

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

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

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

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

Les comportements opportunistes du franchiseur : étude du droit civil et du droit international uniforme*

Zoubeir MRABET**

Résumé

Le rapport contractuel né du contrat de franchise est empreint par un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties issu de la position économiquement dominante du franchiseur. Ce dernier sera à même de fixer unilatéralement le contenu contractuel, de sorte à diminuer ses obligations tout en élargissant le champ de ses droits. Surgit alors tout un pan de comportements opportunistes du franchiseur se traduisant, notamment, par des abus au détriment du franchisee qui ne peut qu'acquiescer à la volonté de son partenaire. En effet, l'étude du droit civil révèle que les systèmes civilistes reposent sur une conception libérale du contrat permettant de présumer que les parties sont capables de défendre leurs intérêts. En vertu de la théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat est présumé être conforme aux intérêts respectifs des parties. À défaut de

Abstract

The contractual relationship born of the franchise concept has at its core a manifest imbalance created by the dominant financial status of the franchisor. The latter is in a position to unilaterally stipulate the contractual contents in such a manner as to diminish his own obligations while enlarging the scope of his rights. From this, a plethora of opportunistic behaviours from the franchisor translating into varied kinds of abuse to the detriment of the franchisee who has no choice but to acquiesce to the franchisor's wishes. In truth, the study of civil law reveals that the civil systems are founded on a liberal conception of the contract, presuming that both parties are capable of defending their interests. By virtue of the theory of autonomy of the will, the contract is presumed to respect each party's interests. Without any vice of consent, the contract can only be

* La présente étude est basée en partie sur le mémoire de maîtrise de l'auteur.

** LL.M. (Montréal), avocat et membre du barreau tunisien.

tout vice de consentement, le contrat ne peut qu'être équilibré. Cependant, s'il se trouve que le contrat est malgré tout déséquilibré, le droit civil, à moins de circonstances exceptionnelles, n'y pourra rien. La lésion ne vicie pas les conventions conclues entre majeurs non protégés, et la théorie de l'imprévision est rejetée par la plupart des systèmes civilistes. L'indifférence du droit civil face à ce déséquilibre se justifie essentiellement par deux impératifs: la liberté contractuelle et la sécurité juridique.

Le principe de la force obligatoire du contrat s'impose aux parties autant qu'au juge et, partant, exclut toute tentative du juge de réviser un contrat déséquilibré. Toutefois, devant cette indifférence et cet immobilisme de la loi, le droit a, depuis, énormément évolué dans le sens d'apporter une protection plus accrue à la partie la plus faible au contrat. À ce titre, nous assistons aujourd'hui à une double intervention plus réaliste: l'intervention du juge et celle du législateur (particulièrement dans les contrats d'adhésion). D'abord, le juge manifeste une volonté irréprochable de corriger des déséquilibres contractuels choquants, notamment en présence de clauses contractuelles manifestement abusives, et ce au regard des exigences d'une justice contractuelle basée sur la bonne foi des parties et l'exigence d'agir raisonnablement. Ensuite, par l'élaboration de droits spéciaux ayant pour finalité la protection de la partie la plus faible, le législateur instaure des règles impératives destinées à condamner les éventuels déséquilibres contractuels. Ce souci de protection justifie l'atteinte ainsi portée

balanced. However, if the contract proves to be imbalanced, civil law, unless there are no exceptional circumstances, will have no effect in such a case. Lesion does not vice conventions concluded between unprotected parties, and the theory of frustration is rejected by most civil systems. The indifference of civil law towards contractual imbalance is justified by two imperatives: contractual liberty and judicial security.

The principal of the obligatory force of a contract applies to both parties, as well as to the judge and, in that way, excludes all attempts by the judge to revise the imbalanced contract. Nonetheless, in spite of the law's indifference and opposition to change, the law has since evolved enormously in supplying more protection to the weakest party of a contract. Thus, we are now witness to a double, more realistic intervention: the intervention of the judge and the legislator (particularly in contracts of adhesion). First, the judge manifests a will to correct the more obviously imbalanced aspects of the contract, most notably with regards to the presence of abusive contractual clauses, taking into account the requirements of a contractual justice based on the good faith of both parties and the obligation to act in a reasonable manner. Furthermore, the legislator through the use of special rights for the purpose of protecting the weakest party within the contract, implements imperative rules to restore the balance and fairness of the contract. This concern for protection justifies the adverse effect as so imposed onto the binding force of

au principe de la force obligatoire du contrat. Aussi, le postulat de Fouillée se voit inversé par Lacordaire qui souligne pertinemment que « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit et la loi qui libère ».

En somme, la protection du franchise appelle au glissement du rapport contractuel d'un rapport conflictuel vers un rapport de coopération et, notamment, par la reconnaissance du concept de solidarisme contractuel. Néanmoins, une telle démarche n'est pas sans troubler l'ordre normal de l'idée classique du contrat. D'une part, l'introduction d'obligations implicites au contrat renie en quelque sorte l'idée traditionnelle qu'on a des obligations contractuelles basée sur la commune intention des parties, et d'autre part, elle appelle à la reconsidération, par les systèmes civilistes, de la théorie de l'imprévision comme le suggère le droit uniforme et notamment le Guide D'UNIDROIT sur les accords internationaux de franchise principale, mais aussi les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.

the contract. Also, Fouillée's postulate is here reversed by Lacordaire who underlines that between the strong and the weak, it is freedom that enslaves and the law that liberates.

To summarize, the protection of the franchisee calls for the modification of the contractual obligation from one of conflict to one of cooperation and notably by the recognition of the contractual solidarity concept. Nevertheless, such a measure does not take place without disturbing the classic concept of the contract. Firstly, the introduction of the implied terms into the contract denies the traditional idea of the contractual obligations based on the common intention of both parties, and secondly, it calls for the reconsideration, by the civil systems, of the theory of frustration as is suggested by uniform law and especially the Guide To International Master Franchise Agreements, but also the UNIDROIT Principles For International Commercial Contracts.

Plan de l'article

Introduction	435
I. Les comportements opportunistes du franchiseur	439
A. Position du problème	439
B. Comportements opportunistes et abus du droit de contracter	442
1. La notion de clause abusive en droit comparé	442
2. Contenu de la clause abusive.....	447
C. Comportements opportunistes et abus des droits contractuels	452
1. Notion et fondements de l'abus de droit.....	453
2. Principales applications de l'abus des droits contractuels en matière de franchisage	458
II. Les solutions	463
A. Les principes généraux de droit	464
1. L'exigence de la bonne foi du franchiseur	464
2. L'exigence d'agir raisonnablement	469
3. L'économie du contrat.....	474
B. Les principes protecteurs de la partie la plus faible : l'adhérent franchisé	478
1. La protection par la loi	479
2. La protection par le contrat.....	483
Conclusion	490

Innovation contractuelle, la franchise l'est sûrement. Il s'agit, cependant, d'une innovation qui a réussi la fusion d'un certain nombre de mécanismes contractuels connus¹. Située entre les contrats de mandat, de vente, de louage et de société², la franchise étonne par son originalité et sa complexité. C'est ce dernier aspect qui rend son étude loin d'être aisée. Un auteur a bien souligné cet aspect en remarquant que « l'incertitude des tribunaux réside précisément dans la qualification du contrat de franchise »³.

Cette complexité découlant de la nature même de la franchise est accentuée par la complexité des relations entre le franchiseur et le franchisé. En effet, dans le cadre d'une franchise, le franchiseur, rédacteur potentiel du contrat, s'accorde beaucoup plus de droits discrétionnaires qu'il ne souscrit à des obligations. Dans un sens contraire, il impose une multitude d'obligations à son franchisé tout en limitant les droits de ce dernier. À ce propos, on a toujours souligné que le contrat de franchise est une technique de collaboration commerciale où franchiseur et franchisé cherchent à « fidéliser une clientèle au concept du franchiseur »⁴, mais il n'en demeure pas moins que chacune des parties poursuit la réalisation de certains objectifs qui lui sont propres. En pareil cas et en présence d'intérêts divergents des deux parties, les conflits ne peuvent que s'installer. Cette situation est inévitable puisqu'elle se rattache à la nature même de la franchise où l'équilibre des prestations est difficile à réaliser, ce qui rend l'analyse des relations entre franchiseur et franchisé assez délicate et pleine d'embûches.

Pour répondre à cet impératif rendu nécessaire par l'évolution constante du franchisage, notamment international, un travail d'harmonisation a été entrepris depuis 1985 par UNIDROIT⁵ qui a donné

¹ Michel CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les décisions récentes de la pratique commerciale », dans *Mélanges Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, p. 236.

² Paul-André MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 47-73.

³ *Id.*, p. 3.

⁴ Kathleen MCCORMICK GNUVA, *Le déséquilibre inhérent à la relation de franchise : étude comparative du droit français et du droit américain*, thèse de doctorat, Nice, Université de Nice Sophia Antipolis, 1997, p. 273.

⁵ Voir à cet effet : Lena PETERS, « Le projet de guide d'UNIDROIT sur le franchisage : comment et pourquoi? », (1996) 4 *Rev. dr. unif.* 695.

naissance au *Guide sur les accords internationaux de franchise principale*⁶. Bien que le Guide s'applique à toutes sortes d'accords de franchise, il n'en demeure pas moins qu'il traite surtout des accords de franchise internationale et, plus particulièrement, des contrats de franchise principale dans la mesure où c'est la technique la plus utilisée dans le cadre des accords internationaux. C'est pourquoi les sujets abordés dans les différents chapitres du Guide sont appréhendés sous l'angle bien spécifique de la franchise principale et que deux chapitres⁷ lui ont été « entièrement » réservés.

Sur le plan des droits nationaux, la France a adopté la *Loi Doubin*⁸ qui, sans être spécifique à la franchise⁹, la concerne de très près, dans la mesure où les rédacteurs de cette loi se sont inspirés de plusieurs autres lois portant sur la franchise¹⁰. À cette loi et son décret d'application¹¹ est venu se joindre le règlement communautaire 2790/1999¹² remplaçant le règlement CCE n° 4087/88¹³. Ce texte reste lui aussi limité quant à son champ d'application puisqu'il ne concerne que certaines catégories de franchise et uniquement au regard du droit de la concurrence¹⁴.

⁶ *Guide sur les accords internationaux de franchise principale*, Rome, UNIDROIT, 2000 (ci-après cité « Guide »).

⁷ *Id.*, c. 5 et 6.

⁸ *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, J.O. du 2 janvier 1990, p. 9.

⁹ Cette loi n'emploie pas le terme « franchise ».

¹⁰ A. KHAYAT DE CYWINSKA et Anne VICENT-FITOUSSI, *Le franchisé : droits et obligations*, thèse de doctorat, Université de Paris I, 1996, p. 39.

¹¹ *Décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1^{er} de la Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989*, J.O. du 6 avril, p. 4627 et rectificatif du 6 mai 1991, p. 5983.

¹² *Règlement CCE n° 2790/1999 de la CCE du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées*.

¹³ *Règlement CCE du 30 novembre 1988 relatif à l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité de Rome à des catégories d'accords de franchise*.

¹⁴ L'objectif premier de la Communauté économique européenne étant la mise en place d'un régime régulateur de la libre concurrence eu égard aux dispositions des articles 85 et 86 du traité de Rome.

En revanche, le droit américain semble mieux servi en matière de législation sur la franchise que son homologue français dont la situation est assez « désertique »¹⁵. En effet, depuis le 21 octobre 1979, on a assisté à l'entrée en vigueur d'une loi spécifique au franchisage intitulée *Union Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*¹⁶, connue sous le nom de *Full Discloser Act*. Cette loi conserve une importance capitale notamment pour l'influence qu'elle est appelée à exercer sur les pays de la communauté européenne et le cadre légal protectionniste qu'elle offre au franchisé¹⁷.

À ce titre, le *Full Discloser Act* impose au franchiseur de transmettre toutes les informations pertinentes au franchisé de sorte qu'il puisse s'engager en toute connaissance de cause. Certes, cette loi est importante, mais étant donné l'objectif de notre étude, nous n'allons traiter que du droit français et du droit québécois et particulièrement de leur système de droit civil.

Dans ce contexte, le législateur québécois ne s'est pas encore intéressé à cette technique de coopération commerciale. Plus généralement, au Canada, seules les provinces de l'Alberta¹⁸ et, plus récemment, l'Ontario¹⁹ ont vu la nécessité d'adopter des lois couvrant le franchisage²⁰. Ainsi, au Québec, on ne note, à ce jour, aucune réglementation spécifique au franchisage qui établit le cadre juridique d'un tel contrat et, notamment, les droits et les obligations réciproques des parties. Le contrat de franchise demeure donc un contrat innomé qui obéit au droit commun des obligations. Deux conséquences en découlent : d'une part, il n'existe aucune définition légale du franchisage et d'autre part, le contrat de franchise n'obéit à aucune

¹⁵ Olivier GAST, « Le droit de la franchise aujourd'hui », *Cah. dr. entr.* 1981.4, 23-25.

¹⁶ 16 C.F.R. § 436.

¹⁷ Olivier GAST, « Aperçu général de la loi américaine sur le franchising », *Rev. trim. dr. com.* 1982.35, 225-239.

¹⁸ *Franchises Act*, R.S.A. 2000, c. F-23, tel que modifié.

¹⁹ *Loi Arthur Wishart sur la divulgation relative aux franchises*, L.O. 2000, c. 3.

²⁰ Contrairement au législateur américain qui a adopté depuis le 21 octobre 1979 la loi intitulée *Disclosure and prohibitions concerning franchising and business opportunities ventures*, précitée, note 16. Voir à ce sujet : O. GAST, *loc. cit.*, note 17, 225 et suiv.

sorte de formalisme²¹. En pareil cas, peut-on avancer que, sous l'empire d'une telle réglementation, les franchisés sont à même de se voir protégés adéquatement et, partant, affirmer que les règles générales du droit des obligations permettent une pratique de la franchise internationale « juste, équitable et efficace »²² ? Conséquemment, le droit des obligations aussi bien français que québécois permettent-ils une gestion efficace du déséquilibre contractuel inhérent à la relation de franchise ?

À ce propos, quelle est la position du droit commun des obligations vis-à-vis des « abus » du franchiseur et quelles solutions envisage-t-il ?

Pour répondre à ces questions, nous devons tout d'abord exposer les éventuelles formes d'abus du franchiseur (I) pour donner par la suite une genèse des règles et principes juridiques aptes à garantir un certain équilibre contractuel entre les parties et, partant, favoriser une économie du contrat de franchise juste et équitable (II).

Ainsi circonscrite, cette étude tentera d'analyser les comportements opportunistes du franchiseur dans le cadre d'une franchise internationale²³. Cette analyse procèdera par la prospection des solutions préconisées par le droit commun des obligations et, notamment, celles fournies par le droit québécois et le droit français, d'une part et, d'autre part, celles proposées par le droit uniforme.

²¹ Génomara BRAS MIRANDA, « Le contenu obligationnel du contrat de franchise en droit québécois », (1998) 32 R.J.T. 823, 833; voir aussi: *North American Research Corp. c. Produits chimiques Narco inc.*, J.E. 91-587 (C.S.); *contra: Remax Québec inc. c. Remax Succès (1984) inc.*, J.E. 91-374 (C.S).

²² G. BRAS MIRANDA, *loc. cit.*, note 21, 827.

²³ Dans ce contexte, nous traiterons des obligations du franchiseur dans le cadre d'une relation contractuelle franchiseur/franchisé. Nous ne traiterons pas de façon spécifique des obligations du franchiseur dans le cadre d'une entente dite de franchise maîtresse où le franchiseur conclut une entente cadre avec une personne afin que cette dernière développe, à titre de licencié et de sous-franchiseur, un réseau de franchise à l'égard d'un territoire spécifique. Dans une telle entente maîtresse, le pouvoir de négociation des parties et leurs droits et obligations sont bien différents de celui que l'on retrouve usuellement dans un contrat de franchise.

I. Les comportements opportunistes du franchiseur²⁴

Avant de pouvoir mettre en exergue les comportements opportunistes du franchiseur qui se manifestent essentiellement par deux sortes d'abus, il serait pertinent de situer le problème dans son cadre général.

A. Position du problème

Par l'apport de son savoir-faire, de son assistance et du pouvoir de contrôle qu'il exerce sur le réseau, le franchiseur est le seul à pouvoir fixer les règles de l'exploitation de son concept, d'où la qualification quasi unanime du contrat de franchise en tant que contrat d'adhésion. Dès lors, le contrat de franchise ne sera que la manifestation de la seule volonté du franchiseur. En effet, en l'absence de forces égales, la liberté de négocier ne sera que rarement exercée, ou sera du moins très restreinte. Le contrat ne peut traduire, alors, qu'une volonté unilatérale : celle de son rédacteur qui détient, à ce titre, une sorte de pouvoir réglementaire²⁵. Fort de ce pouvoir, le franchiseur se croit en droit d'imposer ses normes à tous les adhérents de son réseau.

Les comportements du franchiseur sont ainsi empreints d'opportunisme qui se traduit en pratique par « la divulgation d'informations incomplètes ou dénaturées, par des efforts calculés pour fourvoyer, dénaturer, déguiser, déconcerter, ou semer la confusion lors de transactions commerciales ; ils recèlent un manque évident de franchise, d'honnêteté, de loyauté²⁶ ». La loi du plus fort entraîne,

²⁴ En adoptant ce titre, nous n'avons nullement l'intention de soutenir que tous les comportements des franchiseurs sont empreints d'opportunisme. Il est évident que plusieurs franchiseurs sont adeptes d'une politique plus coopérative qu'opportuniste et, à ce titre, ils entretiennent des relations de collaboration étroite avec leurs franchisés. Cependant, de telles relations ne posent aucun problème juridique pertinent, de sorte que leur étude est dénuée de tout intérêt. En revanche, c'est l'étude des comportements opportunistes que peuvent adopter certains franchiseurs qui nous intéresse et c'est là la raison d'être de ce titre.

