

Amanda ROOS  
Magistère de Juriste d'Affaires- DESS/DJCE  
Mémoire / 2003

Madame Annie TARGA  
Droit de la Concurrence

**INTERNET ET RESEAUX DE DISTRIBUTION : IMPLICATIONS EN  
DROIT DE LA CONCURRENCE**

Introduction:

## **I/ Internet: source d`opportunité et de contraintes juridiques**

### **A/ Une liberté de principe: liberté pour les distributeurs de distribuer sur Internet**

1/ Nature de la vente sur Internet: vente passive et vente active

2/ La possible interdiction des ventes actives en fonction de la nature du réseau de distribution

3/ La réservation des ventes sur Internet par le fournisseur

### **B/ Limites et contraintes juridiques a cette liberté**

1/ Les limites à la liberté des distributeurs de revendre en ligne

2/ Contraintes juridiques

## **II/ Risques d`incompatibilité entre réseaux de distribution et droit de la concurrence: un aménagement contractuel nécessaire**

### **A/ Un risque d`incompatibilité lié aux règles de concurrence et aux clauses contractuelles**

1/ Une incompatibilité liée aux parts de marche détenues par le fournisseur

2/ Une incompatibilité liée aux clauses “dangereuses” utilisées par le fournisseur

### **B/ La nécessité d`un aménagement contractuel de la coexistence entre réseaux traditionnels et virtuels**

1/ Aménagement contractuel de la participation ou de l`exclusion de la commercialisation par l`Internet

2/ Vers de nouvelles formes de partenariat au sein des réseaux de distribution

Conclusion

Le développement de l'Internet, tant civil que commercial, date d'une dizaine d'année. Très rapidement, ce nouveau moyen de communication a pénétré tous les secteurs de l'économie, modifiant sensiblement les relations économiques.

Confronté à cet avènement, le droit ne s'est pourtant intéressé à l'Internet que relativement tard. Deux possibilités étaient envisageables : adopter de nouvelles lois spéciales ou appliquer les règles classiques tout en les adaptant.

Le droit pénal et de la consommation furent les premiers à en tenir compte ; plusieurs lois spéciales ont été adoptées afin de prendre en considération la particularité de l'Internet.

Le droit de la concurrence n'est intervenu que beaucoup plus tard.

La difficulté en ce domaine est de trouver un juste équilibre entre une intervention des autorités de la concurrence trop lourde, qui pourrait constituer un obstacle au développement du commerce électronique et une intervention trop timide qui laisserait les pratiques anticoncurrentielles fausser le jeu de la concurrence.

Or, en raison de l'utilisation grandissante de l'Internet, le commerce électronique ne cesse de se développer. L'Internet crée ainsi une nouvelle forme de commerce dont les opérateurs économiques ne peuvent se désintéresser.

Ainsi, l'utilisation de l'Internet comme support au commerce électronique remet en question les règles du droit de la concurrence, en particulier celles qui régissent les réseaux de distribution, tant sélective qu'exclusive et en matière de franchise.

Alors que les rapports entre concurrents et, partant, les règles actuelles étaient conçues 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 directe sur le réseau.

En outre, l'Internet risque de bouleverser les structures classiques de ces réseaux et conduira à rechercher un nouvel équilibre dans les accords de distribution, en particulier les réseaux nécessitant une collaboration étroite entre le producteur et le distributeur et les réseaux de distribution reposant sur des critères qualitatifs de sélection.

A cet égard, il apparaît important de rappeler la définition des réseaux de distribution fermés.

La distribution sélective est un système par lequel le producteur vend ses produits uniquement à ses revendeurs qu'il a préalablement sélectionnés sur la base de critères définis, et le revendeur s'engage à ne pas revendre ces produits à un distributeur n'appartenant pas au réseau du producteur.

La distribution exclusive est un système par lequel le producteur s'engage à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur sur un territoire déterminé.

Quant à la franchise, elle est caractérisée par la transmission du savoir-faire du producteur vers le revendeur et par une licence de droits de propriété intellectuelle.

En effet, Internet bouleverse la distribution des produits puisqu'il se pose à la fois en concurrent des systèmes traditionnels, mais aussi en complément.

Internet, c'est d'abord l'ouverture mondiale au consommateur. Internet est aussi un accélérateur de concurrence puisqu'il permet à tous d'accéder à de nouveaux produits et à de nouveaux services. C'est, enfin, la consécration de la vente à distance et des règles qu'elle impose.

Le droit de la concurrence ne pouvait donc pas ignorer plus longtemps les conséquences de l'Internet sur les réseaux de distribution. La réponse est venue principalement du droit communautaire, la jurisprudence française a suivi. Ainsi, notre étude portera essentiellement

sur le droit communautaire et français de la concurrence, mais quelques exemples américains en la matière ne seront pas sans intérêt.

Le nouveau règlement d'exemption n° 2790/99 du 22 décembre 1999, relatif aux accords verticaux, a traité des effets d'Internet dans les relations verticales. Plus précisément ce sont les lignes directrices de la Commission européenne publiées le 13 octobre 2000 qui ont explicité les règles posées en la matière. Il apparaît ainsi que, plus qu'un mode de distribution, Internet est avant tout un moyen de vendre, une technique supplémentaire dont disposent les vendeurs.

Cette analyse conduira certainement à un accroissement de la concurrence.

Les entreprises à la tête des ces réseaux devront respecter ces nouvelles règles de concurrence.

Phénomène positif, Internet va profiter aux accords de distribution en permettant leur développement et en leur donnant un nouveau souffle, mais il va aussi déstabiliser ces modèles économiques qui fonctionnent selon des schémas traditionnels, soulevant un certain nombre de problèmes d'ordre économique et juridique. (I)

En outre, l'avènement de la distribution électronique bouleverse la structure contractuelle qui supporte ces réseaux de distribution soulevant des interrogations quant à leur compatibilité au regard des règles traditionnelles en droit des ententes et nécessitant des aménagements contractuels. (II)

Le sujet étant vaste notre analyse sera effectuée sous l'angle du droit de la concurrence, laissant de côté le droit des marques ou la concurrence déloyale même si ces questions pourront être succinctement abordées.

## **I/ Internet : source d'opportunité et de contraintes juridiques**

Le droit de la concurrence offre-t-il une marge de manœuvre suffisante aux têtes de réseaux qui souhaitent mettre en œuvre la distribution en ligne de leurs produits ?

Cette question conduit à s'interroger sur la compatibilité des réseaux de distribution avec le commerce électronique et l'organisation d'une distribution en ligne.

Sont en jeu les relations entre distributeurs et fournisseurs et le rôle alloué à chacun au sein du réseau.

Les lignes directrices de la Commission européenne sont venues préciser les choses.

Favorables à l'ouverture de la concurrence, elles fixent un principe de liberté de vente sur Internet pour les distributeurs, qu'ils soient distributeurs agréés, distributeur exclusif ou franchisé. (A)

Cette ouverture à la concurrence se fait dans un souci d'accroître la concurrence mais n'est pas sans susciter des problèmes juridiques. Outre ces contraintes juridiques, les producteurs peuvent eux-mêmes intervenir en mettant en place certaines limites à cette liberté, en tirant profit des opportunités offertes par les lignes directrices. (B)

### **A/ Une liberté de principe : liberté pour les distributeurs de distribuer sur Internet**

Cette liberté doit être appréciée tant du point de vue du distributeur que du point de vue du fournisseur. En effet, l'un comme l'autre trouveront des avantages à développer leurs ventes sur internet.

A cet égard deux questions fondamentales se posent.

Quelle est la nature de la vente sur Internet ? (1)

Et, dans l'hypothèse de ventes actives dans quelle mesure peut-on les interdire ? (2)

Le fournisseur peut-il se réserver les ventes sur Internet ? (3)

Ces questions revêtent une importance fondamentale au regard du règlement d'exemption.

#### 1/ Nature de la vente sur Internet : vente active et vente passive

Il s'agit de savoir si l'ouverture d'un site Internet de commerce en ligne doit être interprétée comme le prémisses à des ventes actives ou passives.

L'enjeu est important car selon les dispositions de l'article 4-b du Règlement d'exemption par catégorie seule est autorisée « la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ».

Ainsi, si la notion de vente passive est retenue, le producteur ne peut plus légitimement, au regard du droit de la concurrence, limiter la création d'un tel site par ses distributeurs. Au contraire, si le site Internet est assimilé à un support pour des ventes actives, les distributeurs, en créant un site Internet, risquent de porter atteinte à la clause d'exclusivité territoriale qui les lie au producteur. Ainsi, une vente passive ne peut être interdite alors qu'une vente active peut être, par exception, interdite par le contrat de distribution.

Deux analyses sont possibles. La première est d'ordre matériel et consiste à apprécier la nature des opérations sur le réseau Internet. Le distributeur qui se contente de créer son site et

qui ne réalise pas d'action de démarchage ( par exemple, par l'envoi de messages électroniques à des clients potentiels), réalise des ventes passives en répondant seulement à des demandes reçues de ses clients via le réseau. Au contraire, le distributeur glisserait dans le champ de la vente active s'il réalise des opérations positives pour vendre ses produits ou ses services.

La seconde interprétation tend à considérer que la création d'un site de commerce en ligne est, en tant que telle, le support à des ventes actives.

La Commission européenne a tranché et a opté pour la première interprétation.

Les lignes directrices du 13 octobre 2000 ont en effet explicité son raisonnement s'agissant de l'application du règlement sur les accords verticaux.

Les ventes actives sont définies comme étant le fait de prospecter des clients sur un territoire déterminé ( par exemple par publipostage, démarchage à domicile, annonce publicitaire ciblant certains clients, création d'un point de vente sur ce territoire...).

Les ventes passives sont définies par ces mêmes lignes directrices comme étant le fait de satisfaire à des demandes émanant de consommateurs n'ayant pas été sollicité par le distributeur, ou de réaliser des publicités ( ou de lancer des campagnes de promotion) dans des journaux, à la télévision, sur Internet... sans aucun objectif consistant à cibler des consommateurs sur un territoire particulier ( par exemple : une publicité dans un magazine national pouvant aussi bien être acheté par des personnes habitant Paris, Nice ou Lille...).

La Commission a expressément pris partie eu égard à cette dichotomie entre vente active et vente passive.

Elle considère que *« tout distributeur doit être libre d'avoir recours à Internet pour vendre ses produits contractuels ou pour faire de la publicité. »*

Elle ajout qu' *« en général, le recours à Internet n'est pas considéré comme une forme de vente active vers ces territoires ou ces clientèles car c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients... 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. »( point 51)*

La vente sur Internet n'est donc pas assimilée à une vente active mais constitue, par principe, une vente passive. Lorsqu'un consommateur se connecte au site web d'un distributeur pour y acheter certains produits, il s'agit donc simplement d'une vente passive. Le lieu d'habitation de ce consommateur n'entre pas en ligne de compte et est donc sans incidence sur la qualification de la vente.

Néanmoins, comme le souligne les professionnels, en particulier les spécialistes du marketing, certains outils, dits de « profilage », peuvent permettre d'attirer sur un site web des catégories particulières de consommateurs. Or, les distributeurs peuvent utiliser ce genre de moyens, ce qui pourrait entraîner la qualification de la démarche en vente active.

Il pourrait ainsi utiliser des bandeaux publicitaires ou des liens hypertextes qui apparaissent sur certains sites web en fonction de la situation géographique du consommateur/internaute. Il peut aussi utiliser des bandeaux publicitaires apparaissant en haut de page d'un moteur de recherche dès lors que le consommateur situé sur un territoire spécifique introduit certains mots clés dans sa requête.

Un autre type de vente active pourrait consister dans l'envoi par le distributeur de messages électroniques non sollicités (spamming), ciblant les consommateurs en fonction de leur situation géographique. Cette démarche sera facilitée par l'utilisation de certains outils tels que les cookies. A cet égard, la commission énonce, dans ses lignes directrices, qu' *« un message non sollicité, transmis par courrier électronique à des clients individuels ou à un groupe de clientèle déterminé, est considéré comme une vente active »*, alors que lorsqu' *« 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 autre*

*distributeur, par exemple en utilisant des bandeaux publicitaires ou des liens dans les pages du fournisseur d'accès visant spécifiquement la clientèle concédée, ce site n'est pas considéré comme une forme de vente active. »*

On regarde donc quelle a été la cible voulue d'une action publicitaire. Et, si, à l'occasion d'une promotion générale destinée à atteindre des clients ou des territoires déterminés et non réservés, d'autres clients ou territoires réservés à des tiers sont également atteints, ladite promotion ne peut être interdite.

La Commission européenne ajoute que la langue utilisée ne jouera « normalement » aucun rôle en la matière.

Ce raisonnement est critiquable. En effet, si l'on peut suivre ce raisonnement pour l'anglais voire pour l'espagnol qui sont des langues parlées ou comprises dans un nombre important de pays, il n'en sera pas de même pour d'autres langues dont l'emploi ne s'impose 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 soutenir que l'objectif du distributeur espagnol est d'atteindre, « activement » la clientèle portugaise.

L'utilisation du mot « normalement » dans les lignes directrices laisse cependant une marge d'appréciation sur cette question.

Ainsi, en conclusion, on peut résumer l'état actuel de la question :

-le simple fait d'avoir un site de commerce électronique ne pourra jamais être considéré comme relevant, ipso facto, d'une politique de vente active pouvant être interdite contractuellement par le fournisseur. ( du moins lorsque l'accord de distribution entre dans le champ d'application du droit communautaire)

-dans certains cas, des pratiques commerciales et publicitaires spécifiques du distributeur (placement de bandeaux publicitaires, choix de la langue...) pourront être analysées a posteriori comme relevant d'une politique de vente active et donc interdites.

Reste à savoir si cette interprétation sera consacrée par les juridictions nationales et communautaires.

S'agissant du cas plus spécifique de la distribution sélective, la vente sur Internet sera étudiée avec les contraintes juridiques car les deux problèmes sont étroitement liés.

## 2/ La possible interdiction des ventes actives en fonction de la nature du réseau de distribution

En fonction de la qualification juridique du réseau (distribution sélective ou exclusive), les producteurs auront ou n'auront pas la possibilité d'interdire les ventes actives à leurs distributeurs.

En s'appuyant sur l'article 4-c du règlement d'exemption par catégorie, les lignes directrices énoncent qu'aucune limite ne peut être prescrite aux distributeurs appartenant à un réseau de distribution sélective ( point 53). En d'autres termes, ces distributeurs doivent rester libres de vendre les produits faisant l'objet du contrat de distribution sur leur propre site web. Ils sont aussi libres de cibler des consommateurs sur Internet, en utilisant des outils adéquats, quel que soit le territoire visé au sein de l'Union européenne. Ceci sous réserve de la limite de la justification objective qui sera étudiée dans le B.

Dans le cas d'un réseau de distribution exclusive, le règlement d'exemption par catégorie prévoit une exception à la règle (article 4-b). Le fournisseur peut, en effet, limiter la liberté de

son distributeur exclusif de distribuer en ligne les produits contractuels. Si un distributeur A s'est vu attribuer un territoire exclusif, le fournisseur peut ainsi interdire toute vente active sur ce territoire de la part des autres distributeurs membres de son réseau. Par conséquent, à l'intérieur d'un réseau de distribution exclusive, le producteur peut prohiber tout type de vente active sur Internet par laquelle un distributeur B empièterait sur le territoire du distributeur A. Cependant, les ventes passives ne peuvent pas être interdites et demeurent donc possibles.

Si le réseau de distribution est également fondé sur une sélection des distributeurs à partir de critères définis, le producteur n'aura pas la possibilité d'interdire les ventes actives : on en revient au principe de liberté des ventes actives et passives qui s'applique à la distribution sélective.

Le même raisonnement doit être suivi dans le cadre d'un réseau de franchise.

