

**CONTRATS DE DISTRIBUTION INTÉGRÉE:
CLASSIFICATION ET CONTENU**

Gisèle Laprise
Institut de droit comparé
Université McGill
Montréal, Québec
Octobre 1992

Mémoire présenté à la Faculté d'études
supérieures et de recherche, en réalisation
partielle des exigences en vue de l'obtention
du diplôme de maîtrise en droit

REMERCIEMENTS

Ce mémoire est le fruit d'un travail de synthèse sur un sujet de droit. Il a été également un instrument de croissance personnelle. Comme sa rédaction a été plus longue que prévue due à certaines circonstances, je m'en voudrais de ne pas prendre quelques lignes pour remercier toutes les personnes qui m'ont supportée.

En premier lieu, je tiens à remercier mon directeur, Monsieur le professeur Paul-André Crépeau pour ses conseils judicieux, son aide et sa grande disponibilité. Ce fut une chance pour moi d'être dirigé par un homme doté d'une si grande rigueur intellectuelle. J'ai été doublement chanceuse puisqu'il s'est avéré un homme compréhensif dans des moments difficiles.

En deuxième lieu, je veux remercier le personnel et la direction de la bibliothèque de droit de l'Université McGill pour leur professionnalisme, leur courtoisie et leurs encouragements.

En troisième lieu, je désire remercier Madame Marisa Rossi pour sa précieuse collaboration à la dactylographie de ce travail.

Enfin, je remercie ma famille et mes amis pour l'appui indéfectible dont ils ont fait preuve tout au long de ce travail.

RESUME

Le contrat de produits et de marchandises peut se faire sous divers modes. Le mode visé dans ce travail est la distribution «intégrée». Elle met en présence un manufacturier et des commerçants qui sont liés par contrat. L'objet de celui-ci consiste à obliger les commerçants à acheter, en exclusivité ou non, les produits du manufacturier pour les revendre à leur compte. Cette vente est organisée par le manufacturier qui leur impose dans le contrat des obligations à suivre quant à la vente et à l'entretien des marchandises.

Ces obligations ont pour but de régulariser des relations contractuelles régulières entre les parties qui sont nécessaires à l'activité commerciale des revendeurs. Ceux-ci mettent dans les faits leur entreprise de contribution au service du fabricant. Les parties concourent ainsi à un même processus de distribution car le fabricant peut suivre ses marchandises du stade de la production au stade de la consommation.

Ces contrats sont utilisés à travers le monde. Leur appellation dans les systèmes de common law et de droit civil a donné lieu à des différences terminologiques. C'est pourquoi le chapitre préliminaire de ce travail est consacré à l'élaboration d'une terminologie en droit québécois sur les termes usuels relatifs à ces contrats. Celle-ci s'imposait à cause de l'influence de la terminologie américaine sur le sujet. Nous ferons également un historique des contrats de distribution intégrée dans cinq systèmes juridiques: États-Unis, Angleterre, Canada, France et Québec.

Le premier chapitre a pour but d'établir une classification de ces contrats qui sont protéiformes. À cet effet, nous avons créé deux types de critères de classification, à savoir les critères économiques et les critères juridiques. Les critères économiques porteront sur l'activité économique visée par ces contrats et sur la forme de concentration économique qu'ils représentent. Nos critères juridiques traiteront de la clause d'exclusivité d'approvisionnement totale et de la clause de contrôle.

Ayant ainsi établi les critères de classification, nous serons à même, dans un second chapitre, d'étudier le contenu obligationnel des contrats de distribution intégrée. Ceux-ci peuvent être divisés en deux grands types selon qu'ils possèdent ou non une clause de territorialité. Dans les contrats sans clause de territorialité, on y retrouve des contrats de distribution avec ou sans clause d'exclusivité d'approvisionnement.

ABSTRACT

The distribution of products and merchandises can be done in various modes. The mode aimed by this study is the «integrated» distribution. It brings together a manufacturer and merchants who are linked by contract. The object of the latter is to oblige the merchants to buy, exclusively or not, the manufacturer's goods for reselling on their behalf. This resale is organized by the manufacturer who dictates to them the obligations concerning the sale and the maintenance of the goods.

Those obligations engender contractual relationships on a regular basis between the parties which are essential for the commercial survival of the resalers. In fact, the latter put their enterprise of distribution at the manufacturer's disposal. Thus, the parties adhere to a same procedure of distribution because the manufacturer can follow his goods from the production to the consumption stage.

The preliminary chapter of this thesis specifies and elaborates the terminology in Quebec Law on the usual terms relative to those contracts. This was rendered necessary because of the influence of american terminology on the subject. This work naturally led to an historic overview of the contracts of integrated distribution in five major juridical systems : United States, England, Canada, France and Quebec.

The first chapter's purpose is to establish a classification of those contracts which are proteiforms. To this end, we used two types of criterion of classification, namely the economical criteria and the juridical criteria. The economical criteria will study the economic activity aimed by those contracts and the form of economic concentration which they represent. Our juridical criteria will analyse the clause of exclusivity and the clause of control.

Having thus established the criteria of classification, we will then, in a second chapter, examine the obligational content of the contracts of integrated distribution. These can be divided in two main categories according to whether they possess or not a clause of territoriality. Contracts that do not have a clause of territoriality can be divided between those which have or do not have the exclusivity of supply.

- TABLE DES ABREVIATIONS -

- A -

A.C. Appeal Cases

- B -

B.C.S.C. British Columbia Supreme Court
B.L.R. Business Law Reports
B.R. Cour du Banc de la Reine (du Roi) ou Rapports de la
Bull. civ. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en
matière civile
Bull. crim. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en
matière criminelle

- C -

C.A. Cour d'appel (du Québec), Recueils de la
C.B.R. Canadian Bankruptcy Reports
C.c.B.C. Code civil du Bas Canada
C.c.fr. Code civil français
C.c.Q. Code civil du Québec
C. de D. Cahiers de droit
C.F.R. Code of Federal Regulations
C.P.R. Canadian Property Report
C.S. Cour supérieure ou Recueils de la

- D -

D. Recueil Dalloz
D.C. Dalloz critique
D.H. Dalloz hebdomadaire
D.L.R. Dominion Law Reports
D.P. Dalloz périodique

- F -

Fed. Reg. Federal Regulations
F.T.C. Federal Trade Commission

- G -

Gaz Pal. Gazette du Palais

- J -

J.C.P. Juri-classeur périodique (Semaine juridique)
J.C.P. éd. C.I. Juri-classeur périodique édition Commerce et Industrie
J.C.P. éd. E. Juri-classeur périodique édition Entreprise
J.C.P. éd. N. Juri-classeur périodique édition des Notaires

J.E. J.O.	Jurisprudence - Express Journal Officiel
	- L -
L.Q. L.R.C. L.R.Q. L.S.U.C.	Lois du Québec (depuis 1969) Lois révisées du Canada (depuis 1985) Lois refondues du Québec (depuis 1977) Law Society of Upper Canada
	- N -
N.S.S.C.	Nova Scotia Supreme Court
	- O -
O.R.	Ontario Reports
	- R -
R.C.S. R. du B. R. du B. can. R. du. N. R.D.T. Rev. jur. com. R.L.	Recueils de la Cour suprême du Canada Revue du Barreau Revue du Barreau canadien Revue du Notariat Revue de droit du travail Revue de jurisprudence commerciale Revue légale
	- R -
R.P. R.S.A. Rev. trim. dt. comm. Rev. trim. dt. comm. et écon. Rev. trim. dt. comm. et europ.	Rapports de pratique Revised Statutes of Alberta Revue trimestrielle de droit commercial Revue trimestrielle de droit commercial et économique Revue trimestrielle de droit commercial et européen
	- S -
S. S.A.	Recueil Sirey Statutes of Alberta

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	I
RÉSUMÉ	II
ABSTRACT.....	III
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	IV
TABLE DES MATIÈRES.....	VI
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.....	5
SECTION 1 - La terminologie	6
Sous-section 1- L'étymologie et la sémantique des termes franchise et concession	6
§1- L'étymologie et la sémantique du terme franchise	6
A) L'étymologie.....	6
B) La sémantique	8
§2- L'étymologie et la sémantique du terme concession.....	10
A) L'étymologie.....	10
B) La sémantique	10

Sous section 2- Les équivalences terminologiques	12
SECTION 2 - L'historique	19
Sous-section 1- Les pays de common law	19
§1- Les États-Unis	19
§2- L'Angleterre	27
§3- Le Canada	31
Sous-section 2- Les pays de droit civil.....	33
§1- La France.....	33
§2- Le Québec	37
 CHAPITRE PREMIER: LA CLASSIFICATION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION INTÉGRÉE.....	40
 SECTION 1 - Les caractéristiques communes.....	40
§1 Selon leur aménagement	41
A) Le contrat-cadre	41
B) Les contrats d'application	42
§2- Selon leurs conditions de validité.....	42
A) Selon leurs conditions de forme.....	42
B) Selon leurs conditions de fond	43
§3- Selon leur contenu.....	44
§4- Selon la durée de leurs obligations	44
§5- Selon leur interprétation.....	44

SECTION 2 - Les critères de classification	15
Sous-section 1- Les critères économiques	15
§1- Les activités économiques	16
A) La production.....	16
1- La notion de production..	16
2- La concession et la franchise de production.	18
B) La distribution.....	18
C) Les biens et les services.....	50
1- La notion de biens.....	50
a) Le sens économique de biens	50
b) Le sens juridique de biens	51
2- La notion de services ..	52
a) Le sens juridique de services..	52
b) Le sens économique de services.	59
§2- Le phénomène de la concentration des entreprises ..	61
A) La notion de concentration.....	62
1- La définition ..	62
2- Les formes de concentraon ..	63
B) Le partage du marché par le réseau.	65
1- La notion de réseau et ses formes ..	65
2- Les distinctions entre un réseau et un groupement	74
Sous-section 2 - Les critères juridiques.....	76
§1- Le critère de l'exclusivité ..	76
A) La notion d'exclusivité ..	76
B) Le contenu de l'exclusivité.....	78

§2- Le critère de contrôle	85
A) La notion de contrôle	85
B) Le contenu du contrôle	86

CHAPITRE DEUXIÈME: LE CONTENU DES CONTRATS DE DISTRIBUTION INTÉGRÉE.....92

SECTION 1- Les contrats de distribution intégrée sans clause de territorialité93

Sous-section 1- Les contrats sans exclusivité d'approvisionnement : le contrat d'agrément et le contrat de distribution sélective93

§1- Le contrat d'agrément	94
A) Les conditions de l'agrément	94
B) Les effets de l'agrément	94
1- L'absence d'exclusivité territoriale ou d'approvisionnement	94
2- L'exclusivité de distribution ou d'appartenance à un réseau	95
3- La licence d'exploitation de la marque	95
4- Les obligations du distributeur agréé	96
5- Les obligations du producteur	97

§2- Le contrat de distribution sélective.....	98
A) Les conditions de la sélection.....	99
B) Les effets de la sélection.....	100
1- Les obligations du distributeur au contrat de distribution sélective.....	100
2- Les obligations du fournisseur	101
3- Les critères de validité de la distribution sélective.....	102
a) Le refus de vente	102
b) Les ententes et les abus de position dominante	105

Sous-section 2- Les contrats avec exclusivité d'approvisionnement..... 108

§préliminaire- La validité de l'exclusivité.....	110
--	-----

A) La clause d'exclusivité et le principe de la liberté contractuelle	111
1- Le respect de l'ordre public	111
2- La durée de la clause d'exclusivité	112
a) Le droit québécois	112
b) Le droit français.....	113
3- La détermination du prix de vente.....	115
a) Le droit français.....	115
b) Le droit québécois	117
 B) La clause d'exclusivité et le droit de la concurrence	118
1- Le droit français de la concurrence	119
a) Les pratiques restrictives entre professionnels	119
b) Les pratiques anticoncurrentielles	124
2- Le droit canadien de la concurrence.....	126
a) Les pratiques restrictives de commerce.....	127
b) Les infractions à la concurrence.. ..	132
 §1- Les contrats d'assistance et de fourniture	135
A) Le «contrat de bière».	135
B) Le «contrat de pompiste de marque».....	140
 §2- Le contrat d'enchaînement volontaire	146
A) La licence de marque et d'enseigne	147
B) L'assistance technique, financière et commerciale	147

**SECTION 2- Les contrats de distribution intégrée avec clause
de territorialité..... 149**

§1- Le contrat de concession commerciale	149
A) Les obligations du concédant	150
1- Les obligations essentielles	150
a) L'obligation de contracter sur un territoire déterminé.....	150
b) L'obligation de fourniture exclusive.....	151
c) L'obligation de garantie contre l'éviction... ..	155
d) L'obligation de garantie contre les vices cachés.....	158

2-	Les obligations non essentielles	165
a)	L'obligation d'être titulaire d'une marque «attractive».....	165
b)	L'obligation d'assistance du concédant	170
B)	Les obligations du concessionnaire.....	173
1-	Les obligations essentielles	173
a)	L'obligation d'approvisionnement exclusif.....	173
b)	L'obligation de maintenir un stock déterminé	179
2-	Les obligations originales	181
a)	L'obligation d'assurer le service après-vente.....	181
b)	Les obligations d'organisation commerciale.....	184
c)	L'obligation de faire de la publicité ..	188
d)	Les obligations financières	188
§2-	Le contrat de franchise	189
A)	Les obligations du franchiseur	189
1-	Les obligations initiales.....	189
a)	L'obligation de concéder une licence de marque et d'enseigne.....	190
b)	L'obligation d'octroyer une licence de savoir-faire.....	191
c)	L'obligation de fournir une prestation d'ingénierie	196
2-	Les obligations pendant la vie contractuelle.....	197
a)	L'obligation d'assistance technique avant l'ouverture du point de vente	197
b)	L'obligation d'assistance technique après ouverture du point de vente (assistance permanente)	198
B)	Les obligations du franchisé.....	199
1-	L'obligation d'investir	199
2-	L'obligation d'exploiter	202
3-	L'obligation de payer un prix.....	202
	CONCLUSION	207
	BIBLIOGRAPHIE	210

INTRODUCTION

La révolution industrielle a modifié le visage de la distribution de produits et de marchandises. Avant sa venue, le commerce se faisait de façon artisanale. Les fabricants produisaient leurs biens sur le marché local et les vendaient eux-mêmes à leurs clients. La mécanisation, au cours du siècle dernier, leur a permis de produire en masse. Aux prises avec des quantités importantes de biens, ils ont été obligés de recourir à des intermédiaires pour pouvoir les diffuser sur un grand territoire. Ceci a eu pour effet de transformer les relations commerciales traditionnelles. De bipartites, elles sont devenues tripartites : producteur-distributeur-consommateur.

Une scission s'est donc opérée entre les fonctions de production et de distribution. Cette dernière devint assumée par des entreprises de gros et de détail. Le circuit suiv. par les biens s'est allongé pour comprendre les opérateurs : producteur-grossiste-détaillant-consommateur. Toutefois, ce mode de distribution est devenu avec le temps peu pratique pour les producteurs. Il s'avérait désavantageux car il ne leur permettait pas de garder un contrôle sur la commercialisation de leurs produits jusqu'au consommateur final. Pour remédier à cette lacune, ils décidèrent de s'associer directement à des détaillants sur une base contractuelle. Les grossistes les ont imités peu après.

Ces contrats, que l'on qualifie de distribution intégrée, ont pour effet d'intégrer ensemble les fonctions de gros et détail. Celles-ci sont réparties entre les parties contractantes : le producteur ou grossiste s'occupe de la fonction de gros, alors que le détaillant s'occupe de la fonction de détail. Le qualificatif de «distribution intégrée» est plus économique que juridique. Il a pour but d'indiquer que les entreprises demeurent juridiquement indépendantes bien qu'elles s'unissent pour participer à un même processus de distribution¹. Il implique également l'existence de relations contractuelles régulières

1 Voir Yves GUYON, *Droit des affaires - Droit commercial général et sociétés*, 6e éd., Paris, Economica, 1990, p.807 citant Gerard FARJAT, *Droit économique*, 2e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1982, p.213. Certains auteurs donnent un sens restrictif à cette expression, nous l'étudierons dans le premier chapitre. Voir Paul PIGASSOU, «La distribution intégrée», (1980) 33 *Rev. trim. de comm. et écon.* 473. Un autre auteur parle de «contrats de dépendance». Cette expression est synonyme de contrat d'intégration. Il définit la dépendance comme suit :

«Ce sont les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le

entre les parties qui sont nécessaires à la survie du distributeur puisqu'il en tire essentiellement ses moyens d'existence d'où sa dépendance économique et sa domination.

La distribution intégrée est une forme moderne de commerce qui est utilisée pour la vente de produits de divers types. Son domaine habituel est la revente de produits techniques comme les automobiles et les appareils électroménagers car ils requièrent un service après vente. Les produits de luxe peuvent également être vendus par un réseau de distributeurs intégrés. Le fabricant désire, dans ce cas, conserver la réputation commerciale de ses produits (ses parfums par exemple) en évitant de les mettre en vente dans des endroits populaires tels les supermarchés. Enfin, les produits de marque (pétrole) qui nécessitent un certain équipement, et par conséquent une certaine spécialisation, peuvent aussi être l'objet de la distribution intégrée.

Au cours de notre étude sur les contrats de distribution intégrée, nous avons pris connaissance du mémoire de maîtrise de Madame Brigitte Lefebvre intitulé : *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution de biens et de services*². Il nous a été d'une aide précieuse puisque son travail à consisté à analyser, dans une première partie, l'utilisation et l'objet de la clause d'exclusivité pour traiter, dans une deuxième partie, du cadre juridique de la clause au regard du droit civil québécois et au regard du droit législatif canadien sur la concurrence.

Cet ouvrage est, sans conteste, un avancement pour le droit québécois. Nous avons voulu continuer le travail de Madame Lefebvre en élargissant le domaine de recherche. Le choix du concept d'intégration a contribué à cet élargissement. En effet, il ne touche pas uniquement à la notion d'exclusivité. L'intégration peut exister même en l'absence d'une clause d'exclusivité au contrat de distribution. Le but de notre travail est d'établir les divers degrés d'intégration tout en élaborant des critères intégrateurs.

Pour ce faire, nous traiterons du sujet en trois chapitres. Dans le chapitre préliminaire, nous consacrerons une première section à la terminologie relative aux contrats

partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination».

Voir Georges J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1986, p. 10.

2 Brigitte LEFEBVRE, *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution de biens et de services*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988, 183 p.

de distribution intégrée puisque le droit québécois emprunte, souvent à tort, des expressions au droit américain. La deuxième section de ce chapitre portera sur l'histoire de ces contrats en droit américain, anglais, canadien, français et québécois pour démontrer leur évolution respective dans ces systèmes juridiques.

Dans le chapitre premier, nous étudions les critères de classification des contrats de distribution intégrée. Avant d'analyser les critères distinctifs proprement dits, nous traiterons de leurs caractéristiques communes. Nous dégagerons par la suite des critères de classification de ces contrats protéiformes. Deux types de critères pourront nous aider à les distinguer. Il s'agit des critères économiques et des critères juridiques. Les critères économiques nous permettront de situer ces contrats dans le contexte économique. Nous analyserons à cet effet plusieurs notions comme celles de production, de distribution, de concentration, de réseau et de groupement.

Les critères juridiques auront pour but de déterminer la façon dont s'établit l'intégration de l'entreprise de distribution sur le plan juridique. Nous avons retenu deux critères qui ont un pouvoir intégrateur soit l'exclusivité et le contrôle. Nous verrons s'ils possèdent la même force d'intégration. Chacun de ces critères sera analysé quant à sa notion et à son contenu.

Le chapitre deuxième de notre mémoire traitera du contenu obligationnel des contrats de distribution intégrée. Nous les avons séparés en deux groupes selon qu'ils possédaient ou non une clause de territorialité. Dans les contrats de distribution sans clause de territorialité, nous avons dû établir une sous-division entre ceux qui possédaient une clause d'approvisionnement exclusif (contrat d'assistance et de fourniture, contrat d'enchaînement volontaire) de ceux qui n'en possédaient pas (contrat d'agrégation, contrat de distribution sélective).

Notre étude des contrats de distribution intégrée avec clause d'exclusivité d'approvisionnement nous amènera à examiner, de façon préliminaire, la validité de l'exclusivité puisqu'elle entraîne des conséquences tant au point de vue du principe de la liberté contractuelle que du droit de la concurrence. Cette étude de la validité sera envisagée, dans un premier temps, en droit civil français et québécois et, dans un deuxième temps, en droit de la concurrence français et québécois. Enfin, nous terminerons ce travail par l'analyse des contrats de distribution avec clause de territorialité (contrat de concession,

contrat de franchise). Ces derniers sont aujourd'hui les plus populaires en tant que mode de distribution.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

L'étude d'un concept juridique implique toujours, comme travail initial, la compréhension des termes utilisés pour le circonscrire. Notre sujet de mémoire n'échappe pas à cette règle. Peut-être l'a-t-il même créée! En effet, le droit québécois, à cause de son environnement anglo-saxon, est souvent influencé par la terminologie de la common law américaine en ce qui a trait à l'appellation des contrats commerciaux. Nous avons tenté de fixer, une fois pour toute, la terminologie relative aux contrats de distribution intégrée dans notre droit (section 1).

Cet objectif a suscité l'analyse de l'étymologie et de la sémantique des termes concession et franchise tant dans la langue anglaise que dans la langue française. Nous avons constaté qu'ils avaient, dans chacune de ces langues, un sens strict et un sens large. Nous définirons ces sens pour arriver à faire des équivalences terminologiques entre les systèmes de droit civil français et québécois et les systèmes de common law américaine et anglaise.

L'imbroglio terminologique suscité entre les termes concession et franchise a eu un impact sur la reconnaissance, en droit français, de l'existence du dernier né des contrats de distribution intégrée, soit le contrat de franchise. Aussi, nous avons cru bon de faire une historique sur l'évolution de ces contrats dans cinq systèmes juridiques soit les États-Unis, l'Angleterre, le Canada, la France et le Québec (section 2).

Même si originellement la première forme de ces contrats a vu le jour en Angleterre, on peut dire que l'évolution de leur complexité est due au génie mercantile américain. En effet, nous leur devons d'avoir pensé à insérer dans le contrat une clause visant la transmission du savoir-faire par le fabricant et une clause prévoyant son assistance technique permanente durant le contrat.

SECTION 1 - LA TERMINOLOGIE

Nous avons choisi le syntagme «contrats de distribution intégrée»³ car il nous apparaissait inclure tous les contrats raccourcissant les circuits de distribution sur le plan vertical, c'est-à-dire les contrats entre producteurs et détaillants ou entre grossistes et détaillants

Toutefois, ce syntagme est rarement employé en droit français. On utilise plutôt le terme concession de façon générique. En droit américain, c'est le terme franchise qui est employé de cette manière. Nous analyserons ces termes pour faire la lumière sur les concepts qu'ils recouvrent ce qui nous permettra de voir si l'utilisation de notre syntagme est appropriée.

À cette fin, nous élaborerons dans les langues anglaise et française, l'étymologie et la sémantique des termes franchise et concession pour faire ressortir leurs sens commun et juridique (sous-section 1). Puis, nous établirons des équivalences terminologiques entre le droit américain et le droit français (sous-section 2).

Sous-section 1 - L'étymologie et la sémantique des termes franchise et concession

§1- L'étymologie et la sémantique du terme franchise

A) L'étymologie

Le terme franchise provient des racines «franc», «franchir» qui ont été créées suite à la conquête de la Gaule par les Francs. La racine «franc» voulait dire «libre» et ce sens provenait des rapports établis entre les vainqueurs et les vaincus. Comme les Gaulois avaient été privés de leurs terres, les Francs les avaient asservis pour l'exploitation agricole. Cette domination avait donné naissance à deux classes d'individu : d'un côté, le Franc, homme libre et, de l'autre, le Gaulois, homme serf⁴.

3 Voir en accord avec l'utilisation de ce terme, Jean-Marc MOUSSERON, *Droit de la distribution*, Librairie Techniques, 1975, p. 232.

4 VOLTAIRE, «Dictionnaire philosophique», dans *Oeuvres complètes*, t. 39, Paris, P. DUPONT, 1825, p. 511.

Avec le temps, une synonymie s'est créée entre le nom national et la qualité juridique des individus⁵. Les termes «libre» et «franc» sont devenus interchangeables. Le sens originel de la franchise découle de cet état de fait. Ainsi, au début du XIIe siècle, ce vocable avait le sens de «liberté» ou «condition libre»⁶.

L'idée de base de la franchise, sous-jacente à l'acception moderne du terme, s'est toutefois développée durant le régime féodal. Elle consistait en l'octroi de droits politiques par le titulaire d'un monopole⁷ moyennant une contrepartie en espèces ou en nature. Ces droits étaient accordés par le roi, un seigneur laïc ou ecclésiastique à une ville, un individu ou un corps de métier. Conçédés sous forme de chartes ou de lettres de franchises⁸, ils consistaient en l'octroi d'un privilège, d'une immunité ou de l'abandon d'une servitude et avaient pour but de limiter l'autorité souveraine.

Du XIe au début du XIIe siècle, de nombreuses chartes de franchises furent accordées par des seigneurs pour la création des villes. Cette période, connue sous le nom de mouvement communal, a correspondu, dans la majeure partie des cas, au désir des marchands de se libérer de la tutelle seigneuriale⁹. Parfois, l'octroi d'une charte résultait du souhait qu'avait un seigneur d'attirer des colons sur un domaine particulier afin de travailler à son défrichement¹⁰. Les chartes accordées aux marchands exigeaient une contrepartie, alors que celles accordées aux colons n'en exigeaient pas toujours une

5 M. BLOCH, *La Société - la formation des liens de dépendance*, vol. 1, Paris, Editions Albin Michel, 1949, p. 390.

6 Voir Oscar BLOCH et Walther VON WARTBURG (dirs), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 6e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1975, p. 275, Albert DAUZIAT, Jean DUBOIS et Henri MITTERAND, *Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Paris, Librairie Larousse, 1964, p. 320 et Paul ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française*, 2e éd., vol. 4, par Alain REY, Paris, Le Robert, 1986, p. 691.

7 Voir Jean BOURSICAN, *La franchise commerciale et les possibilités qu'elle offre à la petite et moyenne entreprise*, thèse de doctorat, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1972, p. 5.

8 Nous préférons utiliser l'expression «chartes de franchises» au pluriel parce qu'elle suppose que la charte donne divers privilèges alors que l'expression «charte de franchise» au singulier sous-entend qu'un tel document supprime d'emblée un état de servitude de caractère général. Voir Charles-Edmond PERRIN, «Les chartes de franchises de la France- Etat des recherches - le Dauphiné et la Savoie», (1964) 231 *Revue Historique* 27, 34.

9 Voir Henri PIRENNE, *Les villes du Moyen Âge*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, pp. 132 et 133.

10 Voir Gérard FOURQUIN, *Histoire économique de l'Occident médiéval*, 3e éd., Paris, Armand Colin, 1979, p. 161; Raymond PERNOUD, *Histoire du peuple français du Moyen Âge*, vol. 1, par Louis PARIAS (dir.), Paris, Nouvelle Librairie de France, 1951, pp. 202-209 et H. PIRENNE, *op. cit.*, note 9, pp. 159 et 160.

Ces chartes de franchises prévoyaient des droits plus ou moins étendus, moulés aux besoins locaux et adaptables aux circonstances¹¹. Elles pouvaient accorder une complète autonomie juridique ou politique, ou encore, un simple privilège comme l'octroi d'une foire ou l'abolition d'un type de corvée.

Plusieurs villes neuves ou villes franches ont obtenu le privilège de la libre circulation des biens et des personnes car il était essentiel aux marchands pour leur permettre d'exercer leur commerce. La libre circulation était facilitée par l'abolition des péages tels les tonlieux tandis que la libre circulation des personnes était assurée par l'exemption de servitudes tels les corvées, les servages et les prestations en nature.

Le sens restrictif du terme franchise, c'est-à-dire la cession d'un droit politique a disparu en France vers la fin du Moyen Âge ainsi que sa pratique¹². L'évolution du terme s'est poursuivie après cette époque dans la langue anglaise. Il est à noter cependant que son sens originel de liberté et d'exonération demeure aujourd'hui dans la langue française dans les expressions «franchise postale», «franchise d'assurances», «franchise d'impôts», «franchise douanière» et «port franc».

B) La sémantique

L'idée de base, dégagée dans la langue française, a été reprise par la suite en Angleterre vers la fin du Moyen Âge. Elle a servi à désigner un privilège ou une parcelle des prérogatives royales accordé par la couronne à une personne ou à un groupe de personnes¹³. Dans un autre contexte, mais constituant une simple application de l'idée de

11 Pour des exemples de chartes de franchises, voir R. PernoUD, *op. cit.*, note 10, pp. 206 et 207; Edouard PERROY, Roger DOUCËT et Andre LATREILLE, *Histoire de la France pour tous les Français - des origines à 1774*, t. 1, Paris, Hachette, 1950, p. 107 et George DUBY, *L'économie rurale et la vie des campagnes dans l'Occident médiéval (France, Angleterre, Empire, IXe-XVe siècles) - Essai de synthèse et perspectives de recherches*, vol. 2, Paris, Aubier, 1962, pp. 745-753.

12 Un auteur attribue la disparition de la franchise à l'adoption des réformes fiscales proposées par le Concile de Trente en 1562. Ces réformes avaient pour but d'enlever aux seigneurs ecclésiastiques le droit de percevoir des taxes ou toute autre forme de revenus. Comme ce droit découlait d'une franchise qu'ils avaient obtenue du roi ou d'un seigneur laïc, cette dernière devenait ainsi proscrite dû à l'illegalité de son objet. Voir Donald N. THOMPSON, *Franchise Operations and Antitrust*, Lexington, Lexington Books, 1971, p. 19 citant Ernest HENDERSON, «Franchising Yesterday», dans Charles I. VAUGHN et D. B. SLATER (dirs.), *Franchising Today 1966-1967*, New York, Matthew Bender & Co., p. 239. Pour connaître les réformes du Concile de Trente, voir Augustin HICHE et Victor MARTIN, *Histoire de l'Église de puis les origines jusqu'à nos jours - L'Église à l'époque du Concile de Trente*, vol. 17, Lyon, Bloud et Gay, 1934, 495 p. et Antonio MILLEDONNE, *Journal du Concile de Trente*, Paris, H. Plon, 1870, 273 p.

13 Voir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, par Joseph CHITTY, Oxford, Clarendon Press, 1826, p. 263.

base, le terme franchise visait l'octroi par le roi du droit de vote pour participer à l'élection des représentants des bourgs et des comtés. Cette pratique a survécu jusqu'à nos jours avec la différence que le nombre de bénéficiaires du droit de vote est maintenant plus étendu. Au XVI^e siècle, on dénommait également franchise, une concession octroyée à une compagnie par l'autorité publique dans le but d'assurer des services publics. C'est pourquoi, de nos jours, le terme franchise signifie à la fois concession et droit de vote en Angleterre¹⁴

Pour comprendre son acception moderne, il faut toutefois analyser l'évolution du terme aux États Unis à partir du XVIII^e siècle. À cette époque, il signifiait la même chose qu'en Angleterre, sauf que c'était le gouvernement et non la couronne qui accordait une franchise. On définissait ce terme comme un privilège spécial octroyé par le gouvernement à un individu ou à une corporation; ce privilège n'appartenant pas aux citoyens en général¹⁵. Dans ce sens, on l'utilisait également pour désigner les concessions de terre ou les autres privilèges accordés par le gouvernement aux colons pour développer les terres de l'Ouest.

À la fin du XIX^e siècle, ce terme fut utilisé en droit américain pour désigner plusieurs types de relations contractuelles entre des entreprises qui voulaient lier leurs activités de distribution ou de production et de distribution selon diverses modalités¹⁶. Il s'est donc formé autour du terme franchise ou *franchising* une sédimentation ce qui explique aujourd'hui son caractère générique et son ambiguïté.

Aussi, pour mieux dégager les formules juridiques couvertes par ce terme, la doctrine américaine a dégagé deux grands genres de franchise. Ces genres n'ont pas la même signification en droit français puisque c'est le terme concession qui est générique et

14 Pour l'évolution du terme en deux acceptions dans le droit anglais, voir *The Oxford English Dictionary*, 2e éd., vol. 6, par J. A. SIMPSON et E. S. C. WEINER (dirs), Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 143, Earl JOWITT, *Jowitt's Dictionary of English*, 2e éd., vol. 1, par John BURKE, Londres, Sweet & Maxwell Ltd., 1977, p. 824 et Percy G. OSBORN, *Osborn's Course Law Dictionary*, 7e éd., par R. BIRD, Londres, Sweet and Maxwell Ltd., 1983, p. 153.

15 Voir Henri C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, 6e éd., par Joseph R. NOLEAN et Jacqueline M. NOLAN-HALEY, St-Paul, West Publishing Co., 1990, p. 658. Dans les provinces canadiennes anglaises, ce terme comporte également deux acceptions, voir John A. YOGIS *Canadian Law Dictionary*, 2e éd., Hauppauge, Barron's Educational Series Inc., 1990, p. 92.

16 Un petit nombre de dictionnaires juridiques donnent la définition de ce terme en droit commercial. Dans ce contexte, la franchise peut être définie comme un droit, un privilège, une licence ou un monopole donné à une personne physique ou morale dans le but de lui permettre d'opérer un commerce. Voir Dattnder S. SODHI (dir.), *The Canadian Law Dictionary*, Don Mills, Law & Business Publications (Canada) Inc., 1980, p. 153 et J. A. YOGIS, *op. cit.*, note 15, p. 243.

non celui de franchise. Il nous faut donc étudier l'étymologie et la sémantique de ce dernier terme pour comprendre ce qu'il vise dans les langues anglaise et française.

§2. L'étymologie et la sémantique du terme concession

A) L'étymologie

La naissance du terme concession date de 1265 et provient du latin «concessio»¹⁷. Le sens originel se définissait comme l'abandon d'un avantage, d'une prétention ou d'un droit d'une façon plus ou moins volontaire. Puis, il a signifié, avec l'évolution, la chose concédée ou le point accordé dans une discussion à son adversaire.

B) La sémantique

Il a fallu attendre jusqu'au XVe siècle pour voir éclore une acception proprement juridique. Le terme a servi à désigner un contrat entre l'Administration, partie concédante, et un particulier, partie concessionnaire, en vertu duquel le particulier s'engageait à exécuter un ouvrage ou à assurer un service tout en tirant sa rémunération de redevances imposées à ses usagers. Plus spécifiquement, ce terme désignait le droit donné à un individu ou à une société d'exploiter le sol ou le sous-sol d'un terrain.

Ainsi, l'acception juridique première visait, en droit administratif, un contrat dont l'objet était un mode d'exploitation de services publics. Les juristes du droit commercial l'ont emprunté au XXe siècle pour désigner un contrat dont la caractéristique essentielle était commune à la concession administrative c'est-à-dire, l'octroi d'un monopole. En droit commercial, ce monopole en était un de revente¹⁸.

Avec la pratique commerciale, ce terme est devenu générique. Il comporte aujourd'hui un sens large, dans lequel sont inclus plusieurs contrats, et un sens strict où

¹⁷ Voir *Grand Larousse de la langue française*, t. 2, par Louis GUILBERT, René LAYANE et Georges NIOBY (dirs.), Paris, Librairie Larousse, 1972, p. 850, voir aussi, P. ROBERT, *op. cit.*, note 6, vol. 2, p. 783.

¹⁸ Voir Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2e ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 171 et 172, Raymond BARRAINE, *Nouveau dictionnaire de droit et des sciences économiques*, 4e ed., Paris, L.G.D.J., 1974, p. 121, Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, 8e ed., par Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER (dirs.), Paris, Dalloz, 1990, p. 115 et CIDA, *Lexique pratique commercial*, Paris, Regit, 1973, p. 106.

Avec la pratique commerciale, ce terme est devenu générique. Il comporte aujourd'hui un sens large, dans lequel sont inclus plusieurs contrats, et un sens strict où l'on vise un contrat spécifique. Au sens large, il englobe les contrats qui sont passés entre des entreprises qui désirent lier leurs activités de distribution ou de production et de distribution selon diverses modalités. C'est donc le pendant du terme *franchising* en droit américain¹⁹.

Il est à noter que, dans la langue anglaise, le terme «concession» existe. Il a été adopté de la langue française au XVI^e siècle²⁰. Il possède, en anglais, toutes les acceptions du français. En particulier, il vise, depuis le XVII^e siècle, le contrat d'exploitation d'un service public. D'où une synonymie entre les termes concession et franchise dans la langue anglaise²¹.

Toutefois, le terme concession est rarement utilisé en droit américain pour désigner les contrats de distribution intégrée. La doctrine et la jurisprudence utilisent le terme *franchising*²². Le droit anglais a, semble-t-il, subi l'influence du droit américain quant à la terminologie. Il en est de même du droit canadien et québécois²³.

Aussi, faut-il maintenant étudier le sens large et le sens strict du terme concession en droit français et les deux grands genres de franchise en droit américain pour comprendre d'une part, ce que recouvre ces termes sur le plan juridique et, d'autre part, pour vérifier s'il y a lieu d'adopter au Québec la traduction des termes américains plutôt que d'utiliser la terminologie du droit civil français.

19 Voir Charles L. VAUGHN, *Franchising - it's nature, scope, advantages and development* Lexington, Lexington Books, 1974, p. 24.

20 *The Oxford English Dictionary*, *op. cit.*, note 14, p. 765.

21 *Supra*, p. 8.

22 Voir John ADAMS et Ken V. PRICHARD JONES, *Franchising - Practice and Precedents in Business Format Franchising*, 2^e ed., London, Butterworths, 1987, p. 1.

23 Voir en droit anglais J. ADAMS et K.V. PRICHARD JONES, *op. cit.*, note 22, p. 1; David IZRAELI, *Franchising and the Total Distribution System*, London, Longman, 1973, pp. 1-8 et Martin MENDELSON, *The Guide to Franchising*, 4^e ed., Oxford, Pergamon Press, 1985, pp. 1-12. Voir en droit canadien et québécois Barry M. FISHER, «Product Distribution in Canada», (1986) 20 *International Lawyer* 45-54 et 55; Nathan P. GOLDMAN, «Franchising and the Franchise Contract», (1966-1967) 69 *R. du N.* 319, 320 et 321; Allan KARP «Franchising Today - A Specialized Contract», dans *Special Lectures LSUC* (1975), Toronto, Richard De Boo, 1975, 388-391; Jean H. GAGNON, *La franchise au Québec*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, Martel Ltée, 1986, pp. 7 et 8 et Paul-André MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 7-12.

Sous-section 2 - Les équivalences terminologiques

Le terme franchising désigne en droit américain trois types différents de systèmes contractuels de *marketing*²⁴

(1) La concession d'une licence de marque ou de brevet à un manufacturier pour qu'il fabrique le ou les produits du concédant selon ses instructions ou avec ses ingrédients. Ce manufacturier doit apposer la marque concédée sur les produits qu'il fabrique et il peut être chargé de leur distribution. Ce contrat est utilisé par exemple, par les industries du matelas et des boissons gazeuses.

(2) La concession d'une licence de marque par un manufacturier à des distributeurs pour qu'ils vendent ses produits de façon exclusive ou en conjonction avec des produits d'autres compétiteurs. Les automobiles et le pétrole sont ainsi distribués.

(3) La concession d'une licence d'exploitation d'une affaire à un franchisé qui doit opérer son commerce selon la formule commerciale et les standards de gestion développés par le franchiseur. Son commerce doit être identifié aux couleurs de la marque ou du nom commercial de ce dernier qui exerce un pouvoir de contrôle et de surveillance constant sur la reproduction de son système commercial. La restauration rapide a été le secteur de prédilection de ce contrat, que l'on songe à McDonald, à Burger King et à Howard Johnson pour n'en nommer que quelques-uns.

24 Voir H O HELMERS, «A Marketing Rationale for the Distribution of Automobiles», dans *Two Studies in Automobile Franchising*, Ann Arbor, University of Michigan, 1974, p. 47. Voir pour les sortes de canaux de distribution Berth C McCAMMON, «The Emergence and Growth of Contractually Integrated Channels in the American Economy», dans Peter D. BENNETT (dir.), *Marketing and Economic Development*, Chicago, American Marketing Association, 1965, pp. 496-499

Le dernier type est connu sous le nom de *business format franchise*²⁵. Il peut s'adapter à diverses sortes de relations contractuelles y compris les deux premiers systèmes de *marketing*. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence ont élaboré deux grands genres²⁶ de franchise dans lesquels elles ont formé des espèces. Il y a donc la franchise traditionnelle appelée *product franchise* ou *product and services system*²⁷ et la franchise moderne, le *business format franchise*, dénommée également *entreprise franchise*, *trademark licensing system* ou *chaîne style business*²⁸.

On inclut dans le premier genre les deux premiers systèmes de *marketing*. De façon plus précise, le deuxième système de *marketing* relatif aux produits de marque comprend deux catégories de partenaires. La première met en cause un manufacturier et des détaillants ou un manufacturier et des grossistes. Ces distributeurs achètent les produits du manufacturier pour les revendre dans leur commerce. Le contrat peut leur permettre de vendre un seul ou plusieurs produits et peut leur allouer un territoire exclusif de vente. Cette relation se caractérise par le fait que le manufacturier n'exerce peu ou pas de contrôle sur le distributeur qui garde son indépendance juridique et son nom commercial.

La deuxième catégorie comprend les systèmes de distribution entre grossistes et détaillants. Il s'agit des coopératives de détaillants et des chaînes volontaires. Cette

25 Cette expression peut se traduire par les syntagmes «mise au format d'une affaire» ou «franchise de standardisation». Voir Olivier GAST et Martin MENDEL-SOHN, *Comment négocier une franchise*, Paris, Éditions de l'Usine nouvelle, 1983, p. 20.

26 Voir Richard LEVY, «Trademark Franchising and Antitrust Law, The Two-Product Rule for Typing Arrangements», (1976) 27 *Syracuse Law Review* 953, 955 et 956, Donald I. BAKER, «Another Look at Franchise Ties-Ins After Texaco and Former», (1969) 14 *Antitrust Bulletin* 767, 767-769, Edward M. STEUTERMANN, «Selected Antitrust Aspects of Trademark Franchising», (1971-1972) 60 *Kentucky Law Journal* 638, 639-641, R.K. LINDER, «Franchisor Liability Under Securities Law», (1974) 13 *Washburn Law Review* 68, 68 et 69 et Charles B. HAHN, «Typing and Exclusive Dealing Agreements: Protection for Franchise Trademark Licensors», (1970-1971) 45 *Iulane Law Review* 1016, 1018.

27 Elle est aussi appelée *distributorship* ou *dealership franchise*.

28 Une autre classification a été faite par William P. Hall à partir des opérateurs de distribution: (1) manufacturier-détaillants; (2) manufacturier-grossistes; (3) grossiste-détaillants; (4) promoteur de services-détaillants. Voir William P. HALL, «Franchising-New Scope for an Old Technique», (1964) 42 *Harvard Business Review* 60, 62 et 63. Un auteur a regroupé les catégories de Hall en deux genres. Il a placé les trois premières catégories sous le genre *product franchises* et la quatrième sous le genre *business format franchises*. Voir «Article Two of the Uniform Commercial Code and Franchise Distribution Agreements», [1969] *Duke Law Journal* 952-963 à la note 22 citant Milton HANDLER, «Statement Before the Small Business Administration», (1966) 11 *Antitrust Bulletin* 417, 418. Donald Thompson a contesté l'appellation donnée par Hall à sa quatrième catégorie. Selon lui, c'était méconnaître la nature spécifique de ce système contractuel. Il lui a préféré l'expression *trademark licensing systems* car elle démontrait mieux le fait que depuis 1946 il est possible en droit américain de permettre l'utilisation d'une marque de commerce à d'autres personnes que le propriétaire en vertu de l'article 5 du *Lanham Trademark Act*. Cette loi a accepté la théorie de la qualité que représentait une marque de commerce alors qu'auparavant celle-ci devait, en vertu de la théorie de la source, indiquer la provenance du bien. Voir DON THOMPSON, *op. cit.*, note 12, p.13.

dernière expression est une traduction littérale de *voluntary chains*. Les auteurs préfèrent utiliser les expressions d'enchaînement volontaire ou de succursalisme volontaire parce qu'elles démontrent mieux le phénomène de groupement spontané des commerçants indépendants²⁹.

Ces chaînes sont formées par des grossistes qui recrutent des détaillants sur une base volontaire et contractuelle. Elles peuvent avoir une envergure régionale ou nationale. À titre d'exemples, on peut citer les noms de Butler Brothers, Western Auto Supply, Super Valu Stores et IGA. Quant aux coopératives, elles sont constituées par des détaillants qui désirent former un groupement d'achat et de service. Ils deviennent du *franchising* lorsqu'ils obligent leurs membres à respecter des standards de gestion³⁰.

Le deuxième genre de franchise se caractérise par la licence d'une marque de commerce sous laquelle le franchisé doit opérer son entreprise³¹. La marque constitue le seul élément du contrat susceptible de protection juridique. Toutefois, c'est le pouvoir substantiel de contrôle et de surveillance du franchiseur qui constitue le caractère essentiel de ce genre et qui le distingue du premier. Le *business format franchise* s'est d'abord développé dans les services puis il a gagné les deux premiers systèmes de *marketing*. Leur transformation s'est faite en augmentant le pouvoir de contrôle et de surveillance du concédant.

²⁹ Voir Charles QUIN, *Physionomie et perspectives d'évolution de l'appareil commercial français (1950-1970)*, Paris, Gauthier-Villars, 1964, note 73, pp. 104 et 105. Voir aussi Philippe le TOURNEAU, «Des contrats de distribution sans clause territoriale», [1979] *Rev. jur. com.* 121, 168 et 169.

³⁰ Leonard Konopa s'est opposé à l'inclusion de cette deuxième catégorie dans le premier genre de franchises. Il pense que ce terme ne devrait être utilisé que pour la première catégorie de contrats de distribution à cause des différences qui existent entre ceux-ci : (1) les systèmes ne sont pas formés par les mêmes partenaires; (2) les manufacturiers utilisent la franchise pour entrer dans le marché alors que les organisateurs des chaînes volontaires sont déjà dans le marché; (3) les manufacturiers reçoivent des revenus des biens qu'ils fournissent à leurs franchisés et des frais de base qu'ils leur imposent tandis que les organisateurs des chaînes ne tirent leurs profits que du volume des ventes; et, (4) les manufacturiers offrent des biens et des services qui ne sont pas toujours compétitifs au niveau des prix alors que les chaînes essaient d'être le plus compétitives possible. Voir Leonard KONOPA, «What is Meant by Franchise Selling?», (1963) 27 *Journal of Marketing* 35, 37.

³¹ Voir *Sussex v. Carvel Corporation*, (1962) 206 F. Supp. 636 confirmé en appel (1964) 332 F. 2d 505. Toutefois, le jugement *Principe c. McDonald's Corporation*, (1980) 631 F. 2d 309 est venu ajouter que cette franchise ne donne pas seulement le droit d'utiliser une marque de commerce mais aussi le droit de faire partie d'un réseau ou la formule commerciale garantissant le succès de l'entreprise du franchiseur. Le caractère substantiel du contrôle distingue aussi le *business format franchise* du contrat de licence de marque. Pour l'importance du pouvoir de surveillance et de contrôle voir en droit américain : Harold BROWN, *Franchising - Realities and Remedies*, New York, Law Journal Seminars-Press, 1981, pp. 3-21; en droit anglais voir : J.A. ADAMS et KV PRICHARD JONES, *op. cit.*, note 22 et M. MENDELSON, *op. cit.*, note 23, p. 8, en droit canadien : B. FISHER, *loc. cit.*, note 23, 50 citant la jurisprudence *Eg. Damack Holdings Ltd v. Saanich Peninsula Savings Credit Union*, (1983) 19 B.L.R. 46 relatif à cet effet et A. KARP, *loc. cit.*, note 23, 390 et 391.

En droit français, on appelle franchisage³² ce qui correspond au deuxième genre de franchise aux États-Unis. Les tribunaux³³ ont défini ce contrat à quelques reprises pour en faire ressortir les caractéristiques essentielles, soit : la transmission des signes de ralliement de la clientèle et le savoir-faire. Le pouvoir de contrôle et de surveillance du franchiseur constitue un élément du contrat mais il n'est pas un caractère essentiel comme en droit américain.

La doctrine divise ce contrat en catégories selon un critère économique. Au lieu de se rabattre sur l'objet du contrat de franchise qui est soit la vente de produits ou soit la fourniture de services, elle établit des espèces en utilisant les secteurs économiques ce qui met davantage en exergue l'objet du système franchisé. Il y a donc la franchise de distribution, de services et de production³⁴. Aussi, ne faut-il pas confondre l'expression franchise de distribution en droit français et l'expression *product franchise* ou *distributorship franchise* en droit américain parce qu'elles ne recouvrent pas les mêmes structures juridiques.

Le premier genre de franchises américaines correspond, en partie, à la concession commerciale du droit français. Cette expression n'est pas seulement utilisée dans un sens strict. La doctrine et la pratique l'emploient dans un sens large pour viser les contrats d'agrégation, de distribution sélective, d'approvisionnement exclusif et de concession commerciale *stricto sensu*³⁵. Dans un sens strict, elle se définit comme celle par laquelle le

32 Ce néologisme a été créé par la Commission de terminologie du ministère français de l'Économie et des Finances dans le but de franciser le terme *franchising*. Voir l'arrêté du 29 novembre 1973, *J.O.*, 3 janvier 1974. Cette francisation a été reprise par Le Grand Robert et certains dictionnaires juridiques. Voir P. ROBERT, *op. cit.*, note 6, p. 690, G. CORNU, *op. cit.*, note 18, p. 365 et R. GUILLIEN et J. VINCENT, *op. cit.*, note 18, p. 245.

33 Voir *Société S V P N A S, c. Société Billy et Nivel*, Trib. gr. inst. Bressure, 19 juin 1973, *D.* 1974. 105; Paris, 20 avril 1978, (1980) 5 *Cahiers de droit de l'entreprise* 5, S. A. R. L. F. c. G., Colmar, 1re ch. civ., 9 juin 1982, *D.* 1. 553. Le jugement de 1978 reprenait la définition de la Fédération française du franchisage. « Le franchising se définit comme une méthode de collaboration entre une entreprise franchisante, d'une part, et une ou plusieurs entreprises franchisées d'autre part. Elle implique pour l'entreprise franchisante : 1) la propriété d'une raison sociale, d'un nom commercial, de sigle et symbole, d'une marque de fabrique, de commerce ou de services ainsi qu'un savoir-faire, mis à la disposition des entreprises franchisées, 2) une collection de produits et/ou de services, offerte d'une manière générale et spécifique, exploitée obligatoirement et totalement, selon des techniques commerciales uniformes, préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées. Cette collaboration a pour but un développement accéléré des entreprises contractantes, par l'action commune résultant de la conjonction des hommes et des capitaux, tout en maintenant leur indépendance juridique respective, dans le cadre d'accord d'exclusivité réciproque. Elle implique une rémunération ou un avantage économique acquis au franchiseur propriétaire de la marque et du «savoir-faire». Voir Philippe le TOURNEAU, «Le franchisage», *J.C.P.* 1985 éd. N 13, 15 et 16 reproduisant cette définition.

34 Cette terminologie est inspirée du droit communautaire. Voir Bernard GRELLON, *Les entreprises de services*, Paris Economica, 1978, pp. 9 et 14.

35 Ces acceptions ont été établies à partir du terme «concessionnaire». Par analogie, il est possible de les appliquer au terme «concession». Voir Michel de JUGLART et Benjamin IPPOLITO, *Droit*

concedant s'oblige à approvisionner exclusivement le concessionnaire dans un territoire donné. Cette concession est aussi dite simple. Toutefois, elle peut être exclusive lorsque le concessionnaire s'engage en retour à s'approvisionner exclusivement chez le concedant³⁶.

Une controverse doctrinale s'est soulevée quant à l'opportunité de différencier ou non le contrat de franchise du contrat de concession commerciale *stricto sensu*. La majorité des auteurs a soutenu l'affirmative. Selon eux³⁷, la distinction fondamentale entre ces contrats est que la concession se caractérise par l'octroi d'un monopole de revente alors que le franchisage se caractérise par la transmission d'un savoir-faire.

Quant aux auteurs de la minorité, ils croient qu'il n'y a aucune distinction entre ces contrats. Les termes franchise et concession leur apparaissent équipollents puisqu'ils chevauchent une même structure contractuelle. Selon eux, le terme franchise n'est qu'une qualification marquant un degré plus élevé de cohésion entre des entreprises franchisées qui doivent suivre une même politique et une même technique de commercialisation de produits de marque³⁸.

Pour notre part, nous croyons que chacun de ces contrats possède son autonomie juridique. Cependant, nous pensons que le franchisage est une espèce de contrat de concession commerciale *lato sensu*. Un auteur abonde dans notre sens sauf qu'il spécifie que la franchise est un contrat relatif aux services alors que la concession a trait à la distribution de produits³⁹. La majorité des auteurs n'adopte pas ce point de vue car ils estiment que la franchise s'applique tant aux services qu'à la distribution de produits. Nous souscrivons à ce point de vue.

Il est à remarquer qu'en droit français, les termes concession et franchise n'englobent pas les coopératives de détaillants ni les chaînes volontaires. Les coopératives

Commercial, 3e ed., vol. 1, par Emmanuel du PONTA VICE et Jacques DUPICHOT, Paris, Éditions Montchrestien, pp. 297 et 298 et P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 33, p. 14.

³⁶ Voir Claude CHAMPAUD, «La concession commerciale», (1963) 16 *Rev. trim. de comm.* 451, 476 et 477.

³⁷ Voir Jean-Marie LELOUP, *Droit et pratique de la franchise*, Paris, J. Delmas et Cie, 1983, p. C-9. Voir aussi, André ROLLAND, *La situation juridique des concessionnaires et des franchises membres d'un réseau commercial*, thèse de doctorat, Faculté des sciences juridiques, Université de Rennes, 1976, p. 18.

³⁸ Voir Jean GUYENOT, *Concessionnaires et commercialisation des marques*, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1975, p. 12.

³⁹ P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 29, 14.

relèvent du droit des groupements et non du droit des contrats. Elles peuvent toutefois devenir de la franchise lorsqu'elles font signer à leurs membres un tel contrat. Nous n'étudierons pas les coopératives comme telles. Cependant, nous en ferons l'histoire pour démontrer comment elles se transforment en franchise.

Les chaînes volontaires peuvent aussi devenir de la franchise en changeant les termes du contrat qui unit le ou les grossistes aux détaillants⁴⁰. Ce contrat n'est plus alors un contrat égalitaire entre les parties puisque les détaillants deviennent dépendants du ou des grossistes. La relation est donc verticale et non horizontale comme au départ. C'est pourquoi nous préférons utiliser l'expression «contrat de distribution intégrée» car elle est plus large que celle de «concession commerciale»⁴¹.

Les tribunaux n'ont pas défini les contrats de concession commerciale et de franchise au Canada et au Québec. Du reste, la doctrine québécoise a simplement traduit la terminologie du droit américain pour dénommer ces contrats. Certains auteurs⁴² ont créé trois types de franchise : la franchise de produit, la franchise de marque et la franchise d'exploitation d'une affaire. La franchise de produits comprend les contrats d'agrégation, de distribution sélective, d'approvisionnement exclusif, de concession commerciale *stricto sensu*. La franchise de marque inclut les cas où le franchiseur concède une licence de marque à un franchiseé pour qu'il l'appose soit sur les produits qu'il fabrique ou soit sur son commerce afin d'être identifié à une chaîne de détaillants. La franchise d'exploitation d'une affaire constitue la concession d'une licence d'exploitation d'une affaire accompagnée d'une licence de marque.

Nous croyons que la franchise de marque est improprement dénommée. Elle est incluse dans la franchise d'exploitation d'une affaire ou, pour utiliser l'expression anglaise, le *business format franchise*. Le premier cas visé par cette expression s'applique dans l'industrie du textile. La relation entre le manufacturier-franchiseé et le franchiseur devient de la franchise lorsque ce dernier fait plus que contrôler la production d'un produit. S'il organise des campagnes régionales ou nationales de production et s'il développe une

40 Jean Claude TESTON, «Les aspects commerciaux du franchising», (1970) 6 *Direction et gestion des entreprises* 43, 45, Albert SALLAN, «Le franchising - ses caractères juridiques et financiers», (1971) 1 *Direction et gestion des entreprises* 27, 29.

41 J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, pp. 232-292.

42 Voir J.H. GAGNON, *op. cit.*, note 23, p. 69 et suiv. et Jean-Paul SALLÉNAVE, *Expansion de votre entreprise par le franchising - pourquoi le faire? Comment le faire?*, Québec, Ministère de l'industrie et du commerce, Direction du commerce, 1982, p. 14 et suiv.

comptabilité standardisée ainsi que des techniques de contrôle, alors le contrat de licence de marque ou de fabrication -qui unissait les parties- devient un contrat de franchise. Le deuxième cas tient plutôt du contrat de licence de marque et l'expression employée dans ce sens est un anglicisme⁴³.

Le droit québécois doit, à notre avis, se servir de la terminologie du droit français pour dénommer ces contrats⁴⁴. En effet, l'utilisation du terme franchise avant 1960 est un anglicisme. Il faudrait plutôt parler de concession commerciale⁴⁵. Le terme franchise doit avoir un sens restrictif et viser, en droit québécois, le contrat né pendant les années '60. Il nous faut maintenant faire une historique de chacun de ces contrats pour nous aider à comprendre comment la terminologie s'est élaborée dans chacun des systèmes juridiques. Elle nous aidera également à fixer les dates de leur naissance et de leur mutation.

43 Aldéric DESCHAMPS, «Les contrats de master franchise, de franchise et de concession de licence», (1971-1972) *Interlex* 10, 11.

44 Voir contra : Brigitte LEFEBVRE, «Les clauses d'exclusivité dans le domaine du franchisage», dans *Developpements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 119. Cet auteur mentionne que le terme «franchisage» inclut, en Amérique du Nord, la franchise traditionnelle (concession) et la franchise non traditionnelle (*business format*)

45 Mathieu PROULX, «Le cadre juridique», dans *Le commerce et la distribution au Québec*, vol.1.2, Québec, Ministère de l'industrie et du commerce, 1978, p. 130. Voir aussi pour une étude sur la terminologie des termes dans les langues anglaise et française : Catherine Anne BEAUVAIS, *Glossaire anglais-français du franchisage*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1981, 209 p.

SECTION 2 - L'HISTORIQUE

L'origine des contrats de distribution intégrée provient d'une pratique connue en Angleterre sous le nom de *ned trade*. Elle fut développée au XVII^e siècle par les brasseurs britanniques qui désiraient se lier contractuellement avec des tenanciers pour la distribution de leurs bières. Ce contrat constitua la première intégration verticale entre producteurs et détaillants. Le développement de l'intégration verticale dans les autres industries fut réalisé par le génie mercantile américain. La création des contrats et leur affinement se sont faits dans ce pays pour s'étendre dans tous les coins du globe.

Nous étudierons leur développement dans les principaux systèmes juridiques de Common law et de Droit civil qui nous intéressent, à savoir : les États-Unis, l'Angleterre et le Canada (sous-section 1); et dans les pays de droit civil : la France et le Québec (sous-section 2).

Sous-section 1 - Les pays de common law

§1- Les États-Unis

La compagnie Singer Sewing Machine fut la première à concevoir un système primitif de «franchising» — ou, comme nous l'appellerions en droit civil de «concession commerciale» — vers les années 1850⁴⁶. Jeune entreprise à l'époque, elle possédait un produit technique, la machine à coudre, dont l'utilité et le prix élevé suscitaient beaucoup de suspicion auprès des consommateurs. Elle se rendit compte que, pour vendre son produit sur le plan national, il lui faudrait fournir des informations sur son fonctionnement et instaurer un service après vente d'entretien et de réparation.

Comme ses moyens financiers étaient insuffisants pour organiser un réseau de succursales à travers le pays, elle créa un système de commercialisation en vertu duquel elle s'attachait, par contrat, les services de concessionnaires qui s'obligeaient à acheter ses machines moyennant escompte pour les revendre selon les prix fixés par elle. Le choix de

⁴⁶ Pour une historique des réseaux de distribution dans l'industrie de la machine à coudre, voir Andrew B. JACK, «The Channels of Distribution for an Innovation : The Sewing Machine Industry in America, 1860-1865», [1957] *Explorations in Entrepreneurial History* 113.

ses revendeurs était basé non seulement sur leur connaissance de l'industrie du textile mais aussi sur leur sens des affaires et sur leurs capacités financières. Ils devaient, dès le début de l'opération de leur commerce, avoir assez de capital pour construire une salle de montre adéquate et pour acheter un nombre suffisant de machines et de pièces car la compagnie ne leur faisait pas crédit.

Ce système s'avéra rentable dans les premières heures. Les ventes augmentèrent rapidement à un point tel que la compagnie modifia sa formule pour allouer des territoires de revente exclusifs à ses concessionnaires. Cependant, avec l'évolution du marché, le système devint moins rentable et la compagnie fut obligée de mettre fin à son réseau de concessions vers la fin de 1863.

Quelques années plus tard, l'industrie automobile reprit la concession commerciale pour en faire une véritable technique de distribution⁴⁷. Trois phases marquèrent son développement : la phase des débuts, de 1900 à 1920; la phase de consolidation, de 1920 à 1946; et la phase de maturité, de 1946 à aujourd'hui.

Durant la période de 1900 à 1920, le marché de l'automobile connut un développement rapide. Des facteurs socio-économiques, tels l'apparition de la production et de la distribution de masse, le prix peu élevé de l'essence et de l'huile, la tendance à l'urbanisation et le désir du consommateur de posséder son propre véhicule furent à la base de cette croissance.

Malgré ce développement, le marché demeura instable car les manufacturiers éprouvaient des difficultés d'ordre technique dans la construction de leurs engins. Leurs capitaux, alors limités en raison de ces difficultés et de la nouveauté de leurs produits, furent consacrés à l'amélioration de leurs véhicules plutôt qu'à leur distribution. Aux prises avec une demande plus grande que l'offre, ils devaient songer à un moyen d'y satisfaire sans engager de capitaux.

Les besoins de commercialisation des manufacturiers étaient multiples. Premièrement, il leur fallait établir des commerces de détail qui n'exigeaient pas trop d'attention, aucune mise de fonds et peu de dépenses fixes. Deuxièmement, ils devaient

⁴⁷ Voir Jean-Claude TESTON et Geneviève TESTON, *Le franchising et les concessionnaires*, Paris, J. Delmas & Cie, p. A3.

rendre leurs produits accessibles aux consommateurs sur le plan national pour leur permettre de les inspecter avant de les acheter. Troisièmement, il leur fallait prévoir des endroits pour la réparation des automobiles. Quatrièmement, ils devaient trouver un moyen de régler leur problème d'entrepôt puisque la demande était saisonnière. Et, cinquièmement, il leur fallait concevoir un système de vente qui leur permettrait de recevoir le paiement à la livraison ou à l'avance.

Pour répondre à ces besoins, les manufacturiers essayèrent plusieurs méthodes de vente telles la vente par la poste, la vente avec vendeurs itinérants, la vente dans les grands magasins et même la vente directe dans de grands entrepôts. Le système original de concession⁴⁸ naquit de ces essais. Les manufacturiers pensèrent à octroyer à des concessionnaires de larges territoires de vente. Les plus habiles jouèrent rapidement le rôle de grossistes et se chargèrent de revendre des automobiles à des sous-concessionnaires qu'ils choisissaient. Ces grossistes comblaient les besoins en distribution des manufacturiers et leur permettaient de se concentrer sur la production. Le circuit de distribution pouvait être qualifié de long puisqu'il mettait en présence un manufacturier, un grossiste, un concessionnaire et un consommateur.