²⁵ Stéphane GRAC, *Les relations juridiques entre franchiseur et franchisé : coopération et conflit*, thèse de doctorat, Université de Nice – Sophia Antipolis, 1999, p. 63 et 64.

²⁶ Sylvie LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes : étude particulière aux contrats de distribution*, Paris, Litec, 2002, p. 4 et 5.

ainsi, une standardisation de la volonté du stipulant²⁷ sur l'ensemble de la collectivité des franchisés. Au standard de comportement du franchiseur se joint un standard de décision²⁸. On a pu soutenir, à ce propos, qu'« il faut considérer la franchise comme un système de normes technico-juridiques préétablies et imposées par une seule volonté à l'ensemble des acteurs du réseau »²⁹.

Force est donc de constater que la relation de franchise fait naître des rapports assez inégalitaires. D'une part, un acte de soumission du côté du franchisé qui aliène sa liberté volontairement et, d'autre part, un acte de domination du côté du franchiseur qui impose sa loi. Le doyen Ripert souligne bien cette idée en remarquant qu'« adhérer, c'est se soumettre au contrat établi et plier sa volonté en protestant dans son cœur contre la dure loi imposée »³⁰. Par conséquent, leurs consentements ne revêtent pas la même réalité et l'équilibre des prestations s'en trouve touché. Nous est-il permis, alors, d'avancer l'existence d'un « vice de consentement permanent » dans les contrats de franchise ? Il semble que cela soit délicat à envisager au risque de s'aventurer dans une « impasse économique »³¹. Cependant, une réponse est pourtant avancée. Parler d'adhésion dans le cadre de la franchise revient à poser un « acte spécifique »³². Loin d'envisager l'adhésion en termes conflictuels et antagonistes, « l'acte de franchise » se fonde sur une approche plus coopérative. Ainsi, les parties, au lieu d'échanger leurs consentements, vont les donner réciproquement. Ce faisant, le déséquilibre inhérent à la relation de franchise n'est plus perçu comme un « mal en soi », mais plutôt comme un « mal nécessaire » à la survie du système. Une juridisation de ce déséquilibre a même été instaurée³³, quoique contrôlée, afin qu'il ne puisse pas dépasser les limites de ce qui est raisonnable.

²⁷ Afin d'alléger le texte, le terme « stipulant » réfère au franchiseur, alors que « adhérent » réfère au franchisé et inversement.

²⁸ Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 408, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 276-279.

²⁹ S. GRAC, *op. cit.*, note 25, p. 65.

³⁰ Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 98.

³¹ *Id.*, p. 99.

³² Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 171.

³³ S. GRAC, *op. cit.*, note 25, p. 74 et suiv.

Néanmoins, le souci de maintenir intact l'esprit même de la franchise, en légalisant ce déséquilibre, n'est pas à même de lui garantir un sauvetage sans victime. Le franchiseur est grandement tenté de profiter de ce déséquilibre pour exploiter son contractant.

L'existence des contrats déséquilibrés n'est plus à démontrer³⁴. Le déséquilibre inhérent à la relation de franchise en est sûrement une illustration³⁵. Comme nous l'avons vu, ce déséquilibre est fortement favorisé par un abus de pouvoir d'une partie disposant d'une position économiquement dominante³⁶. Cette situation favorisera l'opportunisme du franchiseur qui se manifestera par un comportement « contraire à la compréhension du contrat chez l'autre [le franchisé], sans nécessairement aller à l'encontre de la lettre de l'entente, mais d'une manière à effectuer un transfert de richesse au détriment de l'autre [le franchiseur] et à son propre profit »³⁷.

Le franchiseur cheminera, alors, deux grandes avenues d'abus qui se rejoignent à l'angle incontournable d'une régulation de la force obligatoire du contrat. Dans cette optique, deux hypothèses s'offrent à nous : d'une part, celle où « le droit », ainsi formalisé, ne produira pas l'effet escompté et la clause qui le contient sera simplement amputée et, d'autre part, celle où la clause, tout en restant valide pour l'avenir, se verra temporairement mise en veilleuse en raison de l'exercice abusif dont on a fait preuve.

Si les deux hypothèses qu'on vient de souligner finissent par se rejoindre au carrefour de l'abus du franchiseur, il n'en demeure pas moins qu'elles rejettent l'idée d'appartenir à un même *corpus* institutionnel. On est sans aucun doute en présence de deux institutions distinctes : d'une part, on parlera pour la seconde d'abus de droit contractuel dans la mesure où le droit existe, ce n'est que son

³⁴ Victoire LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, t. 1, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2000, p. 43-202.

³⁵ K. MCCORMICK GNUVA, *op. cit.*, note 4.

³⁶ Jaques MESTRE, « Rapport de synthèse », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, p. 159.

³⁷ Timothy J. MURIS, « Opportunistic Behavior and the Law of Contracts », 65 *Minn. L. Rev.* 521 (1981), traduit et cité par Ejan MACKAAY, Violette LEBLANC, Nicolette KOST-DE-SÈVRES et Emmanuel S. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de Benoît MOORE, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 437.

exercice qui est condamné (C) et, d'autre part, on parlera de clauses abusives dont le contenu ne produira aucun effet de droit, du fait que la clause sera réputée comme inexistante. Il en découle que le régime des clauses abusives sous-tend à limiter le pouvoir de fixer le contenu du contrat et que si abus il est, il se rapporte indiscutablement à l'abus de la liberté contractuelle, voire au droit de contracter (B).

B. Comportements opportunistes et abus du droit de contracter

L'étude de cette sorte d'abus requiert, cependant, de circonscrire les contours de cette notion, notamment en droit comparé (1) ainsi que son contenu (2).

1. La notion de clause abusive en droit comparé

Depuis des années, le sujet des clauses abusives « avait, à la fois, “le vent” et “du vent” dans “les voiles” »³⁸. Conscients de l'intérêt d'adopter une législation régissant ce type de clauses, plusieurs pays se sont intéressés au problème en vue de protéger la partie la plus faible, consommateur, adhérent ou non professionnel, contre des clauses abusives. C'est à ce titre que la France adopta, en 1978³⁹, une loi sur la protection des consommateurs qui a mis en place un système assez incohérent et complexe destiné à combattre et à prévenir cette catégorie de clauses. Cette loi ayant fait l'objet d'un échec, plusieurs autres tentatives législatives ont été amorcées dont la dernière en date est celle de la *Loi du 1^{er} février 1995*⁴⁰ qui est la transposition de la directive communautaire du 5 avril 1993. Dans ce cadre, l'article L 132-1 du *Code de la consommation français* définit, à cet effet, les clauses abusives comme celles « qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

³⁸ Abbas KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 306, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 1.

³⁹ *Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produit et de service*, J.O. du 11 janvier 1978, p. 299.

⁴⁰ *Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995*, J.O. du 2 février 1995, p.1755.

En revanche, en matière de franchise, le franchisé ne peut pas se prévaloir des dispositions de la loi de 1995, notamment parce qu'il n'est pas considéré comme un consommateur au sens de la directive européenne de 1993⁴¹. À ce titre, une clause de résiliation unilatérale au profit du franchiseur, clause qui autrement aurait été qualifiée comme abusive automatiquement, ne le serait que par une intervention judiciaire qui relèverait un éventuel abus dans l'exercice de ce droit ; ce qui revient, par ailleurs, au même.

Cet exercice « périlleux » que propose le droit français en matière de clauses abusives, animé par l'exigence de la qualité de consommateur, est cependant à proscrire. Il aurait été plus simple et plus avantageux de considérer, en droit français, qu'une clause est simplement abusive lorsqu'elle heurte l'article 1134 al. 3 du *Code civil* sans se préoccuper de la qualité de consommateur⁴². Par conséquent, nous nous intéresserons uniquement aux dispositions du droit civil français pour une double raison : d'une part, la *Loi de 1995* ne s'applique pas au contrat de franchise et, d'autre part, elle continue d'écarter la notion de contrat d'adhésion.

Pour sa part, le législateur québécois s'est manifesté par des interventions ponctuelles qui ont servi de moyens aux tribunaux pour maîtriser le flux croissant des clauses abusives dans les contrats. Mais, ce n'est qu'avec l'adoption de l'article 1437 C.c.Q. que les clauses abusives ont été reconnues officiellement. Cet article a permis, par ailleurs, de généraliser son application à tous les contrats d'adhésion et de consommation.

Cependant, parler de clauses abusives en droit québécois, et même en droit français, revient à distinguer cette notion de sa voisine la lésion. Une telle distinction nous permettra, en l'occurrence, de mieux circonscrire ce qu'on entend par clause abusive. Certes, les deux notions se concilient en s'accordant à rétablir un certain *équilibre contractuel*, mais il n'en demeure pas moins que leur façon de faire est discordante.

⁴¹ Art. 2.b de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives : « on entend par consommateur toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

⁴² Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 343, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 362.

La lésion est généralement présentée comme un *vice de consentement*⁴³. Néanmoins, le vice de consentement entre majeurs n'est pas retenu⁴⁴, sauf exception⁴⁵. L'article 1406 du *Code civil du Québec* nous éclaire plus sur cette notion en soulignant que la lésion « résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation ».

La clause abusive se rapporte, quant à elle, à la force obligatoire et au contenu du contrat. Dans le même sens, Jacques Ghestin⁴⁶ fait remarquer qu'en matière de contrat d'adhésion, ce sont les clauses accessoires qui font l'objet des clauses abusives. On en déduit que « la lésion viserait les obligations *fondamentales* par rapport aux obligations *secondaires* du contrat »⁴⁷. Il en résulte que seule la lésion est de nature à déséquilibrer l'ensemble du contrat, alors que le déséquilibre inhérent aux clauses abusives se limite à l'exécution de certaines obligations accessoires, comme c'est le cas de la *clause pénale* ou de la *clause de non-concurrence*. Ainsi, il suffit pour rééquilibrer le contrat, en cas de clause abusive, de « l'amputer » de la clause qui l'entache. À l'inverse, en matière de lésion, c'est tout le contrat qu'il faut revoir.

Néanmoins, cette distinction est du moins assez théorique et rencontre, en doctrine, de vives critiques. En effet, la combinaison des articles 1435, 1436 et 1437 C.c.Q. permet un certain rattachement de la clause abusive à la théorie des vices de consentement. D'ailleurs, à certains égards, les sanctions d'une clause abusive et celles des vices de consentement se rejoignent⁴⁸. Dans un sens contraire, les articles 1437 et 1406 C.c.Q. visant tous les deux le rééquilibrage des prestations contractuelles, la lésion peut donc être invoquée par des majeurs dans le cas bien particulier des contrats

⁴³ Cela reste, cependant, à discuter.

⁴⁴ Art. 1405 C.c.Q.

⁴⁵ Art. 2332 C.c.Q.

⁴⁶ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil: le contrat: formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 622.

⁴⁷ Adrian POPOVICI, «Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion», dans Philippe HÉNAULT et Loretta COLTON (dir.) *Conférence Meredith – Le franchisage*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 150.

⁴⁸ Cf. art. 1407 et 1408 C.c.Q.

de consommation et d'adhésion⁴⁹. Serait-ce à dire, alors, que les deux notions n'en font qu'une ? Nous ne le pensons pas. Autrement, l'article 1405 C.c.Q., soulignant le caractère exceptionnel de la lésion, n'aurait plus aucun sens. En effet, bien que les deux notions s'attaquent au même objectif, à savoir l'exploitation du plus faible, il n'en demeure pas moins qu'elles restent distinctes. Il ne faut pas toujours ramener tout désavantage contractuel à une disproportion entre les prestations⁵⁰. Conséquemment, l'article 1437 C.c.Q. ne vise que les clauses accessoires du contrat. L'objet du contrat et l'équilibre économique des prestations dans sa globalité demeurent en dehors de son champ d'application⁵¹. « Seul un contrat est *lésionnaire*. Une clause ne peut être qu'*abusive* »⁵².

Une clause aussi abusive qu'elle puisse être, ne peut rendre un contrat lésionnaire. Ce disant, gardons-nous d'investir la notion « survivante » du rôle de la notion « défunte »⁵³. La distinction entre les deux notions est certainement « nébuleuse » en droit québécois, mais cela ne nous autorise nullement à habiller l'une de l'habit de l'autre.

Toutefois, dire que la clause abusive ne se rapporte pas à l'équilibre économique de la relation contractuelle dans sa globalité, ne signifie pas que l'on doit restreindre le champ d'application de l'article 1437 C.c.Q. Il faut distinguer ici entre les stipulations établissant les prestations réciproques des parties et celles qui lui sont étroitement rattachées⁵⁴. À titre d'exemple, une clause donnant au franchiseur un droit unilatéral de modifier le prix ne se rapporte pas à l'équilibre global du contrat et laisse la porte ouverte à l'application de l'article 1437 C.c.Q. De même, les clauses exonératoires de responsabilité relatives à l'inexécution de l'obligation de fourniture, mise à la charge du franchiseur, doivent être qualifiées de

⁴⁹ A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 47, 151.

⁵⁰ Sylvette GUILLEMARD, « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », (1999) 59 *R. du B.* 369, 369-374.

⁵¹ Benoît MOORE, « Le contrôle des clauses abusives : entre formation et exécution du contrat », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de B. MOORE, *op. cit.*, note 37, p. 470.

⁵² A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 47, 151.

⁵³ B. MOORE, *loc. cit.*, note 51, 422.

⁵⁴ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 337, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 331.

clauses abusives en ce qu'elles se détachent de l'équilibre économique global du contrat de franchise. Ces clauses sont accessoires par nature, même si elles portent sur une obligation principale du stipulant. Pareillement, avancer que les clauses abusives ne visent pas le contrat dans sa globalité n'implique pas que l'article 1437 C.c.Q. ne permette pas une évaluation globale de ses clauses⁵⁵. Comme l'enseigne cet article, la clause abusive est celle qui « désavantage [...] l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ». Or, dans un contrat synallagmatique ce qui constitue un avantage excessif pour l'une des parties est un désavantage excessif pour l'autre. L'équilibre global du contrat est alors forcément mis en cause. Cela suppose nécessairement un sondage général de l'économie du contrat. Le juridique se ramenant toujours à l'économique, on ne peut emprisonner la clause abusive dans un simple sanctuaire juridique⁵⁶. Ainsi, une clause d'exclusion de garantie, si abusive soit-elle, ne serait plus en présence d'une autre clause par laquelle un franchisseur consent à faire bénéficier son franchisé d'un prix à la baisse. À l'inverse, une clause qui exclue sans une contrepartie une obligation mise à la charge du franchisseur serait abusive dans la mesure où elle dénature le contrat et, ce faisant, reflète le pouvoir de décision du plus fort sur le plus faible.

En définitive, comme l'enseigne l'article 1437 C.c.Q., l'« obligation essentielle découlant des règles gouvernant habituellement le contrat » doit être comprise comme étant celle qui « découle de la nature du contrat »⁵⁷, à défaut de quoi il y a dénaturation du contrat de sorte qu'on assiste, désormais, à un acte déséquilibré.

Quant au droit uniforme, il semble qu'il soit resté quasi silencieux sur ce point. En effet, « le Guide s'est limité à traiter brièvement cette question dans son chapitre relatif à l'adaptation de la franchise »⁵⁸. À ce titre, ses rédacteurs soulignent que le franchisseur devrait éviter de s'accorder un droit unilatéral lui permettant

⁵⁵ A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 47, 152.

⁵⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 54, p. 332.

⁵⁷ Élise CHARPENTIER, « L'article 1437 du *Code civil du Québec*: de l'art de lire un article qui surprend », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de B. MOORE, *op. cit.*, note 37, p. 248.

⁵⁸ Voir le chapitre 12-C « application des principes juridiques – droit des contrats », Guide, *op. cit.*, note 6, p. 148.

de « modifier arbitrairement les termes du contrat, en augmentant ainsi les obligations du franchisé [principal et/ou des sous-franchisés] à un point tel que cela pourrait avoir des effets négatifs sur l'exploitation des unités franchisées »⁵⁹. Le Guide suggère, avant toute rédaction de telles clauses, de se référer aux dispositions de la loi applicable en matière de clauses léonines ou abusives en vue d'éviter toute interprétation ultérieure qui pourrait lui être préjudiciable.

Le Guide a, pour ainsi dire, laissé cette question aux droits nationaux et, notamment, au droit applicable au contrat de franchise international. Dans ce contexte, il appert qu'il s'agit là d'un comportement de principe de la part d'UNIDROIT, en ce sens que même les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* ont évité d'aborder la question des clauses abusives, bien qu'ils ont traité sa notion voisine : la lésion⁶⁰. Cependant, comme le soulignent les commentaires des *Principes* il est possible de recourir à d'autres mécanismes telle que la notion de bonne foi, voire « à celle de lésion pour avantage excessif »⁶¹.

2. Contenu de la clause abusive

Qualifier une clause d'abusives c'est un peu rendre compte des diverses formes d'abus qu'elle peut contenir. Or, ce contenu reste encore indéterminé et potentiellement ambigu.

De même, il est assez étonnant de constater que la notion de clause abusive se fonde étrangement sur le rejet du principe de l'autonomie de la volonté⁶². Néanmoins, ce rejet n'est que partiel puisqu'en présence d'un contractant vulnérable, le principe doit céder la place à l'impératif de l'équilibre contractuel⁶³. En effet,

⁵⁹ Guide, *op. cit.*, note 6, p. 149.

⁶⁰ *Principes relatifs aux contrats de commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994 (ci-après cités «Principes d'UNIDROIT»), art. 3.10 – Avantage excessif. Les Principes d'UNIDROIT sont disponibles sur Internet à l'adresse suivante : [http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf].

