

Entre salariat et indépendance : analyse juridique et économique de la relation franchisé-franchiseur
Between Salaried and Independent Workers: A Legal and Economic Analysis of the Franchisee-Franchisor Relationship
Entre trabajador asalariado y trabajador independiente: un análisis jurídico y económico de la relación franquiciante – franquiciado

Urwana Coiquaud and Isabelle Martin

Volume 72, Number 3, Summer 2017

Les nouvelles frontières de la relation d'emploi
New Frontiers of the Employment Relationship

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1041094ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1041094ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Département des relations industrielles de l'Université Laval

ISSN

0034-379X (print)

1703-8138 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Coiquaud, U. & Martin, I. (2017). Entre salariat et indépendance : analyse juridique et économique de la relation franchisé-franchiseur. *Relations industrielles / Industrial Relations*, 72(3), 479–500.
<https://doi.org/10.7202/1041094ar>

Article abstract

The franchise contract allows franchisees to benefit from franchisors' knowledge in return for their financial investment. However, the franchise contract entails much more than the simple transmission of a recipe. It involves thorough assistance from the franchisor to the franchisee. Hence, could this contractual relationship be compared to the employment relationship?

This article will examine how the franchise relationship is molded by both the legal subordination induced by the franchise contract and the superior economic power of the franchisor. This article will rely on a socio-legal analysis of Quebec jurisprudence (1994-2016), and on economic theory, in order to understand the factors of subordination and of economic power incorporated in the franchise relationship.

The analysis exposes how the franchise relationship comprises strong components of subordination and inequality of economic power for the franchisee, both of which are as real as in the employment relationship, even though they are not formally instituted by the franchise contract. Three solutions are considered. One of these solutions would be to allow the characterization of a franchise contract into an employment contract. Although some foreign jurisdictions have followed this path, Quebec's jurisprudence is not inclined to do so. A second solution would be to enact protective legislation for franchisees in order to decrease the informational asymmetry between franchisor and franchisee, and to specify the qualities of the franchise concept. A last solution would entail the recognition of the economic inequality between the franchisor and the franchisee. Such a solution could mark a departure point for a more general legal framework of «dependent economic relationship law» capable of understanding the numerous relationships of entrepreneurial dependency that exist, of which the franchise relationship is but one example.

Entre salariat et indépendance : analyse juridique et économique de la relation franchisé-franchiseur

Urwana Coiquaud et Isabelle Martin

Depuis plusieurs décennies, le franchisage connaît un grand succès. Il organise une collaboration entre des entreprises indépendantes autour d'un concept substantiel, original et réitérable par lequel le franchisé, s'affiliant au réseau, tente de réitérer le succès commercial du franchiseur. Cependant, ce contrat est souvent qualifié de dépendance, car le franchisé adopte les traits d'un salarié dans la relation qu'il entretient avec le franchiseur et il est, également, soumis à la puissance économique du franchiseur. L'étude examine, à l'aide de la jurisprudence et de la doctrine, le caractère subordonné de cette relation en ayant pour matrice analytique les droits de la direction de l'employeur et, comme cadre d'analyse, la théorie relationnelle du contrat.

MOTS-CLÉS: contrat de franchisage, subordination, dépendance, puissance économique, droits de la direction.

Introduction*

Au cours des dernières décennies, le travail salarié a subi de profondes mutations dans un double mouvement. L'autonomie s'est immiscée dans le salariat tandis que l'entrepreneur indépendant s'est ouvert à une forme « d'allégeance dans l'indépendance », faisant en sorte que « le modèle salarial a projeté son ombre sur le régime juridique du travail indépendant » (Supiot, 2000 : 136 et 132). À ces éléments transformatifs s'est ajoutée la modification des structures organisationnelles qui a remis en question l'organisation intégrée et hiérarchisée sur laquelle

Urwana Coiquaud, professeure en droit du travail, Département de gestion des ressources humaines, HEC Montréal, Québec (urwana.coiquaud@hec.ca).

Isabelle Martin, professeure en droit du travail, École de relations industrielles, Université de Montréal, Québec (isabelle.martin.9@umontreal.ca).

Les deux auteures sont chercheuses au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Cette recherche a été présentée au XX^e Congrès international de l'Association internationale des sociologues de langue française (AISLF), qui s'est déroulé à Montréal du 4 au 8 juillet 2016. Nous tenons à remercier HEC Montréal pour sa contribution financière, ainsi que l'équipe du ZOGRIIS, projet scientifique financé par l'Agence nationale de la recherche (France).

*Addendum : Au moment de mettre sous presse, la Cour d'appel, dans l'affaire *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Modern Concept d'entretien inc.* (2017 QCCA 1237), a déterminé que le franchisé d'un réseau de franchises dans le domaine de l'entretien d'édifices publics et parapublics régi par un décret était un « salarié » au service du franchiseur. Cette décision de dernière heure vient nuancer nos propos selon lesquels nous affirmons que les tribunaux québécois n'ont pas requalifié un contrat de franchisage en contrat de travail.

s'était construit le droit du travail et a promu leur désintégration verticale (Collins, 1990: 35), avec une nouvelle répartition des risques (Morin, 2005: 13-14). Le franchisage s'inscrit précisément dans ce phénomène de l'éclatement de l'entreprise (Weil, 2014: 122). Au Canada, depuis plusieurs décennies, les franchises sont présentes dans les secteurs des services, du commerce de détail et de la restauration. Au Québec, en 2014, elles ont généré 8,22% du PIB (CQF, 2014).

Derrière ce succès se trame un modèle d'affaires qui consiste à externaliser les fonctions de distribution par la réitération d'un succès commercial grâce à une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement indépendantes. À la tête du réseau ainsi formé se trouve le franchiseur. Ce dernier transmet au franchisé son savoir-faire, moyennant des contreparties financières. Mais cette transmission va au-delà de la simple mise à disposition d'une « recette ». Elle se prolonge par une assistance du franchiseur au franchisé afin que ce dernier soit en mesure de reproduire adéquatement cette réussite commerciale. Le contrat de franchisage se présente donc comme un outil de collaboration capable de fédérer, autour du processus de réitération, une série d'entrepreneurs indépendants (Le Tourneau, 2007: 2).

Cependant, dans les faits, le respect de l'indépendance du franchisé, dans le cadre de l'interdépendance relationnelle exigée du contrat, n'est pas toujours respecté. D'aucuns estiment que de l'esprit de collaboration¹ apparent naît une certaine coercition (Haigh, 1996: 9). Virassamy (1986) a même qualifié ce contrat de dépendance. D'ailleurs, la Cour de cassation² française n'a pas hésité à requalifier le contrat de franchisage en contrat de travail :

« Mais attendu que la cour d'appel a retenu que la société Fiventis avait, selon les stipulations du contrat de franchise, imposé à M. X... des obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées, que, transformé en simple agent d'exécution, l'intéressé ne disposait d'aucune autonomie ».

À la différence du contrat de travail, le contrat de franchisage ne bénéficie d'aucune réglementation spécifique. Il répond des dispositions générales du *Code civil du Québec* pour le Québec ou des principes de *Common Law* pour les autres provinces³. Cependant, ces contrats ont en commun d'organiser une relation de pouvoir. D'ailleurs, ne faut-il pas voir dans la requalification possible du contrat de franchisage en contrat de travail le moyen de garantir la protection du franchisé? Si au Québec pareille solution jurisprudentielle n'a pas été retenue, il n'en demeure pas moins intéressant d'examiner les similitudes entre ces deux contrats; c'est précisément l'objectif de cet article.

Naturellement, la « subordination » du franchisé dans un réseau de franchise ne s'appréhende pas de manière aussi évidente que celle du salarié dans la relation d'emploi. Nous n'entendons pas rechercher les caractéristiques du contrat de travail dans le contrat de franchisage, mais étudier la relation émanant de ce contrat à

l'aide des facteurs juridiques (le caractère subordonnant de la relation contractuelle) et économiques (la puissance économique du franchiseur) qui la structurent.

