du contrat de distribution*

Il n'existe pas de définition unanimement acceptée du contrat de distribution. Ceci est une conséquence du laxisme répandu dans ce domaine ou l'une de ses causes. Les commerçants, peut-être influencés par le terme anglais «*distributor*», lui-même assez vague, utilisent souvent le terme «distribution» en un sens *économique*, très large, incluant la plupart des diverses formes de commercialisation par intermédiaire, comme les contrats de représentation, ceux de franchise, ceux de concession de vente, etc., ou même de commercialisation directe.

Nous retiendrons un sens plus étroit de la distribution, un sens *juridique* excluant le contrat de représentation et la franchise. Nous avons déjà distingué les contrats de représentation, de vente et de distribution. Il nous reste à distinguer celui-ci de la franchise.

⁸ J. Thieffry, «La convention de Vienne et les contrats de distribution» (1993) 19 D.P.C.I. 62-68; *contra*, notamment: J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1991 à la p. 103.

⁹ Thieffry, *ibid.* à la p. 67.

Auparavant, mentionnons que l'assimilation habituellement faite entre le contrat de distribution et la «concession de vente»¹⁰ nous semble exacte.

Le terme «distribution», plus vague que «concession de vente», renvoie traditionnellement a priori à la réalité *économique* de l'opération. L'expression «concession de vente» est plus juridique, dans la mesure où la concession fait référence à un droit personnel (ou réel) de jouissance (un bail ou un droit d'usage), dont l'objet serait un monopole de revente: *le droit de vendre exclusivement un certain produit sur un territoire donné*. Toutefois, on peut avancer que l'essence du contrat de distribution va au-delà d'un accord-cadre de vente puisqu'il impose des obligations plus lourdes, afin de réaliser une percée sur le marché local, et de «distribuer» les produits sur un territoire grâce à un réseau qu'il faut organiser. Dans ce sens traditionnel, l'expression «concession de vente» ne suffirait pas pour qualifier la relation contractuelle.

Toutefois, cette notion est maintenant aussi entendue d'une manière plus large, incluant toutes les obligations du distributeur¹¹. Ainsi, le Guide de la CCI pour la rédaction des contrats de concession explique¹²:

Le Guide traite de la concession de vente, c'est-à-dire du contrat en vertu duquel des revendeurs organisent la distribution des produits d'un fabricant dans un territoire déterminé

Pour préciser cette formule un peu trop générale, il ajoute:

Le concessionnaire n'est pas un simple revendeur agissant comme grossiste: il est lié au fabricant par un lien plus étroit. [...] en sa qualité de revendeur, le concessionnaire s'occupe de la promotion et/ou de l'organisation de la distribution dans le territoire qui lui est attribué [...]

Cette précision, encombrée d'une certaine ambiguïté (la qualité de revendeur impliquerait l'application du droit de la vente), laisse entrevoir la difficulté de définir le contrat de distribution ou de concession de vente. Un auteur¹³ définit ainsi la concession exclusive de façon plus juridique:

convention par laquelle un commerçant appelé concessionnaire met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer

¹⁰ Voir ainsi: P. Le Tourneau, «Contrats-distribution. Les diverses concessions. Éléments communs», dans *Juris-classeur commercial*, fasc. 520, 530, 540, Paris, Éditions techniques, 1984.

¹¹ Voir par exemple: D. Legeais, «Concession exclusive», dans *Juris-classeur commercial*, fasc. n° 205, Paris, Éditions techniques, 1996; International Chamber of Commerce (ICC), *Guide to Drafting Distributorship Agreements*, Paris, 1988, et la version en français de cet ouvrage: ICC, *Guide de rédaction des contrats de concession de vente*, Paris, 1988 (Publication n° 441).

¹² *Ibid.* à la p. 6.

¹³ Legeais, *supra* note 11, n° 1.

exclusivement sur un territoire déterminé pendant une période limitée et sous surveillance du concédant la distribution de produits dont le monopole de vente lui est concédé

De même, un autre auteur définit la concession de vente de la manière suivante¹⁴:

Contrat par lequel une partie (le concessionnaire [, le distributeur]) s'engage, de manière durable, à revendre, en son nom et pour son compte, sur un marché donné et selon des conditions de commercialisation déterminées, certains produits que l'autre partie (le concédant) s'oblige à lui fournir.

Pour notre propos, l'acception plus moderne, plus large, de la concession de vente correspond en définitive au contrat de distribution (au sens strict). Nous utiliserons l'un ou l'autre de ces termes de façon interchangeable.

Promouvoir, distribuer, revendre: peut-on préciser l'aspect qui représente le cœur de l'opération? Essentiellement, du point de vue du producteur, à la différence du distributeur, l'objectif ultime du contrat de distribution ou de concession de vente est de *promouvoir la vente des produits en cause sur un marché visé, au moyen d'une distribution organisée selon des conditions de commercialisation* déterminées dans cet accord. Dans une situation internationale, la promotion des ventes implique en fait d'abord de franchir les barrières posées par les frontières: il faut avant tout *pénétrer un marché étranger* grâce au distributeur local, faire connaître les caractéristiques du produit. Ceci est sans doute plus important que d'en vendre une certaine quantité¹⁵.

Parmi les *conditions de commercialisation* mentionnées, on trouve donc normalement, mais pas toujours, les obligations pour le concessionnaire d'utiliser les enseignes et les marques du concédant, de s'associer à des campagnes de publicité, d'assurer un service après-vente, de conserver des stocks de produits en quantité suffisante et de fournir des rapports périodiques de vente au concédant. Elles sont de l'essence de cet accord puisque son objet, du point de vue du concédant, est avant tout de *pénétrer un marché*. Dans la même optique, on trouve ainsi des clauses de «suggestion» de prix de revente, puisque, parfois, il sera plus important, pour le producteur, de s'assurer que le prix de revente n'est pas trop haut, de façon à pénétrer le marché, alors que le distributeur voudra monter ce prix pour augmenter sa marge de profit.

Enfin, les clauses qui organisent une *distribution sélective* veillent à permettre au producteur de contrôler les exigences de compétence (par exemple, pour les produits de haute technicité) ou de qualité (par exemple,

¹⁴ Crahay, *supra* note 1, n° 18.

¹⁵ Voir en ce sens: M. Aldana, «International Distribution Agreements: Law and Practice in Quebec and Abroad», Rapport rédigé dans le cadre du *Programme de recherches sur les contrats internationaux et le Code civil*, juin 1997, p. 20 (version finale).

pour les produits de luxe) des distributeurs qui correspondent à une politique commerciale choisie¹⁶.

1.2.2. La définition du contrat de franchise

Le Code de déontologie européen de la fédération européenne de la franchise (EFF)¹⁷ définit ainsi la franchise dans son premier article:

La franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologie, 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.

De plus, le «concept» du franchiseur est utilement défini de la manière suivante dans l'annexe du Code:

Le 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 brevetées ou non, qu'il a conçus, mis au point, agréés ou acquis.

Le même Code ajoute dans le même article premier, de façon à préciser cette définition:

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

La franchise peut donc couvrir des produits ou des services. On distingue généralement, de façon plus analytique, les franchises de distribution, de services et de production¹⁸. On peut donc facilement distinguer la franchise *de services* du contrat de distribution, qui ne concerne que des produits. Par contre,

¹⁶ Voir: Y. Scaramozzino, «Distribution sélective», dans *Juris-classeur commercial*, fasc. 208, Paris, Éditions techniques, 1995, n° 2.

¹⁷ Son texte se trouve dans l'annexe 1 du fascicule 206 («Franchise») du *Juris-classeur commercial*, Paris, Librairies techniques, 1991.

¹⁸ D. Legeais, «Franchise», dans *Juris-classeur commercial*, fasc. 206, Paris, Éditions techniques, 1996, n° 2. Certains auteurs ajoutent encore la «franchise de marque de commerce» (P.-A. Mathieu, *La nature juridique du contrat de franchise*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1989 à la p. 9). Il s'agit d'une concession de marque de commerce servant soit à identifier des produits fabriqués par le franchisé, soit un regroupement volontaire de commerces se plaçant sous la même enseigne.

la franchise de produits, appelée pour ce motif «franchise de distribution», peut justement se rapprocher du contrat de distribution ou de la concession de vente. La franchise de production est un contrat par lequel le franchisé fabrique lui-même, en suivant les indications du franchiseur, des produits (industriels, alimentaire, agricoles, etc.) vendus sous la marque de celui-ci (exemple: Coca-Cola¹⁹).

Ce dernier type de franchises s'éloigne du contrat usuel de concession de vente, puisque le produit n'est pas acheté du concédant. Mais il s'en rapproche dans la mesure où la phase de distribution du produit leur est commune. Néanmoins, le contrat de distribution exclusive consiste normalement à permettre la pénétration *du produit du concédant* sur le territoire exclusivement desservi par le concessionnaire, alors que le franchiseur ne fournit pas nécessairement le produit qui peut venir des producteurs agréés par le franchiseur ou qui peuvent être directement fabriqués par les franchisés.

Parfois, il peut donc devenir très difficile de distinguer les deux concepts. Quelques éléments aident pourtant à se prononcer sur l'une ou l'autre des qualifications.

D'un point de vue économique, le contrat de *distribution* ou de *concession de vente* est un mode de commercialisation organisé par le moyen de commerçants locaux, dans lequel tout le risque économique repose sur le distributeur, qui doit avant tout compter sur son propre savoir-faire, sur la qualité et la réputation des produits distribués et sur ses clauses d'exclusivité territoriale pour réussir²⁰.

Le *franchisé*, aussi indépendant financièrement du franchiseur que l'est le distributeur du producteur, se trouve dans une situation économique et même juridique beaucoup plus dépendante que celui-ci de son cocontractant. Il doit compter non seulement sur les mêmes clauses d'exclusivité territoriale et sur les qualités du produit vendu, mais encore sur la fourniture continue de toute une structure de commercialisation, qu'il s'oblige à suivre fidèlement et qui est censée lui donner la clé de la réussite.

Mais, à la différence du distributeur, utilisant sa propre expérience commerciale locale, le franchisé doit recevoir le savoir-faire et les autres éléments de l'expérience du franchiseur pendant toute la durée du contrat et payer le «concept» au moyen d'une redevance souvent assez lourde. Pour être réel et avoir une vraie valeur marchande, ce savoir-faire doit d'ailleurs être original et facilement transmissible, sinon, il s'agira des talents personnels du franchiseur²¹, qui ne sont pas transmissibles. Ce *transfert de savoir-faire*, l'engagement d'*assistance continue* de la part du franchiseur et le *paiement de*

¹⁹ Legeais, *ibid.*

²⁰ Cf. P. F. Delorme, «Le contrat de distribution: éléments de droit interne» (1996) 1 C.P. du N. 17, n° 15.

²¹ Voir P. Bessis, *Le contrat de franchisage*, Paris, L.G.D.J., 1990, n° 30 et 31.

cette redevance sont en définitive les différences essentielles entre les deux types d'ententes. On pourrait d'ailleurs considérer la franchise comme un contrat de vente ou de louage ou de «concession» de savoir-faire, joint éventuellement à des ventes accessoires de marchandises.