⁶¹ Paul-André CRÉPEAU, avec la collaboration d'Élise CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 124.

⁶² P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 54, p. 297.

⁶³ Voir : Laurence FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 366, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 131-142.

devant les rapports inégaux des parties à l'opération, l'autonomie de la volonté ne saurait traduire l'équation selon laquelle « qui dit juste, dit contractuel ». C'est pourquoi, le législateur contemporain a cru bon d'adopter une « solution mitoyenne » qui permet une meilleure justice contractuelle, notamment pour la partie la plus faible. Dans ce cadre, on a pu avancer que l'adhérent loin de se rendre compte des subtilités juridiques des clauses contractuelles les accepte pêle-mêle, et même si ce n'est pas le cas, son infériorité psychologique et économique l'empêcherait d'y apporter des modifications⁶⁴. Ainsi soumis, il n'a d'autre alternative que d'acquiescer à la volonté du stipulant, rédacteur « naturel » et exclusif du contrat. Dès lors, est-il primordial de protéger l'adhérent en condamnant toute clause qui a pour objet de créer un « déséquilibre significatif » à son détriment. Pour ce faire, il faut déterminer le contenu de cette clause.

Nous nous proposons, donc, de prendre l'exemple de l'article 1437 C.c.Q. pour y parvenir. À ce propos, cet article dispose que :

1437. *La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.*

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

Cette proposition de définition de la clause abusive est assez imprécise ou du moins « déroutante »⁶⁵, ce qui lui a valu un éventail de critiques⁶⁶. Elle nous fournit, cependant, un critère de qualification, recoupant deux éléments, et une illustration de ce que peut être une clause abusive.

⁶⁴ Jacques GHESTIN et Isabelle MARCHESSAUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », dans Jacques GHESTIN (dir.), *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications*, colloque de Luxembourg 6-9 novembre 1989, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, p. 78.

⁶⁵ É. CHARPENTIER, *loc. cit.*, note 57, 236.

⁶⁶ Jean H. GAGNON, « Le contrat d'adhésion sous le *Code civil du Québec* », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1 ; A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 47, 153.

D'une part, l'article 1437 C.c.Q. parle de caractère *excessif* et *déraisonnable* de la clause. *A priori*, il semble qu'on soit en présence d'une conception objective⁶⁷ de la clause abusive. Les facteurs affectant la disproportion des avantages entre les parties qu'implique la clause ne se rattachent pas à la situation d'un adhérent en particulier⁶⁸. Par conséquent, l'adhérent n'est pas astreint à prouver un préjudice particulier pour invoquer la nullité de la clause ou sa réduction. Néanmoins, si le qualificatif *déraisonnable* relève d'une conception objective, le qualificatif *excessif* est empreint d'un double aspect à la fois objectif et subjectif. L'aspect subjectif se rattache alors tant à l'effet de la clause sur un adhérent en particulier qu'à la mesure de son application⁶⁹.

Au surplus, on est tenté de poser la question de savoir si le caractère abusif de la clause doit être apprécié *in concreto*, ou plutôt *in abstracto*. Une certaine jurisprudence semble, à ce propos, prendre en considération les effets de la clause sur la situation de l'adhérent⁷⁰ : une clause bien équilibrée peut revêtir un caractère abusif une fois appliquée à la situation particulière d'un adhérent.

Si tel est le cas, alors qu'en est-il de la question, plus générale, de savoir si on doit apprécier le caractère abusif de la clause lors de la formation du contrat (*in se*), ou si on doit plutôt évaluer ce caractère en fonction des circonstances de l'application de la clause ? La réponse à cette question semble équivoque, la jurisprudence étant assez hésitante sur ce point⁷¹. La majorité de la doctrine s'est prononcée pour la seconde solution⁷². Or, pensons-nous, même si nous devons corroborer la position de cette doctrine, la réponse devrait être recherchée aussi bien dans une « application raisonnée et nécessaire de l'article 1437 »⁷³ que dans une approche pragmatique du problème. En effet, il faut tout d'abord se départir de cette ten-

⁶⁷ Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 9 et suiv.

⁶⁸ A. POPOVICI, *loc. cit.*, note 47, 152.

⁶⁹ *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 (C.A.).

⁷⁰ *Fram c. Office municipal d'habitation de Pointe-Claire*, J.E. 98-1402 (C.Q.)

⁷¹ *Tellier c. La mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance sur la vie*, J.E. 98-1530 (C.S.); *contra*: *Gaillard c. Microtec Inc.*, J.E. 95-782 (C.Q.).

⁷² Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 123; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n^o 1853, p. 986.

⁷³ B. MOORE, *loc. cit.*, note 51, 482.

dance d'avoir recours à l'article 1437 C.c.Q. dans des circonstances où l'application du droit commun ou celle de la notion d'ordre public, voire même le recours à une interprétation *contra proferentem* aurait suffi⁷⁴. Ensuite, l'adoption d'une approche pragmatique du caractère abusif de la clause ne peut que nous permettre une meilleure maîtrise du contenu de la clause litigieuse. Même si nous sommes d'avis que l'appréciation de ce caractère abusif se fait « principalement »⁷⁵ lors de la formation du contrat⁷⁶, toujours est-il qu'une évaluation *in concreto* de certains événements ne peut que nous éclairer plus sur l'existence ou non d'un éventuel abus.

Cependant, une telle appréciation est de nature à ramener la clause abusive sur le terrain de l'abus de droit. En effet, si l'application de la théorie de l'abus de droit par la jurisprudence n'est plus contestée depuis l'affaire *Houle*⁷⁷, il n'en demeure pas moins que la confusion règne quant à savoir si on est en présence d'une clause abusive ou d'un cas d'abus de droit⁷⁸. Il est vrai qu'une confrontation des articles 7⁷⁹, 1375⁸⁰ et 1437 C.c.Q. ne fait qu'amplifier la difficulté de distinction entre les deux notions. L'emploi par les articles 7 et 1437 des termes « excessif » et « déraisonnable », ainsi que la présence de la notion de bonne foi, prête à confusion. L'appréciation *in concreto* du caractère abusif d'une clause vient alors renforcer une confusion déjà lourde de conséquences. Dans ce contexte, on se rappellera que les deux notions relèvent de deux institutions différentes. Une clause abusive est sanctionnée par la nullité ou la réduction de l'obligation de l'adhérent, alors que celui qui abuse de son droit est condamné à des dommages et intérêts. Aussi, est-il

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 69, 1739.

⁷⁶ Également de cet avis : Michel LEVASSEUR, « Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *op. cit.*, note 36, p. 96.

⁷⁷ *Banque nationale du Canada c. Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122.

⁷⁸ *Université de Montréal c. Fédération des médecins résidents du Québec*, [1994] R.J.Q. 1650 (C.S.), inf. par [1997] R.J.Q. 1832 (C.A.), sauf que ce dernier arrêt ne fait aucune mention du caractère abusif de la clause litigieuse.

⁷⁹ Art. 7 C.c.Q. : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ».

⁸⁰ Art. 1375 C.c.Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ».

clair qu'en face d'un stipulant qui a abusé d'un droit contractuel, pourtant légitime, on n'a nullement besoin de recourir à la notion de contrat d'adhésion en ce que la notion d'abus de droit se rattache à l'appréciation du comportement du contractant, en l'occurrence le stipulant, lors de l'exercice d'un droit qu'il détient du contrat⁸¹. En revanche, le caractère abusif d'une clause s'apprécie potentiellement au moment de sa rédaction plus que lors de son application. Inversement, il est inconcevable de parler de mauvaise foi du stipulant du seul fait que ce dernier procède à l'établissement unilatéral des termes du contrat, puisque, dans de telles circonstances, il n'exerce encore aucun droit⁸² : il ne fait que jouir d'une liberté⁸³ ou commet une faute susceptible de l'application de l'article 1375 C.c.Q.

En somme, l'appréciation des caractères « excessif et déraisonnable » d'une clause doit se faire en procédant à une analyse interne de la clause, ainsi qu'en étudiant son contexte externe.

D'autre part, l'alinéa 2 de l'article 1437 C.c.Q. nous fournit une illustration de ce que peut être une clause abusive en disposant qu'« est abusive notamment, la clause si éloignée des obligations qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

Bien que la majorité des auteurs s'accordent à dire qu'il s'agit là d'un exemple ou d'une présomption de clause abusive, il reste que cet alinéa, comme son précédent, prêche par son imprécision.

Dans une tentative de clarification, le ministre de la Justice souligne, dans ses commentaires, que les clauses sont abusives « parce qu'elles vont à l'encontre du régime contractuel escompté »⁸⁴. Ce disant, la prise en compte des attentes légitimes des parties nous offre une alternative assez cohérente quant à l'interprétation de l'alinéa 2 de l'article 1437 C.c.Q.

⁸¹ P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 54, p. 317.

⁸² B. MOORE, *loc. cit.*, note 51, 485.

⁸³ Jacques GHESTIN, *Le contrat – principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université McGill, 1982, p. 308.

⁸⁴ Voir le commentaire du ministre de la Justice relatif à l'article 1437 C.c.Q. dans : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993.

Cette illustration de la clause abusive reste, au demeurant, très générale et abstraite. Aussi, pouvons-nous et de manière moins académique, poser la question : dans quels cas une clause peut-elle être abusive ? Comme le souligne le professeur Popovici, « on pourrait en dresser un catalogue, non exhaustif [...] ». Tant le droit communautaire⁸⁵, le droit français⁸⁶ que le droit québécois⁸⁷ nous fournissent un éventail d'exemples de clauses abusives⁸⁸.

Ainsi, en matière de franchise, les clauses de non-concurrence et les clauses pénales semblent attirer plus l'attention du juge. La *clause de non-concurrence*, d'abord, en ce qu'elle porte en elle les germes de l'illicite ce qui incite le juge à s'ériger contre l'ordre public⁸⁹. Ce faisant, il ne peut que prononcer sa nullité⁹⁰. À défaut, il est enclin à saisir son caractère abusif et, partant, réduire sa portée. Ensuite, la *clause pénale* est susceptible d'être qualifiée d'abusives en ce qu'elle impose de lourdes conséquences au défaut du franchisé. Aussi, d'autres clauses peuvent s'avérer abusives, telles les clauses externes, illisibles et incompréhensibles.

Au demeurant, comme on l'a souligné auparavant, certaines clauses du contrat de franchise bien que n'étant pas abusives *a priori*, peuvent le devenir au cours de l'exécution du contrat. Leur exercice abusif aura pour effet de déséquilibrer le contrat au détriment du franchisé. On parlera alors d'abus des droits contractuels.

C. Comportements opportunistes et abus des droits contractuels

L'étude des abus des droits contractuels commande de circonscrire, tout d'abord, la notion de l'abus de droit (1) pour pouvoir, par

⁸⁵ Voir le numéro spécial sur le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la CEE : (1982) *R.I.D.C.* 505-1103.

⁸⁶ A. KARIMI, *op. cit.*, note 38. L'auteur dresse une liste de clauses notamment aux pages 113 et suiv.

⁸⁷ À titre d'exemple voir les articles 8 à 13 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

⁸⁸ Voir notamment les articles 1901, 1623, 1474, 1475, 1900, 1733, 1905, 1906, 2084 et 2092 C.c.Q.

⁸⁹ Art. 1373, al. 2 : « La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable ; elle ne doit pas être prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public ».

⁹⁰ *169914 Canada Inc. c. 2638-9833 Québec Inc.*, J.E. 92-1331 (C.S.).

la suite, en donner quelques exemples en matière de franchise qui nous permettront de mieux saisir le phénomène (2).

1. Notion et fondements de l'abus de droit

Abuser d'un droit contractuel, c'est agir contrairement à la bonne foi⁹¹ et de manière excessive et déraisonnable⁹². La notion de l'abus de droit est alors perçue comme une norme de comportement qui s'adapte à une multitude de situations contractuelles⁹³. Pour Cornu il s'agit de « l'usage excessif d'une prérogative juridique »⁹⁴. Mais, malgré ces définitions, il est certain que pour bien saisir le sens exact de ce qu'on entend par « abus de droit », il est essentiel de mettre en exergue la manière dont se pose le problème de l'abus en ce qui a trait à l'exercice des droits. Explicitant cette problématique, Planiol précise :

*Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié; sa formule « usage abusif des droits » est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit [...] le droit cesse où l'abus commence [...] un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit.*⁹⁵

Dans ce contexte, d'aucun nie que les droits contractuels accordent à leur titulaire des « prérogatives » tout en le soumettant à certains devoirs légaux. Il en est ainsi du droit de propriété dont le titulaire est astreint au respect de la servitude de passage qu'il a cédé à autrui. La question est alors de savoir « si, en dehors de ces limites tracées [...] par les lois, il existe d'autres restrictions non précisées par le législateur »⁹⁶. Sûrement : aux limites « textuelles » des lois, il faut adjoindre les limites « virtuelles » que la volonté du

⁹¹ Maurice TANCELIN, *Des obligations – contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, p. 267.

⁹² *Bertrand équipements Inc. c. Kubota ltée*, J.E. 2002-908 (C.S.).

⁹³ Pierre-Gabriel JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans *Mélanges Germain Brière*, sous la direction d'Ernest CAPARROS, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 132.

⁹⁴ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^e éd. mise à jour avec locutions latines, Paris, P.U.F., 2004, p. 6.

⁹⁵ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 1926, p. 298.

⁹⁶ A. KARIMI, *op. cit.*, note 38, p. 27.

législateur a entendu consacrer. Une personne qui édifie une maison sur son terrain dans l'intention de nuire à son voisin, abuse indiscutablement de son droit de propriété.

Mais est-ce à dire que le fondement juridique de la théorie réside dans la volonté du législateur? La réponse ne semble pas évidente.

D'abord, en droit français, le législateur n'a pas cru bon de consacrer une règle générale relative à l'abus de droit. Certes, il existe des textes particuliers qui réfèrent à cette notion, mais qui ne sont pas susceptibles d'un raisonnement par induction suivi de déduction comme il est d'usage en matière juridique. Force est donc de constater l'absence d'un texte législatif général consacrant la théorie. Ce constat fait, la doctrine française est allée chercher de tels fondements en retraçant les sources jurisprudentielles, voire doctrinales de la théorie. Ainsi, pour une certaine doctrine, le fondement de la notion de l'abus de droit réside dans « l'esprit du système juridique » ou dans l'intention implicite du législateur⁹⁷ : la conception finaliste du droit⁹⁸ impose de prendre en considération « les circonstances normales », à défaut de quoi on ne respecterait pas la volonté réelle du législateur. Cette méthode semble correspondre au courant doctrinal le plus récent en matière d'interprétation⁹⁹.

Quant au droit québécois, et contrairement au droit français, il a posé au sein de l'article 7 C.c.Q. l'édifice d'une norme générale relative à la notion de l'abus de droit en disposant qu'« [a]ucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ». Comme pour l'article 1437 C.c.Q., l'article 7 renvoie aux notions d'exercice « excessif » et « déraisonnable » du droit, ainsi qu'à la notion de bonne foi. Néanmoins, cet article ajoute un autre critère de qualification : la malice ou l'intention de nuire. Ce critère constituait déjà, depuis les années 80, le critère de l'abus de droit en matière contractuelle¹⁰⁰. Cela implique qu'on ne saurait engager la responsabilité du titulaire du droit que si l'on prouve l'existence d'un abus dans l'exercice de ce droit contractuel. Vraisemblablement,

⁹⁷ *Id.*, p. 39.

⁹⁸ S. DARMAISIN, *op. cit.*, note 42, p. 14-31.

⁹⁹ François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1991, p. 439.

¹⁰⁰ P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 92, 128.

blement, on est là devant une présomption de fait qui suppose qu'un contractant est présumé avoir agi « malicieusement » lorsqu'il ressort des faits que l'exercice de son droit ne comportait aucun intérêt pour lui, et, qu'au demeurant, il avait porté sérieusement préjudice à son cocontractant¹⁰¹.

Cette conception de l'abus de droit est fondée sur la théorie classique de l'autonomie de la volonté en vertu de laquelle les parties sont liées par la force obligatoire du contrat : l'exercice du droit contractuel est légitimé par la loi des parties, sauf en cas de malice¹⁰². Ainsi, mis à part les cas exceptionnels des droits dits discrétionnaires qui sont susceptibles de ne pas tomber sous le contrôle de la théorie de l'abus de droit, l'exercice d'un droit dans l'unique intention de nuire est considéré comme abusif :

*Il s'agit essentiellement de reconnaître qu'un droit, quelle qu'en soit la source, ne saurait être absolu. Tout droit a une finalité propre ; il est concédé en vue de la satisfaction d'impératifs sociaux ou de besoins économiques et non pas pour l'assouvissement des instincts de vengeance ou de méchanceté. C'est dans cette perspective que l'on doit envisager l'exercice des droits contractuels. Un ordre juridique, pâle reflet de l'ordre moral, doit certes souffrir l'égoïsme ; il ne saurait en tout cas tolérer la malice.*¹⁰³

Certes, ce critère de l'intention de nuire fut longtemps utilisé comme critère de l'abus de droit, et même comme le seul critère¹⁰⁴, mais il n'est pas le seul à caractériser l'abus de droit. La doctrine¹⁰⁵ et la jurisprudence¹⁰⁶ ont vite fait de délaisser ce critère trop étroit pour d'autres plus réceptifs à cette théorie. Ce revirement est survenu à la suite de la déduction que si l'intention de nuire implique toujours, en matière contractuelle, un abus de droit, l'abus de droit ne suppose pas en tous les cas l'intention de nuire¹⁰⁷. Car autrement, le contractant qui n'a pas agi par simple malice serait couvert, alors

¹⁰¹ *Sarvey c. Banque Canadienne Nationale*, [1981] C.S. 1122. Voir, en droit français, l'arrêt *Clément-Bayard*, Cass. Req. 3 août 1915, D. 1917.1.79.

