

La responsabilité civile du franchiseur en matière de courtage immobilier

Jean Morin

Volume 30, numéro 1, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042937ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042937ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, J. (1989). La responsabilité civile du franchiseur en matière de courtage immobilier. *Les Cahiers de droit*, 30(1), 85–111. <https://doi.org/10.7202/042937ar>

Résumé de l'article

Depuis un peu plus d'une décennie le franchisage a connu un essor considérable dans les milieux du courtage immobilier. La législation actuelle en ce domaine ne prévoit pas ce genre de structure de sorte que le franchiseur n'y semble pas assujéti. La nature de la responsabilité de ce dernier vis-à-vis les tiers est par conséquent problématique. Nous nous sommes donc interrogé sur la possible application des thèses classiques de la responsabilité du commettant et du mandat apparent. Ainsi, alors qu'à priori on soit tenté de rejeter l'application de ces thèses au fait du franchisage, il est apparu d'une part que les fondements de l'article 1054, al. 7, C.C. peuvent recevoir écho dans la relation franchiseur/franchisé et, d'autre part, que l'application jurisprudentielle de l'article 1730 C. C. va bien au-delà de ce qu'une interprétation stricte du texte autoriserait.

La responsabilité civile du franchiseur en matière de courtage immobilier

Jean MORIN *

Depuis un peu plus d'une décennie le franchisage a connu un essor considérable dans les milieux du courtage immobilier. La législation actuelle en ce domaine ne prévoit pas ce genre de structure de sorte que le franchiseur n'y semble pas assujéti. La nature de la responsabilité de ce dernier vis-à-vis les tiers est par conséquent problématique. Nous nous sommes donc interrogé sur la possible application des thèses classiques de la responsabilité du commettant et du mandat apparent. Ainsi, alors qu'à priori on soit tenté de rejeter l'application de ces thèses au fait du franchisage, il est apparu d'une part que les fondements de l'article 1054, al. 7, C.C. peuvent recevoir écho dans la relation franchiseur/franchisé et, d'autre part, que l'application jurisprudentielle de l'article 1730 C.C. va bien au-delà de ce qu'une interprétation stricte du texte autoriserait.

Since the mid-seventies franchising has become more and more utilised in the field of immoveable brokerage. The existing legislation, the Loi sur le courtage immobilier, is mute on this kind of structure so the franchisor does not seem to be liable under this law. The nature of the franchisor's responsibility towards third parties as the franchisee's customers is consequently uncertain. To fill what we consider a gap in the legislation we tried to see if some of the classical approaches on responsibility could be applicable in franchising. From the historical justifications of article 1054, par. 7, C.C. and from the interpretation made by the Courts of article 1730 C.C., it appears that a franchisor could be liable towards a franchisee's customer or towards another franchisee for an act or an omission made by himself or by one of his franchisees.

* Notaire, Québec. L'auteur remercie le professeur Nabil Antaki qui a supervisé la préparation de ce texte dans le cadre d'un cours du programme de maîtrise en droit de l'Université Laval.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| Introduction | 86 |
| 1. L'organisation du courtage immobilier et le franchisage | 88 |
| 1.1. L'encadrement légal du courtage immobilier | 88 |
| 1.2. La notion de franchise | 90 |
| 1.3. Le franchisage en matière de courtage immobilier | 92 |
| 2. La responsabilité civile et le franchiseur | 94 |
| 2.1. La responsabilité du franchiseur pour son fait personnel | 94 |
| 2.2. La responsabilité du franchiseur pour le fait du franchisé | 101 |
| 2.2.1. La responsabilité sous 1054 C.C. | 101 |
| 2.2.2. La responsabilité en vertu du mandat apparent | 107 |
| 2.2.3. De certains cas particuliers | 109 |
| Conclusion | 111 |

Introduction

Le franchisage connaît depuis quelques années déjà un essor considérable. Cette forme de distribution repose généralement sur une entente contractuelle d'exclusivité réciproque. Quoiqu'il existe plusieurs types de franchise, la plus connue est sans doute la franchise dite d'exploitation ou de service qui consiste en « un contrat par lequel le franchisé convient de vendre des produits ou d'offrir des services en vertu d'un système et d'un plan d'organisation imposés par le franchiseur »¹. Il appert ainsi que l'ensemble du processus de distribution est soumis au contrôle direct du franchiseur, le franchisé n'étant en ce cas qu'un exécutant. Nous sommes tous bien familiers avec ce type de franchise car c'est sous cette catégorie que l'on retrouve les franchises de restauration dont Mc Donald's et St-Hubert. En matière de distribution de services, toujours dans cette même catégorie, nous retrouvons les réseaux de courtage immobilier : Remax, Century 21 et le Permanent.

Cette approche de courtage immobilier est relativement récente au Québec, voire au Canada, et par conséquent peu répandue proportionnellement à l'ensemble du marché. Il en est toutefois autrement aux États-Unis où cette forme de courtage immobilier occupe une grande partie de ce secteur économique². Or les principales franchises opérant au Québec sont d'origine américaine, Century 21 et Remax. Il est de ce fait fort possible et même probable, si l'on se fie à la tradition politico-économique, que le Québec suive

1. GAGNON, Jean H, *Développer votre entreprise par le franchisage*, Montréal, Les éditions Agences d'Arc Inc., 1984, p. 23.

2. DIXON, Édouard L Jr, *The 1982 franchise annual*, St-Catherine, Info press Inc., 1982. Cet annuaire donne la liste complète des franchises disponibles, leur étendue ainsi leur coût

de près l'exemple américain sous réserve des conséquences qu'aura en ce domaine le décloisonnement des services financiers. Quoi qu'il en soit, l'exercice

d'acquisition tant aux États-Unis qu'au Canada. En matière de courtage immobilier on y énumère :

The 1982 franchise annual ed. Info press Inc. 11 Bond St. St-Catherines Ont. 167 p. Édouard Dixon Jr.

U.S.A.

| | | |
|--|-------|------|
| Allied brokers, ab reactus/brokers | 18 | 1966 |
| Alstate real estate | 120 | 1972 |
| American Brokers | 3 | 1980 |
| American residential properties Inc. | 43 | 1978 |
| Better homes and gardens real estate service | 420 | 1978 |
| Better home realty | 115 | 1975 |
| Century 21 real estate Corporation | | 1972 |
| Deltona Corporation | 68 | 1963 |
| Direct by owner | | 1978 |
| Earl Kein realty Inc. | 83 | 1969 |
| Electronic Realty Associates Inc. (ERA) | 2 400 | 1971 |
| Embassy triangle Ltd | 1 | 1979 |
| Execu System real estate | 69 | 1965 |
| First mark real estate Inc. | 63 | 1975 |
| Foremost home brokers | 15 | 1977 |
| Gallery of homes Inc. | 1 250 | 1951 |
| Gvt employees real est of America Inc. | 34 | 1978 |
| The great 5% real estate companies | 110 | 1977 |
| Help M sell Inc. | 56 | 1978 |
| Herbert Havkins Co Inc. | 122 | 1947 |
| The home tream Inc. | 20 | 1978 |
| Home fair Realty | | |
| Hometrend Inc. | 13 | 1979 |
| Housemaster of America | 7 | 1979 |
| International real estate network Inc. | 1 200 | 1974 |
| Iowa realty Co. Inc. | 44 | 1980 |
| Land Mart of America Inc. | 10 | 1978 |
| Neighborhood realty group USA | 50 | 1978 |
| New world real estate Inc. | 40 | 1975 |
| Pro Venture group | 5 | 1979 |
| Re/Max of America Inc. | 690 | 1973 |
| Real estate express | 13 | 1978 |
| The real estate institute Inc. | 4 | 1976 |
| Real estate one licensing Co. | 122 | 1971 |
| Real est-viewing network Corporation | 2 | 1981 |
| Realty Company of America | 3 | 1980 |
| Realty Counsel | 3 | 1981 |
| Realty USA | 180 | 1975 |
| Realty World | 2 200 | 1974 |
| Red carpet real estate | 1 400 | 1966 |
| Renta data corporation | 2 | 1979 |

du courtage immobilier sous cette forme mérite à plusieurs égards que l'on s'y attarde. L'un des aspects intéressants est certes la notion de responsabilité du franchiseur. Responsabilité non pas vis-à-vis le franchisé mais par rapport aux tiers, dont les autres franchisés.

