



<http://www.droit-technologie.org>

présente :

**Internet, concurrence et distribution sélective**

**Frédérique Vanhaelen**  
juriste

**Thibault Verbiest**  
[thibault.verbiest@libert-mayerus.com](mailto:thibault.verbiest@libert-mayerus.com)  
Avocat, Maître de Conférences à l'Université de Liège

24 avril 2001

<u>Internet, concurrence et distribution sélective</u> .....	3
1. <u>Licéité de la distribution sélective</u> .....	3
2. <u>Distribution sélective et commercialisation par Internet</u> .....	5
A. <u>Libre concurrence</u> .....	5
B. <u>Clauses particulières</u> .....	6
1) <u>Le contrat prévoit une interdiction de vente à distance</u> .....	6
2) <u>Par une clause du contrat de distribution, le distributeur s'engage à ne pas faire de publicité susceptible d'être diffusée en dehors de son territoire contractuel</u> .....	7
3) <u>Le contrat ne contient aucune interdiction particulière</u> .....	11
C. <u>Le respect de l'existence du réseau et de son étanchéité</u> .....	14
1. <u>Risques encourus par le revendeur non agréé</u> .....	14
2. <u>Risques encourus par le distributeur agréé</u> .....	15
D. <u>Le droit à la marque et l'épuisement communautaire</u> .....	16
3. <u>Droit pour le promoteur du réseau de vendre les produits via Internet</u> .....	18

# **Internet, concurrence et distribution sélective**<sup>1</sup>

Il s'agit désormais d'une lapalissade : le commerce électronique connaît un essor exponentiel.

Une révolution socio-économique, digne de la révolution industrielle du 19<sup>ème</sup> siècle, est en marche. Parmi tant d'exemples de la « netéconomie », la cotation boursière du site "Amazon.com" dépasse celle de Borders et celle de Barner & Noble cumulées, pourtant les deux principaux libraires américains.

En 1999, les consommateurs ont dépensé plus de 12 milliards de dollars en achats électroniques, soit une augmentation de 59% par rapport aux 7 milliards de dollars dépensés en 1998<sup>2</sup>.

Le droit de la concurrence est, en premier lieu, influencé par ces bouleversements : alors que les rapports entre concurrents et, partant, les règles actuelles, étaient conçus dans un contexte de marchés particuliers et géographiquement délimités, l'offre de produits ou de services sur le Web est accessible depuis les quatre coins du monde. Le consommateur peut aujourd'hui faire appel à des services en ligne souvent plus avantageux et plus aisément accessibles qu'auparavant, notamment en raison de la « désintermédiation » engendrée par l'offre en direct sur le réseau, et par voie de conséquence la réduction des commissions en chaîne.

Le marché devient de plus en plus concurrentiel: on ne compte plus, aux Etats-Unis, les pharmacies et les parfumeurs en ligne. En effet, le site Web permet aux fabricants et, le cas échéant, aux distributeurs aux revendeurs, d'internationaliser leur réseau à moindre coût, d'optimiser leurs bases de données, de simplifier et d'accélérer la démarche du client.

Toutefois, ce fantastique développement est rempli de chausse-trappes pour certains secteurs de l'économie, comme les réseaux de distribution sélective, dans la mesure où ceux-ci visent à ne permettre la commercialisation des produits du promoteur du réseau que dans des conditions bien déterminées, selon des critères qualitatifs précis et surtout, de manière étanche.

Internet "oblige les grands groupes de distribution à redéfinir leurs canaux de distribution traditionnels"<sup>3</sup>.

Dans un premier temps, nous procéderons à un bref rappel des principes sous-tendant la licéité des réseaux de distribution sélective au regard des règles européennes en matière de concurrence<sup>4</sup>.

Ensuite, nous examinerons dans quelle mesure la commercialisation des produits du fabricant via Internet par un distributeur agréé est susceptible d'être autorisée par le contrat de distribution sélective.

Enfin, nous nous pencherons sur la délicate question de l'étanchéité du réseau, mise à mal par l'ubiquité d'Internet et ses possibilités de distribution transfrontalière en ligne.

## **1. Licéité de la distribution sélective**

Face à une vente opérée par Internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, la première question à se poser est celle du caractère licite du réseau au regard du droit de la concurrence.

---

<sup>1</sup> Nous remercions tout particulièrement Maxime Le Borne, juriste, pour sa précieuse collaboration.

<sup>2</sup> <http://www.internetindicators.com>

<sup>3</sup> interview de Bozidar Djelic, du cabinet de conseil Mc Kinsey, *Le Monde*, 25 avril 2000, page 12

<sup>4</sup> Pour une première analyse : Th. Verbiest, « Comment concilier Internet et distribution sélective », *L'Echo*, 17 février 2000

Le règlement d'exemption 2790/1999 du 22 décembre 1999<sup>5</sup> définit désormais ce type de réseau comme un système de distribution dans lequel 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 dans lequel les distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés.

L'article 81 (ancien article 85) du Traité instituant l'Union européenne interdit "tout accord ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le Marché unique"<sup>6</sup>.

Toutefois, cette disposition peut être déclarée inapplicable à tout accord de distribution sélective qui répond aux conditions suivantes (article 81, §3 du Traité):

- il contribue à améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique (1),
- tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte (2),
- sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs (3),
- et sans donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence (4).

En élaborant ce système, la Commission européenne a voulu à la fois valider l'interdiction de vente hors réseau et du refus de contracter, tout en permettant la distribution efficace de produits de luxe ou de produits caractérisés par une certaine technicité. Loin de vouloir cloisonner le marché européen, la Commission estime que de tels réseaux rationalisent la distribution de certains produits de manière à répondre aux besoins des consommateurs de ces produits.

La jurisprudence de la Cour de Justice européenne a, au fil du temps, posé les limites dans lesquelles un système de distribution sélective est admissible au regard du droit de la concurrence.

L'arrêt "l'Oréal" de la Cour<sup>7</sup> a ainsi établi les critères suivants pour qu'un réseau soit déclaré licite:

- les produits qui font l'objet de la distribution doivent avoir des propriétés telles que le réseau en cause soit indispensable pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage,
- la sélection des candidats distributeurs pour l'accès au réseau doit s'effectuer en fonction de critères objectifs relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations,
- ces critères qualitatifs doivent être fixés de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de manière non discriminatoire,
- Le système de distribution sélective doit respecter la liberté des distributeurs de fixer les prix de vente sans intervention du fabricant.

D'autres arrêts de la Cour et du Tribunal de première instance des Communautés européennes<sup>8</sup> ont permis de déterminer l'admissibilité, entre autres, des critères suivants: l'obligation pour le revendeur de disposer

---

<sup>5</sup> *J.O.C.E* L 336, 29 décembre 1999, p. 21 - 25.

<sup>6</sup> En droit français, ce principe est repris par l'article 36-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui interdit les discriminations non justifiées par des contreparties réelles. En droit belge, il est consacré par l'article 2, §2 de la loi du 5 août 1999 sur la protection de la concurrence économique, telle que coordonnée par l'arrêté royal du 1er juillet 1999.

<sup>7</sup> C.J.C.E., 11 décembre 1980, affaire 31-80 (l'Oréal), *Rec. CJCE*, 1981, p.3775

<sup>8</sup> Entre autres: C.J.C.E., 25 octobre 1977, affaire 26/76 (arrêt Métro I), *Rec. C.J.C.E.*, p.1875; T.P.I.C.E., 27 février 1992, aff. T.19/91 (arrêt Vichy), *Rec. II*, p.415

d'un personnel qualifié possédant les qualités techniques nécessaires pour lui permettre de conseiller correctement la clientèle, l'obligation pour le revendeur de disposer d'une surface adéquate pour la démonstration et la présentation des produits, l'obligation pour le revendeur de tenir un magasin spécialisé dans le secteur concerné (ou un rayon spécialisé), l'obligation de ne pas mêler le produit à des produits différents ou de qualité différente, celle de présenter le produit de manière valorisante, d'exposer un stock suffisamment étendu et varié,...

