

Introduction

«N'est-ce pas dans le rêve cependant que naissent la plupart des projets qui en valent la peine ? »

RENÉ LÉVESQUE

Introduction

La première fois que j'ai été en contact avec l'univers du franchisage, à titre d'avocat, remonte à 1980. Le cabinet d'avocats où je faisais mon stage avait reçu le mandat d'un groupe de franchisés de Dunkin Donuts. À cette époque, la protection des marques de commerce était tatillonne et lorsqu'un usager d'une marque de commerce enregistrée n'en était pas le propriétaire, il fallait l'enregistrer comme «usager inscrit» auprès du Registraire des marques de commerce, sinon on risquait de perdre l'enregistrement de cette marque.

Trente-cinq ans plus tard, la bannière Dunkin Donuts existe toujours, mais a fait l'objet de nombreuses tracasseries pour le franchiseur et les franchisés...

N'empêche que c'est grâce à ce dossier que j'ai pris contact avec cet univers fascinant qu'est le franchisage. Il est fascinant, car il permet au franchiseur de multiplier ses points de vente, donc ses points de revenus, avec un risque bien moindre que s'il opérait directement ces points de vente. Pour un franchisé, ça lui permet d'exploiter un concept d'affaire éprouvé et pour lequel il a de l'encadrement. Un vrai WIN-WIN.

Vrai, le franchiseur aurait fait plus d'argent s'il avait opéré lui-même directement ces points de vente. Vrai, le franchisé ferait plus d'argent s'il n'avait pas de royautés à payer. Mais il est également vrai que le franchiseur n'aurait probablement pas ouvert autant de points de vente et vrai également que le franchisé ne se serait pas lancé en affaire en tant qu'indépendant.

J'ai bâti ce livre avec mes 35 années de compétence, d'expertise juridique et de vécu au-travers les franchiseurs et franchisés que je représente. Mon vécu dans le franchisage remonte à il y a près d'une quinzaine d'années, mais tous les défis juridiques auxquels j'ai fait face depuis le début de ma pratique me servent dans ce domaine. Ce sont des compétences transversales comme disent les bien-pensants.

La franchise : un mode d'expansion

Au fond, le franchisage est un mode d'expansion d'une entreprise à succès. Puisqu'il n'y a pas de loi sur le franchisage au Québec, il n'y a pas de définition officielle du franchisage. Je vous propose donc la mienne. Une franchise, c'est un concept à succès (1), qu'on loue (2) et donc on paye pour (3), qui est reproductible (4) et qui se protège (5).

- (1) concept à succès : malgré ce que prétendent les consultants en franchisage, si un franchisé paye pour exploiter une bannière, alors elle doit être éprouvée et avoir du succès. Sinon, pourquoi payer des frais initiaux ?
- (2) concept qu'on loue : malgré le fait qu'en termes populaires, on parle d'acheter une franchise, au fait on loue le droit d'exploiter un concept pour une durée fixe, typiquement 5 ans ;
- (3) location qu'on paye : il y a deux types principaux de paiement : les droits initiaux, donc en quelque sorte un «droit d'entrée», et des redevances continues, soit en pourcentage des ventes, soit un montant mensuel fixe, pour le service continu;
- (4) concept reproductible : l'intérêt de la franchise est la notoriété, donc le pouvoir attractif. Mais s'il est impossible de reproduire ce succès, de le multiplier, alors ce n'est pas une entreprise qui devrait être franchisée. Un exemple facile : les bureaux d'avocats. Habituellement, les clients font affaire avec un avocat en particulier. Règle générale, ce sont les individus qui font partie du cabinet qui ont le pouvoir d'attraction, pas le nom du cabinet. Cette activité est trop du «sur mesure» pour faire l'objet de franchisage.
- (5) concept qui se protège : comme franchiseur, je veux le monopole d'exploitation de ma façon de faire, et comme franchisé, je ne veux pas qu'une autre personne me fasse concurrence, mais que cette dernière n'aie pas de royautés à payer;

Difficulté numéro un chez les nouveaux franchiseurs

Les franchiseurs que je représente sont souvent au même diapason que nous sur le franchisage : c'est un mode d'expansion. Typiquement, notre futur franchiseur a la parfaite maîtrise de son activité commerciale. Il sait faire.

En choisissant le franchisage comme mode d'expansion, il ne réalise pas nécessairement que le franchisage, en soi, est un métier, qui n'a rien à voir avec son activité commerciale. Être franchiseur, c'est avoir à éduquer des adultes, les former, les guider, les conseiller, tout en ménageant les susceptibilités et les égos. Pour être passé par là, je vous dirais que ce qui ressemble le plus à cette relation est celle du parent avec un jeune adulte. On ne traite pas un jeune adulte comme un enfant. On lui parle différemment, on le dirige différemment, mais on doit être présent pour lui.