Toutefois, la différence née de l'existence de la redevance périodique du franchisé peut devenir plus apparente que réelle. Le distributeur qui se voit imposer des conditions de commercialisation très strictes et très contrôlées peut subir des coûts analogues, mais ils pourront être compris dans le prix d'achat des produits du franchiseur par le franchisé²² ou se traduire par des obligations de promotion, incluant la participation à des campagnes publicitaires. On peut sans douter relever qu'en général le distributeur participe à cette campagne en coopérant avec le fabricant, alors que le franchisé fournit une contribution à un fonds de publicité géré par le franchiseur pour le compte de tous les franchisés du réseau²³, mais ceci ne constitue absolument pas un critère de distinction pertinent. Quant au transfert de savoir-faire et à l'obligation d'assistance continue, on peut avancer que plus les conditions de commercialisation imposées au distributeur sont lourdes, contraignantes, constantes et précises, plus l'on se rapproche imperceptiblement de la franchise, car chaque condition imposée augmente l'intégration du distributeur, ou du concessionnaire, au réseau de l'exportateur-concédant.

Comme on le voit, contrat de franchise et contrat de distribution sont des opérations commerciales qui peuvent être très proches l'une de l'autre²⁴. Mais, il reste que, d'un point de vue prospectif, leur objectif n'est pas identique. Elles correspondent à des stratégies commerciales différentes, dont l'utilisation dépend des caractéristiques du marché local, du stade d'évolution du processus de commercialisation et de l'entreprise exportatrice. L'exportateur pourrait ainsi envisager d'abord un processus de distribution par concessionnaire pendant un certain temps dans un territoire donné, puis une stratégie de franchisage, une fois le produit connu et le marché pénétré. On considère parfois que le franchiseur doit être lui-même un distributeur, pour pouvoir disposer d'un concept, d'un

²² Un auteur (F. Zaid, «Overview of Franchising», dans *Le franchisage, Conférence Meredith 1992*, Université McGill, Éditions Yvon Blais, 1993 aux pp. 1-8) explique ainsi comment les compagnies qui veulent écarter l'application de la législation albertaine sur le franchisage (*Franchise Act (Alberta)*, R.S.A. 1980, ch. F-17) essayent de camoufler cette redevance de diverses manières étant donné que la définition de l'article 1 de cette loi en fait une condition sine qua non.

²³ Zaid, *ibid.* à la p. 10.

²⁴ Pour deux excellentes études des différences et des éléments communs de ces deux contrats, voir: G. Laprise, *Contrats de distribution intégrée: classification et contenu*, mémoire de maîtrise, McGill, 1992; A. Rolland, *La situation juridique des concessionnaires et des franchisés membres d'un réseau commercial*, thèse de doctorat, Rennes, 1976. Ces deux études se trouvent à la bibliothèque de droit de l'Université McGill.

savoir-faire²⁵. Ceci ne nous semble pas nécessaire: il suffit en fait que l'exportateur possède un savoir-faire ou un concept que ses propres distributeurs lui ont fourni ou lui ont permis de mettre au point. Il existe ainsi des contrats dits de «pilotage», qui permettent d'expérimenter et de mettre au point le savoir-faire du futur franchiseur²⁶.

Ceci dit, malgré leurs différences, en droit international privé on peut étudier ensemble ces deux contrats dans l'optique de leur rattachement. Toutefois, notre examen de leur distinction permettra de mieux *déterminer* la loi ayant les liens les plus étroits avec chacun d'eux. L'examen des motifs de conflits de lois en ce domaine (2), précédera celui des méthodes de résolution admises dans le nouveau droit international privé québécois (3).

2. *L'origine des conflits de lois en matière de distribution et de franchise internationales*

Il existe en pratique des divergences importantes dans la manière dont les systèmes juridiques envisagent les situations de franchise et de distribution ou de concession de vente, ce qui devrait entraîner des conflits de lois. Ainsi, les notions de franchise, de distribution et de concession de vente ne sont pas analysées de façon identique dans les systèmes juridiques où elles se manifestent²⁷ et l'un des problèmes en ce domaine est souvent de déterminer dans quelle catégorie d'accords classer celui en cause. De plus, nous l'avons déjà dit, la politique de protection de la concurrence de chaque État représente l'équilibre que chacun veut atteindre entre les intérêts des particuliers et ceux du marché local, ce qui peut entraîner des conflits de lois.

Pourtant, l'absence quasi généralisée de législation interne spécifique en matière de distribution et de franchise donne à penser à certains²⁸ qu'il ne servirait pas à grand-chose de sélectionner la loi applicable, objectivement ou par le biais d'une clause de choix, puisqu'aucune d'elles n'en traite précisément et que chacune renvoie aux clauses du contrat pour l'essentiel. Ceci revient à soutenir qu'il n'existerait pratiquement pas de conflit de lois en droit privé en ce domaine, mais plutôt un vide juridique, que l'élaboration d'une *lex mercatoria* pourrait combler.

Mais cette opinion doit être nuancée. Puisqu'il s'agit de contrats innommés, lorsque le contrat ne prévoit pas de disposition spécifique au sujet d'un problème particulier, on doit rechercher la solution dans les dispositions générales des obligations d'un système juridique: lequel? Cette question

²⁵ Voir Y. Scaramozzino, *supra* note 16, n° 10.

²⁶ Voir Legeais, *supra* note 18, n° 3 et 13.

²⁷ Voir ainsi, pour une étude sémantique de ces notions: Laprise, *supra* note 24 aux pp. 6-18.

²⁸ Voir Lagarde, *supra* note 4 à la p. 671.

conserve donc son importance puisque le droit des obligations n'est pas uniformisé.

Par exemple, tous les droits n'ont pas la même conception des conditions de validité des contrats. La Chambre commerciale de la Cour de Cassation a récemment annulé un contrat de franchise dans un arrêt datant de 1991, parce que la quantité et la qualité des biens à vendre dépendait de la seule volonté du franchiseur²⁹. De même, la jurisprudence française admet que les contrats de concession de vente (ou de franchise) échappent en principe à la condition de détermination du prix des biens vendus, parce que ce type de contrats est censé ne créer que des obligations de faire, dans le chef du concessionnaire (ou du franchisé)³⁰. Ils échappent ainsi à la nullité fondée sur l'article 1129 du Code civil français³¹. Mais il faut quand même que, lors des ventes successives conclues en application de cet accord-cadre, les prix puissent être *librement débattus*, acceptés par les deux parties et non imposés par la seule volonté du vendeur (franchiseur)³². La question touche essentiellement les clauses d'approvisionnement exclusif auprès du franchiseur ou du concédant, qui devraient, pour être valables, prévoir que ce prix ne dépende pas seulement de la volonté du franchiseur ou du concédant³³. Une franchise de services serait ainsi valide au regard du droit français si elle ne s'opposait pas à ce que le franchisé puisse choisir entre plusieurs fournisseurs les produits nécessaires à l'exécution de l'accord-cadre, puisque les prix seraient fixés par la loi du marché, indépendamment de la volonté du franchiseur³⁴. Cette spécificité jurisprudentielle française ne se retrouvera probablement pas dans tous les droits civils.

De même, l'article 1er de la loi française du 14 octobre 1943 limite à dix ans la durée maximale des clauses d'approvisionnement exclusif, et la violation de cette disposition entraîne la nullité de *toute* la convention³⁵.

On se rend bien compte que l'applicabilité d'un droit ou d'un autre n'est pas indifférente à la situation juridique des parties, indépendamment du contenu des clauses du contrat.

²⁹ *Com. 5 nov. 1991*, D. 1992, somm. 266, obs. L. Aynès; *Bull. IV*, n° 335 à la p. 233.

³⁰ *Com. 22 janvier 1991*, J.C.P. 91.II. 21679, note Virassamy, D. 1991.175, conclusion Jeol. Voir plus récemment: *C.A. Paris, 31 mars 1995*, D.1995. 582, note J. Ghestin; *Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995*, J.C.P. 1996. II. 776, note L. Leveneur, D. 1996.12, note L. Aynès.

³¹ Art. 1129. — «Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée».

³² *Com. 19 nov. 1991*, D. 1992, somm. 266, obs. L. Aynès, *Bull. IV*, n° 356 à la p. 246; *Com. 23 février 1993*, D. 1993.379, 3^e esp., note J. Ghestin, D. 1994. 11, note L. Aynès.

³³ Berlin, *supra* note 1 à la p. 35.

³⁴ *Com. 16 juillet 1991*, J.C.P. 92.II.21796, éd. G.

³⁵ Berlin, *supra* note 1, n° 74.

Dans la même optique, il existe des dispositions protectrices des distributeurs ou des franchisés dans certains pays³⁶, ou des mesures qui réglementent l'octroi de franchise³⁷ ou qui obligent les franchiseurs ou les concédants à divulguer certaines informations précontractuelles³⁸. Elles seront applicables soit par le biais des règles de conflit (contractuelles ou extracontractuelles) générales, soit éventuellement en tant que lois de police³⁹, c'est-à-dire qu'elles régiront directement ces contrats sans l'intermédiaire de la règle de conflit, même si la loi désignée par celle-ci est un autre système juridique⁴⁰.

Ainsi, la loi belge du 27 juillet 1961⁴¹, relative aux concessions de vente exclusives à durée indéterminée, est considérée en Belgique comme une loi de police⁴². Quant à son contenu, son article 2 prévoit qu'il ne peut être mis fin au contrat que moyennant un préavis raisonnable ou une juste

³⁶ Voir en ce sens Lagarde, *supra* note 4 à la p. 671, citant en droit belge la *Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, *Moniteur belge*, 5 octobre 1961, à la p. 7518, (1962) 51 Rev. crit. d.i.p. 798.

³⁷ Voir Laprise, *supra* note 24 à la p. 26; A.-M. Gauthier, «Aperçu des éléments fondamentaux de la relation de franchise», [1992] 1 C.P. du N. 41, n° 72 à 79. Voir ainsi les *Franchise Investment Acts* de la Californie (Cal. Corp. Code, Ch. 10, §§ 310 et s.), de la Floride (Fla. Stat. Ann., Ch. 71061 et les règlements, Ch. 2-17), de l'Illinois (Ill. Ann. Stat., Ch. 121, § 701), de l'Indiana (Ind. Code, § 2.5-23-2), du Massachusetts (Mass. Gen. L. Ann., Ch. 93A, § 2(a), (b)), du Michigan (Mich. Comp. L., § 19.854), du Minnesota (Minn. Stat. Ann., § 80C.01) de New York (N.Y. Gen. Bus. L., §§ 680-695), de l'Oregon (Ore. Rev. Stat., § 650.007 et les règlements, § 40-050), du Rhode Island (R.I. Rev. L. Ann., § 18-28-1), du Dakota du Sud (S. D. Comp. L., § 37-5A-1), de la Virginie (Va. Code Ann., § 13.1-557), du Washington (Wash. Rev. Code, § 19.100.010) et du Wisconsin (Wis. Stat. Ann., § 553.10 et Wis. Adm. Code, § 31.01).

³⁸ Voir, en droit français, la *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989*, D. 1990.53, citée dans Laprise, *op. cit.*, note 24 à la p. 37, et le *Franchise Act*, R.S.A. 1980, c. F-17 de l'Alberta (voir Laprise, *ibid.* à la p. 32).

³⁹ Le professeur Lagarde estime pourtant que «la tendance est à ne pas considérer comme des lois de police, mais seulement comme des dispositions impératives au plan interne, les règles protectrices du distributeur, spécialement les indemnités de clientèle» (Lagarde, *supra* note 4 à la p. 679).

⁴⁰ Sur la méthode des lois de police, ou des règles d'application immédiate, voir entre autres: P. Francescakis, «Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?» (1966-69) *Trav. Comité fr. de d.i.p.* 149; «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leur rapport avec les règles de conflit de lois» (1966) 55 *Rev. crit. d.i.p.* 1; P. Graulich, «Règles de conflit et règles d'application immédiate», dans *Mélanges Dabin*, vol. 2, Paris, Sirey, 1963 à la p. 629; P. Mayer, «Les lois de police étrangères» (1981) 108 *Clunet* 277. Au Québec, voir: H.P. Glenn, «La guerre de l'amiante» (1991) 80 *Rev. crit. d.i.p.* 41; G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaires. Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Thémis, 1996; Groffier, *supra* note 6 (*Précis*) à la p. 32, n° 28; J.A. Talpis, «Legal Rules Which Determine their Own Sphere of Application: A Proposal for their Recognition in Québec Private International Law», (1982-83) 17 *R.J.T.* 201.

