

Franchisage : les développements récents et les décisions-clés de 2015

Lara Daniel*

1. INTRODUCTION	359
2. LA DÉCISION HISTORIQUE QUÉBÉCOISE DE LA COUR D'APPEL DANS L'AFFAIRE <i>DUNKIN DONUTS</i> : L'OBLIGATION DU FRANCHISEUR DE « PROTÉGER ET DE FAIRE CROÎTRE LA VALEUR DE LA MARQUE » . .	360
2.1 Mise en contexte	360
2.2 Le jugement de la Cour supérieure	361
2.3 La décision de la Cour d'appel	361
2.3.1 Le contenu obligationnel du contrat de franchise et les obligations implicites qui en découlent : l'interprétation de l'obligation du franchiseur de « protéger et de faire croître la valeur de la marque »	362
2.3.2 L'obligation implicite du franchiseur de « protéger et de faire croître la valeur de la marque » non seulement pour le compte du franchisé, mais également pour l'ensemble du réseau de franchisés	363

© Lara Daniel, 2016.

* Avocate et agente de marques de commerce au sein du cabinet juridique LDALÉGAL INC.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.3.3	Le devoir du franchiseur de prendre « des mesures raisonnables pour protéger et de faire croître la valeur de la marque » : une obligation de moyen et non de résultat	365
2.4	L'application de cette décision hors Québec.	365
2.5	Leçons à retenir.	366
3.	LA DÉCISION HISTORIQUE AMÉRICAINE DANS <i>BROWNING-FERRIS</i> : LA NOTION DE CO-EMPLOYEUR ET L'IMPORTANCE POUR LE FRANCHISEUR DE RENONCER À TOUT CONTRÔLE QUI N'EST PAS NÉCESSAIRE POUR PROTÉGER SA MARQUE	367
3.1	Mise en contexte	368
3.2	Décision : une entreprise et une agence d'emploi pourront désormais être considérées comme des co-employeurs à l'égard des sous-traitants	368
3.3	Incidences de la décision dans le domaine du franchisage	369
3.4	Application de cette décision au Canada	371
3.5	Leçons à retenir.	372
4.	LA DÉCISION ONTARIENNE DANS <i>TRILLIUM</i> v <i>GENERAL MOTORS</i> : UN RECOURS COLLECTIF TRÈS MÉDIATISÉ QUI REJETTE LES PRÉTENTIONS DES EX-CONCESSIONNAIRES CONTRE LE FRANCHISEUR	373
4.1	Mise en contexte	373
4.2	Le jugement de la Cour supérieure	374
4.2.1	L'étendue de l'application de la législation ontarienne en matière de franchise.	375
4.2.2	L'obligation d'agir de bonne foi ou son corollaire en common law : « good faith and fair dealing »	375
4.2.3	La définition du « contrat de franchisage » et l'obligation de fournir le document d'information : non requise dans le cas de documents de résiliation	375

4.2.4	Le droit d'association : une obligation négative pour le franchiseur	376
4.2.5	La quittance et la renonciation aux droits : l'exception <i>Tutor Time</i>	377
4.2.6	Le droit d'intenter un recours collectif contre le franchiseur en présence d'une disposition qui interdisait de le faire : une incertitude juridique	377
4.3	Leçons à retenir.	378
5.	LA DÉCISION ONTARIENNE DE LA COUR D'APPEL DANS 2176693 ONTARIO LTD v CORA FRANCHISE GROUP INC. : UNE DISPOSITION EXIGEANT UNE QUITTANCE GÉNÉRALE COMME CONDITION DE CESSION DÉCLARÉE NON EXÉCUTOIRE.	378
5.1	Faits	379
5.2	La décision de la Cour d'appel	379
5.3	Leçons à retenir.	380
6.	SURVOL DES DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS SUR LE PLAN LÉGISLATIF QUI AURONT UNE INCIDENCE SUR LES FRANCHISEURS ET LES FRANCHISÉS	381
6.1	La Colombie-Britannique devient la sixième province canadienne à adopter une législation sur la franchise : une législation moderne qui protège davantage les franchisés.	381
6.1.1	Les grandes lignes de la nouvelle législation	381
6.1.2	L'incidence de la nouvelle législation sur les franchiseurs	383
6.2	Les nouvelles exigences de la législation ontarienne en matière d'affichage d'informations nutritionnelles et du nombre de calories dans les menus : une lourde tâche à l'horizon	384
6.2.1	Survol des dispositions pertinentes et commentaires préliminaires	384
6.2.1.1	Application de la loi et exemptions	384

6.2.1.2	Définition du terme « aliment normalisé » et exemptions	385
6.2.1.3	Définition large du terme « menu »	386
6.2.1.4	Les modalités d'affichage relatives aux calories sur les menus.	386
6.2.1.5	L'exigence d'une affiche contenant une déclaration contextuelle	387
6.2.1.6	Les pouvoirs des inspecteurs et les infractions possibles	387
6.2.2	De l'autre côté de la frontière : les États-Unis, une longueur d'avance	388
6.2.3	Mise en garde : une décision sociale ayant des incidences importantes sur les franchiseurs, les franchisés et le domaine de l'alimentation de façon générale	388
7.	CONCLUSION	389

1. INTRODUCTION

L'année 2015 fut une année marquante dans le domaine du franchisage. Les avocats et les franchiseurs d'ici et d'ailleurs ont suivi avec un intérêt soutenu les développements récents.

La notion de bonne foi a certes été au cœur des discussions dans plusieurs décisions-clés de l'année. Les recours collectifs deviennent de plus en plus une tendance dans le domaine de la franchise, compte tenu de la relation particulière qui lie le franchiseur à l'ensemble de ses franchisés. Les décisions rendues en 2015 confirment cette tendance.

La jurisprudence du Québec a fait couler beaucoup d'encre partout sur la planète. Une décision québécoise, qualifiée d'historique, a été rendue dans le cadre d'un recours collectif intenté par 21 franchisés. Cette décision a clarifié certains concepts propres à la convention de franchise, dont l'obligation implicite du franchiseur de protéger et de faire croître la valeur de la marque.

De l'autre côté de la frontière, une décision américaine touchant quelques centaines de personnes cause un séisme en proposant une nouvelle interprétation des conditions de reconnaissance de la notion de co-employeur. Cette décision mérite certes une réflexion sérieuse sur le degré de contrôle que devrait exercer un franchiseur sur ses franchisés pour protéger la marque et le système sans pour autant s'immiscer dans les politiques d'emploi de ses franchisés.

En Ontario, une décision d'intérêt dans le monde de la franchise a finalement été rendue dans le cadre d'un recours collectif hautement médiatisé de plusieurs centaines de millions de dollars intenté par un regroupement pancanadien de 181 franchisés-concessionnaires à la suite d'une restructuration d'entreprise.

Une autre décision ontarienne vient clarifier les conditions de validité et le caractère exécutoire d'une disposition prévue dans une convention de franchise exigeant une quittance générale, selon une forme à être déterminée par le franchiseur, comme condition de cession.

Le législateur a fait preuve de beaucoup de ténacité avec l'adoption d'une nouvelle loi en franchisage dans une province canadienne et d'une nouvelle loi pour introduire l'exigence d'afficher le nombre de calories dans les menus dans une autre province canadienne.

Le présent article passera en revue certaines décisions d'intérêt en plus de faire un survol des développements récents sur le plan législatif.

2. LA DÉCISION HISTORIQUE QUÉBÉCOISE DE LA COUR D'APPEL DANS L'AFFAIRE *DUNKIN DONUTS* : L'OBLIGATION DU FRANCHISEUR DE « PROTÉGER ET DE FAIRE CROÎTRE LA VALEUR DE LA MARQUE »

Le 15 avril 2015, la Cour d'appel du Québec a rendu un jugement très attendu concernant les obligations contractuelles du franchiseur de « protéger et de faire croître la valeur de la marque » et les obligations implicites du franchiseur découlant de la relation de collaboration entre franchiseur et franchisé.

2.1 Mise en contexte

La décision dans *Dunkin' Brands Canada Ltd c Bertico inc.*¹ a trait à un recours collectif intenté contre Dunkin' Brands Canada Ltd. (ci-après, « Dunkin' Donuts ») par 21 de ses franchisés au Québec.

De 1995 à 2005 la chaîne, exerçant ses activités sous la bannière TIM HORTONS (ci-après « Tim Hortons ») a accaparé une part importante du marché des chaînes de restauration rapide de cafés et beignes dans la province de Québec au détriment de Dunkin' Donuts. Pendant cette période, plusieurs franchisés ont fermé leurs portes. Les franchisés ont fait part de leur inquiétude face à la situation en plus d'alerter le franchiseur de la nécessité de mettre en place un plan de relance de la marque. En 2000, Dunkin' Donuts propose, trop tard, un plan de relance trop onéreux à ses franchisés. De plus, le plan de relance exigeait la signature d'une quittance générale en faveur du franchiseur. En 2003, la réputation de Dunkin' Donuts était en déclin au profit de celle de Tim Hortons. En effet, il appert que la part du marché de Dunkin' Donuts a diminué de 12,5 % en 1995 à 4,6 % en 2003. Par conséquent, un groupe de franchisés a intenté un recours collectif contre le franchiseur réclamant 16,4 millions de dollars en

1. *Dunkin' Brands Canada Ltd c Bertico inc.*, 2015 QCCA 624 [Dunkin' Donuts]. Une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada a été déposée le 16 juin 2015 et soumise à la Cour le 25 janvier 2016 : [2015] CSR 230.

dommages-intérêts pour perte de profits et perte d'investissement en plus de demander la résiliation de leurs conventions de franchise et de leurs baux commerciaux.

