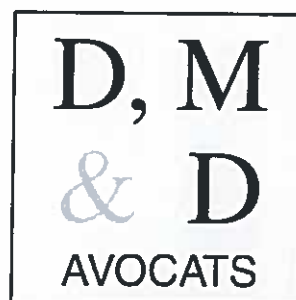




***E-COMMERCE ET FRANCHISE :
NOUVEL ELDORADO
OU TRIANGLE DES BERMUDES ?***

Maître Rémi de BALMANN

Avocat – Associé



Mon propos sera résolument optimiste mais je crois utile de commencer nos réflexions par une question existentielle : **Internet pourrait-il à plus ou moins long terme signer la mort des points de vente physiques ?**

Cette question a agité et agite encore légitimement les réseaux.

Et quand on pense aux réactions de franchisés dans certains réseaux, l'on peut songer à cet échange entre Louis XVI et le duc de la Rochefoucauld-Liancourt lors de la prise de la Bastille : « *C'est une révolte ? Non, Sire, c'est une révolution !* ».

Qu'il s'agisse d'une révolution, c'est une évidence : révolution technologique, révolution des comportements de consommation, révolution du commerce et de la distribution.

Comment les franchisés auraient-ils pu rester insensibles à cette révolution, se demandant si ce ne serait pas les têtes de réseaux qui tireraient seules et sur leur dos profit du e-commerce ?

La question devient alors : Comment faire pour que cette révolution ne provoque pas de révolte dans les réseaux ?

Et si – en plus – la paix civile dans les réseaux pouvaient se faire au profit du consommateur, cela n'en serait que mieux !

C'est donc en nous plaçant tour à tour du côté des franchiseurs (I) et du côté des franchisés (II) que l'on peut entrevoir les solutions à ce conflit latent.

I) Du côté des franchiseurs, tout le monde sait que – par le fameux arrêt « Le Jardin des Fleurs » du 14 mars 2006 – la Cour de Cassation a jugé que « *la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé* » (Cass. com, 14/03/06, JurisData n° 2006-032686).

Il est toutefois intéressant de se souvenir que, dans cette affaire ayant conduit à cet arrêt de principe du 14 mars 2006, le franchisé faisait valoir que le site internet mis en place par le franchiseur lui permettait de réaliser des ventes **« sans contrepartie financière pour le franchisé »** et qu'il était **au surplus financé notamment au travers de la redevance communication.**

Ce réseau avait à l'époque fait jurisprudence, la Cour d'Appel de Bordeaux ayant pour sa part jugé que cette vente par internet portait *« atteinte à l'exclusivité du franchisé »* (C.A. Bordeaux, 26/02/03, RG 01/04495).

En en jugeant autrement, la Cour de Cassation lançait un signal fort en direction des réseaux et, sur renvoi, la Cour d'Appel de Toulouse devait s'aligner sur cette position de la Cour de Cassation (C.A. Toulouse, 11/12/07, RG : 06/02398).

Les têtes de réseaux ne peuvent par ailleurs que se féliciter de l'issue du litige Nouvelles Frontières.

Dans cette affaire, la Cour d'Appel de Paris avait jugé, dans un litige opposant Nouvelles Frontières à l'un de ses agents, que : *« S'agissant de l'utilisation du site Internet Nouvelles Frontières pour la vente de ses produits, le Tribunal indique à bon droit qu'elle n'est pas spécialement orientée pour atteindre les clients de (l'agent) à l'intérieur de sa zone d'exclusivité, mais a pour objet de satisfaire des demandes non sollicitées, ventes passives sans démarchage ou prospection, sous quelque forme que ce soit, provenant de clients de divers horizons souhaitant utiliser ce procédé ; qu'à ce titre, elle ne porte pas atteinte à l'exclusivité de (l'agent) »* (C.A. Paris, 04/12/08, JurisData 2008-006263).

Dans un arrêt du 14 février 2012, la Cour de Cassation a validé l'approche de la cour d'appel de Paris en jugeant que : *« Ayant relevé qu'aux termes de la clause d'exclusivité territoriale consentie à l'agent, la société Nouvelles Frontières Diffusion s'interdisait de créer tout autre point de vente ou succursale dans la ville désignée au contrat et que le site internet incriminé n'était pas orienté spécifiquement pour atteindre la clientèle de cette ville, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir qu'il n'était pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé, a retenu à bon droit que ce site ne portait pas atteinte à l'exclusivité territoriale de l'agent »* (Cass. com, 14 février 2012, pourvoi n° 09-11689).

On s'éloigne ainsi – sans doute définitivement – de toute solution contraire aux intérêts des franchiseurs et qui voudraient – sous couvert d'une exécution de bonne foi – que les têtes de réseaux voient leur liberté de création d'un site marchand entravée.