Les sociétés nord-américaines vivent depuis quelques années une période de libéralisation du droit en matière de responsabilité. Les tribunaux recherchent en effet de plus en plus la responsabilité d'intervenants qui, jadis, étaient rarement mis en cause sinon totalement exonérés. Notre objectif n'est toutefois pas de supporter cette croisade qui souvent rend incertaine la nature et l'étendue des obligations d'un intervenant par rapport à un autre dans une même problématique. Notre but est par contre de s'interroger des effets potentiels de cette tendance généralisée sur le franchiseur en matière de courtage immobilier. Nous n'envisageons pas trouver une réponse catégoriquement affirmative ou négative aux questions posées car l'issue du litige en matière de responsabilité extra-contractuelle demeure souvent une question de fait. Nous tenterons cependant de voir, au Québec, sous quels aspects et pour quels motifs la responsabilité du franchiseur pourra être retenue.

1. L'organisation du courtage immobilier et le franchisage

1.1. L'encadrement légal du courtage immobilier

Au Québec le courtage immobilier est régi par la *Loi sur le courtage immobilier*³. On y stipule à l'article 3 que « Nul ne peut prendre le titre de

| | | |
|---|-----------|------|
| Sav Com | 16 | 1976 |
| Security pacific real estate | 3 | 1971 |
| Shown by ounce international | 7 | 1976 |
| Signature systems Inc. | 17 | 1977 |
| Ski and Shore properties Inc. | 24 | 1975 |
| State farm realty Inc. | 3 | 1976 |
| State wide real estate | 84 | 1971 |
| The Sertling Thompson group | 68 | 1979 |
| 3% Realty Inc. | 4 | 1979 |
| Town crier | 25 | 1978 |
| United security Associates realty Inc. | 6 | 1972 |
| Canada Bros. National real estate service | 123 | |
| | (dont 100 | |
| | par Cie) | |
| | B.C. | 1980 |
| Century 21 real estate Canada Ltd | 425 | |
| | B.C. | 1976 |
| The Permanent ds Cent endroit seul. | 115 | 1980 |
| on fiducie absente | (dont 93 | |
| | par Cie) | |

3. L.R.Q. 1977, c. C-73.

courtier en immeuble ni agir comme courtier ou agent d'immeuble s'il ne détient un permis. » On ajoute à l'article 4 que « Une personne agit comme courtier ou agent d'immeuble lorsque a) pour autrui et contre rémunération, elle accomplit, offre ou tente d'accomplir une opération immobilière, fait visiter ou annonce un immeuble en vue d'une telle opération ». Il apparaît ainsi que la notion principale de cette loi soit celle « d'opération immobilière », notion qui est définie au paragraphe c) de l'article 1 : « opération immobilière » désigne l'achat, la vente, la promesse d'achat ou de vente d'un immeuble, l'achat ou la vente de telles promesses, l'échange ou la location d'un immeuble, la vente en bloc d'un fonds de commerce, le prêt garanti par hypothèque ou nantissement d'un immeuble, à l'exclusion de tout acte relatif à une valeur mobilière au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

Sauf quelques exceptions⁴ justifiables par la nature de leurs activités, les seules personnes compétentes à accomplir une opération immobilière sont donc les courtiers d'immeuble et les agents d'immeuble, détenteurs d'un permis. Alors que les courtiers sont des entités indépendantes, physiques ou corporatives, l'agent est nécessairement une personne physique à l'emploi d'un courtier ou autorisé à agir en son nom par celui-ci⁵. En cela le courtier est responsable des gestes tant de l'agent employé que de l'agent autorisé à agir en son nom⁶.

Outre l'établissement de règles concernant l'obtention des permis, la tenue des contrats de courtage immobilier, la tenue des livres et des comptes et la création d'un fonds d'indemnisation, la Loi crée des infractions et leurs sanctions. On stipule même au deuxième paragraphe de l'article 14 de la Loi une présomption de culpabilité pour tout « administrateur, directeur, officier, associé, employé ou agent d'immeuble d'un courtier [...] trouvé coupable d'une infraction. » Cette infraction ne pouvant être que l'accomplissement d'une opération immobilière hors les paramètres fixés.

Le Code civil du Bas Canada complète l'encadrement légal du courtage immobilier par ses dispositions concernant le mandat en stipulant que le courtier « peut être le mandataire des deux parties et par ses actes les obliger toutes deux relativement à l'affaire pour laquelle elles l'emploient »⁷.

Il apparaît, suite à cet examen de la législation pertinente que l'organisation du courtage immobilier par voie de franchise n'y est pas abordée. Est-ce un oubli du législateur ou est-ce parce que cet aspect du courtage n'a pas, eu

4. L.R.Q. 1977, c. C-73, art. 5.

5. L.R.Q. 1977, c. C-73, art. 1b) et 7.11 est volontairement fait omission du constructeur pour ne pas alourdir le propos.

6. L.R.Q. 1977, c. 8.1.

7. 1735 al. 2 C.c.

égard au domaine cible, à être traité? Nous verrons, afin de répondre à cette question, en quoi consiste le franchisage et comment ce type d'organisation fonctionne en matière de courtage immobilier.

1.2. La notion de franchise

Plusieurs, tant aux États-Unis qu'en France et qu'au Québec, ont défini, ou ont du moins tenté de le faire, la notion de franchisage. Il existe donc plusieurs définitions de ce concept qui souvent pèchent par ce qui est le propre d'une définition, la simplification. Il est en effet difficile de cerner en quelques lignes la nature et l'essence d'une pratique commerciale relativement complexe en ce qu'elle n'est pas expressément prévue par le droit statutaire, étant une création du système économique. Messieurs Gast et Mendelsohn ont compris cette difficulté dès lors qu'ils affirmaient qu'« Il faut [...] s'appliquer à en [le franchising] donner une explication plus qu'une définition, et à stigmatiser les éléments fondamentaux sans lesquels il n'y aura pas de véritable franchise »⁸.

Aux fins de notre propos nous utiliserons la définition proposée par Jean H. Gagnon ainsi que l'explication qu'il en fait. Le franchisage serait donc :

Une relation contractuelle entre deux entreprises indépendantes par laquelle l'une d'entre elles [appelée le « le franchiseur »] accorde à l'autre [appelée le « franchise »] le droit de faire affaire d'une manière particulière, développée par le franchiseur, dans un territoire délimité, selon des normes définies et sous une ou des marques de commerce ou enseignes données, pour une durée limitée, contre rémunération⁹.

Gagnon redéfinit ensuite sa propre définition en mettant en relief ses principaux éléments et en les commentant d'une façon plus approfondie. Il souligne d'abord et avant tout l'existence d'une relation contractuelle par opposition à un lien de propriété ou de contrôle d'une des entreprises par rapport à l'autre. Il rappelle ensuite la nécessité de l'indépendance des deux entreprises, sauf bien entendu les restrictions, contenues au contrat de franchise. Il ne s'attarde toutefois pas sur la nature et l'étendue de ces restrictions contractuelles lesquelles pourront éventuellement réduire, sous quelques aspects du moins, l'indépendance énoncée. Le sujet de l'entente contractuelle sera, toujours selon Gagnon, le transfert d'un savoir-faire (*know how*) par le franchiseur au franchise. Quoique non défini ce savoir-faire, qui selon la jurisprudence française doit avoir été éprouvé, consiste en

8. GAST, Olivier et MENDELSON, Martin, *Comment négocier une franchise*, Paris, Éditions de l'Usine nouvelle, 1983, p. 1.

9. GAGNON, Jean H., *supra*, note 1, p. 7.

une connaissance technique transmissible et non immédiatement accessible au public. Il s'agit donc d'une création intellectuelle, autre qu'une banale information, adaptée à une situation particulière en vue d'atteindre un but spécifique. L'importance de ce transfert de savoir-faire est considérable car sans lui le contrat pourra être nul *ab initio* pour absence de cause ou, du moins, annulable pour erreur sur la cause.

Parce que le franchisage est un mode de distribution de produits ou de services le marché du franchisé sera territorialement limité par le franchiseur, cette limitation bénéficiant à l'ensemble du réseau de distribution. De la même façon et pour les mêmes fins la relation contractuelle sera d'une durée limitée.

Enfin, la publicité du transfert du savoir-faire sera assurée par le droit, pour le franchisé, d'utiliser une marque de commerce ou une enseigne particulière à tout le réseau. Parce que le succès de l'ensemble du réseau est tributaire de l'utilisation uniforme du savoir-faire, sous-entendu par une marque de commerce et une enseigne déterminée, le franchiseur devra voir, vis-à-vis l'ensemble de ses franchisés, au respect des caractéristiques de ce savoir-faire. En cela le franchiseur a en quelque sorte envers tous les franchisés une obligation semblable au devoir fiduciaire (*fiduciary duty*) du droit commun. Il appert cependant qu'il soit préférable, en droit québécois, d'inclure cette obligation de surveillance à la convention des parties.