Pour saisir cette relation, la théorie relationnelle du contrat développée par Ian MacNeil s'avère toute désignée (MacNeil, 2000; voir aussi Belley, 2000 : 139-140)⁴. Au cœur de cette théorie se trouve l'idée que chaque transaction est inscrite dans une relation complexe dont il faut dégager les éléments essentiels (MacNeil, 2000 : 881) afin d'aller au-delà des termes formels et anticipés du contrat pour tenir compte des facteurs juridiques et économiques qui la structurent. Cette théorie est particulièrement indiquée pour analyser des relations d'inégale puissance (Martin, 2016).

Pour ce faire, nous aurons recours à une méthodologie multidisciplinaire. Nous nous appuierons, d'un côté, sur une analyse sociojuridique de la jurisprudence québécoise, où les décisions sont utilisées pour leurs énoncés de faits révélateurs des relations de franchise et non pour leur portée dogmatique. L'analyse jurisprudentielle s'étendra de 1994, date d'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, à avril 2016. Deux banques de données, SOQUIJ et Canlii, seront ciblées et seules les décisions de droit commun ou des tribunaux administratifs du travail capables de livrer un exposé du contenu relationnel du contrat seront retenues. D'un autre côté, nous utiliserons les apports de la littérature économique pour comprendre les éléments de subordination et de puissance économique qui emprignent les relations entre franchiseurs et franchisés.

Si la subordination ou la dépendance du franchisé à l'égard du franchiseur a pu être mise en lumière, aucune analyse systématique n'a été réalisée à ce jour au Québec. Nous nous proposons donc de remédier à cette lacune en examinant l'aspect relationnel du contrat. Cette perspective théorique permet d'examiner la relation contractuelle au-delà des termes formels et anticipés du contrat, et elle constitue un apport significatif à la littérature sur le sujet. L'examen se fera à partir d'une grille analytique mise en lumière par Vallée et Bourgeault (2011 : 66-69), laquelle expose les trois composantes du droit de direction de l'employeur, soit la « direction des affaires », cette capacité dont dispose l'employeur à prendre des décisions de nature économique et stratégique (l'établissement des prix, des investissements,...), la « direction de la production » (les décisions relatives aux modes de production ou à la délivrance du service), et, enfin, la « direction du travail » (recrutement, rémunération et évaluation des tâches du personnel).

Aussi, dans un premier temps, sera mis en lumière le caractère subordonnant de cette relation contractuelle pour examiner, dans un deuxième temps, les éléments de la puissance économique du franchiseur.

Relation franchiseur-franchisé et subordination

La proximité de certains contrats de franchise avec le contrat de travail suggère que le rapport de collaboration peut flirter avec celui de subordination.

Le franchisé peut adopter les traits d'un employé du franchiseur, plutôt que ceux d'un entrepreneur « collaboratif ». Et, le franchisé, lui-même employeur, peut voir ses attributs d'entrepreneur confisqués par le franchiseur, que ce dernier assumera pour le compte du franchisé.

Le franchisé sous les traits d'un salarié

Le parallèle entre la situation du franchisé et celle du salarié est d'abord mis en évidence par le processus de sélection du franchisé et l'exécution du travail presque personnelle qu'il se retrouve à effectuer. Le contrôle du franchiseur sur les activités du franchisé vient parfaire cette analogie.

Recrutement et sélection du franchisé

Former le projet d'ouvrir une franchise requiert mûre réflexion de la part des franchisés. Elle l'est tout autant pour les franchiseurs qui chercheront à débusquer les candidats pourvus d'esprits souples, voire « profanes, plus aisément susceptibles d'être formés à la méthode et à la discipline du réseau » (Licari, 2002 : 5), et capables de diffuser avec succès le concept original. Dans cette optique, le franchiseur ne ménage pas ses efforts pour sélectionner le futur franchisé. Ainsi, tests psychométriques⁵, enquêtes de solvabilité⁶, « aptitudes, qualités, compétences, ressources, état de santé, situations financières, antécédents, capacités, goûts (...) » (Gagnon, 2003 : 171 ; 378) feront partie de son attirail de sélection, en plus d'exiger un « stage d'observation » au cours duquel le franchiseur évaluera le candidat⁷.

Mais pourquoi accorder tant de soin à la sélection du franchisé ? La théorie du contrat relationnel de MacNeil démontre l'importance de la personnalité individuelle dans un rapport économique centré sur la relation (1983 : 341). Ce soin s'explique d'autant plus que le franchisé sera souvent appelé à exécuter personnellement le travail.

Exécution presque personnelle

L'exécution personnelle du travail par le franchisé est souvent caractéristique d'une relation de franchisage. D'ailleurs, il n'est pas rare qu'au sein de la franchise la seule personne corvéable soit le franchisé. Cette situation est particulièrement présente dans les franchises de service (entretiens ménagers ou paysagers ; soins aux personnes et aux animaux) où les franchisés s'apparentent à un travailleur individuel qui vend ou plutôt s'achète sa propre force de travail (Riley, 2012 : 102).

D'ailleurs, pendant plusieurs semaines les franchisés sont personnellement formés pour exécuter le travail⁸. Le franchisé est questionné sur « sa capacité à faire les sacrifices nécessaires, en temps et argent, pour faire fonctionner la fran-

chise»⁹. Et, lorsque ces qualités ne sont pas au rendez-vous, l'échec de la relation s'en trouve justifié: « Il est clair qu'exploiter une franchise demande énormément d'efforts et de travail ». Et le juge d'ajouter que le franchisé « savait ou aurait dû savoir que sa présence quotidienne et continue, son travail et supervision persévérants étaient requis pour assurer le succès d'une franchise [...] »¹⁰.

Les rapprochements que l'on peut avancer à l'égard du contrat de travail sont multiples. En premier lieu, l'article 2085 du *Code civil du Québec* précise que seule la personne, en l'occurrence le salarié et nulle autre, s'oblige à fournir la prestation de travail. De cette exécution personnelle découle la disponibilité du salarié, « une présence physique (...) et (...) professionnelle » (Morin *et al.*, 2010 : II-87). Or, ces deux exigences se retrouvent dans la convention de franchisage, car la mutualité des intérêts exige l'établissement d'un lien personnel. Le franchisé ne va pas jusqu'à assurer une forme d'assiduité, comme c'est le cas dans le contrat de travail : cependant, cette qualité semble indissociable du succès d'une telle entreprise. Comme l'employeur, le franchiseur recherche une force de travail, mais pas seulement un travailleur qui a pour unique richesse sa valeur d'usage, il souhaite une personne qui a les ressources nécessaires de posséder des moyens de production. Et c'est sur ce dernier point où l'analogie a ses limites.

L'exécution personnelle est palpable lors de la signature du contrat. Le franchiseur s'assure de contracter avec le franchisé en tant que personne physique. En effet, lorsque pour des raisons aussi légitimes que celle de limiter sa responsabilité personnelle ou de répondre de règles fiscales plus avantageuses, le futur franchisé décide de se constituer en personne morale, le franchiseur exigera des ententes tripartites (Gagnon, 2003 : 171; 320) afin de rendre responsable solidairement le franchisé-personne physique et le franchisé-personne morale¹¹.

Et pour s'assurer de l'attachement du franchisé en tant que personne physique lors de l'exécution du contrat de franchisage, la convention comprendra souvent une clause « (...) assurant au franchiseur que la personne physique, choisie par ce dernier, contrôle en tout temps la personne morale franchisée et assurera la surveillance et la gestion de l'entreprise franchisée » (Gagnon, 2003 : 171; 320). De telles dispositions ne font aucun doute quant au caractère personnel de l'exécution générale de la convention de franchise, mais jusqu'à quel point cette relation teinte la liberté d'entreprendre du franchisé ?

