

Les contrats de distribution et Internet

Michaël MALKA

DEA de Droit des affaires
Université des Sciences sociales – Toulouse I
Mémoire réalisé sous la direction de Madame le professeur S. POILLOT-PERUZZETTO

Septembre 2002

Contact : michaelmalka@free.fr

« Je tiens à exprimer à Madame le professeur S. POILLOT-PERUZZETTO toute ma reconnaissance pour ses précieux conseils, sa grande disponibilité et l'attention qu'elle a bien voulu porter à mon travail ».

Plan

Introduction

Partie I – L’organisation de la distribution électronique dans les rapports internes au réseau

Titre I - Les obligations du fournisseur envers les distributeurs

Chapitre I - L’obligation de respecter la liberté du distributeur de recourir à Internet

Chapitre II - Les obligations du fournisseur dans le cadre de la coexistence des canaux de distribution

Titre II - Les obligations des distributeurs envers le fournisseur

Chapitre I - L’obligation de respecter l’image de marque du réseau

Chapitre II - L’obligation de respecter les droits de propriété industrielle du fournisseur

Partie II – L’organisation de la distribution électronique dans les rapports externes au réseau

Titre I - La protection de l’étanchéité du réseau

Chapitre I - Les conditions de la protection

Chapitre II - Mise en œuvre de la protection

Titre II - L’insuffisance de la protection

Chapitre I - Les raisons de l’insuffisance de la protection

Chapitre II - Les remèdes à l’insuffisance de la protection

Conclusion générale

Index

Bibliographie

Table des matières

Introduction

« Le virtuel possède une pleine réalité, en tant que virtuel »¹.

1. Au rang des événements qui ont le plus marqué le passage au XXIème siècle, le phénomène Internet occupe, sans ambages, une place de choix. Présenté comme une véritable révolution, l'Internet ou Internet² (Inter-Networks), a bouleversé les modes de fonctionnement traditionnels des sociétés contemporaines. Le « réseau des réseaux » concerne tous les domaines : la culture, l'économie, la communication... Il est une source d'information intarissable avant d'être le vecteur puissant du mouvement de mondialisation des échanges et de globalisation de l'économie qui caractérise le monde d'aujourd'hui et ce, en facilitant la circulation des informations.

2. Internet « est un ensemble de réseaux informatiques privés et publics qui sont interconnectés entre eux grâce à un protocole de communication commun »³. Cet ensemble forme « une Toile d'araignée mondiale » au sein de laquelle s'échangent des informations par le truchement de connexions, de courriels (ou *E-mail*) ou même de forums au sein de véritables agoras virtuelles. Comme le souligne la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, Internet « c'est avant tout un nouvel espace d'expression humaine, un espace international qui transcende les frontières, un espace décentralisé qu'aucun opérateur ni aucun Etat ne maîtrise entièrement, un espace hétérogène où chacun peut agir, s'exprimer et travailler, un espace épris de liberté »⁴.

3. L'idée d'un système connectant des ordinateurs partout dans le monde est née dès 1962, sous l'impulsion d'un chercheur universitaire, Joseph Carl Robnett Licklider. Ce n'est que sept ans plus tard, que cette idée sera concrétisée pour le compte de la DARPA (*Defense Advanced Research Project Agency*), la célèbre agence du Ministère de la défense fédérale américaine, par la création du réseau ARPANET, dont l'objet principal était la recherche scientifique et dont l'intérêt résidait dans sa capacité, due à l'absence de « point central », à résister à une éventuelle attaque nucléaire. Ce système de communication était donc initialement conçu pour un usage confidentiel par les militaires et n'était accessible qu'à quelques ordinateurs.

4. En 1973, est conçu le TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), qui est une norme de communication qui va devenir la base technologique d'Internet et, partant, aboutir à la naissance de la Toile en 1983. A cette même date, la partie militaire d'Internet (MILNET), est isolée du reste du réseau. Le réseau Internet se démocratise avec l'invention, en 1989, du *World Wide Web* (www.) développé par le CERN (Centre d'étude et de recherche nucléaire) à Genève. Il s'agit d'un système d'interface graphique, très ergonomique et très facile d'utilisation, qui permet de passer d'une page ou d'un site à un autre en « cliquant » sur un lien dit « hypertexte ». La navigation sur la Toile devient ainsi extrêmement aisée. Le nombre de machines et d'utilisateurs connectés se multiplie très vite pour atteindre le million

¹ G. Deleuze, *Différence et Répétition*, cité par P. Lévy, *Qu'est-ce que le virtuel ?*, éd. La Découverte, 1995, p.9.

² V.A. Bertrand et Th. Piette-Coudol, *Internet et le droit*, Que sais-je ?, n°3504, PUF, 2^{ème} éd., 2000, p.112-113 pour qui la grammaire française commande de parler d'Internet et non de l'Internet ; toutefois, les deux expressions sont utilisées.

³ Rapport public du CE du 2 juillet 1998, *Internet et les réseaux numériques*, éd. La documentation française, 1998, dispo. également sur <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁴ *Ibid.*

de machines reliées au réseau trois ans après. Depuis lors, l'on utilise volontiers le terme de « *Web* » pour évoquer Internet.

L'explosion du marché des ordinateurs personnels va également contribuer au succès d'Internet. Mais la date la plus importante, s'agissant de la démocratisation du Web, est sans aucun doute, 1994, date à laquelle le Président des Etats-Unis Bill Clinton confie l'administration du réseau à des organismes commerciaux. Depuis, l'Internet n'est plus régi par les autorités américaines, lesquelles finançaient son développement.

5. Si la naissance d'Internet fût pour le moins discrète, son entrée dans l'ère commerciale fût des plus remarquées et des plus remarquables. Le cas de *Netscape Communication Corp.*, fondée en 1994, en est une bonne illustration. Son logiciel de navigation *Mosaic*, inventé par le jeune génie Marc Andreessen, est diffusé gratuitement au public et va considérablement simplifier l'usage du Web. Introduite en bourse le 9 août 1995, Netscape atteint, lors de la clôture le soir même, une capitalisation de 2 milliards de dollars alors que l'entreprise elle-même n'avait pas encore gagné un centime !⁵ L'introduction en bourse de Yahoo ! fondée également en 1994, par deux ingénieurs en électronique de l'Université de Stanford, fût tout aussi fulgurante. C'est le point de départ de la frénésie des investisseurs pour les valeurs Internet qui durera jusqu'en mars 2000. Au cours de cette période, le développement des entreprises de « service Internet » est spectaculaire. L'exemple d'AOL (*America Online*), qui compte aujourd'hui 24 millions d'abonnés, en fournit une illustration topique. En effet, la valeur des actions de cette société a été multipliée par 800 depuis 1992 ! Le jour de l'annonce de l'accord de fusion avec Time Warner, la capitalisation de l'entreprise est estimée à environ 165 milliards de dollars, contre 111 milliards pour Time Warner. En d'autres termes, la valeur boursière de la nouvelle entité représente 60% du produit intérieur brut de l'Espagne⁶.

Mais cette croissance mirifique de l'utilisation d'Internet a eu une autre répercussion en matière commerciale, celle de l'explosion du commerce électronique dit aussi « E-commerce » ou « cybercommerce ». En 1999, les consommateurs ont dépensé plus de 12 milliards de dollars en achats électroniques, soit une augmentation de 59 % par rapport aux 7 milliards de dollars dépensés en 1998⁷. Ce chiffre semble se stabiliser puisqu'en l'an 2003, le commerce électronique devrait atteindre un chiffre d'affaires de 9,15 milliards d'euros, soit 1% des dépenses du commerce total⁸. A l'avenir, le consommateur devrait pouvoir arbitrer pour chacun de ses actes d'achat entre une offre de commerce électronique et une offre de commerce physique, chacune disposant d'avantages et d'inconvénients spécifiques selon la nature des biens ou services recherchés. Le commerce électronique possède ainsi des atouts tels que le choix, la réduction des coûts de transaction, un plus grand confort d'achat, une économie de temps, un vecteur d'information performant pour le consommateur et la capacité à gérer une relation personnalisée. Cependant, on dénombre aussi un certain nombre de handicaps, provisoires (état de la technique, sécurité des transactions) ou fondamentaux (manque de convivialité, virtualité, contrainte logistique).

⁵ V. D. de Kerckhove, *Le désenchantement de la Netéconomie*, in *Manière de voir* (éd. le Monde diplomatique), n°63, mai-juin 2002, « L'empire des médias », p.26.

⁶ D. Schiller, *La Toile rongée par les spéculateurs*, in *Manière de voir* (éd. le Monde diplomatique), n°63, préc., p.23.

⁷ V. F. Vanhaelen et T. verbiest, *Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile*, *Com, com électro.*, juill-août 2000, p. 11 et s.; *JTDE* 2000, p.163 et s.

⁸ Source : Les Notes Bleues de Bercy, n°203, 16-31 mars 2001, p.11.

6. Un tel essor des activités liées au développement du Web et, d'une manière générale, des technologies numériques, a fait naître l'idée de l'apparition d'une « net-économie » qui correspond pour certains à « *un changement de paradigme économique* » dû à la « *création d'un espace de mondialisation des échanges qui se situe en dehors des réglementations étatiques* »⁹. Même s'il est vrai que, depuis mars 2000, l'on a plutôt tendance à parler de « désenchantement de la Netéconomie » ou de « net-ennui »¹⁰ en raison notamment des nombreuses faillites ayant frappé les fameuses « start-up » qui avaient suscité tant d'alacrité de la part des investisseurs, il n'en demeure pas moins que l'influence du Net sur l'économie demeure considérable. De fait, de nouvelles professions ont vu le jour (fournisseurs d'accès, hébergeurs...), de nouvelles stratégies commerciales et marketing sont apparues sous l'impulsion du commerce électronique, les sommes investies chaque année dans la publicité sur Internet (E-publicité) ne cessent de croître et surtout de véritables places de marché électroniques (« *marketplaces* ») se sont mises en place. Nées aux Etats-Unis à la fin des années 1990, ces places de marché sont « *des sites Internet où, comme dans les foires commerciales au vin ou au bétail d'autrefois, les vendeurs montrent leurs produits et les acheteurs font jouer la concurrence, les prix se négocient et les ventes se règlent directement sur place* »¹¹. L'une des premières d'entre elles a été créée en 1999 par le constructeur automobile Ford et l'éditeur de logiciels de gestion de bases de données Oracle¹². Mais ces places de marché virtuelles doivent être replacées dans le cadre du phénomène majeur de la net-économie qu'est le commerce électronique. Aussi, les places de marchés virtuelles s'articulent autour de la relation dite *B to B (business to business)* du commerce électronique. Par ailleurs, le secteur *B to C (business to consumer)* a lui aussi suscité l'apparition de nouveaux modèles tels que les galeries marchandes virtuelles et les boutiques virtuelles¹³.

7. L'avènement de la net-économie entraîne donc d'importants bouleversements sur la structure des marchés et le comportement des acteurs économiques. Même si aujourd'hui l'Internet apparaît comme un phénomène acquis, l'ère du virtuel n'en est qu'à son commencement et son avenir semble constituer un véritable défi à bien des égards.

8. Tout d'abord, le Net représente un défi pour les entreprises. En effet, la transformation des marchés suscitée par l'éclosion du monde virtuel ne peut être ignorée par l'entreprise, quelle que soit sa taille. L'Internet, c'est l'ouverture mondiale du consommateur, lequel peut désormais acheter de n'importe quel point de la planète. Le Web est un nouveau moyen de vendre et le cybercommerce se présente plus comme une activité complémentaire que concurrente du « commerce physique ». Du reste, il apparaît « *comme la forme la plus achevée et la plus dynamique de distribution des produits ou services* »¹⁴. Mais le cybercommerce a aussi pour effet la remise en cause des circuits classiques de distribution. A côté des circuits traditionnels, l'on voit aujourd'hui apparaître sur ce marché mondial de nouveaux opérateurs, à l'image d'*amazon.com*, pour n'en citer qu'un. Les entreprises

⁹ A. Muller, *La net économie*, Que sais-je ? n°3597, PUF, 2001, p.18 ; *contra* V. D.Ferrier, *Table Ronde : la « net-économie »*, 16 février 2000, JCP Cah.dr.ent., n°2, année 2000, p.29 et s, spéc.p.33, pour qui « *il n'y a pas aujourd'hui un nouveau paradigme (...)* ».

¹⁰ D. de Kerckhove, *op.cit*, p.27.

¹¹ A. Muller, *op.cit*, p.9.

¹² Le cabinet d'études *Deloitte consulting* recensait 1447 marketplaces en juillet 2000 dont seulement 226 étaient des projets hors des Etats-Unis, V. N. Macarez et F. Leslé, *Le commerce électronique*, Que sais-je ?, n°3605, PUF, 2001, p.89.

¹³ Sur la notion de fonds de commerce virtuel, V.R. Desgorges, *Notion de fonds de commerce et Internet*, Com.com.électro, mars 2000, p.14 et s.

¹⁴ D. Ferrier, *La distribution sur l'Internet*, JCP Cah. dr.ent., n°2, 2000, p.12 et s.

« traditionnelles » ne sauraient rester inertes face à de tels bouleversements au risque de voir une partie de leur activité « cannibalisée »¹⁵ par ce nouveau circuit de distribution. D'autant qu'Internet n'est pas uniquement un moyen de vendre, il est aussi une façon de mettre en exergue le dynamisme et la modernité de son entreprise. Lorsqu'une entreprise devient « *click and mortar* », c'est une façon pour elle de prouver, notamment à ses actionnaires et à la Bourse, qu'elle réussit à concilier ancienne et nouvelle économie.

9. Mais si Internet est un défi pour l'entreprise traditionnelle, c'est sans doute pour le droit et les juristes qu'il apparaît le plus comme une gageure. En effet, même si aujourd'hui nul ne discute que l'Internet soit un lieu de droit, sa régulation achoppe encore sur de nombreux points. Nous nous arrêterons sur les deux principaux que sont l'internationalité et la « virtualisation » ou « dématérialisation » des échanges suscitée par le « cyberspace », dont l'internationalité n'est en fait qu'une conséquence.

10. Le Net présente la particularité d'exclure la notion de frontières. De fait, la Toile se tisse d'un utilisateur à l'autre sans considération du lieu où ledit utilisateur se situe. Dès lors, le Web constitue un véritable « village planétaire » reposant sur ce qu'il convient d'appeler le « cyberspace »¹⁶, lequel s'oppose, par définition même, à la notion d'espace territorial. Or, dans le monde « réel », la souveraineté de chaque Etat, qui s'exprime notamment au travers des lois nationales, s'exerce à l'intérieur de frontières. La première question qui se pose est donc celle de la loi applicable à ce « cyberspace ». Est-il possible d'appliquer la loi d'un Etat alors même que le « cyberspace » dépasse largement le cadre du territoire dans lequel cet Etat exerce sa souveraineté? Si oui, quels sont les critères de rattachement à utiliser? La récente affaire *Yahoo!*¹⁷ est une bonne illustration des difficultés que peut engendrer le « cyberspace ».

Toutefois, la réponse à ces questions de droit applicable ainsi que de compétence juridictionnelle est moins complexe qu'il n'y paraît. En effet, face à de telles difficultés, il est naturel de se tourner vers le droit international privé dont l'objet est précisément de résoudre ce genre de problèmes juridiques. A cet égard, la doctrine a montré depuis longtemps que la notion de « cyberspace » n'entravait en rien l'application des règles de conflit¹⁸. C'est ensuite la jurisprudence qui a confirmé l'applicabilité du droit international privé à des situations nées du « cyberspace ». Par exemple, la détermination du « lieu du fait dommageable », qui est au cœur des débats dans la majorité des conflits, a posé peu de difficultés en droit français. En effet, par contamination avec la jurisprudence rendue en

¹⁵ L. Belot, *La dure réalité d'Internet pour les entreprises traditionnelles*, Le monde du 25 avril 2000 ; A. Menais, *Le cybercommerce à la française...*, Juriscom.net, janvier 1999, dispo sur <http://www.juriscom.net/int/dpt/dpt12.htm>.

¹⁶ C. Rojinsky, *Cyberspace et nouvelles régulations technologiques*, D.2001, chron.p.844 et s. ; J. Huet, *Quelle culture dans le « cyber-espace » et quels droits intellectuels pour cette « cyber-culture » ?*, D.1998, chron.p.185 et s.

¹⁷ TGI Paris, 22 mai 2000, *UEFJ et Licra c/ Yahoo!* disponible sur <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522-cc.htm>.

¹⁸ V. M. Vivant, *Cybermonde : droit et droit des réseaux*, JCP 1996, doctr.n°3969, p.401 et s. ; cet auteur propose, par ailleurs, de retenir la notion de « raisonnable » dans l'application des règles de droit au « cyberspace » V. *Raison et réseaux : de l'usage du raisonnable dans la régulation de l'Internet*, in « Savoir innover en droit », Hommage à L. Mehl, La documentation française, 1999, p.153 et s. ; *Adde* A. Bertrand et Th. Piette-Coudol, *op. cit.*, p.22 et s. ; A. Cousin, *Les règles de droit international privé et la responsabilité délictuelle sur Internet*, Gaz. Pal. 15-19 avril 2001, p.34 et s. B-H. Dumortier, *ABC pour l'Internet*, Dr. et patrimoine, février 2002, n°101, p.28 et s.

matière de Minitel, les tribunaux assimilent le lieu où le site est « accessible » au public « au lieu où le dommage est subi »¹⁹. Ainsi, par le truchement de l'interprétation de la loi qui est consubstantielle à la fonction de juger, la jurisprudence parvient peu à peu à annihiler les difficultés tenant à l'internationalité qui caractérise le « cyberspace ».

Par ailleurs, s'agissant encore du droit applicable, force est de constater que le « cyberspace », de par sa spécificité, génère ses propres usages, ses propres règles de comportement et ce, de manière totalement indépendante des Etats. Le professeur américain L. Lessig en déduit l'existence d'une véritable souveraineté du « cyberspace ». Aussi, affirme-t-il : *“to the extent that architectures in cyberspace are rules that affect behaviour, the space is sovereign. In the sense that any set of normative commitments is sovereign, cyberspace is sovereign. But this sovereignty produces perpetual competition”*²⁰. C'est de cette souveraineté qu'a émergé la Nétiquette qui est un document relevant de l'usage et qui correspond aux règles de savoir-vivre applicables sur le Net. Avec elle a point l'idée d'une autorégulation du Net²¹. Ceci d'autant plus que dans un arrêt récent, le TGI de Rochefort-sur-mer a reconnu la valeur juridique de la Nétiquette en se fondant sur l'article 1135 du C. civ.²². L'on évoque même l'existence d'une *lex cybernetica* ou *electronica* à l'image de la *lex mercatoria*.

Cependant, la doctrine a rapidement souligné que cette autorégulation, qui a certes le mérite d'éviter la question des souverainetés nationales, engendre le risque de « glisser subrepticement d'un « droit du virtuel » à un droit virtuel fait de cas d'espèces et de constructions partisans qui nous amèneraient à terme à un véritable état de non-droit, de no laws land, ou à tout le moins, à une insécurité juridique caractérisée »²³.

Le droit étatique a, par conséquent, refait surface bien qu'il n'ait jamais été véritablement écarté. C'est sa fonction protectrice qui l'a fait rejaillir car cette mission est au cœur même de l'Etat de droit et constitue une obligation qui s'impose au législateur. C'est d'ailleurs cet aspect qui ressort, en filigrane, de la législation en vigueur relative à la régulation de l'Internet. Par ailleurs, pour être efficace, cette réglementation doit être homogène, pour ne pas dire commune au plus grand nombre d'Etats. Aussi, l'Union européenne semble être, à défaut de conventions internationales, le niveau le plus opportun pour légiférer en matière de droit de l'internet. A ce titre, on peut citer les directives n°97/7 du 20 mai 1997 sur les ventes à distance et n°2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique qui instituent, en droit communautaire de la consommation, un socle minimum s'imposant à tous les Etats membres. Par ailleurs, le règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire et

¹⁹ Les Tribunaux français se sont ainsi reconnus compétents pour juger en France des méthodes de vente de certains sites américains, ainsi d'ailleurs que de la licéité des produits vendus sur d'autres sites américains, V. TGI Paris, 27 mars 1998, *L'Oréal et Guy Laroche c/ PLD Entreprises*, dispo. sur <http://www.legalis.net>, cité par A. Bertrand et Th. Piette-Coudol, *op. cit.*, p.25; A noter également, en matière de contrefaçon, la souplesse avec laquelle la jurisprudence interprète la notion de « lieu du fait dommageable », V. CA Versailles, 21 mars 2002 qui affirme que « le simple constat dans son ressort de l'attribution du nom de domaine (est) suffisant à caractériser le fait dommageable allégué et à justifier sa compétence territoriale », dispo. sur http://www.legalis.net/jnet/decisions/marques/arret_ca_versailles_210302.htm.

²⁰ L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999, p.198 cité par C. Rojinsky, préc., p.846.

²¹ H. Croze, *Internet : vers un droit et une déontologie internationale ?*, Gaz. Pal. 20-21 avril 2001, p.3 et s.

²² TGI de Rochefort-sur-mer, 28 février 2001, *Christophe G c/ SA France Télécom Interactive*, V, *La Nétiquette a une valeur juridique*, Vivre le Net, 9 mars 2002, dispo. Sur <http://www.vivrelenet.com/node/304.html>.

²³ F. Olivier et E. Barbry, *Compilation, unification ou virtualisation ? Là est la question !* Expertises, n°200, année 2000, disponible sur <http://www.celog.fr/expertises/sommaires/96/articles200/BARBRY.HTM>.

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale renforce la protection du E-consommateur en retenant par exception le *forum actoris* (art.16). En droit français, l'on peut citer, même si elle est d'origine communautaire (directive n°1999/93/CE du 13 déc1999), la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 relative à la signature électronique et son décret d'application n°2001-272 du 30 mars 2001.

Ainsi, ce droit étatique, qui s'impose à chaque fois que la nécessité de protection des individus le commande, va coexister à côté de la *soft law* que constitue la Nétiquette qui, du reste, n'a pas le monopole en ce domaine. A titre d'exemple, l'on peut évoquer la loi-type de la CNUDCI du 12 juin 1997 sur le commerce électronique²⁴ qui relève également du domaine du « droit mou ».

11. Toutefois, le droit ne peut tout prévoir et, en cas de vide juridique, à tout le moins en l'absence de réglementation spécifique au monde du « virtuel », la jurisprudence tout comme du reste les praticiens vont être amenés, comme par réflexe, à raisonner à partir de concepts juridiques connus, c'est à dire créés pour une application dans le monde « réel ». Mais peut-on vraiment « importer » un concept ou une règle prévue pour régir des situations « réelles », « physiques » dans un environnement qui se situe aux antipodes de cette matérialité ? Ce concept ou cette règle conservent-ils leur raison d'être lorsqu'on les sort de leur milieu naturel ? M. le Doyen M. Vivant affirme que « *Le cybermonde est ce lieu étrange où la réalité est dite virtuelle comme si la réalité pouvait être virtuelle, comme si toute réalité n'était pas virtuelle... Un lieu étrange, en tout cas, qui n'est nulle part et partout, qui fascine en tant qu'il semble être le jouet des hommes, comme les hommes semblent en être le jouet, qui paraît - à regard de myope peut-être - s'évader du réel, échapper au réel, à ses lois, les bousculant, voire les rendant caduques* »²⁵.

12. Pour illustrer cette difficulté, il est possible de prendre l'exemple du commerce électronique, lequel se caractérise, comme le remarque M. le professeur J. Huet, par trois mots qui commencent par « i » : immatérialité, interactivité et internationalité²⁶. La commercialisation sur Internet se singularise par un processus original de contractualisation²⁷, qui pendant un moment a jeté le trouble sur la nature juridique de la vente sur la Toile. Ce processus de contractualisation signifie que la conclusion d'un contrat par le biais d'Internet « *résulte d'un ensemble d'opérations matérielles, fulgurantes et cependant asynchrones, de transfert électronique d'informations concordantes exprimant la volonté de s'engager* »²⁸. Deux qualifications juridiques étaient dès lors possibles à l'aune de la distinction entre la technique dite du « pull media » et celle dite du « push media » (voir glossaire). D'aucuns considéraient que c'est le consommateur qui prend l'initiative de la contractualisation en se connectant sur le site du distributeur (« pull media »), et renaient ainsi la qualification de vente à distance²⁹. D'autres, au contraire, estimaient que c'est le fournisseur, en offrant ses produits ou services sur l'Internet, qui prend l'initiative de la contractualisation (« pull media »), et renaient, par conséquent, la qualification de vente par

²⁴ Lamy Contrats internationaux, Annexe, n°2-100/3.

²⁵ M. Vivant, préc, n°1, p.401.

²⁶ J. Huet, *La problématique juridique du commerce électronique*, RJC n°spécial « le droit des affaires du XXIème siècle », jan 2001, p.26.

²⁷ J. Huet, *ibid*, p.26 ; D. Ferrier, *La distribution sur l'Internet*, JCP Cah. Dr. Ent., n°2, 2000, p.12 et s.

²⁸ D.Ferrier, *La coexistence des canaux de distribution*, Rev. de la Concu .et de la Conso. n°121, mai-juin 2001 p.16.

²⁹ O. Iteanu, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996, p.22 cité par D.Ferrier, *La distribution sur Internet*, préc.n°11.

démarchage³⁰. Comme l'a souligné M. le Doyen Vivant³¹, ces subtilités n'avaient qu'un intérêt secondaire, dès lors qu'elles étaient destinées à être balayées par la conception européenne unitaire de la « vente à distance » promue par la directive du 20 mai 1997³² qui définit, dans son article 2, le contrat à distance comme « *tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même* ». C'est cette directive que l'ordonnance du 23 août 2001³³ a transposée. Le nouvel article L.121-6 du C. de la consommation, tel que modifié par ce texte, définit désormais le contrat à distance comme « *toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de services conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance* ». Cette nouvelle disposition marque donc la disparition du clivage entre la vente par démarchage et la vente par correspondance, pour retenir une conception unitaire de la vente à distance. Dès lors, il ne fait plus aucun doute que la vente via le Web est une vente à distance dès l'instant où elle est conclue en ligne.

Cet exemple montre bien qu'Internet écorne, déstabilise les concepts traditionnels en raison notamment de la nature évanescence du « cybermonde ».

