

Journal des tribunaux

17 février 2001
120^e année - N° 6000

Bureau de dépôt : Charleroi X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1899) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

7 ISSN 0021-812X

EDITORIAL

Le 4 juin 1977, le *J.T.* publiait son 5000^e numéro. C'était un numéro qui ne contenait ni doctrine, ni jurisprudence. Le rédacteur en chef de l'époque, Jean Dal, indiquait dans son éditorial qu'il avait apparu opportun au comité de rédaction «de faire du cinq millième numéro du *J.T.*, une petite musique de jour, un rien farfelue, drôle si ses séquences ne sont pas trop indignes de ce propos ». Il annonçait déjà en même temps que «les grandes orgues » retentiraient en 1982 pour la célébration du centenaire du *J.T.*, ce qui fut le cas puisque nous avons publié à cette occasion un numéro de 168 pages. Malheureusement Jean Dal n'était plus là pour assister à la séance académique qui eut lieu à cette occasion en présence du roi Baudouin au Palais de justice de Bruxelles.

Si le cinq millième numéro fut un numéro dominé par l'humour, tout en musique légère, nous avons choisi pour le numéro 6000 de nous tourner vers l'avenir en le consacrant entièrement aux aspects juridiques des nouvelles technologies.

Certes, on peut avoir des opinions différentes au sujet d'Internet et certains moins doués que les autres s'énervent parfois lorsqu'ils ne trouvent pas sur certains sites juridiques ce qu'ils y cherchent.

L'*e-mail* est un outil sans doute merveilleux par sa rapidité pour ceux qui ont des doigts agiles sur le clavier, mais certains se demandent aussi pourquoi tout doit aller plus vite aujourd'hui qu'hier. Et n'est-il pas souvent plus agréable d'analyser un arrêt de la Cour de cassation en le lisant sur le papier plutôt que sur un écran?

Mais notre objectif n'est pas de porter un jugement de valeur sur les nouvelles technologies. Celles-ci existent; elles suscitent des problèmes juridiques qui ne peuvent laisser indifférent. Nous remercions les spécialistes de ce droit en formation qui nous ont apporté leur collaboration dans les dix articles qui suivent, mettant ainsi leur savoir et leurs critiques à la disposition de tous nos lecteurs.

Le *J.T.* désire s'adapter à cette évolution. Dans quelques mois, il pourra être consulté sur Internet.

Le 6000^e numéro n'est qu'une étape dans la vie du *J.T.* qui entre dans sa cent-vingtième année au service de ses lecteurs. Le comité de rédaction, avec l'appui de son éditeur De Boeck & Larcier, envisage l'avenir du *J.T.* avec optimisme.

Le rédacteur en chef,
R.O. DALCQ

SOMMAIRE

- Editorial, par R.O. Dalcq 113
- L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique, par D. Gobert et E. Montero 114
- Le paiement sur internet, par J.-P. Buyle 129
- La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet, par A. Strowel, N. Ide et F. Verhoestraete 133
- L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité, par A. Cruquenaire 146
- Internet et vie privée : entre risques et espoirs, par Y. Pouillet 155
- La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels, par T. Verbiest et E. Wéry 165
- Réseaux de distribution et commerce électronique, par J.-P. Triaille et M. Troncoso Ferrer 173
- La brevetabilité des méthodes commerciales liées à Internet, par B. Michaux 179
- e-Business : aspects juridiques, par D. Kaesmacher et P. Verplancke .. 183
- Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire, par M. Pertegás Sender 191
- Chronique judiciaire, par M. Mahieu .. 196

2 0 0 1

113

Pour marquer l'événement, les éditions Larcier, ont mis ce numéro 6000, en ligne à l'adresse : www.larcier.be/jt6000.

RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ET COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Le commerce électronique, en plein essor, doit s'articuler désormais avec les réseaux de vente préexistants. Les entreprises à la tête de ces réseaux désirant se lancer dans une activité de vente virtuelle devront respecter les nouvelles règles de concurrence de la Commission européenne en matière de distribution, qui, adaptées au commerce électronique, entraînent dans leur chef des conséquences pratiques. Ceci devra parfois les inciter à revoir le cadre contractuel dans lequel s'insèrent leurs rapports avec les membres de leur réseau.

INTRODUCTION

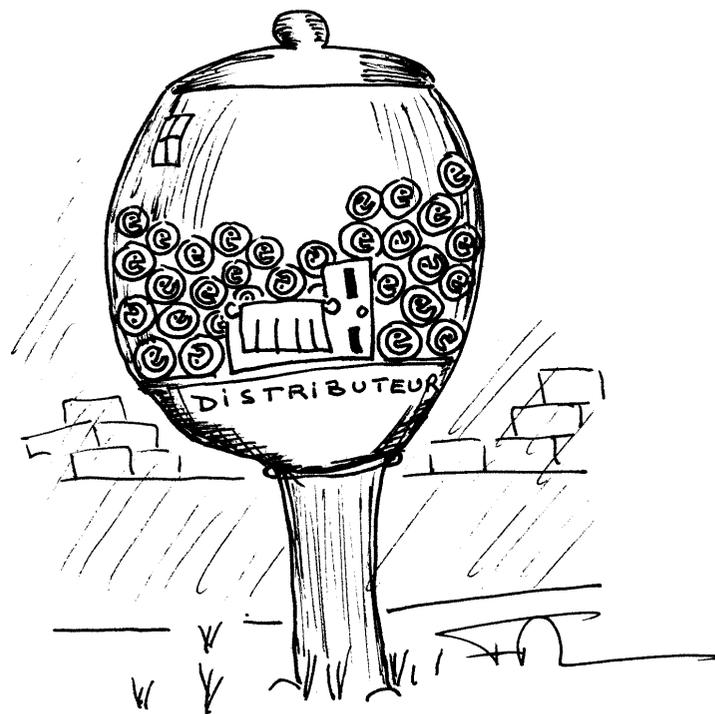
En raison de l'importance grandissante de l'utilisation d'Internet et, en conséquence, de l'essor du commerce électronique, toute entreprise ayant aujourd'hui une activité commerciale orientée vers des consommateurs (« business to consumer », ou pour utiliser le jargon en vogue, « B2C ») doit envisager le développement de celle-ci sur « la Toile ». Lorsque cette activité repose sur l'existence de réseaux de distribution déjà établis (qu'il s'agisse des réseaux de franchise, de distribution exclusive ou de distribution sélective), le passage à la distribution par Internet ne se fait pas sans difficultés pratiques (1), et il en va de même pour organiser juridiquement la coexistence et la compatibilité entre les deux modes de vente (virtuel et réel) (2). Cependant, ces problèmes de compatibilité entre réseau de distribution physique et méthodes de vente par Internet ne sont pas insurmontables, et plus encore, l'existence des réseaux de distribution physique déjà organisés constitue pour les entreprises de distribution un atout leur permettant de devenir des acteurs majeurs de la distribution sur Internet.