D'ailleurs, les tribunaux du Québec reconnaissent qu'implicitement, le franchiseur a un devoir de renseigner, d'informer et de supporter ses franchisés. Ces devoirs existent de par la relation franchiseur-franchisé, même s'il n'y a pas de clauses à cet effet dans le contrat de franchise. L'article 1434 du Code civil du Québec prévoit d'ailleurs qu'un contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.

Pourquoi les franchisés sont heureux ?

Avant de se lancer dans le franchisage, il est bon de voir ce que les franchisés apprécient le plus dans ce mode d'exploitation. Vous pourrez donc mettre l'accent sur ces points et voir si c'est compatible avec qui vous êtes.

► Satisfaction face au statut de franchisé :

Commencer quelque part. L'un des aspects qui sont le plus présent chez les franchisés heureux, c'est le fait qu'ils sont maintenant à leur compte. Pour bien des personnes, le saut dans le monde des franchises s'effectue principalement pour tenter l'expérience d'entrepreneur. Lorsqu'ils en ont assez de travailler pour quelqu'un d'autre, mais qu'ils n'ont pas toute l'expertise requise pour démarrer seul un concept, la franchise peut s'avérer être un excellent tremplin. La gestion d'une franchise possède pratiquement tous les éléments d'un commerce traditionnel et le degré de latitude laissé au franchisé dépend de la bannière et du domaine choisi.

4) L'obligation d'assistance technique et commerciale

L'arrêt de 1997 de la Cour d'appel dans le dossier «*Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*» est venu rappeler que le franchiseur a des obligations d'assistance technique et commerciale. La Cour énonce qu'un franchiseur s'engageait, de par la nature même de la convention de franchise, et ce, sans clause explicite au contrat, à fournir au franchisé une assistance commerciale et continue et ce dans un esprit de collaboration. Provigo fût condamné à payer des dommages et intérêts substantiels à son franchisé pour l'avoir « abandonné » face à la concurrence faite par le franchiseur lui-même.⁹

Dans la récente affaire *Bertico Bertico inc. c. Dunkin' Brands Canada Ltd.*, la Cour d'appel du Québec confirmait le 15 avril 2015 la décision de première instance rendue trois ans auparavant en Cour supérieure.¹⁰ La Cour d'appel dans cette affaire reprend en partie les enseignements de l'affaire *Provigo*¹¹ où la théorie des obligations implicites des franchiseurs québécois et l'obligation de bonne foi prévue dans le Code civil du Québec ont été appliquées. Le franchiseur dans cette affaire a failli à son obligation de protéger et rehausser sa marque et de porter assistance technique et commerciale à l'ensemble de ses franchisés de sa bannière. La Cour d'appel confirme les manquements du franchiseur en l'instance tout en réduisant en partie les dommages-intérêts accordés en première instance.¹²

C'est dans un contexte de concurrence accrue d'un nouveau joueur sur le marché québécois, l'entreprise Tim Hortons® qu'a pris naissance cet important litige qui opposera le franchiseur Dunkin' Donuts® avec la majorité de ses franchisés québécois restant vers le début des années 2006. Vers les années 1996, les franchisés Dunkin' Donuts® informeront leur franchiseur de la perte de vitesse de la marque de leur franchiseur.¹³

⁹ *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47.

¹⁰ *Bertico inc. c. Dunkin' Brands Canada Ltd.*, 2012 QCCS 2809.

¹¹ *Supra* note 10.

¹² *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624.

¹³ *Supra* note 13.

En Cour d'appel, on réitère que le juge de première instance a valablement interprété la convention de franchise en énonçant que le franchiseur devait protéger et rehausser sa marque. Selon les juges saisis de cette cause en appel, il s'agit d'une obligation rattachée implicitement à la convention de franchise en vertu du Code civil du Québec, car la nature du contrat, la durée à long terme des ententes commerciales de franchisage et les exigences de la bonne foi prévue au Code civil du Québec obligeaient le franchiseur de rehausser et protéger sa marque de commerce.¹⁴

La Cour d'appel a non seulement appliqué l'obligation d'agir de bonne foi du franchiseur dans cette affaire, mais aussi le devoir d'assistance et de collaboration qu'avait le franchiseur, afin d'en arriver à la conclusion que le franchiseur avait une obligation contractuelle envers l'ensemble de ses franchisés.

