

Franchise et *E*-commerce :
Une approche Droit – Marketing
des problématiques liées à l'exclusivité territoriale

Dr. Gurvan BRANELLEC

Enseignant-chercheur à l'ESC Bretagne-Brest
Responsable du Département Contrôle et Performance
Chercheur associé à l'Unité Mixte de Recherche AMURE (UMR M_101)
gurvan.branellec@esc-bretagne-brest.com

Dr. Rozenn PERRIGOT

Maître de conférences à l'IAE de Rennes – Université de Rennes 1
Professeur affilié à l'ESC Rennes School of Business
Chercheur au Centre de Recherche en Economie et Management (CREM UMR CNRS 6211)
Doctorante au Centre de Droit des Affaires, du Patrimoine et de la Responsabilité (CDA-PR EA 3195)
rozenn.perrigot@univ-rennes1.fr

Proposition de communication pour le 14^{ème} Colloque Etienne Thil

22 et 23 septembre 2011

Cette recherche est issue d'un programme de recherche sur « L'impact du nouveau règlement communautaire sur les accords verticaux, et ses lignes directrices, sur les pratiques dans la franchise ainsi que sur la résolution des litiges : une double approche managériale et juridique » [ReCoMad] financé par la Maison des Sciences de l'Homme en Bretagne (MSHB) et d'un programme de recherche sur la franchise financé par l'Agence Nationale de la Recherche [ANR-08-BLAN-0020-01]. Les auteurs remercient la MSHB et l'ANR pour leur précieux support.

Franchise et *E*-commerce : Une approche Droit – Marketing des problématiques liées à l'exclusivité territoriale

Résumé

Le développement du *E*-commerce soulève des difficultés dans les réseaux de franchise lorsque le contrat de franchise contient une clause d'exclusivité territoriale. Ces stipulations contractuelles sont mises à mal par la possibilité de vendre en ligne. La Commission européenne autorise par principe la création d'un site Internet marchand à l'initiative du franchiseur ou de l'un des franchisés du réseau. Ce choix soulève des enjeux juridiques et marketing que se propose d'explorer cet article dans une approche bi-disciplinaire. Il s'intéressera aux pratiques des franchiseurs (1.) et des franchisés (2.) en termes de *E*-commerce ainsi qu'aux moyens d'anticiper les conflits potentiels liés à la présence de clauses d'exclusivité territoriale dans les contrats de franchise.

Mots clés

Franchise, *E*-commerce, exclusivité territoriale, Commission européenne, approche bi-disciplinaire.

Franchising and *E*-commerce: A Legal and Marketing Approach of the issues related to territorial exclusivity

Summary

The development of the *E*-commerce presents some challenges in the case of franchise networks, above all when franchise contracts contain territorial exclusivity clauses, which are jeopardized by the ability to sell online. The European Commission generally allows transactional websites to be created at the initiative of the franchisor or one of its franchisees. This policy poses legal and marketing challenges that are explored in this paper with a bi-disciplinary approach. It focuses on the practices of franchisors (1.) and franchisees (2.) regarding *E*-commerce as well as on the mechanisms used to pre-empt potential conflicts arising from territorial exclusivity clauses contained in franchise contracts.

Keywords

Franchise, *E*-commerce, territorial exclusivity, European Commission, bi-disciplinary approach.

Résumé managérial

Le *E-commerce* se développe dans de nombreux secteurs d'activités et dans de nombreux pays. En France par exemple, il y a 81 900 sites web marchands (28% par rapport à 2009), générant environ 31 milliards d'euros de chiffre d'affaires (+24% par rapport à 2009), et attirant 7,3 millions d'acheteurs (FEVAD).

Néanmoins, le *E-commerce* soulève certaines questions dans le cas particulier de la franchise, surtout quand le contrat de franchise contient une clause d'exclusivité territoriale. En effet, les franchisés peuvent considérer le site web marchand de leur franchiseur, ou celui d'autres franchisés, comme une source de concurrence déloyale, leur faisant perdre des clients et des ventes sur ces territoires exclusifs. Ces questions sont particulièrement d'actualité car la franchise est en plein essor quel que soit le secteur d'activités: *retailing* et services.

Selon les lignes directrices sur les ententes verticales, Internet n'est pas considéré comme un point de vente, mais comme une modalité de vente. Ainsi, la création d'un site web marchand à l'initiative du franchiseur ou de l'un des franchisés du réseau, est autorisée par la Commission européenne.

Ce choix soulève des questions juridiques et marketing que nous explorons dans cet article par une approche bi-disciplinaire. Nous analysons les pratiques des franchiseurs (1.) et des franchisés (2.) en termes de *E-commerce* ainsi que les solutions qui permettent aux franchiseurs de réussir la mise en œuvre de leur stratégie multi-canal, et d'anticiper les conflits potentiels liés à la présence de clauses d'exclusivité territoriale dans les contrats de franchise.

Dans les deux cas, nous considérons que les difficultés juridiques peuvent être évitées lorsque les franchiseurs adoptent de bonnes pratiques managériales. Dans le cas d'un site web marchand créé par le franchiseur, une solution pour éviter les conflits avec les franchisés consiste à impliquer ces derniers dans l'élaboration de la stratégie multi-canal. Par ailleurs, afin d'éviter la création de multiples sites web marchands à l'initiative des franchisés du réseau, le franchiseur doit développer un savoir-faire réel en termes de création et de gestion d'un site web efficace, afin de présenter celui-ci comme une partie de son savoir-faire organisationnel.

Introduction

Le *E-commerce* - ou vente en ligne - se développe dans de nombreux secteurs d'activités tels que les voyages/tourisme, les services, les produits techniques, les produits culturels, l'habillement/accessoires, etc. La *Fédération du E-commerce et de la Vente A Distance* (FEVAD) a ainsi recensé en France un total de 81 900 sites Internet marchands actifs (+28% par rapport à 2009), générant un chiffre d'affaires d'environ 31 milliards d'euros (+24% par rapport à 2009), et regroupant 27,3 millions d'acheteurs en ligne (FEVAD, 2011). Les sites les plus visités sont *eBay* (11 194 visiteurs uniques par mois), *PriceMinister* (10 738), *La Redoute* (10 110), *Amazon* (9 295) et *CDiscount* (8 382) (FEVAD, 2010).