Le rôle du grossiste était important et il le demeura tant et aussi longtemps que le volume de production restait relativement bas, que les manufacturiers et les sous-concessionnaires avaient des moyens limités, et que les centres de production étaient concentrés aux endroits où le marché était vaste. Cependant, le développement et la maturité de l'industrie changèrent ces trois conditions.

Deux facteurs contribuèrent à l'avènement de la deuxième phase de développement du système de distribution de l'automobile⁴⁹. D'abord, l'augmentation de la production de véhicules eut pour effet de renforcer la position financière des manufacturiers, les rendant aptes à assumer un plus grand rôle dans la distribution. Ensuite, l'acceptation du produit créa un phénomène nouveau dans la commercialisation : l'automobile usagée rendit la vente de nouveaux produits plus ardue. La tâche de commercialisation des manufacturiers ne

48 Voir H. O. HELMERS, *op cit*, note 24, 60. Contra. Un auteur attribue l'utilisation de la concession à l'adoption du *Sherman Act* en 1894. Selon lui, cette loi interdisait aux manufacturiers la vente directe de leurs automobiles et pour la respecter ils auraient fait affaires avec des revendeurs. Voir J. C. TESTON et G. TESTON, *op cit*, note 47, p. A² citant la thèse de Charles SPROUD, *The European Franchising Opportunity*, thèse de doctorat, Stanford, Graduate School of Stanford, 1969. Voir en accord avec cette opinion, l'article de Jean BOURSICAN, «Une nouvelle conception de la commercialisation : le franchising», (1971) 41 *Coopération* 9, 14.

49 Voir H. O. HELMERS, *op cit*, note 24, 64.

consista plus, à partir de cet instant, à répondre à une demande mais à créer une demande pour les véhicules neufs de préférence aux usagés.

Ce changement dans la tâche de commercialisation nécessita un contact plus direct des manufacturiers sur la distribution. Ils éliminèrent les grossistes pour assumer la fonction de gros et vendre directement aux concessionnaires. Toutefois, l'entreposage fut assumée conjointement avec les concessionnaires qui devaient maintenir un stock suffisant d'automobiles.

Le système de concession resta le même de la phase de consolidation à celle de la maturité. Toutefois, à partir de cette dernière phase, ce fut la philosophie du contrat qui changea. Au lieu d'être rédigé de manière à assurer la domination du manufacturier sur ses concessionnaires, il mit l'accent sur la nécessité d'une collaboration constante entre les parties⁵⁰. Par ce contrat, les concessionnaires s'engageaient à respecter les politiques de commercialisation des manufacturiers tandis que ceux-ci offraient une assistance technique pour la vente et la gestion, fournissaient leur savoir-faire et s'occupaient de la formation et des promotions. Cette nouvelle attitude fit dire à certains que le contrat pouvait vraiment être qualifié de *franchising*⁵¹.

L'industrie automobile ne fut pas la seule à développer un système de concession commerciale à la fin du XIXe siècle. L'industrie des boissons gazeuses y eut recours également pour la distribution de ses produits et aussi pour une partie de la production de ceux-ci. En 1899, la compagnie Coke fut la première à utiliser cette technique. Elle fut persuadée en ce sens par deux entrepreneurs de Chattanooga, Benjamin Thomas et Joseph Whitehead, qui lui demandèrent de leur accorder une licence pour embouteiller et vendre sa boisson à travers le pays. La compagnie accepta. En vertu du contrat, elle leur fournit un concentré de son sirop à partir duquel ils devaient ajouter de l'eau et du gaz pour produire la boisson. Elle leur fournit également les étiquettes aux couleurs de sa marque et s'occupa de la publicité⁵².

50 Ce changement d'attitude des manufacturiers a été influencé par les conflits légaux survenus entre eux et leurs concessionnaires. Voir généralement, Stewart MACAULAY, «Changing a Continuing Relationship Between a Large Corporation and Those Who Deal With it: Automobile Manufacturers, their Dealers, and the Legal System», [1965] *Wisconsin Law Review* 483.

51 Voir H.O. HELMERS, *op. cit.*, note 24, 72. Les auteurs français expliquent que la franchise a commencé aux États-Unis dans l'industrie automobile. Nous croyons que c'est la concession commerciale qui a commencé dans cette industrie tout comme en France sauf que les appellations sont différentes.

52 Voir Stan LUXENBERG, *Roadside Empires - How the Chains Franchised America*, New York, Viking Penguin Inc., 1985, pp. 15 et 16.

La demande en coca-cola devint vite très forte et les deux partenaires réalisèrent qu'ils n'avaient ni les moyens financiers, ni la capacité de gérer la distribution dans le pays entier. Pour continuer leur expansion, ils accordèrent des contrats à des entrepreneurs locaux ou régionaux afin qu'ils embouteillent leur produit. Pour les fins de la production, les deux partenaires achetèrent le sirop de Coke et leur revendirent

Plusieurs compagnies suivirent cette méthode de distribution telles Pepsi, Royal Crown et Dr Pepper. Elles s'aperçurent, tout comme Coke, que l'embouteillage d'une boisson gazeuse s'effectuait mieux sur le plan local que national. Cette méthode était plus économique car elle leur évitait les frais de transport et leur permettait le retour des bouteilles consignées. L'apport d'un partenaire local ou régional les aidait également à mieux connaître le marché.

Les contrats signés par ces compagnies contenaient à peu près toutes les mêmes obligations. Le franchiseur-manufacturier s'obligeait à fournir en exclusivité le droit d'utiliser son sirop ou sa formule déposée de fabrication. Il accordait le droit d'embouteiller son breuvage sur un territoire défini et il s'engageait à rendre de multiples services en ce qui a trait à la production, à la commercialisation et à la gestion. En retour, l'embouteilleur-grossiste s'engageait à acheter certaines matières premières en exclusivité et à produire la boisson gazeuse selon les standards de qualité fixés par la compagnie et à les respecter.

Vers 1930, ce fut au tour de quelques compagnies pétrolières à recourir à la concession commerciale. Cette technique constituait pour elles la solution à leurs problèmes de rentabilité qui étaient causés par la guerre des prix engendrée par les propriétaires indépendants. Comme elles devaient supporter les coûts d'opération de plusieurs stations-service, elles ne pouvaient offrir aux consommateurs des prix aussi bas que leurs concurrents à travers tout le pays. L'octroi d'une concession à un pompiste indépendant leur enlevait ces frais d'opération et leur permettait d'être plus compétitives dans la vente d'essence au concessionnaire qui, à son tour, pouvait fixer un prix plus bas lors de la revente⁵³.

53 Voir J.G. McLEAN et R.W. HAIGH, *The Growth of Integrated Oil Companies*, Boston, Division of Research, Graduate School of Business Administration, Harvard University, 1954, p. 294

Ce mouvement d'effondrement partiel de l'industrie du pétrole atteint son paroxysme en 1935. Les compagnies pétrolières utilisèrent alors la concession commerciale de façon systématique. Cette restructuration fut baptisée l'«Iowa plan» à cause de la réaction première des compagnies de cet État à une loi portant sur la taxation des maisons à succursales. Toutes les stations furent louées aux gérants qui devinrent des pompistes indépendants en achetant, pour revendre aux consommateurs, l'essence et les produits dérivés du pétrole. Cette tactique enleva le fardeau fiscal aux compagnies pétrolières pour le reporter sur les pompistes puisqu'ils étaient responsables en vertu du contrat de la gestion de la station et de la fixation des prix.

Un autre type de franchise se développa à partir des années '30. Connu sous le nom de «chaînes volontaires», il fut créé par les grossistes qui voulaient protéger leur entreprise contre le commerce concentré ou intégré⁵⁴ et les coopératives de détaillants. Ils organisèrent des chaînes selon une structure à deux paliers. Le palier supérieur était formé par un ou des grossistes qui s'occupaient de grouper les achats en commun, de fournir une aide à la vente et d'assister les membres en matière de gestion⁵⁵. Le palier inférieur était formé par un groupement de détaillants unis au(x) grossiste(s) par des contrats individuels ou collectifs.

Ces contrats connurent une popularité dans plusieurs secteurs du commerce de détail, tels l'alimentation, la droguerie, la quincaillerie, les pièces et produits pour la réparation et l'entretien des automobiles et les articles de consommation courante. Dans chacun de ces domaines, oeuvraient respectivement les compagnies Super Valu Stores, Walgreen Co., Ace Hardware Corporation, Western Auto Supply Company et City Products Corporation (Butler Brothers)⁵⁶.

Les coopératives, formées au début du siècle par des détaillants indépendants qui voulaient contrer la concentration dans le commerce de détail⁵⁷, imitèrent les chaînes

54 L'expression «commerce intégré» vise les grands magasins, les magasins populaires, les maisons de succursales et les coopératives de consommation. Voir Nicole CHOLLET, «Aspects juridiques des groupements de distributeur», (1972) 2 *Cahiers de droit de l'entreprise* 12, note 6. Nous croyons que l'adjectif concentré est plus approprié que celui d'intégré qui est souvent employé indistinctement. Nous verrons en première partie, les distinctions qui existent entre la concentration et l'intégration.

55 Voir H. KRIER et J. JALLAIS, *Le commerce interneur*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1985, p. 55.

56 Voir Charles L. VAUGHN, *Franchising - its nature, scope, advantage and development*, 2e éd., Lexington, Lexington Books, 1979, p. 23.

57 Voir H. KRIER et J. JALLAIS, *op. cit.*, note 55, p. 53.

volontaires en prévoyant également d'autres services que celui des achats, tels les services de publicité et de gestion. Elles imposèrent par contrat à leurs membres-adhérents des obligations de *merchandising*. Un auteur⁵⁸ affirme qu'elles sont devenues des accords de franchise à partir de ce moment. Il est à noter qu'elles connurent cependant moins de popularité que les chaînes volontaires. On peut citer, à titre d'exemples, dans le domaine de l'alimentation, les compagnies Associated Grocers et Certified Grocers of America⁵⁹.

Après la Seconde Guerre mondiale, vers 1950, est apparue la deuxième génération de franchise aux États-Unis. Certains auteurs⁶⁰ ont même affirmé que le contrat prit son autonomie à cette époque. L'émergence de ce type de franchise fut très liée au contexte économique du moment. Le commerce concentré occupait alors une place très importante à un point tel qu'il avait quasiment éliminé le petit commerce qui ne possédait pas les mêmes moyens financiers et ne pouvait par conséquent le concurrencer.

La disparition des petits commerces enleva au consommateur un genre de services plus personnalisés. Parmi ceux-ci, la disparition des magasins de proximité laissait un vide commercial à combler⁶¹. Cette nouvelle réalité s'opposait aux besoins du consommateur qui changeaient en raison de facteurs socio-économiques. C'est ainsi que l'élévation du niveau de vie, le développement des banlieues, la motorisation et l'évolution des mœurs suscitaient chez lui le besoin de trouver, où qu'il se rende, des points de vente standardisés et plus personnalisés ainsi que des services plus nombreux.

Les grandes entreprises ne pouvaient satisfaire ses besoins à cause de leur taille. Dans le but de les combler, elles s'associèrent à de petites entreprises afin de pouvoir rencontrer les exigences du consommateur⁶². Le dernier type de franchise fut donc, à ses débuts, une association entre une entreprise, promotrice d'une idée relative à un service, et

58 Voir P. HALL, *op. cit.*, note 28, p. 63.

59 La première coopérative à avoir vu le jour fut Rexall en 1902 dans le domaine de la pharmacie. Voir William T. KELLEY, «The Franchise System in Co-operative Drugstores», (1957-1958) 33 *Journal of Retailing* 184, 185.

60 Voir J.-C. TESTON et G. TESTON, *op. cit.*, note 47, p. A³.

61 Voir J. F. ATKINSON, *Franchising - The Odds On Favorite*, Chicago, International Franchise Association, 1968, p. 3.

62 Voir Michel JOUHANNAUD, *Le franchising pour la prospérité commune des détaillants et des industriels*, Suresnes, Hommes & Techniques, 1974, p. 36.

un détaillant, distributeur de ce service. Puis, ce type s'appliqua à la fois à la production et à la distribution de produits ou tout simplement à la distribution.

Cette nouvelle association reposait sur un contrat par lequel la grande entreprise accordait au détaillant le droit d'exploiter une affaire selon son savoir-faire et ses méthodes commerciales. Elle lui fournissait, ses sigles, ses symboles et sa marque de fabrique, de commerce ou de service selon le cas. Elle s'assurait également d'un pouvoir de contrôle et de surveillance pendant la durée du contrat. En retour, le franchisé devait payer un droit d'entrée et des redevances périodiques.

Ce type de franchise s'exerça d'abord dans les services de la restauration et de l'hôtellerie. Il s'étendit bientôt à une multitude de services comme le travail temporaire, la location de voitures, les agences de voyages, les agences matrimoniales, les centres de loisirs, les produits de beauté, l'enseignement par correspondance, la duplication rapide, la pâtisserie, les cours par correspondance, le nettoyage à sec et la livraison de fleurs.

Les entreprises qui commencèrent à utiliser cette technique de commercialisation dans les années '50 furent, notamment : McDonald (1955), Dunkin' Donuts (1950), Aamco Transmission Centers (1958), United Suds (1954), United Rent-All (1949), Convenient Food Marts (1958), Dog & Suds (1954), Holiday Inns (1952), Kentucky Fried Chicken (1955), Martinizing Dry Cleaners (1949) et Dairy Queen (1952).

Le franchisage prit beaucoup d'ampleur entre 1950 et 1970. Pendant les années 1970, il connut une baisse dû à certaines fraudes comme celle de Minnie Pearl Chicken. Ces fraudes eurent pour conséquence l'adoption de plusieurs lois étatiques portant sur la réglementation de l'octroi de franchises. L'État de la Californie fut le premier à imposer une telle loi en 1971, le *Franchise Investment Act*. Il fut imité par le Wisconsin en 1972, le Rhode Island et l'Oregon en 1973, le Michigan et le South Dakota en 1974, Hawaï, l'Indiana et le North Dakota en 1975, le Maryland et la Virginie en 1978, Washington en 1979, l'Illinois en 1980 et New York en 1981⁶³.

63 Voir, California : *Cal Corp Code*, Ch. 10, §§ 310 et seq ; Florida : *Fla Stat Ann*, Ch. 71-61 et les règlements Ch. 2-17, Hawaï : *Hawai Rev L*, § 482E-1 ; Illinois : *Ill Ann Stat*, Ch. 121, § 701 ; Indiana : *Ind Code*, § 2-5-23-2, Massachusetts : *Mass Gen L Ann*, Ch. 93A § 2(a), (b), Michigan : *Mich Comp L*, § 19,854 ; Minnesota : *Minn Stat Ann*, § 800.01, New-York : *N Y Gen Bus L*, §§ 680-695, North Dakota : *Senate Bill No 2479 (1975)* ; Oregon : *Ore Rev Stat*, § 650-007 et les règlements § 40-050, Rhode Island : *RI Rev L Ann*, § 19-28-1 ; South Dakota : *SD Comp L*, § 37-5A-1, Virginia : *Va Code Ann*, § 13-1-557 ; Washington : *Wash Rev Code*, § 19-100-010, Wisconsin : *Wis Stat Ann*, § 553.10 et *Wis Adm Code*, § 31.01.

Sur le plan fédéral, le Federal Trade Commission (FTC) promulgua un règlement en 1978, le *Disclosure Requirements and Prohibitions concerning Franchising and Business Opportunity Ventures* qui entra en vigueur le 21 octobre 1979⁶⁴. Ce règlement, ainsi que les lois étatiques, n'empêchèrent pas le développement de la franchise. Selon les statistiques du U.S. Department of Commerce, le nombre d'établissements franchises en 1971 était de 400,000 et représentait des ventes de 131 milliards de dollars alors qu'en 1981, il était de 500,000 et représentait des ventes de 332,7 milliards de dollars.

Aujourd'hui, le franchisage se développe dans les services dits traditionnels et qui regroupent les professions libérales comme l'art dentaire, les services juridiques et la comptabilité, pour n'en nommer que quelques-uns.

§2- L'Angleterre

L'évolution de la franchise en Angleterre se fit en deux générations comme aux États-Unis. Toutefois, la première génération naquit plus tôt, soit vers la fin du XVII^e siècle. Ce furent les brasseurs britanniques, nous l'avons vu⁶⁵, qui pensèrent à créer ce mode de distribution pour la vente de leurs produits. Il avait pour but d'enrayer l'endettement des *publicans* londoniens.

Comme ces derniers vivaient sur les stocks de leurs brasseurs, il devint naturel pour ceux-ci d'obtenir le paiement de leurs créances selon plusieurs modes comme la saisie des biens des tenanciers pour les faire vendre en justice et se faire payer, la conversion de leurs dettes en prêt forcé garanti par leur bail donné en hypothèque, ou l'achat par les brasseurs du bail ou de l'immeuble pour le relouer aux tenanciers.

Les deux derniers modes permettaient aux tenanciers de continuer l'opération de leur commerce tout en plaçant les brasseurs dans une position de créancier. Cette technique fut souvent utilisée par la suite à l'endroit de commerçants potentiels qui ne possédaient pas un capital suffisant pour ouvrir un débit de boisson. Une aide financière leur était accordée avec l'octroi d'installations, d'un local ou une combinaison des deux, moyennant l'obligation pour les commerçants de ne s'approvisionner en bière que chez leurs brasseurs.

⁶⁴ 16 C.F.R. §§ 436, et seq. et le *Final Guides to the Franchising and Business Opportunity Ventures Trade Regulation Rule*, 44 Fed Reg 49,966.

⁶⁵ *Supra*, p. 19.

avec l'octroi d'installations, d'un local ou une combinaison des deux, moyennant l'obligation pour les commerçants de ne s'approvisionner en bière que chez leurs brasseurs.

Ce rôle de créancier, assumé au départ à cause des difficultés financières des tenanciers, fut utilisé par les brasseurs de façon délibérée durant les années 1790 à 1850 parce qu'ils désiraient contrôler la distribution de leurs produits qui était devenue difficile à la suite d'un ensemble de circonstances. Parmi celles-ci, les deux plus graves étaient sans aucun doute la rareté des immeubles à Londres et les restrictions imposées aux tenanciers pour obtenir un permis de débit de boisson. D'autres circonstances, telles les mauvaises récoltes, les taxes de guerre et une baisse de la demande, s'ajoutaient à celles-ci.

Le *ned trade* devint donc un mode de distribution dans cette industrie dont la production était déjà en masse au XVIII^e siècle grâce à des inventions qui ne nécessitaient pas la puissance des chevaux-vapeurs. Les producteurs de bière «po ter» étaient les plus avancés dans leur production. Comme cette sorte de bière nécessitait une fermentation d'une année avant d'être vendue, l'on estime que ce mode de distribution se serait également développé pour permettre aux brasseurs de stocker leur production chez les débitants afin de leur faire assumer en partie la fonction de gros.

Les autres producteurs ou manufacturiers adoptèrent par la suite ce contrat pour résoudre leurs problèmes de distribution. Entre autres, les manufacturiers d'automobiles et les compagnies pétrolières accordèrent des concessions à des revendeurs dans lesquelles ils leur garantissaient un territoire exclusif de revente. L'utilisation de la concession commerciale dans ces industries se produisit à peu près à la même époque où les compagnies américaines commencèrent à utiliser cette technique commerciale.

Ce ne fut que vers les années '50 que l'on vit se former la catégorie de franchise unissant les grossistes à des détaillants. On lui donna l'appellation de *voluntary chains*. Cette expression recouvre dans ce pays⁶⁶ non seulement le contrat unissant un ou de grossistes à des détaillants mais aussi la création d'une coopérative d'achats par des détaillants indépendants. L'initiative de former la première «chaîne volontaire» fut l'oeuvre d'un grossiste en alimentation en 1954.

⁶⁶ Voir Christina FULOP, *Buying by Voluntary Chains and other associations of retailers and wholesalers*, London, George Allen & Unwin Ltd, 1962, p. 37.

Ainsi, le phénomène est apparu dans ce pays trente ans après sa naissance aux États-Unis. La création des coopératives de détaillants se fit peu après. Il est à noter toutefois que d'autres formules d'association entre détaillants existaient avant la formation des coopératives telles les *buying groups* et les *retail buying combines*, mais elles ne prévoyaient pas d'obligations aussi poussées que dans les premières.

Le retard dans l'introduction des chaînes volontaires en Angleterre s'explique par les conditions économiques qui prévalaient avant 1954. Bien que de 1931 à 1939, le climat économique était favorable au développement des chaînes volontaires, leur création fut empêchée par les associations de commerce. Celles-ci se sont efforcées à maintenir le prix de vente des biens (*resale price maintenance*) et trouvèrent des solutions aux problèmes des épiciers dont celui, entre autres, de conserver des prix compétitifs.

Elles adoptèrent une attitude négative envers les *buying groups*, les *combines* et les propositions de formation de chaînes volontaires car la création de tels groupements aurait empêché le maintien du prix de vente. Ils auraient eu la force économique nécessaire pour faire baisser les prix des manufacturiers. Il fallait donc assurer à ces derniers la collaboration des détaillants membres des associations commerciales pour maintenir le prix de vente.

Contrairement à certains détaillants qui essayaient de s'organiser en groupes d'achats, les grossistes n'étaient pas intéressés à coopérer avec eux. Ils préféraient mettre leurs énergies à maintenir le prix de vente et, pour ce faire, ils allaient même jusqu'à persuader les manufacturiers de ne pas approvisionner les groupes d'achats. Quant à la majorité des détaillants, ils s'opposaient à la création de chaînes volontaires, car ils étaient capables de se concurrencer entre eux et de concurrencer les magasins à succursales. Ils préféraient augmenter leurs profits plutôt que de s'associer à des groupes d'achats. Certains se transformèrent même en magasins à succursales.

Entre les 1939 à 1954, ce fut le statu quo. La concurrence entre distributeurs était inexistante en raison du rationnement, des restrictions immobilières et du contrôle financier. Ces conditions empêchaient l'utilisation de méthodes de distribution sur une grande échelle. Elles favorisaient aussi les petits commerces par rapport à ceux qui opéraient sur une grande échelle.

Comme ces derniers ne pouvaient obtenir la fourniture de produits en grande quantité à cause du rationnement, ils ne pouvaient offrir de meilleurs prix. Cette situation avait donc pour effet de diminuer leur pouvoir de négociation face aux manufacturiers. De plus, d'autres facteurs empêchèrent les détaillants de former des groupes d'achats. Entre autres, les coûts d'opération de leur commerce favorisaient leur indépendance parce qu'ils étaient réduits en raison des loyers qui étaient restés au niveau d'avant guerre et des frais d'intérêts des prêts qui étaient peu élevés.

Au début des années '50, les restrictions économiques d'après-guerre furent levées. En 1954, le climat économique était redevenu propice à la concurrence. La compétition sur les prix redevint aussi forte que dans la période d'avant-guerre. Dans le domaine de l'alimentation, la compétition était particulièrement intense à cause des développements économiques et sociaux ce qui favorisa la création des chaînes volontaires, car les distributeurs voulaient rester compétitifs. D'autres facteurs furent également à la base de ce choix, tels : (1) l'abolition du maintien du prix de vente car ce n'était plus faisable; (2) la peur des grossistes de voir les magasins multiples et les coopératives prendre trop d'expansion; et, (3) la peur des grossistes de voir leurs détaillants se grouper en coopératives et ainsi les perdre comme clients.

La deuxième génération de franchise est née en Angleterre en 1950, soit à la même époque qu'aux États-Unis. Toutefois, son développement réel ne s'est réalisé qu'à partir des années '70⁶⁷ à cause de la récession économique du moment. Cette deuxième génération, inspirée du *business franchise format* américain, a également pris son essor dans le secteur des services. À titre d'exemples de franchises britanniques, on retrouvait dans la restauration rapide : Wimpy, Golden, Egg, Bake and Take, Texas Pancake House, Gingham Kitchens, et dans les services de laverie : Dyno-Rod et Fire Car Wash. Aujourd'hui, elle gagne presque tout le domaine des services. Cependant, il existe peu de services professionnels qui sont franchisés comme aux États-Unis. Il est à noter également qu'elle ne constitue pas encore au moins 30% du commerce de détail comme dans ce pays.

Les autres franchises de la première génération se sont également converties en franchise de la deuxième. Entre autres, les chaînes volontaires Spar, Vivo et VG ont offert un concept d'affaires et des services multiples à leurs adhérents à partir des années '70.

⁶⁷ J. ADAMS et K.V. PRICHARD JONES, *op cit*, note 22, p. 5.

Quant à la réglementation, aucune loi particulière ne régit les contrats de distribution intégrée. Il faut s'en remettre à la common law et au *British Code of Advertising Practice* établi par l'Advertising Standards Association (ASA).

§3- Le Canada

L'historique, au Canada, des contrats de distribution intégrée ne semble pas avoir été l'objet d'une étude approfondie. Les quelques auteurs qui se sont penchés sur la question se réfèrent surtout au droit américain. Il nous faut donc conclure que ces contrats ont évolué de la même manière au Canada qu'aux États-Unis. Ainsi, les premiers contrats se sont élaborés dans le premier tiers du XXe siècle dans les domaines de la vente automobile, de l'essence et des boissons gazeuses. Les coopératives et les chaînes volontaires suivirent peu après.

On appelle ces contrats *product franchises*. Le *business format franchise* n'est apparu au Canada qu'au milieu des années '60. Il se développa très rapidement comme aux États-Unis à la même époque. Son développement fut également ralenti par certains cas de fraude au début des années '70, mais il reprit de l'ampleur après cela.

Ce genre de franchise a été utilisé comme méthode d'expansion dans les entreprises de l'hôtellerie, de courtage immobilier, dans les commerces de proximité, les agences temporaires de travail, et le reste... Les premières entreprises à avoir utilisé ce contrat au Canada, furent des compagnies américaines. Celles-ci oeuvraient dans les domaines de la restauration rapide, de la vente et de l'entretien des automobiles et dans le commerce de détail non-alimentaire.

Un auteur mentionne que le nombre d'établissements franchisés au Canada et contrôlés par des Américains se chiffrait à 1557 en 1971 et à 7074 en 1978, ce qui constituait plus du tiers des commerces franchisés⁶⁸. Il ajoute qu'en 1978, 185 réseaux de franchises étaient contrôlés par des franchiseurs étrangers alors que 165 étaient contrôlés par des Canadiens. Les franchiseurs étrangers étaient surtout français, anglais et australiens. En revanche, en 1978, vingt-cinq réseaux de franchises canadiennes étaient établis à l'étranger et constituaient 1500 établissements.

⁶⁸ J.H. GAGNON, *op cit*, note 23, p. 32.

L'on compte aujourd'hui 40,000 établissements franchisés au Canada ce qui correspond à 30% des ventes de détail. Cette deuxième génération n'a pas fini de prendre de l'expansion. On prévoit un taux de croissance de 50% jusque dans les années '90.

Contrairement à nos voisins du sud, la réglementation au Canada n'est pas étendue à travers tout le pays. Seule l'Alberta a adopté une loi particulière sur les franchises; *The Franchises Act*⁶⁹ amendé par le *Franchise Amendment Act* en 1983⁷⁰. Cette loi a été rédigée sur le modèle de la loi californienne. Elle gouverne les franchises de la première et de la deuxième génération. Elle oblige les franchiseurs à s'enregistrer et à divulguer toutes les informations nécessaires sur leur franchise avant de les accorder aux franchisés potentiels. La commission des valeurs mobilières est chargée de l'administration de cette loi.

Depuis 1970, on discute en Ontario de l'adoption d'une loi spécifique sur les franchises de la première et de la deuxième génération. La commission Grange avait été formée en 1970 pour étudier les dispositions qu'une telle loi pourrait contenir. Elle avait suggéré l'adoption d'une loi qui ne contiendrait pas uniquement une politique d'enregistrement et de divulgation, mais aussi des dispositions sur les termes du contrat, les pratiques commerciales et le *fair dealing*.

Cette solution n'a pas été retenue. On n'a plus entendu parler de l'adoption d'une loi avant 1977. Depuis ce temps, plusieurs hypothèses ont été avancées mais elles ne se sont pas réalisées. En 1986, le Ministre des consommateurs et des affaires commerciales a annoncé l'introduction d'un projet de loi pour le printemps 1987⁷¹. Aucune loi n'a encore été adoptée sur le sujet à ce jour.

Le Nouveau-Brunswick avait adopté, le 18 juin 1987, le projet de loi 90 intitulé le *Motor Vehicle Franchise Act*. Cette loi devait entrer en vigueur le 1er septembre 1988. Mais, avec la venue d'un nouveau gouvernement, elle fut abrogée entièrement en mai 1988 par l'*Act to Repeal the Motor Vehicle Franchise Act*.

(6) R.S.A. 1980, c. F-17.

70 S.A. 1983, c. 46.

71 Ce projet de loi avait pour but d'uniformiser le domaine de la franchise.

En 1986, le Parlement canadien a adopté la *Loi sur la concurrence*⁷² qui a remplacé la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*⁷³. Cette loi affecte les contrats de distribution intégrée en ce qui a trait aux pratiques déloyales et à la rédaction du contrat. Elle régleme les types de pratiques suivants : 1) les pratiques restrictives de commerce, et, 2) les offenses criminelles relatives à la concurrence et à certaines pratiques commerciales. Les pratiques restrictives concernent : le refus de faire affaire, l'exclusivité, les restrictions du marché, la vente liée, les activités à l'étranger, les fusions, les abus de position dominante et le *delivered pricing*. Les offenses criminelles ont trait à la conspiration, à la discrimination dans les prix, aux allocations pour fin de promotion, au maintien des prix et à la publicité mensongère.

Du reste, le Québec a connu certaines activités législatives sur le sujet. Nous y reviendrons plus loin dans le paragraphe suivant portant sur les pays de droit civil.

Sous-section 2 - Les pays de droit civil

§1- La France

Le contrat de bière fut le premier contrat de distribution intégrée en France. Il est apparu au XIXe siècle dans le Nord et l'Est de ce pays et fut utilisé pour répondre à des impératifs techniques. Comme la bière à haute fermentation nécessitait un repos d'une année avant d'être vendue, les brasseurs devaient soit construire des entrepôts et des caves pour ranger leurs fûts, soit les répartir chez les cafetiers. Ils choisirent la deuxième solution car elle était moins onéreuse et plus pratique : le contrat de fourniture exclusive leur permettait de bénéficier, à la fois, de lieux de dépôt et de débouchés⁷⁴. Ce contrat est encore utilisé de nos jours et sa teneur a peu changé.

Un autre contrat de distribution intégrée naissait avant la première Guerre mondiale. Dénommé concession commerciale, il était utilisé à cette époque par les manufacturiers d'automobiles qui désiraient faire connaître leurs produits de marque, hautement techniques. À cette fin, ils concédèrent à des garagistes le droit de vendre et d'entretenir

⁷² L.R.C. (1985), c. 19 (2e supp.)

⁷³ L.R.C. (1985), c. C-34.

⁷⁴ J. BOURSICAN, *op. cit.*, note 7, p. 26.

leurs automobiles. La concession prévoyait un territoire exclusif de revente et obligeait les manufacturiers à fournir une assistance technique à leurs concédants. En contrepartie, les garagistes s'engageaient à promouvoir la marque, à entretenir et à suivre les conseils des manufacturiers. Ces derniers furent imités peu après par les compagnies pétrolières qui implantèrent des concessions pour la distribution de l'essence.

La concession ne resta pas confinée au secteur de l'automobile. La permanence des relations commerciales qu'elle engendrait a facilité la revente d'autres biens techniques comme les appareils ménagers, électriques, audio-visuels, l'horlogerie et l'outillage industriel. Aujourd'hui, elle est même utilisée pour la vente de biens de consommation tels les vêtements, les produits de beauté et les produits alimentaires. Si la technicité des produits provoqua la création de la concession commerciale, ce fut toutefois l'importance de la marque qui fit se développer les autres techniques commerciales.

Ainsi, dans les années 1930⁷⁵, l'on vit apparaître le contrat d'affiliation. Il fut imaginé par le grand commerce, tels les grands magasins et les magasins à succursales, pour grouper autour d'une centrale d'achats, formée par ces magasins et ayant une entité juridique distincte, des entreprises extérieures possédées par des détaillants indépendants.

Au début, le contrat d'affiliation avait pour seul objectif l'approvisionnement de l'affilié. Puis, il a prévu deux autres fonctions, à savoir la licence de marque et la prestation de services. La marque de la centrale était concédée au détaillant à titre d'enseigne commerciale qu'il devait apposer sur son commerce comme seul élément attractif, son nom commercial étant ainsi substitué. Quant aux services, ils étaient offerts par la centrale et concernaient l'architecture, la décoration, l'informatique, la tenue de comptabilité, la gestion commerciale et financière, le recrutement et la formation du personnel. La première société à utiliser le contrat d'affiliation fut Prisunic en 1931.

En 1946, une autre formule commerciale, née à la fin du XIX^e siècle, prit une expansion rapide. Il s'agissait des groupements d'achats ou des coopératives constitués par des détaillants indépendants. Ils s'étaient formés pour contrer le développement des maisons à succursales. Leurs secteurs de prédilection étaient⁷⁶ : l'alimentation, la

75 J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, p. 115. Certains auteurs affirment que ce contrat est l'ancêtre du contrat de franchise, voir COMITÉ BELGE DE LA DISTRIBUTION, «Le franchising : entre l'entreprise à succursales et la chaîne volontaire», [1971] *Information Spécialisée* 39, 43.

76 C. QUIN, *op. cit.*, note 29, p. 98.

successives : la centralisation des achats, la promotion des ventes et la sélection des adhérents.

Les détaillants ainsi groupés avaient une plus grande force économique et étaient identifiés par une enseigne nationalement reconnue. Avant 1964, peu de groupements avaient dépassé l'étape de la centralisation des achats car ils n'avaient pas atteint une maturité économique qui leur permettait de dispenser les deux autres fonctions⁷⁷. Il faudra attendre les prochaines années pour voir réaliser cette maturité.

En 1955, le mouvement des chaînes volontaires⁷⁸ naissait en France. Ces chaînes furent formées par des grossistes qui se sentaient menacés par le grand commerce et les réseaux de concession commerciale. Pour ne pas disparaître, ils eurent l'idée de constituer des chaînes avec leurs clients détaillants. Le contrat passé entre eux prévoyait l'accomplissement par les grossistes de certaines fonctions comme le groupement des achats, l'aide à la vente, une assistance en matière de gestion et une sélection des adhérents⁷⁹. Les détaillants devaient utiliser en retour une enseigne commune pour donner aux produits de marque de la chaîne une personnalité propre.

En 1964, rares étaient les chaînes qui avaient dépassé le stade du groupement des achats. Tout comme les coopératives de détaillants, ce ne fut que plus tard que toutes les fonctions purent être exercées. Il est à noter que ces chaînes se sont développées à la fois dans la distribution alimentaire et non-alimentaire, avec un accent toutefois plus marqué dans le premier secteur.

Les formules commerciales énumérées ci-dessus ont innové en apportant à la distribution des produits ou de services plusieurs fonctions. Cependant, aucune formule n'est allée jusqu'à l'intégration de toutes ses fonctions. Il a fallu attendre jusqu'en 1970 pour assister à cette intégration dans le contrat de franchise⁸⁰.

Par ce contrat, le franchiseur octroie à un franchisé les moyens de faire affaires selon un concept portant sur un produit, un service ou une combinaison des deux et des

77 *Ibid.*

78 *Id.*, p. 107.

79 *Id.*, p. 114.

80 J.-M. LELOUP, *op. cit.*, note 37, p. A4.

Par ce contrat, le franchiseur octroie à un franchisé les moyens de faire affaires selon un concept portant sur un produit, un service ou une combinaison des deux et des méthodes commerciales éprouvées. Il transmet son savoir-faire, une enseigne aux couleurs de sa marque de commerce et fournit une assistance technique à l'ouverture du commerce et pendant toute la durée du contrat.

Le franchisage constitue à la fois la commercialisation et l'ingénierie d'une idée. Il peut s'appliquer à diverses situations juridiques. Cette facilité d'adaptation du contrat s'est caractérisé en France, au même moment, à trois niveaux différents dans les années 1970⁸¹. Les sociétés ont transformé leurs réseaux de distribution en franchisage en les adaptant peu ou prou.

Ainsi, au niveau des ententes entre producteurs et détaillants, les premières sociétés à avoir utilisé le franchisage furent, dans le domaine de la chaussure, Myris et Eram et dans l'habillement, 100000 Chemises, Korrigan-Natalys et la Lainière de Roubaix avec ses enseignes Pingouin, Rodier et la marque Stemm. Au niveau des ententes entre grossistes et détaillants, on retrouvait les sociétés Léviton, dans le meuble, Caténa et Obi-France dans la quincaillerie, Prénatal dans les spécialités de maternité et Pronuptia dans les articles pour jeunes mariés.

Ces dernières franchises présentaient des analogies avec les chaînes volontaires et constituaient dans les faits leur prolongement⁸². Les franchisés étaient obligés dans leur contrat de suivre les politiques commerciales du franchiseur alors qu'auparavant ils avaient la liberté de ne pas les suivre. Ils étaient par ailleurs triés sur le volet puisque le franchiseur leur fournissait un magasin clé en main qu'ils devaient financer. Certaines coopératives se sont transformées également en franchisage en faisant signer à leurs membres-détaillants un tel contrat.

Un autre niveau concernait les ententes entre promoteurs d'idée et détaillants. On retrouvait dans la restauration, Jacques Borel, Courtepaille, Frantel, Novotel, Holiday Inn,

81 Pierre ANDRIEUX, *Distribution- Le commerce indépendant*, Paris, Dunod, 1972, p. 85. Voir aussi : J. BOURSICAN, *loc. cit.*, note 48, 15 et 16

82 L'évolution des chaînes volontaires en franchise a commencé en France en 1970. Voir COMITÉ BELGE DE LA DISTRIBUTION, *loc. cit.*, note 75, 43. Ce comité a remarqué que les coopératives ont également subi une transformation proche du franchisage

Sofitel et dans les services, Avis, Europcar, Hertz, Lavorama, Sellsa, Manpower et S.O.S..

Dans les années 1970⁸³, le franchisage fut surtout utilisé dans les ententes entre producteurs et détaillants car il était plus facile de reconverter les concessions en franchise. Après les années '80⁸⁴, ce fut la franchise de services qui acquit de la popularité et on prédit qu'elle prendra une extension considérable dans les prochaines années.

En 1989, le législateur français a adopté la *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989*⁸⁵ qui impose aux concédants et aux franchiseurs le respect d'une obligation pré-contractuelle de renseignement. Mise à part cette obligation, les contrats de distribution sont soumis au droit commun et à certaines lois sur la concurrence déloyale⁸⁶.

§2- Le Québec

Au Québec, l'évolution des structures contractuelles a suivi celle des États-Unis. A peu près aux mêmes époques, sont apparues les concessions d'automobile, de stations service et de boissons gazeuses. Entre 1920 et 1930, naissaient aussi les coopératives de détaillants et les chaînes volontaires. Ces contrats se voulaient un moyen de défense contre le succursalisme. Dans l'alimentation, les premières coopératives de détaillants furent les Épiciers Modernes et les Épiciers Unis⁸⁷ et les premières chaînes volontaires, les Magasins Frontenac et les Magasins Victoria qui s'inspirèrent de la formule IGA aux États-Unis⁸⁸.

83 Voir Charles SEROUDE et Andre CENSIER, «Le franchising en Europe et en Amérique du Nord», (1979) 19/23 *Revue française de gestion* 42, 43.

84 Jean-Paul CLÉMENT, «La franchise et le droit européen de la concurrence» *Gaz. Pal.* 1986 II, 11.

85 *D.* 1990, 53.

86 Avant cette loi, plusieurs propositions de lois avaient été déposées pour réglementer les concessions commerciales et le franchisage mais elles n'ont jamais été adoptées. Voir sur la concession commerciale : la proposition Daladier, *J.O.*, 1957, n° 11283, la proposition Nicolas, *J.O.*, 14 mars 1957, n° 4508; la proposition Lachevre, *J.O.*, 29 mai 1957, n° 5087, la proposition Daladier et Cupter, *J.O.*, 29 mai 1957, n° 5087. Voir sur la concession commerciale et la franchise : la proposition Lauriol-Ansquer, *J.O.*, 28 juin 1970, n° 529, la proposition M. M. Glon et Courcé, *J.O.*, 11 décembre 1973, n° 891, la proposition Turco, *J.O.*, 29 mai 1974, n° 979, la proposition Boileau, *J.O.*, 2 avril 1979, n° 246.

87 Gérard BÉLAIR, *Chronologie des Épiciers en Gros, et des Détaillants au Québec - une retrospective de la fondation, du développement, de l'évolution des principales entreprises de gros et de détail des origines à nos jours*, Montréal, Association des Épiciers en Gros de la Province de Québec, 1983, p. 79.

88 *Id.*, pp. 68 et 69.

Les chaînes volontaires sont disparues peu après leur création en raison de l'égoïsme de détaillants qui n'achetaient que les spéciaux du grossiste, tête de chaîne. Ce n'est qu'en 1950 que ce mouvement reprit pour se transformer rapidement en contrat de franchise⁸⁹

Le franchisage est apparu au Québec en 1950. Les premières franchises furent dans le domaine de la restauration et l'on comptait parmi les premiers franchiseurs les Rôtisseries St-Hubert⁹⁰. Le contrat de franchise resta longtemps confiné au secteur de la restauration. Depuis 1980, il touche de nouveaux secteurs de services, tels les services personnels et les services professionnels. Les spécialistes prévoient que, dans les prochaines années, ce contrat prendra une expansion rapide dans tous les secteurs des services, comme ce fut le cas pour les États-Unis en 1950.

Le Québec ne possède aucune loi spécifique sur les contrats de distribution intégrée. Toutefois, en 1979, l'Assemblée nationale avait modifié la *Loi sur les valeurs mobilières* par le projet de loi 70⁹¹ pour inclure, dans la définition de «valeur mobilière», les contrats de concession et de franchise. En 1982, l'Assemblée nationale adoptait une nouvelle loi sur les valeurs mobilières⁹² qui prévoyait, dans son article 337, l'abrogation du projet de loi 70. Cette loi, fut mise en vigueur le 6 avril 1983.

Ainsi, il faut recourir au droit commun en matière de contrats de distribution intégrée au Québec. Il est à noter, toutefois, qu'en vertu de l'article 331(16) de la nouvelle loi sur les valeurs mobilières, il est toujours possible pour la Commission d'adopter un règlement sur toute forme d'investissement. Le contrat de franchise pourrait être visé car il peut remplir les conditions prévues à la définition du contrat d'investissement.

Nous avons choisi la dénomination «contrats de distribution intégrée» car elle nous apparaissait être la plus complète. Elle comprend les contrats d'agrégation, de distribution sélective, d'approvisionnement exclusif, de concession commerciale *stricto sensu* et

⁸⁹ *Id.*, p. 68.

⁹⁰ J.H. GAGNON, *op. cit.*, note 23, p. 30.

⁹¹ *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières concernant le contrat de concession ou de franchise*, L. Q. 1979, c.79

⁹² *Loi sur les valeurs mobilières*, L.Q. 1982, c.48.

d'enchaînement volontaire. Les termes concession et franchise en droit français et en droit québécois, nous l'avons vu, ne comprennent pas ce dernier contrat

L'étude historique a démontré que les contrats de distribution intégrée s'inspiraient en majeure partie du droit américain. Le Québec a subi l'influence de ce droit quant à l'adoption de ces contrats. Ces derniers doivent être cependant analysés à la lumière des principes du droit civil.

Nous verrons, dans le premier chapitre, s'il faut diviser ces contrats en contrat de distribution de produits et en contrat de prestations de services. Pour ce faire, nous nous demanderons si le concept de distribution comprend, sur le plan juridique, à la fois la distribution de produits et la distribution de services. Nous utiliserons, à cette fin, des critères économiques et plus particulièrement le contenu de l'activité économique de service pour répondre à cette question.

Notus analyserons également dans ce chapitre les critères juridiques qui peuvent nous aider à délimiter la notion de «contrats de distribution intégrée». Deux critères seront étudiés : le critère de l'exclusivité et le critère de contrôle des moyens d'exploitation. Nous concluerons quant à l'opportunité de ceux-ci

Enfin, notre deuxième chapitre portera sur le contenu de ces contrats. Nous y élaborerons les droits et les obligations de chacune des parties contractantes

CHAPITRE PREMIER : LA CLASSIFICATION DES CONTRATS DE DISTRIBUTION INTÉGRÉE

Les contrats de distribution intégrée créent un état de dépendance économique chez les distributeurs. Cette caractéristique constitue leur dénominateur commun. Nous avons voulu, dans le cadre de ce chapitre, vérifier s'il n'existait pas des critères qui nous aideraient à élaborer une classification entre ces contrats protéiformes.

À cette fin, nous nous sommes inspirés de notions économiques et juridiques puisque ces contrats tirent leurs origines de ces deux domaines. Nous avons constaté, en recherchant des critères de classification, qu'il existait des caractéristiques communes qu'il nous fallait d'abord énumérer (section 1)

Puis, nous avons créé des critères de classification économiques en faisant d'abord appel aux activités économiques de production et de distribution qui constituent notre premier critère. Nous avons ensuite analysé, comme deuxième critère économique, le phénomène de la concentration.

Enfin, nous avons retenu deux critères de classification juridiques soit le critère de l'exclusivité et le critère de contrôle. La présence du critère de l'exclusivité découle d'une clause contractuelle. Elle peut porter sur l'approvisionnement totale ou partielle ou encore sur un territoire. Le critère de contrôle se manifeste, quant à lui, par un ensemble de clauses contractuelles qui ont pour but d'assurer au fournisseur le contrôle de l'activité ou de l'entreprise du distributeur.

SECTION 1 - LES CARACTÉRISTIQUES COMMUNES

Les contrats de distribution intégrée possèdent des caractéristiques communes selon leur aménagement, leur interprétation, leurs conditions de validité relatives à la forme et au fond, leur contenu et leur durée d'exécution des obligations. Ces caractéristiques nous permettent de connaître leur nature juridique.

§1- Selon leur aménagement

Les contrats de distribution intégrée sont constitués par un contrat originaire, le contrat-cadre, qui a pour objet l'aménagement des rapports bilatéraux entre les parties contractantes (paragraphe A). De ce fait, il génère des contrats de vente de produits ou des contrats de vente de produits et de louage de services accessoires au premier contrat (réparation et entretien du produit), appelés contrats d'application⁹³ (paragraphe B). Il est à noter que même si ces contrats se divisent en contrat-cadre et en contrats d'application, ils ne sont pas réductibles à l'une de ces conventions; ce sont des contrats complexes et non des complexes de contrats⁹⁴.

A) Le contrat-cadre

Le contrat-cadre établit la continuité, la régularité et la cohésion dans les rapports entre les parties⁹⁵. Il précise leurs droits et leurs obligations. Son contenu est souvent puisé dans la convention-type qui régit les entreprises distributrices faisant partie d'un réseau et ce, même si les cocontractants peuvent en préciser le contenu en vertu de la liberté contractuelle. Sur le plan économique, il sert à créer une unité d'entreprises intégrées de distribution ou de prestations de service sur le marché des produits ou des services du concédant⁹⁶.

Il prévoit tous les éléments essentiels à l'exécution du contrat⁹⁷, notamment : la durée, l'étendue du territoire concédé, le quota des marchandises à vendre ou à acheter, les conditions de renouvellement, de rupture, etc... Nous traiterons uniquement de ce contrat au cours de notre recherche. Dans les prochaines sous-sections, les caractéristiques données seront propres à ce contrat.

93 C'est la Cour d'Appel de Paris qui a utilisé pour la première fois les expressions de contrat cadre et de contrats d'application en 1966 (Paris, 26 Janv 1966, *D.* 1966 II 294, *J.C.P.* 1966 II 145581 et P. DIDIER, «A propos du contrat de concession : La station-service», *D.* 1966 55) Ces qualifications ont été empruntées au droit public car il est possible de les rapprocher aux concepts de loi-cadre et de décrets d'application.

94 Voir : Bernard TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, p. 8 et Alan SEUBE, *Le contrat de fourniture*, t. I, thèse de doctorat, Montpellier, Faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1970, p. 193 et suiv.

95 Jean GUYÉNOT, *Les contrats de concession commerciale*, t. 16, coll. «Bibliothèque de droit commercial», Paris, Librairie Sirey, 1968, p. 34.

96 *Ibid*

97 Voir Dominique BACHET, *Les clauses d'exclusivité*, thèse de doctorat, Paris, Université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris, 1977, p. 25.

B) Les contrats d'application

Le contrat-cadre sert de source aux contrats d'application puisqu'il spécifie les conditions de leur conclusion. Celle-ci est souvent rapide. Elle peut prendre la forme de commandes faites par téléphone ou télex⁹⁸. Même s'ils ont entre eux des liens étroits, ils sont indépendants les uns par rapport aux autres.

Ces contrats peuvent être des ventes mais ils peuvent donner naissance à d'autres conventions soit simples, telles le louage de choses ou d'ouvrage, ou soit complexes, telles la vente et le louage d'ouvrage ou le louage de choses et le louage d'ouvrage. Il convient de préciser toutefois que la nature d'un contrat-cadre demeure toujours la même⁹⁹.

Le contrat-cadre a pour certains auteurs français un effet contraignant, c'est-à-dire qu'il force les parties à conclure des contrats d'application, alors que, pour d'autres, il n'a pas cet effet¹⁰⁰. Nous appuyons la première théorie car il nous est difficile d'imaginer que les parties, après avoir conclu le contrat-cadre, n'y donneront pas suite. S'ils ne le faisaient pas, le commerçant ne pourrait s'approvisionner auprès du fabricant et ce dernier demeurerait obligé de l'approvisionner.

§2- Selon leurs conditions de validité

A) Selon leurs conditions de forme

Ces contrats ne sont assujettis à aucune formalité. Ce sont des contrats consensuels car ils se forment par le seul consentement des parties. Un contrat écrit n'est donc pas nécessaire puisque le contrat verbal suffit. Toutefois, s'ils contiennent la concession d'une licence de marque, ils devront être écrits selon la loi française sur les marques de commerce qui exige¹⁰¹ l'enregistrement d'un tel contrat.

⁹⁸ L.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, p. 182.

⁹⁹ A. SEUBE, *op. cit.*, note 94, p. 229.

¹⁰⁰ Voir Pierre VOIRIN, «Commentaire de la loi du 14 octobre 1943», *D.C.* 1944, 1 et A. SEUBE, *op. cit.*, note 94, p. 225.

¹⁰¹ Voir loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, *D.* 1991, II, 101, art. 29; en droit canadien, la production du contrat de licence de marque n'est pas obligatoire lorsqu'une personne s'enregistre comme usager inscrit d'une marque. Une copie du contrat doit être cependant à la disposition du registraire. Voir art. 50 de la *Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale*, L.R.C. (1985), c.T-13, a. 50 et les règles de pratique § 9.1.

Il est à noter que lorsque le contrat est verbal, il peut subvenir des difficultés sur le plan de la preuve et ce, même si en matières commerciales, la preuve orale est admissible (1234 C.c.). En général, les contrats sont écrits.

B) Selon leurs conditions de fond

Les contrats de distribution intégrée sont des contrats d'adhésion. Les distributeurs n'ont pas la faculté de libre négociation. Ils doivent accepter en bloc les conditions du contrat. Toutefois, il leur est possible de négocier certaines clauses accessoires du contrat telles l'étendue du territoire de revente, le paiement des marchandises ou de redevances périodiques.

Certains auteurs¹⁰² ont affirmé que ces modifications au contrat lui enlèvent le titre de contrat d'adhésion. Comme M. Berlioz, nous croyons que ce qui importe c'est :

«d'une part la volonté du stipulant d'une application générale, sans modification majeure des conditions essentielles, d'autre part la soumission de l'adhérent à une partie dont elle attend une prestation sans vouloir, ou pouvoir offrir, une participation à la rédaction et à l'exécution du contrat»¹⁰³

Précisons, par ailleurs, que les contrats de distribution sont aussi des contrats *intuitu personae*, c'est-à-dire que la considération de la personne cocontractante a toute son importance. Ceci est vrai même si le distributeur est une société commerciale. Les actionnaires ne peuvent transférer leurs actions sans faire approuver la vente par le concédant.

102 J. GUYÉNOT, *op. cit.*, note 95, p. 40.

103 Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1976, p. 60. Voir aussi en droit canadien et québécois : J. B. HARTLEY, «*Ronald Elwin Lister Ltd. et Al. c. Dunlop Canada Ltd. How to set a trap for an unwary franchisee*», (1981) 6-7 *Queen's Law Journal* 95, 96, A. Karp, *loc. cit.*, note 23, 409; et, M. H. OGILVIE, «*Chronique de la législation et de la jurisprudence, commentaires sur l'affaire Lister Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*», (1982) 60 *R. du B. can.* 733, 738.

§3- Selon leur contenu

Ce sont des contrats synallagmatiques puisque les parties contractantes s'obligent réciproquement l'une envers l'autre. Ce sont aussi des contrats à titre onéreux car les parties retirent des avantages pécuniaires¹⁰⁴.

§4 Selon la durée de leurs obligations

Les contrats de distribution intégrée sont des contrats à exécution successive puisque leurs obligations prennent un certain temps avant d'être exécutées. Cette distinction a son importance quant à la résolution et à la rupture unilatérale du contrat. La résolution d'un tel contrat ne permet pas d'effacer les obligations exécutées. Quant à la rupture, une des parties ne peut y mettre fin sans un avis de délai-congé. Il en est de même des contrats à durée déterminée dont l'une des parties veut mettre fin au contrat avant l'expiration du terme

§5- Selon leur interprétation

Les contrats de distribution intégrée ne sont pas régis au Québec et en France par une loi spécifique. Ce sont donc des contrats innommés par opposition aux contrats nommés qui sont régis par une loi particulière ou le Code civil. En droit romain, cette distinction avait son importance car seuls les contrats nommés avaient une force obligatoire. Aujourd'hui, avec le principe du consensualisme, les contrats innommés ont aussi cette force obligatoire en droit québécois.

En tant que contrats innommés, les contrats de distribution intégrée sont rédigés par les parties sans qu'elles soient obligées de tenir compte de modèles de contrats proposés par la loi en vertu du principe de la liberté contractuelle. Leur interprétation s'avère plus difficile que les contrats nommés car le juge doit déterminer les règles que voulaient suivre les parties lors de la conclusion du contrat. Souvent, il les ramène à des contrats mixtes contenant à la fois des éléments de contrats innommés et de contrats nommés tel le contrat de vente.

104 Voir Henri MAZEAUD, LEON MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 8e ed., par François CHABAS, Paris, Éditions Montchrestien, 1991, p. 91.

SECTION 2 - LES CRITÈRES DE CLASSIFICATION

La classification des contrats de distribution intégrée implique la création de critères économiques et de critères juridiques puisqu'ils ont un caractère hybride. L'utilisation de critères économiques a pour but de préciser le secteur économique dans lequel ils évoluent et de qualifier le phénomène de concentration qu'ils réalisent (sous-section 1).

Les critères juridiques ont pour fonction de déterminer la façon dont s'effectue, sur le plan contractuel, l'intégration économique des entreprises de distribution à l'entreprise dominante. Deux critères peuvent mener à l'intégration : l'exclusivité et le contrôle. La clause d'exclusivité qui oblige le distributeur à s'approvisionner exclusivement chez son fournisseur a un pouvoir intégrateur certain. Les clauses contractuelles qui prévoient un contrôle de la part du fournisseur sur la gestion de l'entreprise du distributeur ont également un pouvoir intégrateur. Nous déterminerons entre ces deux critères celui qui réalise la plus forte intégration (sous-section 2).

Sous-section 1 - Les critères économiques

L'activité économique de distribution est le domaine principal de nos contrats de distribution intégrée. Certains de ces contrats peuvent toutefois faire appel à l'activité économique de production. Il s'agit alors des contrats de concession et de franchise de production. Nous donnerons une définition économique de ces activités qui forment notre premier critère économique (§1).

Les contrats de distribution intégrée unissent des entreprises qui ne sont pas situées au même stade de la distribution et qui n'ont pas la même force économique. L'intégration se fait par une entreprise de production ou de gros qui occupe une position dominante sur le marché grâce à son pouvoir intégrateur. Elle s'attache les services de plusieurs entreprises de détail en leur permettant de distribuer ses produits de façon exclusive ou quasi exclusive.

Ce droit de revente est octroyé à ces entreprises à la condition que l'entreprise dominante assure un contrôle sur leur gestion. C'est ce mécanisme de contrôle qui provoque une domination et engendre un phénomène de concentration économique. Cette dernière notion constitue notre deuxième critère économique. Nous verrons qu'elle peut prendre plusieurs formes (§2).

§1- Les activités économiques

La compréhension des notions de production et de distribution ne peut se faire sans les définir. Nous verrons que ces deux activités impliquent, sur le plan économique, la distribution ou la production de biens et de services. Nous devons vérifier s'il est possible de parler, sur le plan juridique, de distribution ou de production de biens et de services. À cette fin, nous étudierons le sens économique et le sens juridique des notions de biens et de services.

A) La production

1- La notion de production

La production se définit comme :

«[L'] ensemble des activités qui permettent à l'homme d'approprier à son usage la matière et les forces de la nature, en faisant naître des biens et des services destinés à satisfaire les besoins de la société.»¹⁰⁵

La notion de production se divise en plusieurs branches et elle peut se définir par deux concepts qui sont la production technique et la production économique. On entend par production technique, la transformation d'un bien dans le but de satisfaire un besoin. Elle vise donc toute opération physique qui a pour effet de modifier légèrement ou substantiellement une chose pour obtenir un produit¹⁰⁶ différent ou nouveau. On n'y retrouve pas de création physique absolue, mais plutôt la transformation d'un bien existant ou la transformation de plusieurs biens en un seul. Ces transformations ont pour effet de

105 *Grand Larousse de la langue française, op. cit.*, note 17, t. 5, p. 4652.

106 Il s'agit ici de la définition du terme produit dans le langage commun. Dans le vocabulaire juridique, le terme «produit» a deux sens. Un sens large et vague qui vise tout ce qu'une chose peut fournir c'est-à-dire, en vertu de l'article 408 du C.c.B.C., les fruits provenant d'une chose mobilière ou immobilière, en vertu de l'article 411, les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croît des animaux qui appartiennent au possesseur de bonne foi, en vertu de l'article 414, les fruits du sol et du sous-sol et enfin, en vertu de l'article 447, les fruits civils, industriels ou naturels dont l'usufruitier peut jouir. Au sens strict et précis, le terme produit vise les extraits d'un capital qui en diminuent la substance lors de l'exploitation irrégulière. À titre d'exemples, l'on peut citer l'article 460 du C.c.B.C. qui a trait à l'extraction épisodique de matériaux d'une carrière non exploitée. Il y a aussi le cas de l'article 455 qui traite des arbres abattus isolément. Nous utiliserons le sens commun du terme produit dans ce travail soit la chose obtenue par la transformation ou le façonnement de la matière première.

rendre les biens plus utilisables alors qu'ils avaient peu ou pas d'utilité avant ces transformations¹⁰⁷.

La production technique comprend les productions agricoles et minière tirées de la terre et les productions provenant de la pêche. Il y a aussi la fabrication industrielle qui sert à combiner plusieurs matières pour les rendre davantage utiles sans toutefois en créer de nouvelles.

Le concept économique de production a un domaine plus large que la production technique. Il vise non seulement la création ou la transformation matérielle mais aussi tout ce qui a trait à la satisfaction d'un besoin. Par conséquent, l'accomplissement d'un service qui satisfait un besoin constitue de la production au sens économique. La notion de production est donc attachée à la création d'utilité¹⁰⁸.

Le service peut faciliter l'utilisation d'un bien ou encore il peut ne pas nécessiter de matière. À titre d'exemples de production immatérielle, on peut citer les services des domestiques, les services de personnes faisant partie des professions libérales, ou encore les services rendus par des professionnels de l'enseignement.

Le concept économique de production est-il applicable sur le plan juridique? Nous répondrons à cette question lors de l'étude des notions de biens et de services. Pour l'instant, nous analyserons deux contrats qui peuvent être utilisés dans le domaine de la production soit le contrat de concession et le contrat de franchise de production

107 Louis BAUDIN (dir), *Traité d'économie politique*, 2e éd., t. 1, Paris, Librairie Dalloz, 1955, pp 437 et 438. Voir aussi pour la production purement technique, c'est-à-dire, la création, la fabrication matérielle d'un bien, Georges-Henri BOUSQUET, *Institutes de science économique - la production et son marché*, t. 3, Paris, Librairie des sciences politiques et sociales, 1936, p. 6

108 Un auteur définit la création d'utilité comme
«Tout acte qui sert le consommateur, tout acte qui rend l'objet utile, ou qui le rend inoffensif ou moins nuisible ou tout acte qui aide à obtenir ce résultat»
Voir M. LEDUC, *La production - les facteurs de production de l'entreprise*, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1956, p. 4.

2- La concession et la franchise de production

Le contrat de concession et le contrat de franchise de production sont des contrats complexes. Ils mettent en présence un producteur-concédant ou franchiseur et un producteur-concessionnaire ou franchisé. Le but de ces contrats est de permettre au producteur de concéder au concessionnaire ou au franchisé une licence de brevet ou une communication de savoir-faire pour la fabrication de produits selon ses normes. Dans cette licence, le producteur prévoit garder le contrôle sur la fabrication des produits. Le concessionnaire ou le franchisé se voit également octroyer une licence de marque pour lui permettre de l'apposer sur les produits qu'il fabrique.

Le producteur s'engage à fournir une assistance technique pour la fabrication des produits. Dans certains cas, il peut exiger que le concessionnaire ou le franchisé s'approvisionne chez lui en matières premières en tout ou en partie. Lorsque le producteur concède son système de commercialisation de ses produits, nous sommes en présence d'un contrat de franchise de production sinon il s'agit d'un contrat de concession de production car le concessionnaire possède le savoir-faire pour la fabrication du produit mais non pour sa commercialisation. Dans ce dernier cas, il les commercialise selon ses propres moyens.

Ces contrats évitent au producteur des investissements considérables lorsqu'il veut s'implanter sur les marchés internationaux¹⁰⁹. Ils lui permettent de rentabiliser ses procédés et de faire connaître sa marque. Ils lui évitent par ailleurs de construire des usines dans les pays où il veut s'implanter lorsque ses procédés de production et de commercialisation portent sur des produits périssables comme le yogourt. Les contrats de concession ou de franchise de production sont peu nombreux par rapport aux contrats de concession ou de franchise de distribution.

B) La distribution

La notion de distribution a été maintes fois définie. Nous avons retenu quelques-unes de ces définitions pour les fins de ce travail. En particulier celle de M. Avril parce qu'il en donne une définition exhaustive et complète :

¹⁰⁹ LEVASSEUR & ASSOCIES INC., *Le guide du franchisage*, Montréal, Franchise d'aujourd'hui inc., 1985, chp. 1, p. 10 et LAPOINTE ROSENSTEIN, *Bulletin du franchisage*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1987, n° d'octobre.

«Distribuer, c'est amener un produit de son 'état distributif' de production à son "état distributif" de consommation. Encore faut-il dire ce que nous entendons par 'état distributif'. Nous proposerons, donc, de définir et de caractériser 'l'état distributif' d'un produit par quatre éléments

a) le lieu où il se trouve : c'est ce que nous appellerons 'l'état de lieu';

b) le lot homogène auquel il appartient, c'est-à-dire la quantité de marchandises de même spécification qui se trouve sur le lieu où nous étudions le produit. C'est ce que nous appellerons 'l'état de lot' ou encore 'l'état de série' lorsqu'il s'agit d'objets industriels;

c) la liste des marchandises qui se trouvent offertes et vendues en même temps et au même lieu que le produit étudié. C'est ce que nous appellerons 'l'état d'assortiment';

d) l'époque à laquelle est considéré cet état. Elle est caractérisée par une date, appelons la 'un état d'époque'.