Rapport de subordination

Le franchisage organise la coopération entre des entreprises indépendantes. Cependant l'inégalité des partenaires et la domination du franchiseur en font un contrat que plusieurs qualifient de dépendance (Virassamy, 1986 : 81-86) ou de « franchise subordonnante » (Licari, 2002 : 87). Le contrat de franchisage

est formé d'un enchevêtrement d'intérêts d'où transparaît un rapport de force: « [I]l suffit de lire une seule fois une convention de franchise pour comprendre que le franchiseur se trouve, en cours d'exécution du contrat, dans une situation tout à fait privilégiée vis-à-vis de son franchisé » (Gagnon, 2000: 114). Bien qu'autonome, le franchisé reste dominé par le franchiseur, dont il reçoit des directives strictes qui ne se distinguent que mollement de celles reçues par un salarié.

Pour veiller au maintien de la protection de l'image du réseau¹², le franchisé s'engage à « exploiter sa franchise de façon strictement conforme avec les méthodes, procédures et techniques (...) » définies par le franchiseur¹³. Parfois, elles sont si détaillées que la part d'autonomie du franchisé se réduit comme une peau de chagrin¹⁴.

Le franchiseur s'engage lui aussi à assister le franchisé. Cependant, l'assistance en raison de sa nature, sa portée et son intensité est si prégnante qu'elle est une forme de contrôle similaire à celle d'une relation salariale. Ainsi, des « conseillers », appelés aussi « superviseurs », effectuent des visites pour veiller à la conformité de l'image¹⁵. Et, en cas de non-conformité, le franchiseur peut, selon la gravité du geste posé, mettre fin au contrat¹⁶.

Le contrôle s'étend aussi à la qualité des services offerts par le franchisé à sa clientèle¹⁷ grâce à l'envoi de clients mystères¹⁸ ou de directives¹⁹. En cas de défaillances, des mesures disciplinaires ou administratives peuvent être infligées au franchisé. Dans certains cas, le franchisé rencontre le représentant du franchiseur pour réviser son rendement²⁰.

Fondamentalement, ce type de contrôle ne se distingue pas de celui subi par le salarié, mais les tribunaux au Québec restent réfractaires à une requalification du contrat de franchisage en contrat de travail ou, encore, à le faire reconnaître comme « employeur unique » (Vallée, 2007), contrairement aux États-Unis (Weil, 2014: 195). Examinons maintenant comment le franchisé voit ses prérogatives d'employeur-entrepreneur accaparées par le franchiseur.

Droit de direction limité de l'employeur-entrepreneur franchisé

Le franchisé peut embaucher des salariés, mais dispose-t-il en tout temps des prérogatives qui font de lui un employeur ? Autrement dit, assume-t-il l'entière responsabilité de ses droits de direction ? Quel est l'impact de l'*intuitu firmæ*, soit l'intérêt commun du réseau sur ses prérogatives (Contamine Raynaud, 1974: 70-76) :

L'adhésion au réseau et l'entente de réitération propre au contrat de franchisage ne se justifient qu'en renonçant à certains attributs d'employeur et d'entrepreneur. Une fois dans le réseau, le franchisé n'exerce plus sa discrétion, car il est maillé à la stratégie du franchiseur qui lui doit assistance afin d'assurer

la protection de l'intérêt commun (*l'intuitu firmæ*)²¹ et du concept. Or, il n'y a souvent qu'un pas à franchir entre l'assistance et le contrôle, « [l'] assistance est souvent utilisée (détournée ?) pour contrôler benoîtement les bénéficiaires (...) » (Le Tourneau, 2003 : 37).

Nous avons vu plus tôt que ce contrôle peut être assimilé à celui qu'exerce un employeur à l'égard d'un salarié. Examinons maintenant comment ce contrôle peut entraver la liberté du franchisé de diriger le travail et corroder sa direction des affaires.

Direction du travail

Dans le cadre d'un contrat de travail, l'employeur dirige l'exécution du travail. Le franchisé, lorsqu'il choisit de devenir employeur, devrait conserver cette prérogative. Or, dans certains cas, le rôle du franchiseur est si prégnant qu'il semble s'arroger en partie cette direction, sinon l'orchestrer à la place du franchisé.

Dans l'affaire *Charbonneau*²², le franchisé se voit littéralement dépossédé de son droit de direction du travail par le franchiseur, sans pour autant qu'il n'en assume une quelconque responsabilité (Gesualdi-Fecteau, 2008 : 33-36). En l'espèce, Charbonneau dépose plusieurs plaintes pour contester son congédiement. Elle est salariée d'une pharmacie d'un franchisé du Groupe Jean Coutu (PJC). Lors du procès, elle demande à ce que le franchiseur soit déclaré employeur conjoint et solidaire de Gabapharm (le franchisé), mais PJC s'y oppose. Plusieurs éléments, de fait, semblent soutenir l'opinion de la salariée. Ainsi, les paies, les relevés d'emploi sont effectués pour l'ensemble du groupe (par. 10). De plus, les conditions de travail sont uniformes d'une franchise à l'autre²³. Chaque employé reçoit un « Guide des employés », préparé par le franchiseur, qui fait office de « contrat de travail » (par. 13).

L'objectif avancé par le franchiseur est d'assurer l'homogénéité entre les franchisés et d'éviter la concurrence entre eux. Si le juge concède l'existence d'une « certaine uniformité d'une pharmacie à l'autre en matière de conditions de travail », il remarque que « ceci ne signifie pas pour autant que le franchisé a perdu toute latitude face à ses employés » (par. 41). Il faut en conclure que *l'intuitu firmæ* s'impose comme une forme de « contrôle administratif privé » auquel le franchisé ne fait qu'adhérer sans qu'il ne laisse prise à une quelconque responsabilité du franchiseur.

Dans l'exercice de son droit de direction, de quelle latitude dispose réellement le franchisé ? Très faible à vrai dire, car le non-respect des directives constitue « une véritable épée de Damoclès de nature à créer une pression adéquate sur le franchisé pour que ce dernier s'assure que les employés respectent les normes établies (...) »²⁴ par le franchiseur. Mais qu'en est-il dans le cadre de l'établissement de rapports collectifs de travail ?

Qui dirige le travail aux fins d'accréditation syndicale ?

L'accès à la syndicalisation des employés d'un franchisé pose plusieurs questions relatives au caractère approprié de l'unité de négociation. L'unité doit-elle comprendre les salariés des autres établissements franchisés ? Y a-t-il osmose entre le franchiseur et les franchisés au point de former une entité visée par la requête ?

D'emblée, soulignons que les tribunaux québécois ne reconnaissent pas au franchiseur ce rôle d'employeur des salariés du franchisé ni n'accordent l'osmose entre ces deux entités. En effet, il faut pour cela que les entreprises soient intégrées l'une à l'autre de manière à ne former, dans les faits, qu'une seule entreprise²⁵. Or, si les tribunaux reconnaissent un rôle-conseil important du franchiseur, ils considèrent que le franchisé contrôle véritablement l'exécution du travail de ses salariés. En dépit de cette solution, il faut reconnaître que l'existence de ces litiges s'avère révélatrice de l'ambiguïté du rôle du franchiseur à l'égard des employés du franchisé.

En somme, *l'intuitu firmæ* bride les prérogatives du franchisé dans son droit de diriger le travail ou, tout au moins, sème la confusion dans la détermination du véritable employeur. Il est aussi une source de monitoring de l'activité entrepreneuriale du franchisé.

Direction de la production et des affaires : le prix de *l'intuitu firmæ*

Le devoir d'assistance du franchiseur à l'égard du franchisé est précisé dans un « Manuel d'exploitation », un document joint au contrat de franchisage. Véritable concentré des politiques administratives déterminées par le franchiseur, il comprend l'ensemble des règles d'exploitation et de fonctionnement que le franchisé devra respecter. Ce manuel est souvent assorti d'un système d'exploitation ou comptable commun à l'ensemble des franchisés (Gagnon : 2003, 310). Si de telles initiatives sont légitimes à l'égard de *l'intuitu firmæ*, elles aboutissent aussi à surveiller étroitement le franchisé : « PJC peut avoir accès aux informations contenues dans les ordinateurs des pharmacies »²⁶. En outre, que dire de la prise de contrôle des affaires du franchisé lorsque le franchiseur se ménage le statut de mandataire auprès d'un client et se substitue à la relation franchisé-client²⁷ ?