Dans l'arrêt "l'Oréal" précité, la Cour a estimé que "les accords qui instituent un système de distribution sélective influencent, en principe, la concurrence. Toutefois, certains produits ont des qualités telles qu'ils ne peuvent être offerts utilement au public sans l'intervention de distributeurs spécialisés." La Cour et la Commission ont, à plusieurs reprises, rappelé que cette forme de distribution est réservée à certains produits dont la qualité et le bon usage justifient un tel système. Elle a, par exemple, été acceptée pour des produits de haute technicité (appareils photographiques, appareils électroménagers,...) ou pour des produits de luxe (montres, parfums,...).

## **2. Distribution sélective et commercialisation par Internet**

A supposer un réseau de distribution sélective licite, dans quelle mesure un distributeur agréé sera-t-il autorisé à offrir en vente via un site Web les produits faisant l'objet de l'accord de distribution? A l'heure actuelle, il est en effet rare que les contrats liant les distributeurs au fabricant prévoient la question, par exemple par une interdiction expresse de vente sur Internet.

### **A. Libre concurrence**

Il convient avant tout de rappeler que le principe de libre concurrence demeure la règle : un système qui exclurait a priori certaines formes de distribution capables de vendre des produits dans des conditions satisfaisantes pour le fabricant aurait, d'après le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, "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§3 du Traité."<sup>9</sup> Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 septembre 1993, a jugé que "le contrat de distribution sélective ne peut avoir pour objet ou pour effet d'exclure a priori une forme quelconque de distribution".<sup>10</sup>

Un contrat de distribution qui interdirait a priori les ventes sur Internet risquerait donc d'être considéré comme anti-concurrentiel.

C'est ce principe qu'a consacré la Federal Trade Commission aux Etats-Unis dans l'affaire "Fair Allocation System".<sup>11</sup>

En l'espèce, un groupe d'environ 25 distributeurs Chrysler dans la région de Washington perdait des ventes au profit d'un autre distributeur Chrysler qui vendait ses produits via Internet à des prix moins élevés. Ce mode de vente permettait à ce dernier d'étendre son territoire de vente tout en échappant aux intermédiaires et, partant, aux commissions en chaîne. Son prix de vente final était donc inférieur à celui qu'offraient les distributeurs "traditionnels". Afin de répondre à cette nouvelle forme de compétition, les 25 distributeurs "traditionnels" se réunirent pour former le « Fair Allocation System » (FAS), au sein duquel ils décidèrent de refuser de vendre certains modèles Chrysler et de limiter les services de garantie

---

<sup>9</sup> T.P.I.C.E. 12 décembre 1996, aff.T-19 et 88/92, (Yves- Saint-Laurent Parfums et Givenchy), non publié, voir M. Waelbroeck et A. Frignani, *Commentaire J. Megret, le droit de la CE*, T. IV (concurrence), éditions de l'U.L.B., Bruxelles, 1997, p.185, n°175

<sup>10</sup> CA Paris 15 septembre 1993, *Gaz. Pal.* 1993, n°6, p.45 ; Contrats, Concurrence, Consommation, mai 1994 n° 100.

<sup>11</sup> Federal Trade Commission, docket n° C-3832 (affaire Fair Location System Inc.), 31 octobre 1998, disponible sur <http://www.ftc.gov/os/1998/9810/9710065d&o.htm> et commentaires de Balto, D., "Emerging issues in electronic commerce", 12 novembre 1999 disponible sur <http://www.ftc.gov/speeches.other/ecommerce.htm>.

offerts aux consommateurs tant que Chrysler ne mettait pas un frein à la vente de ses véhicules sur Internet. Alors que Chrysler attribuait traditionnellement un certain nombre de véhicules à ses distributeurs en fonction de leurs ventes respectives, le FAS exigeait que cette attribution se fasse dorénavant sur base du chiffre d'affaire escompté de chaque distributeur selon le territoire qui lui était imparti contractuellement. Cette méthode aurait en effet permis de diminuer sensiblement le nombre de véhicules disponibles sur le Web. La Federal Trade Commission a estimé que le FAS était de nature à fausser le jeu de la concurrence entre les distributeurs automobiles et à léser le consommateur, privé d'accès à certains modèles et à certains services de garantie.

## **B. .... Clauses particulières**

Dans le cas où le contrat de distribution ne spécifie pas, expressément, que la vente des produits sur le Web est interdite, plusieurs hypothèses peuvent se présenter:

### **1) ... Le contrat prévoit une interdiction de vente à distance**

La vente par Internet peut être qualifiée de vente à distance dès lors que le contrat est conclu en ligne.

Il n'est pas exceptionnel de voir dans certains contrats de distribution sélective une clause d'interdiction de la vente par correspondance ou à distance. Cette forme de vente peut en effet être interdite contractuellement dès lors qu'elle ne permet pas d'offrir aux consommateurs un service approprié par rapport aux produits distribués (exposition dans certaines conditions, conseils personnalisés d'un professionnel,...).

Ces clauses ne seront pas considérées comme restrictives de concurrence si la nature des produits en cause justifie l'interdiction<sup>12</sup>.

Ainsi, il serait justifié dans le chef d'un fabricant de parfums de luxe d'interdire la vente par correspondance ou par téléphone dès lors que ces techniques de communication à distance ne permettent une mise en valeur des parfums et un conseil du client suffisants.

Toutefois, en ira-t-il de même avec un site Web qui offrirait de nouvelles possibilités de visualisation du produit, de conseil en ligne, ou même, dans le futur, d'odeurs en ligne?

Il nous semble qu'il serait réducteur d'assimiler sans nuance un site de commerce électronique à une technique de vente par correspondance ou à distance pour en justifier l'interdiction. Il conviendrait au contraire d'examiner, au cas par cas, dans quelle mesure le site peut s'adapter aux exigences contractuelles de commercialisation des produits faisant l'objet de l'accord de distribution sélective.

C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est exprimée la Commission dans la dernière version des lignes directrices sur les restrictions verticales adoptées le 24 mai 2000 : « an outright ban on Internet or catalogue selling is only possible if there is an objective justification ».<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> En France, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 23 février 1995, a jugé que la violation d'une telle clause constituait un motif légitime de résiliation du contrat de distribution. CA Versailles 23 février 1995, *RJDA*, 6/95 n°706.

<sup>13</sup> Voir communiqué de presse du 24 mai 2000 de la Commission européenne, « La Commission approuve le dernier élément des nouvelles règles de concurrence pour le secteur de la distribution » et, pour le texte,

2) Par une clause du contrat de distribution, le distributeur s'engage à ne pas faire de publicité susceptible d'être diffusée en dehors de son territoire contractuel

Cette clause est relativement fréquente dans les contrats de distribution, et plus encore dans les contrats de "sous-distribution" (master franchise, sous-licence,...).

Lorsqu'un distributeur publie sur son site des mentions ou annonces relatives à la promotion des produits concédés, viole-t-il la clause d'interdiction de publicité susceptible d'être diffusée en dehors de son territoire contractuel, au motif qu'Internet est potentiellement consultable dans le monde entier, et par voie de conséquence également sur le territoire d'autres distributeurs ?

Il convient tout d'abord de définir dans quelle mesure un site Web est susceptible d'être qualifié de publicité.

En Belgique, la publicité est définie à l'article 22 de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs (ci-après L.P.C.)<sup>14</sup> : « est considérée comme publicité, toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre ».<sup>15</sup>

Technologiquement neutre puisqu'elle vise *tous les moyens de communication*, cette définition a vocation à s'appliquer à une communication effectuée sur Internet, dès lors qu'elle assure la promotion d'un produit ou d'un service, d'un bien immeuble, de droits ou d'obligations<sup>16</sup>.