Afin de bien asseoir notre propos, comparons la définition ci-dessus du franchisage, issue de notre droit positif, avec celle proposée par la Fédération Française du Franchisage :

« Le franchising se définit comme une méthode de collaboration entre une entreprise franchisante, d'une part, et une ou plusieurs entreprises franchisées, d'autre part. Elle implique pour l'entreprise franchisante :

1. La propriété d'une raison sociale, d'un nom commercial, de sigle et de symboles, d'une marque de fabrique, de commerce ou de service ainsi qu'un savoir-faire mis à la disposition des entreprises franchisées.

2. Une collection de produits et/ou de services

- offerte d'une manière originale et spécifique,

- exploitée obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées.

Cette collaboration a pour but un développement accéléré des entreprises contractantes, par l'action commune résultant de la conjonction des hommes et des capitaux tout en maintenant leur indépendance respective, dans le cadre d'accords d'exclusivité réciproque.

Elle implique une rémunération ou un avantage économique acquis au franchiseur propriétaire de la marque et du savoir-faire». ¹⁰

Cette dernière définition, quoique textuellement différente de la première, la confirme tout en y ajoutant. Elle explique mieux la notion de savoir-faire, introduit la notion de collaboration entre le franchiseur et le franchisé et traite du but visé soit « le développement accéléré des entreprises contractantes par l'action commune ». Un avantage certain de la définition française est la mention expresse de l'obligation du franchiseur, non pas simplement de permettre l'utilisation d'un savoir-faire par le franchisé, mais de contrôler cette utilisation et de constamment mettre à jour ce savoir-faire. La conjugaison de ces obligations avec la notion de collaboration dans la poursuite d'un but commun constitue un argument de plus au soutien du « devoir fiduciaire » qui incomberait au franchiseur. Ainsi, s'il est vrai que le franchisé conserve son indépendance juridique vis-à-vis le franchiseur, un lien de dépendance économique assujetti le premier au second et cela pour le bénéfice de l'ensemble du réseau de distribution. Quoique cette dernière conception de franchisage provienne d'un droit étranger, nous croyons qu'elle doit recevoir écho en droit québécois étant donné la similitude des approches et la proche parenté des droits civils français et québécois.

1.3. Le franchisage en matière de courtage immobilier

Comme nous l'avons précédemment mentionné la franchise de courtage immobilier en est une de service. Le franchisé convient d'offrir des services en vertu d'un système imposé par le franchiseur. La prestation de ce dernier sera donc de fournir au franchisé un système particulier, d'en contrôler l'utilisation et d'en assurer la constante mise à jour. Contre rémunération au franchiseur, le franchisé pourra donc offrir au tiers un service consistant en l'accomplissement d'opérations immobilières. Or, dans la relation franchiseur-franchisé, seul le dernier effectue des opérations immobilières. Il est en effet peu plausible de croire que la définition relatée ci-dessus d'une opération immobilière puisse comprendre le type de prestation qu'est tenu de fournir le franchiseur. Dans ces circonstances seul le franchisé est tenu à l'obtention du permis requis par la loi et il en sera évidemment le détenteur.

Il semble qu'en pratique le franchisé sera détenteur d'un permis de courtier en immeubles par opposition au permis d'agent d'immeuble. On sait en effet que l'agent d'immeuble ne peut être qu'un employé d'un courtier ou une personne autorisée à agir en son nom. Ce lien de subordination juridique

10. Chambre nationale des conseillers financiers, *Techniques et pratiques du franchising*, Dunod Entreprises, Bordas, Paris, 1975, p. 37.

étant incompatible avec l'indépendance juridique des franchiseur et franchisé, il semble qu'il soit impossible qu'un courtier soit le franchiseur de ses agents franchisés. Par contre, pourrait-on retrouver, à l'emploi de quelconque courtier des agents d'immeuble franchisés par un tiers franchiseur. Théoriquement cette situation paraît à nouveau se heurter à la nécessité d'une entente contractuelle entre parties indépendantes, sachant qu'un agent d'immeuble ne peut être indépendant. En pratique, pour autant que la difficulté théorique ait été surmontée, la chose semble, sinon impossible, fort problématique. L'agent franchisé devrait en effet se soumettre aux restrictions de son contrat de franchise et se plier aux exigences de son courtier employeur. Or ces restrictions et ces exigences pourraient souvent être contradictoires ne serait-ce, par exemple, qu'en matière d'exclusivité territoriale.

Le franchisé sera donc détenteur d'un permis de courtier en immeubles. Il sera également le seul, entre lui-même et le franchiseur, à être directement soumis à la *Loi sur le courtage immobilier* puisqu'il est le seul à accomplir une opération immobilière. De façon générale, toutefois le franchiseur, comme quiconque, doit respecter par abstention cette Loi, c'est-à-dire que n'étant pas courtier ou agent d'immeuble il ne peut effectuer une opération immobilière. Devant les contraintes de cette Loi il appert enfin que le franchiseur doit en tenir compte dans l'élaboration et la mise à jour du système mis à la disposition du franchisé afin que les méthodes proposées n'entraînent pas d'infractions à la Loi au sens des articles 13 et 14.

Il semble donc que le silence du législateur relativement à l'organisation par franchisage du courtage immobilier ne soit pas le fait d'un oubli mais qu'il soit imputable à ce que le franchiseur ne fait pas d'opération immobilière. À savoir maintenant si la Loi devrait être modifiée afin de contrôler les actes des franchiseurs et de les soumettre à la présomption de l'article 14, le débat nous semble plus subordonné à des considérations d'ordre sociales plutôt que juridiques.

Ces bornes fixées nous verrons maintenant dans quelle mesure le franchiseur peut voir sa responsabilité retenue suite à un préjudice subit par un tiers. Parce que la *Loi sur le courtage immobilier* ne fait aucun état du franchisage en ce domaine et parce qu'il n'y a pas au Québec une loi spécifique sur la franchise, comme c'est le cas en Alberta ¹¹, l'examen ci-dessous concernera le franchisage en général sauf certaines remarques qui pourront n'être pertinentes qu'en relation avec les franchises dites d'exploitation.

11. *The franchise Act*, R.S.A. 1980, Ch.F17.

2. La responsabilité civile et le franchiseur

Le franchiseur, comme tout justiciable, engage sa responsabilité pour ses faits personnels. Dans ses relations avec les franchisés il pourra engager sa responsabilité tant vis-à-vis un franchisé en particulier pour un acte commis dans une relation spécifique que, pour ce même acte, vis-à-vis tous les autres franchisés.

La question de savoir si le franchiseur peut encourir la responsabilité d'actes posés par ses franchisés est d'une issue plus incertaine et c'est pourquoi elle sera plus longuement développée. Répétons encore une fois qu'il n'est pas de notre intention de répondre catégoriquement à cette question, les faits ayant en ces matières une importance primordiale, mais que notre but n'est que de chercher de possibles avenues à l'expression de cette responsabilité.

2.1. La responsabilité du franchiseur pour son fait personnel

Le franchisage étant d'abord et avant tout une relation contractuelle, le franchiseur sera soumis aux règles habituelles de la responsabilité contractuelle. L'une des principales obligations du franchiseur étant le transfert d'un savoir-faire au franchisé et la constante mise à jour de ce savoir-faire il appert que l'inexécution de cette obligation par le franchiseur entraînera sa responsabilité. Qui plus est, le devoir du franchiseur allant au-delà du simple transfert, le franchiseur devant s'assurer que le franchisé puisse assimiler et mettre à profit ce savoir-faire, «le franchisé mal choisi qui échouerait, pourrait demander des dommages et intérêts au franchiseur qui l'aurait choisi par légèreté ou de mauvaise foi»¹². La responsabilité qui est de ce fait attribuée au franchiseur est autre que contractuelle, elle procède de l'économie générale du franchisage. Il ne saurait en effet en être autrement car le choix effectué par le franchiseur est précontractuel. En effet la faute du franchiseur n'est alors pas un vice d'exécution de ses obligations contractuelles mais elle existe, avant même d'avoir paraphé une entente, du fait d'avoir mal exercé sa discrétion dans le choix de son co-contractant. La responsabilité contractuelle du franchiseur vis-à-vis le franchisé pourrait également être prononcée en cas d'abus de droit de la part du premier lors d'une faute délictuelle de sa part. La doctrine¹³ et les tribunaux¹⁴ sont en effet de plus en plus enclins à reconnaître

12. *Techniques et pratiques du franchising*, supra, note 10, p. 90.

13. BAUDOUIN, Jean-Louis ; *La responsabilité-civile délictuelle*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1973, p. 71 et 72.

VINEY, G, *Les obligations, la responsabilité : conditions : Traité du droit civil*, vol. IV, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, p. 228.

14. *B.N.C. c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

d'une part l'abus de droit en matière contractuelle et, d'autre part, que cet abus puisse constituer une faute délictuelle.