Dans le cas particulier de la franchise, la vente en ligne est présente dans des secteurs d'activités variés tels que les chaussures (ex. : *eram.fr*), les chocolats (ex : *deneuille.fr*), les cosmétiques (ex : *yves-rocher.fr*), les fleurs (ex : *monceaufleurs.com*), les meubles (ex : *but.fr*), le prêt-à-porter (ex : *cache-cache.fr*), la restauration rapide (ex : *dominos.fr*), le vin (ex : *cavavincado.com*), etc. Selon les résultats de l'enquête annuelle sur la franchise menée par la *Fédération Française de la Franchise* et ses partenaires (2010), 47% des franchiseurs indiquent qu'Internet, et plus particulièrement leur propre site Internet, leur permet de vendre leurs produits/services (44 % en 2009). En outre, selon les franchisés interrogés, 33 % des réseaux disposent d'un système de commerce électronique. Ces franchisés mentionnent les ventes effectuées sur les sites Internet des franchisés, et surtout celles effectuées sur le site Internet de leur franchiseur (81% des cas). Par ailleurs, ils sont 34% à conserver la relation commerciale avec les clients de leur zone qui ont acheté sur le site Internet du franchiseur et 27 % à toucher une rétribution sur les ventes alors que la relation commerciale est gérée par le franchiseur.

Plusieurs chercheurs, soit en Management-Marketing, soit en Droit, se sont intéressés à l'utilisation d'Internet et au *E-commerce* dans le cas spécifique de la franchise (Abell et Scott, 2000 ; Cedrola et Memmo, 2009 ; Dixon et Quinn, 2004 ; Floriani et Lindsey, 2001 ; Fontenot et al., 2006 ; Gotsopoulou, 2000 ; Paswan et al., 2004 ; Plave et Miller, 2001 ; Watson et al., 2002 ; Young et al., 2007). En effet, la vente en ligne n'est pas

sans conséquence sur la relation franchiseur/franchisé en raison notamment de l'exclusivité territoriale souvent accordée aux franchisés. Le franchisé bénéficie, en général, d'une d'exclusivité territoriale par laquelle le franchiseur s'interdit de fournir certaines prestations à des tiers, sur un territoire contractuellement défini et réservé au franchisé. Réciproquement, le franchisé s'engage à vendre les produits/services du franchiseur sur ce territoire précis. Ces clauses d'exclusivité territoriale ne relèvent pas de l'essence du contrat de franchise, mais y sont extrêmement fréquentes (Simon, 2008). Ces restrictions territoriales se justifient par le fait que le franchiseur pourra, en concédant une exclusivité territoriale à un franchisé, attendre de ce dernier qu'il réalise des investissements afin de développer la franchise. Par ailleurs, ces exclusivités territoriales sont souvent la contrepartie d'une obligation de fourniture exclusive auprès du franchiseur, elles constituent en cela l'un des pivots économiques du contrat. En outre, le franchiseur préservera ainsi de bonnes relations au sein de son réseau, et évitera un potentiel cannibalisme entre les points de vente.

Dans cette perspective, un courant de littérature a traité de l'exclusivité territoriale et des conflits qui en découlent (Cox et Mason, 2009) et aussi du phénomène de l'*encroachment*, i.e. quand le franchiseur ajoute de nouvelles unités proches des unités existantes (Emerson, 2010 ; Kalnins, 2004 ; Stassen et Mittelstaedt, 1995 ; Vincent, 1998 ; Zeller et al., 1980). D'ailleurs, l'*encroachment* est un problème majeur dans le secteur de la franchise. Emerson (2010, p. 193) rapporte par exemple que les franchisés considèrent l'*encroachment* comme le problème numéro 1. Kalnins (2004) rappelle qu'il s'agit de la problématique soulevant les débats les plus virulents dans le monde de la franchise, et celle qui soulève le plus de débats lors des conventions de franchisés.

Par conséquent, on peut s'interroger sur l'*encroachment* dans le cas spécifique du E-commerce. En effet, l'abolition des frontières géographiques par Internet est de nature à mettre à mal les clauses d'exclusivité territoriale. Le franchisé bénéficiant d'une clause d'exclusivité territoriale dans son contrat de franchise peut considérer son franchiseur et/ou un autre franchisé du réseau – à l'initiative de la création d'un site Internet marchand – comme un concurrent direct sur son territoire, lui infligeant ainsi des pertes en termes de ventes et de revenus.

Selon la Commission européenne, « Internet est 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 » (point 52), c'est ce qui résulte des lignes directrices du 19 mai 2010 (2010/C 130/01). Celles-ci précisent qu'Internet n'est pas considéré comme un point de vente mais comme une modalité de vente. Ainsi, la création d'un site Internet marchand à l'initiative du franchiseur ou de l'un des franchisés du réseau, est autorisée par la Commission européenne. La Commission européenne fait donc le choix d'ouvrir la vente en ligne aux franchiseurs comme aux franchisés (Fabre, 2001, p. 461).

Ce choix soulève des enjeux juridiques et marketing que se propose d'explorer cet article dans une approche bi-disciplinaire. Il s'intéressera aux pratiques des franchiseurs (1.) et des franchisés (2.) en termes de *E-commerce* ainsi qu'aux solutions qui permettent aux franchiseurs de mener à bien la mise en œuvre de leur stratégie multi-canal, et d'anticiper les conflits potentiels liés à la présence de clauses d'exclusivité territoriale dans les contrats de franchise.

1. Site Internet marchand : initiative du franchiseur

La création par le franchiseur d'un site Internet marchand soulève des difficultés juridiques en cas d'exclusivité territoriale (1.1). Celles-ci peuvent être évitées par de bonnes pratiques managériales (1.2).