Nous examinerons tout d'abord les questions relatives à la compatibilité entre les réseaux de distribution (en nous concentrant sur la distribution exclusive et la distribution sélective) et la vente virtuelle pour ensuite, sur la base de ce qui aura été avancé à ce propos, proposer certaines pistes pour le développement des réseaux existants via Internet.

Notre analyse, effectuée sous l'angle du droit de la concurrence et du droit communautaire, portera donc essentiellement sur l'incidence d'Internet sur les relations entre distributeurs et fournisseurs des réseaux de vente traditionnels, sans examiner les éventuels conflits entre ces derniers et les éventuels revendeurs non agréés qui commercialiseraient sur Internet les produits déjà vendus au sein du réseau physique, car cela nous amènerait à traiter des matières connexes comme l'épuisement des droits de marque, ce qui exigerait des déve-

(1) Rappelons à ce propos l'expérience du site www.levis.com, dans lequel l'activité de vente a dû être réduite du fait des différends entre l'organisateur du réseau et les revendeurs agréés (voy. www.juriscom.net/txt/jurisfr/ce/caversaillers19991202.htm; Trib. Comm. Nanterre, ord. réf., 4 oct. 2000, *s.a. Yves Saint Laurent Parfums, s.a. Parfums Van Cleef & Arpels c. s.a. Parfumsnet*, disponible à l'adresse www.juriscom.net/txt/jurisfr/ce/tcnanterre20001004.htm

(2) A titre d'illustrations, cf. Versailles, 13^e ch., 2 déc. 1999, *Société P.F. Dermo Cosmétique e.a. c. Alain B.* (mieux connu comme arrêt *Fabre*, sur lequel nous reviendrons), disponible à l'adresse www.juriscom.net/txt/jurisfr/ce/caversaillers19991202.htm; Trib. Comm. Nanterre, ord. réf., 4 oct. 2000, *s.a. Yves Saint Laurent Parfums, s.a. Parfums Van Cleef & Arpels c. s.a. Parfumsnet*, disponible à l'adresse www.juriscom.net/txt/jurisfr/ce/tcnanterre20001004.htm



loppements qui excéderaient le cadre du présent article (3). De nombreuses autres questions pourraient encore être examinées, comme les droits respectifs des parties sur les noms de domaine utiles pour le réseau, sur les conséquences de l'existence de réseaux électroniques et de connexions permanentes entre les différents membres du réseau sur l'indépendance réelle des distributeurs, sur les informations à donner aux utilisateurs et aux visiteurs des sites concernés; ces points ne sauraient cependant être utilement considérés dans les limites de la présente contribution.

1. COMPATIBILITÉ DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION AVEC LE COMMERCE SUR INTERNET

1. — Dans le cadre de la distribution exclusive

A. — Définition et conditions de licéité d'un réseau de distribution exclusive

Dans le cadre de ce mode de distribution, le fournisseur accepte de ne vendre sa production qu'à un seul distributeur en vue de la revente sur un territoire déterminé, et dans le même temps, le distributeur se voit souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires exclusifs (4). Le risque que représentent, pour la sauvegarde de la concurrence, ces types de réseau est la limitation de la concurrence « intrabrand » (concurrence au sein de la même marque) en ce sens

(3) A ce propos, C. Moltancino, « Importations parallèles, coexistence du droit de la concurrence et du droit des marques », *Dalloz Affaires*, 1999, n° 178, p. 1479; T. De Las Heras Lorenzo, *El agotamiento del Derecho de marca*, Madrid, 1994, ed. Montecorvo.

(4) C'est la définition contenue dans la communication de la Commission européenne intitulée « Lignes directrices sur les restrictions verticales » (2000/C 291/01), *J.O.C.E.*, C 291, 13 oct. 2000, § 161 (ci-après « les lignes directrices »), disponibles à l'adresse www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/

qu'ils empêchent tout autre distributeur potentiel d'entrer sur le marché déjà octroyé à un distributeur. La conséquence de cette restriction est évidemment la possibilité pour l'organisateur du réseau d'opérer des cloisonnements de marchés et des discriminations par les prix.

En vue d'éviter ces cloisonnements des marchés, le récent « règlement d'exemption par catégorie » applicable, au niveau communautaire, aux accords verticaux (5) condamne, et exclut de la possibilité d'être exemptées (et donc tolérées), les restrictions contractuelles concernant le territoire sur lequel ou la clientèle à laquelle le distributeur peut vendre les biens ou services faisant l'objet de l'accord. La seule exception admise par le règlement d'exemption, et qui peut donc être prévue par les contrats, est la restriction des ventes dites « actives » vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par ce dernier à un autre distributeur, à la condition qu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des clients du distributeur (6); c'est cette exception qui va nous intéresser ici.