D'ailleurs, un récent arrêt de la Cour de Cassation du 10 septembre 2013 vient encore renforcer cette jurisprudence favorable aux têtes de réseaux (*Cass. com, 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-11701*).

De prime abord, cet arrêt se borne à reprendre la règle posée par le fameux arrêt du 14 mars 2006 selon laquelle « *la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé* ».

Cependant et en l'espèce, les juges du fond avaient écarté cette règle et avaient prononcé la résiliation du contrat aux torts du franchiseur en relevant que « *les prix de ce site sont bien moindres que ceux du catalogue (...), ce qui a conduit une partie de la clientèle potentielle de la société (franchisée) à préférer à un achat dans le magasin de celle-ci une commande par internet directement auprès de la société (franchiseur)* ». Il n'était pas indifférent par ailleurs pour la cour d'appel que « *ces commandes ont été livrés dans ledit magasin sans pour autant que ce dernier perçoive sa légitime commission, laquelle vu cette légitimité n'avait pas à être demandée par lui* ».

La Cour de Cassation a toutefois censurée l'arrêt en retenant – dans un attendu lapidaire – que « *le contrat se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminée* ».

Sur le plan juridique, toute latitude est donc laissée au franchiseur pour promouvoir son site marchand, sans que les franchisés puissent rien exiger.

Est-ce à dire que le franchiseur devrait s'attribuer le bénéfice exclusif de son site marchand ? Evidemment non !

Et c'est là que doit être mise en place une stratégie dite de multi-canal et – allant plus loins et aujourd'hui – de cross-canal.

Au titre des synergies, on doit d'abord songer à la commercialisation de leurs biens et services par les franchisés *via* le site Internet de la tête de réseau.

Ce système implique certains aménagements techniques du site Internet, afin que les distributeurs puissent y indiquer leurs propres prix de vente au public et les modifier à tout moment.

La tête de réseau peut alors exiger du franchisé le paiement d'une redevance forfaitaire ou proportionnelle en contrepartie de la mise à disposition de son site Internet.

Cette redevance sera ainsi destinée à couvrir les frais de création, de développement et de maintenance du site Internet, ainsi que ceux liés au référencement du site Internet au sein des moteurs de recherche.

Un autre système consiste à mettre en place des systèmes de rétribution pour les livraisons, les retours, les échanges ou les remboursements assurés par un franchisé, s'agissant de commandes passées sur Internet et encaissées par la tête de réseau.

II/Mais quid face à un franchiseur qui ne jouerait pas le jeu ?

De mon point de vue et en se plaçant du côté des franchisés, il est interdit d'interdire !

Certes, il est permis au franchiseur d'interdire par contrat au franchisé d'exercer son activité dans un autre local que celui qui a été agréé ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu.

Mais comment admettre que cette interdiction s'étende à internet, alors même que, ainsi qu'en a jugé le Conseil de la Concurrence en 2008 (devenu depuis Autorité de la Concurrence), « *un site internet n'est pas un lieu de commercialisation mais un moyen de vente alternatif utilisé, comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance, par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques* » (Cons. conc., n° 08-D-25) ?

Le point 57 des Lignes Directrices interprétant le règlement communautaire n° 330/2010 du 20 avril 2010 relatif aux restrictions verticales indique tout autant que « *l'utilisation par un distributeur de son propre site internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent* ».

Comment ne pas tenir compte du fait que les instances européennes sont principalement sinon exclusivement préoccupées de l'intérêt du consommateur et sont hostiles à toute forme de restrictions anticoncurrentielles ?

Dans les Lignes Directrices, la Commission voit ainsi dans internet « *un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une interdiction des reventes* »

Et il est précisé au point 52 de ces Lignes Directrices que : « *En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive car c'est un moyen raisonnable de permettre au consommateur d'atteindre le distributeur* ».

S'agissant des réseaux de franchise, le savoir-faire constituerait-il un motif d'exemption ?

Même s'il faut se garder d'assimiler la franchise et la distribution sélective, il convient de tirer enseignement de l'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.

Dans le cadre de cette affaire et sur question préjudicielle de la Cour d'Appel de Paris, la Cour de Justice de l'Union Européenne « *n'a pas retenu, au regard des libertés de circulation, les arguments relatifs à la nécessité de fournir un conseil personnalisé au client et d'assurer la protection de celui-ci contre une utilisation incorrecte de produits (...) pour justifier une interdiction de vente par internet* » (point 44) (C.J.U.E., 13 octobre 2011).

S'alignant sur cette analyse, la Cour d'Appel de Paris a validé la décision du Conseil de la Concurrence qui avait sanctionné l'interdiction faite par la société Pierre Fabre dermo-Cosmétique à ses distributeurs de commercialiser ses produits sur internet (*C.A. Paris, 31 janvier 2013*).

Epilogue ou fin de la « *première manche* » comme s'interroge Monsieur le Professeur FERRIER dans une chronique parue au Recueil Dalloz d'avril 2013 ? (D. 2013, n° 13, p. 887).