Si le réseau de franchise est basé sur une sélection des distributeurs, les caractéristiques particulières de la franchise (transfert d'un savoir-faire et licence de droits de propriété intellectuelle) n'entrera pas en ligne de compte. Le réseau de franchise est, en effet, alors considéré comme étant également de nature sélective. Les distributeurs sont par conséquent libres de développer sur Internet aussi bien des ventes actives que des ventes passives. A contrario si aucune sélection des distributeurs à partir des critères définis n'est réalisée, et si le contrat de franchise contient une clause d'exclusivité territoriale, le producteur pourra interdire toutes ventes actives sur Internet. Ainsi, le franchisé ayant l'exclusivité pour la Belgique ne pourra pas démarcher par Internet des consommateurs situés sur le territoire français.

La Commission européenne a rappelé dans un communiqué de presse en date du 17 mai 2001 qu'« *une interdiction d'utiliser l'Internet, y compris dans un système de distribution sélective, constitue une restriction des ventes aux consommateurs qui ne peut être couverte par le règlement d'exemption par catégorie du 22 décembre 1999.* »

Dans le cas particulier présenté à la Commission, cette dernière approuve le système de distribution sélective mis en place par la société Yves Saint Laurent pour la distribution de ses parfums.

En effet, le système de distribution, qui autorise les détaillants agréés, exploitant préalablement un point de vente physique, à vendre les produits également par Internet, est en accord avec les règles communautaires de la concurrence.

Cette liberté des distributeurs de distribuer les produits contractuels sur Internet entre en conflit avec la logique traditionnelle des réseaux fermés et organisés en territoires.

Les producteurs sont alors confrontés à un dilemme : soit ils sélectionnent leurs distributeurs sur la base de critères définis, perdant alors l'opportunité d'interdire les ventes actives sur Internet, soit ils concèdent des territoires exclusifs à leurs distributeurs et leurs garantissent qu'aucune vente active menée par d'autres revendeurs ne viendra cibler les consommateurs se trouvant sur le territoire concédé, mais alors ils devront renoncer à toute sélection des distributeurs basée sur des critères définis.

Le fournisseur pourrait alors préférer se réserver les ventes sur internet.

### 3/ La réservation des ventes sur Internet par le fournisseur

Le fabricant peut-il ouvrir un site web et y vendre sans restriction notamment géographique, ses produits, au risque d'empiéter sur ses distributeurs?

Selon un auteur, deux thèses s'affronteraient. En vertu de la première, la distribution via Internet relèverait naturellement de la tête du réseau, de sorte que seul le fabricant serait habilité à se la réserver contractuellement. Selon la seconde thèse, le promoteur du réseau est



également responsable de l'étanchéité du réseau, dans la mesure où il est tenu de contrôler son fonctionnement et de garantir aux distributeurs agréés qu'ils ne subiront pas la concurrence d'autres revendeurs situés en dehors du réseau. Il devrait donc, comme les distributeurs agréés, veiller à ne pas alimenter des revendeurs non agréés en commercialisant sur Internet les produits de sa marque.

Il est évident que si le producteur s'est engagé à ne pas faire concurrence à ses propres distributeurs, il ne lui est pas possible de créer un site web par lequel les clients potentiels de ses distributeurs seraient susceptibles de s'approvisionner.

En revanche, lorsqu'un tel engagement n'existe pas et que le producteur 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 producteur décide de vendre ses produits sur Internet.

Ainsi, aux Etats-Unis, la société Levi Strauss a adopté ce système, et la société Nike réserve ce droit à un de ses distributeurs.

Plus fondamentalement, il convient de s'interroger sur la légalité d'une telle réservation par le fournisseur, dans le cas de la distribution sélective mais aussi dans le cas de la distribution exclusive.

La distribution sélective privilégie un rôle tout à fait particulier à la tête du réseau qui, s'obligeant à ne livrer que des distributeurs sélectionnés en fonction de critères objectifs, se trouve investie d'une mission de garant de l'intégrité de son réseau commercial. Si le rôle du producteur est de protéger l'étanchéité du réseau contre des reventes à des distributeurs hors réseau, peut-il lui même pratiquer de telles ventes hors réseau ?

En effet, le producteur reste libre d'organiser la distribution de ses produits selon les méthodes qu'il a fixées et notamment directement aux consommateurs. A cet égard, l'Internet facilite considérablement cette vente directe. Toutefois, la nature spécifique de la distribution sélective repose sur la portée de l'engagement du fournisseur qui, comme le définit l'article 1<sup>er</sup> du règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99, « s'engage à vendre des biens ou des services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis ». Dès lors, la vente sur Internet ne semble guère possible, et cela en particulier pour deux raisons.

D'une part, le fournisseur lui-même est le garant de l'étanchéité du réseau. Il lui appartient d'empêcher toute violation de l'interdiction de revente à des distributeurs non agréés. Ainsi, un auteur s'interrogeait sur la violation de l'interdiction de revente hors du réseau par un distributeur qui commercialiserait les produits contractuels sur Internet. Selon lui, le distributeur ne serait plus en mesure de contrôler ses ventes de manière à éviter toute commande indécrite de distributeurs non agréés. Il en va de même si un fournisseur vendait lui même ses produits sur Internet. Il serait alors difficile, dans ces conditions, à un fournisseur qui ouvre un site permettant l'achat en ligne de ses produits, de 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, le fournisseur oblige ses distributeurs à respecter des conditions objectives de commercialisation imposées par la nature même des produits. Si, comme l'a jugé la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire Fabre, la commercialisation par Internet n'apparaît pas compatible avec le respect de ses conditions, il est difficilement concevable que le fournisseur puisse lui-même le faire en ne respectant pas la nature même de ses produits. En outre, 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 alors à une contestation de la légitimité des conditions objectives de commercialisation de ces produits qui doivent être imposées par la nature des produits.

Il semble donc que les têtes de réseau de distribution sélective ne puissent utiliser le commerce électronique, sauf à remettre en cause leur mode de distribution

Cette analyse est confortée par une solution récente rendue, aux Etats-Unis, s'agissant d'un contrat de franchise.

Le 2 septembre 2000, la Chambre d'arbitrage de l' American Arbitration Association s'est prononcée sur un litige opposant un fournisseur vendant directement en ligne et ses franchisés ( Affaire Emporium Drug Mart). En l'espèce, le franchiseur avait mis en vente ses produits directement via un site Internet sous le nom domaine « drugemporium.com ». Cette initiative commerciale avait été prise de manière unilatérale par le franchiseur lui-même sans que les franchisés n'aient été avisés ou préalablement consultés. Les franchisés alléguaient que la vente directe par Internet du franchiseur aux utilisateurs est une violation des stipulations contractuelles.

Les arbitres ont considéré que cette concurrence diminuait la valeur des territoires exclusifs des franchisés et ont ainsi ordonné au fournisseur de ne plus vendre aux clients situés dans les territoires concédés. En outre, il devra indiquer sur son site que ces clients ne pourront être livrés.

Cependant, une voie demeure ouverte : l'adaptation de leurs critères de commercialisation aux spécificités de l'Internet qui permettrait à leurs distributeurs de vendre les produits contractuels sur Internet.

La question de la légalité de la réservation de la vente sur Internet par le fournisseur dans le cas des réseaux de distribution exclusive conduit à raisonner au regard de la notion de ventes passives. En effet, une telle réservation n'aboutirait-elle pas indirectement à une interdiction des ventes passives par les distributeurs ?

Or, nous savons que le droit de la concurrence et notamment le règlement d'exemption par catégorie prohibe de manière générale toute interdiction des ventes passives par les distributeurs. Ainsi, 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 n'apparaît pas juridiquement possible que le fournisseur puisse interdire cette forme de commercialisation à ses distributeurs. Une telle prohibition tomberait sous le coup de l'article 4 du règlement d'exemption du 22 décembre 1999, en ce sens qu'elle constituerait une restriction indirecte des ventes passives. En outre, une telle restriction ne pourrait pas se fonder sur la nature des produits puisque le règlement n° 27/90 prohibe les cumuls de réseaux exclusifs et sélectifs. Et, on ne saurait oublier que les lignes directrices de la Commission européenne en leur point 51, énonce que « *quoi qu'il en soit le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur Internet* ».

Si cette disposition ne s'oppose pas à l'ouverture d'un site, il n'en demeure pas moins que le fait pour le fournisseur de se réserver la vente sur Internet pourrait constituer une atteinte au territoire qu'il a accordé en exclusivité à ses franchisés. La jurisprudence a, en effet, considéré que le franchiseur ne respectait pas l'exclusivité accordée aux franchisés, lorsqu'il réalise des ventes à domicile sur le territoire des distributeurs.

Les possibilités pour le fournisseur de se réserver l'accès à l'Internet pour les ventes sont donc extrêmement tenues, voire même nulles.

En pratique, la difficulté résidera aussi dans la gestion de la coexistence et la concurrence des modes de distribution.

En effet, si l'on admet que le fournisseur puisse se réserver la vente sur Internet, la gestion de cette coexistence des circuits de distributions apparaît plus délicate notamment quant à la fixation de son prix de vente sur son site web et dans ses relations avec les distributeurs.

La liberté de fixation du prix de revente par le distributeur est une donnée essentielle du droit de la concurrence. Le règlement d'exception n° 2790/1999 le rappelle en disposant que constitue une clause noire toute restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité 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 de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle. Certes, pour ne pas violer l'interdiction de fixer un prix minimal, le fournisseur, en fixant son prix de vente sur Internet, n'indiquera qu'un prix maximum ou recommandé.

Cependant, il devra être vigilant quant à la détermination du prix au regard des principes de concurrence loyale. Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 novembre 1992 a pu juger que le fournisseur a l'obligation de ne pas mettre le distributeur dans une situation telle qu'il se trouve dans l'impossibilité de pratiquer un niveau de prix lui permettant d'affronter la concurrence. La solution semble pouvoir être étendue à la concurrence du fournisseur lui-même et la fixation de son propre prix de revente, de sorte qu'en pratiquant des prix trop bas, il remettrait en cause l'existence même de son réseau alors que des prix trop élevés l'empêcheraient de rendre viable son site de commerce électronique.

Dans ses relations avec ses distributeurs, le fournisseur en se réservant la vente directe sur Internet va devoir gérer plus qu'une situation de concurrence, une véritable remise en cause des principes de coopération dans ses relations contractuelles. En effet, si le fournisseur pouvait arguer de ce que la multiplicité des sites de commerce électronique vendant ses produits nuirait à la maîtrise de sa politique commerciale, les distributeurs pourraient eux-même considérer que la réservation par le seul fournisseur de la vente sur Internet et cette nouvelle source de concurrence relève d'une modification de leur contrat et de son équilibre économique. Par conséquent, une telle pratique pourrait être considérée par les distributeurs comme mettant en cause le principe de coopération sous-jacent à tout contrat de concession commerciale.

On retrouve la même idée en matière de franchise. S'il apparaît que des activités de commerce électronique ou de promotion en ligne puissent dans certains cas être complémentaires et créer une certaine dynamique de vente lorsque franchisés et franchiseurs font la promotion concertée des même produits via Internet, il est clair que la vente par le franchiseur lui-même de produits à des prix très bas contrevient à l'esprit du contrat de franchise dans sa forme traditionnelle.

La notion de bonne foi pourrait alors faire son apparition en jurisprudence. Ainsi, la Cour d'appel de Paris juge que la tête d'un réseau de distribution est tenue de « veiller loyalement à ce que les concessionnaires puissent partir sans perdre le fruit de leur participation comme contrepartie de leur engagement au sein du réseau » ( Cour d'Appel de Paris, 11 février 1999). Le même principe trouvera à s'appliquer lorsque la tête de réseau modifie l'équilibre économique du contrat de concession commerciale en se réservant les ventes sur Internet et en instituant ainsi une concurrence directe.

Les difficultés pourraient aussi venir des distributeurs qui seront tentés de se regrouper afin de faire pression sur les fournisseurs. Ainsi, aux Etats-Unis, la Federal Trade Commission a eu à se prononcer sur les pratiques d'un groupe de revendeurs Chrysler qui voyait ses ventes

baisser du fait de ventes à prix bas par des E-commerçants. Pour résister, les revendeurs ont menacé leur fournisseur de limiter leurs services après-vente et de ne plus vendre certains modèles s'il ne limitait pas le nombre de voiture allouée aux vendeurs sur Internet. La Commission a considéré cet accord comme une violation du FTC Act en ce sens qu'il restreignait la concurrence entre les revendeurs de voitures et risquait de priver les consommateurs de l'accès à certains modèles et aux services après-vente.

L'introduction du commerce électronique dans les réseaux de distribution de produits ou de services ne pourra se faire qu'en respectant à la fois les intérêts de chacune des parties et en partageant les fruits d'une telle adjonction, la terminologie américaine utilise le terme de « frictionless » pour désigner cet équilibre.

En outre, eu égard aux contraintes juridiques engendrées par une telle introduction, le principe de liberté de vente sur Internet ne pourra pas s'appliquer sans que des limites soient fixées.

## **B/ Limites et contraintes juridiques à cette liberté**

Face aux contraintes juridiques nombreuses et diverses liées à la structure même des réseaux de distribution (1), de quelle marge de manœuvre dispose les parties à de tels contrats ( franchise, concession, distribution sélective) ?

Les parties, et plus particulièrement le fournisseur, lequel est à la tête du réseau de distribution, pourront poser des limites au principe de liberté de vente sur Internet posé par le règlement d'exemption communautaire et précisé par les lignes directrices de la Commission européenne. (2)

### 1/ Les limites à la liberté des distributeurs de revendre en ligne

Il apparaît que le fournisseur dispose d'une certaine marge de manœuvre pour limiter la liberté de ses revendeurs de vendre les produits contractuels en ligne.

Ainsi, il va tirer profit de cette marge de manœuvre que lui offre les lignes directrices de la Commission européenne pour interdire ou restreindre la vente en ligne de ses produits.

En outre, gardant à l'esprit que les réseaux de distribution sont avant tout des contrats, le fournisseur pourra jouer sur les clauses du contrat pour encadrer cette liberté.

Le fournisseur pourra utiliser, tout simplement, les lignes directrices. En effet, les lignes directrices offrent au producteur la possibilité d'interdire à leurs revendeurs de distribuer les produits contractuels en ligne. Elles énoncent, en leur point 51, que « *l'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée* ». Les lignes directrices précisent que cette interdiction n'autorise pas pour autant le producteur à se réserver la vente ou la publicité sur Internet.

La difficulté sera de cerner la notion de « justification objective ». Plus précisément, la question est de savoir quels sont les éléments qui pourront entrer dans la catégorie des « justifications objectives ». Plusieurs éléments pourront être pris en considération.

Ainsi, la nature du produit pourrait constituer une telle justification. Par exemple, des produits qui présentent un haut niveau de technologie et qui requièrent de ce fait un conseil adapté à chaque consommateur ( prenant en considération leur âge, leur niveau de connaissance, leur état de santé...). Dans le même esprit, le producteur qui développe un réseau de distribution

dans le cadre d'un contrat de franchise peut chercher à démontrer que la distribution en ligne de ses produits ou de ses services n'est pas compatible avec la mise en œuvre de son savoir-faire. Le producteur qui distribue des produits de luxe pourrait aussi invoquer une justification objective. En effet, dans un tel cas, l'image de marque des produits, en d'autres termes, le fait que les consommateurs les perçoivent comme « luxueux », pourrait constituer un argument mis en avant par le producteur.

L'affaire Pierre Fabre illustre parfaitement cette possibilité. La Cour d'appel de Versailles, le 2 décembre 1999, a considéré que la revente des produits Pierre Fabre sur le site web d'un distributeur agréé portait atteinte à l'image de marque de ses produits. Les juges ont considéré, contrairement à ce qu'avait jugé le Tribunal de grande instance de Pontoise, qu'il n'y avait aucune recherche d'esthétisme sur le site web, aucun conseil en ligne.

Nous ne nous étendrons pas sur la question car la notion de « justification objective » rejoint assez largement les problèmes soulevés par les contraintes juridiques et étudiées dans le 2. En effet, la notion de justification objective est intimement liée à la structure du réseau de distribution. En fonction de cette structure, les contraintes juridiques seront plus ou moins importantes de sorte qu'il sera plus ou moins facile pour le producteur d'apporter la preuve d'une justification objective à l'interdiction de vendre en ligne.