Dans le même sens, en matière de distribution automobile, régie par un règlement communautaire spécifique, le fournisseur peut uniquement interdire au revendeur de pratiquer une « politique commerciale active » en dehors du territoire qui lui a été attribué (7).

La possibilité de vendre des produits ou de proposer des services via Internet entraîne quasi nécessairement (sauf à prévoir des restrictions d'accès au site Web) que l'offre devient accessible hors de toute restriction territoriale et sans délimitation aucune quant à la clientèle potentielle. Pour certains types de produits et pour la plupart des services, le réseau permettra en outre l'exécution du contrat (la livraison du logiciel ou du morceau de musique, la fourniture du service de conseil), sans déplacement aucun du distributeur hors de son territoire ni même du client vers le magasin du distributeur. Par rapport à des mécanismes de distribution exclusive, les possibilités offertes par le commerce électronique posent donc un problème fondamental en ce qu'elles court-circuitent tout le mécanisme mis en place par le producteur à l'origine du réseau.

Les textes communautaires précités nous serviront de base pour déterminer les limites d'action du concédant lorsque les distributeurs essaient d'utiliser Internet comme outil commercial.

B. — L'utilisation d'Internet par les membres du réseau

Au regard des deux règlements précités, il semble juridiquement impossible pour le fournisseur d'interdire à ses distributeurs de vendre les produits ou d'offrir les services concernés sur Internet, ou de se réserver par voie contractuelle le monopole de la vente par Internet.

En effet, tel que cela a été indiqué ci-dessus, le droit communautaire ne permet pas que le fournisseur interdise par contrat à ses distributeurs la pratique des ventes *passives*; or la Commission a précisé et explicitement estimé tout récemment à ce propos, dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales, que l'utilisation d'Internet à des fins publicitaires devait en général être considérée comme une forme de vente passive (8). En conséquence, chaque fois que les accords de distribution en question sont susceptibles d'être visés par les règles européennes du droit de la concurrence (et donc chaque

fois que les seuils *de minimis* sont franchis) (9), chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité des produits faisant l'objet du contrat de distribution ou pour les vendre, et le contrat ne peut le lui interdire.

De même, en matière de distribution automobile, l'interdiction de pratiquer une politique commerciale active en dehors du territoire concédé ne peut conduire à empêcher le distributeur d'utiliser des moyens publicitaires par lesquels il s'adresse aux clients potentiels dans le territoire convenu mais qui ont aussi une incidence suprarégionale (10). Un de ces moyens est bien entendu l'internet.

Une restriction contractuelle quant à l'utilisation d'Internet par les distributeurs ne serait dès lors compatible avec ces règlements d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou les ventes via Internet entraîneraient la réalisation de ventes « actives » vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs, ce qui ne résulte, de l'avis de la Commission européenne, pas automatiquement du simple fait de l'existence d'un site de commerce électronique.

La difficulté est évidemment de distinguer ce qui, du fait de l'existence d'un site de commerce électronique d'un distributeur sur l'Internet, relèvera d'une simple vente « passive » (qui ne peut être interdite) de ce qui pourrait équivaloir à une véritable vente « active », que, par exception, le contrat de distribution peut venir interdire.

La Commission fait la distinction suivante entre ces deux concepts (11) :

— La vente « active » est le fait de prospector des clients individuels, par exemple par publipostage ou au moyen de visites, de prospector une clientèle par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle, ou encore l'établissement d'un entrepôt ou d'un point de vente sur un territoire exclusif;

— La vente « passive » est le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées; une publicité ou une action de promotion générale, soit dans les médias, soit sur Internet, qui atteint certes 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 les clients situés dans son propre territoire ou dans des territoires non réservés est à considérer comme une vente passive.

En d'autres termes, on regarde quelle a été la cible voulue d'une action publicitaire si, à l'occasion d'une promotion générale, faite d'une manière qui est « un moyen raisonnable » d'atteindre des clients ou des territoires non réservés, il se fait que d'autres clients ou territoires, réservés à des tiers, sont également atteints, ladite promotion générale ne peut être interdite (12).

(9) Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, § 1^{er}, du Traité instituant la Communauté européenne, *J.O.C.E.*, C 372, 9 déc. 1997, p. 13. Si, en raison du fait que les seuils minimaux ne sont pas franchis, le droit communautaire n'est pas d'application, c'est alors au regard du droit national qu'il faudra examiner la question.

(10) Règlement (C.E.) n° 1475/95 de la Commission, *op. cit.*, exposé des motifs, pt 9.

(11) Lignes directrices, *op. cit.*, § 50.

(12) On relèvera que la Commission n'impose pas, pour la licéité de pareille promotion générale, que le distributeur ait au préalable examiné si d'autres moyens, moins larges dans leurs effets, permettraient d'atteindre la clientèle « non réservée » sans, dans le même temps, « déborder » hors des limites, ni s'impose, dans l'hypothèse où pareils moyens existeraient, que le distributeur se limite alors à utiliser ces seuls moyens plus ciblés et « non débordants ». Avec le développement des possibilités de *one-to-one marketing* et de ciblage des consommateurs (par des *cookies* notamment), on pourrait cependant parfois imaginer que des moyens promotionnels n'ayant pas d'effet de débordement pourraient, moyennant des efforts restant raisonnables, être mis en œuvre

(5) Règlement (C.E.) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, § 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.C.E.*, L336/21, 29 déc. 1999, disponible sur le site europa.eu.int/eur-lex/.

(6) Article 4, b, du règlement d'exemption précité.

(7) Règlement (C.E.) n° 1475/95 de la Commission du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 85, § 3, du Traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, *J.O.C.E.*, L 145, 29 juin 1995.

(8) Lignes directrices, *op. cit.*, § 51.