1.1. Aspects juridiques

Les lignes directrices sur les restrictions verticales adoptées par la Commission européenne le 19 mai 2010 posent le principe que « tout distributeur doit être autorisé à utiliser Internet pour vendre ses produits » (2010/C 130/01, point 52). Le franchiseur n'est pas visé spécifiquement par cette autorisation mais on conçoit tout à fait aisément que celui-ci est libre de distribuer ses produits/services via Internet.

De prime abord, cette activité *E-commerce* peut apparaître comme une source de difficultés lorsque le franchiseur est tenu par une clause d'exclusivité territoriale au profit de ses franchisés. Cette exclusivité territoriale peut prendre trois formes :

- L'exclusivité de franchise qui interdit au franchiseur d'installer un autre franchisé sur un territoire donné,
- L'exclusivité d'enseigne qui interdit au franchiseur d'implanter d'autres points de vente sous la même enseigne sur un territoire donné,
- L'exclusivité de fourniture qui interdit au franchiseur d'approvisionner tout autre point de vente.

Ces trois types d'exclusivité peuvent aussi être cumulés au sein du même contrat. Dès lors que ces clauses figurent au sein du contrat de franchise, on pourrait penser que le franchiseur qui crée un site Internet marchand viole cette exclusivité territoriale. Il sera en effet en mesure, par le biais du site, de servir des clients situés sur des territoires réservés à ses franchisés.

La Cour de cassation ne suit toutefois pas ce raisonnement. En effet, elle considère « que la création d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé »¹. Il s'agissait du cas *Flora Partner – Jardin des Fleurs*. Le contrat de franchise stipulait: « l'exclusivité territoriale implique que le franchiseur s'engage, pendant la durée du présent contrat, à ne pas autoriser l'ouverture d'autres points de vente *Jardin des Fleurs* dans le territoire d'exclusivité, en dehors de celui du franchisé. ». Le franchiseur ayant ouvert un site Internet marchand sous l'enseigne *Jardin des fleurs*, un franchisé de Marseille estimait que la garantie d'exclusivité avait été violée, et avait en conséquence assigné son franchiseur au Tribunal pour résiliation du contrat de franchise.

La création d'un site Internet marchand n'étant pas considérée comme l'ouverture d'un point de vente dans le territoire concédé, le franchiseur peut donc créer son site Internet marchand sans transgresser la clause d'exclusivité territoriale. La solution posée par la haute juridiction privilégie une interprétation stricte de la clause d'exclusivité

¹ Com, 14/03/2006, n° 03-14316, n° 03-14639 et n° 03-14640. Commentaire : Jacob J. et Jacob B., (2006), La création d'un site internet ne peut être assimilée à l'implantation d'un point de vente, *Revue Droit de l'immatériel* 2006, 17.

territoriale. En d'autres termes, dès lors que les stipulations contractuelles ne prévoient pas le contraire, la vente par Internet ne sera pas couverte par une clause d'exclusivité territoriale. La Cour de cassation analyse donc le site Internet comme un point de vente qui ne se rattache pas à une zone géographique déterminée. Internet est ainsi considéré comme un nouveau territoire, un lieu de communication et de commerce, non visé par le périmètre d'exclusivité territoriale. Il est pourtant possible qu'un site Internet ouvert par un franchiseur, amène une partie de la clientèle du franchisé à se détourner de lui pour acheter directement en ligne sur le site marchand du franchiseur. Les franchisés auront donc tout intérêt, s'ils souhaitent se prémunir d'une concurrence de leur franchiseur, de prévoir l'extension de leur clause d'exclusivité territoriale à la vente sur Internet en interdisant au franchiseur de vendre en ligne sur le territoire dont l'exclusivité leur a été concédée. Pour ce faire, il sera nécessaire qu'il y ait un équilibre entre les parties afin qu'elles puissent aménager leurs rapports contractuels (contrat négocié). En cas de disproportion de puissance entre le franchiseur et le candidat à la franchise, la partie faible se bornera à adhérer à un contrat dont le contenu a été fixé unilatéralement par l'autre (contrat d'adhésion). La liberté contractuelle du franchisé sera réduite puisque celui-ci aura pour seul choix de contracter ou non (Leveneur, 1998, p. 676). Même dans l'hypothèse où le franchisé a pu négocier l'extension de la clause d'exclusivité territoriale à la vente sur Internet, les lignes directrices permettront au franchiseur de réaliser des ventes passives, c'est-à-dire :

« le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs. » (point 51 des Lignes directrices)

Le franchisé pourra toutefois interdire à son franchiseur les ventes actives, c'est-à-dire :

« le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur Internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire. La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné sont considérées. » (point 51 des Lignes directrices)

Il en résulte que les clients pourront visiter le site Internet du franchiseur et prendre contact avec lui d'eux-mêmes. Le franchiseur pourra cependant s'engager à ne pas solliciter des clients ou groupes de clients situés sur un territoire déterminé (que ce soit par le biais de la publicité en ligne, d'un référencement, de mailing...). Il ne pourra toutefois pas prendre l'engagement de ne pas livrer des clients situés dans un ressort territorial déterminé, cette stipulation tomberait sous le coup du droit de la concurrence voire de la prohibition du refus de vente.

Il apparaît ainsi que le franchiseur pourra contracter avec des clients localisés sur le territoire pour lequel le franchisé bénéficie d'une exclusivité. Cette possibilité peut être difficile à comprendre pour les franchisés qui vont contribuer financièrement (par le biais de la redevance communication qu'ils vont verser au franchiseur) au fonctionnement d'un site Internet qui va concurrencer leurs activités.

Cette orientation de la Cour de cassation peut toutefois se justifier au regard d'une logique de valorisation et de développement par le franchiseur de la franchise. En effet, « la création d'un site Internet participe très largement à ce mouvement de valorisation, cette initiative ouvrant à la franchise un champ d'action considérable et constituant une vitrine très appropriée des capacités du fournisseur et de son réseau » (Lecourt, 2004, p. 623).