Il ressort quant à nous de cette affaire qu'un franchiseur ne doit pas seulement respecter les termes de sa convention de franchise, mais également les obligations implicites découlant de ses divers contrats, telle l'obligation d'assurer des marques de commerce compétitives à ses franchisés. Les franchiseurs ont quant à nous en tout temps une l'obligation implicite de s'assurer que leurs marques de commerce soient compétitives et soient en mesure d'affronter la concurrence présente dans leur secteur d'activité.

Les poursuites intentées par des groupes de franchisés mécontents de certains agissements de leur franchiseur, comme ce fut le cas dans la récente affaire *Bertico Bertico inc. c. Dunkin' Brands Canada Ltd.*, est tranquillement en train de devenir la norme au Québec. La plus récente histoire à ce sujet est celle de la poursuite contre le Groupe Qualinet qui fût logée au début de l'année 2016 contre le franchiseur du service de nettoyage après-sinistre. Les franchisés dans cette affaire, qui ont déposé leurs procédures contre le groupe Qualinet et contre le président, indiquent avoir subi des dommages importants découlant directement des fautes commises par Qualinet ou résultant des agissements de son président s'élevant à plus de 26 millions de dollars. En outre, le franchiseur a gravement manqué à ses obligations tant implicites qu'explicites, selon les franchisés, notamment en regard à leurs obligations de soutien et d'assistance ainsi qu'à celle de consultation de ses franchisés.¹⁵ La décision à l'égard du présent dossier devrait vraisemblablement être rendue d'ici 2020.

¹⁴ *Supra* note 11.

¹⁵ <http://ici.radio-canada.ca/regions/quebec/2016/03/22/001-qualinet-poursuite-27-millions-franchises-lafacture.shtml>

Chapitre 1

Le métier de franchiseur

Tel que mentionné précédemment, pour être franchiseur, il ne faut pas seulement bien maîtriser l'activité commerciale franchisée. Être franchiseur, c'est également de gérer les franchisés, ce que j'identifiais plus haut comme étant de «jeunes adultes», avec tout le doigté requis.

Quand je discute avec un nouveau franchiseur, invariablement, la question de la gestion des franchisés constitue la plus grande surprise. Qui dit surprise dans ce registre ne veut pas dire agréable. Cet aspect est certainement le plus sous-estimé.

Il est important de réaliser qu'à titre de franchiseur, c'est vous qui allez choisir vos futurs franchisés. Vous devez donc le faire avec la plus grande des précautions du monde. Le défaut numéro un des franchiseurs novices est de mal (pas) choisir ses franchisés. Ils ont hâte d'en vendre et de percevoir du fric. Il se peut que les coins soient tournés un peu rond. Souvent, quand les problèmes surgissent avec un franchisé qui n'aurait pas dû être choisi, le franchiseur remarque que tous les signes avant-coureurs d'une relation problématique étaient présents. C'est juste qu'il ne les a pas remarqués.

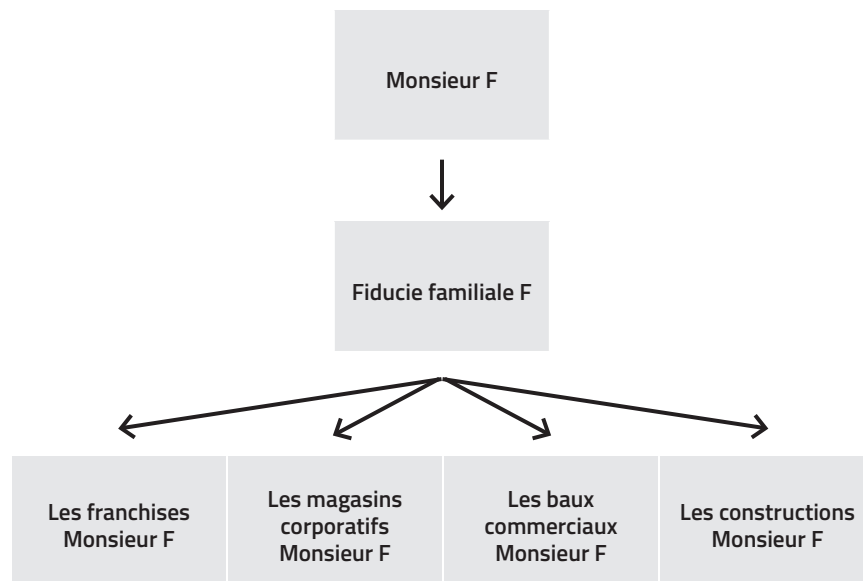
Cet élément de relation potentiellement problématique est si important que j'ai pris l'habitude de suggérer aux franchiseurs novices de faire passer des tests psychométriques de compatibilité et de diagnostic de caractère pour les premières franchises vendues. Ce n'est pas que j'ai une foi inébranlable pour ce genre de tests, mais au moins, ça donne un son de cloche plus scientifique que le «pif»! De toute façon, le coût d'un tel test est entièrement facturé au franchisé potentiel.