Dans ses lignes directrices, la Commission européenne affirme clairement le principe : « Chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits » (13). Selon elle, « en général, 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 avoir des effets en dehors du territoire ou de la clientèle affectés à un distributeur est le résultat de cette technique, à savoir un accès facile à partir de n'importe quel lieu. 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 » (14). Elle précise encore que « dans la mesure où un site sur internet n'est pas clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu des clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire ou d'un groupe de clientèle exclusivement concédés à un autre distributeur, par exemple en utilisant des bandeaux publicitaires ou des liens dans les pages de fournisseurs d'accès visant spécifiquement la clientèle concédée, ce site n'est pas considéré comme une forme de vente active ».

La Commission ajoute que la langue utilisée ne jouera « normalement » aucun rôle à cet égard. Si l'on peut suivre ce raisonnement pour l'anglais, il n'en sera pas nécessairement de même pour d'autres langues, dont l'emploi ne s'impose guère que pour se faire comprendre d'une clientèle donnée; ainsi, si un distributeur exclusif en Espagne décidait de traduire aussi ses pages Web en portugais, le distributeur exclusif au Portugal et le maître du réseau pourraient raisonnablement soutenir que l'objectif du distributeur espagnol est d'atteindre, « activement » cette fois, la clientèle portugaise. Le mot « normalement » dans les lignes directrices laisse opportunément une marge d'appréciation sur cette question.

Pour la Commission, pourra également être considérée comme une vente active (et sera donc susceptible d'être limitée par le concédant) l'utilisation par un concessionnaire des bandeaux publicitaires ou des liens dans les pages de fournisseurs d'accès visant spécifiquement la clientèle concédée à un autre concessionnaire; tel serait le cas des pages d'accueil des moteurs de recherche nationaux ou de sites portails spécifiquement destinés à un certain type de clientèle (à une profession par exemple); dans ces cas on devrait pouvoir considérer que le site a été conçu pour atteindre « activement » ce territoire ou cette clientèle (15).

On peut penser également à la monnaie dans laquelle les prix sont affichés, encore qu'avec l'euro ce critère ne sera plus très longtemps distinctif.

par le distributeur tout en atteignant un grand nombre de destinataires; ainsi, des *e-mails* publicitaires nécessitent assurément une infrastructure et des moyens bien plus légers que des *mailings* papier, et le coût d'un envoi par *e-mail*, fût-ce vers de très nombreux destinataires, est d'un coût très faible par rapport à l'équivalent en papier et par le courrier postal.

(13) Lignes directrices, *op. cit.*, § 51.

(14) *Idem.*

(15) Encore est-il que le distributeur, annonceur, qui passe par une régie publicitaire, n'a pas toujours le contrôle et ne connaît pas nécessairement les sites sur les pages Web des sites tiers lesquels la régie se chargera de faire passer les messages publicitaires dans les bandeaux *ad hoc*. De même, des liens peuvent avoir été établis vers le site du distributeur mais à son insu et sans qu'il en ait pris l'initiative ou fait la demande (notamment sur des sites de comparaison de prix). Il est exact que le distributeur (comme n'importe quel responsable d'un site Web) peut très facilement vérifier à tout moment quels sont les pages Web qui, sur Internet, contiennent des hyperliens vers ses propres pages. Mais veut-on imposer qu'il surveille cela, voire qu'il intervienne vis-à-vis de certains sites, pour faire supprimer ces liens, alors qui lui ramènent tout de même, sans qu'il l'ait demandé et sans effort de sa part, une clientèle supplémentaire? Cela reviendrait à lui imposer de veiller activement à limiter les sources de ventes passives, ce qui semble peu praticable. En outre, cela suppose qu'ayant identifié l'existence d'un hyperlien sur un site tiers, le distributeur ait une base légale lui permettant d'agir, judiciairement le cas échéant, pour le faire supprimer, ce qui ne nous semble nullement acquis, sauf exceptions, en l'état actuel du droit.

A cet égard, les critères que l'on tente progressivement de dégager pour déterminer la loi applicable à un contrat de vente conclu sur Internet pourront également être utiles; de même, une analyse statistique de l'origine géographique des « hits » arrivant sur le site (grâce aux nombreux outils existant pour ce faire) pourra facilement montrer que tel site est majoritairement fréquenté par des acheteurs ayant telle origine géographique — sauf le droit, pour le distributeur incriminé, de prétendre qu'il n'a rien fait pour attirer spécifiquement (« activement ») cette clientèle, laquelle est venue le visiter sans qu'il l'ait délibérément ciblée.

Rien n'est dit par la Commission quant à l'utilisation par un distributeur des métatags et des *metanames* (16). On connaît pourtant les astuces (et les abus concomitants) utilisées par les propriétaires de site pour attirer vers leur site de la clientèle supplémentaire quasiment non consentante (ou à tout le moins qui ne cherchait pas à aboutir sur ce site); le même raisonnement devrait être suivi, et dans certains cas de telles pratiques devraient également pouvoir être assimilées à des démarches de sollicitation actives et donc pouvoir être interdites. Outre les métatags, on peut aussi songer au choix et à l'utilisation de noms de domaine génériques (par exemple « *vinrouge.be* ») utilisés pour rediriger ensuite les visiteurs vers le site principal du distributeur (17).

En revanche, l'envoi de messages non sollicités par courrier électronique (*spamming*) à des clients individuels ou à un groupe de clients déterminé est considéré par les lignes directrices de la Commission comme constitutif de vente active. Les distributeurs qui souhaiteraient envoyer des *e-mails* publicitaires devraient par conséquent vérifier la localisation d'Internet permettant de deviner leur localisation géographique, cela reste plus ou moins faisable (par exemple, dans l'adresse *e-mail* « *traille@skynet.be* », le « *.be* » permet de présumer que l'utilisateur est localisé en Belgique, ce qui n'est pas nécessairement le cas); pour tous ceux dont l'adresse ne le permet pas (par exemple, dans « *mtroncoso@lawyers.com* », le *.com* ne donne aucune indication quant à la résidence ou au domicile de l'abonné Troncoso) cela ne sera pas possible, sauf à avoir obtenu l'information autrement (moyennant le respect des règles relatives au traitement des données à caractère personnel).