¹⁰² *White c. Banque Nationale du Canada*, [1986] R.R.A. 207 (C.S.).

¹⁰³ Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1, 26.

¹⁰⁴ P-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 93.

¹⁰⁵ A. KARIMI, *op. cit.*, note 38, p. 72 et suiv.

¹⁰⁶ *Banque nationale du Canada c. Houle*, précité, note 77.

¹⁰⁷ A. KARIMI, *op. cit.*, note 38, p. 78.

même que son acte a causé un grave préjudice à autrui. La simple négligence, voire même la faute peut, à ce titre, indiquer un abus de droit¹⁰⁸. Le juge L'Heureux-Dubé précise à cet effet :

*Après avoir examiné la doctrine et la jurisprudence [...] j'en viens à la conclusion que le moment est maintenant opportun pour déclarer que cette théorie [l'abus de droit contractuel], qui fait maintenant partie du droit québécois, ne doit plus être limitée en matière contractuelle seulement aux cas où le créancier réagit malicieusement, méchamment ou est de mauvaise foi.*¹⁰⁹

Cette même décision fait appel à un autre critère pour recevoir l'action en responsabilité pour abus de droit ; il s'agit notamment du critère de la rupture intempestive des relations contractuelles.

Mais, les décisions les plus révélatrices restent celles qui appliquent la théorie de l'abus de droit à l'exercice abusif d'un droit contractuel dont la finalité reste illégitime, sans pour autant que ce dernier ne soit animé par une quelconque malice. Dans un pareil cas, le critère à retenir est celui du « but illégitime », c'est-à-dire la contradiction entre le comportement du contractant et l'esprit du contrat ou de la loi¹¹⁰.

Au demeurant, la tendance actuelle des tribunaux en matière d'abus de droit contractuel tend à retenir un critère plus général, soit le manquement aux exigences de la bonne foi et/ou à l'équité. Un simple recensement de la jurisprudence se rapportant à l'abus de droit en matière contractuelle en général est de nature à nous révéler la place qu'occupe désormais cette nouvelle arme légale au sein de l'œuvre jurisprudentielle de la tradition civiliste¹¹¹. Cette nouvelle tendance, nous dit-on, prêche pour l'établissement d'une culture comportementale dans le droit des contrats¹¹². En somme, ce critère englobe tous les autres : la bonne foi légitimerait, alors, l'exercice du droit contractuel tout en étant en harmonie avec la finalité du droit. Une lecture croisée des articles 6, 7 et 1437 C.c.Ⓞ.

¹⁰⁸ *Banque nationale du Canada c. Houle*, précité, note 77.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée c. New Castle Products (Canada) Ltd.*, [1970] C.S. 220.

¹¹¹ Voir notamment : *2328-4938 Québec Inc. c. Le naturiste J.M.B. Inc.*, [2000] R.J.Q. 2607, 2623 (C.S.).

¹¹² P-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 93, 131.

confirme ce qu'on vient d'affirmer. Aussi, pourrions-nous avancer que la lecture combinée de l'article 1434 C.c.Q.¹¹³ et des articles relatifs à l'interprétation du contrat¹¹⁴ permet de déduire l'existence d'obligations implicites à la charge du créancier contractuel¹¹⁵. Nous y reviendrons.

Au surplus, soulignons l'existence d'une tendance doctrinale qui ramène la théorie de l'abus de droit à celle de la responsabilité civile en ce qu'elle présente cette dernière comme étant le fondement de la théorie de l'abus de droit. Il va sans dire que le critère « déraisonnable » et l'excès dans l'exercice d'un droit, critères qui justifient l'application de la théorie de l'abus de droit, permettent, par ailleurs, la mise en œuvre de la théorie de la responsabilité civile. Toutefois, une telle conclusion ne justifie pas pour autant qu'on puisse en déduire que la notion de faute *stricto sensu* caractérise l'abus de droit. Ce serait alors confondre abus de droit et responsabilité civile, deux institutions définitivement distinctes. Dans cette optique, nous pensons que le recours permanent et presque constant de la jurisprudence tant québécoise que française à la notion de faute et, de là, à la responsabilité civile du contractant s'explique autrement que par sa volonté de fonder la raison d'être de l'une sur l'autre. En effet, contrairement à l'abus des droits contractuels où le législateur a prévu la sanction des clauses abusives, l'usage abusif d'un droit contractuel n'a pas eu la même attention législative. Le législateur s'est simplement contenté de l'interdire¹¹⁶. C'est donc aux règles de la responsabilité civile que la jurisprudence a fait appel pour sanctionner tout exercice abusif d'un droit. Cela se justifie en particulier par l'aptitude de la théorie de l'abus de droit à faire tomber « le voile » de « légitimité » de l'acte incriminé¹¹⁷. Ce faisant, la théorie de la responsabilité civile viendra sceller l'œuvre législative en sanctionnant l'acte « illégitime ».

¹¹³ Art. 1434 C.c.Q.: «Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi».

¹¹⁴ Cf. la section IV «De l'interprétation du contrat» du Livre V intitulé «Des obligations en général» du *Code civil du Québec*.

¹¹⁵ *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

¹¹⁶ Cf. art. 7 C.c.Q.

¹¹⁷ A. KARIMI, *op. cit.*, note 38, p. 73.

Cependant, si la théorie de l'abus de droit trouve une application générale dans le droit des contrats, le terrain fertile qu'offre le franchisage l'incline à marquer une présence bien particulière.

2. Principales applications de l'abus des droits contractuels en matière de franchisage

On l'a dit, en l'état actuel du droit québécois la notion de l'abus de droit a été consacrée à l'occasion de l'affaire *Houle*¹¹⁸. Cet arrêt de principe de la Cour suprême a, comme nous l'avons déjà souligné, mis fin à la jurisprudence antérieure qui prévalait sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* qui imposait de prouver l'existence d'une intention « malicieuse » du côté du contractant pour pouvoir accueillir la notion de l'abus de droit¹¹⁹. Tout en rejetant ce critère, la Cour a préféré retenir un standard intermédiaire, celui du comportement raisonnable du contractant. Subséquemment, la codification des articles 6 et 7 C.c.Q. est venue entériner l'analyse pertinente de la Cour suprême. Il en découle que la théorie de l'abus de droit, tout en s'inscrivant « dans la tendance de concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité »¹²⁰, use à bon escient des principes de bonne foi, d'équité et de loyauté pour s'assurer que l'exécution des droits contractuels se fait de manière raisonnable¹²¹.

Cependant, bien que l'arrêt *Houle* s'érige en tant que celui qui a consacré définitivement la notion de l'abus de droit dans la jurisprudence québécoise, il n'en demeure pas moins que cette notion, bien plus ancienne, a été évoquée maintes fois en matière de franchise. C'était notamment le cas à l'occasion de l'affaire *Simard c. Provi-Soir Inc.*¹²², où le juge constatant que le franchisé avait fait preuve de divers manquements à ses obligations contractuelles, conclut que la défenderesse, le franchiseur, était en droit de mettre fin à la relation contractuelle. La position du juge dans cette affaire

¹¹⁸ *Banque nationale du Canada c. Houle*, précité, note 77.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ Claude MASSE, « La responsabilité civile », dans BARREAU DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil – Obligations, Contrats nommés*, Sainte-Foy, P.U.L., 1999, p. 235.

¹²¹ Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion: de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 126.

¹²² J.E. 93-284 (C.A.).

était conforme à la jurisprudence dominante qui, en matière de terminaison du contrat, recourait le plus souvent à la notion de l'exercice raisonnable d'un droit contractuel.

Par ailleurs, dans l'affaire *Supermarché A.R.G. Inc. c. Provigo Distribution Inc.*¹²³, la Cour se réfère explicitement à la notion de l'abus de droit et, partant, condamne le franchiseur à des dommages-intérêts. À cet effet, la juge Marcellin, tout en relevant que *Provigo*, le franchiseur, avait le droit de concurrencer son franchisé, constate que l'exercice de ce droit a été exercé de manière abusive en soulignant que « [d]ans le cas sous étude, l'analyse de la preuve nous a convaincus que Provigo avait abusé de ses droits, qu'elle n'a pas toujours été de bonne foi et que les gestes [...] ont directement causé préjudice »¹²⁴.

Il en découle que la théorie de l'abus de droit est au cœur de la relation de franchise. Elle permet au franchiseur l'exercice d'un droit contractuel sans pour autant anéantir l'accord de volonté que traduit le contrat. Dans ce cadre, l'intervention du juge tend à s'assurer que l'exercice de ce droit n'est ni excessif, ni déraisonnable et qu'il ne désavantage pas l'autre partie. Cette approche néo-classique permet d'assurer le maintien d'un équilibre nécessaire entre le respect de la volonté des parties et les situations juridiquement inévitables.

À cet effet, loin de prétendre pouvoir cerner toutes les applications possibles de la théorie de l'abus de droit en matière de franchise, nous nous contenterons de celles qui sont les plus révélatrices.

Au premier chef, la *clause de fixation unilatérale du prix* constitue un terrain de prédilection de la théorie de l'abus de droit. Dans ce contexte, l'assemblée plénière de la Cour de cassation française avait validé, depuis le 1^{er} décembre 1995, ce type de clause¹²⁵ en ces termes :

[L]orsque la convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale

¹²³ [1995] R.J.Q. 464 (C.S.).

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ J.C.P. 1996.II.22565, note Ghestin.

*n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation.*¹²⁶

Ainsi validée, le franchiseur peut se permettre de fixer unilatéralement le prix des produits. Cette position a été confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation française lors d'un arrêt de rejet en date du 21 janvier 1997¹²⁷. Dans cette affaire, un contrat de franchise avait été conclu entre deux sociétés, le franchiseur concédant son enseigne et son savoir-faire au franchisé qui s'engageait à s'approvisionner exclusivement auprès de ce dernier en vertu d'une *clause de prix de marché*. Un an plus tard, le franchisé intentait une action en justice contre le franchiseur pour indétermination du prix des produits vendus. Appliquant les nouveaux préceptes de 1995, la chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé la position de la Cour d'appel, qui débouta le franchisé, au motif que le franchiseur n'avait exercé aucun abus en appliquant la *clause d'approvisionnement exclusif*.

Au demeurant, soulignant, dans le cadre de la fixation unilatérale des prix par le franchiseur, que si la fixation d'un prix maximum ne soulève pas de problème particulier au regard du droit de la concurrence, le contraire est quant à lui synonyme d'abus contractuel¹²⁸.

Au deuxième chef, au Québec, les clauses dites « d'assujettissement et de contrôle » appellent une attention particulière en ce sens qu'elles peuvent contenir une bonne dose d'abus. En effet, le franchisé peut se trouver contraint de s'adapter à l'évolution permanente du franchiseur, soit en procédant à une augmentation substantielle de son stock de marchandise, soit en renouvelant ses installations. Une telle situation est de nature à perturber considérablement les plans de rentabilité auxquels s'attendait le franchisé. Certes, on conçoit très bien que le franchisé soit appelé, de temps à autre, à accepter ces adaptations, mais qu'en est-il lorsque ces change-

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ D. 1997. Jur. 414, note Jamin.

¹²⁸ Voir, en droit français, l'article 34 de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence qui interdit le fait « par toute personne d'imposer directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ».

ments entraînent un « bouleversement » imprévisible auquel le franchisé ne pouvait « raisonnablement » s'attendre ? La théorie de l'abus de droit permet-elle au franchisé un sauvetage équitable ? « L'évolution de la jurisprudence permet de le constater, à tout le moins, de l'espérer »¹²⁹. Dans ce contexte, la Cour de cassation française avait confirmé la décision des juges de fond, à propos d'un contrat de distribution sélective, qui considérait que l'obligation d'approvisionnement minimum était « disproportionnée par rapport au pourcentage des ventes » et de ce fait revêtait un « caractère déraisonnable »¹³⁰.

Au troisième chef, la résiliation unilatérale du contrat de franchise ou le refus de renouvellement opère d'un comportement opportuniste et abusif de la part du franchiseur.

À ce titre, la Cour d'appel dans l'affaire *Simard c. Provi-Soir Inc.*¹³¹ fait remarquer :

*On peut admettre qu'il puisse exister des cas où le refus de renouveler un contrat de franchise à durée déterminée pourrait être jugé abusif en raison des relations de collaboration économique voulues et entretenues par les deux parties.*¹³²

En 1997, la Cour de cassation française avait relevé que la résiliation unilatérale d'un contrat devait être faite de bonne foi, à défaut de quoi l'exercice de ce droit potestatif serait abusif¹³³.

Au quatrième chef, le franchiseur peut se soustraire complètement à ses obligations conventionnelles, et ce, en présence ou en absence d'une stipulation contractuelle. Aveuglé par une démarche strictement opportuniste, il est enclin à ne pas respecter les obligations auxquelles il a souscrit. À ce propos, un franchiseur a été condamné à des dommages-intérêts pour avoir manqué à son obligation d'assistance¹³⁴. De même, il a été soutenu qu'un franchiseur qui a contracté une obligation de garantie d'exclusivité territoriale

¹²⁹ V. LASBORDES. *op. cit.*, note 33, p. 283.

¹³⁰ Com. 13 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 131, p. 114.

¹³¹ J.E. 93-284 (C.A.).

¹³² *Id.*

¹³³ J.C.P. 1997.4056, obs. Jamin.

¹³⁴ Paris, 3 fév. 1994, *Gaz. Pal.*, 2-3 mars 1994, p. 8.

en faveur de son contractant devait en assurer l'effectivité¹³⁵. Ainsi, les juges pourront sanctionner tout manquement à cette obligation¹³⁶. Dans ce même contexte, en se fondant sur l'intérêt général du réseau, le franchiseur peut profiter de la souplesse de la clause d'exclusivité territoriale renforcée pour ouvrir un nouveau point de vente alors que la demande sur le marché concerné ne le commande pas. Un tel comportement devrait, cependant, être combattu non pas en termes d'exclusivité territoriale, mais plutôt sur celui de l'obligation mise à la charge du franchiseur de transférer son savoir-faire¹³⁷. En effet, l'exclusivité dont on parle n'est autre que l'assise territoriale de la réussite commerciale du franchiseur¹³⁸. À défaut d'une telle assise, le franchiseur se trouverait dans une situation d'inexécution d'une obligation essentielle en matière de franchise, soit celle de transférer son savoir-faire¹³⁹: «[...] Dès, en effet, que le franchiseur signe avec le franchisé un contrat d'affiliation, il s'engage dans un processus de partenariat et limite évidemment son droit de libre concurrence à son égard»¹⁴⁰. En vertu de cette obligation, le franchiseur est tenu d'agir dans le respect du principe de la bonne foi en toute loyauté¹⁴¹. En effet, la logique des choses permet de conclure que l'ouverture par le franchiseur d'une nouvelle installation sur le territoire du franchisé «vide de son contenu le savoir-faire transmis au franchisé» tout en constituant une présomption de manquement à son devoir de bonne foi et de

¹³⁵ Jean-Marie LÉLOUP, *La franchise – droit et pratique*, 2^e éd., collection française, Paris, Delmas, 1983, p. 41.

¹³⁶ Com. 12 nov. 1996, D. affaires 1997.249, chr.

¹³⁷ G. BRAS MIRANDA, *loc. cit.*, note 21, 902.

¹³⁸ Didier FERRIER, «La franchise internationale», *J.D.I.* 1998.3.634: «L'exclusivité constitue un élément du savoir-faire franchisé, traduisant l'assiette territoriale d'une réussite commerciale; le succès de l'activité est conditionné par l'attribution d'un certain territoire géographique.» Voir, dans le même sens: *Proviso Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, précité, note 123, inf. en partie par *Proviso Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.). La Cour d'appel souligne à cet effet que «même, si en l'espèce aucune obligation n'était faite à l'appelante [franchiseur] de s'abstenir de faire concurrence à ses franchisés pendant la durée de la convention [...], il faut toutefois considérer que les obligations découlant d'un contrat s'étendent également à celles qui résultent de sa nature de l'équité et de l'usage de la loi (art. 1434 du *Code civil du Québec*)».

¹³⁹ G. BRAS MIRANDA, *loc. cit.*, note 21, 903.

¹⁴⁰ *Proviso Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, précité, note 138.

¹⁴¹ G. BRAS MIRANDA, *loc. cit.*, note 21, 903.

loyauté. Il y a là une faute contractuelle susceptible de réparation. À défaut d'une telle possibilité, le franchisé peut toujours se retourner contre le franchiseur sur la base de la théorie de l'abus de droit.

Certes, en face d'un concept aussi original que le franchisage, les juges devraient s'accommoder de la complexité des intérêts en question pour pouvoir instaurer un régime contractuel qui opère harmonieusement avec la logique propre à cette relation contractuelle. Pour ce faire, les juges devraient, par ailleurs, sonder les termes et l'esprit du contrat afin d'y déceler des abus contractuels éventuels.

Il reste que cette approche dépend grandement, en termes d'efficacité, de l'interprétation retenue par les juges des notions de bonne foi et de raisonnable et des solutions auxquelles ils devront faire appel pour contrôler les comportements opportunistes du franchiseur.

II. Les solutions

« Il y a quelque chose de pourri au royaume du contrat »¹⁴². En effet, les relations contractuelles contemporaines dénotent d'un esprit contractuel plutôt conflictuel que coopératif. Loin de servir son rôle « naturel »¹⁴³, le contrat, qui devrait être appréhendé comme l'endroit de l'équilibre des prestations et de la bonne foi, s'érige, encore, en un moyen d'exploitation de la partie la plus faible. « Le droit des contrats contemporain incorpore désormais de manière systématique le facteur d'inégalité et le souci de protection »¹⁴⁴.