En outre, et ce dans un futur très proche, la technologie va permettre de régler les problèmes soulevés notamment par la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire Pierre Fabre. 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.* »

En effet, un conseil approprié pourra être mis en œuvre, avec des fonctionnalités tels que les échanges écrits simultanés dénommés « chat ». En outre, les conseils personnalisés en direct, à la demande du client, sont rendus possibles par la vidéoconférence. Les caméras numériques reliées au réseau ou plus couramment appelées les « webcams » sont largement diffusées et permettent des applications de la visioconférence pour le plus grand nombre, leur prix étant abordable. L'argument reposant sur l'insuffisance du conseil prodigué à l'internaute perdra donc toute efficacité.

Des informations sur l'Internaute sont aussi susceptibles d'être collectées de manière invisible, grâce en particulier aux variables de navigation et aux cookies, 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 de ses visites ou achats, ses moyens de paiement préférés.... On précisera que les variables de navigation sont des données générées à chaque consultation ( langue utilisée, dates et heures de la connexion, pages visitées... ); quant aux cookies, il s'agit de 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, et lors des futures connexions, le serveur peut consulter les informations contenues dans ce fichier et les modifier.

En ce qui concerne l'esthétisme du site web ( présentation des produits, qualité graphique de l'environnement..., diverses technologies permettent aujourd'hui d'atteindre une présentation visuelle de haute qualité. Ainsi, si l'on analyse les techniques nouvelles qu'offre Internet, des techniques de compression d'image permettent la présentation de produits en trois dimensions dans des vitrines virtuelles. 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.

Ces techniques atteignent un tel niveau de sophistication et d'efficacité qu'un auteur est amené à considérer 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.

Les distributeurs devront néanmoins assumer le coût de développement d'un tel site.

Il semble donc qu'il sera très difficile pour les producteurs d'arguer l'existence d'éléments objectifs justifiant l'interdiction de revendre en ligne leurs produits.

En d'autres termes, il leur sera difficile de rejeter complètement les opportunités qu'offre Internet.

Mais, si les producteurs ne peuvent pas tirer profit de cette opportunité offerte par les lignes directrices, ils peuvent néanmoins inclure dans le contrat de distribution des clauses leur permettant de contrôler la revente en ligne de leurs produits.

La question est de savoir quel type de clauses les producteurs peuvent inclure dans le contrat de distribution, afin d'encadrer la revente en ligne par leurs distributeurs ?

Ces clauses constitueront autant de limites posées à la liberté de distribuer sur Internet.

Pour les contrats de distribution sélective, on peut penser que les critères de sélection qualitative peuvent être adaptés au cas de la vente en ligne.

Ainsi, certaines stipulations contractuelles veilleront à la préservation de l'image de marque. Les clauses pourront imposer un nom de domaine conforme à l'intérêt de la marque et à sa réputation, une ergonomie générale et un esthétisme soigné du site conformes à l'image de marque ( choix des couleurs, qualité des photos...). Elles pourraient aussi imposer un espace spécifique réservé aux produits du producteur.

En outre, certaines clauses du contrat pourront interdire la vente en ligne de produits pouvant affecter l'image de marque du producteur ou de ses produits notamment s'agissant de produits luxueux, ou encore imposer une mise à jour régulière ( nouveaux produits, offres spéciales...), ou des conseils à la clientèle adaptés ( comment se servir des produits, conseil en temps réel par des personnels qualifiés, fonctionnalités de messagerie électronique, de « chat », voire de vidéo-conférence...).

Dans le domaine de la distribution automobile, la question est d'actualité car le 30 septembre 2003, les nouveaux contrats de distribution devront être conformes au règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 sur la distribution automobile.

Or, nombre de constructeurs de véhicules automobiles ont déjà notifié à leurs distributeurs la résolution de leurs contrats dans la perspective de la réorganisation de leurs réseaux. Or, dans ce domaine, les constructeurs de certaines marques de véhicules automobiles sont, particulièrement soucieux de l'image de marque, de qualité, de luxe ou de sportivité de leurs véhicules. C'est pourquoi, ils incluront dans leurs contrats des exigences qualitatives à l'égard du commerce électronique des véhicules automobiles. Dans ce domaine, la présentation esthétique des produits joue, en effet, un rôle capital, aussi les distributeurs désirant vendre en ligne devront soigner leur site, les exigences posées par le contrat de distribution seront certainement nombreuses et précises et nécessiteront des investissements importants. De même, le conseil personnalisé au client devra être particulièrement développé étant donné les caractéristiques techniques des véhicules automobiles, a fortiori s'agissant de véhicules de certaines marques pouvant être perçus comme des produits « de luxe »..

De même, de nombreux parfumeurs ont ainsi récemment modifié les contrats passés avec les distributeurs préalablement sélectionnés pour des points de vente physiques. Le contrat de distribution détermine maintenant à quelles conditions ces revendeurs peuvent assurer sur leur propre site web la vente en ligne des parfums de leur marque. Ces conditions sont relatives à la protection de l'image de marque.

Le producteur peut également utiliser certains critères de sélection quantitative, traditionnels pour des points de vente physiques tels que l'exigence d'un chiffre d'affaire minimum réalisé à partir de la vente en ligne des produits du producteur et il pourrait s'agir d'un objectif

déterminé pour chaque territoire spécifique, l'exigence d'un montant minimum de commandes à réaliser par les distributeurs auprès du producteur, l'exigence d'un coefficient de rotation de stocks.

Les producteurs pourraient aussi interdire à leurs distributeurs agréés de revendre en ligne les produits de marques concurrentes. Une telle clause n'est pas interdite par le règlement d'exemption par catégorie, si cette interdiction est limitée à 80% du montant total des commandes faites par le distributeur et si sa durée n'excède pas 5 ans.

Enfin, le producteur pourrait aussi allouer un territoire exclusif au distributeur pour la vente en ligne des produits. Mais cela ne garantit pas que les autres membres du réseau ne vont pas se livrer à des ventes actives sur son territoire. Pour contrôler les ventes actives sur chaque territoire, il devra alors renoncer à toute forme de sélection basée sur des critères définis.

En combinant de fortes exigences qualitatives et des critères de sélection adaptés, les producteurs pourront minimiser l'impact d'éventuelles ventes actives. Mais, ils devront vérifier qu'il n'y a aucun risque d'incompatibilité entre leur contrat de distribution et le droit communautaire de la concurrence.

Le jeu contractuel laisse donc aux producteurs une marge de manœuvre non négligeable pour encadrer la liberté de leurs revendeurs de distribuer sur Internet, sans pour autant pouvoir l'interdire.

Les clauses sont multiples et peuvent donc, comme nous l'avons vu, limiter cette liberté en tenant compte de la particularité de la vente des produits contractuels sur Internet ou en utilisant des critères traditionnels.

Quoi qu'il en soit, à l'instar des parfumeurs, il est certain que les têtes de réseaux ne tarderont pas à modifier leurs contrats de distribution pour déterminer précisément à quelles conditions les distributeurs pourront assurer sur leur propre site web la vente en ligne des produits de leur marque. Et ce d'autant plus que la vente sur Internet a été qualifiée de vente passive et ne peut, par conséquent, pas être interdite, la Commission européenne étant favorable à l'ouverture de la concurrence permise par Internet, et que la marge de manœuvre qu'offrent les lignes directrices à travers la notion de « justification objective » ne semble pas pouvoir résister à l'évolution technologique.

Les nouveaux contrats de distribution devraient donc comporter des exigences qualitatives spécifiques aux sites Internet. Comme nous l'avons montré, les principales exigences porteront sur l'usage de la marque et du logo ainsi que sur la représentation ou l'emplacement des produits, et seront plus généralement d'ordre esthétique et technique.

Les nouveaux contrats de distribution devront aussi tenir compte des contraintes juridiques engendrées par le commerce électronique.

## 2/ Les contraintes juridiques

Les contraintes juridiques sont diverses et nombreuses. Elles tiennent pour l'essentiel à la difficulté à intégrer le commerce électronique dans les schémas de distribution classiques.

Certaines de ces contraintes sont plus générales en ce qu'elles ne sont pas intrinsèquement liées au réseau de distribution, il s'agira des difficultés liées à l'utilisation de la marque et de la publicité. En revanche, d'autres contraintes sont conditionnées par la nature même et la structure du réseau.

Le fournisseur a, en général, une marque qu'il autorise le distributeur à exploiter à titre d'enseigne, et qu'il peut utiliser également à titre de marque sur ses produits ou sur ses services. La principale difficulté, en la matière, sera de déterminer la liberté du distributeur non seulement à l'égard de la désignation du site mais encore à l'égard de celle des produits sur le site ou encore dans les méta-tags.

S'agissant de la désignation du site, la tête du réseau peut-elle interdire au distributeur d'ouvrir un site dont la désignation utiliserait la marque de ses produits ou services ? En d'autres termes, les distributeurs peuvent-ils utiliser la marque du fournisseur comme nom de domaine ?

La question s'est posée dans l'affaire opposant Sony Corporation et sa filiale française à l'un de leurs distributeurs agréés. En effet, ces derniers avaient ouvert, pour la promotion et la commercialisation des produits Sony, un site Internet sous le nom de domaine [www.espace-sony.com](http://www.espace-sony.com). Le Tribunal de grande instance de Nanterre a, le 20 mars 2000, interdit au distributeur, la société Alifax, d'exploiter un nom de domaine comportant les termes « Sony » ou « espace Sony » au motif que le contrat de distribution ne prévoyait qu'un droit d'usage précaire sur les marques en cause et ne concédait pas une licence d'exploitation. Le tribunal relève que le contrat « *ne permet au distributeur que la seule utilisation de la marque à titre d'enseigne, documents commerciaux et publicité. Il ne justifie pas l'appropriation d'un nom de domaine reprenant les marques en s'accaparant l'usage à titre de nom de domaine d'un signe distinctif appartenant à la société Sony, la société Alifax se réservant ainsi l'exclusivité de la marque Espace Sony sur le réseau Internet et privant le titulaire de la marque de la possibilité de constituer un site Internet sous la dénomination « espace-sony.com » où il regrouperait sous une charte commune l'ensemble de ses revendeurs* ».

Le tribunal avait par ailleurs précisé que « *ces agissements ont désorganisé le réseau de distribution Sony* », plusieurs membres du réseau s'étant plaints du risque de confusion pour les consommateurs. Il a, en conséquence, condamné le revendeur au paiement de dommages et intérêts particulièrement importants.

Cependant, la Cour d'appel de Versailles n'a pas, tout à fait suivi le raisonnement du tribunal de grande instance de Nanterre. ( Cour d'appel de Versailles 14 septembre 2000)

Elle a tout d'abord souligné que « *la société Alifax justifie de l'élaboration et du lancement de son site Internet ; soit à une époque où il ressortait encore en France de l'expérimentation ; en concertation avec la société Sony et dans des conditions établissant un accord particulier, intervenu entre les parties, sur le principe de ce site, comme sur le nom de domaine [www.espace-sony.com](http://www.espace-sony.com) appelé à l'identifier, peu important que la société Sony France n'en ait pas alors mesuré toutes les conséquences* ».

La Cour a également considéré que les faits démontraient l'existence d'un accord « *portant sur une opération spéciale, manifestement conçue comme débordant du cadre normal d'exécution du contrat de distribution* » et que, par ailleurs, la société Alifax avait donné



satisfaction à la société Sony lorsque cette dernière lui avait demandé de modifier le nom de domaine « [www.espace-sony.com](http://www.espace-sony.com) », au motif qu'il induisait un risque de confusion pour les consommateurs et créait au profit de la société Alifax un monopole préjudiciable aux autres distributeurs, en faisant précéder la mention « espace sony » du nom du distributeur et lui permettant donc d'exploiter le nom de domaine « [alifax.espace-sony.com](http://alifax.espace-sony.com) ».

La Cour a réformé le jugement en toutes ses dispositions à l'exception de l'interdiction faite à la société Alifax d'exploiter les noms de domaine [www.espace-sony.com](http://www.espace-sony.com) et [www.alifax-espace-sony.com](http://www.alifax-espace-sony.com). Cette solution s'explique, malgré une analyse favorable aux distributeurs, par l'existence, au jour de la décision, d'un nouveau contrat applicable entre les parties intitulé « règles d'utilisation de la marque Sony sur l'Internet ».

Il ressort de cette décision que la marque du producteur ne peut pas être utilisée par un distributeur pour identifier son site marchand s'il n'a pas obtenu au préalable l'accord du producteur pour un tel usage à titre d'enseigne ou de nom de domaine. En cas de difficultés sur la portée des relations convenues à cet égard entre producteur et distributeur, il appartient aux juges d'apprécier la volonté du producteur à travers les stipulations du contrat le liant au distributeur.

Cette solution est critiquable au regard des lignes directrices du 13 octobre 2000, lesquelles énoncent clairement que « *chaque distributeur doit être libre d'utiliser Internet pour faire de la publicité ou vendre des produits* ». (point 51)

Il reste, tout de même, au distributeur la possibilité d'ouvrir un site sous un autre nom que celui qu'il exploite à titre d'enseigne. Mais, le problème surgira alors sous un autre titre : aura-t-il le droit d'ouvrir ainsi cette activité au terme du contrat ; ne serait-ce pas de la concurrence déloyale ou de la concurrence illicite ?

Tout dépendra de la nature du site, des produits vendus, de la publicité qui est faite et des limites prévues dans le contrat de distribution.

En outre, un auteur affirme qu'un nom de domaine, composé de la marque du producteur accompagnée d'autres éléments distinctifs, excluant le risque de confusion, apparaît comme « un compromis acceptable ».

Quant à la désignation des produits ou des services, dans la mesure où le distributeur vend des produits ou des services en utilisant la marque du fournisseur, il sera tenu de respecter le cadre relatif à l'image de marque des produits que le fournisseur pourra lui imposer.

Toutefois, il ne semble pas possible que ce dernier puisse lui interdire la revente des produits de sa marque, ou la prestation de services utilisant sa marque, si cela n'est pas en contradiction avec les autres conditions du contrat et notamment le savoir-faire et l'image de marque. En effet, le distributeur qui élabore un site Internet sera indéniablement contraint d'y faire figurer la marque du fournisseur, il pourra donc utiliser cette marque sur les pages web de son site.

En revanche, si le distributeur vend des produits qui ne sont pas de la marque de la tête de réseau, il pourra parfaitement ouvrir un site et vendre des produits dans la mesure où cette ouverture ne posera pas de problème lié au nom de domaine.

Quoi qu'il en soit, la marque du fournisseur pourra être utilisée pour présenter les produits sur le site lui-même ou pour en diffuser l'offre à travers des moteurs de recherche ; la marque est alors référencée pour signaler que les produits sont disponibles à la vente sur un site portant non pas la marque du producteur mais l'enseigne, le nom commercial ou le nom de domaine.

En outre, dès lors que les produits qui sont offerts à la vente par les distributeurs ont été mis dans le commerce dans un Etat membre de la Communauté européenne par le producteur titulaire de la marque ou avec son consentement, celui-ci ne peut pas s'opposer à cette référence à la marque. Il peut cependant contrôler les conditions d'usage de sa marque pour

s'opposer à des présentations ou des référencements qui lui paraîtraient fautifs et en particulier déloyaux : présentation dénigrante, présentation en vue d'une dérive des ventes.... Une question demeure : le fait de proposer les produits en vente sur le site constitue -il- une « mise dans le commerce » suffisante pour qu'il y ait épuisement du droit à la marque? Selon certains auteurs, il conviendra 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.

L'utilisation de la marque dans les méta-tags peut aussi être évoquée.