État de lieu, état de lot (ou de série), état d'assortiment et état d'époque constituent, donc, les caractéristiques fondamentales de l'état distributif. La distribution aura pour effet essentiel de les transformer dans un sens tel que la denrée sera économiquement en état de satisfaire le consommateur.»¹¹⁰

Nous avons également retenu deux autres définitions de la distribution. D'abord celle de M. Cornu qui en donne la définition suivante :

«Fonction économique consistant à assurer l'écoulement des produits du stade de la production à celui de la consommation.»¹¹¹

Ensuite celle du Grand Larousse qui la définit en économie politique comme :

«[L'] ensemble de opérations par lesquelles les produits et les services sont répartis entre les divers consommateurs à l'intérieur d'un pays.»¹¹²

110 Voir J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3 citant Paul AVRIL, *Théorie sommaire de la distribution des biens de consommation et son application à la hiérarchie des prix et conditions*, Paris, Gauthier-Villars, 1964, pp. 15 et 16.

111 G. CORNU, *op. cit.*, note 18, p. 279

112 *Grand Larousse de la langue française, op. cit.*, note 17, p. 1370.

Cette dernière définition économique inclut dans le domaine de la distribution la distribution des services et des marchandises. Qu'en est-il en droit? La réponse à cette question est importante car les services occupent aujourd'hui une très grande place dans la consommation. M le Professeur Pigassou¹¹³ nous fait remarquer que, sur le plan juridique, il a fallu un certain temps avant de parler de distribution, c'est-à-dire de passer du concept de vente à celui de distribution. La vente ou la distribution de marchandises sont des expressions qui vont de soi en droit puisque l'on parle de transfert de droits réels. La vente de services ou la distribution de services est-elle possible sur le plan juridique? Pour répondre à cette question, il nous faut maintenant étudier les notions de biens et de services.

C) Les biens et les services

Les définitions économiques de production et de distribution font référence aux notions de biens et de services. Nous nous devons d'analyser ces notions à la fois sur le plan économique et sur le plan juridique pour voir s'il est possible de parler, sur le plan juridique, de production de biens et de services et de distribution de biens et de services.

I- La notion de biens

Les biens ont un sens plus large en économie qu'en droit. Dans ce dernier domaine, la signification de ce terme a eu une conception classique qui a laissé place à la conception moderne.

a) Le sens économique de biens

En économie, le bien est destiné à satisfaire un besoin humain. À cette fin, il doit être objet de commerce et être suffisamment rare pour avoir une valeur pécuniaire. Il peut s'agir d'un bien matériel ou d'un bien immatériel comme les services¹¹⁴.

L'économiste ne s'intéresse pas à l'étude du bien en soi puisque ce dernier n'a de valeur que par rapport au sujet qui l'utilise. Les classifications des biens sont donc faites en fonction de leur utilité et non en fonction de leur nature. Ainsi, l'on oppose les biens de

113 P. PIGASSOU, *loc. cit.*, note 1, p. 477.

114 A. SEUBE, *op. cit.*, note 94, p. 274.

consommation aux biens de production, les biens complémentaires aux biens concurrents. On ne fait pas de distinctions entre les biens matériels et les biens immatériels.

b) Le sens juridique de biens

En droit, on établit des distinctions entre les biens non par l'usage que le titulaire entend en faire, mais par la nature de ceux-ci. Le terme « bien » y a deux acceptations selon qu'il est au singulier ou au pluriel. Au singulier, il désigne une chose matérielle qu'il est possible de s'approprier¹¹⁵. Au pluriel, selon la conception traditionnelle des auteurs, il vise, dans le patrimoine d'une personne, les choses et les droits, ou de façon précise, les biens corporels et les biens incorporels.

Les biens corporels sont des choses matérielles susceptibles d'appropriation¹¹⁶. Selon la conception moderne, il est plus exact de dire que les biens sont des droits, plus particulièrement des droits de propriété, relatifs à des choses indéterminées. Ces choses ne sont pas en elles-mêmes des biens puisque ce sont les droits sur celles-ci qui ont une valeur pécuniaire. Le droit de propriété est le droit absolu et, de ce fait, il est souvent confondu à la chose sur laquelle il porte¹¹⁷ puisque cette dernière est à la fois l'objet et l'expression de ce droit.

Les biens incorporels ne comprennent pas le droit de propriété. Il s'agit des autres droits patrimoniaux tels les droits de créance et les droits intellectuels. Sont inclus dans les droits de créance, les obligations de faire qui n'ont pas été accomplies. Elles deviennent alors des biens meubles incorporels puisque leur créance se transforme en argent. Le service est une obligation de faire car il fait partie des biens meubles incorporels¹¹⁸ quand il n'est pas exécuté.

115 Voir CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2e éd., Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec et Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 59.

116 Les choses matérielles peuvent être des immeubles par nature comme une terre, un bâtiment, un arbre (art. 376 C.c.B.C.) ou des meubles par nature comme des animaux, des navires et des vêtements (art. 384-386 C.c.B.C.)

117 Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil - Introduction générale*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 269.

118 Voir Jean CARBONNIER, *Droit civil - Les biens, monnaie, immeubles, meubles*, 14e éd., t. 3, Paris, P.U.F., 1991, p. 93.

Il est à noter toutefois que le service n'est pas un bien quelconque puisqu'il n'existe pas en dehors de toute relation contractuelle. Le prestataire de service ne devient titulaire d'un bien que lorsqu'il a accompli son service. Avant l'exécution de son obligation, le prestataire n'a rien. S'il s'est obligé et qu'il ne s'est pas exécuté, alors il est titulaire d'une dette.

La classification fondée sur la nature du bien oppose donc les marchandises aux services. Dans certaines législations¹¹⁹, on dissocie les services des biens pour marquer une distinction entre les choses incorporelles et les choses corporelles puisque les premières ne peuvent faire l'objet d'un droit réel. C'est pourquoi nous allons dissocier les services des biens pour en étudier la notion.

2- La notion de services

a) Le sens juridique de services

Le terme «service» est peu utilisé en droit privé. Par contre, en droit administratif, c'est une notion fort connue. En effet, la catégorie des «services publics» est essentielle à ce droit. Selon le professeur de Laubadère¹²⁰, c'est une notion synthèse¹²¹ du droit administratif car elle définit les notions de base comme l'acte administratif, le contrat administratif, le domaine public, etc. .

Nous venons, dans un premier temps, si la notion de service public peut nous aider à définir, dans un deuxième temps, la notion de service privé.

119 B. GRELON, *op. cit.*, note 34, p. 7. Voir en droit canadien : *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13, art. 2, *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, art. 2 et *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, art. 12 (1) a) et b). Voir en droit français : Loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, D. 1991 II, 101, art. 1 et 2 et ordonnance du 1er décembre 1986, J.O., 9 décembre 1986 modifiée par la loi n° 87-2199 du 6 juillet 1987, J.O., 7 juillet 1987.

120 André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 11e éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 35.

121 M. de Laubadère rappelle qu'auparavant les théoriciens de l'«école du service public» avaient construit le droit administratif sur la notion de service public, p. 36.

i. La notion de service public

Le service public a été défini par le professeur Garant comme «toute activité prise en charge par l'Administration dans un but d'intérêt général»¹²². Cette notion comporte donc deux éléments essentiels dont la réunion est capitale soit l'élément organique qui est la prise en charge ou la direction du service par l'Administration, et l'élément matériel qui consiste en l'intérêt général d'un tel service. Nous étudierons ces deux éléments pour déterminer ensuite le contenu du service public.

-L'élément organique

Le service public est, sur le plan organique, l'ensemble des agents et des moyens qui sont affectés à une même tâche par une personne publique¹²³. La *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁴ lui a donné un sens large. Le service désigne l'action des pouvoirs publics. Ainsi, dans l'article 102, il est prévu «qu'il y aura un fond du revenu consolidé, affecté au service public du Canada». L'article 126 ajoute qu'il en sera de même pour les provinces. L'article 104 spécifie que ce sera le Parlement fédéral qui aura le pouvoir d'affecter le fond au service public.

Le législateur québécois a donné sensiblement le même sens à cette notion dans plusieurs de ses lois. On peut citer à titre d'exemples, la *Loi de l'impôt sur la vente au détail*¹²⁵ qui prévoit, à son article 6, que des impôts seront exigés «afin de pourvoir au service public de cette province»; et la *Loi des Commissions d'enquête*¹²⁶ qui permet au gouvernement à son article 14 de promulguer des arrêtés en conseil, quand il le juge à propos, «dans l'intérêt du service public»...

122 Patrice GARANT, *Essai sur le service public au Québec - Élaboration d'une théorie générale et d'un droit moderne des services publics (Droit administratif) au Québec*, Québec, 1966, p. 27.

123 Pierre LEMIEUX, *Les contrats de l'administration fédérale, provinciale et municipale*, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1981, p. 54. Voir aussi Jean RIVIÉRO, *Précis de droit administratif*, 13e éd., Paris, Dalloz, 1991, p. 553.

124 L.R.C. (1985), App II, n° 5.

125 L.R.Q., c. I-3.

126 L.R.Q., c. C-37, art. 14.

L'État peut assumer les services publics. Il peut aussi confier l'exploitation d'un service à un ministère. Il en est ainsi du service postal. Les administrations fédérales et provinciales peuvent également confier l'exploitation de services aux administrations locales. La *Loi des cités et villes*¹²⁷ donne le pouvoir aux corporations municipales d'établir des services publics relatifs à la brigade des pompiers (art. 426 § 39), aux hôpitaux (art. 427 § 23), aux égouts (art. 427 § 23), aux aqueducs (art. 433), etc...

Selon ces textes législatifs, le service public est une composante de l'Administration¹²⁸. Toutefois, cette affirmation n'est pas exacte car un service public peut être exploité par une personne privée. L'article 110.0 16 du *Code du Travail*¹²⁹ en fournit la preuve lorsqu'il définit la notion de service public en élaborant les catégories d'employeurs qui peuvent les exploiter :

- «1) une corporation municipale et une régie intermunicipale,
- 2) un établissement et un conseil régional au sens des paragraphes a et f de l'article 1 de la *Loi sur Les services de santé et les services sociaux* qui ne sont pas visés au paragraphe 2 de l'article 111.2;
- 3) une entreprise de téléphone;
- 4) une entreprise de transport terrestre à itinéraire asservi tels un chemin de fer et un métro, et une entreprise de transport par autobus ou par bateau;
- 5) une entreprise de production, de transport, de distribution ou de vente de gaz, d'eau ou d'électricité;
- 6) une entreprise d'enlèvement d'ordures ménagères;
- 7) une entreprise de transport par ambulance, la Corporation d'urgences-santé de la région de Montréal Métropolitain, le responsable d'une centrale de coordination des appels des personnes et des établissements qui demandent des services d'ambulance, qui n'est pas visé au paragraphe 2 de l'article 111.2 et la Société Canadienne de la Croix Rouge, ou
- 8) un organisme mandataire du gouvernement à l'exception de la Société des alcools du Québec et d'un organisme dont le personnel est nommé et rémunéré selon la *Loi sur la fonction publique*».

127 L.R.Q., c. C-19.

128 Voir la décision *Syndicat des professeurs de l'Etat du Québec c. Direction générale des relations de travail*, (1966) R.D.F. 157.

129 L.R.Q., c. C-27.

Il y a dans cette énumération des entreprises privées qui exploitent un service public. Ce service public reste toutefois assujéti aux pouvoirs publics. L'élément organique est donc moins décisif que l'élément matériel qui oblige qu'un service soit rendu dans *l'intérêt général*.

-L'élément matériel

La notion d'intérêt général est difficile à définir tout comme celle des «bonnes moeurs» et d'«ordre public». Il nous faut cependant préciser en quoi elle caractérise le service public car elle se retrouve également dans toutes les activités publiques qui ont un domaine plus large que les services publics, ces derniers étant une composante des premières. Les agents publics doivent donc agir dans l'intérêt général. Il est à remarquer que la notion d'intérêt général n'est pas propre à l'État. Elle existe aussi chez les entreprises privées d'intérêt général.

Le professeur de Laubadère a expliqué la spécificité de l'intérêt général d'un service public de la manière suivante :

«Ce qui caractérise le service public de ce point de vue c'est que la satisfaction d'un besoin d'intérêt général constitue le but de sa création. Une activité devient un service public lorsque les pouvoirs publics décident de l'assumer pour donner satisfaction à un besoin dont ils estiment qu'il serait, sans cette prise en mains, insatisfait, mal satisfait ou insuffisamment satisfait.»¹³⁰

Ce professeur fait remarquer, avec justesse, que certains auteurs¹³¹ ont tendance à remplacer la notion d'intérêt général par celle de «prestations» parce que le service public a, selon eux, comme objet la fourniture de prestations aux administrés. Il n'est pas en accord avec cette argumentation. L'activité de police qui est un service public ne lui paraît pas être une prestation de service. Il faut donc maintenant établir le contenu des «services publics».

130 A de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 9e éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 646

131 *Id.*, p. 129

- Le contenu des services publics

Selon MM. Aubry et Ducor-Ader, il existe des activités qui ne constituent pas des prestations aux administrés et qui font partie des services publics. Ils donnent comme exemple la Défense nationale et la Police. Font partie des services publics, les activités de production et de commercialisation des produits. On les classe dans les services publics industriels ou commerciaux. Il est à noter que certains services publics sociaux peuvent, en plus de consister en des prestations de services, faire partie du commerce de l'argent.

Les services publics n'appartiennent pas tous au secteur des services mais ils appartiennent pour l'essentiel au secteur tertiaire. Ils peuvent être soumis à des règles de droit et être gérés par des personnes privées, ce qui tend à les rapprocher des services privés. Toutefois, le concept de service public ne peut nous aider à définir le concept de service privé car il contient trop d'incertitudes.

ii. La notion de service privé

Le *Code civil du Bas Canada* traite uniquement des services à son titre septième dans le chapitre deuxième portant sur le louage d'ouvrage. L'article 1666 paragraphe 1¹³² définit cette expression en mentionnant qu'elle comprend le louage de services des domestiques, ouvriers ou autres. Le terme «services» ne vise pas ici la nature de l'activité exercée mais désigne plutôt le lien de subordination du prestataire qui est au service de quelqu'un.

Cette conception provient du XIXe siècle où le service avait un caractère personnel et était essentiellement fourni par des domestiques. Avec l'industrialisation, le service a perdu son caractère personnel pour occuper une place importante dans l'organisation économique. L'expression «louage de services» a été remplacée par celle de «contrat de travail».

Il est à noter toutefois que l'expression «louage d'ouvrage» dans le Code vise aussi des formes de travail non salarié pour autrui. Ce contrat renferme les activités de façon

132 Voir au même effet l'article 1779 § 1 du C.c.f.r. : «le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un».

portant sur la construction immobilière et la fabrication artisanale. Sous cette rubrique, on retrouve le contrat de voituriers (appelé aujourd'hui contrat de transport), tant par terre que par eau, des ouvriers comme les maçons, les charpentiers, les serruriers et autres. Le Code ne distingue pas entre la réalisation de biens corporels, meubles ou immeubles, et la prestation de travaux immatériels comme les services.

À côté de ce louage d'ouvrage «codifié», le louage d'ouvrage «de droit commun» a, lui aussi, pris de l'ampleur. Ceci est dû au fait que les entreprises indépendantes, de petite et de moyenne tailles, se sont mises à fournir des services personnels. Ce phénomène s'explique par plusieurs raisons. La plus sérieuse réside dans le développement de la classe moyenne qui n'avait pas le moyen d'avoir des domestiques et qui désirait quand même obtenir de nombreux services.

Pour répondre à ces besoins, l'Homme a créé les biens techniques de consommation qui ont remplacé les serviteurs. Cette création a eu un second effet : l'émergence des entreprises de services puisqu'il fallait entretenir et réparer ces biens pour leur bon fonctionnement. Ainsi, il y a eu la création d'entreprises rendant des services aux particuliers. Les entreprises ont par la suite développé les services aux entreprises. Ces derniers services se sont accrus à cause du développement technologique qui a nécessité de plus grands investissements. Ceux-ci n'ont été possibles que par la concentration des entreprises et par la planification, dans le secteur privé, de la production et de la consommation.

Des entreprises de services sont donc nées. Certaines s'occupent de valoriser les produits pour attirer et garder la clientèle comme les entreprises de publicité et de services après-vente. D'autres ont eu pour objet de s'occuper des problèmes de gestion matérielle ou intellectuelle, telles les sociétés de nettoyage, des sociétés d'installation et de surveillance de matériel industriel, des sociétés de conseils concernant soit l'informatique, la publicité, l'organisation, le recrutement, etc ..

Ces travaux immatériels fournis par des prestataires indépendants entrent dans la dénomination de louage d'ouvrage qui est aujourd'hui une qualification «fourre-tout» pour plusieurs contrats inconnus. Cette variété de contrat n'a pas permis à la notion de service de prendre son autonomie pour se dégager de la notion du contrat d'entreprise.

La notion de service a été introduite dans le langage juridique, ces dernières années, par des lois particulières dont le but était de classer les activités économiques. On peut citer, à titre d'exemples, la *Loi sur la protection du consommateur*¹³³ et la *Loi sur les marques de commerce*¹³⁴. Elles distinguent les services des produits, mais elles n'en donnent pas de définition «synthèse» ni n'en énumèrent les sortes. Elles n'ont été édictées que pour uniformiser le droit afin que les services soient traités comme les produits. En France, l'édition de ce genre de lois a incité les juristes à commenter la notion de service¹³⁵. Deux auteurs, M. Overstake¹³⁶ et M. le doyen Savatier¹³⁷, ont jugé utile de l'analyser de façon synthétique.

M. Grelon a remarqué que l'analyse des lois ne permettait pas de définir de façon précise la notion de service. Par ailleurs, M. Overstake a élaboré sa conception du service en le distinguant du travail. Il définit le service comme toute prestation de faire qui est autre qu'une prestation de travail. Selon lui, on reconnaîtrait un service par le fait de sa moindre pénibilité que le travail. Il y a prestation de service lorsque l'effort fourni par le prestataire ne lui cause pas de la peine et de la fatigue¹³⁸.

La prestation de service peut cependant être accompagnée d'un travail qui lui est accessoire. Par cette définition, M. Overstake inclut dans les prestations de service : la jouissance temporaire ou l'usage d'une chose, la garde d'une chose et la fourniture de crédits. Cette conception ne correspond pas à la conception actuelle des services lorsqu'on examine la manière dont cette notion est utilisée dans les textes de loi¹³⁹. Nous ne retenons pas ce point de vue

133 L.R.Q., c. P-40.1 et voir en droit français : la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, *J.O.*, 11 janvier 1978, p. 299 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services et la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, *J.O.*, 21 janvier 1992, p. 968 renforçant la protection du consommateur et créant le Code de la consommation

134 L.R.C. (1985), c. T-13 et voir en droit français : la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, *D.*, 1991, II, 101, sur les marques de commerce

135 B. GRELON, *op. cit.*, note 34, p. 10

136 Jean-François OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 84 et 85

137 René SAVATIER «La vente de services», *D.*, 1971, 223.

138 J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, note 136, p. 84.

139 *Supra*, note 117.

M. Savatier cherche plutôt à justifier l'expression «vente de services» et il ne s'attache pas comme telle à la définition de service. Il veut prouver que l'expression qui est utilisée en économie politique peut s'appliquer aussi en droit. À cette fin, il a délimité le domaine des services : toute obligation de faire découlant d'un contrat, exécutée par un prestataire indépendant contre rémunération¹⁴⁰. Il y a donc une distinction entre les actes juridiques translatifs de droits réels ou non translatifs de droits réels. Les services sont du deuxième genre. Par conséquent, on les distingue de la production, de la distribution et du transfert de propriétés incorporelles telles les assurances et les opérations de crédit¹⁴¹. Il nous faut cependant préciser que toute obligation de faire n'est pas un service comme nous l'avons mentionné plus haut lorsque nous traitons de la prestation de travail¹⁴².

L'analyse du doyen Savatier permet d'exclure certaines activités des services. Toutefois, elle n'en définit pas le contenu. Ce sont les économistes qui l'ont élaboré. D'où l'importance d'étudier le sens économique des services.

b) Le sens économique de services

La notion économique des services a été créée avec la théorie des trois secteurs de l'économie, soit les secteurs primaire, secondaire et tertiaire. Certains économistes l'ont définie en l'opposant aux activités de production agricole ou industrielle¹⁴³. D'autres¹⁴⁴ ont classé les activités économiques, et par conséquent celles des services, dans les trois secteurs de l'économie selon leur productivité et non selon leur objet.

Ces divergences et imprécisions, quant à la notion de service, se sont retrouvées dans les diverses nomenclatures établies par des organismes, nationaux ou internationaux,

140 R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 137, p. 224.

141 À titre de comparaison, voir l'art. 60 § 1^{er} du Traité de Rome qui range dans les services «Les prestations fournies normalement contre rémunération dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.»

Cette conception des services est large et se rapproche des économistes. Elle est utile en ce qu'elle précise que les activités de circulation des marchandises ne sont pas des services même si elles font partie du secteur tertiaire. Voir B. GRELON, *op. cit.*, note 34, p. 9.

142 *Supra.*, p. 58.

143 Clark COLIN, *Les conditions du progrès économique*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1960, p. 208.

144 Jean FOURASTIÉ, *Le grand espoir du XXe siècle*, 4e éd., Paris, P.U.F., 1958, pp. 59 et 60.

chargés d'établir des statistiques. Ainsi, la nomenclature de l'ONU¹⁴⁵ distingue plusieurs services : les services aux entreprises, tels les conseils juridiques, fiscaux, de comptabilité et les services techniques comme l'ingénierie; les services personnels comme la restauration, l'hôtellerie, l'esthétique et la coiffure.

L'on peut déduire de cette nomenclature certains points communs quant aux services. D'abord, ils occupent une place importante de valeur ajoutée. Les salaires sont au premier rang des coûts de production, ce qui permet de distinguer les services des autres activités tertiaires comme la distribution. Deuxièmement, les services ne peuvent être stockés, ils se consomment instantanément. Troisièmement, les entreprises de services sont également dénommées des «entreprises de cerveaux» à cause des investissements intellectuels importants. Il faut noter que cette affirmation n'est pas toujours vraie car les services matériels concernant les particuliers n'exigent pas d'investissements intellectuels. Le secteur des services est donc hétérogène.

En conclusion, on s'aperçoit que les services sont le propre des entreprises autonomes et cela qu'ils soient rendus à des particuliers (matériels ou intellectuels)¹⁴⁶ ou qu'ils soient rendus à d'autres entreprises (intellectuels). Il n'est pas possible d'assimiler tertiaire et service car la distribution des produits et des marchandises n'est pas une prestation de service. Contrairement aux marchandises, les services ne peuvent être stockés ou dégradés et il n'est donc pas possible de les faire circuler comme les marchandises. D'où l'impossibilité de les distribuer.

La prestation de service s'oppose également à la production et à la vente d'une chose. La production d'une chose implique sa matérialité contrairement à la fourniture de service qui porte sur des biens immatériels. Quant à la vente, elle s'oppose à la prestation de service en ce qu'elle consiste en un transfert de propriété soit corporelle ou incorporelle. L'idée de transfert de propriété est contraire à la notion de service qui vise les manifestations de l'activité humaine qui sont utiles à quelqu'un tout en étant utilisées par lui

145 *Etudes statistiques*, n° 4, série M, Rev 1, New York.

146 Les services matériels offerts aux particuliers sont hétérogènes. Il y a les services traditionnels autonomes tels le contrat d'hôtel, les divers contrats de garde, le contrat de réparation et le contrat d'entretien. Il y a également les services nouveaux intégrés qui comprennent le service pré-vente et le service après-vente. Quant aux services intellectuels rendus aux particuliers, ils peuvent être offerts par les gens de professions libérales (avocat, notaire) ou encore ils peuvent être offerts dans le cadre de professions commerciales comme les agences de voyage et les banques.

au moyen d'une rémunération. Il est à noter qu'un service, lorsqu'il s'incorpore au bien, disparaît et son régime juridique est celui d'un bien corporel ou incorporel.

La notion de service sur les plans économique et juridique nous incite à écarter ce secteur de notre recherche car les services ne font pas partie des contrats de distribution intégrée qui concernent uniquement les produits et les marchandises. Le seul contrat portant directement sur les services est la franchise de service. Nous ne l'étudierons pas comme telle, mais nous soulignerons les distinctions principales qui existent entre ce contrat et la franchise de distribution.

L'étude des activités économiques nous a fait comprendre en quoi consistait l'activité de distribution de marchandises. Il nous faut maintenant comprendre le phénomène de concentration des entreprises de distribution intégrée (§ 2). Nous analyserons la notion de concentration et ses formes. Nous étudierons ensuite le partage du marché par le réseau et les formes qu'il peut prendre.

§ 2- Le phénomène de la concentration des entreprises

La distribution intégrée engendre une concentration économique des entreprises impliquées. C'est pourquoi nous avons fait de cette notion notre deuxième critère économique. Notre travail consistera à en donner une définition et à expliquer les quatre formes qu'elle peut prendre. Nous verrons que chacune d'elles détient un pouvoir économique qui lui est propre.

La forme de concentration adoptée par les entreprises de distribution a des conséquences sur la façon dont elles partagent le marché entre les «membres» de cette concentration. Elles peuvent utiliser, entre autres, la technique du réseau ou du groupement. Nous analyserons la notion de réseau et ses deux formes — le réseau de vente et le réseau de distribution — et nous la comparerons avec la notion de groupement.

A) La notion de concentration

1- La définition

Certains économistes et juristes ont tendance à définir la concentration de manière restrictive. Elle constitue pour eux l'augmentation de la taille des entreprises¹⁴⁷ et, par conséquent, la diminution de leur nombre. Toutefois, pour la majorité des économistes et des juristes, le terme concentration a aujourd'hui un sens plus large. Il inclut non seulement la croissance dimensionnelle des entreprises, mais aussi le contrôle financier ou patrimonial, l'intégration économique et contractuelle et, enfin, les formes d'union et de coopération¹⁴⁸.

La majorité des économistes croit qu'il ne faut pas s'attacher à la taille des entreprises pour définir la concentration parce qu'elle implique l'adoption d'une conception large de la notion d'entreprise¹⁴⁹ c'est-à-dire, celle d'une unité de décision économique, ce qu'ils n'acceptent pas. La concentration a des aspects complexes et elle n'entraîne pas forcément la diminution du nombre d'entreprises. Dans certains cas de concentration, le nombre de sociétés augmente. Ceux qui définissent restrictivement la concentration décrivent d'autres phénomènes. Il s'agit de l'intégration ou quasi-intégration économique et contractuelle et des ententes

Les tenants de la conception large de la notion de concentration incluent ces derniers phénomènes dans celle-ci. Ils définissent ainsi la concentration :

«Elle réunit ce que la spécialisation dispense. Elle consiste à exécuter dans une même entreprise (ou dans un groupe d'entreprises ayant des intérêts communs) des opérations connexes que la spécialisation aurait réparties entre plusieurs entreprises indépendantes.»¹⁵⁰

147 Yvonne JAGGI, *Le phénomène de concentration dans le secteur de la distribution en relation avec l'avènement de la société de consommation massive*, Lausanne, Ecole des sciences sociales et politiques, Université de Lausanne, 1970, p. 81 et Jean MARCHAL, *Cours d'Économie politique*, 4e éd., t. I, Paris, Librairie de Médecis, 1957, p. 889

148 G. FARJAT, *op. cit.*, note 1, p. 143

149 Une entreprise est définie de façon large lorsqu'elle constitue une unité de décision économique.

150 Henri GUITTON et Daniel VITRY, *Économie politique - introduction générale, analyse micro économique - analyse macro économique*, 12e éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 261.

Il existe quatre formes de concentration qui sont relatives à la constitution et à l'exercice du pouvoir économique collectif ou unitaire. L'étude de celles-ci fait ressortir au premier plan la notion de contrôle¹⁵¹.

2- Les formes de concentration

La première forme de concentration, et la plus simple, est celle de la croissance dimensionnelle des entreprises. Cette croissance se fait par fusion. C'est la forme primaire de la concentration car il y a coïncidence entre pouvoir juridique et pouvoir économique d'où sa simplicité. Les grands magasins et les magasins à succursales font partie de cette forme.

La deuxième forme est le contrôle financier ou patrimonial. On lui donne cette appellation parce que le pouvoir économique est patrimonial. Il vise donc la détention d'actions ou l'existence de liens financiers entre les actionnaires de sociétés possédant leur autonomie juridique. C'est aujourd'hui la forme la plus importante sur le plan économique dû à l'existence de nombreux groupes de sociétés.

La troisième forme est celle qui touche notre sujet. Il s'agit de l'intégration économique ou contractuelle. Elle est également très importante sur le plan économique. Cette intégration est faite par des entreprises qui occupent une position dominante sur le marché, on dit d'elles qu'elles ont un «pouvoir de marché». Grâce à celui-ci, elles s'attachent les services d'autres entreprises. Elles les intègrent. Il en est ainsi des entreprises de sous-traitance qui travaillent comme si elles étaient des départements de l'entreprise «donneuse d'ordre»¹⁵². Il en est de même pour les entreprises qui sont liées par contrat à l'entreprise dominante (contrat de concession commerciale ou de franchise par exemple). Elles sont à son service exclusif en ce qui a trait à son réseau de distribution.

Le contrôle des grandes entreprises sur de plus petites s'appellent aussi «contrôle par le marché». Ce contrôle peut donc être uniquement économique à cause du pouvoir de marché, mais il peut être aussi contractuel lorsque l'entreprise dominante s'assure la dépendance des petites entreprises en leur faisant signer un contrat de concession

151 G. FARJAT, *op cit*, note 1, p. 153.

152 *Id*, p. 154.

commerciale ou de franchise. C'est pourquoi, l'on parle d'intégration économique et contractuelle.

La notion d'intégration se définit dans un sens large comme englobant tous les aspects de la dépendance économique des entreprises. Certains lui donnent le terme d'intégration ou de quasi-intégration selon que cette dépendance est totale ou partielle, le dernier terme étant alors utilisé. D'autres préfèrent parler de quasi-intégration lorsqu'une entreprise est sous la dépendance économique, totale ou partielle, d'une autre entreprise. Il faut noter, toutefois, que l'utilisation de l'une ou de l'autre de ces dénominations doit toujours sous-entendre que l'entreprise dominée conserve son autonomie juridique même si l'exercice de son activité professionnelle dépend en partie ou pour le tout de l'entreprise dominante.

L'intégration est un phénomène vertical pour la majorité des auteurs¹⁵³, c'est-à-dire qu'il concerne «les relations suivies sur le marché entre des entreprises indépendantes situées à des stades de production [ou de distribution] différents»¹⁵⁴. Plus précisément pour la distribution, nous l'avons vu précédemment¹⁵⁵, cette notion consiste en la réunion commerciale des fonctions de gros et de détail (et parfois même de la fonction de production)¹⁵⁶ répartie entre les parties contractantes.

La quatrième forme de concentration est différente des trois premières en ce qu'elle vise l'exercice d'un pouvoir collectif, alors que les autres visaient l'obtention d'un pouvoir économique unitaire. Cette forme met aussi en jeu le contrôle par le marché. Elle consiste en une collaboration et non en une dépendance économique des entreprises participantes. Il peut y avoir entente par laquelle les entreprises ont pour objectif de mettre en commun leur pouvoir de marché afin d'y occuper une position dominante. Certaines entreprises peuvent également coopérer pour organiser certains services communs tel le service de recherche.

153 Certains parlent d'intégration horizontale. Nous préférons l'expression «concentration horizontale». Nous y reviendrons plus loin. Voir *infra*, p. 65.

154 Jacques HOUSSIAUX, «Le concept de 'quasi-intégration' et le rôle des sous-traitants dans l'industrie», (1957) 8 *Revue Economique* 221, 222.

155 *Supra*, p. 1.

156 Y. JAGGI, *op. cit.*, note 147, p. 81.

Les ententes, nées au début du capitalisme, ne sont pas les seules formules égalitaires. Il y a aussi la coopération inter-entreprise qui est plus récente. Elle est soit le fait de grandes entreprises qui s'unissent pour pénétrer de nouveaux marchés, pour obtenir une prééminence dans la recherche, etc. ou soit, de petites et moyennes entreprises qui s'unissent pour augmenter leur part du marché par rapport à leurs partenaires, fournisseurs, distributeurs ou clients¹⁵⁷. Les coopératives de détaillants en sont une des formes. A l'origine, les chaînes volontaires en faisaient partie. Toutefois, comme il arrive souvent dans ce type d'accord, l'égalité cède la place à une concentration interne du pouvoir. Ainsi, les chaînes sont devenues des contrats de distribution intégrée. Les coopératives, toutefois, ne sont pas classées dans ce groupe, sauf lorsqu'elles s'organisent en accord de franchise et font signer un tel contrat à leurs adhérents.

Ces quatre formes de concentration peuvent être classées parmi deux grands types économiques de concentration : la concentration horizontale et la concentration verticale ou intégration¹⁵⁸. La première inclut la croissance dimensionnelle des entreprises, le contrôle patrimonial et financier et des formes d'union et de coopération. Certains lui donnent le nom d'intégration horizontale¹⁵⁹. Il s'agit plutôt d'une concentration horizontale car l'intégration est un phénomène vertical¹⁶⁰. La deuxième concentration comprend l'intégration économique ou contractuelle. Les contrats de distribution intégrée, sujet de notre étude, sont dans cette catégorie (agrégation, distribution sélective, assistance et fourniture, enchaînement volontaire, concession commerciale et franchise).

B) Le partage du marché par le réseau

1- La notion de réseau et ses formes

La notion de réseau est née du changement de rapports entre les diverses parties du domaine de la distribution. De bipolaires à l'origine, c'est-à-dire unissant soit un vendeur et un acheteur, soit un vendeur et un représentant, ils sont devenus pluripolaires. Une

157 G. FARJAT, *op. cit.*, note 1, p. 155.

158 Voir pour la synonymie entre ces deux termes : L. BAUDIN (dir.), *op. cit.*, note 107, p. 606.

159 Voir aussi les définitions de la concentration horizontale dans le *Grand Larousse de la langue française*, *op. cit.*, note 17, p. 2741.

160 *Supra*, p. 64.

firme s'est donc attachée, grâce à des contrats identiques, de multiples contractants pour pouvoir réaliser sa politique de distribution. Ce phénomène est celui du réseau et il se définit comme :

«Une organisation, créée et animée par une firme, qui répartit ses éléments en différents points d'un marché pour exercer son action sur toute l'étendue de celui-ci»¹⁶¹

Ce phénomène n'est pas d'origine prétorienne car il y a peu de décisions jurisprudentielles qui ont traité de la question en France et au Québec¹⁶². Il s'agit donc d'un phénomène d'origine contractuelle.

La notion de réseau est souvent confondue avec celle de circuit de distribution. Toutefois, ce sont des notions vraiment distinctes puisque la première est un concept horizontal alors que la deuxième est un concept vertical. Le circuit de distribution part de l'amont (production) pour aller vers l'aval (consommation). Certains auteurs lui donnent la définition suivante :

«Le circuit de distribution, comme son nom l'indique, est constitué par le chemin que parcourt un bien en partant du producteur pour aboutir au consommateur.
Il est également possible de définir le circuit de distribution du point de vue des marchands comme la séquence des entreprises qui assurent la distribution d'un bien et le conduisent à son consommateur final»¹⁶³.

Le circuit de distribution est soit long (producteur-grossiste-détaillant-consommateur), soit court (producteur-négociant-consommateur). Indépendamment de celui qu'un opérateur puisse choisir, il doit convaincre l'opérateur qui lui est en aval de faire circuler ses produits. Lorsque son entreprise est de petite taille, il lui est possible de le faire lui-même soit par son magasin au détail, soit par des visites personnelles à des centrales

161 Jean-Marie FLOUP, «Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution», dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, coll. «Bibliothèque pour le droit de l'entreprise», t. 7, Paris, Librairie techniques, 1978, p. 935

162 Voir en droit français : *Société Christophle*, Trib. Com. Paris, 4 février 1977, *Gaz. Pal.* 1977, II, 597 (note J. Guyénot) et Paris, 27 septembre 1977, *Gaz. Pal.* 1978, I, 110 (note J. Guyénot) Voir décision en droit québécois : *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*, J.E. 88-136 (C.A.)

163 J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, p. 33.

d'achats. Quand son entreprise est de taille importante, il ne peut s'en charger lui-même, il doit recourir à un réseau de professionnels. Ce réseau est horizontal et il intervient à un niveau donné du circuit de distribution pour couvrir l'intégralité du marché.

Ce réseau peut être formé par deux catégories de partenaires : des professionnels de la vente ou des commerçants, intermédiaires de la distribution. Ces catégories sont nommées respectivement réseaux de vente et réseaux de distribution. D'où l'ambivalence de cette notion. Le réseau de vente se définit comme celui qui est composé par des professionnels dont la mission est d'obtenir des décisions d'achat pour les produits de leurs opérateurs du circuit (producteur, diffuseur ou distributeur).

Ces professionnels sont des prestataires de service qui doivent suivre la politique de l'entreprise pour laquelle ils travaillent, et ce sur l'ensemble du territoire de vente choisi par cette entreprise. Le réseau de vente est « interne » lorsque les professionnels sont des salariés. Il est externe lorsqu'il est composé par des co-contractants indépendants tels des agents commerciaux¹⁶⁴.

Le réseau de distribution est né de la volonté des opérateurs du circuit de contrôler la distribution de leurs produits jusqu'au consommateur final. C'est pourquoi il est composé de commerçants qui sont chargés de vendre, le plus souvent au détail, sur un territoire déterminé, les produits de leur opérateur (producteur, diffuseur ou distributeur).

Entre les deux réseaux, il existe des distinctions importantes quant à leur niveau d'action, à la nature de leur activité et à leur situation face à l'entreprise créatrice du réseau. La première distinction peut porter à confusion car nous avons mentionné plus haut que ces réseaux avaient des structures horizontales. Il ne faut pas mêler la structure et le niveau d'action dans le circuit de distribution. Ainsi, les réseaux de vente peuvent agir à n'importe quel niveau du circuit. Par exemple, un fabricant d'outils peut créer un réseau d'agents commerciaux qui feront la promotion de ses produits auprès d'industriels ou encore un fabricant de chaussures créera un réseau de représentants pour promouvoir ses produits chez les détaillants.

164 *Dae Woo International Co (Montreal) Ltd c. Jack Jones Associates Ltd*, J.E. 84-877 (C.A.)

Pour ce qui est des réseaux de distribution, leur niveau d'action se situe généralement dans la vente au détail. Les commerçants possèdent un point de vente qui peut, dans certains cas, garder sa valeur commerciale après la rupture du contrat¹⁶⁵. La nature de l'activité diffère entre les deux réseaux : celui de la vente est composé de prestataires de services et celui de la distribution est composé de revendeurs.

Ainsi, dans le premier cas, les prestataires ont comme «clients» les entreprises pour lesquelles ils travaillent. Dans le deuxième cas, les revendeurs sont des commerçants qui distribuent les produits et qui s'occupent de la gestion des déboursés et des recettes contrairement aux agents commerciaux ou aux représentants qui n'achètent pas les biens et qui n'en encaissent pas les recettes. Les revendeurs des réseaux de distribution n'ont cependant pas tous le même degré d'initiative commerciale, c'est-à-dire que certains ont la fonction d'attendre le client, tel le pompiste de marque alors que d'autres, comme le concessionnaire, sont obligés de faire de la promotion.

La différence entre la nature des activités des réseaux a pour conséquence une rémunération différente. Les prestataires de services touchent une commission tandis que les revendeurs réalisent une marge commerciale qui est fixée par l'entreprise créatrice du réseau.

La situation des réseaux face à l'entreprise créatrice est radicalement différente puisque le réseau de vente constitue un moyen d'accès au marché tandis que le réseau de distribution est une fraction du marché. Dans le premier cas, lorsqu'un producteur accorde une exclusivité à un agent commercial, il lui est possible de faire affaires avec d'autres acheteurs sur le marché. Dans le deuxième cas, l'exclusivité qu'il accorde au concessionnaire empêche de commercer avec d'autres acheteurs sur le territoire concédé ce qui restreint sa liberté sur le marché. Ceci tient au fait que le réseau de distribution est un élément du circuit de distribution alors que le réseau de vente est un phénomène extérieur au circuit¹⁶⁶.

165 Ce n'est pas toujours le cas.

166 Le réseau de vente qui n'est pas renouvelé, donne droit à une indemnité pour ses représentants. Il n'en est pas de même pour les réseaux de distribution. Voir J.-M. LÉLOUP, *op. cit.*, note 161, p. 940. Jean THREARD, «La distribution des produits de marque et le concessionnaire», *Gaz. Pal.* 1975, II - 30 nous dit que les propositions Glon et Couste et Turco prévoyaient une indemnité pour la dislocation du réseau de distribution.

Dans les deux sortes de réseaux, il y a existence de *l'exclusivité d'un territoire donné*. Comme notre recherche couvre seulement les réseaux de distribution, nous pouvons citer comme contrats formant ces réseaux, le contrat de concession commerciale et le contrat de franchise¹⁶⁷.

Dans les deux sortes de réseaux, il n'y a aucun lien contractuel unissant les éléments du réseau entre eux pour former une force contre l'entreprise dominante. Seul un lien contractuel unit chaque élément du réseau à cette dernière. En droit français, deux propositions de loi ont été élaborées pour donner au réseau une personnalité morale propre. Elles ont été rejetées. Il s'agissait de la proposition de MM. Gilon et Couste, dont le but était de régir la situation juridique des franchisés et concessionnaires, et de la proposition Turco qui visait à définir la situation du commerçant distributeur.

La première proposition donnait à la personne morale la forme du groupement d'intérêt économique. Aux articles 10, 11 et 12, elle édictait respectivement les conditions de formation du groupement, le nombre de directeurs, leurs pouvoirs et enfin, son objet et sa mission¹⁶⁸. Quant à la deuxième, elle reconnaissait au réseau la personnalité morale et laissait à l'exécutif le soin de déterminer par décret le cadre juridique¹⁶⁹.

Certains auteurs¹⁷⁰ étaient d'accord avec cette reconnaissance car il leur apparaissait nécessaire d'assurer la pérennité de « l'entreprise » pour protéger l'existence des commerces appartenant aux distributeurs. En effet, pour eux, l'entreprise ne devait pas être limitée au rapport entre le fabricant et ses employés, mais aussi comprendre les distributeurs et leurs

167 Certains ajoutent la distribution du pétrole

168 art. 10 : « Dans tout réseau comprenant plus de dix concessionnaires ou franchises, il est obligatoirement constitué un groupement d'intérêt économique entre tous les intermédiaires »
 art. 11 : « Le groupement est dirigé par trois directeurs élus parmi les intermédiaires du même réseau. Agissant à l'unanimité, ils ont tous les pouvoirs de gestion et de négociation des contrats type »
 art. 12 : « L'objet du groupement est de définir, en accord avec l'intégrateur, le contenu d'un contrat type applicable à tous les membres du groupement. Le groupement a pour mission de contribuer à la définition de la politique générale commerciale et financière du réseau »

169 art. 3 : « Lorsque les produits du même fournisseur, ou de toute entreprise qu'il contrôle, de façon directe ou indirecte, sont assurés par l'intermédiaire d'un réseau de points de vente de même nature, les rapports contractuels entre chaque distributeur et son fournisseur doivent s'élaborer, par l'intermédiaire du réseau qui sera doté d'une personnalité morale, définie par décret. Le réseau et le fournisseur définiront en commun les modalités de vente, les moyens et la politique de prix. Les objectifs et les territoires étant soumis aux rapports bilatéraux entre chaque distributeur et fournisseur » [Les italiques sont les nôtres]

170 J. THREARD, *loc. cit.*, note 166, 33 et Jacques Le CALVEZ, *Evolution et rôle des clauses d'exclusivité. Les aspects juridiques des conventions de concession exclusive*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris I, 1979, note 156, p. 535 et suiv.

employés et ce, indépendamment du contrat unissant l'entreprise et ses membres, que ce soit par un contrat de travail, de concession ou de mandat.

La personnalité morale du réseau aurait permis à la concertation de pouvoir s'exprimer. Cette concertation était, pour ces auteurs, nécessaire dans les faits d'où la possibilité de lui donner une existence en droit. Ainsi, le réseau aurait pu être l'intermédiaire de cette concertation entre les concessionnaires et les concédants pour discuter de leurs intérêts communs¹⁷¹.

Les concessionnaires et le concédant auraient pu convenir en commun des modalités de vente des marchandises. Ceci aurait empêché que le concessionnaire soit seul à décider et à imposer des conditions de vente ce qui aurait pour effet de protéger les concessionnaires contre les risques financiers de la commercialisation de leurs produits. De plus, les parties auraient pu s'entendre sur la politique des prix à appliquer. Il faut préciser qu'en France, les prix ne peuvent être imposés par le concédant, mais ils peuvent être conseillés¹⁷². Bref, il aurait été important, pour certains auteurs, que les parties discutent ensemble de la politique financière, industrielle et commerciale de l'entreprise concédante¹⁷³.

Ces propositions de lois ont soulevé plusieurs griefs. Entre autres, on leur reprochait de réunir dans le groupement seulement les franchisés et d'exclure le franchiseur. L'existence d'un réseau sans concédant ou franchiseur¹⁷⁴ n'était pas possible. L'imposition d'un groupement aurait été, pour plusieurs, peu performant et aurait pu mener au totalitarisme. La collectivisation aurait dépossédé le franchisé quant à la sauvegarde de ses droits. Ces propositions de loi ne tenaient pas compte de la nature du contrat de concession ou de franchise qui est de permettre la répétition d'un système et la collaboration entre les parties. La proposition Turco allait même jusqu'à appliquer le droit du travail aux concessionnaires ou aux franchisés.

171 J. THREARD, *loc cit.*, note 166, 35.

172 Voir J.-M. LELOUP, *op cit.*, note 37, p.D¹¹ et en droit canadien voir la *Loi sur la concurrence*, art. 61 (1) b)

173 Voir J. Le CALVEZ, *op. cit.*, note 170, p. 543.

174 A. ROLLAND, *op cit.*, note 37, n° 418, p. 271.

Enfin, en permettant au réseau et au fournisseur de définir ensemble les modalités de vente et les prix à appliquer (proposition Turco), elles ne tenaient pas compte des raisons du succès de la franchise qui consistaient en l'expérimentation d'un système et de son actualisation.

La non-reconnaissance de la personnalité morale du réseau s'est avérée une bonne décision tant sur le plan pratique que sur le plan prétorien. Sur le premier plan, on a remplacé en France la formation d'une personnalité morale par la création de comités représentant les franchisés. Dans certains cas, ces comités sont mixtes. Ils sont composés de franchiseurs et de franchisés. Ceci a eu pour effet d'améliorer les méthodes de communication et de collaboration au sein des réseaux¹⁷⁵.

Sur le deuxième plan, les tribunaux français ont renforcé et affiné la notion juridique de réseau. Dans l'arrêt *Société «Télé-Paris» c. Société des Établissements Boulanger & autres*¹⁷⁶, la Cour de cassation a sanctionné l'atteinte portée à l'exclusivité d'un élément du réseau (Société Boulanger) par un autre élément de ce réseau (Société «Télé-Paris») dans les termes suivants :

«Attendu que le contrat liant la société Laden à la société 'Télé-Paris' qui est produit, interdisait à cette société, ainsi que le relève la Cour d'appel, qui retient que la société Télé-Paris a méconnu délibérément le secteur attribué à un autre concessionnaire et qu'elle a passé outre à la protestation élevée par la société Laden, lorsque cette société a appris les ventes réalisées par la société 'Télé-Paris' dans le secteur concédé à la société Boulanger, a pu décider que les agissements de la société Télé-Paris constituaient des actes de concurrence déloyale.»¹⁷⁷

La Cour a également statué sur le grief formulé par l'appelante, la Société «Télé-Paris», qui alléguait que la demande formulée par la Société Boulanger était nouvelle en appel parce qu'elle invoquait une nouvelle base à son action, soit la responsabilité délictuelle, car, pour cette dernière, «Télé-Paris» avait commis des actes de concurrence

175 J.-M. LÉLOUP, *op. cit.*, note 37, p. D21 et D22.

176 Cass. Com. 22 fév. 1967, Bull. 1967. III, n° 85, p. 81.

177 *Id.*, 81

déloyale contrairement au pourvoi originaire où elle avait basé son action sur la responsabilité contractuelle.

La Cour a décidé que les conclusions en appel de la Société «Télé-Paris» étaient fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle et que son action contre la Société Laden, société concédante, était fondée sur la responsabilité contractuelle.

M. Leloup trouve cette discussion sur la nature de l'action intéressante. Il croit que l'on devrait reconnaître aux conventions entre concédants et concessionnaires un caractère pluraliste et non bilatéral comme le veut la règle générale. Ainsi, on pourrait permettre à un franchisé d'exiger l'exécution des obligations d'un autre membre du réseau. Cette action découlerait de la structure même du réseau et en serait, dans les faits, un effet.

L'auteur veut donc obtenir ici une exception au principe de l'effet relatif des contrats. Selon ce principe, un contrat ne produit des effets qu'entre les parties. Seules ces dernières peuvent se prévaloir des droits et des obligations qui y sont contenues¹⁷⁸. Pour contourner ce principe, il faut une exception comme l'effet absolu du droit réel, la stipulation pour autrui et l'acceptation tacite de l'obligation¹⁷⁹.

M. Leloup a également retenu l'idée de l'action directe d'un concessionnaire lésé contre un concessionnaire fautif basée non pas sur la responsabilité délictuelle mais sur la

178 Voir Jean-Louis GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, thèse de doctorat, t. 1, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977, p. 37; en droit québécois, voir Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 234 et 235. La source de ce principe en droit français : les art. 1165, 1119, 1120 et 1122 C.c.fr. et en droit québécois : les art. 1023, 1028 et 1030 C.c.B.C.

179 Dans l'état actuel du droit français et du droit québécois, il est possible pour un concessionnaire lésé de prendre un recours contractuel contre le concédant qui reste inactif face à l'empiètement de son territoire par un autre concessionnaire. Ce recours ne découle pas du principe relatif des contrats mais du principe de l'opposabilité du contrat. Ce dernier principe oblige les tiers à respecter un contrat même s'il ne leur crée pas de droits ou d'obligations. Le concessionnaire peut obtenir réparation du préjudice. Toutefois, il ne peut réclamer au concédant que ce qui lui est personnel c'est-à-dire qu'il ne peut lui demander réparation pour le concessionnaire-fautif lorsque le concédant n'a pas été tolérant ou inactif. Le concessionnaire lésé peut aussi prendre action sur le plan délictuel contre le concessionnaire-fautif et il peut obtenir réparation pour son préjudice causé par l'empiètement dans l'exclusivité du concessionnaire lésé. Cette action personnelle peut aussi être prise pour toute autre atteinte à l'intérêt du réseau. D'autres recours sont également possibles lorsqu'un des membres du réseau agit de manière fautive. Il y a l'action oblique qui est considérée par certains comme une exception légale à la règle qui veut que le contrat ne donne des droits qu'aux parties. D'autres ne retiennent pas cette action comme une exception parce que le créancier du cocontractant n'exerce que les droits de celui-ci afin d'y faire rentrer une valeur dans le patrimoine de ce dernier. Ce créancier ne retire donc aucun droit du contrat.

stipulation pour autrui¹⁸⁰. Cette dernière serait faite dans le contrat par le concedant qui serait le stipulant, le concessionnaire fautif, le promettant, et le concesssionnaire lésé, le tiers bénéficiaire. Le fondement de l'action nous semble fragile puisqu'on ne connaît pas au moment de la signature du contrat qui sera le promettant et le tiers bénéficiaire. Il faut se souvenir qu'une des conditions essentielles de la validité de la stipulation réside dans le fait que le bénéficiaire doit être déterminé ou déterminable au moment de la signature du contrat¹⁸¹.

L'auteur argumente que chacun des concessionnaires est à la fois promettant et stipulant à la signature du contrat et que chaque membre du réseau s'engage en fonction de l'engagement des autres. Comme il y a unité de cause, on pourrait accepter le fondement de l'action. Pour la raison donnée ci-haut nous rejetons cette argumentation.

Au Québec, il n'y a pas eu de proposition de loi visant à reconnaître la personnalité morale du réseau. Toutefois, la jurisprudence québécoise lui a octroyé dans l'arrêt, *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*¹⁸², une solidarité juridique tout comme le droit français. En appel d'un jugement acceptant une requête pour rejet d'allégations non-pertinentes, la Cour d'appel, en rappelant la notion de pertinence, a conclu que l'élément de base du litige était la reconnaissance de l'existence du réseau. Dans cette affaire, les franchisés s'étaient vu obligés, par une requête en disjonction d'actions, de les séparer. Comme ils voulaient prouver une mauvaise gestion de l'ensemble du réseau par les franchiseurs, ils ont amendé leur déclaration pour faire référence aux autres contrats. Les franchiseurs formulèrent une requête pour faire radier ces obligations qu'ils jugeaient non pertinentes.

Voici comment la Cour a tranché le débat en faveur des franchisés .

«Sommes toutes, les intimés ayant choisi de constituer un réseau, y ayant rélééré spécifiquement dans chacun des contrats de franchise octroyés et ayant créé à l'égard de chaque franchisé des normes communes et des obligations réciproques de l'un envers l'autre, ces intimés ne peuvent maintenant se

180 J.-M. LÉLOUP, *op cit*, note 37, p. D21

181 J.-L. BAUDOUIN, *op cit*, note 178, pp 263 et 264.

182 J.E. 88-136 (C A).

retrancher derrière l'individualité de chaque contrat pour éviter de répondre aux griefs que l'un ou l'autre franchisé veut faire valoir relativement à leur conduite dans la mesure où elle porte atteinte à l'ensemble du réseau et, partant, à leurs intérêts individuels.»¹⁸³

2- Les distinctions entre un réseau et un groupement

Ayant analysé la notion de réseau de distribution, il nous faut maintenant la distinguer d'avec celle du groupement. Ce dernier terme peut être utilisé au sens large et au sens strict. Dans le premier cas, il vise «la réunion de personnes ou de choses groupées»¹⁸⁴. Ainsi le professeur Champaud¹⁸⁵ traite des groupements de société et des groupements contractuels. Les premiers impliquent que les parties sont unies par un lien de droit alors que les deuxièmes ne le sont pas forcément puisqu'ils peuvent être unis par un contrat d'intégration. Par exemple, dans la distribution, un concédant s'unit par contrat à plusieurs concessionnaires qui ne sont pas toutefois unis entre eux.

Dans le deuxième cas, le sens strict du terme vise les formes juridiques du droit des groupements, soit la société, la coopérative et, plus spécifiquement en droit français, le groupement d'intérêt économique. Nous croyons qu'il est possible d'ajouter à ce sens restreint le groupement dont les membres seraient tous unis par contrat et auraient donc un lien de droit entre eux. C'est ce que propose M. Calvez dans sa thèse pour reconnaître le groupement de concessionnaires ou de franchisés¹⁸⁶ qui unit ces deux groupes. Donc il peut s'agir d'une double forme juridique.

En résumé, le réseau ne crée pas de lien de droit sur le plan juridique mais il en crée sur le plan économique puisqu'il peut y avoir dans les faits coopération avec les concessionnaires. Quant au groupement, il a une existence juridique assurée puisqu'il crée un lien de droit entre les parties.

L'étude des critères économiques nous a démontré que la distribution ne touchait que les produits et les marchandises, les services en étant écartés puisqu'ils ne peuvent faire

183 *Id.*, 7

184 *Petit Larousse Illustré* 1991, Paris, Librairie Larousse, 1990, p. 489.

185 Claude CHAMPAUD, «Les méthodes de groupement des sociétés», (1967) 20 *Rev. trim. dr. comm.* 1003.

186 J. Le CALVEZ, *op. cit.*, note 170, p. 495 conteste l'utilisation du terme groupement.

l'objet de transfert de droits réels. Nous avons vu également que le fabricant créait des réseaux de distribution en s'attachant des distributeurs par contrat. Ce contrat a pour effet d'intégrer l'entreprise du distributeur à celle du fournisseur. Nous devons maintenant nous demander comment cette intégration se réalise. À cette fin, nous avons élaboré deux critères juridiques qui ont un pouvoir intégrateur : la clause d'exclusivité et la ou les clauses de contrôle.

Sous-section 2 - Les critères juridiques

L'exclusivité et le contrôle sont nos deux critères juridiques. Ils ont tous les deux un pouvoir intégrateur certain. La clause d'exclusivité a pour effet de couper le distributeur du marché lorsqu'elle l'oblige à s'approvisionner exclusivement ou quasi-exclusivement chez son fournisseur. Quant aux clauses de contrôle, elles permettent au fournisseur d'avoir la mainmise sur la gestion de l'entreprise du distributeur qui devient à son «service». Nous déterminerons entre ces deux critères celui qui a le plus grand pouvoir intégrateur.

§ I- Le critère de l'exclusivité

Dans l'étude du critère de l'exclusivité, nous expliquerons la notion et son contenu. L'analyse de la notion portera sur son origine, sa définition, les distinctions qu'il y a entre la clause d'exclusivité et la clause de non concurrence pour terminer par les effets de l'exclusivité tant sur le plan juridique que sur le plan économique. L'analyse du contenu aura trait à l'étude des clauses «dites» voisines de la clause d'exclusivité soit la clause de minima et la clause de quota ainsi que les diverses sortes d'exclusivité.

A) La notion d'exclusivité

Selon le professeur Plaisant, «il y a exclusivité lorsqu'une personne s'engage à traiter certaines opérations en passant seulement par l'intermédiaire d'une autre personne»¹⁸⁷. La clause d'exclusivité est donc d'origine conventionnelle et dépend de la volonté des parties au contrat. Elle ne se présume. Elle doit être expressément stipulée.

Cette clause établit une relative stabilité des relations contractuelles puisque son application est échelonnée dans le temps et crée ainsi une collaboration étroite entre les parties. C'est pourquoi, on l'a souvent assimilée à la clause de non-concurrence. Ces clauses sont cependant très différentes l'une de l'autre.

La clause d'exclusivité limite l'exercice d'une activité en imposant certaines modalités¹⁸⁸. Elle engage le débiteur à interdire l'accès du marché réservé à tout autre

¹⁸⁷ Robert PLAISANT, «Les contrats d'exclusivité», (1964) 17 *Rev. trim. dr. comm.*, 1.

¹⁸⁸ *Ibid.*

distributeur de marchandises¹⁸⁹ et elle a pour effet de limiter l'exercice d'une activité concurrente ou non-concurrente. Elle ne s'applique que pour l'exécution du contrat et elle doit être expressément stipulée.

La clause de non-concurrence, au contraire, tend à interdire l'exercice d'une activité qui est concurrente à celle du créancier de l'exclusivité. Elle engage le débiteur à ne pas concurrencer son créancier. Elle produit ses effets pendant et après l'exécution du contrat et peut être présumée dans celui-ci.

La clause d'exclusivité revêt deux aspects en tant que manifestation de la liberté contractuelle : un aspect juridique restreignant la liberté individuelle d'une ou des deux parties contractantes, et un aspect économique limitant la liberté de la concurrence et de commerce.

Sur le plan juridique, la clause d'exclusivité est une restriction à la liberté individuelle parce qu'elle ne permet pas de choisir son cocontractant. Elle a pour effet d'enchaîner la volonté par la volonté. La partie cocontractante se voit imposer une obligation de faire puisqu'elle doit toujours contracter avec une personne déterminée à l'avance¹⁹⁰. Elle se voit aussi imposer une obligation de ne pas faire puisqu'elle doit s'adresser uniquement à la partie cocontractante pour la fourniture d'un produit ou d'un service.

Sur le plan économique, la clause d'exclusivité est une restriction à la liberté de la concurrence parce qu'elle est contraire au principe économique de la loi de l'offre et de la demande¹⁹¹. Elle a pour effet de placer les tiers en dehors du réseau de distribution¹⁹².

La libre concurrence sera plus ou moins forte selon l'étendue de la clause d'exclusivité et la sorte d'exclusivité : unilatérale ou réciproque. Dans le cas d'une exclusivité unilatérale, une seule partie se verra soustraite à la libre concurrence, dans le cas

189 D. BACHET, *op. cit.*, note 97, p. 6.

190 *Id.*, p. 8.

191 *Id.*, p. 9.

192 Voir *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, (1975) 2 R.C.S. 236; *Montreal Gaz Company c. Consumers gaz company of Montreal*, (1894) 6 C.S. 140.

d'une exclusivité réciproque, la liberté de concurrence sera supprimée pour les deux parties, celles-ci étant enchaînées l'une à l'autre.

B) Le contenu de l'exclusivité

Il y a plusieurs sortes d'exclusivité : totale ou partielle, simple ou réciproque, territoriale, territoriale renforcée ou territoriale absolue. La présence d'une clause d'exclusivité territoriale fait conclure à la présence d'un contrat de concession commerciale ou de franchise parce qu'elle en est une condition de validité ou un critère d'existence¹⁹³. Lorsqu'il n'y a pas d'exclusivité territoriale, on peut avoir affaire à deux catégories de contrats : (1) les contrats de distribution sans exclusivité d'approvisionnement et (2) les contrats de distribution avec exclusivité d'approvisionnement¹⁹⁴.

Comme on peut le constater, la sorte d'exclusivité sert à départager les contrats de distribution. L'exclusivité est souvent couplée avec une clause de minima ou de quota¹⁹⁵. Parfois, lorsque les parties contractantes ne veulent pas se lier par une clause d'exclusivité, elles prévoient seulement une clause de minima ou de quota. C'est pourquoi on les appelle les clauses «voisines» de l'exclusivité.

On appelle clause d'exclusivité totale celle par laquelle le débiteur s'engage à ne traiter qu'avec le créancier de l'exclusivité durant l'exercice de son activité commerciale. Cette clause est très contraignante puisqu'elle assujettit économiquement et totalement le débiteur de l'exclusivité à son créancier. Cette clause est licite même si, dans certains contrats, elle entraîne la subordination juridique du débiteur à son partenaire.

On appelle clause d'exclusivité partielle celle par laquelle le débiteur s'engage à ne traiter avec son créancier que pour un type ou une collection de produits ou de services.

193 P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 29, 121 et suiv. Voir B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 44, 121. En droit québécois, le contrat de franchise doit posséder une clause d'exclusivité selon la décision *Marché Valérien Inc. c. N.A. Services Inc.*, J.E. 89-609 (C.S.). En droit français, la présence d'une telle clause dans ce contrat n'est pas obligatoire. Voir Y. GUYON, *op. cit.*, note 1, p. 825 et Gerard CAS (dir.), *Lamy droit économique- Concurrence- Distribution- Consommation*, Paris, Lamy, 1988, p. 1011.

194 Claude CHAMPAUD et René RODIERE, «À propos des 'pompiers de marques' - Les contrats de distribution intégrés et la marge commerciale du distributeur», *J.C.P.* 1966, I, 1988. Nous traiterons des obligations de ces contrats au dernier chapitre.

195 *Infra*, p. 85 pour la définition de ces clauses.

Par conséquent, lors de la formation du contrat, cette clause doit préciser les produits ou les services concernés.

La clause d'exclusivité partielle a été rapprochée du pacte de préférence quand elle ne prévoyait pas un volume minimal d'opération. Dans ce cas, le débiteur est obligé de traiter uniquement avec le créancier lorsqu'il veut acheter les marchandises sujettes à l'exclusivité. Celles-ci ne constituent toutefois pas toutes les marchandises de son commerce.