Néanmoins, nous constatons, depuis quelques années, l'émergence d'une tendance moralisatrice des relations contractuelles¹⁴⁵ (A). Les solutions qui découlent de cette nouvelle tendance restent, cependant, très limitées en ce qu'elles proposent des notions très générales, vagues et aux contours imprécis. Ne supposant aucune

¹⁴² S. DARMAISIN, *op. cit.*, note 42, p. 2.

¹⁴³ G. RIPERT, *op. cit.*, note 30, p. 6.

¹⁴⁴ Marcel FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit des contrats », dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 349.

¹⁴⁵ Louise ROLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R.D. Mc.Gill* 903, 909-920.

condition d'application et encore moins de conséquences juridiques propres, ces notions n'acquièrent leur intérêt que par l'intervention du juge¹⁴⁶. Aussi, et à défaut d'une loi spécifique au franchisage, force est de faire appel aux dispositions de droit commun, « protectrices » de la partie la plus faible (B).

A. Les principes généraux de droit

Les notions de bonne foi, de loyauté et de coopération¹⁴⁷ occupent de plus en plus une place sinon capitale, du moins importante dans les droits nationaux et même au niveau international (1). D'autres notions sous-jacentes viennent alors corroborer l'intérêt du principe de la *bona fides*, il s'agit notamment de la notion du « raisonnable » (2). Nous en concluons qu'une analyse synthétique de ces principes généraux de droit appelle, en définitive, une lecture globale de l'économie du contrat (3) afin de prévenir tout comportement opportuniste du franchiseur.

1. L'exigence de la bonne foi du franchiseur

Conçue comme un instrument de justice contractuelle permettant au juge d'assouplir la règle juridique qu'il est appelé à appliquer et, partant, d'arriver à des solutions juridiques plus équitables, la bonne foi a conquis plusieurs systèmes juridiques. Le Québec et la France n'ont pu échapper à cette tendance observable, par ailleurs, au niveau du droit international uniforme.

Au Québec, d'abord, les termes « bonne foi » ou « mauvaise foi » se reflètent, outre les articles 6, 7, 1375 et 1437, dans 82 autres articles du *Code civil du Québec*¹⁴⁸. Contrairement à son homologue français qui a limité l'application de ce principe à l'exécution du contrat, le législateur québécois a étendu cette application à la formation et à l'extinction du contrat¹⁴⁹. Aussi, en tant que principe, la

¹⁴⁶ Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 239.

¹⁴⁷ Jacques MESTRE, « D'une obligation de bonne foi à un esprit de collaboration », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.100.

¹⁴⁸ *Id.*, 423.

¹⁴⁹ Art. 1375 C.c.Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction » ; voir aussi : *Houle c. Banque nationale du Canada*, précité, note 77.

bonne foi implique plusieurs applications possibles dans le cadre du *Code civil du Québec*, mais qui se rattachent à certains régimes particuliers. Il en est ainsi de l'article 2186 C.c.Q. qui fait du devoir de coopération un élément de la définition de la société et des articles 2088, 2138, 1309 et 2238 C.c.Q. qui mettent à la charge de l'employé et du mandataire un devoir de loyauté.

Quant au droit français, la règle est contenue dans l'alinéa 3 de l'article 1134 du *Code civil* qui énonce : « Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ». Cette règle doit, cependant, être interprétée en fonction de l'alinéa 1 du même article qui énonce que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Il en résulte que le principe de l'autonomie de la volonté est ici limité par celui de la bonne foi. Au surplus, une lecture croisée des articles 1134 et 1335¹⁵⁰ du *Code civil* nous enseigne que le législateur français distingue entre la mesure avec laquelle le contrat doit être exécuté, à savoir dans le respect des exigences de la bonne foi, et le « complément » qui pourra être apporté au contrat au besoin en tenant compte de l'équité, de l'usage et de la loi¹⁵¹.

À ce titre, la conception de la bonne foi dans la doctrine civiliste se résume à la considérer comme « une règle générale au contenu imprécis dont le rôle est de fédérer un certain nombre de règles »¹⁵². Parmi ces règles, on peut mentionner celles relatives à l'obligation de coopération, l'obligation d'information avant et au cours du contrat, l'obligation de confidentialité et l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat.

En matière de franchise, la jurisprudence a eu recours à la notion de bonne foi dans des cas innombrables au point que le concept est devenu le socle du droit de la franchise. Dans l'affaire *Supermarché A.R.G. Inc. c. Provigo Distribution Inc.*¹⁵³, la juge rap-

¹⁵⁰ « Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

¹⁵¹ La même idée peut être avancée pour le droit québécois. Voir les articles 1375 et 1434 C.c.Q.

¹⁵² B. JALUZOT, *op. cit.*, note 145, p. 187; Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 321; Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le *Code civil du Québec* : du général au particulier », (1996) 26 *R.D.U.S.* 377.

¹⁵³ Précité, note 123.

pelle que la bonne foi fait partie intégrante de l'« *equity* ». De même, dans l'affaire 2632-7502 *Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc.*¹⁵⁴, la Cour souligne que le franchiseur doit être animé par la bonne foi dans ses rapports avec les franchisés. Pareillement, dans l'affaire 140 *Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc.*¹⁵⁵, tout en rappelant les exigences de coopération et de confiance qui doivent prévaloir dans la relation entre le franchiseur et le franchisé, la Cour remarque qu'il ne s'agit pas dans le cas d'espèce d'appliquer les dispositions relatives au contrat d'adhésion, mais plutôt celles qui touchent à la bonne foi et à l'abus de droit.

Il reste alors à circonscrire les contours de cette notion qui a été citée à maintes reprises. Ripert disait déjà que le rôle de la bonne foi consiste à moraliser le droit civil¹⁵⁶. Néanmoins, cela n'est pas à même de clarifier la notion, ni même les termes employés par la doctrine en général et notamment: «loyauté»¹⁵⁷, «collaboration accrue»¹⁵⁸ ou «honnêteté». Dans sa thèse, Jaluzot fait remarquer qu'«[e]n réalité la bonne foi n'ayant aucun contenu objectivement déterminable, elle peut servir à justifier toute règle du droit des contrats et même hors du droit des contrats»¹⁵⁹.

Aussi, est-il certain que les contrats de longue durée constituent un terrain de choix pour l'application du principe de bonne foi. Certes, les contrats nationaux répondent à l'impératif immédiat des opérations instantanées pour lesquelles l'échange de consentement englobe l'ensemble de l'opération. Or, les transactions commerciales internationales sont appelées à perdurer, ce qui augmente le risque d'un changement de circonstances en cours de route.

Dans cette optique, un outil d'adaptation est plus que vital pour garantir l'équilibre initialement consenti.

Comme pour les droits nationaux, l'étude de la notion de bonne foi au niveau du droit international uniforme n'est pas à même de

¹⁵⁴ J.E. 95-1568 (C.S.).

¹⁵⁵ [2003] A.Q. n° 14353 (C.S.)

¹⁵⁶ G. RIPERT, *op. cit.*, note 30, p. 291.

¹⁵⁷ Élise CHARPENTIER, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », (1996) 26 *R.D.U.S.* 299, 300-305.

¹⁵⁸ Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 110.

¹⁵⁹ B. JALUZOT, *op. cit.*, note 146, p. 534.

préciser plus les contours de cette notion, et ce, bien qu'elle imprègne grandement les transactions commerciales internationales pour lesquelles elle sert aussi d'instrument de moralisation des transactions¹⁶⁰. Aussi, se fondant sur des considérations morales, le principe de bonne foi, pris dans son acception transnationale, se caractérise par l'importance grandissante de la place qu'il occupe dans la pyramide « normative » de la *lex mercatoria*, car l'ordre juridique transnational, à l'opposé des ordres juridiques étatiques, est pourvu de peu de dispositions supplétives à la volonté des parties.

Dans ce contexte, les arbitres ont tendance à reconnaître au principe de bonne foi diverses fonctions dont, notamment, son aptitude à interpréter des situations juridiques par le recours à des concepts tels que le raisonnable et l'équitable. Selon Mayer, même si on n'est pas *lex mercatoriste*, le recours à la règle morale est inévitable dans « les sentences qui déclarent se fonder sur la *lex mercatoria* », car dit-il, « en l'absence [...] de règles techniques très élaborées, elle fournit à l'arbitre un principe de solution qu'il met immédiatement en œuvre »¹⁶¹. En effet, les arbitres dans leur activité prétorienne appréhendent la règle morale en tant que règle de conduite afin de lui faire produire des effets de droit et d'en user dans le cadre du droit transnational. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris avait souligné la pertinence de la position des arbitres qui ont « retenu au titre des principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international, la bonne foi, qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats » et de préciser « que celle-ci exprimait notamment une référence aux usages, à une règle de comportement pouvant être rapprochée du principe général de responsabilité »¹⁶².

De même, en traitant de la bonne foi en tant que principe général de droit, nous ne pouvons que nous aligner sur la position de la jurisprudence arbitrale qui fait remarquer que « [l]e principe de bonne foi et de loyauté utilisé conformément à une *lex mercatoria*

¹⁶⁰ Éric LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international: contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, Librairies techniques, 1980, p. 358-360. Voir aussi pour la perspective de la common law : Guy LEFEBVRE, « La bonne foi dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise », (1993) 27 *R.J.T.* 561.

¹⁶¹ Pierre MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », dans Pierre BELLET (dir.), *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 389.

¹⁶² Trib. gr. inst. Paris, 4 mars 1981, *Rev. de l'arb.* 1983.469.

[...] constitue un principe général du droit et une décision fondée sur un tel principe ne constitue pas une décision en équité»¹⁶³.

Cependant, comme en droit interne, l'unanimité est loin d'être acquise quant au sens précis et l'utilisation exacte de la notion de bonne foi en droit international uniforme. À cet effet, une certaine doctrine soutient que la bonne foi, comme toute notion floue, « loin d'engendrer l'insécurité juridique » dans les relations contractuelles, participe positivement à l'évolution et l'adaptation du droit¹⁶⁴ : « [E]n tant qu'expression d'un devoir général de loyauté et d'honnêteté, la bonne foi constitue une mer sans rivage. Mais pour y naviguer, il faut savoir braver les tempêtes »¹⁶⁵. Vraisemblablement, la vie des affaires a besoin de notions aussi ouvertes que la bonne foi pour pallier diverses sortes d'opportunismes contractuels dont les créateurs vont parfois jusqu'à détourner la loi ou même la frauder, négligeant ainsi l'impératif du respect des exigences de l'État de droit. On ne le répétera jamais assez : agir avec opportunisme, c'est agir en l'absence de bonne foi. Inversement, agir de bonne foi, c'est s'interdire tout comportement opportuniste quand le cas se présente.

Dans sa quête moralisatrice, la bonne foi est perçue comme une « norme de comportement » qui tend à harmoniser les rapports contractuels à l'évolution de la vie des affaires. L'absence de bonne foi doit certainement être sanctionnée afin que les comportements opportunistes de certains opérateurs du commerce interne ou international soient réprimés de sorte que des obligations telles que la loyauté contractuelle¹⁶⁶ et la coopération renforcent leur diligence dans leurs rapports contractuels.

Néanmoins, ce discours, aussi louable qu'il puisse être, reste incomplet¹⁶⁷, incapable de satisfaire notre conviction juridique, et critiquable en ce que la bonne foi demeure une norme moralisante

¹⁶³ *Id.*, 516.

¹⁶⁴ Vincente FORTIER, « La fonction normative des notions floues », (1991) 16 R.R.J. 755, 755-757.

¹⁶⁵ Simone DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivage », dans Simone DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 7.

¹⁶⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 54, p. 81 et suiv.

¹⁶⁷ Pierre-Gabriel JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : quelle modernité ? », (2001) 1 R.I.D.C. 49, 53.

assez floue qui est difficilement mise en oeuvre. La question qui se pose est alors de savoir jusqu'à quel point la bonne foi peut tendre sa portée ou, inversement, la bonne foi connaît-elle des limites ? Plusieurs réponses peuvent être avancées, mais aucune n'est convaincante ou catégorique. Étant donné son intérêt et les obstacles auxquels elle fait face, les interprètes nationaux, mais surtout internationaux, devraient se résoudre à y voir un principe général qui a besoin d'être encadré par d'autres concepts et, notamment, l'intention des parties, les usages du commerce international, la nature du contrat et ce qui est légitime et raisonnable.

2. L'exigence d'agir raisonnablement

Comme la bonne foi, le « raisonnable » est un « standard » que les codificateurs nationaux et internationaux utilisent pour référer à une norme de comportement ou de conduite. Notamment en droit international uniforme, cette norme d'inspiration anglo-saxonne est très présente dans des travaux d'unification du droit du commerce international¹⁶⁸ tels que les *Principes relatifs aux contrats du commerce international* et la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*¹⁶⁹. À titre d'exemple, la notion du « raisonnable » ou son contraire le « déraisonnable » a été recensée 53 fois dans les Principes d'UNIDROIT¹⁷⁰.

La question qui se pose, de prime abord, est celle de savoir si la notion de bonne foi englobe celle du raisonnable ou s'il s'agit de deux notions distinctes. Vraisemblablement, la réponse doit être recherchée dans les deux sens. En effet, la bonne foi en tant que norme générale de comportement sous-tend à ce que les opérateurs

¹⁶⁸ André TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », (1970) 1 *R.I.D.C.* 251.

¹⁶⁹ Cette Convention internationale, bien que ne s'appliquant pas au contrat de franchise (contrat-cadre), peut s'appliquer aux contrats d'exécution. Voir à cet effet : Nadine WATTÉ et Arnaud NUYS, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise. La théorie à l'épreuve de la pratique », *J.D.I.* 2003.2.365 ; Jean THIFFRY, « La Convention de Vienne et les contrats de distribution », *D.P.C.I.* 1993.1.62. Voir aussi : Guy LEFEBVRE, « La bonne foi dans la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandise », dans *La morale et le droit des affaires*, Les journées Maximilien-Caron 1993, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 349.

¹⁷⁰ P.-A. CRÉPEAU, avec la collaboration d'É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 61, p. 132-134. L'auteur parle de « la promotion du raisonnable ».

du commerce international agissent de manière raisonnable. Le raisonnable est alors appréhendé comme « le prolongement de la bonne foi » ou le moyen de sa « mise en œuvre ». Néanmoins, il arrive que le raisonnable invoque son « autonomie ». C'est le cas notamment lorsqu'une disposition en appelle uniquement à cette notion¹⁷¹. Mais, il arrive aussi qu'une disposition en appelle à la bonne foi et à ce qui est raisonnable. En pareil cas, les deux notions cohabitent ensemble, voire se complètent¹⁷².

Au demeurant, les dispositions faisant appel au standard du raisonnable impliquent deux lectures différentes qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre : une lecture *in abstracto* qui invoque la notion du « contractant raisonnable » et une lecture *in concreto* qui en appelle aux aptitudes propres au contractant qui invoque son attente légitime¹⁷³.

En premier lieu, la lecture *in abstracto* semble nous inviter à une appréciation objective du « contractant raisonnable ». Cette appréciation peut se traduire par un « test » appliqué à la personne du contractant dont on veut évaluer la conduite. Mais, ne nous méprenons pas : l'appréciation de l'entité de la personne raisonnable, aussi abstraite qu'elle puisse être, se fait en fonction de la réalité économique environnante. La personne raisonnable étant avant tout un modèle extérieur, mais non étranger, elle doit être soumise aux « mêmes circonstances » et être de « même qualité » que la personne dont on entend apprécier le comportement, et ce, qu'il s'agisse de la formation du contrat, de son exécution ou de son extinction. D'abord, lors de la formation du contrat, la norme de la « personne raisonnable » nous permet de mieux saisir l'intégrité du consentement des contractants, notamment lorsque les textes internationaux régissent l'aspect des vices de consentement¹⁷⁴. À cet effet, l'article 3.5 des principes d'UNIDROIT précisent :

La nullité pour cause d'erreur ne peut être invoquée par une partie que si, lors de la conclusion du contrat, l'erreur était d'une importance telle

¹⁷¹ Pour un exemple, voir : Principes d'UNIDROIT, précités, note 60, art. 4.1§2.

¹⁷² Pour un exemple voir : *id.*, art. 4.8 et 5.2.

¹⁷³ Jean CALAIS-AULOY, « L'attente légitime : une nouvelle source de droit subjectif? », dans *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Paris, Dalloz, 2003, p. 179.

¹⁷⁴ Ce qui n'est pas le cas de la Convention de Vienne qui l'exclut expressément de son champ d'application en soulignant que cet aspect relève des droits étatiques.

qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, ne se serait pas engagée ou ne se serait engagée qu'à des conditions substantiellement différentes si elle avait eu connaissance de la situation véritable [...].

De même, l'article 3.9 des Principes d'UNIDROIT souligne que la contrainte permet l'annulation du contrat lorsque l'adhésion d'une partie au contrat « a été déterminée par les menaces injustifiées de l'autre partie dont l'imminence et la gravité, eu égard aux circonstances, ne laissent à la première partie aucune autre issue raisonnable ».

Ensuite, le « test » de la personne raisonnable permet, lors de l'exécution du contrat, d'évaluer l'intensité de certaines obligations¹⁷⁵. À ce titre, dans le cadre d'une obligation de moyens, un contractant raisonnable doit pourvoir à son obligation avec toute la prudence et la diligence reconnue à une personne raisonnable de même qualité et placée dans les mêmes conditions¹⁷⁶.

Au surplus, dans la pratique des transactions commerciales internationales, la norme de la personne raisonnable trouve une application plus pertinente et plus étendue en matière d'interprétation du contrat. Dans ce contexte, le contractant raisonnable est la personne qui a compris les termes du contrat de la même manière qu'une personne de même qualité et dans les mêmes circonstances l'aurait compris¹⁷⁷. L'intention et le comportement des parties acquièrent ici une importance capitale quant à l'appréciation d'une telle norme. En effet, l'évaluation de ces deux éléments susceptibles de déterminer la volonté réelle des parties est toujours exercée « à l'aune du raisonnable »¹⁷⁸.