⁴¹ Son texte se trouve à: (1962) 51 *Rev. crit. d.i.p.* 798.

⁴² L. Lafili et N. Van Crombrughe, «Réponses au questionnaire sur la distribution internationale. Belgique» (1992) 18 *D.P.C.I.* 382, à la p. 399.

indemnité, sauf le cas de manquement grave par l'une des parties (le concessionnaire, en principe) à ses obligations, et son article 3 dispose que le concessionnaire aura droit à une indemnité complémentaire équitable évaluée selon des critères précis. Il s'agit d'une loi de police car, d'abord, elle est impérative en droit belge: son article 6 dispose qu'elle s'applique «nonobstant toute convention contraire». De plus, elle a bien le caractère d'une loi de police en droit belge, s'appliquant immédiatement, dès la saisine du tribunal belge, puisque son article 4 énonce:

Le concessionnaire lésé, lors de la résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant.

Dans le cas où le litige est porté devant le tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge.

De même, enfin, des lois de nature hybride, mises en œuvre par des autorités administratives, mais ayant éventuellement des conséquences civiles, peuvent entraîner des contraintes pour les parties aux contrats de franchise ou de distribution⁴³. Ainsi, au Québec, un *Règlement du Conseil des assurances de dommages sur les intermédiaires de marché en assurances de dommages*⁴⁴ prévoit la création d'un registre des franchises, impose à tout nouveau franchisé de s'inscrire s'il veut exercer des activités dans le domaine des assurances de dommages et de s'identifier comme franchisé sur sa papeterie, ses enseignes et ses documents publicitaires⁴⁵.

Dans le même ordre d'idées, les législations relatives aux marques de commerce obligent parfois à enregistrer les marques pour s'en servir et elles accordent une protection territoriale indépendamment de la loi applicable au fond des contrats. En droit canadien, la *Loi sur les marques de commerce*⁴⁶ impose notamment des procédures particulières d'inscription des usagers⁴⁷.

De même, les lois sur la concurrence limitent impérativement le type d'accords de distribution qu'elles admettent et leur domaine d'application international est défini sans tenir compte de la loi applicable aux contrats qu'elles visent⁴⁸. En plus de condamnations pénales ou administratives, elles peuvent entraîner des condamnations civiles à payer des dommages-intérêts aux victimes des ententes anti-concurrentielles et des déclarations judiciaires de nullité des contrats à l'origine des comportements visés.

⁴³ Voir sur ce sujet: Berloni, *supra* note 2 aux pp. 194 et s.

⁴⁴ Décret 1015-91 du 17/7/91, (1991) 123 G.O. II, p. 4434, cité par Gauthier, *supra* note 37, n° 59 à la p. 64.

⁴⁵ Voir: Gauthier, *ibid.* à la p. 64.

⁴⁶ L.R.C. (1985), c. T-13.

⁴⁷ Gauthier, *ibid.* n° 68-70 aux pp. 67-68.

⁴⁸ Voir sur ce sujet: Idot, *supra* note 4.

Ainsi, en droit canadien, certaines pratiques utilisées dans les franchises internationales sont susceptibles d'être considérées anticoncurrentielles et d'être condamnées en vertu de la *Loi sur la concurrence*⁴⁹. Il en est notamment ainsi des pratiques d'approvisionnement exclusif, de ventes liées, de discrimination de prix entre les franchiseurs, de politique de maintien de prix minimums et de publicité trompeuse, par exemple quant à la qualité des produits ou quant à leur disponibilité⁵⁰.

Quel domaine d'application international leur reconnaître devant un juge étranger au système qui les a adoptées?

En général, on convient de les appliquer selon leur volonté d'application, de façon unilatérale, si l'effet anticoncurrentiel de l'accord de distribution *se manifeste sur le territoire* de l'État ayant édicté la norme⁵¹. Mais ceci n'écarte pas tous les conflits, puisqu'ils pourraient se manifester au lieu d'établissement de l'une et de l'autre des parties, selon le lieu d'exécution des obligations réalisant une restriction de concurrence⁵². Or, la résolution des conflits de lois de police reste un sujet à peine effleuré dans la plupart des systèmes juridiques. Une méthode de plus en plus prônée, celle de la «balance de intérêts gouvernementaux»⁵³, inspirée des méthodes américaines de résolution des conflits de lois *normales*, laisse la place à beaucoup de discrétion, voire d'arbitraire.

L'incertitude qui en résulte quant à la situation juridique des franchisés et des concessionnaires ne favorise pas le développement économique, puisque les commerçants peuvent hésiter à s'engager dans cette aventure. Il reste donc important de déterminer le droit applicable à ces contrats, soit par l'intermédiaire de la règle de conflit, soit encore par la méthode des lois de police.

Par ailleurs, on doit rappeler qu'au plan de la rédaction d'un contrat, le choix d'un système juridique de référence, et d'un tribunal étatique ou arbitral compétent pour entendre les futurs litiges qui le concerne, exerce une influence déterminante sur la liberté laissée aux parties quant au choix d'une loi interne et des dispositions contractuelles, puisque chacun utilise ses propres règles de conflit et son propre système de droit international privé. Or, si la plupart d'entre eux admettent le choix par les parties de la loi applicable et d'un tribunal compétent, les modalités, la portée, l'étendue et le respect de ce choix diffèrent. Certains systèmes juridiques admettent la théorie des lois de police et l'appliquent aux lois étrangères; d'autres l'ignorent ou ne l'admettent que pour les lois du for. La théorie de la fraude

⁴⁹ L.R.C. (1985), c. C-34. Voir notamment, sur ce sujet: Gauthier, *supra* note 37 aux pp. 65-66.

⁵⁰ Gauthier, *ibid.*

⁵¹ Idot, *supra* note 4, n° 36 et s.

⁵² Idot, *ibid.*

⁵³ Idot, *ibid.* n° 39.

à la loi n'existe pas partout, ni sous la même forme. La possibilité de choisir une loi d'origine non étatique, avec ou sans élément d'extranéité, avec ou sans lien avec la situation, celle de dépecer le contrat entre plusieurs systèmes juridiques, dans l'espace et dans le temps, la validité des clauses de stabilisation de la loi applicable etc., donnent lieu à certaines divergences⁵⁴. De même, au plan de la compétence juridictionnelle, il est possible que la volonté des parties ne soit pas respectée, par exemple si un juge, comme au Québec (article 3135 C.c.Q.), a le pouvoir d'utiliser la doctrine du *forum non conveniens* de façon à renoncer à la compétence que les parties lui ont attribuée⁵⁵.

Ces précisions étant apportées, nous nous concentrerons maintenant sur la résolution des conflits de lois en matière de distribution et de franchise internationales puisque, comme nous l'avons déjà relevé, les autres grandes questions de droit international privé ne se présentent pas en ce domaine sous un angle particulier par rapport aux autres situations contractuelles.

3. Les méthodes de résolution des conflits de lois en matière de distribution et de franchise internationales

Comme il n'existe aucune règle de conflit spécifique ni pour la personne du franchisé, ni pour celle du distributeur, la localisation des situations qui les concernent va s'effectuer en qualifiant les actes juridiques auxquelles ils sont parties.

Il ne fait aucun doute qu'en principe, les relations franchiseur-franchisé ou concessionnaire-concédant sont du domaine contractuel. Donc, en droit international privé québécois, si l'on applique la méthode normale de résolution des conflits de lois, il y a lieu d'appliquer à ces contrats particuliers les règles de conflit contractuelles générales, puisqu'il n'existe aucune règle spécifique ni pour la franchise, ni pour la distribution, c'est-à-dire les articles 3109 à 3113 C.c.Q. On doit donc distinguer les conflits relatifs à la forme (3.1.) et au fond (3.2.) de ces contrats.

⁵⁴ Sur ces questions, voir G. Goldstein, «Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec» (1993) 53 R. du B 199-282; G. Goldstein, «La fraude à la loi dans le droit international privé du nouveau Code Civil du Québec» (1997) 57 R. du B. 707; Groffier, *supra* note 6 (Supplément), n° 83; Talpis et Castel, *supra* note 6, n° 272-92; Glenn, *supra* note 6, n° 43-48; J. Talpis, «Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New Civil Code of Quebec» (1994) 96 R. du N. 183; Talpis, *supra* note 4.

⁵⁵ Voir à ce sujet: G. Goldstein, «*Forum non conveniens*, *Lis Pendens* and Other Rules for Declining to Exercise Jurisdiction in Civil and Commercial Matters in Quebec Private International Law», dans *Droit contemporain* 1994, Montréal, Éditions Yvon Blais, aux pp. 310-33; Talpis, *supra* note 54 (96 R. du N.); Goldstein et Talpis, *supra* note 6 (R. du B. can.); S. Guillemard, A. Prujiner et F. Sabourin, «Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois» (1995) 36 C. de D. 913.

Étant données les divergences et les imprécisions en ce domaine, mentionnons qu'il est possible de se trouver face à un *conflit de qualifications*. Par exemple, selon le droit québécois, tel contrat sera qualifié de franchise, alors que selon la loi considérée applicable au contrat en vertu du droit international privé québécois (par exemple, le droit californien choisi par les parties), il s'agira d'une concession, d'un contrat de distribution.

Puisque la désignation de la loi compétente ne dépend pas de cette qualification (pour tous les contrats, quelle que soit leur nature, les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable), il n'y a pas de raison d'imposer la qualification québécoise (article 3078 C.c.Q.) au stade de la *sélection des dispositions matérielles* dans le système juridique désigné. Ainsi, si d'après la loi étrangère, californienne par exemple, le contrat ne tombe pas sous la définition de la franchise, on n'appliquera pas la loi californienne spécifique à ce contrat, mais le droit commun californien. Ce raisonnement, qui admet le recours à la qualification en vertu de la loi appliquée au fond du litige (*lege causae*), devrait être identique en cas de rattachement en l'absence de choix. Comme on va l'exposer un peu plus loin, la détermination de la prestation caractéristique du contrat, et donc celle du système juridique compétent, dépendra d'une analyse concrète des clauses, sans qu'il soit même nécessaire d'émettre une opinion, conforme aux conceptions québécoise, sur la qualification de ce contrat. Une fois le système juridique sélectionné, il suffira d'appliquer sa loi telle qu'elle se veut applicable, aux situations qu'elle-même qualifie de franchise ou de concession de vente.

Selon les articles 3109 à 3113 C.c.Q., on doit distinguer les conflits relatifs à la forme (3.1) et au fond (3.2) de ces contrats.

3.1. *La loi applicable à la forme des contrats de distribution et de franchise*

L'article 3109 C.c.Q. soumet les questions de forme de ces contrats à la loi du lieu de rédaction, mais, selon cette disposition, on peut encore les valider s'ils se conforment à une autre législation «validante», comme celle applicable au fond de l'acte en vertu du choix des parties.