Par son fait personnel le franchiseur pourra également engager sa responsabilité personnelle sous les règles habituelles régissant les délits et les quasi-délits. Les relations contractuelles entre le franchiseur et les franchisés pourront également servir de support à cette responsabilité de franchiseur. En effet quoique chaque franchisé ait à signer un contrat avec le franchiseur, ces contrats sont en fait des contrats d'adhésion puisqu'ils constituent chacun le maillon d'une grande chaîne dont il incombe au franchiseur de conserver toute son homogénéité. Il a été dit précédemment que le savoir-faire cédé contre rémunération par le franchiseur était, pour les tiers, sous-entendu par une marque de commerce ou par une enseigne. Il est de ce fait aisé de comprendre que le tort causé par une franchise défailante dépasse de beaucoup les intérêts propres de cette franchise particulière mais affecte le réseau tout entier. C'est ainsi que chacun des franchisés pourra invoquer à son profit l'inexécution par le franchiseur de son obligation de contrôle et de surveillance vis-à-vis une franchise en particulier. De par la nature même du franchisage, le franchiseur est redevable envers tous les franchisés de l'exécution des obligations contractées avec chacun d'entre eux séparément. Il s'agit de son obligation générale, semblable au devoir fiduciaire du droit commun qui s'applique dans le choix des franchisés, dans l'assistance aux franchisés, dans leur surveillance, dans la gestion du territoire et enfin dans l'ensemble des engagements du franchiseur.

Il semble également possible qu'un tiers non franchisé puisse alléguer à son profit les obligations contractuelles du franchiseur lors d'une action en responsabilité dirigée contre ce dernier. Cette même possibilité peut également profiter à l'ensemble des franchisés en plus, et peut-être plus sûrement dans l'état actuel du droit, des recours éventuellement autorisés par la thèse relatée au paragraphe précédent du devoir fiduciaire du franchiseur.

Cette dernière hypothèse pourrait se fonder par interprétation sur l'affaire *Clairol*¹⁵ que nous verrons ultérieurement. Qu'il nous suffise à ce moment d'affirmer qu'il n'y a qu'un pas entre le fait d'engager la responsabilité délictuelle d'un individu sur la base d'un contrat auquel il n'était pas partie et le fait de reconnaître qu'une entente contractuelle puisse avoir des conséquences sur les tiers n'y étant pas partie. Il est peut être utile de rappeler ici l'étendue du principe de l'effet relatif des contrats. Ce principe est établi de façon statutaire par les articles 1023, 1028 et 1030 du *Code civil du Bas Canada* et il est la conséquence logique du troisième alinéa de l'article 984 du même Code

15. *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236.

civil qui requiert, pour la validité des contrats, que « leur consentement [soit] donné légalement ». Certes nul ne peut être créancier ou débiteur d'une obligation, sauf les cas accessoires de stipulation pour autrui et les ayants cause d'un auteur quoique ces derniers aient un choix à faire avant d'être liés, s'il ne l'a pas lui-même décidé. Par contre, conformément à l'affaire *Clairol* précitée, il est tout aussi évident que l'existence d'un contrat entre deux ou plusieurs parties constitue un fait juridique opposable aux tiers. Il ne faut donc pas confondre les principes de l'effet relatif des contrats et de l'opposabilité des contrats.

Si les tiers ne sont pas liés par le contrat, on ne peut les forcer à exécuter les obligations qu'il contient de la même façon qu'ils ne peuvent généralement en demander l'exécution. Cependant, en certains cas d'espèce, les tribunaux ont permis à des tiers d'invoquer contre une partie contractante l'inexécution de son obligation¹⁶. La Loi reconnaît également certaines exceptions à la règle générale; tel est le cas par exemple des recours permis par les articles 1031 et 1032 du *Code civil du Bas Canada* et par les actions obliques ou pauliennes.

La responsabilité du franchiseur pour ses faits personnels est ainsi soumise aux règles habituelles à cet égard et le statut spécifique du franchiseur n'y change rien.

Voyons maintenant un peu plus en détail cet arrêt *Clairol*. Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine de la province de Québec confirmant un jugement de la Cour Supérieure. L'appel fut rejeté. La compagnie Clairol of Canada Inc. fabrique et vend, entre autres produits, un colorant capillaire. Ce produit est distribué de deux façons sous une présentation et à des prix différents. Dans un cas le colorant capillaire est vendu à des grossistes qui le revendent, pour la vente au détail, à divers commerçants. Dans l'autre cas le produit est vendu par le fabricant à des grossistes qui le revendent à des professionnels de la coiffure. Ces derniers grossistes s'engagent contractuellement à ne pas vendre le produit à des personnes autres que les professionnels concernés, qui ne le revendent pas mais en font usage commercial. Or Paul Trudel, l'appelant défendeur, est propriétaire de salons de coiffure et il vend au détail le produit qu'il se procure pour usage commercial. N'étant pas lui-même grossiste Trudel n'a évidemment jamais signé l'engagement relaté. La compagnie Clairol demandait donc la cessation de cette vente au détail d'un produit destiné à une utilisation commerciale.

En vertu du principe de l'effet relatif des contrats, l'appelant défendeur ne serait pas tenu de respecter la prohibition de revente stipulée à l'engagement paraphé par les grossistes. Cet engagement lui est toutefois opposable.

16. *Tardif c. Cyr*, [1967] B.R. 303; *Mont Royal c. Burg*, [1964] B.R. 547.

Le juge de la Cour supérieure accueillait la demande pour les motifs suivants :

Il est certain que si le défendeur se rend complice de la violation du contrat intervenu entre la demanderesse et chacun de ses agents, il commet une faute délictuelle entraînant sa responsabilité [...] ; car il y a faute contre l'honnêteté de s'associer à la violation d'un contrat [...]

Le défendeur a l'obligation de ne pas nuire à la demanderesse en favorisant même indirectement la violation de l'engagement [...].¹⁷

Il rapportait également la situation en France, citant Savatier, Paniol, Ripert et j. Guyénot, où des tiers auraient été condamnés pour des exportations prohibées conventionnellement. Le même effet obligatoire aurait également été reconnu à toute convention entre un distributeur et un grossiste à la condition toutefois que le tiers concerné ait eu connaissance de cette convention. Dans l'affaire *Clairol*, le défendeur connaissait la politique de la compagnie et la prohibition était même inscrite sur l'emballage du produit.

Le juge Pigeon, rendant jugement pour les juges Martland, Ritchie, Spence, Laskin et lui-même, approuva les motifs du juge de première instance, ses recherches lui ayant démontré que cette doctrine était nettement fixée. Il semble donc qu'il existe une certaine obligation morale des tiers, justifiée par l'intérêt public, à ne rien faire qui, même indirectement, constituerait la violation d'une entente dont ils sont informés.

En matière de franchisage les relations entre les franchisés et la clientèle étant déterminée par le « système » distribué par le franchiseur, celui-ci pourrait difficilement alléguer son ignorance face à l'entente, implicite ou tacite, intervenue entre le franchisé et le client. À ce niveau le franchiseur devient le tiers et nous croyons qu'il existe une présomption pour établir sa connaissance des faits. Certes cette présomption sera réfragable puisqu'il peut arriver qu'une entente soit particulière par son contenu ou que le franchisé n'ait pas respecté le « système » mis à sa disposition. En ce dernier cas toutefois il est à se demander si le franchiseur s'est bien acquitté de son devoir de surveillance. Le franchiseur, quoique *penitus extranei*, pourrait aussi engager sa responsabilité civile délictuelle si, dans ses directives d'application ou de mise à jour du « système » par exemple, il provoquait la violation de l'entente intervenue entre le franchisé et un client. Enfin est-il utile de rappeler que le recours permis, le cas échéant, au client du franchisé serait directement adressé contre le franchiseur si, à l'image de l'arrêt *Clairol*, il s'agit d'un recours en dommages-intérêts. Si le recours choisi par le client était l'action réhabilitoire il semble, en autant que l'on puisse consulter un

17. Cité par le juge Pigeon dans *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, *supra*, note 15, p. 241 et 242.

arrêt de la Cour de Cassation rendu le 27 février 1973^{17.1}, que ce recours doit être adressé contre le franchisé qui, à son tour, pourrait diriger un recours récursoire contre le franchiseur. Cet arrêt de la Cour de Cassation jugeait d'une relation concessionnaire/concessionnaire mais nous croyons, demeurant en droit de la distribution, pouvoir l'appliquer par interprétation à la relation franchiseur/franchisé. Certes en matière de franchise de service du genre de la franchise de courtage immobilier il paraît peu probable de pouvoir rencontrer, de la part du client du franchisé, une action redhibitoire. Pour cette raison la décision de la Cour de Cassation ne sera pas approfondie pas plus que ne sera élaborée la transposition proposée.