À l'encontre de cette analyse, on a fait remarquer que le pacte de préférence n'avait pas le même but que la clause d'exclusivité. En effet, il permet l'existence de la libre concurrence entre le bénéficiaire du pacte et les autres sollicitants alors que la clause d'exclusivité a pour but de supprimer toute concurrence en établissant un monopole pour le créancier. Ce dernier n'est plus en compétition avec d'autres contractants même si ceux-ci peuvent offrir des conditions intéressantes au débiteur de l'exclusivité car il a renoncé à sa liberté de choix.

La clause d'exclusivité peut aussi être simple ou réciproque. Elle est simple (unilatérale) lorsqu'un seul des contractants bénéficie de l'exclusivité. Elle est réciproque (croisée) lorsque les deux contractants bénéficient d'une exclusivité.

L'exclusivité simple augmente le courant d'affaires entre les parties contractantes en donnant à l'une un monopole — donc une sécurité — et en interdisant à l'autre de faire affaires avec les compétiteurs de son partenaire contractuel.

L'exclusivité réciproque a pour effet d'enlever aux deux parties contractantes la liberté de choisir leurs partenaires contractuels. Celles-ci s'excluent volontairement du marché pour se trouver liées par des liens de collaboration.

L'exclusivité simple recouvre deux types d'obligation : l'obligation de fourniture exclusive et l'obligation d'approvisionnement exclusif. Ces obligations se retrouvent respectivement dans le contrat de fourniture exclusive et le contrat d'approvisionnement exclusif. Dans le premier contrat, c'est le fabricant seulement qui s'engage à livrer sa production entière soit à une entreprise de transformation, le plus souvent agricole, soit à un distributeur, soit à un consommateur directement. Lorsque ce contrat est utilisé en matière

commerciale, le distributeur ne se lie pas pour une obligation d'exclusivité réciproque. Il lui est possible d'acquérir les produits de d'autres fournisseurs.

Dans le deuxième contrat, c'est le distributeur qui s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès d'un fabricant qui conserve la liberté d'approvisionner d'autres distributeurs.

Quant à l'exclusivité réciproque, elle se retrouve dans deux types de contrats : le contrat de concession et le contrat de franchisage. Sans les définir comme tel, nous dirons que le fournisseur de biens ou de services s'engage à fournir exclusivement le distributeur sur un territoire déterminé et au retour, ce distributeur s'engage à s'approvisionner — ou à ne traiter — qu'exclusivement avec le fournisseur.

Comme nous le mentionnions précédemment, dans le cas de concession et de franchise, l'exclusivité consentie par le fournisseur au distributeur est renforcée par l'action d'un territoire d'activité à l'intérieur duquel le distributeur est approvisionné. Ce «territoire» peut être plus ou moins grand c'est-à-dire, qu'il peut viser une rue, un quartier, une région, une province...

La clause d'exclusivité territoriale est dite simple lorsqu'elle ne lie que le fournisseur. Celui-ci s'engage à ne fournir aucun autre distributeur sur le territoire alloué. En revanche, le distributeur peut revendre ses produits hors de son territoire. Cette clause a pour effet de ne pas protéger les autres distributeurs exclusifs contre la concurrence qu'ils peuvent se livrer entre eux.

La clause d'exclusivité territoriale est dite renforcée lorsqu'elle lie à la fois le fournisseur et le distributeur. Le fournisseur s'engage à ne fournir que le distributeur dans le territoire concédé et le distributeur s'engage à ne pas vendre les produits du fournisseur en dehors dudit territoire. Ceci a pour effet de protéger les distributeurs exclusifs¹⁹⁶.

La clause d'exclusivité territoriale peut être aussi absolue. Dans ce cas, le fournisseur exige du distributeur qu'il impose à ses clients de ne pas exporter les produits en dehors du secteur où ils sont commercialisés et ce, en plus d'exiger de lui, de ne pas

¹⁹⁶ Voir G. CAS (dir.), *op. cit.*, note 193, n° 3309, pp. 893 et 894.

répondre aux commandes des clients qui ne sont pas dans son secteur. D'où le qualificatif de clause «absolue» : elle a pour effet d'entraver la libre circulation des produits.

La clause d'exclusivité territoriale absolue est fréquemment utilisée dans le commerce international. Sa validité a été analysée au regard des règles relatives à la concurrence. Elle a été sanctionnée, en droit européen, par l'article 85 I du *Traité de Rome*. Le contrat, contenant une telle clause, a été déclaré nul.

Le fournisseur peut apporter à son profit une atténuation à la clause d'exclusivité territoriale en ajoutant au contrat la clause de «clientèle réservée». Cette clause lui permet d'approvisionner directement certaines entreprises situées dans le territoire concédé au distributeur exclusif. En général, cette clause est stipulée en faveur de personnes, de clients et d'associations -- qui venant du secteur concédé -- peuvent s'approvisionner au siège du fournisseur ou dans ses magasins. Parfois, elle est stipulée en faveur d'administration, de sociétés nationales, d'hôtels, de restaurants.

On a tendance à délaisser de nos jours la notion «d'exclusivité territoriale» pour la remplacer par celle, plus large, de «zone de responsabilité principale». Plusieurs raisons expliquent cet assouplissement de la répartition du marché. D'abord, l'abandon de l'exclusivité territoriale empêche tout contentieux de se former quant au partage rigoureux des territoires. Ensuite, l'attribution d'une zone de responsabilité a pour effet d'assurer une meilleure répartition de la clientèle et une meilleure pénétration du marché puisque cette zone est établie en fonction de critères géographiques et de critères relatifs aux catégories d'acheteurs¹⁹⁷. Enfin, l'attribution d'une zone au distributeur, au lieu d'un territoire, l'incite à être plus dynamique.

La clause d'exclusivité peut aussi être couplée avec un engagement d'approvisionnement ou de vente minimum. Cet engagement est généralement contenu dans une clause de «quota»¹⁹⁸, de «minima» ou «de coefficient de pénétration».

La doctrine et la pratique utilisent indifféremment ces expressions pour désigner des clauses qui, même si elles recouvrent une même idée : l'établissement d'un courant

197 P. PIGASSOU, *loc. cit.*, note 1, 480.

198 L'expression clause de «quota» est souvent employée de façon générique pour désigner la clause de quota, de minima ou de coefficient de pénétration.

minimum d'affaires entre le concédant et le concessionnaire, n'ont pas toutefois les mêmes références contractuelles.

C'est pourquoi nous nous devons de distinguer les clauses ayant pour but un engagement d'approvisionnement minimum, comme la clause de minima et de quota, et les clauses ayant pour but un engagement de vente minimum, comme les clauses de «coefficient de pénétration».

Il est à noter que ces clauses peuvent exister dans un cas sans la présence d'une exclusivité comme nous le mentionnions précédemment¹⁹⁹. D'où le qualificatif de "voisines" donné à ces clauses par rapport à celles de l'exclusivité.

- Les clauses visant un engagement d'approvisionnement :

Les auteurs Bout, Cas et Ferrier donnent les définitions suivantes de la clause de «minima» et de la clause de «quota»

«La clause de minima est celle par laquelle le débiteur s'engage à contracter avec son partenaire pour une valeur minimale ou un volume minimal de marchandises.»

«La clause de quota est celle par laquelle le débiteur s'engage à contracter pour une certaine fraction de son chiffre d'affaires ou du volume des marchandises qu'il produit ou distribue.»²⁰⁰

La clause de minima peut être rédigée de manière à imposer au concessionnaire une obligation ferme d'achat d'une quantité déterminée de produits. Cette quantité minimale de produits peut être fixée, soit en unités vendues, soit ventilée par catégories de produits.

La clause de minima peut aussi imposer au concessionnaire une obligation de réaliser un chiffre annuel minimum d'achat auprès de la société concédante. Ce chiffre minimal peut représenter une fraction du chiffre d'affaires du concédant. Dans ce dernier cas, les concédants, importateurs exclusifs de marchandises produites dans des pays où la monnaie

¹⁹⁹ *Supra*, p. 78.

²⁰⁰ G. CAS (dir.), *op. cit.*, note 193, n° 3303, p. 891.

est forte, doivent se prémunir contre tout risque de dévaluation. En effet, toute dévaluation peut avoir pour effet d'entraîner une augmentation fictive du chiffre minimal.

Pour parer à cette éventualité, les sociétés concédantes fixent les clauses de minima par année ou par semestre. Ces clauses peuvent également être fixées pour plusieurs années. Dans la dernière situation, les concédants prévoient un coefficient de progression qui est basé sur une augmentation en pourcentage du volume minimal d'achat de l'année ou du semestre précédent. Le coefficient de progression doit aussi être fixé en fonction des objectifs globaux de la société concédante et des possibilités du marché du concessionnaire.

Les clauses de minima sont parfois élaborées selon la demande potentielle. Le concessionnaire s'oblige, dans ce cas, à acheter à la société concédante pour une valeur totale établie par année et calculée selon un montant X de dollars hors taxe par habitant résidant dans son secteur, multiplié par le nombre d'habitants.

Il n'est pas facile, à la lumière des définitions données plus haut, de distinguer la clause de quota de la clause de minima. Toutefois, on peut constater, à la lecture de ces définitions, que la clause de minima constitue une promesse d'achat d'une quantité minimale de produits alors que la clause de quota constitue une obligation d'atteindre un objectif de vente déterminé²⁰¹.

La clause de quota n'est donc pas une promesse d'achat. C'est une stipulation prévoyant «l'étendue quantitative des diligences»²⁰² que le concessionnaire doit assumer.

On peut encore distinguer la clause de minima et la clause de quota au moyen d'une opposition en affirmant que la première est celle par laquelle le concessionnaire s'oblige à *acheter* un minimum de produits alors que la deuxième est celle par laquelle le concessionnaire s'oblige à *vendre* un minimum de produits²⁰³.

Il peut sembler contradictoire de classer la clause de quota comme un engagement d'approvisionnement. Cependant, lorsqu'on y réfléchit bien, l'obligation de réaliser un certain quota de vente implique comme corrolaire le besoin de s'approvisionner chez son

201 P. BECQUE, «Les clauses de 'quota' dans les contrats de concession exclusive», (1985) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise* 21, 22.

202 P. Le TOURNEAU, sous Paris, 19 octobre 1981 : *Gaz. Pal.* 1982, J.P. 420.

203 P. BECQUE, *loc. cit.*, note 201, 22.

concedant. Ainsi, la clause de quota n'est qu'une clause de minima dévoyée. Elle a pour but d'éviter que les tribunaux ne transforment en contrat de vente, la concession exclusive.

En effet, l'obligation d'achats imposée au concessionnaire dans une clause de minima, peut inciter les tribunaux à qualifier la concession de contrat de vente et engendrer ainsi des conséquences quant à la détermination du prix dans le contrat cadre par exemple. La clause de quota est donc aussi contraignante que la clause de minima et comme elle, beaucoup plus vigoureuse que la clause «de coefficient de pénétration» qui n'a pas de lien direct avec l'obligation d'approvisionnement du concessionnaire.

- Les clauses visant à fixer les objectifs de vente à réaliser :

La clause de coefficient de pénétration a tendance à remplacer la notion trop rigide de quota, notamment dans le secteur automobile. M. Becqué définit le coefficient de pénétration de la manière suivante :

«Le coefficient de pénétration est un pourcentage de vente qui est fixé comme objectif au concessionnaire, pendant la durée du contrat, par rapport aux ventes totales d'automobiles de la zone géographique concédée, toutes marques confondues.»²⁰⁴

La clause de coefficient de pénétration n'oblige pas le concessionnaire à parvenir à un résultat. Elle l'oblige seulement à fournir la diligence nécessaire pour tenter d'y parvenir. Cette clause ne prévoit donc qu'une obligation de moyens car elle contient trop d'éléments étrangers au concessionnaire pour le lier par une obligation de résultat, comme c'est le cas pour la clause de quota.

La clause d'exclusivité possède plusieurs facettes. Elle constitue à notre avis le critère intégrateur par excellence lorsqu'elle a pour effet d'imposer au distributeur un engagement d'approvisionnement *total* ou *quasi-total* de ses marchandises auprès de l'entreprise concédante. Elle le coupe alors du marché et de la vie contractuelle extérieure à celle établie entre lui et l'entreprise concédante. Cette intégration entraîne pour le distributeur la perte de sa clientèle et de son pouvoir de décision car il est soumis à la volonté de l'entreprise intégrante et il doit desservir sa clientèle.

²⁰⁴ *Id.*, 24.

L'exclusivité d'approvisionnement totale ou quasi-totale a un plus grand pouvoir intégrateur lorsqu'elle est doublée d'une clause de minima ou de quota²⁰⁵. Pour posséder un réel pouvoir intégrateur, l'exclusivité peut être simple ou totale ou encore réciproque. Dans le premier cas, elle coupe une partie du marché et c'est généralement le distributeur. Dans le deuxième cas, elle coupe les deux parties du marché.

L'intégration dans le domaine de la distribution implique que la clause d'exclusivité ait pour effet d'obliger le distributeur à mettre son activité ou son entreprise au service du concédant. La force de l'intégration sera proportionnelle à la durée de la clause d'exclusivité. Plus elle sera longue et plus elle coupera le distributeur du marché²⁰⁶.

La majorité de la doctrine tant française que québécoise a adopté comme critère juridique d'intégration l'exclusivité²⁰⁷. Un auteur français²⁰⁸ croit que le critère à retenir comme étant le plus intégrateur est celui du contrôle car l'objet d'un contrat de distribution intégrée est de contrôler de façon plus ou moins étroite l'exercice de l'activité du distributeur ou de son entreprise. Nous croyons que le critère de contrôle possède un pouvoir intégrateur important après celui de l'exclusivité.

§ 2- Le critère du contrôle

Dans l'étude du critère de contrôle, nous verrons sa notion et son contenu. L'étude de la notion implique l'analyse des formes de contrôle. Dans le contenu, nous étudierons les différentes clauses qui permettent de contrôler l'activité du distributeur.

A) La notion de contrôle

La notion de contrôle est au coeur du phénomène de la concentration puisqu'elle naît de la forme de concentration²⁰⁹ choisie par les entreprises. Elle peut provenir d'une

205 G.J. VIRASSAMY, *op. cit.*, note 1, p. 146.

206 *Ibid.*

207 Voir G. FARJAT, *op. cit.*, note 1, p. 230; B. GRELON, *op. cit.*, note 34, p. 166 et suiv. et C. SAMSON, «Le contrat de concession commerciale et le libre marché», (1980) 21 *C. de D.*, 787.

208 P. PIGASSOU, *loc. cit.*, note 1, 502.

209 Voir nos propos antérieurs sur la concentration, *supra*, p. 61 et suiv.

puissance patrimoniale ou d'un pouvoir de marché²¹⁰. Elle n'est pas facile à définir car elle est à la limite entre le droit et l'économie. Néanmoins, certains auteurs s'y sont risqués. Le contrôle a été perçu par certains comme «la mainmise effectuée par un capitaliste sur les capitaux ou des moyens de production» et par d'autres comme «le droit de disposer des biens d'autrui comme un propriétaire»²¹¹.

Dans l'étude des contrats de distribution intégrée, c'est la notion de contrôle économique et contractuelle qui doit être retenue. Une entreprise acquiert le contrôle sur de petites firmes grâce à sa position dominante sur le marché (pouvoir de marché). Elle les dirige et oriente même leur gestion de par sa force économique. Souvent, même si elle les domine économiquement, elle leur fait signer un contrat pour les assujettir. D'où l'expression contrôle économique et contractuelle.

Ce contrôle se rapproche du contrôle patrimonial d'une société sauf qu'ici l'entreprise dominante n'a pas de part social dans le capital-actions de la société donnée. Ce contrôle économique et contractuelle se manifeste par un ensemble de clauses contractuelles.

B) Le contenu du contrôle

Le contrôle des activités des distributeurs par les concédants est aujourd'hui une pratique courante dans les contrats de distribution intégrée. Ce contrôle peut consister soit en une maîtrise de l'activité du distributeur en lui imposant des normes à respecter, soit en un droit de regard de la bonne application de ses normes²¹².

Les normes commerciales imposées par le concédant peuvent être nombreuses. Leur présence nous incite à conclure à un contrat de distribution intégrée. Sans les énumérer de manière exhaustive, nous nous contenterons d'étudier les principales. On les retrouve sous forme de clause au contrat et elles portent sur les quantités à distribuer, sur la

210 G. FARJAT, *op cit*, note 1, p. 156.

211 *Ibid*, citant MM. Claude et Champaud à la note 203.

212 M. Virassamy donne au terme contrôle son sens strict qui veut dire «vérification». Les clauses de contrôle ne portent que sur le droit de regard en vertu de son opinion. D'autres auteurs donnent un sens large à ce terme. Ils y incluent le sens strict et le sens de «maîtrise», de «direction». Voir sur cette dernière opinion A. ROLLAND, *op cit*, note 37, pp. 24 et 25; P. PIGASSOU, *loc cit*, note 1, 496-503.

politique de prix, sur l'emploi de techniques publicitaires, sur des normes techniques, sur les services offerts à la clientèle et sur l'obligation d'utiliser l'enseigne du fournisseur ou son nom commercial.

Ces clauses sont plus ou moins précises dans le contrat selon la nature du produit, la personne du distributeur et la politique commerciale du fournisseur. Les clauses relatives aux quantités à distribuer créent un courant d'affaire régulier et permanent entre les parties contractantes. Elles sont un signe typique du contrat de distribution intégrée. Elles ont pour objet de définir de manières variées le groupage et parfois l'assortiment. Elles définissent également l'état du stock de marchandises et des pièces détachées que le distributeur doit maintenir.

Nous nous attarderons à la première facette de ces clauses qui consiste à définir des quantités. On y retrouve au premier rang la clause de quota qui est la plus simple et la plus usuelle. Elle peut se présenter, soit comme une promesse d'achat d'une quantité donnée, soit comme une vente ferme à livraisons successives. Le quota peut porter sur un ou plusieurs produits.

Il y a, ensuite, la clause d'engagement de pénétration de marché qui est plus souple que la première puisqu'elle oblige le distributeur à préserver ou à accroître sa part de marché octroyée par son fournisseur par rapport aux concurrents. Cette clause permet de prendre en considération l'oscillation de la conjoncture économique pendant la période de référence.

En troisième lieu, il y a la clause d'approvisionnement exclusif qui porte sur les quantités. Le distributeur dans un tel cas représente une part du marché et l'on peut dire que la clause est égale au quota formé par la part du marché détenue par le distributeur.

Les obligations imposées par ces clauses ne caractérisent pas en elles-mêmes le contrat de distribution intégrée. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'elles imposent un niveau élevé d'achats qui a pour effet d'absorber la totalité ou la quasi-totalité de la capacité distributive du distributeur, le plaçant ainsi sous le contrôle du fournisseur²¹³. Le quota fixe par ces clauses a une influence plus grande sur la capacité distributive lorsqu'il s'apprécie non pas en fonction d'une quantité fixée pour un produit spécifique, mais en

213 *Sauve c. Dépanneur Jean-Claude Chartrand Inc.*, [1982] C.S. 810.

fonction de quantités fixées pour une gamme de produits, ce qui oblige le distributeur à maintenir un assortiment spécifique.

Les clauses relatives aux quantités à distribuer ne sont pas sans danger pour le distributeur. Lorsqu'il est obligé d'acheter ferme une quantité de produits, il court le risque de ne pas pouvoir les vendre. Par contre, le fabricant se verra avantagé par ces clauses puisqu'il pourra programmer sa production en fonction des quantités commandées.

Les clauses relatives à la politique de prix enlèvent aux distributeurs l'élément essentiel de leur politique commerciale : le prix de vente. Ils demeurent assujettis à celle du fournisseur qui leur impose dans une clause les prix à pratiquer et plus précisément le prix maximum des ventes à pratiquer. Le fabricant ne peut leur imposer un prix minimum de revente car les lois fédérales et provinciales sur la concurrence leur interdisent en tel procédé sous peine d'une amende.

Dans certains cas, la clause de prix peut être moins rigide. Elle se veut une recommandation des prix à pratiquer. Le fournisseur suggère une liste de prix à suivre. Dans les faits, les distributeurs les appliquent intégralement.

Les clauses se rapportant aux normes techniques sont usuelles dans les contrats de distribution intégrée. Les distributeurs doivent les suivre dans l'exercice de leur activité professionnelle pour obtenir les résultats désirés par le fabricant. Ces normes peuvent prendre la forme d'un manuel comme dans les contrats de franchise.

Les clauses sur le recours à la publicité sont très importantes pour le fournisseur puisqu'elles lui permettent de contrôler son image de marque et de créer de nouveaux besoins chez le consommateur. En général, ces clauses rendent obligatoire la participation des distributeurs aux campagnes publicitaires tant à l'échelon local, régional que national. Ceux-ci sont également obligés de participer au financement des campagnes selon un pourcentage de leur chiffre d'affaires.

Les clauses de service après vente sont également très importantes pour le fournisseur car la qualité de services offerts par ses distributeurs emportent souvent la

214 Voir l'article 34 de l'ordonnance française de 1986 et l'article 61 (1) b) de la loi canadienne sur la concurrence.

décision des clients d'acheter ou non le produit. À cet effet, le fournisseur oblige ses distributeurs à se munir de nombreuses pièces de rechange, à créer un service après vente ou à assurer la garantie du fournisseur sur le plan national. Il peut donc assumer la garantie d'un bien vendu par un autre distributeur membre du réseau.

L'un des aspects fondamentaux de la distribution intégrée consiste en l'obligation pour le distributeur d'utiliser l'enseigne du fournisseur ou son nom commercial sur ses papiers commerciaux, contrats et conditions générales. Cette obligation est renforcée par un accord de licence de marque.

Le distributeur devient ainsi un représentant du fournisseur aux yeux des clients. Cette situation le place, toutefois, en position précaire à la fin du contrat puisque la clientèle qu'il a créée est celle du fournisseur et non la sienne. Il aura donc de la difficulté à écouler le stock qui lui reste. Les clauses portant sur l'utilisation du nom du fournisseur, soit par l'enseigne, ne constituent pas à elle seule un indice suffisant pour conclure à la présence d'un contrat de distribution intégrée.

L'enseigne peut jouer, dans certains cas, le rôle d'un panneau publicitaire pour le fournisseur. Elle a cette fonction dans le contrat de revendeur agréé. Il ne faut donc pas conclure qu'un tel contrat est assimilable à un contrat de distribution intégrée qui définit les modalités de distribution pour permettre au fournisseur d'avoir un contact direct avec le consommateur.

Le fait qu'il n'y est pas de clauses relatives à l'utilisation du nom du fournisseur ne signifie pas non plus que nous ne sommes pas en présence d'un contrat de distribution intégrée. Le jeu combiné de diverses clauses au contrat, telle la clause d'approvisionnement exclusif qui vise la quasi-totalité des marchandises revendues par le distributeur, a pour effet de contraindre économiquement celui-ci à se présenter comme le «représentant» du fournisseur pour vendre ses marchandises et à exercer son activité sous le nom de ce dernier.

Les clauses qui donnent au fournisseur un droit de regard général sur l'activité de ces distributeurs sont typiques des contrats de distribution intégrée. Ce contrôle a un objet et des modalités variés. Son objet peut porter sur la gestion comptable et financière, sur la qualité technique des prestations, sur les initiatives publicitaires des distributeurs, sur l'agencement du magasin et sur ses partenaires financiers et commerciaux.

Quant à ses modalités, la clause peut donner un droit de visite et d'inspection des installations du distributeur. Le fournisseur exerce ce droit au moyen d'inspecteurs qu'il désigne pour faire la vérification. La clause peut aussi prévoir la communication au fournisseur des livres comptables, du bilan et de tous les documents dont il a exigé la tenue et l'élaboration.

Toutes ces clauses qui imposent des obligations aux distributeurs et impliquent leur contrôle par le fournisseur engendrent leur subordination économique à celui-ci. Il a le droit de s'ingérer dans leur activité et leur entreprise. Ces derniers restent toutefois commerçants indépendants bien que dans certains cas les tribunaux leur aient reconnu l'application du droit du travail²¹⁵.

Les distributeurs intégrés revendent des produits et des marchandises. Ils ne peuvent juridiquement parlant distribuer des services. Toutefois, ils accomplissent souvent des prestations de service qui sont accessoires à la vente de leurs produits. Ces services après vente portent sur l'entretien et la réparation des produits et ils suivent le même régime juridique que ceux-ci.

Les distributeurs sont des commerçants indépendants qui sont liés par contrat à un fournisseur dans le but de revendre ses produits. Celui-ci leur impose des obligations à suivre quant à la façon d'exercer leur activité. Entre autres, il les oblige à s'approvisionner exclusivement ou quasi-exclusivement chez lui ou chez ses fournisseurs pour l'achat des produits à revendre. La clause d'approvisionnement exclusif est, sans conteste, le critère intégrateur par excellence de l'entreprise du distributeur à celle du fournisseur parce qu'elle a pour effet de couper les distributeurs du marché et de leur faire perdre leur pouvoir autonome de décision.

Les clauses qui assurent au fournisseur un contrôle de l'activité du distributeur ont aussi un pouvoir intégrateur qui vient au second plan après l'exclusivité d'approvisionnement car elles enlèvent aux distributeurs la maîtrise des moyens d'exploitation de leur entreprise.

215 Voir J. H. GAGNON, *op cit*, note 23, p. 248.4. Il mentionne que les législations du travail peuvent s'appliquer à la franchise dans certains cas tel celui où le franchisé est seulement locataire du commerce, de l'inventaire et de l'équipement. Il ne fournit que ses services personnels en ce qui a trait à la gérance et peut être considéré de ce fait comme un employé.

L'intégration contractuelle est une forme de concentration économique qui a toute son importance pour les contrats de distribution sous étude puisqu'elle a souvent été perçue comme étant la finalité économique (cause) du contrat. Dans le chapitre suivant, nous établirons les diverses obligations des parties. Nous verrons que certains possèdent une clause d'approvisionnement exclusif alors que d'autres n'en possèdent pas. Enfin, nous constaterons que certains contrats contiennent en plus une clause de territorialité. Celle-ci constitue la contrepartie de l'obligation d'exclusivité d'approvisionnement souscrite par les distributeurs.

CHAPITRE DEUXIÈME : LE CONTENU DES CONTRATS DE DISTRIBUTION INTÉGRÉE

Les contrats de distribution intégrée sont utilisés pour divers secteurs de la distribution. Ils ont tous un but commun soit l'amélioration de la diffusion des produits par l'établissement d'un mode de collaboration plus ou moins étroit entre les divers agents de la distribution.

Les formes de collaboration créées par ces contrats ne sont pas toujours faciles à distinguer. Cependant l'étendue des obligations souscrites ainsi que certains éléments comme le degré d'intégration, l'importance du savoir-faire, de l'image de marque et de la technicité des produits peuvent nous aider à les qualifier et à les classer²¹⁶. Nous traiterons de six contrats de distribution intégrée : le contrat de distributeur agréé, le contrat de distribution sélective, le contrat d'assistance et fourniture, le contrat d'enchaînement volontaire, le contrat de concession et le contrat de franchise.

Nous étudierons dans ce chapitre le contenu obligationnel de chacun de ces contrats. En droit québécois, l'étendue des obligations que ces contrats peuvent faire naître est précisée par l'article 1024 du Code civil. Cet article reconnaît deux catégories de sources d'obligations²¹⁷. D'abord, celles prévues expressément au contrat par les parties. Ensuite, celles qui sont implicites c'est-à-dire qui découlent soit de la nature de la convention, de l'équité, de l'usage ou de la loi.

Les obligations expresses et implicites constituent la dimension horizontale du contrat. Sa dimension verticale porte sur l'intensité des obligations : obligations de diligence, de résultat et de garantie. La détermination exacte du contenu de ces deux dimensions est essentielle puisqu'elle permet de fixer le régime juridique applicable aux parties tant en ce qui a trait à l'exécution des prestations qu'à l'inexécution fautive et dommageable.

L'étude du contenu obligationnel des contrats de distribution ne pouvant se faire sans le grouper par catégories. Pour les départager, nous avons choisi comme élément

216 Philippe BECQUÉ, *Le contrat de concession exclusive en droit interne*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier, 1985, n° 39, p. 31

217 Voir l'article de Paul-André CRÉPEAU, «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

clef, la clause d'exclusivité territoriale. Nous avons donc regroupé ces contrats en deux grandes familles soit : les contrats de distribution intégrée sans clause de territorialité (section 1) et les contrats de distribution intégrée avec clause d'exclusivité territoriale (section 2).

SECTION 1- Les contrats de distribution intégrée sans clause de territorialité

Les contrats de distribution intégrée sans clause de territorialité se divisent en deux catégories selon qu'ils possèdent ou non une clause d'exclusivité d'approvisionnement. On range parmi les contrats sans exclusivité d'approvisionnement, les contrats d'agrégation et de distribution sélective (sous-section 1). On retrouve parmi les contrats avec exclusivité d'approvisionnement, les contrats d'assistance et de fourniture (bière, pétrole) et les contrats d'enchaînement volontaire (sous-section 2).

Sous-section 1- Les contrats sans exclusivité d'approvisionnement : Le contrat d'agrégation et le contrat de distribution sélective

Le contrat d'agrégation²¹⁸ est classé comme le plus simple des contrats de concession *lato sensu* car il ne prévoit aucune exclusivité au profit du distributeur ou de son cocontractant²¹⁹ comme une exclusivité d'approvisionnement ou une *exclusivité territoriale*. Il constitue le premier degré d'intégration.

Le contrat de distribution sélective est une forme plus évoluée du contrat d'agrégation. Le fournisseur choisit ses distributeurs en fonction de la politique commerciale qu'il veut leur faire appliquer. Il y a donc création d'un réseau commercial. Nous étudierons les conditions et les effets de chacun de ces contrats.

218 On le denomme également contrat de distribution agréé.

219 *Société anonyme Atul-Litton c. Société anonyme omnium mécanographique Jean Pagès*, Cass. Com., 9 février 1976, *J C P* 1977, II, 18598 (note J. Hémar).

§ 1- Le contrat d'agréation

A) Les conditions de l'agr ement

L'agréation ou l'habilitation est accordée par un producteur à un commerçant qui rencontre ses conditions pour la commercialisation et le service après-vente de ses produits de qualité grâce à ses compétence de pr sentation²²⁰ du matériel et de maintenance qui ont trait à ses opérations d'installation ou à son service après-vente²²¹. Le producteur reconnaît les compétences du distributeur agrée en apposant son panneau sur ou près du commerce de ce dernier. Ce geste indique à la clientèle que le distributeur est privilégié par le producteur ce qui aura pour effet de la voir s'approvisionner chez lui²²².

L'agr ement revêt donc un caractère *intuitu personae* puisqu'il est rattaché aux compétences du commerçant et non à son fonds de commerce²²³. Ce caractère *intuitu* empêche le distributeur de transmettre à un tiers l'agr ement avec le fonds. En général, on retrouve dans le contrat des critères basés à la fois sur la compétence et l'installation ce qui rend impossible la transmission du contrat.

B) Les effets de l'agr ement

1- L'absence d'exclusivité territoriale ou d'approvisionnement

Le contrat d'agréation se distingue de la concession *stricto sensu* en ce qu'il ne comporte aucune exclusivité en droit même si parfois il en comporte dans les faits selon ce que nous avons mentionné ci-haut. La jurisprudence française est claire sur cette question²²⁴. Les parties restent donc libres de contracter avec qui elles veulent puisqu'elles

220 Le producteur teste parfois cette compétence au moyen d'un examen professionnel dont le résultat abouti dans certains contrats à une exclusivité de fait lorsqu'un seul commerçant réussit à se classer sur un territoire donné.

221 J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, né 317, p. 248.

222 P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 29, 122.

223 *Ibid.*

224 Voir *Société française de Radio et Télévision c. Société Radio Paillot*, Cass. Com. 28 octobre 1969, *J C P* 1970, II, 16435 (note J. Guyénot) et *Société anonyme Atak Luton c. Société anonyme omnium mécanographique Jean Pages*, *supra*, note 219.

gardent leur liberté commerciale. Le fabricant a le droit d'approvisionner d'autres commerçants et le distributeur a le droit de se fournir chez d'autres producteurs.

L'agrément ne crée pas d'asservissement ou de dépendance marquée comme dans la concession commerciale. Il est beaucoup plus égalitaire, les parties étant plus indépendantes l'une de l'autre. Il existe malgré tout une dépendance dans l'agrément mais elle est si faible que ses effets n'ont aucune incidence sur les relations entre les parties ou sur leurs relations avec les tiers. En effet, le distributeur-revendeur ne subit aucune préjudice lors du retrait de l'agrément et de ce fait il ne peut prétendre à aucune indemnité. De plus, les règles sur le refus de vente ne sont pas enfreintes puisque le fabricant peut fournir d'autres revendeurs.

2- L'exclusivité de distribution ou d'appartenance à un réseau

Selon certains auteurs²²⁵, le contrat d'agrément peut imposer une exclusivité de distribution au distributeur qui se voit contraint d'appartenir uniquement au réseau de distribution de son producteur. En droit français, la Commission de la concurrence a admis la validité d'une telle interdiction dans la décision *Interflora*²²⁶ lorsque le réseau de distribution n'avait pas une position dominante sur le marché.

Pour notre part, nous croyons que le contrat d'agrément ne fait pas naître un réseau entre les distributeurs agréés. C'est dans le contrat de distribution sélective — qui est une mutation plus complexe de ce premier contrat — où l'on retrouve le phénomène de réseau.

3- La licence d'exploitation de la marque

L'investiture de confiance accordée par le producteur au distributeur lui permet d'utiliser la marque au nom du producteur ou de ses produits selon les limites de l'investiture. En effet, le distributeur peut n'avoir été agréé que pour certains produits de la gamme du producteur. Cet usage de la marque n'est pas considéré en droit français comme un acte de concurrence déloyale. Il n'en est pas de même dans notre droit. Le contrat prévoit les signes distinctifs ou enseigne que le distributeur devra utiliser. Parfois, l'enseigne ou le panneau fera l'objet d'un prêt ou d'un dépôt par le producteur.

²²⁵ G. CAS, *op cit*, note 193, n° 3783, p. 1031.

²²⁶ Avis du 12 décembre 1985, «Transmission florale», B.O.S.P. 8 février 1986.

Bref, l'agrément, selon certains auteurs, «vaut licence d'exploitation de la marque revêtant les produits pour la commercialisation desquels sa compétence est reconnue»²²⁷.

L'intérêt d'un tel contrat est économique et plus la marque est connue et plus cet intérêt est grand. Le distributeur agréé profite d'un courant régulier de clientèle du fait de la notoriété de la marque et de la qualité de ses services. Ces derniers influent également sur la notoriété de la marque et par conséquent sur la qualité du réseau des distributeurs agréés.

Le producteur bénéficie également de certains avantages par l'agrément. Comme s'il y avait concession ou franchisage, il tire profit d'une exclusivité de fait créée par la clientèle attachée à la marque et fidèle au «fonds» qui l'exploite²²⁸ en ce qu'il peut diriger et suivre la commercialisation de ses produits jusqu'à l'étape de la consommation.

4- Les obligations du distributeur agréé

Le contrat d'agrément impose au distributeur des modalités de commercialisation des produits du producteur basées sur ses aptitudes ou sur son installation. Ses modalités sont plus ou moins lourdes et varient selon la notoriété de la marque. Toutefois, le distributeur n'accepte pas en général des modalités très lourdes puisqu'il ne bénéficie d'aucune exclusivité.

Les obligations du distributeur sont prises en vertu de la finalité de l'agrément. Elles peuvent être nombreuses, les plus usités sont les suivantes :

- obligation d'utiliser l'équipement ou le matériel rencontrant les normes du producteur;
- obligation d'appliquer les règles de gestion techniques ou commerciales selon les besoins du producteur;
- obligation de voir au service après-vente selon les directives du producteur²²⁹
- obligation de maintenir un stock minimal des produits dont il y a agrément.

²²⁷ J.-M. MOUSSERON, *op cit*, note 3, n° 317, p. 248.

²²⁸ Jean GUYÉNOT, *Concessionnaire et commercialisation des marques*, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1975, p. 15.

²²⁹ Le producteur voit souvent à la formation du distributeur et de son personnel quant au service après-vente.

Les obligations prévues au contrat d'agrément ne doivent pas être trop contraignantes pour ne pas créer un état de subordination juridique lorsque le distributeur agréé est une personne physique ce qui aurait pour effet de changer la qualification du contrat d'agrément en contrat de travail. En vertu du droit de la concurrence, le producteur ne peut obliger le distributeur agréé à suivre ses prix ou ses marges²³⁰.

5- Les obligations du producteur

Dans le contrat d'agrément, le producteur n'accorde pas d'exclusivité territoriale ni d'approvisionnement. Il peut donc vendre à d'autres vendeurs. Il doit également faire respecter les conditions d'agrément sinon le contrat perdra toute sa signification. Le contrôle du respect des conditions doit être également limité car ce contrat pourra être qualifié de contrat de travail.

Le producteur fait connaître à la clientèle l'agrément qu'il a accordé au distributeur en apposant un panneau ou encore en fournissant, à titre de prêt ou de dépôt, le panneau au distributeur. Les obligations du producteur sont rares dans ce contrat. Il y possède plutôt des droits. Toutefois, nous croyons que son obligation fondamentale est de ne pas retirer l'agrément de façon abusive ce qui permettrait à l'ex-distributeur agréé de poursuivre son ex-producteur en dommages et intérêts²³¹.

Le contrat d'agrément est, nous l'avons dit, le premier degré d'intégration. Il produit de faibles effets de dépendance qui n'ont pas d'incidence sur la relation entre les parties ou sur les relations des parties avec les tiers. En ce qui a trait à la relations entre les parties, on peut dire que le revendeur ne subit pas de préjudice lors du retrait de l'agrément ce qui ne lui donne pas droit à une indemnité pour perte de clientèle. En ce qui a trait aux

230 Voir ordonnance du 1er décembre 1986, art. 34.

231 Un tel recours en dommages et intérêts de nature contractuelle (art. 1065 C.c.B.C.) est possible en droit québécois puisque la théorie de l'abus de droit y est reconnue depuis une vingtaine d'années. Les critères d'ouverture de ce recours ne sont plus limités aujourd'hui à la malice ou l'intention de nuire de la partie fautive. Selon un jugement récent de la Cour suprême, il y a abus de droit contractuel s'il n'est pas exercé de *manière raisonnable* en vertu des règles de l'équité et de loyauté. Ce manquement à une obligation de bonne foi, implicite au contrat, peut même donner ouverture à un recours en dommages et intérêts de nature délictuelle de la part d'un tiers. Voir *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 décision commentée par Rosalie JUKIER, «*Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.) : Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law», (1992) 37 *McGill L.J.* 221 et Daniel GARDNER, «Responsabilité civile — Abus de droit contractuel — Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel? : *Houle c. Banque canadienne nationale*», (1991) 70 *R. du B. can.* 760. Sur l'abus de droit en général voir : Pierre-Gabriel JOBIN, «Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel», (1991) 32 *C. de D.* 153 et J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 178, p. 51. Pour le droit français, voir A. ROLLAND, *op. cit.*, note 37, p. 134 et suiv.

relations entre les parties et les tiers, il n'y a aucune entrave à la libre concurrence en droit canadien et en droit français puisque ce contrat limite l'investiture d'un commerçant à la vente des produits du producteur en fonction de ses aptitudes techniques et commerciales.

§ 2- Le contrat de distribution sélective

Le contrat d'agrégation s'est transformé au fil des années. De la technique rudimentaire de refus de vente, il est devenu un réseau de distribution sélective. Cette dernière appellation n'en est pas une de forme mais de fond. Elle marque un profond changement de l'approche des phénomènes de distribution²³².

En effet, la notion de réseau crée une dimension collective puisque les rapports bipolarisés entre le producteur et un revendeur sont remplacés par des rapports pluripolarisés entre le producteur et chacun de ses revendeurs. Le producteur négocie de façon identique avec ses revendeurs pour qu'ils mettent en oeuvre une même politique de distribution²³³.

L'application de cette politique commerciale a pour effet d'imposer des restrictions plus grandes à la liberté des revendeurs que dans le cas de l'agrégation. Le contrat de distribution sélective a aussi pour effet de substituer au refus de vente, une sélection de revendeurs qualifiés pour assurer une bonne représentation du fournisseur sur l'ensemble du territoire. Ainsi, par rapport au contrat d'agrégation, on a inversé la situation. On n'élimine plus les distributeurs incompetents dans la distribution sélective mais on choisit plutôt un certain nombre de vendeurs capables d'assurer la distribution des produits de qualité du producteur selon des critères précis. Le réseau de distribution sélective se veut donc «une organisation créée et annexée par une firme qui répartit ses éléments en différents points d'un marché pour exercer son action sur toute l'étendue de celui-ci²³⁴. La création d'un tel réseau modifie les rapports entre le fournisseur et les distributeurs. Nous verrons de quelle façon plus loin²³⁵.

232 P. PIGASSOU, *loc. cit.*, note 1, 483.

233 *Ibid.*

234 J.-M. LELOUP, *op. cit.*, note 161, p. 935.

235 *Infra*, pp. 100 et 101.

Le contrat de distribution sélective a été défini par la Cour de cassation en 1982 de la manière suivante :

«[Le] fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée, et par lequel le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents.»²³⁶

A) Les conditions de la distribution sélective

Ce contrat tire son origine en droit français, du droit européen. Il est aussi connu en droit américain dans le secteur de l'automobile. Tout comme dans le contrat d'agrégation, le producteur ou fournisseur choisit ses distributeurs en fonction soit de leur compétence de distribution, soit de leur capacité de maintenance ou soit de leurs conditions d'installation.

En vertu de la commission de la Communauté européenne, il existerait trois degrés de la distribution sélective²³⁷. Dans le premier degré, les distributeurs sont choisis selon des critères généraux qui ont trait à leur qualification technique ou commerciale provenant de leur profession ou de la spécialité de leur commerce. Le fournisseur ne contrôle pas l'aptitude technique ou les qualités commerciales de ses distributeurs. Il ne cherche qu'à donner à son produit l'image projetée par la nature du commerce. Ses produits et son enseigne peuvent ainsi être dispersés dans de nombreux commerces sur l'ensemble d'un territoire lorsqu'il agrée toute une catégorie de revendeurs.

Ce premier degré ne constitue par une restriction à la concurrence selon la Commission ce qui ne donne pas ouverture à l'article 85 § 1 de *Traité de Rome*. Il s'agit selon nous du plus simple des contrats de distribution intégrée, soit le contrat d'agrégation que nous venons de voir²³⁸.

²³⁶ Lanvin, Cass. Crim. 3 novembre 1982, *Gaz. Pal.* 1982, II, 658 (note J.-P. Marchi).

²³⁷ P. PIGASSOU, *loc. cit.*, note 1, 485.

²³⁸ *Supra*, pp. 93-98.

Le deuxième degré de contrat de distribution sélective se reconnaît par le fait que c'est le fournisseur qui sélectionne les distributeurs en fonction de qualités techniques ou commerciales *qu'il a établies* selon des critères précis. Dans un tel contrat, l'agrément est, en général, conditionnelle à l'adaptation des autres distributeurs du réseau. Le nouveau distributeur agréé s'oblige quant aux quantités à vendre, à la façon d'agencer ou de présenter son point de vente ou encore de s'occuper de la publicité.

Un troisième degré est atteint lorsque le fournisseur, en plus d'exiger les restrictions du deuxième degré, impose, a priori ou au cas par cas, une *limitation* quant au nombre des distributeurs agréés.

Un auteur²³⁹ affirme que les deux derniers degrés constituent une forme de représentation du fournisseur qui se rapproche du mandat non de vendre mais de distribuer. En droit communautaire, ils représentent une intégration suffisante pour donner ouverture à l'application de l'article 85 § 1 du *Traité de Rome*. Cependant, ils bénéficient de l'exonération prévue à l'article 85 § 3 dudit Traité.

Ce même auteur ajoute que ces deux derniers degrés sont un exemple de forte intégration *sous exclusivité*²⁴⁰. Pour lui, la dépendance n'est pas l'oeuvre d'une clause d'exclusivité. Elle résulte d'un ensemble de clauses comme l'utilisation de l'enseigne, l'imposition de quotas ou de clause de pénétration du marché, la participation à l'activité publicitaire, le respect des normes d'agencement, etc... Les clauses définissent donc le mandat de distribuer qui doit être suivi par les revendeurs agréés.

B) Les effets de la sélection

1- Les obligations du distributeur au contrat de distribution sélective.

Les obligations du distributeur agréé se résument en des obligations de faire ou de ne pas faire.

239 P. PIGASSOU, *loc. cit.*, note 1, n° 12, p. 485.

240 Voir Jean-Bernard BLAISE, «Droit de la concurrence», [1985] *Rev. trim. dr. europ.* 559, 575. Cet auteur croit que la distribution sélective constitue une «spécialisation fonctionnelle» contrairement à la concession qui constitue une «spécialisation territoriale».

La première obligation de faire du distributeur consiste à s'approvisionner chez le producteur ou fournisseur. Cependant, cette obligation d'approvisionnement n'est pas assortie d'une exclusivité puisque le distributeur ne bénéficie pas d'une exclusivité de distribution (territoire de revente). Il se doit d'avoir la liberté de s'approvisionner chez d'autres fournisseurs²⁴¹.

Il arrive que le fournisseur oblige le distributeur à réaliser un chiffre d'affaires minimal ou à vendre un nombre déterminé de produits. Ces objectifs de vente sont valides tant qu'ils n'empêchent pas le distributeur d'acheter des produits concurrents. S'il y a empêchement, le distributeur se trouve contraint, dans les faits, à une obligation d'approvisionnement exclusif sans avoir droit à une exclusivité territoriale.

Quant aux obligations de ne pas faire, on note celle de pas vendre les produits faisant l'objet de la distribution sélective à un distributeur non agréé. Cette interdiction est licite puisque le fournisseur cherche à préserver son système de distribution sélective²⁴².

De plus, le distributeur s'oblige à ne pas vendre les produits faisant l'objet de distribution sélective dans un magasin qui ne respecte pas les critères imposés par le fournisseur dans le contrat²⁴³. Si le magasin ne respecte pas ces critères, le fournisseur peut opposer un refus de vente au distributeur agréé²⁴⁴.

2- Les obligations du fournisseur

Ses obligations principales consistent à fournir son enseigne au distributeur, à ne pas augmenter le nombre de concessionnaires sans qu'il y ait accroissement de la clientèle potentielle et à reprendre les produits défraîchis en cours de contrat ainsi que le stock à la fin du contrat.

241 Voir G. CAS, *op. cit.*, note 193, p. 1034.

242 *Ibid.*

243 *Mandonnaud et autre*, Cass. Crim., 18 mai 1987, *D.* 1987, I. 558 (note G. Parléani) et *Pham Long Sun et autre*, Cass. Crim., 24 février 1987, *D.* 1987, I. 558 (note G. Parléani), *Dominique Mandonnaud c. Société Yves Saint-Laurent et Société Charles of the Ritz*, Aix-en-Provence, 5^e Ch. corr., 20 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985, II. 760 (note J.-P. Marchi), et Lyon, 6 fév. 1985, *J.C.P.* 1985, éd. E. 14602 (obs. critiques J. Azéma).

244 *Société Yvon Caumette c. Société Chanel*, Trib. Com., Nanterre 17 décembre 1987, *Gaz. Pal.* 1988, I. 174.

3- Les critères de validité de la distribution sélective

Le réseau de distribution sélective doit respecter certains critères pour être valide en vertu du droit de la concurrence. Ces critères de validité sont relatifs soit au refus de vente (a), soit aux ententes et abus de position dominante (b). Nous analyserons ces deux points au regard du droit canadien et du droit français de la concurrence.

a) Le refus de vente

i) En droit français

L'article 36-2 de l'ordonnance française de 1986²⁴⁵ prévoit certains cas où le fournisseur peut opposer le refus de vente à un détaillant qui ne répond pas aux critères de sélection; à un détaillant qui s'est avéré de mauvaise foi suite à un dénigrement des produits, à un manquement à ses obligations contractuelles ou à des pratiques de prix d'appel; et enfin, à un détaillant qu'il est justifié d'éliminer pour assurer un progrès économique tel qu'il est prévu à l'article 10-2 de l'ordonnance.

Depuis la passation de l'article 36 - 2, les tribunaux français ont examiné le refus de vente du fournisseur au regard du progrès économique et plus particulièrement de l'amélioration du service rendu au consommateur pour conclure à la validité du refus d'agrément du fournisseur²⁴⁶.

Le refus de vendre peut découler également de la sélection qualitative des distributeurs qui a pour but d'éliminer les détaillants qui ne possèdent pas les aptitudes à distribuer les produits du fournisseur. Ses aptitudes sont basées sur la commercialisation du produit qui en requiert des particulières ou qui exigent des installations particulières de la part du distributeur désirant adhérer au réseau.

Ainsi les produits, objets de la distribution sélective, doivent posséder certains caractères quant à leur nature : ils doivent être de haute technicité et être de marque ou de

245 Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, *J O*, 9 décembre 1986 relative à la concurrence. Voir texte art. 36, *infra*, p. 125.

246 *S.A. Le Commerçant c. S A Jacques Bogart et autres*, Trib. Com. Paris, 1er octobre 1987, *Gaz Pal* 1987. II. Som. 471 confirmé Paris, 16 février 1988, *Gaz Pal* 1988. I. 412.

luxé²⁴⁷. La question s'est posée en droit français quant à la possibilité pour un fabricant d'utiliser un réseau de distribution sélective pour un produit banal. Certains auteurs ont été favorables à ce genre de produits²⁴⁸. La Cour de Paris a admis qu'il était possible de le faire pour des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Elle a toutefois spécifié que ces produits possédaient des éléments actifs²⁴⁹. La Commission de la concurrence a admis qu'un produit «largement» banalisé comme le «jeans» pourrait faire l'objet de distribution sélective si sa marque représentait le haut de gamme²⁵⁰.

Le fournisseur doit avoir des critères précis et objectifs pour éviter de discriminer les distributeurs. Les critères qui ont été jugés acceptables par la jurisprudence étaient basés sur l'activité commerciale du distributeur comme : la localisation du point de vente; le standing et l'environnement du magasin; l'agencement du magasin; les conditions de présentation, de stockage et d'assortiment de conservation des produits ainsi que les conditions d'information du fabricant; la compétence professionnelle du distributeur; les services d'installation et après-vente assumés par le distributeur; l'inclusion dans le prix de vente des produits au consommateur des frais de livraison à domicile, de mise en service des appareils et de garantie; le montant minimal des achats à faire pour la première commande ou du stock de produits à déterminer ou encore des achats annuels.

Ce sont les juges qui ont eu à apprécier la *valeur* et la *finalité* de ces critères. La finalité essentielle consiste à assurer une amélioration de la commercialisation du produit à la phase de consommation pour qu'il ait un prix moindre ou encore pour améliorer le service après-vente. Lorsque cette finalité est respectée dans les critères de sélection, il n'y a pas refus de vente²⁵¹.

La sélection peut être aussi *quantitative*, c'est-à-dire que le fournisseur limite le nombre de distributeurs au lieu de fixer des critères *qualitatifs*. Cette limitation du nombre

247 Voir *Lanvin*, Cass. Crim. 3 novembre 1982, *supra*, note 236; *Pierre Lasselin c. S.A. Les Créations L'FN*, Dijon, 27 novembre 1985, *Gaz. Pal.* 1986, I, 380 (note J.-P. Marchi).

248 G. CAS (dir.), *op. cit.*, note 193, p. 1036.

249 *Conseil de l'Ordre des pharmaciens et autres c. ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation*, Paris, 28 janvier 1988, *Gaz. Pal.* 1988, I, 208 (note J.-P. Marchi).

250 Avis du 20 oct. 1983, B.O.S.P. 29 dec. 1983, p. 401. En droit communautaire, ce n'est pas le cas. Il faut que les produits soient de haute qualité et de haute technicité. Voir G. Cas (dir.), *op. cit.*, note 193, n° 3815, p. 1042.

251 La sélection est faite soit par le fabricant, ses grossistes ou ses concessionnaires exclusifs qui ont pour mission d'agréer des distributeurs en son nom.

est possible et n'est pas assujettie à un refus de vente si elle a pour seule finalité la rentabilité des points de vente. Ainsi le fournisseur peut vouloir contrôler le développement quantitatif du réseau pour éviter que les coûts de distribution n'augmentent le prix de revient des produits au préjudice du consommateur²⁵², ou encore pour éviter que les frais considérables de publicité de ses produits de luxe soient trop considérables si le nombre de distributeurs agréés est trop élevé²⁵³.

Le refus d'agrément peut être justifié pour motif de rentabilité et ce même si le distributeur possède toutes les conditions requises par le fournisseur pour la commercialisation de ses produits.

On s'est demandé si cette limitation devait avoir un caractère objectif qui s'exprimerait par un rapport continu et prédéterminé entre une clientèle donnée et le nombre de distributeurs ayant pour fonction de s'en occuper. Certaines cours l'ont admis²⁵⁴ tandis que la Commission de concurrence française a préféré appuyer sa justification d'un critère quantitatif sur les objectifs de production du fournisseur²⁵⁵.

La sélection quantitative doit être faite sans créer une situation de monopole pour les distributeurs agréés. Pour chaque commerce agréé dans une zone géographique donnée, il doit y avoir place à la concurrence entre les distributeurs. À cet effet, la Cour de Cassation a accepté comme critère objectif de sélection supplémentaire l'ordre d'antériorité des demandes de sélection²⁵⁶. La Commission de la concurrence préfère abolir les listes d'attente et les remplacer par le critère du chiffre d'affaires annuel minimum²⁵⁷.

252 *Dame Turpin c. Société Estée Lauder S A et S A R L Clinique Laboratoires*, Paris, 8 juillet 1983, *Gaz. Pal.* 1983, I. 566 (note J.-P. Marchi).

253 *Lanvin*, Cass. Crim. 3 novembre 1982, *supra*, note 236; *Yves et Pierre Lanvin c. Mme Ulm-Winderberger*, Versailles, 7 décembre 1983, *Gaz. Pal.* 1984, II. 677 (note J.-P. Marchi).

254 *Lanvin*, Cass. Crim. 3 novembre 1982, *supra*, note 236.

255 Avis «Produits de parfumerie» du 1er décembre 1983, B.O S P. 28 décembre 1984.

256 G. CAS (dir.), *op. cit.*, note 193, p. 1038 citant une jurisprudence méridionale de la Cass. Crim. du 30 mars 1987 portant le n° 84-90 357.

257 Voir avis «Produits de parfumerie» du 1er décembre 1983. Cet avis supprime les listes d'attente dans le secteur de la parfumerie pour instaurer le critère du chiffre d'affaires annuel minimum qui conditionne l'admission et le maintien du distributeur dans le réseau.

ii) En droit canadien

Le refus de vente est prévu à l'article 75 de la *Loi sur la concurrence*²⁵⁸. Cette pratique est considérée comme illégale si quatre conditions sont remplies. La troisième condition énonce que le fournisseur ne peut refuser un fournisseur s'il rencontre ses conditions normales de commerce. Le refus de vente est justifié s'il est basé sur des raisons d'efficacité économique. C'est ce qui ressort de quelques arrêts de jurisprudence rendus par le Tribunal de la concurrence sur cet article.

b) Les ententes et les abus de position dominante

i) En droit français

Le contrat de distribution sélective conclu entre le fournisseur et chacun de ses distributeurs constitue un accord vertical et peut ainsi être visé par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 concernant les ententes²⁵⁹. Il peut également être visé par l'article 8 de la même ordonnance concernant les abus de position dominante si le producteur abuse de sa position dominante sur le marché ou s'il abuse ses distributeurs qui dépendent économiquement de lui²⁶⁰.

Ainsi le contrat de distribution sélective peut mener à une restriction de la concurrence. Toutefois, dans certains cas, il ne constitue pas une restriction à la concurrence et échappe à la prohibition des ententes prévue à l'article 7 de ladite ordonnance.

Le réseau de distribution sélective ne constitue pas une entente lorsque la sélection des distributeurs se fait selon des critères qualitatifs objectifs concernant la qualification professionnelle du distributeur, de son personnel et de son installation. Ces critères, pour

²⁵⁸ *Infra*, note 317 pour le texte de l'art. 75 et les arrêts *Director of Investigation & Research v. Chrysler Canada*, (1990) 27 C.P.R. (3d) 1 et *Director of Investigation & Research v. Xerox Canada Inc.*, (1991) 33 C.P.R. (3d) 83.

²⁵⁹ Voir *infra*, p. 124 pour le texte de l'art. 7.

²⁶⁰ Voir *infra*, p. 125 pour le texte de l'art. 8.

échapper à la prohibition, doivent avoir pour finalité l'amélioration de la distribution des produits en cause²⁶¹.

Par exemple, pour les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, la Cour d'appel de Paris a admis le critère de sélection voulant que le distributeur ait une personne qualifiée dans son magasin, en l'occurrence un pharmacien, pour distribuer ses produits car ils comptaient une certaine proportion d'éléments actifs²⁶².

Qu'en est-il maintenant des critères quantitatifs? Doit-on les exclure de la sélection? Certains auteurs, et nous soutenons leur position, estiment que non. Le fournisseur doit prouver que la sélection quantitative est justifiée par le progrès économique au sens de l'article 10-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986²⁶³.

Le réseau de distribution sélective constitue une entente lorsqu'il exclut une ou plusieurs formes de commerce à cause de leur nature et qui seraient aptes cependant à distribuer les produits. Par exemple, serait considéré comme une entente, un réseau de distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle qui n'accepterait que des pharmaciens d'officine pour distribuer ses produits.

L'exclusion des commerces du fait de leur nature (magasins ordinaires, spécialisés, grandes surfaces) constitue une restriction discriminatoire quand ces formes de commerce répondent ou peuvent s'adapter aux critères qualitatifs de distribution du fournisseur. Bref, le fournisseur doit accepter à priori tout revendeur qui répond à ces critères et ce quel que soit le circuit de distribution auquel il appartient.

Deux autres types de clauses sont également condamnées comme ententes anticoncurrentielles. Il y a d'abord la clause de non-rétrocession par laquelle le revendeur agréé s'engage à ne pas revendre ses produits à d'autres revendeurs agréés faisant partie du réseau. Cette clause a été jugée illicite parce qu'elle aboutit à un cloisonnement du marché. Elle rend impossible les importations et les exportations parallèles.

261 Voir G. CAS (dir.), *op. cit.*, note 193, p. 1039 où les auteurs mentionnent certains critères qualitatifs qui doivent s'appliquer à tous les distributeurs. La Commission sur la concurrence avait émis cet avis en vertu de l'ancienne ordonnance du 30 juin 1945 sur la concurrence.

262 *Conseil de l'Ordre des pharmaciens et autres c. ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation, supra*, note 249.

263 Voir *infra*, p. 122 pour le texte de cet article.

Ensuite, il y a la clause qui empêche le distributeur sélectionné de déterminer librement ses prix de revente ou ses marges bénéficiaires. Elle a pour effet de restreindre la *liberté commerciale* des revendeurs.

Un système de distribution sélective qui est jugé comme une entente prohibée par l'article 7 de l'ordonnance de 1986 peut échapper à cette interdiction si l'un des faits justificatifs de l'article 10 de ladite ordonnance est respecté. Le progrès économique est l'un des principaux faits justificatifs (article 10 § 2). Il peut être invoqué pour justifier une entente prohibée par l'article 7, un abus de position dominante prévu à l'article 8 et un refus de vente en vertu de l'article 36 § 2 de la même ordonnance.

Il est très difficile sinon quasiment impossible d'invoquer le progrès économique pour justifier soit un réseau de distribution sélective qui exclut ou prive certains circuits de distribution, soit l'interdiction de rétrocession entre revendeurs agréés ou soit une limitation excessive des prix de revente imposée aux distributeurs.

Quant à la sélection quantitative des distributeurs qui constituent une entente, elle peut être également justifiée par le progrès économique si les critères de sélection sont objectifs et ont pour but d'accroître la productivité ou de rationaliser la politique de commercialisation du fournisseur.

ii) En droit canadien

Le droit canadien comporte quelques cas de jurisprudence pouvant qualifier les contrats de distribution sélective comme des ententes ou encore comme étant des abus de position dominante. C'est ce qui est ressorti de l'interprétation de l'article 79²⁶⁴.

²⁶⁴ Serge BOURQUE (dir.), *La nouvelle loi sur la concurrence*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, p. 143 et *Director of Investigation & Research v. Laidlaw Waste Systems Ltd*, (1991) 37 C.P.R. (3d) 430 et *Director of Investigation & Research v. NutraSweet Co.*, (1991) 32 C.P.R. (3d) 1. L'article 79 se lit comme suit :

«(1) Lorsque, à la suite d'une demande du directeur, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

Sous-section 2- Les contrats avec exclusivité d'approvisionnement

Il y a deux genres de contrats avec exclusivité d'approvisionnement. Dans le premier, un particulier ou une société commerciale s'oblige auprès d'un producteur ou d'un distributeur à s'approvisionner exclusivement chez lui pour un produit ou une matière donnée pour son usage²⁶⁵. Ce produit ou cette matière première est un bien comestible qui nécessitera son renouvellement : par exemple, l'huile à chauffage essentielle au fonctionnement de sa fournaise, de son magasin ou de son usine.

Le fournisseur trouve son intérêt dans le contrat par le fait qu'il est assuré à l'avance d'un débouché régulier pour ses produits. Le fournisseur, quant à lui, y trouve également son intérêt, par le fait qu'il sera livré en temps opportun et en quantité suffisante puisque son cocontractant s'y oblige. Par ailleurs, si son fournisseur assure des services connexes, il peut en bénéficier moyennant une redevance forfaitaire. Ces services peuvent avoir trait à l'entretien de la fournaise, par exemple²⁶⁶. Ce premier genre de contrat n'est toutefois pas celui qui nous intéresse pour les fins de notre travail puisqu'il n'implique pas un achat pour revendre.

Le deuxième genre de contrat avec exclusivité d'approvisionnement est celui qui est l'objet de notre étude. Il sert à unir un commerçant à un fournisseur qui veut acheter ses biens dans le but de les revendre. Le fournisseur lui permet de distribuer à la condition qu'il s'engage à s'approvisionner exclusivement chez lui. Comme la liberté du commerçant se trouve restreinte, il reçoit en retour une contrepartie de la part du fournisseur, des avantages pécuniaires ou matériels ou une combinaison des deux. D'où l'appellation de «contrat d'assistance et de fourniture» donnée à cette deuxième catégorie²⁶⁷ puisqu'il vise plus qu'un simple accord de distribution.

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou à l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.»

265 Voir, entre autres, P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 29, n° 10, p. 124. Cet auteur désigne ces contrats par l'expression «contrats de fourniture simples». Il met l'accent sur le fait que c'est le distributeur qui s'engage à se fournir chez le concédant ou, autrement dit à s'approvisionner chez lui. Il utilise l'expression inverse. Habituellement, on utilise le verbe «fournir» pour désigner l'obligation du fournisseur.

266 En droit québécois : *United Shoes Machinery Company of Canada c. Brunet*, (1909) A.C. 330, et en droit français : *United Shoe Machinery C^{te} de France c. Dreuil-Mulbert et Cie et Pasquier*, Paris, 15 mars 1934, *Gaz. Pal.* 1934, II. 23.

267 P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, n° 49, p. 40.

Ce contrat, nous l'avons vu²⁶⁸, a d'abord pris naissance dans l'industrie de la bière. Puis, il s'est étendu pour la distribution de divers produits de consommation courante comme les autres sortes de boissons (jus de fruit, soda, vin), les machines, les farines, les produits surgelés et les produits pétroliers, domaine où il a pris beaucoup d'ampleur.