De fait, les problèmes relatifs à notre étude touchent parfois la forme des actes, en raison des exigences de certaines législations⁵⁶, par exemple au plan de l'octroi des franchises. Mais il sera assez facile pour les parties de ne pas les respecter grâce la formule permissive de l'article 3109 C.c.Q. Toutefois, il ne faut pas écarter la possibilité que ces dispositions — destinées à protéger soit le public local (les tiers), soit les franchisés ou les distributeurs (en général domiciliés ou résidents ou ayant leur établissement dans le pays d'origine de la

⁵⁶ Ainsi, lorsqu'il contient une clause restrictive de concurrence, le droit allemand exige que le contrat de distribution soit constaté par un écrit. Voir: W. Skaupy, «Réponses aux questionnaire sur la distribution internationale. Allemagne» (1992) 18 *D.P.C.I.*, 362, à lap. 365.

norme) — soient considérées au Québec comme des lois de police étrangères. Ainsi, un juge québécois, invoquant l'article 3079 C.c.Q., pourrait annuler un contrat de franchise passé en un lieu A où les exigences étaient inexistantes, ou légères, sans respecter celles du lieu B d'établissement du franchisé, en application d'une législation impérative de ce type protégeant par des conditions formelles les franchisés établis en B. Mais en réalité, étant données les lourdes conditions de l'article 3079 C.c.Q., cette possibilité nous paraît très minime.

3.2. *La loi applicable au fond des contrats de distribution et de franchise*

En application des articles 3111 à 3113 C.c.Q., on doit distinguer les situations où les parties choisissent la loi (le rattachement dit «subjectif», 3.2.1.) de celles où ce choix n'existe pas (rattachement «objectif», 3.2.2.).

3.2.1. *Le rattachement subjectif des contrats de distribution et de franchise*

Il est clair que souvent la partie forte, le franchiseur ou le concédant, voudra imposer le «choix» de la loi du lieu où elle est établie. De ce point de vue, on admet qu'il soit important, sinon essentiel, que la même loi s'applique sur tout le réseau de distribution ou de franchise, afin d'en assurer l'homogénéité.

Mais cette justification économique va-t-elle jusqu'à retirer tout poids à une politique locale de protection du distributeur ou du franchisé? Il est à craindre en effet que les franchiseurs et les concédants profitent d'un déséquilibre de pouvoir de négociation en leur faveur. Le franchiseur sera souvent une grande entreprise internationale, avec une réputation solide et une expertise reconnue, alors que le franchisé est habituellement un entrepreneur local sans beaucoup de capital et sans expérience. Mais c'est la partie faible qui va assumer l'essentiel du risque financier, donc il peut être utile de lui accorder une certaine protection.

En droit québécois, on pourrait invoquer l'article 3079 C.c.Q. de façon à ignorer la loi choisie pour tout ce qui concerne la protection de la partie faible, en laissant jouer la loi de la partie forte pour les questions d'organisation du réseau. De même, l'exception d'ordre public (article 3081 C.c.Q.) pourrait être utilisée de façon à écarter la loi choisie, dans la mesure où la situation aurait un lien concret avec le Québec (théorie de la *Binnenbeziehung*)⁵⁷, et en considération de la nature de ce type de contrats, qui sont souvent des contrats d'adhésion. Enfin, l'article 3111, al. 2 C.c.Q., concrétisation de la théorie de la fraude à la loi, permettrait d'ignorer ce choix, de façon à appliquer les dispositions impératives protectrices de la loi objectivement applicable (telle que déterminée selon les règles que nous examinerons au paragraphe suivant) dans la mesure où le contrat n'aurait aucun élément d'extranéité. Dans un cadre authentiquement

⁵⁷ Voir sur ce point: Goldstein, *supra* note 40.

international de distribution ou de franchise, qui est celui de cette étude, cette disposition ne devrait pas intervenir.

Dans cette optique, à titre d'illustration, il est intéressant de rendre compte de certains jugements rendus sur ce sujet dans d'autres systèmes. Certains écartent les clauses de choix de la loi en invoquant éventuellement la contrariété du résultat de l'application de la loi choisie à l'ordre public du tribunal saisi ou en se servant de la méthode des lois de police.

Ainsi, dans *La Reine c. Thomas Equipment Ltd.*⁵⁸, la Cour suprême du Canada a imposé l'application d'une loi impérative de l'Alberta à un contrat de distribution expressément soumis à la loi du *Nouveau-Brunswick*, de façon à obliger un fabricant de matériel agricole, établis dans cette dernière province, à reprendre les biens invendus qui se trouvaient encore entre les mains du distributeur albertain à la fin du contrat, en conformité avec la loi albertaine, malgré que la loi du Nouveau-Brunswick ne comprenait aucune obligation de reprise des invendus. Le juge Martland, au nom de la majorité de la Cour, affirme que la poursuite contre le fabricant était fondée sur une disposition légale «entièrement indépendante du contrat» et qu'il était devenu assujéti «aux devoirs imposés par la Loi sans égard à la loi applicable au contrat [*irrespective of what might be the proper law of the contract*] qui, abstraction faite de la Loi, régit les droits des parties entre elles»⁵⁹. La Cour utilise une qualification «obligation légale» de la question, raisonnement qu'on peut analyser en l'espèce comme une application voilée de la méthode des lois de police. Elle a affirmé qu'«indépendamment» de la loi applicable aux obligations contractuelles en vertu du choix des parties, la loi albertaine voulait régir ce contrat, parce qu'il tombait dans son champ d'application fonctionnel. En effet, le fabricant étant venu faire affaire en Alberta, il devait jouer les règles du jeu selon la loi locale. La plus haute cour canadienne a donc directement appliqué la loi impérative albertaine, protectrice des distributeurs, *en écartant* en réalité sur ce point la loi applicable selon la volonté des parties.

D'autres décisions appliquent au contraire les clauses de choix de la loi. Les résultats insatisfaisants auxquels elles peuvent aboutir sont éclairants. Dans l'affaire *Carlock v. Pillsbury Co.*⁶⁰, il s'agissait d'un litige relatif à une franchise

⁵⁸ [1979] 2 R.C.S. 529; 26 N.R. 499; 96 D.L.R. (3d) 1; 10 Alta L.R. (2d) 1; 45 C.C.C. (2d) 481; commentaires : H.P. Glenn, «Conflict of Laws — Eviction of Proper Law of Contract by Legislation Creating Provincial Offense Extraterritorial Effect of Provincial Legislation — Where is an Omission? — In *R. v. Thomas Equipment Ltd.*» (1981) 59 R. du B. Can. 840; R.K. Paterson, «Do Unto Others : The Extraterritorial Reach of Regulatory Legislation in Canada» (1980-81) 5 Can. Bus. L.J. 114; J. Blom, «Conflict of Laws and Constitutional Law — Extraterritorial Provincial Legislation — *The Queen v. Thomas Equipment Ltd.*» (1982) 16 U.B.C.L. Rev. 357; E.R. Edinger, «Territorial Limitations on Provincial Powers» (1982) 14 Ott. L.R. 57, à la p. 79 et s.; Groffier, *supra* note 6 (*Précis*), n° 31 à la p. 36.

⁵⁹ *Ibid.* 545 (R.C.S.).

⁶⁰ 719 F. Supp. 791 (D. Minn. 1989).

entre une compagnie hollandaise de crème glacée, représentée par l'une de ses filiale établie à New York, et l'un de ses franchisés au Minnesota. Le contrat contenait une clause de choix de la loi new yorkaise, mais le franchisé invoquait la protection de la loi du Minnesota⁶¹. La Cour fédérale applique le système juridique new yorkais compétent en vertu de la clause de choix, en vérifiant bien qu'il existait en l'espèce un lien raisonnable entre la situation et lui. Toutefois, elle décide de ne pas appliquer une loi new yorkaise, protectrice des franchisés, semblable à celle du Minnesota, puisque celle-là, selon ses propres termes, ne protégeait pas les franchisés établis en dehors de l'État de New York ... La Cour respecte donc l'autolimitation de la loi désignée et considère en plus qu'elle n'était pas contraire à la *public policy* du Minnesota, en précisant qu'il était normal qu'une seule loi s'applique à tout le réseau, et, étant donné que plusieurs lois américaines imposent des restrictions aux droits des franchiseurs, qu'il était normal que ceux-ci veuillent choisir une loi uniforme qui les écarte! ...

Ce raisonnement ultra-libéraliste ne nous satisfait absolument pas: voilà comment le franchiseur réussit à écarter une protection du franchisé pourtant admise à la fois par la loi du lieu de son établissement et par celle du franchisé! Même si la cour, statuant au Minnesota, ne voulait pas considérer le *Franchise Act* du Minnesota comme une loi de police, même si elle entendait tenir compte du choix des parties, il nous semble évident que l'existence de cette législation impérative au Minnesota aurait pu justifier le rejet de la loi new yorkaise dont le résultat, étant donné son autolimitation, aboutissait à une situation concrète contraire à la *public policy* du Minnesota.

Dans *Modern Computer Systems Inc. v. Modern Banking Systems Inc.*⁶², la division d'appel de la Cour fédérale, statuant dans le district du Nebraska, adopte la même solution en appliquant la loi choisie par les parties (la loi du Nebraska) à un contrat de distribution exclusive de logiciels, passé entre un fabricant du Nebraska et un distributeur du Minnesota. Ce dernier réclamait au contraire la protection de la même loi du Minnesota que dans l'affaire précédente (la protection légale des franchisés bénéficie aux distributeurs dans certains cas). La majorité de la Cour applique la clause et considère que le choix de la loi du Nebraska ne violait pas la politique de protection du Minnesota. Pourtant, deux juges dissidents affirment:

In this case, the Minnesota Legislature prohibits any transaction intended to narrow or eliminate the applicability of the Minnesota Franchise Act. Thus, the choice of law provision itself, not merely its application in this case, violates the Act and violates a fundamental public policy.

Ce raisonnement minoritaire, qui revient à admettre et à respecter la nature de loi de police des législations du type des Franchise Acts, nous semble mieux fondé en droit et plus satisfaisant quant au résultat.

⁶¹ Document précité, *supra* note 37.

⁶² 871 F. 2d 734 (8th Cir. 1989). Voir dans le même sens: *Tele-Save Merchandising v. Consumers Distributing Co.*, 814 F. 2d 1120 (6th Cir. 1987).

Encore faut-il vérifier qu'en l'espèce le franchiseur ou le distributeur soit bien la partie faible, celle que la législation impérative entend protéger. Aussi, un tribunal de Munich, auquel un producteur allemand avait demandé d'appliquer la loi allemande, expressément choisie pour gouverner un contrat de distribution entre lui et un distributeur américain, établi au New Jersey, a-t-il donné suite à cette prétention, en refusant d'appliquer la loi impérative de cet État (*Franchise Act*), protégeant le distributeur, au motif, entre autres, qu'elle n'était pas une partie faible que la loi de police étrangère entendait protéger⁶³.

En tout cas, l'inclusion dans la convention d'une clause de choix de la loi n'est pas une garantie de certitude. On ne peut a priori ignorer l'intervention de la loi locale impérative, celle du distributeur ou du franchisé, soit par le biais de l'exception d'ordre public, soit par la méthode des lois de police. De fait, limiter son application à des situations purement internes donne certainement lieu à des abus et entraîne des résultats très insatisfaisants si, de son côté, la loi choisie, elle-même impérative et au même effet, s'autolimit de façon à ne pas protéger la partie faible non établie sur son territoire.

Pourtant, le degré relatif de certitude que ces clauses permettent d'atteindre est certainement supérieur à celui qui résulte de l'absence de choix: le rattachement *objectif* cumule en effet la possibilité d'intervention des lois impératives et l'indétermination inhérente à son propre fonctionnement.

3.2.2. *Le rattachement objectif des contrats de distribution et de franchise*

En l'absence de choix de la loi par les parties, l'article 3112 C.c.Q. renvoie au principe de la compétence de la loi ayant les liens les plus étroits avec le litige (principe de proximité). Comme cette directive flexible, impliquant de tenir compte de l'ensemble de tous les facteurs de rattachement pertinents dans chaque situation, entraîne beaucoup d'incertitude, ce qui n'est pas favorable au développement des relations commerciales internationales, l'article 3113 C.c.Q. précise la règle à l'aide d'une présomption selon laquelle la loi applicable est celle de la *résidence de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique*.