Le droit français ne donne pas de définition générale de la publicité. Le régime général est défini aux articles L.121-1 et suivants du code de la consommation. Seuls quelques textes spécifiques viennent éclaircir la notion de publicité.

L'article L. 121-1 interdit toute publicité « comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèces, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires ».

Une définition plus large se trouve à l'article 2 du décret du 27 mars 1992 dans le cadre de la publicité et du parrainage<sup>17</sup> : la publicité est « toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens, y compris ceux qui sont présentés sous leur

---

dans sa rédaction anglaise non encore publiée au JOCE, <[http://europa.eu.int/comm/dg04/lawent/en/entente3.htm#iii\\_1](http://europa.eu.int/comm/dg04/lawent/en/entente3.htm#iii_1)>.

<sup>14</sup> Loi du 14 juillet 1991, *M.B.* 29 août 1991.

<sup>15</sup> Pour un commentaire de cette définition, voy., « Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 4 juillet 1991 », J.-L. Fagnart, A. de Caluwé, L. de Brouwer, F. Domont-Naert, E. Balate, J. Stuyck, B. Francq et P. Wolfcarius, *Editions du Jeune Barreau de Bruxelles*, 1991, p. 39 et s.

Th. VERBIEST, « Publicité et marketing sur Internet », *L'Echo*, 21 octobre 1999, également disponible sur [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)

<sup>17</sup> Décret n° 92-280 du 27 mars 1992, pris pour l'application de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage, Code la consommation, Appendice (v. publicité télévisée).

application générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée ».

Dans son rapport « Internet et les réseaux numériques », le Conseil d'Etat<sup>18</sup> résume deux critères d'appréciation de la publicité : d'une part, la finalité du message dont l'objet est d'assurer une promotion, et, d'autre part, la destination du message qui doit être adressé au public<sup>19</sup>.

De son côté, la jurisprudence est intervenue pour compléter la notion de publicité : « constitue une publicité tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé »<sup>20</sup>, « ainsi que sur les caractéristiques des biens ou des services proposés »<sup>21</sup>. De même, les tribunaux précisent que « il n'importe que la publicité ne soit pas diffusée à des fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial »<sup>22</sup>.

Ces éclaircissements jurisprudentiels permettent d'appliquer à Internet la notion de publicité, entendue comme *tout moyen d'information*.

La même solution s'impose à l'analyse des textes communautaires. En effet, la directive relative à la publicité trompeuse définit depuis 1984 la publicité comme étant « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations » (article 2 § 1).

Le Livre vert de la Commission publié en 1996 utilise la formule « communication commerciale », définie comme couvrant « toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à promouvoir des produits et des services ».

Ces deux définitions ont une portée générale puisqu'elles ne s'attachent pas au support utilisé pour diffuser la publicité ; elles s'appliquent donc *a priori* à la publicité sur Internet.

En outre, dans le domaine particulier d'Internet, la directive européenne relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur<sup>23</sup>, adoptée le 4 mai 2000, définit la communication commerciale comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale »<sup>24</sup>.

Il est donc établi, tant au niveau du droit national que du droit communautaire, qu'un site Web à vocation commerciale peut être qualifié de support publicitaire<sup>25</sup>.

---

<sup>18</sup> Section du rapport et des études, étude générale adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 2 juillet 1998, La documentation française, Paris, 1998.

Aussi disponible à l'adresse : <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/accueil.htm>

C. FERAL-SCHUHL, *Cyber Droit – Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, Dunod, 1999, p. 205.

<sup>20</sup> Crim. 12 novembre 1986, *Bull. Crim.* n° 861.

<sup>21</sup> Crim. 14 octobre 1998, *Dalloz* 1999 I.R. 7, *JCP*, éd. E, 1998, Panor., p. 1904.

<sup>22</sup> Crim. 6 mai 1998, *Gaz. Pal.* 21-22 octobre 1998, p. 19.

<sup>23</sup> La *proposition initiale* a été présentée le 18 novembre 1998 par la Commission européenne. Suite aux discussions avec le Parlement européen, la Commission a présentée une *proposition amendée* le 1<sup>er</sup> septembre 1999. La *Position Commune* a été adoptée le 28 février 2000. Ces différentes versions sont disponibles sur le site de la Direction Générale marché intérieur de la Commission à :

<http://europa.eu.int/comm/dg15/fr/media/elecomm/index.htm> (site consulté le 01/02/2000).

Les développements qui suivent se basent sur la *Position commune* de la proposition de directive.

<sup>24</sup> Position commune, article 2, f)

<sup>25</sup> Il est à noter que la notion de communication commerciale de la directive sur le commerce électronique vise même la promotion de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'un professionnel.

La jurisprudence la plus récente ne s'y est d'ailleurs pas trompée. En effet, par un arrêt du 31 mars 2000, la Cour d'Appel de Rennes a confirmé que l'ouverture d'un site Web commercial est une publicité : "Le fait que le site ne puisse être consulté qu'après abonnement, et au choix du site par l'utilisateur d'Internet, ne change en rien le caractère publicitaire des annonces qui peuvent y être faites. La situation est exactement identique à celle de l'acheteur d'un journal contenant des publicités (...)"<sup>26</sup>.

Dans ces conditions, l'exploitation d'un site Web par le distributeur sera-t-il toujours considéré comme une violation de la clause précitée ?

La Commission européenne a apporté des éclaircissements à cet égard. En effet, d'une part, le règlement d'exemption de la Commission du 22 décembre 1999 précité dispose expressément que le distributeur ne peut se voir imposer contractuellement une interdiction de vente passive hors de son territoire.

D'autre part, dans ses "lignes directrices sur les restrictions verticales"<sup>27</sup>, la Commission énonce que "l'utilisation de l'Internet à des fins publicitaires ou de vente de produits est en général considérée comme une forme de vente passive, dans la mesure où un site 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 concédé à un (des) autre(s) distributeur(s), par exemple en utilisant des bandeaux publicitaires ou des liens dans les pages visant spécifiquement la clientèle concédée. En revanche, un message non sollicité transmis par courrier électronique à des clients individuels est considéré comme une vente active".

Ainsi, un site Internet, pour autant que le marché primaire qu'il vise ne soit pas celui contractuellement réservé à un autre distributeur, ne pourrait pas être interdit au regard du droit de la concurrence.

*Une analogie est éclairante à cet égard : en matière d'offres de produits et services financiers via Internet<sup>28</sup>, l'Organisation Internationale des Commissions de Valeur (OICV), regroupant les autorités de régulation des principaux pays industrialisés, a adopté en septembre 1998 un ensemble de recommandations<sup>29</sup>.*

*L'OICV recommande en premier lieu que les régulateurs précisent dans quelles circonstances ils exerceront leur autorité sur les offres faites par Internet et sur leurs émetteurs, étant précisé que cette responsabilité ne peut être déléguée à l'Etat d'origine de l'offre.*

---

<sup>26</sup> Trib. inst. Rennes, 12 mars 2000 et Rennes, 31 mars 2000, décisions disponibles sur [http://www.legalis.net/jnet/decisions/e-commerce/ord\\_ti-rennes\\_120399.htm](http://www.legalis.net/jnet/decisions/e-commerce/ord_ti-rennes_120399.htm) et [http://www.legalis.net/jnet.decisions/e-commerce/ca-rennes\\_310300.htm](http://www.legalis.net/jnet.decisions/e-commerce/ca-rennes_310300.htm) et commentaires dans *Le Monde Interactif*, 19 avril 2000, p.IV

<sup>27</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, *J.O.C.E.* 24 septembre 1999, C 270/17

<sup>28</sup> Voir à ce sujet : L. Rolin Jacquemyns et Th. Verbiest, « L'offre de services et produits financiers sur Internet », *R.D.C.*, février 2000. p. 73 ; *R.D.A.I.*, janvier 2000, p. 3.