Nous étudierons séparément le contrat de bière et le contrat de pompiste de marque ou de carburant parce que ce dernier est plus complexe. Il est à noter toutefois que ces deux contrats contiennent les mêmes grands traits caractéristiques. Ils sont aussi tous deux des contrats conclus «*intuitu personae*» car la personnalité du commerçant est très importante pour le concédant qui désire avoir le contrôle sur la distribution de ses produits sans investir de l'argent sur celle-ci.

L'analyse de ces contrats avec exclusivité d'approvisionnement ne peut se faire sans une étude préliminaire de la notion d'exclusivité. L'exclusivité est prévue dans les contrats de distribution intégrée par une clause qui a pour but soit une exclusivité d'approvisionnement, soit une exclusivité territoriale²⁶⁹. Cette clause doit respecter certains critères pour être valide tant au regard du droit civil qu'au regard du droit de la concurrence. Nous étudierons ces critères en droit civil français et québécois et en droit de la concurrence canadien et français.

Il est à noter que la validité de la clause d'exclusivité aura des effets plus ou moins grands selon que la clause est l'accessoire d'un contrat principal ou qu'elle en constitue l'objet principal. Dans le premier cas, sa validité ou son invalidation n'aura pas d'effet sur le contrat principal alors que, dans le deuxième cas, le contrat suivra le sort de la clause. Il y a donc une certaine indépendance de la clause face au contrat lorsqu'elle en est l'accessoire. Celui-ci aurait pu être conclu en l'absence de toute clause. Par contre, on peut dire qu'il y a véritable intégration de la clause dans le contrat lorsqu'elle en est l'objet principal. Les parties ne se seraient pas obligés sans celle-ci.

²⁶⁸ *Supra*, p. 19.

²⁶⁹ Cette étude sera valable pour les contrats ayant une clause de territorialité, voir *infra*, p. 149 et suiv.

§ Préliminaire- La validité de l'exclusivité

La validité de la clause d'exclusivité d'approvisionnement et de la clause d'exclusivité territoriale se fonde sur deux principes en droit français et en droit québécois : le principe de la liberté contractuelle et le principe de la libre concurrence²⁷⁰. Le premier principe défend la liberté individuelle de celui qui s'engage en vertu d'une clause d'exclusivité et l'a fait primer sur la liberté du commerce et de l'industrie qui se trouve atteinte par cette clause²⁷¹. Le deuxième principe — qui veille à la protection de la libre concurrence — permet qu'elle soit restreinte par la clause d'exclusivité sauf si elle engendre des abus sur l'ensemble de l'économie.

La validité de la clause d'exclusivité pose un problème puisqu'il n'y a pas de réglementation sur l'ensemble de cette clause tant en droit français qu'en droit québécois. En droit français, il y a toutefois la loi de 1943²⁷² qui limite la durée de certaines clauses d'exclusivité à 10 ans. À part cette loi, il y a un mutisme complet par les pouvoirs publics québécois et français.

L'interprétation de la validité de la clause d'exclusivité par les tribunaux s'est donc faite en vertu des règles générales du droit commun ou en vertu de certaines législations sur la concurrence tant en droit français qu'en droit canadien²⁷³.

270 D. BACHET, *op cit.*, note 97, p. 174 et C. SAMSON, *loc cit.*, note 207, 790.

271 L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 apporte un tempérament à ce principe. Le consommateur qui s'estime lésé par un contrat peut demander sa nullité. Sous le nouveau Code civil, la lésion entre majeurs donnera ouverture à la nullité du contrat. En effet, la partie lésée, qui subit une exploitation par l'autre partie, pourra demander cette nullité quand il y aura une disproportion importante entre les prestations des parties. Cet article ne s'appliquera pas à nos contrats puisque l'obligation qu'il vise doit être reliée à l'exploitation d'une partie et non à l'exploitation d'une entreprise. Voir l'art. 1406 du C.c.Q.

272 D.C 1944, 1.

273 *Infra*, p. 113 et suiv.

A) La clause d'exclusivité et le principe de la liberté contractuelle

1- Le respect de l'ordre public

En droit civil français et québécois, les contrats de distribution intégrée qui contiennent une clause d'exclusivité sont présumés valides *prima facie*²⁷⁴ puisqu'ils sont fondés sur la liberté contractuelle. De par leur nature²⁷⁵, ils restreignent toutefois la liberté du commerce et de l'industrie. C'est pourquoi les tribunaux français et québécois les ont assujettis au respect de l'ordre public et des bonnes moeurs²⁷⁶ pour conserver un équilibre entre ces deux libertés fondamentales. Ils ont toujours eu tendance à faire primer la liberté contractuelle sur la liberté du commerce, préférant ainsi donner préséance aux intérêts du concédant et de ses concessionnaires au dépens des intérêts des commerçants qui ne faisaient pas partie de leur réseau de distribution.

En droit français et québécois, toute convention d'exclusivité est valide si elle respecte les conditions de formation du contrat c'est-à-dire qu'elle doit avoir été conclue par des parties capables de contracter dont le consentement a été donné librement sur une chose objet du contrat en vertu d'une cause licite²⁷⁷. Ce genre de convention doit être limitée dans le temps²⁷⁸ et dans l'espace²⁷⁹ et quant à son objet pour être valide sinon elle constitue une entrave générale et absolue à la liberté du travail et du commerce. Ces limites doivent être raisonnables en vertu de l'ordre public et des bonnes moeurs.

Le fardeau de prouver que la clause d'exclusivité est contraire à l'ordre public repose aujourd'hui sur le distributeur qui allègue sa nullité²⁸⁰ en droit québécois.

-
- 274 Voir en droit québécois : *Cameron c. Canadian Factors Co Ltd.*, [1971] R.C.S. 148, *Godin c. Gary Abraham Business*, [1986] R.J.Q. 809 (C.A.). Voir en droit français R. PLAISANT, *op. cit.*, note 187, p. 4.
- 275 Nicole L'HEUREUX, *Le précis de droit commercial du Québec*, 2e éd., Québec, P.U.L., 1975, p. 126, *Champlain Oil products Ltd c. Imbeault*, [1960] R.P. 399 et les décisions citées par Claude-Armand SHEPPARD, «The Enforcement of Restrictive Conventions in Quebec Law», (1963) 23 *R. du B.* 312, 340 et 341.
- 276 Voir les articles 13, 989 et 990 du C.c.B.C.
- 277 Article 984 C.c.B.C.
- 278 *Perrault c. La Lanterne des producteurs de Joliette Ltée*, [1959] C.S. 45.
- 279 *Gervais c. Paquette*, (1910) 37 C.S. 501, 506. *Contra* : *Centre des orchestres du Québec Alex. Drolet Ltée c. Tuigeon*, J.E.86-31 (C.S.) où l'on a reconnu valide une clause de non-sollicitation qui interdisait l'accomplissement de certains actes sans prévoir de territoire.
- 280 *Toulouse c. Lanterne St-Georges*, [1978] C.A. 210; *Godin c. Gary Abraham Business*, *supra.* note 274; *Betz Laboratoires c. Massicotte*, [1980] R.P. 355 (C.A.).

Auparavant, on appliquait les règles de preuve dégagées par les tribunaux de common law pour les clauses de non-concurrence en matière de vente d'entreprise. Le fournisseur avait donc le fardeau de prouver que sa clause respectait le critère de *raisonnabilité* tant en ce qui a trait à l'intérêt des parties qu'à l'intérêt du public²⁸¹. Cependant, nos tribunaux considéraient l'intérêt des parties comme l'intérêt du public²⁸². Si les conventions étaient raisonnables dans l'intérêt des parties, elles le sont également dans l'intérêt du public.

Le droit français applique aux conventions d'exclusivité les règles régissant la clause de non-rétablissement²⁸³ imposée au vendeur dans le contrat de vente de son fonds de commerce pour l'examen de leur validité. La clause de rétablissement, tout comme la clause d'exclusivité, porte atteinte à la liberté individuelle et à la liberté du commerce.

Le droit français impose, nous l'avons plus haut, des limites de temps et d'espace pour la validité de la clause tout comme le droit québécois. Le temps ou la durée n'est pas déterminée de la même façon dans ces deux systèmes juridiques. Le droit français possède une loi sur le sujet alors que le droit québécois utilise les critères de la jurisprudence.

2- La durée de la clause d'exclusivité

a) Le droit québécois

En droit québécois, une clause d'exclusivité d'approvisionnement est valide même si sa durée est longue²⁸⁴. Elle peut par conséquent être stipulée pour un terme supérieur à dix ans. Toutefois, elle sera invalidée si elle n'est pas raisonnable en vertu de l'ordre public²⁸⁵.

281 Voir *Nordenfelt c. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company Limited* [1894] A.C. 552; *Consumers Cordage Ltd c. St-Gabriel Land Co.*, [1945] R.C.S. 158. Cet intérêt public s'exprime par un ou plusieurs principes de droit comme la liberté de contracter, la liberté du commerce, etc... Voir C.-A. SHEPPARD, *loc. cit.*, note 275, 314.

282 Voir C. SAMSON, *loc. cit.*, note 207, 791.

283 D. BACHET, *op. cit.*, note 97, p.187.

284 *Gervais c. Paquette*, *supra*, note 279 (9ans) et *Champlain Oil Products Ltd c. Imbeault*, [1960] R.P. 339 (C.S.) (10 ans); *Nemet c. Shell Oil Co of Canada*, [1965] C.S. 197; *Lapalme c. Can Oil Co.*, [1965] E.R. 494; *B.P. Canada c. Traders Finance Corp.*, [1970] C.A. 653. Voir N. L'HEUREUX, *supra*, note 275, p. 126.

285 *Supra*, p. 111.

b) Le droit français

Avant l'adoption de la loi du 14 octobre 1943²⁸⁶, les tribunaux français validaient la clause d'exclusivité si elle était limitée dans le temps²⁸⁷. La durée pouvait être fixée par référence à un événement dont la durée n'était pas encore connue. Par exemple, un engagement d'approvisionnement exclusif qui était limité au temps pendant lequel le commerçant exploitait son commerce²⁸⁸ a été reconnue valide. Il en a été de même pour la clause d'exclusivité dont la durée se terminait au remboursement total du prêt consenti par un brasseur à son débitant²⁸⁹. Cette référence à un événement a donc été reconnue comme une limitation de temps implicite par la jurisprudence française.

L'adoption de la loi du 14 octobre 1943 a eu pour objet de régler les clauses d'exclusivité dans le but de mettre fin à des pratiques abusives²⁹⁰. Le premier article de la loi limite à dix ans la durée d'une clause d'exclusivité qui est consentie par un acheteur ou un locataire à un concédant ou à un bailleur dans le cas d'achat, de cession ou de location d'un bien meuble. Par l'engagement d'exclusivité, l'acheteur ou le locataire s'oblige à ne pas faire usage de biens semblables ou connexes en provenance de concurrents du fournisseur.

L'article 2 de la loi prohibe la signature de clauses d'exclusivité entre les parties pendant la durée de la première clause. Cet article a pour but d'éviter la prolongation à l'infini de la durée maximale de dix ans. Il ramène à un terme unique toutes les clauses qui auraient pu être signées pendant le premier contrat. Ce terme est la date d'expiration du premier contrat.

La loi de 1943 a d'abord reçu une interprétation restrictive de la part des tribunaux qui ne l'appliquaient qu'aux clauses d'exclusivité d'approvisionnement accessoires à un

286 *Supra*, note 272.

287 *Brasseries Union messine c. Époux Peiffer*, Colmar, 20 octobre 1936, *D.H.* 1936, 592.

288 *Cavla c. Société de la brasserie de Tantonville*, Cass. Ch. Req., 17 février 1931, *D.P.* 1931, I, 41 (note P. Voirin); *S.* 1931, I, 112 (obs. Demontes).

289 *Époux Dufon c. Société Rigaux et Gille*, Cass. Ch. Req., 5 février 1934, *Gaz. Pal.* 1934, II, 331.

290 Les abus provenaient surtout d'une compagnie américaine, la United Shoes Machinery Company, qui obligeait les fabricants de chaussures français à signer une clause d'exclusivité de 20 ans lors de la vente ou de la location de ses machines. Cette clause portait également sur les pièces de rechange. Voir *United Shoe Machinery C^{ie} de France c. Dreuil-Malbert et cie et Pasquer*, Paris, 15 mars 1934, *supra*, note 266.

contrat de vente ou de location de meubles. Par conséquent, cette durée ne jouait pas lorsque la clause d'exclusivité d'achat de biens meubles était insérée dans un contrat de location d'immeuble²⁹¹ soit d'un débit de boissons, soit d'un terrain pour y placer des cuves et des pompes d'essence²⁹². La clause d'exclusivité a été considérée dans ces cas comme étant une condition essentielle au contrat de location d'un immeuble (fonds de commerce) et non à une convention d'achat de biens meubles (bière, essence). Les tribunaux français ont également décidé que la loi de 1943 ne pouvait s'appliquer au contrat de prêt de matériel²⁹³ ou d'argent assorti d'une clause d'exclusivité.

En 1971, ces tribunaux ont commencé à donner une interprétation extensive à la loi du 14 octobre 1943. La chambre commerciale de la Cour de cassation a opéré un revirement²⁹⁴ de sa jurisprudence antérieure pour appliquer la loi à toutes les clauses d'exclusivité d'approvisionnement qui se rapportaient à l'achat de biens mobiliers couvrant ainsi tous les contrats de distribution intégrée (contrat d'approvisionnement et de fourniture exclusifs, contrat d'enchaînement volontaire, contrats de concession exclusive et contrats de franchise). Certains distributeurs avaient soulevé l'article 1 de la loi pour se libérer de leur contrat dont la durée était supérieure à dix ans en invoquant l'absence de détermination du prix de vente des biens meubles qu'ils devaient acheter. Les tribunaux ont accepté leur point de vue en liant la validité de la clause d'exclusivité à la détermination du prix des biens vendus par le fournisseur.

291 *Brasserie Lorraine c. Kieffer*, Cass. Com., 14 décembre 1959, *Gaz. Pal.* 1960. I. 112; voir *D.* BACHET, op. cit., note 97, p. 197.

292 *Brasserie Lorraine c. Kieffer*, supra, note 291; *Époux Labouret-Bresciani c. Société Mah-Total*, Cass. Com., 22 octobre 1968, *Bull. civ.* 1968. IV, n° 283, p. 252 et *Société Brasserie Gruber c. Veuve Leclaire*, Cass. Com., 20 décembre 1960, *Gaz. Pal.* 1961. I. 355; *Bull. civ.* 1961. III, n° 419, p. 383.

293 *Époux Ruet c. Société des Grandes brasseries de Charmes*, Colmar, 5 novembre 1958, *D.* 1959. 183 (Obs. J. Hémar).

294 Cass. Com., 27 avril et 5 novembre 1971, *D.* 1972. I. 353 (note J. Ghettin); Cass. Com., 27 avril 1971, *J.C.P.* 1972. II. 16975 (note J. Boré); *Société Champenois et Cie c. C^{ie} française Total*, Cass. Com., 1er février 1972, *J.C.P.* 1972. II. 17136; Cass. Com., 13 mars 1972, *J.C.P.* 1972. II. 17196 (note J. Boré).

3- La détermination du prix de vente

a) Le droit français

En droit français, la validité de la clause d'exclusivité est étroitement liée à la détermination du prix de vente des biens faisant l'objet de la convention d'exclusivité. La question de l'exigence de la détermination du prix a été soulevée pour la première fois devant les tribunaux par les pompistes de marques. Le litige est survenu suite à la fusion des marges des producteurs et des détaillants par l'arrêté du 27 mai 1963²⁹⁵.

Les pompistes ont allégué que cette fusion rendait les prix indéterminés ou indéterminables puisqu'elle laissait aux compagnies pétrolières ou au comité professionnel du pétrole le soin de fixer les prix de façon unilatérale. Pour cette raison, les pompistes ont exigé l'annulation de leur contrat-cadre.

La thèse civiliste, soulevée par les pompistes, était fondée sur le fait que le contrat-cadre était un contrat de vente et que le prix des choses à vendre devait être déterminé ou déterminable en vertu de l'article 1592 du *Code civil français*. Subsidairement, ils ont invoqué l'article 1 de la loi du 14 octobre 1943 pour se dégager de leur engagement d'approvisionnement exclusif qui avait une durée supérieure à dix ans.

Les sociétés pétrolières ont invoqué la commercialité de l'opération à l'encontre de l'argumentation des pompistes. Elles ont plaidé que les tarifs avaient été fixés uniformément pour tous les pompistes et calculés en fonction des cours mondiaux. Le cours du marché était pour elles une référence qui ne constituait pas une condition potestative et qui était toujours présente car même s'il n'y avait pas de marché interne, il y avait toujours le cours du marché international.

La Cour de cassation a d'abord rejeté la thèse civiliste des pompistes le 29 janvier 1968²⁹⁶. Elle faisait de même pour les débitants de bière le 27 janvier 1971. Elle a refusé de voir dans la détermination du prix une condition pour la validité de ces contrats.

²⁹⁵ Bull. officiel du service des prix n° 24748 du 29 mai 1963. Cet arrêté est entré en vigueur le 1^{er} octobre 1963.

²⁹⁶ *Société anonyme Esso Standard c. Société anonyme Garage de la Place d'Italie*, Cass. Com., 29 janv. 1968, *D* 1968. 341 (rapp. Dallant); Cass. Com., 29 janv. 1968, *Bull.* 1968. IV, n° 41; Cass. Com., 3 mars 1970, *J C P* 1970. IV, 111.

Cependant, elle revint sur sa position le 27 avril 1971²⁹⁷ et exigea la détermination du prix comme condition de validité des contrats intervenus entre les sociétés pétrolières et les pompistes de marque. Elle en fit de même pour les contrats de bière le 12 février 1974²⁹⁸

La Cour de cassation assimilait le contrat-cadre, dans lequel faisait partie la clause d'approvisionnement exclusif, à un contrat de vente. La majeure partie de la doctrine a rejeté cette assimilation. Certains auteurs ont justifié leur désaccord par le fait que ce genre de convention n'imposait qu'une obligation négative²⁹⁹ de ne pas s'approvisionner chez un concurrent alors que d'autres y ont vu une obligation positive³⁰⁰ de s'approvisionner chez le passeur. Enfin, de très nombreux auteurs ont souscrit à la théorie des Professeurs Mousseron et Seube qui ont vu dans le contrat d'approvisionnement exclusif, un contrat-cadre dont l'objet était de favoriser la conclusion de contrats d'application tout en y prévoyant partiellement leur contenu³⁰¹.

Ces critiques de la doctrine influencèrent la Cour de cassation qui changea sa position quant à l'exigence du prix relativement au contrat de fourniture de bière le 11 octobre 1978³⁰². Dans trois décisions rendues le même jour, la Cour concluait que le contrat de bière n'était pas un contrat de vente mais qu'il fallait quand même y déterminer le prix ou le rendre déterminable selon l'article 1129 C.c.fr. Cet article, qui s'applique à tous les contrats, énonce le principe que toute obligation doit avoir pour objet une chose déterminée dans son espèce (aliéna 1) tandis que que la quantité de la chose se doit d'être déterminable (aliéna 2).

297 Cass. Com., 27 janvier 1971, *J C P* 1972. II. 16975 (note J. Boré); *Société British American Biscuits c. Société Brasserie et Malterie «Le Phénix»*, Cass. Com., 27 janvier 1971, *D* 1972. I. 536 (note J. Ghestin).

298 *Époux Martin c. S A R L Brasserie du Coq Hardi*, Cass. Com., 12 février 1974, *D* 1974. I. 414 (note Ghestin).

299 COULOMBEL «Les obligations spéciales de l'acheteur dans certaines ventes commerciales», in HAMEL, *La vente commerciale de marchandises*, Paris, 1951, p. 823; Georges DURRY *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du contractant*, thèse de doctorat, Paris, 1957, n° 94, p. 156.

300 Jacques GHESTIN, note sous Cass. Com., 27 avril 1971, *D* 1972. I. 353; Jacques BORÉ, note sous Cass. com., 12 février 1974, *J C P* 1975. II. 17915

301 Jean-Marc MOUSSERON et Alain SEUBE, «Les contrats d'assistance et de fourniture», *D* 1973. 197.

302 Cass. Com., 11 octobre 1978, *D* 1979. 136 (note Hourin). Ces arrêts furent également suivis par d'autres arrêts de cette même cour : 27 avril 1981, *Bull. civ* 1981. IV, n° 189 et Cass. Com., 10 mars 1987, (1988) 41 *Rev. trim. dr. comm.* 118; voir aussi Didier FERRIER, «Indétermination du prix et annulation du contrat d'approvisionnement exclusif», (1982) 5/6 *Cahiers de droit de l'entreprise* 12 où il cite trois arrêts inédits : Cass. Com., 22 mars 1982, Cass. Com., 7 déc. 1980 et 1^{er} décembre 1981.

La Cour a conclu que la chose, objet de l'obligation, constituait le prix pour l'engagement de l'une des parties, les distributeurs, alors qu'elle constituait les «fournitures» pour l'engagement de l'autre partie, le brasseur. Elle a également traduit l'expression «quotité de la chose» par le *montant* du prix pour l'engagement des débitants et par le *nombre*, le *poids*, le *volume* pour l'engagement du brasseur.

Certains commentateurs ont vivement critiqué cette décision de la Cour de cassation. Ils lui ont reproché d'avoir assimilé le prix à la chose pour donner à l'article 1129 du *Code civil français* un contenu identique à l'article 1591 du même code. Selon eux, l'article 1129 ne peut être invoqué pour ramener l'obligation du débitant à celle d'un acheteur étant donné la nature de la convention qui est plus qu'une vente. Cette convention a pour objectifs économiques d'attirer la clientèle, d'assurer le succès d'une marque et de voir à la bonne marche du commerce. L'objet de l'obligation du débiteur consiste en l'aliénation de sa liberté commerciale et non au paiement du prix des fournitures.

Quant à la détermination de l'objet, ces auteurs affirment, à la lecture des deux alinéas de l'article 1129 du C.c.fr., que l'exigence de l'objet déterminé vise l'espèce de l'obligation et non sa quotité qui peut être incertaine. Par conséquent, l'économie du contrat de bière qui ne permet pas de fixer un prix fixe pour toute la durée du contrat, permet au fournisseur de faire référence à un prix du marché³⁰³.

Malgré ces critiques de la doctrine, la position de la Cour de Cassation est demeurée inchangée depuis ces arrêts. Le prix doit être déterminé ou déterminable au moment de la signature du contrat sinon le contrat est frappé de caducité si le prix était déterminé lors de sa conclusion et qu'il est devenu indéterminé par la suite ou bien il est frappé de nullité si le prix était indéterminé dès sa conclusion.

b) Le droit québécois

En droit québécois, la jurisprudence a la même position que la jurisprudence française en matière de détermination du prix. Le contrat-cadre est vu comme un contrat de vente ou une promesse synallagmatique de vente³⁰⁴. Comme tel, il doit respecter les

³⁰³ Voir Annick de MARTEL, «L'article 1129 du Code civil et l'annulation des contrats de bière pour indétermination de leur prix», *J.C.P.* 1980, éd. C.I. II, 13316, n° 9, 323.

³⁰⁴ *Summer Sports Inc. c. Pavillon de chasse et pêche (440) Inc.*, [1987] R.J.Q. 2467 (C.S.).

conditions de formation de ce contrat et prévoir, entre autres, un prix déterminé ou déterminable³⁰⁵. Sinon, le contrat ou la promesse de vente est nulle. La clause d'exclusivité d'approvisionnement du concessionnaire ne tient plus puisqu'elle n'a plus de contrepartie soit l'obligation de fourniture du concédant, faute de détermination du prix des fournitures.

B) La clause d'exclusivité et le droit de la concurrence

La clause d'exclusivité, indépendamment du contrat dans lequel elle est insérée, limite la liberté de concurrence. Le débiteur de l'exclusivité est obligé de ne fournir ou de n'acheter qu'à son partenaire exclusif, ce qui a pour effet de l'exclure du marché de l'offre et de la demande. Quant aux tiers, ils ne peuvent prendre part à la relation contractuelle établie par les partenaires de l'exclusivité. Cette situation les lèse puisqu'ils ne peuvent offrir leurs produits ou leurs services et ce même s'ils sont de qualité supérieure ou à des prix inférieurs.

Cette atteinte à la libre concurrence n'est pas toujours néfaste. Elle permet une rationalisation de l'organisation commerciale des partenaires en offrant au consommateur des prix plus intéressants et un service après-vente de qualité. Ces raisons justifient la souplesse avec laquelle le droit français et le droit canadien de la concurrence abordent les clauses d'exclusivité. Cette souplesse s'est confirmée par ailleurs en 1986 puisque les législateurs français et canadien ont adopté une nouvelle loi sur la concurrence³⁰⁶. Leur but était de décriminaliser ou de dépénaliser certaines sanctions comme celle sur le refus de vente.

305 *R. Pagé Inc. c. Pebec Inc.*, C.A. Montréal, no 500-09-000270-783, 10 février 1985, Le Juge L'Heureux-Dubé mentionne dans cet arrêt (p. 5) que le contrat d'exclusivité entre une compagnie pétrolière et son distributeur n'est pas un contrat de vente. Toutefois, elle ajoute que le prix des produits pétroliers était dans la présente affaire déterminable :

«Le contrat subséquentement ratifié par l'intimé n'est pas à mon sens un contrat de vente mais plutôt une convention portant obligation synallagmatique par laquelle, d'une part, l'appelante s'engage à s'approvisionner auprès de l'intimée et, d'autre part, celle-ci s'engage à approvisionner l'appelante. Le prix n'est pas ici la considération essentielle du contrat préincorporatif. Il est, par ailleurs, déterminable comme le montre amplement la preuve, à mon avis.»

306 En droit français : *ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, J.O.*, 9 décembre 1986 modifiée par la *loi n° 87-499 du 6 juillet 1987, J.O.*, 7 juillet 1987. Cette ordonnance a aboli la circulaire administrative de 1961 dite «Circulaire Fontanel». En droit canadien : *Loi sur la concurrence, L.R.C.* (1985), c. C-34 modifiée par *L.R.C.* (1985), c. 19 (2e supp.).

Nous étudierons, dans chacun de ses systèmes juridiques, les principaux aspects de la validité de la clause d'exclusivité par rapport à leur loi respective. Dans un premier temps, nous examinerons, en droit français, la validité de la clause d'exclusivité au regard des pratiques restrictives entre professionnels (le refus de vente et les pratiques discriminatoires) et au regard des pratiques anticoncurrentielles (les abus de position dominante et les abus de dépendance économique). Dans un deuxième temps, nous étudierons la validité de la clause d'exclusivité en droit canadien de la concurrence. Nous examinerons des pratiques restrictives de commerce (refus de vendre, exclusivité, limitation du marché) et certaines infractions criminelles (discrimination sur le prix de vente, refus de fournir).

1- Le droit français de la concurrence

a) Les pratiques restrictives entre professionnels

Les pratiques restrictives sont de par leur nature des comportements nuisibles à la concurrence ce qui justifie leur prohibition de principe par la loi. Elles sont prévues à l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre de 1986³⁰⁷. On y retrouve les pratiques discriminatoires, le refus de vente ou de service et les ventes liées.

Nous ne traiterons que des deux premières pratiques. Les pratiques discriminatoires ont pour but de traiter de manière inégale des clients ou des fournisseurs qui évoluent pourtant sur le même marché. Le refus de vente ou de service consiste, pour un professionnel, à ne pas vouloir conclure un contrat de vente ou de prestation de service avec un autre professionnel. Ces pratiques ont été regroupées à l'article 36 parce que, d'une part, elles affectent des accords de type vertical — c'est-à-dire unissant des parties à des stades différents de la production et de la distribution — et parce que, d'autre part, elles ont des points communs. En effet, le producteur peut accepter de contracter en usant de pratiques discriminatoires en appliquant des prix discriminatoires à un revendeur dans le but de l'éliminer au lieu de lui vendre purement et simplement.

Ces pratiques diffèrent toutefois quant aux parties qui peuvent les utiliser. Les pratiques discriminatoires peuvent émaner des producteurs ou des distributeurs alors que le refus de vente émane toujours des producteurs qui l'opposent aux distributeurs.

³⁰⁷ *Supra*, note 245.

Ces pratiques sont illicites et interdites. Avec l'ordonnance de 1986,³⁰⁸ elles engagent la «responsabilité civile» du fautif qui peut être poursuivi en dommages et intérêts ou se voir imposer une injonction.

i) Les pratiques discriminatoires

Nous sommes en présence d'une pratique discriminatoire si les trois éléments constitutifs suivants sont réunis : 1) un traitement différentiel entre des partenaires économiques (les particuliers en sont exclus) tel la fourniture de biens à un distributeur à un prix moindre que celui offert aux autres membres du réseau; 2) l'absence de contreparties réelles qui pourraient justifier ce traitement; et enfin 3) la création, pour celui qui exerce cette pratique, d'un avantage ou d'un désavantage relativement à sa capacité compétitive dans la concurrence. Ce dernier élément ne tient compte que des incidences sur la situation personnelle de l'intéressé.

L'article 36-1 se lit comme suit :

«De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence;»

L'interdiction prévue dans cet alinéa a une portée très large puisqu'elle vise la discrimination des prix soit à la hausse, soit à la baisse; la discrimination des conditions de vente entendues au sens large comme les délais d'exécution des commandes; et la discrimination sur les modalités de vente et de transport. L'interdiction vise à la fois la discrimination dans les ventes de marchandises ou les prestations de service. Elle s'applique à la fois aux fournisseurs qui accordent ces discriminations et aux distributeurs ou prestataires de service qui en sont tributaires. Elle s'applique non seulement aux professionnels mais aussi aux «partenaires économiques» comme certaines centrales d'achat.

308 *Ibid.*

Cette interdiction n'est cependant pas absolue. Toute discrimination n'est pas interdite si elle est justifiée par le libre jeu de la concurrence et de la négociation. Par exemple, la pratique des barèmes d'écart est justifiée si elle tient compte de l'importance des quantités fournies. Cette pratique fixe les prix unitaires de façon répressive à mesure qu'augmentent les quantités vendues. La pratique des conditions particulières de vente est également justifiée lorsque l'acheteur assume certaines tâches du vendeur comme l'emballage et le transport des produits.

Ces discriminations sont légitimes car elles reposent sur une contrepartie réelle. Certaines discriminations sont également justifiées par le fait qu'elles ne rencontrent pas le troisième élément constitutif de l'interdiction soit l'égalité dans la concurrence tout en étant dépourvues de contreparties réelles. Il en est ainsi lorsqu'un fournisseur consent des conditions de vente ou des prix plus avantageux à un distributeur pour lui permettre d'introduire de nouveaux produits sur un marché.

ii) Le refus de vente ou de service

Un refus de vente ou de service se produit lorsqu'un fournisseur, pour une raison quelconque, n'honore pas les commandes de marchandises ou de services passées par un distributeur ou prestataire. Ce refus a pour effet d'éliminer le distributeur du marché alors que ses concurrents sont approvisionnés. Cette pratique est une atteinte sérieuse à l'exercice de son activité et à sa situation concurrentielle.

L'article 36-2 de l'ordonnance de 1986 pose comme principe que le refus de vente ou de service est interdit à moins qu'il ne soit justifié par des circonstances exonératrices. Il se lit comme suit :

«Le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou artisan [...] de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles soient faites de bonne foi et que le refus n'est pas justifié par les dispositions de l'article 10.»

Les conditions de l'interdiction sont au nombre de trois. Premièrement, il faut que le refus de vente soit fait par un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan à un professionnel. Les particuliers ne sont pas visés ici. Deuxièmement, le refus de vendre

doit ne pas avoir satisfait aux demandes de fournitures de produits ou de services. On a considéré comme fautif le fait pour le fournisseur de ne pas vouloir entrer en négociation avec les demandeurs qui voulaient conclure un contrat de distribution ³⁰⁹ ou encore le fait de ne pas fournir les indications relatives aux modèles, aux prix et aux couleurs parce qu'elles étaient nécessaires pour passer une commande ³¹⁰. Troisièmement, le refus de vente ou de service est sanctionnable seulement si son auteur peut répondre aux commandes qui lui sont passées.

L'article 36-2 ne vise pas expressément la clause d'exclusivité. Toutefois, l'exclusivité provoque souvent des refus de vente envers les personnes qui n'en sont pas bénéficiaires. Le fournisseur qui s'est engagé à ne fournir exclusivement qu'un certain nombre de distributeurs, doit refuser les commandes qui ne proviennent pas de ses distributeurs exclusifs. Il s'expose donc aux sanctions de l'article 36-2 de l'ordonnance.

Les dispositions de l'article 10 constituent des exceptions au refus de vente. L'article 36-2 réfère à ces exceptions qui s'appliquent aussi à la prohibition des concertations restrictives de la concurrence et des abus de position dominante (article 8). L'article 10 se lit comme suit :

«Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques :

1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application;
2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

Certaines catégories d'accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par

309 *Procureur général pres de la Cour d'appel de Rouen c. Clément et autre*, Cass. Crim., 24 février 1981, *Gaz. Pal.* 1981. I. 419 (note A. Öser).

310 Paris, 1er mars 1967, *J.C.P.* 1967. II. 15138 (note H. Guérin) et pourvoi rejeté Cass. Crim., 30 avril 1968, *J.C.P.* 1968. II. 15576.

décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.»

À la lecture de cet article, on se rend compte qu'en matière de conventions d'exclusivité, la justification des refus de vente qu'elles entraînent ne doit pas être recherchée dans les critères invariants que sont le caractère anormal de la demande, la mauvaise foi du demandeur ou l'autorisation de la loi, mais dans la justification résultant d'un bilan économique ou d'un décret d'exemption.

- Le bilan économique : moyen de justification

La convention d'exclusivité est valable et les refus de vente qu'elle entraîne sont justifiés si elle respecte les quatre conditions de l'article 10-2 de l'ordonnance de 1986. Elle doit d'abord assurer un progrès économique soit en favorisant la conquête du marché ou soit en améliorant le service rendu au consommateur. La convention doit également permettre aux utilisateurs, tels les consommateurs utilisateurs finals, de toucher à une partie équitable du profit qui en provient. La convention et les refus de vente qu'elle provoque ne doivent pas permettre aux entreprises contractantes d'éliminer la concurrence pour une partie importante des produits en cause. Enfin, la convention d'exclusivité ne doit imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont nécessaires pour atteindre l'objectif de progrès économique.

Les aspects positifs et négatifs de la convention d'exclusivité sont maintenant mis en balance et selon le bilan économique qui en sortira, positif ou négatif, les refus de vente engendrés par la convention seront justifiés ou condamnés³¹¹.

Les refus de vente seront justifiés en vertu de l'article 36 lorsque le Conseil de la Concurrence aura admis leur rachat en vertu de l'article 10. Ils seront condamnables lorsque le Conseil aura refusé leur rachat³¹².

³¹¹ Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE, *Le nouveau droit de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 1987, p. 27.

³¹² Dans certains cas, ce n'est pas le Conseil de la concurrence qui se prononcera sur le rachat mais un juge (art. 26 de l'ordonnance).

- Décret d'exemption : moyen de justification

Les refus de vente fondés sur certaines catégories d'accords peuvent être justifiés par l'article 10-3 de l'ordonnance. En vertu de ce paragraphe, la convention qui a pour objet d'améliorer la gestion de petites et moyennes entreprises peut être reconnue comme satisfaisant aux conditions du paragraphe 2 de l'article 10 par décret pris après avis du Conseil de la concurrence.

Les accords prévus au paragraphe 3 doivent avoir pour objet l'amélioration de la gestion des entreprises moyennes ou petites. La doctrine considère que ce sont les contrats de coopération inter-entreprises qui sont ici visés comme le contrat de concession commerciale, le contrat de distribution sélective et le contrat de franchise.

b) Les pratiques anticoncurrentielles

L'article 7 de l'ordonnance de 1986 assimile les conventions d'exclusivité à des ententes³¹³ à cause des refus de vente concertés qu'elles provoquent. L'article 7 se lit comme suit :

«Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;
2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse;
3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique;
4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.»

313 La jurisprudence avait jugé que l'ancienne ordonnance de 1945 assimilait les clauses d'exclusivité à la pratique des prix illicites et non à des ententes. Voir l'arrêt *Brandt*, Cass. Crim., 11 juillet 1962, *D* 1962. 497 (rapp. Costa). L'ordonnance du 30 décembre 1985 avait mis fin à cette interprétation en prévoyant que le refus de vendre n'était pas une pratique illicite s'il résultait d'une convention licite. Les conventions d'exclusivité pouvaient donc constituer des ententes dont l'objet pouvait fausser le jeu de la concurrence. Cette ordonnance fut abrogée et remplacée par l'ordonnance de 1986 qui est au même effet.

Deux conditions seront nécessaires pour l'application de cette infraction :

- une concertation entre plusieurs entreprises.
- cette concertation doit avoir pour objet ou pour effet de nuire au jeu de la concurrence sur le marché.

L'article 8 de l'ordonnance prévoit deux autres pratiques dans lesquelles peuvent être classées les clauses d'exclusivité soit l'abus de position dominante et l'état de dépendance économique. Les éléments constitutifs de ces prohibitions sont les mêmes que ceux prévus à l'article 7. Les contrats de distribution intégrée sont sujets à ces prohibitions par le refus de vente qu'ils provoquent. L'article 8 mentionne d'ailleurs cette possibilité à son alinéa 2 :

«Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.»

L'état de dépendance économique est une nouvelle prohibition créée par l'ordonnance de 1986. Le Conseil de la concurrence ne s'est pas prononcé jusqu'à ce jour sur le «seuil de sensibilité de cette pratique». Néanmoins, il faut mentionner que cette dernière pratique ainsi que l'abus de position dominante peuvent bénéficier des moyens d'exonération prévus à l'article 10. Lorsque ces pratiques sont reconnues comme étant anticoncurrentielles par le Conseil de la concurrence, il peut émettre une ordonnance d'injonction aux entreprises ou aux personnes morales qui les pratiquent.

Dans cette ordonnance, il peut leur enjoindre de mettre fin à celles-ci dans un délai déterminé ou encore de respecter certaines conditions particulières (article 13 alinéa 1). Il peut avec l'injonction ou sans cette mesure, imposer des sanctions pécuniaires aux auteurs des pratiques concurrentielles (article 13 alinéa 2). Ces pratiques peuvent également faire l'objet d'actions en nullité et en dommages-intérêts devant les juridictions commerciales ou civiles (article 9). Enfin, les dirigeants de ces entreprises ou personnes morales peuvent se voir imposer des sanctions pénales (amende, emprisonnement ou une combinaison des deux selon l'article 17).

2- Le droit canadien de la concurrence³¹⁴

Le droit de la concurrence est une compétence législative fédérale en vertu de notre Constitution. En 1986, le Parlement canadien adoptait une nouvelle loi sur la concurrence³¹⁵. Cette loi prévoit des pratiques restrictives du commerce qui peuvent affecter nos contrats de distribution puisque certains d'entre eux contiennent une exclusivité d'approvisionnement alors que d'autres contiennent, en plus de cette exclusivité, une exclusivité territoriale.

Les pratiques restrictives sur lesquelles nous nous pencherons sont de nature civile. Elles sont au nombre de trois : le refus de vente, l'exclusivité et la limitation du marché. Ces pratiques ne sont pas illégales en soi. Elles peuvent le devenir si elles mettent en jeu la liberté de commerce des parties impliquées ce qui peut avoir pour effet de l'éliminer complètement. La loi a pour but d'imposer des limites à ces pratiques et celles-ci peuvent faire l'objet d'une ordonnance du tribunal de la concurrence si elles les transgressent.

Les contrats de distribution peuvent également tomber sous les dispositions portant sur l'abus de position dominante. Pour l'instant, dans notre droit, cette infraction est plus théorique que pratique. C'est pourquoi nous nous contentons de mentionner son existence sans élaborer sur ce sujet.

Enfin, la loi prévoit des infractions de nature criminelle lorsqu'il y a refus de fournir ou discrimination sur le prix de vente. Ces infractions sont qualifiées d'acte criminel qui peuvent, sur déclaration de culpabilité, être punissable par une amende ou un emprisonnement maximal de 5 ans ou une combinaison des deux.

314 Pour une étude exhaustive de la clause d'exclusivité en droit canadien de la concurrence, voir B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 136 et suiv.

315 Voir *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34 modifié par L.R.C. (1985), c. 19 (2e supp.). L'ancienne loi sur les enquêtes et coalitions avait une nature pénale. La nouvelle loi a maintenant un caractère civil. Sa constitutionnalité a été contestée parce qu'elle empiétait, selon les provinces, sur leur compétence en matière de «propriété et droits civils» prévue à l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême a reconnu récemment la constitutionnalité de la loi fédérale dans *General Motors of Canada Limited c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641. Elle a constaté que la constitutionnalité de l'ancienne loi se justifiait par l'article 91(27) et que maintenant la nature civile de la nouvelle loi se justifiait par l'article 91(2) de la même loi.

a) Les pratiques restrictives de commerce³¹⁶

i) Le refus de vente (article 75 L.C.)

La pratique commerciale de refus de vente exercée par le fournisseur, concédant ou franchiseur, devient illégale si les quatre conditions prévues à l'article 75 de la loi³¹⁷ sont présentes en même temps. Le fournisseur doit : 1) être gêné dans l'exploitation de son entreprise; 2) être incapable de se procurer le produit en raison de l'insuffisance de la concurrence dans le secteur; 3) être en mesure de rencontrer les conditions normales de commerce imposées par le fournisseur; et 4) le produit doit être disponible sur le marché en quantité suffisante.

Le paragraphe 3 de l'article 75 définit les «conditions de commerce». Cette expression recouvre les conditions de paiement, les quantités unitaires d'achats et les exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien.

Le refus de vente ne constitue pas une pratique illégale si le refus du fournisseur est justifié par le fait que le fournisseur puisse obtenir un produit similaire ailleurs. L'article 75 (2)

316 Ces pratiques ont été ajoutées suite aux abus des sociétés pétrolières qui obligèrent leurs détaillants à s'approvisionner chez elles non seulement pour les produits à base de pétrole mais pour tous les produits nécessaires à l'exploitation de leur commerce. Voir RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION REPORT, *Report on an Inquiry into the Distribution and Sale of Automotive Oils, Greases, Antifreeze, Additives, Tires, Batteries, Accessories and Related Products*, Ottawa, Queen's Printer, 1962.

317 75 (1): Lorsque, à la demande du directeur, le Tribunal conclut :

- a) qu'une personne est sensiblement gênée dans son entreprise ou ne peut exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit de façon suffisante, ou que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales;
- b) que la personne mentionnée à l'alinéa a) est incapable de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché;
- c) que la personne mentionnée à l'alinéa a) accepte et est en mesure de respecter les conditions de commerce normales imposées par le ou les fournisseurs de ce produit;
- d) que le produit est disponible en quantité amplement suffisante.

Le Tribunal peut ordonner qu'un ou plusieurs fournisseurs de ce produit sur le marché en question acceptent cette personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales à moins que, au cours de ce délai, dans le cas d'un article, les droits de douane qui lui sont applicables ne soient supprimés, réduits ou remis de façon à mettre cette personne sur un pied d'égalité avec d'autres personnes qui sont capables de se procurer l'article en quantité suffisante au Canada.

édicte qu'un produit n'est pas distinct à cause de sa marque de commerce. Cependant, dans certains cas, la marque peut être un signe de distinction si le commerçant ne peut utiliser un produit d'une autre marque pour faire commerce. Il est à noter qu'un «produit distinct» en vertu de ce paragraphe ne vise que les articles et non les services.

Enfin, pour opposer un refus de vente valide, le fournisseur doit avoir des raisons d'efficacité économique³¹⁸. Dans le contrat de franchise par exemple, le franchiseur peut refuser de vendre ses produits à des franchisés lorsqu'il est manufacturier en raison du fait qu'il exige des standards de qualités élevés de la part des franchisés³¹⁹. Ces standards sont à la base de sa notoriété et de sa réputation auprès du public et ils justifient pleinement son refus de vente.

ii) L'exclusivité (article 77 L.C.)

L'article 77 couvre trois pratiques restrictives qui se retrouvent surtout dans l'activité économique de distribution : l'exclusivité, la limitation du marché et les ventes liées. Nous ne traiterons que des deux premières puisqu'elles ont comme dénominateur commun la notion d'exclusivité tant d'approvisionnement que territoriale³²⁰.

318 Voir COMMISSION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE COMMERCE, *La concurrence dans l'industrie pétrolière canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 303.

319 Voir B. LEFEBVRE, *op cit*, note 2, p. 143.

320 77 (1) : « Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«exclusivité»

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :

(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,

(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a) (i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit selon les modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

«limitation du marché» La pratique qui consiste, pour le fournisseur d'un produit, à exiger d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client fournisse lui-même un produit quelconque uniquement sur un marché déterminé ou encore à exiger une pénalité de quelque sorte de ce client si ce dernier fournit un produit quelconque hors d'un marché déterminé.

La pratique de l'exclusivité se rencontre dans les contrats d'approvisionnement exclusif, de concession commerciale et de franchise. Cette pratique est exercée par un fournisseur de produit qui oblige son détaillant à s'approvisionner exclusivement ou presque exclusivement chez lui ou encore chez une personne déterminée. Elle peut consister également en l'accord par le fournisseur de conditions plus avantageuses (par exemple des escomptes) si le détaillant agit selon les accords d'exclusivité³²¹.

L'exclusivité sera sanctionnée si quatre conditions existent. L'exclusivité doit : 1) être une pratique, 2) être utilisée par un fournisseur important, 3) avoir pour effet d'être un obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché; et 4) de nuire sensiblement à la concurrence.

La première condition exige que l'exclusivité soit une pratique, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas résulter d'un geste isolé. Par ailleurs, elle n'a pas besoin d'être totale, elle peut être à titre principal. Cette condition vise les contrats d'approvisionnement exclusif, de concession commerciale et de franchise. Les franchiseurs, dans leurs contrats, s'adonnent à la pratique de l'exclusivité. Il y a donc une possibilité pour eux d'enfreindre la loi sur ce

[...]

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

- a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché;
- b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur le marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur le marché;
- c) soit sur le marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

(3) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du directeur, conclut que la limitation du marché, en étant pratiquée par un important fournisseur d'un produit ou très répandue à l'égard d'un produit, réduira vraisemblablement et sensiblement la concurrence à l'égard de ce produit, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de se livrer désormais à la limitation du marché et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour rétablir ou favoriser la concurrence à l'égard de ce produit.»

321 L'exclusivité de fourniture n'est pas comprise dans cette pratique.

point. La concession commerciale et la franchise sont particulièrement visées puisque l'exclusivité d'approvisionnement y est un élément important voire essentiel.

Comme deuxième condition, il faut être un «fournisseur important». Cette expression a été analysée une seule fois dans la cause de *Director of Investigation and Research c. Bombardier Ltd*³²². La Commission a conclu dans cette affaire que Bombardier était un fournisseur important. Elle a considéré comme étant un fournisseur important celui qui est l'unique fournisseur du produit. Toutefois, elle a ajouté que l'article ne visait pas le «plus important» fournisseur mais celui qui est important par rapport à ses concurrents à cause de l'impact qu'il a sur le marché³²³.

La Commission a eu à déterminer les critères d'importance d'un fournisseur lorsqu'ils étaient plusieurs sur un même marché. L'importance du fournisseur tient à sa force financière, au nombre de ses concessionnaires, à sa part du marché et à son apport à la recherche dans son domaine³²⁴.

La troisième condition résulte dans le fait que l'exclusivité ne doit pas empêcher l'entrée ou le développement d'une autre firme sur la marché ou être obstacle au lancement d'un produit ou encore d'exclure une firme ou le produit du marché.

Cette troisième condition est reliée selon la doctrine à la quatrième³²⁵. Elle n'est qu'un exemple de réduction de concurrence. La question qui doit être posée quant à l'exclusivité est de savoir si elle diminue «sensiblement» la concurrence. La réponse sera positive si le fournisseur qui pratique l'exclusivité est important. Toutefois, la Commission a reconnu dans l'affaire *Bombardier* qu'il était possible pour les autres compétiteurs de percer dans le même marché alors que la concurrence n'était pas «sensiblement»³²⁶ diminuée. La part du marché constitue donc l'élément essentiel. Un auteur ³²⁷ pense

322 (1980) 53 C.P.R. (2d) 47. Bombardier refusait d'approvisionner les concessionnaires qui n'avaient pas respecté la clause d'exclusivité dans leur contrat.

323 *Id.*, p. 55.

324 *Ibid.*

325 B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 150.

326 À l'époque, la loi utilisait l'expression «substantiellement» diminuée. Le changement d'expression ne nous empêche pas de retenir l'élément de la part du marché établi par la jurisprudence.

327 C. SAMSON, *loc. cit.*, note 207, 787.

également qu'il faut retenir l'élément de la durée. Plus elle est longue et plus son effet sera grand sur la concurrence.

Les clauses d'exclusivité contenues dans les contrats d'approvisionnement exclusif, de concession commerciale et de franchise devront respecter toutes ces conditions ainsi que tous les critères et éléments qui ont été dégagés par la jurisprudence pour être assujetties à cette pratique. L'article 77 (4) prévoit toutefois des exceptions. L'exclusivité peut être pratiquée pendant une période raisonnable si elle a pour but de faire entrer un nouveau produit sur le marché ou encore d'y lancer une nouvelle entreprise.

iii) La limitation du marché

Dans les contrats de concession et de franchise, il y a toujours une clause d'exclusivité territoriale qui a pour but de maximiser les effets de la clause d'approvisionnement exclusif. Cette clause peut être l'objet d'une ordonnance par le tribunal si elle constitue un obstacle à la libre circulation des produits dans un territoire³²⁸. La loi ne prohibe pas le fait d'attribuer des territoires exclusifs aux concessionnaires et aux franchisés. Elle vise à interdire la pratique qui consiste à accorder un territoire exclusif à la condition que la revente des produits se fasse uniquement dans ce territoire ou encore d'exiger une pénalité si leourni vend à l'extérieur du marché qui lui a été accordé.

Cette pratique est souvent utilisée dans les contrats de concession et de franchise. La loi veut interdire la clause qui permet au franchiseur ou au concédant d'exiger d'un franchisé ou d'un concessionnaire qu'il verse à un autre franchisé ou concessionnaire ou encore à lui-même une pénalité pour les pertes que ce franchisé a subies pour les ventes qu'il a faites sur son territoire. Le franchisé ou concessionnaire ne peut donc pas refuser de vendre à un consommateur de passage qui veut acheter un produit dans son établissement.

La limitation du marché ne fera l'objet d'une ordonnance du Tribunal que si elle respecte les critères et éléments déjà vu lors de l'étude de la pratique de l'exclusivité³²⁹. Tout comme l'exclusivité, cette pratique est permise si elle permet l'entrée d'un nouveau produit ou si elle est pratiquée par des entreprises affiliées³³⁰.

³²⁸ Article 79 (1) et (3) de la loi.

³²⁹ Voir *Supra*, pp. 128-131.

³³⁰ Art. 77 (4) : «Le tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue par le présent article, lorsque, à son avis :

b) Les infractions à la concurrence

Les clauses d'exclusivité d'approvisionnement et de territorialité peuvent faire l'objet d'infractions criminelles. Nous avons retenu deux infractions possibles en la matière soit la discrimination sur le prix de vente et le refus de fournir. Ces infractions ont pour fonction d'empêcher la formation de coalitions qui diminuent la concurrence.

i) La discrimination sur le prix de vente

L'article 50 (1) a) de la *Loi sur la concurrence* qualifie d'acte criminel la pratique qui consiste à accorder à un acheteur un escompte, un rabais ou un prix plus avantageux que ceux accordés à ses concurrents pour des produits³³¹ de qualité et de quantité similaires. La discrimination doit être une «pratique» pour donner ouverture à l'infraction. Elle s'établit par les faits, c'est-à-dire à partir d'événements qui sont répétés et constants. Le fait pour un commerce d'accorder des rabais pour son ouverture ne constitue pas une pratique discriminatoire car elle est temporaire.

Cet article s'applique aux concessions, aux franchises et aux contrats d'approvisionnement exclusif de produits. En effet, son domaine ne concerne que la vente «d'articles», terme qui est défini par l'article 2 de la loi comme représentant un bien immobilier ou mobilier corporel.

La vente est donc le premier élément de l'infraction. Dans les trois contrats mentionnés ci-haut, elle s'y retrouve puisque les concessionnaires ou les franchisés achètent dans le but de revendre. L'aide à la vente est aussi une pratique illégale en vertu de cet article. Elle consiste pour un franchiseur à obliger ses franchisés à s'approvisionner chez certains fournisseurs qui pratiquent la discrimination du prix de vente en leur faveur.

a) l'exclusivité ou la limitation du marché est ou sera pratiquée uniquement pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit soit d'un nouveau produit; [...]
et, aucune ordonnance rendue en vertu du présent article ne s'applique en ce qui concerne l'exclusivité, la limitation du marché ou les ventes liées entre des personnes morales, des sociétés de personnes et des entreprises unipersonnelles qui sont affiliées.»

331 Cette pratique ne vise pas les services mais seulement les produits. La franchise de service y est donc exclue.

Le deuxième élément de l'infraction constitue un élément intentionnel de la part du revendeur. Celui-ci doit savoir qu'il vend à des prix différents des produits similaires. L'article 50 (1) a) mentionne que les produits qui ont des marques de commerce différentes ne sont pas similaires.

Le troisième élément de l'infraction porte sur le fait que la discrimination doit s'exercer contre des « concurrents ». Cette exigence diminue l'impact de cette infraction mais elle est toutefois nécessaire pour empêcher la concentration des entreprises et permettre la libre concurrence.

La détermination du statut de concurrent est une question de fait. Si l'acheteur n'achète pas dans le but de revendre alors il n'est pas un concurrent. Ainsi, les clients des franchisés ne sont pas concurrents entre eux et il est alors possible aux franchisés d'un même réseau de vendre à des prix différents pour cette raison. Dans le même ordre d'idée, un franchiseur peut vendre ses produits à un meilleur prix à ses franchisés qu'aux consommateurs parce que ces derniers ne sont pas concurrents.

Il faut également que les concurrents soient sur le même marché. Dans le cas contraire, l'article 50 (1) a) ne s'applique pas puisque les entreprises ne sont pas concurrentes. Enfin, l'article ne prohibe d'aucune manière la pratique des prix différents lorsque le prix est basé sur le *volume* de vente.

ii) Le refus de fournir (article 61 (1) b) L.C.)

Le refus de fournir constitue à la fois une pratique restrictive en vertu de l'article 77 et une infraction criminelle en vertu de l'article 61 (1) b) qui se lit comme suit :

« Quiconque exploite une entreprise de production ou de fourniture de produit [...] ne peut, directement ou indirectement :

b) refuser de fournir un produit à une autre personne exploitant une entreprise au Canada, ou prendre quelque autre mesure discriminatoire à l'endroit de celle-ci, en raison du régime de bas prix de celle-ci. »

Cet article s'applique à la concession et à la franchise tant de produits que de services puisqu'il traite de fourniture de produits. Ce terme est défini à l'article 2 comme étant un article ou un service.

L'article 61 (1) b) prohibe le cas où un concédant ou un franchiseur refuse de fournir son concessionnaire ou franchisé parce qu'il vend à des prix plus bas que ceux suggérés. Le premier élément de l'infraction est donc le refus de vente et, en vertu de la jurisprudence, il faut comprendre également le refus de livrer des articles en consignation³³².

Le deuxième élément de l'infraction exige que le refus de vente soit provoqué par le régime de bas prix du client. Cet élément est essentiel pour inculper le franchiseur. Si le franchiseur peut prouver que le refus de vente n'est pas justifié par le régime de bas prix alors il n'est pas coupable. Par exemple, le franchiseur peut refuser valablement de fournir un client qui ne respecte pas ses modalités de paiement³³³.

En vertu du paragraphe 10 de l'article 61, le concédant ou franchiseur est justifié de refuser de fournir si son concessionnaire ou franchisé sacrifie ses produits en les vendant à bas prix non pour le profit³³⁴ mais pour la publicité ou encore pour y vendre d'autres produits.

Le droit civil français et le droit civil québécois valident la clause d'exclusivité conclue entre les parties en vertu de leur liberté contractuelle si elle respecte «l'ordre public et les bonnes moeurs». Les tribunaux ont utilisé jusqu'à ce jour ce concept comme outil de protection des parties à une convention d'exclusivité au détriment de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie.

Le droit civil n'impose que des balises à l'exclusivité sans la considérer invalide en soi. Il faut que l'objet de la clause soit limité dans le temps et dans l'espace et que le prix des biens à acheter au fournisseur soit déterminé ou déterminable. La notion d'ordre public n'est pas souvent utilisée par les tribunaux pour contrer les situations inéquitables qui découlent de ce contrat comme la dépendance économique suscitée par la clause d'exclusivité.

332 *Philippe Beaubien et Cie Ltée c. C G E Co Ltd.*, [1976] C.S. 1459.

333 *Raymond Lanctôt (1982) Ltée c. Stross*, J.E. 86-764 (C.S.).

334 Selon la jurisprudence *R. c. Salomon Canada Sports Ltée*, (1987) 28 C.C.C. (3d) 240 (C.A. Qué.) un produit vendu en-dessous du coût net du franchisé est vendu sans profit.

Le droit de la concurrence français et canadien n'invalide pas non plus cette clause. Ils ont pour but d'imposer des limites à certaines pratiques de commerce. Il est facile de ne pas tomber sous l'application de ces dispositions puisque ces lois prévoient des moyens d'exonération. Par conséquent, le droit de la concurrence, dans ces deux systèmes, n'a pas un lourd impact sur la validité de la clause d'exclusivité au moment de la conclusion du contrat qui la contient.

Toutefois, force nous est de conclure que la création d'une nouvelle prohibition portant sur l'état de dépendance économique en droit français, laisse place à une très grande équité, et ce, même si la loi prévoit des moyens d'exonération sur le sujet. Cette prohibition pourra être la source d'insécurité contractuelle.

En effet, le contrat pourra être valable au moment de sa conclusion mais devenir abusif durant son exécution. Le contractant faible économiquement aura tendance à ne pas vouloir tenir ses engagements en invoquant l'abus de dépendance économique. Il y aura donc une possibilité de divergence entre le droit civil — qui tiendra un contrat valide — et le droit de la concurrence qui le tiendra invalide pour des raisons d'inégalité entre les parties. Cet état de fait sera source d'insécurité juridique.

§ 1- Le contrat d'assistance et de fourniture

A) Le «contrat de bière»

Le contrat de bière est né en France au XIX^e siècle³³⁵. Il a été souvent utilisé depuis. Au Québec, le contrat de bière n'est pas employé car les débitants préfèrent vendre la bière de plusieurs brasseurs pour attirer le plus grand nombre de clients possibles³³⁶.

En droit français, on a constaté³³⁷ que ce contrat débute souvent par une clause dans laquelle le brasseur consent au débitant une série d'avantages dont la nature varie au gré de l'imagination des parties. Ces avantages ont pour but de permettre une meilleure

³³⁵ Voir *supra*, p. 33.

³³⁶ Voir à ce sujet B. LEFEBVRE, *op cit*, note 2, p. 48.

³³⁷ A. SEUBE, *op cit*, note 94, p. 28.

exploitation du commerce du débitant ce qui a pour effet d'accroître le courant d'affaires entre les parties.

Ces avantages peuvent consister en un bail des locaux fournis par le brasseur pour permettre l'exercice du commerce. Cette clause est importante car, sans location, le débitant ne peut pas faire affaires³³⁸. Le brasseur peut également consentir un prêt d'argent sans intérêt ou encore il peut prévoir au contrat sa participation financière aux travaux de rénovation qui seront apportés au commerce. Dans la même veine, le brasseur peut également se porter caution auprès d'une institution financière pour permettre la rénovation du débit de boisson.

Les avantages consentis par le brasseur peuvent être aussi d'ordre matériel et consister en un prêt de matériel que le débitant devra restituer à la fin du contrat ou qu'il devra acheter à l'expiration du contrat.

Vient ensuite, l'engagement de fourniture exclusive contracté par le débitant en considération des avantages consentis par le brasseur. Cet engagement se formule généralement comme suit :

«la Société ou M..., s'engage à compter de ce jour, tant pour lui, que pour ses successeurs, héritiers, ayants-cause, locataires ou gérants éventuels, à ne vendre et 'à ne débiter' dans son Établissement (...), que des bières, limonades, sodas, sirops, jus de fruits et eaux minérales fournies exclusivement par la Brasserie ou éventuellement par toutes autres Sociétés désignées par la Brasserie, et ce, à l'exclusion de toutes autres marques.»³³⁹

L'engagement de fourniture exclusive est aussi dénommée obligation d'approvisionnement exclusif. Ainsi formulé, il montre mieux l'obligation du débitant de s'approvisionner exclusivement chez le fournisseur et fait ressortir la créance du fournisseur qui consiste en l'attribution d'un véritable monopole de fourniture. La durée de l'engagement d'approvisionnement exclusif est toujours prévu au contrat. En droit français, à cause de la loi de 1943, l'exclusivité ne peut être consentie pour une durée plus

338 Des difficultés ont surgi en droit français quant au renouvellement du bail. Les débiteurs ont invoqué la loi de 1943 pour démontrer que le contrat lui était incompatible.

339 Voir pour exemple *Montreal Dairy Co Ltd c. Gagnon*, (1932) 38 R.L. 272.

longue que dix ans. En droit québécois, la durée doit être raisonnable en vertu de la jurisprudence³⁴⁰.

Le brasseur s'oblige également à livrer son débitant en boissons de qualités irréprochables, aux prix habituellement offerts aux autres débiteurs. Il mentionne également que son obligation de livraison peut être assumée par d'autres personnes qu'il désignera à son débitant s'il est dans l'impossibilité de remplir son obligation soit par sa faute ou soit en cas de force majeure.

Le débitant assume également une obligation relative à la publicité. Il s'engage pendant la durée de la convention à ne pas faire ou laisser faire de la publicité pour d'autres marques ou produits que ceux mentionnés au contrat. Le débitant permet à cette fin au brasseur par convention de dépôt d'apposer à l'intérieur et à l'extérieur de son commerce ses panonceaux, enseignes et autres objets de publicité qu'il estimera nécessaire à la commercialisation de ses produits ou de ceux qu'il distribue.

Le brasseur prévoit au contrat une clause de contrôle qui lui permet de s'assurer soit par un mandataire, soit pas un représentant que le débitant respecte bien son obligation d'approvisionnement exclusif. Ce contrôle s'effectue par une visite de la cave et de l'établissement du débitant.

Le contrat contient également une clause prévoyant une sanction pour l'inexécution des obligations du débitant ainsi qu'une clause pénale. Le brasseur s'arrogé le droit de reprendre le matériel prêté lorsqu'il y a inexécution d'une obligation prévue au contrat par le débitant et d'obtenir le droit à des dommages-intérêts. Ces derniers sont calculés selon la moyenne du chiffre d'affaires du débitant obtenue dans l'année précédant celle de l'infraction multipliée par le nombre d'années à courir jusqu'à la date de terminaison du contrat.

Le contrat peut également contenir une clause de location de l'immeuble ou de location du matériel ou une combinaison des deux. Le loyer peut être fixé selon la quantité de bière vendu dans l'établissement³⁴¹.

340 Voir *supra*, note 284.

341 Voir B LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 50.

L'exigence de la détermination du prix a posé le problème de savoir comment le fixer. Comme il n'est pas facile de fixer à l'avance le prix des fournitures qui seront l'objet des contrats de vente et d'achat dans le futur, les juristes ont imaginé deux techniques pour rendre le prix déterminable. Le choix entre ces deux techniques dépend de la nature des marchandises à distribuer, de la concurrence et du chiffre d'affaires de chacune des parties. La première prévoit un mécanisme de calcul de ce prix alors que la deuxième fait référence à une autorité pour la détermination du prix. Les rédacteurs des clauses, dans lesquelles sont insérées ces techniques, doivent voir à ce que l'établissement du prix ne soit pas laissé à l'arbitraire c'est-à-dire qu'il repose sur des éléments indépendants de la volonté de la partie qui est créancière³⁴².