13. Ainsi, nous venons de voir qu'Internet apparaît comme un véritable défi à la fois pour les entreprises, et pour le droit et les juristes. Ce défi, sous ses deux aspects, va revêtir une acuité particulière lorsque l'entreprise est organisée de manière complexe et, par voie de conséquence, régie par un règlementation également complexe ou, à tout le moins une réglementation qui est propre à cette organisation. L'une des formes les plus achevées d'organisation complexe des entreprises est la distribution en réseau. Le développement d'Internet étant de nature à remettre en cause les circuits traditionnels de distribution, il va nécessairement avoir un impact sur cette forme de distribution des produits et des services.

14. La distribution commerciale peut se définir comme « *l'ensemble des opérations psychologiques, juridiques et matérielles qui permettent d'acheminer les marchandises du producteur aux usagers qu'il s'agisse d'industriels transformateurs ou de particuliers consommateurs* »³⁴. Ces opérations se réalisent par le truchement de circuits de distribution qui « *recouvrent toutes les formules et systèmes par lesquels les produits sont diffusés dans le public, le processus par lequel un bien passe d'un producteur à un consommateur* »³⁵. Au sein de ces circuits de distribution, sont apparus des réseaux de distribution, lesquels s'organisent sur une base contractuelle, autour d'un initiateur qui met en œuvre une stratégie relative à la distribution de ses produits. M. le professeur D. Ferrier envisage le réseau de distribution comme « *le produit des contrats conclus entre le promoteur du réseau et les adhérents au*

³⁰ T.Piette Coudol et A.Bertrand, *Internet et la loi*, Dalloz, 1997, n°191, cité par D. Ferrier, *op. cit.*, n°11.

³¹ M. Vivant, *L'existence d'un réseau de distribution sélective s'oppose-t-elle à l'ouverture d'un site Internet de vente par l'un des distributeurs agréés ?* JCP (E) 2000, p.1230 et s.

³² Dir. n° 97/7/CE du 20 mai 1997 *concernant la protection du consommateur en matière de vente à distance*, JOCE 4 juin 1997, n°L.144.

³³ Ordonnance du 23 août 2001, D.2001 n°30, p.2489.

³⁴ J-M. Mousseron *et alii*, *Droit de la distribution*, Litec 1975, p.8 et s ; Adde M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, Traité des contrats, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, éd.1999, n°5.

³⁵ Ph. Le Tourneau, *Concessions*, J-Cl, Contrats-Distribution, Fasc 1010, n°9.

réseau, poursuivant le même objectif et créant par là un effet de synergie »³⁶. Mme Amiel-Cosme définit quant à elle le réseau de distribution comme « celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant le fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés, donnant naissance à des accord-cadre principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l'intérêt commun de ses membres, en vue d'organiser la revente des produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final »³⁷. Créés par la pratique pour répondre à des besoins nouveaux nés du développement économique, les réseaux de distribution possèdent une réalité économique certaine. Par ailleurs, d'un point de vue juridique, même si leur nature a suscité un certain nombre de controverses doctrinales³⁸, il est possible d'affirmer que les réseaux de distribution disposent d'une certaine réalité au travers notamment de la notion d'« intérêt du réseau » à laquelle la jurisprudence se réfère pour en induire leur protection. Au reste, la jurisprudence a élaboré la théorie de l'effet cumulatif des réseaux en droit de la concurrence, ce qui constitue également une forme de reconnaissance de la réalité juridique des réseaux. De même, les Tribunaux visent souvent la licéité du réseau pour évoquer la licéité des contrats le constituant. Enfin, la notion de réseau n'est pas inconnue du législateur puisque la loi *Doubin* du 31 décembre 1989 dispose que le document qui doit être remis au futur distributeur doit mentionner notamment « l'importance du réseau d'exploitants ». La loi du 1er juillet 1996 se réfère également à la notion de réseau lorsqu'elle sanctionne le fait « de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau... ».

Ainsi, le réseau apparaît « comme une structure verticale constituée d'entités distinctes, juridiquement indépendantes les unes des autres, reliées à un même fabricant ; comme l'addition de contrats bilatéraux conclus de manière homogène entre le producteur et chacun des membres du réseau ; comme la traduction des efforts du producteur pour fédérer l'écoulement de sa production sur le marché ; comme une organisation légitimant le refus d'y admettre ceux qui ne prêteraient pas allégeance »³⁹.

Cette technique de vente en réseau a connu un essor considérable en France et les réseaux de distribution se sont diversifiés. Ainsi, à côté des réseaux simples, comme par exemple, les réseaux de distribution sélective, de distribution exclusive, et de franchise, existent également des réseaux composites ou complexes au sein desquels on rencontre plusieurs formes de distribution. Par ailleurs, il est possible d'englober la grande distribution dans les réseaux de distribution. Enfin, l'économie s'étant globalisée, les réseaux de distribution se sont rapidement internationalisés ce qui a favorisé leur développement mais a aussi contribué à la complexification de leur réglementation.

15. Il n'existe pas une réglementation unique en matière de réseaux de distribution. Le droit de la distribution est défini par le professeur Mousseron comme « l'ensemble des dispositions juridiques régissant les relations sociales relatives au phénomène économique de la

³⁶ D. Ferrier, *La considération juridique du réseau*, Mélanges Ch. Mouly, Litec 1998, p.95.

³⁷ L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, préf. de Y. Guyon, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome n°256, Paris, 1995, n°3, p.8.

³⁸ M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op.cit.*, n° 876 et s.

³⁹ G. Augendre, *Les réseaux de distribution*, RJCCom 1997, p.136 cité par R. Bout, M. Bruschi, S. Poillot-Peruzzetto et G. Cas, *Concurrence, Distribution, Consommation*, Lamy droit économique, éd Lamy, 2001, n°4397.

distribution »⁴⁰. Il apparaît comme un « droit professionnel » et pluridisciplinaire dont les règles relèvent principalement du droit économique, pour certaines du droit des affaires, du droit commercial, mais aussi du droit du travail, du droit civil, du droit pénal, du droit administratif, du droit communautaire...

16. Dès lors, il faut se demander quelle va être l'influence du phénomène Internet précédemment décrit sur ce type d'organisation de l'entreprise. Les réseaux doivent-ils intégrer ce phénomène ? Peuvent-ils le faire ? Comment ? Sous l'empire de quelles règles ? Quels sont les risques encourus ? Leur organisation traditionnelle convient-elle au « cybermonde » ?

Il ne fait aucun doute que la nécessité d'intégrer le phénomène de l'Internet et de la net-économie, au risque de voir une partie de son activité cannibalisée, qui vaut pour l'entreprise traditionnelle, vaut également, et même peut être de manière encore plus impérieuse, pour les réseaux de distribution. La véritable question est de savoir comment l'organiser. Par ailleurs, l'on va retrouver en cette matière le défi que représente le cybermonde pour les concepts juridiques traditionnels. En effet, le droit de la distribution utilise des concepts très divers en raison de l'hétérogénéité qui caractérise l'origine des ses règles. Ainsi, eu égard à l'important potentiel économique que représente la commercialisation sur Internet, la distribution en réseau par la voie électronique va nécessairement intéresser le droit de la concurrence. A cet égard, il s'agira de savoir si la distribution via le Web constitue un réseau parallèle au réseau « physique ». En d'autres termes, il conviendra de se demander si Internet constitue ou non un marché pertinent dont la délimitation conditionne l'application de nombreuses règles du droit de la concurrence. Nous verrons que la jurisprudence la plus récente refuse de considérer la Toile comme un marché pertinent. Par ailleurs, le réseau de distribution correspond à une valeur économique. Celle-ci mérite donc d'être protégée y compris dans un environnement virtuel.

17. Il semble opportun de qualifier la distribution via le Net de distribution « électronique » à l'instar du commerce électronique. Selon la définition précitée du professeur Ph. Le Tourneau, elle correspond à un circuit de distribution en ce que le Web n'est qu'un processus de diffusion des produits. Ainsi, il est possible de définir la distribution électronique comme « le circuit de distribution qui consiste à diffuser les produits du fabricant par le truchement du réseau Internet ». Cette étude s'intéressera à la confrontation des formes classiques de distribution à l'environnement virtuel, à l'exception de la grande distribution et de la distribution automobile, lesquelles font l'objet d'un régime spécifique. La question que soulève ce nouveau canal de distribution étant principalement celle de son organisation, nous nous attacherons à étudier dans un premier temps l'organisation de la distribution électronique dans les rapports internes au réseau (**Partie I**). Puis, le réseau produisant des conséquences à l'égard des tiers, nous examinerons dans un second temps l'organisation de la distribution électronique dans les rapports externes au réseau (**Partie II**).

⁴⁰ J-M. Mousseron, Rép. com. Dalloz, 1987 : V. *Distribution*, n°2 cité par D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, éd.2000, n°30, p.20.

Partie I - L'organisation de la distribution électronique dans les rapports internes au réseau

18. Les rapports internes au réseau de distribution englobent l'ensemble des relations que vont entretenir les différents membres du réseau, en clair, le fournisseur et ses distributeurs. Ces relations s'organisent sur une base contractuelle par le truchement du contrat-cadre, lequel peut être défini comme « *un contrat dont la réalisation de l'objet (pour laquelle les contractants se sont d'ores et déjà engagés) implique la conclusion, le plus souvent entre les mêmes parties, de contrat d'application dont il fixe certaines modalités* »⁴¹. C'est donc cette convention qui va canaliser la « *pluralité de volontés individuelles unissant un fournisseur à une multitude de distributeurs* » sur laquelle le réseau se fonde⁴². En outre, l'on voit apparaître, en filigrane, au sein de ces rapports collectifs, la présence d'un *affectio cooperandi*, traduisant, selon une définition traditionnelle, une volonté intéressée de collaborer de bonne foi sur un pied d'égalité juridique au développement de l'œuvre commune. Il est toutefois possible d'opérer une distinction entre le rôle joué par le fournisseur et celui joué par les distributeurs. Le fournisseur est couramment appelé la « tête de réseau » en ce qu'il est le maître de la politique commerciale, de l'organisation et du fonctionnement du réseau. L'on parle ainsi fréquemment de « distribution intégrée » pour exprimer l'idée que le fournisseur cherche à encadrer l'activité des distributeurs⁴³. Les distributeurs, quant à eux, sans être réellement subordonnés, sont tenus d'adhérer à cette politique et de déférer aux directives du promoteur dans la mesure où ils poursuivent le même objectif que ce dernier. C'est pour cette raison que l'on distingue traditionnellement, au sein des rapports internes, les rapports entre le fournisseur et les distributeurs (rapports dits verticaux) et les rapports des distributeurs entre eux (rapports dits horizontaux)⁴⁴. Néanmoins, dans le cadre de cette étude, nous avons choisi de ne pas reprendre cette distinction traditionnelle pour envisager les rapports internes au réseau à la lumière des obligations de chacun des partenaires. Cette approche nous paraît, en effet, bien plus opportune pour mettre en exergue l'aspect novateur de la distribution en espace virtuel dans la mesure où le caractère vertical ou horizontal de la relation n'est pas remis en cause par ce mode de distribution ; seules les obligations des parties subissent des modifications ou des aménagements.

19. Ainsi, il convient d'examiner dans un premier temps les obligations du fournisseur envers les distributeurs (**Titre I**) avant d'envisager les obligations des distributeurs envers le fournisseur (**Titre II**).

Titre I - Les obligations du fournisseur envers les distributeurs

20. Le fournisseur ou promoteur est en charge de la politique commerciale du réseau ainsi que de son organisation et de son fonctionnement. L'organisation du réseau de distribution repose sur ce contrat synallagmatique qu'est le contrat-cadre, lequel fait naître sur la tête de chacune des parties des obligations réciproques. Ce soubassement contractuel explique aussi le fait que le fournisseur est, en principe, libre d'organiser son réseau comme il l'entend. Néanmoins, le réseau constitue une véritable entité économique susceptible d'entraver le libre

⁴¹ F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, *Le contrat-cadre, par delà les paradoxes*, RTDCom., avr-juin 1996, p.179 et s., n°25.

⁴² L. Amiel-Cosme, th. préc., n°367.

⁴³ V. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op.cit, n°440.

⁴⁴ V. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, op.cit, n°476 et s.

jeu de la concurrence et le droit de la concurrence ne saurait rester indifférent à cette menace. Dès lors, cette liberté contractuelle se heurte souvent aux impératifs de nature économique imposés par la liberté de la concurrence. Le conflit entre ces deux libertés est une constante du droit de la distribution. A la souplesse du droit des contrats s'oppose la rigueur et le pragmatisme du droit de la concurrence. A la valeur législative de la liberté contractuelle⁴⁵ s'oppose, comme nous le verrons, la valeur constitutionnelle de la liberté de la concurrence. Ces oppositions fondamentales régulent tout le droit de la distribution avec une certaine hiérarchie dans les rôles joués par chacune des disciplines. Le droit de la concurrence, marqué par son internationalisation⁴⁶ et son caractère autoritaire, intervient pour encadrer les comportements des différents acteurs sur le marché afin de préserver le libre jeu de la concurrence. Le droit des contrats, quant à lui, resurgit pour régir la situation économique des parties chaque fois que le droit de la concurrence a laissé à ces dernières un espace de liberté.

21. Ainsi, outre les obligations résultant du contrat-cadre, le fournisseur se verra imposer le respect d'un certain nombre d'obligations par le droit de la concurrence. D'ailleurs, c'est ce droit qui va favoriser l'avènement de la distribution électronique en imposant au fournisseur l'obligation de respecter la liberté du distributeur de recourir à Internet (**Chapitre I**). La distribution via le Web entraîne donc la naissance d'obligations nouvelles à la charge du fournisseur. Par ailleurs, en consacrant la liberté de recourir à ce nouveau canal de distribution, le droit de la concurrence invite à s'interroger sur la marge de manœuvre du fournisseur dans le cadre de la coexistence des canaux de distribution (**Chapitre II**).

Chapitre I - L'obligation de respecter la liberté du distributeur de recourir à Internet

22. Face au développement du commerce électronique, il s'avérait nécessaire de fixer le sort des distributeurs quant à la possibilité de recourir à Internet. Le règlement communautaire d'exemption par catégorie n°2790/1999 du 22 décembre 1999 relatif aux accords verticaux⁴⁷ et plus précisément ses lignes directrices ou « *guidelines* » du 13 octobre 2000⁴⁸ ont tranché dans le sens de la liberté du distributeur.

23. Il est possible d'examiner cette obligation au travers du clivage classique entre la distribution sélective et la distribution exclusive. Toutefois, à titre de remarque préliminaire, force est de constater qu'un tel choix revêt un caractère spécieux. En effet, la distribution sélective se caractérise par un fort *intuitus personae* ou *firmae*, lequel se retrouve dans l'ensemble des réseaux de distribution mais avec une intensité variable⁴⁹. Dès lors, ce qui vaut

⁴⁵ Cons. Constit., Déc. n°97-388 DC du 20 mars 1997, JO 26 mars 1997, p.4661 cité par M-L. Izorche, *La liberté contractuelle*, in Libertés et Droits fondamentaux, Dalloz, 7^{ème} édition 2001, p.651 et s.

⁴⁶ L. Idot, *L'internationalisation du droit de la concurrence*, in Actes du colloque de Lyon, Droit de la concurrence et droit privé, JCP Cah dr. ent. N°3 année 2000, p.27 et s.

⁴⁷ Règlement n°2790/1999 du 22 déc.1999, JOCE L 336, 29 déc.1999, p.21 ; D.2000, lég., p.127 ; C.Halimi-Dechelette, *La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence*, Cont. Conc.Conso., avril 2000, p.4 et s. ; Ch. Henin et D. Delesalle, *La modernisation des règles communautaires de la concurrence : les accords verticaux* ; PA 22 mars 2000, p.6 et s. ; S. Poillot-Peruzzetto, *Distribution et accords verticaux*, RTDCom. avril-juin 2000, p.507 et s. ; A. Pappalarado, *La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence*, Revue du Droit de L'Union européenne, 1/2000, p.151 et s.

⁴⁸ *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, Communication de la Commission JOCE n° C291/01, 13 oct.2000, p.1 et s. qui ne revêtent aucune valeur juridique mais qui constituent néanmoins un grille de lecture du règlement n°2790/1999.

⁴⁹ V.R. Bout, *et autres*, *op.cit.*, n°4399; M. Malaurie-Vignal, *Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution*, JCP(E) n°7-8, 12 février 1998, p.260 et s ; L. Amiel-Cosme, *th.préc.*, n°72 et s.

pour la distribution sélective vaut en général pour la distribution exclusive et la franchise. Cette tendance à l'unité est accentuée par le règlement communautaire d'exemption par catégorie n°2790/1999 du 22 décembre 1999 relatif aux accords verticaux qui institue un traitement homogène entre les différentes formes d'accord de distribution.

24. Il convient, par conséquent, de commencer par examiner les obligations du fournisseur en matière de distribution sélective (**Section I**), puis en matière de distribution exclusive (**Section II**).

Section I - En matière de distribution sélective

25. Le règlement communautaire n° 2790/1999 consacre de façon expresse la validité de la distribution sélective qui n'était jusqu'alors seulement reconnue que par la jurisprudence. Ce règlement d'exemption octroie donc à ce mode de distribution un réel statut juridique et le définit à son article 1-d comme étant : « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés* ». Nous allons voir que cette définition s'inspire de la jurisprudence communautaire, bien que certains points invitent à une réflexion sur l'existence d'éventuelles modifications. Quant à la liberté reconnue au distributeur de recourir à Internet, elle se fonde sur le principe de liberté de la concurrence (**Paragraphe I**). Toutefois, eu égard à la spécificité de ce mode de distribution, cette liberté ne peut être absolue et des limites peuvent être apportées par le contrat-cadre (**Paragraphe II**).

Paragraphe I - Le fondement du principe : la liberté de la concurrence

26. Le principe de libre concurrence, consacré tant par le droit interne que communautaire, est, sans ambages, le fondement de la liberté du distributeur de recourir à Internet et, par voie de conséquence, celui de l'obligation du fournisseur de respecter cette liberté. Le promoteur du réseau ne peut porter atteinte à cette liberté sans heurter le principe de libre concurrence. Avant l'entrée en vigueur du règlement communautaire d'exemption par catégorie du 22 décembre 1999, le principe matriciel de libre concurrence (A) permettait de justifier le recours du distributeur au Web. Le règlement n°2790/1999 et plus précisément ses lignes directrices du 13 octobre 2000 n'ont fait que consacrer expressément cette possibilité (B).

A. Généralités

27. La liberté de la concurrence dans les relations commerciales découle du principe fondamental de liberté du commerce et de l'industrie⁵⁰. Elle emporte le droit pour l'entrepreneur de mettre en oeuvre tous les moyens loyaux lui paraissant les plus appropriés pour attirer vers lui la clientèle potentielle. La liberté de la concurrence est un principe fondamental de l'économie de marché qui implique le libre jeu de l'offre et de la demande sur le marché et, par conséquent, le droit pour l'entrepreneur de s'opposer à toute perturbation de ce mécanisme.

⁵⁰ D.Ferrier, La liberté du commerce et de l'industrie, *in* Libertés et Droits fondamentaux, *op.cit.*, p.667 et s., spéc. n° 890 et s.

28. Ce principe est consacré, au niveau interne, par les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 « relative à la liberté des prix et de la concurrence » codifiées aux articles L.410-1 et s. du C.Com. Le libre jeu de la concurrence est également protégé dans le marché communautaire par les articles 81 et 82 du Traité CE visant les ententes ou actions concertées et abus de domination ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

29. La distribution sélective, telle que définie par le règlement d'exemption n° 2790/1999, conduit à l'élaboration d'un réseau de distributeurs choisis, et implique naturellement l'exclusion de ceux qui ne bénéficient pas de l'agrément. Il appert, dès lors, que la distribution sélective heurte de front le principe de liberté de la concurrence et constitue une entente anticoncurrentielle⁵¹. Le réseau de distribution sélective n'est donc licite que s'il satisfait aux exigences posées par un règlement d'exemption élaboré par la Commission européenne, cette exemption se justifiant notamment par les effets bénéfiques que l'existence du réseau peut apporter aux consommateurs finals. Cette forme de distribution n'est donc qu'une « exception autorisée » (par un règlement d'exemption) au regard du droit de la concurrence. Le principe de la libre concurrence demeure la règle. Pour rappel, la Cour de justice des Communautés européennes avaient d'abord affirmé que les systèmes de distribution sélective restaient conformes à l'article 81§1 du Traité CE que s'il était satisfait cumulativement à quatre conditions, à savoir :

- que les propriétés du produit en cause nécessitent un système de distribution sélective, en ce sens qu'un tel système constitue une exigence légitime, eu égard à la nature des produits concernés, et notamment à leur haute qualité ou technicité, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage. C'est ainsi que la distribution sélective a, par exemple, été acceptée pour les automobiles⁵², les appareils photographiques⁵³, les produits de luxe⁵⁴.
- que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire⁵⁵;
- que le système en cause vise à atteindre un résultat de nature à améliorer la concurrence et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective, notamment en matière de prix ;
- enfin, que les critères imposés n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire⁵⁶.

⁵¹ CJCE, 25 oct.1983, *AEG-Telefunken c/ Commission*, aff.107/82, Rec CJCE, p.1351 ; V.aussi J.P Viennois, *La distribution sélective*, préf. D. Ferrier ; Bibl.dr.ent. n°41, Litec, 1999, n 6 ; S. Poillot-Peruzzetto, *La validité des réseaux de distribution au regard du droit français et communautaire*, in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence, actes du Colloque de l'Université des Sc. Soc de Toulouse I, 24 et 25 mars 1995, éd. Montchrestien 1996, p.27 et s. ; sur la notion d'entente anticoncurrentielle, V. C.Grynfolgel, *Droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2^{ème} édition 2000, p.19 et s.

⁵² CJCE, 17 sept 1985, aff. Jtes 25 et 26/84, *Ford*, Rec., 2725.

⁵³ Commission, 30 juin 1970, aff *Kodak*, JOCE, L 147.

⁵⁴ CJCE, 11 déc.1980, aff 31-80, *L'Oréal*, Rec.CJCE, 1981, p.3775 ; TPICE, 12 déc.1996, aff T- 88/92, *Yves-Saint-Laurent Parfums et Givenchy*, Rec II-3218 et note de L. Vogel , Cont, Concu, Conso 1997 n°1, p.13 ;V. pour une synthèse des critères de sélection en matière de parfums et cosmétiques de luxe, O. Gast et H. Grillaut Laroche, *La distribution sélective et la franchise*, JCP. Cah dr. Ent, année 2000, n°4, p.36 et s.

⁵⁵ Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-19.419 : Bull. civ. IV, n° 271.

30. Toutefois, le règlement d'exemption par catégorie n°2790/1999, en adoptant un régime unique applicable de manière uniforme à l'ensemble des accords verticaux, a rendu obsolètes un certain nombre de ces critères jurisprudentiels pour les accords de distribution sélective bénéficiant de l'exemption automatique⁵⁷.

31. Ainsi, à supposer un réseau de distribution sélective licite, la question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure un distributeur agréé sera-t-il autorisé à offrir en vente via un site Web les produits faisant l'objet de l'accord de distribution ?

La réponse à cette question doit être donnée à l'aune du principe fondamental de libre concurrence ; c'est ce que font expressément les lignes directrices ou « *guidelines* » du règlement d'exemption par catégorie du 22 décembre 1999.

B. L'affirmation expresse de la liberté du distributeur par les Lignes directrices du règlement communautaire n°2790/1999

32. Le règlement d'exemption par catégorie n° 2790/1999 adopté le 22 décembre 1999 marque une étape importante dans l'action engagée par la Commission européenne, depuis 1996, visant à moderniser sa politique de concurrence, en vue de l'adapter « aux réalités du monde économique contemporain »⁵⁸. Lors de l'adoption, le 22 janvier 1997, d'un Livre vert ouvrant la voie à une large consultation sur la révision de sa politique en matière de restrictions verticales, la Commission indiquait que l'une des justifications de cette réforme résidait dans les profonds changements suscités par l'utilisation des technologies de l'information⁵⁹.

33. La prise en compte de cette nouvelle place de marché qu'est la « Toile » ressort moins du règlement lui-même que de ses lignes directrices du 13 octobre 2000. En effet, la Commission affirme, dans ce texte, que « *chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits* »⁶⁰. Plus précisément, s'agissant de la distribution sélective, les lignes directrices prévoient que « *le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion générale* »⁶¹. Cette assertion permet de conclure que la Commission considère que le site Internet est un établissement virtuel⁶² devant, par conséquent, comme tout

⁵⁶ CJCE, 25 oct 77, aff 26/76, *Metro c/ Commission (Metro I)*, Rec. CJCE, p.1875 ; CJCE, 11 déc.1980, aff 31-80, *L'Oréal*, préc.

⁵⁷ Sur cette question, V. *infra* n°37 et s. et sur le mécanisme d'exemption automatique V. n° 171 et s.

⁵⁸ XXVIIIème Rapport sur la politique de concurrence (1998), point 24(SEC (99)743 Final) ; V. aussi, JF. Pons, *Nouveaux enjeux et réforme de la politique européenne de concurrence*, PA 5 nov. 2001, n°220, p. 21 et s. ; L.Idot, *Le futur règlement d'application des articles 81 et 82 CE : chronique d'une révolution annoncée*, D.2001, chron. p. 1370.

⁵⁹ Livre vert : La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales (COM(96)721final) ; P.Arhel, PA 26 fév1997 n°25 p.17 et s.

⁶⁰ Lignes directrices, *op. cit.*, point 51.

⁶¹ Lignes directrices, *op. cit.*, point 51 ; Force est de remarquer que cette possibilité est aussi prévue expressément dans le règlement lui-même à l'art. 4 c : « (...) sans préjudice de la possibilité d'interdire un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ».

⁶² Ch.Vilmart. *Une sécurité juridique renforcée pour la distribution sélective qualitative et quantitative*, GP 27-28 juin 2001, doctrine, p.2 et s, spéc. p.11.

établissement dans un système de distribution sélective, répondre aux critères qualitatifs. Enfin, la Commission ajoute que « *l'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue est admissible que si elle est objectivement justifiée* »⁶³.