Il est indéniable que la précision avec laquelle sont mentionnées les exigences auxquelles doit ou devra se conformer le franchisé vise à contrôler tous les aspects d'une franchise, et à sanctionner leur non-respect²⁸. Cependant, l'image commune ne se résume pas seulement à un logo commercial et aux recettes, elle peut aller jusqu'à comprendre celle « d'un commerce rentable et bien géré »²⁹. On constate donc que le franchisé n'exerce, dans de tels cas, ni la direction de

la production ni la direction du travail au sein de son entreprise. La prochaine section démontrera que le pouvoir du franchisé de diriger ses affaires est aussi fort limité.

Éléments de la puissance économique du franchiseur

La puissance économique du franchiseur tient à deux éléments : le contrôle important qu'il exerce sur les activités du franchisé et la dépendance économique de ce dernier. Si ces éléments de puissance jouent un rôle utile en permettant d'assurer l'uniformité de l'expérience client dans le réseau de franchise, leur conjonction aux éléments de subordination juridiques procure au franchiseur une arme contractuelle, dont il peut se servir pour actionner un levier économique à son avantage.

Autonomie contrôlée du franchisé

De prime abord, le franchisé se présente comme un entrepreneur qui assume ses propres risques de pertes et n'est rémunéré que par le profit qu'il réussit à soutirer de l'exploitation de la franchise. Cependant, ces revenus tirés exclusivement des profits constituent une source de vulnérabilité pour le franchisé et ils procurent au franchiseur un important levier de contrôle. De plus, la capacité de dégager des profits est strictement encadrée par le franchiseur en raison de son pouvoir de direction des affaires octroyé par le contrat de franchisage. Parfois, la puissance du franchiseur peut s'exercer au détriment des intérêts du franchisé.

Perception du revenu résiduel et contrôle des efforts

Le franchisé tire ses seuls revenus de la marge de profit dégagée, une fois payés tous les frais d'exploitation. À ce titre, il supporte donc directement les risques liés à une faible performance et à une faillite éventuelle (Hadfield, 1989 : 960), de même que tous les risques de non-paiement des créanciers (Davidson, 1994 : 32 et 34). Alors que le franchiseur perçoit des redevances directement calculées sur les revenus bruts de l'entreprise du franchisé, la rémunération du franchisé est tributaire des profits réalisés.

Le franchisé s'avère donc le seul bénéficiaire du revenu résiduel dégagé par l'entreprise franchisée. Une telle situation n'équivaut cependant pas à une situation de plus grande autonomie du franchisé. Ce statut de bénéficiaire résiduel du franchisé procure au franchiseur un important levier de contrôle (Lafontaine et Raynaud, 2000 : 261; Rubin, 1978). Le franchiseur a ainsi l'assurance que le franchisé mettra suffisamment d'efforts pour réussir (Argyres et Bercovitz, 2015 : 814).

La jurisprudence atteste, d'ailleurs, de l'importance de l'énergie que doit consentir un franchisé pour dégager une marge de profits. Ainsi, il est relevé

dans la décision *Pizza Pizza* que les associés dans une franchise devaient chaque semaine, à eux deux, fournir 120 heures de travail pour pouvoir dégager un profit de 600\$³⁰. Dans la décision *Cora*, le juge note que « ce genre de franchise exige l'implication totale du franchisé pendant une longue période de temps »³¹. On comprend, dès lors, que la franchise soit parfois utilisée par un entrepreneur comme modèle d'organisation visant à augmenter l'effort et la cadence du travail (Davidson, 1994 : 40). Mais que ce soit un objectif principal du franchiseur ou un effet secondaire de l'organisation en franchise, toujours est-il que le statut de récipiendaire du profit constitue pour le franchisé un mécanisme de puissance aux mains du franchiseur.

Encadrement de la capacité de faire des profits

La capacité du franchisé de faire des profits est ainsi contrainte par les dépenses imposées par le franchiseur afin de rendre l'apparence de son établissement conforme aux normes de présentations du franchiseur (par exemple, le revêtement d'un plancher)³², par l'obligation de s'approvisionner auprès de certains fournisseurs désignés et de contribuer au fonds de publicité nationale (Gilbert, 2014 : 80). La rentabilité de l'entreprise franchisée est aussi limitée par les façons de faire dictées par le franchiseur (Riley, 2012 : 104), par la détermination des prix (Grimes, 1999 : 252) et par la désignation de l'étendue du territoire que le franchisé peut desservir.

Le pouvoir de contrôle du franchiseur constitue un élément de puissance économique en raison de son impact sur la rentabilité de l'entreprise franchisée et du fait que ces conditions sont imposées sans que le franchisé ne puisse participer aux décisions stratégiques l'affectant (Riley, 2012 : 109). Certes, ce pouvoir de contrôle du franchiseur est généralement exercé dans un intérêt commun : celui du succès du réseau de franchises. Cependant, la latitude décisionnelle du franchiseur est si grande qu'il peut aussi l'exercer dans le but de servir ses intérêts propres au détriment de ceux du franchisé.

Dérives possibles du contrôle de l'autonomie du franchisé : l'obligation d'approvisionnement auprès des fournisseurs désignés

Le contrat de franchisage prévoit généralement que les franchisés doivent acheter leurs produits auprès de fournisseurs désignés par le franchiseur ou auprès d'un centre de distribution opéré par le franchiseur (Alepin et Boiteau, 2013 : 110). Comme nous l'avons noté précédemment, cette obligation limite les capacités du franchisé de faire des profits. En effet, les produits ne sont pas nécessairement offerts au meilleur prix (Davidson, 1994 : 33)³³. De plus, les prix peuvent augmenter au cours de la relation (Argyres et Bercovitz, 2015 : 813-814) sans que le franchisé n'ait la possibilité de changer de fournisseur.

Le contrôle des décisions d'approvisionnement peut entraîner cependant un problème supplémentaire : le fait que le franchiseur ait la possibilité de tirer profit des contrats d'approvisionnement qu'il impose à son franchisé. Cette possibilité lui vient soit des ristournes que le fournisseur lui verse (Alepin et Boiteau, 2013 : 106) et qu'il n'a pas l'obligation de partager avec les franchisés ni de réinvestir dans le réseau (*ibid.* : 102), soit du contrôle qu'il détient sur le fournisseur (*ibid.* : 124-125).

En raison du contrôle qu'il exerce sur les franchisés et du fait de sa capacité de bénéficier du volume des achats d'approvisionnements, le franchiseur est en position de comprimer la marge de profits du franchisé de manière à retirer un revenu maximal de cette relation (Grimes, 1999 : 246). De plus, rien n'empêche le franchiseur d'utiliser les ristournes pour faire compétition aux franchisés en vendant à bas prix les mêmes produits au moyen de la vente en ligne ou par le truchement de commerce opérant sous d'autres bannières (Cloutier et Guay, 2008 : 137)³⁴. On constate, à la lumière de ce qui précède, que les franchisés sont dans une situation d'autonomie contrôlée qui participe à leur assujettissement économique. La section suivante exposera comment cet assujettissement est accru par la relation de dépendance économique franchiseur/franchisé.

Dépendance économique du franchisé

La dépendance du franchisé constitue une caractéristique centrale du contrat de franchisage (Hadfield, 1989 : 959). Après avoir examiné les sources de la dépendance économique du franchisé à l'aide des théories économiques néo-institutionnalistes (Grossman et Hart, 1986), la dépendance du franchisé sera analysée à partir de l'importance que revêt pour lui le rattachement au réseau de franchise, seule façon de récupérer les coûts de son investissement initial. Cette dépendance constitue un mécanisme de contrôle aux mains du franchiseur qui, en raison de l'incomplétude des contrats, peut excéder ce qui est nécessaire au maintien de la qualité à travers le réseau : le franchiseur peut alors l'utiliser à son profit et au détriment des intérêts du franchisé.