Le mécanisme de calcul du prix est inclus dans ce qu'on appelle la clause d'indexation. Cette clause prévoit la révision automatique d'un ou des prix stipulés dans le contrat selon la variation d'un ou de plusieurs indices. Le ou les indices doivent être pertinents en ce sens qu'ils doivent refléter correctement l'évolution du prix des marchandises, objets du contrat. Ils doivent de plus être licites c'est-à-dire liés à l'objet de l'opération ou à l'activité des parties. Cette clause est peu utilisée car le fournisseur n'a pas la maîtrise sur sa politique commerciale (politique de prix) face à la demande des consommateurs et aux tactiques commerciales de ses concurrents.

Le mécanisme de la détermination du prix par un tiers peut consister en une autorité officielle comme l'État ou d'une autorité commerciale publique comme la bourse. Dans le genre de contrats qui nous concernent, les contrats de distribution, il s'agit en général des *concurrents* ou d'un *tiers*.

Quand il s'agit des concurrents, deux genres de clause sont possibles : la clause de l'offre concurrente ou la clause du prix du marché. La première permet à l'acheteur d'un produit d'exiger de son fournisseur qu'il lui fasse un prix basé sur celui le moins élevé proposé par l'un de ses concurrents.

La deuxième permet aux parties de se référer au prix moyen calculé sur l'ensemble des prix des concurrents sur le marché. La jurisprudence a accepté au début ce genre de clause puis a adopté par la suite une attitude réservée. Cette clause, pour être valide, doit

342 Voir l'article de Jean-Jacques BARBIERI, «La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif», [1983] *Rev jur com* 337. La jurisprudence invoquant l'article 1174 du C.c.fr. en vertu duquel la condition ne doit pas dépendre de la partie qui s'oblige.

respecter trois conditions : elle doit être précise, objective et sérieuse. Elle est précise si les paramètres (concurrents, produits et autres) utilisés pour déterminer le prix sont faciles à analyser ou à déterminer. Elle est objective si le prix peut être établi au moment de la vente sans être soumis à la volonté du vendeur. Enfin, elle est sérieuse si les paramètres utilisés pour la détermination du prix sont cohérents économiquement avec l'objet du contrat. Par exemple, le marché réel de référence, paramètre, doit être un marché concurrentiel.

Pour ce qui est de la détermination du prix par un tiers, on parle alors de clause à dire d'expert où ce tiers mandataire sera chargé de déterminer le prix de vente pour les deux parties. Ce tiers, il y va de soi, doit être indépendant des deux parties³⁴³.

Il y a aussi une autre clause appelée clause mixte où le prix est celui convenu entre le concédant et un tiers. On la désigne aussi comme la clause du client le plus favorisé. Elle permet au distributeur de bénéficier des conditions et avantages que le concédant pourrait faire à un autre revendeur de produits.

La clause «prix catalogue» détermine le prix par référence aux tarifs du fournisseur au jour de la *conclusion* du contrat d'application. Cette clause a été jugée invalide par la jurisprudence française parce que la détermination du prix dépend en fait de la *seule* volonté du concédant³⁴⁴.

Au Québec, la question de la détermination du prix est théorique puisque ce genre de convention n'est pas utilisée dans l'industrie de la bière. Toutefois, force nous est de constater qu'il n'y a pas en droit québécois d'article similaire à l'article 1591 du C.c.fr. Est-ce à dire qu'en droit québécois le prix n'a pas besoin d'être déterminé ou déterminable au moment du contrat? La réponse à cette question est négative. En effet, l'article 1532 C.c.B.C. relatif à la vente énonce que : «La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix de la chose vendue.» Cet article doit être lu en relation avec les articles 1060 et 1472 du même code. L'article 1472 dispose que : «la vente est un contrat par lequel une personne donne une chose à une autre, moyennant un prix en argent que la dernière

343 Un syndicat de brasseurs a été accepté comme tiers par la Cour de Cassation. Voir *Legros et autre c. Société anonyme Brasserie La Semeuse*, Cass. Com., 25 mai 1981, *Bull. civ.* 1981, n° 246, p. 193.

344 Cass. Com., 27 avril et 5 novembre 1971, *D.* 1972, I, 353 (note J. Boré); Cass. Com., 13 mars 1972, *J.C.P.* 1972, II, 17916 (note J. Boré); Cass. Com., 30 octobre 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 235 et Paris, 28 février 1985, *Gaz. Pal.* 1985, II, 441.

s'oblige de payer [...]. Quant à l'article 1060 qui s'applique à tous les contrats, il énonce que l'objet de l'obligation doit être une chose déterminable quant à son espèce.»

Le prix est donc une somme d'argent et il constitue l'objet de l'obligation de l'acheteur³⁴⁵. Tout comme en droit français, le prix doit être déterminé ou déterminable lors de la conclusion du contrat pour qu'il y ait formation du contrat de vente³⁴⁶.

B) Le «contrat de pompistes de marque»

Le contrat de pompistes de marque unit une société pétrolière à des pompistes de marque. Le contrat est plus complexe que le contrat de bière bien qu'il en ait les grandes caractéristiques. En droit français, trois techniques contractuelles sont utilisées pour la distribution de carburant. La plus fréquente est celle qui est dénommée «contrat de distributeur agréé»³⁴⁷ ou de «pompiste de marque». Il y a aussi la technique de location-gérance en vertu de laquelle la société pétrolière loue à un commerçant sa station d'essence en contrepartie d'un loyer annuel. Cette technique est moins usitée car la société doit faire de sérieux investissements pour l'installation des stations-services. Enfin, la dernière technique est celle de la vente de carburant entre une société pétrolière et un détaillant indépendant qui peut choisir d'autres fournisseurs et exploiter son commerce à sa guise. Cette technique ne concerne pas le sujet de notre étude et nous l'en écartons.

Le contrat de pompiste de marque débute souvent, en droit français, par un préambule. Celui-ci n'est pas prévu dans toutes les conventions. Il sert à rappeler la fonction importante du distributeur dans la commercialisation du carburant ainsi que les avantages qu'il retire de l'intégration de son entreprise à celle de la société. Cette intégration le fait bénéficier de l'exploitation d'une marque de même que d'une organisation commerciale concertée sur un marché donné.

Le premier article du contrat prévoit souvent, comme pour le contrat de bière, des avantages matériels consentis par le fournisseur au distributeur. Entre autres, le fournisseur consent un prêt à usage du matériel nécessaire à l'exploitation de la station

345 Voir Michel Pourcelet, *La vente*, 5e éd., Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1987, p. 80.

346 *Laboratoires Abbott Ltée c. Ahuja*, J.E. 83-659 (C.S.).

347 Ne pas confondre avec le contrat de distributeur agréé tel que nous l'avons étudié antérieurement.

(cuves, pompes distributrices). Ce prêt est souvent assorti de clauses connexes dans lesquelles le fournisseur s'engage à payer les frais relatifs à l'étude technique de la pose du matériel ainsi que ceux relatifs à la pose elle-même (frais de transport, de mise en place, de montage, etc...).

Le fournisseur accorde également une participation financière au distributeur qui peut soit revêtir la forme d'un prêt ou être une somme versée au détaillant en guise de prime de renouvellement de contrat et de participation aux travaux d'installation. Cette somme devient acquise au distributeur soit par remises successives de dettes ou encore soit «au prorata des achats annuels de carburant par rapport à la quantité globale que le pompiste s'engage à acheter»³⁴⁸.

Cette aide financière a été analysée comme un prêt par certains auteurs³⁴⁹. Cette qualification n'a pas été retenue puisqu'un prêt implique un remboursement alors qu'ici les sommes deviennent acquises au distributeur. Les professeurs Rodière et Champaud ont soutenu qu'elle pouvait être considérée comme un supplément global de la marge bénéficiaire du détaillant. C'est cette dernière interprétation qui a prévalu³⁵⁰.

Après cette série d'avantages, le contrat contient une clause d'exclusivité d'approvisionnement à la charge du distributeur. Tout comme dans le contrat de bière, on veut lier aux avantages consentis par la société pétrolière, l'obligation d'approvisionnement du distributeur qui se trouve à être la cause de ceux-ci.

L'obligation d'approvisionnement ressemble à celle contenue dans le contrat de bière. Tout comme le débitant le pompiste s'engage à s'approvisionner exclusivement en produits de la société pétrolière. Par contre, il arrive souvent qu'on ne retrouve pas l'obligation corrélatrice de la société de fournir son détaillant. La doctrine a conclu qu'il ne fallait pas douter de l'engagement de la société car celui-ci résultait de l'économie générale de la convention³⁵¹. Il s'agit d'une obligation implicite.

³⁴⁸ Voir A. SEUBE, *op. cit.*, note 94, p. 52.

³⁴⁹ P. DIDIER, *loc. cit.*, note 93, 55.

³⁵⁰ Voir R. RODIÈRE et C. CHAMPAUD, *loc. cit.*, note 194, n° 7, 1988 et A. SEUBE, *op. cit.*, note 94, p. 52.

³⁵¹ A. SEUBE, *op. cit.*, note 94, p. 54.

Les obligations imposées au pompiste engendrent également pour la société pétrolière d'autres obligations implicites corrélatives. Par exemple, l'obligation faite au pompiste de maintenir un approvisionnement constant oblige corrélativement la société à livrer du carburant à son pompiste. Il y a aussi la clause qui oblige le détaillant à acheter des quantités minimales pour ces commandes. La société a donc ici l'obligation correlative de lui livrer ces quantités.

Cette question de l'engagement implicite résultant de l'économie générale de la convention n'a jamais suscité de problèmes en pratique puisque la société a tout intérêt à fournir son détaillant et il est difficile d'imaginer les raisons d'un refus potentiel.

La clause d'approvisionnement exclusif a comme clause annexe dans les contrats de carburant, la clause de quota. Cette dernière clause constitue l'originalité de l'obligation d'approvisionnement exclusif dans le contrat de carburant par rapport au contrat de bière où elle est rarement utilisée. Elle a pour fonction d'obliger le pompiste à vendre un litrage déterminé par période annuelle ou pour toute la durée du contrat.

La rédaction de cette clause peut se faire de diverses manières. Les deux rédactions les plus utilisées sont les suivantes : elle peut prévoir des quantités minimum annuelles de produits à acheter ou elle peut au contraire ne pas prévoir de telles quantités mais imposer un litrage à réaliser pendant la durée du contrat et une extension de la durée du contrat si le litrage n'est pas réalisé.

La clause de l'exclusivité est également prévue dans une clause au contrat. En général, elle est de 6 à 9 ans. Rappelons qu'en droit français, cette durée ne peut excéder dix ans à cause de la loi du 14 octobre 1943.

Le contrat de carburant a été le premier contrat de distribution intégrée où les distributeurs ont soulevé le problème de l'indétermination du prix puisque la majorité des contrats prévoyait que le prix était déterminé selon les conditions générales de vente en vigueur au jour de la livraison. La Cour de cassation a décidé que le prix devait être déterminé ou déterminable au jour de la signature du contrat-cadre³⁵².

352 Voir *Supra*, p. 116.

Le contrat d'approvisionnement exclusif contient aussi des clauses qui obligent le pompiste de marque à faire ou à ne pas faire certains gestes quant au fonctionnement matériel de la station-service. Il doit, comme obligation de faire, veiller à l'entretien normal et courant du matériel prêté; informer le producteur des troubles ou des détériorations des installations; protéger les droits de propriété de la société dans les installations et veiller au libre accès du commerce ainsi qu'à sa propreté. Quant à l'obligation de ne pas faire, elle consiste à ne pas modifier ou déplacer les appareils et les accessoires de l'installation; à ne pas modifier la disposition et la destination de l'installation.

Le distributeur se voit également imposer des obligations qui sont la contrepartie du droit accordé par la société pétrolière d'utiliser sa marque de commerce. Le pompiste doit, en vertu de ses obligations, adopter «le style» de la marque de la société pétrolière. À cet effet, il doit consacrer aux consommateurs un nombre fixe d'heures par jour y compris les dimanches et les jours fériés; porter l'uniforme aux couleurs de la marque; prévoir un espace à titre gratuit à la société pour les emplacements publicitaires tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du commerce et enfin respecter les sigles, couleurs, images de la société partout où ils se trouvent placés dans la station-service.

Le contrat prévoit aussi une clause permettant à la société pétrolière de contrôler le respect des conditions d'exploitation du commerce et de l'engagement d'approvisionnement exclusif. Le contrôle se fait soit par des inspecteurs, soit par l'analyse des livres du pompiste.

Certaines clauses prévoient les sanctions en cas d'inexécution des obligations de l'une ou l'autre des parties. En général, il s'agit d'une clause pénale pour les deux parties.

Le contrat prévoit souvent une clause quant à la cession du fonds du pompiste. On oblige généralement ce dernier à céder la continuation du contrat à son ayant cause. Il peut parfois demeurer solidairement responsable avec ce dernier jusqu'à l'arrivée du terme.

Le contrat de carburant prévoit souvent en cas de cession, l'obligation pour le pompiste d'en avertir la société qui bénéficie d'un droit d'agrément. Dans certains cas, la cour donne à la société un droit de préférence.

Est généralement assimilée à la cession, la mise en location gérance de la station qui se rencontre uniquement dans les contrats de carburant. Le contrat prohibe dans ce cas toute cession par le bailleur.

Enfin, certains contrats peuvent prévoir le versement d'une caution pour garantir l'exécution des obligations du pompiste et la valeur du matériel prêté.

Le contrat de pompiste de marque a son pendant en droit canadien et québécois. Il est à noter toutefois que la commercialisation des produits pétroliers peut se faire dans notre pays sous six formes juridiques³⁵³. La station-service aux couleurs d'une marque nationale ou secondaire peut être exploitée par le raffineur au moyen d'employés ou d'agents; des accords d'agence peuvent être conclus entre les producteurs et les détaillants du réseau; des contrats de franchise peuvent être également signés pour l'exploitation d'une station-service de marque; des contrats de gestion sont parfois utilisés par quelques sociétés pétrolières; des accords d'agence peuvent être signés avec des détaillants indépendants et, enfin, des contrats peuvent être conclus avec des revendeurs indépendants.

Ces formes juridiques ne font pas toutes partie de la distribution intégrée puisque cette dernière implique que dans leurs rapports avec le fournisseur, le concessionnaire, le franchisé et le distributeur soient dans la situation d'un sous-entrepreneur face à celui-ci. Par conséquent, ils sont des acheteurs-revendeurs, donc propriétaires des biens, travaillant pour leur compte et dans leur intérêt personnel³⁵⁴.

Certaines des formes que nous avons mentionnées ci-haut ne rencontrent pas la première condition soit l'achat de biens en vue de revente. Il nous faut donc les exclure de l'objet de cette étude. Il s'agit de l'exploitation d'une station-service par le moyen d'employés ou d'agents, et des accords d'agence conclus entre les détaillants du réseau et leurs producteurs. Dans ce dernier cas, nous avons affaire à des intermédiaires de commerce qui agissent pour le compte du fournisseur. Certains de ces accords peuvent

353 Ces six formes ont été déterminées par une étude faite par la Commission des pratiques restrictives de commerce. Voir COMMISSION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE COMMERCE, *op. cit.*, note 304, pp. 303-307.

354 Voir J.-M. LELOUP, *loc. cit.*, note 158, 939. Cet auteur mentionne que les distributeurs exclusifs, concessionnaires et franchisés participent à l'organisation de la distribution des produits du fabricant et constituent ainsi une fraction du marché alors que les réseaux de vente sont un moyen d'accès au marché.

toutefois entrer dans le cadre de notre étude lorsque les détaillants achètent ces stocks avant de les revendre. Ce n'est pas toujours le cas³⁵⁵.

Les accords d'approvisionnement contiennent tous des clauses portant sur le prix, la quantité, la durée de l'accord et la marque de commerce du ou des produits à distribuer. Souvent, ils précisent une quantité minimum d'achat ou ils exigent l'exclusivité. La durée des accords varie selon que le point de vente est la propriété ou non du producteur. En effet, lorsque le producteur n'est pas propriétaire, il a avantage à consentir un contrat d'approvisionnement de longue durée pour lui permettre d'imposer sa marque dans un secteur donné. Une courte durée donne la possibilité au distributeur de changer de fournisseur au terme du contrat. Comme la concurrence est féroce dans ce domaine, le distributeur peut sortir gagnant au terme d'un accord de courte durée puisqu'il connaît le système de distribution d'un producteur et qu'il va maintenant en connaître un deuxième tout en abordant les couleurs d'une deuxième marque ce commerce.

De toutes les formes juridiques que nous venons d'étudier, c'est celle où la station-service est exploitée par un distributeur lié par un contrat de franchise au producteur qui est le pendant du contrat français de pompiste de marque. On classe les franchisés en deux catégories selon qu'ils sont locataires ou propriétaires de leur point de vente.

Les propriétaires de station signent en général un contrat de rétrolocation avec leur fournisseur. Ils s'engagent dans celui-ci à louer au fournisseur leur point de vente (bail principal) et, en retour, ils le louent de ce dernier (bail subordonné)³⁵⁶. Cette rétrolocation permet au fournisseur d'avoir un meilleur contrôle sur les installations puisqu'il impose au distributeur à respecter certaines conditions et obligations comprises dans le bail s'il veut conserver sa concession.

Les contrats de pompistes de marque sont d'une durée de 5 ans en général, avec possibilité d'un renouvellement pour le même terme. Le raffineur est propriétaire de l'équipement qu'il prête au distributeur. En plus de ce prêt matériel, le raffineur peut

³⁵⁵ COMMISSION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE COMMERCE, *op. cit.*, note 304, p. 305.

³⁵⁶ *Ibid.* Voir pour un exemple d'accord de rétrolocation *Gulf Canada Ltée c. Gaz Bar Jarola Inc.*, J.E.83-446 (C.S.)

parfois offrir une aide financière au distributeur ou encore lui octroyer un bonus pour le volume de ses ventes³⁵⁷.

§ 2- Le contrat d'enchaînement volontaire

Nous étudierons maintenant le second type de contrats avec exclusivité d'approvisionnement. Il s'agit du contrat unissant un grossiste à des détaillants. Il a pour fonction la redistribution des produits. On le dénomme aussi contrat d'enchaînement volontaire. Ici, en Amérique, on désigne le groupement contractuel formé par ce contrat sous le nom de chaîne volontaire³⁵⁸. Cette chaîne est composée d'un ensemble de distributeurs détaillants et de un ou plusieurs grossistes dont la tâche est de coordonner les fonctions de gros et de détail et d'organiser les achats et les ventes dans les entreprises de détail.

L'organisation juridique de la chaîne peut revêtir plusieurs formes. En droit français, on retrouve soit une série de contrats types conclus entre le ou les grossistes et chacun des distributeurs, soit la création d'une association³⁵⁹ selon la loi de 1901 entre le ou les grossistes et les détaillants ou soit la formation d'un groupement d'intérêt économique. Au Québec, la juxtaposition de contrats types est également utilisée pour former une chaîne volontaire. Quant à la technique de l'association, on constate qu'elle est peu utilisée. On préfère l'incorporation à l'association et il n'est pas possible d'avoir recours au groupement d'intérêt économique en droit québécois puisque cette structure n'y a pas d'existence légale.

Le contrat d'enchaînement volontaire est, comme la plupart des contrats étudiés, basé sur une relation d'approvisionnement et de fourniture entre les deux parties. Les obligations d'approvisionnement et de fourniture sont généralement assorties d'une clause d'exclusivité ce qui a pour effet de donner au contrat des allures de concession exclusive.

357 Le contrat de fourniture exclusive ne peut faire partie de notre étude puisqu'il ne vise pas à organiser la distribution des produits du fabricant. C'est tout le contraire. Tous les contrats de distribution intégrée ont pour but d'organiser la commercialisation des produits du fabricant qui s'attachent plusieurs distributeurs. Sur le plan économique, il y a même formation d'un réseau de distribution par le fabricant.

358 Voir *Sauvé c. Dépanneur Jean-Claude Chartard Inc.*, *supra*, note 213.

359 Quand il y a plusieurs grossistes, ceux-ci créent une société commerciale qui peut prendre la forme d'une coopérative ou d'une société à capital et personnel variables pour faciliter l'entrée et le départ des associés.

L'obligation d'approvisionnement exclusif est moins imposée lorsque les chaînes ont atteint un certain degré de développement³⁶⁰ car leur succès ne repose plus sur l'attrait d'un intérêt financier. En effet, les détaillants obtiennent des conditions de prix de gros plus intéressantes lorsqu'ils sont obligés de s'approvisionner chez leurs grossistes. Après un certain grossissement de la chaîne, cet engagement exclusif n'est plus nécessaire. On ne fait que les contraindre à s'approvisionner partiellement chez leurs grossistes en leur laissant ainsi la possibilité de s'approvisionner ailleurs pour d'autres produits. Dans certains cas, on leur impose un quota d'achats.

En plus du prix comme avantage du regroupement, les détaillants bénéficient d'un assortiment de produits plus étendu et d'une sécurité d'approvisionnement les protégeant d'une rupture de stock. Enfin, il est à noter que le contrat d'enchaînement volontaire suit le régime du contrat d'approvisionnement exclusif puisqu'il contient une clause d'exclusivité. Le prix des produits doit être déterminé ou déterminable³⁶¹.

A) La licence de marque et d'enseigne

Le contrat de chaîne volontaire contient généralement une clause donnant le droit aux détaillants d'utiliser la marque ou l'enseigne de la chaîne. Il s'agit d'un prêt à usage c'est-à-dire que l'enseigne et la marque sont la propriété du grossiste, le détaillant n'ayant aucun droit incorporel. Cette licence de marque leur permet de bénéficier des campagnes de promotion à l'échelle nationale ou locale.

B) L'assistance technique, financière et commerciale

La chaîne volontaire était au départ une centrale d'achats. Avec les années, elle est devenue autant une centrale de services qu'une centrale d'achats. Le grossiste a donc l'obligation de fournir les services alors que le détaillant a l'obligation de suivre les normes et les conseils du grossiste.

L'assistance dans le contrat de chaîne volontaire n'est pas aussi élaborée que dans le contrat de franchise. Il n'y a pas de normes originales et standardisées. L'assistance n'a

³⁶⁰ J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, p. 275.

³⁶¹ *Supra*, p. 118.

qu'un caractère accessoire alors que la relation de fourniture constitue *l'obligation principale du grossiste*.

SECTION 2- Les contrats de distribution intégrée avec clause de territorialité

Nous terminerons l'étude des contrats de distribution intégrée par l'analyse du contenu des contrats de concession et de franchise. Nous étudierons, dans un premier temps, le contenu du contrat de concession en dégageant les clauses qui lui sont essentielles de celles qui lui sont facultatives. Nous ferons, dans un deuxième temps, le même travail pour le contrat de franchise.

§ 1- Le contrat de concession commerciale

Le contrat de concession contient pour le concédant et le concessionnaire des clauses qui leur imposent des obligations essentielles. Celles-ci peuvent consister en des obligations de faire ou de ne pas faire. Les obligations essentielles du concédant sont l'obligation de fourniture exclusive de produits déterminés, l'obligation de garantie de la qualité des produits et l'obligation de vendre ses produits à un prix déterminé ou déterminable. Les obligations essentielles du concessionnaire constituent en fait la contrepartie des obligations du concédant. Le concessionnaire a, comme obligations essentielles, l'obligation de respecter son exclusivité territoriale de distribution, l'obligation de s'approvisionner exclusivement chez le concédant et celle de maintenir un stock déterminé.

Les parties se doivent également de respecter d'autres types d'obligations. Pour le concédant, il s'agit d'obligations facultatives alors que pour le concessionnaire, il s'agit d'obligations originales car elles ne correspondent à aucune prestation réciproque de la part du concédant. Les obligations facultatives du concédant consistent, en autres, à être titulaire d'une marque de commerce connue dont il consent l'usage, à fournir une assistance matérielle et financière au concessionnaire ainsi qu'une assistance dans les domaines techniques, commerciaux et de gestion. Les obligations originales du concessionnaire consistent à assurer le service après-vente, à respecter l'organisation commerciale du concédant, à faire de la publicité et à assumer des obligations financières.

A) Les obligations du concédant

1- Les obligations essentielles

a) L'obligation de contracter sur un territoire déterminé

Le concédant accorde au concessionnaire un monopole de revente qui se résume à un territoire décrit avec précision dans le contrat. Cette clause permet au concessionnaire de revendre en exclusivité les produits du concédant dans une zone géographique déterminée. Par l'octroi de cette exclusivité territoriale de revente, le concédant s'engage à ne contracter qu'avec le concessionnaire dans le secteur déterminé.

À cet effet, le concédant ne doit pas poser de gestes pour faire en sorte que le concessionnaire ne soit plus le seul à vendre ses produits sur un territoire. Il doit voir à ce que les autres concessionnaires ne s'ingèrent pas sur un territoire déjà concédé et à ne pas installer un concessionnaire. Il ne peut non plus modifier, de façon unilatérale, les limites du territoire concédé³⁶².

Dans la même veine, le concédant ne peut communiquer directement avec la clientèle du concessionnaire car il pose un acte de concurrence déloyale³⁶³. Il lui est interdit également d'ouvrir une succursale sur le territoire concédé³⁶⁴.

L'obligation de non-concurrence du concédant pendant l'exploitation du commerce par son concessionnaire, a pour fondement la notion de bonne foi qui doit être présente lors de l'exécution du contrat³⁶⁵. Toutefois, il existe des exceptions à cette obligation. Par exemple, le concédant peut installer une succursale si le concessionnaire n'est plus en mesure de desservir adéquatement son secteur.

362 *Société General Motors c. Société Waeffler*, Cass. Com., 9 mars 1970, *Bull. Civ.* 1970, IV, n° 89.

363 *Philippe Beaubien et Cie Ltée c. C G E. Co Ltd.*, [1976] C.S. 1459.

364 *A and K Lick-a-Chick Franchises Ltd c. Cordiv Enterprises Ltd et Al.*, (1981) 119 D.L.R. (3d) 440 (N.S.S.C.).

365 *Banque Canadienne Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

Les tribunaux tant français³⁶⁶ que québécois ont affirmé que la présence d'une clause d'exclusivité territoriale était essentielle pour qualifier le contrat de concession exclusive et le distinguer ainsi des contrats de concession simple³⁶⁷. L'absence d'exclusivité engendre des rapports ordinaires de fournisseur à client entre le concédant et le concessionnaire et, dans le cas de rupture unilatérale sans préavis, le distributeur ne peut avoir droit à aucune indemnité³⁶⁸.

La validité de la clause d'exclusivité territoriale a été reconnue en droit civil français³⁶⁹ et québécois³⁷⁰ ainsi que dans leurs législations économiques. Cette clause peut être assujettie de diverses modalités qui ont pour effet de l'atténuer ou de la consolider³⁷¹.

b) L'obligation de fourniture exclusive

Le concédant a l'obligation de fournir le concessionnaire en produits concédés à un prix déterminé ou déterminable³⁷² et à des conditions déterminées. Cette obligation de faire est prévue dans le contrat-cadre qui prévoit la façon dont les ventes futures seront conclues et exécutées. Dans le cas où le concédant est producteur, cette obligation de fourniture implique, au préalable, une autre obligation de faire soit l'obligation de fabriquer les produits. Il est possible pour le concessionnaire d'obtenir des dommages et intérêts pour l'inexécution de cette obligation³⁷³.

Même si ce contrat n'est pas un contrat de vente de par sa nature juridique, il impose au concédant des obligations semblables à celle d'un vendeur. Le concédant

³⁶⁶ Voir G. CAS (dir.), *op. cit.*, note 193, p. 959 faisant référence à un jugement inédit de Cass. Com., 16 février 1988, n° 86-16.207 et en droit québécois *Marché Valérian Inc. c. N.A. Services Inc.*, J.E. 89-609 (C.S.).

³⁶⁷ Voir *supra*, p. 15 pour la signification de cette expression; *Pecquetaux et SA Estée Lauder c. Dame Phocion*, Paris, 2 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1981, II, 631 (note J.-P. Marchi).

³⁶⁸ Voir G. CAS (dir.), *op. cit.*, note 193, p. 959 faisant référence à un jugement inédit Cass. Com., 29 novembre 1983, n° 82-14.292.

³⁶⁹ Voir l'ancienne circulaire Fontanet et *supra*, p. 110.

³⁷⁰ *Supra*, p. 110.

³⁷¹ Pour l'explication des types de clauses d'exclusivité, voir *supra*, pp 78-82.

³⁷² C'est le cas en droit français.

³⁷³ *Desmet c. Aliment Caban Canadienne Inc.*, J.E. 87-75 (C.A.).

assume ainsi une des obligations principales du vendeur soit l'obligation de délivrance³⁷⁴. L'objet de cette obligation consiste pour le concédant à livrer la chose définie dans le contrat d'application qui est un contrat de vente. Par conséquent, la date de conclusion de ce contrat marque le point de départ de l'appréciation de la conformité de la chose livrée par rapport à celle vendue.

La conformité de la chose vendue est simple à constater lorsque la chose est un corps certain mais elle l'est moins lorsqu'il s'agit d'une chose de genre. Or, les contrats de concession ne visent que des choses de genre. Aussi faut-il identifier la chose vendue au moyen d'éléments de référence comme la couleur, la marque, le modèle, etc... Souvent les contrats prévoient la manière dont la conformité devra être faite. L'identité de la chose livrée sera un des critères de conformité mais pour qu'elle soit totale, il faudra que la chose livrée respecte la *qualité* et la *quantité* prévue au contrat³⁷⁵. La bonne exécution de délivrance de concédant est importante puisque celle du concessionnaire envers ses clients en dépend étant donné qu'elles ont le même objet. Pour cette raison, il ne peut y mettre fin unilatéralement³⁷⁶.

L'obligation de fourniture des produits concédés inclut également l'obligation de fourniture des pièces de rechange de ces mêmes produits. Cette obligation du concédant est nécessaire pour permettre au concessionnaire d'assurer son obligation d'entretien et de réparation des produits vendus.

Les modalités de l'obligation de délivrance sont au nombre de trois. Elles ont trait au lieu, à la façon et au temps de la livraison. L'article 1493 du C.c.B.C.³⁷⁷ énonce que l'obligation de délivrance est remplie lorsque le vendeur met l'acheteur en possession actuelle de la chose ou qu'il consent à ce que l'acheteur en prenne possession.

Par conséquent, le concédant accomplit son obligation lorsqu'il permet au concessionnaire de retirer les marchandises de ses entrepôts ou encore lorsqu'il lui en remet les clés pour qu'il puisse y prendre les marchandises.

374 Art. 1603, 1604 C.c.fr.; art. 1491 et 1492 C.c.B.C.

375 Voir P. BEQUÉ, *op. cit.*, note 216, n° 343, p. 183.

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

377 V. art. 1606 du C.c.fr.

En droit français, on admet aussi la pratique commerciale en vertu de laquelle le concédant remplit son obligation de délivrance en remettant les produits vendus à un transporteur³⁷⁸.

Quant à la question de savoir où doit être livrée la marchandise, la réponse se trouve en droit français à l'article 1247 du C.c.fr. Il édicte que les choses de genre sont délivrées au domicile du concédant-vendeur c'est-à-dire dans ses usines. Il en est de même en droit québécois où l'article 1152 du C.c.B.C. énonce les règles du paiement. Il doit être fait pour des choses de genre au domicile du vendeur. L'acheteur doit donc prendre livraison de la chose vendue. Cette règle de droit n'est toutefois pas impérative. Les parties peuvent en convenir autrement dans le contrat-cadre. Il reste maintenant à répondre à la question quand doit-on livrer la marchandise? Selon l'article 1610 du C.c.fr., la délivrance de la chose est l'affaire des parties c'est-à-dire qu'elles peuvent convenir d'une date. Dans le cas où aucune date n'aurait été prévue par les parties, l'article 1610 du même code ajoute que cette délivrance se fera dès que possible.

En droit québécois, il n'y a pas le pendant de l'article 1610 du C.c.fr. Mais selon la doctrine, le lieu de livraison est l'endroit où se trouve la chose vendue au moment de la vente. Les parties peuvent toutefois convenir d'un lieu différent³⁷⁹.

Nous venons de voir l'obligation de fourniture du concédant quand il était le producteur des biens à livrer. Il arrive en matière de concession — et c'est plus fréquent dans le contrat de franchise — que le concédant ne soit pas le producteur des produits à revendre. Il signe dans ce cas une convention avec des fournisseurs qui s'engagent à approvisionner ses concessionnaires. Il assume la responsabilité du respect des normes et des standards de qualité et d'uniformité des produits imposés à ses concessionnaires.

Ce contrat entre le concédant et ses fournisseurs contient une stipulation pour autrui en faveur des concessionnaires puisqu'il prévoit que les fournisseurs doivent leur livrer les produits à la place du concédant. Cette stipulation est acceptée par les concessionnaires lors de la signature du contrat de concession. Le contrat oblige les concessionnaires à s'approvisionner chez les fournisseurs. Quand le concédant signe des ententes ultérieures

³⁷⁸ P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, n° 355, p. 190.

³⁷⁹ Voir Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, 2e éd., Québec, P.U.L., 1986, p. 88.

avec d'autres fournisseurs, les concessionnaires les acceptent tacitement en passant des commandes auprès d'eux³⁸⁰. Cette entente entre le concédant et les fournisseurs donne un droit d'action aux concessionnaires contre les fournisseurs-promettants pour qu'ils fassent leurs livraisons ou contre le concédant-stipulant pour qu'il force ses fournisseurs à respecter leur promesse.

Dans certains systèmes juridiques, on impose au concédant une obligation de divulgation. L'Alberta, les États-Unis et la France ont prévu qu'il devait remplir un prospectus avant la conclusion du contrat. Il doit révéler dans celui-ci les ententes conclues avec ses fournisseurs de produits³⁸¹. Il doit également divulguer toutes les informations pertinentes sur la concession avant la signature du contrat telles que ses sources d'approvisionnement, les endroits où l'on peut obtenir ses marchandises, le fait qu'il y ait une exclusivité ou non, etc...

Au Québec, il n'existe pas une telle loi. Il faut recourir à notre droit civil pour voir s'il n'existe pas une obligation de divulgation du concédant quant à ses sources d'approvisionnement. La doctrine québécoise prétend qu'il existe une telle obligation de renseignement entre les contractants³⁸².

L'absence de divulgation d'un fait primordial peut être jugée comme un dol si elle nuit à la réussite de l'entreprise du concessionnaire. Le contrat pourra être annulé si les délais d'approvisionnement sont tellement long qu'il empêche le concessionnaire d'exercer son activité. L'obligation de renseignement pourra également porter sur le contenu des ententes entre le concédant et ses fournisseurs³⁸³.

380 B. LEFEBVRE, *op cit*, note 2, p. 109.

381 Voir *Trade Regulations Rule Relating to Disclosure Requirements Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures; The Franchises Act; Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989*.

382 J. PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Themis, 1979, p.55. Voir pour une étude détaillée de l'obligation de renseignement en droit québécois, l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Liée*, [1992] 2 R.S.C. 554 et le commentaire de Mario PROVOST, «L'arrêt *Banque de Montréal c. Hydro-Québec*, réflexions sur l'obligation de renseignement dans les contrats de construction sur de grands chantiers», (1992) 52 *R. du B.* 859. Cet arrêt traite de l'obligation de renseignement en matière de contrat d'entreprise. La Cour a décidé qu'un manquement à une obligation contractuelle de renseignement pouvait donner ouverture à une action en responsabilité délictuelle en faveur d'une tierce partie. Elle mentionne aussi diverses applications de cette obligation. Entre autres, l'obligation de renseignement qu'a le fabricant à l'égard des utilisateurs de son produit (*Ross c. Dunstall*, (1921) 62 R.C.S. 93 et *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554), (p. 32 du jugement).

383 Voir B LEFEBVRE, *op cit*, note 2, p. 112.

Il est à noter que dans le droit français, le concédant avait également une obligation précontractuelle de renseignement avant l'adoption de la loi de 1989. Cette obligation était fondée sur le principe de la justice contractuelle car elle permettait un consentement plus libre et plus éclairé de la part du concessionnaire, partie économiquement faible au contrat³⁸⁴.

Un auteur³⁸⁵ s'est demandé si l'obligation du concédant de s'approvisionner auprès du concédant engendrait pour celui-ci l'obligation de fournir des produits à un prix compétitif et de bonne qualité. Bien que la jurisprudence soit encore incertaine à ce sujet, cet auteur conclut que le concédant a cette obligation. S'il exige des prix excessifs, le concessionnaire peut demander l'annulation du contrat pour fausses représentations du concédant-vendeur. En matière de concession, les fausses représentations du concédant ont trait au prix de ses produits basé sur le fait qu'ils sont exclusifs et spécifiques et sur le fait de la renommée de la marque.

Le concédant assume également une autre obligation importante en tant que vendeur de produits. Il s'agit de l'obligation de garantie contre l'éviction et les vices cachés³⁸⁶.

c) L'obligation de garantie contre l'éviction

Par sa garantie d'éviction, le concédant doit prévenir ou réparer tout dommage que pourrait éprouver son concessionnaire à cause d'un trouble de jouissance qui serait imputable à son fait personnel, et ce indépendamment de la nature du trouble (trouble de fait ou trouble de droit). Cette garantie s'applique peu importe la bonne ou mauvaise foi du concédant.

Cette garantie est utilisée par les tribunaux français comme solution d'équité lorsque le contrat de concession ne prévoit pas de clause de reprise de stock par le concédant à la rupture du contrat tout en ne défendant pas au concessionnaire de continuer à le revendre après celle-ci. L'application de cette garantie est donc liée au sort réservé au stock au

³⁸⁴ Voir Jacques GHESTIN, *Les obligations - Le contrat, formation*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 504. Il est à noter que dans le nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, cette obligation sera consacrée à l'article 1375.

³⁸⁵ Voir B LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 114 citant les arrêts *A and K Lick-a-Chuck Franchises Ltd. v. Cordy Enterprises Ltd. & Al.*, *supra*, note 364 portant sur le prix et *Orangeroo of Canada c. M.*, J.E. 87-772 (C.S.), p. 10.

³⁸⁶ Art. 1625 du C.c.fr. et art. 1506 C.c.B.C.

moment de la rupture. Il s'agit donc d'une question d'espèce qui doit être laissée à l'appréciation du juge de fond.

Ainsi, si le concédant commet une faute dans l'exercice de son droit de résilier ou de ne pas renouveler le contrat, la garantie d'éviction pourra être soulevée avec succès par le concessionnaire³⁸⁷. Cette garantie peut également s'appliquer lorsque le concessionnaire n'a pas la liberté de constituer et de gérer son stock à sa guise parce que c'est le concédant qui lui impose ses conditions. Ce dernier se doit de lui permettre d'écouler sa marchandise après la fin du contrat s'il ne veut pas reprendre les invendus. Il a été jugé qu'en pareille situation, le concessionnaire pouvait utiliser les signes de ralliement de la clientèle du concédant pour vendre son stock sans commettre de faute³⁸⁸. La jurisprudence a ajouté une seule restriction à ce droit du concessionnaire, à savoir qu'il soit de bonne foi. En effet, s'il a renouvelé son stock pendant la période de préavis donné par le concédant qui le notifiait de son désir de mettre fin au contrat, il ne peut bénéficier du droit d'écouler son stock en arguant de la garantie d'éviction.

Cette obligation d'éviction peut s'étendre, selon un jugement de la Cour d'appel de Paris³⁸⁹, à une éviction partielle de la valeur des marchandises détenues en stock. Dans cette affaire, un distributeur d'appareils électroménagers avait vu diminuer la valeur de son stock suite à une décision unilatérale du concédant prise dans le cadre d'une campagne de promotion. La Cour de cassation a cassé le jugement de la Cour d'appel mais pas à propos des motifs de l'éviction. La question reste donc ouverte en droit français quant à l'éviction partielle de la valeur du stock.

En droit français, une partie de la doctrine a prétendu que la garantie d'éviction du concédant s'appliquait pour régler le sort des stocks au moment de la terminaison du contrat même s'il y avait une clause au contrat excluant la reprise. Selon un auteur³⁹⁰, il était possible d'invoquer la garantie contre l'éviction lorsque le concessionnaire ne pouvait revendre normalement son stock parce que le contrat avait été rompu par le concédant. Il

387 En pareil cas, le concédant peut être obligé de racheter le stock du concessionnaire. Cour d'Appel Paris 14 février 1979, (1979) 6 *Cahiers de droit de l'entreprise* 19 et *Société Castellum SAS c. Société Faynel Jeannin et Cie*, Cass. Com., 20 octobre 1982, *Bull. IV* 1982 n° 324, p. 273.

388 Paris, 19 novembre 1969, *J C P* 1970, éd. C.I. II. 387.

389 *S A R L F et Cie c. Société anonyme H*, Paris, 5 juillet 1967, *D* 1967, 730 (note J. Guyénot).

390 Michel CABRILLAC, «Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente», *D*. 1964. 181. Voir P. BECQUE, *op. cit.*, note 216, n° 805, p. 451.

était alors victime de trouble de jouissance causé par le fait personnel du concédant et il avait le droit de lui demander réparation. Cette position n'a pas été acceptée par la Cour de cassation qui a jugé qu'elle allait à l'encontre du principe de la force obligatoire du contrat³⁹¹.

Cette position n'est toutefois pas dénuée de sens lorsqu'on réalise que le contrat de concession contient en général une clause de non-concurrence et qu'il est lié à un contrat de licence de marque. À la terminaison du contrat, le concessionnaire ne peut continuer d'opérer son entreprise parce qu'il doit respecter la clause de non-concurrence. Il ne lui est pas permis d'utiliser la marque de commerce du concédant pour écouler le stock. S'il agit ainsi, il peut être poursuivi en concurrence déloyale et en contrefaçon. Cette poursuite peut être toutefois évitée si le concédant a expressément autorisé le concessionnaire dans le contrat à vendre son stock sous sa marque après la fin du contrat³⁹².

Une autre partie de la doctrine française impose au concédant une obligation de rachat du stock à la fin du contrat. Celle-ci se justifierait par l'existence d'une clause résolutoire tacite dans la clause d'approvisionnement exclusif. Cette clause aurait pour effet de résoudre les ventes faites entre les parties au contrat de concession et de faire réintégrer le stock dans le patrimoine du concédant. Tout comme la première position sur l'éviction, cette mesure est également basée sur l'équité.

Enfin, une autre partie de la doctrine française adopte la position ferme et juridique selon laquelle le concédant n'a pas à reprendre les stocks à la fin du contrat s'il n'y est pas obligé. Les parties au contrat étant juridiquement autonomes, le commerçant-concessionnaire a acheté les marchandises à ses risques et périls. Les tribunaux ont suivi ce principe. Ils y dérogent lorsque son application n'est pas équitable.

En droit québécois, la doctrine et la jurisprudence sont muettes quant à la situation où le contrat ne prévoit pas d'obligation de rachat du stock par le concédant à la fin du contrat. Tout nous porte à croire qu'ils appliquent le principe de non rachat en l'absence de clause expresse au contrat puisque le concessionnaire est propriétaire des biens qu'il

³⁹¹ Paris, 12 octobre 1966, *D* 1967, 516 (note M. Cabrillac).

³⁹² Le concessionnaire n'est pas totalement protégé dans ce cas puisqu'il n'a pas de garantie que le prix de rachat sera avantageux. Voir P. BECQUE, *op. cit.*, note 216, n° 808, p. 452.

revend. Nous croyons que les théories françaises sur la garantie du fait personnel et sur la clause résolutoire devraient être considérées en droit québécois.

d) L'obligation de garantie contre les vices cachés

Le concédant — en tant que vendeur — est tenu de garantir les choses vendues contre les vices cachés³⁹³. On entend par vice caché, celui qui rend la chose impropre à l'usage qu'on veut en faire ou qui diminue son utilité à un point tel que l'acheteur ne l'aurait pas acheté ou payé si cher s'il l'avait connu au moment de l'achat.

Cette obligation de garantie s'applique au concédant-vendeur indépendamment de sa bonne ou mauvaise foi et il se doit de réparer les dommages causés par ces vices. La garantie des vices cachés s'applique donc aux marchandises vendues pendant la durée du contrat de concession. Elle est peut être soumise aux conditions de deux régimes : le régime légal de garantie — régime de droit commun — qui s'applique lorsque le contrat ne prévoit aucune mesure pour la garantie des vices cachés ou encore le régime conventionnel de garantie établi par les parties. Ce dernier régime prévaut sur le régime légal qui ne contient que des dispositions supplétives.

i) Le régime légal de garantie

L'application du régime légal au concédant soulève trois questions : 1) quels sont les délais pour intenter une action en garantie?; 2) qui peut l'intenter?; et 3) quelles en sont les sanctions?

. Les délais de l'action en garantie.

L'action en garantie doit être intentée par les acheteurs avec diligence raisonnable «suivant la nature du vice et suivant l'usage du lieu où la vente s'est faite »³⁹⁴. Le critère de «diligence raisonnable » est laissé à l'appréciation des tribunaux d'où l'impossibilité de dégager une règle générale quant au temps requis pour prendre action.

393 Art. 15 C.c.B.C.; art. 1641 C.c.fr.

394 Art. 1530 C.c.B.C. L'article 1643 C.c.fr. dispose que l'action en garantie doit être intentée dans un bref délai.

Même s'il n'y a pas de temps requis, on peut conclure qu'agir avec diligence raisonnable, c'est prendre action le plus tôt possible dès la prise de conscience de l'existence du vice³⁹⁵.

Le délai pour prendre action peut être plus long en matière de distribution par concession car il y a souvent plusieurs ventes successives. Le vice ne peut être découvert avec certitude qu'au deuxième sous-acquéreur. Le délai couvre donc dans ce cas le temps qui s'est écoulé depuis la livraison du bien par le fabricant-concédant au concessionnaire jusqu'au moment de l'acquisition par le deuxième sous-acquéreur qui est le consommateur final.

. Qui peut intenter l'action en garantie?

En vertu du principe de l'effet relatif des contrats de l'article 1023 C.c.B.C.³⁹⁶, seul le concessionnaire, propriétaire des marchandises, pourrait prendre action contre le concédant. Cependant, les tribunaux français et québécois ont admis la possibilité d'une telle action par le dernier acquéreur des biens ayant été l'objet de vente successives comme c'est le cas en matière de distribution de biens par concession commerciale³⁹⁷.

Ils ont admis qu'un vice ne peut être découvert que par le dernier acquéreur si les précédents n'ont pas eu le temps d'utiliser le bien. D'où la possibilité pour le dernier acquéreur de prendre une *action directe* contre le premier vendeur. Une telle action n'est toutefois pas possible si le vendeur intermédiaire a commis une faute lors du conditionnement des marchandises ou encore lors de leur stockage. Le premier vendeur ne peut plaider que le délai pour prendre action a été trop long, si le tribunal constate que le vice ne pouvait être découvert qu'à la suite de l'utilisation du bien par le dernier acquéreur.

Cette action directe va à l'encontre du principe de l'effet relatif des contrats puisqu'il n'y a pas de contrat entre le dernier acquéreur et le concédant. L'acheteur ne devrait avoir qu'un recours basé sur la responsabilité délictuelle du concédant.

³⁹⁵ Voir en droit québécois : *G A Gruninger et Fils Ltée c. Construction Equipement Company Ltd.*, [1962] C.S. 444 où l'on a jugé qu'une action prise vingt-deux mois après la découverte du vice caché sur un camion-remorque n'avait pas été intentée dans un délai raisonnable.

³⁹⁶ Art. 1165 C.c.B.C.

³⁹⁷ Voir P. BECQUÉ, *op cit.*, note 216, n° 386, p. 205.

Les tribunaux français ont admis dans un premier temps qu'une telle action «pouvait être» contractuelle pour conclure, dans un deuxième temps, qu'elle était «nécessairement» contractuelle³⁹⁸. La chambre civile de la Cour de cassation a permis au sous-acquéreur de choisir le fondement de son action envers le fabricant soit sur la base contractuelle, action en garantie des vices cachés, ou soit sur la base délictuelle pour faute du fabricant³⁹⁹. Elle permettait ainsi le cumul des actions puisqu'elle était basée à la fois sur la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle allant ainsi à l'encontre du principe du non-cumul des actions.

Par la suite, les autres tribunaux civils et la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont refusé la possibilité de recourir à l'action en responsabilité civile⁴⁰⁰. Le sous-acquéreur, client du concessionnaire, peut prendre uniquement une action contractuelle contre ce dernier ou contre le concédant, premier vendeur.

Comment expliquer la possibilité d'une telle action par un sous-acquéreur qui n'est pas partie au contrat? Plusieurs explications ont été données sur le sujet. Trois ont été retenues. Cette action s'explique soit par la cession de créance, la stipulation pour autrui ou la théorie de l'accessoire.

La cession de créance se réaliserait selon certains auteurs⁴⁰¹ au moment de la vente. Il y aurait alors cession d'une créance donnant ouverture à l'action en garantie. Il s'agit ici d'une fiction de la volonté qui présume l'accomplissement de la formalité de la signification de l'acte de vente au débiteur⁴⁰². Certains auteurs ont répondu que cette formalité se trouvait accomplie par la signature du bon de commande par le créancier⁴⁰³.

La théorie de la cession de créance présente toutefois un obstacle majeur qui réside dans le fait que le client-concessionnaire hérite seulement des droits du concédant et pas

398 *Id.*, n° 387, p. 206.

399 Voir *Établissement Perrusson et Rhomer c. Société anonyme coopérative Le Foyer dauphinois et autres*, Cass. Com., 26 juin 1978, *Bull. Civ.* 1978, IV, n° 177, p. 150.

400 Philippe MALINVAUD, «L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fabricants et fournisseurs de matériaux et composants» *D.* 1984, 41.

401 Voir P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 206 citant à la note 541 de son texte MM. AGBEKPONOU et R. RODIERE.

402 Art. 1571 C.c.B.C. et 1690 C.c.fr.

403 Voir P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, n° 389, p. 207.

plus. Par conséquent, s'il y a un régime de garantie conventionnelle entre le concédant et le concessionnaire, deux professionnels de même spécialité, le client sera assujéti aux clauses limitatives de garantie par le concédant.

En droit français, il s'agit d'un obstacle majeur puisque le cumul des actions n'est pas permis. Ainsi un client-concessionnaire ne peut à la fois fonder son action sur la responsabilité contractuelle et délictuelle ce qui pourrait l'aider à se dégager des clauses contractuelles limitatives de garantie en se rabattant sur l'action délictuelle.

La deuxième théorie explicative de l'action en garantie par un sous-acquéreur porte sur la stipulation pour autrui. Celle-ci se produirait lors de l'achat des marchandises par le concessionnaire au concédant. Ce dernier stipulerait que la garantie des vices cachés qui lui est due s'appliquera également à son client. En droit français, cette théorie se voit opposer une objection majeure dans le fait que la stipulation doit être acceptée par le tiers bénéficiaire pour être valide. Le tiers peut toutefois la refuser ce qui lui permettrait en théorie de pouvoir prendre une action contractuelle (s'il accepte la stipulation) ou délictuelle (s'il la refuse). Or la jurisprudence a été claire sur le fondement d'une action faite par le sous-acquéreur en disant qu'elle était «nécessairement de nature contractuelle».

Enfin la dernière théorie est celle de l'accessoire⁴⁰⁴ qui veut que la créance de garantie soit transmise comme un accessoire (*propter rem*) de la chose vendue. L'obligation de délivrance de la chose comprendrait donc ses accessoires qui sont matériels, administratifs ou juridiques.

La théorie de l'accessoire a été consacrée par la majorité des tribunaux français. Bien qu'elle ne soit pas critiquable sur le fond, elle se heurte dans ce droit, tout comme la cession de créance, à l'objection des clauses limitatives de garantie prévus dans le contrat de vente entre concédant et concessionnaire. Les clients des concessionnaires peuvent donc être privés de leur recours à cause de l'existence de pareilles clauses prises entre professionnels de même spécialité⁴⁰⁵.

404 *Id.*, n° 391, p. 208.

405 Cette expression est définie étroitement par la Cour de cassation. Voir les décisions suivantes où l'on n'a pas tenu compte des clauses limitatives car les professionnels n'avaient pas la même spécialité : Cass. Com., 4 nov. 1980. *J C P* 1981 IV. 33 et *Société Le Remplissage mécanique S A c. Société Organisation et contrôle conception et réalisation (OCCR) et autre*, Cass. com., 28 avril 1980, *Bull. Civ* 1980. IV, n° 170, p. 133.

Au Québec, c'est cette théorie qui prévaut depuis la décision de la Cour suprême rendue dans l'affaire *General Motors Products of Canada Limited c. Kravitz*⁴⁰⁶. La cour a reconnu le droit au consommateur Kravitz de poursuivre directement le fabricant GM en vertu de la garantie légale contre les vices cachés. Cette action a été jugée possible parce que le droit à la garantie légale a été transféré à Kravitz, acquéreur subséquent, en vertu de la théorie qui veut que l'accessoire (le droit à la garantie) suit le principal (la chose vendue-véhicule)⁴⁰⁷.

Dans cette affaire, la Cour a spécifié que le vendeur professionnel ne pouvait écarter conventionnellement sa garantie légale contre les vices cachés. Elle a écarté cette clause pour donner droit d'action au consommateur.

La Cour d'appel du Québec a accordé à un consommateur, postérieurement à cette affaire, le droit de poursuivre directement un distributeur en gros de voitures importées en vertu de la garantie légale. Elle a appliqué de façon intégrale les principes dégagés dans l'affaire Kravitz⁴⁰⁸.

Sous le *Code civil du Québec*, le fabricant sera tenu responsable envers un tiers (consommateur) du préjudice causé par le défaut de sécurité du bien qu'il a fabriqué. Le nouveau code consacre l'obligation de sécurité⁴⁰⁹ qui donnera lieu à un recours en responsabilité délictuelle de la part du tiers lésé. Quant aux vices cachés, le fabricant pourra être poursuivi en vertu de la responsabilité civile délictuelle (1458 C.c.Q.) et de la garantie légale contre les vices cachés (1726-1731 C.c.Q.). En France, un projet de loi récent consacre la division des régimes en ce qui a trait à l'obligation de garantie des vices cachés et à l'obligation de sécurité⁴¹⁰. Une action pour vices cachés sera uniquement contractuelle alors qu'une action pour un manquement à l'obligation de sécurité sera de nature délictuelle.

406 [1979] 1 R.C.S. 790.

407 Art. 1028 à 1031 C.c.B.C.

408 *Fiat Motors of Canada Ltd c. Desnoyers*, [1980] C.A. 63.

409 *Wabasso c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578; *Frudel c. Clairol Inc. of Canada*, *supra*, note 192; *Fortin c. Simpson-Sears Ltée*, [1978] C.S. 1154.

410 Voir Projet de loi n° 1395 déposé à l'Assemblée nationale française le 23 mai 1990, modifiant le Code civil et relatif à la responsabilité du fait du défaut de sécurité des produits. Cet projet de loi a pour but de s'harmoniser avec la directive européenne sur le sujet (J.O.C.E. n° L. 210, 7 août 1985, p.29).

Les sanctions de l'action en garantie contre les vices cachés sont de deux types : objectives (qui atteignent l'opération en elle-même) et subjectives (qui atteignent l'auteur du préjudice). Il existe deux sanctions objectives selon du choix de l'action prise par l'acheteur selon la gravité du vice. Lorsque le vice est grave, il peut prendre une action rédhibitoire pour obtenir la résolution du contrat de vente. L'acheteur sera remis en état au jour de la vente et il aura droit d'obtenir le prix de la chose suite à sa restitution avec les intérêts légaux depuis le jour du paiement. Il pourra également obtenir des dommages-intérêts suite à la vente comme, par exemple, les frais de celle-ci et les frais de dérangement causés par sa résolution.

Lorsque le vice caché est bénin, l'acheteur peut prendre une action estimatoire pour obtenir une réduction du prix de vente. La restitution d'une partie du prix se trouve donc à être une diminution de la valeur de la marchandise atteinte de vice caché.

L'action rédhibitoire et l'action estimatoire contre le concédant sont possibles pour le sous-acquéreur en droit français du fait de la nature «nécessairement contractuelle» de l'action directe⁴¹¹.

L'action rédhibitoire ne peut être intentée conjointement contre le concédant et le concessionnaire pour obtenir une condamnation in solidum car il ne peut restituer en même temps la marchandise au concédant et au concessionnaire. Elle n'est donc possible qu'envers le concessionnaire qui lui a vendu la marchandise. Contre le concédant, il peut toujours intenter une action en dommages et intérêts de *nature contractuelle* pour la privation de jouissance du bien et l'immobilisation du prix⁴¹².

Quant aux sanctions subjectives, elles découlent des actions en réparation que le sous-acquéreur peut obtenir du concédant. Le sous-acquéreur a droit à tous les dommages et intérêts qui ont découlé de la vente⁴¹³.

411 *Société anonyme Pamax c. Société d'exploitation des transports Beynier et autres*, Cass. Com., 17 mai 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 182, p. 162. Dans un arrêt antérieur, la Cour de cassation s'était demandée si l'action directe ne pouvait avoir pour objet que l'obtention de dommages et intérêts : *Société Lamborghini c. Landrau et autres*, Cass. Com., 9 octobre 1979, *Bull. civ.* 1979, I, n° 241, p. 192..

412 Voir P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, n° 394, p. 209.

413 Art. 1645 C.c.f. et art. 1527 C.c.B.C.

ii) Le régime conventionnel de la garantie

Le *Code civil français* ainsi que notre code contiennent des dispositions relatives à la garantie légale des vices cachés⁴¹⁴. Toutefois, ces dispositions ne sont pas impératives et les parties peuvent toujours en prévoir d'autres d'ordre conventionnel.

Ces clauses conventionnelles sont prévues soit dans les contrats de concession, soit dans les bons de commande que le concédant rédige à l'intention des clients du concessionnaire. Les bons sont souvent appelés «bons de garantie» ou «certificat de garantie» et font souvent miroiter à la clientèle du fabricant des avantages exceptionnels.

La validité de ces clauses de garantie conventionnelle dépend de leur acceptation par l'acquéreur. En droit français, on admet la possibilité de recourir aux dispositions du Code même s'il y a eu acceptation de telles clauses par l'acquéreur lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel.

La portée des clauses de garantie est variable. Elles peuvent avoir pour objet d'étendre la garantie (clauses extensives de garantie) ou de la restreindre (clauses limitatives). Les clauses extensives peuvent avoir pour objet d'étendre la garantie à des tiers. Le concédant s'engage dans ce cas à garantir directement et personnellement les clients du concessionnaire contre les vices cachés. Cette garantie conventionnelle n'est donc due, en principe, que par le concédant et non par les concessionnaires revendeurs. Cependant, ces derniers exécutent la plupart du temps cette garantie au nom et pour le compte du concédant parce que le concédant leur en fait assumer l'obligation dans le contrat-cadre.

Les clauses extensives de garantie peuvent également étendre le délai de garantie. Cette garantie est souvent utilisée comme tactique de marketing pour percer un marché. Il en fut ainsi pour les fabricants de voiture japonaise qui désiraient augmenter leur vente sur le marché européen dans les années '70⁴¹⁵.

414 Art. 1522-1531 C.c.B.-C.; art. 1641 à 1649 C.c.fr.

415 P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 215. Voir Pierre-Gabriel JOBIN, *Les contrats de distribution de biens techniques*, Québec, P.U.L., 1975, pp.214-216.

Enfin, les clauses extensives peuvent étendre la garantie à des vices apparents qui se manifestent après une longue utilisation. Elle peut porter sur la peinture du véhicule ou le changement de pièces suite à l'usure normale.

Les clauses limitatives peuvent avoir pour objet d'imposer à l'acheteur le paiement d'une partie des frais de réparation du vice, de limiter la garantie légale dans le temps, d'imposer des conditions à la garantie telles que des revisions ou des contrôles périodiques et, enfin, elles peuvent exclure purement et simplement la garantie.

En vertu du principe de la liberté contractuelle, les clauses extensives ou limitatives de garantie devraient être permises. Dans les faits, les clauses extensives peuvent recevoir plein effet mais pas celles qui sont limitatives. En droit français, on a censuré ce genre de clauses par décret⁴¹⁶. Ainsi, on considère qu'une obligation légale qui est restreinte est réputée non écrite. La garantie conventionnelle est complémentaire à la garantie légale⁴¹⁷. Par conséquent, le consommateur peut avoir recours à la garantie légale même si les conditions de la garantie conventionnelle ne sont pas toutes rencontrées. Il peut aussi faire jouer les deux garanties simultanément. Au Québec, la *Loi sur la protection du consommateur* interdit également ce genre de clauses⁴¹⁸.

2- Les obligations non essentielles

a) L'obligation d'être titulaire d'une marque «attractive».

La marque de commerce occupe aujourd'hui une place prépondérante dans la distribution des produits ou des marchandises. Elle sert à différencier les produits, à établir leur origine et, parfois, à prouver leur qualité. Elle sert également de vecteur à la publicité et de ce fait elle constitue un des éléments psychologiques de la vente.

416 Voir art. 2 du décret du 24 mars 1978 décret :
«(Est abusive), la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non professionnel ou du consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations.»

417 Voir art. 4 du décret.

418 Voir L.R.Q., c. P-40.1, art. 10, 261 et 262.

Le contrat de concession prévoit le droit d'usage de la marque et de l'enseigne⁴¹⁹ par le concessionnaire. Pour accorder un tel droit, le concédant doit être titulaire de la marque et de l'enseigne. Il a, par ailleurs, l'obligation d'assurer la paisible jouissance des droits de propriété industrielle.

Ce droit d'usage sur la marque a soulevé une controverse en droit français quant à sa qualification. Certains auteurs⁴²⁰ ont soutenu que cette mise à la disposition de la marque s'analysait comme une licence de marque. Le contrat de concession serait donc un contrat de licence de marque par lequel le droit d'utilisation de la marque serait donné au concessionnaire pour les « fins d'exploitation de la concession, et dans ses limites »⁴²¹.

Pour d'autres auteurs, le droit d'usage de la marque pour la revente pure et simple de produits marqués par le concédant ne nécessite par l'octroi d'une licence de marque. Le concessionnaire n'utilise ici la marque du produit qu'au moment de la revente pour des fins publicitaires. Il ne s'agit donc pas de l'utilisation d'une marque en contrefaçon. Si le concessionnaire respecte les clauses du contrat-cadre, il n'a besoin de se voir concéder une licence de façon expresse, elle se trouve à être dans le contrat de façon tacite et gratuite⁴²².

Nous sommes en accord avec ce point de vue. Il est vrai que le concessionnaire ne se voit pas reconnaître dans le contrat-cadre le droit d'apposer la marque sur les produits. Il ne s'agit que d'un droit d'utilisation qu'on ne peut qualifier de licence de marque comme le font si souvent la pratique et la doctrine tant françaises que québécoises.

Certains qualifient ce droit d'usage, de licence de marque «édulcorée»⁴²³ lorsqu'elle restreint l'usage de la marque à la vente des produits objet du contrat. Ils la qualifient d'authentique lorsqu'elle donne un droit d'usage d'application large c'est-à-dire non

419 Voir G. CAS (dir.), *op. cit.*, note 193, n° 3507, p. 960. *Contra* : P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 212, n° 477, p. 261. La marque sert à distinguer les produits alors que l'enseigne et le nom commercial servent à distinguer l'«entreprise».

420 J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, n° 321, p. 251. et Jean CASEL, *Refus de vente, clauses d'exclusivité, contrat de concession*, Paris, Édition de l'entreprise moderne, 1960, p. 110.

421 J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, n° 321, p. 251.

422 Voir B. GRELON, *op. cit.*, note 34, p. 175. Voir en droit québécois en accord avec cette opinion, J.H. GAGNON, *op. cit.*, note 23, p. 230 ; P.-A. MATHIEU, *op. cit.*, note 23, p. 96 et B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 21.