2.2 Le jugement de la Cour supérieure

Le 21 juin 2012, la Cour supérieure du Québec a ordonné à Dunkin' Donuts de payer 16,4 millions \$ (plus les intérêts et les frais) aux franchisés au motif que le franchiseur avait violé une obligation fondamentale découlant des contrats de franchise le liant aux franchisés, soit l'obligation de protéger et de faire croître la valeur de la marque au Québec².

La Cour a rejeté les arguments du franchiseur selon lesquels les franchisés étaient de mauvais exploitants. Plus particulièrement, la Cour énonce : « Were the Franchisees poor operators? Not by a long shot. They were amongst the best and most successful in the Quebec "réseau" »³.

La Cour a également annulé les quittances qui avaient été signées par un certain nombre de franchisés sur la base que celles-ci étaient abusives et avaient été obtenues sur la base de fausses représentations. La Cour énonce ce qui suit à cet égard :

It was overkill, ill advised and, in the context of a time when the Franchisees were struggling just to survive, it was abusive to impose it upon those who chose to adopt the Franchisor's recommendations, albeit under false pretences and on the faith of representations that turned out to be equally false. Signing a release in such circumstances is a nullity; it was abusive and the necessary consent was missing or vitiated.⁴

2.3 La décision de la Cour d'appel

L'appel est accueilli à la seule fin de réduire la somme accordée à titre de dommages-intérêts découlant des pertes de profits et des pertes sur l'investissement des franchisés. Une demande d'autorisa-

2. *Bertico inc. c Dunkin' Brands Canada Ltd*, 2012 QCCS 2809, aux para 57 à 59 [Bertico]. La Cour énonce au para 57 : « A successful brand is crucial to the maintenance of healthy franchises. However, when the brand falls out of bed, collapses, so too do those who rely upon it. And this is precisely what has happened in this case. » La Cour ajoute au para 58 : « [it] had assigned to itself the principal obligation of protecting and enhancing its brand. It failed to do so, thereby breaching the most important obligation it had assumed in its contracts. »

3. Bertico, *supra* note 2 au para 61.

4. Bertico, *supra* note 2 au para 69.

tion d'appel à la Cour suprême du Canada a été déposée le 15 juin 2015.

2.3.1 Le contenu obligationnel du contrat de franchise et les obligations implicites⁵ qui en découlent : l'interprétation de l'obligation du franchiseur de « protéger et de faire croître la valeur de la marque »

Après une interprétation des contrats de franchise qui avaient été signés de 1992 à 2002, la Cour conclut que le franchiseur s'est engagé, de façon explicite, à soutenir l'image de marque. Cette obligation engageait le franchiseur dans une obligation contractuelle de façon explicite.

Toutefois, en raison de la nature relationnelle du contrat de franchise⁶, il est pertinent de se pencher sur l'étendue et l'application de l'article 1434 du *Code civil du Québec*⁷ (CcQ) pour déterminer le contenu véritable des contrats de franchise et de rechercher les intentions initiales des parties⁸.

Le contrat de franchise constitue une relation de collaboration à long terme⁹ et son contenu ne peut se résumer à ses termes exprès. Les obligations implicites découlent de la nature même du contrat de franchise et celles-ci sont successives et comprennent une obligation

-
5. La décision cite la doctrine suivante, qui traite des obligations implicites du franchiseur : Alexander S. Konigsberg et Anne-Marie Gauthier, « Relations franchiseur – franchiseur : nature et étendue des obligations du franchiseur », (1993) 27 *Revue juridique Thémis* 633, aux pp 654-655.
 6. La décision cite le professeur Jean-Guy Belley qui écrit : le contrat relationnel est « celui qui établit les normes d'une collaboration étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme ». Voir Jean-Guy Belley, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et d'harmonisation normative » dans *Conférence Meredith Lectures 1998-1999, La pertinence renouvelée du droit des obligations : back to basics = Continued Relevance of the Law of Obligations : retour aux sources* (Cowansville, Yvon Blais/McGill University, 2000) 137 aux pp 139-140.
 7. L'article 1434 CcQ stipule : « Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi. »
 8. La décision cite les auteurs suivants, qui font référence à la notion de « l'élargissement du cercle contractuel » : voir Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd (Montréal, Thémis, 2012) au § 1491. Voir également *Provigo Distribution inc. c Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] RJQ 47 (QC CA) [Provigo].
 9. L'importance de la relation de collaboration a été revue par plusieurs auteurs. Voir Chantal Sylvestre, « Le contrat de franchise » dans Denys-Claude Lamontagne, dir, *Droit spécialisé des contrats, volume 2 : Les contrats relatifs à l'entreprise* (Cowansville, Yvon Blais, 1999) 261 à la p 271 ; Paul-André Mathieu, *La nature juridique du contrat de franchise* (Cowansville, Yvon Blais, 1989) à la p 10 et Génèrosa Bras-Miranda « Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois », (1998) 32 *Revue juridique Thémis* 817 aux pp 834-835.

de moyens de rehausser et de mettre en valeur la marque à titre de « complément nécessaire »¹⁰, tel que l'a qualifiée la Cour d'appel.

2.3.2 L'obligation implicite du franchiseur de « protéger et de faire croître la valeur de la marque » non seulement pour le compte du franchisé, mais également pour l'ensemble du réseau de franchisés

Tout comme il est cité dans l'arrêt de principe rendu en 1997 dans l'affaire *Provigo*, la Cour d'appel a réitéré que le franchiseur est tenu à une obligation de bonne foi envers le franchisé et des obligations implicites qui en découlent en raison de la nature même du contrat de franchise, y compris l'obligation de soutien envers le franchisé dans l'exploitation de son commerce.

La Cour d'appel conclut que l'obligation implicite de bonne foi comprend l'obligation de soutenir et de mettre en valeur l'image de marque. La Cour d'appel souligne que les obligations implicites découlent de deux fondements propres au contrat de franchise : la nature relationnelle du contrat de franchise et l'équité contractuelle. Les franchisés avaient raison de s'attendre du franchiseur que celui-ci leur fournisse le soutien nécessaire afin de faire face à la concurrence. La Cour d'appel conclut que le franchiseur a commis une faute contractuelle en n'offrant pas le soutien nécessaire à ses franchisés pour faire face à la concurrence et, conséquemment, celle-ci donne lieu à des dommages-intérêts.

La décision va un peu plus loin et traite de la nature particulière du contrat de franchise et de la bonne gestion du réseau de franchisés. Le franchiseur avait une obligation implicite de soutenir la marque non seulement à l'égard de chacun des franchisés, mais aussi pour le compte de l'ensemble du réseau de franchisés. La Cour d'appel qualifie cette obligation d'« obligation de nature collective »¹¹, qui fait partie de l'obligation de soutenir l'image de marque.

Le franchiseur se doit de veiller à la bonne gestion de l'ensemble du réseau de franchisés. L'attrait de faire partie d'un réseau de

10. La Cour s'inspire des propos cités dans la doctrine suivante : Marie-France Bich, « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur : fondements civils », (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 85.

11. La Cour s'inspire de la doctrine suivante : Philippe Le Tourneau et Michel Zola, *JurisClasseur Contrats, fascicule 1050 – Franchisage – Franchisage dans le domaine des services* (Paris, LexisNexis, 2011) au §107 [Le Tourneau-Zola]. Les auteurs écrivent que le franchiseur « est tenu d'accomplir diverses tâches de nature collective afin d'assurer la prospérité du réseau », y compris l'obligation d'assurer le « dynamisme et la cohésion du réseau » (§120-121).

franchisés et les attentes d'être soutenu par un franchiseur renommé pendant toute la durée de la relation d'affaires constituent la raison essentielle qui pousse un franchisé à se joindre à un système de franchise. En revanche, le franchiseur se doit de respecter son obligation de soutenir l'image de marque du réseau en prenant des mesures positives pour s'assurer que chacun des franchisés du réseau adopte et maintienne des standards élevés.

Dans un passage, la Cour d'appel ajoute que le franchiseur se devait de prendre des mesures raisonnables en temps opportun pour soutenir ses franchisés et leur permettre de mieux faire face à la concurrence en raison de son savoir-faire et de son autorité sur l'ensemble des franchisés. Le franchiseur devait s'adapter au marché en constante évolution en faisant preuve d'« innovation permanente »¹².