Cette appellation recouvre l'utilisation de mots clefs insérés dans le code source du site aux fins de référencement de ce dernier par les annuaires et les moteurs de recherche sur le web. Inhérent à l'Internet, l'utilisation des méta-tags par le titulaire du site conditionne sa notoriété et sa lisibilité sur ce réseau. Le distributeur qui crée son site sera évidemment amené à insérer dans ses mots clés la ou les marques de son fournisseur. Selon certains auteurs, la question de la licéité de cette reproduction s'apprécie de la même manière que l'utilisation, par le licencié, d'une marque sur une page web. Or, s'agissant du droit des licenciés d'utiliser la marque du fournisseur, la jurisprudence a fait preuve de libéralisme. En effet, dans un arrêt de principe en date du 27 octobre 1992, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé qu' « *après avoir retenu, par motifs propres et adaptés, que la société X effectuait, en utilisant des procédés normaux, une campagne publicitaire destinée à promouvoir la vente de produits authentiques et régulièrement acquis, la cour d'appel a pu retenir, que la société X bénéficiait de l'autorisation tacite d'utiliser, dans de telles conditions, la marque dont était titulaire la société Y qui avait mis en vente les produits* ». Ainsi, les distributeurs pourraient utiliser la marque du producteur dans les méta-tags sans attendre une autorisation expresse de ce dernier.

Comme le montre l'affaire Sony, les termes du contrat liant les distributeurs au fournisseur jouent un rôle de premier plan. Les termes contractuels sont tout aussi importants en matière de publicité.

En effet, par une clause du contrat de distribution, le distributeur peut s'engager à ne pas faire de publicité susceptible d'être diffusée en dehors de son territoire contractuel.

Le problème du respect de cette clause se pose avec une acuité particulière au regard du développement de l'Internet, d'autant plus que cette clause est relativement fréquente dans les contrats de distribution.

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 ?

Avant de tenter de répondre à cette question il convient de définir dans quelle mesure un site web est susceptible d'être qualifié de publicité. Or, la question est délicate car le droit français ne donne pas de définition générale de la publicité. Le régime général est défini aux articles L121.1 et suivants du code de la consommation ; seuls quelques textes spécifiques éclaircissent la notion de publicité.

En complément de ces textes, dans son rapport « Internet et les réseaux numériques », le Conseil d'Etat 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. La jurisprudence est aussi intervenue pour compléter la notion : « *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* », ainsi que sur les caractéristiques des biens ou des services

*proposés* ». De même, les tribunaux précisent qu' « *il importe peu que la publicité ne soit pas diffusée à des fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial* ». (Chambre crim, 12 novembre 1986, 14 octobre 1998 et 6 mai 1998)

Selon un auteur, ces éclaircissements jurisprudentiels permettent d'appliquer à Internet la notion de publicité, entendue comme « tout moyen d'information ».

En outre, la même solution s'impose au regard des textes communautaires. En effet, la directive relative à la publicité trompeuse définit depuis 1984 la publicité comme « *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)

Et, dans le domaine particulier d'Internet, la directive européenne relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 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* ».

Il semble donc établie, tant à la lumière du droit national que du droit communautaire et avec l'analyse concordante de la majorité des auteurs, qu'un site web à vocation commerciale peut-être qualifié de support publicitaire.

La jurisprudence récente a confirmé cette opinion. 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...* »

Dés lors, dans ces conditions, l'exploitation d'un site web par le distributeur sera-t-elle considérée comme une violation de la clause précitée ?

Il convient de se référer à nouveau au règlement d'exemption par catégorie du 22 décembre 1999 et aux lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000, lesquelles apportent des éclaircissements.

D'une part, le règlement d'exemption dispose expressément que le distributeur ne peut se voir imposer contractuellement une interdiction de vente passive hors de son territoire.

D'autre part, les lignes directrices énoncent que « *l'utilisation de l'Internet à des fins publicitaires ou de vente de produit est en général considéré comme une forme de vente passive, dans la mesure où un site n'est pas clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu les clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire ou d'un groupe de clientèle exclusivement concédé à un autre distributeur, 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, il semble qu'un site Internet, pour autant que le marché 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. On retrouve la même analyse qu'en matière de vente sur Internet, l'utilisation d'Internet à des fins publicitaires étant assimilée à une vente passive, et le règlement d'exemption prohibant l'interdiction des ventes passives.

Une analyse plus poussée des réseaux de distributions permet de dégager des contraintes juridiques plus spécifiques. En effet, il est nécessaire de rechercher quels peuvent être les impacts d'Internet sur les caractéristiques propres à chacune des formules de distribution. Le contrat de distribution étant multiforme, il est impossible d'établir une analyse générale commune à l'ensemble des réseaux de distribution. On peut ainsi relever trois caractéristiques susceptibles d'être « perturbées » par l'essor du commerce électronique et liées à la nature du réseau : l'exclusivité territoriale, la transmission du savoir-faire, les critères qualitatifs de sélection.

La réservation territoriale qui est systématique dans la concession exclusive, et fréquente dans la franchise, conduit le fournisseur à concéder une exclusivité de commercialisation dans un secteur géographique à un distributeur. Cette réservation est limitée par le droit de la concurrence qui impose au distributeur de supporter les ventes opérées de manière active sur son territoire par un revendeur n'appartenant pas au réseau, ou de manière passive par un autre distributeur du réseau.

Quoi qu'il en soit dans la mesure où le contrat de distribution prévoit une exclusivité territoriale et qu'en conséquence le distributeur ne peut pas être soumis à la concurrence d'un autre membre du réseau, ni du fournisseur, l'utilisation d'Internet devra prendre en compte les exigences du contrat. Toutefois, cette prise en compte ne se fera pas sans difficulté, tenant principalement au fait qu'Internet ne connaît pas de limite territoriale, et remet en cause l'étanchéité de tels réseaux.

La clause d'exclusivité territoriale dite simple protège le distributeur de la concurrence que pourrait lui livrer le producteur, en vendant ses produits ou ses services directement ou indirectement par l'implantation d'un autre distributeur sur le même territoire. Au contraire, une clause d'exclusivité renforcée protège également le distributeur contre une politique active de vente pratiquée sur son territoire par d'autres distributeurs.

La création, par le distributeur, d'un site Internet conduit à s'interroger sur les limites de la protection octroyée par de telles clauses d'exclusivité territoriale.

En d'autres termes, le distributeur, en créant un tel site, viole-t-il son obligation de non-concurrence en proposant ses produits ou services à la vente ou à des fins publicitaires sur le réseau Internet ?

En droit interne, la jurisprudence s'est inspirée de la conception de vente active et de vente passive dégagée par le droit communautaire pour apprécier la validité de telles clauses.

Elle considère généralement que l'exclusivité territoriale peut être justifiée par le progrès économique résultant du réseau mis en place si l'exclusivité a pour effet de restreindre uniquement les ventes actives des distributeurs situés en dehors du territoire concerné par l'exclusivité ( CA de Paris, 7/06/1990, CA Paris, 13/07/1993 en matière de franchise et CA de Paris, 29/06/1999 en matière de concession exclusive). Au contraire, toutes clauses d'exclusivité territoriale ayant directement ou indirectement pour effet de limiter les ventes passives ont un effet anticoncurrentiel qui ne peut être justifié par le progrès économique. Elles aboutissent, en effet, à un véritable cloisonnement des marchés, limitent la liberté du consommateur et les importations parallèles. Elles tombent donc sous le coup de la prohibition des ententes anticoncurrentielles.

Le droit communautaire adopte un raisonnement similaire en prohibant tous les accords contenant une clause d'exclusivité territoriale absolue visant à interdire les ventes passives. Et, les lignes directrices précisent qu' « une restriction à l'utilisation d'Internet par les distributeurs ne serait compatible avec le règlement d'exemption que dans la mesure où la promotion, ou les ventes, via Internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les

*territoires exclusifs et aux clientèles exclusives d'autres distributeurs* ». Mais, la mise en œuvre se fera au cas par cas et ne sera pas sans difficulté.

Une précision s'impose. L'article 4-c du règlement d'exemption par catégorie du 22 décembre 1999, prohibe « *la restriction des ventes actives ou passives (...) Sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé* ».

La notion de lieu d'établissement peut être entendue largement. En effet, le point de vente physique traditionnellement assimilé à une boutique, pourra dorénavant désigner un site Internet, établissement virtuel. Cependant, la notion de territoire, au sens géographique du terme n'est pas adaptée au réseau Internet. En effet, la caractéristique essentielle d'un tel réseau est de supprimer toute frontière géographique faisant ainsi disparaître la notion même de territoire géographique. L'accès à un site Internet est possible par toutes les personnes qui peuvent bénéficier du matériel adéquat, quels que soient leur modalité ou leur lieu de résidence. Il est donc difficile d'adapter les formes de distribution propres au commerce traditionnel au commerce électronique. Les difficultés d'adaptation sont telles qu'un auteur considère que le « territoire électronique » est un nouveau concept dont la teneur doit être définie. Il ajoute que, dans un tel contexte, la création d'un site Internet par le distributeur ou le producteur échapperait, dans tous les cas, à une éventuelle violation d'une clause territoriale car les niveaux de territoire ne sont plus les mêmes.

Cette opinion peut être critiquée en envisageant l'évolution future. Il est certain que la commercialisation par l'Internet favorise non seulement les ventes dites parallèles réalisées par des distributeurs extérieurs au réseau mais aussi celles réalisées par d'autres distributeurs du réseau dès lors que la distribution par l'Internet est considérée comme une vente passive.

Cependant, l'exclusivité concédée pourra être maintenue par un contrôle renforcé de la tête de réseau. Ainsi, le concédant soucieux de faire respecter l'exclusivité territoriale consentie à chacun de ses concessionnaires devra contrôler leur utilisation de l'Internet et notamment les modes de mise en relation par moteur de recherche et de contractualisation avec la clientèle relevant d'autres territoires que celui qui leur a été confié, pour empêcher les ventes actives.

De nombreuses questions restent cependant en suspens, notamment on peut se demander si le fait d'obliger le distributeur exclusif à n'utiliser que la langue de son territoire pour commercialiser par l'Internet pourra être considéré comme faisant obstacle aux ventes passives et à l'ouverture des marchés.

Ce contrôle est encore plus déterminant, et s'impose avec plus de légitimité dans la franchise car à la différence de la concession où la zone de chalandise est établie en fonction des investissements réalisés par le concessionnaire, l'exclusivité territoriale dans la franchise est une résultante du savoir-faire grâce auquel est délimitée la zone optimale de chalandise permettant d'assurer la réussite du franchisé.

Dans les contrats de distribution sélective, l'Internet est source de difficultés au regard du respect de l'étanchéité du réseau et de son existence même.

En effet, 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 des Communautés Européennes a ainsi rappelé, le 25 octobre 1977, dans son arrêt Métrol 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 de n'approvisionner que des revendeurs agréés* ».

Ainsi, le revendeur non agréé encourt un risque.

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

Toutefois, l'illicéité de la revente par un tiers au réseau pourra être retenue dans le cas où le revendeur aurait commis un acte de 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. L'acte d'achat sera jugé illégal 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.

L'acte de revente suffit à générer la responsabilité du revendeur, pour autant qu'il soit préjudiciable. Ce préjudice pourra notamment résulter d'une atteinte à la notoriété du produit, causée par sa cohabitation avec des produits de 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 auquel elles sont commercialisées.* » ( Affaire l'Oréal/ PLD Entreprises)

Selon l'arrêt Dior de la Cour de justice du 4 novembre 1997, un distributeur non agréé ne pourrait vendre les produits du promoteur du réseau dans un environnement qui nuirait sérieusement à l'image du produit. Cette condition sera certainement appréciée avec plus de rigueur dans un environnement virtuel mais aussi avec plus de difficultés. Il ne pourrait pas non plus faire usage de marques de services de manière à faire croire au public qu'il fait partie du réseau de distribution sélective. Ainsi, un revendeur parallèle ne pourra utiliser sur la page d'accueil de son site web que la simple dénomination du produit ou du service et non pas le logo du promoteur du réseau, par exemple dans le cas de ventes de véhicules de marque sur Internet. Il ne pourra pas non plus créer des liens hypertextes avec l'éventuel site d'un distributeur agréé ou du producteur, de manière à faire croire qu'il est un membre du réseau officiel.

Les distributeurs agréés ne seront pas non plus à l'abri de voir leur responsabilité engagée.

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

Cette difficulté est très largement atténuée par l'utilisation de l'Internet. En effet, l'achat éparé 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 ne sera pas toujours capable, dans le cas d'une transaction en ligne, d'identifier avec certitude un acheteur.

En effet, les informations données par l'internaute peuvent être volontairement erronées et modifiées à chaque connexion.

Dès lors, 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.

Afin d'empêcher les achats massifs sur son site, il peut également prévoir un nombre maximal d'achat par visite sur le site.

Mais, ces mesures ne sont pas suffisantes pour empêcher un tiers de s'approvisionner par des achats éparés auprès des sites des distributeurs agréés.

Un auteur va même jusqu'à imaginer l'utilisation par le distributeur non agréé d'un agent électronique intelligent, qui permet d'automatiser les commandes.

Il reste donc capital, afin de préserver l'étanchéité du réseau, de pouvoir identifier les acheteurs, identification rendue périlleuse par le recours à l'Internet. A cet égard, la reconnaissance des signatures électroniques devrait apporter une solution à ce problème, suite à l'adoption de la directive européenne du 13 décembre 1999 et à sa transposition dans les législations des Etats membres.

La distribution sélective et la franchise sont, au vue de ces premières analyses, les modes de distribution les plus perturbées par l'intrusion de l'Internet dans les réseaux de distribution.

Et, ce d'autant plus lorsque l'on analyse les aspects qualitatifs inhérents à la structure même de ces formules de distribution.

Les contrats de distribution sélective peuvent, en effet, contenir des conditions de sélectivité et des normes de commercialisation. Ces conditions et ces normes doivent être respectées par les distributeurs. Ces normes vont être édictées par le fournisseur et seront justifiées par la nature des produits ou par l'économie de l'opération, de plus, ces critères devront être appliqués de manière non discriminatoire pour agréer les distributeurs.

Appliqués à l'Internet, les critères de sélection concerneront surtout les problèmes d'image de marque et la relation entre ce que souhaite donner le fournisseur et celle que pourrait donner le distributeur par son site.

Les lignes directrices de la Commission européenne(point 51), énoncent que « *le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation d'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. L'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée.* » Le fournisseur peut donc contractuellement limiter l'utilisation d'Internet, tant en ce qui concerne la publicité que la vente par Internet. Il peut, en effet, s'assurer de ce que son image et ses produits ne soient pas dévalorisés et, s'il a concédé une licence de marque, il peut s'assurer de ce que sa marque ne soit pas non plus dévalorisée.

Cette volonté du producteur de contrôler la qualité et l'esthétisme des sites Internet est légitime. En effet, les obligations prévues dans le contrat qui concernent la présentation du magasin, des linéaires et du packaging peuvent être étendues au site Internet, mais pas sans difficulté.

La Commission affirme donc que le site Internet est un établissement virtuel. Or, tout établissement dans un système de distribution sélective doit répondre aux critères qualitatifs. Cependant, la transposition des critères qualitatifs à cet établissement virtuel n'est pas sans difficulté. Nombreuses sont les exigences qui peuvent être difficilement satisfaites sur un site Internet, notamment dans le secteur de la parfumerie.

C'est précisément de cette incapacité de satisfaire aux critères qualitatifs que Pierre Fabre a justifié son interdiction de vendre sur Internet ses produits dermo-cosmétiques à un de ses propres détaillants agréés. La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt rendu le 2 décembre 1999 se livre à une comparaison des prestations réalisées par l'intermédiaire d'un site Internet et par un établissement physique traditionnel agréé par le fournisseur. La cour considère que « *la commercialisation sur Internet ne permet pas d'obtenir les mêmes résultats, que les conseils ne peuvent pas être donnés immédiatement, mais nécessitent un délai de réponse...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* ». Elle ajoute que « *ladite commercialisation nuit à l'ensemble du réseau et déprécie l'image de marque des produits* ».