La décision unilatérale d'un franchiseur de créer un site Internet marchand ne fait pas l'objet d'une abondante jurisprudence. Deux cas de figure sont à envisager pour expliquer ce phénomène : soit cette possibilité ne soulève pas en pratique de difficultés majeures, soit les franchiseurs ne prennent pas cette décision de façon unilatérale, d'où l'intérêt d'envisager les aspects managériaux de cette création.

1.2. Aspects managériaux

Concrètement, le franchiseur qui adopte une stratégie *E-commerce* peut envisager différents modes opératoires. Plave et Amolsch (2000) en ont tout d'abord distingué quatre :

- le franchiseur gère l'activité de commerce en ligne dans son intégralité et se réserve ainsi l'ensemble des profits,
- le franchiseur gère l'activité de commerce en ligne mais partage les profits avec ses franchisés,
- le franchiseur gère l'activité de commerce en ligne avec ses franchisés qui prennent en charge l'exécution des commandes, les profits sont alors partagés entre franchiseur et franchisés,
- les franchisés gèrent leur propre activité de commerce en ligne indépendamment du franchiseur, et versent alors au franchiseur des redevances sur cette activité.

Plave et Miller (2001) ont regroupé ces quatre modes opératoires en trois catégories :

- l'activité de commerce en ligne est gérée exclusivement par le franchiseur,
- l'activité de commerce en ligne implique le franchiseur et les franchisés,
- l'activité de commerce en ligne est gérée exclusivement par le franchisé.

Dans le cadre de cette première section, on s'intéresse aux deux premières catégories, la troisième faisant l'objet de la seconde section de cet article.

Au niveau managérial, l'activité *E-commerce* gérée exclusivement par le franchiseur soulève des questionnements quant à l'essence même de la relation de franchise. En effet, nombreux sont les professionnels de la franchise à évoquer la relation gagnant-gagnant et l'esprit d'équipe. Les travaux académiques soulignent également l'importance de la culture du réseau (Kalika et Roussel, 2000 ; Ogaard et al., 2005 ; Kemp et Dwyer, 2001) souvent fondée sur la confiance (Andaleeb, 1996 ; Dickey et al., 2007 ; Zucker, 1986) et la coopération (Combs et Ketchen, 1999; Dyer et Singh, 1998).

Ainsi, il apparaît certainement plus opportun pour le franchiseur d'impliquer ses franchisés dans l'activité *E-commerce* afin de ne pas briser ces notions de confiance et de coopération, et d'éviter les conflits souvent mentionnés dans la littérature (Dant et Schul, 1992 ; Kaufmann et Stern, 1988 ; Spinelli et Birley, 1996 ; 1998) et vérifiés dans l'actualité des réseaux. En effet, les conflits peuvent nuire à l'image de l'enseigne, non seulement utile à l'attraction des clients mais aussi des futurs franchisés. Ces conflits peuvent, à terme, aboutir à la sortie du réseau de plusieurs franchisés (Frazer et Winzar, 2005 ; Ping, 1999), et donc affaiblir la position concurrentielle du réseau.

Une fois effectué le choix de faire participer les franchisés à l'activité *E-commerce*, il convient de déterminer les modes de coopération entre le franchiseur et ses franchisés. Une implication des franchisés semble primordiale dès l'origine du projet afin de fédérer les membres du réseau autour de la nouvelle stratégie. Cette collaboration peut consister à définir conjointement les objectifs du site Internet marchand, sa complémentarité avec les points de vente existants, la politique marketing en termes d'assortiment de produits/services, de prix, de promotion. Elle peut avoir lieu sous forme de débats lors des réunions régionales et/ou conventions nationales, mais aussi sous forme d'une commission thématique impliquant des représentants du franchiseur, et des représentants – volontaires, nommés ou élus – des franchisés se rencontrant régulièrement pour travailler sur le projet.

Il convient également de définir, de façon collaborative, la participation des franchisés à la stratégie multi-canal en elle-même. Sont-ils sollicités pour la gestion des commandes? Sont-ils sollicités en tant que plateforme de livraison ? Dans ce cas, sont-ils rémunérés dans la mesure où l'accueil du client venant retirer son colis mobilise du personnel ? Sont-ils à disposition des clients insatisfaits en cas de nécessité de retourner les articles (retours/échanges)?

Toutes ces questions opérationnelles doivent être considérées dans une logique de *cross-channel optimization* (Achabal et al., 2005). En effet, le franchiseur doit convaincre ses franchisés de l'intérêt d'un site Internet marchand, en termes d'image de marque, de position concurrentielle, d'augmentation de la fréquentation des points de vente. Il doit ainsi veiller à mettre en exergue les liens et la complémentarité entre les différents canaux pour que ses franchisés y trouvent un intérêt et adhèrent alors à sa

stratégie multi-canal, tout cela en renforçant la culture et les valeurs du réseau. Après avoir envisagé la création d'un site Internet marchand par le franchiseur, il est important d'étudier l'hypothèse d'une telle création par un franchisé.

2. Site Internet marchand : initiative du franchisé

La création d'un site Internet par le franchisé est également source de conflits lorsque le contrat de franchise prévoit une exclusivité territoriale. Ces conflits peuvent être anticipés sur le plan juridique (2.1) et managérial (2.2).

2.1. Aspects juridiques

La question de l'ouverture d'un site Internet marchand par un franchisé a été indirectement abordée par la Commission européenne dans les lignes directrices sur les ententes verticales (2010/C 130/01). La Commission considère en effet que tout distributeur doit pouvoir utiliser Internet pour vendre ses produits/services. Il en résulte qu'un franchisé peut utiliser Internet dans un but commercial.

Cette utilisation est autorisée dès lors qu'il s'agit de ventes « passives ».

Le franchiseur peut néanmoins interdire à un franchisé les ventes « actives » à destination des zones exclusives accordées à d'autres membres du réseau.