Spécificité des actifs du franchisé comme source de dépendance économique

L'acquisition d'une franchise représente un investissement considérable et correspond souvent à une somme de 500 000 à 2 millions de dollars canadiens (Pouliot, 2015 : 12). Ce coût recouvre d'abord le droit initial (entre 15 000 \$ et 100 000 \$, voir Wilson, 2014) qui permet au franchisé d'entrer dans le réseau de franchise ainsi que d'utiliser le concept et les droits de propriété intellectuelle du

franchiseur. À cela, il faut ajouter le coût de la formation aux façons de faire du franchiseur — formation qui généralement peut prendre plusieurs semaines³⁵ —, et les dépenses liées à l'aménagement du local, à l'achat d'uniformes et d'équipements propres au concept du franchiseur.

Ces investissements constituent des actifs spécifiques à la relation de franchise, des coûts irrécupérables (*sunk costs* en anglais, voir Hadfield, 1989: 951). En économie, on considère que les actifs d'une personne ou d'un entrepreneur sont spécifiques lorsqu'ils ont été développés pour répondre précisément aux besoins d'une relation contractuelle (Grossman et Hart, 1986: 692). Pour les franchisés, leur investissement dans l'acquisition de la marque, du savoir-faire particularisé du franchiseur et du matériel propre au concept de la franchise ne peut être réutilisé ailleurs. Ce qui accentue, pour les franchisés, l'importance de rester au sein du réseau de franchises, afin de ne pas perdre cet investissement initial. On évalue ainsi qu'un franchisé doit pouvoir exploiter son établissement pendant au moins trois ans pour espérer réaliser un retour sur l'investissement initial (Brickley, Misra et Van Horn, 2006: 177).

La spécificité des actifs du franchisé est source de dépendance économique envers le franchiseur, car ce dernier a la faculté d'accorder ou de retirer le droit d'accès au réseau de franchises. De Boüard note ainsi le « caractère vital, pour le partenaire placé en situation de dépendance, de sa relation contractuelle avec son partenaire privilégié » (2007: 2-3). Cette dépendance économique liée à la spécificité des actifs est similaire à celle du salarié qui a investi temps et efforts dans l'apprentissage de compétences spécifiques à son travail et ne peut donner la pleine mesure de sa productivité qu'en demeurant dans l'entreprise (Hart, 1995: 57).

Dépendance économique comme mécanisme de contrôle

Du point de vue du franchiseur, la dépendance économique du franchisé induite par la nature irrécupérable de son investissement initial constitue un mécanisme de contrôle qui complète celui mis en place par le statut de bénéficiaire résiduel du franchisé (Lafontaine et Reynaud, 2000). Le pouvoir d'exclure le franchisé du réseau constitue un important levier pour le franchiseur qui peut lier cette faculté de demeurer dans le réseau à l'observation de ses standards de qualité (*ibid.*: 264).

Les contrats de franchise octroient, en effet, la possibilité pour le franchiseur de le résilier, sans avis ou moyennant un préavis de cinq à dix jours (Gilbert, 2014: 98) advenant le défaut du franchisé de se conformer à ses obligations contractuelles ou au manuel d'exploitation. Non seulement ces clauses permettent-elles au franchiseur de réagir en cas de manquements du franchisé, mais la

simple possibilité que le franchiseur y ait recours motive le franchisé à se discipliner lui-même (Lafontaine et Reynaud, 2000 : 266).

Le mécanisme de contrôle lié à la dépendance économique du franchisé envers le franchiseur est d'autant plus efficace que la profondeur de cette dépendance n'est pas mutuelle. La résiliation du contrat de franchisage implique pour un franchisé la renonciation à recouvrer son investissement, la perte de son attrait principal, son affiliation au réseau — et la clientèle qui y est attachée —, ainsi que l'obligation d'altérer physiquement les lieux³⁶, le tout généralement assorti d'une clause de non-concurrence (Riley, 2012 : 103). En comparaison, pour le franchiseur, la résiliation du contrat n'emporte que la perte des redevances perçues auprès de ce franchisé et celle d'un établissement porte-étendard du réseau.

De plus, plusieurs franchiseurs sont à même de minimiser les pertes relatives à un départ du franchisé du réseau en raison de leur contrôle des locaux utilisés par les franchisés, soit à titre de locataire principal³⁷, soit à titre de propriétaire (Hadfield, 1989 : 934). Ce contrôle permet au franchiseur, en cas de résiliation du contrat de franchisage, de rompre le contrat de location qui l'unit au franchisé et de continuer à opérer l'établissement franchisé dans un court délai (Felstead, 1991 : 51). Les franchiseurs prennent, d'ailleurs, soin de conserver au sein de leur organisation les compétences de gestion nécessaires à l'opération d'une franchise (Michael, 2000 : 510) en gardant généralement la propriété du tiers des commerces du réseau (Froment, 2014 : 9).

Le contrôle des locaux accroît la puissance du franchiseur en lui donnant le droit de déposséder physiquement le franchisé (Hunt et Nevin, 1974 : 189) lors de la résiliation du contrat ou lors du non-renouvellement de celui-ci. La puissance du franchiseur est d'autant plus grande que le contrat de franchisage contient souvent une clause de « défaut-croisé » stipulant que le défaut de respecter toute autre entente contractuelle convenue entre le franchiseur et le franchisé constituera un défaut au contrat de franchisage, entraînant la résiliation immédiate de celui-ci (Coiquaud, 2004 : 381-382).

Le contrôle des locaux permet ainsi au franchiseur de s'approprier entièrement la clientèle développée par le franchisé lors de l'exploitation de la franchise (Argyres et Bercovitz, 2015 : 813). La littérature rapporte, de plus, que certains franchiseurs utilisent de façon opportuniste ce pouvoir de résiliation afin de mettre la main sur les franchises les plus performantes du réseau (Atwell et Buchan, 2014 : 181). On constate ici que le franchiseur est en position d'utiliser son pouvoir d'exclure le franchisé du réseau, non seulement pour contrôler la qualité de la performance du franchisé, mais aussi pour en tirer indûment profit. Cette possibilité lui vient de l'incomplétude des contrats de franchise.

Dépendance économique et incomplétude de contrats comme source de puissance

La nature incomplète du contrat de franchisage (Hadfield, 1989) accroît la dépendance économique du franchisé induite par la spécificité de ses actifs, ce qui a pour effet d'octroyer, comme nous le verrons, une réelle puissance économique au franchiseur puisqu'il peut tirer profit de l'exécution du contrat aux dépens du franchisé.

Le contrat de franchisage est incomplet à plusieurs titres (*ibid.*). D'abord, ces contrats sont notoirement peu explicites quant aux obligations du franchiseur³⁸. Le fait qu'on ne puisse aisément distinguer entre l'exercice légitime du pouvoir de contrôle du franchiseur et un exercice opportuniste de celui-ci en atteste (*ibid.* : 953).

L'incomplétude du contrat de franchisage, jointe au droit d'accès au réseau détenu par le franchiseur, impliquent que ce dernier peut utiliser la dépendance économique du franchisé pour agir de façon opportuniste (*ibid.* : 952 et 987) en précisant à son avantage certaines conditions, sous peine de mettre fin au contrat. Cette façon de procéder est couramment appelée la technique du « braquage » (en anglais, *hold-up*, voir Klein, Crawford et Alchian, 1978 : 298-301). Celui qui en dispose est en réelle situation de puissance : il peut poursuivre ses intérêts au détriment de ceux de l'autre (Hadfield, 1989 : 989)³⁹.