En conclusion : 1) le simple fait d'avoir un site de commerce électronique (permettant non seulement au distributeur de présenter ses produits mais aussi aux visiteurs de les acheter) ne pourra jamais être considéré *ipso facto* comme relevant d'une politique de vente active pouvant être *d'emblée* contractuellement interdite par le concédant — à tout le moins chaque fois que le contrat en question entre dans le champ d'application du droit communautaire et n'en est pas exclu au titre de la règle *de minimis*; 2) dans certains cas, des pratiques commerciales et publicitaires spécifiques du distributeur (comme le placement de certains bandeaux publicitaires, le référencement auprès de certains annuaires, le choix de ses métatags, voire la langue et la monnaie) pourront être analysés, *a posteriori* alors, comme les preuves d'une politique de sollicitation active hors du territoire ou de la clientèle contractuellement concédés et se voir interdits.

(16) Les *metatags* et les *metanames* sont des mots qui, insérés dans le code source d'un document H.T.M.L., indiquent aux moteurs de recherche quel est le contenu de la page en cause. Ces mots n'apparaissent pas dans l'écran que l'internaute visualise à travers son navigateur. En quelque sorte, ils sont comparables aux rubriques des pages jaunes sous lesquelles un vendeur souhaite être répertorié. Ainsi, si un mot donné a été inséré par son propriétaire dans les *metatags* du site A, quand un internaute interrogera un moteur de recherche pour trouver tous les sites ayant un lien avec ce mot clef, le site A apparaîtra dans la liste des réponses (même si en réalité, il n'y a pas de véritable lien entre ledit mot-clef et le contenu du site). Il n'a pas fallu longtemps pour que, par exemple, le mot « *Playboy* » figure dans les *metatags* de sites « chauds » et à la recherche d'une clientèle intéressée... La jurisprudence dans ce domaine est déjà aussi nombreuse que, souvent, amusante.

(17) En Belgique, la libéralisation dans les procédures d'obtention des noms de domaine depuis le mois de décembre 2000 va faciliter ce type de pratiques (voy. www.dns.be).

2. — Dans le cadre de la distribution sélective

A. — Définition et conditions de licéité d'un réseau de distribution sélective

Les réseaux de distribution sélective ont été définis par le nouveau règlement communautaire sur les restrictions verticales comme des systèmes dans lesquels le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et où ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés (18).

La licéité d'un système de distribution sélective dépend de sa validité au regard de l'article 81, § 1^{er}, C.E. Pour rappel, selon la Cour de justice des Communautés européennes, les systèmes de distribution sélective restent conformes à cet article s'il est satisfait cumulativement à quatre conditions, à savoir : 1) que les propriétés du produit en cause nécessitent un système de distribution sélective, en ce sens qu'un tel système constitue une exigence légitime, eu égard à la nature des produits concernés, et notamment à leur haute qualité ou technicité, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage (19); 2) que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire; 3) que le système en cause vise à atteindre un résultat de nature à améliorer la concurrence et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective, notamment en matière de prix et 4) que les critères imposés n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire (20).

B. — L'utilisation d'Internet par les membres du réseau

À l'heure actuelle, dans le cadre des réseaux de distribution sélective, il est fréquent qu'en raison de la spécificité des produits vendus, les contrats incluent des clauses générales d'interdiction de vente par correspondance ou à distance, parce qu'il s'agit de produits nécessitant des conseils personnalisés de la part du vendeur ou de produits dont la vente ne se conçoit que dans un contexte de luxe, de confort ou d'esthétique donné.

Pour ce qui est de la première condition de licéité des réseaux de distribution sélective élaborée par la Cour de justice, la cour d'appel de Versailles, confrontée à une demande d'interdiction de vente par Internet formulée par un fournisseur (les laboratoires Pierre Fabre) à l'encontre de l'un de ses distributeurs agréés qui avait mis en place un site marchand, a considéré que certaines obligations imposées aux distributeurs « sont imposées pour entourer l'offre de vente et l'acte d'achat d'un environnement inspirant la 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 In-

ternet ne permet pas d'obtenir les mêmes résultats » (21). La cour d'appel donnait ainsi raison au concédant et obligeait le distributeur à fermer son site Web.

Il nous semble cependant que l'on ne peut tirer de conclusions générales de cet arrêt. C'est à la suite d'une analyse des pages du site du distributeur et à leur mise en rapport avec les exigences légitimes du producteur que la Cour a conclu qu'en l'espèce la commercialisation des produits (en l'espèce des produits de parapharmacie) via Internet ne respectait pas ces exigences légitimes du producteur.

Cela signifie en tout état de cause qu'il faudra examiner chaque situation avant d'arriver, au cas par cas, à une conclusion. Comme certains commentateurs l'ont relevé au sujet de cet arrêt, « *a contrario*, dès lors que les conseils ne se feraient plus par un échange d'*e-mails* mais grâce à des solutions de visioconférence ou de messagerie instantanée, la solution ne serait plus acquise » (22). À un certain nombre d'égards, l'Internet ne peut être purement et simplement assimilé à une vente à distance ou par correspondance; en conséquence, les restrictions contractuelles pouvant parfois se justifier quant à la vente à distance traditionnelle (et dont nous avons fait mention *supra*) ne s'y appliquent pas nécessairement.

C'est d'ailleurs ce que la Cour elle-même reconnaît, en affirmant que « l'on peut imaginer que dans l'avenir ce mode de distribution puisse s'intégrer dans un réseau de distribution sélective, avec des critères de qualité à définir »; nous y reviendrons.