La Cour d'appel ajoute qu'il était du devoir du franchiseur de prendre des mesures raisonnables pour se départir des franchisés qui ne respectaient plus les normes du système et qui devenaient une nuisance à la réputation de la bannière et à l'image de marque. Plus particulièrement, la Cour d'appel énonce :

It is up to the Franchisor to police the network by taking reasonable measures to root out the free-riders. It is up to the Franchisor to enforce the authority it has given itself under the franchise agreement. The explicit contractual "right" it has to insist that the franchisee respect the uniform standards of the system brings with it a correlative obligation of means, owed collectively and individually to the complying franchisees, to see that the franchisees adhere to those standards. This is part of its obligation to protect the brand – an obligation "owed to the network" that, juridically, is a duty owed to each of the franchisees as part of the agreement, whether that duty is explicit or not. It is in the nature of a long-term relational contract like the ones in the present case.¹³

La Cour d'appel conclut que le franchiseur a commis une faute contractuelle en ne prenant aucune mesure positive pour contrer la concurrence féroce et pour veiller à la bonne gestion du réseau, et que, par conséquent, le comportement passif du franchiseur a été la raison primordiale de l'effondrement de l'image de marque.

12. Le Tourneau-Zola, *supra* note 11 au §122.

13. Dunkin' Donuts, *supra* note 1 au para 85.

2.3.3 Le devoir du franchiseur de prendre « des mesures raisonnables pour protéger et de faire croître la valeur de la marque » : une obligation de moyen et non de résultat

La Cour d'appel insiste sur le fait que le franchiseur est tenu à une obligation de moyen et non pas à une obligation de résultat.

Par conséquent, le franchiseur n'avait pas une obligation de résultat pour combattre la concurrence ou assurer des profits aux franchisés. Toutefois, le franchiseur avait l'obligation de prendre des mesures positives afin de rehausser sa marque pour faire face à la concurrence. La Cour énonce :

The Franchisor is right to say that the contract did not impose an obligation on it to guarantee the Franchisees' success or insulate them from competition. There is no disputing the fact that the Franchisor's obligation was limited to taking reasonable measures to protect and enhance the brand.¹⁴

La Cour conclut que l'omission de Dunkin' Donuts de poser des gestes positifs pour faire face à la concurrence pendant une décennie (à l'exception de quelques ajustements mineurs) était la raison même du déclin de la bannière Dunkin' Donuts au Québec. La Cour d'appel ajoute que si le franchiseur avait pris des mesures raisonnables tôt pour tenter de faire face à la concurrence, les franchisés n'auraient pas eu gain de cause. Plus particulièrement, la Cour énonce :

To return to his colourful expression, the judge understood that the Franchisor was not bound to guarantee that the fox did not enter the hen-house, but merely to take reasonable measures to protect the Dunkin' Donuts' system. Had the Franchisor taken proper measures to protect and enhance the brand and, notwithstanding those efforts, Tim Hortons or another competitor had encroached on some of the Franchisees' market share, the latter would have had no basis for complaint.¹⁵

2.4 L'application de cette décision hors Québec

La notion de bonne foi existe dans plusieurs pays sur la planète. Il est raisonnable de conclure que la présente décision aura des répercussions ailleurs. Plusieurs juridictions pourront s'en inspirer.

14. Dunkin' Donuts, *supra* note 1 au para 92.

15. Dunkin' Donuts, *supra* note 1 au para 93.

Les principes de la décision sur la notion de bonne foi et les obligations implicites qui en découlent pourraient même être applicables dans les provinces canadiennes de juridiction de common law¹⁶.

2.5 Leçons à retenir

Les franchiseurs devraient poser des gestes positifs pour protéger et faire croître la marque de leur réseau, notamment dans un contexte d'arrivée de nouveaux joueurs ou de montée de joueurs existants. Une tâche loin d'être facile considérant la concurrence qui existe actuellement dans plusieurs marchés.

Les franchiseurs devraient prendre des mesures raisonnables pour soutenir leurs franchisés pour mieux faire face à la concurrence en leur offrant une assistance commerciale tout au long de la relation contractuelle qui lie les parties.

Les franchiseurs devraient être à l'écoute de leurs franchisés et agir rapidement en proposant un plan de relance réaliste dans les situations où la marque est mise à l'épreuve ou risque de perdre de sa notoriété.

Les franchiseurs devraient prendre des mesures raisonnables pour préserver la notoriété de leur marque et de leur concept de franchise en prenant des mesures concrètes dans l'intérêt de chacun des franchisés et de l'ensemble des franchisés.

Les franchiseurs devraient s'assurer que chacun des franchisés du réseau adopte et maintienne des standards élevés.

Les franchiseurs devraient prendre des décisions difficiles et se départir des franchisés qui ne respectent pas les règles du système de franchise afin de préserver l'uniformité du réseau de franchisés, y compris en intentant des procédures judiciaires contre ces derniers.

Les franchiseurs devraient s'adapter au marché en constante évolution et faire preuve d'innovation permanente en raison de leur savoir-faire et de leur autorité sur l'ensemble des franchisés.

Il serait pertinent pour les franchiseurs de documenter leurs gestes positifs pour préserver la notoriété de leur marque et de leur concept de franchise et de communiquer leurs efforts à l'ensemble de leurs franchisés.

16. Voir la décision de la Cour suprême du Canada dans *Bhasin c Hrynew*, 2014 CSC 71.

Les franchiseurs devront revoir leur modèle de convention de franchise pour s'assurer qu'ils pourront respecter les obligations et les standards qu'ils se sont imposés.

Il serait pertinent pour les franchiseurs de modifier leur modèle de convention de franchise pour circonscrire leurs obligations de façon à exclure explicitement certaines obligations à l'égard du franchisé et de l'ensemble des franchisés faisant partie du réseau.

Les franchiseurs devraient faire preuve de diligence et de prudence dans la rédaction d'une quittance générale, de sorte que celle-ci ne soit pas abusive ou obtenue sur la base de fausses représentations.

Il est raisonnable d'envisager que, dans les décisions à venir, les tribunaux pourraient statuer que les obligations implicites énumérées ci-après pourraient découler de la convention de franchise qui lie les parties en raison de la nature relationnelle du contrat de franchise, de l'équité contractuelle et de la notion de bonne foi, soit : i) l'obligation de planification, ii) l'obligation de confiance, iii) l'obligation d'approvisionnement, iv) l'obligation de loyauté, v) l'obligation de renseignement, vi) l'obligation d'assurer l'enregistrement des marques et des brevets, vii) l'obligation de revitaliser la marque et l'apparence visuelle des emplacements (c'est-à-dire, l'habillage commercial ou l'habillage de marque), viii) l'obligation d'intenter des poursuites en contrefaçon contre un concurrent, ix) l'obligation d'uniformisation du réseau, x) l'obligation de bien gérer les réseaux sociaux, etc. Il serait important pour les franchiseurs de réviser leur modèle de franchise dans cette optique afin de mitiger leurs risques à l'avenir.

3. LA DÉCISION HISTORIQUE AMÉRICAINE DANS *BROWNING-FERRIS* : LA NOTION DE CO-EMPLOYEUR ET L'IMPORTANCE POUR LE FRANCHISEUR DE RENONCER À TOUT CONTRÔLE QUI N'EST PAS NÉCESSAIRE POUR PROTÉGER SA MARQUE

Le 27 août 2015, le *National Labor Relations Board* (ci-après le « NLRB »), bureau qui est chargé d'enquêter sur les pratiques illégales dans le monde de l'emploi aux États-Unis, a rendu une décision dans *Browning-Ferris Industries of California, Inc.*¹⁷ qui bouscule la jurisprudence qui prévalait depuis l'ère *Reagan*¹⁸.

17. *Browning-Ferris Industries of California, Inc.*, 362 NLRB 186, <http://www.rila.org/entreprise/retailitigationcenter/Documents/Browning-Ferris%20Decision.pdf> (2015-08-27) 2 [Browning-Ferris].

18. Ronald Wilson Reagan est le 40^e président des États-Unis. Il était en poste de 1981 à 1989.

Désormais, une entreprise et une agence d'emploi pourraient être considérées comme des employeurs conjoints (traduit de l'anglais « joint employer ») liés aux sous-traitants. La décision aura probablement des conséquences dans le domaine de la franchise.

3.1 Mise en contexte

Browning-Ferris Industries of California, Inc., faisant affaire sous la dénomination sociale *BFI Newby Island Recyclery* (ci-après « BFI »), passait par l'agence d'emploi FPR-II, LLC, faisant affaire sous la dénomination sociale *Leadpoint Business Services* (ci-après « Leadpoint ») pour recruter la plupart de ses employés à son installation de recyclage située dans l'État de la Californie.

BFI employait approximativement 60 personnes directement et engageait plus de 240 sous-traitants par l'intermédiaire de l'agence d'emploi Leadpoint. Lorsque les employés de Leadpoint se sont mobilisés collectivement pour organiser un syndicat en juin 2013, ils voulaient négocier non seulement avec Leadpoint mais également avec BFI, l'entreprise qui décidait de la plupart de leurs conditions d'emploi.

La question centrale du litige consistait à savoir si une entreprise et une agence d'emploi pouvaient être considérées comme des co-employeurs envers les sous-traitants. Dans l'affirmative, quel est le test applicable ? Quels sont les facteurs à prendre en considération ?