La question des empiétements par le franchiseur ou par d'autres franchisés du territoire du franchisé constitue un exemple révélateur de cette puissance induite par l'incomplétude des contrats. En effet, un nombre grandissant de contrats de franchise ne contiennent pas de clause d'exclusivité territoriale (Emerson, 2010 : 205-206). Ainsi, un franchisé s'est vu débouté de sa réclamation pour dommages subis à la suite de l'ouverture d'une autre franchise sur un territoire qu'il exploitait.⁴⁰ De plus, peu de contrats encadrent la capacité du franchiseur de livrer concurrence à ses franchisés, que ce soit au moyen du commerce électronique (*ibid.* : 224), du développement des nouvelles formules, telles des magasins à rabais⁴¹ et des comptoirs express (Gilbert, 2014 : 7-8).

Ces empiétements sur le territoire du franchisé lui sont très onéreux lorsqu'ils ont pour effet de restreindre son bassin de clientèle, réduisant d'autant ses profits. Les empiétements n'ont pas le même effet pour le franchiseur puisque les redevances qu'il perçoit sont calculées sur les revenus des établissements franchisés plutôt que sur leur profit (Emerson, 2010 : 204). Tant que l'ouverture d'un nouvel établissement lui apportera davantage de revenus que la diminution des sommes perçues à l'établissement plus ancien, le franchiseur sortira gagnant de l'empiétement (Kalnins, 2004 : 478).

Conclusion et pistes de solution

La relation de franchise comporte une forte composante de subordination et d'assujettissement pour le franchisé qui est aussi réelle que celle imprégnant la relation de salariat. À partir de ce constat, quelle piste d'action le droit devrait-il retenir ?

Plusieurs pistes sont possibles. L'une d'elles consiste à faire reconnaître comme salarié le franchisé afin qu'il puisse bénéficier des protections du droit du travail, une avenue cependant parsemée d'embûches. Si elle peut s'avérer fondamentale pour ces « faux franchisés » qui sont en réalité enrégimentés dans un contrat de travail, les tribunaux manifestent peu d'appétit pour cette solution⁴², d'autant qu'elle ne peut convenir à la majorité des franchisés qui sont engagés eux-mêmes dans une relation d'employeur et qui détiennent fréquemment plus d'une franchise (Griessmair, Hussain et Windsperger, 2014). Une autre piste, régulièrement évoquée par la doctrine québécoise (Teasdale, 2008 : 121 ; Alepin, 2013 : 126) réside dans l'adoption d'une loi encadrant l'établissement et le contenu des contrats de franchise, comme il en existe dans plusieurs provinces canadiennes⁴³. Ces lois contiennent deux types de dispositions : l'obligation d'agir équitablement et l'obligation de divulgation du franchiseur d'informations spécifiques (Riley, 2012 : 109-110 ; Alepin, 2013 : 81-85). Si ces lois ne sont pas des panacées, elles permettent néanmoins de réduire l'asymétrie informationnelle existante entre franchiseur et franchisé (Riley, 2012 : 105) et elles reconnaissent la dimension relationnelle du contrat de franchisage.

À ces propositions pourrait être ajouté un meilleur encadrement de ce qui constitue le « concept » sur lequel s'appuient les franchiseurs pour séduire les franchisés. Avec le développement du franchisage de service, il n'apparaît pas toujours évident de voir en quoi le franchiseur apporte ce savoir-faire unique, éprouvé, substantiel, secret, conférant un avantage économique pour lequel le franchisé est prêt à payer et à se lier. Quel contrôle est exercé sur l'intégrité du concept ? À ce jour, il faut compter sur la vigilance du franchisé, un rempart trop mince face à la liberté laissée à certains franchiseurs de dévoyer ce modèle d'affaires en créant des concepts qui n'en sont pas et en créant un réseau de faux franchisés.

En l'absence de la promulgation d'une loi particulière, une autre piste serait de reconnaître l'inégalité de puissance économique (Martin, 2016) au cœur du contrat de franchisage et d'interpréter, à la lumière de cette inégalité, les obligations implicites et les usages découlant du contrat de franchisage et de l'obligation de bonne foi (Rolland, 1999). Pourrait alors se développer « un droit de la dépendance dans l'indépendance » (Pélissier, Supiot et Jeammaud, 2004 : 211) qui recouvrerait ces multiples situations d'entrepreneuriat dépendant, dont la franchise n'est qu'un exemple parmi tant d'autres.

Notes

- 1 *Dunkin Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624 (ci-après cité: *Dunkin Brands*), par. 63.
- 2 Cass. soc. 18 janvier 2012 – n°10-16342 et n° 10-23921.
- 3 À l'exception de six provinces où un régime juridique spécifique a été érigé : Ontario, Alberta, Nouveau-Brunswick, Île-du-Prince-Édouard, Manitoba et Colombie-Britannique.
- 4 *Dunkin Brands*, précité, note 1, par. 62.
- 5 *9088-3588 Québec inc.* et *Commission de la santé et de la sécurité du travail*, 2009 QCCLP 5815, par. 42, (ci-après citée: *9088-3588 Québec inc.*).
- 6 *Ibid.*, par. 42.
- 7 *9150-0595 Québec inc. c. Franchises Cora inc.*, 2013 QCCA 531, par. 5-6.
- 8 Six semaines sont requises (une de théorie et cinq de pratique) dans *9150-0595 Québec inc. c. Franchises Cora inc.*, 2011 QCCS 1034, par. 40 (ci-après cité: *Cora*); appel rejeté: *9150-0595 Québec inc. c. Franchises Cora inc.*, précité, note 7.
- 9 *Cora*, précité, note 8, par. 19.
- 10 *Ibid.*, par. 249-250.
- 11 *Celluland Canada Inc. c. Leal*, 2011 QCCS 3756 (CanLII), par. 12-13; 25.
- 12 *Charbonneau c. 9042-2270 Québec Inc.*, 2004 QCCRT 144, par. 9 (ci-après cité: *Charbonneau*).
- 13 *9088-3588 Québec*, précité, note 5, par. 57.
- 14 Le manuel d'exploitation peut prévoir jusqu'à la tenue vestimentaire du franchisé; *ibid.*, par. 66.
- 15 *Charbonneau*, précité, note 12, par. 9; *Boston Pizza International Inc. c. Boston Chicken Inc.*, 2001 CFPI 1024, par. 56 (ci-après cité: *Boston Pizza*).
- 16 *140 Gréber Holding Inc. c. Distribution Stéréo Plus Inc.*, 2003 CanLII 30161 (QC CS) par. 110 (lien de confiance brisé); *Québec (Procureur général) c. Larny Holdings Ltd.*, 2005 CanLII 26143 (QC CQ) (ci-après cité: *Larry Holdings*); *9088-3588 Québec inc.*, précité, note 5, par. 62.
- 17 *9088-3588 Québec inc.*, précité note 5, par. 65.
- 18 *Larny Holdings*, précité, note 16.
- 19 *9088-3588 Québec inc.*, précité note 5, par. 63.
- 20 *Ibid.*, par. 65.
- 21 *Dunkin Brands*, précité, note 1.
- 22 Précité, note 12.
- 23 *Ibid.*, par. 13.
- 24 *Larny Holdings*, précité, note 16, par. 30.
- 25 *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Pizza Roi Henri inc.*, 2015 QCCRT 236.

- 26 Charbonneau, précité, note 12, par. 10.
- 27 9088-3588 Québec inc., précité, note 5, par. 49.
- 28 Boston Pizza, précité, note 15 par. 9 et 56.
- 29 Charbonneau, précité, note 12, par. 9.
- 30 2632-7502 Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc. J.E. 95-1568 (C.S.), p. 13.
- 31 Cora, précité, note 8, par. 187.
- 32 Voir ainsi *Distribution Stéréo Plus inc. c. 140 Gréber Holding Inc.*, 2012 QCCS 33, appel rejeté AZ-51036907.
- 33 *Ibid.*
- 34 Voir ainsi : *Provigo distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. inc.* 1997 CanLII 10209 (C.A.Q.) (ci-après cité : *Provigo*).
- 35 Voir ainsi : *Cora*, précité, note 8, par. 8.
- 36 Voir ainsi : *Distribution Stéréo plus inc. c. 140 Gréber Holding Inc.*, précité, note 32.
- 37 9103-1658 Québec inc. c. Café Vienne Canada inc., 2014 QCCS 518.
- 38 *Dunkin Brands*, précité, note 1, n. 5.
- 39 *La puissance étant de faire faire à l'autre ce qu'il n'aurait pas fait autrement* (Bowles, 2004 : 344-345).
- 40 161324 Canada Inc. c. Donini Restaurant inc., AZ-98026409 (C.S.).
- 41 *Provigo*, précité, note 34.
- 42 L'analyse jurisprudentielle révèle que rarement et dans des contextes très spécifiques une telle requalification est ordonnée: *Parity Committee for the Building Services, Montreal Region c. 4523423 Canada inc. (Sani-Vie-Tech)*, AZ-50795431, 2011 QCCQ 12209.
- 43 Voir *supra*, note 3.