Un semblable recours pourrait-il être exercé par le franchisé contre son franchiseur? La question semble a priori possible mais nous croyons qu'il serait plus à propos que ses recours soient fondés sur des considérations d'ordre contractuelles.

Le jugement des juges Abbott et Judson, rendu par le juge Abbott, fut succinct, reprenant les motifs énoncés par le juge d'appel Montgomery :

Dans les affaires *Ross c. Dunstall*, *Ross c. Emery* [...] la Cour suprême a statué qu'un manufacturier peut être passible de dommages-intérêts s'il met à la disposition du public un produit potentiellement dangereux, même s'il n'existe pas de lien contractuel entre lui et la personne qui subit le préjudice. Il semble en outre ressortir de ces arrêts qu'un manufacturier peut même être tenu responsable des dommages causés par le mauvais emploi de son produit pourvu qu'il soit raisonnablement prévisible que la chose peut arriver si le produit tombe entre les mains des personnes insuffisamment averties de son mode d'emploi. Je trouve donc raisonnable qu'un manufacturier doive prendre des mesures pour s'assurer que son produit ne tombe pas entre les mains du public sans directives appropriées quant à son emploi et sans mise en garde contre les dangers d'un mauvais emploi.¹⁸

Les motifs repris par le juge Abbott n'ont pas été retenus par le juge Pigeon. Non pas qu'il les croyait erronés en droit mais il souleva une erreur de fait demeurée inaperçue en Cour d'Appel. En effet alors qu'il avait été affirmé que le texte d'avertissement apparaissant sur le produit destiné à l'usage personnel n'apparaissait pas sur le produit destiné à l'usage professionnel, le juge Pigeon fit état de l'inexactitude de cet énoncé. Il ne crut donc pas pertinent de reprendre les motifs de la décision fondés sur le danger potentiel du produit.

Ces motifs n'en demeurent pas moins intéressants pour notre propos, car ils affirment un principe général, celui de la responsabilité du manufacturier, même en l'absence de lien contractuel, relativement au produit qu'il distribue

17.1 J.C.P. 1973, 11-17445.

18. *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, *supra*, note 15, p. 238.

au public, soit directement soit au travers d'un réseau d'intermédiaires. En matière de franchisage, plus particulièrement en ce qui concerne le courtage immobilier, le produit distribué est un savoir-faire particulier, « le système » de reddition d'un service. Or si le service rendu par le franchisé selon les normes du système est inadéquat il nous semble possible pour le client de poursuivre le franchiseur en dommages-intérêts. En pareille situation il appert également, de deux choses l'une : soit le « système » du franchiseur n'était pas éprouvé ce qui permet au franchisé un recours en annulation du contrat de franchise pour erreur sur l'objet ou, selon les faits particuliers, un recours en dommages-intérêts contre le franchiseur ; soit le franchiseur n'a pas exécuté son obligation d'assistance technique, de revision et de mise à jour constante de son « système ».

Une autre voie, relativement récente, semble s'ouvrir afin d'engager la responsabilité du franchiseur. Elle s'apparente aux motifs repris par le juge Abbott dans l'affaire *Clairol* à la différence qu'il s'agit d'une faute d'omission. C'est une décision de la Cour supérieure¹⁹, dont il ne fut pas appelé, qui traita de cette question.

Un promoteur constitué entre autre par une compagnie numérique, 338598 Ontario Ltd, mis en vente ce qu'il prétendait être un réseau de distribution de briquets par distributrices automatiques. Il s'agissait en l'occurrence de briquets de marque Bic. Or il est apparu au tribunal que le but réel du promoteur n'était pas de vendre les briquets de la compagnie Bic mais plutôt de vendre à fort prix les distributrices automatiques de mauvaise qualité qu'il faisait usiner à bas prix. Il ne tarda guère, après le début des activités du promoteur, avant que les cocontractants de ce dernier s'aperçoivent de la supercherie et réclament le remboursement de leur investissement respectif. Or, et c'est ce qui fait l'originalité de cet arrêt, la demande fut adressée directement à la compagnie Bic, conjointement avec le promoteur, malgré l'absence de lien contractuel. Les demandeurs alléguaient qu'il y avait eu fraude et fausse représentation de la part du promoteur et qu'en permettant à celui-ci d'utiliser son nom et son logo, la compagnie Bic a fait croire qu'elle participait activement à ce projet. La preuve démontra en effet que la participation des demandeurs avait été acquise par tromperie, l'action contre le promoteur fut donc accueillie.

Quant à la compagnie Bic il fallait, avant d'engager ou d'exclure sa responsabilité, comprendre la relation qui existait, en autant qu'il en existait une, entre elle et le promoteur. Il est apparu qu'au state préliminaire les représentants de Bic avaient participé activement aux réunions. C'est ainsi

19. *Bélanger c. Bic Inc.*, C.S. Montréal, 500-05-002027-819, 1985-10-16, J.E. 85-1030.

que Bic autorisa pour une première offensive publicitaire les brochures et autocollants du promoteur. Le juge Martin fait alors remarquer que seule la version anglaise des textes avait été approuvée et non la version française. Reconnaissant qu'il n'y avait aucune différence majeure entre les deux versions le juge n'en conclut pas moins à l'insouciance de la compagnie. Un autre élément de cette insouciance fut le fait par la compagnie de remettre au promoteur un document attestant l'à propos de ce mode de distribution selon les résultats d'un projet pilote mené à New York sans souligner les stricts paramètres de ce projet et sans contrôler l'utilisation de ce document par le promoteur. Or il appert que ce document, et le nom « BIC » furent largement utilisés afin de convaincre les investisseurs potentiels, et que, de l'aveu des témoins, la réputation du produit avait été le facteur déterminant. De l'ensemble de ces faits, le juge affirme :

True, it does not, in law place Bic in the position of a partner, nor does it, in itself, sanction any justifiable belief that they were a partner. On the other hand, it certainly lends to the program the character of « bona fide » business opportunity in which Bic co-operating.

[...]

On the whole I am satisfied that none of the plaintiffs [...] were entitled to conclude that they were dealing directly with Bic or one of its subsidiaries.²⁰

Le juge écarte ainsi l'application de règles classiques de droit soit celles de la société de fait, de l'associé apparent en vertu de l'article 1869 C.C. et du mandat apparent en vertu de l'article 1740 C.C. Il écartera également la théorie du *holding out* pour justifier la responsabilité de Bic.

Le tribunal ira même plus loin en affirmant « In my view the plaintiffs had sufficient at their disposal to permit them to determine the true nature of the relationship between Bic and D.L.S. »²¹. Le juge réprimande également le fait que Bic ait refusé l'offre que le promoteur lui avait faite de lui faire parvenir une copie de chacun des contrats signés avec les investisseurs et pis encore, l'agent de Bic n'aurait même pas pris connaissance du contrat type ; l'eût-il fait qu'il aurait remarqué des divergences entre la brochure approuvée et le contrat.

La compagnie Bic aurait donc sanctionné une action laissant croire à sa participation effective ce qui engendrait sa responsabilité quasi délictuelle par son défaut de s'informer correctement de la véritable nature du programme. La publicité du promoteur laissant croire à la coopération de Bic, le juge se dit en droit de s'attendre à ce que cette compagnie qui jouit d'un renom certain

20. *Id.*, p. 14-15.

21. *Id.*, p. 25.

auprès du public, vérifie la qualité du projet avant d'y permettre l'utilisation de son nom.

The question is whether Bic lived up to its duty as a responsible corporate citizen to ensure that a program, which was promoted through the use and on the strength of its name and trade mark, was genuine.²²

Le tribunal reconnu la responsabilité de Bic parce que, « the privileges of public confidence carry with them concomitant duties »²³, « their responsibility [...] flow [...] from the failure to take the normal and elementary steps which the reasonable businessmen, in their position [...], would have taken »²⁴. Ainsi, la faute reprochée à Bic « was one of omission in failing to check »²⁵.

Cet arrêt rejoint l'affaire *Clairol* en ce que l'on attribue tantôt à Bic, tantôt au manufacturier une responsabilité extra-contractuelle vis-à-vis le public. L'arrêt Bic va toutefois plus loin en exprimant de façon expresse l'existence d'un devoir de respect pour celui qui, par ses démarches antérieures et par les qualités intrinsèques de son produit ou de son service, s'est assuré la confiance du public. Or voilà qu'il est de l'essence même du franchisage que le franchiseur, s'étant assuré de l'aptitude de son système à répondre aux besoins exprimés, ait acquis cette reconnaissance du public. Certes, tout comme dans l'arrêt Bic, la responsabilité du franchiseur ne pourra être retenue que s'il est démontré que la considération principale du tiers était de profiter des avantages qu'il voit dans le système particulier du franchiseur plutôt que de faire affaires, pour des raisons personnelles, avec le franchisé.