<sup>29</sup> « Securities Activity on the Internet », disponible sur <http://www.iosco.org>. *Cinq lignes directrices ont inspiré les membres de l'OICV* : (1) les principes fondamentaux qui sous-tendent la régulation financière doivent demeurer inchangés quel que soit le médium utilisé, (2) les régulateurs doivent veiller à ne pas entraver inutilement l'utilisation légitime d'Internet par les acteurs du marché financier, (3) ils doivent s'efforcer de déterminer avec clarté et cohérence comment leur réglementation s'applique à Internet, (4) ils doivent coopérer et échanger des informations afin de surveiller et réprimer les fraudes financières sur Internet, (5) ils doivent reconnaître que les média électroniques et leur utilisation vont encore fortement évoluer. *Les autorités de régulation de plusieurs pays occidentaux se sont déjà largement inspirées de ces recommandations dans le cadre de leurs réflexions sur le sujet.* Notamment : Belgique (Commission bancaire et financière), circulaire du 5 mai 2000 ; Pays-Bas (Stichting Toezicht Effectenverkeer), note circulaire du 14 juin 1999 ; France (Commission des opérations Bourse), recommandation n°99-02 de septembre 1999 relative à la promotion ou la vente de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat via Internet ; Italie (CONSOB), communication du 7 juillet 1999 ; et Canada (Canadian Securities Administrators), proposition du 18 décembre 1998 d'une « National Policy on trading in securities using the Internet and other electronic means », disponible sur <http://www.osc.gov.on.ca/en/Regulation/Rulemaking/Policies/np47-201.html>.

*Les critères de compétence défendus par l'OICV sont de trois ordres, l'un deux étant le critère dit de « destination » : le régulateur est en droit de s'estimer compétent si l'offre peut raisonnablement et objectivement être considérée comme adressée aux citoyens d'un Etat particulier.*

*Les facteurs envisagés à cet égard par l'OICV tiennent principalement au contenu du site, à son caractère passif ou actif et à la facilité d'accès à la transaction. Ainsi, afin de fonder leur compétence, les régulateurs pourront notamment avoir égard aux facteurs suivants :*

*- le site comporte les éléments nécessaires pour qu'un investisseur décide d'acheter un produit ou un service financier.*

*- l'information diffusée est manifestement destinée aux investisseurs de la juridiction du régulateur. Les indices à cet égard peuvent être multiples : langue utilisée, indication de prix en devise locale, référence au traitement fiscal des services et produits dans la juridiction du régulateur, relais dans la presse locale des coordonnées du site et de l'information ou des services qu'il propose, etc. .*

*Il est intéressant de relever à cet égard que certaines autorités de régulation ont cité, comme autres techniques visant à cibler un marché déterminé, les référencements opérés dans les outils de recherche locaux. Ainsi, l'autorité de régulation britannique, la Financial Services Authority (FSA), dans une recommandation de février 1998<sup>30</sup>, a notamment retenu comme critère possible de sa compétence le fait pour un prestataire étranger de notifier l'existence de son site à un moteur de recherche spécialisé dans l'indexation de sites britanniques<sup>31</sup>. Dans une "Communication" du 7 juillet 1999 relative à la promotion et l'offre de services financiers sur Internet, l'autorité de régulation italienne (CONSOB) a été dans le même sens.*

*A notre avis, la notification volontaire d'un site à un outil de recherche local (moteur de recherche ou annuaire) peut en effet révéler une intention de cibler un marché national déterminé, voire d'établir une publicité ou une communication commerciale au sens défini supra.*

*Il convient toutefois d'être prudent et de ne pas généraliser : les moteurs de recherche indexent les sites de manière automatisée et sans aucune intervention humaine. Le référencement par notification d'opérateurs de sites est toujours une méthode d'indexation subsidiaire. En revanche, les annuaires ou répertoires, qui se présentent sous forme de listes de sites disposées selon des catégories et des sous-catégories, sont gérés « manuellement » sur la base de formulaires en ligne complétés par les propriétaires des sites eux-mêmes.<sup>32</sup> Il ne s'agit donc pas d'une indexation automatique effectuée par un « robot », mais d'un référencement humain et volontaire. Ainsi, le fait pour un prestataire de services financiers de faire figurer son site transactionnel dans un annuaire « local » devrait pouvoir être retenu comme critère de compétence, au sens des recommandations de l'OICV<sup>33</sup>, ou comme une communication commerciale dans le cadre de notre propos .*

*- le fournisseur de services accepte des demandes de citoyens relevant de la juridiction du régulateur*

*- le prestataire utilise des techniques de démarchage actif telles que le courrier électronique ou d'autres media pour « pousser » (« push ») l'information vers le citoyen de l'Etat de destination.*

---

<sup>30</sup> « Treatments of material on overseas Internet World Wide Web sites accessible in the UK but not intended for investors in the UK “. Pour un commentaire de cette recommandation : D. TUNKEL, « Regulating financial services on the Internet : what will the financial services and markets bill achieve ? », *Butterwoths Journal of International Banking and Financial Law* , avril 1999, p.133.

<sup>31</sup> “whether those responsible for the content of the site and/or sponsors or advisers to those providing the investment services appear to have notified the existence of the site to a Uk search engine or to the UK section of a search engine or to any other UK orientated compendium of World Wide Web sites or listing of investments opportunities” (p. 6).

<sup>32</sup> Le plus connu est Yahoo!. Voy.: <http://www.yahoo.com>, et sa version française : <http://www.yahoo.fr>.

<sup>33</sup> Pour une description précise du fonctionnement des moteurs de recherche : Th. VERBIEST, « Entre bonnes et mauvaises références – A propos de outils de recherche sur Internet », *A & M* , mars 1999, p. 34 ; Th. VERBIEST « La responsabilité des outils de recherche sur Internet en droit français et droit belge », *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, juillet 1999, p. 6.

En sens inverse, certains facteurs peuvent conduire un régulateur à se considérer incompétent :

- le prestataire précise clairement à qui son offre est destinée,

- le site web contient une liste des juridictions dans lesquelles il a été ou n'a pas été autorisé à faire des offres de services financiers par Internet

- le prestataire prend des précautions raisonnables pour éviter d'offrir ses services aux résidents de l'Etat du régulateur<sup>34</sup>.

Toutefois, dans le cas de réseaux nationaux de distribution, comment appliquer de tels critères ? Comment un distributeur « régional » pourrait-il faire en sorte de ne pas cibler les clients potentiels situés sur un autre territoire du même pays, mais attribué contractuellement à un autre distributeur ?

La question demeure posée et prélude peut-être de la fin des réseaux régionaux de distribution.

### 3) Le contrat ne contient aucune interdiction particulière

Généralement, le contrat de distribution sélective prévoit que le distributeur agréé doit distribuer les produits du fabricant dans un point de vente déterminé, répondant à toute une série de conditions de sécurité et de présentation des produits. En outre, les contrats prévoient fréquemment une obligation de conseils personnalisés dans le chef du distributeur agréé. Tel sera notamment le cas dans les réseaux de distribution de produits de luxe ou de para-pharmacie.

Dans ce cas, le promoteur du réseau pourrait-il s'opposer à la distribution par un revendeur agréé de ses produits sur un site?

Le cas est loin d'être théorique: début 1999, la société Sephora qui distribue des parfums et des cosmétiques de marque, a dû renoncer à son site en France sous la pression des distributeurs auxquels elle est liée par des accords de distribution sélective. Elle a récemment ouvert un site [www.sephora.com](http://www.sephora.com), mais sur lequel l'achat est exclusivement réservé aux résidents américains<sup>35</sup>...

Il importe tout d'abord de souligner que la majorité des contrats de distribution prévoient l'obligation, dans le chef du distributeur, de faire toute diligence pour développer les ventes.

Ne pourrait-on alors considérer Internet comme un moyen supplémentaire de développer les ventes, dans l'intérêt commun du fabricant et du revendeur?