34. Que faut-il entendre par « interdiction objectivement justifiée » ?

35. Pour tenter de comprendre, il convient, d'erechef, de se référer à la jurisprudence antérieure au règlement du 22 décembre 1999. Comme cela a déjà été précisé, la Cour de Justice des Communautés exigeait, pour que l'accord de distribution sélective soit licite, que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Le Tribunal de Première instance des Communautés européennes en avait déduit qu'un système qui exclurait *a priori* certaines formes de distribution capables de vendre des produits dans des conditions satisfaisantes pour le fabricant aurait « *pour seul effet de protéger les formes de commerce existantes de la concurrence des nouveaux opérateurs et ne serait donc pas conforme à l'article 81 §3 du Traité* »⁶⁴. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 septembre 1993, avait déjà jugé que « *le contrat de distribution sélective ne peut avoir pour objet ou pour effet d'exclure a priori une forme quelconque de distribution* »⁶⁵. Il est intéressant de noter que ce principe a également été consacré par la Federal Trade Commission aux États-Unis dans l'affaire « *Fair Allocation System* »⁶⁶.

35. bis En outre, les autorités européennes avaient décidé qu'il devait exister un lien étroit entre le critère qualitatif de caractère objectif retenu et le produit en cause : c'est ce que l'on dénomme le principe de proportionnalité⁶⁷.

36. Doit-on conclure que la Commission, lorsqu'elle se réfère à « *une interdiction objectivement justifiée* », renvoie à cette jurisprudence communautaire ?

37. La solution n'est pas si évidente... La pierre d'achoppement provient du fait que le règlement communautaire d'exemption par catégorie n°2790 /1999 a supprimé les exigences de caractère objectif des critères qualitatifs de sélection pour ne retenir qu'une exigence de définition de ces critères⁶⁸. Par conséquent, admettre un tel renvoi reviendrait à dire que l'exigence de critères objectifs de sélection ne reste en vigueur que dans le cas des ventes sur Internet et sur catalogue, ce qui, finalement, aboutirait à instituer la différence de traitement entre les diverses formes de commercialisation possibles que la Commission entend précisément éviter.

38. En réalité, pousser le raisonnement aussi loin frise le sophisme... En effet, si la Commission a supprimé l'exigence d'objectivité des critères qualitatifs de sélection, c'est dans le cadre d'une approche globale de la réglementation des accords verticaux et dans un souci de

⁶³ Lignes directrices, *op. cit.*, point 51.

⁶⁴ TPICE, 12 déc.1996, aff T- 88/92, *Yves-Saint-Laurent Parfums et Givenchy, op.cit.*; TPICE, 12 déc 1996, point 122, aff. T-19 :92, *Leclercq c. Commission, op.cit.*

⁶⁵ CA Paris, 15 sept.1993, *Gaz. Pal.* 1993, n°6, p.45 ; *Cont., Conc., Conso*, mai 1994, n°100, obs. L. Vogel.

⁶⁶ Federal Trade Commission, docket n°C-3832 *affaire Fair Location System Inc.* 31 oct. 1998, cité par F.Vanhaelen et T. Verbiest, *Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile*, JCP Com, com électro., juill-aout 2000, p. 11 ; JTDE 2000, p.163.

⁶⁷ Déc Comm. CE, 21 déc.1976, *Junghans*, JOCE n°L 30, 2 fév.1977 ; CJCE, 11 déc .1980, *L'Oréal*, préc.

⁶⁸ V. la définition de la distribution sélective précitée n°25 ; Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, *J-CI Contrats-Distribution*, Fasc.1020, n°93.

simplification, l'objectif étant d'appliquer un traitement similaire à différentes formes d'accords verticaux produisant des effets similaires⁶⁹. Néanmoins, il ne s'agit pas d'annihiler complètement les traits caractéristiques de chaque accord vertical⁷⁰. Aussi, lorsque dans le point 186 des lignes directrices, la Commission affirme que désormais la nature du produit ne constitue plus une condition de l'admission de la validité de la distribution sélective sur le fondement de l'article 81 §3 du Traité CE, elle énonce aussitôt qu'elle se réserve la possibilité de retirer le bénéfice de l'exemption lorsque la nature du produit ne nécessite pas une distribution sélective. De même, les lignes directrices indiquent, au point 51, que le « fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion générale ». Cela montre bien que la Commission entend préserver l'originalité de la distribution sélective et que « même avec le règlement n°2790/1999 (...), la question de la proportionnalité et de la non-discrimination restera brûlante »⁷¹.

Cette solution vient d'ailleurs d'être confirmée récemment dans un communiqué de presse de la Commission du 17 mai 2001 dans lequel elle déclare approuver le nouveau système de distribution de la société *Yves Saint Laurent Parfums* par lequel cette société modifie ces critères de sélection dans le dessein d'autoriser ses distributeurs agréés à vendre sur Internet⁷².

39. Ainsi, pour apprécier si l'interdiction est « objectivement justifiée », l'on pourra se référer à la nature des produits, laquelle peut requérir un conseil adapté à chaque consommateur⁷³. Par exemple, s'agissant de produits pharmaceutiques, la Cour d'appel de Paris a jugé que les fabricants peuvent légitimement, pour ceux de leurs produits contenant une certaine proportion d'éléments actifs et pour ceux destinés à des peaux fragiles ou accompagnant un traitement, « exiger » de leurs distributeurs la présence sur le « point de vente »⁷⁴ de personnes spécialement qualifiées, par leur formation, pour les fonctions de conseil au client et de liaison avec le fabricant, notamment la présence d'un titulaire de diplôme de pharmacie. Mais la Cour observe que la satisfaction de l'exigence précédente ne doit pas entraîner l'exclusion de toute forme de commercialisation, même répondant à ladite exigence, autre que la pharmacie d'officine. En effet, une telle exclusion constitue une restriction discriminatoire et non proportionnée aux nécessités de la distribution des produits en cause⁷⁵. Au reste, la protection de l'image de marque ou du savoir-faire, en matière de franchise, pourrait à coup sûr constituer une justification objective⁷⁶.

⁶⁹ V. S. Poillot-Peruzzetto, *Distribution et accords verticaux*, op. cit., p.509.

⁷⁰ Même s'il est vrai que la seule exigence de définition des critères de sélection des distributeurs prévue par la définition donnée par le règlement 2790/1999 rapproche la distribution sélective de la franchise. Le franchisage conserve néanmoins son originalité par la transmission du savoir-faire qui le caractérise, V. sur ce point H. Bensoussan, *Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance*, D. 2000, chron. p.629 et s.

⁷¹ R. Bout et autres, op. cit., 2001, n°4379 cité par Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, op. cit., Fasc.1020, n°93.

⁷² *Communiqué de presse de la Commission*, réf IP/01/713, 17 mai 2001, disponible sur <http://www.europa.eu.int>; Cont. Conc. Conso, mars 2002, comm. 51, note S. Poillot-Peruzzetto.

⁷³ D.Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec 2000, n°518 et s. ; Ph. le Tourneau, *Distribution sélective et agréée* : J-Cl Contrats distribution, Fasc.1020, n°80 ; Ch. Collard et Ch. Roquilly, *Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implications en droit communautaire de la concurrence*, PA. 3 avril 2002, n°67, p.4 et s. ; En matière de franchise V. O. Gast et O. Renaud, *Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur*, PA. 22 août 2001, n°167, p.4 et s.

⁷⁴ L'expression est due aux professeurs R. Bout et C. Prieto, Lamy Droit économique, éd.1999, n°4116.

⁷⁵ CA Paris, 1er juill. 1997, *Laboratoires pharmaceutiques La Roche Posay*, BOCC, 30 juill. 1997, p. 548.

⁷⁶ R. Fabre, *Les contrats de distribution et Internet à la lumière du nouveau règlement communautaire*, D.2001, chron. p.437 et s.

39 bis. Enfin, il faut noter qu'il importe peu que le site du distributeur soit destiné à vendre les produits ou seulement à les promouvoir puisque les lignes directrices évoquent la liberté du distributeur à l'égard de chacune des deux hypothèses⁷⁷.

Par conséquent, c'est bien à la lumière de la jurisprudence précitée qu'il conviendra d'apprécier si les restrictions à la liberté du distributeur de revendre via le Web sont « *objectivement justifiées* »⁷⁸.

Paragraphe II - Les limites fixées par les clauses du contrat-cadre

40. Le contrat-cadre a vocation à régir les relations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs et, par conséquent, le recours à la distribution électronique. Internet étant un moyen de communication dont le développement est récent, rares sont les accord-cadre prévoyant le recours à la distribution via le Web. Il convient donc de distinguer deux hypothèses : celle où le contrat-cadre interdit les ventes à distance (A) et celle où le contrat-cadre ne prévoit aucune interdiction particulière (B).

A. Le contrat-cadre interdit les ventes à distance

41. Comme cela a déjà été précisé, depuis l'ordonnance du 31 août 2001, la vente via Internet est considérée comme une vente à distance.

Qu'en est-il alors de la validité de l'interdiction de vendre sur Internet des produits distribués dans le cadre d'un réseau de distribution sélective ?

42. La licéité de cette interdiction doit être appréciée à la lumière de la jurisprudence concernant l'interdiction des ventes à distance prévue dans un contrat-cadre⁷⁹, puisque, comme il a déjà été précisé, « *la justification objective* » visée par les lignes directrices du 13 octobre 2000 ne fait que renvoyer à cette jurisprudence.

43. Par conséquent, l'interdiction de la vente sur Internet ne pourra en aucun cas être interdite *per se*⁸⁰ et devra reposer sur des critères objectifs. Il ressort, de la jurisprudence tant française que communautaire, que la clause d'interdiction de la vente par correspondance n'est pas restrictive de concurrence si la nature des produits le justifie. Ainsi a-t-il été jugé légitime le fait pour un fabricant de parfums de luxe d'interdire la vente par correspondance ou par téléphone dès lors que ces techniques de communication à distance ne permettent pas une mise en valeur des parfums et un conseil du client suffisants⁸¹. De plus, la Cour d'appel

⁷⁷ Lignes directrices, *op.cit.*, point 51.

⁷⁸ Selon Ch. Vilmart, « *la distribution sélective, imposant ses critères également au site Web, devient le seul rempart contre le commerce électronique* », V. note préc.p.9.

⁷⁹ Y. Dietrich et A. Menais, *Réseau de distribution et vente sur Internet*, « *the risk or not the risk of getting amazoned* », Cah. Lamy dr. de l'info. et des réseaux, n° 125, mai 2000 ; disponible également sur <http://www.juriscom.net>; V. aussi des mêmes auteurs *La distribution sélective à l'épreuve du commerce électronique*, Cah. Lamy dr. de l'info. et des réseaux, n°114, mai 1999, p.14 et s, <http://www.juriscom.net>; Adde F. Vanhaelen et T. Verbiest note préc.p.11.

⁸⁰ A propos de la vente par correspondance, Com.CE, 10 juillet 1985, *Grundig*, JOCE 30 août 1982, n°L.233 ; CA Paris, 15 sept 1993, BOCCRF 8 avril 1994 ; Cons. Concu., 28 nov 1996, Décis. *Autodesk* n°96-D-76, BOCCRF 11 févr.1997, p.60.

⁸¹ Décision n°99/33 CEE de la Commission, *Yves saint Laurent Parfums*, 16 déc 1991, JOCE 18 déc 1991, n°L12, p.24.

de Versailles, dans un arrêt du 23 février 1995, a jugé que la violation de la clause interdisant les ventes à distance constituait un motif légitime de résiliation du contrat⁸².

44. Est-ce à dire pour autant qu'il convient d'assimiler sans nuance un site de commerce électronique à une technique de vente à distance pour en justifier l'interdiction ?

45. Une réponse négative à cette question semble raisonnable et il faut approuver les auteurs qui préconisent d'examiner, au cas par cas, dans quelle mesure le site peut s'adapter aux exigences contractuelles de commercialisation des produits faisant l'objet de l'accord de distribution sélective⁸³. L'interdiction faite au distributeur de vendre via le Web ne sera licite que si, au vu des propriétés spécifiques des produits en cause, elle est objectivement justifiée et proportionnelle⁸⁴.

Cette solution a déjà trouvé application dans un cas où le contrat-cadre ne prévoyait aucune interdiction particulière.

B. Le contrat-cadre ne contient aucune interdiction particulière

46. Les contrats de distribution sélective sont marqués par un *fort intuitus personae*⁸⁵. Lorsqu'un fabricant choisit la distribution sélective, en principe, c'est à lui seul qu'il appartient de définir les critères de sélection, dans la mesure où il doit rester maître du choix du niveau auquel il entend placer la distribution de ses produits⁸⁶.

47. Néanmoins, comme nous l'avons souligné précédemment, le fournisseur devra sélectionner ses distributeurs en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée. Ce n'est que s'il respecte ces principes que le fournisseur sera habilité à interdire à ses distributeurs le recours à la vente à distance.

48. Mais *quid* lorsque le contrat de distribution ne prévoit aucune interdiction particulière?⁸⁷ Mieux encore, lorsque le contrat prévoit que le distributeur s'engage « à tout faire pour développer les ventes »⁸⁸, ne peut-on pas considérer qu'Internet est un moyen de développer les ventes et que le distributeur peut, voire doit, à la lumière de son engagement, recourir à la distribution électronique ?

⁸² CA Versailles 23 février 1995, RJDA 6/95 n°706.

⁸³ F. Vanhaelen et T. Verbiest, préc p.11 ; A. Menais et Y. Dietrich, *les réseaux de distribution et vente sur Internet*, préc.n°17.

⁸⁴ JP. Triaille et M. Troncoso Ferrer, *Réseaux de distribution et commerce électronique*, JTDE, 2001, p.177 qui estiment que « cette exigence de proportionnalité (...) pourra par exemple conduire à considérer parfois qu'un site permettant à un client d'acheter sans avoir eu un contact en face à face avec un distributeur(...) pourra être interdit, mais qu'un site d'un distributeur permettant simplement aux clients potentiels de visualiser les produits, de poser des questions, etc. mais non d'acheter ne peut être interdit par le concédant ».

⁸⁵V. réf. citées. *Supra* note n°49.

⁸⁶ CA Paris, 26 mars 1990, D. 1990, somm. p. 373.

⁸⁷ Il est à noter que c'est l'hypothèse la plus fréquente à ce jour, le développement du commerce électronique étant récent, rares sont les accords-cadre qui prévoient la possibilité pour un distributeur de revendre sur Internet, V.C. Manara, *Web et distribution sélective : réseau contre réseau ?*, D.1999, n°44, p.727.

⁸⁸ Force est de constater que la majorité des contrats de distribution prévoit ce type de clause, V. F. Vanhaelen et T.Verbiest, *op. cit.*, p.13 ; pour l'avis d'un professionnel V. P.Breese, *Distribution sélective de parfums et commerce électronique*, <http://www.breese.fr/guide/htm/parfum/distse12.htm>.

49. Deux arguments invitent *a priori* à une réponse affirmative :

- Le premier repose sur l'ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Nanterre en date du 4 octobre 2000⁸⁹ qui affirme qu' « *Internet étant, en fait, un simple moyen de communication, il ne saurait constituer en soi un marché pertinent* ».

Ainsi, si Internet n'est qu'un « simple moyen de communication », le distributeur, lorsqu'il s'engage à « tout faire » pour développer les ventes, ne souscrit-il pas l'engagement de recourir à tous les moyens de communication en vue de commercialiser les produits du fabricant? Ne serait-ce pas même une faute de sa part que d'éluder un moyen de communication qui connaît un développement exponentiel ?

À la vérité, l'interprétation d'une telle clause doit se faire à la lumière du principe de libre concurrence sur lequel repose le second argument.

- Le second argument en faveur de la liberté du distributeur de recourir à la distribution électronique, en l'absence de clause particulière stipulée dans l'accord-cadre, repose sur le fait que la distribution sélective n'est qu'une exception au principe de la liberté de la concurrence et, de ce fait, que les restrictions de concurrence qu'elle implique doivent s'interpréter strictement. Dès lors, le silence du contrat-cadre sur un point précis devrait s'interpréter en faveur de la liberté du distributeur.

C'est en ce sens que s'est prononcé le Tribunal de commerce de Pontoise dans une ordonnance de référé du 15 avril 1999, rendue dans l'affaire *Fabre c/ Alain.B*⁹⁰. Dans cette affaire, la société *Fabre Dermo-cosmétique SA*, reprochait à l'un de ses distributeurs agréés d'avoir commercialisé ses produits sur Internet alors que le contrat-cadre ne prévoyait pas expressément la commercialisation en ligne desdits produits. Le contrat liant la société *Fabre Dermo-cosmétique SA* et *Alain B.*, contenait la clause évoquée précédemment selon laquelle : « le fournisseur s'engage à tout faire pour développer les ventes ».

En s'appuyant sur cette clause, et après avoir rappelé que « *le principe supranational, constitutionnel et légal de libre concurrence et de liberté de circulation des marchandises constitue la distribution sélective en exception dont les conditions et les effets doivent s'apprécier strictement* », le Tribunal de Pontoise a débouté la société *Fabre* de sa demande d'interdiction de la commercialisation via le Web de ses produits par *Alain B.* Le Tribunal estime, en effet, qu'Internet « *s'ajoute aux modalités traditionnelles mises en place par M. Alain B. dans son officine et conformes aux exigences de la société P. Fabre Dermo-cosmétique SA relatives à la matérialité du lieu de vente* ».

⁸⁹ T.com, Nanterre, réf., 4 oct.2000, *SA Yves Saint-Laurent Parfums et SA Parfums Van Cleef et Arpels c/ Parfumsnet* ; Com.Com.Electro., déc.2000, p.23, note JC Galloux ; D.2001, AJ p.1317, *Internet dessine-t-il un marché ?* Obs. C. Manara ; Y.Dietrich et A.Menais, *Affaire Parfumsnet-Commentaire de l'ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Nanterre du 4 oct.2000*, Cah. Lamy .dr.info.et des réseaux, n°131, déc.2000, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

⁹⁰ T.com Pontoise, réf., 15 avril 1999, *Fabre dermo-cosmétique c/Alain B.* ; Com.Com.Electro, jan 2000, comm. n°8 ; D.Aff 1999, p.990, obs.E.C ; V. aussi, C.Manara, *Web et distribution sélective : réseau contre réseau ? op.cit.*, p.725 et s ; Y.Dietrich et A.Menais, *La distribution sélective à l'épreuve du commerce électronique, op.cit.*

50. Cette affaire peut-être rapprochée de celle jugée par le Tribunal de grande instance de Bordeaux le 12 mai 1999⁹¹ qui opposait la société *Norwich Union* à l'un de ses anciens salariés devenu agent commercial indépendant, au sujet de la commercialisation en ligne des produits de l'assureur. La société lui reprochait d'exploiter un site Web accessible à l'adresse «*www.norwich-union-france.com*», lequel était destiné à promouvoir les produits de l'assureur, et auquel la société n'avait pas consenti. En outre, cette dernière arguait du « *risque de confusion dans l'esprit du public qui peut croire à un site établi par elle-même ou sous son contrôle* ». Le Juge des référés de Bordeaux n'a pas été de son avis et a jugé que « (...) *force est de constater que ce site n'est à l'origine d'aucun préjudice pour Norwich Union. Il est en effet totalement consacré à la promotion des produits de Norwich Union et destiné à en développer les ventes. Aucune concurrence déloyale, aucun parasitisme ne sont à déplorer* ».

Même si dans cette affaire il ne s'agissait pas d'un réseau de distribution proprement dit, cet arrêt a le mérite de mettre en exergue le vent de liberté qui animait la jurisprudence quant à la possibilité de commercialiser des produits sur Internet dans le cadre d'un accord de collaboration.

51. Cependant, le vent a vite tourné et la CA de Versailles a infirmé, par un arrêt du 2 décembre 1999⁹², l'ordonnance du Tribunal de commerce de Pontoise.

Cet arrêt est, à ce jour, l'un des plus importants en matière de distribution sur Internet et ce, pour plusieurs raisons.

52. Tout d'abord, parce que la Cour d'appel de Versailles s'est montrée particulièrement prolixe dans sa motivation. Ensuite, parce que cette juridiction se prononce sur la compatibilité entre le commerce électronique et la distribution sélective par le biais d'une comparaison entre le réseau de distribution « réel » et le réseau « virtuel ». En effet, la Cour d'appel de Versailles fait droit à la demande des Laboratoires *P. Fabre* au motif que la vente sur Internet ne permet pas de satisfaire les critères de qualité sur lesquels repose la distribution en réseau « réel » ou « physique ». Aussi, la Cour affirme-t-elle : « *que la commercialisation sur Internet ne permet pas d'obtenir les mêmes résultats (que la distribution usuelle) ; que les conseils ne peuvent être donnés immédiatement, mais nécessitent un délai de réponse ; qu'ils ne peuvent être donnés que sur les indications du client, sans qu'il soit praticable de demander à ce dernier des précisions nécessaires pour apprécier ses besoins réels ; que le contact avec le vendeur n'est pas personnel, mais passe par le truchement des images fixes d'un écran d'ordinateur ; qu'en l'espèce, le site présente les produits par leurs marques et leurs descriptions, sans qu'apparaisse la moindre recherche esthétique ; qu'aucune vitrine « virtuelle » n'est mise en place ; que l'aspect visuel de produits et de son emballage n'apparaît pas(...)* ». La Cour poursuit en affirmant « (...) *que la commercialisation par l'intermédiaire de ce site nuit à l'ensemble du réseau et déprécie l'image de marque des produits de dermo cosmétique en général ; (...)* que cette dernière (la société *P. Fabre*) ne

⁹¹ TGI Bordeaux, réf., 12 mai 1999, *Norwich Union SA c/ Peytureau*, disponible sur http://www.legalisnet/jnet/decisions/marques/ord_tgi-bordeaux_120599.htm.

⁹² CA Versailles 2 décembre 1999, *P.Fabre Dermo Cosmétique SA*; JCP (G) 2000, II, n°10282, p.591 et s., note M.Vivant ; Dr. et Patrimoine n°83, juin 2000, p.109 et s., note E. A. Caprioli ; A. Nappey, *La distribution sélective à l'épreuve de l'Internet*, Expertises, mai 2000, n°237 p.150 et s. ; Cont. Conc. Conso., 2000, n°3, obs. L.Leveneur ; Cont. Conc. Conso., 2000, comm. 43, obs. M. Malaurie-Vignal; Bull. Lamy, jan 2000 (I), p.13, obs. L. Costes; D.2000, AJ, p 92, obs.C. Manara; D. 2001, Som. Ctés, p.299, obs. D. Ferrier ; A. Nappey, *Legalis.net-2001* n°1, p.17 et s.

saurait accepter, sans commettre un acte discriminatoire, que l'un de ses distributeurs agréés, procède, sans agrément, et même sans l'en avertir, à la commercialisation des produits sur un site Internet (...) ». Ce site, ajoute-t-elle, « ne remplit pas les objectifs de sécurité, de santé, de mise en valeur des produits, exigés du réseau de distribution sélective (...) ».

53. Il est possible de tirer plusieurs conclusions de cet arrêt :

- L'examen du caractère licite ou non du site exploité par le distributeur agréé se fera au cas par cas⁹³. Il appartiendra aux juges du fond de déterminer, dans chaque cas, si l'utilisation faite par le distributeur de ce moyen de communication qu'est l'Internet est ou non conforme aux conditions de distribution des produits qu'implique un réseau de distribution sélective. En d'autres termes, il s'agira d'examiner si l'interdiction faite au distributeur (demandée en justice ou édictée par le contrat) de recourir à Internet est « objectivement justifiée ».
- La distribution électronique n'est pas exemptée du respect des critères qualitatifs que le fournisseur impose au distributeur dans le cadre d'un réseau de distribution classique. Sur ce point, « le virtuel rejoint le réel » et, comme l'ont affirmé MM. les professeurs Ch. Collard et Ch. Roquilly : « *the Web site becomes a mere extension of this point of sale* »⁹⁴.
- Le distributeur ne pourra se prévaloir du mutisme du contrat pour créer un site dans n'importe quelles conditions et ce, au mépris de l'image de marque des produits distribués⁹⁵.

54. Finalement, la Cour affirme qu'il n'y a pas d'incompatibilité absolue entre le commerce électronique et la distribution sélective⁹⁶. Elle affirme que « l'on peut imaginer 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 (...) ». Cette assertion met en exergue le fait que la forme électronique de la distribution sélective est appelée à se développer dans un avenir très proche.

Il faut maintenant s'interroger sur les obligations du fournisseur en matière de distribution exclusive pour savoir s'il en est de même pour cet autre mode de distribution.

Section II - En matière de distribution exclusive

55. La distribution exclusive peut être définie comme un système par lequel le producteur s'engage à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur sur un territoire déterminé⁹⁷. Elle est donc caractérisée par l'octroi d'une exclusivité territoriale. Cet élément constituant la pierre de touche, nous engloberons sous cette étude les autres accords impliquant généralement une exclusivité territoriale. Il s'agit, tout d'abord, de la franchise qui est

⁹³ V. S. Poillot-Peruzzetto, Cont. Conc. Conso, mars 2002, préc. ; J. P. Triaille et M. Troncoso Ferrer, préc. p.176 ; Ch. Vilmart, préc.p.12.

⁹⁴ Ch. Collard et Ch. Roquilly, *Electronic commerce and closed distribution networks: proposals for solving legal problems*, The journal of information, law and technology, juin 2000, disponible sur <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-2/collard.html> .

⁹⁵ Pour une analyse plus précise de cette notion, V. *infra* n°102 et s.

⁹⁶ Une telle incompatibilité serait d'ailleurs contraire à la jurisprudence préc., V. *supra* n°35.

⁹⁷ V. Lignes directrices, *op.cit.*, point 161.

caractérisée par le transfert d'un savoir-faire du producteur vers le revendeur et par une licence de droits de propriété intellectuelle⁹⁸. Il s'agit, ensuite, de la concession commerciale pouvant être définie comme « *le contrat par lequel un concédant accorde l'exclusivité de la revente de ses produits de marque sur un territoire déterminé, tandis que le concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement chez le concédant* »⁹⁹. Ces accords mettent à la charge du fabricant l'obligation de respecter et de faire respecter l'exclusivité territoriale consentie. Ainsi, lorsqu'un distributeur empiète sur le territoire exclusif d'un autre en présence d'une clause l'interdisant, le distributeur lésé pourra engager la responsabilité contractuelle du promoteur¹⁰⁰. Pour tous ces accords, l'apport du règlement communautaire n° 2790/1999 relatif aux restrictions verticales est également considérable s'agissant de la distribution sur Internet. Ce texte reprend la distinction traditionnelle entre les ventes actives et les ventes passives pour affirmer que le recours Internet relève en général de la vente passive (**Paragraphe I**). Cette assertion permet de reconnaître la liberté du distributeur de recourir à Internet, les ventes passives ne pouvant être prohibées par le fournisseur. En revanche, la revente sur Internet pourra être interdite lorsqu'elle s'assimile à une vente active (**Paragraphe II**). Toutefois, il conviendra de s'interroger sur la pertinence de ce critère relativement à la distribution électronique (**Paragraphe III**).