3.2 Décision : une entreprise et une agence d'emploi pourront désormais être considérées comme des co-employeurs à l'égard des sous-traitants

Le directeur régional du NLRB avait décidé d'appliquer le test traditionnel qui prévalait auparavant pour conclure que l'entreprise et l'agence d'emploi n'étaient pas des employeurs conjoints. Le syndicat en a appelé de cette décision et le NLRB a infirmé la décision du directeur régional.

Selon l'ancien test qui prévalait avant que la décision Browning-Ferris ne soit rendue, le NLRB devait examiner si l'entreprise possédait, et exerçait, un contrôle sur les conditions d'emploi¹⁹ du sous-traitant et le supervisait complètement. Le NLRB exigeait que le degré de contrôle soit « direct et immédiat »²⁰.

19. *TLI, Inc.*, 271 NLRB 798 (1984-07-31) [TLI] et *Laerco Transportation*, 269 NLRB 324 (1984-07-21) [Laerco].

20. *Airborne Freight Co.*, 338 NLRB 597 (2002-11-22).

Le NLRB a mis de côté un précédent de 30 ans datant de l'ère Reagan²¹. Selon le nouveau test, le NLRB conclut qu'une entreprise et une agence d'emploi pourront être considérées comme des employeurs conjoints même si l'entreprise n'exerce qu'un contrôle « indirect » par l'intermédiaire de l'agence d'emploi, et ce, même si l'entreprise décidait de ne pas exercer un contrôle quelconque à l'égard des sous-traitants, mais que celle-ci préservait son droit de le faire. L'accent mis sur le « contrôle indirect » constitue la pierre angulaire de cette décision.

De plus, le NLRB souligne qu'il faudra déterminer si les employeurs conjoints « share or co-determine those matters governing essential terms and conditions of employment »²². Le NLRB conclut que les termes « essential terms and conditions of employment » comprennent non seulement le recrutement, la mise à pied, la discipline et la supervision, mais également pourraient comprendre « dictating the number of workers to be supplied; controlling scheduling, seniority, and overtime; and assigning work and determining the manner and method of performance »²³.

3.3 Incidences de la décision dans le domaine du franchisage

Les membres dissidents ont fait une mise en garde selon laquelle la décision peut avoir une application démesurée à plusieurs genres de conventions, y compris implicitement la convention de franchise. Le passage pertinent se lit comme suit :

The majority's new test represents a major unexplained departure from precedent. This test promises to effect a sea change in labor relations and business relationships. Our colleagues presumably do not intend that every business relationship necessarily entails the joint employment of every entity's employees, but there is no limiting principle in their open-ended multifactor standard. It is an analytical grab bag from which any scrap of evidence regarding indirect control or incidental collaboration as to any aspect of work may suffice to prove that multiple entities – whether they number two or two

21. Il appert de la jurisprudence que le nouveau test constitue un retour au test traditionnel qui prévalait en 1964 dans la décision de la Cour suprême des États-Unis *Boire v Greyhound Corp*, 376 U.S.473 (1964) avant que les décisions *TLI* et *Laerco* ne soient rendues, *supra* note 19.

22. *Browning-Ferris*, *supra* note 17 à la p 15.

23. *Ibid* à la p 15.

dozen – “share or codetermine essential terms and conditions of employment.”²⁴

La dissidence critique sévèrement les conséquences de la nouvelle règle établie par la majorité dans un passage intéressant qui se lit comme suit :

[t]his change will subject countless entities to unprecedented new joint-bargaining obligations that most do not even know they have, to potential joint liability for unfair labor practices and breaches of collective-bargaining agreements, and to economic protest activity, including what have heretofore been unlawful secondary strikes, boycotts, and picketing.²⁵

Ainsi, ces passages soulignent les conséquences de cette décision tant sur le plan social que commercial. Inévitablement, la relation unique entre le franchiseur et le franchisé qui prévaut dans la convention de franchise sous-entend que le franchiseur exerce un degré de contrôle sur les employés des franchisés afin d’assurer une certaine uniformité dans le système de franchise.

Il est de mise que le NLRB continue d’exempter le franchiseur du statut d’employeur conjoint dans la mesure où son contrôle indirect est intimement lié à la protection de la marque et à la qualité des produits, à défaut de quoi le concept unique du franchisage pourrait être mis en péril.

Bien que la décision *Browning-Ferris* soit la dernière décision rendue sur la notion d’employeur conjoint, le NLRB a récemment adopté la position qu’il n’existait pas de relation de co-employeur entre le franchiseur et le franchisé malgré l’existence d’un contrôle excessif de la part du franchiseur²⁶.

Pour apaiser les franchiseurs inquiets, il est pertinent de souligner que la décision de la majorité précise dans une note de bas de page que la décision n’en est pas une qui traite de la franchise, sans en dire plus. Il est réaliste de conclure que le NLRB voulait peut-être dissocier la convention d’agent d’emploi de la convention de franchise qui permet au franchiseur d’avoir un contrôle sur les franchisés et leurs employés en raison de la nature même du concept de franchise. Une incertitude plane certainement sur cette question épineuse.

24. *Ibid* à la p 26.

25. *Ibid* à la p 21.

26. Advice Memorandum du 2015-05-11 dans *Nutritionality, Inc. d/b/a Freshii*, dossiers n^{os} 13-CA-134294, 13-CA-138293 et 13-CA-142297 (Office of the General Counsel of National Labor Relations Board). [Advice Memorandum dans *Nutritionality*].

Le dossier américain fortement médiatisé impliquant la chaîne de restaurants McDonald's, ses franchisés et leurs employés relativement à la campagne « Fight for 15 » pour augmenter le salaire minimum est actuellement au stade du procès. Dans ce dossier, les employés des franchisés demandent que le franchiseur soit considéré comme un co-employeur avec les franchisés pour avoir illégalement congédié ou suspendu des employés qui s'étaient engagés dans des activités liées à la campagne « Fight for 15 ». Il faudra attendre encore quelque temps avant qu'une décision ne soit rendue dans ce dossier²⁷.

Le 9 septembre 2015, les sénateurs républicains ont proposé un nouveau projet de loi intitulé *Protecting Local Business Opportunity Act* (S. 2015, 114th Congress) ayant comme objet de faire un retour au test traditionnel qui prévalait avant que la décision *Browning-Ferris* ne soit rendue. Le nouveau projet de loi propose de définir le terme « employeur » (traduit de l'anglais « employer ») dans le *National Labor Relations Act* comme suit :

Notwithstanding any other provision of this Act, two or more employers may be considered joint employers for purposes of this Act only if each shares and exercises control over essential terms and conditions of employment and such control over these matters is actual, direct, and immediate.

Le législateur américain a donc décidé de prendre les choses en main afin de renverser l'état actuel de la jurisprudence sur la notion de « joint employer ». Il faudra suivre les développements sur cette question pour savoir si le projet de loi deviendra loi prochainement.

3.4 Application de cette décision au Canada

Dans les provinces canadiennes, les tests applicables soulèvent les questions se rapportant au contrôle fondamental sur les conditions de travail et au lien de subordination existant entre l'employeur véritable et les employés.

Au Québec, les tribunaux s'intéressent à identifier l'« employeur véritable » dans un contexte de relation tripartite.

Dans les autres provinces canadiennes de juridiction de common law, les tribunaux font appel à la notion de « related employer », une expression ayant une application similaire à celle de la notion de « joint employer » aux États-Unis. Ces notions sont, entre autres,

27. *National Labor Relations Board v McDonald's USA LLC*, dossier n° 1:15-mc-00322, U.S. District Court, Southern District of New York.

invoquées dans un contexte de syndicalisation et de négociation de convention collective.

Tout comme il a été conclu dans la décision *Browning-Ferris*, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire c Le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, local 57*²⁸, nie le statut d'employeur à une agence de placement de personnel et conclut que c'est l'entreprise-cliente qui est l'employeur véritable. Cette affaire suggère une approche élargie de la notion de subordination juridique, qui comprend l'examen de plusieurs éléments dont le processus de sélection, l'embauche, la discipline, la formation, l'évaluation, l'assignation des fonctions et la durée des services. Les décisions dans le domaine du travail qui abordent les notions de « l'employeur véritable » ou de « related employer » dans un contexte de franchisage sont peu nombreuses²⁹.

3.5 Leçons à retenir

Il serait utopique de penser que l'incertitude est chose du passé. Bien que la décision de la majorité dans *Browning-Ferris* fait une mise en garde sur le fait que la décision n'en est pas une qui traite du franchisage, et bien que le NBLR ait pris position à l'effet qu'il n'existait pas de relation de co-employeur entre le franchiseur et le franchisé dans son Advice Memorandum dans *Nutritionality*, les franchiseurs américains devront quand même prendre en considération ces faits nouveaux et évaluer les incidences que ceux-ci pourront avoir sur leur modèle d'affaires et leurs politiques internes.

Le monde de l'emploi y voit certainement une porte d'entrée pour faciliter la syndicalisation des employés qui travaillent au sein de la même bannière de franchise.

28. *Ville de Pointe-Claire c Le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, local 57* [1997] 1 RCS 1015. Voir également la décision ontarienne *Teamsters Local Union No 419 v Metro Waste Paper Recovery Inc. (Metro Municipal Recycling Services Inc.)*, 2009 CanLII 60617 (ON LRB).