L'avenir le dira...

Toujours est-il que les restrictions indirectes ayant pour objet de contourner cette interdiction sont elles aussi prohibées.

Ainsi, il n'est pas possible de prévoir que le distributeur paiera un prix supérieur pour les produits destinés à être commercialisés *via* Internet à celui payé pour les produits destinés à être vendus au sein de son point de vente physique.

Certes, l'Autorité de la Concurrence a tenu à souligner que, « *comme l'ont rappelé à plusieurs reprises le Conseil puis l'Autorité de la Concurrence, un fabricant est libre d'organiser le mode de distribution de ses produits, sous réserve que ce mode de distribution n'ait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence* » (point 314).

Il n'en reste pas moins – dans son avis du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique – que l'Autorité de la Concurrence a fermement insisté dans cet avis sur « *le principe de l'interdiction d'interdire la vente sur Internet* » (point 323 et suivants), sans que l'on voit ce qui – sur ce point du moins – permettrait de suggérer un régime dérogatoire pour les réseaux de franchise par rapport aux réseaux de distribution sélective.

Toutefois cette liberté d'avoir recours à Internet peut être et doit être encadrée contractuellement.

Ainsi, il est possible de prévoir que la présence du distributeur sur Internet – via son propre site, ou au travers de sites tiers – devra respecter certaines normes de qualité.

La tête de réseau peut exiger du distributeur qu'il réalise d'abord un chiffre d'affaires minimum dans le cadre de son point de vente physique, afin d'assurer le bon fonctionnement de celui-ci (article 52 c des Lignes Directrices).

Il est aussi possible de prévoir que le distributeur ne pourra être membre du réseau, et donc commercialiser ses produits et services *via* Internet, que lorsqu'il détiendra déjà un ou plusieurs points de vente physiques (article 54 des Lignes Directrices).

Dans un arrêt en date du 18 avril 2008, la Cour d'Appel a même jugé qu'une tête pouvait réserver la distribution de ses produits par Internet aux seuls distributeurs « *qui disposent d'un point de vente physique depuis plus d'un an* » (C.A. Paris, 18 avril 2008, RG 07/04360).

Il est ensuite impératif de prévoir que toute communication sur Internet, quelle qu'en soit la nature, devra respecter une charte graphique aux critères bien définis.

Il doit en outre être admis qu'un franchiseur puisse interdire aux franchisés d'utiliser sa marque en tant que nom de domaine.

Il est à cet égard navrant pour une tête de réseau de constater que – via sa marque intégrée dans le nom de domaine du site d'un franchisé – ce site apparaisse en premier sur les moteurs de recherches et puisse apparaître aux yeux des consommateurs comme le site officiel de la Marque. Encore faut-il que le franchiseur exprime clairement cette exigence.

L'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles du 14 septembre 2000 vient illustrer cette problématique.

Dans un 1^{er} temps du raisonnement, la Cour a exclu le grief de contrefaçon en relevant que : « *(Le distributeur) justifie de l'élaboration et du lancement de son site Internet dans le courant de l'année 1997 – soit à une époque où il ressortissait encore en France au domaine de l'expérience pionnière – en concertation avec la société Sony France et dans des conditions établissant un accord particulier, intervenu entre les parties, sur le principe de ce site (...) comme sur le nom de domaine « *www.espace-sony.com* » appelé à l'identifier, peu important que la société Sony France n'en ait pas alors mesuré toutes les conséquences* » ».

Dans un 2^{ème} temps du raisonnement, la Cour justifie l'interdiction pour l'avenir et le transfert du nom de domaine : « *Ce n'est pas avant le 7 octobre 1999 (que les sociétés Sony) justifient avoir (...) défini et en tous cas exprimé une position claire et non équivoque, en diffusant auprès de leurs distributeurs des « règles d'utilisation de la marque Sony sur l'Internet », l'édition de ces règles excluant la possibilité d'utiliser « le nom Sony ou une quelconque marque appartenant à Sony dans un nom de domaine »* »

Ajoutons enfin que le franchisé ne devra pas effectuer de ventes actives et solliciter activement – via internet – des personnes situées dans des territoires concédés à d'autres franchisés.

D'une manière générale, il est indispensable de bien définir au sein des contrats liant les franchisés à la tête de réseau les modalités du recours à Internet par ceux-ci.

Je termine ainsi sur cette notion de contrat, ce qui me permet un clin d'œil par rapport à mon propos introductif et à l'évocation de 1789.

N'est-ce pas en effet quelques années auparavant que Rousseau avait démontré que c'est par le Contrat Social que l'Ordre et l'intérêt général peuvent être assurés ?

Et je crois bien que ce qui est révolutionnaire, c'est le principe de liberté !

Mais on a le droit de ne pas être d'accord...