2.2. La responsabilité du franchiseur pour le fait du franchisé

Est-il possible pour le franchiseur de voir engager sa responsabilité pour les actes commis par ses franchisés ? Certains paraissent réticents, à première vue, à admettre cette responsabilité. Nous ne croyons pas cependant que la négation soit évidente et considérons qu'à certains égards la question mérite étude. Nous nous attarderons principalement sur deux hypothèses, la théorie du mandat apparent et la responsabilité du fait des autres sous 1054 C.C.

2.2.1. La responsabilité sous 1054 C.C.

Les articles 1053 et 1054 du *Code civil du Bas Canada* stipulent que « toute personne capable de discerner le bien du mal » est responsable de

22. *Id.*, p. 26.

23. *Id.*, p. 28.

24. *Id.*, p. 26.

25. *Id.*, p. 30.

dommage « causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle ». Des cas d'espèce énumérés à l'article 1054 seul le dernier peut, à priori, éventuellement s'appliquer à la relation franchiseur/franchisé.

« Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers, dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés. »

Il s'agit en fait d'une présomption irréfragable de responsabilité du commettant lorsque le préposé, dans l'exercice de ses fonctions, a lui-même commis une faute. Cette présomption est irréfragable du fait que le cas de responsabilité vient, dans le texte de l'article 1054, après la clause exculpatoire²⁶.

Il importe, pour bien comprendre la portée de cette présomption de rappeler l'origine et les fondements de ce texte de loi. Selon Baudouin²⁷, la substance de cet alinéa de l'article 1054 a été tirée d'un passage de Pothier qui justifiait l'objectivisation de la responsabilité par des motifs de prévention. Rappelons qu'à l'époque où Pothier écrivit les passages ayant inspiré les codificateurs les relations commettant-préposé étaient personnelles et, de ce fait, le commettant ne devait s'entourer que de préposés honnêtes et compétents. Selon le texte même de Pothier les commettants devaient être « attentifs à ne se servir que de bons domestiques »²⁸. Ainsi, en cas de faute du préposé, il était légitime de présumer du mauvais choix effectué, par le commettant. Il est important à ce point de faire l'analogie entre les conséquences du choix effectué par le commettant et celles du choix d'un franchisé par le franchiseur. Certes l'organisation moderne de la société est caractérisée par la dépersonnalisation des rapports entre les individus mais ce critère, s'il ne peut seul justifier le texte de loi, demeure pertinent.

Le fondement social de la responsabilité du commettant trouve justification dans un second critère, certainement plus contemporain, que Baudouin qualifie de « projet d'activité » alors que Masse²⁹ le dit provenir de la théorie du risque. En fait ces deux auteurs réfèrent à la même situation soit celle où un individu utilise à son profit l'activité d'un autre individu.

C'est donc en raison de l'utilisation qu'il [l'individu] fait de l'activité d'un autre pour ses fins propres qu'il doit corrélativement assumer vis-à-vis de la société les conséquences du dommage en résultant pour les tiers dans les limites de la faute du préposé.³⁰

26. *Curley c. Latreille*, (1919) 28 B.R. 388; (1920) 60 R.C.S. 131.

27. BAUDOUIN, Jean-Louis; *supra*, note 13, p. 212.

28. Cité par BAUDOUIN, *supra*, note 13, p. 216.

29. MASSE, Claude, *Cours de responsabilité civile délictuelle*, 2^e éd., Montréal, Université de Montréal, 1976.

30. BAUDOUIN, Jean-Louis, *supra*, note 13, p. 217.

Soulignons encore une fois la similitude de cette situation avec la relation franchiseur/franchisé. Par la voie des redevances diverses, le franchiseur ne profite-t-il pas du travail du préposé? Et, eu égard au travail fourni par le franchiseur, le profit n'est-il pas plus grand que si ce dernier exploitait lui-même directement, encore que la chose soit physiquement possible, toutes ses franchises?

Un dernier critère rapporté tant par Baudouin que par Masse est, selon la terminologie du dernier, la « garantie économique ». Ce dernier critère est particulièrement important au soutien de l'objectivisation de la responsabilité du commettant. Il est effectivement fort probable que le commettant soit plus solvable que le préposé. Ainsi, en grevant le patrimoine du commettant à la garantie des actes fautifs des préposés, toujours dans l'exécution de ses fonctions, on accroît l'efficacité du processus d'indemnisation. Or il est tout aussi raisonnable de présumer de la plus grande solvabilité du franchiseur par rapport à celle du franchisé. Qui plus est, cette recherche de l'accroissement du taux d'efficacité de la compensation pour préjudice subi s'inscrit sans heurt dans l'actuelle tendance protectionniste du législateur vis-à-vis le consommateur.

Sur le plan juridique les explications au fondement de la responsabilité des commettants se rapprochent des explications au fondement social par les thèses du risque et de la garantie tout en ajoutant les thèses de la faute et de la représentation. Alors que Baudouin et Masse reconnaissent tous deux qu'il est illusoire de chercher le « fondement théorique de la responsabilité civile des commettants » dans une seule thèse, le premier semble privilégier la thèse du risque, encore qu'il reconnaisse implicitement l'importance de la thèse de la garantie économique en affirmant que

[...] la jurisprudence [québécoise], à travers la définition du lien de préposition et de la notion d'exécution des fonctions, a entendu utiliser le pouvoir que lui donnait ce législateur pour accroître l'efficacité du recours des victimes, pour des raisons de politique sociale.³¹

Tandis que le second opte pour cette thèse de la garantie économique. Ces deux thèses du risque et de la garantie économique sont, somme toute, assez proche l'une de l'autre principalement si, à l'exemple de Baudouin, « on prend soin de ne pas nécessairement la (la théorie du risque) rattacher à la théorie classique de Josserand ou Saleilles »³².

31. *Id.*, p. 220.

32. *Id.*, p. 219.

Quant aux thèses de la faute et de la représentation, la dernière, principalement soutenue par Mazeaud³³, n'a pas eu grand écho dans la doctrine et la jurisprudence. Peut-être est-ce dû au fait, selon ses détracteurs, qu'elle revient directement à l'idée de faute. Or cette dernière thèse voudrait que la faute du préposé dans l'exercice de ses fonctions soit la conséquence directe d'une faute de choix ou de surveillance de la part du commettant. Quoique cette thèse ait, selon Baudoin³⁴, reçue de nombreux appuis dans la jurisprudence québécoise elle ne peut, seule, justifier la responsabilité du commettant. Il serait en effet paradoxal d'asseoir cette responsabilité essentiellement sur une faute personnelle tout en lui interdisant quelconque moyen d'exonération en démontrant l'à propos de son choix et le sérieux de sa surveillance. La réalité socio-économique contemporaine serait également un obstacle au choix de cette thèse comme seul fondement de la responsabilité du commettant puisque « la liberté de choix ou la facilité de surveillance est réduite, sinon inexistante »³⁵. Malgré les critiques, Baudouin n'hésite pas à affirmer que

bien que [...] le commettant n'ait pas lui-même causé matériellement le dommage, sa responsabilité est retenue parce que son défaut de surveillance ou de contrôle est présumé non avoir été la cause dernière, mais la cause participante du préjudice subi par la victime.³⁶

Ajoutons à cela que s'il est vrai, en général, que la surveillance du préposé dans notre société est problématique, il en est tout autrement en matière de franchisage puisque le franchiseur s'oblige contractuellement à assister le franchisé et que ce devoir d'assistance devient, par rapport à l'ensemble des franchisés, un devoir de contrôle et de surveillance. L'objection, en ce qui concerne notre propos du moins, ne tient donc plus.

Nous avons ainsi démontré que chacune des thèses élaborées au soutien de la responsabilité du commettant trouvait application dans la relation entre le franchiseur et le franchisé. Il semble donc possible à ce stade d'appliquer à cette relation franchiseur/franchisé la règle de l'article 1054 C.c. al. 7. Trois conditions sont cependant requises pour que s'applique ce régime juridique. Il doit tout d'abord y avoir eu un lien de préposition entre l'auteur du dommage et le présumé commettant, il doit être démontré que l'auteur du dommage a commis une faute et, enfin, que cette faute a été commise dans le cadre de l'exercice, par le préposé, de ses fonctions.

33. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1965.

34. BAUDOIN, Jean-Louis, *supra*, note 13, p. 218.

35. *Id.*, p. 218.

36. *Id.*, p. 172.

Une condition choqe dès à présent, le lien de préposition. Ce lien paraît incompatible avec l'indépendance juridique du franchisé vis-à-vis le franchiseur. Précisons tout d'abord que la substitution faite dans le présent texte du terme statutaire « ouvrier » par le terme « préposé » est justifiée par la jurisprudence québécoise qui prend en cela exemple sur le droit français. Le sens plus large de cette terminologie rend ainsi possible l'existence d'un lien de préposition en dehors d'un contrat de louage de service ou d'un contrat de travail.