29. Dans la décision ontarienne *The United Food and Commercial Workers International Union, Local 175 v Sobey's Ontario Division of Sobey's Capital Inc.*, 2001 CanLII 10338, la Commission des relations de travail de l'Ontario (ci-après la « CRTO ») en arrive à la conclusion que le franchiseur n'est pas un employeur conjoint (« related employer ») même si celui-ci exerce un haut niveau de contrôle sur le franchisé. La CRTO conclut que la relation franchiseur-franchisé est « no different than a bank would have over a debtor business to which it had extended a considerable overdraft facility ». Contrairement à ce qui précède, dans la décision *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 785 v Second Cup Ltd*, 1993 CanLII 7903 (ON LRB), il a été décidé que le franchiseur et ses franchisés sont des employeurs conjoints (« related employer »).

Il serait souhaitable pour les franchiseurs américains de revoir leurs conventions de franchise et leurs manuels afin de réduire toute forme de contrôle sur les franchisés lié aux pratiques en matière d'emploi.

Il serait souhaitable pour les franchiseurs américains de continuer à s'engager dans les meilleures pratiques en matière d'emploi et d'encourager leurs franchisés à faire la même chose afin d'éviter toute situation de conflit avec leurs employés.

Il serait souhaitable pour les franchiseurs américains de renoncer à toute forme de contrôle qui n'est pas nécessaire pour protéger la marque et le système de franchise.

Dans les provinces canadiennes, la jurisprudence sur les notions de « véritable employeur » ou de « related employer » est beaucoup plus claire et les tests applicables qui traitent de ces notions sont les mêmes depuis plusieurs années. Bien que la décision *Browning-Ferris* ne semble pas bousculer l'état des choses au Canada, les franchiseurs canadiens devraient quand même être vigilants et s'inspirer des meilleures pratiques mises en place de l'autre côté de la frontière et qui concernent les questions dans le domaine de l'emploi qui ont été abordées aux présentes.

4. LA DÉCISION ONTARIENNE DANS *TRILLIUM* v *GENERAL MOTORS* : UN RECOURS COLLECTIF TRÈS MÉDIATISÉ QUI REJETTE LES PRÉTENTIONS DES EX-CONCESSIONNAIRES CONTRE LE FRANCHISEUR

Le 8 juillet 2015, la Cour supérieure de l'Ontario a finalement rendu sa décision dans *Trillium Motor World Ltd v General Motors of Canada Limited*³⁰, une saga judiciaire très médiatisée impliquant General Motors of Canada Limited (ci-après « GM ») et ses ex-concessionnaires à la suite de la restructuration qui eut lieu à l'automne 2009 pour éviter une crise économique.

4.1 Mise en contexte

En 2010, un regroupement pancanadien de 181 concessionnaires de voitures a intenté, en Ontario, un recours collectif contre GM et l'intimé, le cabinet juridique Cassels Brock & Blackwell (ci-après « Cassels Brock »). Le recours collectif a été intenté à la suite d'une

30. *Trillium Motor World Ltd v General Motors of Canada Limited*, 2015 ONSC 3824 [Trillium].

restructuration de GM en 2009 lorsque celle-ci a pris la décision de fermer un nombre considérable de concessions partout au Canada.

Dans le cadre de son plan de restructuration, GM avait acheminé un contrat de retrait progressif à plus de 200 concessionnaires, leur octroyant six jours pour accepter ou refuser les conditions de l'offre qui consistait essentiellement à mettre un terme à leur convention de franchise respective. Il appert que 202 concessionnaires avaient accepté les termes de l'offre et avaient acheminé une convention dûment signée à GM. Il s'agissait d'un nombre suffisant de signataires pour permettre à GM d'éviter la faillite. Par la suite, un recours collectif a été déposé par 181 concessionnaires relativement au processus de retrait progressif mis en place dans le cadre de la restructuration.

4.2 Le jugement de la Cour supérieure

Dans une décision de plus de 160 pages rendue à la suite d'un procès qui a duré plus de 40 jours et impliquant 25 témoins, la Cour en est arrivée à la conclusion que GM n'a enfreint aucune obligation découlant de la loi ou de la common law et a rejeté les motifs allégués par les ex-concessionnaires de GM.

À l'inverse de la décision dans l'affaire *Dunkin' Donuts*, la Cour est d'avis que le franchiseur n'a pas agi de mauvaise foi et a rejeté toutes les prétentions alléguées par les franchisés en ce qui a trait à la résiliation de leur convention de concession.

Toutefois, la Cour a ordonné à Cassels Brock de payer 45 millions de dollars aux concessionnaires pour négligence et conflit d'intérêts³¹.

Cassels Brock en a appelé de la décision en déposant un avis d'appel à la Cour d'appel de l'Ontario en date du 5 août 2015.

31. Il a été allégué que le cabinet juridique Cassels Brock aurait été en situation de conflit d'intérêts. En parallèle, Cassels Brock a émis une procédure de mise en cause visant plus de 150 avocats et cabinets juridiques partout au pays ayant fourni des conseils juridiques aux concessionnaires individuels. La requête pour faire rejeter ou surseoir la procédure de mise en cause a été rejetée. Les avocats du Québec ont déposé un appel à la Cour suprême du Canada de la décision *Trillium Motor World Ltd v General Motors of Canada Limited*, 2014 ONCA 487. L'appel a été entendu le 3 décembre 2015 et une décision de la Cour suprême du Canada est attendue en 2016 ; voir *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v Cassels Brock & Blackwell LLP*, [2014] CSC 407. L'appel a trait à des questions qui ne sont pas liées à la franchise mais plutôt à des questions touchant la juridiction compétente, le choix du tribunal et le droit international privé.

4.2.1 L'étendue de l'application de la législation ontarienne en matière de franchise

La Cour conclut que la *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*³², la législation de l'Ontario régissant le franchisage, s'applique même aux concessionnaires qui exercent leurs activités à l'extérieur de l'Ontario. La Cour justifie sa position en se basant sur le fait que les conventions respectives prévoyaient une disposition de choix de loi applicable en faveur de l'Ontario.

4.2.2 L'obligation d'agir de bonne foi ou son corollaire en common law : « good faith and fair dealing »

Les concessionnaires ont allégué que GM a failli à son obligation de « good faith and fair dealing » dans la façon avec laquelle celle-ci a procédé dans le cadre de la restructuration. La Cour réaffirme les principes selon lesquels cette obligation n'implique pas une obligation de fiduciaire.

La Cour a examiné la preuve et le contexte économique particulier qui régnaient en 2009 pour arriver à la conclusion que GM n'avait pas manqué à son obligation de « good faith and fair dealing ». La Cour ajoute que GM était dans une situation de crise économique et devait agir rapidement. La Cour ajoute, sur l'obligation de good faith and fair dealing : « The duty is contextual governed by the boundaries of reasonable conduct »³³.

4.2.3 La définition du « contrat de franchisage » et l'obligation de fournir le document d'information : non requise dans le cas de documents de résiliation

La Cour prend la position que GM n'était pas dans l'obligation de fournir un document d'information aux concessionnaires avant la signature de la convention de retrait progressif en vue de la restructuration.

Premièrement, la convention de retrait progressif ne constitue pas un « contrat de franchisage » ou « toute entente qui concerne une franchise » selon les termes de la *Loi de Wishart* en vue de l'application de l'obligation de fournir un document d'information en vertu de l'article 5 de ladite loi. L'exigence de fournir un document

32. LO 2000, c 3 (aux présentes « Loi de Wishart »). Voir *405341 Ontario Limited v Midas Canada Inc.*, 2009 CanLII 56298 (ON SC).

33. *Trillium*, supra note 30 au para 243.

d'information ne s'applique qu'à un « franchisé éventuel » qui voudrait se joindre au réseau. La situation de la restructuration était tout à fait à l'inverse.

Deuxièmement, seul un « franchisé éventuel » était en droit de s'attendre à recevoir un document d'information. Or, un franchisé éventuel est une personne ou une entité juridique qui n'avait pas encore signé de convention de franchise. Par conséquent, la Cour déclare que les concessionnaires n'étaient pas des franchisés éventuels et, par conséquent, ces derniers n'étaient pas en droit d'exiger un document d'information de la part du franchiseur.

La conclusion de la Cour sur ce point est en quelque sorte une grande victoire pour les franchiseurs puisque l'obligation de fournir un document d'information à un franchisé éventuel est une lourde tâche.

4.2.4 Le droit d'association : une obligation négative pour le franchiseur

Les concessionnaires ont allégué que GM a enfreint les dispositions se rapportant au droit d'association prévues à l'article 4 de la *Loi de Wishart* en prenant la décision de ne pas divulguer à chacun des concessionnaires la liste complète des concessionnaires qui ont pris part au processus de retrait progressif mis en place dans le cadre de la restructuration.

