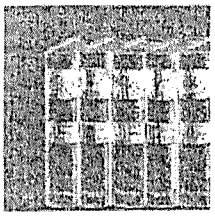

INTERNET EN TOUTE FRANCHISE : QUELLE EST LA MARGE DE MANŒUVRE DU FRANCHISEUR ?

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Le commerce via internet est incontestablement devenu indispensable à la bonne marche des affaires, prenant une place de plus en plus grande, notamment dans le secteur de la distribution.

La distribution en ligne présente de nombreux avantages. Elle permet notamment d'embrasser un territoire illimité sans avoir besoin de recourir aux revendeurs. Cela offre la possibilité non seulement d'accroître considérablement le volume de ventes, mais aussi de réduire les coûts par la suppression de la rémunération des intermédiaires et par les économies de marge.

Il est bien évident qu'un certain nombre de franchiseurs se montre intéressé par la distribution sur internet. La question qui se pose est celle de savoir si le franchiseur peut se réserver la distribution sur internet de manière exclusive (I). Dans ce cas, il profitera seul des bénéfices de cette formule au détriment, peut-être, des intérêts du réseau.

Dans l'hypothèse où le franchiseur voudrait autoriser la vente par voie électronique à tous les membres de son réseau, il disposera d'un certain pouvoir de contrôle (II).

I. La distribution en ligne est-elle inévitable ?

Une réforme est récemment intervenue en droit communautaire : le nouveau règlement de la Commission européenne relatif aux accords verticaux est entré en application le 1er juin 2000. Les lignes directrices, une sorte de notice explicative de ce règlement, font une place nouvelle à internet dans le but d'encourager le progrès technologique (1).

La Commission s'est en effet penchée sur la question de l'ouverture d'un site internet par les franchisés et de la vente des produits par l'intermédiaire de ce site. La question est abordée ici par le biais de la distinction entre les ventes actives et les ventes passives.

La Commission fait la distinction suivante entre les deux concepts :

— la vente « active » est le fait de prospecter les clients individuels, par exemple par publipostage ou au moyen de visites, d'annonces publicitaires dans les médias ou d'autres actions de promotion, ou encore par établissement d'un entrepôt ou d'un point de vente sur un territoire exclusif d'un autre membre du réseau ;

— la vente « passive » est le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées provenant des clients situés en dehors de la zone d'exclusivité du distributeur.

En vertu du nouveau règlement, le franchiseur ne peut plus interdire ou limiter les ventes passives effectuées par ses franchisés.

En revanche, les ventes actives (les prospections publicitaires en dehors de la zone d'exclusivité) peuvent être limitées à destination des zones exclusives des autres membres du réseau.

1. Principe : la liberté d'ouvrir un site promotionnel et/ou marchand

La Commission instaure le principe de la liberté d'utilisation d'internet dans un but commercial. Elle stipule que « chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits ».

Dans leur point 51, les lignes directrices précisent que « le recours à internet n'est pas considéré comme une forme de vente active (...) car c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients. Le fait qu'il puisse y avoir un effet en dehors du territoire ou de la clientèle affectés à un distributeur est le résultat de cette technique, à savoir un accès facile de n'importe quel lieu ».

Elles soulignent que « si un client visite sur internet le site d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, et aussi une livraison, il s'agit là d'une vente passive (...). En revanche, un message non sollicité, transmis par courrier électronique à des clients individuels ou à un groupe de clientèle déterminée, est considéré comme une vente active ».

Par conséquent, tous les membres du réseau, y compris le franchiseur, doivent pouvoir créer un site internet et vendre par son biais les produits contractuels.

Cela signifie-t-il pour autant que le franchiseur ne peut plus interdire la vente en ligne en tout état de cause ?

2. Exception : l'incompatibilité avec la vente par le biais d'internet

L'interdiction catégorique de vendre sur internet n'est admissible que si elle est objectivement justifiée (point 51 des lignes directrices).

Pour pouvoir empêcher les ventes *on line*, le franchiseur doit donc expliciter les « raisons objectives » qui le poussent à cette interdiction.

(1) J.O.C.E., 24 septembre 1999, C-270/17.

Ces raisons objectives peuvent tout d'abord résulter de la nature des produits ou des impératifs de leur vente.

Ainsi, il a été jugé que certaines obligations imposées aux distributeurs « sont imposées pour entourer l'offre de vente et l'acte d'achat d'un environnement entouré de confiance, valorisant les produits distribués, permettant un contact direct avec la clientèle pour l'informer, la conseiller, lui demander les détails nécessaires pour la renseigner utilement » et que « la commercialisation sur internet ne permet pas d'obtenir les mêmes résultats » (2). En l'espèce, les juges ont donné raison au concédant en obligeant le distributeur à fermer son site Web.

La création d'un site internet ne doit pas nuire à la réputation du réseau et déprécier son image de marque (3).