Paragraphe I - Le recours à Internet relève de la vente passive

56. La Commission européenne affirme, dans ses lignes directrices, que le recours à Internet relève de la vente passive tant en ce qui concerne la vente proprement dite (A) que la publicité (B).

A. La vente sur Internet

57. Le règlement du 22 décembre 1999, prohibe dans son art. 4 b, les restrictions territoriales et de clientèle en vertu desquelles l'acheteur ne peut vendre les biens et services contractuels que sur un territoire déterminé ou à une clientèle définie, ainsi que les restrictions assimilées (obligation de renvoyer les commandes à d'autres distributeurs, mesures de contrainte imposées par le fournisseur...). Mais cette interdiction ne concerne que les ventes dites passives.

58. Par vente passive, il faut entendre, d'après la Commission européenne, « *le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, en assurant la livraison des biens ou la prestation des services demandés par ces clients* »¹⁰¹. Elle ajoute que le recours à Internet relève en général de la vente passive car « *c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients* ». Aussi, « *le fait qu'il puisse avoir des effets en dehors du territoire ou de la clientèle affectée à un distributeur est le résultat de cette technique* » et, par conséquent, lorsqu'« *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* »¹⁰².

⁹⁸ V. Lignes directrices, *op.cit.*, point 42 et 199 ; Ph. Le Tourneau, *Le franchisage*, Economica Poche, 1994.

⁹⁹ Ph. Le Tourneau, *La concession commerciale exclusive*, Economica Poche, 1994, p.8.

¹⁰⁰ V. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *préc.*, n°938.

¹⁰¹ Lignes directrices, *préc.*, point 50.

¹⁰² *Ibid.*

Ainsi, lorsqu'un consommateur se connecte au site Web d'un distributeur pour y acheter des produits, il s'agit d'une vente passive, quel que soit le lieu d'habitation de ce consommateur. Le site du distributeur ne devra pas être conçu de manière à atteindre des clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire exclusivement concédé à un autre distributeur.

59. Si la Commission a posé de tels principes, alors même que la notion de territoire est étrangère au monde virtuel d'Internet et que, dès lors, le site de commerce en ligne aurait très bien pu être perçu *per se* comme le support nécessaire à des ventes actives, c'est sans contestes dans le but de préserver la liberté de la concurrence entre les distributeurs et le promoteur du réseau. Cette idée se retrouve s'agissant de la liberté pour le distributeur de faire de la publicité sur Internet.

B. La publicité sur Internet

60. Les lignes directrices, en leur point 50, énoncent que « *toute publicité ou action de promotion générale, soit dans les médias, soit sur Internet, qui atteigne des clients établis sur les territoires exclusifs d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs(...) est considérée comme une vente passive* ».

61. La directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000¹⁰³ définit dans son article 2 f 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 ou artisanale ou exerçant une profession réglementée* ».

62. L'e-publicité a engrangé, pour l'année 2000, près de 183 millions d'euros avec une croissance spectaculaire de 134 % par rapport au montant des revenus bruts pour l'année 1999¹⁰⁴. Elle se décline notamment au travers de réclames et d'annonces sur une page HTML, d'*e-mails* (courriel ou mél), de bandeaux insérés d'icônes (dit « gratte-ciel » ou « *skyscraper* ») qui depuis peu sont animés¹⁰⁵, de messages interstitiels ou même de liens hypertextes simples qui permettent à l'internaute, au travers d'un clic, de se connecter sur les pages ou sur le site de l'annonceur. À cet égard, force est de constater que le simple fait de créer un lien hypertexte simple qui donne accès à la page d'accueil du site ciblé ne doit pas être qualifié de publicitaire. La directive du 8 juin 2000 considère en effet que ne sont pas des communications commerciales « *les informations permettant l'accès direct à l'activité d'une entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique* ».

63. Mais le moyen de publicité par excellence dans le monde électronique est le site Internet de l'entreprise lui-même. La Cour d'appel de Rennes a, en effet, explicitement reconnu qu'un site Internet constitue « *un support publicitaire* ». Elle ajoute que « *la situation est exactement*

¹⁰³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, dite « Directive sur le commerce électronique », JOCE L 178 du 17 juillet 2000.

¹⁰⁴ Etude annuelle *AB-PricewaterhouseCoopers*, Journal du Net, avril 2001, disponible sur <http://www.bigben-pub.com/LDIcom060401.htm>; La publicité en ligne représente, en 2001, 2 % du marché total de la publicité, soit plus de 146 millions d'euros sur un total de 7,165 milliards d'euros. A titre de comparaison, le secteur du cinéma ne représente que 0,4 % du marché total, V. *De nouveaux formats de publicité investissent les écrans pour capter l'internaute*, Le Monde, 10 janvier 2002, p.19.

¹⁰⁵ Le Monde 10 janvier 2002, *ibid.*

identique à celles des publicités dans la presse ou des annonces à diffusion restreinte »¹⁰⁶. Ainsi, le fait pour le distributeur de créer un site destiné uniquement à présenter les produits et non à les commercialiser via le Web ne peut être interdit et doit, selon les lignes directrices, être considéré comme une vente passive. Cependant, le distributeur reste évidemment tenu de respecter les dispositions législatives en matière de publicité ainsi que le Code de bonne conduite élaboré par la Chambre de Commerce Internationale (CCI) relatif à la publicité et au marketing sur Internet¹⁰⁷.

Ce n'est que lorsque cette publicité s'apparentera à une vente active qu'elle pourra être interdite par le fournisseur.

Paragraphe II - La prohibition des ventes actives

64. C'est le règlement n° 2790/1999 lui-même qui prévoit une exception à l'interdiction des restrictions territoriales ou de clientèle en autorisant la prohibition des ventes actives (art.4 b, 1^{er} point). Toutefois, ce sont les lignes directrices qui en donnent une définition (A) et même des illustrations (B).

A. Définition

65. Les lignes directrices indiquent que par vente active on entend « *le fait de prospecter des clients individuels à l'intérieur du territoire exclusif ou parmi la clientèle exclusive d'un autre distributeur (...) le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné concédés exclusivement à un autre distributeur (...)* »¹⁰⁸.

66. La vente active suppose donc un « démarchage »¹⁰⁹ de clientèle. Elle est en quelque sorte une « justification objective » à l'interdiction de vendre sur Internet dans la mesure où « *chaque distributeur doit être libre de recourir Internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits* »¹¹⁰.

67. Cette distinction entre la vente active et la vente passive est apparue très tôt en droit de la concurrence pour apprécier la validité des exclusivités territoriales propres aux accords de distribution exclusive au regard du libre jeu de la concurrence. Ainsi, dans le système dit parfois de « protection territoriale renforcée »¹¹¹, le fournisseur s'engage à ne pas approvisionner d'autres distributeurs dans le territoire concédé et à imposer à ces autres distributeurs l'obligation de ne pas rechercher activement une clientèle sur ce territoire ; parallèlement le distributeur exclusif s'engage à ne pas vendre les produits du fournisseur en dehors de son territoire. À cet égard, la Cour d'appel de Paris a jugé que l'interdiction de concurrence active faite à des grossistes franchisés par leur fournisseur est légitime, car elle contribue au progrès économique, en garantissant aux détaillants un approvisionnement

¹⁰⁶ CA Rennes, 31 mars 2000, Expertises, n°243, déc.2000, p.392 ; Comm.Com.électro, juin 2000, comm.n°66.

¹⁰⁷ V.T. Verbiest, *Publicité et marketing sur Internet*, Juriscomnet, 22 oct.1999, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/1/ce19991022.htm>; D. Véret et G. Athéa, *Internet et publicité : le Web est-il un support comme les autres ?* (2^{ème} partie), GP 14-16 oct.2001, doct. p.40 et s.

¹⁰⁸ Lignes directrices, *op.cit*, point 50.

¹⁰⁹ Ce mot est utilisé par le Ministre de l'Economie et des finances dans une réponse ministérielle relative au règlement n°2790/1999 : Rép. Min. n°56550, JOAN, 9 avril 2001, p.2113.

¹¹⁰ Lignes directrices, *op.cit*, point 51.

¹¹¹ R. Bout *et autres*, *op.cit*, n°4081.

rapide¹¹². Il est vrai que sans cette possibilité d'interdire les ventes actives, la notion d'exclusivité territoriale perd tout son sens.

Cette notion de vente active n'est donc pas nouvelle, elle prend simplement une dimension particulière lorsqu'elle est appréhendée sous le prisme de l'Internet. C'est pour cette raison que les lignes directrices prennent le soin d'en fournir des illustrations.

B. Illustrations

68. Pour permettre de mieux cerner la notion de démarche active sur Internet, les lignes directrices se réfèrent au *spamming* (1) et à la langue utilisée par le site (2).

1. Le spamming

69. Le point 51 des lignes directrices précise 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* ». C'est le principe du *spamming* ou publipostage qui est ici visé. Habituellement, cette technique se traduit par un envoi massif de courriers électroniques à des internautes qui ne les ont pas sollicités. Il est patent que ce système relève de la démarche active dans la mesure où l'objectif visé est celui d'atteindre le maximum d'internautes sans se préoccuper de la domiciliation de ces derniers.

70. Cette technique fait actuellement l'objet d'une grande réprobation de la part des acteurs du réseau et a très vite été considérée comme contraire à la Nétiquette. C'est ainsi que par une ordonnance du 15 janvier 2002, le T. G. I. de Paris a affirmé que « *la pratique du spamming est considérée dans le milieu de l'Internet comme une pratique déloyale et gravement perturbatrice, et contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite* »¹¹³.

Par ailleurs, l'ordonnance du 23 août 2001 semble condamner cette pratique en insérant un article L.121-20-5 dans le Code de la consommation qui dispose : « *est interdite la prospection directe par un professionnel, au moyen d'automates d'appel ou de télécopieurs, d'un consommateur qui n'a pas exprimé son consentement à recevoir de tels appels* ». La directive du 8 juin 2000, quant à elle, qui vise le *spamming* sous l'appellation de « communication commerciale non sollicitée », adopte la technique dite du « *opt-out* »¹¹⁴, consistant à accorder aux destinataires la possibilité de s'opposer aux sollicitations par mél en s'inscrivant sur un registre. Cet encadrement très strict du *spamming* fait aujourd'hui l'objet d'un consensus mondial¹¹⁵.

Par conséquent, qu'il s'agisse ou non d'une vente active, le distributeur n'aura pas intérêt à recourir à cette technique. En revanche, une grande latitude lui est reconnue quant à la langue utilisée sur son site.

¹¹² CA Paris, 7 juin 1990, BOCCRF 20 juin, p.213.

¹¹³ TGI Paris, ord. réf., 15 jan 2002, disp sur <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=260>; D.Aff.2002, p.1544, note L. Marino.

¹¹⁴ Directive 8 juin 2000, *op. cit.*, art 7 ; l'ordonnance du 23 août 2001, *op.cit.*, fait également référence à cette technique dans son art.12.

¹¹⁵ V. *Une loi anti-spam déclarée conforme à la Constitution américaine*, Forum de droits sur l'Internet, Actualités, 19 avril 2002, disponible sur <http://www.foruminternet.org>.

2. La langue utilisée

71. Sur ce point, les lignes directrices affirment que « *la langue utilisée sur le site en question ou dans la communication ne joue normalement aucun rôle à cet égard* » (point 51).

72. Ce raisonnement se comprend aisément à la lumière du caractère international d'Internet et de l'usage selon lequel les sites sont souvent disponibles en plusieurs versions. Toutefois, si cet argument est pertinent pour l'anglais, il n'en va pas de même pour d'autres langues dont l'emploi ne s'impose guère pour se faire comprendre d'une clientèle donnée. À cet égard, le mot « *normalement* » laisse opportunément une marge d'appréciation au juge sur cette question.

73. Force est de constater que les difficultés analogues qui auraient pu surgir relativement à la monnaie utilisée pour afficher les prix sur le site viennent d'être balayées par l'arrivée récente de l'euro.

74. Enfin, il faut préciser que la démarche active du distributeur peut ressortir des techniques de « *profiling* » et du nommage sur lesquels nous reviendrons.

75. Pour résumer, dans l'hypothèse d'une vente passive c'est le client qui va vers le revendeur alors que dans le cas de vente active c'est le revendeur qui va vers le client. Mais ce critère est-il vraiment pertinent en matière de vente en ligne ?

Paragraphe III - Vente active/vente passive : un critère pertinent ?

76. La spécificité du monde virtuel de l'Internet oblige à s'interroger sur la pertinence du critère vente active/vente passive. Il est même possible de se demander si, à terme, la « *virtualité* » n'est pas de nature à faire voler en éclats cette distinction qui est, sous certains aspects, sibylline.

77. L'on peut recenser trois arguments de nature à remettre en cause la pertinence de ce critère :

- Le premier repose sur le fait que le cyberspace « *vide de sa substance* »¹¹⁶ l'exclusivité territoriale. Le risque de cloisonnement du marché par territoire ou par clientèle semble s'effacer devant le caractère mondial d'Internet.
- Le second repose sur la facilité de contournement de la prohibition des ventes actives et ce, en procédant de la manière suivante. Lorsque le consommateur se connecte pour la première fois sur le site du distributeur, ce dernier peut lui proposer de souscrire à une « *newsletter* » (ou lettre d'actualités). Cette technique est extrêmement fréquente sur le Web et particulièrement utile pour le consommateur puisqu'elle lui permet de se tenir au courant de toutes les nouveautés concernant ses produits favoris (promotions, offres spéciales...) grâce à l'envoi de courriers électroniques. Dès lors, comment qualifier cette

¹¹⁶ H. Bensoussan, préc. ; V aussi sur la notion ce cyberspace C. Rojinsky, *Cyberspace et nouvelles régulations technologiques*, préc. et J. Huet, *Quelle culture dans le « cyber-espace » et quels droits intellectuels pour cette « cyber-culture » ?*, *op.cit.*

pratique de vente active puisque c'est le consommateur lui-même qui a sollicité l'envoi des informations ?¹¹⁷

- Enfin, le troisième argument tient au fait qu'il existe une différence de régime entre la distribution sélective et la distribution exclusive alors même que les réseaux de distribution vont de plus en plus apparaître comme des systèmes hybrides. En effet, le point 53 des lignes directrices précise qu'en matière de distribution sélective le fournisseur ne peut restreindre ni les ventes passives ni les ventes actives des distributeurs. Cela signifie, à la lumière de la définition de la distribution sélective donnée par le règlement de 1999, que si le réseau de distribution considéré est fondé sur une sélection des distributeurs à partir de critères définis, le producteur n'aura pas la possibilité d'interdire les ventes actives et ce, quand bien même il aurait consenti aux revendeurs des exclusivités territoriales. Or, de nombreux réseaux de distribution sont basés sur une sélection des distributeurs à partir de critères définis. En matière de franchise, par exemple, le transfert d'un savoir-faire implique le plus souvent des exigences quant à l'aptitude professionnelle du franchisé¹¹⁸. En même temps, le franchisage entraîne le plus souvent l'octroi d'une exclusivité territoriale. Ainsi, dans une telle hypothèse, la prohibition des ventes actives devient impossible. D'ailleurs, les lignes directrices précisent que « *la distribution sélective peut-être combinée avec une distribution exclusive sous réserve que les ventes actives et les ventes passives ne soient nulle part limitées* » (point 53). En d'autres termes, si le producteur souhaite prohiber les ventes actives, il devra renoncer à la sélection des distributeurs.

78. Ces considérations mettent en exergue à quel point la distinction ventes actives/ventes passives est simpliste. La réalité du monde virtuel ainsi que celle des réseaux de distribution est bien plus complexe et, par conséquent, il conviendra d'imaginer d'autres solutions pour organiser la coexistence des canaux distribution.

Chapitre II - Les obligations du fournisseur dans le cadre de la coexistence des canaux de distribution

79. M. le professeur D. Ferrier explique « *que l'on entend généralement par canal de distribution tout 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 (...)* »¹¹⁹. La distribution via le Web est donc un nouveau canal de distribution qui vient s'établir à côté du canal traditionnel, c'est à dire celui de la distribution sur un point de vente « physique » et non « virtuel ». Le fait que la liberté du distributeur de recourir à ce circuit soit consacrée oblige à s'interroger sur la manière la plus adéquate d'organiser la coexistence des canaux, c'est à dire celle qui sera capable de respecter les impératifs du droit de la concurrence sans remettre en cause l'intégrité du réseau et sans provoquer sa désorganisation. Les lignes directrices du règlement n° 2790/1999 apportent un élément de réponse en affirmant que le fournisseur ne peut se réserver le monopole des ventes

¹¹⁷ V Ch. Collard et Ch. Roquilly, *Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implications en droit communautaire de la concurrence*, op.cit, p.5.

¹¹⁸ Dans le célèbre arrêt *Pronuptia*, la CJCE a souligné « *le droit pour le franchiseur de choisir librement les franchisés dont les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau* » : CJCE, 28 janv.1986, aff 161/84, *Pronuptia*, Rec. CJCE 1986, p.353, att.20.

¹¹⁹ D. Ferrier, *La coexistence des canaux de distribution*, Revue de la Concu. et de la Conso., n°121, mai-juin 2001, p.16 et s.

sur Internet (**Section I**). Néanmoins, certaines questions demeurent en suspens et il convient d'en envisager les perspectives et solutions (**Section II**).

Section I - Le fournisseur ne peut se réserver le monopole des ventes sur Internet

80. Même si, comme M. le professeur C. Manara l'estime¹²⁰, la réservation apparaît naturelle dans le cadre d'une distribution sélective et même dans tout autre mode de distribution, elle n'est pas sans lever de nombreuses difficultés juridiques, tenant à la fois à la nature spécifique de ces réseaux et, en outre, à la coexistence des circuits de distribution qu'elle instituerait¹²¹.

81. La Commission a donc affirmé que « *le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur Internet* »¹²². Cette solution paraît idoine pour deux raisons :

- Tout d'abord, s'agissant de la distribution sélective, la réservation du fournisseur implique que ce dernier interdise à ses distributeurs agréés la commercialisation des produits via le Web. Or, comme nous l'avons vu, une telle interdiction doit être « objectivement justifiée », ce qui suppose, par exemple en matière de distribution sélective, que la nature ou l'image de marque du produit s'oppose à un tel mode de commercialisation. Dès lors, il ne semble pas concevable que le fournisseur puisse se réserver les ventes via le Web au mépris d'une interdiction qu'il a lui-même édictée et qui est objectivement justifiée par la nature des produits, car ce qui vaut pour les distributeurs vaut également pour le fournisseur. Il est même possible d'affirmer, pour prendre le contre-pied de ce que dit C.Manara¹²³, qu'une telle réservation serait une violation du principe de coopération inhérent à toute concession commerciale¹²⁴. Le fournisseur s'exposerait alors à une contestation de la légitimité des conditions objectives de commercialisation des produits qui doivent être imposées par la nature des produits. Le critère de nécessité ne serait plus rempli.
- Ensuite, si le fournisseur s'est engagé à ne pas concurrencer ses propres distributeurs, il ne saurait se réserver le monopole des ventes sur Internet sans porter atteinte à cet engagement. Par ailleurs, en l'absence d'un tel engagement, il est constant que le fournisseur ne peut restreindre les ventes actives ou passives des distributeurs agréés dans le cadre d'un accord de distribution sélective¹²⁵. Quant à la distribution exclusive, il a déjà été souligné que le fournisseur n'est habilité à interdire que les ventes actives et qu'il doit laisser libre cours aux ventes passives des distributeurs. Or, les lignes directrices précisent,

¹²⁰ C. Manara, *Web et distribution sélective : réseau contre réseau ?*, *op.cit* : « *le fournisseur étant le maître d'oeuvre de la politique commerciale, l'inévitable concurrence qui résulterait de la coexistence des sites met en échec l'affectio cooperandi* ».

¹²¹ On soulignera cependant que la Commission européenne a admis par le passé que le promoteur d'un réseau de franchise pouvait assurer parallèlement à la revente des produits par les franchisés, leur vente par correspondance : Comm. déc. 17 déc. 1986, Y. Rocher, JOCE n°L 8 du 10 janvier 1987.

¹²² Lignes directrices du règlement 2790/1999, *op.cit*, point 51, le règlement n°2790/1999 ne fait bénéficier de l'exemption que les entreprises ne possédant pas plus de 30% de parts de marché ; les lignes directrices faisant corps avec ce règlement, pour les autres entreprises, il conviendra d'apprécier cette réservation eu égard aux effets sur le marché ; sur ce point V. D.Ferrier, *La distribution sur l'Internet*, *op.cit*, spéc.p.16.

¹²³ *op.cit*, V. *supra* note 120.

¹²⁴ Dans le même sens, F. Vanhaelen et T. Verbiest, *op.cit*, p.16 ; S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby, *Les contrats de distribution*, Rev. soc., avr-juin 2001, p.235 et s, spéc.p.250.

¹²⁵ V.art. 4 c du règlement n°2790/1999, *op.cit*, et point 53 des lignes directrices, *op.cit*.

au point 51, qu'en général le recours à Internet relève de la vente passive. Partant, si le fournisseur se réserve le monopole des ventes sur le Web, il ne fait rien d'autres que prohiber les ventes passives de ses distributeurs et cela lui est interdit. Certains auteurs ont même souligné le fait que cette réservation par le fournisseur » *en tant qu'elle représente une source de concurrence qui n'avait pas été envisagée par les parties au moment de la conclusion de la convention de distribution, relève d'une modification du contrat et de son équilibre économique* »¹²⁶.

Au demeurant, si le fournisseur ne peut se réserver le monopole des ventes via Internet, il reste à savoir comment organiser la coexistence des circuits de distribution au sein de la relation fournisseur-distributeurs sans perturber l'équilibre du réseau.

Section II - Perspectives et solutions

82. Le développement du commerce électronique est une réalité patente et les promoteurs du réseau n'ont d'autre alternative que de réorganiser le fonctionnement de leur réseau pour se prémunir du risque bien réel de désorganisation du réseau par la dématérialisation suscitée par ce nouvel environnement que constitue la Toile¹²⁷. Dans un premier temps, il semble naturel de se tourner vers le contrat-cadre qui est l'instrument de l'organisation de la distribution (**Paragraphe I**). Dans un second temps, tout porte à croire que le développement des nouvelles technologies pourrait bien être le remède de ses propres maux (**Paragraphe II**).

Paragraphe I - Les aménagements contractuels

Le contrat peut se borner à préciser les conditions dans lesquelles la distribution électronique peut s'exercer au sein du réseau (A). Mais, sous un angle plus prospectif, l'on peut imaginer de nouveaux partenariats contractuels conduisant à la mise en place d'une plate-forme E-commerce (B).

A. L'exigence de précision des dispositions contractuelles

83. Cette exigence concerne essentiellement la distribution sélective. Il convient de distinguer la situation des contrats en cours (1) avant d'envisager celle des contrats futurs (2) conclus entre le fournisseur et ses distributeurs.

1. Les contrats en cours

84. Il est loisible au promoteur du réseau de modifier ses critères de sélection en vue de les adapter à la spécificité du commerce électronique. À la vérité, cette situation est même plus que souhaitable en ce sens que la situation qu'a été amenée à juger la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire P. Fabre n'est pas saine. En effet, les juges ont constaté que la distribution en espace virtuel ne permettait pas d'obtenir les mêmes résultats que la distribution classique et qu'elle ne satisfaisait pas aux critères de sélection qualitatifs concernant notamment la matérialité du point de vente. Un tel constat était, de fait, inéluctable dans la mesure où il n'apparaît pas raisonnable d'exiger une analogie, à tout le moins des

¹²⁶ F. Vanhaelen et T. Verbiset, *op.cit.*, p.16.

¹²⁷ C'est ce que Y. Dietrich et A. Menais dénomme : « *the risk of getting amazoned* », V. Réseau de distribution et vente sur Internet, *op.cit.*

similitudes, entre un point de vente « réel » et un point de vente « virtuel »¹²⁸. La dématérialisation du réel suscitée par Internet et l'émergence de boutiques virtuelles qui en sont le corollaire obligent à opérer un « toilettage » des critères de sélection en vue de les adapter à un environnement virtuel. Ainsi, comme l'affirment MM. les professeurs Ch. Collard et Ch. Roquilly : “ *it is in the producer's interest to include in contracts the possibility of on-line sales of its products by a distributor and to adapt the clauses to the very nature of the electronic point of sale* ”¹²⁹. Le promoteur va pouvoir procéder à ces modifications par avenant au contrat, lequel suppose l'autorisation de l'ensemble des distributeurs du réseau¹³⁰. Par ailleurs, le fournisseur peut s'appuyer sur les éléments du contrat pour établir une « règle du jeu » que les distributeurs seront tenus de respecter lorsqu'ils ont recours à la distribution électronique¹³¹. En cas de contestation, il appartiendra aux juges du fond de se prononcer sur la validité de cette règle.

De telles modifications des critères qualitatifs ont déjà eu lieu dans le secteur des parfums. 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, modifié ses critères de sélectivité en autorisant expressément ses distributeurs agréés à vendre sur Internet¹³². De même, à la suite d'après négociations, la société *Marionnaud* a obtenu de la part de ses fournisseurs des avenants à ses contrats en vue de commercialiser ses produits via le Web¹³³. Ces modifications d'accord-cadre devraient se multiplier dans un avenir très proche sous l'impulsion du jeu de la concurrence.