S'agissant des ventes passives sur Internet, si le franchisé peut en principe utiliser Internet pour commercialiser les produits/services de son franchiseur, ce dernier peut toutefois limiter ce droit. La Commission européenne a en effet prévu des hypothèses dans lesquelles le franchiseur peut interdire la vente en ligne à ses franchisés. C'est d'abord le cas lorsque l'interdiction de vendre sur Internet est objectivement justifiée, notamment au regard de la nature des produits (point 51). Le franchiseur pourra également interdire la vente en ligne en cas d'entrée sur un nouveau marché ou d'introduction d'une nouvelle marque (ou bien encore pour tester un nouveau produit dans une région spécifique). Cette interdiction se justifie par la nécessité de protéger les investissements, notamment marketing, supportés par le franchisé qui permet de « tester » le nouveau marché ou la nouvelle marque. En outre, le franchiseur peut imposer le respect par ses franchisés de certaines normes de qualité pour la présentation

du site et leur imposer de fournir les services qu'il estime nécessaire pour que l'image de marque de la franchise soit respectée (point 54). Il peut aussi prévoir que les sites Internet des franchisés contiendront des liens vers son site Internet et/ou celui des autres franchisés. Le franchiseur peut encore obliger ses franchisés à vendre certaines quantités (en produit ou en valeur) de produits dans ses points de vente physiques (point 52 c). Il ne peut toutefois pas imposer une quantité pour les produits vendus en ligne.

Il apparaît donc clairement que le franchisé peut fournir des produits/services à des clients situés sur le territoire d'un autre franchisé, et ce malgré l'existence d'une clause d'exclusivité territoriale dans le contrat de franchise. Le principal obstacle que rencontrerait un franchisé est le fait qu'un site Internet est rarement attractif en soi, « à moins que ce site fasse l'objet d'un réel effort de promotion auprès de cette clientèle, ce qui sera qualifié comme moyen « actif » de vente et qui pourra donc être limité en vue de protéger une exclusivité » (Gurin, 2011, p. 32). Toutefois, un consommateur peut chercher de lui-même un site Internet et trouver le site d'un franchisé. Cela sera notamment le cas lorsque celui-ci est bien référencé ou qu'il a fait l'objet d'une publicité efficace (à condition qu'elle ne vise pas spécifiquement un public ou un territoire particulier) ou lorsqu'il contient le nom de la marque dans son nom de domaine (à condition qu'il ait pour ce faire l'accord du franchiseur) ou comme méta-tag (ce qui lui permettra d'être référencé sur les moteurs de recherche) (Vanard, 2009). Cela sera enfin le cas lorsque des hyperliens renverront à son site. Il apparaît donc qu'une clause d'exclusivité territoriale pourra être paralysée d'effet du fait de l'ouverture par un autre franchisé d'un site Internet marchand.

La question d'une action en responsabilité contractuelle ou délictuelle pourra être posée. Il pourrait être en effet envisageable qu'un franchisé mette en jeu la responsabilité contractuelle de son franchiseur lorsque des clients situés dans la zone couverte par l'exclusivité territoriale concédée par le contrat de franchise, se fournissent par le biais d'Internet chez un autre franchisé du réseau. Le franchiseur pourrait également engager une action en responsabilité contractuelle contre le franchisé qui ne respecte pas l'exclusivité territoriale. Il serait également possible d'imaginer une mise en jeu de la responsabilité délictuelle d'un franchisé qui aurait violé une clause de son contrat de franchise et ainsi causé un préjudice à un autre franchisé. Ces actions en responsabilité

n'auraient de chance d'aboutir qu'en cas de vente active du franchisé car si ce dernier s'est contenté de ne réaliser que des ventes passives, son comportement est conforme aux prescriptions communautaires. Même en cas de vente active, les chances de succès sont minces si l'on suit le raisonnement que la Cour de cassation a appliqué à l'ouverture par un franchiseur d'un site Internet marchand (Com. 14/03/2006, n° 03-14639). Celle-ci considérant que la création par un franchiseur d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans un secteur protégé et n'emporte donc pas violation de la clause d'exclusivité territoriale (Jacob et Jacob, 2006, 17).

Conscient de ces difficultés et de la nécessité de protéger son réseau en contrôlant la commercialisation de ses produits/services, un promoteur d'un réseau de distribution sélective de produit, la Société Pierre Fabre, a interdit à ses distributeurs de commercialiser ses produits sur Internet. Dans une décision du 29 octobre 2008 (n° 08-D-25), le Conseil de la concurrence a considéré que l'interdiction faite par la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique à ses distributeurs agréés, de vendre certains produits sur Internet, était contraire au droit communautaire de la concurrence. Cette stipulation contractuelle a été interdite par le Conseil de la concurrence qui a condamné la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique au paiement de la somme de 17.000 € au titre des dommages et intérêts assortie d'une injonction de suppression de la clause litigieuse. La société Pierre Fabre Dermo-cosmétique a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de Paris. Celle-ci a décidé, par un arrêt du 29 octobre 2009 (Pôle 5, chambre 5-7, n° 74), de surseoir à statuer et de poser à la Cour de Justice de l'Union Européenne la question préjudicielle suivante : « *l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue-t-elle effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE* » ? La CJUE n'a toujours pas statué. L'Avocat général de la CJUE, M. Mazák, a toutefois rendu ses conclusions sur cette affaire (affaire C-439/09 Pierre-Fabre Dermo-Cosmétique SAS /c Président de l'Autorité de la Concurrence et Ministre de

l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi) le 3 mars 2011 et est allé dans le sens de l'Autorité de la concurrence. Il a rappelé qu' « *une interdiction générale et absolue de vendre sur Internet ne pourrait être proportionnée que dans des circonstances très exceptionnelles* ». Il reconnaît la légitimité de « *préserver l'image de luxe* » des produits de beauté en question mais considère qu'il n'y a pas lieu d'exclure ce « *moyen moderne de distribution* ». Cette espèce concerne une distribution sélective de produit mais elle est tout à fait transposable dans le domaine de la franchise. Cette position soulève donc des difficultés puisque « la diversité des secteurs d'activité susceptibles d'être gagnés par ce mode de commercialisation et l'évolution technologique des moyens susceptibles d'être mis en œuvre à cette fin rendent bien nécessaire la recherche d'un équilibre entre la liberté de revendre et la protection des réseaux, qui est loin d'être assurée aujourd'hui » (Ferrier, 2011, p. 540).