Par ailleurs, rappelons que selon les lignes directrices de la Commission européenne « chaque distributeur doit être libre d'utiliser Internet pour la publicité ou la vente des produits », et ce quel que soit le type de réseau.

Plus précisément, au sujet de la distribution sélective, la Commission ajoute : « (...) 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. Cette remarque pourrait s'appliquer en particulier à la distribution sélective. L'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée » (23). Toujours selon la Commission, « l'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée » (24).

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes avait déjà affirmé dans le même sens qu'un système qui exclurait *a priori* certaines formes de distribution capables de vendre des produits dans des conditions satisfaisantes aurait pour seul effet de protéger les formes de commerce existantes de la concurrence des nouveaux opérateurs et ne serait donc pas conforme à l'article 81, § 1^{er}, C.E. (25). En d'autres termes, les critères définissant ce qui est autorisé de ce qui ne l'est pas devraient autant que possible rester « technologiquement neutres », et ne pas bannir *per se* telle ou telle technique de vente, sauf à pouvoir justifier que cette technique est en elle-même incompatible avec les propriétés des produits ou services concernés.

Sur ces bases, et malgré ce qui a été dit par la cour d'appel de Versailles dans l'affaire qui lui avait été soumise, on peut penser qu'il est parfaitement prévisible que les développements technologiques permettent à l'avenir de satisfaire aux critères de sélection imposés par le fournisseur pour justifier l'existence même d'un réseau de distribution sélective, en sorte que l'on ne pourra donc pas si facilement interdire, par des

(18) Règlement (C.E.) n° 2790/1999, *op. cit.*, art. 1^{er}.

(19) Les produits suivants ont été admis par la Cour ou la Commission européenne comme justifiant un système de distribution sélective : matériel de reproduction sonore (Commission, 10 juill. 1985, aff. *Grundig*, J.O.C.E., L 233, 30 août 1985), l'électronique de divertissement (C.J.C.E., 25 oct. 1977, aff. 26/76, *Metro*, Rec., 1875), les automobiles (C.J.C.E., 17 sept. 1985, aff. jtes 25 et 26/84, *Ford*, Rec., 2725), l'horlogerie (Commission, 21 déc. 1976, aff. *Junghans*, J.O.C.E., L 30, 2 févr. 1977), les bijoux (Commission, 5 déc. 1983, aff. *Murat*, J.O.C.E., L 348), les appareils photographiques (Commission, 30 juin 1970, aff. *Kodak*, J.O.C.E., L 147), les ordinateurs (Commission, 18 avr. 1984, aff. *I.B.M.*, J.O.C.E., L 118), les produits d'art de la table (Commission, 16 déc. 1985, aff. *Villeroi & Boch*, J.O.C.E., L 376), les cigares (C.J.C.E., 19 oct. 1980, aff. jtes 209 à 215, *Van Landewyck*, Rec., 3125), la presse écrite (C.J.C.E., 16 juin 1981, aff. 243/83, *Salonia*, Rec., 3125), la parfumerie de luxe (C.J.C.E., 11 déc. 1980, aff. 31/80, *L'Oréal*, Rec., 3775), les produits électroménagers (Commission, 23 oct. 1978, aff. *Zanussi*, J.O.C.E., L 322).

(20) Notam., C.J.C.E., 11 déc. 1980, aff. 31/80, *L'Oréal*, précité.

(21) Versailles, 2 déc. 1999, précité, et la note de M. Vivant, « Internet et distribution sélective », *J.C.P.*, Ed. générale, 5 avril 2000, n° 74/13, p. 10282.

(22) Y. Dietrich et A. Menais, « Réseau de distribution et vente sur Internet - The risk or not the risk of getting amazoned », *Cahiers Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 125, 2000, p. 14.

(23) Lignes directrices, *op. cit.*, § 51.

(24) Lignes directrices, *op. cit.*, § 51.

(25) T.P.I., 12 déc. 1996, aff. T-19/92, aff. *Leclercq c. Commission*, Rec., II-1851.

« justifications objectives », l'utilisation d'Internet par les distributeurs (26).

Ainsi, il nous paraît qu'en raison notamment des possibilités techniques croissantes offertes par le commerce électronique, en termes d'interactivité (via la vidéoconférence, qui se développera davantage quand les lignes auront une plus large bande passante ou que la compression numérique sera plus poussée, via la réponse rapide aux *e-mails* des clients), en termes de quantité d'informations pouvant être fournies (via des hyperliens vers des pages de documentation technique, via des listes de questions et réponses « F.A.Q. - Frequently Asked Questions »), en termes de personnalisation de l'offre en fonction de la demande du consommateur (qui peut lui-même déterminer les spécificités, la couleur ou la forme du produit qu'il achète), en termes de possibilités graphiques et esthétiques des « écrans-vitrines », les arguments retenus par la cour d'appel de Versailles ne sauraient être tenus pour une règle générale pouvant dans tous les cas légitimer l'interdiction des sites Web des distributeurs.

Ainsi, pour des produits de haute technologie ou des produits de luxe, se trouvant souvent à la base des réseaux de distribution sélective, l'utilisation de ces techniques pour conseiller le client peut sans doute assez aisément être imaginée (27).

En outre, il semble aujourd'hui évident qu'il n'est pas possible qu'un producteur à la tête d'un réseau de distribution sélective puisse se réserver le monopole du commerce en ligne et dans le même temps interdire à ses distributeurs de vendre sur Internet au motif que cet outil de commercialisation ne respecterait pas les exigences de qualité requises pour les produits faisant l'objet du contrat. D'une part, la contradiction serait flagrante entre le discours et la pratique, et si l'argument vaut pour les distributeurs il doit aussi valoir pour le concédant (sauf pour celui-ci à ne prévoir qu'un site-vitrine, sur lequel le client peut trouver des informations mais sur lequel il ne pourrait pas passer de commande); d'autre part, le fournisseur dans un réseau de distribution sélective est par définition tenu de garantir l'étanchéité du réseau, dans lequel, selon le règlement sur les restrictions verticales, « le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis » (28). Une revente faite via Internet par le fournisseur lui-même tout en excluant les distributeurs de ce type d'activité porterait atteinte à l'étanchéité du réseau (29). La Commission est très claire dans ses lignes directrices : « Quoi qu'il en soit le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur Internet » (30).