2. Les contrats futurs

85. S'agissant des contrats futurs, le promoteur a tout intérêt à détailler très soigneusement les conditions dans lesquelles le distributeur va pouvoir recourir à Internet. Ces précisions lui permettront d'éviter, qu'à l'occasion d'un éventuel litige, le juge ne détermine à sa place si le site du distributeur¹³⁴ est ou non conforme à l'esprit de la distribution en réseau. En outre, cette minutie dans la détermination des critères qualitatifs lui permettra de protéger son réseau et de rester le maître de la politique commerciale. Ainsi, l'on peut imaginer toute une série de clauses, telles que :

- l'exigence d'une adresse U.R.L et d'un nom de domaine conforme à l'intérêt de la marque et à sa réputation,

¹²⁸ Par exemple, les clauses de surface minimum ou celles exigeant un espace clos et isolé sont difficilement transposables sur le réseau Internet en raison notamment du fait que la notion de « cyberspace » induite par le Web exclut purement et simplement de telles notions.

¹²⁹ Ch. Collard et Ch. Roquilly, *Electronic commerce and closed distribution networks : proposals for solving legal problems*, *op.cit*.

¹³⁰ R. Bout *et autres*, Lamy Droit économique, préc. n°3822 et s.

¹³¹ R. Fabre, préc., p.440.

¹³² Cette décision a été approuvée par la Commission dans un communiqué de presse du 17 mai 2001, *op.cit*.

¹³³ A-L. Béranger, *Internet et distribution sélective : le long face à face*, Journal du Net, avril 2001, disponible sur <http://www.journaldunet.com/printer/010413distriselec.shtml>.

¹³⁴ Même si la jurisprudence n'est pas encore foisonnante et alors même que les juges doivent statuer *in concreto*, le risque de voir se multiplier des litiges dus à l'imprécision sinon au mutisme de l'accord-cadre peut aboutir à une véritable « normalisation » de la qualité des sites Web en fonction des secteurs de distribution.

- l'exigence d'une certaine qualité du site : esthétisme, « convivialité technique »¹³⁵, couleurs...
- des conditions relatives à l'aptitude professionnelle du cybercommerçant, à l'instar de celles exigées dans le cadre de la distribution traditionnelle,
- l'interdiction de revendre en ligne des produits de marques concurrentes¹³⁶...

86. Le fournisseur peut aussi imposer certaines restrictions quantitatives dans les mêmes conditions que pour les points de vente physiques, en les adaptant au commerce électronique.

87. Toutes ces précisions permettront au fournisseur de jouer pleinement son rôle de « tête de réseau » et d'avoir la maîtrise parfaite du fonctionnement interne du réseau, tant dans son aspect « physique » que « virtuel ». Néanmoins, comme a pu le souligner M. le Doyen Vivant, une abondance de précisions contractuelles ne saurait totalement éluder certains obstacles inhérents au monde virtuel. En effet, la distribution sélective postule un maillage du territoire. Or, comme cela a déjà été souligné, la notion de territoire est étrangère à celle de « cyberspace » induite par le Web à tel point que M. le Doyen Vivant affirme que : « *laisser chaque distributeur agréé ouvrir son propre site, ou même un certain nombre d'entre eux, c'est surajouter à ce maillage physique un maillage tout intellectuel (...) au point qu'il est légitime de se demander si l'effet de ce nouveau maillage n'est pas de détruire le premier* »¹³⁷. Quant à la distribution exclusive, la question revêt une acuité encore plus grande dès lors que l'exclusivité territoriale consentie constitue la pierre angulaire du contrat.

Que faire pour éviter une telle situation qui est de nature à mettre en péril la survie du réseau de distribution ?

La solution réside peut-être dans la mise en place de ce que l'on pourrait appeler une plate-forme E-commerce.

B. La mise en place d'une plate-forme E-commerce

88. Nous avons déjà souligné que la mise en place de plate-forme électronique (B2B, B2C..) est aujourd'hui monnaie courante. Alors, pourquoi ne pas envisager de transposer ce mécanisme au sein des réseaux de distribution intégrée ?

89. La doctrine abonde en ce sens et, avec enthousiasme, de nombreux auteurs se plaisent à mettre toute leur ingéniosité pour trouver des solutions face à cette situation nouvelle. Il est vrai que le Droit n'est jamais plus intéressant que lorsqu'il s'agit de faire preuve d'esprit créatif dans le dessein bien pragmatique de trouver des solutions destinées à régir une situation qui semble délaissée par le droit positif.

90. Il ressort de ces analyses doctrinales¹³⁸ que deux systèmes sont concevables :

¹³⁵ M. Vivant, préc. ; *adde* sur toutes ces questions *infra* n°96.

¹³⁶ Pour une liste plus exhaustive V. Ch. Collard et Ch. Roquilly, *Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implications en droit communautaire de la concurrence, op.cit*, p.7.

¹³⁷ M. Vivant, note préc.

¹³⁸ V. nota D. Ferrier, *La coexistence des canaux de distribution, op.cit* ; S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby, *op.cit*, spéc.p.253 ; Y. Dietrich et A. Menais, *Réseau de distribution et vente sur Internet, op.cit*, spéc. n°76 et s. ; F. Vanhaelen et T. Verbiest, préc. ; R. Fabre, préc. ; C. Manara, note préc....

➤ Le premier repose sur une « commercialisation concurrente » :

Dans cette hypothèse, l'accès à Internet est ouvert tant aux distributeurs qu'au fournisseur. C'est l'hypothèse prévue par les lignes directrices du règlement du 22 décembre 1999 et, selon M. le professeur D. Ferrier¹³⁹, la plus satisfaisante au regard du droit de la concurrence. Même s'il est vrai qu'en matière de distribution sélective le fournisseur ne peut restreindre ni les ventes actives ni les ventes passives des distributeurs, ce large accès à Internet ouvert à tous les partenaires du réseau ne signifie pas qu'il y ait une absence totale de régulation. « *Le promoteur du réseau doit donc faire accepter une règle de composition, de combinaison des efforts de tous les membres du réseau (...)* »¹⁴⁰. De fait, le promoteur déterminera les critères qualitatifs relatifs aux sites des distributeurs en vue d'éviter une atteinte à l'image de marque du réseau. Ceci est vrai pour tous les modes de distribution mais revêt une importance particulière en matière de distribution sélective. Par ailleurs, le fournisseur aura tout intérêt à structurer une telle commercialisation afin d'assurer un travail coordonné entre les distributeurs et lui-même. Pour ce faire, il est possible de prévoir des hyperliens¹⁴¹ entre les différents sites des distributeurs d'une part, et avec le site du fournisseur d'autre part. Néanmoins, ce système où tous les partenaires du réseau interviennent sur un pied d'égalité risque fort de manquer de cohérence dans la mesure où une bonne organisation suppose une hiérarchisation des rapports, ou tout du moins une répartition stricte des rôles de chacun des partenaires. C'est pourquoi il est préférable d'avoir recours au second système.

➤ Le second système repose sur une « commercialisation non concurrente » :

C'est ce système qui correspond le mieux à l'idée de plate-forme E-commerce. L'idée est d'offrir aux distributeurs une plate-forme de vente en ligne gérée par le fournisseur lui-même¹⁴². Il existe deux façons pour le promoteur de gérer la plate-forme de vente en ligne :

- soit le fournisseur ouvre seul un site à la condition *sine qua non*, puisqu'il ne peut se réserver le monopole des ventes sur Internet, de partager le fruit des ventes avec ses distributeurs par le truchement d'un commissionnement ou en leur laissant le soin d'assurer la charge de garantie, de service après-vente...¹⁴³.
- soit, le site du fournisseur destiné à la vente des produits, ne fait que répertorier les offres de vente des distributeurs et renvoyer les internautes vers ces derniers. Par conséquent, le fournisseur ne joue qu'un rôle d'intermédiaire dans la vente entre les internautes et le distributeur lui-même¹⁴⁴. Ce dernier devient une sorte de « relais territorial »¹⁴⁵ dont le rôle peut-être soit d'assurer la livraison et la garantie du produit vendu en ligne par le fournisseur, soit de traiter directement la commande passée par l'internaute auprès du site

¹³⁹ D.Ferrier, *La coexistence des canaux de distribution*, op.cit.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Sur cette notion V. *infra* n°117 et s.

¹⁴² Cette idée est d'origine américaine et repose sur le principe de « *frictionless* » qui consiste à respecter les intérêts de chacune des parties en partageant les fruits ; V. sur ce point A. Menais et Y.Dietrich, *Réseau de distribution et vente sur Internet*, op.cit, n°78.

¹⁴³ V. S. Poillot-Peruzzetto et M.Luby, préc.p.250 ; D.Ferrier, *La coexistence des canaux de distribution*, op.cit , p.19.

¹⁴⁴ C'est cette technique qui a été choisie en matière de distribution automobile, notamment par Renault avec le site « caradisiac », V. *Caradisiac, le nouveau bras armé de Renault sur le Net*, Journal du Net, sept.2000 disponible sur <http://www.journaldunet.com/0009/000927caradisiac.shtml> .

¹⁴⁵ C.Manara, note préc. p.728.

du fournisseur. Ce système permet au fournisseur non seulement de maîtriser parfaitement sa politique commerciale sur le net mais en outre de partager les fruits des ventes via le Web avec ses distributeurs. Une telle plate-forme lui permettra également « *de mettre en place rapidement une distribution de ses produits sur Internet tout en maîtrisant une présentation homogène de ceux-là* »¹⁴⁶. En outre, en renvoyant l'internaute vers le distributeur « territorialement compétent », le fournisseur respecte et fait respecter les exclusivités territoriales consenties en matière de distribution exclusive. Cette technique est, enfin, vecteur de sécurité dont on sait qu'elle constitue la clef de voûte du commerce électronique.

91. Cependant, l'institution d'une telle plate-forme, si novatrice soit-elle, est loin d'être la panacée eu égard aux difficultés tant juridiques que techniques qu'elle est susceptible d'engendrer. En effet, ce système implique, dans l'absolu, que seul le fournisseur dispose d'un site Web afin de réguler de manière cohérente et homogène le commerce électronique au sein du réseau. Or, comme nous l'avons déjà souligné, les lignes directrices du règlement communautaire n° 2790/99 reconnaissent la liberté de chaque distributeur de créer son propre site dans le but de vendre ou seulement de promouvoir les produits du réseau. Dès lors, même si le fournisseur ne contrevient pas à l'interdiction qui lui est faite de se réserver le monopole des ventes sur Internet lorsqu'il gère une plate-forme de vente en ligne (grâce notamment à la technique du commissionnement), il apparaît peu probable qu'il puisse être le seul à pouvoir disposer d'un site Web. A la vérité, d'autres variantes sont concevables dans le dessein d'intégrer à la plate-forme les sites des distributeurs. Par exemple, l'on peut imaginer que le fournisseur utilise un système de « portail » abritant l'ensemble des sites des distributeurs¹⁴⁷. Ou encore, il est possible d'imaginer un système d'intermédiation inversé au sein duquel ce sont les distributeurs qui référencent les commandes des internautes et les font remonter vers le promoteur du réseau, lequel conclut la vente et rémunère l'intermédiation du distributeur par un commissionnement. Néanmoins, sur quel fondement imposer cette organisation aux distributeurs puisque les lignes directrices et le règlement 2790/99 lui-même interdisent au fournisseur de restreindre les ventes passives des distributeurs quel que soit le mode de distribution utilisé ? De fait, comment empêcher le distributeur récalcitrant de refuser de faire remonter la commande vers le promoteur, dès lors qu'il s'agit d'une vente passive ? L'on songe naturellement au droit des contrats, avec les principes de bonne foi (art.1134 al.3 C.civ) et de coopération ou tout simplement à la force obligatoire (art.1134 al 1 C.civ) pour fonder une telle interdiction. Mais c'est alors opposer deux *corpus* de règles, les unes reposant sur le droit commun des obligations, les autres sur ce droit économique qu'est le droit de la concurrence. Lesquelles doivent l'emporter ?

92. En vertu du principe *specialia generalibus derogant* et du caractère d'ordre public généralement attaché au droit économique, il faut faire prévaloir le droit de la concurrence, même si une doctrine autorisée remet en cause le fait que le droit de la concurrence puisse être considéré comme un droit spécial¹⁴⁸. Quoiqu'il en soit, le règlement n°2790/1999 a une valeur

¹⁴⁶ Y.Dietrich et A.Menais, préc.n°78.

¹⁴⁷ R.Fabre affirme que : « *ce système permettrait de simplifier le référencement et servirait de vitrine au réseau* », note préc., p.440.

¹⁴⁸ V. Ph.Le Tourneau qui se demande si le droit de la concurrence n'est pas devenu une sorte de « *super droit commun* », Rapport de synthèse du colloque de l'Université Jean Moulin Lyon III, *Droit de la concurrence et droit privé*, JCP, Cah dr.ent. n°3, année 2000, p.45 et s. ; sur les rapports qu'entretiennent le droit privé et le droit de la concurrence V.aussi l'intervention de D.Mainguay, *Première approche : place du droit de la concurrence dans le droit privé*, p.1 et s.

supra-législative en vertu du principe de primauté du droit communautaire et de l'article 55 de la Constitution et la liberté contractuelle n'a qu'une valeur législative. Force est néanmoins de constater que les lignes directrices du règlement ne bénéficient pas de cette valeur supra-légale.

93. Enfin, pour rester dans le domaine du droit de la concurrence, la plate-forme E-commerce ne devra pas fausser le jeu de la concurrence¹⁴⁹.

94. Au demeurant, il n'y a pas que dans le domaine juridique que des solutions peuvent être trouvées pour favoriser l'avènement de la distribution électronique. Le secteur des nouvelles technologies, d'où est issu le Web, devrait permettre de répondre à un certain nombre de problèmes tenant à la spécificité de l'environnement virtuel.

Paragraphe II - Les évolutions technologiques

95. Ici encore, c'est essentiellement la distribution sélective qui est concernée par ces solutions car ce mode de distribution est généralement utilisé pour des produits de luxe ou de haute technicité qui requièrent de la part du distributeur une présentation valorisante, conforme à l'image de marque, ainsi que des conseils adaptés aux attentes des consommateurs et à la spécificité des produits. Aussi, l'idée de « contact direct » est décisive en matière de distribution sélective. La vente sur Internet s'accommode mal de ces exigences puisque l'une de ses principales caractéristiques est l'éloignement des contractants. Néanmoins, les progrès technologiques vont très certainement permettre de régler ces problèmes dans un avenir très proche. C'est finalement « combattre le mal par le mal ». La technologie vient remédier aux bouleversements qu'elle a elle-même engendrés.

96. Il est possible de dresser une liste (non exhaustive) des divers moyens techniques qui permettront, dans un futur très proche ou qui permettent déjà, de concilier les exigences propres à la distribution sélective avec les spécificités du « cyberspace » :

- Les systèmes de vidéoconférence et de « chat » (« F.A.Q »...) qui permettent une discussion en ligne, le plus souvent en temps réel, vont permettre de balayer l'argument selon lequel l'internaute ne bénéficie pas de conseils suffisants, ou à tout le moins personnalisés, lorsqu'il achète sur Internet. D'autant que ces systèmes sont appelés à se développer avec la banalisation des « webcams » (caméras numériques reliées au réseau) et de l'Internet à haut débit (câble ou ADSL).
- Par ailleurs, diverses technologies utilisant la compression d'images ou l'animation en trois dimensions (tels que les progiciels *Calisto*, *Macromédia Flash 05*, *Adobe photoshop*...) permettent aujourd'hui d'atteindre un standard visuel de haute qualité et de créer de véritables vitrines virtuelles présentant les produits mis en vente dans des conditions valorisantes. Il appartiendra au fournisseur, comme le lui permettent les lignes directrices du règlement de 1999, d'élaborer une charte graphique qu'il imposera à ses distributeurs pour la conception de leur site Web.

¹⁴⁹ Sur cette question V. *infra* n°170 et s.

- Dans le secteur des parfums, l'on assiste déjà à des alliances entre de grands groupes informatiques et les parfumeurs afin de développer des *hardwares* et des interfaces capables de reproduire à distance la senteur des parfums vendus en ligne¹⁵⁰.
- Toujours en ce qui concerne la qualité du site, la labellisation des sites Web qui est en plein développement¹⁵¹ et qui est destinée à rassurer le consommateur, pourrait bien être utilisée par le promoteur du réseau en complément des critères qu'il impose à ses distributeurs quant au contenu de leur site. Un auteur a même imaginé, dans le cadre du franchisage, la possibilité pour le franchiseur de fournir au franchisé un site « clefs en main », lui faisant ainsi bénéficier de son savoir-faire¹⁵².
- Un nouveau type de marketing dit *one to one*¹⁵³ permet de prodiguer à l'internaute des conseils personnalisés grâce à une technique de « *profiling* » mis en oeuvre par le truchement de *cookies* (*profiling* implicite) et de questionnaires (*profiling* explicite). Cette technique permet de fidéliser le consommateur en ne lui proposant, dès sa seconde visite sur le site, que des produits adaptés à son profil...

97. Cette liste ne saurait prétendre à l'exhaustivité tant il est vrai que le développement des nouvelles technologies est des plus rapides ; elle a néanmoins le mérite de mettre en exergue le fait que ce secteur de pointe recèle un certain nombre de solutions qui faciliteront le développement de la distribution sélective électronique.

Mais au sein d'un réseau de distribution, il n'y a pas que le fournisseur qui est assujéti à des obligations. Les distributeurs, eux aussi, sont tenus de respecter des règles établies en vue d'assurer le bon fonctionnement du réseau. En matière de distribution électronique, ce sont surtout les obligations des distributeurs envers le fournisseur qui vont subir un certain nombre d'aménagements.

Titre II - Les obligations des distributeurs envers le fournisseur

98. Dans la plupart des contrats de distribution, le distributeur est un commerçant indépendant inscrit au RCS. C'est le cas notamment pour la franchise, et ce quel que soit l'objet de la franchise. Il existe, en effet, des franchises portant sur la distribution de produits (vêtements, fils à tricoter, parfums...) mais aussi des franchises concernant des services (restaurants, hôtel...) et, enfin, des franchises industrielles concernant la fabrication d'un produit. Quoi qu'il en soit, dans chaque forme de distribution, le distributeur sera assujéti à un certain nombre d'obligations sur la base de l'accord-cadre. Il sera d'abord tenu de respecter les directives du fournisseur quant à la politique commerciale que celui-ci entend mener. Ensuite, et surtout, le distributeur se verra imposer des obligations tenant à la préservation de l'intégrité du réseau. En effet, sur ce point, il y va de l'intérêt commun des parties d'assurer un bon

¹⁵⁰ F.Vanhaelen et T.Verbiest, préc.

¹⁵¹ V.S.Carneroli, *Les labels se multiplient sur l'Internet*, disponible sur <http://www.droit-technologie.org>; sur le même site V. le dossier : *La labellisation des sites Web : inventaire des initiatives existantes*, D.Gobert et A.Salaün, 20 février 2000 ; Y. Pouillet et M. Antoine, « *Vers la confiance* » ou comment assurer le développement du commerce électronique, Actes du Colloque international « Internet et le droit » de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 25 sept. 2000, n°25 et s., disponible sur http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_30.htm.

¹⁵² C.Manara, préc ; V. aussi H.Bensoussan qui parle de « e-franchise » préc.

¹⁵³ N.Macarez et F.Leslé, *Le commerce électronique*, Que sais-je ?, *op.cit.*, p.44 et s.

fonctionnement interne au réseau. Nous allons voir qu'ici aussi, le monde virtuel entraîne un certain nombre de bouleversements ou, à tout le moins, de nouvelles obligations tenant à sa spécificité. Les obligations des distributeurs tenant au fonctionnement du réseau sont à peu près les mêmes dans chaque mode de distribution. Par conséquent, il semble inutile de distinguer la distribution sélective de la distribution exclusive

99. Dans le cadre de la relation verticale, les obligations des distributeurs envers le fournisseur ne font pas d'eux de véritables subordonnés. Ces obligations sont la contrepartie des obligations du fournisseur à leur égard. En outre, ces obligations s'imposent au regard de l'intérêt du réseau¹⁵⁴, lequel transcende les intérêts catégoriels des divers partenaires. Ainsi, un auteur s'est interrogé sur le point de savoir si le recours à la distribution électronique ne devait pas s'apprécier à l'aune de cette notion, tout en reconnaissant que son caractère flou risquerait néanmoins de poser des difficultés¹⁵⁵.

100. Il a déjà été précisé que les contrats de distribution comportent tous, avec une intensité variable, un *intuitus personae*. Les distributeurs ont été choisis par le promoteur dans le but de représenter le réseau et de satisfaire pleinement le consommateur final. Le réseau va donc véhiculer une certaine image et une certaine identité, lesquelles devront être préservées par chaque partenaire, y compris dans un environnement virtuel. Le distributeur est donc tout d'abord tenu de respecter l'image de marque du réseau (**Chapitre I**). Par ailleurs, la quasi-totalité des réseaux de distribution implique la concession de droit de propriété industrielle au profit des distributeurs. Ces derniers devront veiller à respecter ces droits (**Chapitre II**) dans le « cybermonde », lequel n'est pas un espace sans droit.

Chapitre I - L'obligation de respecter l'image de marque du réseau

101. Il convient dans un premier temps de s'interroger sur la notion d'image de marque (**Section I**) avant d'en envisager la transposition dans l'environnement virtuel (**Section II**). Il faudra ensuite examiner l'action en justice que peut intenter le fournisseur au distributeur en cas d'atteinte à cette image (**Section III**).

Section I - La notion

102. Selon Maître H. Maccioni « *l'image de marque est un bien incorporel constitué par l'ensemble des représentations tendant à singulariser aux yeux du public, la notoriété d'une marque - ou de tout autre élément pouvant avoir une valeur économique - et qui résulte de nombreux investissements (notamment publicitaires et marketing)* »¹⁵⁶.

103. L'on affirme traditionnellement que la marque est le signe de ralliement de la clientèle si bien que le distributeur, lorsqu'il intègre le réseau, n'a d'autre but que de bénéficier de la notoriété et de la clientèle attachées à cette marque. En effet, la politique des promoteurs a été de développer, au prix de lourds investissements, la notoriété de la marque et l'idée d'une certaine qualité caractérisant cette marque. L'image de marque est donc d'abord l'expression

¹⁵⁴ Sur cette notion V. L. Amiel-Cosme, th. préc., n°94 et s.

¹⁵⁵ V. C. Manara, note préc., p.727.

¹⁵⁶ H. Maccioni, *L'image de marque : émergence d'un concept juridique ?*, JCP(G), I, 1996, doct. n°3934, p.205 et s., n°3.

d'une notoriété commerciale¹⁵⁷. Par ailleurs, l'image de marque n'est pas unitaire et de nombreux éléments peuvent permettre sa constitution tels que le nom commercial, l'enseigne, la marque, le slogan publicitaire et le logo¹⁵⁸. Elle concerne, par conséquent, tant les produits que l'entreprise elle-même.

104. On conçoit, dès lors, que les contrats de distribution contiennent des clauses interdisant au distributeur tout comportement de nature à nuire à l'image de marque du réseau et du fabricant et, ouvrant la possibilité de sanction en cas de méconnaissance de cette interdiction. À l'inverse, les clauses du contrat peuvent imposer au distributeur de participer à la valorisation de l'image de marque.

105. La jurisprudence a consacré l'existence de cette notion et légitimé les sanctions résultant d'une violation de l'obligation de ne pas nuire à cette image de marque. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 17 février 1994, a jugé que « *n'est pas abusive la résiliation intervenue à la suite de manquements graves et répétés du concessionnaire qui a nui à l'image de marque du service du concédant qui, à la suite de plaintes de clients, a dû intervenir auprès de ceux-ci pour tenter de rétablir une relation de confiance* »¹⁵⁹. La faute contractuelle du distributeur doit entraîner un préjudice se traduisant par des pertes de vente ou de parts de marché et peut porter sur chaque élément composant ce « bien incorporel » qu'est l'image de marque. H. Maccioni affirme que « *l'atteinte à l'image de marque est un acte de déloyauté qui consiste soit en une atteinte à une signe distinctif porteur de l'image, soit en un acte de pure déloyauté commerciale* »¹⁶⁰.

106. Au demeurant, l'image de marque reste une valeur qui fait partie de ce que J.P Viennois appelle la « valeur concurrentielle du réseau », laquelle peut se définir, d'un point de vue économique, comme ce qui est utile dans la compétition interentreprises (aptitude à concurrencer et aptitude à favoriser la concurrence) et dont la valeur juridique résulte de sa protection par le droit de la responsabilité¹⁶¹. Reste à savoir comment la protection de cette image de marque va s'organiser dans un environnement virtuel.

Section II - La transposition de la notion dans l'environnement virtuel

107. La distribution en espace virtuel implique une adaptation des notions traditionnelles et engendre parfois l'émergence de nouvelles situations juridiques et factuelles. Dès lors, l'atteinte à l'image de marque peut résulter de divers éléments tels que le référencement du site (**Paragraphe I**), les liens hypertextes et le *framing* (**Paragraphe II**), la qualité du site (**Paragraphe III**), et la publicité (**Paragraphe IV**).

Paragraphe I - Le référencement du site

¹⁵⁷ H. Maccioni, *L'image de marque*, Economica 1995, Poche, p.69 et s. ; V. aussi M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n°928.

¹⁵⁸ H. Maccioni, *L'image de marque : émergence d'un concept juridique*, n°53 et s.

¹⁵⁹ CA Paris, 17 février 1995, D.1995, somm., p.70, obs. D. Ferrier in M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n°928 ;

¹⁶⁰ H. Maccioni, note préc., n°66.

¹⁶¹ J.P Viennois, th. préc, n° 261-1, Il convient de remarquer que J.P Viennois traite de cette notion uniquement en ce qui concerne la distribution sélective, mais que cette analyse peut-être étendue à l'ensemble des réseaux de distribution.

108. Il convient d'examiner ce qu'est le contrat de référencement (A) avant d'envisager dans quelle mesure un tel contrat peut porter atteinte à l'image de marque du réseau et / ou des produits (B).

A. Le contrat de référencement

109. Le contrat de référencement consiste pour une partie à faire apparaître le site d'une autre partie sur la Toile moyennant rémunération ou à titre gratuit. Selon qu'elle se rapporte à une information, un produit ou un service la référence peut revêtir diverses formes comme une adresse, un titre, un mot-clé, un descriptif ou un prix¹⁶². Le référencement sur Internet s'effectue par un lien hypertexte ou par le truchement d'un outil de recherche.