En second lieu, cette norme ne réglant pas toutes les questions pratiques faisant appel au raisonnable, l'analyse *in concreto* devra procéder par l'adjonction d'autres notions telles que l'attente rai-

¹⁷⁵ *Aliments FBI ltée c. Valade*, [1987] R.J.Q. 2600 (C.S.).

¹⁷⁶ Sentence CCI n° 2291 : « [...] les parties doivent faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts, notamment en veillant à ne pas faire des offres hâtives, non raisonnées, susceptibles de surprendre le co-contractant », Sigvard JARVIN et Yves DERAIS (dir.), *Rec. sentences arbitrales CCI 1974-1985*, Paris, Publications CCI, 1990, p. 275.

¹⁷⁷ Principes d'UNIDROIT, précités, note 60, art. 4.1.

¹⁷⁸ *Id.*, art. 4.2.

sonnable, la croyance raisonnable et la prévoyance raisonnable. L'adjonction de ces notions au « modèle » de la personne raisonnable permet la prise en compte de certaines circonstances de fait qui relèvent d'un contractant déterminé agissant dans le cadre d'un contrat précis.

D'une part, la notion d'« attente raisonnable » ou « légitime », ou quelle qu'en soit l'appellation, semble de plus en plus interpeller l'intérêt de la doctrine¹⁷⁹ et de la jurisprudence¹⁸⁰. Néanmoins, si la jurisprudence semble aller dans le sens d'adopter cette théorie¹⁸¹, la doctrine est encore hostile¹⁸² à sa réception en droit interne. Loin de vouloir faire le procès de cette théorie, ni même d'étaler toutes les controverses qui en ont fait l'objet, nous nous contenterons de souligner sa teneur et son intérêt, notamment dans le cadre d'un contrat de franchise internationale, contrat qui est susceptible de revêtir une certaine dose d'ambiguïté, ou à tout le moins de révéler un comportement abusif¹⁸³. À ce titre, cette théorie tend à réaliser deux objectifs : le premier qui tend à s'assurer que le comportement du contractant correspond à un comportement « actif » et « positif », et le second qui permet de déterminer les frontières des obligations mises à sa charge. Pour atteindre le premier objectif, on dira que le contractant raisonnable doit se comporter comme il est *attendu* qu'il agisse, alors que pour le second l'objectif serait atteint lorsque

¹⁷⁹ Sur l'ensemble de la question on consultera : Hélène LEFEBVRE, « “Reasonable expectations” : cette doctrine a-t-elle une raison d'être au Québec? », dans CANADIAN INSTITUTE, *Le droit et la pratique de l'assurance : nouvelles demandes – développements récents – attentes croissantes*, Toronto, Canadian Institute, 1988, p. B-1 et suiv. ; J. CALAIS-AULOY, *loc. cit.*, note 173, 171 et suiv. ; Didier LLUELLES, « La théorie des “attentes légitimes” (ou “raisonnables”) dans la clarification contractuelle : est-ce si légitime ? Est-ce si raisonnable? », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de B. MOORE, *op. cit.*, note 37, p. 409 et suiv. ; Xavier DIEUX, « Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : principe général de droit (l'exemple d'un ordre juridique frontalier) », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 271 et suiv.

¹⁸⁰ Bien que le recours à cette théorie soit évident dans le domaine des assurances, il semble que la tendance soit à la généralisation de son application à tous les contrats d'adhésion : *Wofford c. Boréal Insurance Inc.*, [1995] R.R.A. 811, 813 (C.Q.).

¹⁸¹ Pour quelques applications en droit français, voir : J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 173, p. 172 et suiv.

¹⁸² D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 179, 416.

¹⁸³ J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, note 173, 181.

le contractant aurait agi de manière raisonnable de sorte qu'on ne pouvait s'attendre à ce qu'il agisse autrement. L'exemple pertinent du devoir de collaboration que fournissent les Principes d'UNIDROIT met en exergue la double fonction que remplit la norme de l'attente raisonnable¹⁸⁴. En référant à ce devoir de collaboration, les Principes d'UNIDROIT mettent l'accent sur la nécessité de ne pas bouleverser l'économie du contrat et la répartition des prestations implicitement voulues par les contractants. En effet, même si la lettre du contrat dit autrement, l'esprit contractuel et la réelle intention des parties doivent l'emporter même si c'est au prix d'une modification des obligations initiales.

En termes de franchise, l'attente raisonnable est surtout utile pour protéger le franchisé des agissements abusifs du franchiseur. Pour contrer de tels comportements opportunistes, les Principes d'UNIDROIT ne tiennent pas compte des clauses-types reproduites au contrat qui sont « de nature telle que l'autre partie ne pouvait raisonnablement s'attendre à [les] voir figurer au contrat »¹⁸⁵. La norme du « raisonnable » dessine, alors, la limite de ce que peut accepter raisonnablement un contractant quant au contenu du contrat ou son exécution. De même, les clauses permettant une modification unilatérale d'une prestation peuvent être amputées par le juge lorsque cette prestation s'avère « substantiellement » éloignée de celle à laquelle on pouvait raisonnablement s'attendre¹⁸⁶. Bien que les Principes d'UNIDROIT ne renferment pas une disposition relative aux clauses abusives¹⁸⁷, il n'en demeure pas moins que l'article 3.10 permet l'annulation, soit de l'ensemble du contrat, soit d'une clause contractuelle lorsqu'elle tend à instaurer un *avantage excessif* au profit d'une partie au détriment de l'autre. L'article 7.1.6 des Principes d'UNIDROIT vient conforter cette lacune, surtout que les *clauses limitatives et exonératoires de responsabilité*, clauses qui sont par principe abusives, sont particulièrement présentes dans la pratique des contrats internationaux. Il était donc opportun d'investir le juge d'un « pouvoir modérateur » apte à favoriser une certaine équité.

¹⁸⁴ Principes d'UNIDROIT, précités, note 60, art. 5.3 : « Les parties ont entre elles un devoir de collaboration lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leur obligations ».

¹⁸⁵ *Id.*, art. 2.20.

¹⁸⁶ *Id.*, art. 7.1.6.

¹⁸⁷ En dehors de l'article 7.1 relatif au principe de bonne foi.

D'autre part, l'analyse *in concreto* autorise le recours à la notion de la « prévoyance raisonnable », ce qui permet de mieux saisir la norme du « contractant raisonnable ». À cet effet, « la prévoyance raisonnable » constitue une limite à trois sortes de situations. La première permet la mise en œuvre du « test » de « l'imprévisibilité »¹⁸⁸. La seconde est relative au *hardship*¹⁸⁹, en ce sens qu'elle facilite aussi sa mise en œuvre, notamment par les arbitres internationaux¹⁹⁰. Dans ce contexte, l'article 6.2.3 des Principes D'UNIDROIT autorise l'arbitre, lorsque celui-ci se résout à l'existence d'un cas de *hardship*, soit à mettre fin au contrat, soit à l'adapter aux nouvelles exigences, mais il peut également maintenir le contrat initial ou proposer la reprise des négociations, le tout en fonction de ce qu'il estime raisonnable. La troisième permet, quant à elle, d'apprécier « l'étendue du préjudice » et, de là, sa réparation¹⁹¹. À cet effet, les Principes D'UNIDROIT soulignent que « n'est réparable que le préjudice même futur qui est établi avec un degré raisonnable de certitude »¹⁹².

En dernier lieu, la « croyance raisonnable » favorise, quant à elle, de mieux circonscrire l'application de la norme du « contractant raisonnable » et, notamment, en matière de l'irrévocabilité de l'offre¹⁹³.

Enfin, soulignons qu'il importe de « [d]onner effet au contrat jusqu'à épuisement des possibles, inciter les contractants à un comportement loyal tout au long de l'exécution du contrat et au-delà de celle-ci »¹⁹⁴. L'efficacité du contrat est alors recherchée à travers l'analyse de son économie.

3. L'économie du contrat

On se rappellera que le contrat de franchise est un contrat d'adhésion. Il reste que le contrat de franchise est également un

¹⁸⁸ Principes d'UNIDROIT, précités, note 60, art. 7.3.

¹⁸⁹ *Id.*, art. 6.2.2.

¹⁹⁰ Sentence CCI n° 6281, 1989, *Rec. sentences arbitrales CCI 1974-1985*, 394.

¹⁹¹ Principes d'UNIDROIT, précités, note 60, art. 7.4.4.

¹⁹² *Id.*, art. 7.4.3 §1.

¹⁹³ V. FORTIER, « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », *J.D.I.* 2.1996.335 et suiv.; voir aussi : Principes d'UNIDROIT, précités, note 60, art. 2.2, 2.3 et 7.3.4.

¹⁹⁴ V. FORTIER, *loc. cit.*, note 193, 342.

contrat économique mettant en jeu une relation où interfèrent plusieurs éléments économiques issus du fonctionnement même du réseau de franchisage. Aussi, notre étude serait incomplète si on ne tentait pas d'établir une « vision » économique de l'économie du contrat. Une telle étude se rapportera alors à l'analyse de « l'équilibre financier » de la convention justifié par les « attentes » des parties plus que par leur commune intention. On nous objectera sûrement qu'une telle approche « rompt les liens entre contrat et volonté ». Bien que nous pensons que l'économie du contrat doit être recherchée tant au niveau des « intentions » qu'à celui des « attentes »¹⁹⁵, nous n'utiliserons pas pour le moment le terme « intentions ». En revanche, nous procéderons par une « objectivation » de la volonté des parties¹⁹⁶ en fonction de leurs attentes, ce qui nous permettra de redéfinir le champ contractuel du contrat de franchise.

Dans ce cadre, l'économie du contrat, fondée traditionnellement sur la notion de cause, se voit propager à « tout un pan du droit des contrats ». De ce fait, la cause constitue un intéressant mécanisme de contrôle interne de la volonté des parties, ce contrôle visant avant tout à s'assurer que l'obligation du contractant correspond réellement à sa volonté eu égard aux raisons qui l'ont poussé à contracter. Ne négligeant aucun aspect, ce contrôle intéressera aussi bien les vices de consentement que l'existence de l'objet du contrat, l'interprétation ou la recherche d'éventuelles obligations implicites. Il en découle que sanctionner un contrat pour absence de cause revient à le sanctionner pour absence de volonté¹⁹⁷ et, conséquemment, une obligation qui n'a pas de cause est une obligation qui n'a pas été voulue¹⁹⁸. Cette déduction est d'ailleurs corroborée par une certaine doctrine qui assimile la cause à la « contrepartie attendue »¹⁹⁹.

Aussi, nous est-il permis d'avancer que l'application du concept de l'économie du contrat par le juge l'autorise à compléter la con-

¹⁹⁵ En ce sens que l'intention commune des parties peut ne pas coïncider avec leurs attentes : l'attente d'un intérêt économique du contrat peut s'avérer différente de ce que les parties ont voulu.

¹⁹⁶ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 147.

¹⁹⁷ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil : les obligations : la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 830.

¹⁹⁸ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 148.

¹⁹⁹ V. LASBORDES, *op. cit.*, note 34, p. 177.

vention des contractants en introduisant certaines stipulations implicites qui lui sont rattachées, tout en évinçant celles qui, bien qu'explicites, sont contraires à l'économie du contrat. Aussi, toute modification à lui apporter nécessite un accord, à moins que le changement opéré lui soit étranger.

Tout d'abord, les stipulations expresses doivent être complétées par d'autres implicites pour que le contenu du contrat soit le fidèle interprète de son économie. En procédant ainsi, le juge opère une redéfinition du champ contractuel. La référence faite par l'article 1437 C.c.Q. à la « nature » du contrat doit être comprise dans ce sens²⁰⁰. Nous y reviendrons.

Ensuite, l'économie du contrat doit permettre l'éviction des clauses explicites qui lui sont contraires. Cet aspect de « l'objectivation du contrat » permet de mieux saisir l'écart qui sépare la conception classique de l'autonomie de la volonté, qui a comme corollaire la commune intention des parties, et ce nouveau concept. Cette position est d'ailleurs conforme à l'article 7.1.6 des Principes d'UNIDROIT qui réfère au concept des « attentes » des parties et au « but du contrat ».

Au surplus, dans la mesure où l'économie du contrat permet de mieux circonscrire le champ contractuel, les parties devraient se garder de la modifier unilatéralement. C'est ainsi qu'à l'occasion d'un contrat de franchise relatif à l'exploitation d'un restaurant, la Cour de cassation, infirmant la décision de la Cour d'appel, relève qu'il ne ressort pas des constatations de cette dernière que « le franchisé ait donné son accord pour que soit modifiée l'économie du contrat »²⁰¹. L'usage de la Cour de cassation du concept de l'économie du contrat est tout à fait innovateur, surtout que le texte de l'article 1134 du *Code civil* auquel réfère la Cour de cassation ne suggère aucunement cette idée.

Mais est-ce à dire que le concept de l'économie du contrat interdit toute modification unilatérale? Il serait hasardeux d'avancer une réponse affirmative puisque tout en soutenant que l'économie du contrat ne doit pas être modifiée unilatéralement nous sous-tendons que cela implique, par ailleurs, l'acceptation de la modifi-

²⁰⁰ En droit français, voir l'article 1135 C. civ.

²⁰¹ Com. 3 janv. 1996, *R.J.D.A.* 1996.353.

cation de certains éléments qui lui sont étrangers. Confirmant cette idée, la Cour de cassation française soutient l'hypothèse selon laquelle certains éléments du contrat peuvent être modifiés unilatéralement dès lors qu'ils n'affectent pas « l'équilibre contractuel » et qu'ils ne revêtent pas « une importance certaine dans la détermination du consentement »²⁰². Reste alors à déterminer la nature de ces éléments. Une première hypothèse a été avancée qui consiste à dire que les éléments dont il est question revêtent une nature accessoire par rapport aux éléments essentiels du contrat²⁰³. Or, « l'accessoire suivant le principal », ces éléments ne peuvent prétendre à un régime distinct et, partant, l'hypothèse ne peut convaincre. Plus intéressante encore est celle qui sous-tend à ce que les éléments qui nous intéressent font partie d'une sphère extérieure à l'économie du contrat. Il s'agirait alors de déterminer l'objet de l'économie du contrat pour connaître ce qui peut lui être étranger.

À cet effet, la « nature » du contrat se profile aux devants du concept de l'économie du contrat. Cette « nature » est d'ailleurs très présente dans les textes de droit interne²⁰⁴ et international²⁰⁵. Moyen pertinent d'objectivation du contrat, la nature du contrat a été qualifiée de « moule préfabriqué à partir d'une volonté-type, moule qui va désormais s'offrir à l'adhésion des volontés particulières »²⁰⁶. Or, parler de « nature » du contrat revient à mettre en relief le « type » de contrat unissant les contractants et, partant, le type de leurs « attentes »²⁰⁷. Les attentes différant d'un contrat à l'autre, il importe alors au juge, en jouant notamment sur le terrain des obligations implicites, de déterminer le genre d'attentes escomptées par les parties en fonction du genre de contrat dont il est saisi. Il est, en effet, évident de ne pas s'attendre aux mêmes « attentes » découlant d'un contrat de franchise que celles qui découleraient d'un contrat de société. On pourrait citer en abondance des exemples jurisprudentiels où le juge s'active à déceler les attentes des parties d'après la nature du contrat. Nous nous limiterons, cependant, à donner

²⁰² Com. 19 déc. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 327.

²⁰³ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 157.

²⁰⁴ Voir, par exemple, pour le droit québécois : art. 1426, 1434, 1437 et 1441 C.c.Q.

²⁰⁵ Voir notamment : Principes d'UNIDROIT, précités, note 60, art. 4.3-d, 4.8-b et 5.2-a.

²⁰⁶ Philippe JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz/Sirey, 1985, p. 294.

²⁰⁷ Judith ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 13.

deux exemples qui confirment notre point de vue. En premier lieu, l'arrêt de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995²⁰⁸ s'efforce à reconfigurer le champ contractuel en redéfinissant le cadre des attentes des parties dans les contrats-cadre, soulignant que la détermination du prix n'en est pas une d'attente essentielle. En second lieu, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 11 juin 1992²⁰⁹ ne fait que déterminer les attentes des parties à un contrat de franchise en soulignant qu'un tel contrat est dépourvu de cause dans la mesure où « les éléments caractéristiques, à savoir la communication d'un savoir-faire original et expérimenté à la conclusion du contrat, puis lors de l'exécution, l'assistance technique et commerciale préalable et la collaboration avec les franchisés, font défaut »²¹⁰.

Pour conclure, il faut bien mettre l'accent sur le fait que le juge doit « forcer » le contrat au maximum. Le principe général de bonne foi et le « test » de raisonabilité doivent, à cet effet, l'orienter vers une lecture équilibrée de l'économie du contrat de franchise. Cependant, cette lecture ne serait complète qu'avec une analyse adjacente des règles de droit commun protectrices de la partie la plus faible.

B. Les principes protecteurs de la partie la plus faible : l'adhérent franchisé

Le « mythe juridique du contrat égalitaire »²¹¹ est révolu. La chance de pouvoir encore apprécier un rapport contractuel égalitaire est sûrement illusoire. Certes, le droit appréhende de plus en plus cette inégalité contractuelle comme une constituante économique-juridique des rapports contractuels contemporains. Cependant, cette reconnaissance n'est pas dépourvue de toute suspicion à l'égard du contrat devenu suspect. Cette suspicion appelle, somme toute logique, une protection légale de la partie la plus faible contre le contrat de franchise (1), ainsi qu'une protection dont les éléments émanent du contrat lui-même (2).

²⁰⁸ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, J.C.P. 1996.II.22565, note Ghestin.