Références

- Alepin, François et Lucie Boiteau. 2013. « Le point sur les ristournes perçues par le franchiseur », *Développements récents en droit de la franchise*, Service de la formation continue, Barreau du Québec. Cowansville : Éditions Yvon Blais, p. 77-128.
- Argyres, Nicholas et Janet Bercovitz. 2015. « Franchisee Associations as Sources of Bargaining Power: Some Evidence », *Journal of Economics and Management Strategy*, 24 (4), p. 811-832.
- Atwell, Courtenay et Jenny Buchan. 2014. « The Franchise Fulcrum: The Legal System's Contributions to Research about Power and Control in Business Format Franchising », *Journal of Marketing Channels*, 21 (3), p. 180-195.
- Belley, Jean-Guy. 2000. « Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans Conférence Meredith Lectures - 1998-1999, *La pertinence renouvelée du droit des obligations : retour aux sources*. Cowansville: Éditions Yvon Blais, p. 137-157.
- Bowles, Samuel. 2004. *Microeconomics*, Princeton : Princeton University Press.

- Brickley, James, Sanjog Misra et Lawrence Van Horn. 2006. « Contract Duration: Evidence from Franchising », *Journal of Law and Economics*, 49, p. 173-192.
- Cloutier, Pascale et Marie-Hélène Guay. 2008. « La responsabilité contractuelle et extracontractuelle du franchiseur à l'égard des franchiseés et des tiers », *Développements récents en droit de la franchise et des groupements*, Service de la formation continue, Barreau du Québec. Cowansville: Éditions Yvon Blais, p. 123-146.
- Coiquaud, Urwana. 2004. *Le travail non salarié dépendant: étude de droit comparée France-Québec*, Thèse de doctorat, Faculté de droit Aix Marseille III et École de relations industrielles, Université de Montréal.
- Collins, Hugues. 1990. « Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws », *Oxford Journal of Legal Studies*, 10 (3), p. 353-380.
- Conseil québécois de la franchise (CQF). 2014. *Étude sur le poids relatif de la franchise dans l'économie québécoise*, Québec: CQF, 2 pages
- Contamine Raynaud, Monique. 1974. *L'intuitu personae dans les contrats*, Thèse, Paris, citée par Amiel Cosme, Laurence, 1995. *Les réseaux de distribution*, Coll. Bibliothèque de droit privé, vol. 256, Paris: LGDJ.
- Davidson, Julia O'Donnel. 1994. « What do Franchisors Do? Control and Commercialisation in Milk Distribution », *Work, Employment and Society*, 8 (1), p. 23-44.
- De Bouïard, Fabrice. 2007. *La dépendance économique née d'un contrat*, Paris: LGDJ.
- Emerson R. W. 2010. « Franchise Encroachment », *American Business Law Journal*, 47 (2), p. 191-290.
- Felstead, Alan. 1991. « The Social Organization of the Franchise: A Case of 'Controlled Self-Employment' », *Work, Employment and Society*, 5 (1), p. 37-57.
- Froment, Dominique. 2014. « Le commerce en franchise présente des chiffres enviables », *Les Affaires*, samedi 18 janvier 2014, p. 9. Consulté à <http://www.lesaffaires.com/secteurs-d-activite/commerce-de-detail/le-commerce-en-franchise-presente-des-chiffres-enviables/565271>
- Gagnon, Jean H. 2000. *L'obligation de bonne foi dans le contrat de franchisage, de concession, de bannière ou de groupement*, Congrès annuel du Barreau du Québec, Montréal: Barreau du Québec, p. 107-152.
- Gagnon, Jean H. 2003. *Le droit de la franchise au Québec*, Montréal: éd. Wilson & Lafleur, édition à feuillets mobiles, mise à jour permanente.
- Gesualdi-Fecteau, Dalia. 2008. « Fragmentation de l'entreprise et identification de l'employeur: Où est Charlie? », *Développements récents en droit du travail*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 293, p. 1-49.
- Gilbert, Frédéric P. 2014. *Le droit de la franchise au Québec*. Cowansville: Éditions Yvon Blais.
- Griessmair, Michele, Dildar Hussain et Josef Windsperger. 2014. « Trust and the Tendency towards Multi-Unit Franchising: A Relational Governance View », *Journal of Business Research*, 67 (11), p. 2337-2345.
- Grimes, Warren S. 1999. « Market Definition in Franchise Antitrust Claims: Relational Market Power and the Franchisor's Conflict of Interest », *Antitrust Law Journal*, 67 (2), p. 243-281.
- Grossman, Sanford J. et Oliver D. Hart. 1986. « The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration », *Journal of Political Economy*, 94 (4), p. 691-719.

- Hadfield, Gillian K. 1989. « Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts », *Stanford Law Review*, 42, p. 927-992.
- Haigh, Richard. 1996. « Franchising in the Shadow of Contract Law: A New Fidelity for Business Relations », *Dalhousie Law Journal*, 19, p. 5-44.
- Hart, Oliver. 1995. *Firms, Contracts and Financial Structure*. Oxford: Clarendon Press.
- Hunt, Shelby D. et John R. Nevin. 1974. « Power in a Channel of Distribution: Sources and Consequences », *Journal of Marketing Research*, 11 (May), p. 186-193.
- Kalnins, Arthur. 2004. « An Empirical Analysis of Territorial Encroachment within Franchised and Company-Owned Branded Chains », *Marketing Science*, 23 (4), p. 476-489.
- Klein, Benjamin, Robert G. Crawford et Armen A. Alchian. 1978. « Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process », *Journal of Law and Economics*, 21 (2), p. 297-326.
- Lafontaine, Francine et Raynaud Emmanuel. 2000. « Créance résiduelle et flux de rentes comme mécanismes incitatifs dans les contrats de franchise: compléments ou substituts? », *Revue d'économie industrielle*, 92 (1), p. 255-276.
- Le Tourneau, Philippe. 2003. *Les contrats de franchisage*, Paris: Litec.
- Le Tourneau, Philippe. 2007. *Les contrats de franchisage*, Paris: Litec.
- Licari, François-Xavier. 2002. *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, vol. 58, Cahors: Litec.
- MacNeil, Ian R. 1983. « Values in Contract: Internal and External », *Northwestern University Law Review*, 78 (2), p. 340-418.
- MacNeil, Ian R. 2000. « Relational Contract Theory: Challenges and Queries », *Northwestern University Law Review*, 94 (3), p. 877-907.
- Martin, Isabelle. 2016. « Prendre la puissance économique au sérieux: jalons pour une appréhension relationnelle des contrats au sein des réseaux de production », *Cahier de droit*, 57 (1), p. 55-97.
- Michael, Steven C. 2000. « Investments to Create Bargaining Power: The Case of Franchising », *Strategic Management Journal*, 21 (4), p. 497-514.
- Morin, Fernand, Jean-Yves Brière, Dominic Roux et Jean-Pierre Villaggi. 2010. *Le droit de l'emploi au Québec*. 4^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur.
- Morin, Marie-Laure. 2005. « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du Travail*, 144 (1), p. 5-30.
- Pélessier, Jean, Alain Supiot et Antoine Jeammaud. 2004. *Droit du travail*, 22^e éd. Paris: Dalloz.
- Pouliot, François. 2015. « Ce que coûte et rapporte une franchise », *Les Affaires*, 28 février 2015, à <http://www.lesaffaires.com/secteurs-d-activite/commerce-de-detail/ce-que-coute-et-ce-que-rapporte-une-franchise/576556>.
- Riley, Joellen. 2012. « A Blurred Boundary between Entrepreneurship and Servitude: Regulating Business Format Franchising in Australia », dans J. Fudge, S. McCrystal et K. Sankaran (ed.) *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation*, Onati International Series in Law and Society, Portland: Hart Publishing.
- Rolland, Louise. 1999. « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », *Revue de droit de McGill*, 44, p. 903-952.
- Rubin, Paul H. 1978. « The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract », *The Journal of Law and Economics*, 21, p. 225-233.