110. S'agissant du référencement par un outil de recherche, il va s'agir pour un tiers de répertorier le site du contractant dans un annuaire ou un moteur de recherche¹⁶³, parmi les diverses références proposées par cet outil sur Internet. Pour ce faire, ce tiers va établir des références dans le code source de son client en créant des balises, les fameuses balises *metatags*, qui renferment des références (titre, mot-clé, descriptif...) du document à référencer. Ainsi, lorsque l'internaute entrera l'une de ces références dans le moteur ou l'annuaire, celui-ci lui offrira un lien avec le site référencé. Le plus souvent, ce référencement est payant et diverses formules sont proposées : il y a celles qui proposent un référencement rapide (ex : *Yahoo.com*, *Looksmart.com*...) et celles qui offrent de positionner la référence du site en tête de résultats des outils pour un ou plusieurs mot-clés donnés (ex : *Google.com*, *Goto.com*...).

111. S'agissant du référencement par un lien hypertexte, ce contrat dit aussi « contrat de portail » consiste à exiger d'une personne qu'elle fasse, moyennant finances, référence par un lien hypertexte¹⁶⁴, à une information, le plus souvent un site. Dans cette hypothèse, le site « portail » n'est rien d'autre qu'un site qui ouvre directement sur un autre site (ou sur plusieurs autres sites). Aussi, est-il possible d'imaginer dans le cadre d'un réseau de distribution que le site « portail » soit celui du promoteur et qu'il renvoie aux sites des distributeurs, lesquels rémunèrent le promoteur pour ce référencement. Même s'il a l'air anodin, ce contrat de référencement peut, dans certaines hypothèses, porter atteinte à l'image de marque du réseau.

C. Les référencements attentatoires à l'image de marque du réseau

112. Il s'agit des référencements croisés (1) et des référencements que l'on peut qualifier de « stigmatisant » (2).

1. Les référencements croisés

¹⁶² A. Diméglio, *Les contrats de référencement dans l'Internet*, Com. Com. Electro, mars 2001, comm. n°8, p.14 ; M. Vivant *et autres*, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, éd. 2000, n°2277 et s.

¹⁶³ Le principal critère de distinction entre les deux réside dans le fait que, en principe, dans les annuaires, le référencement s'effectue manuellement par des documentalistes, tandis que, dans les moteurs, il s'effectue automatiquement par des logiciels appelés robots ; V. le meilleur site sur les moteurs de recherche (tous les moteurs de recherche, leur fonctionnement, leur évolution, etc..) : <http://www.searchenginewatch.com> .

¹⁶⁴ Sur cette notion V. *infra* n°117 et s.

113. En France, certains *webmasters* de sociétés concurrentes ont procédé à des référencement de façon croisée sur les moteurs de recherche¹⁶⁵. Ainsi, lorsqu'un internaute cherche le site de l'une de ces sociétés mais qu'il ne connaît pas l'adresse URL de cette dernière, en allant sur un moteur de recherche, on lui proposera des listes de liens pour cette société, mais aussi pour ses concurrentes. Dans cette hypothèse, le référencement ne porte qu'indirectement atteinte à l'image de marque du réseau dans la mesure où il en produit les effets, c'est-à-dire le détournement ou à tout le moins le risque de détournement des efforts fournis par le promoteur pour asseoir l'image de marque du réseau. Ce référencement au côté de concurrents ne permet pas au réseau de se démarquer de ces derniers et, en cela, peut être considéré comme une forme d'atteinte à l'image de marque du réseau. Ce cas se distingue des référencement qui ternissent directement l'image de marque du réseau.

2. Les référencement « stigmatisant »

114. Le moteur de recherche est un automate qui réagit de manière mécanique en fonction des mots-clés utilisés par l'internaute dans sa recherche. Dès lors, les résultats de la recherche sont souvent extrêmement divers et de cette diversité peut résulter une atteinte à l'image de marque du réseau. En effet, le fait que la dénomination du promoteur ou de ses produits apparaissent dans une liste de résultats au milieu de sites à caractère licencieux ou contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs peut avoir pour effet de ternir l'image du réseau. Par exemple, lorsque le consommateur qui cherche l'adresse de la société de produits de luxe *Chanel* inscrit le mot *Chanel* dans le moteur de recherche, il serait préjudiciable à cette société d'apparaître, dans la liste des résultats, au côté du site de l'actrice de films pornographiques qui porte le même nom ! La même hypothèse peut se présenter dans le cadre du référencement par lien hypertexte mais cette fois au travers de la liste de liens proposés par le site « portail ».

115. La solution est d'exiger du prestataire de service qui est en charge du référencement d'éviter de tels référencement « stigmatisant » en opérant un tri parmi les résultats affichés au côté de l'adresse du promoteur du réseau ou de l'un de ses distributeurs. Cette solution paraît relativement facile à mettre en œuvre en ce qui concerne le référencement par liens hypertextes puisqu'il suffira de fixer ces conditions dans le contrat de référencement. En revanche, s'agissant des moteurs de recherche, la solution risque d'achopper sur le fait qu'il s'agit d'automates, lesquels ne sont pas nécessairement capables d'opérer un tel tri. Toutefois, eu égard à la rapidité des évolutions technologiques et partant du fait que les moteurs de recherche sont de plus en plus intelligents¹⁶⁶, une telle possibilité devrait être concevable dans un avenir très proche. Le seul inconvénient est que le référencement, en raison de ce perfectionnement technique, sera plus onéreux, les frais devant être supportés par les distributeurs et ces conditions de référencement devant être prévues par l'accord-cadre. Elles pourront être corroborées par une obligation de positionnement, laquelle peut s'avérer valorisante pour le réseau¹⁶⁷. Dans un domaine connexe, l'atteinte à l'image de marque peut résulter des liens hypertextes et du *framing* utilisés par le site du distributeur.

¹⁶⁵ P. Breese, in *Débats*, Actes du Colloque de Paris sur « l'avenir des circuits de distribution et le commerce électronique », Gaz. Pal. 1998, II, Doctr.p.1364.

¹⁶⁶ *Les moteurs de recherche sur la voie de l'intelligence*, Le Monde du 6 mars 2002, p.26.

¹⁶⁷ Toutefois, il est à noter que le positionnement a entraîné des dérives qui peuvent nuire fortement à l'image de marque du réseau telles que la pratique du « *position squatting* » qui consiste à payer pour apparaître dans les premiers résultats lors d'une recherche sur un mot clé représentant une marque dont on ne détient pas les droits ;

Paragraphe II - Les liens hypertextes et le *framing*

116. Il faut distinguer les liens hypertextes (A) du *framing* (B).

A. Les liens hypertextes

117. Le lien hypertexte ou hyperlien peut se définir comme un procédé multimédia qui permet, par un simple clic sur un mot souligné, un dessin ou un bouton immatériel (pointeur), d'accéder à une autre partie de la page Web consultée, une autre page du même site ou un autre site. Ce procédé est au centre du fonctionnement interactif d'Internet. Il permet à l'internaute de naviguer d'un site à l'autre en fonction des informations qu'il souhaite consulter. En quelque sorte, pour reprendre l'expression de M. le professeur J. Huet, le lien hypertexte constitue « *la note de bas de page électronique* »¹⁶⁸. « *C'est grâce aux liens hypertextes que la Toile se tisse* »¹⁶⁹.

118. L'on distingue traditionnellement entre le lien dit « simple » et le lien dit « profond » (ou « *deep linking* »). Le lien hypertexte simple renvoie vers les pages d'accueil d'autres sites ou vers d'autres pages du site consulté par l'internaute. Le lien profond permet quant à lui d'atteindre directement une page secondaire d'un site Web (par exemple un article d'un journal en ligne) sans passer par la page d'accueil. Dans l'affaire *Keljob*, le Président du Tribunal de commerce de Paris, par ordonnance rendue le 26 décembre 2000, affirme que : « *s'il est admis que l'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site Web, il n'en va pas de même pour ce qui concerne les liens dits « profonds » et qui renvoient directement aux pages secondaires d'un site cible, sans passer par sa page d'accueil* »¹⁷⁰. Toutefois, l'ordonnance ne qualifie en action déloyale que la création de liens hypertextes qui auraient pour effet de détourner ou dénaturer le contenu ou l'image du site cible, de faire apparaître ledit site cible comme étant le sien, sans mentionner la source et de ne pas signaler à l'internaute qu'il est dirigé vers un site extérieur.

119. Dès lors, en quoi de tels liens opérés par le site du distributeur peuvent-ils porter atteinte à l'image de marque du réseau ou des produits ?

120. Tout d'abord, s'agissant des liens profonds, le distributeur devra être autorisé par le site cible s'il veut procéder à de tels liens dans la mesure où ces derniers ne bénéficient pas de la présomption d'autorisation implicite propre aux liens simples. Si le distributeur passait outre cette autorisation, l'on peut considérer qu'il ternit l'image de marque du réseau. En effet, il ne fait jamais très bon effet d'apprendre que tel commerçant, membre de tel réseau de distribution et donc, associé dans l'esprit du public à l'image de celui-ci, procède à des actes de concurrence loyale, de parasitisme ou de violation de droit d'auteur. Ceci d'autant que la

V. J. André, sous la dir. de Th. Hassler, *Le positionnement payant*, Juricom.net, 27 avril 2002, n°32 et s., disp. sur <http://www.juriscom.net/uni/etd/07/pub02.pdf>.

¹⁶⁸ J.Huet, *La problématique juridique du commerce électronique*, op. cit, p.19.

¹⁶⁹ T. Verbiest, *Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites Web ?*, L'Echo, 20 avril 2000, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/2/1h20000509.htm>.

¹⁷⁰ Trib de commerce de Paris, réf, 22 déc.2000, disponible sur <http://www.juriscom.net>; V. aussi A. Diméglio, *Liens hypertextes : commentaire de l'affaire Keljob*, Juricom.net, 23 février 2001, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/2/1h20010223.htm>.

publication des décisions de justice sur Internet, qui est de plus en plus courante, amplifie considérablement la diffusion de cette information¹⁷¹.

121. Ensuite, s'agissant des liens simples comme des liens profonds, on peut considérer que le distributeur écorne l'image de marque lorsqu'il renvoie vers le site de ses concurrents (à moins que cela ne résulte d'un accord entre têtes de réseau) ou vers des sites de qualité médiocre ou de nature à ternir « l'aura de prestige » qui s'attache au réseau. Ici, c'est le même raisonnement qu'en matière de référencement qui s'applique. Une telle argumentation se retrouve à propos du *framing*.

B. Le framing

122. Le *framing* ou « cadrage » est un hyperlien qui permet, sans quitter le site d'origine, d'insérer une page d'un autre site qui vient s'afficher dans un cadre de la page Web d'origine. Cette technique peut être rapprochée de celle dite de l'« *inlining* » (ou « *in-line linking* ») qui consiste, toujours par le truchement d'un lien hypertexte, à importer dans la page Web d'origine une image provenant d'une autre page Web. Dans ces deux hypothèses, l'adresse URL de la page Web d'origine demeure la même et l'internaute peut ne pas s'apercevoir que l'image ou la page chargée provient d'un autre site. Dès lors, ce type de lien constituant un degré supplémentaire dans le lien profond¹⁷², leur auteur doit s'enquérir de l'autorisation du site cible à défaut de quoi il violerait les droits d'auteur de celui-ci. Par conséquent, il convient d'appliquer le raisonnement ci-dessus énoncé en ce qui concerne l'atteinte à l'image de marque du réseau par le distributeur. Ce dernier peut également la dégrader au travers de la qualité de son site.

Paragraphe III - La qualité du site

123. Elle peut tenir à la charte graphique (A) et à la sécurité du site (B).

A. La charte graphique

124. Il a déjà été précisé¹⁷³ que les technologies les plus récentes permettent de créer de véritables vitrines virtuelles (3D, interactivité, couleurs...) présentant les produits d'une manière aussi valorisante que dans l'environnement réel. Il est patent qu'un site de qualité médiocre nuit à l'image de marque du réseau. C'est ce qu'a affirmé la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire *P. Fabre* déjà citée¹⁷⁴. Le fournisseur doit donc établir une charte graphique qui devra être respectée par tous ses distributeurs en vue d'une présentation homogène et valorisante des produits du réseau. Le distributeur doit également être en mesure de proposer un site sûr à ses clients.

B. L'exigence de sécurité

¹⁷¹ P-Y Gautier, *Suite de la promenade à travers un site immatériel : des condamnations de justice en nature sur l'Internet*, D.1997, chron.p176 et s., spéc. n°7 et s. : le procédé des liens hypertextes, instrument du délit, peut se retourner contre son auteur en servant à publier la condamnation !

¹⁷² *Une Cour d'appel américaine condamne les hyperliens automatiques*, Forum des droits sur l'Internet, Actualités, 25 mars 2002 disponible sur <http://www.foruminternet.org/texte/actualites/lire.phtml?id=277&print=1>

¹⁷³ V. *supra* n°95.

¹⁷⁴ CA Versailles 22 déc 1999, *op.cit.*

Cette exigence de sécurité a trait au paiement en ligne et à la protection des données personnelles.

- Le paiement en ligne

125. L'essor du commerce électronique a inéluctablement entraîné le développement de la criminalité informatique (« l'E-criminalité »). Cette dernière constitue encore un frein puissant aux achats en ligne pour bon nombre d'internautes. Les textes les plus récents se préoccupent de ce problème en renforçant les moyens de lutte contre la fraude aux moyens de paiement en ligne¹⁷⁵. Pour l'heure, le moyen de paiement en ligne le plus utilisé est le paiement par carte bancaire. Toutefois, ce mode de paiement ne répondant pas suffisamment aux exigences de sécurité, il semble que l'avenir du paiement en ligne soit « la monnaie électronique » et la technique de « porte-monnaie virtuel ou électronique » (dit *Moneo*) reposant sur des procédés de stockage de données à partir d'une carte à mémoire de l'utilisateur¹⁷⁶. La « monnaie électronique » se définit comme « toute valeur monétaire représentant une créance sur un émetteur qui est stockée sur un support électronique »¹⁷⁷.

126. Dès lors, le distributeur qui pratique le commerce en ligne devra se montrer particulièrement diligent et utiliser les derniers moyens technologiques connus pour sécuriser les transactions en ligne. En effet, le distributeur dont le site aurait donné lieu à de nombreuses fraudes pourrait se voir reprocher une atteinte à l'image de marque du réseau.

- La protection des données personnelles et de la vie privée

127. Elle peut tout d'abord concerner le paiement en ligne dans la mesure où les codes de sécurité des instruments monétaires sont des identifiants. Mais c'est surtout à propos du marketing dit « one-to-one » précédemment évoqué que la question revêt le plus d'acuité. En effet, l'instrument privilégié de ce marketing est le « cookie » qui est un petit fichier mouchard qui permet aux sites de pister les comportements des internautes. Les informations les concernant sont stockées sur leur disque dur. Lors d'une visite ultérieure, les cookies sont lus pour prendre en compte les préférences de l'internaute ou accélérer sa visite¹⁷⁸. Aux termes de l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978, l'internaute fiché doit être prévenu du fichage, du caractère obligatoire ou facultatif de ses réponses, des conséquences d'un défaut de réponse, du maître du traitement et des personnes destinataires des informations, de l'existence d'un

¹⁷⁵ V. nota. art 34 et s. de la Loi n°2001-1062 du 15 nov.2001 relative à la sécurité quotidienne, JO n°266 du 16 nov. 2001 ; PA 29 nov.2001, n°238, spéc.p.6 et s. ; V Directive 2000/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 sept.2000 *monnaie électronique* JOCE n°L275/37; Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 sept.2000 *concernant l'accès à des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements*, JOCE 27 oct.n°L275/39.

¹⁷⁶ V. G. Mathias et A. Menais, *Les enjeux de la monnaie électronique*, Juricom.net, 14 juillet 2001, disp. sur <http://www.juricom.net/pro/2/ce20010715.pdf>; C. Lucas de Leyssac et X. Lacaze, *Le paiement en ligne*, JCP(E), 12 mars 2001, n°12, p.506 et s. ; S. Guinchard, M. Harichaud et R. de Tourdonnet, *Internet pour le droit*, éd. Montchrestien, 1999, p.214 et s. ; E. A. Caprioli, *Le régime juridique des paiements sur Internet*, in « Internet saisi par le droit », travaux de l'AFDIT sous la direction de X. Linant de Bellefonds, préf. F. Fillon, éd. des Parques, 1997, p.61 et s. ; V. aussi *Une clé biométrique pour sécuriser les transactions en ligne*, Le Monde du 27 avril 2002, p.28 : ce nouveau procédé fait appel à la reconnaissance des empreintes digitales aux fins d'authentification des utilisateurs sur le Web ; *Le porte-monnaie électronique couvrira toute la France en 2003*, Le Monde du 14 juin 2002, p.21.

¹⁷⁷ Art.1 de la Directive 2000/46/CE préc.

¹⁷⁸ Ces procédés sont de plus en plus performants V, *Les profileurs du Net traquent les internautes à leur insu*, Le Monde du 12 mai 2002, p.20.

droit d'accès et de rectification. Cette disposition est pénale (5 ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende)¹⁷⁹. Ici aussi, le distributeur aura intérêt à respecter la législation en vigueur s'il ne veut pas se voir reprocher une atteinte à l'image de marque du réseau.

Paragraphe IV - La publicité

128. Lorsque le distributeur ne se contente pas de l'existence de son site Internet pour promouvoir ses produits, il peut décider de faire de la publicité sur Internet. Toutefois, quelle que soit la technique qu'il emploie¹⁸⁰, le distributeur est tenu d'utiliser des supports en adéquation avec l'image de marque du réseau et des produits (ou conformes aux directives données par le fabricant à ce sujet) ainsi que de respecter la législation protectrice des consommateurs en la matière. A défaut, le distributeur s'exposera à une action en justice engagée par le fournisseur.

Section III - L'action en justice

129. Cette action ne doit être que l'ultime rempart dont dispose le fournisseur pour faire cesser l'atteinte à l'image de marque. En effet, compte tenu de la spécificité du préjudice, lequel risque d'être aggravé par la publicité qui résulte de l'action en Justice, il est préférable pour le fabricant de tenter, au préalable, de résoudre le litige par la voie des modes alternatifs de règlement des conflits et, particulièrement, par le biais d'une transaction. Ce n'est qu'en cas d'échec qu'il faut avoir recours à la voie judiciaire. Il convient d'examiner le fondement de cette action (**Paragraphe I**) avant d'en analyser les conséquences, c'est à dire les sanctions (**Paragraphe II**).

Paragraphe I - Le fondement de l'action

130. Cette action en justice repose sur la responsabilité contractuelle du distributeur (B). Par ailleurs, compte tenu de l'urgence qu'il y a à faire cesser une telle atteinte, le promoteur peut saisir la juridiction des référés (A).

A. L'action en référé

131. Il peut résulter de l'atteinte portée à l'image de marque du réseau ou des produits par un distributeur, un préjudice commercial très lourd pour le fournisseur se répercutant sur l'ensemble des membres du réseau. Dès lors, il y a urgence à faire cesser cette atteinte. Le promoteur peut donc, comme dans l'affaire *P. Fabre*, saisir le juge des référés sur le fondement de l'article 809 al.1 du NCPC en vue d'obtenir des « *mesures conservatoires* » destinées à faire cesser ce « *trouble manifestement illicite* ». Il s'agira, par exemple, de la suspension provisoire de l'exploitation du site par le distributeur.

B. La responsabilité contractuelle du distributeur

¹⁷⁹ La législation en la matière est appelée à être modifiée très rapidement vu la multiplication des projets et textes récents au niveau interne et international : V. nota Projet de loi n°3143 déposé à l'Ass. Nat., le 14 juin 2001 sur la société de l'information, spéc Titre V « *De la sécurité dans la société de l'information* » ; Adde J. Hans, *Cookies et vie privée : le Conseil UE adopte une position commune*, Droit et Nouvelles technologies, Actualités 18 fév.2002, disponible sur <http://www.droit-technologie.org> .

¹⁸⁰ V. *supra* n°62.

132. Les relations entre le fournisseur et le distributeur reposant sur le contrat-cadre, l'inexécution par le distributeur de l'obligation contractuelle de respecter l'image de marque du réseau ou des produits, entraîne sa responsabilité sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. La faute contractuelle peut prendre l'une des diverses formes déjà examinées. Quelles sont les conséquences de cette responsabilité ?

Paragraphe II - Les conséquences de l'action : les sanctions

133. L'atteinte portée à l'image de marque peut entraîner la résiliation du contrat-cadre (A), la cessation de toute activité sur le Web (B) et, plus classiquement, l'octroi de dommages-intérêts (C).

A. La résiliation du contrat-cadre

134. La résiliation du contrat-cadre peut être soit judiciaire, soit résulter d'une clause résolutoire.

- S'agissant de la résiliation judiciaire

135. Le contrat-cadre étant un contrat à exécution successive, la sanction de son inexécution sur le fondement de l'article 1184 alinéa 3 du Code civil, prend la forme d'une résiliation. Lorsqu'elle est demandée devant le juge, ce-dernier dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de la gravité de la faute. Certains auteurs suggèrent que soient distinguées les atteintes rédhibitoires à l'image de marque justifiant la résiliation du contrat, et les autres atteintes qui seraient susceptibles d'être rachetées et de ne pas entraîner, par conséquent, la résiliation du contrat¹⁸¹. En raison du faible nombre de décisions rendues en la matière, il est difficile d'affirmer de manière péremptoire qu'une telle classification est retenue par la jurisprudence.

- S'agissant de la clause résolutoire

136. La clause résolutoire est celle par laquelle les parties prévoient expressément qu'en cas d'inexécution, le contrat sera résolu de plein droit. Les parties peuvent également décider que cette clause prendra effet avec ou sans mise en demeure¹⁸². L'avantage d'une telle clause est de permettre, à condition que soit défini avec précision le fait générateur de l'effet résolutoire, d'éviter le recours au juge et à son pouvoir d'interprétation.

B. La cessation de toute activité sur le Web

137. Tout d'abord, le juge des référés peut enjoindre au distributeur de cesser l'activité litigieuse à titre de mesure conservatoire. Par ailleurs, l'article 1142 du Code civil dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Dès lors, le fournisseur ne pourra imposer au distributeur défaillant la cessation de toute activité sur le Web (« *Nemo praecise cogi ad factum* »). Néanmoins, une telle cessation d'activité pourra être la conséquence de la

¹⁸¹ H. Maccioni, art. préc., n°40 et s.; R. Verniau, *Les sanctions de l'atteinte à l'image par un distributeur agréé*, Cah. Dr. Ent., n°1, 1991, p.27 cité par M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op.cit.*, n°928.

¹⁸² R. Bout *et autres*, préc., n°3880 et s.

résiliation du contrat-cadre lorsque le distributeur refuse de se mettre en conformité avec les normes de commercialisation en ligne imposées par le promoteur. Au demeurant, des dommages-intérêts peuvent toujours être demandés.

C. Les dommages-intérêts

138. Le promoteur peut saisir le juge sur le fondement des articles 1184 et 1147 du Code civil qui disposent que le débiteur peut être condamné au paiement de dommages-intérêts à raison de l'inexécution de ses obligations contractuelles. La question la plus délicate sera celle de l'évaluation du préjudice subi. A cet égard, force est de constater qu'en général, la jurisprudence octroie des indemnités assez élevées, même si certaines juridictions prétextent du caractère incorporel de l'image de marque pour nuancer l'ampleur du préjudice subi¹⁸³.

A l'obligation du distributeur de respecter l'image de marque du réseau dans le cadre de la distribution électronique va s'ajouter celle de respecter les droits de propriété industrielle du fournisseur.

Chapitre II - L'obligation de respecter les droits de propriété industrielle du fournisseur

139. La commercialisation d'un produit ou d'un service implique l'utilisation de la marque et, plus largement, de droits de propriété industrielle. Ainsi, dans la quasi-totalité des réseaux de distribution, le promoteur concède à ses distributeurs le droit d'utiliser sa marque. C'est ce que l'on dénomme « l'effet de réseau ». En matière de propriété industrielle, l'Internet entraîne des bouleversements considérables, lesquels ont suscité, ces dernières années, d'abondantes réflexions doctrinales et ont fait naître le besoin d'adapter les textes en vigueur¹⁸⁴. Les droits de propriété industrielle, omniprésents dans les réseaux de distribution, vont donc devoir faire face aux dangers de l'environnement virtuel. Dans le cadre de la relation interne verticale du réseau, il faut s'intéresser au respect dû par le distributeur aux droits d'auteur du fournisseur (**Section I**) ainsi qu'au respect des droits attachés à la marque de ce dernier (**Section II**).

Section I - Le respect des droits d'auteur du fournisseur

140. La protection des droits d'auteur du fournisseur contre d'éventuelles atteintes de la part du distributeur, dans le cadre de la distribution électronique, concerne principalement deux hypothèses : la protection du site du fournisseur et la protection des oeuvres de celui-ci. En effet, depuis l'arrêt *Cybio* du Tribunal de commerce de Paris du 9 février 1998¹⁸⁵, le contenu d'un site Internet est considéré comme une « œuvre originale » et bénéficie, à ce titre, de la

¹⁸³ Sur cette question V. H. Maccioni, *L'image de marque*, ouvrage préc., p.35 et s.

¹⁸⁴ V. nota. sur la compétence territoriale des juridictions, Ch. De Haas, *L'omnipotence du juge français de la propriété intellectuelle face à l'Internet ou l'histoire d'une incompétence largement ignorée*, PA, 13 nov.2001, n°226, p.4 et s. ; L. Costes, *Droit d'auteur et Internet : nouvelles exigences et mise en œuvre de la directive européenne* (à propos de la directive n°2001/29/CE du 22 mai 2001 sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, JOCE 22 juin 2001, n°1167, p.10 et s) , Bull. actu. Lamy dr. Info., n°138, juillet 2001, p.1 et s. ; adde V-L Bénabou, *La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire*, Com.Com.Electro., oct.2001, chron. n°23, p.8 et s...

¹⁸⁵ Trib. Com. Paris, 9 fév.1998, *Cybio*, disp. sur http://www.legalisnet/jnet/decisions/dt_auteur/jug_tcomm-paris_090298.htm; V. le commentaire de G. Haas et O. de Tissot, *Les pages Web sont-elles des œuvres ?*, Juriscom.net, oct.1998, disp. sur <http://www.juriscom.net/chr/1/fr19981023.htm>.

protection des droits d'auteur. Du reste, le promoteur peut être l'inventeur de concepts originaux bénéficiant de cette même protection.