L'identification d'un lien de préposition est plus une question de fait qu'une question théorique ou une question de droit, l'examen de la jurisprudence le montre bien. Certains critères ont toutefois été étudiés. Il s'agit du choix du préposé, du contrôle du préposé de la rémunération et de la qualité d'expert du préposé. Ces deux derniers critères n'ont apparemment aucune incidence majeure sur la détermination du lien de préposition. Plus encore l'absence de rémunération fut souvent soulignée par la jurisprudence. Quant au choix du préposé, il ne constitue pas un critère déterminant de l'existence d'un lien de préposition mais seulement un élément supplémentaire de caractérisation.

Seul le contrôle du préposé est considéré, tant par la jurisprudence québécoise que par la jurisprudence française, comme l'élément essentiel à l'existence d'un lien de préposition. Ce contrôle

est celui en vertu duquel le patron a le pouvoir de donner des ordres au préposé sur la façon dont la tâche qu'il lui a confiée doit être exécutée. Le contrôle comporte donc, [...], deux volets distincts ; d'une part d'autorité du commettant sur le préposé, d'autre part l'état de subordination du préposé à l'égard du commettant.³⁷

Cet état de subordination peut se rencontrer à divers degrés. Ainsi quoiqu'en général un hôpital n'est pas considéré comme le commettant des médecins qui y exercent leur profession, Baudouin incite à la prudence avant de conclure à l'inexistence d'un lien de préposition entre ceux-ci³⁸.

Pour que le contrôle soit caractéristique d'un lien de préposition la jurisprudence a requis qu'il soit spécifique plutôt que général en ce sens que le commettant doit avoir, tout au long de l'exécution de la tâche, le pouvoir d'exercer un contrôle sur la manière dont cette tâche est accomplie et même le pouvoir de varier ses instructions. Que sont ces exigences sinon la description du « système » mis à la disposition du franchisé par le franchiseur et le devoir d'assistance de ce dernier ? Ce contrôle peut également ne pas être matériel, seul en effet est requis l'existence d'un pouvoir intellectuel de contrôle par opposition à l'exercice d'un pouvoir de contrôle. Ce pouvoir peut également

37. *Id.*, p. 225.

38. *Id.*, p. 227.

ne pas être absolu, le préposé jouissant de ce fait d'une certaine indépendance. L'étendue de cette indépendance pourra toutefois réduire ce contrôle à un simple pouvoir général de surveillance.

La jurisprudence a donc retenu certains facteurs particuliers dans la détermination du degré d'autonomie permis au préposé pour que demeure le contrôle effectif du commettant. Parmi ces facteurs le choix des exécutants par le commettant renforce l'hypothèse de l'existence d'un lien de préposition³⁹ alors que la liberté reconnue à un individu d'organiser son travail et son horaire de même que le fait pour le préposé de fournir ses propres outils ou sa propre machinerie tendent à déplacer la relation commettant/préposé vers une relation d'entreprise⁴⁰. En matière de franchisage il est relativement fréquent de rencontrer, à l'emploi du franchisé, un gérant choisi par le franchiseur, voire même l'imposition, par le franchiseur d'un modèle type d'employé à engager. Le franchisé ne jouit généralement pas d'une liberté absolue d'organiser son travail, des horaires précis sont imposés par le franchiseur pour conserver l'homogénéité de son réseau. Il en est de même des équipements du franchisé qui seront soit fournis par le franchiseur, soit imposés par celui-ci selon des normes dont il est le seul juge.

À savoir s'il s'agit d'un pouvoir de contrôle de fait ou de droit, quoique les auteurs Savatier et Mazeaud s'affrontent sur ce point dans leur traité réciproque de la responsabilité civile, la jurisprudence québécoise, même si elle n'a jamais posé directement le problème, semble favoriser l'opinion de Mazeaud qui affirme que l'autorité du commettant peut ne tirer sa source que d'une simple situation de fait.

Relativement au cadre de ce contrôle, l'existence d'un contrat n'est pas essentiel,

du moment que l'une des parties exerce en fait sur l'autre un pouvoir de direction et conserve l'initiative de pouvoir mettre fin au service rendu pour son compte.⁴¹

C'est ainsi qu'en certains cas une épouse conduisant l'automobile de son mari fut qualifiée de préposée de celui-ci⁴² comme ce fut le cas d'un époux conduisant la voiture de son épouse⁴³. Ce lien de préposition n'est cependant pas limité à quelconque relation familiale. Enfin, malgré l'existence de contrat de louage de services, seul l'examen des faits permet de conclure à

39. *Cité de Sherbrooke c. Roy Ltée*, [1966] B.R. 29.

40. *Beaugard c. Martin*, [1971] C.S. 362.

41. *Id.*, p. 235.

42. *Lavallée c. Paquette*, [1951] C.S. 228.

43. *Leblanc c. St-Pierre* (1942) C.S. 229.

l'existence d'un lien de préposition de la même façon qu'un tel lien peut exister malgré l'existence d'un contrat d'entreprise⁴⁴. La jurisprudence démontre ainsi que seule la relation de fait est considérée dans la détermination de l'existence d'un lien de préposition au détriment de la qualification du contrat.

Le lien de préposition requis pour l'application du septième alinéa de l'article 1054 C.c. apparaît donc comme essentiellement fonction du pouvoir de contrôle d'un individu sur un autre, indépendamment de toute relation contractuelle, familiale ou autre ; contrôle qui s'apprécie dans les faits et non de façon sémantique. L'antagonisme entre l'indépendance juridique du franchisé et le lien de préposition n'est ainsi plus aussi évident qu'à première vue.

Il ne nous apparaît pas utile de poursuivre avec l'étude de la nécessité que le préposé ait commis une faute dans l'exécution de ses fonctions car cette étude n'apporterait rien de plus à notre but qui fut celui de démontrer l'application possible de l'article 1054 al. 7 C.c. à la relation franchiseur/franchisé, selon que le concours des faits le permette. On retrouve en effet dans cette relation tous les facteurs de justification sociale et juridique de cette responsabilité du fait des autres de même que tous ses critères d'application. Qu'il nous soit cependant permis d'ajouter, relativement à la détermination du cadre de « l'exécution de ses fonctions » par le préposé qui demeure généralement un cas d'espèce, que le critère fondamental se trouve dans la notion d'intérêt ou de bénéfice pour le commettant, notion similaire au but du franchiseur dans l'octroi d'une franchise.

2.2.2. La responsabilité en vertu du mandat apparent

Il semble possible que le franchiseur puisse engager sa propre responsabilité en vertu de la théorie du mandat apparent. Il est effectivement fait mention de cette éventualité dans « Le guide du franchisage »⁴⁵ lors de situations où il ne serait pas évident que le tiers fasse affaire avec un franchisé plutôt qu'avec le franchiseur. La jurisprudence française adopte d'ailleurs cette position⁴⁶.

La règle du mandat est donnée par l'article 1730 du *Code civil du Bas Canada* ; ainsi une personne ayant donné des motifs de croire qu'un individu était son mandataire sera responsable envers les tiers de bonne foi. Il en sera de même si les tiers de bonne foi ignoraient l'extinction du mandat⁴⁷. Il est

44. *St-Louis c. Goulet*, (1954) B.R. 185.

45. Collectif, *Le guide de franchisage*, 2^e éd., Éd. Franchises d'aujourd'hui Inc., 1985.

46. Cass. Com. 13 mars 1978, Bul civ. IV. 71.

47. 1728 et 1758 C.c.

intéressant de noter que les fondements de cette règle édictée par l'article 1730 C.c. sont semblables aux fondements de la règle de l'article 1054 al 7 C.c. Selon Mignault⁴⁸ le fondement de cette règle se trouve dans la faute du mandant. Cette thèse est toutefois critiquée⁴⁹ du fait que la justification d'un tel fondement se trouverait dans la possibilité pour le mandant de s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute ce qui lui est interdit car, tout comme pour la responsabilité sous 1054 al. 7 C.c., le tiers bénéficie de la protection de la Loi aussitôt que se réalisent les conditions objectives édictées. La faute, si elle peut encore une fois être considérée, n'est donc pas le véritable fondement du mandat apparent. Ce véritable fondement se trouve dans une politique de protection des tiers, politique qui n'est pas sans rappeler la notion précitée de la garantie économique. Certes cette politique, en atténuant la rigueur d'une interprétation stricte de la théorie générale du mandat, sert généralement cette institution en y conservant la confiance du public. Il n'en demeure pas moins que la similitude des discours à propos des articles 1054 al. 7 C.c. et 1730 C.c. est frappante et nous croyons qu'elle peut aider à justifier l'application de l'article 1054 al. 7 C.c. à la relation franchiseur/franchisé dans la mesure où les doctrines québécoise et française, ainsi que la jurisprudence de ce pays, reconnaissent, tel que ci-dessus, le mandat apparent comme source de responsabilité éventuelle du franchiseur.