²⁰⁹ Paris, 11 juin 1992, D. 1992.Somm.391, obs. Ferrier.

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ Alain RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats. Esquisse comparative des solutions allemandes et françaises », dans *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 221.

1. La protection par la loi

En reconnaissant l'unilatéralisme du franchiseur dans la conception du cadre contractuel du contrat de franchise, on conteste par là même l'idée selon laquelle la volonté fonde les obligations réciproques des parties en ce que « l'adhésion s'oppose au consentement »²¹² : la volonté du franchisé ne serait alors qu'un voile donnant effet juridique à la seule volonté du franchiseur. Autant dire que la notion de volonté perd tout son intérêt dans le cadre du contrat de franchise, contrat d'adhésion par principe²¹³, au point qu'on peut se demander avec Ripert mais « qu'y a-t-il de contractuel dans cet acte juridique ? »²¹⁴. Sans pour autant y voir un acte unilatéral proprement dit, le contrat de franchise appelle à un rétablissement urgent de l'équilibre contractuel et de l'égalité des prestations. Les règles protectrices du consentement sont alors renforcées par d'autres mécanismes légaux qui dépassent le cadre classique des vices de consentement de sorte qu'on pourrait invoquer un nouveau vice de consentement : « la faiblesse »²¹⁵. Ainsi circonscrites, les obligations des parties à un contrat de franchise ne sont plus seulement fondées sur l'utopique volonté des contractants, mais également sur l'intégration de la notion de « bien commun »²¹⁶ qui justifierait l'application de certains mécanismes protecteurs de la partie la plus faible et, notamment, l'ordre public de protection.

Tout d'abord, l'ordre public de protection fonde le régime de protection de la partie la plus faible. À ce titre, l'ordre public s'insurge comme la frontière légale du contenu obligationnel de l'espace contractuel. Dans ce contexte, l'ordre public est conçu comme une « police des rapports contractuels »²¹⁷ ou encore un « ordre public contractuel »²¹⁸, voire comme le promoteur de « la justice contrac-

²¹² P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 61.

²¹³ La solution doit cependant être nuancée en ce que la position des tribunaux n'est pas toujours unanime.

²¹⁴ G. RIPERT, *op. cit.*, note 30, p. 99.

²¹⁵ C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLE, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Paris, Dalloz, 2002, p. 342 et suiv.

²¹⁶ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 45 et suiv.

²¹⁷ Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 14.

²¹⁸ Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, sous la direction de Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 387.

tuelle»²¹⁹. Ainsi, «l'ordre public et le contrat mènent une existence parallèle : ils trouvent tous deux leur raison d'être dans l'autonomie de la volonté, l'un la limitant et l'autre en procédant. Mais quand bien même le contrat se détacherait de l'autonomie de la volonté, l'ordre public continuerait à contrôler le contrat»²²⁰. Par conséquent, l'ordre public, tout en reconnaissant certains types de contrats, les appréhende comme des «conventions particulières» où il est question notamment de contrôler les «prétentions du contrat comme source des obligations contractuelles»²²¹.

Pour ce faire, l'ordre public répondant à sa mission de «protection», recourt à ses éléments constitutifs, à savoir des règles impératives conçues par le législateur en vue de protéger la partie la plus faible dans un rapport contractuel déséquilibré. Aussi, «pour corriger ce déséquilibre, la loi impose, ou interdit certaines stipulations que le contractant le plus fort aurait pu, sans l'ordre de la loi, refuser ou imposer, selon le cas»²²². En d'autres termes, l'ordre public de protection poursuit une quête protectrice des contractants souffrant d'une position de faiblesse dans la mesure où l'exercice de leur liberté contractuelle ne leur garantit pas pour autant une justice contractuelle.

Dans ce cadre, le législateur intervient aussi bien par des législations parallèles que spécifiques qui participent grandement dans l'élimination de l'abus dans les contrats.

En premier lieu, le législateur intervient par des «législations parallèles» comme c'est le cas en matière du droit de la concurrence ou celles afférentes à la protection du consommateur. C'est notamment le cas des dispositions relatives au contrôle des prix ou celles afférentes à la réglementation du jeu de la concurrence. Ces législations restent, néanmoins, d'application subsidiaire quant à la protection de la partie la plus faible surtout qu'en matière de franchise cette application demeure incertaine.

²¹⁹ Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, coll. «Minerve – prix 2001», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 238.

²²⁰ Philippe MALAURIE, *L'ordre public et le contrat. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Reims, Éditions Matot-Braine, 1953, p. 19.

²²¹ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 57.

²²² Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations, l'acte juridique*, 9^e éd., t. 1, Paris, Armand Colin, 2000, p. 119.

En second lieu, l'intervention du législateur est spécifique en ce qu'elle tend à l'élimination directe de l'abus dans le rapport contractuel. À titre d'exemple, la Commission des clauses abusives, mise en place en application de la *Loi Scrivener* du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs, est chargée de vérifier si les clauses contractuelles sont susceptibles d'engendrer un déséquilibre « manifeste entre les droits et les obligations des parties », tout en proposant d'éventuelles réformes législatives aptes à favoriser de meilleures pratiques contractuelles²²³. De même, les dispositions du *Code civil du Québec* relatives à la *clause illisible ou incompréhensible*²²⁴ et à la *clause externe*²²⁵ constituent autant d'exemples de l'intervention du législateur en vue de protéger l'adhérent ou le consommateur. Tout d'abord, la règle de la *clause illisible ou incompréhensible*, disposition de droit nouveau, rappelle « l'exigence, par le droit de la consommation²²⁶, qu'un contrat soit clairement et lisiblement rédigé »²²⁷. Comme son nom semble le suggérer, cette disposition concerne deux sortes de clauses. D'une part, la *clause illisible* « dont le contenu est exprimé en caractères lilliputiens qu'il est permis de se demander si les auteurs ont souhaité véritablement qu'il fut lu et connu »²²⁸. D'autre part, la *clause incompréhensible* vise aussi la protection de la personne la plus vulnérable dans le rapport contractuel en ce qu'elle prohibe l'utilisation d'un langage « abscons » de sorte qu'on se demande si son rédacteur a vraiment voulu qu'une personne raisonnable puisse la comprendre²²⁹.

Ensuite, la *clause externe* se rencontre classiquement dans les contrats-cadres de distribution et, notamment, en matière de franchise. En effet, il est d'usage dans ce genre de contrat de n'exposer que l'essentiel des droits et obligations des parties et de renvoyer

²²³ Jacques MESTRE et Isabelle MARCHESSAUX, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », dans Jacques GHESTIN (dir.), *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Actes de la table ronde du 12 décembre 1990, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 34.

²²⁴ Art. 1436 C.c.Q.

²²⁵ Art. 1435 C.c.Q.

²²⁶ Voir : *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 87, art. 25.

²²⁷ P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 93, 421.

²²⁸ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 350.

²²⁹ Benoît MOORE, « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », dans *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, sous la direction de Pierre-Claude LAFOND, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 597 et suiv.

pour le reste à un document externe comme c'est le cas du guide d'exploitation de la franchise qui est annexé au contrat. Toutefois, afin d'éviter d'éventuels abus, il importe pour le franchiseur, stipulant, de porter expressément à la connaissance du franchisé adhérent, lors de la formation du contrat, l'existence de la clause externe, à défaut de quoi cette dernière est susceptible d'annulation. Bien entendu l'initiateur de la clause peut prouver que son destinataire a pu en prendre connaissance et il est peu probable de concevoir qu'un franchisé réfute une telle allégation relative au guide d'exploitation, alors même qu'il exploite une franchise dont les éléments essentiels sont transmis par l'entremise d'un tel guide.

Par ailleurs, l'ordre public intégrant la notion de bien commun au droit²³⁰ permet de lui rattacher l'idée de proportionnalité. Cette idée qui a été précisément étudiée dans une thèse sur « la proportionnalité en droit privé des contrats »²³¹ sous-tend à dégager un « concept nouveau destiné à mesurer et sanctionner le déséquilibre » dans les rapports contractuels²³². Ce faisant, elle instaure un mécanisme de gestion des déséquilibres, et ce, qu'il s'agisse d'un déséquilibre affectant uniquement une clause²³³ ou le contrat dans sa globalité²³⁴. Appliquée au contrat d'adhésion, mais encore aux clauses abusives, le franchiseur stipulant se voit sanctionner pour tout « déséquilibre significatif » qui sort de la sphère raisonnable de protection de ses propres intérêts légitimes. De même la *clause d'exclusivité* contenue dans un contrat de franchise n'est pas à même de faire valoir sa validité s'il appert qu'elle n'est pas vitale à l'existence du réseau. Pareillement, la *clause de non-concurrence* n'est légitimée par le standard de proportionnalité que dans la mesure où l'obligation qu'elle génère est indispensable à la protection des intérêts du franchiseur « en rapport avec l'objet du contrat »²³⁵. Aussi, l'étude de la jurisprudence française révèle à quel point le droit des contrats est empreint par l'idée de proportionnalité. L'arrêt *Chronopost*²³⁶, mais surtout certains arrêts antérieurs, le confirment bien

²³⁰ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 62.

²³¹ Sophie LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2000.

²³² *Id.*, p. 8.

²³³ *Id.* Voir la première partie : « La clause instrument de déséquilibre ».

²³⁴ *Id.* Voir la deuxième partie : « Le contrat objet du déséquilibre ».

²³⁵ Com. 14 nov. 1995, D. 1997.Somm.59, obs. Ferrier.

²³⁶ Précité, note 208.

en ce qu'ils condamnent toute clause qui aboutirait à « créer un avantage illicite » et « sans contrepartie »²³⁷.

Cependant, le standard de proportionnalité, comme les standards de la bonne foi et du raisonnable, prêche par son flou et son « indétermination sémantique », de sorte qu'on ne peut appréhender convenablement la mesure de sa mise en œuvre par rapport au « particularisme » des rapports contractuels. Néanmoins, comme on l'a souligné pour la bonne foi et le raisonnable, c'est là que réside son originalité. Loin de se situer au moment de la création de la norme, l'originalité du standard juridique se manifeste lors de sa mise en œuvre par le juge²³⁸. Par voie de conséquence, l'évaluation du déséquilibre différera d'un rapport contractuel à l'autre et même dans le cadre de la même catégorie de contrat en fonction de la situation juridique présente. « Flexibilité et généralité font ici bon ménage »²³⁹.

Au demeurant, pour autant que le standard de proportionnalité épouse, à certains égards, la notion de l'ordre public, il n'en demeure pas moins qu'il ne traduit pas le particularisme inhérent aux relations contractuelles dégagées du contrat lui-même. Il s'ensuit, qu'une autre catégorie de protection de la partie la plus faible devrait être recherchée, à savoir celle offerte par le contrat.

2. La protection par le contrat

L'essor de la notion d'ordre public suite au déclin de l'autonomie de la volonté ne semble plus aujourd'hui permettre à elle seule la protection de la partie la plus faible. L'émergence des obligations implicites allant de l'obligation d'information à l'obligation de loyauté permet de dire que « le contrat est aujourd'hui en voie de réhabilitation »²⁴⁰ et, partant, affirmer que « la protection de la partie la plus faible imprègne désormais tout le droit des contrats »²⁴¹. Cependant, « ce retour au contrat » semble se détacher de sa conception classique fondée sur l'autonomie de la volonté pour se renouveler à

²³⁷ Civ. 1^{re}, 19 déc. 1990, J.C.P. 1991.II.21656.

²³⁸ V. FORTIER, *loc. cit.*, note 193, 763.

²³⁹ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 80.

²⁴⁰ *Id.*, p. 83.

²⁴¹ M. FONTAINE, *loc. cit.*, note 144, 347.

travers l'adoption d'une nouvelle conception des relations contractuelles²⁴² que permet dorénavant « l'objectivation du contrat ».

À ce titre, l'adjonction au contrat d'obligations implicites est la forme la plus parfaite de son objectivation. Le contrat ainsi renouvelé permet une interprétation « objective », voire « créatrice » de son contenu, ce qui est à même d'en déduire un contenu implicite original et protecteur de la partie la plus faible, allant jusqu'à instaurer une nouvelle devise contractuelle : le solidarisme contractuel.

En premier lieu, l'interprétation « objective » du contrat représente un mécanisme fort appréciable de protection de la partie la plus faible, en l'occurrence le franchisé. À ce propos, le principe « cardinal » en matière d'interprétation auquel renvoient tant le droit français²⁴³ que le droit québécois²⁴⁴, à savoir le principe « subjectif » de la commune intention des parties, ne semble-t-il pas interdire toute tentative d'objectivation du contrat ? Nous en doutons. En effet, une lecture synthétique des dispositions pertinentes de ces deux droits, et notamment les articles 1425 à 1432 du *Code civil du Québec* et les articles 1157 à 1162 du *Code civil* français, paraît privilégier la volonté implicite à celle déclarée. Dans le même sens, comment expliquer le contrôle exercé par la Cour de cassation française de l'interprétation faite par les juges de fond des clauses implicites, alors même que cette interprétation est, en droit français, une question de fait ? Il est clair que « l'esprit »²⁴⁵ du contrat doit dominer sa « lettre »²⁴⁶ d'où l'objectivation de l'interprétation se voit régner souverainement²⁴⁷.

Vraisemblablement, en matière d'interprétation des contrats d'adhésion, il est difficilement concevable de faire fi de certains cri-

²⁴² Denis MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 310.

²⁴³ Art. 1156 C. civ.

²⁴⁴ Art. 1425 C.c.Q.

²⁴⁵ Christine CHAPUIS, « Le texte clair d'un contrat », dans *Pour un droit pluriel, Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, collection Genève/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 7 et suiv.

²⁴⁶ Théodore IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », J.C.P. éd. G. 1981.I.3023.

²⁴⁷ Cette objectivation est par ailleurs consacrée par les juridictions québécoises ainsi que par l'article 4.1.2 des Principes d'UNIDROIT, précités, note 60.

tères tels que les usages ou la bonne foi. Par ailleurs, la règle *contra proferentem* joue ici un rôle protecteur de la partie la plus faible²⁴⁸.

À cette fin, en cas de doute, le juge peut interpréter le contrat d'adhésion ou de consommation en faveur de l'adhérent ou du consommateur. En appliquant la maxime *in dubio contra proferentem*, le juge essaie de freiner les abus possibles engendrés par la situation de supériorité du franchiseur stipulant au détriment de l'adhérent franchisé. En pareil cas, il est communément admis que le contrat doit comporter une certaine ambiguïté²⁴⁹. À ce titre, l'article 1432 C.c.Q. comporte aussi une marge d'ambiguïté en stipulant :

1432. *Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.*

Effectivement, qu'entend le législateur par les termes « dans tous les cas » insérés dans la deuxième partie de la disposition ? Entend-il par là que l'interprétation en faveur de l'adhérent ou du consommateur doit prévaloir sur toutes les autres règles d'interprétation ou s'agit-il simplement d'une règle subsidiaire applicable en cas de défaut de ces dernières ? Nous pensons que c'est la seconde alternative qui doit prévaloir²⁵⁰. Ainsi, le contrat de franchise serait interprété « dans tous les cas » en faveur du franchisé adhérent, qu'il soit débiteur ou créancier de l'obligation, mais uniquement lorsque tous les autres moyens interprétatifs en sa faveur auraient été épuisés, à savoir ceux visés par les articles 1426 à 1431 C.c.Q.

En second lieu, cette règle qui est pour l'essentiel une règle d'interprétation subjective en ce qu'elle se fonde sur la commune intention des parties, laisse souvent place à une interprétation plus « objective » des clauses contractuelles, notamment lorsqu'il s'agit pour le juge d'adjoindre certaines obligations implicites au contenu explicite du contrat. Il s'agit alors d'incorporer au contrat certaines

²⁴⁸ Philippe NORDMANN, *Le contrat d'adhésion – abus et remèdes*, thèse de licence et de doctorat, Université de Lausanne, impression offset renggli Fribourg, 1974, p. 78.

²⁴⁹ Cette position doit, cependant, être nuancée en ce que l'étude de l'état actuel du droit comparé nous autorise à avancer la possibilité d'interpréter un texte clair. Voir : Christine CHAPUIS, « Le texte clair d'un contrat », dans *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, op. cit., note 44, p. 3 et suiv.

²⁵⁰ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, op. cit., note 228, p. 355.

obligations qui, bien que non explicitées par les contractants, sont indispensables à « la réalisation » du « but économique » du contrat²⁵¹. Notamment en matière de franchise, matière foncièrement économique, on conçoit mal une convention dépourvue de telles clauses sur lesquelles est basé l'objet même du contrat, même si elles n'ont pas été exprimées formellement par les parties.

À ce titre, il est plaisant de croire que le juge est fortement admis à déclarer implicites certaines obligations découlant du contrat, et ce, malgré le silence de la convention de franchise. Cependant, il est étonnant de constater qu'en matière de franchise, les obligations implicites ne tendent ni à protéger le franchisé, ni même le franchiseur, mais plutôt le réseau de franchise. D'ailleurs, l'ensemble des obligations implicites découlant de la relation de franchise a trait à cette obligation implicite principale²⁵². L'affaire *Charlebois c. Boutique Kit international Ltée*²⁵³ nous en fournit une illustration pertinente :

*Il paraît évident qu'à moins d'être admis à prouver l'existence de ce réseau dont ils font partie intégrante, les appelants ne pourront par la suite faire valoir les moyens essentiels de fonds qu'ils allèguent, à savoir que, par leur gestion du réseau dans son ensemble, les intimés ont mis en péril son existence même et la rentabilité, voire même la viabilité de chacune de ses composantes qui sont les franchises individuelles, dont celle des appelants.*²⁵⁴

Par conséquent, la protection du franchisé se réalise par la protection plus globale de la collectivité des franchisés. Dans ce contexte, il semble évident que le franchiseur a une obligation implicite de bien gérer son réseau, ce qui implique par ailleurs qu'il doit veiller à la protection de ses franchisés contre toute atteinte, qu'elle soit interne ou externe. Conséquemment, on est tenté d'affirmer que le franchiseur a une obligation implicite de sauvegarder l'homogénéité de son réseau en maintenant « l'intégrité » des éléments de sa franchise et, notamment, celle de ses marques de commerce et de son savoir-faire. Dans le même sens, il doit veiller à sanctionner

²⁵¹ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 105.