Dans le cadre de la franchise, il est possible d'exclure la distribution sur internet dans l'hypothèse de l'incompatibilité d'une telle distribution avec le concept exploité. Dans ce cas le franchiseur doit pouvoir démontrer que son savoir-faire ne supporterait pas une utilisation sur internet (4).

Si le savoir-faire se trouve en contradiction avec la distribution en ligne, ni le franchiseur ni les franchisés ne pourront utiliser ce mode de distribution.

En effet, les lignes directrices de la Commission européenne sont très claires : « Quoi qu'il en soit le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur internet » (pt. 51).

Si un franchiseur ne peut interdire à ses franchisés l'ouverture d'un site internet, il a cependant le droit de regard sur ce site.

II. Le droit de regard du franchiseur sur le site des franchisés

Le franchiseur peut exercer le contrôle sur le contenu et la composition du site. Ce contrôle poursuit un double objectif : le respect de l'image de marque et de l'uniformité du réseau et le respect de la législation en vigueur.

1. Le respect de l'image de marque et de l'uniformité du réseau

Les franchisés ne doivent pas porter atteinte à l'image et à la réputation de la marque concédée par le franchiseur. Ainsi, ils doivent veiller à l'application et au respect des normes établies par le franchiseur pour les points de vente et les modalités de publicité. Il en est de même pour internet.

Les lignes directrices précisent à ce sujet : « Le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet à des fins de vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général ».

Le franchiseur peut tout d'abord se réserver un droit d'agrément du site et de cette façon contrôler sa présentation graphique afin de préserver l'homogénéité du réseau.

Il peut imposer une gamme de couleurs pour le site, comme il le fait pour une boutique, ainsi qu'exiger le recours aux techniques graphiques les plus élaborées pour sa création.

La création d'un espace dédié à la marque du franchiseur peut être contractuellement prévue.

Si les conditions du contrat prévoient une obligation de présentation valorisante des produits et un certain environnement de luxe, le franchiseur peut astreindre le franchisé à créer une « vitrine virtuelle » en trois dimensions.

Une attention particulière devra être apportée aux hyperliens unissant le site du distributeur à des sites concurrents ou commercialisant des produits similaires mais de moindre qualité, de manière à ne pas déprécier l'image de marque du franchiseur.

Une autre question épineuse concerne l'utilisation de la marque du franchiseur en tant que nom de domaine des distributeurs ainsi que les « métatags » et « metanames ». Si une telle utilisation est autorisée par le franchiseur, cela risque fortement de perturber le fonctionnement du réseau de distribution sur le net et de porter préjudice au franchiseur qui exploite lui-même un site web.

Une situation semblable a été constatée par le Tribunal de grande instance de Nanterre dans l'affaire Sony (5). En l'espèce, le Tribunal a relevé que les agissements du distributeur ont désorganisé le réseau et créé une confusion pour le consommateur qui, à la consultation des moteurs de recherche sur le nom de la marque, était renvoyé sur le site du distributeur, alors qu'il pensait légitimement accéder au site officiel du fournisseur.

Pour éviter ces perturbations, le franchiseur peut expressément interdire aux distributeurs l'utilisation de sa marque sur internet. Les franchisés pourront donc toujours vendre leurs produits mais sur un site ne portant pas la marque du réseau.

Si le réseau est autorisé à promouvoir et vendre les produits contractuels sur internet, le franchiseur peut créer

(2) Versailles, 2 décembre 1999, Alain B. c/ Pierre Fabre (disponible sur www.juriscom.net/txt/jurisfr/cel/caversailles19991202.htm)

(3) Versailles, préc. : « Considérant que la commercialisation par l'intéressé de ce site nuit à l'ensemble du réseau et déprécie l'image de marque des produits dermo-cosmétiques, en général, et des produits fabriqués sous les marques de la S.A. Pierre Fabre Dermo Cosmétiques, en particulier ».

(4) R. Fabre, Les contrats de distribution et internet à la lumière du nouveau règlement communautaire, D. 2001, n° 5, chron., p. 461 ; D. Ferrier, La distribution sur internet, J.C.P., cah. entreprise, n° 2, 2000.

(5) Trib. gr. inst. Nanterre, 20 mars 2000, Bull. act. Lamy, avril 2000, n° 124, p. 11.

un site d'accueil, une sorte de portail portant le nom du réseau qui dirige les visiteurs vers les sites des franchisés les plus proches géographiquement du domicile du client (6).

Bien d'autres possibilités de partage d'activité entre le franchiseur et les franchisés sur internet sont également envisageables (7).

2. Le contrôle des dispositions légales relatives à la vente sur internet

En l'absence de précisions légales expresses, il semble légitime de supposer que les règles concernant la vente à distance sont également applicables à la vente par le biais d'internet. D'ailleurs, la doctrine s'est déjà prononcée en se sens (8). En revanche, en fonction des techniques utilisées (bandeaux publicitaires, envoi de mails, liens hypertextes) cette qualification peut être écartée au profit de la vente par démarchage (9) qui relève d'un régime encore plus protecteur.