---

<sup>34</sup> Dans sa circulaire sur les services financiers par Internet, la CBF recommande d'ailleurs à ses membres des précautions similaires : mentionner sur le site la zone géographique couverte, ne pas créer « d'incompatibilité » avec la zone géographique visée, refuser de conclure des transactions avec des ressortissants non compris dans la zone en question, p. 9. Par ailleurs, dans sa note précitée, la FSA utilise notamment les critères suivants pour déterminer dans quelle mesure une publicité est dirigée vers ses citoyens : « *Whether or not the site contained disclaimers and warnings, present on the home page,.... Which either stated : that the investment services were, as a matter of fact, available only in certain countries (and if so stating which one), or (where the investment services were not restricted by their nature to specific countries) that the investment services were not available in those jurisdictions where the firm was not authorised or permitted by local laws to promote or sell the product, or stating the countries where the service were, or were not, available legally. Whether the content of the site was written in a manner which made it clear that it was not aimed at UK investors*», p.6.

<sup>35</sup> R. De Monza, "Sephora.com : un grand site marchand...pour américains seulement", *Journal du Net*, 15 octobre 1999, disponible sur <http://www.journaldunet.com/9910/991015sephora.html>.

C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de commerce de Pontoise dans une ordonnance de référé du 15 avril 1999, rendue dans l'affaire Fabre / Alain B.<sup>36</sup>

Fabre, société de cosmétiques, entendait interdire à l'un de ses distributeurs de vendre ses produits sur le réseau, au motif que le contrat de distribution ne prévoyait pas expressément la commercialisation en ligne des produits distribués. Le tribunal a toutefois estimé qu'en l'espèce, Internet "s'ajoute aux modalités traditionnelles mises en place par Monsieur Alain B. dans son officine et conformes aux exigences de la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques relatives à la matérialité du lieu de vente."

Une analogie peut être faite à cet égard avec l'affaire Norwich Union / Peytureau jugée le 12 mai 1999 par le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux<sup>37</sup>:

Un agent d'assurances de la société Norwich Union avait créé un site personnel sous le nom de domaine "norwich-union-france.com". La société Norwich Union demandait qu'il soit mis fin à son exploitation au motif qu'elle n'aurait pas consenti à sa mise en ligne et qu'il existerait un risque de "confusion dans l'esprit du public qui peut croire à un site établi par elle-même ou sous son contrôle."

Le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux a rejeté la demande au motif notamment que "(...) force est de constater que ce site n'est à l'origine d'aucun préjudice pour la société Norwich Union. Il est en effet totalement consacré à la promotion des produits de Norwich Union et destiné à en développer les ventes."

Toutefois, dans l'affaire précitée Fabre/Alain B., la Cour d'Appel de Versailles a infirmé l'ordonnance, au motif que la vente des produits par Internet n'était pas compatible avec les conditions générales du contrat:

"(...) Il n'est pas contesté que le distributeur s'engage à ne délivrer des produits que dans un point de vente répondant à des conditions correspondant à la technicité et à l'image de santé et de sécurité des produits et que le lieu de vente doit matériellement être constitué d'une surface nettement individualisée et isolée dont la superficie doit permettre au distributeur agréé d'offrir, outre un agencement spécifique susceptible de recevoir la totalité des référencements de la marque, un emplacement suffisant pour que le consommateur puisse y visualiser les produits dans les meilleures conditions sur les plans esthétiques et informatifs;

(...) Qu'il est en outre exigé, pour assurer la qualité des réponses aux questions que pourraient poser les clients, qu'un diplômé en pharmacie soit attaché au point de vente;

(...) La commercialisation sur Internet ne permet pas d'obtenir les mêmes résultats ; que les conseils ne peuvent être donnés immédiatement, mais nécessitent un délai de réponse ; qu'ils ne peuvent être donnés que sur les indications du client, sans qu'il soit praticable de demander à ce dernier les précisions nécessaires pour apprécier ses besoins réels ; que le contact avec le vendeur n'est pas personnel, mais passe par le truchement des images fixes d'un écran d'ordinateur ;

Qu'en l'espèce, le site présente les produits par leurs marques et leurs descriptions, sans qu'apparaisse la moindre recherche esthétique ; qu'aucune vitrine "virtuelle" n'est mise en place; que l'aspect visuel du produit et de son emballage n'apparaît pas ;

Toutefois, la Cour n'exclut pas que dans l'avenir, ce nouveau mode de distribution puisse s'intégrer dans un réseau de distribution sélective, avec des critères de qualité à définir."

Nous approuvons cet arrêt : il ne peut être a priori exclu que la technique permette une distribution par Internet des produits du fabricant dans des conditions acceptables pour celui-ci, notamment en termes de conseils personnalisés en ligne<sup>38</sup>.

En effet, les conseils personnalisés en direct, à la demande du client, sont rendus possibles par la visioconférence. Aujourd'hui, des « webcams - caméras numériques reliées au réseau - sont vendues à des

---

<sup>36</sup> Comm.Pontoise, 15 avril 1999 (Fabre dermo-cosmétiques / Alain B.), *Dalloz* 1999 n°44

<sup>37</sup> Trib.inst. Rennes (référé), 12 mars 1999, décision en ligne sur <http://www.juriscom.net/jurisfr/comelec.htm>

<sup>38</sup> Y. Dietrich et A. Menais, « La distribution sélective à l'épreuve d'Internet, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°114, mai 199, également disponible sur [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net).

prix abordables, et permettent des applications de visioconférence pour le plus grand nombre. Aux Etats-Unis, les webcams sont devenues monnaie courante, et l'Europe, comme à son habitude, suivra naturellement le mouvement.

Des grands groupes informatiques s'allient déjà avec des parfumeurs afin de développer des interfaces bon marché qui permettraient de reproduire à distance les senteurs des parfums vendus en ligne.

Des techniques de compression d'image permettent la présentation des produits en trois dimensions dans des vitrines virtuelles. Ces techniques sont utilisées par un nombre croissant de sites de commerce électronique, et sont appelées à se développer, grâce en particulier à la généralisation des lignes à haut débit (telles que l'ADSL ou le câble).

D'autres techniques, propres à Internet, sont également susceptibles d'être utilisées en vue d'une personnalisation du service. Il s'agit en particulier des techniques de marketing one to one qui servent à mieux cerner le consommateur.

En effet, un site Web est capable, dès la première visite, de retenir un certain nombre d'informations données volontairement par l'internaute, notamment via des formulaires en ligne (préférences, goûts, type de peau, mode d'alimentation, marques préférées, profession, structure du ménage, montant des revenus, consommation moyenne du produit dont question, date de son anniversaire ou celle de son conjoint etc.). Des informations sur l'internaute sont aussi susceptibles d'être collectées de manière invisible, grâce en particulier aux variables de navigation<sup>39</sup> et aux cookies<sup>40</sup>, qui permettent, selon les cas, de connaître les produits qui ont attiré l'attention du visiteur lors de sa dernière visite, les dates, heures et lieux des ses visites ou achats, ses moyens de paiement préférés...

Ces techniques atteignent un tel niveau de sophistication et d'efficacité que l'on est en droit de se demander si elles n'offriront pas à terme un moyen d'offrir des conseils personnalisés dans de meilleures conditions que dans les réseaux de distribution traditionnels. Ainsi, lors de ses prochaines visites, l'internaute pourrait ne voir s'afficher que les produits qui correspondent précisément à son profil, tel qu'il a été enregistré et analysé lors de sa première consultation (par exemple tel produit adapté à son type de peau pour un produit cosmétique de luxe) ....

Toutefois, un distributeur, qui souhaiterait mettre en œuvre une obligation contractuelle de conseils personnalisés en recourant à ce type de techniques, sera astreint au respect de la loi du 8 décembre 1992, modifiée par la loi du 11 décembre 1998<sup>41</sup>, qui régleme sévèrement les traitements de données à caractère personnel.<sup>42</sup>

Bien entendu, il conviendrait idéalement que l'exploitation d'un point de vente virtuel par un distributeur agréé fasse l'objet d'un avenant qui préciserait la manière de concilier les exigences de la distribution sélective avec la vente en ligne. Par exemple, une importance particulière devrait être apportée aux hyperliens unissant le site du distributeur à des sites de concurrents ou commercialisant des produits similaires mais de moindre qualité, de manière à ne pas déprécier l'image de marque du fabricant.