²⁵² Alexander-S. KONIGSBURG et Anne-Marie GAUTHIER, « Relations franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », (1993) 27 R.J.T. 633, 655.

²⁵³ *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*, [1987] 5 R.D.J. 607 (C.A.).

²⁵⁴ *Id.*

tout franchisé qui se voit porter préjudice à l'image du réseau par quelque procédé que ce soit. C'est ainsi qu'en contrepartie de l'obligation exclusive d'approvisionnement mise à la charge du franchisé, le juge peut déclarer comme implicite l'obligation pour le franchiseur de répondre « en tout temps », personnellement ou par l'intermédiaire des ententes qu'il aurait conclues avec ses fournisseurs, à toutes les commandes placées par le franchisé en ce qui concerne les produits de la franchise. Pareillement, il serait raisonnable d'admettre qu'est implicite l'obligation pour le franchiseur de fournir aux franchisés des produits à des prix compétitifs en tenant compte de leur qualité et de leur quantité, lesquels produits doivent être livrés dans un délai raisonnable. Il s'ensuit, qu'est aussi implicite l'obligation pour le franchiseur d'être toujours à l'affût d'autres sources d'approvisionnement qui permettraient au franchisé de concurrencer convenablement les réseaux franchisés concurrents. Dans la même veine, il serait tout autant raisonnable d'imposer au franchiseur l'obligation de mettre à jour, régulièrement, son concept en développant et en améliorant son système de franchise pour que le franchisé puisse suivre l'évolution des réseaux concurrents.

Il en découle que « le contenu implicite d'un contrat » n'est autre que la déduction par le juge de la volonté probable des contractants sur certains éléments non précisés explicitement dans le contrat²⁵⁵, voire simplement la recherche d'obligations non exprimées, mais inhérentes au contrat en ce qu'elles relèvent du « registre du bien commun »²⁵⁶. À ce titre, l'étude de l'article 1434 du *Code civil du Québec* et de l'article 1135 du *Code civil français*²⁵⁷ permet d'avancer que les obligations implicites relèvent plus de ce registre que de celui de la volonté en ce qu'elles s'identifient à une « valeur »²⁵⁸, voire un « standard »²⁵⁹ qui « échappe ouvertement à la volonté des parties »²⁶⁰. Cette appréhension nous mène à reconnaître l'aptitude du

²⁵⁵ Didier LLUELLES, « Du bon usage de l'usage comme source d'obligations implicites », (2002) 36 *R.J.T.* 1, 87.

²⁵⁶ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 110.

²⁵⁷ Art. 1135 C. civ. : « Les obligations obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

²⁵⁸ Y. PICOD, *op. cit.*, note 158, p. 94.

²⁵⁹ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 112.

²⁶⁰ Jacques MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation "active" du contrat par le juge », dans *Le juge et l'exécution du contrat*, Marseille, P.U.A.M., 1993, p. 18.

juge à effectuer un « forçage du contrat »²⁶¹. Cependant, il faut se garder de voir dans cette technique, une technique relevant des règles d'interprétation, mais uniquement un procédé de comblement des lacunes d'un contrat, au demeurant, imparfait²⁶². En d'autres termes, l'office du juge ne se rattache pas ici à éclaircir un texte ambigu, mais proprement à combler les éventuelles lacunes d'un texte clair. En effet, il est communément admis que les règles d'interprétation opèrent en présence d'un texte ambigu, alors que le « forçage du contrat » permet simplement de « meubler une lacune ».

De nature contractuelle²⁶³, autant que les obligations explicites, les obligations implicites permettent l'élargissement du « cercle contractuel »²⁶⁴ en vue d'atteindre la réelle volonté des parties, mais plus encore celle qui s'identifie le mieux à « l'économie véritable de la convention »²⁶⁵. Autant dire que l'obligation implicite²⁶⁶ ne se limite pas à circonscrire simplement une obligation accessoire²⁶⁷, mais elle permet plus généralement l'établissement d'un droit au même titre qu'une obligation explicite. Pascal Lokiec parle même de « la co-existence sans conflit des clauses expresses et implicites dans le contrat »²⁶⁸.

Se prévalant d'un « contenu normatif implicite » et forte de sa reconnaissance par le législateur²⁶⁹, l'obligation est saisie par le juge pour combler certaines de ses lacunes « à l'aide de l'usage, de l'équité ou de la nature du contrat »²⁷⁰. L'affaire *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*²⁷¹ traduit bien cet aspect en mettant à la charge du franchiseur une obligation implicite, basée sur

²⁶¹ Y. PICOD, *op. cit.*, note 158, p. 93.

²⁶² Sandrine DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, Aix en Provence, P.U.A.M., 2001, p. 317 et suiv.

²⁶³ 2328-4938 *Québec Inc. c. Naturiste J.M.B. Inc.*, précité, note 111: « le contrat constitue la première source des droits et obligations des parties ».

²⁶⁴ *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, précité, note 123.

²⁶⁵ D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 255, 90.

²⁶⁶ Pour une approche critique de la question, voir: Gérard LYON-CAEN, « L'obligation implicite », *Arch. Philo. Droit* 2000.109.

²⁶⁷ Pierre LEGRAND Jr., « L'obligation implicite contractuelle: aspects de la fabrication du contrat par le juge », (1991) 22 *R.D.U.S.* 109, 132.

²⁶⁸ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 108.

²⁶⁹ Voir: art. 1434 C.c.Q. et 1135 C. civ. français.

²⁷⁰ D. LLUELLES, *loc. cit.*, note 255, 89.

²⁷¹ Précitée, note 123.

l'équité et la nature du contrat, de ne pas faire concurrence au franchisé en dehors des termes contractuels²⁷². Mais est-ce à dire qu'en agissant ainsi, le juge reconnaît aux obligations implicites un caractère impératif? En l'état actuel du droit, la réponse semble « entouré[e] d'incertitudes »²⁷³. Certes, un usage peut, prématurément, l'emporter sur une loi supplétive, mais jamais sur la volonté claire et explicite des contractants tendant à exclure l'usage du champ contractuel. Il est clair qu'un comportement contraire du juge permettrait à la Cour de cassation de casser son jugement en ce qu'il dénature le contrat²⁷⁴, dans la mesure où « le juge ne saurait faire état de l'équité et de l'usage pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il avait librement assumés »²⁷⁵.

Autant dire que le registre de l'autonomie de la volonté n'est pas à même de protéger adéquatement le contractant le plus faible et, partant, souligne la pertinence de « l'objectivation du contrat » en insistant sur le « registre du bien commun » qui en appelle à de nouvelles « devises contractuelles » dont la plus en vogue est celle dite de « solidarisme contractuel ». En effet, le recours au bien commun semble autoriser l'intégration au contrat de certaines « valeurs relationnelles » telles la « loyauté », la « solidarité », la « fraternité »²⁷⁶, la « confiance »²⁷⁷ et la « coopération »²⁷⁸, ce qui permettrait, par ailleurs, d'instaurer « un climat nouveau [dans] les relations entre les parties, qui ne sont plus considérées comme exclusivement guidées par leurs intérêts antagonistes respectifs »²⁷⁹.

On reconnaît là l'influence de la bonne foi qui devrait exprimer en quelque sorte de telles valeurs. Un contractant de bonne foi serait alors celui qui agit avec de « la bonne volonté, la loyauté, le

²⁷² *Id.*

²⁷³ P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 113.

²⁷⁴ Sur cette notion, voir : Catherine MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, Grenoble, P.U.G., 1974.

²⁷⁵ *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, précité, note 123.

²⁷⁶ Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *Mélanges en l'honneur de François Terré. L'avenir du droit*, Paris, Dalloz, P.U.F., J.-Cl., 1999.

²⁷⁷ G. RIPERT, *op. cit.*, note 30, p. 94.

²⁷⁸ Y. PICOD, *op. cit.*, note 158, p. 103 et suiv.

²⁷⁹ M. FONTAINE, « Les principes pour les contrats internationaux élaborés par UNIDROIT », (1991) 1 *R.D.I.D.C.* 25.

souci de se dépenser au profit de son contractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère²⁸⁰. Ce glissement du rapport contractuel d'un rapport conflictuel vers un rapport de coopération s'est opéré notamment par la reconnaissance du concept de solidarisme contractuel qui innove par le rejet de la conception classique basée sur une « vision individualiste et égoïste »²⁸¹ tout en adoptant une nouvelle vision plus coopérative et altruiste.

Appliquée aux contrats de longue durée et notamment au contrat de franchise, cette « nouvelle figure contractuelle »²⁸² permet de mieux saisir et comprendre le rapport contractuel en ce que les stipulations expresses des parties ne sont pas à même de circonscrire convenablement leurs obligations réciproques dans la mesure où celles-ci s'étalent dans le temps. Aussi, la coopération qui doit gouverner le rapport contractuel doit permettre « la satisfaction d'un intérêt contractuel commun, d'un *animus cooperandi* »²⁸³, qui pourrait justifier « une acception plus extensive de la notion de bonne foi »²⁸⁴, voire même « un devoir réciproque d'entraide et de coordination qui dépasserait l'obligation de bonne foi »²⁸⁵.

Le déséquilibre contractuel est alors corrigé par le devoir de coopération qui doit dominer la relation contractuelle entre le franchiseur et le franchisé. En tant qu'obligation implicite, le devoir de coopération peut fonder le contrôle du juge à l'occasion d'un « contrat de réseau », pour s'assurer, notamment, que le franchiseur n'a pas abusé de sa position dominante, et qu'un équilibre a été quand même respecté. De la sorte, déséquilibre contractuel et intérêt commun des parties peuvent se prévaloir d'être réconciliés dans un contrat qui ne peut survivre qu'avec ces deux antagonistes.

*

* *

²⁸⁰ Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 229.

²⁸¹ D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 276, 609.

²⁸² P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 121 et suiv.

²⁸³ L. AMIEL-COSME, « La théorie institutionnelle de réseau », dans *Mélanges offerts à Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, *op. cit.*, note 173, p. 1 ; Éric BROUSSEAU, *L'économie des contrats*, Paris, P.U.F., 1993, p. 9

²⁸⁴ *Id.*, p. 113.

²⁸⁵ *Id.*

Comme nous l'avons annoncé au début de notre étude, le rapport inégalitaire né de la relation de franchise fait état d'un comportement opportuniste de la part du franchiseur qui se trouve, potentiellement, enclin à exercer tout un pan d'abus au détriment du franchisé. Dans ce cadre, on a pu relever que l'application de l'approche civiliste à la relation de franchise arrive vite au bout de l'impasse en ce qu'elle n'intègre pas suffisamment la réalité économique du franchisage.

Le recours aux notions de bonne foi, du raisonnable et de l'abus de droit offre, certes, un climat plus sécurisant, mais il n'en demeure pas moins que ces notions ne garantissent pas une protection convenable au franchisé dans la mesure où ces solutions demeurent encore indifférentes vis-à-vis de certaines considérations économiques du franchisage. « La réalité obligationnelle avec ses asymétries et ses abus de pouvoir n'est saisie que *a posteriori* à travers un processus cognitif insuffisant au moment de la juridiction de la relation »²⁸⁶.

Aussi, au terme de cette étude, il nous semble qu'on ne peut conclure sans mettre en relief deux aspects fondamentaux intimement liés à notre sujet et notamment en ce qui a trait à la protection de la partie la plus faible : le franchisé. D'une part, l'apport de l'analyse économique de droit et, d'autre part, l'apport du droit comparé et du droit uniforme.

D'abord, l'apport de l'analyse économique du droit imprègne dans une large mesure le contrat de franchise. À ce titre, la vision classique du rôle du droit dans la société contemporaine qui privilégie la protection de la partie la plus faible se voit céder la place à une autre vision moins soucieuse des valeurs morales, voire plus portée sur l'impératif d'assurer « l'efficacité économique » du contrat. L'influence de la vie des affaires sur le droit des contrats est tellement importante que les règles de droit ne pouvaient que s'intéresser à leurs effets économiques. Selon les tenants de ce « mouvement », la démarche doit procéder par l'adoption des règles les plus « efficaces » sur le plan économique. Cependant, cette démarche « droit-économie », principalement d'inspiration américaine, ne rend

²⁸⁶ Jens ALBERTS, *Contrat et réseau : le franchisage comme exemple d'une régulation juridique hybride*, mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval, Université Laval, 1997, p. 5.

pas compte de la spécificité de nos systèmes civilistes, d'où la difficulté d'y transposer telles quelles des solutions qui seraient, par ailleurs, « pertinentes » dans un cadre de common law. Au surplus, cette démarche dénote d'une certaine amoralité dans sa conception des rapports contractuels dont la plus significative est traduite par la « théorie de la violation efficace » (*efficient breach*) qui enseigne qu'en présence d'un intérêt économique, une partie est autorisée à manquer à ses obligations contractuelles sous réserve d'indemniser l'autre partie. Il est évident qu'une telle démarche est basée sur une conception matérialiste du rapport contractuel détachée de toute règle morale afférente au « respect de la parole donnée ». Loin de vouloir rejeter en bloc ce mouvement d'« économie-droit », les juristes civilistes devraient s'impliquer à rechercher des solutions plus adaptées à nos systèmes juridiques en tenant compte des valeurs morales que nos droits entendent sauvegarder. Aussi, « ici comme ailleurs on assiste à une percée de la morale dans le droit des contrats internationaux ». C'est pourquoi, « dans le commerce international il va falloir concilier la règle morale avec les très puissants intérêts économiques qui sont en jeu »²⁸⁷.

Ensuite, le droit comparé et le droit uniforme permettent de repenser la conception du rapport contractuel en le remodelant dans un contexte plus protecteur de la partie la plus faible tout en considérant l'intérêt économique de l'autre partie. En premier lieu, le droit comparé procède par un rapprochement entre les différentes solutions juridiques données à une situation particulière de droit, ce qui est à même de favoriser l'éclosion de solutions harmonisées plus pertinentes. Pensons, par exemple, au droit des obligations allemand qui préconise la notion d'incombance (*Obliegenheit*) qui, tout en étant proche de la notion d'obligation, s'en distingue nettement en ce qu'elle met à la charge d'un débiteur, en cas d'inexécution, le devoir de se soumettre à certaines conséquences qui lui sont préjudiciables sans pour autant permettre au créancier de procéder à une exécution forcée. Cette solution semble pouvoir s'appliquer en matière de franchise, surtout lorsqu'on songe aux divers cas où l'exécution forcée n'apporterait pas grande chose au franchisé qui aurait déjà perdu énormément sur le plan économique et, notamment, son investissement.

²⁸⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Morale et contrats internationaux », dans *Morale et droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 35, cité par S. DARMAISIN, *op. cit.*, note 42, p. 367.

En second lieu, plus qu'une harmonisation, le droit uniforme recherche l'unification des règles juridiques des différents droits nationaux ce qui permet, par ailleurs, l'adoption de règles communes qui seraient inspirées des « meilleurs exemples » de la pratique et du droit international. C'est dans ce sens que s'insère le *Guide D'UNIDROIT sur les accords internationaux de franchise principale* qui en appelle aux « meilleures pratiques » en matière de franchisage. Dans ce cadre, on se rappellera que les solutions préconisées par le droit civil en matière de franchisage ne permettent pas, à certains égards, la protection du franchisé, de sorte que l'intérêt du travail d'unification d'UNIDROIT est, à ce titre, plus que recommandable pour les opérateurs du commerce international²⁸⁸, voire même pour les législateurs nationaux qui sont appelés à s'y inspirer pour pallier les imperfections de leurs droits internes. Mais, au-delà de ce rôle, le Guide se veut un instrument d'avant-garde pour « appréhender des questions qui sont déjà traitées par les législations nationales mais qui revêtent une importance marquée dans le domaine du franchisage », comme c'est notamment le cas en matière de propriété intellectuelle²⁸⁹.

En définitive, il nous sied d'affirmer avec Marcel Fontaine que « [l]a fin du contrat maintes fois annoncée, n'a pas eu lieu »²⁹⁰. Malgré son imperfection, le droit des contrats ne cesse de renaître de ses cendres et de se renouveler à travers le pouvoir créateur du juge et l'inspiration de la doctrine. Dans cette optique, le droit ne devrait pas permettre « l'exploitation de la faiblesse "par" le contrat, et qu'il appartient au législateur, puissance politique, d'empêcher les abus de la puissance économique »²⁹¹. Au demeurant, « le contrat n'est pas et ne doit pas être une oeuvre de charité. [Il] repose avant tout, comme l'a souligné le doyen Carbonnier, sur un antagonisme d'intérêts et doit permettre tout simplement de faire de bonnes affaires. S'il faut supprimer les manœuvres déloyales, il n'est pas nécessaire d'encourager le sentimentalisme »²⁹².

²⁸⁸ *Guide sur les accords internationaux de franchise principale*, *op. cit.*, note 6, « Introduction », p. XXX.

²⁸⁹ *Id.*, p. XXXII.

²⁹⁰ M. FONTAINE, *loc. cit.*, note 144, 347.

²⁹¹ Gilbert PARLEANI, « Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels », dans *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, *op. cit.*, note 173, p. 894.

²⁹² P. DELEBECQUE, note Civ. 2^e, 19 juin 1996, Defrénois 1996.1374, cité par P. LOKIEC, *op. cit.*, note 28, p. 113 et 114.