Sachez-le, votre candidat idéal n'est pas l'entrepreneur-né, car il se lassera rapidement de vos directives, sera rapidement frustré que ses initiatives ne soient pas accueillies ni encensées, et sera habile pour monter les autres franchisés contre vous.

Votre candidat franchisé idéal est un individu qui a la fibre entrepreneuriale un peu moins développée et qui accepte l'autorité et les conseils «imposés». Le Gouvernement du Québec a une appellation savoureuse pour le franchisage: «l'entrepreneurship encardé»!¹⁶

¹⁶ Guy BÉRUBÉ et al., *Le franchisage, l'entrepreneuriat encadré*, Ministère de l'Industrie, du Commerce, de la Science et de la Technologie, 2002, p. 5

Voici ce que ça représente schématiquement :



C'est donc une structure corporative optimisée, qui comprend cinq sociétés par actions. Évidemment, ça représente l'idéal. Et malheureusement, il en coûte moins cher de partir du bon pied que de partir « tout croche » et d'essayer de rattraper par la suite, ce qui coûte généralement beaucoup plus cher.

► 3.3 Nécessité de s'entourer de professionnels compétents

Bien qu'à première vue le domaine de la franchise puisse sembler facile à comprendre pour un franchiseur possédant de l'expérience dans le domaine des affaires, il ne faut pas minimiser l'importance de s'entourer de spécialistes compétents qui prodigueront de judicieux conseils afin d'éviter de mauvaises surprises. La mise sur pied d'un réseau de franchises représente un investissement considérable de temps et d'argent, d'où la nécessité de bien choisir le concept et de préparer la documentation et la publicité adéquates afin que le projet réponde aux attentes du franchiseur.

Plusieurs professionnels peuvent aider dans la mise en place de la franchise. Les services d'un comptable seront indispensables dans l'établissement des états financiers *pro-forma*, afin que le franchisé potentiel puisse avoir une idée des retombées économiques que pourrait engendrer un tel projet de franchise. Un consultant peut également s'avérer nécessaire afin d'évaluer la viabilité du projet.

Les services d'un bon avocat qui s'y connaît en droit de la franchise est d'une importance capitale non seulement pour le lancement du réseau de franchises, mais également pour en assurer le bon fonctionnement à long terme. L'assistance d'un avocat sera requise pour la préparation des contrats initiaux, que ce soit pour la rédaction du contrat de franchise, le cautionnement du franchisé, ou encore l'analyse ou la rédaction des baux commerciaux, pour ne nommer que ceux-ci en exemple. Elle le sera également pour l'enregistrement de la marque de commerce ou encore pour déterminer la structure corporative de l'entreprise du franchiseur. Cependant, le rôle que l'avocat joue à long terme est non négligeable, car il doit être en contact avec son client afin d'être en mesure de prévenir les problèmes qui pourraient survenir. Bien que les frais légaux peuvent sembler cher, ils ne représentent qu'une fraction que ce que le franchiseur aurait à payer dans l'éventualité où une poursuite serait intentée contre lui, que ce soit les honoraires pour la défense ou encore si un jugement défavorable était rendu contre lui. Puisque l'avocat agira comme conseiller du franchiseur, il se doit d'avoir de l'expérience dans le domaine, car la franchise est un secteur très pointu. Un avocat ayant travaillé tant avec des franchiseurs que des franchisés constituera un atout stratégique, car il sera en mesure de déterminer les intérêts des deux parties, les points sur lesquels il peut négocier et ceux auxquels l'autre partie refusera de faire des compromis.

Bienvenue à la phase dite «Columbo». Vous devez enquêter pour tout savoir sur cette franchise. Qui en est le propriétaire, quels sont les territoires exploités, quels sont les plans de développement, combien ça coûte, quelle est la formation dispensée, quel est le soutien fourni, combien ça rapporte, quels sont les risques, quelle est la réputation du franchiseur, combien de franchises unitaires sont en exploitation, combien de magasins corporatifs, combien de points de vente ont fermé, pourquoi ils ont fermés, quelle est la propriété intellectuelle protégée (marques de commerce, brevets, droit d'auteur), etc. etc. Vous comprenez le message: la connaissance, c'est le pouvoir. Comme disent les Américains, «knowledge is power». Tout comme Columbo le ferait, vous ferez enquête, prendrez des notes, consulterez le site web du franchiseur, visiterez plusieurs franchises unitaires, y mangerez si c'est un restaurant, y magasinerez si c'est un magasin de détail, etc.