Cette directive nécessite d'analyser chaque type de contrats séparément, distribution et franchise, de façon à déterminer la prestation caractéristique de chacun d'eux. C'est pourquoi il était indispensable de distinguer l'un de l'autre au plan des objectifs de stratégie commerciale — ce que nous nous sommes efforcés de faire au point (1) — de façon à pouvoir éventuellement préciser quelle(s) prestation(s) spécifique(s) vise(nt) chaque objectif *caractéristique*. Dans l'hypothèse où une telle prestation serait impossible à déterminer, il

⁶³ *Oberlandesgericht München* — 15 février 1980, *IPRax* 1983 à la p. 120, note Jayme, à la p. 105.

faudrait revenir au principe de l'article 3112 (les liens les plus étroits, au regard de toutes les circonstances).

Nous devons donc examiner isolément et concrètement les obligations essentielles de chaque type de contrats pour savoir comment rattacher objectivement chacun d'eux. Sur ce point, nous constaterons précisément une différence importante de régime. Alors que le contrat de distribution se localise assez aisément par le biais de la recherche de la prestation caractéristique (3.2.2.1.), dans le cadre de l'article 3113 C.c.Q., le contrat de franchise présente des difficultés telles qu'il faut revenir au principe de l'article 3112 C.c.Q. (3.2.2.2.).

3.2.2.1. *Le rattachement du contrat de distribution par la prestation caractéristique (art. 3113 C.c.Q.)*

Comme le contrat de distribution n'est pas «officiellement» défini en droit québécois, et que l'homogénéité de cette catégorie est très loin d'être parfaite, il est entendu que nous nous attacherons à exposer les obligations que, de l'avis de la majorité des auteurs⁶⁴ et selon les clauses contractuelles disponibles, on trouve habituellement dans ce type de contrats. De toute façon, en droit international privé, il n'est pas opportun de partir d'une définition stricte de la catégorie de rattachement, puisque l'on se prive alors de l'utilité de la règle de conflit que l'on formule, pour régler les conflits qui ne tomberaient pas exactement dans la définition donnée. Cet examen des obligations des parties au contrat de distribution (3.2.2.1.1. et 3.2.2.1.2.) permettra de déterminer sa prestation caractéristique et, de là, la loi qui lui est objectivement applicable (3.2.2.1.3.).

3.2.2.1.1. *Les obligations du concédant*

Les obligations du concédant concernent un monopole de revente: elles touchent la *mise en œuvre d'un réseau de distribution et la fourniture des produits* à revendre.

Il a donc d'abord une obligation de respecter l'exclusivité de territoire accordé, c'est-à-dire de ne pas y vendre directement lui-même les produits concernés à une autre personne que le concessionnaire⁶⁵. Il peut aussi s'engager à *interdire à ses autres concessionnaires d'exporter les produits dans le territoire concédé*. Mais cette protection territoriale absolue est souvent interdite par les législations impératives relatives au droit de la concurrence⁶⁶,

⁶⁴ Notamment ceux cités dans la note 1.

⁶⁵ Voir CCI, *Guide de rédaction des contrats de concession de vente*, Paris, 1988 (Publication n° 441), n° 12.3.

⁶⁶ CCI, *ibid.* n° 12.1.

comme, pour le droit européen, les articles 85 et 86 du Traité de Rome, puisqu'elle cloisonne les marchés en maintenant des prix artificiellement hauts.

Le concédant doit aussi *livrer régulièrement les produits* destinés à être distribués. Mais il faut distinguer cette obligation, encourue à titre de concédant, de celles de livraison qu'il doit exécuter en tant que vendeur, naissant lors de la conclusion de chaque contrat de vente spécifiquement conclus en application du contrat-cadre. L'obligation de livraison du contrat-cadre de distribution revêt elle-même un caractère général, presque immatériel, énonçant éventuellement des obligations de livraison de quantités minimales pendant une certaine période de temps et les conditions de livraisons *régulières*⁶⁷, c'est-à-dire périodiques. Cette obligation peut être conditionnelle à l'acceptation des commandes par le concédant. On la trouve souvent au Québec, bien que sa validité soit douteuse en droit québécois interne (article 1500 C.c.Q.), comme en droit français d'ailleurs, puisqu'elle peut être purement potestative. Il peut aussi encourir une obligation de *livraison accessoire de brevets*, ou d'autres droits de propriété industrielle, permettant au distributeur d'utiliser les ressources de son entreprise pour vendre et réparer les biens revendus.

Le concédant a aussi une obligation générale accessoire de livrer les informations utiles à la commercialisation des produits, comme celles relatives à leurs modifications⁶⁸. De même, il doit souvent *fournir un matériel de publicité* et de démonstration, comme des catalogues, etc.⁶⁹ Comme l'obligation principale, celle-ci touche les aspects généraux de la distribution et de la revente, mais, en théorie, ne concerne pas la livraison des biens accessoires qui permettent matériellement à l'acheteur final de se servir du produit (cette obligation relève des contrats successifs de vente).

Souvent, le concédant a aussi une *obligation d'assistance technique* concernant la formation du personnel du concessionnaire, la gestion des stocks, etc.⁷⁰ Notons que ceci rapproche notablement le distributeur du franchisé.

Enfin, il peut encore supporter des obligations conventionnelles ou légales relatives à la fin de contrat, comme celle de *reprendre les biens invendus*, celle de donner un *préavis d'insatisfaction*, de donner un *délaï pour corriger la situation*, celle de donner un *juste motif* ou un *préavis de résiliation*⁷¹. Il peut aussi exister des obligations légales ou conventionnelles d'indemnités compensatrices de fin de contrat⁷².

⁶⁷ CCI, *ibid.* n° 12.2.

⁶⁸ CCI, *ibid.* n° 12.5.

⁶⁹ CCI, *ibid.* n° 12.6.

⁷⁰ CCI, *ibid.* n° 12.5.

⁷¹ CCI, *ibid.* nos 13.2, 13.3 et 15.1.

⁷² CCI, *ibid.* n° 14.

3.2.2.1.2. *Les obligations du concessionnaire ou du distributeur*

De son côté, le concessionnaire ou le distributeur a des obligations multiples destinées à atteindre les objectifs essentiels du contrat: la promotion des ventes du produit sur son territoire exclusif par l'établissement d'un réseau de distribution.⁷³

Ainsi, il a l'obligation générale de *promouvoir les ventes* de ce produit, de façon à développer une clientèle locale. Dans cette optique, il doit ainsi participer à des campagnes de publicité⁷⁴ et *respecter les conditions générales de vente* du produit⁷⁵. Ceci implique de respecter des *quotas* annuels d'achat et de revente⁷⁶, d'harmoniser les garanties conventionnelles accordées aux acheteurs finaux avec les siennes et parfois même de *respecter un barème* de prix, sous réserve de la validité de cette dernière obligation.

Dans ce même but, il doit *fournir des informations* pertinentes au concédant⁷⁷, comme les aspects techniques et commerciaux du marché (listes de clientèle) et les aspects juridiques (exigences et modifications des indications, quant à la langue, quant au contenu des normes de sécurité, etc.). Il doit aussi utiliser éventuellement les marques et les enseignes qui lui sont fournies.

De plus, il doit *organiser un réseau* couvrant le territoire concédé, soit lui-même, soit éventuellement par le biais de sous-concessionnaires qu'il doit contrôler⁷⁸. Donc il ne doit *pas distribuer de produits concurrents* (s'il s'agit d'une distribution exclusive), ne doit pas en exporter en dehors de sa zone d'exclusivité⁷⁹ et ne doit pas s'approvisionner auprès d'un autre que le concédant⁸⁰. Il doit *gérer un stock* de marchandises⁸¹, qui lui permette d'assurer non seulement l'écoulement conforme à la demande mais aussi le *service après-vente*, ceci éventuellement à tous les acheteurs du produit, et non uniquement à ses propres clients.

Il doit *respecter la confidentialité des informations* transmises, notamment les secrets de commerce, et il doit évidemment *respecter les droits de propriété industrielle* du concédant (par exemple, il ne doit pas copier ses modèles)⁸². Il doit enfin *s'assurer de la légalité du réseau* local sous tous ses aspects, donc il doit obtenir les autorisations administratives pertinentes.

⁷³ CCI, *ibid.* n° 11.2.

⁷⁴ CCI, *ibid.* n° 11.5.

⁷⁵ CCI, *ibid.* n°s 11.1 et 11.7.

⁷⁶ CCI, *ibid.* n° 11.4.

⁷⁷ CCI, *ibid.* n° 11.10.

⁷⁸ CCI, *ibid.* n° 11.3.

⁷⁹ CCI, *ibid.* n°s 11.9 et 11.12.

⁸⁰ CCI, *ibid.* n° 11.11.

⁸¹ CCI, *ibid.* n° 11.16.

⁸² CCI, *ibid.* n°s 11.13 et 11.15.

3.2.2.1.3. *Détermination de la prestation caractéristique et de la loi objectivement applicable au contrat de distribution*

Il est clair que les obligations caractéristiques — «la» prestation caractéristique — de ce contrat sont celles qui ont pour objet de promouvoir la vente du produit et de développer une clientèle, en organisant matériellement sa distribution. Elles reposent toutes sur la tête du distributeur. Donc la loi applicable au contrat de distribution en vertu de l'article 3113 C.c.Q. sera présument celle de la *résidence du distributeur* ou du concessionnaire⁸³.

Néanmoins, en quelques occasions, il devrait être possible de repousser cette présomption au bénéfice éventuel, notamment, mais pas nécessairement, de celle de l'établissement du concédant. En effet, on ne peut s'empêcher de remarquer que les obligations du concédant sont loin d'être négligeables. Il en est d'autant plus ainsi que le concédant fournit un approvisionnement exclusif et qu'il doit lui-même respecter l'exclusivité de distribution du concessionnaire en ne nommant pas d'autres concessionnaires dans la même zone et en s'abstenant d'y vendre lui-même⁸⁴.

De même, plus il s'engage dans l'imposition des normes de commercialisation et dans la fourniture de matériel technique ou d'aide à la formation du personnel, plus il devient difficile de déterminer qui doit fournir la prestation caractéristique⁸⁵. Comme le résume d'une façon limpide un auteur⁸⁶:

[...] plus le contrat contient un ensemble d'obligations équilibrées entre les parties, moins l'une d'entre elles est immédiatement qualifiable de caractéristique.

Mais il est vrai aussi que plus le contrôle du concédant s'alourdit sur le dos du concessionnaire, plus il devient difficile de distinguer ce contrat d'une franchise, qui, nous le verrons bientôt, ne permet pas de définir assurément «sa» prestation caractéristique. Pourtant, en suivant cette directive axée sur l'équilibre — qualitatif, *fonctionnel*, et non quantitatif — des obligations, il nous semble que le contrat «typique» de concession de vente est nettement plus orienté vers la satisfaction des objectifs du concédant (promotion des ventes, par l'organisation d'un réseau de distribution local dans le but de pénétrer le marché local) que vers ceux du concessionnaire (atteindre une situation de rentabilité économique grâce à la différence entre prix d'achat et de revente), qui subit en conséquence un fardeau obligationnel qualitativement plus lourd que son cocontractant.

⁸³ Voir notamment en ce sens: Lagarde, *supra* note 4 à la p. 677; Crahay, *supra* note 1, n° 29; Van Houtte, *supra* note 1, n° 5.04; Berlin, *supra* note 1, n° 85; Idot, *supra* note 4, n° 40; Talpis, *supra* note 4 à la p. 48.