141. Le producteur bénéficie seul des droits de propriété littéraire et artistique sur son « œuvre » en vertu de l'article L.111-1 du CPI. Dès lors, le distributeur doit être autorisé à bénéficier de cet effort créateur, par le biais du contrat-cadre ou d'une autre convention conclue avec le promoteur. Par exemple, le distributeur bénéficiant d'une licence d'exploitation pourra reprendre sur son site le contenu original du site du producteur ou tout simplement reproduire ses œuvres protégées.

142. Qu'en est-il en cas de silence du contrat-cadre ?

143. En matière de droits d'auteur, la jurisprudence prône une lecture restrictive des contrats d'exploitation dans un souci de protection de l'auteur. Les textes eux-mêmes adoptent ce caractère restrictif en posant un formalisme rigoureux en matière de cession de droits d'auteur. L'article L.131-3 alinéa 1^{er} du CPI subordonne, en effet, la validité de la cession du droit d'auteur à la mention explicite dans le contrat pour chaque droit de la délimitation de son domaine territorial, de sa destination, de sa durée et de son étendue d'exploitation. Aussi, certains auteurs considèrent qu'il faut raisonner par analogie en matière de concession de droits d'auteur et, par conséquent, exclure toute forme d'exploitation non expressément mentionnée par le contrat¹⁸⁶. Ce formalisme a pour objectif la protection de l'auteur ; dès lors, celle-ci doit se retrouver tant en matière de concession que de cession de droits pour être réellement efficace. Le distributeur devra donc être autorisé par le contrat-cadre à utiliser les œuvres protégées par le droit d'auteur du promoteur.

144. Toutefois, de nombreux contrats visent la concession du droit de reproduction sur tous procédés et tous supports existant ou « à découvrir ». Dans cette hypothèse, il faut considérer qu'Internet n'est qu'un mode de reproduction parmi tant d'autres et que, dès lors, le distributeur est habilité à reproduire les œuvres protégées du producteur sur son site¹⁸⁷. Une telle argumentation peut se retrouver concernant le respect des droits de marque du fournisseur.

Section II - Le respect des droits de marque du fournisseur

145. La marque est le signe de ralliement de la clientèle. C'est sur elle que se construit la notoriété et l'image de marque des produits et du réseau. Dès lors, elle est un atout essentiel concédé au distributeur. Au sens de l'article L.711-1 CPI, la fonction de la marque est de distinguer les produits ou services d'une entreprise de ceux de ses concurrents. Elle identifie le produit couvert par la marque. Néanmoins, la concession de la marque au distributeur, si elle est quasi-systématique dans toutes les formes de distribution, se heurte aux difficultés soulevées par la problématique de la distribution électronique et, notamment, bute sur le fait que la grande majorité des contrats de distribution, pour l'heure, n'appréhendent pas le phénomène Internet. Or, comme cela a déjà été souligné, la liberté du distributeur de recourir à Internet est un principe que le producteur doit respecter. Il est donc nécessaire d'envisager les différentes hypothèses dans lesquelles le distributeur va être amené à utiliser la marque du promoteur, en dépit du silence du contrat-cadre sur le recours à la distribution électronique.

¹⁸⁶N. Contis et G. Cordier, *Les accords de distribution à l'épreuve de l'Internet*, JCP(G), n°15-16, 11 avril 2001, p.752 et s.

¹⁸⁷Dans le même sens, N. Contis et G. Cordier, *ibid.*

La question se pose s'agissant de l'utilisation de la marque dans les pages Web du site du distributeur (**Paragraphe I**), dans les metatags (**Paragraphe II**) ainsi que comme nom de domaine (**Paragraphe III**).

Paragraphe I - Utilisation de la marque dans les pages Web

146. L'utilisation de la marque du fournisseur par le distributeur dans les pages Web de son site, que celui-ci soit conçu en vue de la promotion des produits ou destiné à la commercialisation en ligne, semble inéluctable. Le distributeur peut-il se voir reprocher un acte de contrefaçon par le promoteur lorsque ce-dernier n'a pas consenti à cette reproduction ?

147. La réponse à cette question doit être donnée à la lumière de la jurisprudence rendue en matière de distribution « physique ». En effet, l'on sait que la Cour de cassation a été amenée à assouplir les conditions d'exploitation de la marque dans le but de ne pas freiner le développement commercial des licenciés. Aussi, la Haute juridiction affirme-t-elle dans un arrêt du 27 oct.1992¹⁸⁸ qu' « *après avoir retenu, par motifs propres et adoptés, 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 été titulaire la société Y. qui avait mis en vente ses produits* ». Si l'on applique cette jurisprudence à la question ici étudiée, il appert que le distributeur bénéficie d'une autorisation tacite d'utiliser la marque du promoteur sur les pages Web de son site, lequel, rappelons-le, constitue un support publicitaire¹⁸⁹ et, de surcroît, un « procédé normal » eu égard à la banalisation de l'utilisation d'Internet. Le silence du contrat de distribution concernant l'exploitation de la marque sur le site du distributeur est ainsi pallié par le libéralisme dont fait preuve la jurisprudence en matière de licence d'exploitation de marque.

148. Par ailleurs, nier la possibilité pour le distributeur d'utiliser la marque du promoteur dans ses pages Web reviendrait à annihiler la liberté qui lui est reconnue par le droit de la concurrence de recourir à Internet. La marque, qui est un instrument essentiel de la distribution en réseau, ne doit pas devenir un obstacle à la distribution électronique alors même que cette forme de distribution s'apparente sur de nombreux points à un simple prolongement de la distribution « classique », c'est-à-dire réalisée au sein d'un point de vente « physique » et non virtuel. Cette argumentation se retrouve quant à l'utilisation de la marque par le distributeur dans les metatags.

Paragraphe II - Utilisation de la marque dans les metatags

149. Il a déjà été précisé, à propos du référencement, que les metatags¹⁹⁰ sont des mots-clés insérés dans le code source du site en vue de permettre son référencement dans les annuaires ou moteurs de recherche. L'activité du distributeur étant liée au rayonnement de la marque du promoteur, il est logique que ce distributeur se fasse référencer en insérant cette marque dans les metatags, lesquels dirigeront les internautes intéressés par celle-ci vers son site. Quant à la

¹⁸⁸ Com, 27 oct.1992, *Poivre Blanc*, PIBD 1993, III, p.166.

¹⁸⁹ V. *supra* n°63.

¹⁹⁰ Le Conseil de la concurrence les définit comme une « *marque informatique des termes qui seront retenus comme mot-clés pour opérer la sélection de sites susceptibles de répondre aux attentes de l'utilisateur* » V. Conseil de la concu, 9 juin 2000, Com.Com. Electro. nov.2000, comm.119, obs. G. Decocq.

licité d'une telle reproduction, il faut raisonner de la même manière qu'en matière d'usage de la marque dans les pages Web et sur le fondement de la même jurisprudence¹⁹¹. En effet, l'objet du référencement n'est autre que l'identification du distributeur sur la Toile et, en cela, la promotion des produits qu'il propose.

La question de l'utilisation de la marque en tant que nom de domaine pose plus de difficultés.

Paragraphe III - Utilisation de la marque comme nom de domaine

150. Le nom de domaine permet d'identifier un serveur Web (chaîne de caractère qui suit « www »), une messagerie électronique (chaîne de caractère qui suit le « @ ») ou encore un serveur « ftp » (c'est-à-dire l'espace de transfert de fichiers ; chaîne de caractère qui suit « ftp:// »). Il est nécessaire d'aborder la question du nommage (A) et le contentieux des noms de domaine (B) avant de voir comment ce nom de domaine met en exergue le caractère précaire du droit dont dispose le distributeur sur la marque du promoteur (C).

A. Le nommage

151. Le domaine est une région d'Internet et est constitué d'une ou plusieurs machines (réseau). Les domaines sont référencés dans des bases de données (DNS), elles-mêmes réparties à travers le monde et gérées techniquement par les différents NIC (Network Information Centers). Il convient de présenter succinctement l'attribution du nom de domaine (1) et de souligner les incertitudes qui entourent la nature juridique du nom de domaine (2).

1. L'attribution du nom de domaine

- Quels sont les types de noms de domaine ?

152. Les zones électroniques auxquelles on se rattache, à l'intérieur de la Toile, sont soit de haut niveau, et donc de rang mondial, ainsi les « .com » pour les entreprises ou « .org » pour les organisations¹⁹² (on parle de « *top level domain name* »), soit de niveau national (ex : « .fr » (cf Annexe 2), « .uk », « .it »...). Quant aux termes pouvant être utilisés pour se faire reconnaître dans ce rattachement électronique, une grande liberté existe. On peut se servir de la raison sociale de la société, de la marque d'un produit ou même d'un terme de pure fantaisie non déposé.

- Qui attribue les noms de domaine ?

153. Le nom de domaine doit se réserver. Si c'est un nom de domaine international, cela se fait auprès du N.S.I (*Network System Inc.*), organisme situé aux États-Unis qui a reçu

¹⁹¹ V. N. Contis et G. Cordier, préc., p.754 qui soulèvent la question pénétrante de la place des sites des divers distributeurs et de celui du fournisseur dans les résultats de la recherche fournie par l'annuaire ou le moteur de recherche. Ces auteurs soulignent, à juste titre, que cette question devra être réglée par un accord entre les intéressés. Toutefois, en cas de coexistence concurrente du site du fournisseur et de ceux des revendeurs, le fait pour le promoteur d'imposer à ses distributeurs un positionnement privilégié de son site pourrait tomber sous le coup du nouvel article L.442-6, I, 2, b du C. de com (modif. par la loi NRE 15 mai 2001) qui sanctionne « l'abus de puissance ».

¹⁹² Aussi « .net » pour les infrastructures du réseau, « .edu » pour les institutions d'éducation américaines...V. M. Vivant *et autres*, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, *op.cit.*, n°2316.

délégation pour gérer ces noms. S'il s'agit d'un nom de domaine national, la réservation s'opère auprès de l'organisme national qui est compétent à cet effet : en France, l'AFNIC, qui a un statut d'association. Il existe des incertitudes quant à la nature juridique du nom de domaine.



2. Les incertitudes quant à la nature juridique du nom de domaine

154. M. le professeur G. Loiseau, qui est le spécialiste en la matière, propose la définition suivante du nom de domaine : « *enseigne sous laquelle une entreprise exploite, sur le réseau de l'Internet, un établissement virtuel auquel une clientèle peut s'adresser pour obtenir des biens ou des services (c'est la boutique électronique) ou s'informer de l'activité commerciale qu'elle exerce* »¹⁹³. Il ressort de cette définition que le nom de domaine est un nouveau signe distinctif. Toutefois, il existe encore des incertitudes sur sa nature juridique. La difficulté provient du fait que, contrairement à la marque dont le rayonnement est strictement limité aux territoires pour lesquels elle est enregistrée, un nom de domaine a, de fait, un rayonnement mondial sans pour autant qu'aient été institués un régime et des critères de protection centralisés. Ainsi, un auteur affirme que « *le nom de domaine devient une marque mondiale de fait qui parasite les marques enregistrées* »¹⁹⁴. Ceci d'autant que la jurisprudence lui reconnaît une valeur juridique certaine (celle d'un signe distinctif) et le fait bénéficier des dispositions de l'article L. 711-4 CPI qui énonce que « *ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs* »¹⁹⁵. Le contentieux des noms de domaine est foisonnant.

B. Le contentieux des noms de domaine

155. Très brièvement, il faut retenir qu'en matière de protection du nom de domaine c'est la règle dite du « *premier arrivé, premier servi* » correspondant au principe du « *premier déclarant, premier occupant* » qui permet de monopoliser un nom de domaine, sans que la protection par le droit des marques puisse être opposée, sous réserve de la notoriété ou de la

¹⁹³ G. Loiseau, *Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif*, D.1999, chron.p.245 et s., n°5 *in fine*.

¹⁹⁴ B. Schaming, *Internet ou l'émergence de la marque mondiale de fait*, PA 9 mars 2001, n°49, p.14 et s.

¹⁹⁵ V. nota. TGI du Mans 29 juin 1999, Expertises, avril 2000, p.117 et p.107 comm. S. Vital-Durand; CA Paris, 18 oct.2000, n°2000/09406, *Virgin Interactive c/ France Telecom* qui élève le nom de domaine au rang de droit susceptible d'être protégé en soi.

renommée de cette marque, de la possibilité de prouver des actes de parasitisme ou de caractère frauduleux (ex : « *cybersquatting* », cf glossaire) de la demande d'attribution du nom domaine litigieux¹⁹⁶. Dans le cas des réseaux de distribution, le caractère notoire de la marque du fournisseur pourra souvent être opposé.

156. Enfin, il est à noter que, depuis le 26 août 1999, il existe une procédure de règlement des conflits de dénominations (dite UDRP) mise en place par l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) et dont l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) est en charge. Les conflits sont réglés par un panel d'arbitre, par voie électronique et en un temps record (quelques semaines).

S'agissant des réseaux de distribution, il s'infère de ces règles que le distributeur n'a qu'un droit précaire sur la marque du fournisseur.

C. Le droit précaire du distributeur

157. Dès lors que le distributeur est présent sur la Toile, il lui faut adopter un nom de domaine, lequel constituera le nom commercial ou l'enseigne de sa boutique virtuelle. Pour des raisons évidentes, la tentation sera grande pour ce distributeur d'utiliser la marque du producteur en vue d'attirer le plus grand nombre de consommateurs.

158. *Quid* de la validité d'une telle reproduction en l'absence de dispositions particulières du contrat-cadre sur l'utilisation de la marque sur le Web ?

159. Cette question a fait l'objet d'une jurisprudence récente dont il convient de rappeler les faits. Dans cette affaire, la société *Alifax*, revendeur au sein du réseau de distribution exclusive de la firme *Sony*, exploitait depuis 1997 un site de commerce électronique sous le nom de domaine « *espace-sony.com* » qui fût cofinancé par la société *Sony* elle-même. Suite, notamment, à la réclamation portée par un autre de ses distributeurs, la société *Sony France* mit en demeure la société *Alifax* de cesser l'exploitation, puis l'assigna devant le Tribunal de grande instance de Nanterre¹⁹⁷ pour contrefaçon, concurrence déloyale et parasitisme. La société défenderesse s'est prévalu du droit d'usage de la marque accordé par le contrat de distribution « à titre d'enseigne pour l'ensemble des activités commerciales ». Cependant, le Tribunal opère une distinction entre « le droit concédé par Sony au distributeur (...) simple droit d'utilisation accordé à titre précaire » et une licence d'exploitation. Il en déduit que les prérogatives accordées par *Sony* à son distributeur ne lui permettaient pas d'enregistrer les dénominations et marques à titre de nom de domaine et, *a fortiori*, d'en faire une exploitation au moyen d'un site. Le tribunal de Nanterre affirme que « le droit d'usage (...) ne permet au distributeur que la seule utilisation de la marque à titre d'enseigne (...), il ne justifie pas l'appropriation d'un nom de domaine reprenant les marques dont le fournisseur est titulaire (...) en s'accaparant l'usage à titre de nom de domaine d'un signe distinctif appartenant à

¹⁹⁶ Sur cette question V.M-E Haas, *La jurisprudence française sur les conflits entre noms de domaine et marques*, Gaz. Pal. 1998 I, doct. P.494 et s. ; G. Loiseau, chron. préc. ; M-A Gallot le Lorier et V. Varet, *Marques notoires mises à prix : Internet, espace de liberté mais non sans loi*, D.2001, juris.p.292 et s. ; C Khayat, *Internet, résolutions des conflits entre noms de domaine et signes distinctifs*, CJFE /CFCE n°1 /2001, p.119 et s.

¹⁹⁷ TGI Nanterre, 20 mars 2000, *Sony France SA c/ Alifax SA RL*, disponible sur http://www.legalis.net/jnet/decisions/marques/jug_tgi_nanterre_200300.htm; D.2000, AJ, p.287, obs. C. Manara.

Sony, Alifax se réserve l'exclusivité de la marque espace Sony sur le réseau de l'Internet ». Par ailleurs, les magistrats critiquent le risque de confusion suscité par le site, ce dernier apparaissant comme le site officiel de *Sony* en France, tant en raison de son adresse qu'au vu de son référencement dans les annuaires et moteurs de recherche. En définitive, le distributeur est condamné à des dommages-intérêts sur le fondement de la contrefaçon de marque, la concurrence déloyale et le parasitisme.

160. Toutefois, par un arrêt du 14 septembre 2000, la Cour d'appel de Versailles¹⁹⁸ a partiellement infirmé le jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre, bien qu'elle ait maintenu le dispositif du jugement concernant le sort des noms de domaine qu'avait enregistrés la société *Alifax* (« *espace-sony.com* » et « *alifax-espace-sony.com* »). La Cour a clairement écarté les qualifications de contrefaçon, de concurrence déloyale ou encore de parasitisme, se bornant à appliquer les dispositions des conventions intervenues entre *Sony* et son distributeur. Elle a notamment mis en lumière la « *généralité des termes employés* » par le nouveau contrat de distribution s'agissant de l'utilisation des signes distinctifs de *Sony* dans l'ensemble de l'activité commerciale des distributeurs. Selon la Cour d'appel, c'est à bon droit que la société *Alifax* a utilisé les marques pour identifier son site, en vertu de ce contrat. Il s'agissait même là d'une obligation : « *le point de vente sera exploité sous cette marque. Cette disposition vise l'enseigne commerciale, ainsi que l'ensemble de l'activité commerciale* ». Ainsi, les juges ont-ils considéré que ce n'est qu'à la date où *Sony* a transmis à ses partenaires un document relatif à l'usage de ses marques sur Internet que le caractère équivoque des stipulations contractuelles relatives à l'usage des signes distinctifs a pu être levé. La Cour en a déduit que, si l'usage des marques à titre de nom domaine était clairement prohibé à compter de cette date, il ne pouvait en être déduit l'existence d'une contrefaçon « *rétroactive* » de la part de la société *Alifax*. Par conséquent, cet arrêt relance le débat sur la nature du droit dont dispose le distributeur quant à l'utilisation de la marque du producteur comme nom de domaine.

161. Par conséquent, il est nécessaire que le producteur détermine précisément les conditions dans lesquelles ses distributeurs seront habilités à utiliser sa marque sur le Web. Par ailleurs, il semble naturel que ce soit le fournisseur qui détienne le nom de domaine correspondant à la marque dont il est titulaire. Au demeurant, cette solution n'exclut pas nécessairement l'usage de la marque en tant que nom de domaine par les distributeurs. En effet, il est possible de faire précéder cette marque du nom du distributeur, comme cela avait été fait à l'issue des négociations entre *Sony* et *Alifax*, et ainsi, éviter un risque de confusion avec le site du fournisseur. Par exemple, pour la marque *alpha*, le nom de domaine du site du promoteur sera « *alpha.com* » et ses distributeurs pourront adopter comme nom de domaine « *X-alpha.com* » pour le revendeur X, « *Y-alpha.com* » pour le revendeur Y, etc... Une telle reproduction de la marque devra néanmoins être expressément autorisée par le promoteur.

162. Enfin, il est à noter qu'une récente décision du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété industrielle (procédure UDRP) en date du 20 décembre 2001¹⁹⁹ affirme que le vice-président d'une société habilitée à revendre au détail les produits du demandeur – qui n'est par ailleurs que grossiste – a le droit d'enregistrer et utiliser

¹⁹⁸ CA Versailles, 14 sept.2000, *Sony c/ Alifax*, disponible sur http://www.legalis.net/jnet/decisions/marques/arret_ca-versailles_140900.htm; V. A. Nappey, *Commerce électronique et distribution : le point sur le conflit des réseaux*, legalis.net-2001-1, p. 17 et s.

¹⁹⁹ Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (Commission administrative), 20 déc.2001, D. Aff.2002, p.1275, obs. C. Manara.

un nom de domaine incorporant la marque de ce demandeur dès lors que le site Web utilisant ce nom promeut et vend des produits revêtus de cette marque et que ce site n'est pas source de confusion. Dans un litige semblable, un fournisseur français aura donc plus intérêt à utiliser la voie judiciaire classique afin de bénéficier de la jurisprudence *Alifax* précitée.

Conclusion de la partie I

163. L'examen des obligations respectives de chacun des membres du réseau de distribution met en avant le fait, qu'à l'instar de la distribution « classique », la distribution en espace virtuel implique l'existence de garde-fous destinés à prévenir les dissidences internes au réseau. Alors que les obligations du fournisseur semblent plutôt être dictées par le droit de la concurrence, celles des distributeurs envers le fournisseur résultent le plus souvent des dispositions du contrat-cadre, lequel organise la relation entre ces partenaires. La distribution électronique fait tantôt naître de nouvelles obligations, lesquelles se fondent néanmoins sur des principes classiques tels que la liberté de la concurrence, tantôt invite à revisiter les concepts classiques du droit de la distribution à la lumière de la spécificité du cyberspace. À cet égard, une large part est faite à la liberté contractuelle et il semble que la prévention des dissidences internes au réseau passe par une grande vigilance des parties quant à la précision des dispositions du contrat-cadre. À défaut, il faudra s'en remettre à la jurisprudence qui, en cette matière, fait preuve d'une spectaculaire capacité d'adaptation, au fil des décisions rendues en matière de ce qu'il convient d'appeler « le droit de l'Internet ». Cependant, les risques que la distribution en espace virtuel fait courir au réseau présentent une acuité toute particulière dans le cadre de la relation avec les tiers. C'est la question de l'organisation de la distribution électronique dans les rapports externes au réseau.

Partie II - L'organisation de la distribution électronique dans les rapports externes au réseau

164. Le réseau de distribution, qui n'est certes pas à l'abri des dissidences internes, a certainement plus à craindre de l'envie qu'il peut susciter auprès des concurrents. Il s'agit de « *l'envie d'avoir un succès commercial rapide, dû au prestige de la marque, à la clientèle qu'elle ne manquera pas d'attirer, mais l'envie d'avoir tout cela sans en supporter les contraintes* »²⁰⁰. La contrefaçon de marque est l'un des moyens permettant de satisfaire cette appétence illégitime. Néanmoins, et tout particulièrement en matière de distribution électronique, la technique qui inquiète le plus les fabricants et les membres des réseaux de distribution est celle qui, se fondant sur le principe de la libre concurrence, consiste à tenter de distribuer les produits du réseau sans en être membre. C'est la théorie dite du « passager clandestin » (dit encore « *free rider* »). Il a déjà été précisé que le réseau s'organise selon la politique commerciale qu'entend mener le promoteur. Il en résulte un certain nombre d'obligations pesant sur la tête de chaque membre du réseau, le tout formant un ensemble cohérent et homogène révélateur de l'identité du réseau et de sa marque aux yeux du public. Dès lors, il est patent que la présence d'un trublion, se faisant passer pour un membre du réseau et qui vend les produits de celui-ci à n'importe quel prix et dans n'importe quelles conditions, est de nature à désorganiser le réseau tout entier. Il apparaît donc nécessaire, voire indispensable pour le promoteur, de faire en sorte que son réseau soit, autant que faire se peut, étanche afin d'éviter tout bouleversement dans la cohérence de sa politique commerciale et que s'instaure une « *distribution à deux vitesses* » dont l'effet est de démotiver « *le détaillant agréé qui a consenti aux efforts que lui impose le fournisseur dans la vente du produit et le service à la clientèle, et (qui) porte atteinte au crédit et à l'image d'une marque qui se trouve banalisée* »²⁰¹. L'étanchéité du réseau revêt une importance toute particulière en matière de distribution sélective, au sein de laquelle s'est développé un véritable marché parallèle (« *grey import market* »), en raison principalement du prix élevé des produits de luxe²⁰². Force est d'ailleurs de constater que l'obligation pour les distributeurs de respecter cette étanchéité du réseau est désormais expressément énoncée dans la définition de la distribution sélective donnée par l'article 1 d du règlement de 1999²⁰³. Il est à craindre que la distribution en espace virtuel augmente les risques d'atteinte à l'étanchéité du réseau en multipliant les moyens de contourner la distribution sélective.

165. Nous avons donc choisi de consacrer nos développements à l'étanchéité du réseau de distribution électronique, alors même que les rapports externes au réseau englobent également la protection des tiers contre le réseau. Il convient d'examiner dans un premier temps la protection de l'étanchéité du réseau (**Titre I**) pour constater, ensuite, l'insuffisance de cette protection (**Titre II**).

Titre I - La protection de l'étanchéité du réseau

²⁰⁰ M. Béhar-Touchais, *La protection du réseau de distribution*, in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence, actes du Colloque de l'Université des Sc. Soc de Toulouse I 24 et 25 mars 1995, éd. Montchrestien 1996, p.53 et s.

²⁰¹ B. Shaming, *Pourquoi la distribution sélective n'est pas condamnée ?*, JCP Cah.dr.ent., 15 oct 1992, p.20.

²⁰² V.Ch. Collard et Ch. Roquilly, *Electronic commerce and closed distribution networks: proposals for solving legal problems*, op. cit, n°3.1.1.

²⁰³ V. supra n°25.

166. Un réseau de distribution sélective est étanche lorsque le fournisseur situé en tête du réseau parvient à réserver la vente de ses produits aux distributeurs qu'il a sélectionnés, à l'exclusion des distributeurs extérieurs au réseau. Cette exclusion des tiers se retrouve également en matière de concession exclusive en raison de la nature même de ce mode de distribution. En revanche, la question ne se pose pas pour la « distribution agréée » proprement dite, puisque dans ce système, le fournisseur consent à livrer non seulement les distributeurs par lui agréés, mais aussi tout commerçant qui en fait la demande²⁰⁴. Les promoteurs éprouvent de nombreuses difficultés à préserver l'étanchéité de leur réseau. Ce problème apparaît aujourd'hui plus aigu que dans le passé d'abord car les atteintes se sont multipliées, mais surtout car elles se sont aggravées, en ce qu'elles émanent souvent de concurrents très puissants, en l'occurrence de la grande distribution²⁰⁵. La question qui se pose est celle de la licéité de la revente par un distributeur parallèle des produits d'un réseau dont il n'est pas membre et, à travers elle, celle de l'efficacité des réseaux de distribution, en particulier, de distribution sélective. D'un côté, le revendeur parallèle ou « *free rider* » sera tenté d'invoquer le principe de liberté de la concurrence pour justifier son entreprise ; de l'autre, le fabricant fera valoir la nécessité d'offrir aux acheteurs un lieu de vente adapté, tant en personnel compétent qu'en installations conformes. La Cour de cassation a tranché ce litige en faveur des fabricants en posant deux règles : le réseau est en principe inopposable tiers ; cependant, si son titulaire prouve sa licéité, le procédé bénéficie alors d'une pleine protection. Il s'infère de cette seconde règle une application cumulative du droit de la concurrence, auquel il appartient de dire si le réseau est ou non valable, et de la théorie générale des obligations dont le rôle sera de dire, si et comment le réseau licite doit être protégé contre la distribution parallèle. C'est ce qu'il convient d'examiner au travers des conditions de la protection (**Chapitre I**) ainsi que de la mise en oeuvre de la protection (**Chapitre II**).