- Supiot, Alain. 2004. *Le droit du travail*, Coll. Que sais-je ?, Paris: PUF.
- Supiot, Alain. 2000. « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, 2, p. 131-145.
- Teasdale, Stéphane. 2008. « Franchise 101 », *Développements récents en droit de la franchise et des groupements*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, Cowansville: Éditions Yvon Blais, p. 85-121.
- Vallée, Guylaine. 2007. « Les rapports entre la protection des travailleurs et la liberté d'entreprendre : des principes aux manifestations actuelles », *Revue du Barreau canadien*, 86, p. 247-292.
- Vallée, Guylaine et Julie Bourgault. 2011. « Cadre juridique de la convention collective », dans P. Jalette et G. Trudeau (dir.), *La convention collective au Québec*. 2^e éd., Boucherville, Québec: Gaétan Morin.
- Virassamy, Georges J. 1986. *Les contrats de dépendance - Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, T. 190, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris: LGDJ.
- Weil, David. 2014. *The Fissured Workplace: Why Work Became so Bad for So Many and What Can be Done to Improve it?*, Cambridge: Harvard University Press.
- Wilson, Tony. 2014. « Thirteen Things to Consider before Buying a Franchise in Canada », *Globe and Mail*, 9 septembre 2014. Consulté à : <https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/small-business/sb-growth/thirteen-things-to-consider-before-buying-a-franchise-in-canada/article20471510?arc404=true>.

RÉSUMÉ

Entre salariat et indépendance : analyse juridique et économique de la relation franchisé-franchiseur

Le contrat de franchise consiste à transmettre au franchisé le savoir-faire du franchiseur, moyennant des contreparties financières. Cependant, la transmission de ce savoir-faire va au-delà de la simple mise à disposition d'une « recette ». Elle se prolonge par une assistance de tous les instants délivrée par le franchiseur au franchisé. À certains égards, cette relation contractuelle ne ressemble-t-elle pas à celle d'un employeur avec le salarié ?

Cet article étudie la relation émanant de ce contrat à l'aide des facteurs juridiques (le caractère subordonnant de la relation contractuelle) et économiques (la puissance économique du franchiseur) qui la structurent. L'étude s'appuie tant sur une analyse sociojuridique de la jurisprudence québécoise (1994-2016) au moyen d'une appréhension du contenu relationnel de ce contrat, que sur la littérature économique dans le but de comprendre les éléments de subordination et de puissance économique qui empreignent cette relation.

Le constat révèle que la relation de franchise comporte de fortes composantes de subordination et d'inégalité de puissance économique pour le franchisé, engendrant un assujettissement aussi réel que celui mis en place par le salariat, même s'il n'est

pas institué formellement par le contrat de franchisage. Plusieurs pistes d'action sont proposées. Si la requalification de certains contrats de franchise en contrat de travail semble une avenue préconisée par plusieurs pays, nos tribunaux y sont peu enclins. La deuxième piste d'action résiderait dans l'adoption d'une loi encadrant l'établissement et le contenu des contrats de franchise afin de réduire l'asymétrie informationnelle existante entre franchiseur et franchisé, ainsi que de mieux encadrer les qualités du « concept » sur lequel s'appuient les franchiseurs pour séduire les franchisés. Une troisième piste serait de reconnaître l'inégalité de puissance économique, point de départ de la reconnaissance « d'un droit de la dépendance dans l'indépendance » capable d'appréhender ces multiples situations d'entrepreneuriat dépendant dont la franchise n'est qu'un exemple.

MOTS-CLÉS : contrat de franchisage, subordination, dépendance, puissance économique, droits de la direction.

SUMMARY

Between Salaried and Independent Workers: A Legal and Economic Analysis of the Franchisee-Franchisor Relationship

The franchise contract allows franchisees to benefit from franchisors' knowledge in return for their financial investment. However, the franchise contract entails much more than the simple transmission of a recipe. It involves thorough assistance from the franchisor to the franchisee. Hence, could this contractual relationship be compared to the employment relationship?

This article will examine how the franchise relationship is molded by both the legal subordination induced by the franchise contract and the superior economic power of the franchisor. This article will rely on a socio-legal analysis of Quebec jurisprudence (1994-2016), and on economic theory, in order to understand the factors of subordination and of economic power incorporated in the franchise relationship.

The analysis exposes how the franchise relationship comprises strong components of subordination and inequality of economic power for the franchisee, both of which are as real as in the employment relationship, even though they are not formally instituted by the franchise contract. Three solutions are considered. One of these solutions would be to allow the characterization of a franchise contract into an employment contract. Although some foreign jurisdictions have followed this path, Quebec's jurisprudence is not inclined to do so. A second solution would be to enact protective legislation for franchisees in order to decrease the informational asymmetry between franchisor and franchisee, and to specify the qualities of the franchise concept. A last solution would entail the recognition of the economic inequality between the franchisor and the franchisee. Such a solution could mark a departure point for a more general legal framework of «dependent economic relationship law» capable of understanding the numerous relationships

of entrepreneurial dependency that exist, of which the franchise relationship is but one example.

KEYWORDS: franchise contract, subordination, dependency, economic power, management rights.

RESUMEN

Entre trabajador asalariado y trabajador independiente: un análisis jurídico y económico de la relación franquiciante – franquiciado

El contrato de franquicia consiste a transmitir al franquiciado el *know-how* del franquiciante, a cambio de una inversión financiera. Sin embargo, la transmisión de este saber va más allá de la simple entrega de una «receta». Esto implica una asistencia, en todo instante, de parte del franquiciante para con el franquiciado. En algunos aspectos, ¿esta relación contractual no se asemeja a la de un empleador con el empleado?

Este artículo estudia cómo la relación de franquicia es estructurada por la subordinación jurídica inherente al contrato de franquicia y por el poder económico superior del franquiciante. El estudio conjuga un análisis socio-jurídico de la jurisprudencia quebequense (1994-2016) y la teoría económica con el objetivo de comprender los factores de subordinación y de poder económico que marcan la relación de franquicia.

El análisis revela que la relación de franquicia comprende fuertes componentes de subordinación y de desigualdad de poder económico para el franquiciado, engendrando un sometimiento tan real que aquel impuesto por el trabajo asalariado, aunque no esté formalmente instituido por el contrato de franquicia. Tres pistas de solución son propuestas. La recalificación de ciertos contratos de franquicia en contrato de trabajo aparece como un vía preconizada por ciertos países pero nuestros tribunales son poco favorables a tal cambio. La segunda pista de acción consistiría en la adopción de una ley que enmarque el establecimiento y el contenido de los contratos de franquicia con el fin de reducir la asimetría informacional existente entre franquiciante y franquiciado, y así mismo para especificar las cualidades del «concepto» sobre los cuales se apoyan los franquiciantes para seducir los franquiciados. Una tercera pista sería de reconocer la desigualdad de poder económico, que podría marcar punto de partida de un marco jurídico más general «del derecho de la relación económica dependiente» capaz de comprender esas múltiples situaciones de dependencia empresarial existentes, de las cuales la franquicia es sólo un ejemplo.

PALABRAS CLAVES: contrato de franquicia, subordinación, dependencia, poder económico, derechos de la dirección.