⁸⁴ Voir en ce sens: Berlin, *supra* note 1, n° 88.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

Son nom même («concession», c'est-à-dire, «privilège») traduit bien la situation assez déséquilibrée qui *caractérise* ce contrat. On devrait donc maintenir le principe de la compétence de la loi de la résidence du concessionnaire.

Toutefois, de façon à éviter certaines difficultés de qualification, notamment quant à certaines obligations accessoires de livraison, on pourrait aussi songer dans des cas exceptionnels à faire régir le contrat de distribution par la loi applicable aux ventes conclues en application du premier. Mais si chacune d'elles est régie par une loi particulière, cette solution s'avère impossible à retenir. De toute manière, l'inverse — application aux ventes de la loi régissant le contrat de distribution — est plus logique, d'un point de vue économique, bien que cette solution ne s'impose pas non plus.

Dans ce domaine, peut-être plus que dans un autre, en tout cas, la multiplicité des obligations et leur diversité ne devraient pas mener au dépeçage, du point de vue de la loi applicable. Le contrat de concession de vente devrait être régi par *un seul système juridique* car ces diverses obligations sont toutes orientées vers les mêmes objectifs: la promotion de la vente du produit sur le marché étranger visé, par l'organisation d'un réseau local de distribution. L'application d'éventuelles lois de police ne devrait pas changer notablement ce résultat car celles dont il y aurait légitimement lieu de tenir compte sont celles du marché local, qui appartiennent de toute façon au système juridique normalement désigné par la règle de conflit.

Mais il n'en sera pas toujours ainsi. Nous avons vu que la loi belge de 1961⁸⁷, par exemple, donnait compétence aux tribunaux belges du domicile du concédant ou du concessionnaire. Alors le tribunal belge l'appliquera comme une loi de police, si la concession de vente produit ses effets en Belgique. Théoriquement le cas typique d'un concessionnaire belge exécutant sa prestation caractéristique en Belgique n'écarte pas la possibilité d'appliquer la même loi au cas du concessionnaire étranger traitant avec un concédant belge, à condition que ce contrat ait ses effets en Belgique. On pourrait soutenir que ceci sera le cas dès que le concédant devra y exécuter ses obligations, mais il serait sans doute faux de dire qu'en conséquence la concession de vente aura ses effets en Belgique, puisque l'essentiel aura lieu au pays du domicile du concessionnaire. De plus, une telle analyse irait probablement à l'encontre de la politique belge, qui est sans doute de protéger les distributeurs belges (domiciliés en Belgique), non ceux du monde entier, et qui ne consiste pas à imposer un standard strict de comportement aux concédants belges.

Du point de vue d'un juge québécois, invoquant l'article 3079 C.c.Q., à notre avis, seule la première situation imposerait l'application de la loi belge. Cet article 3079 C.c.Q. permettrait de justifier l'application de cette loi belge à ce type de situations en cas de choix par les parties d'une loi différente. En l'absence d'un tel choix, il serait inutile de l'utiliser puisque

⁸⁷ *Supra* note 36.

les règles de conflit (articles 3112 et 3113 C.c.Q.) désigneraient objectivement ce droit belge.

D'autres dispositions étrangères pourraient éventuellement faire l'objet de la même analyse, dans la mesure où elles auraient un lien étroit avec l'accord. On pense, bien sûr, aux diverses lois destinées à faire respecter la libre concurrence, dont nous avons déjà dit quelques mots plus haut, si l'accord de distribution, même soumis à une loi différente, entraînait des effets restrictifs de concurrence sur le territoire de l'État les ayant édictées⁸⁸. De même, certaines dispositions imposant des obligations légales d'information précontractuelles au futur distributeur, sous peine d'amende, d'emprisonnement et de nullité de contrats, comme la loi dite «Loi Doubin»⁸⁹, en France, seraient de bonnes candidates⁹⁰. En pratique il faudra bien prendre garde de les respecter de façon préventive, ou il faudra tenter de les éviter en s'efforçant de ne pas remplir leurs conditions d'applicabilité.

Nous envisageons au premier chef la relation entre un concédant installé dans un pays et un concessionnaire établis dans un autre, d'où ce dernier va organiser un réseau local de distribution. Mais il peut se trouver que le territoire d'exclusivité du concessionnaire couvre plus d'un pays, voire même un continent. Dans cette situation, la résidence ou l'établissement du concessionnaire nous semble encore — et même spécialement dans cette situation — un rattachement approprié, car le dépeçage par application éventuelle de lois des divers territoires où s'exécute le contrat n'est pas souhaitable. Toutefois, il faudra compter avec les diverses lois de police territoriales, qui pourraient entraîner l'application d'un régime juridique hétérogène à la relation entre ce concessionnaire et le concédant. Dans cette mesure, il est possible que volontairement les parties s'engagent à se soumettre aux lois locales des divers lieux d'exécution du contrat, et l'on devrait alors respecter ce dépeçage, à condition que leur accord reste cohérent. Dans la pratique, on trouve précisément de telles clauses. Le juge québécois devrait les respecter puisque l'article 3111 C.c.Q. n'exige expressément aucune condition pour le faire.

En conclusion, le principe de la loi de la résidence du distributeur pourra parfois être écarté, notamment au bénéfice de celle de l'établissement du concédant. Il en sera d'autant plus ainsi que ce dernier, afin de contrôler étroitement son réseau des distributeurs, accumulera des obligations de fourniture de moyens techniques de commercialisation. Dans les situations extrêmes, la concession de vente deviendra pratiquement indiscernable d'une franchise. Il faudra alors examiner l'ensemble des circonstances, qui pourraient mener à une

⁸⁸ Voir ainsi Berlin, *supra* note 1 à la p. 54, citant les articles 7, 8, 34 et 36 de l'Ordonnance française du 1^{er} décembre 1986, relative aux ententes et aux abus de positions dominantes; Idot, *supra* note 4.

⁸⁹ *Loi 89-1008 du 31 décembre 1989*, J.O.R.F., 2 janvier 1990, p. 9; *Décret 91-337 du 4 avril 1991*, J.O.R.F., 6 avril 1991, p. 4644.

⁹⁰ Berlin, *ibid.* n^{os} 122-25.

autre loi, par exemple celle du lieu d'exécution du contrat, dans l'hypothèse où elle ne correspondrait pas avec l'une ou l'autre des lois déjà envisagées. De fait, comme nous allons le constater maintenant, la détermination de la loi applicable au contrat de franchise présente plus de difficulté que celle applicable au contrat de distribution.

3.2.2.2. *Le rattachement du contrat de franchise par le principe de proximité (art. 3112 C.c.Q.)*

Nous réitérons notre remarque auparavant formulée pour le contrat de distribution: le contrat de franchise n'étant pas plus officiellement codifié que le premier, nous examinerons donc les obligations qu'on trouve habituellement dans ce type de contrat (3.2.2.2.1. et 3.2.2.2.2.), correspondant à son essence et visant ses objectifs essentiels, afin de tenter de déterminer une prestation caractéristique et la loi objectivement applicable au contrat de franchise (3.2.2.2.3.).

3.2.2.2.1. *Les obligations du franchiseur*

Souvent, le franchiseur doit exécuter une *obligation légale d'information précontractuelle*, qui ne fait évidemment pas partie du contrat de franchise. Nous avons par exemple cité la loi française (dite «Loi Doubin»). Cette obligation de divulgation couvre les résultats d'un travail préparatoire qui vont être transférés au franchiseur, contre lesquels celui-ci devra payer un prix d'entrée dans le réseau, puis une redevance périodique. L'idée est d'informer le futur franchiseur de la valeur réelle de la franchise, des risques qu'il va prendre, et d'éviter les fraudes, comme les ventes pyramidales, déguisées sous l'apparence de franchises, qui ne comprennent en réalité aucun transfert de savoir-faire.

En effet, selon le *Code de déontologie européen de la Fédération européenne de la franchise*⁹¹, avant de «lancer» le réseau, le franchiseur doit avoir mis au point et exploité avec succès un «concept» — conjonction, rappelons-le, de droits sur des marques, des enseignes ou des signes, d'un savoir-faire et d'une collection de produits, de services ou de technologies qu'il a conçus, mis au point, agréés ou acquis — pendant une durée raisonnable et l'avoir essayé dans une unité pilote. De plus, il doit évidemment être titulaire des droits sur les enseignes, les marques et les autres signes distinctifs permettant de rallier une clientèle.

Sont de fait considérées comme obligations essentielles à la franchise, d'abord la délivrance par le franchiseur au franchiseur d'une *licence de savoir-faire* et d'une *licence d'utilisation de marque et d'enseigne*. Sinon, en droit civil

⁹¹ Document précité, *supra* note 17.

en tout cas, le contrat serait nul, de nullité absolue puisque sans objet ou sans cause.

Mais la fourniture d'un système de commercialisation ne suffit pas: le franchiseur doit permettre au franchisé de le mettre en état de fonctionner. Il a donc aussi une obligation d'apporter au franchisé une *formation initiale* et de lui assurer une *assistance technique continue*⁹². Ceci se traduit souvent par une collaboration entre les divers franchisés et le franchiseur, qui retransmet à tous les franchisés les informations et les conseils quant aux modifications et aux améliorations pertinentes qu'il y a lieu d'apporter au «concept».

Enfin, le franchiseur doit en principe accorder au franchisé une *exclusivité territoriale*⁹³, qui répond aussi à des engagements d'exclusivité de la part du franchisé. Ceci est non seulement un élément essentiel pour organiser efficacement le réseau, peut aussi éventuellement faire partie du savoir-faire⁹⁴, mais est encore une condition de cette étroite collaboration, qui passe par la divulgation de tout un ensemble de connaissances et de secrets de commerce. Ainsi, le franchiseur promet de ne pas concurrencer le franchisé sur son territoire et de ne pas y engager d'autres franchisés. Dans les franchises de produits, l'exclusivité de fourniture de produits est complétée par une exclusivité d'approvisionnement de la part du franchisé⁹⁵. Le franchiseur a aussi l'obligation de faire respecter ces règles générales d'exclusivité par les autres franchisés du réseau.

Par contre, sont considérées comme caractères accessoires d'un tel contrat, les obligations d'approvisionnement et de fourniture de produits⁹⁶. Ceci est d'ailleurs l'une des différences principales avec la concession de vente. Dans la franchise, l'essentiel est le transfert d'un concept, qui peut être éventuellement utilisé dans le but de vendre des marchandises ou des services. Il est même possible que le franchisé ne soit que le dépositaire des produits, sans en être propriétaire⁹⁷. Il revêt alors la qualité de représentant de vente des produits du franchiseur.

3.2.2.2.2. *Les obligations du franchisé*

Le franchisé, commerçant indépendant, a deux obligations essentielles, découlant de son engagement de reproduire la réussite commerciale du franchiseur: *respecter toutes les normes imposées* par le franchiseur et lui *payer*

⁹² *Code de déontologie européen*, document précité *supra* note 17, n° 2.2; Rolland, *ibid.* n°s 35-37; Legeais, *ibid.* n° 37 et s.

⁹³ Rolland, *ibid.* n°s 38-39.

⁹⁴ Legeais, *ibid.* n° 42.

⁹⁵ Rolland, *ibid.* n° 39.

⁹⁶ Rolland, *ibid.* n° 45.

⁹⁷ Rolland, *ibid.*

une rémunération⁹⁸. Le respect des normes, au plan des règles de commercialisation et éventuellement des conditions d'approvisionnement, peut impliquer une acceptation de mesures de contrôle, notamment de qualité, de la part du franchisé. En général, les prix imposés sont interdits par les règles du droit de la concurrence, mais on tolère les prix conseillés, spécialement s'il s'agit de prix-plafonds.