Conformément à la directive européenne du 20 mai 1997, le contrat de vente à distance est celui « qui utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat lui-même » (10) .

Dans l'hypothèse où un client visite un site marchand, y consulte le catalogue des pro duits proposés (offre) et remplit le bon de commande (acceptation), le contrat de vente à distance est formé.

L'offre doit préciser les caractéristiques essentielles du bien ou service offert (article L. 111-1 du Code de la consommation) ainsi que son prix.

De nombreuses dispositions ont alors vocation à s'appliquer : la réglementation sur les clauses abusives (article L. 132-1 du Code de la consommation), sur l'information du consommateur (articles L. 121-16 et s. du Code de la consommation), le respect du délai de rétractation (article L. 121-16 du Code de la consommation), les contrats conclus avec les mineurs...

Il n'est pas inutile de rappeler qu'avant de commander des produits sur le site, le consommateur doit pouvoir consulter les conditions générales de vente *in extenso*.

L'information précise et complète sur l'entreprise-vendeur doit y figurer de manière lisible : numéro de R.C.S., son nom, adresse et coordonnées téléphoniques (article L. 121-18 du Code de la consommation), numéro de dépôt du dossier à la C.N.I.L.

Il est par ailleurs raisonnable pour le franchiseur d'exiger de ses franchisés vendant en ligne l'adhésion à un système de payement sécurisé.

Toutes ces précautions sont en effet utiles afin d'éviter l'éventuelle responsabilité du franchiseur des actions de ses franchisés sur le fondement de la théorie de l'apparence.

La franchise étant un système de distribution en réseau, il incombe au franchiseur de veiller sur le risque de vente aux distributeurs non-agréés. Ce contrôle se complique considérablement dans le cadre des ventes sur la « Toile ».

Afin d'empêcher l'achat massif des produits, il est préférable de déterminer un nombre maximal d'achat par visite sur le site. Cette solution n'est néanmoins pas fiable car le distributeur hors réseau peut visiter le site plusieurs fois et acheter de cette manière une quantité importante de produits et constituer son propre stock destiné à la vente.

Le moyen technique permettant de préserver l'étanchéité du réseau consiste en la possibilité d'identifier les visiteurs. La législation sur la signature électronique doit pouvoir apporter une solution à ce problème.

Comme nous le voyons, les problèmes liés à la distribution sur internet sont nombreux et loin d'être résolus. La législation, la jurisprudence et la pratique commerciale apporteront prochainement de nouvelles précisions sur la question.

Certains auteurs s'interrogent même sur l'avenir des réseaux de distribution suite au développement du commerce électronique : sont-ils voués à disparaître ? (11) En effet, ce processus a déjà commencé : aux États-Unis par exemple, la chaîne Egghead Software, qui disposait auparavant de 156 points de vente, est devenue une entreprise 100 % internet (12). D'autres entreprises se sont également engagées sur cette voie.

Quant à l'avenir des réseaux de distribution, nous sommes confiants. Si dans le domaine de B2B (business to business) l'internet va bientôt monopoliser le marché, dans le domaine B2C (business to consumer) il n'y aura pas de « tout internet ». Le consommateur a encore besoin d'un service de proximité : pour pouvoir consulter sur internet le catalogue et comparer les prix pratiqués et, ensuite, se rendre au magasin le plus proche afin de voir réellement le produit et se rassurer de ses qualités substantielles.

Il est incontestable que le développement des ventes sur

(6) R. Fabre, préc. ; D. Ferrier, préc.
(7) R. Fabre, préc. ; D. Ferrier, préc.
(8) D. Ferrier, préc.
(9) D. Ferrier, préc.
(10) Article 2, J.O.C.E. du 4 juin 1997, n° L. 144.
(11) L. Belot, La dure réalité d'internet pour les entreprises traditionnelles, Le Monde du 25 avril 2000, p. 12 ; F. Vanhaelen et Th. Verbiest, Internet, concurrence et distribution sélective, disponible sur http ://www.droit-technologie.org
(12) F. Vanhaelen et Th. Verbiest, préc.

internet exercera une influence certaine sur le commerce traditionnel. Mais cela ne veut pas dire que le commerce traditionnel disparaîtra, il va juste évoluer vers plus de services rendus au consommateur (peut-être plus ludiques ou festifs) pour devenir une sorte de point de rencontre et de conseil. Les boutiques « réelles » (par opposition aux boutiques « virtuelles ») auront pour fonction de fidéliser la clientèle grâce aux services variés et personnalisés qui ne peuvent pas être rendus par internet.

La structure logistique des magasins sera également modifiée. Compte tenu des commandes effectuées par le biais d'internet et des livraisons à partir d'une centrale, ils n'auront plus besoin de stock important.

C'est là la conséquence immédiate d'internet sur les réseaux de distribution. Les conséquences à long terme, quant à elles, demeurent « virtuelles ».

Olivier GAST
Avocat à la Cour

Olga RENAUD
Juriste
Cabinet Gast