Une fois la phase d'enquête terminée, c'est à vous de vérifier si ce type d'entreprise a de bonnes chances de succès. Est-ce vraiment une bonne idée? De façon classique, on parle alors d'un plan d'affaires. Mais si vous êtes branché sur le monde des affaires, vous procéderez plutôt par dossier d'opportunités d'affaires. L'idée n'est pas de passer les prochaines cent heures à faire des projections financières, mais plutôt de cumuler votre courage et de cristalliser votre vision.

S'il est vrai que l'opportunité d'affaire vue à l'étranger semble une bonne affaire pour le Québec, il importe d'analyser toutes les possibilités. La plus évidente est de rencontrer le franchiseur et de négocier pour avoir les droits d'exploitation au Québec. Mais quels droits devrait-on demander? L'autre possibilité est de démarrer comme entreprise indépendante. Analysons ces deux possibilités.

Négocier les droits de franchise

On peut négocier plusieurs contrats d'un franchiseur pour un territoire inexploité. Tout dépend des intervenants. Le franchiseur est-il sophistiqué, était-il pratiquement rendu à votre territoire, a-t-il l'habitude d'ouvrir lui-même les territoires ou s'il accorde un contrat d'exploitation d'un territoire à un entrepreneur local, ce qu'on appelle un contrat de Master franchise ou de franchise maîtresse. Autant de réponses, autant de solutions possibles. Le tout varie également en fonction de la personne qui approche le franchiseur pour ouvrir un nouveau territoire. Est-elle une personne d'affaire chevronnée? A-t-elle de l'expérience dans la gestion et l'administration d'un commerce de détail? A-t-elle des capitaux substantiels? A-t-elle du leadership?

Est-ce simplement un rêveur? Correspond-t-elle au profil du franchiseur recherché? Là encore, autant de réponses que de possibilités de solutions.

De façon traditionnelle, le franchiseur absent du Canada n'a pas déposé sa marque de commerce au Canada et est déjà très occupé avec le territoire qu'il exploite. Il est également probable qu'il ne voudra pas faire adapter ses contrats de franchise et autres contrats accessoires à la réalité et aux lois du Québec. Il est donc inhabituel qu'un franchiseur absent du Québec accepte de développer ce territoire en y ouvrant un siège social «régional», en y embauchant du personnel, en y engageant des frais juridiques importants, uniquement parce qu'une personne manifeste le désir d'acheter une franchise pour le Québec. Le choix habituel auquel il jongle est plutôt de vendre une franchise unitaire ou d'accorder une franchise maîtresse pour que l'entrepreneur développe ce territoire à ses frais.

Vous qui voulez exploiter cette franchise au Québec, sous forme de réseau, vous avez également votre questionnaire à faire. Que voulez-vous?

Si la marque de commerce n'est pas connue au Canada ni au Québec, sera-t-il si avantageux de faire affaire en utilisant cette marque de commerce? La marque sera-t-elle un plus? J'ai souvenir d'un entrepreneur Américain, en informatique, du nom de Cross, qui voulait lancer Cross Informatique... Plus encore, cette marque de commerce est-elle disponible pour votre usage au Canada? Si vous basez votre espoir de réussite sur la notoriété de la marque de commerce étrangère et que vous ne pouvez pas vous servir de cette marque de commerce au Canada, alors vous payerez peut-être pour rien... N'allez pas croire que cette situation est théorique: bien au contraire, c'est une situation que nous avons déjà rencontrée.

Si votre franchiseur veut vous offrir une franchise maîtresse, avez-vous les connaissances, les compétences et liquidités pour faire face à la gestion, à l'administration et au programme de développement qu'il vous imposera? Avez-vous toute l'expertise requise? Typiquement, le franchiseur vous demandera de déposer les marques de commerce utilisées, de rendre conforme à ce qui existe au Québec pour tous les documents, rendre tous les contrats conformes aux lois applicables au Québec, le tout en son nom et à vos frais, et vous demandera d'ouvrir un quota de franchises unitaires ou de magasins corporatifs dans l'échéance imposée. Il va également s'attendre à ce que vous développiez la notoriété de la marque, à ce que vous gériez le fonds