Le droit d'association prévu à l'article 4 de la *Loi de Wishart* n'impose pas au franchiseur l'obligation de prendre des mesures positives pour faciliter le droit d'association entre les franchisés. La Cour conclut sur la notion du droit d'association :

In my view, s. 4 does not impose positive obligations on the franchisor. Even when one considers the remedial nature of the *Wishart Act*, the plain and ordinary meaning of the language in s. 4 does not support Trillium's position. Section 4 prevents franchisors from restricting, prohibiting and interfering with franchisees who exercise their right to associate. It also prevents franchisors from penalizing or threatening to penalize those who do. Section 4 does not require franchisors like GMCL to facilitate or encourage association or to do anything beyond refraining from activities that inhibit association. It is a negative duty in the fullest sense.³⁴

34. *Ibid* au para 277.

4.2.5 La quittance et la renonciation aux droits : l'exception *Tutor Time*³⁵

La convention de retrait progressif prévoyait que le franchisé renonçait à ses droits contre GM et celle-ci était accompagnée d'une lettre indiquant que les concessionnaires devaient consulter un avocat afin d'obtenir des conseils juridiques indépendants. Les concessionnaires devaient également obtenir une attestation signée par leurs conseillers juridiques respectifs confirmant ce qui précède.

Selon l'article 11 de la *Loi de Wishart*³⁶, la renonciation par le franchisé à un droit conféré par ladite loi sera considérée nulle, à moins que la renonciation soit octroyée par un franchisé avec une opinion de son propre conseiller juridique dans le cadre d'un règlement à l'amiable pour résoudre un conflit entre les parties. L'exception à la règle est mieux connue comme « l'exception *Tutor Time* ».

La Cour conclut que l'article 11 de la *Loi de Wishart* ne s'applique pas dans les circonstances puisque la lettre qui accompagnait la convention de retrait progressif remplissait les conditions de l'exception *Tutor Time*.

4.2.6 Le droit d'intenter un recours collectif contre le franchiseur en présence d'une disposition qui interdisait de le faire : une incertitude juridique

La convention de retrait progressif contenait une disposition qui interdisait aux concessionnaires d'intenter un recours collectif contre GM. La Cour en arrive à la conclusion qu'une telle disposition enfreint l'article 4 de la *Loi de Wishart* qui traite du droit d'association. La Cour conclut qu'une telle limitation était nulle parce que les recours collectifs jouent un rôle important dans la société canadienne³⁷.

À l'inverse, la décision dans *Pillar to Post*³⁸, rendue en 2014, prend en considération une disposition en arbitrage prévue dans une convention de franchise pour retirer au franchisé le droit de participer à un recours collectif devant les tribunaux. La Cour conclut que les

35. *1518628 Ontario Inc. v Tutor Time Learning Centres, LLC*, 2006 CanLII 25276 (ON SC) [*Tutor Time*].

36. L'article 11 de la *Loi de Wishart* stipule : « Est nulle la renonciation présumée, par le franchisé, à un droit conféré par la présente loi ou la libération présumée, par celui-ci, d'une obligation ou d'une exigence imposée au franchiseur ou à la personne qui a un lien avec lui par la présente loi ou en vertu de celle-ci. »

37. *Trillium*, *supra* note 30 au para 355.

38. *1146845 Ontario Inc. v Pillar to Post Inc.*, 2014 ONSC 7400 [*Pillar to Post*].

franchisés devaient régler leur conflit avec le franchiseur par voie d'arbitrage au lieu d'intenter un recours collectif devant les tribunaux compte tenu de la présence d'une disposition qui privilégiait l'arbitrage comme méthode de résolution de conflits.

Il faudra attendre la décision de l'appel pour avoir un peu plus de clarifications sur cette question. Il s'agit d'un sujet qui pourrait avoir des incidences au Québec.

4.3 Leçons à retenir

La décision établit des lignes directrices relativement à plusieurs points pertinents dans le domaine du franchisage, y compris : i) un survol de la législation de l'Ontario sur la franchise, ii) la définition du « contrat de franchisage », iii) les clauses d'arbitrage, iv) les recours collectifs, v) la fin de la relation, vi) la renonciation aux droits, vii) l'obligation de bonne foi et viii) les questions de conflit d'intérêts.

La décision soulève une question sur la manière dont un franchiseur devrait agir dans le contexte d'une restructuration de son système de franchise. Lorsqu'une marque perd de sa notoriété et que le franchiseur connaît des difficultés, ce dernier se doit de faire ses adieux à ses franchisés d'une façon convenable, quitte à faire faillite pour éviter des poursuites judiciaires longues et coûteuses de la part de ses franchisés.

Il faudra attendre la décision de la Cour d'appel pour être en mesure de mettre un terme à l'une des sagas judiciaires les plus médiatisées de la dernière décennie dans le domaine du franchisage.

5. LA DÉCISION ONTARIENNE DE LA COUR D'APPEL DANS 2176693 ONTARIO LTD v CORA FRANCHISE GROUP INC. : UNE DISPOSITION EXIGEANT UNE QUITTANCE GÉNÉRALE COMME CONDITION DE CESSION DÉCLARÉE NON EXÉCUTOIRE

Le 12 mars 2015, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu une décision d'intérêt dans *2176693 Ontario Ltd v Cora Franchise Group Inc.*³⁹ relativement à la validité et au caractère exécutoire d'une disposition prévue dans une convention de franchise qui exigeait la signature d'une quittance générale (selon une forme à être déterminée par le franchiseur) comme condition pour obtenir le consentement du

39. *2176693 Ontario Ltd. v Cora Franchise Group Inc.*, 2015 ONCA 152 [*Cora Franchise Group*].

franchiseur en vue de la cession des droits octroyés par la convention de franchise.

5.1 Faits

Dans cette cause, les appelants sont deux franchisés qui exploitaient des restaurants sous la bannière CORA dans les villes de Niagara Falls et d'Ancaster. Les deux franchisés ont décidé de céder leurs droits octroyés en vertu de leurs conventions de franchise à des tierces parties.

Dans leur convention de franchise respective, le consentement du franchiseur à la cession des droits du franchisé était sujet à plusieurs conditions, y compris la signature d'une quittance générale selon une forme à être déterminée par le franchiseur.

La disposition à l'étude dans la présente décision stipule ce qui suit :

22.6.4 Franchisee and its directors, officers and shareholders signing and delivering in favour of Franchisor and its directors, officers, shareholders and employees, a general release in the form specified by Franchisor of any claims against Franchisor and its officers, directors, shareholders and employees.

Nous devons préciser qu'en vertu de l'article 11 de la *Loi de Wishart*⁴⁰, le franchiseur n'est pas en droit de demander au franchisé de renoncer à ses droits découlant de ladite loi.

Bien que cette disposition prévoie la signature d'une quittance générale selon la forme prévue par le franchiseur, nous devons préciser que le projet de quittance ne prévoyait qu'une renonciation aux droits non couverts par la *Loi de Wishart*. Par conséquent, il appert que la quittance semblait être conforme aux exigences de l'article 11 de ladite loi. Malgré ce qui précède, les franchisés ont tout de même poursuivi le franchiseur, demandant aux tribunaux de se pencher sur la validité et le caractère exécutoire, non pas de la quittance, mais de la disposition contenue dans la convention de franchise qui exigeait la signature d'une « quittance générale selon une forme à être déterminée par le franchiseur ».

5.2 La décision de la Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Ontario en arrive à la conclusion qu'une disposition prévue dans une convention de franchise qui exigerait la

40. Art 11 de la *Loi de Wishart*, *supra* note 36.

signature d'une quittance générale selon une forme à être déterminée par le franchiseur n'a aucune force exécutoire puisque celle-ci enfreint les dispositions de l'article 11 de la *Loi de Wishart*.

Bien que, dans les faits, la quittance prévoyait une renonciation restreinte aux droits non couverts par la *Loi de Wishart*, la disposition contenue dans la convention de franchise était large et pouvait permettre au franchiseur de rédiger une quittance générale qui aurait enfreint les dispositions de l'article 11 de ladite loi.

La Cour d'appel de l'Ontario déclare ce qui suit :

The blue pencil approach does not apply in the circumstances, because there is no phrase in s. 22.6.4 that could be struck to enable the clause to require a release of only non-AWA claims.⁴¹

Sur les conséquences désastreuses qui résulteraient d'une interprétation restrictive d'une disposition générale, la Cour d'appel de l'Ontario s'exprime comme suit :

The potential for some windfall to the respondents in this particular case does not outweigh the potential for abuse and subversion of the purposes of s. 11 of the AWA if severance were permitted. Having regard to the relevant considerations, I conclude that the clause should not be notionally severed or read down to require only a release of non-AWA claims. Allowing franchisors to include such clauses in franchise agreements, knowing courts would only find them unenforceable in part, could serve to undermine the purposes of the AWA.⁴²

Il est de pratique courante pour un franchiseur de demander au franchisé de renoncer à ses droits comme condition pour obtenir son consentement en vue d'une cession ou d'un renouvellement d'une convention de franchise. La présente décision réaffirme ce que les tribunaux ont déjà affirmé dans la décision *Midas*⁴³ – il s'agit d'une chose que le franchiseur ne peut tout simplement pas faire. Toutefois, il est possible pour le franchiseur d'exiger une quittance de la part du franchisé en ce qui a trait aux droits non couverts par la *Loi de Wishart*.