---

<sup>39</sup> Il s'agit des données générées à chaque consultation : l'adresse IP de l'ordinateur qui se connecte au réseau, qui peut être variable ou fixe, la marque de son navigateur (Explorer, Netscape...), la langue utilisée par le programme, les dates et heures de la connexion, les pages visitées, des informations techniques sur l'ordinateur (résolution d'écran, nombre de couleurs...). Ces informations sont enregistrables par les fournisseurs d'accès ou par les serveurs auxquels l'internaute se connecte.

<sup>40</sup> Les cookies sont des petits fichiers transmis par le serveur visité par l'internaute au logiciel de navigation qui l'inscrit sur le disque dur de l'ordinateur de l'internaute (par exemple dans le fichier "temporary internet files"). Lors des futures connexions, le serveur peut consulter les informations contenues dans ce fichier et les modifier. C'est notamment par ce biais que le site web peut "retenir" des informations sur l'internaute et adapter l'aspect ou les informations de celui-ci.

<sup>41</sup> Loi qui transpose la directive du 24 octobre 1995 relative à "la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données"

<sup>42</sup> voir Th. Verbiest, "Internet et la difficile protection de la vie privée", chronique "droit et multimédia" de *l'Echo*, 16 décembre 1999, également disponible sur [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)

## **C. .... Le respect de l'existence du réseau et de son étanchéité**

Toute la structure d'un réseau de distribution sélective repose sur son étanchéité, qui vise à éviter l'approvisionnement de revendeurs non agréés.

La Cour de Justice a rappelé, dans l'arrêt Metro précité, que "*tout système de distribution fondé sur les points de distribution implique nécessairement, à peine de n'avoir aucun sens, l'obligation pour les distributeurs faisant partie du réseau de n'approvisionner que des revendeurs agréés.*"<sup>43</sup>

### ***1. Risques encourus par le revendeur non agréé***

Le vendeur non agréé est potentiellement exposé à un risque de contrefaçon, c'est-à-dire d'usage illicite de la marque, de concurrence déloyale et de mise en cause de sa responsabilité aquilienne pour tierce complicité.

La revente de produits faisant l'objet d'un système de distribution sélective par un distributeur non agréé n'est pas, en soi, illégale, dans la mesure où un réseau de distribution sélective déclaré licite ne crée pas d'obligations dans le chef des tiers au réseau.

Toutefois, il est possible d'admettre l'illicéité de la revente par un tiers au réseau dans le cas où le revendeur aurait commis un acte de tierce complicité lors de l'approvisionnement des produits, c'est-à-dire qu'il aurait, en pleine connaissance de cause, concouru à la violation du contrat de distribution sélective par le distributeur agréé auprès duquel il se serait approvisionné.

En pareille hypothèse, l'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale est également susceptible d'être invoqué.

L'acte d'achat sera jugé irrégulier s'il existe un contrat de distribution valable, une interdiction de vente hors réseau, une violation de cette obligation dans le chef du distributeur, mais à l'initiative de l'acheteur, et une connaissance par l'acheteur de l'existence de ce réseau.<sup>44</sup>

L'acte de revente, quant à lui, suffit à générer la responsabilité du revendeur, pour autant qu'il soit préjudiciable. Ce préjudice pourra être constitué d'une atteinte à la notoriété du produit, causée par sa cohabitation avec des produits bas de gamme, ou par l'absence de personnel qualifié pour répondre aux questions du consommateur.

C'est ainsi que le Tribunal de Grande Instance de Paris a estimé que la vente sur Internet de produits cosmétiques constituait non seulement un acte de contrefaçon, mais également un acte de concurrence déloyale, en raison de "*la présentation, sur le tableau de référence et sur le catalogue, de la marque des eaux de toilettes des demanderesses avec affichage d'un prix constant de vente bien inférieur au prix auxquelles elles sont commercialisées.*"<sup>45</sup>

Selon l'arrêt Dior de la Cour de justice du 4 novembre 1997<sup>46</sup>, nonobstant l'épuisement du droit à la marque (voir infra), un distributeur non agréé ne pourrait vendre les produits du promoteur du réseau dans un environnement de vente qui nuirait sérieusement à l'image du produit. Cette condition sera certainement d'autant plus impérieuse dans un environnement virtuel. Il ne pourrait non plus faire usage de marques de services de manière à faire croire au public qu'il fait partie du réseau de distribution sélective (notion de « bon usage » de la marque). Ainsi, le revendeur parallèle ne pourra utiliser sur la page

---

<sup>43</sup> C.J.C.E. 25 octobre 1977, aff. 26/76 (arrêt Metro I), *Rec. C.J.C.E.*, p.1875

<sup>44</sup> Si l'acheteur / revendeur refuse de révéler la provenance de ses marchandises, il y aura présomption d'acquisition irrégulière. Cass. française, 27 octobre 1992, cité par P. Breese, "Distribution sélective de parfums et commerce électronique", disponible sur <http://www.breese.fr/guide/parfums/distse12.htm>.

<sup>45</sup> l'Oréal / PLD Entreprises, décision en ligne sur le site Legalis : <http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/tgi-paris-270398.htm>

<sup>46</sup> CJCE, 4 novembre 1997, *Rec.*, 1997, p. 6034.

d'accueil de son site Web que la marque verbale (la simple dénomination du produit ou service), et non le logo du promoteur du réseau, par exemple dans le cas de vente de véhicules de marque sur Internet<sup>47</sup>. Il ne pourra non plus créer des liens hypertextes avec l'éventuel site d'un distributeur agréé ou du fabricant, de manière à faire croire qu'il est un membre du réseau officiel.

## 2. *Risques encourus par le distributeur agréé*

Il peut s'avérer difficile pour un tiers au réseau de s'approvisionner "physiquement" en grande quantité auprès de distributeurs agréés, dans la mesure où ceux-ci seront souvent attentifs à ne pas engager leur responsabilité contractuelle vis-à-vis du promoteur du réseau en vendant à des distributeurs hors réseau.

En revanche, l'achat épars et répété de petites quantités de produits par des revendeurs non agréés peut se faire aisément via le site Web dans la mesure où un distributeur agréé, par exemple de parfums, ne sera pas toujours capable, dans le cas d'une transaction en ligne, d'identifier avec certitude un acheteur.

Les informations données par l'internaute peuvent être volontairement erronées et modifiées à chaque connexion. Le cookie qui permettrait de le reconnaître peut être refusé ou effacé, l'observation par un "site tracker" (petit programme qui observe la fréquentation d'un site Web et peut servir à identifier un internaute) est facilement contournable.

Pour autant qu'un distributeur soit contractuellement autorisé à vendre sur le Web les produits faisant l'objet de l'accord de distribution, ou que les clauses du contrat puissent être interprétées comme conférant pareille autorisation, quelles sont les obligations raisonnables auxquelles le distributeur devrait s'engager afin de pouvoir lutter contre les revendeurs non agréés?

Le distributeur pourrait, comme c'est le cas des sites américains "sephora.com" et "lancôme.com", réserver l'achat des produits sur le Web aux résidents d'une certaine région ou d'un certain pays, afin de préserver la zone contractuelle qui lui a été impartie.

C'est actuellement la formule la plus fréquente et la plus pratique employée par les distributeurs pour lutter contre, d'une part, le dépassement de la zone qui leur est impartie et, d'autre part, éviter de se voir appliquer des lois nationales (par exemple protectrices du consommateur, en application du droit international privé) autres que la leur.