Il apparaît donc primordial pour le franchiseur d'anticiper sur le plan managérial la création de sites Internet marchands par ses franchisés.

2.2. Aspects managériaux

Selon certains experts de la franchise, l'intérêt pour un franchisé de créer et gérer un site Internet est considérablement réduit si son franchiseur a su développer, en amont, un site Internet performant - en termes de communication, et éventuellement en termes de *E-commerce* -, et si celui-ci a su impliquer ses franchisés dans la mise en œuvre de sa stratégie multi-canal.

En effet, la création et la gestion d'un site Internet marchand peut constituer un savoir-faire organisationnel du franchiseur. Il convient de rappeler que la notion de savoir-faire est au cœur de la franchise (Code de déontologie européen de la franchise). Les professionnels de la franchise ainsi que les chercheurs font souvent références aux savoir-faire de métier qui consistent en un « ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci » (Code de déontologie européen de la franchise). Or, les franchiseurs ne disposent pas seulement de savoir-faire de métier transmis aux franchisés pour leur permettre de bien exploiter leur unité au quotidien. Ils disposent également de savoir-faire relevant de l'ingénierie et du management de réseau, ceux-ci

n'étant pas communiqués aux franchisés (El-Akremiti et al., 2009 ; Perrigot et al., 2011). Selon ces auteurs, ces savoir-faire organisationnels reflètent les capacités systémiques et transversales permettant à un franchiseur de coordonner durablement la création et l'utilisation de ses actifs stratégiques et de son savoir-faire de métier dans le but d'atteindre ses objectifs. A partir d'une étude réalisée auprès de 211 franchiseurs, différents savoir-faire organisationnels ont été distingués (El-Akremiti et al., 2009). Il s'agit de la codification/transmission/réplication, du soutien au management des ressources humaines, du suivi/contrôle des unités, de la communication externe, de l'adhésion/cohésion interne, de l'agilité organisationnelle, des achats/logistique et de l'accès au financement. Ainsi, on peut considérer que l'activité de *E-commerce* pourrait, dans le futur, s'avérer être un savoir-faire organisationnel à part entière, ou bien une composante de l'un des savoir-faire organisationnels déjà recensés, notamment *l'agilité organisationnelle* ou la *communication externe*.

Dans ce cas, le franchiseur doit faire tout son possible pour bien maîtriser le savoir-faire lié au *E-commerce*, en investissant suffisamment de ressources aussi bien financières que techniques et humaines. Son site web marchand aura dès lors toute sa légitimité, et satisfera les attentes des franchisés en termes de présence de la marque sur Internet. Ces derniers n'auront donc pas d'intérêt particulier à créer leur propre site web marchand, et à s'engager dans des problématiques logistiques, financières, etc.

En outre, cette absence d'intérêt du franchisé à l'égard de la création d'un site web marchand sera d'autant plus grande s'il a été impliqué lors de la mise en œuvre de la stratégie multi-canal, tel qu'on l'a vu précédemment dans le cadre du site web marchand créé à l'initiative du franchiseur.

Conclusion

Au regard des éléments développés dans les deux sections ci-dessus, il apparaît que la vente en ligne, qu'elle soit pratiquée par le franchiseur ou l'un des franchisés du réseau, peut remettre en cause l'exclusivité territoriale qui est fréquemment consentie dans le cadre d'un contrat de franchise. De là à penser que la vente en ligne sonne le glas de toute exclusivité territoriale dans les contrats de franchise, il n'y a qu'un pas qu'il ne faut pas franchir.

D'une part, il convient de rappeler que l'exclusivité territoriale sera toujours valable s'agissant de la vente dans les points de vente physiques. Or, la forte progression de la vente en ligne n'entraînera pas la disparition de la vente traditionnelle via les points de vente physiques. En effet, dans la plupart des secteurs d'activités de la franchise, le consommateur aura toujours 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 » (Gast et Renaud, 2001, p. 4). Le consommateur aura également toujours besoin de points de rencontre et de conseil.

D'autre part, les acteurs de la franchise pourront aménager leurs rapports contractuels afin que la possibilité de recourir à Internet reste compatible avec une exclusivité territoriale. Ils devront déceler les difficultés que peut soulever le recours à la vente en ligne afin d'éviter celles-ci et afin de maintenir un équilibre contractuel. Pour qu'une exclusivité territoriale reste compatible avec la vente en ligne, il sera nécessaire que le franchiseur et ses franchisés déterminent précisément les conditions d'une éventuelle distribution en ligne des produits/services, avec notamment l'élaboration et la diffusion d'une *E-bible*. Ils pourront ainsi convenir de la mise en place par le franchiseur d'une interface commune financée par un prélèvement sur le budget de communication nationale avec une contrepartie pour les franchisés qui serait un partage du chiffre d'affaires réalisé par la vente en ligne. Ils pourront ainsi se mettre d'accord sur les modalités de la distribution en ligne (limitation de gammes, référencement, positionnement...), sur un éventuel rôle des franchisés dans cette distribution en ligne (point de conseil physique, point d'expédition, relai logistique...). Cette interface unique permettra d'éviter la prolifération des sites Internet marchands qui désorganise le réseau et peut rompre son homogénéité (Lecourt, 2004, p. 623). Les enjeux sont en effet fondamentaux puisqu'il s'agit notamment de maintenir un réseau uniforme, une image de marque forte au regard de la clientèle (Cox et Mason, 2007 ; Kaufman et Eroglu, 1998 ; Streed et Cliquet ; 2008), et un positionnement prix cohérent mais également de bonnes relations non seulement franchiseur/franchisés mais aussi franchisés/franchisés.