5.3 Leçons à retenir

Les franchiseurs ontariens devraient faire preuve de beaucoup de prudence dans la rédaction de leur convention de franchise. Il serait

41. *Cora Franchise Group*, supra note 39 au para 39.

42. *Ibid* au para 62.

43. *405341 Ontario Ltd v Midas Canada Inc.*, 2010 ONCA 478.

souhaitable pour les franchiseurs de revoir leur modèle de convention de franchise afin de mettre à jour les dispositions en matière de quittance pour se conformer à la présente décision.

Il n'existe pas de législation similaire à la *Loi de Wishart* au Québec et, par conséquent, cette décision a une application limitée en Ontario et dans les provinces qui ont une législation similaire en matière de franchise à celle de l'Ontario.

Pour les franchiseurs faisant affaire dans la province de Québec, il serait prudent de garder en tête les principes énoncés dans la décision *Dunkin' Donuts* à l'effet qu'une quittance générale ne doit pas être abusive ou être obtenue sur la base de fausses représentations.

6. SURVOL DES DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS SUR LE PLAN LÉGISLATIF QUI AURONT UNE INCIDENCE SUR LES FRANCHISEURS ET LES FRANCHISÉS

6.1 La Colombie-Britannique devient la sixième province canadienne à adopter une législation sur la franchise : une législation moderne qui protège davantage les franchisés

Le 5 octobre 2015, la Colombie-Britannique, par le dépôt de son Projet de Loi 38 intitulé « Bill 38 – 2015 : *Franchises Act* » (ci-après le « Projet de Loi 38 »), est devenue la sixième province canadienne à adopter une législation sur la franchise, après l'Ontario, l'Alberta, le Manitoba, l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick. Après quelques semaines seulement, soit le 17 novembre 2015, le Projet de loi 38 a reçu la sanction royale et est devenu loi (ci-après la « *Loi sur la franchise* »). L'entrée en vigueur de la *Loi sur la franchise* devrait normalement survenir d'ici la fin 2016 par voie de règlement. Le gouvernement de la Colombie-Britannique avait demandé à toute partie de soumettre ses commentaires relatifs à la rédaction du règlement découlant de la Loi sur la franchise avant le 15 janvier 2016.

6.1.1 Les grandes lignes de la nouvelle législation

Comme c'est le cas dans certaines provinces canadiennes ayant adopté une telle législation, les articles 3, 4 et 5 de la *Loi sur la franchise* prévoient des dispositions traitant de l'obligation d'agir de bonne foi et équitablement entre les parties, le droit d'association des franchisés et l'obligation du franchiseur de divulguer aux franchisés potentiels une multitude de renseignements de nature financière et corporative.

La *Loi sur la franchise* prévoit que les exigences en matière de document d'information seront prescrites par règlement. Pour l'instant, le projet de règlement n'a pas encore été rédigé et, par conséquent, il n'est donc pas encore possible de savoir si celles-ci différeront de celles des autres provinces canadiennes.

Les grandes lignes de la *Loi sur la franchise* peuvent se résumer comme suit :

- Contrairement à la situation en Ontario, mais de manière semblable à celle de certaines provinces canadiennes, le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la franchise* prévoit la possibilité de transmettre le document d'information par courriel.
- Comme cela est le cas en Ontario, mais contrairement à d'autres provinces canadiennes, l'alinéa 5(8)i) de la *Loi sur la franchise* permet au franchiseur d'être exempté de fournir un document d'information à un franchisé éventuel de grande taille lorsque l'investissement du franchisé pour l'acquisition de la franchise excède un montant à être déterminé par règlement.
- Contrairement à l'Ontario, la *Loi sur la franchise* ne permet pas au franchiseur d'être exempté de fournir un document d'information à un franchisé de petite taille lorsque l'investissement du franchisé pour l'acquisition de la franchise ne dépasse pas un montant à être déterminé par règlement.
- L'alinéa 5(8)g) de la *Loi sur la franchise* prévoit une exemption quant à l'obligation de fournir le document d'information dans la mesure où la convention de franchise comporte une durée de moins d'un an et n'exige aucuns frais initiaux. Toutefois, cette exemption ne s'applique pas dans l'une ou l'autre des situations suivantes : 1) la convention de franchise contient une période de renouvellement ou de prolongation de plus d'un an ; ou 2) la convention de franchise prévoit des frais payables par le franchisé lors de l'exercice de son droit de renouvellement ou de prolongation de la convention de franchise. Cette situation est unique pour la province de la Colombie-Britannique.
- Le paragraphe 5(11) de la *Loi sur la franchise* précise que certaines ententes de confidentialité et de sélection d'emplacements ne seront pas visées par la définition de « convention de franchise » et, par conséquent, celles-ci pourront être signées avant la divulgation du document d'information.
- Dans le même ordre d'idées, les alinéas 5(1)b) et 5(13)a) de la *Loi sur la franchise* stipulent que les dépôts remboursables ne

dépassant pas un certain montant, effectués par un franchisé éventuel, n'entraîneront pas une obligation de divulgation de la part du franchiseur.

- L'article 9 de la *Loi sur la franchise* comporte une disposition traitant de la « conformité sur les éléments essentiels » (traduit de l'anglais « substantial compliance ») qui prévoit qu'une irrégularité quant à la forme, ou une irrégularité ou une erreur qui n'a pas d'effet sur le contenu en soi du document d'information, n'aura aucune incidence sur la validité du document d'information dans la mesure où celui-ci respecte autrement les dispositions de la *Loi sur la franchise*.
- L'article 12 de la *Loi sur la franchise* prévoit qu'une disposition dans une convention de franchise serait considérée nulle dans l'une ou l'autre des conditions suivantes : 1) celle-ci limiterait l'application de la *Loi sur la franchise* ; ou 2) celle-ci élirait une juridiction à l'extérieur de la Colombie-Britannique en cas de résolution de conflit.
- L'article 13 de la *Loi sur la franchise* stipule qu'une quittance par le franchisé ou le franchisé éventuel à l'égard de tout droit conféré en vertu de la *Loi sur la franchise* sera considérée comme nulle.

Malheureusement, le gouvernement de la Colombie-Britannique n'a pas retenu les suggestions mises de l'avant par la *Canadian Franchise Association* qui proposaient de limiter les exigences en matière de divulgation à une liste préétablie de « faits importants » (traduction de l'anglais « material facts »).

6.1.2 L'incidence de la nouvelle législation sur les franchiseurs

La bonne nouvelle réside dans le fait que la *Loi sur la franchise* est similaire aux lois sur la franchise des autres provinces canadiennes et permettra aux franchiseurs d'utiliser les documents de divulgation préalablement rédigés pour les autres provinces, en n'y apportant que quelques changements pour respecter les exigences supplémentaires pouvant être requises par la province de la Colombie-Britannique. De façon parallèle, il est évident de conclure que les franchiseurs qui n'exercent leurs activités que dans la province de la Colombie-Britannique auront une lourde tâche dans les prochains mois pour respecter les nouvelles exigences en matière de franchise.

Il faudra attendre encore quelques mois avant la rédaction et l'adoption du règlement découlant de la *Loi sur la franchise*. Chose

certaine, les franchiseurs exerçant leurs activités dans la province de la Colombie-Britannique devront rester à l'affût des nouvelles pour être en mesure de respecter les nouvelles exigences en matière de franchise.

Reste à savoir si les quatre autres provinces canadiennes, soit le Québec, la Saskatchewan, la Nouvelle-Écosse et Terre-Neuve-et-Labrador, décideront de suivre le mouvement et adopteront elles aussi une loi régissant les conventions de franchise. Seul l'avenir nous le dira.

6.2 Les nouvelles exigences de la législation ontarienne en matière d'affichage d'informations nutritionnelles et du nombre de calories dans les menus : une lourde tâche à l'horizon⁴⁴

Les exploitants d'établissements alimentaires ontariens qui exploitent 20 emplacements ou plus sous la même dénomination sociale, peu importe leur propriétaire, devront afficher des informations nutritionnelles et caloriques dans leurs menus en vue de l'entrée en vigueur de la *Loi de 2015 pour des choix santé dans les menus*⁴⁵. Cette loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

En octobre 2015, le gouvernement ontarien a publié un projet de règlement connexe à la *Loi pour des choix santé dans les menus* intitulé « Règlement de l'Ontario à prendre en vertu de la Loi de 2015 pour des choix santé dans les menus »⁴⁶. Toute partie avait jusqu'au 26 octobre 2015 pour fournir ses commentaires à propos du contenu du *Règlement pour des choix santé dans les menus*.

6.2.1 *Survole des dispositions pertinentes et commentaires préliminaires*

6.2.1.1 Application de la loi et exemptions

La *Loi pour des choix santé dans les menus* s'applique à un « lieu de restauration réglementé » qui s'entend d'un lieu de restauration faisant partie d'une « chaîne de lieux de restauration » où sont préparés des repas ou des portions de repas pour consommation immédiate sur place ou ailleurs. Le terme « chaîne de lieux de restau-

44. Il est probable que le *Règlement pour des choix santé dans les menus* soit modifié avant la publication du présent article. Par conséquent, le présent article a été rédigé en tenant compte de la version qui date d'octobre 2015.