Il convient de rappeler cependant qu'en vertu du droit européen, le fabricant ne peut lui-même interdire à ses distributeurs de vendre passivement hors du territoire qui leur a été imparti, faute de quoi le contrat de distribution sera considéré comme anti-concurrentiel. Le distributeur peut ainsi s'engager à ne pas prospecter activement hors de son territoire, mais ne pourra s'engager contractuellement vis-à-vis du fabricant à opposer au consommateur qui lui en fait la demande un refus de vente lié à la résidence de celui-ci<sup>48</sup>.

Nous avons vu plus haut que, d'après le marché visé par le site, la vente sur Internet sera considérée comme une forme de vente active ou passive.

Afin d'empêcher les achats massifs sur son site, il lui est également loisible de prévoir un nombre maximal d'achats par visite sur le site. En ce qui concerne les parfums, par exemple, il n'est pas nécessaire, pour un consommateur "normal", d'acheter plus de deux ou trois bouteilles de son produit préféré.

Ces mesures ne sont néanmoins pas suffisantes pour empêcher un tiers de s'approvisionner par des achats épars auprès de sites de distributeurs agréés, jusqu'à se constituer un stock de produits suffisant pour se livrer lui-même à la vente desdits produits. Un distributeur non agréé pourrait également recourir à un agent électronique intelligent, qui permet d'automatiser les commandes.

---

<sup>47</sup> En matière de jurisprudence "traditionnelle" à ce sujet, voir: Prés .Comm. Bruxelles, 12 novembre 1996, *D.C.C.R.*, p 197 n°34 et n°73

<sup>48</sup> voir développements à ce sujet de Balate et Stuyck, "La distribution commerciale et le droit européen" in *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, ss. dir. de B. Pinchard et J-P Triaille, Larcier 1996, p.250

Un parallèle peut être fait à cet égard avec l'affaire qui a opposé France Télécom à une société qui, exploitant un annuaire téléphonique, mettait à jour ses fichiers par une interrogation automatisée des sites Internet de France Télécom.<sup>49</sup>

Il reste donc capital, afin de préserver l'étanchéité du réseau, de pouvoir identifier les acheteurs .

La reconnaissance des signatures électroniques devrait apporter une solution à ce problème, suite à l'adoption de la directive européenne 1999/93/EC du 13 décembre 1999<sup>50</sup>, qui doit être transposée dans les législations des Etats membres au mois de juillet 2001 au plus tard.

Même si elle se veut neutre d'un point de vue technologique, il ne fait pas de doute qu'en l'état actuel de la technique, les définitions de la directive renvoient en fait à la signature digitale ou numérique, technique basée sur la cryptographie asymétrique, qui permet de sécuriser les communications par le chiffrement des messages envoyés<sup>51</sup>. En outre, dans le cadre de l'échange de données, un prestataire de service de certification intervient pour délivrer au destinataire un certificat établissant le lien entre l'expéditeur du message et sa clé publique.

Ainsi, la Directive prévoit de telles signatures électroniques (les signatures digitales "certifiées" à l'heure actuelle) doivent bénéficier de la même force probante que celle accordée aux signatures manuscrites.

## **D. Le droit à la marque et l'épuisement communautaire**

Les règles de libre circulation des marchandises et de libre prestation de services sont consacrées par les articles 28, 49 et 50 du Traité (anciens articles 30, 59 et 60). L'article 30 (ancien article 36) prévoit un certain nombre de dérogations au principe posé par l'article 28. Parmi ces dérogations, figure, entre autres, le droit des marques.

Le droit à la marque est défini par l'article 5 de la directive 89/104 CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, telle que modifiée par l'accord sur l'Espace Economique Européen (E.E.E) du 2 mai 1992.

La fonction essentielle d'une marque est de garantir tant au consommateur qu'à l'utilisateur final l'identité du produit couvert par la marque.

Le but du droit à la marque vise donc à assurer à son titulaire le droit exclusif d'utiliser sa marque pour la première mise en circulation du produit dans l'Union européenne et le droit de se protéger des tiers qui voudraient profiter indûment de la réputation de la marque en vendant des produits sous cette marque<sup>52</sup>.

Par contre, dès qu'un produit déterminé est mis en circulation dans l'Union européenne (et l'EEE) avec le consentement du titulaire de la marque, les droits du titulaire sont épuisés : il ne peut plus s'opposer à l'importation d'un de ces produits revêtu de la marque en provenance d'un Etat membre. Cette limitation est définie à l'article 7, §1 de la directive.

L'article 7, paragraphe 1 est rédigé comme suit:

"Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce, dans la Communauté, sous cette marque, par le titulaire ou avec son consentement."

---

<sup>49</sup> TGI Paris, 18 juin 1999 : Legalis.net, <<http://www.legalis.net>>.

<sup>50</sup> Disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/sign/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/sign/index.htm)

<sup>51</sup> La cryptographie asymétrique peut être décrite comme suit : une personne reçoit deux clés générées de telle sorte qu'un message encrypté avec l'une ne pourra être déchiffré qu'avec l'autre. L'une des clés reste secrète et n'est connue que du titulaire à qui les clés ont été attribuées, l'autre étant rendue publique et aisément accessible

<sup>52</sup> F. Le Cohennec., "Arrêt Silhouette et libre circulation des marchandises", *Contrats-Concurrence-Consommation* n°3 (mars 1999), éditions du Juris - Classeur, p.6 et suiv.

Dans l'affaire "Silhouette"<sup>53</sup>, le Cour des Communautés européennes a eu à répondre à deux questions posées par la Cour Suprême d'Autriche, l'Oberster Gerichtshof Österreich:

- La première était de savoir si l'article 7,§ 1 de la directive faisait obstacle à des règles nationales prévoyant l'épuisement du droit conféré par une marque pour des produits mis dans le commerce, hors de l'Union européenne, sous cette marque, par le titulaire ou avec son consentement.

La Cour a décidé, sur ce point, que la règle de l'épuisement ne peut être que communautaire.

Si un produit a été mis dans le commerce hors de l'union européenne. sous une marque avec le consentement de son titulaire, ce même produit ne peut être réimporté sous cette marque par un tiers dans l'Union européenne sans le consentement du titulaire de la marque.

- La seconde tendait à savoir si ce même article pouvait être interprété en ce sens que, sur le seul fondement de cette disposition, le titulaire de la marque est habilité à enjoindre à un tiers d'avoir à cesser d'utiliser sa marque pour des produits qui ont été mis dans le commerce, hors de l'Union européenne., sous cette marque, par le titulaire ou avec son consentement.

La Cour a répondu que sur base de l'article 7,§ 1 de la directive, le titulaire d'une marque est habilité à obtenir une injonction interdisant à un tiers d'utiliser sa marque pour des produits qui ont été mis dans le commerce hors de l'Union européenne. sous cette marque, par le titulaire ou avec son consentement.

Pour qu'il y ait épuisement du droit à la marque, deux conditions doivent donc être remplies :

- La première est une mise dans le commerce, licite, de produits sous la marque.
- La seconde est qu'il faut, mais il suffit, que le premier acte de mise dans le commerce ait eu lieu dans un pays de l'Union européenne.

Le titulaire de la marque garde cependant la possibilité de faire échec à l'épuisement du droit, pour autant qu'il ait des "motifs légitimes". Ces motifs légitimes peuvent consister en une altération du produit, le grattage des codes-barres sur l'emballage du produit, la modification du conditionnement du produit ou de son emballage dans des conditions tendant à déprécier la valeur de celui-ci (atteinte à la fonction de qualité)<sup>54</sup>.

Un arrêt du Président du tribunal de Commerce de Bruxelles a estimé que le titulaire d'une marque pouvait s'opposer à la vente par correspondance de ses produits de luxe par un tiers au mépris d'un réseau de distribution sélective licite<sup>55</sup>.

On peut se poser la question de savoir si l'offre en vente de produits sur un site Web constitue ou non une mise dans le commerce des produits simultanée dans l'Union européenne et hors Union européenne.