De façon plus générale, au-delà d'un aménagement du contrat, un simple respect de l'esprit du contrat, et notamment des exclusivités territoriales qui peuvent y être

stipulées, pourrait éviter d'éventuels litiges. Les franchiseurs comme les franchisés sont d'ailleurs soumis à l'obligation d'exécuter de bonne foi leurs engagements contractuels. Il existe de multiples exemples de sanction par la jurisprudence d'exécution de mauvaise foi de contrats de franchise. Dans l'affaire *Jardin des Fleurs*, exposée précédemment, la Cour d'Appel de renvoi a résilié le contrat aux torts du franchisé car celui-ci n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi (CA Toulouse, 11/12/2007, n° 06-02400). Les franchiseurs comme les franchisés ont alors tout intérêt à privilégier la négociation contractuelle et l'exécution de bonne foi de leurs contrats. Dans le cas contraire, il y aurait un risque d'intervention contraignante du législateur en ce domaine qui aurait pour but de réglementer un aspect litigieux. Or, un encadrement précis en ce domaine amoindrirait la souplesse et la flexibilité nécessaires au développement des réseaux de franchise.

Enfin, cette notion de conflit lié à la création d'un site Internet marchand conduit aussi à s'interroger sur les réseaux mixtes, au sein desquels les franchisés sont confrontés « à la concurrence » d'unités en propre appartenant au franchiseur. La majorité des franchiseurs adoptent cette forme particulière quel que soit le secteur d'activité, et ceci pour différentes raisons telles que la croissance, l'uniformité, la réactivité et l'adaptation (Bradach, 1997). Nombreux sont les travaux académiques à avoir souligné les synergies de cette mixité organisationnelle (Bradach, 1997, 1998 ; Cliquet, 2002 ; Ehrmann et Spranger, 2004 ; Lafontaine et Shaw, 2005). Peu sont ceux qui ont examiné ce sujet dans une perspective « franchisés » à l'exception d'une communication récente de Perrigot et Herrbach (2011). Ces auteurs ont mis en lumière les limites de la mixité perçues par les franchisés, notamment en termes de conflits et de perception d'une concurrence déloyale. Un parallélisme avec les problématiques de vente en ligne par le franchiseur pourrait certainement apporter un éclairage complémentaire.

Références

- Abell M. et Scott A. (2000), The e-commerce challenge for franchising, *Managing Intellectual Property*, 101, 34-37.
- Achabal D., Kalyanam K., Chu J. et Badgett M. (2005), Cross Channel Optimization – A Strategic Roadmap for Multichannel Retailers, *IBM Institute for Business Value*, 1-16.

- Andaleeb S. S. (1996), An Experimental Investigation of Satisfaction and Commitment in Marketing Channels: the Role of Trust and Dependence, *Journal of Retailing*, 72, 1, 77-93.
- Bradach J. L. (1997), Using the plural form in the management of restaurant chains, *Administrative Science Quarterly*, 42, 2, 276-303.
- Bradach J. L. (1998), *Franchise Organizations*, Harvard Business School Press, Boston.
- Cedrola E. et Memmo S. (2009), Internet for Franchising: Current Use and Areas for Improvement – Results from an Empirical Research, *Journal of Euromarketing*, 18, 5-21.
- Cliquet G. (2002), Les réseaux mixtes franchise-succursalisme: apports de la littérature et implications pour le marketing des réseaux de points de vente, *Recherche et Applications en Marketing*, 17, 1, 57-73.
- Code de déontologie européen de la franchise, <http://www.franchise-fff.com/comprendre-la-franchise/le-cadre-reglementaire/le-code-de-deontologie-europeen.html>.
- Combs J.G. et Ketchen D.J. (1999), Explaining Interfirm cooperation and performance: toward a reconciliation of the resource-based view and organizational economics, *Strategic Management Journal*, 20, 867-888.
- Cox J. et Mason C. (2007), Standardisation versus Adaptation: Geographical Pressures to Deviate from Franchise Formats, *Service Industries Journal*, 27, 8, 1053-1072.
- Cox J. et Mason C. (2009), Franchise network restructuring: Pressures, constraints and mechanisms, *Entrepreneurship and Regional Development*, 21, 5/6, 503-527.
- Dant R. P. et Schul P. L. (1992), Conflict Resolution Processes in Contractual Channels of Distribution, *Journal of Marketing*, 56, 1, 38-54.
- Dixon H. et Quinn B. (2004), Franchising and the Internet: an exploratory study of franchisor Web sites, *Internet Research*, 14, 4, 311-322.

- Dickey M. H., McKnight D. H. et George J. F. (2007), The Role of Trust in Franchise Organizations, *International Journal of Organizational Analysis*, 15, 3.
- Dyer J. et Singh H. (1998), The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive strategy, *Academy of Management Review*, 23, 660-679.
- Ehrmann T. et Spranger G. (2004), Successful franchising using the plural form, *Economics and Management of Franchising Networks*, Windsperger J., Cliquet G., Hendrikse G. et Tuunanen M. (eds.), Physica-Verlag, Heidelberg, 89-108.
- El Akremi A., Perrigot R., Herrbach O., Mignonac K. (2009), *Quels sont les savoir-faire sources de l'avantage concurrentiel en franchise ?*, rapport pour la Fédération Française de la Franchise.
- Emerson R. W. (2010), Franchise Encroachment, *American Business Law Journal*, 47, 2, 191-290.
- Fabre R. (2001), Les contrats de distribution et Internet à la lumière du nouveau règlement communautaire, *Dalloz*, 461.
- Fédération Française de la Franchise, Groupe Banque Populaire, Le Figaro Economie, CSA (2010), *Enquête annuelle sur la franchise*.
- Fédération du e-commerce et de la vente à distance - FEVAD (2011), *Bilan annuel du e-commerce en 2010*.
- Ferrier D. (2011), Concurrence-Distribution, *Dalloz*, 540.
- Floriani B. et Lindsey M. K. (2001), The continuing impact of the Internet on international franchising, *International Journal of Franchising and Distribution Law*, 3, 3, 175-237.
- Fontenot G., Keaty A. et Srivastava R. (2006), Selling on the Internet into the Franchisee's territory: Is it Breach of Contract, or Fair Competition?, *Journal of Marketing Channels*, 13, 3, 79-83.