423 P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 33, 17.

seulement sur la vente des produits mais aussi sur les documents publicitaires ou commerciaux (affiches, catalogues, factures, etc...) ⁴²⁴.

Selon M. Becqué, il appert que la concession exclusive comprenait autrefois une licence édulcorée et qu'aujourd'hui la conception récente de la concession fait place à la licence authentique. Nous croyons que le droit d'usage élargi se rencontre dans le franchisage alors que le droit d'usage restreint est caractéristique de la concession commerciale «stricto sensu» ⁴²⁵.

Dans les deux qualifications, on ne peut, selon nous, parler de licence de marque si le concessionnaire ou le franchisé ne peut apposer la marque sur les produits qu'il vend.

En plus du droit d'usage de la marque, le concédant donne également au concessionnaire le droit d'usage de l'enseigne. Dans les faits, le droit d'usage de l'enseigne correspond à la marque du concédant utilisé à titre d'enseigne et non pas à titre de nom commercial.

En effet, le concessionnaire garde son autonomie commercial lorsqu'il affiche son nom commercial à côté de l'enseigne aux couleurs de la marque du concédant ⁴²⁶. Les clients savent ainsi qu'il travaille pour son compte et n'est pas une succursale ou un préposé du concédant. À cet effet, le concédant peut s'assurer de cette indépendance en prévoyant au contrat une clause par laquelle il lui interdit d'utiliser le droit d'usage de son nom commercial à d'autres fins qu'à titre d'enseigne. Il peut ainsi exiger du concessionnaire de ne pas utiliser son nom commercial dans les factures, les entêtes de lettres, la publicité, etc...

La mise à la disposition de l'enseigne peut être gratuite ou onéreuse. Dans le premier cas, elle a posé un problème de qualification à savoir s'il s'agissait d'un prêt à usage ou d'un dépôt. Quant au deuxième cas, la mise à la disposition s'analyse

424 Voir P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, n° 476, p. 260.

425 *Ibid.*

426 M. Becqué affirme que ce n'est plus vrai aujourd'hui. Dans beaucoup de contrats de concession commerciale récents, le seul signe distinctif qui doit être affiché est l'enseigne portant la marque du concédant. Voir *contra* : RÉPERTOIRE DE DROIT COMMERCIAL, *Concession exclusive*, Paris, Dalloz, 1972, n° 250, p. 23.

uniquement comme une location de marque à titre d'enseigne. Nous étudierons successivement les deux possibilités.

i) La mise à la disposition gratuite

En droit français, certains auteurs, et une partie de la jurisprudence, ont considéré que la mise à la disposition à titre gratuit de l'enseigne par le concédant en échange de l'obligation par le concessionnaire d'utiliser l'enseigne s'analysait comme un prêt à usage ou «commodat»⁴²⁷.

Cette qualification de la mise à disposition de l'enseigne a toutefois suscité un problème quant à l'application de l'art. 1888 C.c.fr. La Cour d'appel d'Aix a eu à décider si le concédant pouvait reprendre l'enseigne pendant le prêt ce qui est contraire aux termes de l'art. 1888 C.c.fr.⁴²⁸

Elle a jugé que l'article 1888 n'était pas une règle impérative et qu'il était possible de prévoir dans le contrat-cadre une reprise par le concédant de l'enseigne sur simple demande.

Il faut ajouter que même si le contrat ne contient pas de clause prévoyant le retrait de l'enseigne par le concédant selon son bon vouloir, l'art. 1889 du C.c.fr. permet un tel retrait si le concédant en a un *besoin pressant et imprévu*. Il doit cependant demander la permission au tribunal pour réaliser le retrait.

En droit québécois, les articles correspondant aux articles 1888 et 1889 du C.c.fr. sont les articles 1773 et 1774 du C.c.B.C. La jurisprudence québécoise ne s'est pas penchée sur la question mais tout porte à croire que son interprétation serait la même que la doctrine et les tribunaux français puisque les articles du code québécois ont la même teneur.

427 Cette institution est régie en droit français par les articles 1875-1891 du C.c.fr. et, en droit québécois, par les articles 1763-1776 du C.c.B.C.

Voir Régis FABRE, «Le prêt à usage en matière commerciale», (1977) 30 *Rev. trim. dt. comm.* 193. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, n° 259, p. 330.

428 *Société anonyme La Lainière de Roubaix, Prouvost Masurel c. Dame Jean, Aix, D 1974. 676* (note Bories).

Le retrait de l'enseigne peut avoir des conséquences graves sur l'ensemble du contrat. Si elle a un rôle déterminant parce qu'elle constitue le signe de ralliement de la clientèle alors il y a rupture du contrat. Si elle n'a pas un rôle déterminant, c'est-à-dire que l'enseigne ne porte pas la marque mais le nom commercial du concédant, alors le retrait de l'enseigne n'affecte pas le contrat de concession pourvu que le droit d'usage de la marque soit toujours possible pour le concessionnaire.

La mise à la disposition de l'enseigne à titre gratuit peut être également analysée comme un contrat de dépôt dans lequel le concédant permet expressément ou tacitement au concessionnaire l'utilisation de l'enseigne⁴²⁹. Cette solution est plus en accord, selon nous, avec le but de la convention de la mise à la disposition de l'enseigne qui est de voir à la conservation de l'enseigne, le maintien de sa notoriété, et non son usage⁴³⁰.

Le déposant concessionnaire a un avantage sur le prêteur à usage, il n'a pas besoin d'attendre le délai prévu au contrat pour reprendre l'enseigne ou encore de demander la permission du tribunal s'il en a encore un besoin pressant. Il peut la reprendre immédiatement⁴³¹, et ce, qu'il y ait ou non une clause au contrat à cet effet.

La qualification du contrat de dépôt nous oblige à nous demander le degré de diligence requis par le concessionnaire-dépositaire pour conserver la chose en état. En droit français, il doit, selon l'article 1927 C.c.fr., apporter les mêmes soins qu'il porte à ses choses. Un auteur a suggéré que l'on devrait en matière de concession adopter le test abstrait du bon père de famille parce que le dépôt de l'enseigne est fait dans l'intérêt du dépositaire⁴³². En droit québécois, en vertu de l'article 1802 C.c.B.C., c'est le test du bon père de famille qui s'applique.

Tout comme pour la qualification de prêt à usage, la qualification de dépôt soulève des problèmes quant à l'effet du retrait de l'enseigne sur le contrat de concession commerciale. La réponse est la même que pour le prêt, il faut voir si l'enseigne est déterminante ou non dans le contrat⁴³³.

429 Art. 1803 C.c.B.C. et 1930 C.c.fr.

430 Voir sur ce point de vue P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 265.

431 Art. 1944 C.c.fr. et 1810 C.c.B.C.

432 Art. 1927 C.c.fr. Voir P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, n° 487, p. 267.

433 *Supra*, p. 169.

ii) La mise à la disposition à titre onéreux

Nous sommes en présence d'un contrat de location de marque à titre d'enseigne lorsqu'il y a une redevance imposée au concessionnaire dans le contrat pour la mise à la disposition de l'enseigne par le concédant. Il assume dans ce cas les obligations d'un bailleur de meuble. Il doit selon l'article 1604 C.c.B.C.⁴³⁴, assumer une obligation de délivrance, d'entretien et de garantie d'éviction de son fait personnel pour des troubles de fait, ou de droit ou du fait des tiers pour des troubles de droit. En vertu de l'art. 1606⁴³⁵ C.c.B.C., le concédant-locataire doit assumer également une obligation concernant les vices cachés⁴³⁶.

L'obligation imposée au concédant d'être titulaire d'une marque «attractive» implique qu'il doit également assumer tout au long du contrat un effort publicitaire et promotionnel. Cet effort vise à soutenir la notoriété de la marque et également celle de son réseau. L'engagement publicitaire du concédant peut être totale ou partielle, dans ce cas, il exige une participation financière du concessionnaire qui correspond à une proportion de son chiffre d'affaires⁴³⁷.

Le concédant peut utiliser toutes les techniques promotionnelles possibles. Elles concernent : la publicité de la marque, la création d'événements spéciaux, la commandite, les circulaires et catalogues, la publicité sur les lieux de vente, etc...

b) L'obligation d'assistance du concédant

L'obligation d'assistance du concédant auprès du concessionnaire se réalise pendant l'aménagement du point de vente par une aide financière, matérielle ou encore une combinaison des deux pendant toute la durée du contrat.

On appelle cette dernière assistance, l'assistance permanente qui peut être technique, commerciale, financière et comptable. Originellement, une telle assistance n'existait pas dans le contrat de concession exclusive qui se caractérisait uniquement par une relation de

434 Art. 1719 C.c.fr.

435 Art. 1621 C.c.fr.

436 Voir P. BECQUÉ, *op cit*, note 216, p. 266 et suiv.

437 *Ibid.*

fourniture et d'approvisionnement exclusifs. Elle s'est développée avec les années⁴³⁸. Il reste, toutefois, que cette assistance n'est pas un élément essentiel du contrat de concession commerciale contrairement au contrat de franchise⁴³⁹. Cette différence s'explique par le fait que dans le contrat de franchise la transmission d'un savoir faire est un élément essentiel du contrat qui est indissociable d'une assistance permanente qui a pour but la bonne application de ce savoir faire. Dans la concession, il y a présence d'un savoir faire qui n'a qu'un caractère accessoire tout comme l'assistance.

L'assistance du concédant s'est développée pour renforcer l'effet de l'unité du réseau et pour répondre aux exigences accrues des clients en ce qui a trait à des produits de haute technicité comme l'automobile. Il faut également ajouter que les poursuites en responsabilité du fait des produits ou des vices cachés ont incité les fabricants à renforcer leur assistance auprès des concessionnaires.

Nous verrons le contenu de l'assistance permanente lors de l'étude du contrat de franchise. Pour l'instant nous allons voir ce en quoi consiste l'assistance pour l'aménagement du point de vente.

i) Le prêt d'argent

Le concédant peut prêter de l'argent au concessionnaire pour l'aider à aménager ou rénover son commerce, à acheter du matériel ou à organiser un programme de vente. C'est dans une clause du contrat-cadre qu'est prévu ce prêt d'argent. Ce prêt est subordonné à la présentation de devis ou à d'autres conditions. En droit français, il est rare de stipuler dans le contrat des intérêts au prêt⁴⁴⁰, le concédant se trouvant payer par l'écoulement des produits. En guise d'incitatif, le contrat peut prévoir que le concessionnaire sera libéré de son obligation de remboursement s'il réalise un quota donné.

Le prêt d'argent peut également être à fonds perdus. En général, le concédant le soumet à la réalisation d'un quota minimum de vente des produits concédés dans un délai fixé, tant que le concessionnaire n'a pas atteint son quota dans le délai, l'argent avancé n'a

438 A. ROLLAND, *op. cit.*, note 37, p. 24.

439 G. CAS, *op. cit.*, note 193 n° 3508, p. 960; D. BACHET, *op. cit.*, note 97, p. 103; Philippe BESSIS, *Le contrat de franchisage*, Paris, Les Guides Montchrestien, 1990, p. 30.

440 P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 272.

pas le caractère de dette. Cette dernière naîtra lorsque le quota sera réalisé. La somme prêtée appartiendra au concessionnaire et elle se transformera en subvention. Par conséquent, on peut conclure que le prêt à fonds perdus est un prêt à condition suspensive⁴⁴¹.

ii) Le prêt de matériel

Le contrat de prêt d'argent est souvent jumelé avec un contrat de prêt de matériel. Le concédant apporte au concessionnaire une aide matérielle qui peut consister en du matériel de publicité (présentoirs, vitrines) ou du matériel d'entretien ou commercial (micro-ordinateurs, outils pour réparation des véhicules, mobiliers,...). Cette mise à la disposition du matériel s'analyse comme un prêt à usage⁴⁴². Elle se fait après la conclusion du contrat-cadre. Par conséquent l'engagement souscrit par le concédant dans ce dernier contrat s'analyse comme une promesse de prêt de matériel avant sa conclusion. Les obligations du concédant sont donc celles découlant des articles 1888 à 1891 C.c.fr. et des articles 1763 à 1776 C.c.B.C. En vertu de ces dispositions⁴⁴³, le concédant ne peut réclamer la chose prêtée qu'au terme convenu. Toutefois, il est possible de déroger à cette règle, qui n'est pas impérative, en incluant dans le contrat-cadre une clause permettant d'exiger la restitution du matériel sur *demande* et ce même en l'absence d'un «besoin pressant et imprévu»⁴⁴⁴.

En général, le concédant ne prévoit pas l'insertion d'une clause de reprise de matériel sur demande dans le contrat. Il préfère rattacher le contrat de prêt au contrat de concession en prévoyant que s'il y a inexécution d'une des obligations du concessionnaire, elle entraîne la restitution automatique du matériel prêté.

441 *Id.*, p. 271 et suiv.

442 Il faut exclure de ce prêt la mise à la disposition de l'enseigne qui est analysée comme un dépôt.

443 Art. 1888 C.c.fr. et 1773 C.c.B.C.

444 Art. 1889 C.c.fr. et 1774 C.c.B.C. Voir P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 276 et suiv.

B) Les obligations du concessionnaire

Tout comme le concédant, le concessionnaire a des obligations essentielles qui sont la contrepartie des obligations essentielles du concédant (1). Il s'agit de l'obligation d'approvisionnement exclusif et de l'obligation de maintenir un stock déterminé. Le concessionnaire a aussi des obligations originales car elles ne font pas l'objet d'obligations corrélatives de la part du concédant (2). On retrouve dans ce genre d'obligations : l'obligation d'assurer un service après-vente, des obligations d'organisation commerciale et l'obligation de faire de la publicité.

1- Les obligations essentielles

a) L'obligation d'approvisionnement exclusif

L'obligation d'exclusivité d'approvisionnement se divise en deux obligations particulières : l'obligation de respecter l'exclusivité et l'obligation d'approvisionnement comme telle.

i) L'obligation de respecter l'exclusivité :

L'obligation d'exclusivité se divise elle aussi en deux pour comprendre l'obligation d'exclusivité de marque et l'obligation d'exclusivité territoriale.

- L'obligation d'exclusivité de marque :

L'obligation d'exclusivité de marque se définit comme celle par laquelle le concessionnaire s'engage à traiter uniquement avec le concédant dans le cours de ses affaires. Autrement dit, le concessionnaire s'engage à ne pas vendre les produits des concurrents du concessionnaire. Cette exclusivité de marque peut être totale si le concessionnaire s'est engagé à ne vendre que les produits de la gamme du concédant⁴⁴⁵. L'exclusivité de marque est partielle si le concessionnaire s'engage à n'acheter du concédant qu'un type ou encore qu'une collection de produits. Il est donc permis à un

⁴⁴⁵ Cette exclusivité totale de type monomarque se rencontre fréquemment dans le domaine de la concession automobile. Voir P. BECQUE, *op. cit.*, note 216, p. 289.

concessionnaire lié à la marque A pour les chaînes stéréo, par exemple, d'acheter des téléviseurs de la marque B d'un fabricant concurrent du concédant⁴⁴⁶.

Le concessionnaire assujéti à une exclusivité totale ou partielle ne doit pas y contrevenir sinon le contrat pourra être résolu⁴⁴⁷ et il devra payer des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il a causé.

- L'obligation de respecter l'exclusivité territoriale :

Le concessionnaire a l'obligation de commercialiser ses produits uniquement sur le territoire qui lui a été alloué en exclusivité. Souvent, le contrat de concession contient une clause qui lui interdit formellement de vendre hors de son territoire⁴⁴⁸. On appelle cette clause, «clause de territorialité renforcée». Pour la faire respecter, le concédant inclut, dans la majorité des cas, une clause résolutoire à laquelle il peut également ajouter une clause pénale pour liquider le montant des dommages et intérêts.

Le contrat de concession peut également contenir une clause de territorialité atténuée. Elle permet au concessionnaire de vendre ses produits à l'extérieur de son territoire à des clients qui ne font pas encore partie d'un territoire exclusif ou encore à des clients d'un autre concessionnaire mais il doit, dans ce cas, partager avec lui les profits de la vente.

ii) L'obligation d'approvisionnement :

En tant qu'acheteur revendeur⁴⁴⁹, le concessionnaire doit acheter des marchandises du concédant pour les revendre à ses clients consommateurs. Cette obligation d'approvisionnement est assortie, dans la plupart des cas, d'un engagement minimal d'achat qui est contenu dans une clause de «quota» ou une clause de «minima»⁴⁵⁰. Ces

446 La clause d'exclusivité partielle non assortie d'une clause de quota a été comparée à un pacte de préférence. M. Seube a démontré dans sa thèse qu'une telle comparaison ne pouvait être faite puisque la clause d'exclusivité supprime toute concurrence en établissant un monopole. Voir A. SEUBE, *op. cit.*, note 94, p. 341.

447 1184 C.c.Ar.

448 *Summer Sports Inc c. Pavillon chasse et pêche (440) Inc*, *supra*, note 304; la clause d'approvisionnement exclusif de 10 ans a été jugée valide. Le tribunal a vérifié la raisonnableté de la clause quant au temps et à l'espace.

449 *Ford Motor Co of Canada Ltd c. Larocque*, [1975] C.S. 1015.

450 *Supra*, p. 82 pour la définition de chacune de ces clauses.

clauses ont pour but d'imposer une obligation de faire au concessionnaire⁴⁵¹. S'il ne s'exécute pas, le contrat sera résilié et il devra payer des dommages et intérêts au concédant. Ces clauses peuvent également être assorties d'une clause pénale. Parfois, le contrat prévoit une clause qui permet au concessionnaire de ne pas s'approvisionner s'il y a cas fortuit. L'évènement doit être alors inattendu et incontrôlable⁴⁵².

L'obligation d'approvisionnement implique aussi que le concessionnaire doit respecter les conditions générales de vente annexées au contrat de concession pour les produits qu'il achète du concédant. Il doit également respecter, s'il y a lieu, les conditions de vente prévues dans le contrat de concession et qui ont pour objet de régler des questions particulières comme le prix, les modalités de paiement et la reprise de marchandise. Ces engagements ne doivent pas avoir été obtenus au moyen de fausses représentations de la part du concédant. Si tel est le cas, le concessionnaire pourra faire annuler le contrat⁴⁵³.

La qualification de l'obligation d'approvisionnement pose un problème lorsqu'elle n'est pas accompagnée d'une obligation minimale d'achats. En effet, on doit la considérer comme une obligation de ne pas faire puisqu'il est impossible de prendre une injonction mandatoire en droit français⁴⁵⁴ et en droit québécois⁴⁵⁵ pour forcer le cocontractant à respecter son obligation de faire. L'obligation de ne pas faire du concessionnaire consiste à ne pas s'approvisionner en produits chez les commerçants qui ne sont pas membres du réseau.

L'obligation d'approvisionnement peut s'étendre également aux nouvelles sources d'approvisionnement qui s'ajouteront durant l'exécution du contrat. Le concédant prévoit, dans ce cas, une clause au contrat qui oblige le concessionnaire à respecter ces nouvelles sources. Ce dernier ne peut, pour cette raison, refuser d'acheter les nouveaux produits que le concédant lui désigne⁴⁵⁶.

451 Voir D. BACHET, *op. cit.*, note 97, p.221 qui mentionne qu'il est préférable de voir dans la clause d'exclusivité une obligation de ne pas faire pour obtenir une injonction car les tribunaux n'accordent pas d'injonction mandatoire. En droit québécois, *New Castle Products (Canada) Ltd. c. Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée.*, [1970] C.A. 29. Voir aussi B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 2, p. 126.

452 *Atlantic Paper Stock Ltd. c. Ste-Anne Nackawic Pulp and Paper Co. Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 580.

453 *Busson c. Lepage.*, [1969] B.R. 657; *Demers c. Moreau.*, [1974] C.S. 653.

454 D. BACHET, *op. cit.*, note 97, p. 221.

455 Sous l'ancien Code de procédure civile québécois, art. 751

456 *Daniel Pimpaté Inc. c. Produits Petro canada Inc.*, C.S. Montréal, no 500-05-00847-832, 7 octobre 1983.

En général, le contrat de concession et les conditions générales de vente imposent deux obligations au concessionnaire : l'obligation de payer le prix des marchandises et l'obligation de prendre livraison de celles-ci.

- L'obligation de payer le prix des marchandises

L'acheteur, selon les dispositions sur la vente⁴⁵⁷, doit payer le prix au temps et au lieu de livraison de la marchandise vendue quand le contrat ne prévoit pas ces circonstances.

Dans les contrats français de concessions automobiles et d'autres semblables, le prix est payable, en général, partie à la commande et partie à la livraison. Pour les autres contrats, le paiement s'effectue à la livraison⁴⁵⁸.

Le concessionnaire doit payer le prix au lieu de la délivrance des produits c'est-à-dire au siège social ou à l'une des usines du concédant si le contrat ne prévoit pas de clause à cet effet. Les modalités de règlement sont multiples : chèques, traites, virements, paiements au comptant et paiement à crédit.

- L'obligation de prendre livraison des marchandises

En principe, c'est le concessionnaire qui doit prendre livraison des marchandises vendues une fois que le concédant les a mises à sa disposition. L'obligation de retraitement est donc corrélative à celle de délivrance. Elle implique un transfert qui ne concerne ni le droit de propriété, ni le droit de possession mais plutôt le droit de détention. Cette obligation peut être accomplie soit par le concessionnaire ou soit par un tiers travaillant pour son compte.

Les parties au contrat de concession doivent prévoir les modalités du retraitement en prévoyant où, quand et comment. En principe, le temps et lieu de la prise des marchandises sont les mêmes. Le lieu est celui où se trouve la marchandise vendue au

457 Art. 1650 C.c.fr. et art. 1533 et 1632 du C.c.B.C.

458 P. BECQUÉ, *op cit*, note 216, p. 312.

moment de la conclusion du contrat d'application. Le contrat de concession peut prévoir un autre lieu :

«Les marchandises sont toujours vendues, prises et acceptées dans les ateliers du constructeur, la propriété en est transférée au concessionnaire, lors de la mise à disposition de celui-ci en usine du matériel commandé.»⁴⁵⁹

ou un autre temps :

«Le concessionnaire prendra livraison, au fur et à mesure de leur mise à disposition, des véhicules ayant fait l'objet des commandes mensuelles.»⁴⁶⁰

En général c'est le concessionnaire qui supporte les frais de la prise de livraison sauf si le contrat prévoit une règle différente. Ainsi, la marchandise voyage souvent aux risques et périls du concessionnaire.

L'obligation d'approvisionnement implique, comme nous venons de le voir, que le concessionnaire s'engage à acheter les marchandises du concédant. Ces achats s'effectuent dans le but de les *revendre*. À cet effet, le concédant l'oblige souvent à réaliser des objectifs de vente selon les conditions fixées par lui ou par la loi.

Les objectifs de vente sont de plus en plus prévus dans une clause appelée coefficient de pénétration. Ce coefficient s'établit par un pourcentage de vente que le concessionnaire doit obtenir pendant la durée du contrat en fonction des ventes de produits de toutes les marques possibles sur le territoire alloué.

Cette clause de coefficient de pénétration impose une obligation de moyens et non de résultat comme la clause de quota ou de minima⁴⁶¹. Lorsque le pourcentage est atteint (objectif), la remise du concédant est plus grande.

⁴⁵⁹ Clause du contrat Comera cité par P. Becque, *op. cit.*, note 212, p. 321.

⁴⁶⁰ Clause d'un contrat Citroën cité par P. Becqué, *op. cit.*, note 212, p. 321.

⁴⁶¹ Voir P. le TOURNEAU note sous Paris, 10 octobre 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 420 et P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 326.

La revente des produits par le concessionnaire est assujettie à des conditions de vente imposées par le concessionnaire ou par la loi. Ceci peut paraître étrange puisqu'il a acheté au concédant en son nom et pour son compte. Il ne faut toutefois pas oublier que son entreprise est mise au service de l'entreprise concédante pour distribuer les produits de ce dernier.

Il est donc normal que le concédant garde un contrôle sur la revente des produits aux consommateurs finals pour qu'elle soit en accord avec sa politique commerciale et le droit de la consommation puisqu'il est présumé le connaître mieux que ses concessionnaires.

Le concédant oblige donc ses concessionnaires dans le contrat de concession à utiliser un bon de commande préétabli par lui sur lequel sont écrites à l'endos ses conditions de vente. Cette pratique évite de laisser aux concessionnaires le soin de fixer les conditions de vente et de livraison ce qui pourrait être néfaste en temps de conjoncture économique difficile car les concessionnaires auraient tendance à fixer des conditions qu'ils ne peuvent pas tenir pour obtenir une vente. La marque du concédant s'en trouverait ainsi diminuée⁴⁶².

De plus, le concédant souhaite par le bon de commande ajuster les délais de livraison et les prix du concessionnaire aux siens. Le système de bons — qui est utilisé par le concessionnaire et le client — lui permet de tenir un «fichier-client». La concession automobile est un bon exemple de cette pratique.

Le concédant exige également de ses concessionnaires qu'ils respectent les lois sur la consommation. En droit français, les concessionnaires sont assujettis à la loi 78-23 du 10 janvier 1978 qui concerne la protection et l'information des consommateurs contre les clauses abusives. En vertu de la loi, c'est le gouvernement qui doit interdire, limiter ou réglementer les clauses abusives. Il a pris un seul décret quant à l'application de la loi : le décret n° 78-464 du 24 mars 1978. Dans celui-ci, trois articles réglementent les conditions générales de ventes pour les concessionnaires. L'article deux édicte que toute clause qui a pour objet de diminuer l'obligation de réparation du concessionnaire s'il y a inexécution de ses obligations est réputée non écrite. L'article trois interdit au concessionnaire de se réserver le droit de modifier les caractères du bien à livrer ou du service à exécuter. Enfin,

⁴⁶² P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 333.

l'article quatre exige du concessionnaire qui offre une garantie contractuelle au consommateur d'indiquer qu'elle n'empêche pas l'application de la garantie légale prévue à l'article 1641 du C.c.fr.

Lorsque la vente est faite à crédit par le concessionnaire, elle est réglementée par une autre loi du 10 janvier 1978 n° 78-22 (J.O. 11 janvier 1978)⁴⁶³. Le but de cette loi est d'informer le consommateur quant aux conditions de vente et, en particulier, quant au coût de crédit. On retrouve dans cette loi les conditions de validité des contrats de crédit, les conditions de paiement, de livraison, la façon dont se faisaient les rapports acheteur-vendeur et vendeur-société de crédit pour les mines par l'imposition de sanctions pénales.

Au Québec, la *Loi sur la protection du consommateur* impose également au concessionnaire des obligations de réparation⁴⁶⁴ et de garantie contractuelle⁴⁶⁵. Elle prévoit des modalités à suivre quant aux conditions de vente⁴⁶⁶, de crédit⁴⁶⁷, de paiement et de livraison.

b) L'obligation de maintenir un stock déterminé

Le contrat de concession exclusive impose généralement du concessionnaire une obligation de constitution d'un stock de produits ou de modèles. Dans certains secteurs, comme celui de l'automobile, il doit également stocker des pièces de rechange pour répondre aux demandes de réparation. Cette technique de constitution d'un stock permet au concédant de ne pas trop emmagasiner de marchandises dans ses entrepôts.

Le concédant peut utiliser deux techniques pour la constitution d'un stock. Il peut obliger le concessionnaire à acheter le stock ou lui en confier tout simplement la garde. La première technique est plus avantageuse pour le concédant car il ne reste pas propriétaire des biens et n'assume donc pas les risques de perte de la chose.

463 Cette loi a été modifiée par la loi du 23 juin 1989 dans le but de l'harmoniser avec la directive européenne du 22 décembre 1986 relative au crédit et à la consommation.

464 L.R.Q., c. P-40.1, art. 151, 167-181.

465 *Id.*, art. 42, 44 et 45.

466 *Id.*, art. 65-69.

467 *Id.*, art. 66-150.

Lorsque le concessionnaire doit acheter un stock minimum, le concédant précise dans le contrat la valeur du stock qu'il doit posséder ou encore le nombre minimal d'unités. En général, le concédant prévoit une clause de contrôle qui lui permet de vérifier si les stocks du concessionnaire sont réels et consistants.

L'achat du stock nécessite de la part du concessionnaire des capacités financières suffisantes. Or, quand il ne les a pas, le concédant prévoit dans un contrat de dépôt annexé au contrat-cadre, qu'il mettra à la disposition du concessionnaire un stock minimum.

Le concédant prévoit dans le contrat de dépôt qu'à chaque vente faite par le concessionnaire à un consommateur, il aura le droit de prélever des marchandises en dépôt pour l'exécution de son contrat de vente. À chaque prélèvement, un contrat est conclu avec le concédant aux conditions comprises dans les conditions générales du contrat de concession qui est à la base de ces deux contrats⁴⁶⁸.

Le concessionnaire assume les dépenses liées à la disposition de locaux où seront entreposées les marchandises. Il assume également les frais et les risques du transport des marchandises jusqu'aux lieux de dépôt, les risques de perte ou de détérioration de la marchandise et les frais d'assurance pour dégâts d'eau, feu et vol.

Le concessionnaire se voit aussi imposer l'obligation de se constituer un stock de pièces de rechange. Cette obligation s'explique par le fait qu'il doit fournir à la clientèle un service après-vente⁴⁶⁹.

Cette obligation de constitution d'un stock est le corollaire de l'obligation qui lui est faite d'utiliser, pour l'entretien et la réparation des produits, uniquement les pièces vendues par le concédant.

Les pièces sont de deux catégories. La première catégorie recouvre les pièces d'origines appelées «captive» qui sont fabriquées et distribuées par le concédant. Il en possède par exemple le brevet si elles ont un caractère technique. La deuxième catégorie

⁴⁶⁸ P. BECQUE, *op. cit.*, note 216, p. 337.

⁴⁶⁹ *Id.*, p. 339.

visé les pièces qui proviennent de d'autres fabricants et qui sont acceptées par le concédant⁴⁷⁰.

Le concessionnaire est obligé d'acheter ces pièces. La technique du dépôt n'est pas utilisée en pratique parce que la rotation des stocks est très rapide, ce qui est plus facile pour le concessionnaire sur le plan financier⁴⁷¹.

Le concessionnaire se voit également obligé de gérer son stock. Il doit à cet effet tenir un fichier manuel lorsque son stock n'est pas trop gros ou un fichier informatisé s'il est très grand. Le concédant l'aide souvent dans sa gestion pour la mise à jour du fichier en s'occupant lui-même de l'informatique. Il s'adresse au concessionnaire pour connaître ses entrées et sorties et il lui soumet des propositions de commande.

En plus de la gestion des stocks, le concessionnaire a l'obligation de veiller à leur conservation et à leur redistribution.

2- Les obligations originales

a) L'obligation d'assurer le service après-vente

Le contrat-cadre de concession prévoit que le concessionnaire doit assumer une obligation d'assistance après la vente auprès de ses clients et de ceux qui sont de « passage » parce qu'ils ont acheté leurs produits de d'autres concessionnaires membres du réseau commercial.

Cette assistance se réalise selon les normes du concédant qui sont prévues dans le contrat-cadre. Elle consiste à veiller à l'entretien, à la réparation ou au remplacement des marchandises vendues. L'assistance revêt deux formes en général : une forme gratuite, la garantie conventionnelle, qui est limitée quant à l'objet et la durée; une forme onéreuse, le service après-vente, *au sens strict*, qui n'est pas limitée quant à la durée et quant à l'objet et qui recouvre toutes les prestations possibles d'assistance sur les marchandises vendues⁴⁷².

470 Pièces captives dans le domaine de l'automobile : carrosserie, ailes, pare-chocs
Pièces adaptables dans le domaine automobile : filtres à l'huile, air, ampoules

471 P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 341.

472 *Id.*, p. 344.

Le service rendu comme garantie conventionnelle est une obligation imposée par le concédant à ses concessionnaires dans le but de reporter sur eux son obligation légale qu'il doit assumer envers les clients (sous-acquéreurs) de ceux-ci⁴⁷³ telle qu'elle est dégagée par la jurisprudence. Il consacre donc contractuellement cette garantie qu'il fait entériner par ses concessionnaires⁴⁷⁴.

Cette obligation qui pèse sur chaque concessionnaire du réseau est indiquée soit dans le «bon de garantie» que doit remplir le consommateur ou soit dans le contrat-cadre de concession. Elle s'étend non seulement à ses clients mais aussi aux clients des autres membres du réseau.

Cette garantie horizontale — concessionnaire pour un client d'un autre concessionnaire — s'explique difficilement puisque chaque concessionnaire n'a qu'un lien de droit avec le concédant et non avec les autres concessionnaires. La seule explication possible réside dans le fait que les concessionnaires ne garantissent pas les *vices* des marchandises vendues par leurs collègues mais assument l'obligation conventionnelle du concédant consentie à tous les consommateurs sous-acquéreurs au moment de la commande. L'obligation conventionnelle de garantie des concessionnaires constitue donc l'exécution de l'obligation conventionnelle du concédant. Ajoutons que les concessionnaires restent toujours soumis à leur obligation légale⁴⁷⁵. La nature juridique du mécanisme qui prévoit que l'obligation conventionnelle de garantie est assumée par tous les membres du réseau a fait l'objet d'un examen. Deux explications ont été proposées : le mandat et la délégation de paiement⁴⁷⁶.

La théorie du mandat d'intérêt commun a été avancée en droit français pour expliquer les réparations des marchandises qui appartiennent aux clients des autres membres du réseau⁴⁷⁷. Un mandat unirait donc le concédant à ses concessionnaires pendant toute la durée du contrat de concession. Cette théorie a été rejetée⁴⁷⁸ car le

473 Voir *supra*, p. 161 et suiv. où l'obligation légale du concédant a été appliquée par la jurisprudence française et québécoise aux clients du concessionnaire.

474 P. BECQUE, *op. cit.*, note 216, p. 345.

475 *Supra*, p. 161 et suiv.

476 P. BECQUE, *op. cit.*, note 216, p. 346.

477 Paris 12 nov. 1962, *D.* 1963, sanc. 25.

478 P. BECQUE, *op. cit.*, note 216, p. 347.

concessionnaire en accomplissant la réparation éteint une obligation préexistante de garantie, il n'en crée pas une nouvelle. En réparant la marchandise, il paie la dette du concédant et se trouve délié de son obligation face au client-crédancier, il ne crée pas un lien de droit nouveau entre ce client et le concédant.

C'est la délégation de paiement qui explique donc ce mécanisme. En vertu du *Code civil français* et du *Code civil du Bas Canada*⁴⁷⁹, toute personne peut acquitter une obligation à titre de coobligé ou de caution. Ces qualités de payeur sont données à titre d'exemple. Lorsque le concessionnaire paie la dette du concédant, il le fait *aux lieux et place* de ce dernier. D'où la délégation de paiement.

Le mécanisme de la délégation implique trois parties : le délégant, le délégataire et le délégué. Le premier demande au deuxième d'accepter comme débiteur le troisième qui s'engage envers lui. La délégation implique des rapports préexistants. Le délégataire est ici le client créancier de la garantie donnée par le concédant -- délégant qui est créancier du concessionnaire. Cette délégation est imparfaite car le concédant demeure tenu de respecter son obligation de garantie contractuelle même s'il désigne un second débiteur. Le client délégataire peut le poursuivre en premier et pour le tout. Il demeure tenu à l'exécution de l'obligation tant que le délégué -- concessionnaire ne s'est pas exécuté.

L'obligation d'assurer le service après-vente proprement dit a tout client du réseau est parallèle à son obligation de garantie contractuelle. La fiabilité de ce service sert à fidéliser la clientèle à une marque tout comme la garantie contractuelle. Ce service justifie à lui seul l'existence de réseaux de concessionnaires exclusifs par rapport aux autres revendeurs qui ne peuvent assurer le « suivi » sur les marchandises qu'ils vendent. Il a pour effet de ramener les clients.

Le concédant prévoit les obligations de service après-vente généralement dans une annexe au contrat-cadre⁴⁸⁰. Les concessionnaires ont l'obligation d'effectuer les prestations relatives à la pose, à la mise en vente et à la maintenance des marchandises vendues selon les conditions fixées par le concédant. Ils s'obligent également à faire les réparations et à voir à l'entretien selon les conditions de qualité, de prix et de rapidité. A cet

479 1173 C.c.B.C. et 1275 C.c.fr.

480 P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 349.

effet, le concédant lui impose des méthodes, des tarifs ou des outils et accessoires prévus à cet effet

Les concessionnaires s'obligent aussi à voir à l'embauche d'un personnel compétent pour qu'il puisse rendre un service après-vente adéquat. Enfin, les concessionnaires s'obligent à assurer un service après-vente non seulement à leurs clients mais aussi à tous ceux des membres du réseau de concession

b) Les obligations d'organisation commerciale

Les obligations d'organisation commerciale du concessionnaire consistent à avoir un personnel compétent pour la vente et le service après-vente, à organiser, dans certains cas, un réseau d'agents et à suivre les normes commerciales du concédant.

i) Un personnel qualifié

Le concessionnaire doit être entouré d'un *personnel commercial qualifié* dont la formation et les connaissances techniques lui permettent de conseiller les clients de façon objective.

Il arrive également que le concédant exige du concessionnaire qui vend des produits de haute ou moyenne gamme d'être entouré d'un *personnel d'atelier qualifié* pour voir à la mise en service, à l'essai, au réglage et à la vérification du fonctionnement des marchandises et pour assurer la garantie et le service après-vente⁴⁸¹.

Le personnel commercial ou d'atelier doit suivre dans l'exécution de son travail les méthodes du concédant. À cet effet, le concédant est obligé de leur faire suivre des stages de formation, de perfectionnement ou de recyclage donnés par le concédant et à ses frais.

ii) L'organisation d'un réseau secondaire

Le concessionnaire doit dans certains cas organiser un réseau secondaire de vente lorsque sa zone d'activité est trop grande pour ses moyens. Ceci se produit généralement dans le secteur de l'automobile. Les contrats sont la plupart du temps établis par le

481 *Id.*, p. 353

concédaat et dans certains cas par le concessionnaire avec l'accord du concédant. Les agents sont payés par commission dont le montant et les modalités sont déterminés par le contrat⁴⁸².

m. Le respect des normes et directives du concédant

Le contrat de concession ne contenait pas, à l'origine, d'obligations relatives aux normes et directives à suivre. C'est avec l'évolution de ce contrat que sont apparues de telles normes⁴⁸³. Elles ne forment toutefois pas une « bible » ou un « package deal » comme c'est le cas pour le contrat de franchise où elles touchent à toutes les activités du point de vente⁴⁸⁴.

Dans le contrat de concession, elles sont plus circonscrites. Elles concernent certaines activités telles que la gestion générale, les aménagements et les investissements.

- La gestion générale

Les méthodes de gestion générale comprennent des méthodes commerciales et comptables que le concessionnaire doit appliquer. Il doit également donner au concédant des informations sur sa gestion sur les plans comptable, commercial et économique.

. L'application des méthodes commerciales

Le concessionnaire doit suivre les méthodes de vente et de service à la clientèle du concédant. Il est obligé à cet effet de faire former son personnel chez le concédant.

Il s'engage également à promouvoir l'image de la marque pour qu'elle soit associée à la qualité et à un bon service après-vente. Il doit aussi tenir un fichier de sa clientèle conforme aux normes du concédant pour pouvoir la relancer afin de lui offrir les nouveaux produits. Il doit utiliser les documents élaborés par le concédant pour les commandes et posséder la documentation technique conçue par le concédant. Il doit également utiliser les techniques d'information fournies par le concédant pour améliorer ses ventes⁴⁸⁴.

482 *Id.*, p. 354.

483 P. BESSIS, *op. cit.*, note 439, p. 31.

484 P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 357.

. Les méthodes comptables

Le concessionnaire est obligé de tenir une comptabilité selon les principes comptables reconnus et de respecter, s'il y a lieu, les directives supplémentaires du concédant sur le sujet. Ces exigences du concédant ont pour but de l'aider à vérifier certains postes précis comme les stocks, les frais de personnel ou les frais financiers. Le concessionnaire qui ne respecte pas ces directives peut se faire exclure du réseau⁴⁸⁵.

. L'obligation d'information

Le concessionnaire a l'obligation de fournir périodiquement des informations commerciales, comptables et économiques sur la bonne marche de son entreprise. À cet effet, il peut fournir au concédant des documents comptables relatifs aux charges fiscales et locatives de son entreprise. Il doit également rendre compte au concédant de l'état de ses ventes en lui faisant parvenir le double des factures. Il doit aussi lui fournir le résultat de ses études de marché et de sa publicité. Il s'oblige souvent à donner au concédant des informations sur les désirs de ses clients ou à fournir des statistiques.

Ces informations prises sur le terrain et données au concédant constituent un phénomène de «feed back» qui était au départ une obligation caractéristique du contrat de franchise mais qui est devenue par la suite une obligation du contrat de concession classique.

Le concédant analyse et compare les informations qui lui sont transmises. C'est grâce à celles-ci qu'il crée de nouveaux produits et de nouvelles techniques de vente pour améliorer de son réseau.

- Les méthodes d'aménagement et d'investissement

Le concessionnaire a l'obligation de suivre les normes graphiques du concédant quant à l'utilisation de la marque et de l'enseigne. La forme et la couleur de ces signes de ralliement de la clientèle revêtent une importance capitale car elles attirent l'attention du consommateur qui aura l'idée d'acheter les produits du réseau⁴⁸⁶.

485 *Id.*, p. 358 et suiv.

486 *Id.*, p. 362 et suiv.

Dans la majorité des cas, le concédant fournit au concessionnaire les panneaux et les enseignes sans demander en retour une contrepartie financière. Le contrat peut alors s'analyser comme un dépôt ou un commodat⁴⁸⁷. Lorsqu'il y a contrepartie, il peut s'agir d'un contrat de location ou de vente.

Le concessionnaire doit aussi respecter des plans et faire des investissements selon les directives du concédant. Contrairement au contrat de franchise, le contrat de concession ne prévoit pas un aménagement identique pour chacun des locaux des membres du réseau. Il prévoit plutôt des dispositions qui vont avoir pour effet de faire sentir aux clients qu'ils se trouvent dans un point de vente membre d'un réseau. Par exemple, les concessionnaires peuvent vendre une collection identique de marchandises, avoir la même décoration pour leurs vitrines, une même tenue vestimentaire, etc..

Les concessionnaires, aux fins de l'aménagement de leur local, peuvent choisir leur propre architecte qui devra suivre les directives du concédant, les fournisseurs de matériaux doivent également être approuvés par le concédant. Enfin, le concessionnaire ne peut donner une allure excentrique à son local. Celui-ci doit être moderne et sobre.

Le concessionnaire est également obligé de respecter les directives du concédant quant à la construction de ses ateliers de réparation et de ses aires de stockage. Les aires doivent être adaptées aux produits à vendre et les ateliers doivent être suffisamment grands pour contenir les outils et le matériel exigés par le concédant.

iii) L'obligation de se laisser contrôler

Le concessionnaire a l'obligation de laisser le concédant exercer un contrôle technique sur ses installations et ses services. Ce contrôle est en général fait par une équipe d'inspecteurs travaillant à la solde du concédant. Le contrôle du concédant peut s'étendre aussi sur le fichier «clients» et sur la comptabilité du concessionnaire. Si le contrôle est trop grand, le concessionnaire pourra être perçu comme un salarié par les tribunaux⁴⁸⁸.

487 Voir *supra*, p. 171.

488 P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 216, p. 368.

c) L'obligation de faire de la publicité

Le concessionnaire doit en général assurer une publicité qui rencontre les directives du concédant. Dans certains cas, il peut avoir la liberté de faire la publicité qu'il veut⁴⁸⁹.

Selon son secteur de vente, le concessionnaire doit participer aux foires ou aux expositions. Dans d'autres cas, il devra participer aux campagnes de promotion.

L'action publicitaire du concessionnaire est toujours contrôlée par le concédant. Toute initiative du revendeur est contrôlée par le concédant. L'agence de publicité peut même être imposée par ce dernier si elle a un impact régional⁴⁹⁰.

Les dépenses de publicité locale sont assumées généralement par le concessionnaire. Quant à la publicité régionale, les frais peuvent en être répartis entre le concédant et le concessionnaire.

d) Les obligations financières

Dans la concession commerciale traditionnelle, il n'y a pas de droit d'entrée ou de redevance. Nous retrouvons ces obligations en matière de contrat de franchise.

- L'obligation d'être loyal envers le concédant

L'obligation de loyauté du concessionnaire implique qu'il ne doit pas tenir des propos malveillants envers ses produits ou ses services car ils auront pour effet de discréditer automatiquement le concédant. S'il pose de tels gestes, il peut être poursuivi par le concédant pour concurrence déloyale. Cette obligation est de l'essence de ce contrat. Elle n'a pas besoin d'être écrite⁴⁹¹.

489 En matière de publicité locale complémentaire.

490 P. BECQUE, *op. cit.*, note 216, p. 370.

491 *Id.*, p. 378.

§ 2- Le contrat de franchise

Le contrat de franchise constitue la forme la plus évoluée du contrat de concession commerciale *stricto sensu*. Certains auteurs y ont vu toutefois une spécificité : il s'applique dans le secteur des services seulement. Nous avons déjà traité de cette question antérieurement⁴⁹² et avons rejeté cette affirmation. Le contrat de franchise s'applique autant à la distribution de produits qu'à la prestation de services. C'est toutefois dans ce dernier domaine qu'il a connu une très grande application.

Ce contrat a donc des points en commun avec la concession commerciale. Ces points communs sont : l'exclusivité, l'octroi d'un droit d'usage de la marque et de l'enseigne, et une collection de produits qui peut être assortie de services accessoires. Les éléments spécifiques à la franchise sont : l'octroi d'une licence de savoir-faire principale et une assistance technique et commerciale permanente. Ce sont ces éléments spécifiques que nous étudierons dans les paragraphes suivants, l'étude des points communs ayant déjà été faite lors de l'élaboration du contenu du contrat de concession⁴⁹³. Nous étudierons donc les obligations du franchisé (A) et les obligations du franchiseur (B).

A) Les obligations du franchiseur

Le franchiseur a des obligations initiales qui s'exécutent avant l'ouverture effective du commerce franchisé. Pendant la durée du contrat, il doit assumer une obligation d'assistance technique.

1- Les obligations initiales

Les obligations initiales du franchiseur portent sur les licences de marque et de savoir-faire qu'il doit accorder au franchisé et sur les diverses prestations d'ingénierie qu'il a à effectuer.

492 *Supra*, p. 16

493 *Supra*, p. 149 et suiv.

a) L'obligation de concéder une licence de marque et d'enseigne

Lors de notre étude du contrat de concession, nous avons traité de la licence de marque. L'emploi de cette expression ne nous apparaissait pas justifié puisque le concessionnaire n'appose pas la marque sur les produits concédés. Il ne fait que revendre des produits marqués par le concédant. Donc il est plus exact de parler de droit d'usage que de licence comme le fait la doctrine en général.

La même remarque s'applique à la franchise de produits puisque le franchisé revend des produits déjà marqués. Toutefois, l'expression «licence» est employée à bon escient dans la franchise de services et la franchise industrielle ou de production puisque le franchisé reproduit, dans le premier cas, des services et, dans le deuxième cas, des produits. Il peut donc y apposer la marque.

Le franchiseur a l'obligation de concéder une licence de marque au franchisé. Il s'engage en général à soutenir la notoriété de sa marque au moyen de campagnes publicitaires nationales ou internationales. La marque concédée peut être sous forme d'initiales, de sigles ou d'emblèmes⁴⁹⁴.

L'usage de la marque est réservé à la vente des produits visés par la franchise et non aux autres produits qui n'appartiennent pas au franchiseur et qu'il peut vendre. Lorsqu'il s'agit d'une franchise de services, l'usage est limité aux services prévus dans le contrat et non aux autres activités qu'il peut exercer en parallèle.

Le contrat de franchise doit être enregistré au Registre national des marques en droit français puisqu'il contient une licence de marques⁴⁹⁵. Si cette procédure n'est pas respectée, la licence ne peut être opposable aux tiers⁴⁹⁶.

Le franchisé, par la licence de marque, n'obtient pas la faculté d'utiliser ou non la marque selon son bon vouloir. Il se voit imposer l'obligation de l'utiliser pour démontrer

494 En droit français selon la *Loi n° 91-7 du 4 janvier 1991*, la marque peut être aussi «la forme caractéristique du produit ou son conditionnement». Par conséquent, elle sert de contenant. La forme du bâtiment constitue la marque de service, bien immatériel, puisque c'est dans celui-ci qu'il est rendu.

495 *Loi n° 91-7 du 4 janvier 1991*, art. 29.

496 D. LAMETHE, «L'opposabilité aux tiers d'un franchisage», *Gaz. Pal.* 1977, II, 531.

aux yeux du public son appartenance au réseau de franchise. En vertu du contrat de licence, il doit l'utiliser sur le territoire exclusif qui lui est réservé.

Le franchiseur concède également au franchise une licence d'enseigne qui constitue en fait son nom commercial qui sera apposé sur l'immeuble du franchise. En général, dans le contrat de franchise, la marque et l'enseigne sont identiques.

Le contrat de franchise est ici différent du contrat de concession *stricto sensu* puisque, dans ce dernier contrat, le concédant ne concède pas l'usage de son enseigne. Le concessionnaire appose la sienne en mentionnant qu'il est concessionnaire de tel concédant, aux yeux de ses clients, le concessionnaire possède une entreprise indépendante du concédant et n'en est pas une succursale. Dans le contrat de franchise, c'est le contraire qui se produit, le franchise perd son indépendance aux yeux de ses clients. Il leur paraît comme un salarié ou un locataire-gérant du fonds de commerce du franchiseur⁴⁹⁷.

b) L'obligation d'octroyer une licence de savoir-faire

Dans le contrat de franchise, la licence ou communication de savoir-faire constitue l'objet principal du contrat contrairement à la concession commerciale *stricto sensu*. L'obligation de transmission du savoir-faire dans la concession est secondaire et le savoir-faire transmis peu important par rapport au contrat de franchise. Dans la concession, le concédant cherche avant tout à écouler sa production alors que dans la franchise, le franchiseur veut d'abord communiquer son savoir-faire.

L'étude de l'obligation de transmission du savoir-faire nous amène à examiner d'abord de la notion de savoir-faire pour établir ensuite comment elle est utilisée dans le domaine de la franchise.

i) La notion de savoir-faire

L'expression «savoir-faire» est une traduction de l'expression anglaise «know how» (expression abrégée de «know how to do it») d'origine américaine. Le savoir-faire

497 P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 33, 18

est une notion assez récente en droit même si dans les faits la chose est ancienne⁴⁹⁸. Il est commercial ou technique

Que veulent dire les termes «savoir-faire»? Le professeur J.-M. Mousseron⁴⁹⁹, en droit français, et le professeur Pichette⁵⁰⁰, en droit québécois, ont fait une étude magistrale sur la question.

Le savoir-faire possède cinq caractéristiques reconnues par ces professeurs et aussi par la jurisprudence. On les retrouve dans la définition donnée généralement du savoir-faire :

«C'est une connaissance technique et secrète, transmissible et non brevetée.»⁵⁰¹

La connaissance du franchiseur est une création de l'esprit, valeur incorporelle qui peut être rattachée à un support matériel comme une fiche technique, un plan ou un livre d'instruction. On ne doit pas toutefois confondre le droit de propriété «corporelle» sur le support d'avec le droit de propriété «incorporelle» sur le savoir-faire, bien mobilier incorporel.

Cette connaissance doit avoir un caractère technique au sens large c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir s'appliquer. Son domaine est vaste. Il comprend les procédés de fabrication ou ayant une application industrielle; les méthodes commerciales portant sur l'organisation et la gestion des entreprises, sur les campagnes de publicité, sur le recrutement du personnel ou sur toute branche d'activité de l'entreprise qu'elle soit publique ou privée, commerciale ou civile.

Les connaissances techniques confèrent un avantage économique à celui qui les détient. Aussi, elles se doivent d'être transmissibles à un individu ou à une entreprise. Pour être communicable, la connaissance ne doit pas provenir de l'expérience propre d'une seule personne qui ferait qu'elle ne pourrait s'en détacher. Il faut qu'elle puisse s'en

498 *Ibid*

499 J.-M. MOUSSERON, «Problèmes juridiques du know-how», (1972) 1 *Cahiers de droit de l'entreprise* 1

500 Serge PICHETTE, «Contribution à la définition du know-how», (1975-76) 78 *R. du B.* 525.

501 P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 33, p. 18.

extraire pour se cristalliser dans un support matériel qui se veut l'objet de la transmission du savoir-faire. En un mot, la connaissance doit être conceptualisée.

Le savoir-faire se transmet donc par l'enseignement contrairement à l'expérience qui s'acquiert uniquement par la pratique. Le détenteur du savoir-faire a pour fonction de faire savoir car le savoir-faire n'est pas «une recherche de 'savoir quoi faire' et du 'savoir comment faire'»⁵⁰².

Le savoir-faire doit être secret. Cela implique-t-il qu'il ne puisse pas être révélé à des tiers? La réponse est négative car l'exclusivité n'entre pas dans la définition du secret. Le secret peut être partagé entre des initiés sans qu'il constitue un fait notoire⁵⁰³. Il est bien évident que sa valeur puisse en être affectée s'il y a des fuites sur son contenu. Le savoir-faire continue alors d'exister mais il est de qualité inférieure à cause des règles de la concurrence.

Si tous les éléments du savoir-faire sont connus par les professionnels d'un secteur donné, il n'y a pas de savoir-faire. Toutefois, lorsque les éléments qui le composent sont connus mais pas leur combinaison, le savoir-faire existe puisqu'il peut apporter une plus-value opérationnelle à son bénéficiaire. L'existence du savoir-faire s'apprécie donc par rapport à la relation entre le titulaire du savoir-faire et son bénéficiaire. De cette analyse, on doit conclure qu'il procure un avantage concurrentiel.

Le savoir-faire technique peut être brevetable s'il porte sur la production de biens ou de résultats techniques en droit français selon la loi 68-1 du 2 janvier 1968. Le titulaire ne doit toutefois pas le breveter s'il veut demeurer dans le régime du savoir-faire et ne pas rendre public ses inventions de procédés comme il doit le faire en matière de brevet. Dans ce cas-là, il pourrait courir le risque de contrefaçon de ses inventions.

Le savoir-faire, technique non brevetée ne peut bénéficier d'un régime de protection semblable aux brevets ou à celui des droits d'auteurs parce qu'il s'agit d'une *connaissance* donc d'une *idée* élaborée et ordonnée. On sait qu'une idée pure et simple ne bénéficie d'aucune protection⁵⁰⁴ puisqu'elle est de libre parcours.

502 *Ibid.*

503 Cass. Com. 13 juillet 1966, *JCP* 1967, éd. C I II 81684 (note P. Durand)

504 *Ganzo c. S I M C A.*, Cass. Civ. 1^{re}, 21 mai 1963, *JCP* 1963, II 13254bis, *Société «Union Horlogerie Franco-Suisse» c. Source Perrier et autres*, Cass. Com., 16 juin 1964, *JCP* 1965 II

Comme il n'y a pas de protection particulière pour le savoir-faire, il nous faut nous demander si le caractère secret du savoir-faire peut être susceptible de sanction lorsqu'il est violé. Le secret est une connaissance qui ne doit pas être dévoilée par son détenteur. S'il le fait, il peut, en droit français, être incriminé sous l'article 418 du Code pénal relatif à la divulgation ou à la tentative de divulgation par certaines personnes déléguées dans l'article et travaillant pour une entreprise.

Dans certains cas, en matière de contrats de travail, l'employé doit respecter une clause de non concurrence. S'il y contrevient, il commet un acte de concurrence déloyale.

Dans le contrat de franchise, la conservation du secret est une obligation implicite au contrat puisque le savoir-faire est l'objet principal du contrat. La responsabilité contractuelle s'appliquera au franchisé même en l'absence de clause contractuelle prévoyant une obligation de confidentialité de sa part.

La responsabilité délictuelle d'un franchisé potentiel peut être engagée s'il communique le savoir-faire qu'on lui a transmis au moment des négociations du contrat de franchise sans que celui-ci soit signé par la suite. Le franchisé potentiel commet une faute car il se trouve à être un « confident nécessaire du secret »⁵⁰⁵ et comme tel, il doit le conserver.

ii) Le savoir-faire et le contrat de franchise

Le franchiseur communique au franchisé son savoir-faire dans le contrat de franchise. Pour ce faire il doit avoir conceptualisé une idée. En général, il le fait au moyen d'une installation pilote qui lui sert de champ d'étude, de mise au point et de perfectionnement de son idée. L'installation permet de constater les effets réels de l'exploitation du futur réseau de franchise. En France, le Bureau de Vérification de la Publicité considère que les expériences pilotes sont une condition *sine qua non* du franchisage.

14059; *Société nationale de télévision en couleur Antenne 2 c. Société anonyme Télé Union Production*, Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 1981, *Bull. civ.* 1981. I., n° 273; *Mme Caprile c. M. Piatat*, Cass. Civ., 17 mars 1982, *Bull. civ.* 1982 n° 115.

505 P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 33, 20.

Il peut arriver que le franchiseur, au lieu de créer des installations pilotes, lance une série de succursales pour développer son idée. Enfin, dans certains cas, il l'aura fait développer par un consultant.

La mise au point de l'idée du franchiseur lui procure un *système* qui est constitué par un ensemble de techniques commerciales basées sur un savoir-faire et qui est représenté par une marque de commerce ou une enseigne commerciale. Le système peut porter sur deux grands types d'activités : la distribution de produits ou la prestation de services. Il comprend toute les opératives relatives à l'accomplissement d'une activité. Pour la distribution de produits, qu'elle porte sur des vêtements ou sur la quincaillerie, l'activité consiste à vendre une *collection* de produits qui est un assortiment optimal de produits dont le montage est le fruit du savoir-faire du franchiseur. Quant l'activité en est une de service, le savoir-faire peut avoir plusieurs facettes : recettes de cuisine, fiches de renseignements, techniques d'entrevues, etc...⁵⁰⁶

Dans les deux grands types d'activité, le système franchisé comprend les opérations concernant la création et le lancement de la place d'affaires. Il porte également sur la gestion au sens large puisqu'il prévoit en détails le fonctionnement de la place d'affaires.

Le franchiseur transmet son savoir-faire de vive voix ou par écrit à l'aide de manuels ou de stages de formation. Cette transmission est essentielle pour le franchisé car elle lui permet de se lancer en affaires dans un domaine où il n'a aucune expérience. Le franchisé pourra réitérer la réussite initiale du franchiseur sans que celui-ci ait besoin d'investir son capital.

Le savoir-faire doit être réel lors de la formation du contrat de franchise. La Fédération française de franchisage mentionne à ce sujet dans sa définition qu'il doit être original et spécifique et également éprouvé. Son originalité s'apprécie *in concreto* par l'examen des rapports franchiseur-franchisé. Les connaissances initiales du franchisé sont donc prises en compte avant la communication du savoir-faire pour en apprécier l'originalité. Le contrat de franchise étant un contrat d'enseignement, l'intérêt de l'enseignement s'évalue par référence à l'enseigne-franchisée.

⁵⁰⁶ J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, p. 257.

La spécificité du savoir-faire s'apprécie de façon globale. Pour comprendre cette globalité, il faut disséquer chaque système franchisé pour y découvrir les éléments qui le composent. La spécificité du système repose sur l'ordre opérationnel de ses éléments qui a pour but de faire réaliser l'objet de la franchise dans des conditions favorables.

Le savoir-faire doit être éprouvé c'est-à-dire qu'il ne peut être une conception théorique. Il doit donc avoir été expérimenté au préalable dans un établissement pilote par exemple.

La communication du savoir-faire est importante dans le contrat de franchise mais elle n'est pas l'objet principal du contrat, comme dans le transfert de maîtrise industrielle, puisqu'elle est accompagnée d'un ensemble de prestations. Le savoir-faire est plus marqué dans le contrat de franchise que dans la concession *stricto sensu*. Dû à cette présence plus grande du savoir-faire, et de l'assistance technique qui le continue, on constate que la collaboration, la confiance et l'*intuitu personae* sont plus marqués dans ce contrat. C'est pourquoi, il ne peut être cédé sous quelque forme que ce soit.

c) L'obligation de fournir une prestation d'ingénierie

L'ingénierie se définit comme

«une activité de conception, d'étude et de coordination d'activités diverses pour la réalisation ou la mise en service d'un établissement commercial ou industriel.»⁵⁰⁷

L'ingénierie a pour objet de transformer et de réaliser des idées. C'est un travail intellectuel qui veut maximiser les investissements. Deux types de critères entrent en jeu pour cette maximisation. En premier lieu des critères économiques touchant aux choix de l'investissement et aux processus techniques concernant la réalisation et la gestion.

En deuxième lieu, entrent en jeu des critères qualitatifs comme la protection de l'environnement, l'écologie, la sécurité, etc...

⁵⁰⁷ P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 33, 21.

L'ingénierie se conçoit sous deux formes. La première forme est purement intellectuelle. Elle vise la création et la conception. La deuxième forme vise l'exécution et la réalisation comme la construction d'immeubles. Elle est donc plus «manuelle» que la première mais pas complètement puisque l'ingénierie nécessite toujours une phase intellectuelle sinon il n'y a pas de contrat d'ingénierie⁵⁰⁸.

Dans le contrat de franchise, la prestation d'ingénierie peut tenir de l'une ou l'autre des deux formes. En principe, le franchiseur en utilisera une seule. Ses tâches peuvent consister, en ce qui a trait aux recherches préliminaires, à faire des études économiques de mise en marché, à voir au financement de l'entreprise, à rechercher la main-d'œuvre disponible et à voir à l'infrastructure (trouver le site, achat du local, conséquences écologiques, etc...).

Le franchiseur peut également accepter de superviser les travaux de construction, ou s'en charger lui-même pour livrer l'installation «clés en mains»⁵⁰⁹.

2- Les obligations pendant la vie contractuelle

L'assistance technique constitue le complément du savoir-faire. C'est elle qui le prolonge dans le temps⁵¹⁰. Le franchisé y aura droit pendant la durée du contrat c'est-à-dire avant l'ouverture du point de vente, lors de l'ouverture et après celle-ci.

a) L'obligation d'assistance technique avant l'ouverture du point de vente

Avant l'ouverture l'assistance technique sera axée sur la formation du franchisé et de son personnel. Cette formation vise toutes les techniques originales du réseau touchant, par exemple, la formation du personnel de vente ou du personnel administratif.

L'assistance portera également sur l'aménagement des locaux, la façon de monter le premier stock et d'utiliser le matériel de gestion.

508 *Id.*, 22.

509 Il peut confier l'exécution des travaux à des sous-traitants.

510 L'assistance technique est plus importante dans le contrat de franchise que dans le contrat de concession *stricto sensu* ce qui accentue le trait *intuitu personae* du contrat.

A l'ouverture de l'établissement, le franchiseur peut conseiller le franchisé débutant dans le domaine de la vente si le contrat le prévoit. Certains contrats prévoient même la présence du franchiseur pendant les premiers jours du lancement⁵¹¹.

- b) L'obligation d'assistance technique après l'ouverture du point de vente (assistance permanente)

Après l'ouverture, l'assistance technique devient permanente pour aider le franchisé à appliquer le savoir-faire du franchiseur qui évolue tout au long du contrat. Le franchiseur mettra le franchisé au courant de toutes les modifications relatives aux aménagements des boutiques, aux stocks disponibles pendant la période des ventes et aux modes de gestion. Il lui donnera également des conseils fiscaux, juridiques et financiers lorsque ce dernier le lui demandera ou encore lorsque le franchiseur effectuera des visites chez le franchisé par le biais de ses inspecteurs.