Se fondant sur cette argumentation, il est toutefois possible aux fournisseurs désirant vendre leurs produits sur Internet de modifier leurs critères qualitatifs afin qu'ils puissent être satisfaits par un site web. La Cour d'appel de Versailles émet d'ailleurs cette réserve : « *si l'on peut imaginer dans l'avenir que ce nouveau mode de distribution puisse s'intégrer dans un réseau de distribution sélective, avec des critères de qualité à définir* ».

Principalement, deux critères de qualité peuvent être invoqués par le fournisseur pour empêcher la vente de ses produits sur Internet : l'information de la clientèle et la présentation du produit. Il pourra conditionner la vente et la publicité sur Internet à des normes concernant la charte graphique, l'environnement des produits, la qualité de l'hébergeur, le service de conseil, la sécurité des paiements....

Ainsi s'agissant de produits de pharmacie, comme dans l'affaire Pierre Fabre, la nature de ses produits nécessitent une information appropriée de la clientèle. En outre, le Tribunal de première instance des Communautés Européennes, dans trois arrêts du 12 décembre 1996, a précisé que « *la notion de propriétés des cosmétiques de luxe ne peut être limitée à leurs caractéristiques matérielles mais englobe également la perception spécifique qu'en ont les consommateurs et plus particulièrement leur aura de luxe* ». Ainsi, selon le Tribunal, « *des critères visant à assurer leur présentation valorisante poursuivent un résultat qui est de nature à améliorer la concurrence, par la présentation de cette image de luxe* ».

Dans ce cas, un site peut remplir l'ensemble de ces conditions. En effet, l'évolution technologique permettra sans aucun doute aux distributeurs de satisfaire aux critères qualitatifs exigés par le fournisseur qu'il s'agisse des conseils à donner au consommateur ou de la présentation du produit. Les procédés techniques nombreux et variés tels que la visioconférence, les webcams, la présentation de produits en trois dimensions permettant une vitrine visuelle... permettront une distribution par Internet des produits du producteur dans des conditions acceptables eu égard aux exigences posées par le contrat, notamment en termes de conseils personnalisés en ligne. Ceux-ci ayant été détaillés préalablement, il n'est pas utile de les approfondir ici.

Ainsi deux évolutions parallèles sont envisageables : d'une part, les techniques dont disposent les distributeurs pour commercialiser leurs produits sur Internet leur permettront rapidement dans l'avenir de satisfaire aux critères de qualité traditionnels, et d'autre part, les fournisseurs pourront modifier leurs critères qualitatifs pour qu'ils puissent être satisfaits par un site web.

Dans la seconde hypothèse, les normes devront correspondre aux caractéristiques des produits concernés, notamment à leur technicité, à leur degré de luxe.... Un auteur va jusqu'à proposer que les distributeurs négocient pour les contrats à venir une « charte numérique » définissant l'image à dégager sur le site du distributeur.

C'est ainsi que la société Yves Saint Laurent Parfums a décidé de renotifier son système de distribution sélective à l'expiration de l'exemption qui lui avait été accordée préalablement. Elle a dans le cadre du nouveau contrat notifié décidé elle-même de modifier ses critères de sélectivité en autorisant expressément ses distributeurs à vendre sur Internet, le contrat a été approuvé par la Commission européenne.

Le franchiseur peut également imposer des normes de commercialisation par l'Internet, et de manière plus large dès lors que ces exigences sont dictées par le savoir-faire conditionnant la réussite des franchisés. En effet, la franchise est caractérisée par la transmission du savoir-faire du franchiseur au franchisé.

Si le succès de la franchise, son bon fonctionnement supposent que l'on ne puisse pas utiliser la technique d'Internet, ni le franchiseur ni le franchisé ne pourront utiliser la distribution par l'Internet qui remettrait en cause le système.



Bien que la décision rendue par la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire Pierre Fabre concerne a priori la distribution sélective, un auteur propose de l'utiliser pour le savoir-faire en matière de franchise, puisque ce que reproche le producteur à son distributeur c'est bien d'utiliser une technique qui n'est pas conforme à la commercialisation correcte de son produit. Dès lors, les mêmes évolutions sont concevables : les franchisés pourraient utiliser Internet de manière à satisfaire aux exigences du contrat de franchise grâce aux procédés techniques performants.

Si le franchisé ou le franchiseur tentait d'utiliser Internet malgré le risque couru pour le savoir-faire, il y aurait une faute contractuelle dans la mesure où le franchiseur pourrait alors être responsable de l'échec des franchisés ou les franchisés pourraient être tenus responsables du mauvais fonctionnement de la franchise. Si, au contraire, Internet ne s'oppose pas à la transmission du savoir-faire, à la réussite des franchisés et au bon fonctionnement de la franchise, il pourra, si les autres conditions sont respectées, être utilisé par les franchiseurs, les franchisés, ou les deux ensemble.

Au-delà des premières jurisprudences, c'est la remise en question possible des réseaux de distribution qui peut se poser avec deux problématiques :

- la volonté du maître du réseau de restreindre, voire d'interdire, à ses distributeurs d'utiliser Internet comme mode de commercialisation et ou de promotion des produits vendus ;
- La réaction hostile des distributeurs qui acceptent difficilement que leurs fournisseurs contournent leur propre réseau en proposant directement sur l'Internet les mêmes produits et services souvent à des prix inférieurs.

Cependant, l'issue n'est pas inéluctable, les activités de commerce électronique pouvant, dans certains cas, être complémentaires et créer même une certaine dynamique de vente lorsque les distributeurs et les fournisseurs font la promotion concertée des mêmes produits via Internet.

Un aménagement contractuel sera donc nécessaire tout en respectant les règles du droit de la concurrence en matière d'accords verticaux.

## **II/ Risques d'incompatibilité entre réseaux de distribution et droit de la concurrence : un aménagement contractuel nécessaire**

Comme nous l'avons étudié dans la première partie, l'introduction de l'Internet, et son corollaire le développement du commerce électronique, perturbe les réseaux de distribution fermés. Cette évolution nécessite donc une adaptation. Mais, une telle évolution ne doit pas se faire sans tenir compte de certaines règles juridiques, et en particulier du droit de la concurrence en matière d'entente, afin d'éviter tout risque d'incompatibilité.(I)

En outre, cette adaptation aux particularités de l'Internet, nécessitera un aménagement contractuel, lequel devra être conforme au droit de la concurrence. (II)

### **A/ Un risque d'incompatibilité lié aux règles de concurrence et aux clauses contractuelles**

Les têtes de réseau devront vérifier qu'il n'y a aucun risque d'incompatibilité entre leur contrat de distribution et le droit communautaire de la concurrence.

Ainsi, le règlement d'exemption n° 2790/99 sur les restrictions verticales a fixé les conditions de base, lesquelles ont été précisées et clarifiées par les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000, en vertu desquelles les contrats de distribution peuvent être exemptés de l'application de l'article 81, §1 du traité de Rome.

L'idée centrale réside dans le fait que, pour la plupart des restrictions verticales, l'affectation réelle du jeu de la concurrence ne peut se produire que si la concurrence intramarque ou intermarque est insuffisante sur le marché. C'est la raison pour laquelle le règlement d'exemption se concentre sur le degré de pouvoir de marché détenu par l'une ou l'autre des parties au contrat de distribution, le fournisseur, le distributeur ou les deux. La Commission adopte une approche économique qui repose sur les effets générés par le contrat de distribution sur le marché pertinent. Ces effets doivent être mesurés précisément afin de déterminer si le contrat peut être ou non exempté.(1)

Mais, quel que soit le pouvoir de marché détenu par le réseau de distribution, il demeure un autre risque d'incompatibilité au regard du droit de la concurrence si le contrat ne fait pas naître des avantages objectifs suffisants pour compenser les atteintes portées au jeu de la concurrence.(2)

#### 1/ Une incompatibilité liée aux parts de marché détenues par le fournisseur

Dans la nouvelle analyse des accords verticaux développée par le règlement d'exemption et les lignes directrices, l'évaluation des parts de marché et la définition du marché pertinent en lui-même sont à la base du raisonnement. En effet, l'évaluation des parts de marché, si elle n'est pas suffisante, est un facteur essentiel pour déterminer si un contrat de distribution peut être ou non exempté. Ainsi, pour les entreprises concernées par de tels accords, cette évaluation constitue l'une des étapes fondamentales dans la procédure d'auto-évaluation qu'elles se doivent de mettre en œuvre. Sur ce point, certains auteurs ont mis en exergue le fait que « *la sécurité juridique pourrait être réduite à néant, et ce type d'activité pourrait*

*reposer plus encore sur les conseils des avocats et des économistes, dans la mesure où il s'agit de déterminer si les contrats de distributions tombent sous le coup des seuils de parts de marché requis ».*

Il est vrai que l'une des difficultés majeures sera de définir la notion de part de marché.

En outre, étant donné l'impact de l'interaction entre commerce électronique et droit de la concurrence, la question de savoir si l'utilisation d'Internet comme canal de distribution pour tel produit ou tel service, dans le contexte d'un réseau de distribution fermé, peut modifier la définition du marché pertinent sur lequel le produit ou le service est ou sera vendu mérite d'être étudiée.

La définition des parts de marché dans le règlement d'exemption par catégorie a une importance réelle, il semble donc intéressant de s'attarder sur la question.

Le nouveau règlement d'exemption fixe plusieurs niveaux de seuils de part de marché : 15%, 30% et 50%.

Le seuil de 15% constitue le seuil de minimis. Au regard de la position de la Commission européenne sur les accords dits « d'importance mineure », les accords verticaux passés par les entreprises dont les parts de marché combinées ne dépassent pas 15% sont considérés comme échappant au champ d'application de l'article 81 §1 du traité de Rome. Ces accords sont présumés comme n'étant pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, ou comme ne restreignant pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81 §1. La plupart des professionnels estiment que, par application du seuil de minimis, un nombre important de contrats de distribution se trouvent en dehors du champ d'application du droit communautaire de la concurrence. Mais, il convient de préciser que si un accord de distribution est considéré par une juridiction ou une autorité nationale comme étant d'une importance mineure, il pourra néanmoins être considéré comme étant anticoncurrentiel au regard du droit national. En outre, un accord de distribution d'importance mineure ne pourra pas être exempté s'il contient des restrictions figurant sur la « liste noire » des pratiques qui sont par nature contraires aux règles européennes de la concurrence ; il en ira de même si le réseau de distribution entraîne un effet cumulatif.

S'agissant de l'appréciation du pouvoir de marché de la tête de réseau, il convient d'envisager une situation particulière, à savoir le lancement d'un nouveau produit ou l'entrée sur un nouveau marché. Dans un tel cas, la part de marché n'est pas un indicateur pertinent car le marché est en lui-même émergent. Ceci conduit à s'interroger sur le fait de savoir si Internet peut être considéré comme constituant ou non un nouveau marché. Cette question sera abordée plus loin.

Le deuxième seuil est le seuil de 30%, lequel fixe la limite supérieure à la « zone de sécurité » (safe harbor) que met en place le règlement d'exemption. L'un des changements les plus importants dans l'approche communautaire des restrictions verticales réside, en effet, dans la création par le règlement d'exemption d'une présomption de légalité pour les accords verticaux selon la part de marché détenu par le fournisseur à la tête du réseau de distribution. Cette part de marché ne doit pas excéder les 30% pour que l'exemption puisse s'appliquer. Jusqu'à 30%, les entreprises concernées bénéficient donc d'une position sécurisée au regard des règles du droit communautaire de la concurrence. Au-dessus de 30% les accords verticaux ne peuvent plus bénéficier de l'exemption par catégorie : de tels accords ne seront pas pour autant jugés comme illicites, mais devront nécessiter un examen à titre individuel. Un tel examen sera mené sous le couvert de l'article 81 §3 du Traité de Rome et nécessitera, de la part de la Commission européenne, la preuve qu'un tel accord peut être sanctionné par application de l'article 81 §1.

Quant au seuil de 50%, il correspond à la notion « d'effet cumulatif ». Une entreprise peut, en effet, détenir moins de 30% de part de marché sans pour autant être à l'abri de toute

contestation. L'effet combiné des parts de marché détenues par les autres entreprises présentes sur le même marché doit être pris en compte. L'article 8 du règlement d'exemption par catégorie autorise la Commission à retirer le bénéfice de l'exemption si les réseaux de distribution basés sur des contrats de distribution similaires couvrent plus de 50% du marché pertinent. En conséquence, les entreprises ne peuvent ignorer la position occupée par leurs concurrents directs si ceux-ci utilisent le même type de contrat de distribution. Dans cette hypothèse, la sécurité juridique d'un producteur va donc aussi dépendre de la stratégie de distribution de ses propres concurrents.

Quel sera l'impact du commerce électronique sur la définition des parts de marché.

La définition de la notion des parts de marché, déjà difficile à établir, sera rendue encore plus périlleuse avec l'utilisation de l'Internet par les parties au contrat de distribution. En effet, il apparaîtra très problématique d'établir les parts de marché, étant donné que l'Internet ne connaît pas de frontière territoriale, or la part de marché est le critère usuel pour évaluer le pouvoir de marché des entreprises.

Internet permet une ouverture mondiale du marché, et devient ainsi un accélérateur de concurrence. Tant les producteurs que les fournisseurs trouveront, et ont déjà trouvé, grâce à Internet un moyen d'augmenter leur pouvoir de marché. Ainsi, au regard de la prise en compte des parts de marché des parties au contrat de distribution, non seulement Internet ne facilite pas la prise en compte de la notion de parts de marché, mais en plus Internet accroît les risques d'incompatibilité des contrats de distribution avec les règles du droit communautaire de la concurrence. Les fournisseurs devront donc faire preuve d'une vigilance renforcée, en particulier lors de l'évaluation de leurs parts de marché. Il est probable que la Commission européenne, lors de la notification des accords de distribution qui lui est faite, adaptera son analyse de tels accords pour tenir compte de l'Internet comme elle l'a déjà fait dans ses lignes directrices du 13 octobre 2000 en matière de vente et de publicité.

Le règlement d'exemption énonce que le calcul des parts de marché doit être basé sur la valeur des ventes, sur le marché, des biens ou des services contractuels. Lorsque ces données ne sont pas disponibles, des estimations substantielles peuvent être réalisées, fondées sur d'autres informations pertinentes tel que le volume des ventes sur le marché. De manière générale, c'est la part de marché qui s'avère décisive pour l'application du règlement d'exemption. Là encore, l'utilisation de l'Internet sera source de problèmes.

En effet, afin de calculer la part de marché, il sera nécessaire de définir préalablement le marché pertinent concerné ; définition compliquée et malmenée par Internet.

Une autre problématique majeure est donc soulevée par le développement de l'Internet : Internet dessine-t-il un marché pertinent ?

La question est fondamentale car la définition du marché pertinent constitue une étape préalable et indispensable dans l'analyse concurrentielle en général, et dans l'évaluation des restrictions verticales en particulier. En effet, elle permet de déterminer le contexte dans lequel le pouvoir de marché pourra être mesuré.

Le marché pertinent devra être défini dans ses deux dimensions : d'une part le marché des produits et/ou des services considérés ; d'autre part le marché géographique. Dans son approche matérielle (produit/service), un marché est considéré comme pertinent lorsqu'il est constitué de produits et/ou services que les acheteurs considèrent comme interchangeables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de leur utilisation attendue. Quant au marché géographique pertinent, il comprend le territoire dans lequel les entreprises sont impliquées pour la fourniture et la demande des biens et services concernés.

Eu égard à l'importance de l'évaluation de la part de marché et aux conséquences de celle-ci

( à savoir la possible suppression du bénéfice de l'exemption par catégorie), il est capital de déterminer si Internet peut conduire ou non à la définition d'un marché pertinent spécifique.