En conclusion : 1) il ne saurait être question dans les contrats tombant sous le champ d'application du droit européen d'interdire *per se* toute utilisation du Web aux distributeurs agréés; 2) une interdiction de disposer d'un site Web ne passera le test de la licéité que si, au vu des pro-

priétés spécifiques des produits en cause, elle est objectivement justifiée et proportionnelle (31); cela n'empêche pas que le concédant puisse, pour les sites Web de ses distributeurs comme pour leurs magasins par exemple, imposer des critères de qualité, d'esthétique, de sécurité, etc. justifiés par la nature des produits offerts.

DÉVELOPPER EFFICACEMENT UN RÉSEAU DE DISTRIBUTION GRÂCE À INTERNET

1. — Internet, une opportunité de développement pour les réseaux traditionnels

Tout ce qui précède doit amener les organisateurs des réseaux de distribution à s'intéresser de près au développement du commerce électronique et à ses conséquences sur leurs relations avec leurs partenaires contractuels, de manière à pouvoir, si nécessaire, repenser la structure de leurs réseaux. En outre, les entreprises bénéficiant d'un réseau de distribution physique disposent déjà d'un atout important pour développer efficacement un système de ventes par Internet.

En effet, pour être rentable, le développement des affaires B2C (business to consumer) sur Internet ne doit pas se limiter à la simple mise en place d'un site présentant les produits de la marque et offrant la possibilité de les acquérir. L'entreprise doit veiller à l'existence en amont d'une structure logistique, efficace et économiquement viable, capable de respecter les obligations découlant des commandes reçues via Internet ainsi qu'une bonne gestion des stocks, un service après-vente efficace et une exécution du contrat dans les délais convenus.

Une des défaillances ayant conduit beaucoup des *start-ups* à l'échec a été de ne pas disposer de ces structures logistiques d'appui leur permettant de rencontrer les commandes que les clients passaient sur leurs écrans, alors que ces écrans laissaient penser qu'au dynamisme qu'ils affichaient suivrait également une rapidité et une qualité de service équivalente lors de la livraison et du service après-vente.

Or, pour les entreprises à la tête d'un réseau de distribution physique, la commercialisation de produits sur Internet est une activité qui peut être profitable si elles ont déjà mis en place une structure et un modèle logistique, qui, dans le commerce « réel » se sont révélés viables.

2. — Vers des nouvelles formes de partenariat au sein des réseaux

La mise en place d'un système de ventes en ligne par l'organisateur d'un réseau exige l'association des distributeurs au système, de manière à éviter les problèmes que pourrait soulever le respect des règles de concurrence que nous avons évoquées en première partie de cette contribution.

Les entreprises à la tête des réseaux devront par exemple être attentives au respect de la concurrence par le prix voulue par le Traité C.E., qui a toujours été considérée par la Commission et par la Cour de justice comme une des formes de concurrence les plus importantes, en ce qu'elle permet aux consommateurs de bénéficier des prix les plus bas et oblige les entreprises à améliorer leurs structures (32).

(31) Cette exigence de proportionnalité, qui n'a à notre connaissance pas encore fait l'objet de nombreux commentaires, pourra par exemple conduire à considérer parfois qu'un site permettant à un client d'acheter un bien sans avoir eu un contact en face à face avec un distributeur (qui aura pu le rencontrer et le conseiller) pourra être interdit, mais qu'un site d'un distributeur permettant simplement aux clients potentiels de visualiser les produits, de poser des questions, etc. mais non d'acheter (un simple « site vitrine » donc) ne peut être interdit par le concédant.

(32) C.J.C.E., 25 oct. 1977, aff. 26/76, *Metro c. Commission, Rec.*, 1875.

(26) Voy. à ce propos également Y. Dietrich et A. Menais, « La distribution sélective à l'épreuve du commerce électronique », *Cahiers Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, mai 1999, n° 114.

(27) Pour ce qui est des parfums, l'impossibilité de transmettre à distance une odeur change bien entendu les choses. A tout le moins à l'heure actuelle, mais on peut rêver (ou plutôt avoir un cauchemar)... Pour les ordinateurs, s'il avait pu être retenu par la Commission européenne, pour accepter un système de distribution sélective, que « les ordinateurs ne sont pas des produits simples » dans une décision prise en 1984 (Décision I.B.M., *J.O.C.E.*, 4 mai 1984, n° L118, p. 24), l'argument ne serait peut-être plus suffisant, près de vingt années plus tard, pour justifier l'interdiction qui serait faite à un distributeur de les vendre via un site Internet. Qu'il suffise de citer que le fabricant Dell réalise aujourd'hui plus de 50% de son chiffre d'affaires par les commandes directement passées via Internet. Tout dépendra assurément de la technicité des ordinateurs dont il est question.

(28) Règlement (C.E.) n° 27890/99, précité, art. 1^{er}, al. d.

(29) A consulter également sur le sujet, T. Verbiest, « Comment concilier la distribution sélective et Internet? », *L'Echo*, 17 févr. 2000; Ch. Collard, Ch. Roquilly, « Electronic Commerce and Closed Distribution Networks : Proposal for Solving Legal Problems », *The Journal of Information, Law and Technology*, juin 2000.

(30) Lignes directrices, *op. cit.*, § 51.

Ainsi, l'article 4 du nouveau règlement sur les restrictions verticales condamne les pratiques « ayant pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle ».