- Frazer L. et Winzar H. (2005), Exits and expectations: why disappointed franchisees leave, *Journal of Business Research*, 58, 11, 1534-1542.
- Gast O. et Renaud O. (2001), Internet en toute franchise : Quelle est la marge de manœuvre du franchiseur ?, *Petites affiches*, 167, 4.
- Gotsopoulou N. (2000), Legal issues on international franchising and electronic commerce, *Business Law Review*, 21, 12, 288-290.
- Gurin A. (2011), Nouvelles règles relatives aux restrictions verticales, *JCP Entreprises et affaires*, 3, 26-33.
- Jacob J. et Jacob B. (2006), La création d'un site internet ne peut être assimilée à l'implantation d'un point de vente, *Revue Droit de l'immatériel*, 17.
- Kalika M. et Roussel P. (2000), *Franchise et Culture Managériale, études des facteurs humains et organisationnels conditionnant la pratique, typologie de franchiseurs*, rapport pour la Fédération Française de Franchise.
- Kalnins A. (2004), An empirical analysis of territorial encroachment within franchised and company-owned branded chains, *Marketing Science*, 23, 476-489.
- Kaufmann P. J. et Eroglu S. (1998), Standardization and adaptation in business format franchising, *Journal of Business Venturing*, 14, 69-85.
- Kaufmann P. J. et Stern L. W. (1988), Relational Exchange Norms, Perceptions of Unfairness, and Retained Hostility in Commercial Litigations, *Journal of Conflict Resolution*, 32, 534-552.
- Kemp S. et Dwyer L. (2001), An examination of organisational culture – the Regent Hotel, Sydney, *International Journal of Hospitality Management*, 20, 77-93.
- Lafontaine F. et Shaw K. L. (2005), Targeting managerial control: Evidence from franchising, *RAND Journal of Economics*, 36, 1, 131-150.
- Lecourt A. (2004), Franchise et internet : des rapports contractuels délicats, *D*, 623.

- Leveneur L. (1998), *La liberté contractuelle en droit privé*, AJDA.
- Lignes directrices sur les restrictions verticales (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (2010/C 130/01), *Journal officiel de l'Union européenne*, 19 mai.
- Øgaard T., Larsen S. et Marnburg E. (2005), Organizational culture and performance—evidence from the fast food restaurant industry, *Food Service Technology*, 5, 1, 23-34.
- Paswan A. K., Wittman C. M. et Young J. (2004), Intra, Extra, and Internets in Franchise Network Organizations, *Journal of Business-to-Business Marketing*, 11, 1/2, 103-127.
- Perrigot R. et Herrbach O. (2011), The plural form from the inside: A study of franchisee perceptions about the existence of company-owned outlets within their network, *Proceedings of the International Society of Franchising Conference*, Boston, June, 16-18.
- Perrigot R., Herrbach O. et El Akremi A. (2011), L'impact de la mixité sur la maîtrise des savoir-faire organisationnels des franchiseurs, *Economies et Sociétés*, à paraître.
- Ping Jr R. A. (1999), Unexplored Antecedents of Exiting in a Marketing Channel, *Journal of Retailing*, 75, 2, 218.
- Plave L. J. et Amolsch R. B. (2000), How to implement dot.com franchising solutions: two aspects of a multi-faceted issue, *Franchising World*, 32, 5, 17-19.
- Plave L. J. et Miller M. (2001), International Franchising and e-commerce: adapting franchise systems to the global electronic marketplace, *International Journal of Franchising and Distribution Law*, 3, 4, 259-313.
- Simon F.-L. (2008), L'exécution du contrat de franchise, *Petites Affiches*, 243, 36.
- Spinelli S. et Birley S. (1996), Toward a theory of conflict in the franchise system, *Journal of Business Venturing*, 11, 5, 329-342.
- Spinelli S. et Birley S. (1998), An Empirical Evaluation of Conflict in the Franchise System, *British Journal of Management*, 9, 4, 301.

- Stassen R. E. et Mittelstaedt R. A. (1995), Territory encroachment in maturing franchise systems, *Journal of Marketing Channels*, 4, 1/2, 27-34.
- Streed O. et Cliquet G. (2008), Concept Uniformity: Control Versus Freedom in Business Franchising, *Strategy and Governance of Networks, Cooperatives, Franchising, and Strategic Alliances Series*, G. Hendrikse, M Tuunanen, J. Windsperger et G. Cliquet (eds.), Springer, 205-220.
- Vanard J. (2009), Dessesins européens pour la distribution en ligne, *Revue Lamy de la Concurrence*, 21.
- Vincent W. S. (1998), Encroachment: Legal restrictions on retail franchise expansion, *Journal of Business Venturing*, 13, 29-41.
- Watson A., Kirby D. A. et Egan, J. (2002), Franchising, retailing and the development of e-commerce, *International Journal of Retail and Distribution Management*, 30, 5, 228-237.
- Young J. A., Clark P. W. et McIntyre F. S. (2007), The Web as an E-Commerce Medium: An Exploratory Study of Consumer Perceptions in a Restaurant Setting, *Journal of Marketing Channels*, 14, 1/2, 5-22.
- Zeller R. E., Achabal D. D. et Brown L. A. (1980), Market penetration and locational conflict in franchise systems, *Decision Sciences*, 80, 58-80.
- Zucker L. G. (1986), Productions of Trust: Institutional Sources of Economic Structure, 1840-1920, *Research in Organizational Behavior*, 8.