45. LO 2015, c 7, Annexe 1 (aux présentes « *Loi pour des choix santé dans les menus* »).

46. Aux présentes « *Règlement pour des choix santé dans les menus* ».

ration » est défini comme comprenant 20 restaurants ou plus situés en Ontario, exploités sous la même dénomination sociale, peu importe leur propriétaire, et offrant les mêmes ou essentiellement les mêmes aliments normalisés.

Cette définition large peut comprendre non seulement les chaînes de restauration rapide, mais également les dépanneurs, les épiceries et les autres commerces qui vendent des plats prêts à emporter.

En vertu de l'article 5 du *Règlement pour des choix santé dans les menus*, les lieux de restauration suivants sont exclus des exigences prévues par la loi : i) les lieux de restauration ouverts moins de 60 jours par année civile ; ii) les lieux de restauration situés dans une école ou une école privée, un établissement correctionnel ou un centre de garde.

6.2.1.2 Définition du terme « aliment normalisé » et exemptions

En vertu de la *Loi pour des choix santé dans les menus*, les exigences d'affichage du nombre de calories dans les menus s'appliquent à un « aliment normalisé » qui est défini comme un aliment ou une boisson qui est vendu ou mis en vente sous forme de portion avec un contenu normalisé.

Le paragraphe 2(1) du *Règlement pour des choix santé dans les menus* ajoute une condition supplémentaire à la définition d'un « aliment normalisé » et précise qu'un « aliment normalisé » doit respecter les exigences prévues dans la définition du terme « aliment ou boisson façon restaurant » qui s'entend d'un aliment ou d'une boisson qui est i) soit servi dans un lieu de restauration réglementé, ii) soit transformé et préparé principalement dans un lieu de restauration réglementé et qui iii) est destiné à être consommé principalement sur place ou ailleurs sans autre préparation préalable de la part du consommateur.

En vertu du paragraphe 2(2) du *Règlement pour des choix santé dans les menus*, les boissons ou les aliments suivants sont exclus de la définition du terme « aliment normalisé » :

- i) les boissons ou les aliments mis en vente par le lieu de restauration réglementé moins de 90 jours par année civile, qu'ils soient consécutifs ou non ;
- ii) les condiments libre-service offerts sans frais qui ne sont pas énumérés sur le menu du lieu de restauration réglementé ;

- iii) les aliments ou les boissons préparés expressément pour a) des malades hospitalisés dans un hôpital, un hôpital privé ou un établissement psychiatrique ; b) des résidents d'un foyer de soins de longue durée ou d'une maison de retraite ;
- iv) les aliments ou les boissons préparés exceptionnellement, en réponse à une demande précise d'un client, et qui s'écartent des aliments normalisés offerts par un « lieu de restauration réglementé ».

6.2.1.3 Définition large du terme « menu »

Le nombre de calories d'un « aliment normalisé » vendu ou mis en vente dans un « lieu de restauration réglementé » doit être affiché sur tous les « menus ». Le terme « menu » est défini au paragraphe 3(1) du *Règlement pour des choix santé dans les menus* de façon large et comprend i) le menu papier, ii) le menu électronique, iii) le tableau d'affichage du menu, iv) le menu de service à l'auto, v) le menu en ligne ou une application menu, vi) l'annonce publicitaire et vii) le dépliant promotionnel.

Le *Règlement pour des choix santé dans les menus* comprend une définition très large du terme « menu ». Il serait raisonnable d'exclure les dépliants, les annonces publicitaires et les menus en ligne afin de ne pas trop alourdir la tâche du franchiseur dans la diffusion de matériel promotionnel.

Le paragraphe 3(2) du *Règlement pour des choix santé dans les menus* prévoit que les menus en ligne, les applications menus, les annonces publicitaires et les dépliants promotionnels sont exemptés dans la mesure où les conditions suivantes sont respectées :

- i) ils n'énumèrent pas les prix des aliments normalisés ;
- ii) ils n'énumèrent pas d'aliments normalisés pouvant être livrés ou à emporter.

6.2.1.4 Les modalités d'affichage relatives aux calories sur les menus

Les renseignements relatifs aux calories sur les menus doivent respecter plusieurs règles bien établies aux articles 6 à 10 du *Règlement pour des choix santé dans les menus*, y compris l'emplacement, la taille, le format et le caractère lisible, et celles-ci doivent prendre

en considération plusieurs facteurs, dont la portion, les arômes, les garnitures et d'autres facteurs pertinents.

L'article 10 du *Règlement pour des choix santé dans les menus* prévoit que le nombre de calories d'un « aliment normalisé » peut être établi soit par une analyse effectuée par un laboratoire, soit par une méthode d'analyse de la teneur en éléments nutritifs.

6.2.1.5 L'exigence d'une affiche contenant une déclaration contextuelle

En vertu de l'alinéa 9a) du *Règlement pour des choix santé dans les menus*, une affiche comportant l'énoncé suivant doit être placardée publiquement dans chacun des « lieux de restauration réglementés » : « L'adulte moyen a besoin d'environ 2 000 à 2 400 calories par jour ; cependant, les besoins individuels peuvent varier. »

Dans la mesure où le « lieu de restauration réglementé » en question vend ou met en vente des « aliments normalisés » ciblant les enfants, l'affiche doit comporter l'énoncé suivant : « L'enfant moyen âgé de 4 à 9 ans a besoin d'environ 1 200 à 2 000 calories par jour et l'enfant moyen âgé de 10 à 13 ans a besoin d'environ 1 500 à 2 600 calories par jour ; cependant, les besoins individuels peuvent varier ».

Le paragraphe 9(2) du *Règlement pour des choix santé dans les menus* prévoit une exemption à cette règle d'affichage d'une déclaration contextuelle dans la mesure où i) l'énoncé apparaît sur chacune des pages des menus se trouvant sur les lieux ; et ii) les modalités d'affichage se rapportant notamment à la police et à la taille des caractères sont respectées en tout temps.

6.2.1.6 Les pouvoirs des inspecteurs et les infractions possibles

L'article 3 de la *Loi pour des choix santé dans les menus* accorde des pouvoirs très larges aux inspecteurs. En effet, les pouvoirs comprennent le droit d'examiner et le droit d'enlever des « aliments normalisés », des documents ou d'autres choses (sans définir le terme « chose ») qui se rapportent à l'inspection, de prendre des photographies, d'interroger les personnes sur des questions qui se rapportent à l'inspection.

Restera à voir de quelle façon les inspecteurs procéderont à de telles inspections. Il serait pertinent de mettre en place un processus d'inspection uniforme et transparent pour permettre aux commerçants de savoir à quoi s'attendre.

Dans le cas d'une personne morale, l'amende est assez élevée. En effet, l'article 4 de la *Loi pour des choix santé dans les menus* prévoit une amende maximale de 5 000 \$ pour une première infraction et pouvant atteindre 10 000 \$ pour une infraction subséquente, pour chaque journée ou partie de journée au cours de laquelle l'infraction est commise ou continue d'être commise. Le montant de l'amende sera vraisemblablement un incitatif pour les commerçants, les franchiseurs et les franchisés à se préparer pour être en règle en date du 1^{er} janvier 2017.

6.2.2 *De l'autre côté de la frontière : les États-Unis, une longueur d'avance*

Les États-Unis ont déjà adopté une législation d'application fédérale très similaire régissant l'affichage du nombre de calories dans les menus. La bonne nouvelle réside dans le fait que les franchiseurs américains pourront certes s'inspirer de ce qui existe aux États-Unis en y apportant les changements nécessaires pour respecter les exigences supplémentaires pouvant être requises par la province de l'Ontario. De façon parallèle, il est évident de conclure que les franchiseurs qui n'exercent leurs activités que dans la province de l'Ontario auront une lourde tâche dans les prochains mois pour respecter les nouvelles exigences en matière d'affichage.

6.2.3 *Mise en garde : une décision sociale ayant des incidences importantes sur les franchiseurs, les franchisés et le domaine de l'alimentation de façon générale*

En adoptant une loi avant-gardiste, le gouvernement ontarien avait certes à cœur la réduction de l'obésité chez les jeunes et la santé de la population – un modèle à suivre pour les autres provinces canadiennes. Le revers de la médaille réside dans le fait que les franchiseurs, les franchisés et les commerçants qui sont visés par la loi en question devront consacrer beaucoup de temps et d'argent pour se plier aux nouvelles exigences en si peu de temps.

Il serait important d'attendre que le règlement soit rédigé dans sa version finale avant de démarrer le processus de mise en place d'un plan interne en matière d'affichage du nombre de calories. Il vaudrait mieux consulter avant de faire le grand saut.

7. CONCLUSION

L'année 2015 a été marquante en matière de franchisage. Reste à savoir si les décisions portées en appel changeront l'état actuel de la jurisprudence et clarifieront certaines questions encore nébuleuses.

Dans un avenir plus ou moins lointain, il est difficile de prédire si d'autres provinces adopteront respectivement des législations similaires à celles à l'étude dans le présent article. Il est à parier que la notion de bonne foi et les recours collectifs continueront d'être au cœur des discussions dans les décisions à venir en matière de franchisage. Seul l'avenir nous le dira. Restez à l'affût.