Le prix à payer pour bénéficier du savoir-faire, du «concept» du franchiseur et de son assistance continue se découpe souvent en un prix d'entrée fixe, suivi d'une redevance annuelle, en général proportionnelle au chiffre d'affaires du franchisé. Il a éventuellement une obligation d'approvisionnement exclusif, lorsqu'il s'agit de franchise de produits⁹⁹. Il a bien sûr l'obligation de ne pas vendre ou proposer ses services en dehors de sa zone exclusive. Enfin, il a une obligation implicite de *financer tous les coûts de mise en œuvre* de la franchise: elle est très lourde, même si elle n'apparaît pas en tant que telle au contrat de franchise.

3.2.2.2.3. Détermination de la prestation caractéristique et de la loi objectivement applicable au contrat de franchise

Pour le franchiseur, le but essentiel de la franchise est une économie d'échelle, lui permettant d'étendre sa réussite commerciale à un nouveau territoire, sans engager trop de capital et sans courir trop de risques. Au plan international, la franchise présente en plus un certain nombre d'intérêts: le franchiseur laisse au franchisé les problèmes résultant des lois locales, ainsi que les problèmes politiques (nationalisation), il adapte la franchise à la culture et à la langue étrangère, il évite les lois sur le contrôle des investissements étrangers et évite éventuellement les barrières tarifaires à l'exportation. De son côté, le franchisé économise aussi sur les dépenses de capital de recherche, qu'il n'aurait certainement pas pu effectuer lui-même, et bénéficie de l'expertise du franchiseur, de son «concept», ainsi que de son assistance continue, qui devrait le mener personnellement à la réussite. Mais il supporte les frais de financement de la franchise, le risque économique et il doit payer une redevance.

Le franchiseur préférera instinctivement sa propre loi, c'est-à-dire celle de son établissement, parce qu'il la connaît, même s'il s'avère que la loi de celui du franchisé lui est plus favorable en l'espèce, ou si sa loi n'est pas spécialement adaptée, comme c'est le cas de la plupart des systèmes juridiques qui ne prévoient rien sur le sujet. Plus sérieusement, il invoquera le fait qu'il serait essentiel pour lui que la même loi s'applique sur tout son réseau, qui doit conserver une *homogénéité*, quel que soit le lieu où se développe l'activité de tel ou tel franchisé, car ceci serait nécessaire pour

⁹⁸ Legeais, *supra* note 18, n° 49 et s.

⁹⁹ Legeais, *ibid.* n° 44-47.

étendre sa réussite et permettrait de faire respecter une même discipline sur tout le réseau¹⁰⁰.

Pourtant, on peut lui répondre que s'il prend la peine d'étendre ses activités sur un marché local, il doit nécessairement *adapter* sa franchise aux besoins locaux. Il est essentiel en effet pour le franchiseur, s'il veut éviter de cuisants revers économiques qui pourraient se répercuter sur l'ensemble de son réseau, d'adapter l'exécution des obligations du contrat au marché *local*. Ainsi, le montant de redevance ne doit pas être trop élevé par rapport aux coûts de démarrages locaux ou aux charges locales, le niveau d'information et d'assistance fourni doit répondre aux besoins locaux, le niveau de contrôle doit aussi leur être adapté, etc.

Donc il semble logique qu'il s'attende à l'application de la loi locale du *lieu d'exécution de la plupart des obligations de la franchise*, ou, du moins, *des plus caractéristiques*, notamment celles de délivrance des informations, du savoir-faire, et d'assistance. Même si certains soutiennent que l'obligation de délivrance d'*information* est quérable et non portable¹⁰¹, cette opinion nous paraît théorique et totalement inadaptée au transfert d'un bien incorporel. Il nous semble évident, au contraire, que, dans la franchise, elle est «portable» — si l'on veut continuer à utiliser cette terminologie dépassée — à l'établissement du franchisé. L'initiateur de cette structure commerciale, le franchiseur, cherche à *exporter* son savoir-faire pour en tirer le maximum de profit. Il expédie des documents aux divers franchisés. Il envoie sur place un représentant expliquer les procédés de commercialisation. La formation du personnel sera bien moins coûteuse si l'instructeur vient chez le franchisé, plutôt que si tous les employés du franchisés viennent suivre une formation chez le franchiseur.

De plus, cette loi locale, si elle prend un caractère impératif, de façon, notamment, à protéger le franchisé, partie faible à l'accord, ou encore s'il s'agit d'une législation relative aux brevets, ou protégeant la concurrence ou organisant un contrôle des changes, voudra s'imposer en tant que loi de police, applicable à toute activité qui se déroule sur le territoire de l'autorité qui l'a édictée.

Ceci est particulièrement important dans le domaine de la franchise, car certains États, notamment aux États-Unis, ont adopté des lois impératives ayant pour objet, entre autres, d'obliger le franchiseur à divulguer des informations précontractuelles, de l'obliger à donner un préavis de fin de contrat et de permettre au franchisé d'améliorer ses résultats avant la résiliation de la franchise. La jurisprudence américaine a parfois appliqué ces dispositions malgré un choix exprès d'une autre loi¹⁰².

¹⁰⁰Voir en ce sens : Ferrier, *supra* note 2, n° 10 et s.

¹⁰¹Ferrier, *ibid.* n° 46.

¹⁰²Voir Carpinello, *supra* note 2.

L'argumentation allant à l'encontre de la compétence de la loi du lieu d'exécution de l'activité du franchisé sera toutefois plus convaincante si celui-ci dispose d'une zone d'exclusivité comportant plusieurs États. Mais ceci ne permet pas d'exclure la loi de la *résidence ou de l'établissement* du franchisé, s'il s'avère que celui-ci doit fournir la prestation caractéristique.

Quant à la détermination de cette prestation caractéristique, les avis sont assez partagés. Il ne s'agit pas du paiement de la redevance: la logique de cette notion veut qu'au contraire, on sélectionne la contrepartie de la prestation en argent. Effectivement, la délivrance du «concept», du savoir-faire, l'obligation de donner l'usage de la marque, des signes distinctifs, l'assistance à la formation du personnel et l'assistance continue se présentent avec force sous cet angle de la prestation caractéristique¹⁰³. La distance entre la franchise et la concession de vente se trouve précisément mise en exergue par cet éclairage de droit international privé.

Mais va-t-on (comme on le reproche justement à cette formule) donner préférence à la partie la plus forte? Le franchisé, il ne faut pas l'oublier, a aussi l'«obligation» de reproduire la réussite commerciale du franchiseur. On a plaisamment décrit la franchise comme «*a form of economic slavery which grows economically fat slaves*»¹⁰⁴ ...

En conséquence, certains favorisent la loi de la résidence du franchisé¹⁰⁵, mais d'autres affirment la compétence de celle du franchiseur¹⁰⁶. Cette hésitation sur la prestation caractéristique reflète bien l'*équilibre contractuel* de la franchise — qu'on ne trouve pas dans le contrat de distribution — résultant de l'existence des obligations destinées à atteindre l'objectif de réussite du franchisé et celui de maximalisation des profits du franchiseur.

Dans cette situation, il faut revenir au principe général de la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation, principe de proximité énoncé à l'article 3112 C.c.Q. Il faut donc élargir le cercle de recherche du centre de gravité de la situation en examinant toutes les circonstances, franchise par franchise, pour déterminer la loi applicable à l'espèce, qui sera normalement celle de l'établissement du franchiseur ou celle du franchisé. La loi du lieu d'exécution de la plupart des obligations du contrat correspondra souvent avec celle de l'établissement du franchisé: elle nous paraît être celle qui sera objectivement désignée le plus fréquemment.

On peut encore ajouter que, comme la franchise peut se présenter sous diverses structures, il peut être nécessaire de préciser l'analyse, selon les

¹⁰³ Ferrier, *supra* note 2, n° 46.

¹⁰⁴ Berloni, *supra* note 2 à la p. 19, citant M.H. Katz, «Franchising: Pro and Con» (1971) 76 (n° 5) Case and Comment 8.

¹⁰⁵ Berlin, *supra* note 1, n° 91; Ferrier, *supra* note 2, n° 48; Talpis, *supra* note 4 à la p. 50.

¹⁰⁶ Van Houtte, *supra* note 1, n° 5.16; Lagarde, *supra* note 4 à la p. 678 (mais l'auteur admet que la solution opposée est tout à fait possible).

circonstances. L'une des structures les plus employées consiste pour le franchiseur à se doter d'un réseau à deux niveaux, en passant pour chaque marché étranger visé, un accord, appelé *Master Franchise Agreement*, par lequel son premier franchisé aura la position de franchisé principal, ou plus juridiquement, de sous-franchiseur. En plus de supporter des obligations normales de franchisé, le sous-franchiseur aura des obligations supplémentaires: notamment les obligations de recruter des sous-franchisés, de leur faire signer des contrats de franchise, de développer le réseau, de contrôler la qualité et les activités exigées des sous-franchisés, de recevoir leurs redevances pour le compte du franchiseur. La nature de cet accord peut varier.

Il peut constituer un contrat de *représentation*, qui sera alors soumis aux règles de conflits spécifiques touchant ce sujet (les articles 3111, 3112 et 3116 C.c.Q., en principe)¹⁰⁷, alors que les obligations des parties directement relatives à la franchise — entre franchiseur et sous franchiseur — seront régies par les règles de conflit générales (art. 3111 à 3113 C.c.Q.). Il peut donc y avoir un dépeçage peu pratique, qui pourrait être évité si les parties choisissaient la même loi applicable pour l'ensemble du *Master Franchise Agreement*.

Il peut aussi s'agir d'un contrat de *sous-traitance*, dont le régime juridique international dépendra également des règles générales relatives aux obligations (articles 3111 à 3113 C.c.Q.)¹⁰⁸.

Conclusion

Dans la mesure où les contrats de concession évoluent vers une imposition accrue aux concessionnaires de conditions de commercialisation de la part des concédants, et comme leurs établissements se transforment petit à petit en centres

¹⁰⁷ Voir G. Goldstein, «La représentation conventionnelle en droit international privé québécois» (1997) 57 R. du B..213.

¹⁰⁸ Sur le contrat international de sous-traitance, voir notamment: P. Lagarde, «La sous-traitance en droit international privé», dans *La sous-traitance de travaux et de services*, Paris, Economica, 1978 aux pp. 186-204; J.L. Bismuth, «Le contrat international de sous-traitance — Étude de quelques règles juridiques applicables» (1986) *Rev. de droit des affaires int.* 535; H. Van Houtte, «International Subcontracting» (1991) 8 *International Construction Law Review* 301; G. Goldstein, «Construction internationale et responsabilité civile du constructeur: les perspectives en droit international privé québécois» (1992) 22 *R.D.U.S.* 291 aux pp. 330-33; V. Heuzé, «La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats: l'exemple de la sous-traitance internationale» (1996) 85 *Rev. crit. d.i.p.* 243. Voir aussi: V. Powell-Smith, «Payment of Subcontractors When Main Contractor is Insolvent» (1991) 8 *International Construction Law Review* 241; J.D. Pirie, «Contractual Problems Connected with Major Infrastructure Projects» (1995) 12 *International Construction Law Review* 213; C.R. Eppala, «The New FIDIC International Civil Engineering Subcontract» (1995) 12(1) *International Construction Law Review* 5.

de prestation de services, ils se rapprochent de plus en plus en plus de la franchise¹⁰⁹. Le rapprochement de ces deux contrats s'exprime en droit international privé par une hésitation entre la compétence de la loi de la résidence du concessionnaire ou du franchisé et celle du concédant ou du franchiseur. Puisque la prestation caractéristique du contrat et la résidence de son débiteur sont les rattachements déterminant, en droit québécois, comme dans les systèmes de droit international privé modernes, il est normal qu'il en soit ainsi.