Un exemple permettra de mieux cerner l'enjeu. L'hypothèse est celle d'une entreprise fabriquant un produit X vendu par le truchement d'un réseau de distribution sélective. Cette entreprise a autorisé ses distributeurs agréés à revendre le produit X sur un site Internet, et son contrat de distribution contient certaines clauses organisant cette revente en ligne. L'entreprise détient une part de marché de 25% sur le marché de la distribution de ce type de produits. A priori, le contrat de distribution peut être exempté puisque la part de marché du fournisseur est inférieure à 30%. Mais, dès lors que cette entreprise est la première sur son marché à utiliser Internet en tant que canal de distribution, elle réalise 100% du volume des ventes réalisées par le biais de ce nouveau canal de distribution. Si Internet, en tant que mode de distribution spécifique, est considéré comme un marché pertinent différent du précédent, la position de l'entreprise au regard du règlement d'exemption pourrait s'avérer délicate.

La jurisprudence a précisé les choses. En effet, le tribunal de commerce de Nanterre, le 4 octobre 2000, a eu à connaître de la question.

En l'espèce, les sociétés Yves Saint Laurent Parfums et Parfums Van Cleef & Arpels ont assigné la société Parfumsnet au motif que cette dernière commercialisait sur Internet des produits de leur gamme au mépris du réseau de distribution sélective et sans avoir requis la moindre autorisation. A l'appui de leurs demandes, les sociétés demanderesse exposaient qu'elles avaient constitué un réseau de distribution sélective, licite aux yeux de la Commission européenne, et que la commercialisation de leurs produits par Parfumsnet au moyen de son site « parfumsnet.fr » était illicite. Elles ajoutaient que la présentation de certains produits ne correspondait ni à leur destination ni à leurs conditions d'utilisation. Parfumsnet répondait qu'elle était victime d'un abus de droit précisant que l'action menée à son encontre n'avait d'autre but que de le « déstabiliser économiquement » et « qu'Internet est un marché en soi, les demanderesse tentant de s'assurer l'exclusivité de ce marché sans appliquer les règles qui lui incombent au vue du droit de la concurrence ».

Le Tribunal de commerce de Nanterre, par ordonnance de référé du 4 octobre 2000, a ordonné la cessation sous astreinte de « *toute commercialisation au moyen de site Internet « parfumsnet.fr » des gammes de produits Yves Saint Laurent Parfums et Parfums Van Cleef & Arpels »*

Le fondement premier de cette décision repose sur le fait qu'Internet est un « *simple moyen de communication et ne saurait constituer en soi un marché pertinent ; qu'il constitue en l'espèce, seulement un élément du marché des parfums et produits cosmétiques* ».

Le canal de distribution et de transaction est certes nouveau mais il n'aurait pas pour effet de transformer le marché.

Selon, Cédric Manara, professeur à l'Edhec, l'argument du défendeur selon lequel « Internet est un marché pertinent en soi » pourrait mériter un début d'approbation. Selon lui, ce canal de développement de l'offre commerciale donne en effet à celle-ci des vertus et caractères particuliers. Ainsi, un site web est un point de vente accessible depuis tout endroit où il y a un terminal connecté, un « lieu » ouvert à toute heure du jour et de la nuit.... Selon lui, il s'agit là « *d'autant d'éléments, appréciés d'une clientèle grandissante à en croire les statistiques, en quête de flexibilité ( et de livraison à domicile), qui peuvent laisser arguer d'une différenciation des marchés* ».

En recherchant les contours d'un marché pertinent dans une décision relative à la vente de livres par clubs, le Conseil de la concurrence avait souligné « l'importance de la méthode de commercialisation des produits et ses conditions d'utilisation par les consommateurs », y voyant un nouveau critère de définition du marché, considérant ainsi que le fait pour un consommateur d'être membre d'un club de vente de livres par correspondance le positionnait

sur un marché spécifique différent du canal de distribution traditionnel des livres (Voir CA Paris 11 mars 1993).

M. Manara affirme que dans la présente espèce, la rencontre dynamique de l'offre et de la demande semble être bien plus déterminante que sa dimension territoriale.

Ainsi, la question pourrait être formulée ainsi : quels sont les besoins des consommateurs pouvant être satisfaits par une vente via Internet et qui ne le sont pas par le circuit de distribution traditionnel ? On peut penser que les consommateurs qui achètent sur Internet sont sensibles aux facilités qu'offre un réseau mondial : une boutique ouverte au monde entier, à n'importe quelle heure, présentant un vaste choix de produits... Internet peut donc être perçu par le consommateur comme le moyen le plus rapide d'acheter un produit à condition que ce consommateur possède un ordinateur ! Or, l'analyse du comportement de la demande joue un rôle déterminant dans la détermination du marché pertinent. Ainsi, la cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 2001, a rappelé qu'en s'en tenant à des considérations techniques, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel, n'ont pas donné de base légale à leur décision car ils auraient dû affiner leur étude par l'analyse du comportement de la demande afin de déterminer le marché pertinent.

Les lignes directrices de la Commission n'offrent pas de soutien à ce raisonnement mais ne semble pas l'exclure. Elles énoncent que les marchés ne sont en principe pas définis par le type de distribution utilisé, étant donné que différents modes de distribution sont généralement en concurrence.

L'Internet pose aussi le problème de la dimension géographique du marché. La difficulté tient au fait qu'Internet ne connaît pas de limites géographiques : il serait toujours possible de se procurer auprès de la société condamnée ce qui lui est interdit de vendre en France, via d'autres sites web qu'elle exploite à l'étranger. Ainsi, dans le Journal du Net en date du 7 novembre 2000, on pouvait lire que « *Parfumsnet ferme son site français mais contre-attaque via l'Espagne* ». Cette recherche d'un « marché » sans dimension géographique pourra enrichir la discussion que souhaitait provoquer le défendeur sur « *les critères actuels d'agrément fixés par les demanderesses en considération d'un point de vente physique* ».

Dans l'avenir, les juridictions et les autorités de la concurrence auront à répondre à la question suivante : celui qui souhaite exclusivement vendre en ligne peut-il être intégré à un réseau de distribution ? En effet, la question est nouvelle, le droit positif ne portant jusqu'à maintenant que sur le prolongement sur le web de l'activité d'un distributeur agréé (cf CA de Versailles 2 décembre 1999). Selon M Manara,, « *si les règles du jeu sont appelées à évoluer avec l'apport des récentes lignes directrices sur les restrictions verticales, qui considèrent qu'Internet est un « moyen raisonnable d'atteindre le client », la question de l'intégration de sites web à un réseau de distribution reste encore à régler* ».

Au-delà de la constitution d'un marché pertinent, Internet ne pourrait-il pas constituer un canal de distribution à lui seul ?

De façon générale, l'opinion actuelle de la Commission européenne consiste à considérer qu'Internet est un segment de distribution. Ainsi, selon Monsieur N'Guyen, professeur à l'ENST Bretagne, considérer Internet uniquement comme un système d'information et de communication « *relève probablement d'une vision très statique d'un objet en constante et rapide évolution* ».

On peut en effet penser que le développement de l'Internet dans les années à venir le transformera en canal de distribution parfaitement substituable aux modes de distribution traditionnels. Cette prévision est renforcée par l'accès de plus en plus aisé aux technologies et au savoir-faire requis par le commerce électronique, aussi bien pour les producteurs et les distributeurs que pour les consommateurs eux-mêmes.

## 2/ Une incompatibilité liée aux clauses « dangereuses » utilisées par le fournisseur

Les accords verticaux peuvent contenir toute une série de clauses, lesquelles peuvent constituer autant de restrictions au jeu de la concurrence. Toutefois, ces restrictions, en l'absence d'un pouvoir significatif de marché détenu par les entreprises concernées, peuvent conduire à une amélioration de la distribution des biens. Les accords verticaux peuvent, en effet, être un facteur d'accroissement de la concurrence : ils sont un moyen de commercialisation efficace en apportant une meilleure réponse aux attentes des consommateurs et un meilleur suivi du produit. Ils peuvent être un moyen pour entrer sur un marché, un producteur entrera, en effet, plus facilement sur un marché s'il est soutenu par un distributeur local qui exigera en échange une exclusivité. En outre, il peut être justifié par les contraintes juridiques qu'imposent certains contrats de distribution tel que la protection du savoir-faire ou la défense de l'image de marque du produit.

La « zone de sécurité » existant en dessous de 30% de part de marché offre aux entreprises la liberté de mettre en place des accords de fourniture et de distribution mieux adaptés à leurs intérêts commerciaux, en permettant une meilleure adéquation à un environnement économique en pleine évolution. Ainsi, dans la première partie, nous avons étudié la possibilité des fournisseurs d'intégrer les opportunités offertes par Internet dans leur stratégie de distribution, en utilisation des clauses contractuelles pour organiser la distribution en ligne de leur produit, plus précisément pour encadrer et limiter la liberté de leurs distributeurs de vendre sur Internet.

Cependant, malgré les possibles effets bénéfiques sur le marché et sur la concurrence, de telles clauses peuvent aussi avoir des effets négatifs sur le marché, conduisant à la perte de la présomption de légalité si ces effets sont plus importants que les effets positifs.

Sans qu'il soit tenu compte du pouvoir de marché, ni de la part de marché, l'exemption ne peut être reconnue et accordée aux accords qui ne donnent pas lieu à des avantages objectifs suffisants pour compenser le préjudice qu'ils causent à la concurrence sur le marché en cause (cf point 71 des lignes directrices). La Commission ajoute que cela peut être particulièrement le cas dans l'hypothèse de la distribution de biens à des consommateurs finaux. Les désavantages causés par un accord vertical peuvent avoir un impact plus fort que dans le cas de la vente et de l'achat de biens intermédiaires.

En d'autres termes, même si la part de marché détenue par un fournisseur ; tête de réseau, est inférieure à 30%, le risque pour lui de perdre le bénéfice de l'exemption dépendra du degré de restriction de concurrence provenant des clauses contractuelles. Certaines de ces clauses peuvent apparaître inoffensives alors que d'autres peuvent sembler bien plus dangereuses au regard de l'analyse concurrentielle de l'accord.

Il convient donc de s'interroger sur les effets sur la concurrence des clauses étudiées dans la première partie, clauses que le producteur peut insérer dans le contrat de distribution afin d'autoriser, d'encadrer ou de limiter la vente en ligne à ses distributeurs. Il est nécessaire, pour traiter cette question, de distinguer les clauses de nature qualitative des clauses ayant une nature plus quantitative.

Le producteur peut utiliser des clauses de nature qualitative. Les critères de sélection classique peuvent être utilisés afin d'élaborer des clauses contractuelles adaptées à la vente en ligne. Dans le cas particulier de la distribution sélective en ligne, le recours aux clauses relatives à la protection de l'image de marque et/ou aux clauses concernant le conseil aux consommateurs peut être justifié. En effet, on retrouve la règle de raison qui bénéficie très largement aux accords de distribution sélective et surtout à la franchise. L'insertion de clauses

dans le contrat de distribution afin de tenir compte de la vente en ligne des produits contractuels, et dans le but de protéger le savoir-faire ou l'image de marque du produit ne remet pas en cause les effets bénéfiques de l'accord et ne remet donc pas en question la règle de raison, dès lors que l'accord est facteur d'accroissement de concurrence. Nous restons dans le domaine de la distribution sélective purement qualitative, et largement exemptée par le règlement d'exemption.

En revanche, il est certain qu'un réseau de distribution sélective en ligne qui serait basé sur des critères manifestement disproportionnés ne serait pas exempté. Ainsi, les critères de sélection apparaîtront disproportionnés en comparaison avec les critères utilisés pour la distribution traditionnelle, c'est-à-dire la distribution s'effectuant par des points de vente « physiques ». En effet, les produits vendus sont les mêmes quel que soit le canal de distribution ; Internet ou point de vente « physique », et il n'y a aucune raison justifiant qu'un producteur soit plus exigeant pour la distribution en ligne de ses produits que pour la distribution traditionnelle. L'adaptation des critères à la vente par Internet ne signifie pas qu'une discrimination doit être instaurée. Comme nous l'avons vu dans la première partie, certains critères de sélection sont mal adaptés à l'Internet. Cette inadaptation, d'une part, ne justifie pas une disproportion manifeste entre les critères de sélection mais seulement un aménagement, et d'autre part, les évolutions techniques pourraient dans l'avenir la combler.

Ainsi, un contrat de distribution peut imposer que le site web du distributeur contienne des fonctionnalités de messagerie et de « chat », avec un délai de réponse le plus court possible, afin d'assurer au consommateur un service adéquat. Mais, il ne serait probablement pas acceptable d'imposer un accès 24 heures sur 24 à ce service en ligne, alors que les points de vente « physiques » ont des horaires d'ouverture précis et limités.

Le raisonnement peut être également inversé. Le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie pourrait être perdu si les exigences requises au niveau du site web du distributeur (esthétisme, maintenance, conseil...) s'avèrent plus flexibles que celles fixées pour un point de vente « physique ».

Dans les deux cas, les critères qualitatifs seraient appliqués d'une manière discriminatoire, ce qui est difficilement acceptable au regard du droit de la concurrence. Une fois de plus, les producteurs devront faire preuve de vigilance lors de la rédaction ou de l'adaptation de leurs contrats de distribution. Ils devront trouver un équilibre entre l'adaptation des critères et autres normes de commercialisation à l'Internet et le respect des règles du droit de la concurrence.

Le producteur peut également organiser la vente en ligne de ses produits en introduisant dans le contrat de distribution certaines contraintes quantitatives, tel qu'un chiffre d'affaires minimum, une rotation des stocks particulière, un montant minimum de commandes faites au producteur, une clause de non-concurrence... Ces contraintes peuvent être combinées avec d'autres restrictions verticales telles que l'exclusivité d'achat, l'exclusivité fourniture, l'attribution d'un territoire exclusif de revente...

Dans ses lignes directrices, la Commission européenne insiste sur le fait qu'une combinaison de restrictions verticales aggrave leurs effets négatifs (cf point 119-8 des lignes directrices). En outre, il convient de souligner que les restrictions quantitatives sont regardées par la Commission européenne comme étant génératrices de plus d'effets négatifs que les restrictions qualitatives. Les producteurs doivent par conséquent être attentifs dans l'élaboration des clauses de nature quantitatives destinées à organiser la revente en ligne de leurs produits. Plus un contrat de distribution sera contraignant pour le distributeur, plus il sera susceptible d'être envisagé comme une combinaison de restrictions verticales, le mettant alors en difficulté au regard du règlement d'exemption par catégorie. Ainsi, un auteur conseille aux entreprises se trouvant dans une telle situation de procéder à leur auto-



évaluation, afin de mesurer les conséquences potentielles de leur contrat de distribution sur le terrain du droit communautaire de la concurrence.

Un autre risque lié aux clauses contractuelles doit être rappelé. L'article 4-c du règlement d'exemption par catégorie n° 2790/99 interdit, dans les contrats de distribution sélective, toute restriction aux ventes actives et passives aux utilisateurs finaux. En vertu du principe d'indissociabilité des clauses, la présence de cette restriction caractérisée entraîne l'annulation de l'ensemble de l'accord. Or, la Commission européenne a précisé dans ses lignes directrices que la vente sur Internet, dans l'hypothèse où un client visite sur Internet le site d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contrat débouche sur une vente et une livraison, est une vente passive. Dès lors, la clause du contrat de distribution qui interdirait aux distributeurs la vente sur Internet constituera une restriction caractérisée et ne pourra donc pas bénéficier d'une exemption.

Une seule restriction est autorisée : c'est la possibilité d'interdire aux distributeurs agréés d'opérer à partir d'un lieu non autorisé. Aussi, une restriction à l'utilisation d'Internet par les distributeurs ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la publicité ou les ventes via Internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs.

Que la clause soit qualitative ou quantitative, le producteur doit composer avec le droit de la concurrence, et ce d'autant plus que les conséquences de l'incompatibilité ne sont pas négligeables.

Un accord qui n'est pas couvert par le règlement d'exemption par catégorie nécessite un examen à titre individuel sous les conditions fixées par l'article 81 §3 du traité de Rome. Un tel accord sera exempté s'il favorise le progrès économique en réservant une partie équitable du produit qui en résulte pour le consommateur. Les restrictions doivent être indispensables pour parvenir à ce progrès, et il ne doit pas aboutir à une élimination de la concurrence sur une partie substantielle du marché.