Le franchiseur assumera le recyclage du personnel et sa formation permanente. Il assumera également l'organisation de la publicité nationale et internationale dont le coût sera partagé entre les franchisés et le franchiseur. La publicité locale sera l'affaire du franchisé qui pourra toutefois bénéficier de l'aide du franchiseur afin que sa publicité respecte son image de marque. Le franchiseur pourra lui transmettre à cette fin des films et documents divers. Le contrat obligera la plupart du temps le franchisé à soumettre au préalable ses projets publicitaires au franchiseur pour qu'ils soient conformes à la publicité nationale de ce dernier.

Il arrive, dans certains cas très exceptionnels, que l'assistance technique soit renforcée. Elle est dénommée ainsi parce que le franchiseur se substitue au franchisé pour la gestion de sa boutique suite à une maladie ou à une absence de ce dernier. Le dépannage ne peut faire qu'un temps sinon le contrat de franchise peut être qualifié de contrat de travail. Le franchisé doit donc rester maître de sa gestion.

511 P. BESSIS, *op. cit.*, note 1, p. 37.

B) Les obligations du franchisé :

Le franchisé doit respecter trois obligations essentielles : l'obligation d'investir, l'obligation d'exploiter et l'obligation de payer un prix.

1- L'obligation d'investir

Le franchisé doit investir de son argent pour le démarrage de l'établissement franchisé. Le franchiseur se trouve à être avantagé par cette obligation puisqu'il n'a pas à utiliser son capital. C'est lui qui décide le montant que le franchisé doit déboursier et comment il sera investi.

Une fois l'investissement réalisé, le franchisé doit exploiter (obligation d'exploitation) son établissement. Cette exploitation n'est pas libre car il doit suivre les règles que lui impose son franchiseur à cet effet. Elles ont trait au respect des normes d'exploitation et au respect de l'exclusivité.

a) le respect des normes

Le système créé par le franchiseur a été minutieusement élaboré et expérimenté par lui. Grâce à la publicité, il a réussi à lui donner une «image de marque». C'est celle-ci que les consommateurs recherchent car elle est synonyme d'une certaine manière de vendre des marchandises ou de fournir une prestation de services. En voyant la marque, ils s'attendent à retrouver *exactement* les mêmes produits ou services aux mêmes prix⁵¹².

Le franchiseur veille donc à ce que tous ses établissements franchisés répondent à cette image de marque. Il impose des normes aux franchisés pour que son réseau soit homogène. Ces normes touchent d'abord l'apparence extérieure de l'établissement. En général, ceux-ci ont sur tout le territoire couvert par le réseau une même allure physique pour qu'ils puissent être reconnus au premier coup d'oeil par les consommateurs. Quant à l'intérieur des établissements, on constate qu'il y a un même désir d'uniformité pour tous

512

P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 33, 26. Il est à noter que depuis l'arrêté du 21 février 1991 (J.O., 1er mars 1991) relatif à l'information du consommateur dans le domaine de la franchise, tout franchisé doit indiquer sa qualité d'entreprise indépendante sur l'ensemble des documents d'information offerts aux consommateurs tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de son commerce.

les établissements du réseau. Cette identité visuelle renforce «l'image du marque» du réseau.

Les normes touchent également aux méthodes commerciales, de comptabilité, de gestion et de publicité. Elles visent également à assurer un prix maximum et une même formation du personnel

Le franchisé doit non seulement suivre ces méthodes et le savoir-faire qu'on lui a communiqué mais garder le secret sur ceux-ci. Il a donc une obligation de confidentialité pendant la durée du contrat et même après. Cette obligation est souvent mentionnée dans une clause au contrat. Toutefois, cette obligation n'a pas besoin d'être expresse puisqu'elle est de la nature du contrat

L'imposition des normes nécessite un contrôle de la part du franchiseur pour s'assurer de leur respect. Il existe plusieurs façons de veiller à celui-ci. Le franchiseur peut imposer sa présence au franchisé ou, comme cela se fait très souvent, il peut contrôler la gestion et la comptabilité du franchisé de l'extérieur, en lui demandant de faire parvenir ses livres de comptabilité et toute documentation relative à celle-ci. Cette vérification se fait périodiquement⁵¹³.

Le franchiseur peut également recourir aux services d'inspecteurs pour vérifier le bon fonctionnement de l'établissement franchisé. Ces visites peuvent être annoncées d'avance au franchisé ou se faire de façon inopinée.

Le contrôle se justifie par le fait que le franchiseur peut être tenu personnellement responsable des actes du franchisé et ce même s'ils sont juridiquement indépendants l'un de l'autre. Cette responsabilité se produit s'il connaissait ou aurait dû connaître la carence financière du franchise ou ses actes frauduleux⁵¹⁴ qui ont été dommageables pour les tiers. L'abstention fautive engagera sa responsabilité parce qu'elle aura été la cause du dommage subi par les tiers

513 *Id.*, p. 26.

514 Voir *Société Amiens Etablissements Panhard et Levassor c. Époux Carré Hoffmeister et autres*, Cass. Civ. 2e, 14 décembre 1956, *Bull. civ.* 1956, n° 694; *Société Paul Laporte et Fils c. Sofifrance*, Cass. Com., 6 novembre 1961, *D.* 1962, 186. Arrêts français rendus en matière de concession *stricto sensu* mais qui peuvent s'appliquer pour le contrat de franchise.

Le franchiseur a donc le devoir de contrôler la gestion du franchise, de lui ordonner d'arrêter ses agissements frauduleux et de rompre le contrat s'il n'obtempère pas tout en avisant, le plus rapidement possible les tiers de cette rupture au moyen de la publicité

b) le respect de l'exclusivité :

Le franchisé doit également respecter l'exclusivité⁵¹⁵ qu'il a consentie au franchiseur. Son contrat peut toutefois lui permettre d'exercer une autre activité mais elle doit être de type secondaire et complémentaire. Il s'engage également à ne pas exercer son activité à l'extérieur du territoire de vente concédé

À la fin du contrat, l'obligation d'exclusivité se transforme en une obligation de non concurrence comme le prévoit une clause au contrat à cet effet. Elle interdit au franchise pendant un laps de temps donné de s'affilier à des réseaux concurrents ou encore d'exercer par lui-même une activité identique. Si le franchise viole cette clause il encourt une responsabilité contractuelle vis-à-vis le franchiseur alors que le tiers engage sa responsabilité délictuelle face à ce dernier.

On ne peut opposer la clause de non-concurrence aux héritiers du franchisé car le contrat de franchise ne peut être transmissible à cause de son caractère *intuitu personae*⁵¹⁶.

La clause de non-concurrence est limitée dans le temps, dans l'espace ainsi que dans son objet (activités interdites). Malgré ces limites «in abstracto», sa validité est contestée en droit français.

Certains croient qu'il faudrait contrôler la validité de la clause «in concreto», en regardant si elle a été prise dans un intérêt légitime. Cet intérêt légitime du franchiseur porte sur ses droits, sur la valeur de son système et le monopole qu'il a sur celui-ci⁵¹⁷.

515 Cette exclusivité a été jugée essentielle au contrat de franchise en droit québécois. *Marché Valerium Inc. c. N A Services Inc.*, J.E. 89-609 (C.S.)

516 Il est rare de voir un contrat de franchise sans clause de non-concurrence. Si tel est le cas, le franchisé peut bénéficier de la clientèle qu'il a su attirer lorsqu'il pouvait afficher la marque du franchiseur.

517 A. ROLLAND, *op. cit.*, note 37, n° 265 et suiv. et Y. SERRA, *L'obligation de non-concurrence dans les contrats*, n° 16.

D'autres croient qu'il faut rendre nulle la clause de non-concurrence⁵¹⁸. Cette position s'explique par le fait que le droit français ne permet pas au franchisé de toucher une indemnité de clientèle à la fin du contrat car elle reste attachée à celui-ci et non à la marque. Or, le droit français, en validant la clause, permet au franchiseur d'interdire au franchisé d'exercer son activité ce qui a pour effet de lui faire perdre son fonds et sa clientèle. Il faut soit invalider la clause pour permettre au franchiseur de continuer à exercer son activité à la fin du contrat et ce sans indemnité, soit valider la clause et lui permettre de recevoir une indemnité de clientèle. Les partisans de l'invalidité de la clause admettent toutefois qu'elle est justifiée lorsque le franchiseur reprend l'exploitation du franchisé⁵¹⁹.

Néanmoins, que l'on soit pour ou contre la validité de la clause de non concurrence, il reste que le franchisé ne peut commettre certains actes de concurrence déloyale à la fin du contrat. Il ne doit pas utiliser les signes de ralliement de clientèle du franchiseur : marque, enseigne, emblème et publicité. Le contrat peut également lui interdire d'utiliser le savoir-faire qu'on lui a enseigné. Cependant, le respect de cette interdiction est difficile à vérifier.

2- L'obligation d'exploiter

Le «système» franchisé doit être exploité par le franchisé ou ses préposés. Il s'agit donc d'un contrat à exécution personnelle qui ne permet pas la substitution. Ce contrat est également incessible dû à son caractère *intuitu personae*. Il est résolu par la faillite ou la mort du franchisé.

Le contrat prévoit souvent une clause de cession de contrat en l'assujettissant à l'agrément du franchiseur. Ce dernier a donc un pouvoir discrétionnaire qui peut toutefois être sujet au contrôle judiciaire s'il y a abus de droit. Un refus injustifié pourrait entraîner la responsabilité du franchiseur.

3- L'obligation de payer un prix

Le franchisé est tenu de payer le franchiseur pour les avantages qu'il lui a concédé lors de la conclusion du contrat. Ce paiement s'appelle le droit d'entrée ou redevance initiale forfaitaire (a). Il est également tenu de payer les services que le franchiseur lui rend

518 Didier FERRIER, «La rupture du contrat de franchisage», *JCP* 1977, éd. C.I. II, 12441, n° 29.

519 *Ibid*

pendant le contrat. Ce paiement se nomme redevance ou redevance periodique proportionnelle (b).

a) le droit d'entrée

Le franchisé verse généralement un droit d'entrée dans le réseau car il bénéficie, avant l'ouverture de son établissement, de nombreux avantages comme le renom de la marque, la formation du personnel, l'exclusivité, l'assistance technique et la communication de savoir-faire. Ces avantages font économiser du temps au franchise donc de l'argent! Il réalise aussi des économies d'investissement puisqu'il crée un fonds nouveau qui sera achalandé rapidement grâce à la popularité de la marque et du «système» du franchiseur.

Le droit d'entrée peut être exigible à chaque renouvellement de contrat. Lorsque ce dernier est résolu, la redevance initiale est redonnée au franchisé⁵²⁰ pour qu'il soit remis en l'état où il était avant la passation du contrat de franchise. Il en est autrement si le contrat est résilié, le droit d'entrée n'est pas alors remis au franchisé.

Le droit d'entrée est évalué en vertu de plusieurs paramètres. Selon le professeur le Tourneau, ils sont au nombre de six :

- «- amortissements des frais engagés par le franchiseur
- nombre de franchisés [plus le nombre est élevé, plus le droit d'entrée est élevé]
- renom de la marque
- économie de temps procurée par le franchisage
- importance des services antérieurs à l'ouverture
- perspectives de rentabilité»⁵²¹

Le droit d'entrée est toujours forfaitaire. Il est parfois proportionnel lorsque le franchiseur tient compte du nombre de mètres carrés de l'établissement dans son calcul ou encore du nombre d'habitants dans le territoire concédé. Ce droit d'entrée peut aussi être indirect si le franchisé paye une caution ou encore une cotisation à un fonds de garantie.

520 Voir arrêt *M. Duval c. S.A.R.L. IFA*, Cass. Com., 12 octobre 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 309.

521 P. le TOURNEAU, *loc. cit.*, note 33, 28 et 29.

La nature juridique du droit d'entrée dépend du caractère que les parties ont voulu lui donner. Il peut d'abord être perçu comme une immobilisation en capital, puisque le franchiseur fournit divers éléments matériels pour l'exploitation de l'établissement (par exemple matériel d'exploitation et de publicité)

Le droit d'entrée peut aussi être perçu comme une rémunération pour les prestations de services (conseil, assistance) rendues au moment de l'installation de l'établissement. Il peut aussi être vu comme une contrepartie au droit d'utilisation d'éléments incorporels appartenant au franchiseur comme la marque par exemple.

Le droit d'entrée n'est pas propre au contrat de franchise. Certains contrats de concession *stricto sensu* en exigent un. On a remarqué que certains contrats de franchise n'en prévoient pas. Donc il ne faut pas voir dans le droit d'entrée un élément distinctif⁵²² du contrat de franchise.

b) la redevance

Le franchisé doit payer une redevance périodique pendant toute la durée du contrat. Celle-ci n'est jamais forfaitaire mais proportionnelle au chiffre d'affaires du franchisé hors taxe. Chaque réseau a un taux de redevance qui varie entre 0,5% et 20%. Ce taux est parfois dégressif pour favoriser le développement des ventes.

Certains contrats prévoient une redevance pour l'utilisation de la marque et une autre pour l'assistance technique. D'autres prévoient un minimum annuel de redevances.

La redevance permet au franchiseur de perfectionner son savoir-faire. Le fait de la reinvestir fait croître le réseau. Elle lui permettra également de financer l'ouverture et l'exploitation d'établissements qui lui sont propres. Il peut arriver aussi que le franchiseur ne renouvelle pas le contrat de franchise et continue à exploiter lui-même l'établissement.

L'élaboration du contenu obligationnel des contrats de distribution intégrée nous permet de conclure qu'il existe de nombreux points communs à tous ces contrats. En effet, ils mettent en présence des parties juridiquement indépendantes qui n'ont pas la même force

⁵²² *Id.*, p. 29, *contra* J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 3, p. 289 et P. BECQUÉ, *op. cit.*, note 212, n. 644, p. 375.

économique. Le fournisseur possède le pouvoir économique ce qui lui permet d'assujettir ses distributeurs. Pour cette raison, ils sont qualifiés de contrats d'adhésion. Les distributeurs n'ont pas, en général, l'opportunité de négocier les clauses du contrat. Ils sont obligés de les accepter comme telles.

La fourniture d'un savoir-faire par le fournisseur constitue également un autre point commun. On le retrouve à des degrés divers dans ceux-ci. Il est beaucoup moins marqué dans l'agrégation et la distribution sélective que dans le contrat de concession et de franchise. Cette situation s'explique par le fait que, dans ce dernier contrat, il constitue l'élément essentiel alors que dans les autres contrats étudiés, il n'en est qu'un accessoire. Dans la franchise, le franchiseur transmet au franchisé un concept commercial qui lui permettra de se paître en affaires.

La «licence de marque» apparaît également dans tous les contrats. On ne peut juridiquement parler de licence de marque puisque les distributeurs n'apposent pas la marque sur les produits, ils se contentent de les revendre. Il n'y a donc pas une véritable licence de marque dans les contrats de distribution intégrée qui portent uniquement sur la revente des produits. Il en aurait été autrement dans le cas de prestations de services. En effet, dans la franchise de services, le franchisé rend des services personnels ce qui lui permet d'apposer la marque du franchiseur. Il s'agit alors d'une véritable licence de marque.

L'usage de l'enseigne ou du nom commercial est un élément également présent dans tous ces contrats. En général, les distributeurs gardent leur nom commercial et apposent celui du fournisseur près du leur. Le contrat de franchise est toutefois le seul contrat où le distributeur perd son identité commerciale. Il fait uniquement affaires sous le nom commercial du franchiseur.

Enfin, l'élément du contrôle de l'activité des distributeurs par le fournisseur occupe une place dans tous ces contrats. Son importance varie en fonction du degré de savoir-faire transmis par le fournisseur. Plus le savoir-faire est important, plus le contrôle du fournisseur est grand. En effet, le contrôle est un moyen que le fournisseur s'accorde pour contrôler l'application du savoir-faire qu'il a transmis à ses distributeurs. Le fournisseur exerce son droit de contrôle au moyen d'inspecteurs ou par la vérification des documents nécessaires à l'exercice de l'activité du distributeur. Ce contrôle est moins présent dans les contrats d'agrégation et de distribution sélective mais il est plus important dans la concession

et la franchise. Dans ce dernier contrat, il engendre une subordination économique du distributeur qui peut mener, dans certains cas, à la reconnaissance du statut de salarié.

CONCLUSION

La conclusion des contrats de distribution intégrée est possible grâce à l'existence du principe de la liberté contractuelle. Les parties au contrat sont en général des commerçants. Seul le contrat de franchise déroge à cette règle puisqu'il a pour but d'établir en affaires une personne qui ne possède aucune expérience dans le commerce. La force économique des parties n'est pas la même. Le manufacturier ou le grossiste occupe sur le marché une position dominante alors que le commerçant-distributeur occupe une faible place sur celui-ci.

La conclusion de tous les contrats que nous avons étudiés (agrégation, distribution sélective, assistance et fourniture, enchaînement volontaire, concession et franchise) se fait avec un pouvoir de négociation inégale, le fournisseur imposant ses conditions. Les distributeurs n'ont pas d'autre choix que d'adhérer au contrat. Leur personnalité est toutefois importante dans la conclusion des contrats. Le manufacturier ou le grossiste les choisit en fonction de critères basés sur leur capacité de commercialiser ses produits et de fournir un service après-vente adéquat. Pour cette raison, les contrats de distribution ne sont pas transmissibles à des tiers sauf si le fournisseur y consent.

L'objet de ces contrats est l'achat pour revendre, en exclusivité ou non, les produits du fournisseur. Cette revente peut se faire selon diverses modalités. Dans l'agrégation et la distribution sélective, elle est basée uniquement sur les compétences du commerçant. Celui-ci n'est pas obligé de s'approvisionner exclusivement chez son fournisseur. Il peut acheter des produits de fournisseurs concurrents. Dans les contrats d'assistance et de fourniture et d'enchaînement volontaire, le distributeur a l'obligation de s'approvisionner exclusivement chez son fournisseur. Dans les contrats de concession et de franchise, l'exclusivité d'approvisionnement est doublée d'une exclusivité territoriale. Le fournisseur impose également, à des degrés divers selon le contrat de distribution, des normes commerciales, techniques et de gestion à suivre pour l'activité de revente. Il prévoit des mesures de contrôle de ses normes dans ces contrats.

La clause d'exclusivité et la clause de contrôle ont toutes deux un effet intégrateur sur l'entreprise du distributeur à celle du concédant. L'exclusivité d'approvisionnement totale crée chez lui un état de dépendance économique qui a, comme corollaire, sa subordination économique créée par la clause de contrôle. En tant que commerçant indépendant, le distributeur assume toutefois tous les risques financiers de son entreprise.

A la fin du contrat, il perd sa clientèle et son achalandage qui sont rattachées à la marque du fournisseur. Il assume donc des obligations disproportionnées par rapport à celles de son fournisseur.

Le droit civil québécois et le droit civil français ne sont pas dépourvus de solutions quant au déséquilibre contractuel entre les parties. Premièrement, en vertu de leurs règles sur l'interprétation des contrats, les contrats de distribution intégrée peuvent être interprétés en faveur des distributeurs étant donné que ce sont des contrats d'adhésion. L'article 1019 du C.c.B.C. peut recevoir une application plus fréquente à cause de la nature de ces contrats. Dans le nouveau Code civil québécois, on tiendra compte de la nature du contrat pour son interprétation en vertu de l'article 1426.

Deuxièmement, ces droits acceptent la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle. Pour l'invoquer, la partie abusée n'a pas besoin de démontrer la mauvaise foi ou la malice de la part de la partie qui abuse. Nous soumettons que cette théorie pourrait s'appliquer aisément à la fin du contrat pour permettre au juge de tenir compte de la personne et de la force des parties. Ces considérations sont souvent mises de côté au profit du principe de la liberté contractuelle.

Troisièmement, ces droits contrebalancent les effets de la clause d'exclusivité si elle respecte l'ordre public et les bonnes mœurs. La clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace et quant à son objet. Il serait possible pour les tribunaux français et québécois de contrer les effets néfastes de la clause d'exclusivité en donnant à la notion d'ordre public une application qui aurait pour effet de protéger la partie économiquement faible comme c'est le cas pour nos contrats de dépendance. Cette protection devrait tenir compte de la situation de fait des parties.

Ces solutions du droit civil français et québécois ne couvrent pas tous les problèmes relatifs aux contrats de distribution intégrée. Il faudrait que ces deux systèmes juridiques adoptent une loi spécifique sur ces contrats afin d'établir des mesures protectrices pour les distributeurs avant la signature du contrat, pendant son exécution et au moment de sa terminaison. Il faut dire qu'en droit français, le législateur a adopté une loi prévoyant certaines obligations précontractuelles de la part des concédants et des franchiseurs. Pour le reste, c'est le droit commun qui s'applique.

Il est bien évident que ces mesures protectrices pourraient être contenues dans leurs codes civils dans le livre des obligations. Toutefois, au Québec, cette possibilité n'a pas été retenue par le législateur québécois lorsqu'il a sanctionné en décembre 1991 le nouveau *Code civil du Québec*. Si aucune loi spécifique n'est adoptée sur le sujet, ce seront les articles généraux qui s'appliqueront à ces contrats. L'article 1375 sera capital pour ces contrats de dépendance puisqu'il y prévoit une obligation de bonne foi au moment de la naissance du contrat, pendant son exécution et durant son expiration.

Dans l'éventualité où le législateur québécois adopterait une loi spécifique, il faudrait qu'il impose une obligation précontractuelle d'information au fournisseur pour qu'il divulgue à ses distributeurs l'historique de son entreprise, ses états financiers des dernières années et des bilan prévisionnels pour les prochaines années. L'exclusivité pourrait être également réglementée. Le législateur devrait fixer la durée et l'étendue du territoire visé par celle-ci. L'établissement de la durée de l'approvisionnement exclusif devrait se faire en tenant compte des investissements faits par le distributeur. La durée de l'exclusivité devrait être plus longue lorsque les investissements sont plus sérieux et elle devrait être moins longue s'ils sont moins importants. Enfin, comme obligation à la fin du contrat, il devrait prévoir l'obligation du rachat du stock par le concédant.

Une telle loi devrait cependant éviter de reconnaître aux distributeurs un statut de salarié. En effet, le législateur devrait établir une distinction entre la subordination juridique des travailleurs et la subordination économique des distributeurs créée par des obligations exorbitantes au contrat. Sinon, il fera perdre à ces contrats d'intégration toute leur spécificité qui n'est pas de réaliser une subordination complète des entreprises de distribution mais plutôt de réaliser leur articulation comme pièces d'un ensemble économique⁵²³.

523 Voir G. FARJAT, *op cit*, note 1, p. 227.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

A) DROIT AMÉRICAIN

I. MONOGRAPHIES ET RECUEILS:

- ATKINSON, J.F., *Franchising - The Odds-On Favorite*, Chicago, International Franchise Association, 1968, 51 p.
- BENNETT, P.D., (dir.), *Marketing and Economic Development*, Chicago, American Marketing Association, 1965, 803 p.
- BLACK, H.C., *Black's Law Dictionary*, 6e éd., par J. R. NOLAN et J.M. NOLAN-HALEY, St-Paul, West Publishing Co., 1990, 1654 p.
- BROWN, H., *Franchising : Realities and Remedies*, New York, Law Journal Seminars-Press, 1981, feuilles mobiles.
- HELMERS, H.O., «A Marketing Rationale for the Distribution of Automobile», dans *Two Studies in Automobile Franchising*, Ann Arbor, Division of Research, University of Michigan, 1974, 3-81.
- HENDERSON, E., «Franchising Yesterday», dans C.L. VAUGHN et D.B. SLATER (dir.), *Franchising Today 1966-1967*, New York, Matthew Bender & Co.
- LUXENBERG, S., *Roadside Empires - How the Chains Franchised America*, New York, Viking Penguin Inc., 1985, 313 p.
- McCAMMON, B.C., «The emergence and Growth of Contractually Integrated Channels in the American Economy», dans P.D. BENNETT (dir.), *Marketing and Economic Development*, Chicago, American Marketing Association, 1965.
- McLEAN, J.G. et R.W. HAIGH, *The Growth of Integrated Oil Companies*, Boston, Division of Research, Graduate School of Business Administration, Harvard University, 1954, 728 p.
- THOMPSON, D.N., *Franchise Operations and Antitrust*, Lexington, Lexington Books, 1971, 190 p.
- VAUGHN, C.L., *Franchising - it's nature, scope, advantages and development*, Lexington, Lexington Books, 1974, 197 p.
- VAUGHN, C.L., *Franchising - it's nature, scope, advantages and development*, 2e éd., Lexington, Lexington Books, 1979, 281 p.

2 - MÉMOIRES ET THÈSES:

SEROUDE, C., *The European Franchising Opportunity*, thèse de doctorat, Standford, Graduate School of Stanford, 1969.

3 - ARTICLES DE REVUE:

«Article Two of the Uniform Commercial Code and Franchise Distribution Agreements», [1969] *Duke Law Journal* 959.

BAKER, D.I., «Another Look at Franchise Ties-Ins After Texaco and Fortner», (1969) 14 *Antitrust Bulletin* 767.

HAHN, C.B., «Tying and Exclusive Dealing Agreements - Protection for Franchise Trademark Licensors», (1970-1971) 45 *Tulane Law Review* 1016.

HALL, W.P., «Franchising - New Scope for an Old Technique», (1964) 42 *Harvard Business Review* 60.

HANDLER, M., «Statement Before the Small Business Administration», (1966) 11 *Antitrust Bulletin* 417.

JACK, A.B., «The Channels of Distribution for an Innovation : The Sewing Machine Industry in America, 1860-1865», [1957] *Explorations in Entrepreneurial History* 113.

KELLEY W.T., «The Franchise System in Co-operative Drugstores», (1957-1958) 33 *Journal of Retailing* 184.

KONOPA, L., «What is Meant by Franchise Selling?», (1963) 27 *Journal of Marketing* 35.

LEVY, R., «Trademark Franchising and Antitrust Law : The Two-Product Rule for Tying Arrangements», (1976) 27 *Syracuse Law Review* 953.

LINDER, R.K., «Franchisor Liability Under Securities Law», (1974) 13 *Washburn Law Review* 68

MACAULAY, S., «Changing a Continuing Relationship Between a Large Corporation and Those Who Deal With it : Automobile Manufacturers, their Dealers and the Legal System», [1965] *Wisconsin Law Review* 483.

STEUTERMANN, E.M., «Selected Antitrust Aspects of Trademark Franchising», (1971-1972) 60 *Kentucky Law Journal* 638.

B) DROIT ANGLAIS

I - MONOGRAPHIES ET RECUEILS

ADAMS, J. et K.V. PRICHARD JONES, *Franchising . Practice and Precedents in Business Format Franchising*, 2e éd., London, Butterworths, 1987, 409 p.

BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, 4e éd., vol. 3, par J. CHITTY, Oxford, Clarendon Press, 1828, 478 p.

FULOP, C., *Buying by Voluntary Chains and Other Associations of Retailers and Wholesalers*, London, George Allen & Unwin Ltd., 1962, 166 p.

IZRAELI, D., *Franchising and the Total Distribution System*, London, Longman, 1972, 221 p.

JOWITT, E., *Jowitt's Dictionary of English*, 2e éd., vol. 1, par J. BURKE, Londres, Sweet & Maxwell Ltd., 1977, 1053 p.

MENDELSON, M., *The Guide to Franchising*, 4e éd., Oxford, Pergamon Press, 1985, 319 p.

OSBORN, P. G., *Osborn's Concise Law Dictionary*, 7e éd., par R. BIRD, Londres, Sweet and Maxwell Ltd., 1983, 390 p.

The Oxford English Dictionary, 2e éd., par J.A. SIMPSON et E.S.C. WEINER, Oxford, Clarendon Press, 1989

C) DROIT BELGE

COMITÉ BELGE DE LA DISTRIBUTION, «Le franchising : entre l'entreprise à succursale et la chaîne volontaire», [1971] *Information Spécialisée* 39.

D) DROIT CANADIEN

I - MONOGRAPHIES ET RECUEILS:

COMMISSION DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE COMMERCE, *La concurrence dans l'industrie pétrolière*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, 550 p.

KARP, A., «Franchising Today : A Specialized Contract», dans *Special Lectures LSUC (1975)*, Toronto, Richard De Boo, 1975, 387-438.

RESTRICTIVE TRADE PRACTICES COMMISSION REPORT, *Report on an Inquiry into the Distribution and Sale of Automotive Oils, Greases, Antifreeze, Additives, Tires, Batteries, Accessoires and Related Products*, Ottawa, Queen's Printer, 1962.

SODHI, D. S. (dir.), *The Canadian Law Dictionary*, Don Mills, Law of Business Publications (Canada) Inc., 1980, 647 p.

YOGIS, J.A., *Canadian Law Dictionary*, 2e éd., Hauppauge, Barron's Educational Series Inc., 1990, 241 p.

2- ARTICLES DE REVUE

FISHER, B.M., «Product Distribution in Canada», (1986) 20 *International Lawyer* 45

KARP, A., «Franchising in Canada», (1981) 3 *Franchising* 17.

HARTLEY, J.B., «*Ronald Elwin Lister Ltd. et Al c. Dunlop Canada Ltd* : How to set a trap for an unwary franchisee», (1981) 6-7 *Queen's Law Journal* 95.

OGILVIE, M.H., «Chronique de la législation et de la jurisprudence, commentaires sur l'affaire *Lister Ltd c. Dunlop Canada Ltd* », (1982) 60 *R. du B. can.* 733.

E) DROIT FRANÇAIS

1- MONOGRAPHIES ET RECUEILS:

ANDRIEUX, P., *Distribution - Le commerce indépendant*, Paris, Dunod, 1972, 134 p.

AVRIL, P., *Théorie sommaire de la distribution des biens de consommation et son application à la hiérarchie des prix et conditions*, Paris, Gauthier-Villars, 1964, 186 p.

BARRAINE, R., *Nouveau dictionnaire de droit et de sciences économiques*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1974, 508 p.

BAUDIN, L. (dir.), *Traité d'économie politique*, 2e éd., t. 1, Paris, Librairie Dalloz, 1955, 1026 p.

BERLIOZ, G., *Le contrat d'adhésion*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1976, 222 p.

BESSIS, P., *Le contrat de franchisage*, Paris, L.G.D.G., 1990, 159 p.

BLOCH, M., *La Société féodale - la formation des liens de dépendance*, vol. 1, Paris, Éditions Albin Michel, 1949, 472 p.

BLOCH, O. et W. VON WARTBURG (dirs), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 6e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1975, 682 p.

BOUSQUET, G.-H., *Institutes de science économique - la production et son marché*, t. 3, Paris, Librairies des sciences politiques et sociales, 1936, 382 p.

BOUTARD-LABARDE, M.-C., *Le nouveau droit de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 1987, 78 p. + textes.

- CARBONNIER, J., *Droit civil - Les biens, monnaie, immeubles, meubles*, 14^e éd., t. 3, Paris, P.U.F., 1991, 408 p.
- CAS, G. (éd.), *Lamy droit économique*, Paris, Lamy, 1988, 1792 p.
- CASEL, J., *Refus de vente, clause d'exclusivité, contrat de concession*, Paris, Édition de l'entreprise moderne, 1960, 189 p.
- CIDA, *Lexique pratique commercial*, Paris, Regif, 1973, 451 p.
- COLIN, C., *Les conditions du progrès économique*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1960, 505 p.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1990, 859 p.
- COULOMBEL, «Les obligations spéciales de l'acheteur dans certaines ventes commerciales», in HAMEL, *La vente de marchandises*, Paris, 1951.
- DAUZAT, A., J. DUBOIS et H. MITTERAND, *Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Paris, Librairie Larousse, 1964, 804 p.
- de JUGLART, M. et B., IPPOLITO, *Droit commercial*, 3^e éd., vol. 1 par E. du PONTAVICE et J. DUPICHOT, Paris, Éditions Montchrestien, 1979, 914 p.
- de LAUBADÈRE, A., *Traité de droit administratif*, 9^e éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1984, 813 p.
- de LAUBADÈRE, A., I.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 11^e éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1990, 889 p.
- DICTIONNAIRE PERMANENT, *Droit des affaires - Concession commerciale*, Éditions législatives et administratives, pp. 586-600.
- DICTIONNAIRE PERMANENT, *Droit des affaires - Le franchisage*, Éditions législatives et administratives, p. 997-1003.
- DUBY, G., *L'économie rurale et la vie des campagnes dans l'occident médiéval (France, Angleterre, Empire, IX^e-XV^e siècle) - Essai de synthèse et perspectives de recherches*, vol. 2, Paris, Aubier, 1962, 822 p.
- FARJAT, G., *Droit économique*, 2^e éd., Presses Universitaires de France, 1982, 783 p.
- Fliche, A. et V. MARTIN, *Histoire de l'Église depuis les origines jusqu'à nos jours - L'Église à l'époque du Concile de trente*, vol. 17, Paris, Bloud et Gay, 1934, 495 p.
- FOURASTIÉ, J., *Le grand espoir du XX^e siècle*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 1958, 249 p.
- FOURQUIN, G., *Histoire économique de l'Occident médiéval*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 1979, 341 p.
- GAST, O. et M. MENDELSON, *Comment négocier une franchise*, Paris, Éditions de l'Usine nouvelle, 1983, 152 p.

- GHESTIN, J., *Les obligations - Le contrat : formation*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1988, 1096 p.
- GRELON, B., *Les entreprises de services*, Paris, Économica, 1978, 438 p.
- Grand Larousse de la langue française*, par L. GUILBERT, R. LAYANE et G. NIOBEY (dirs.), Paris, Librairie Larousse, 1972.
- GUILLIEN, R. et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, 8e éd., par S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER (dirs.), Paris, Dalloz, 1990, 517 p.
- GUITTON, H. et D. VITRY, *Économie politique - introduction générale, analyse micro économique, analyse macro économique*, 12e éd., Paris, Dalloz, 1978, 701 p.
- GUYÉNOT, J., *Les contrats de concession commerciale*, t. 16, coll. «Bibliothèque de droit commercial», Paris, Librairie Sirey, 1968, 690 p.
- GUYÉNOT, J., *Concessionnaires et commercialisation des marques*, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1975, 210 p.
- GUYON, Y., *Droit des affaires - Droit commercial général et sociétés*, 6e éd., Paris, Économica, 1990, 970 p.
- JOUHANNAUD, M., *Le franchising pour la prospérité commune des détaillants et des industriels*, Suresnes, Hommes & Techniques, 1974, 140 p.
- KRIER, H. et J. JALLAIS, *Le commerce intérieur*, coll. «Que sais-je?», Paris, P.U.F., 1985, 127 p.
- LEDUC, M., *La production - les facteurs de production de l'entreprise*, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1956, 177 p.
- LELOUP, J.-M., *Droit et pratique de la franchise*, Paris, J. Delmas et Cie, 1983, pagination multiple.
- LELOUP, J.-M., «Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution», dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, coll. 'Bibliothèque pour le droit de l'entreprise', t. 7, Paris, Librairies techniques, 1978, 933-956
- MARCHAL, J., *Cours d'Économie politique*, 4e éd., t. 1, Paris, Librairie de Médecis, 1957, 990 p.
- MAZEAUD, H., L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 8e éd., t. 2, vol. 1, par F. CHABAS, Paris, Éditions Montchrestien, 1991, 1355 p.
- MILLEDONNE, A., *Journal du Concile de Trente*, Paris, H. Plon, 1870, 273 p.
- MITTERAND, H., *Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Paris, Librairie Larousse, 1964, ?p.
- MOUSSERON, J.-M., *Droit de la distribution*, Librairies Techniques, 1975, 534 p.
- OVERSTAKE, J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, t. 91, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1969, 275 p.

- PERNOUD, R., *Histoire du peuple français des origines au Moyen Âge*, vol. 1, par L.H. PARIAS (dir.), Paris, Nouvelle Librairie de France, 1951, 379 p.
- PERROY, E., R. DOUCET et A. LATREILLE, *Histoire de la France pour tous les Français - des origines à 1774*, t. 1, Paris, Hachette, 1950, 507 p.
- Petit Larousse Illustré, 1991*, Paris, Librairie Larousse, 1990, 1680 p.
- PIRENNÉ, H., *Les villes du Moyen Âge*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, 171 p.
- QUIN, C., *Physionomie et perspectives d'évolution de l'appareil commercial français (1950-1970)*, Paris, Gauthier-Villars, 1964, 364 p.
- RÉPERTOIRE DE DROIT COMMERCIAL, *Concession exclusive*, Paris, Dalloz, 1972, pagination multiple.
- RÉPERTOIRE DE DROIT COMMERCIAL, *Franchising*, Paris, Dalloz, 1972, pagination multiple.
- RIVÉRO, J., *Précis de droit administratif*, 13e éd., Paris, Dalloz, 1990, 654 p.
- ROBERT, P., *Le Grand Robert de la langue française*, 2e éd., par A. Rey, Paris, Le Robert, 1986.
- TESTON, J.-C. et G. TESTON, *Le franchising et les concessionnaires*, Paris, J. Delmas & Cie., 1973, pagination multiple.
- TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, 328 p.
- VIRASSAMY, G. L., *Les contrats de dépendance*, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1986, 334 p.
- VOLTAIRE, «Dictionnaire philosophique», dans *Oeuvres complètes*, t. 39, Paris, P. Dupont, 1825, 552 p.
- WEILL, A. et F. TERRÉ, *Droit civil - Introduction générale*, 4e éd., Paris, Dalloz, 1979, 500 p.

2- MEMOIRES ET THESES:

- BACHET, D., *Les clauses d'exclusivité*, thèse de doctorat, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977, 518 p.
- BECQUE, P., *Le contrat de concession exclusive en droit interne*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier, 1985, 513 p.
- BOURSICAN, J., *La franchise commerciale et les possibilités qu'elle offre à la petite et moyenne entreprise*, thèse de doctorat, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1972, 463 p.

- DURRY, G., *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du contractant*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1957, 570 p
- GOUTAL, J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, thèse de doctorat, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977, 608 p
- Le CALVEZ, J., *Évolution et rôle des clauses d'exclusivité - Les aspects juridiques des conventions de concession exclusive*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris I, 1979, 604 p.
- ROLLAND, A., *La situation juridique des concessionnaires et des franchises membre d'un réseau commercial*, thèse de doctorat, Rennes, Faculté des sciences juridiques, Université de Renne, 1976, 328 p
- SEUBE, A., *Le contrat de fourniture*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier, 1970, 571 p.

3- ARTICLES DE REVUE

- BARBIÉRI, J.-J., «La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif», [1983] *Rev jur com* 337
- BLAISE, J.-B., «Droit de la concurrence», [1985] *Rev trim dir europ.* 559.
- BECQUÉ, P., «Les clauses de 'quota' dans les contrats de concession exclusive» (1985) 4 *Cahiers de droit de l'entreprise* 21.
- BOURSICAN, J., «Une nouvelle conception de la commercialisation : le franchising», (1971) 41 *Cooperation* 9
- CABRILLAC, M., «Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente», *D.* 1964, 181.
- CHAMPAUD, C., «La concession commerciale», (1963) 16 *Rev trim de comm* 451.
- CHAMPAUD, C., «Les méthodes de groupement des sociétés», (1967) 20 *Rev trim de comm.* 1003.
- CHAMPAUD, C. et R. RODIÈRE, «À propos des 'pompiers de marque' - Les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur», *J.C.P.* 66, I 1988
- CHOLLET, N., «Aspects juridiques des groupements de distributeur», (1972) 2 *Cahiers de droit de l'entreprise* 12
- CLÉMENT, J.-P., «La franchise et le droit européen de la concurrence», *Gaz Pal* 1986 II, 11
- de MARTEL, A., «L'article 1129 du C.c. et l'annulation des contrats de bierre pour indétermination du prix», *J.C.P.* 1980 II, éd. Cl. 13316.
- FABRE, R., «Le prêt à usage en matière commerciale», (1977) 30 *Rev trim de comm* 193.

- FERRIER, D., «La rupture du contrat de franchisage», *J.C.P.* 1977. éd. C.I. II. 12441, n° 29
- FERRIER, D., «Indétermination du prix et annulation du contrat d'approvisionnement exclusif», (1982) 5/6 *Cahiers de droit de l'entreprise* 12.
- HÉMARID, M., (1949) *Rev. gén. dr. com.* 647.
- HOUSIAUX, J., «Le concept de 'quasi-intégration' et le rôle des sous-traitants dans l'industrie», (1957) 8 *Revue Économique* 221.
- LAMÉTHE, D., «L'opposabilité aux tiers d'un franchisage», *Gaz. Pal.* 1977. II. 531.
- le TOURNEAU, «Des contrats de distribution sans clause territoriale», [1979] *Rev. jur. com.* 121.
- le TOURNEAU, «Le franchisage», *J.C.P.* 85 éd. N. I. 13.
- MALINVAUD, P., «L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fabricants et fournisseur de matériaux et composants», *D.* 1984. 41.
- MOUSSERON, J.-M., «Problèmes juridiques du Know-how», (1972) 1 *Cahiers de droit de l'entreprise* 1
- MOUSSERON, J.-M. et A. SEUBE, «À propos des contrats d'assistance et de fourniture», *D.* 1973. 197.
- PERRIN, C.-E., «Les chartes de franchises de la France - État des recherches : le Dauphiné et la Savoie», (1964) 231 *Revue Historique* 27.
- PIGASSOU, P., «La distribution intégrée», (1980) 33 *Rev. trim. dr. com. et écon.* 473.
- PLAISANT, R., «Les contrats d'exclusivité», (1964) 17 *Rev. trim. dr. comm.* 1.
- SALLAN, A., «Le franchising - ses caractères juridiques et financiers», (1971) 1 *Direction et gestion des entreprises* 27
- SAVATIER, R., «La vente de services», *D.* 1971. 223.
- SI-ROUDE, C. et A. CENSIER, «Le franchising en Europe et en Amérique du Nord», (1979) 19/23 *Revue française de gestion* 42.
- TESTON, J.-C., «Les aspects commerciaux du franchising», (1970) 6 *Direction et gestion des entreprises* 43.
- THIRÉARD, J., «La distribution des produits de marque et le concessionnaire», *Gaz. Pal.* 1975. II. 30.
- VIRASSAMY, G. J., «La moralisation des contrats de distribution par la loi du 31 décembre 1989», *J.C.P.* 90. II. éd. E. 15809.
- VOIRIN, P., «Commentaires de la loi du 14 octobre 1943», *D.C.* 1944. 1.

F) DROIT QUÉBÉCOIS

I- MONOGRAPHIES ET RECUEILS.

- BÉLAIR, G., *Chronologie des Épicier en Gros et des détaillants au Québec - une rétrospective de la fondation, du développement, de l'évolution des principales entreprises de gros et de détail des origines à nos jours*, Montréal, Association des Épicier en Gros de la Province de Québec Inc., 1983, 135 p
- BAUDOUIN, J.-L., *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, 746 p.
- BOURQUE, S. (dir.), *La nouvelle loi sur la concurrence*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, 256 p
- CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARE DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2e éd., Cowansville, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec et Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, 741 p.
- GAGNON, J.H., *La franchise au Québec*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, Martel Ltée, 1986.
- GARANT, P., *Essai sur le service public au Québec - Élaboration d'une théorie générale et d'un droit moderne des services publics (Droit administratif) au Québec*, Québec, 1966, 503 p.
- JOBIN, P.-G., *Les contrats de distribution de biens techniques*, Québec, P.U.L., 1975, 303 p.
- LAPOINTE ROSENSTEIN, *Bulletin du franchisage*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986
- LEFEBVRE, B., «Les clauses d'exclusivité dans le domaine du franchisage», dans *Développements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.
- LEMIEUX P., *Les contrats de l'administration fédérale, provinciale et municipale*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1981, 422 p
- LEVASSEUR & ASSOCIÉS Inc., *Le guide du franchisage*, Montréal, Franchise d'aujourd'hui inc., 1985.
- L'HEUREUX, N., *Précis de droit commercial du Québec*, 2e éd., Québec, P.U.L., 1975, 290 p
- MATHIEU, P.-A., *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 180 p.
- PINEAU, J., *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 1979, 287 p
- POURCELET, M., *La vente*, 5e éd., Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1987, 296 p

PROULX, M., «Le cadre juridique», dans *Le commerce et la distribution au Québec*, vol. 1-2, Québec, Ministère de l'industrie et du commerce, 1978, 338 p.

ROUSSEAU-HOULE, T., *Précis du droit de la vente et du louage*, 2e éd., Québec, P.U.L., 1986, 471 p.

SALLENAVE, J-P., *Expansion de votre entreprise par le franchisage pourquoi le faire? Comment le faire?*, Québec, Ministère de l'industrie et du commerce, Direction du commerce, 1982, 47 p.

2- MEMOIRES ET THESES.

BEAUVAIS, C A., *Glossaire anglais-français du franchisage*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1981, 209 p.

LEFEBVRE, B., *Les clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution de biens et de services*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1988, 183 p.

3- ARTICLES DE REVUE.

CRÉPEAU, P.-A., «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

DESCHAMPS, A., «Les contrats de master-franchise, de franchise et de concession de licence», (1971-72) 1 *Interlex* 10

FISHER, B.M., «Product distribution in Canada», (1986) 20 *International Lawyer* 45.

GARDNER, D., «Responsabilité civile — Abus de droit contractuel — Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel? : *Houle c. Banque canadienne nationale*», (1991) 70 *R. du B. can.* 760.

GOLDMAN, N.P., «Franchising and the Franchise Contract», (1966-1967) 69 *R. du N.* 320.

JOBIN, P.-G., «Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel», (1991) 32 *C. de D.* 153.

JUKIER, R., «*Banque Nationale du Canada v. Houle (S.C.C.)* : Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law», (1992) 37 *McGill L J* 221

LEFFBVBRE, B., «Les clauses d'exclusivité dans le domaine du franchisage», dans *Développements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

PICHETTE, S., «Contribution à la définition du know-how», (1975-76) 78 *R. du N.* 525.

PROVOST, M., «L'arrêt *Banque de Montréal c. Hydro-Québec* : réflexions sur l'obligation de renseignement dans les contrats de construction sur de grands chantiers», (1992) 52 *R. du B.* 859.

SAMSON, C., «Le contrat de concession commerciale et le libre marché», (1980) 21 *C. de D.* 787.

G) DROIT SUISSE

1 - MONOGRAPHIES ET RECUEILS:

JAGGI, Y., *Le phénomène de la concentration dans le secteur de la distribution : en relation avec l'avènement de la société de consommation massive*, Lausanne, École des sciences sociales et politiques, Université de Lausanne, 1970, 690 p.

JURISPRUDENCE

A) DROIT AMÉRICAIN

Principe c. McDonald's Corporation, (1980) 631 F. 2d 309.

Susser c. Carvel Corporation, (1962) 206 F. Supp. 636

Susser c. Carvel Corporation, (1964) 332 F. 2d 505.

B) DROIT CANADIEN

A and K Lick-a-Chick Franchises Ltd. c. Cordiv Enterprises Ltd et Al, (1981) 119 D.L.R. (3d) 440 (N.S.S.C.)

Air Canada c. McDonnell Douglas Corp., [1989] 1 R.C.S. 1554.

Director of Investigation and Research c. Bombardier Ltd, (1980) 53 C.P.R. (2d) 47.

E.g. Damack Holdings Ltd. c. Saanich Peninsula Savings Credit Union, (1983) 19 B.L.R. 46 (B.C.S.C.).

General Motors of Canada Limited c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

Nordenfelt c. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company Limited, [1894] A.C. 552

Ross c. Dunstall, (1921) 62 R.C.S. 93.

C) DROIT FRANÇAIS

Brandt, Cass. Crim., 11 juillet 1962, *D* 1962. 497 (rapp. Costa).

Brasserie Lorraine c. Kieffer, Cass. Com., 14 décembre 1959, *Gaz. Pal.* 1960. I. 112.

Brasseries Union messine c. Époux Peffer, Colmar, 20 octobre 1936, *D.H.* 1936. 592.

Cass. Com. 13 juillet 1966, *J.C.P.* 1967, éd. C.I. II. 81684 (note P. Durand).

Cass. Com., 29 janv. 1968, *Bull. civ.* 1968. IV, n° 41.

Cass. Com., 3 mars 1970, *J.C.P.* 1970. IV. 111.

Cass. com., 27 avril et 5 novembre 1971, *D* 1972. I. 353 (note J. Ghestin).

Cass. Com., 27 avril 1971, *J.C.P.* 1972. II. 16975 (note J. Boré).

Cass. Com., 13 mars 1972, *J.C.P.* 1972. II. 17196 (note J. Boré).

Cass. Com. 11 octobre 1978, *D*. 1979. 136 (note Houin).

Cass. Com., 28 avril 1980, *Bull. civ.* 1980. IV, n° 170.

Cass. Com., 4 nov. 1980, *J.C.P.* 1981. IV. 33.

Cass. Com., 30 octobre 1984, *Bull. civ.* 1984, n° 235.

Cass. Com., 10 mars 1987, (1988) 41 *Rev. trim. dr. comm.* 118.

Cass. com., 27 avril 1981, *Bull. civ.* 1981. IV, n° 189.

Cayla c. Société de la brasserie de Tantonville, Cass. Ch. Req., 17 février 1931, *D.P.* 1931. I. 41 (note P. Voirin); *S.* 1931. I. 112 (obs. Demontes).

Conseil de l'Ordre des pharmaciens et autres c. ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation, Paris, 28 janvier 1988, *Gaz. Pal.* 1988. I. 208 (note J.-P. Marchi).

Dame Turpin c. Société Estée Lauder S.A. et S.A.R.L. Clinique Laboratoires, Paris, 8 juillet 1983, *Gaz. Pal.* 1983. I. 566 (note J.-P. Marchi).

Dominique Mandonnaud c. Société Yves Saint-Laurent et Société Charles of th Ritz, Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 5e Ch. corr., 20 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985. II. 760 (note J.-P. Marchi).

Époux Dufon c. Société Rigaux et Gille, Cass. Ch. Req., 5 février 1934, *Gaz. Pal.* 1934. II. 331.

Époux Laborier-Bresciani c. Société Mab-Total, Cass. Com., 22 octobre 1968, *Bull. civ.* 1968. IV, n° 283, p. 252.

Époux Martin c. S.A.R.L. Brasserie du Coq Hardi, Cass. Com., 12 février 1974, *D*. 1974. I. 414 (note Ghestin).

- Époux Ruer c. Société des Grandes brasseries de Charmes*, Colmar, 5 novembre 1958, *D* 1959. 183 (Obs. J. Hémard).
- Établissement Perrusson et Rhomer c. Société anonyme coopérative Le Foyer dauphinois et autres*, Cass. Com., 26 juin 1978, *Bull. Civ.* 1978. IV, n° 177, p. 150
- Ganzo c. S.I.M.C.A.*, Cass. Civ. 1^{re}, 21 mai 1963, *J.C.P.* 1963. II. 13254bis.
- Lanvin*, Cass. Crim., 3 novembre 1982, *Gaz. Pal.* 1982. II. 658 (note J.-P. Marchi)
- Legros et autre c. Société anonyme Brasserie La Semeuse*, Cass. Com., 25 mai 1981, *Bull. civ.* 1981, n° 246, p. 193.
- Lyon, 6 fév. 1985, *J.C.P.* 1985. éd. E. 14602 (obs. critiques J. Azéma).
- M. Duval c. S.A.R.L. ITA*, Cass. Com., 12 octobre 1982, *Bull. civ.* 1982. IV, n° 309.
- Mandonnaud et autre*, Cass. Crim., 18 mai 1987, *D.* 1987. I. 558 (note G. Parléant).
- Mme Caprile c. M. Pialat*, Cass. Civ., 17 mars 1982, *Bull. civ.* 1982, n° 115.
- Nicolas c. Société Brandt*, Cour d'appel de Paris, 7 février 1961, *D.* 1961.175.
- Paris, 12 octobre 1966, *D.* 1967. 516 (note M. Cabillac).
- Paris, 1er mars 1967, *J.C.P.* 67. II. 15138 (note H. Guérin) et pourvoi rejeté Cass. Crim., 30 avril 1968, *J.C.P.* 68. II. 15576.
- Paris, 19 novembre 1969, *J.C.P.* 70. CI. 387.
- Paris, 20 avril 1978, (1980) 5 *Cahiers de droit de l'entreprise* 5.
- Paris 14 février 1979, (1979) 6 *Cahiers de droit de l'entreprise* 19
- Paris, 19 octobre 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 433.
- Paris, 22 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1984. I. Somm. 27.
- Paris, 28 février 1985, *Gaz. Pal.* 1985. II. 441.
- Pecquereux et S.A. Estée Lauder c. Dame Phocion*, Paris, 2 juin 1981, *Gaz. Pal.* 1981. II. 631 (note J.-P. Marchi).
- Pham Long Sun et autre*, Cass. Crim., 24 février 1987, *D.* 1987. I. 558 (note G. Parléant)
- Pierre Lasselin c. S.A. Les Créations L.T.N.*, Dijon, 27 novembre 1985, *Gaz. Pal.* 1986 I. 380 (note J.-P. Marchi).
- Prat c. Société Mobil Oil française*, Cass. Com., 13 mars 1972, *J.C.P.* 1972. II. 17196.
- Procureur général près de la Cour d'appel de Rouen c. Clément et autre*, Cass. Crim., 23 février 1981, *Gaz. Pal.* I. 419 (note A. Oser).

- S.A. Le Commerçant c. S.A. Jacques Bogart et autres*, Trib. Com. Paris, 1er octobre 1987, *Gaz. Pal.* 1987. II. Som. 471, confirmé Paris, 16 février 1988, *Gaz. Pal.* 1988. I. 412.
- S.A R.L. F et Cie c. Société anonyme H. .*, Paris, 5 juillet 1967, *D.* 1967. 730 (note J. Guyénot)
- S.A R.L. F c G*, Colmar, 1re ch. civ., 9 juin 1982, *D.* I. 553.
- Société Amiens Établissements Panhard et Levassor c. Époux Carré Hoffmeister et autres*, Cass. Civ 2e, 14 décembre 1956, *Bull. civ* 1956, n° 694.
- Société anonyme Atal-Litton c. Société anonyme omnium mécanographique Jean Pagès*, Cass. Com., 9 février 1976, *J.C.P.* 1977. II. 18598 (note J. Hémaré).
- Société anonyme Esso Standard c. Société anonyme Garage de la Place d'Italie*, Cass. Com., 29 janv. 1968, *D.* 1968. 341 (rapp. Dallant).
- Société anonyme Pamax c. Société d'exploitation des transports Beymer et autres*, Cass. Com., 17 mar 1982, *Bull. civ.* 1982. IV, n° 182, p. 162.
- Société anonyme La Lamière de Roubaix, Prouvost Masurel c. Dame Jean*, Aix, *D.* 1974. 676 (note Bories).
- Société Bellier c. Société Shell Berre*, Cass. Com., 13 mars 1972, *J.C.P.* 1972. II. 17196.
- Société Brasserie Gruber c. Veuve Leclair*, Cass. Com., 20 décembre 1960, *Gaz. Pal.* 1961 I. 355; *Bull. civ.* 1961. III, n° 419, p. 383.
- Société British American Bar c. Société Brasserie et Malterie «Le Phénix»*, Cass. Com., 27 janvier 1971, *D.* 1972. I. 536 (note J. Ghestin).
- Société Castellim SAS c. Société Faynel Jeannin et Cie*, Cass. Com., 20 octobre 1982, *Bull.* 1982. IV, n° 324, p. 273.
- Société Champenois et Cie c. Cie française Total*, Cass. Com., 1er février 1972, *J.C.P.* 1972. II. 17136.
- Société Elf-Distribution c. Société Garage Exxon*, Cass. Com., 27 avril 1971, *J.C.P.* 1972. II. 16975.
- Société Fiat France c. Société du Grand Garage Diderot*, Cass. Com., 2 octobre 1973, *Bull.* 1973. IV, n° 265.
- Société française de Radio et Télévision c. Société Radio Paillot*, Cass. Com., 28 octobre 1969, *J.C.P.* 1970. II. 16435 (note J. Guyénot)
- Société Garage du Lion de Belfort c. Cie française de distribution total*, Cass. com., 27 avril 1971, *J.C.P.* 1972. II. 16975.
- Société General Motors c. Société Waeffler*, Cass. Com., 9 mars 1970, *Bull. civ.* 1970. IV, n° 89.

- Société Lamborghini c. Landrau et autres*, Cass. Com., 9 octobre 1979, *Bull. civ.* 1979 I., n° 241, p. 192.
- Société Le Remplissage mécanique S.A. c. Société Organisation et contrôle conception et réalisation (OCCR) et autre*, Cass. com., 28 avril 1980, *Bull. Civ.* 1980. IV, n° 170, p. 133.
- Société nationale de télévision en couleur Antenne 2 c. Société anonyme Télé Union Production*, Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 1981, *Bull. civ.* 1981. I, n° 273
- Société Paul Laporte et Fils c. Sofifrance*, Cass. Com., 6 novembre 1961, *D.* 1962. 186.
- Société S.V.P.N.A.S. c. Société Billy et Nivet*, Trib. gr. inst. Bressuire, 19 juin 1973, *D.* 1974. 105.
- Société «Télé-Paris» c. Société des Établissements Boulanger et autre*, Cass. com., 22 février 1967, *Bull.* 1967. III, n° 85.
- Société «Union Horlogerie Franco-Suisse» c. Souce Perrier et autres*, Cass. Com., 16 juin 1964 : *J.C.P.* 1965. II. 14059.
- Société Yvon Caumette c. Société Chanel*, Trib. Com., Nanterre 17 décembre 1987, *Gaz Pal* 1988. I. 174.
- Thiérin c. Société Esso Standard*, Cass. com., 27 avril 1971, *J.C.P.* 1972. II. 16975.
- Yves et Pierre Lanvin c. Mme Ulm-Winderberger*, Versailles, 7 décembre 1983, *Gaz Pal* 1984. II. 677 (note J.-P. Marchi).
- United Shoe Machinery C^{te} de France c. Dieuil-Malbert et vie et Pasquier*, Cour d'Appel Paris, 15 mars 1934, *Gaz. Pal.* 1934. II. 23.

D) DROIT QUÉBÉCOIS

- Atlantic Paper Stock Ltd. c. Ste-Anne Nackawic Pulp and Paper Co. Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 580.
- Banque Canadienne Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.
- Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.S.C. 554.
- Betz Laboratories c. Massicotte*, [1980] R.P. 355 (C.A.).
- B.P. Canada Ltd. c. Verdun Trucking Co. Ltd.*, [1970] C.S. 201.
- B.P. Canada c. Traders Finance Corp.*, [1970] C.A. 653.
- Busson c. Lepage*, [1969] B.R. 657.
- Centre des orchestres du Québec Alex Drolet Ltée c. Turgeon*, J.E 86-31 (C.S.).
- Champlain Oil Products Ltd. c. Imbeault*, [1960] R.P. 399 (C.S.).

- Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*, J.E. 88-136 (C.A.).
- Consumers Cordage Ltd. c. St-Gabriel Land Co.*, [1945] R.C.S. 158.
- Dae Woo International Co. (Montreal) Ltd. c. Jack Jones Associates Ltd.*, J.E. 84-877 (C.A.).
- Daniel Pimparé Inc. c. Produits Petro-canada Inc.*, C.S. Montréal, no 500-05-00847-832, 7 octobre 1983
- Demers c. Moreau*, [1974] C.S. 653.
- Desmet c. Aliment Caban Canadienne Inc.*, J.E. 87-75 (C.A.).
- Fiat Motors of Canada Ltd. c. Desnoyers*, [1980] C.A. 63.
- Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Larocque*, [1975] C.S. 1015.
- Fortin c. Simpson-Sears Ltée*, [1978] C.S. 1154.
- G A Gruninger et Fils Ltée c. Construction Equipement Company Ltd.*, [1962] C.S. 444.
- General Motors Products of Canada Limited c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.
- Gervais c. Paquette*, (1910) 37 C.S. 501.
- Godin c. Gary Abraham Business*, [1986] R.J.Q. 809 (C.A.).
- Gulf Canada Ltée c. Gaz Bar Jacola Inc.*, J.E.83-446 (C.S.).
- Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.
- Laboratoires Abbott Ltée c. Ahuja*, J.E. 83-659 (C.S.).
- Lapalce c. Can Oil Co.*, [1965] B.R. 494.
- Marché Valérien Inc. c. N.A. Services Inc.*, J.E. 89-609 (C.S.).
- Metro Liquid Carriers Ltd. c. Gasbec Inc.*, J.E. 87-415 (C.S.).
- Montreal Dairy Co. Ltd. c. Gagnon*, (1932) 38 R.L. 272.
- Montreal Gaz Company c. Consumers Gaz Company of Montreal*, (1894) 6 C.S. 140.
- Nemec c. Shell Oil Co. of Canada*, [1965] C.S. 197.
- New Castle Products (Canada) c. Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée*, [1970] C.A. 29.
- Orangerooof of Canada c. M.*, J.E. 87-772 (C.S.).
- Perrault c. La Laiterie des producteurs de Johette Ltée*, [1959] C.S. 45.
- Philippe Beaubien et Cie Ltée c. C G.E. Co. Ltd.*, [1976] C.S. 1459.

R. c. Salomon Canada Sports Ltée. (1987) 28 C.C.C. (3d) 240 (C.A. Qué.).

Raymond Lanctôt (1982) Ltée c. Sirois, J.E. 86-764 (C.S.).

R Pagé Inc. c. Pebec Inc., C.A. Montréal, no 500-09-000270-783, 10 fevrier 1985, Juge L'Heureux-Dubé.

Sauvé c. Dépanneur Jean-Claude Chartrand Inc., [1982] C.S. 810.

Summer Sports Inc c. Pavillon de chasse et pêche (440) Inc, [1987] R.J.Q. 2467 (C.S.).

Syndicat des professeurs de l'État du Québec c. Direction générale des relations de travail, (1966) R.D.T. 157.

Toulouse c. Laiterie St-Georges, [1978] C.A. 210.

Trudel c. Clairol Inc of Canada, [1975] 2 R.C.S. 236.

United Shoes Machinery Company of Canada c. Brunet, (1909) A.C. 330.

Wabasso c. National Drying Machinery Co, [1981] 1 R.C.S. 578.

LOIS

A) DROIT AMÉRICAIN

Final Guides to the Franchising and Business Opportunity Ventures Trade Regulation Rule, 44 Fed. Reg. 49, 966.

Trade Regulations Rule Relating to Disclosure Requirements Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures, 16 C.F.R., n° 436.1.

B) DROIT CANADIEN

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

Loi constitutionnelle de 1867, L.R.C. (1985), App. II, n° 5.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), c. C-34.

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), c. 19 (2e Supp.).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, c.63.

The Franchise Act, R.S.A. 1980, c. F-17 modifié par *Franchise Amendment Act*, S.A. 1983, c. 46.

C) DROIT FRANÇAIS

Code civil français.

Code de commerce.

Loi du 14 octobre 1943, D.C. 1944. 1.

Loi du n° 78-22 du 10 janvier 1978, J.O., 11 janvier 1978, p.299.

Loi du n° 78-23 du 10 janvier 1978, J.O., 11 janvier 1978, p.301.

Loi no 89-1008 du 31 décembre 1989, D. 1990. 53.

Loi no 91-7 du 4 janvier 1991, D. 1991. II. 101.

Ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986, J.O. 9 décembre 1986 modifiée par la loi no 87-499 du 6 juillet 1987, J.O. 7 juillet 1987.

D) DROIT QUÉBÉCOIS

Code du travail, L.R.Q., c. C-27.

Loi de l'impôt sur la vente au détail, L.R.Q., c. I-3.

Loi des cités et villes, L.R.Q., c. C-19.

Loi des commissions d'enquête, L.R.Q., c. C-37.

Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières concernant le contrat de concession ou de franchise, L.Q., 1979, c. 79.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1.

Loi sur les valeurs mobilières, L.Q. 1982, c. 48.