Nous avons constaté que l'analyse du rattachement objectif du contrat de concession passe par une présomption en faveur de la loi de la résidence du concessionnaire, mais que, parfois, il sera possible de la repousser, souvent au bénéfice de celle du concédant, parce que ce dernier supportera une charge obligationnelle plus lourde. À l'inverse, dans la franchise, il semble difficile de décider d'une prestation caractéristique, en raison d'un équilibre obligationnel propre à ce contrat, mais l'on a tendance à favoriser la loi de la résidence du franchiseur, étant donné qu'il fournit le savoir-faire, les marques, les enseignes et l'assistance technique continue. La balance peut aussi pencher de l'autre côté si le franchisé supporte de lourdes obligations de fournir des rapports financiers, commerciaux, s'il fournit des informations essentielles sur le marché local ou sur le fonctionnement pratique du «concept», s'il améliore le concept, etc.

On peut limiter cette incertitude, en principe défavorable au contrat de franchise, qui ne se retrouve pas avec la même intensité pour le contrat de concession de vente, en rédigeant une clause de choix de la loi, ce qui est souvent le cas en pratique au Québec. Mais les tribunaux ne vont pas nécessairement la respecter. La rédaction d'une clause additionnelle d'arbitrage peut éviter cette situation, bien qu'il soit possible, et sans doute fortement souhaitable, que l'arbitre tienne compte des lois de police des États concernés — au premier plan celles du lieu d'exécution du contrat et du lieu d'établissement de la partie faible —, puisqu'au stade de l'homologation de la sentence, le tribunal étatique se réserve le pouvoir de la refuser au motif de violation de l'ordre public international, tel qu'il est localement perçu¹¹⁰. La participation au commerce international implique toujours, dans une certaine mesure, de se plier, de bon gré ou non, aux lois impératives locales. En droit international privé, il faut admettre que la protection de la prévisibilité *légitime* des parties à un contrat international suppose le respect de cette exigence *minimale*.

Pour en revenir aux conflits de lois, il est clair, en tout cas, d'abord, qu'une seule et même règle de conflit convient aux deux types de contrats que nous venons d'étudier, ensuite, que les règles générales du droit québécois suffisent (y comprise la notion de prestation caractéristique codifiée à l'article 3113

¹⁰⁹ Voir en ce sens: Rolland, *supra* note 24, n° 65 et s.

¹¹⁰ En droit québécois, voir l'article 949 du Code de procédure civile.

C.c.Q.) et que leur capacité d'adaptation trouve en ce domaine complexe une illustration assez convaincante.

Cette unité fondamentale de traitement, au plan international, fondée sur un mouvement oscillatoire d'évaluation, formulé en terme de prestation caractéristique (3113 C.c.Q.) ou de principe de proximité (3112 C.c.Q.), permet de confirmer que concession de vente et franchise ne sont que les archétypes d'un même ensemble de situations contractuelles. Elle révèle aussi un signe annonciateur de l'évolution possible vers l'unification de la concession de vente et de la franchise, au bénéfice probable de la dernière. Le droit international privé, comme le droit comparé, offre ainsi un point de vue privilégié favorisant une connaissance plus aiguë des institutions du droit interne.

Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau.

Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, XXXIX p. et 721 p.

*Compte rendu par Pierre-André Côté**

Charité bien ordonnée commence par soi-même: nos collègues de McGill se sont réservé l'honneur et le plaisir de rendre hommage au professeur Paul-André Crépeau à l'occasion de sa retraite.

Le professeur Crépeau a consacré 35 années de sa vie à l'institution qui l'honore ainsi, s'illustrant tout à la fois comme enseignant, comme chercheur et comme animateur de recherche. Son nom reste notamment attaché à des textes d'une importance aussi fondamentale pour le droit québécois moderne que la *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec*.

La qualité générale des études que regroupe ces *Mélanges* témoigne abondamment de l'estime et du respect que Paul Crépeau a su inspirer à ses collègues. Il a dû en éprouver une grande fierté et une grande joie. Leur lecture mettra aussi un peu de baume sur les plaies de tous les collègues, amis et admirateurs de Paul Crépeau qui auraient été nombreux (sans doute trop) à souhaiter participer à l'hommage qu'on lui rend.

Je ne sais trop à quoi je dois le redoutable honneur d'avoir été pressenti pour rendre compte de cet ouvrage; je sais par contre pourquoi j'ai accepté. Comme le souligne justement le doyen Brierley dans le texte qui tient lieu de postface aux *Mélanges*, Paul Crépeau «has been the personification of the idea that an *universitaire* should be heeded by judge, practitioner and by the legislature itself.» Pour bien des juristes de ma génération, Paul Crépeau est un modèle. Sa contribution vigoureuse et originale à la vie du droit et, plus largement, à la vie de la collectivité a honoré la carrière universitaire et, à son exemple, nous avons volontiers troqué le titre professionnel pour le titre de professeur.

Les *Mélanges Crépeau*, comme on les appellera, regroupent dix-neuf études présentées dans l'ordre alphabétique des noms des auteurs. Elles sont précédées d'une préface du doyen Toope, d'une note introductive des directeurs de la publication ainsi que d'une bibliographie des oeuvres du professeur Crépeau. En postface est reproduite l'allocution du doyen Brierley lors de la présentation du professeur Crépeau à l'occasion de la collation des grades de McGill en juin 1994. La présentation matérielle du livre, réalisée avec le concours des Éditions Yvon Blais, est sobre et belle.

Livre-témoignage des auteurs qui manifestent à Paul Crépeau leur estime et leur respect, les *Mélanges* sont aussi un livre-témoin: ses auteurs y brossent, collectivement, un tableau figuratif de la recherche juridique menée à McGill

* Pierre-André Côté, de la Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec.

en cette fin de XX^e siècle. On y trouve une sorte d'autoportrait d'une faculté de droit au travail, un instantané qui donne à voir la diversité de préoccupations, de points de vue et d'approches qui font la richesse d'une véritable institution universitaire.

Si elle est richesse, cette diversité, on le comprendra, rend par contre impossible tout compte rendu de l'ouvrage allant au-delà de la description des thèmes abordés ou des approches retenues. On regroupera les contributions en quatre catégories: les études qui ont pour objet l'exposition, l'analyse et l'approfondissement théorique du droit substantiel; les études orientées vers la réforme du droit; les études de caractère historique; les études à dominante méthodologique¹.

Comme on devait s'y attendre, les études de droit civil occupent une place de choix. Les virtualités du nouveau code sont explorées par John E.C. Brierley et Pierre-Gabriel Jobin. Le premier soutient la thèse de l'autonomie de la fiducie à titre gratuit parmi les libéralités envisagées par le droit civil québécois et le second examine le sort réservé à la stabilité contractuelle dans le Code civil du Québec.

D'autres études ont pour objet l'approfondissement théorique de règles ou d'institutions du droit civil. Martin Boodman analyse les sources et les conséquences des incertitudes qui entourent, en droit civil, un contrat pourtant fort usité: la contrat de vente conditionnelle. Sous la forme originale autant que séduisante d'un dialogue entre les textes anglais et français du Code civil, Nicholas Kasirer propose une réflexion sur la portée de l'obligation des époux de faire vie commune, «*to live together*». France Allard, enfin, dans une contribution aux frontières du droit civil et des libertés civiles, cherche à isoler ce qui pourrait être considéré comme l'essence du droit au respect de la vie privée.

Roderick A. Macdonald et John W. Durnford s'intéressent à la relation du droit fédéral et du droit civil. Macdonald aborde ce sujet dans une perspective fondamentale de droit constitutionnel; il explore l'épineuse question du droit commun de l'État fédéral canadien dans le contexte de la tradition bijuridique du pays. Durnford, de son côté, nous livre ses réflexions sur l'interaction de la loi fédérale de l'impôt sur le revenu et du droit civil québécois, prenant pour exemple les dispositions qui font appel aux notions d'employé et d'entrepreneur.

Trois contributions de droit substantiel ont pour seul point commun celui de ne pas avoir de lien fort avec le droit civil, ce qui, bien sûr, n'enlève rien à leur mérite. Irwin Cotler examine, dans une étude qui fait appel notamment au droit comparé, les voies de redressement qui s'offrent pour contrer l'incitation à la haine raciale. Dennis Klinck, pour sa part, traite des

¹ Cette catégorisation, conçue pour faciliter la présentation des études, n'est pas assez fine pour rendre entièrement justice au contenu de chacune des contributions; je fais donc appel à l'indulgence des auteurs qui s'y sentiraient mal à l'aise.

recours à la notion d'*equity* que l'on peut trouver dans la jurisprudence contemporaine de la Cour suprême du Canada. William Tetley, enfin, étudie, en faisant lui aussi largement appel au droit comparé, les notions d'abus de droit et de *wrongful arrest* en matière de saisie de navires.

Encore que des éléments de critique du droit existant et de propositions de réforme soient présents dans toutes les contributions de droit substantiel, deux études se démarquent dans la mesure où la perspective d'évaluation critique du droit actuel en rapport avec son impact pratique y paraît dominante. Jutta Brunnée fait porter son analyse sur le régime québécois de responsabilité civile pour le préjudice environnemental et plaide pour une réforme s'inspirant de mesures adoptées ailleurs. Colleen Sheppard nous propose, pour sa part, une évaluation des forces et des faiblesses du régime de protection des droits mis en place par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Les *Mélanges Crépeau* contiennent aussi quatre textes de nature historique. Histoire sociale dans le cas de l'étude que fait G. Blaine Baker d'un club privé formé exclusivement de juristes, les *Brothers in Law*, qui ont tenu vingt-six réunions bien arrosées à Montréal entre 1827 et 1833. Histoire des idées et plus particulièrement de l'idée d'appel à la conscience et à l'équité pour tempérer les rigueurs de la loi telle qu'on trouve cette préoccupation, toujours actuelle, exprimée dans les travaux de Christopher St. German auxquels nous introduit Richard Janda. Histoire des institutions juridiques sous la plume de Madeleine Cantin Cumyn, qui trace l'origine de la fiducie québécoise, et de Jane Matthews Glenn qui lève le mystère, pour la plupart d'entre nous, de la filiation québécoise du code civil et du code de procédure civile de l'île de Sainte-Lucie.

Trois textes, enfin, adoptent une perspective de méthodologie juridique. H. Patrick Glenn invite le juge à recourir au droit comparé pour éclairer les choix que l'exercice de sa fonction exige. Ethel Grofier se penche sur la terminologie du droit international privé pour déplorer les difficultés qu'engendrent notamment son imprécision et son absence d'uniformité. Daniel Jutras, enfin, nous livre la première étude approfondie de la légitimité, des avantages, mais aussi des périls du recours aux Commentaires du ministre de la Justice dans l'interprétation du *Code civil du Québec*.

Les lignes qui précèdent donnent une bien faible idée de l'intérêt que présentent les études réunies dans ces *Mélanges Crépeau*. Elles suffiront toutefois à rendre évidente la qualité de la vie intellectuelle de la Faculté de droit de l'Université McGill en cette fin de XX^e siècle. Autre motif de fierté donc pour Paul Crépeau, puisque l'institution qu'il a puissamment contribué à animer pendant la plus grande partie de vie professionnelle se montre, dans ces *Mélanges*, digne des valeurs d'humanisme, d'ouverture à l'autre dans un esprit de dialogue et de présence active aux problèmes de la société qui ont caractérisé sa carrière.