Lorsque la procédure du retrait du bénéfice de l'exemption est appliquée, la Commission doit démontrer que l'accord de distribution tombe sous le coup de l'article 81 §1 et qu'il ne satisfait pas à toutes les conditions de l'article 81 §3. Un auteur conclut qu'« *une telle décision aboutit fatalement à la mort du réseau de distribution en cause...* »

A travers la notion de progrès économique apparaît l'intérêt du consommateur dans l'existence de tels réseaux de distribution fermés. Ainsi, il ressort de ces considérations que la question de l'intérêt du consommateur doit être au cœur du processus d'auto-évaluation que devrait réaliser le producteur à la tête d'un réseau de distribution fermé. Ce dernier doit se demander si les contraintes, standards, obligations et autres critères qu'il a instauré pour contrôler la distribution sur Internet de ses produits correspondent effectivement aux besoins et aux attentes du consommateur. En d'autres termes, les moyens contractuels mis en œuvre par le producteur en matière de vente de ses produits en ligne doivent aller dans le sens d'une amélioration de la qualité des services offerts aux consommateurs et d'une meilleure réponse à leurs besoins.

Cette prise en compte assurera au producteur une sécurité renforcée dans la mesure où il pourra bénéficier avec plus de certitude d'une exemption à titre individuel, s'il ne satisfait pas aux conditions du règlement d'exemption par catégorie.

Les réseaux de distribution demeurent à la recherche de la combinaison de leurs implantations physiques et des modalités de vente de leurs produits en ligne. La coexistence des canaux de distribution nécessitera donc des aménagements.

## **B/ La nécessité d'un aménagement contractuel de la coexistence entre réseaux traditionnels et virtuels**

A la lumière de tout ce qui vient d'être étudié, la coexistence entre réseaux de distribution traditionnels et réseaux de distribution virtuels ne va pas de soi mais nécessite un aménagement contractuel (1).

Mais, les contraintes de cet aménagement, le difficile équilibre que doivent trouver les têtes de réseaux pour réorganiser leur réseau tout en s'assurant de leur conformité aux règles du droit de la concurrence, les incitera à repenser le rôle de leur réseau voire même à trouver de nouvelles formes de partenariat au sein de leur réseau (2).

### 1/ Aménagement contractuel de la participation ou de l'exclusion de la commercialisation par l'Internet

Il était acquis que l'organisation des échanges entre les fabricants et les consommateurs amenait les premiers, sauf exception à renoncer à la vente directe. De plus, les difficultés liées à la concurrence entre producteurs, les poussaient à organiser et définir stratégiquement les réseaux de distribution.

L'Internet vient bouleverser ces schémas, dans la mesure où, par sa nature, il permet de vendre partout en reliant directement acheteurs et vendeurs et cela en s'affranchissant de toutes barrières géographiques. Les têtes de réseau doivent donc repenser leur stratégie. Or, les réseaux de distribution reposant avant tout sur un schéma contractuel, les producteurs devront utiliser le contrat de distribution pour parvenir à un aménagement.

L'aménagement contractuel de la coexistence des canaux de distribution peut viser soit à faire participer ces différents canaux à la commercialisation par l'Internet, soit à exclure un ou plusieurs d'entre eux.

La participation à la commercialisation par l'Internet peut être aménagée en organisant une commercialisation concurrente ou non concurrente.

La commercialisation concurrente permettra de faire coexister les différents canaux de distribution. Elle apparaît la plus satisfaisante au regard du droit de la concurrence. Le producteur ainsi que l'ensemble des distributeurs pourront vendre par l'Internet. Il n'en résulte pas pour autant l'absence de toute régulation contractuelle lorsque la distribution est organisée à travers la mise en place d'un réseau voire de plusieurs réseaux. En effet, un réseau n'est pas, selon le professeur M Didier FERRIER, un simple faisceau de contrats, mais une « combinaison d'intérêts contractuels ». Il ajoute qu'un réseau emporte des effets induits dont la portée peut être considérable, comme l'illustre l'obligation faite à chaque distributeur de satisfaire une prestation liée à une vente faite par un autre distributeur, ou encore la répartition entre les distributeurs d'un quota global de chiffre d'affaires par le réseau.

Le promoteur du réseau doit donc faire accepter une règle de composition, de combinaison des efforts de tous les membres du réseau : respect des territoires respectifs, mais aussi contribution commune à la promotion du réseau...

L'équilibre sera difficile à trouver et fragile. En effet, comme l'affirme M.FERRIER, un réseau est une « contribution d'intérêts contractuels ». Il faudra donc respecter les intérêts de chacune des parties au contrat de distribution tout en s'assurant que le réseau sera à même de fonctionner de manière satisfaisante. La réussite d'un tel aménagement, par la mise en place

d'une commercialisation concurrente, ne pourra être assurée que si chacune des parties y trouve son intérêt, et a alors la volonté de tout mettre en œuvre pour que le réseau fonctionne efficacement. Dès lors, la règle de combinaison et de composition des efforts de tous les membres du réseau ne doit évidemment pas être établie au détriment des distributeurs, car alors, ces derniers ne feront aucun effort pour respecter les règles contractuelles qui structurent le réseau. La jurisprudence a ainsi sanctionné le franchiseur qui vendant lui-même directement aux consommateurs avait laissé décliner l'activité des franchisés (CA de Paris 10 mars 1989), ou le franchiseur qui pratiquait des prix de vente aux consommateurs inférieurs aux prix de vente proposés à ses distributeurs ( Cass com 3 novembre 1992).

Cette règle ne doit pas non plus viser à fausser la concurrence en organisant entre les membres du réseau une entente sur les prix ; à cet égard, la transparence de l'offre et la simultanéité de sa diffusion pourraient provoquer des alignements de prix susceptibles d'être considérés comme l'expression d'une entente au moins tacite.

Ainsi, si la commercialisation concurrente apparaît la plus satisfaisante au regard du droit de la concurrence, sa mise en œuvre ne sera pas aisée. Les têtes de réseau devront non seulement équilibrer leurs relations avec les distributeurs en respectant leurs intérêts, sans pour autant aboutir à la création d'une entente anticoncurrentielle au risque d'être sanctionnées par les autorités de la concurrence tant nationales que communautaires.

Ils pourront alors préférer la mise en place d'une commercialisation non concurrente. La commercialisation par l'Internet s'opère de manière non concurrente lorsque tous les membres du réseau interviennent tous par l'Internet mais ne vendent pas tous par ce canal.

La participation à la commercialisation peut prendre la forme d'une intermédiation entre distributeurs et fournisseurs. Soit le fournisseur référence les distributeurs ou transmet les demandes reçues des clients aux distributeurs, soit les distributeurs jouent ce rôle au profit du fournisseur ; l'intermédiation pouvant être rémunérée sous forme de commissionnement par exemple.

La participation à la commercialisation peut également prendre la forme d'une répartition des fonctions techniques entre fournisseurs et distributeurs. Par exemple, le fournisseur vend par l'Internet et les distributeurs assurent uniquement la logistique et la maintenance, ou inversement. Si cette forme de commercialisation peut paraître satisfaisante au regard de l'organisation, celle-ci étant homogène et cohérente, il n'est pas certain que l'une des parties, qu'il s'agisse du fournisseur ou des distributeurs, accepte de se contenter d'un rôle secondaire en assurant seulement la logistique. Le réseau n'est alors plus « une combinaison d'intérêts contractuels » mais sert les intérêts d'une seule partie, laquelle pourra seule vendre les produits contractuels sur l'Internet.

Par conséquent, dans ces hypothèses de commercialisation non concurrente, s'il y a participation de tous à la commercialisation par l'Internet lato sensu, il y a déjà une exclusion de certains de la vente par Internet.

L'aménagement contractuel peut aussi tendre à exclure de la commercialisation par l'Internet les distributeurs ou le fournisseur.

La question de l'exclusion des distributeurs conduit à se demander si le fournisseur peut se réserver la commercialisation des produits par l'Internet. Or, cette question a déjà été étudiée dans la première partie. Il convient de rappeler que les lignes directrices relatives aux accords verticaux du 13 octobre 2000 condamnent expressément cette solution : « *le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur Internet* ».

En outre, nous avons vu que bien d'autres raisons militent dans ce sens, notamment le rôle du fournisseur à la tête du réseau de distribution, ce dernier devant s'assurer du respect de l'étanchéité du réseau.

On peut cependant souligner que l'interdiction ne figure pas dans le règlement d'exemption par catégorie lui-même et n'intéresse, en principe, que les entreprises relevant de ce règlement parce que leur part de marché se situe entre 10 et 30 %.

L'exclusion des distributeurs ne pourrait être admise qu'à la condition d'être fortement justifiée par un bilan concurrentiel ou économique. Il faudra donc étudier la structure du réseau, le rôle du fournisseur et l'impact sur le jeu de la concurrence.

Inversement, le fournisseur pourrait-il être exclu de la commercialisation de ses produits par l'Internet.

Il semble paradoxal qu'un mode de distribution permettant d'établir une relation directe entre les consommateurs et un producteur ne soit pas exploité par ce dernier. Mais, spécialisé dans une activité de production, il ne maîtrisera pas toujours la fonction de distribution auprès des consommateurs, et particulièrement la vente par l'Internet qui nécessite la prise en charge d'une fonction logistique lourde. L'exclusion du fournisseur pourrait donc être justifiée par la spécificité et la technicité de la vente par l'Internet. La plus grande capacité des distributeurs en la matière sera source d'efficacité.

Entourant la vente, il existe en effet des opérations de livraison, de service après-vente, de conseil, justifiant des interventions physiques que le fournisseur ne voudra ou ne pourra prendre en charge, surtout à l'échelle du marché ouvert par l'Internet.

Mais, il est peu probable que le fournisseur accepte d'être exclu de la possibilité de vendre ses produits sur Internet. Même s'il ne dispose pas de la même maîtrise que ses distributeurs en matière de distribution, il sera remédier à cette carence et s'adapter à la vente par l'Internet. En effet, la vente par l'Internet représente une opportunité importante pour le développement des ventes et la conquête de nouveau marché. Eu égard aux possibilités qu'offre Internet, le fournisseur n'acceptera sans doute pas une commercialisation non concurrente fondée sur son exclusion, d'autant plus qu'il n'est pas certain qu'il ne maîtrise pas l'activité de distribution.

On pourrait aussi imaginer une dissociation entre la vente et la publicité sur Internet. Ainsi, le fournisseur pourrait se réserver la vente sur Internet et autoriser ses distributeurs à utiliser Internet pour faire la publicité des produits contractuels. Inversement, il pourrait se réserver l'utilisation de l'Internet pour la seule publicité et autoriser ses distributeurs à vendre sur Internet. Au vue de ce qui a été dit précédemment, la première solution sera certainement plus facilement retenue par le fournisseur.

Quel que soit l'aménagement choisi, le fournisseur devra modifier le contrat qui le lie à ses distributeurs. Dès lors, dans chacun de ces cas, le responsable du réseau doit organiser soigneusement les modalités d'accès à Internet de ses distributeurs et de lui-même.

Il convient de distinguer les contrats futurs et les contrats en cours.

S'agissant des contrats futurs, le fournisseur aura tout intérêt à détailler soigneusement les règles qu'il veut imposer à ses distributeurs quant à l'utilisation de l'Internet. Qu'il interdise l'accès à ce canal de distribution virtuel, qu'il s'en réserve l'utilisation pour la vente ou la seule publicité, ou qu'il en autorise l'accès pour la vente, chaque possibilité doit faire l'objet de modalités précises. Il faut, à ce titre, rappeler aux distributeurs quelles sont les obligations mises à leur charge concernant l'utilisation de la marque, l'utilisation de liens hypertextes, de la publicité.... Les obligations devront être décrites avec le même soin qu'elles sont détaillées pour les points de vente. Il serait en effet incompréhensible qu'il n'y ait pas les mêmes précisions pour l'organisation du site Internet que celles détaillées pour la désignation et l'organisation du point de vente. Cela supposerait même qu'un contrat spécifique, dans lequel l'ensemble des obligations à la charge des deux parties résultant de l'utilisation de l'Internet seront précisées, soit rédigé.

S'agissant des contrats en cours, le problème est plus complexe. En effet, dans la mesure où la tête du réseau a déjà des contrats en cours, hypothèse plus que fréquente, il doit faire face avec son contrat actuel à la possibilité de l'accès à Internet. Il y a peu de chance qu'il puisse le modifier ou imposer un avenant dans la mesure où cela supposerait l'autorisation de l'ensemble des distributeurs. En revanche, il est tout à fait possible qu'en s'appuyant sur les éléments de son contrat, savoir-faire, obligations liées au respect de l'image de marque, obligations liées à l'utilisation de l'enseigne, exclusivité territoriale..., il construise une règle du jeu relative au mode de relation avec l'Internet et qu'il demande à chacun de ses distributeurs d'en respecter l'usage. Dans l'hypothèse où l'un des distributeurs ne respecterait pas ces dispositions, il appartiendra aux tribunaux de mesurer si les exigences du responsable du réseau inspirées du contrat sont abusives compte tenu des textes applicables et compte tenu des dispositions contenues dans le contrat de distribution.

Au regard des textes applicables, la tête de réseau ne pourra pas oublier les règles du droit de la concurrence en matière d'entente. Elle devra donc respecter le règlement communautaire n°2790/99, et si le contrat n'est pas conforme à ce règlement, il devra alors le notifier pour pouvoir le cas échéant, bénéficier d'une attestation négative ou d'une exemption individuelle.

Le système de distribution choisi par Yves Saint Laurent illustre cet aménagement tout en respectant les règles du droit de la concurrence.

Ainsi, en 1991, la Commission européenne avait accordé au système de distribution des parfums Yves Saint Laurent une exemption individuelle pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin 1991 au 31 mai 1997. Par un arrêt en date du 12 décembre 1996, le Tribunal de première instance de Communautés européennes avait, en grande partie, confirmé cette décision d'exemption à la suite d'un recours présenté par les supermarchés Leclerc.

En 1997, la société Yves Saint Laurent a notifié son nouveau système de distribution pour approbation, à l'expiration de l'exemption qui lui avait été précédemment accordée. Comme s'est généralement le cas pour la parfumerie et les autres produits de luxe, la société a choisi un système de distribution sélective et a intégré l'utilisation de l'Internet. Le système Yves Saint Laurent satisfait aux conditions d'exemption posées par le règlement. En effet, Yves Saint Laurent a fixé des critères de sélection autorisant ses détaillants, exploitant préalablement un point de vente physique, à vendre leurs produits par Internet.

De même, les constructeurs de véhicules automobiles, après avoir notifié la résolution de leurs contrats à leurs distributeurs, devront adapter leurs futurs contrats qui organiseront leurs réseaux, en tenant compte de l'utilisation de l'Internet et du règlement d'exemption par catégorie n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 sur la distribution automobile. Leurs contrats devront, en effet, être conforme à ce règlement à partir du 30 septembre 2003.

L'Internet constitue un canal de distribution, c'est-à-dire un mode de commercialisation des produits faisant appel à une organisation fondée soit sur des contrats conclus avec des revendeurs indépendants soit sur des moyens propres à l'entreprise. Il est ainsi par certains côtés traditionnel; contrat conclu grâce à des intermédiaires à partir d'un fonds de commerce, mais par d'autres original; modalités de la commercialisation et de l'intermédiation, virtualité du fonds de commerce.

Cette originalité est déterminante dans la mesure où elle explique la difficile conciliation des réseaux de distribution traditionnels avec la distribution par l'Internet.

Cette distribution par Internet, au-delà d'une simple affectation nécessitant un aménagement, pourrait peut être aller jusqu'à ruiner les modes traditionnels de distribution, nécessitant alors la mise en place de nouvelles formes de partenariat. .