Si, dans le respect du règlement, le prix affiché par le fournisseur dans ses écrans, au cas où il aurait lui-même développé un site marchand, pourrait être considéré comme étant simplement un prix maximal ou recommandé, il n'est pas impossible que cet affichage puisse être attaqué par les distributeurs comme une imposition des prix de revente contraire au droit communautaire, et ce au motif qu'en vertu d'autres facteurs également sous le contrôle du concédant, il leur deviendrait impossible de pratiquer des prix concurrentiels.

Les solutions à retenir reposent donc sur l'établissement d'un nouveau partenariat contractuel avec les distributeurs du réseau physique, qui participeront en tant qu'acteurs au réseau virtuel mis en place par l'organisateur du réseau.

Celui-ci pourra par exemple être à la tête d'un site Internet ayant pour vocation la création et le développement du réseau, ainsi que la présentation des produits mis en vente. Les distributeurs interviendront ensuite au moment de la conclusion et l'exécution du contrat électronique, et ce sous différentes formes.

Ainsi, lors de la commande, le site pourrait renvoyer le consommateur à un écran présentant le distributeur le plus proche de son domicile, avec lequel le contrat pourra être conclu. Le concédant ou fournisseur aura ainsi à sa charge la tâche de promotion de la marque et des produits en vente, et ce à partir du site d'accueil. Le fournisseur titulaire du site pourra, après avoir identifié la résidence du cyberconsommateur, renvoyer celui-ci sur la page du distributeur le plus proche de son domicile.

Le contrat sera alors conclu entre le distributeur et le client, le fournisseur n'étant que l'interface entre les deux parties au contrat. Les obligations de non-concurrence entre fournisseur et distributeurs et le respect de la territorialité inhérente au contrat, dans les cas des réseaux de distribution exclusive ou dans certains réseaux de franchise, et qui constituent pour les distributeurs une des raisons de leur appartenance au réseau, seront ainsi sauvegardées.

Cette construction permet de combiner les avantages de l'Internet (facilité et souplesse de la commande...) et d'un réseau de distribution de proximité (maintien d'un lien physique rassurant le consommateur et livraison rapide et efficace des biens et services acquis). En outre, elle offre l'avantage de respecter l'uniformité et la cohérence nécessaires pour rendre attrayante une image de marque, puisque les produits seront présentés à partir d'un seul et même site, qui utilisera normalement comme nom de domaine le signe constitutif de la marque, avec le pouvoir d'attirer que cela entraîne sur le client. Pour ce qui est de la promotion via Internet des produits vendus dans des réseaux de franchise ou de distribution sélective, les sites des revendeurs, liés à celui du fournisseur, respecteront la charte graphique considérée par ce dernier comme nécessaire pour sauvegarder la qualité et l'image du produit et la valeur ajoutée du réseau.

Un éventuel problème resterait à résoudre. Il s'agira du reproche qui pourrait être fait au fournisseur de contrôler indirectement les ventes passives lorsqu'il renvoie le potentiel client vers le site ou l'adresse du distributeur agréé géographiquement proche du consommateur. Rappelons que le contrôle ou la limitation des ventes passives pouvant être réalisées par les distributeurs sont condamnés en droit communautaire. Cependant, à ce propos, nous estimons que dans la mesure où les ventes passives resteront parfaitement possibles en dehors d'Internet (le client étant libre de s'adresser à des distributeurs agréés d'autres territoires), de tels reproches devraient être relativisés.

D'autres formules peuvent être imaginées, bien qu'elles entraînent des changements contractuels radicaux et paraissent de ce fait plus difficilement réalisables dans la pratique lorsque les intermédiaires agissent en tant que distributeurs, et ce dans la mesure où à côté de leur activité résultant des transactions conclues sur le Net, ils agissent également comme acheteurs-revendeurs dans le cadre de la distribution physique. Ainsi par exemple, un changement des tâches dévolues aux distributeurs du réseau pourrait être également envisagé en ce sens que le contrat serait directement conclu par l'organisateur du réseau de distribution avec les acheteurs finaux, les anciens distributeurs physiques ayant uniquement à leur charge, en tant que mandataires du premier et rémunérés par lui, des missions d'exécution, livraison, et de service après-vente; ils pourraient ainsi se transformer en sous-traitants du responsable du réseau, sans relation contractuelle avec les acheteurs finaux. Ces différents changements possibles entraîneront une remise en cause du régime sous-jacent aux réseaux de distribution envisagés dans notre texte (distribution sélective et exclusive), pour la raison qu'ils entraînent un changement des tâches des intermédiaires (33).

Il est souvent dit que le phénomène Internet entraînera une redistribution des rôles des intermédiaires et l'apparition de nouvelles formes d'intermédiation et de nouveaux canaux de distribution. Où ailleurs que dans le domaine du droit de la distribution commerciale lui-même cette prédiction pourrait-elle se faire davantage sentir?

Jean-Paul TRIAILLE
Avocat au barreau de Bruxelles

Miguel TRONCOSO FERRER
Avocat au barreau de Bruxelles



A Decade of Research @ the Crossroads of Law and ICT

Jos Dumortier, Frank Robben & Marc Taeymans (editors)

December 2000, 452 pagina's 4.200 BEF
(BTW en verzendkosten in België inbegrepen)

Informatie en bestellingen : LARCIER
Coupure Rechts 298 - 9000 Gent - Tel. (09) 269.97.96 - Fax (09) 269.97.99
Bestellingen, verzending en facturatie : ACCÈS+,
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tel. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.

(33) Cf. sur le sujet, D. Ferrier, *Les distributions sur Internet*, J.C.P. éd. Comm. et Ind., 23 juill. 2000, p. 12/17; « Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises - Aspects juridiques et fiscaux » acte du colloque du 13 mai 1998 à Paris, *Gaz. Pal.*, n° 291/293, 20 oct. 1998, pp. 3 à 52.