Le fait de proposer les produits en vente sur le site constitue-t-il une "mise dans le commerce" suffisante pour qu'il y ait épuisement du droit à la marque?

D'après A. Braun<sup>56</sup>, l'exposition en vente s'entend, de la manière la plus générale, de tout préliminaire de vente : l'étalage d'une marchandise, son offre au public, les actes et les négociations engagés avec des intermédiaires en vue du débit de la marchandise. En matière de contrefaçon, l'exhibition suivie de vente ou de distribution gratuite dans une exposition publique de marchandises contrefaites constitue un fait répréhensible.

Nous pensons dès lors qu'il appartiendra, une fois de plus, de déterminer le marché visé par le site pour déterminer si la première mise dans le commerce a lieu dans l'Union européenne ou non. Un "disclaimer"

---

<sup>53</sup> Arrêt Silhouette, C.J.C.E. 16 juillet 1998, aff. C.355/96, *R.C.J.B.* 1999, p.361

<sup>54</sup> A. Braun, *Précis des marques*, Larcier, 3ème ed, Bruxelles, 1995, p.259.

<sup>55</sup> Prés. Comm. Bruxelles, 23 juin 1993 (aff. Dior / Checkpoint), inédit, cité par Braun, o.c.

<sup>56</sup> A. Braun, o.c., page 406 n°457

précisant les personnes visées par le site ou un refus de livrer en-dehors d'un territoire déterminé pourraient être des indices à cet égard.

### **3. Droit pour le promoteur du réseau de vendre les produits via Internet**

Un des avantages considérables d'Internet est que le consommateur peut négocier directement avec le fabricant, sans passer par des intermédiaires tels que des revendeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective.

Les prix sont évidemment plus avantageux, puisque le promoteur n'a aucun intermédiaire à payer. De plus, le fabricant a ainsi la possibilité d'étendre le territoire de ses ventes pour un coût beaucoup moindre qu'en implantant des distributeurs épars.

Il va de soi que si le fabricant s'est engagé à ne pas faire de concurrence à ses propres distributeurs, il ne lui est pas possible de créer un site par lequel les clients potentiels de ses distributeurs s'approvisionneraient.

Lorsque tel n'est pas le cas et que le fabricant s'est contractuellement réservé le droit de procéder à des ventes directes sur le même territoire que ses distributeurs, *a priori*, aucune objection théorique ne s'oppose à ce que le fabricant décide de vendre ses produits sur le Web.

Aux Etats-Unis, c'est cette solution que Levi Strauss a adoptée, tandis que Nike réserve ce droit à un de ses distributeur, Fogdog Sports.

Toutefois, il importe évidemment dans ce cas de veiller à ce que les droits contractuels de chacun des distributeurs du fabricant soient respectés, faute de quoi le distributeur lésé pourra se retourner contre son fabricant.

D'une part, à l'instar de ses distributeurs, le promoteur du réseau devra veiller à garantir l'étanchéité du réseau.

D'autre part, si le promoteur du réseau entend se réserver la commercialisation de ses produits par Internet, tout en interdisant cette même commercialisation à ses distributeurs au motif qu'elle ne serait pas compatible avec les conditions du réseau, il ne semble pas concevable qu'il puisse le faire sans respecter la nature même de ses produits. En effet, comment considérer que les mêmes produits seraient soumis à deux régimes différents selon que les ventes émanent du distributeur ou du fournisseur ? Le fournisseur s'exposerait à une contestation de la légitimité des conditions objectives de commercialisation de ces produits qui, rappelons-le, doivent être imposées par la nature des produits<sup>57</sup>.

Plus fondamentalement, certains se sont interrogés sur la licéité de la réservation de la vente sur Internet par le fournisseur. Une telle réservation n'aboutirait-elle pas indirectement à une interdiction des ventes passives par les distributeurs, prohibée par le droit de la concurrence et en particulier par le nouveau règlement d'exemption communautaire (voir *supra*)? En effet, dès lors que la Commission européenne considère que "l'utilisation de l'Internet à des fins publicitaires ou de ventes de produits ou de services est en général considérée comme une forme de vente passive" et dans la mesure où le distributeur respecte les conditions de cette passivité, il est légitime de se demander si le fournisseur est juridiquement fondé à interdire cette forme de commercialisation à ses distributeurs<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Y. Dietrich et A. Menais, "Réseau de distribution et vente sur Internet", *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°125, mai 2000, p. 11.

<sup>58</sup> Y. Dietrich et A. Menais, "Réseau de distribution et vente sur Internet", *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n°125, mai 2000, p. 13. Ces auteurs précisent qu'une telle restriction ne pourra pas se fonder sur la nature des produits puisque le règlement n° 27/90 prohibe les cumuls de

De surcroît, les distributeurs pourraient eux même considérer que la réservation par le seul fournisseur de la vente sur Internet, en tant qu'elle représente une source de concurrence qui n'avait pas été envisagée par les parties au moment de la conclusion de la convention de distribution, relève d'une modification du contrat et de son équilibre économique. Elle serait, à ce titre, une violation du principe de coopération sous-jacent à tout contrat de concession commerciale.

Force est de constater qu'aux Etats-Unis, nombreuses sont les entreprises qui ont entièrement remis en cause leurs réseaux de distribution : en septembre 1996, la chaîne américaine Egghead software, qui disposait de 156 magasins, se lançait dans la vente en ligne en affirmant que "*le risque de cannibalisation était nul*". Le 31 janvier 1997, elle fermait pourtant 77 magasins. Aujourd'hui, tous les points de vente ont disparu, Egghead.com est devenu une entreprise à 100% Internet. Le banquier britannique Lloyd's TSB a, quant à lui, annoncé en février dernier la suppression de 3000 emplois, en partie liée à Internet.

Dans l'autre sens, le site de la Fnac n'a pas altéré le succès des magasins, mais admet que les clients internautes sont à 80% différents des clients traditionnels<sup>59</sup>.

## **Conclusion**

En théorie, un distributeur agréé pourrait vendre les produits faisant l'objet de l'accord de distribution sélective via Internet, pour autant qu'il veille au respect des exigences propres au contrat ainsi qu'au respect de l'étanchéité du réseau.

La définition de la compatibilité d'un site Web avec les obligations actuellement imposées par la plupart des contrats de distribution, notamment en termes de présentation des produits et de conseils au client, ne se fera pas sans mal, en attendant qu'Internet rentre dans les mœurs des réseaux de distribution et que la question soit réglée par voie conventionnelle.

Toutefois, si l'exploitation d'un site Web est de nature à satisfaire le promoteur du réseau d'un point de vue qualitatif, le danger n'est-il pas qu'il se passe de ses distributeurs, ou d'une partie importante d'entre eux et réorganise fondamentalement son réseau, en se réservant un ou plusieurs sites de distribution, en contact direct avec une clientèle mondiale, ou en tous cas conçue à l'échelle de grands marchés internationaux ?

En attendant, des questions fondamentales demeurent et devront être résolues, afin de permettre une coexistence, sinon harmonieuse, à tout le moins viable, entre sites Web et réseaux de distribution. Il en ira ainsi de la délimitation des zones géographiques qui pourront être visées par les sites web, et des techniques publicitaires et de démarchage qui seront admises, des mesures raisonnables que les distributeurs, voire le promoteur lui-même, devront prendre pour prévenir la vente active hors réseau ou sur un territoire attribué à un autre distributeur, ou de la question délicate et inédite de l'épuisement communautaire en cas d'exploitation d'un site Web, par nature mondial.

---

réseaux exclusifs et sélectifs. Par conséquent toute restriction quant à la nature des produits tomberait sous le coup de ces dispositions.

<sup>59</sup> L. Belot, "La dure réalité d'Internet pour les entreprises traditionnelles", *Le Monde*, 25 avril 2000, page 12.

**Frédérique VANHAELEN et Thibault VERBIEST, avocats au Barreau de Bruxelles**