## 2/ Vers de nouvelles formes de partenariat au sein des réseaux de distribution

Les développements précédents doivent amener les organisateurs de réseaux de distribution à s'intéresser de près à l'essor 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. A cet égard, plusieurs possibilités sont envisageables, notamment la vente directe avec un changement du rôle du réseau ou encore la mise en place d'une plateforme E-commerce. Dans tous les cas, 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 pourraient soulever le respect des règles de concurrence.

Des modes alternatifs de distribution liés à l'Internet peuvent être mis en place.

Ainsi, le fournisseur va vendre lui-même les biens qu'il fabrique, en ne passant pas par un réseau de distribution classique pour la vente, mais en affectant à son réseau une autre mission notamment celle de fournir des prestations qui seront accessoires de la vente. Désormais, grâce à l'utilisation du commerce électronique, le fournisseur peut faire abstraction des contraintes géographiques dans la mesure où il accède de façon complètement transparente à ses clients, sans besoin d'intermédiaires. Cette vente en directe, sur le plan économique, réduira pour le fournisseur le prix de revient du bien. Alors qu'on a souvent reproché aux réseaux de distribution de se contenter exclusivement de vendre et de méconnaître les prestations de services où en tout cas que partiellement, l'hypothèse d'un fournisseur vendant directement au consommateur ouvre manifestement la possibilité de prestations accessoires. Ces prestations accessoires paraissent, en effet, inévitable au regard des attentes des internautes-consommateurs.

La consécration de l'intégration de la vente par Internet dans le processus de distribution des produits a pour conséquence de changer l'affectation des missions du réseau de distribution. En effet, le fournisseur vendant directement ses produits au consommateur, le réseau supporte alors toutes les prestations accessoires à la vente des produits. Il est évident que si le rôle du réseau de distribution se voit modifier, il n'en demeure pas moins que la nature des relations entre les fournisseurs et ses distributeurs reste inchangée tant dans un système de distribution sélective que dans un système de distribution exclusif. En d'autres termes, les prestations accessoires restent soumises aux règles du droit de la concurrence de la même manière que pour la vente des produits sur Internet. Ainsi, le fournisseur devra respecter notamment les règles relatives à la fixation de leur prix par les distributeurs et pourrait se retrouver dans l'incapacité de fournir dès l'acte d'achat sur Internet une offre globale à l'Internaute.

Manifestement, cette proposition d'organisation d'un réseau de distribution ne paraît pas constituer une solution optimale pour le fournisseur. Si ce dernier veut se réserver la vente de services ou de biens sur Internet tout en développant la vente de prestations, il doit pouvoir, sans se substituer à son distributeur, intégrer ce dernier dans son offre sur Internet.

Dans le rapport avec le consommateur, il s'agira de développer une proposition globale qui inclurait les prestations accessoires aux produits distribués sur le réseau Internet ; « réseau des réseaux » selon un auteur. Le distributeur apparaît alors comme un sous-traitant unique du fournisseur, ce dernier conservant la maîtrise de la production pour la vente en directe. S'agissant des prestations de service accessoires, il peut désormais les faire apparaître comme incluse dans son offre, ce qui lui permet par ce biais de maîtriser le contenu de la prestation. Enfin, le fournisseur conserve une maîtrise totale sur le prix puisqu'il se contente de re-facturer ses distributeurs pour l'exécution de leur mission.

Il n'est pas certain que les distributeurs acceptent ce changement de rôle au sein du réseau. Néanmoins, un auteur prend soin de préciser que nonobstant le changement de son rôle et la réorganisation de ses rapports au sein du réseau, le distributeur conserve une activité de distribution de l'offre du fournisseur par le biais de la sous-traitance, il s'agira notamment au fournisseur de permettre aux distributeurs de récolter la contrepartie légitime de leurs investissements. En outre, les contraintes, notamment juridiques, de la réservation de la vente sur Internet par le fournisseur, conduiront certainement ce dernier à écarter cette nouvelle organisation de son réseau de distribution.

En d'autres termes, cette nouvelle organisation se traduira par un changement des tâches dévolues aux distributeurs du réseau : le contrat sera directement conclu par l'organisateur du réseau de distribution avec les acheteurs finaux, les distributeurs ayant uniquement à leur charge, en tant que mandataires du fournisseur et rémunérés par ce dernier, des missions d'exécution, livraison et service après vente, se transformant donc en sous-traitant du responsable du réseau, sans relation contractuelle avec les acheteurs nouveaux.

L'objectif est de consolider la relation B to C, c'est-à-dire business to consumer, sur Internet. En effet, pour être rentable, le développement des affaires B to C 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. Toute cette structure repose sur l'existence de prestations accessoires qui doivent être incluses dans l'offre du produit et une certaine dissociation des rôles de chacune des parties au contrat de distribution ; les distributeurs ayant principalement en charge la logistique.

La société Compaq avait mis au point un mode d'organisation de son réseau de distribution encore plus progressiste. Son objectif est de vendre à un prix unique et espère opérer une réduction des marges de ses revendeurs. Le bien est vendu à un prix unique qui sera complété par des prestations annexes fournies par les revendeurs. Afin d'augmenter ses propres marges sur la vente, la société Compaq va modifier le rôle dévolu à ses distributeurs en diminuant le nombre de revendeurs logistiques pour augmenter celui des revendeurs commerciaux ( les missions de service ne représentant que 30 % de son chiffre d'affaire). Mais La société Compaq considère que le constructeur aura toujours besoin d'installateurs et de présence sur le terrain pour garantir la satisfaction de ses clients. Aussi, les rapports avec les distributeurs vont changer d'orientation et désormais ce sont des contrats d'apport d'affaires qui vont être mis en place. Ils sont destinés à accompagner les revendeurs vers de nouvelles missions qui consistent à recruter les clients qui commandent ensuite auprès de Compaq. La difficulté sera de déterminer les commissionnements de l'effort commercial ainsi fourni par les distributeurs.

Cependant, cette nouvelle conception de l'organisation de la vente des produits contractuels sur Internet se heurte à certaines limites. En particulier, ces limites recouvrent très largement ce qui a été dit au sujet de l'aménagement contractuel : les distributeurs relégués à un rôle purement logistique, voire même au rang de sous-traitant, accepteront difficilement ce changement, on peut alors douter du respect de la « combinaison d'intérêts ». En outre, ces changements entraîneront une remise en cause du régime sous-jacent aux réseaux de distribution, dans la mesure où ils entraînent un changement des tâches des parties au contrat de distribution.

Des solutions plus acceptables reposeront sur l'établissement d'un nouveau partenariat contractuel avec les distributeurs du réseau physique, qui participeront activement 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 au moment de la conclusion et de l'exécution du contrat.

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 fournisseur ou le concédant aura ainsi à sa charge la tâche de promotion de la marque et des produits à la vente, et ce à partir du site d'accueil. Le fournisseur titulaire du site pourra, après avoir identifié la résidence de l'internaute-consommateur, renvoyer celui-ci sur la page du distributeur le plus proche de son domicile. Le contrat sera alors conclu entre le client et le distributeur, le fournisseur n'étant que l'interface entre les deux parties au contrat. Les obligations de non-concurrence entre fournisseurs 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 (maintien 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 attirante 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 distinctif de la marque, avec le pouvoir d'attrait 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 l'image et la qualité du produit et la valeur ajoutée du réseau.

En dehors d'une intégration de son circuit de distribution, l'idée pour un fournisseur de mettre en place une plate-forme E-commerce comme réseau de distribution peut être séduisante.

L'idée d'origine américaine et par application du principe « be frictionless », c'est-à-dire le respect des intérêts de chacune des parties et le partage des fruits, sera d'offrir à ses propres distributeurs une plate-forme de vente en ligne gérée par le fournisseur lui-même. Les distributeurs référenceront leur offre de vente de produit auprès du fournisseur qui ne jouera qu'un rôle d'intermédiaire dans la vente entre l'internaute-consommateur et le distributeur lui-même. Cette solution permet au fournisseur de s'ouvrir au commerce électronique, sans remettre en cause les principes qui animent les réseaux de distribution de produits. Ainsi, il ne souffrira pas le désagrément de la fixation d'un prix unique pour un territoire géographique large ou l'ouverture de différents sites nationaux afin de sectoriser son offre de prix. En outre, tout en gardant une maîtrise de la distribution de ses produits, cette solution lui permet de partager les avantages du commerce électronique avec ses distributeurs et d'éviter les écueils juridiques et économiques qui auraient pu naître d'une situation de concurrence avec ces derniers. Enfin, il pourra mettre en place rapidement une distribution de ses produits sur Internet tout en maîtrisant une présentation homogène de ceux-ci.

Sur le plan juridique, cette plate-forme devra impérativement respecter les règles du droit de la concurrence. Une telle plate-forme ne devrait pas permettre d'interdire aux distributeurs de répondre à une demande non sollicitée émanant d'un client situé en dehors de son territoire contractuel. De la même manière, il serait dangereux de limiter le droit pour le distributeur de répondre, par le biais de la plate-forme, à une demande d'un client situé en dehors de son territoire contractuel. En effet, il pourrait être alors reproché au fournisseur de contrôler



indirectement les ventes passives. Certes, il pourrait être objecté que les ventes passives demeurent possibles en dehors de cette plate-forme, le fournisseur pourrait alors interdire de telles pratiques sur cette dernière. Mais cet argument ne semble pas aller dans le sens de l'approche de la Commission européenne qui favorise l'ouverture du marché européen et donc de la concurrence.

Enfin, dans une telle hypothèse, l'obligation contractuelle pour les distributeurs d'adhérer à de telles plates-forme apparaît nettement plus justifiée que la réservation par le seul fournisseur de la vente sur Internet, tout en permettant une gestion non-conflictuelle de cette nouvelle distribution.

Les deux dernières nouvelles formes de distribution étudiées, nouveau partenariat contractuel et mise en place d'une plate-forme E-commerce, se recoupent très largement dans la mesure où elles reposent sur les mêmes principes. En effet, dans les deux cas, il s'agit d'associer les distributeurs à la vente des produits contractuels sur Internet, et cela de manière active sans les reléguer au rang de simple sous-traitant du fournisseur. En outre, ces deux formules permettent le respect des règles du droit de la concurrence et la prise en compte de la structure des différents réseaux de distribution, tout en tirant profit des possibilités qu'offre Internet. Elles semblent ainsi répondre aux contraintes soulevées par l'utilisation de l'Internet par les distributeurs et le fournisseur notamment en ce qui concerne le respect de l'image de marque ou l'exclusivité territoriale. C'est ainsi, que la société Renault va prochainement mettre en place une plate-forme E-commerce. Monsieur Luis Schweitzer s'exprimait ainsi dans le Journal du Net : « *Renault site permettra au client de configurer le véhicule de son choix, de monter son dossier de financement, et de se connecter avec un concessionnaire pour finaliser son acte d'achat* ».

Au-delà de la coexistence entre les réseaux de distribution et Internet, c'est tout le droit de la concurrence qui est affecté par l'essor du commerce électronique

Les applications du commerce sur Internet, et notamment les relations en ligne entre les entreprises, peuvent être propices en termes de concurrence. En effet, il est certain que les places électroniques peuvent permettre aux entreprises de réduire certains coûts, d'accroître leur compétitivité et leur efficacité commerciales. Ces structures peuvent aussi offrir un accès privilégié à des marchés, notamment au profit des petites entreprises. En outre, le commerce électronique peut favoriser une saine concurrence, en accroissant les possibilités de comparaisons des offres, et en modulant la dimension géographique des marchés. Cette vision positive du commerce électronique explique la relative faveur des autorités nationales et communautaires de la concurrence, comme nous avons pu le constater s'agissant des réseaux de distribution.

Pour autant, les risques sont tout aussi nombreux et il convient donc de rester vigilant. Les possibilités d'abus de position dominante, d'entente ou de concentration grâce à l'effet de réseau, de base installée ou la création de plates-forme E-commerce seront facilitées par le commerce électronique. En outre, les concepts mêmes de droit de la concurrence, tels que la notion de marché pertinent ou la qualification des opérations devront être conciliés avec la vente sur Internet de produits ou de services.

Aux Etats-Unis, la Federal Trade Commission a accueilli, en octobre 2002, un groupe de travail dont la mission sera l'étude des comportements anticoncurrentiels et restrictifs de concurrence sur Internet. Le groupe de travail aura pour objet précis d'examiner dans quelles mesures certaines aides d'Etat et certaines attitudes commerciales privées peuvent être de nature à favoriser des comportements anticoncurrentiels sur Internet. Il pourrait être intéressant de suivre cette étude dans la mesure où beaucoup d'autorités de la concurrence, et notamment les autorités françaises et communautaires, devront se pencher sur la question des rapports entre droit de la concurrence et Internet, et qu'il serait préférable, dans cette matière et étant donné les perspectives qu'offre l'Internet, de dégager des solutions convergentes. Ainsi, à l'instar des réseaux de distribution, la prise en compte du commerce électronique et de ses particularités devra amener tant les acteurs que les autorités de la concurrence à un aménagement des notions, des pratiques voire même des modalités de contrôle et d'investigation.

### **Bibliographie :**

- Lignes directrices de la Commission européenne relatives aux accords verticaux du 13 octobre 2000.
- Règlement d'exemption par catégorie n°2790/1999 du 22 décembre 1999.
- Règlement d'exemption par catégorie n° 1400/2002 du 31 juillet 2002.
- Communiqué de presse de la Commission européenne du 17 mai 2001.
- Décision Yves-Saint Laurent du 16 décembre 1991( JOCE 1992) confirmée par le TPICE le 12 décembre 1996, aff. 19/92.
- Ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Nanterre, 4 octobre 2002, Yves Saint Laurent c/ Parfumsnet.
- Tribunal de commerce de Pontoise, 15 avril 1999, Jursicom.net.
- Arrêt de la Cour d'appel de Versailles, 2 décembre 1999, JCP édition entreprise 2000 n°30.
- Jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre du 20 mars 2000 et arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 14 septembre 2000, Sony Corporation c/ Alifax, Recueil Dalloz 2000 n° 23 p.287 et n° 37 p.391.
- Arrêt de la CJCE, Metro I, 25 octobre 1977, aff. 26/76, Rec CJCE, p 1875.
- Arrêt de la CJCE, Dior, 4 novembre 1997, Rec. 1997, p 6034.
- Tribunal de grande instance de Paris, Affaire l'Oréal / PLD Entreprises.
- Emporium Drug Mart, Inc. of Shreveport c. Drug Emporium, Inc, and Drugemporium, Inc, 2 septembre 2000, Chambre d'arbitrage de Dallas de l'American Arbitration Association, Juriscom.net .
- Concurrence et distribution sélective : une coexistence difficile ; Communication, Commerce électronique juillet/août 2000.
- Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance, Dalloz 2000 n° 41 et Dalloz 2000 Actualités Jurisprudentielles.
- Contrats, Concurrence, Consommation ; Mars 2002.
- L'Internet et les réseaux de distribution, Eric BARBY, Gazette du Palais, dimanche 15 au jeudi 19 avril 2002.
- Internet et droit de la concurrence, [www.barreau.qc.ca](http://www.barreau.qc.ca).
- Comment concilier la distribution sélective et Internet ?, Thibault Verbiest, [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net) .
- Une sécurité juridique renforcée pour la distribution sélective qualitative et quantitative, Christine VILMART, Gazette du Palais, mercredi 27 au jeudi 28 juin 2001.
- La distribution sélective à l'épreuve du commerce électronique, Yann Dietrich et Alexandre Menais, Lamy Droit de l'information et des réseaux n° 114, mai 1999 et n°125, mai 2000.
- Le commerce électronique, en toute franchise ?, Pierre-Emmanuel MOYSE, [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)
- La distribution sur l'Internet, Didier FERRIER, La semaine juridique n°30, 23 juillet 2000.
- Web et distribution sélective : réseau contre réseau, Cédric MANARA, Dalloz 1999, n°44, p 725.
- Alexandra Bissé, Négociations Compaq et ses distributeurs : le chêne et le roseau, Le Journal Informatique, 10 février 2000.
- La distribution automobile sur Internet, Patrick THIEFRY ; contrats, concurrence et consommation, janvier 2003.