L'appréciation de l'application des règles du mandat apparent relève, tout comme pour la responsabilité du fait des préposés, de l'examen des faits particuliers. Deux conditions sont néanmoins nécessaires à l'application de la règle de l'article 1730 C.c. à savoir l'absence de pouvoir du présumé mandataire et la bonne foi du tiers en ce qu'il avait des motifs raisonnables de croire au mandat. Le texte de l'article concerné pose de plus explicitement l'exigence selon laquelle ces motifs doivent être la conséquence du fait du mandant. Or la jurisprudence interprète très libéralement cet article en reconnaissant le mandat apparent alors que ces motifs émanent du présumé mandataire, parfois avec une participation partielle du mandant⁵⁰, parfois même sans aucune participation de ce dernier⁵¹. Ce libéralisme pourrait inciter à la révision du droit du mandat apparent. Cette révision n'étant pas encore faite il faut en considérer les conséquences et reconnaître qu'il s'agit d'une toute nouvelle interprétation de l'article 1730 qui signifie que le mandant peut s'engager non seulement par son fait actif mais aussi par omission si, voyant

48. MIGNAULT, P., *Le droit civil canadien*, tome 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, p. 65.

49. FABIEN, Claude, *Les règles du mandat*, Répertoire de droit, Mandat, doctrine, document 1, Montréal, Société Québécoise d'information juridique 1986, p. 345.

50. *The Great West Life Insurance Company c. Paris*, [1959] B.R. 349.

51. *Carnick c. Oswald*, [1975] C.S. 556; *New York Underwriters Insurance Co. c. Ledlev Corp.*, [1971] C.A. 736 et [1973] R.C.S. 751.

se créer des circonstances dans lesquelles il est prévisible que le tiers puisse raisonnablement croire au mandant apparent, [...] il n'intervient pas auprès du tiers de manière à dissiper les apparences.⁵²

Cette obligation du mandant rappelle très certainement l'arrêt *Bic* précité en consacrant la faute d'omission. Il semble donc que la faute d'omission puisse, comme dans l'arrêt *Bic*, engager la responsabilité personnelle d'un justiciable, en l'occurrence un franchiseur, tout comme elle peut engager la responsabilité de ce même justiciable, en d'autres circonstances, pour le fait des autres en vertu du mandat apparent.

2.2.3. De certains cas particuliers

Nous avons précédemment fait état d'un devoir semblable au devoir fiduciaire du franchiseur vis-à-vis l'ensemble des franchisés quant au maintien de l'homogénéité du réseau et à la rentabilité de celui-ci. En vertu de ce même devoir nous croyons que le franchiseur pourrait engager sa responsabilité vis-à-vis l'ensemble de ses franchisés suite à l'acte négligent ou fautif de l'un d'eux, acte dont les conséquences seraient néfastes pour l'ensemble du réseau. Outre la justification de cette responsabilité par ce devoir, la notion de faute du franchiseur pourrait également être retenue lorsqu'elle y est conjuguée. Il s'agira alors d'une faute du franchiseur dans l'exécution de l'une quelconque des obligations qui lui incombent, contractuellement ou non, obligations qui, vis-à-vis les franchisés, sont à la fois particulières à chacune des relations et communes à l'ensemble d'icelles.

Ainsi la responsabilité du franchiseur en pareille situation pourrait être hybride. D'une part la faute pourrait en être absente si le franchisé requérant invoque l'inexécution par le franchiseur de ses obligations intrinsèques ou contractuelles envers une autre franchisé, d'autre part la faute pourrait en être créatrice advenant l'exécution fautive par le franchiseur de ses obligations ou la commission par ce dernier d'un abus de droit.

L'arrêt précité (*Clairol*) fait également état de ce qui pourrait peut-être constituer un autre fondement, lorsque conjugué au « devoir fiduciaire », à la responsabilité du franchiseur vis-à-vis ses franchisés pour un acte posé par l'un d'eux. La Cour supérieure avait en effet étouffé l'une de ses conclusions du fait que la loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale, aujourd'hui la *Loi sur les marques de commerce*⁵³ interdit l'emploi d'une « marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière

52. FABIEN, Claude, *supra*, note 49, # 452.

53. *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, *supra*, note 15, p. 243.

susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de la clientèle intéressée. » Tomberait ainsi sous l'application de cet article toute initiative malheureuse d'un franchisé qui lui aurait été possible par la surveillance inadéquate du franchiseur. Les procureurs de Trudel n'ayant rien pu citer à l'encontre de la conclusion du juge de la Cour Supérieure, le Juge Pigeon ne crut pas nécessaire d'approfondir la pertinence du choix de cet élément de justification sans manquer toutefois d'en suggérer l'irrecevabilité. Le juge de la Cour Suprême croit en effet qu'il faille donner à cette Loi « la portée restreinte indiquée dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd*⁵⁴. Il cite également au soutien de cette prétention un jugement de la Cour d'Appel de l'Angleterre, *In re Appolinares Company's Trade Marks*. Il n'en reste pas moins plausible qu'en combinant le devoir fiduciaire du franchiseur à la contravention par un franchisé, au détriment de la rentabilité du réseau, à cette *Loi sur les marques de commerce*, le premier puisse voir sa responsabilité engagée.

Enfin, nous avons fait état, au titre de l'encadrement légal du courtage immobilier, de la présomption de culpabilité édictée à l'article 14 de la *Loi sur le courtage immobilier*. Tous les motifs de responsabilité énoncés ci-dessus font appel aux règles générales du droit civil et le plaignant doit, pour atteindre le franchiseur, démontrer tantôt la faute du franchisé, tantôt celle du franchiseur et même démontrer parfois la conjugaison de ces fautes avec l'existence de conditions objectives. Cette présomption peut ainsi être très attirante pour un tiers lésé. La question est de savoir si elle peut s'appliquer, via le terme « associé », au franchiseur. Si, lorsque l'un de ces courtiers franchisés a commis une infraction, on peut tergiverser sur le sens à donner au mot « associé », le texte prévoit que cet associé doit participer à l'infraction. Nous croyons que cette précision faite par le législateur signifie qu'une participation active est requise par opposition à une participation passive. Elle peut cependant n'être qu'indirecte sinon il aurait été inutile de stipuler, au premier alinéa de cet article 14, cette responsabilité collective. Seule une étude des faits particuliers à chaque litige permettra donc d'établir la responsabilité collective et, croyons nous, la qualité d'associé puisque le droit québécois reconnaît la société de fait et, à l'article 1869 C.c., l'associé apparent. Quant à l'application de la présomption de culpabilité elle ne s'applique qu'à un courtier ou un constructeur inscrit. Le franchiseur qui ne serait pas inscrit sous l'un ou l'autre de ces titres n'en serait donc pas sujet. À l'opposé celui qui serait inscrit à l'un de ces titres devrait en supporter

54. S.R.C., c. T-10.

l'application. Ceci dit, le franchiseur en matière de courtage immobilier ferait preuve de beaucoup d'altruisme en s'inscrivant de son chef comme courtier puisque n'effectuant pas d'opérations immobilières, il n'y est pas tenu selon la législation actuelle.

Conclusion

Tel que nous l'avons mentionné précédemment notre objectif n'était pas d'affirmer péremptoirement l'existence de la responsabilité civile du franchiseur vis-à-vis l'ensemble de ses franchisés et vis-à-vis les tiers. Nous ne désirions que montrer qu'outre l'existence d'avenues particulières à l'institution du franchisage, tel le « devoir fiduciaire », la responsabilité du franchiseur pouvait, potentiellement du moins, être recherchée à travers les avenues classiques. Qui plus est une telle affirmation péremptoire aurait été incompatible avec le droit puisque la reconnaissance de la responsabilité d'un justiciable est fort souvent une question de faits de même qu'il en est de l'admission des conditions et des critères essentiels à la caractérisation de la thèse de responsabilité particulière recherchée.

Il nous apparaît donc téméraire de rejeter sans considération les thèses classiques de la responsabilité civile en matière de franchisage. Bien au contraire, le contrat de franchise créant des obligations réciproques et subordonnant l'activité du franchisé au savoir-faire du franchiseur, nous croyons que la seule existence de ce contrat, « omni-débilitant » pour le franchisé, expose à l'attaque le flanc du franchiseur. Enfin, est-il utile de rappeler qu'en aucun cas cette responsabilité du franchiseur n'exonérera le franchisé de subir les conséquences de ses actes.