Chapitre I - Les conditions de la protection

167. Autrefois, la Cour de cassation condamnait les importations parallèles en elles-mêmes²⁰⁶. Puis, pour favoriser la concurrence et éviter le cloisonnement du marché elle considéra que le distributeur hors réseau qui achète à un tiers, puis revend les produits relevant d'un réseau de distribution ne commet pas, en dehors d'autres éléments, un acte de concurrence déloyale²⁰⁷. En clair, elle décida que le réseau est inopposable aux tiers. L'opposabilité est définie comme l'obligation pour les tiers de respecter le contrat en tant que fait²⁰⁸, laquelle leur impose de ne pas entraver l'exécution de ces conventions ou de ne pas méconnaître les engagements pris par les contractants.

168. Toutefois, si le fabricant prouve la licéité de son réseau, il bénéficie alors d'une pleine protection. Il résulte de cette assertion que la protection est subordonnée à des conditions de fond (**Section I**) mais aussi à des conditions de forme (**Section II**).

Section I - Les conditions de fond

²⁰⁴ R. Bout *et autres*, *op. cit.*, n°4384 et s.

²⁰⁵ M. Béhar-Touchais, *op.cit.*, p.55.

²⁰⁶ Com, 21 février 1978, Bull. civ IV, n°73.

²⁰⁷ Com, 13 déc.1988, PA 1989, n°59, p.8, note V. Grellière.

²⁰⁸ J. Duclos, *L'opposabilité*, préf. D. Martin, LGDJ, 1984, n°21 cité par Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, *op.cit.*, n°42.

169. Pour être protégé le réseau doit être licite (**Paragraphe I**), et l'étanchéité doit être prévue par le contrat-cadre (**Paragraphe II**).

Paragraphe I - La licéité du réseau

170. La licéité du réseau dépend logiquement du droit de la concurrence. Or, ce droit est bicéphale : il existe un droit français et un droit communautaire ayant cet objet. Cependant, il convient de tenir compte de l'effet utile du droit communautaire qui est une notion » *invoquée pour empêcher un législateur national de prendre des mesures, qui sans violer directement la règle communautaire, l'empêcherait en fait d'être effective, que ce soit des mesures de fond ou des dispositions procédurales* »²⁰⁹.

171. La détermination de la licéité des accords verticaux vient d'être considérablement simplifiée par le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 qui instaure un système d'exemption automatique à la condition de respecter deux conditions :

- La première condition est que la part de marché du fournisseur (ou celle de l'acheteur en cas de fourniture exclusive) ne dépasse pas le seuil de 30 % (art.3). Cette part de marché est calculée sur la base de la valeur des ventes (ou de celle des achats en cas de fourniture exclusive) effectuées au cours de l'année précédente par le fournisseur (ou par l'acheteur, s'il s'agit d'une fourniture exclusive) ainsi que par leurs entreprises liées.
- La seconde condition posée par l'article 4 du règlement est l'absence de clauses dites « noires » dans l'accord vertical. Ces clauses noires sont considérées comme entraînant des restrictions tellement graves à la libre concurrence que, selon la Commission, même l'exemption individuelle d'accords verticaux qui contiendraient de telles restrictions est prohibée²¹⁰. Le règlement 2790/99 dresse la liste de ces clauses noires. Il s'agit par exemple des prix de vente imposés par le fournisseur à l'acheteur, des restrictions territoriales et de clientèle...

172. Ainsi, dès lors que ces deux conditions sont respectées, l'accord bénéficie d'une présomption de légalité et, par conséquent, d'une exemption automatique.

173. Cependant, en matière de distribution électronique, une difficulté risque de surgir de l'approche résolument économique adoptée par le règlement 2790/99. En effet, afin de calculer la part de marché, il est nécessaire de définir préalablement le marché pertinent concerné dans ses deux dimensions fondamentales : d'une part, le marché des produits et/ou services considérés ; d'autre part, le marché géographique. Or, si Internet, en tant que mode de distribution spécifique, est considéré comme un marché pertinent, la position de l'entreprise au regard du règlement d'exemption pourrait s'avérer quelque peu délicate²¹¹. En effet, si l'entreprise est la première sur son marché à utiliser Internet en tant que canal de distribution, elle sera considérée comme réalisant 100 % du volume des ventes opérées par le truchement

²⁰⁹ M. Béhar-Touchais, *op.cit.*, n°6, p.56.

²¹⁰ Lignes directrices, *op.cit.*, point 46.

²¹¹ V. sur ce point, G. Dang N'Guyen, *Internet et la délimitation des marchés pertinents : un point de vue économique*, Rev. de la concu. et de la conso. , n°121, mai-juin 2001, p.20 et s. ; Adde L. Bidaud, *La relation offre-demande et la délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, JCP Cah.dr.ent, n°4, 2000, p.1 et s ; M-C Boutard Labarde, *Internet et droit de la concurrence*, in A.F.D.I.T, *Internet saisi par le droit*, sous la dir. de X. Linant de Bellefonds, préf. F. Fillon, éd. Des Parques, 1997, p.95 et s.

de ce nouveau circuit de distribution. Dès lors, le producteur ne pourra pas bénéficier de l'exemption automatique prévue par le règlement n° 2790/99 et devra démontrer que son réseau de distribution satisfait aux critères pour bénéficier d'une exemption individuelle. Par ailleurs, le bénéfice de l'exemption générale peut être retiré si la concurrence sur le marché est restreinte de manière significative par l'effet cumulatif de faisceaux parallèles d'accords similaires. Par exemple, en matière de distribution sélective, la Commission considère que le risque d'effet cumulatif est peu probable si la part de marché couverte est inférieure à 50 % ou dépasse le seuil mais sans que la part cumulée des cinq fournisseurs les plus importants n'atteigne 50 %. Dès lors, de la qualification juridique de la distribution électronique dépendra le risque de se voir retirer l'exemption en raison d'effet cumulatif d'accords parallèles.

174. Toutefois, le Tribunal de commerce de Nanterre a jugé qu' « *Internet étant, en fait, un simple moyen de communication, (il) ne saurait constituer en soi un marché pertinent* »²¹². Cette jurisprudence s'oppose, néanmoins, à celle du Conseil de la concurrence qui a considéré que le fait pour un consommateur d'être membre d'un club de vente de livres par correspondance le positionnait sur un marché pertinent spécifique (celui de la vente de livres par club), différent du canal de distribution traditionnel des livres²¹³. Quant à la jurisprudence communautaire, elle n'offre aucune décision sur ce sujet. Il est à noter que la doctrine considère que l'on peut penser que le développement de l'Internet dans les années à venir le transformera en canal de distribution parfaitement substituable aux modes « traditionnels »²¹⁴. Pour un auteur, c'est déjà le cas et ce « *caractère de substituabilité lui ôte toute pertinence* »²¹⁵.

175. Enfin, s'agissant des accords verticaux exclus du champ d'application du règlement 2790/99, il faut préciser qu'à leur égard, seule une décision d'exemption individuelle adoptée par la Commission (bientôt par les autorités nationales) peut leur éviter de tomber sous le coup de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles.

176. Ainsi, si le réseau est licite à la lumière de ces principes, encore faut-il que l'étanchéité du réseau ait été prévue par le contrat-cadre.

Paragraphe II - L'étanchéité du réseau prévue par le contrat-cadre

177. Pour que son réseau soit protégé contre les « *free riders* », le promoteur doit avoir pris le soin d'insérer dans le contrat-cadre une clause prohibant la revente à des distributeurs non agréés²¹⁶. À cet égard, force est de constater que la jurisprudence conduit à distinguer l'étanchéité effective de l'étanchéité juridique. L'étanchéité est effective lorsque celui qui diffuse ses produits par un réseau de distribution sélective parvient réellement à empêcher la commercialisation des produits contractuels par des distributeurs parallèles. Cependant, pour l'appréciation de la licéité des réseaux de distribution sélective, la jurisprudence se contente d'une « *étanchéité juridique* » du réseau. En effet, pour que le réseau soit licite, il suffit que les

²¹² T.com, Nanterre, réf., 4 oct.2000, *SA Yves Saint-Laurent Parfums et SA Parfums Van Cleef et Arpels c/ Parfumsnet*, *op.cit.*

²¹³ Cons. Concu, 11 mars 1993, *France-Loisirs c/ Le grand livre du mois*, BOCCRF du 26 mars 1993, p.104 cité par Ch. Roquilly et Ch. Collard, *Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implications en droit communautaire de la concurrence*, *op.cit.*, p.11.

²¹⁴ Ch. Roquilly et Ch. Collard, *ibid*

²¹⁵ V. J.C. Galloux, *La toile n'est pas au parfum*, Com.com.électro, déc.2000, comm.130, p.23.

²¹⁶ Sur la licéité de ces clauses, V. *infra* n°253 et s.

contrats interdisent aux distributeurs agréés la vente à des non-agrégés, sans qu'il y ait lieu de savoir si, en pratique, il est matériellement impossible à ces derniers de s'approvisionner ; le fournisseur n'a pas à établir qu'il a pris des mesures propres à assurer l'étanchéité effective de son réseau et la discipline des distributeurs qui en sont membres²¹⁷. Au reste, la CJCE affirme que « l'étanchéité d'un système de distribution n'est pas une condition de sa validité au regard du droit communautaire... »²¹⁸. *A priori*, le fait que le règlement de 1999 intègre l'étanchéité dans la définition de la distribution sélective ne devrait en rien modifier ces principes.

La protection du réseau est également subordonnée à des conditions de forme.

Section II - Les conditions de forme

178. Les conditions de forme de la protection du réseau contre les tiers sont relatives à la preuve de la licéité du réseau (**Paragraphe I**) ainsi qu'aux mesures conservatoires (**Paragraphe II**) qui peuvent être prises.

Paragraphe I - La preuve de la licéité du réseau

179. Il convient d'examiner, classiquement, la charge de la preuve (A) puis les moyens de preuve (B).

A. La charge de la preuve

180. Selon la Cour de cassation, c'est à celui qui commercialise ses produits par un réseau de distribution sélective et qui demande la condamnation d'un intermédiaire non agréé en invoquant une dérogation au principe de la libre concurrence, qu'incombe la preuve de la réunion des conditions nécessaires à la licéité de ce réseau²¹⁹. Il ne revient pas au distributeur non agréé d'établir la preuve de l'illicéité. La doctrine a discuté la question de savoir si cette jurisprudence contrevient ou non au droit commun de la preuve. Pour Mme le professeur M. Béhar-Touchais, il n'y a pas vraiment de dérogation au droit commun dans la mesure où il ne s'agit pas de prouver la validité du réseau pour éviter une annulation, mais simplement parce que c'est un élément générateur du droit à protection. Ihéring disait que « *la preuve est la rançon du droit* ». Selon l'analyse retenue par M. Béhar-Touchais, elle serait ici la rançon du droit de revendiquer la protection du réseau contre les passagers clandestins. En outre, cette analyse est conforme au principe « *actori incumbit probatio* » puisque dans la majorité des cas, ce sera le fabricant qui sera demandeur à l'action.

181. Du reste, il faut préciser que les juges ne sauraient se livrer à l'examen des fautes éventuellement commises par le distributeur non agréé sans s'être au préalable prononcés sur la licéité du réseau de distribution sélective²²⁰.

182. Les moyens de preuve admis par la jurisprudence atténuent cependant sensiblement la charge de cette preuve requise du promoteur.

²¹⁷ Com, 23 février 1993, D.1993, IR, p.24.

²¹⁸ CJCE, 13 jan.1994, aff C-376/92, *Metro c/ Cartier*, Rec. CJCE I, p.15; Com, 25 avril 2001, D.2001, AJ, p.1946 et s., obs. E. Chevrier.

²¹⁹ Com, 13 déc 1988, *op.cit.*

²²⁰ Com, 9 mars 1993, n°89-20.796 cité par R. Bout *et autres*, *op. cit.*, n°4359 ; R. Goyer, *Distribution sélective : étanchéité du réseau et preuve de la concurrence déloyale*, JCP Cah.dr.ent, 1/97, p.1 et s.

B. Les moyens de preuve

183. La Cour de cassation considère, tout d'abord, que la preuve de la licéité du réseau est rapportée lorsque l'analyse des obligations réciproques des parties fait apparaître que les distributeurs agréés « *ne peuvent vendre... qu'à des consommateurs directs ou à d'autres distributeurs agréés des Etats membres de la Communauté* »²²¹. De même, la Haute juridiction a admis que la licéité du réseau peut résulter d'une lettre de classement de la Commission, même si celles-ci n'ont pas, en vertu de la jurisprudence de la CJCE, valeur normative²²².

184. Ensuite, la jurisprudence se contente, pour admettre la preuve de la licéité du réseau, de la production des contrats de distribution. Ainsi, selon le mot de certains auteurs, il appartient au promoteur d'apporter la simple preuve de la validité *prima facie* du réseau en produisant les contrats²²³. R. Goyer en déduit que, dès 1992, « *la Cour de cassation française a largement admis la présomption d'étanchéité des réseaux (dispense de preuve factuelle) et de licéité des contrats (...)* »²²⁴.

185. Par conséquent, c'est au tiers qu'il incombera de prouver outre et contre cette validité apparente du réseau. Finalement, c'est sur le tiers que pèsera la preuve la plus délicate à apporter. Par ailleurs, il est nécessaire que le promoteur ait la possibilité de faire cesser le trouble qui résulte de l'intrusion illégitime dans son réseau de distribution par l'octroi de mesures conservatoires.

Paragraphe II - Les mesures conservatoires

186. Eu égard à l'importance du préjudice qui peut résulter, pour le réseau de distribution, de la revente parallèle, la question de la possibilité de demander au juge des référés de prononcer des mesures conservatoires s'est très vite posée en la matière. Au départ, la jurisprudence a refusé d'admettre ce recours en se fondant sur l'article 808 NCPC qui dispose que « *dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ». En effet, dès lors qu'il fallait faire une preuve préalable et complète de la licéité du réseau, il en résultait une contestation sérieuse que le juge des référés ne pouvait trancher.

187. Puis, le 27 octobre 1992, la Cour de cassation a renversé le principe en énonçant que « *l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle à ce que le juge des référés prescrive les mesures conservatoires qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite* »²²⁵. A la vérité, la Cour de cassation n'a fait que changer de fondement textuel en se référant à l'article 809 al. 1^{er} NCPC qui prévoit la

²²¹ Com, 27 oct. 1992, D.1992, juris.p.505, 1^{ère} espèce, note A. Bénabent.

²²² CA Aix-en-Provence, 10 juin 1993, Bull. Aix 1993, n°1, p.29, note C. Prieto cité par R. Bout *et autres*, *op.cit.*, n°4359.

²²³ M. et J. M Mousseron, *Le bonheur retrouvé de la distribution sélective*, RJDA, 1/93, p.7 et s. cité par M. Béhar- Touchais, *op.cit.*, p.63.

²²⁴ R. Goyer, *Distribution sélective : étanchéité du réseau et preuve de la concurrence déloyale*, préc.

²²⁵ Com, 27 oct 1992, *op.cit.*; pour une confirmation récente, V. Trib.com, Nanterre, 4 oct 2000, *Parfumnsnet*, *op.cit.*

possibilité d'un référé-conservatoire même en présence d'une contestation sérieuse. Dès lors, un distributeur non agréé ne saurait prétendre que ne sont démontrés ni le dommage imminent ni le trouble manifestement illicite « *alors qu'était constante la mise en vente par (ce distributeur) de produits portant la marque* » du fournisseur²²⁶.

Ces conditions étant réunies, le promoteur pourra exiger la mise en oeuvre de la protection de son réseau.

Chapitre II - Mise en oeuvre de la protection

188. La revente parallèle recouvre en réalité une pluralité d'hypothèses. Tout d'abord, le revendeur hors réseau peut avoir été fourni régulièrement. Par exemple, le réseau de concessionnaires exclusifs ne couvrirait pas certains territoires, et le revendeur a passé sa commande auprès du concédant à partir d'un territoire non couvert par l'exclusivité. Ensuite, le revendeur hors réseau peut aussi s'être approvisionné irrégulièrement. Tel est le cas lorsqu'un distributeur agréé méconnaît la clause qui lui interdisait de fournir un distributeur hors réseau. Cependant, la protection du réseau demeure nécessaire que l'approvisionnement du « *free rider* » ait été ou non régulier. Au reste, il est à noter que le promoteur peut également se retourner contre le distributeur qui viole la clause d'étanchéité sur le fondement de la responsabilité contractuelle, mais il s'agit des relations internes au réseau.

189. Dans la mise en oeuvre de la protection de son réseau contre les tiers, il sera opportun pour le fournisseur, avant d'envisager la voie judiciaire, de tenter de résoudre le litige qui l'oppose au revendeur parallèle par le truchement de modes alternatifs au règlement des conflits, tels que la transaction²²⁷ ou l'arbitrage²²⁸. En cas d'échec, le promoteur devra saisir les institutions judiciaires pour obtenir la protection du réseau, laquelle résultera soit de l'application des règles de la concurrence déloyale ou parasitaire (**Section I**), soit de l'application par le droit des marques (**Section II**).

Section I - La protection par la concurrence déloyale et le parasitisme

190. La protection du réseau de distribution a d'abord été d'origine jurisprudentielle (**Paragraphe I**). Mais, depuis la loi du 1er juillet 1996, complétée par la loi du 15 mai 2001 (NRE), il existe une protection légale du réseau de distribution (**Paragraphe II**).

Paragraphe I - La protection jurisprudentielle

191. Au terme d'une évolution (A), la jurisprudence française a précisé que le réseau licite n'est pas protégé contre tout acte de commercialisation hors réseau, mais uniquement contre les comportements fautifs du « *free rider* » (B).

A. Evolution jurisprudentielle

²²⁶ Com, 23 février 1993, n°91-11.943 et 91-11.945 cité par R. Bout *et autres*, *op.cit.*, p.4374.

²²⁷ Ce fût le cas entre la société *citycom SA*, revendeur non agréé et la société *Chanel* à propos de l'emploi de la marque de la seconde société dans les métatags du site de la première. V. T. Verbiest, *Distribution sélective et Internet : un revendeur non agréé reconnaît sa faute et transige*, Droit et Nouvelles Technologies, 9 juin 2000, disp sur <http://www.droit-technologie.org>.

²²⁸ D. Bretagne-Jaeger, *Le contentieux de la distribution sélective : vive l'arbitre ?*, PA, 25 sept.1996, n°116, p.12 et s.

192. Cette évolution jurisprudentielle, qui s'est déroulée en trois temps, révèle la reconnaissance progressive, par les juges français, de l'effet utile du droit communautaire déjà évoqué²²⁹.

- Au cours d'une première période qu'il est possible de situer jusqu'en 1983, la jurisprudence considérait que la protection du réseau se faisait par l'application « autonome » des règles de l'opposabilité du contrat aux tiers et de la concurrence déloyale. Elle en a déduit que tous les réseaux de distribution licites pouvaient être protégés contre la distribution parallèle, à la condition que les distributeurs parallèles aient eu connaissance de l'existence du réseau, et ce, en distinguant deux hypothèses : d'une part, celle où il y a tierce complicité, c'est-à-dire que le revendeur hors réseau commet une faute délictuelle en contractant par exemple avec le fournisseur, dès lors qu'il participe en connaissance de cause à la violation délibérée de l'engagement d'exclusivité de ce dernier ; d'autre part, celle où il n'y a pas tierce complicité, hypothèse dans laquelle le tiers engage sa responsabilité délictuelle par le seul fait qu'il viole consciemment le droit d'autrui en revendant le produit sur le territoire exclusif. Cette jurisprudence a fait l'objet d'acribes critiques car elle autorisait la protection territoriale absolue du réseau, par le jeu de l'article 1382 du C.civ, alors que le droit communautaire prohibait une telle protection.
- La seconde période, que l'on peut situer entre 1983 et octobre 1992, est marquée par l'abandon de cette interprétation de l'article 1382 du Code civil. En effet, les 16 février et 12 juillet 1983²³⁰, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence concernant les réseaux de distribution exclusive. Puis, par un arrêt du 10 janvier 1989, la Cour de cassation étend le revirement aux contrats de distribution sélective en affirmant que « *le fait d'avoir commercialisé des produits relevant du réseau de distribution sélective de la société Nina Ricci, ne constituait pas en lui-même en l'absence d'autres éléments un acte fautif* »²³¹. Dès lors, le fait pour un revendeur parallèle de commercialiser des produits relevant d'un réseau de distribution devait être corroboré par un agissement fautif, dont l'existence était appréciée très strictement. De cette conception stricte de la faute du « *free rider* » résultait de nouveau une méconnaissance de l'effet utile du droit communautaire de la concurrence²³².
- La jurisprudence est entrée dans une troisième période à compter du 27 octobre 1992, où, en rendant huit arrêts, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a opéré « *un affinement qui est en fait un revirement déguisé* »²³³. En effet, même si la Cour de cassation a continué d'affirmer que « *le fait de commercialiser les produits relevant d'un réseau de distribution sélective ne constitue pas en lui-même un acte fautif* », les cas où le distributeur hors réseau est considéré comme fautif sont devenus tellement fréquents, que cela a conduit à une réelle protection des réseaux.

Le fondement de la protection demeure donc la faute délictuelle du « *free rider* ».

²²⁹ V *supra* n°170 ; *adde* M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, préc, n°1359 et s.

²³⁰ Com, 12 juillet 1983, D.1984, juris.p.489, note D. Ferrier.

²³¹ Com, 10 janvier 1989, Bull civ IV, n°18.

²³² V. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, préc, n°1361.

²³³ M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, préc, n°1362 ; sur ces arrêts V. G. Bonnet et J.M. Mousseron, *Donner et retenir ne vaut (II)*, JCP Cah.dr.ent 1993, n°1, p.23 et s.

B. Fondement de la protection : la faute délictuelle du « free rider »

193. Que ce soit en matière de distribution sélective ou de distribution exclusive la protection du promoteur contre les revendeurs hors réseau repose sur l'action en concurrence déloyale qui est une action en responsabilité délictuelle de droit commun fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Le fabricant sera donc tenu d'établir, outre le fait que son réseau est licite, le comportement fautif du revendeur hors réseau. Il devra également démontrer qu'il subit un préjudice, lequel est, comme le souligne le professeur Ph. Le Tourneau²³⁴, « *polymorphe* » à bien des égards. Comme cela vient d'être précisé, depuis 1992, la faute du « *free rider* » n'est plus conçue de manière restrictive et sera retenue, tout d'abord, en cas d'approvisionnement irrégulier (1), de comportement portant atteinte à l'image de marque du réseau (2), de publicité mensongère du tiers (3) et de parasitisme (4).

1. L'approvisionnement irrégulier

194. Il incombe au revendeur hors réseau de rapporter la preuve qu'il a régulièrement acquis ses produits pour les revendre²³⁵. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi affirmé qu'« *un réseau de distribution sélective est un fait juridique opposable aux tiers. Le revendeur non agréé qui, en parfaite connaissance de cause de l'existence d'un tel réseau, commercialise des produits protégés sans justifier d'un accord du fabricant, commet un acte constitutif de concurrence déloyale* »²³⁶. Ainsi, en commercialisant sur son site Internet, des produits provenant d'un réseau de distribution sélective « *en s'abstenant de solliciter un agrément (la société Parfumnet) contrevenait aux règles de ce marché* »²³⁷.

195. Il faut également noter que la Cour de cassation a établi une sorte de présomption de mauvaise foi du tiers, puisque celui-ci doit pouvoir prouver (ou accepter de prouver) la provenance du produit et, par conséquent, la régularité de celle-ci.²³⁸ De même, a été regardé comme fautif, en lui seul, le refus par un distributeur non membre du réseau de justifier de la provenance des produits²³⁹. Mais une fois que le revendeur hors réseau a prouvé qu'il avait acheté régulièrement l'objet litigieux (sur un réseau parallèle ou auprès d'un concessionnaire), ce n'est pas à lui d'établir que son vendeur l'avait lui-même acquis régulièrement²⁴⁰.

Cependant, la responsabilité d'un revendeur parallèle s'étant approvisionné auprès d'un distributeur agréé a pu être retenue au seul motif qu'il « *ne répond(ait) pas aux exigences du réseau et port(ait) donc atteinte à l'unité et à l'intégrité de celui-ci, tout en pratiquant des prix nettement plus bas* »²⁴¹.

L'acquisition irrégulière du produit n'est pas le seul cas de concurrence déloyale du tiers.

²³⁴ Ph. Le Tourneau, *De la spécificité du préjudice concurrentiel*, RTDCom., jan-mars 1998, p.83 et s.

²³⁵ Com, 27 oct.1992, n°89-21.063, préc.

²³⁶ CA Aix-en-Provence, 10 juin 1993, Bull. Aix 1993, n°1, p.29, note C. Prieto cité par R. Bout et autres, *op.cit.*, n°4362.

²³⁷ Trib.com, Nanterre, 4 oct 2000, *Parfumnet*, *op.cit.* ; Adde CA Paris, 5 sept. 2003, *SA Rueducommerce c/SARL Jamo France*, M. Malka, *Distribution sélective sur le Net : pas de différence de traitement pour les free riders*, <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=403>.

²³⁸ Com, 27 oct.1992, n°322, 332 et 333, préc.

²³⁹ Com, 27 oct.1992, 3^{ème} esp., préc.

²⁴⁰ Com, 19 oct.1999, D.2000, juris.p.341, note L. Mauger-Vielpeau; Com, 25 avril 2001, préc.

²⁴¹ CA Paris, 5 sept. 2003, *SA Rueducommerce c/SARL Jamo France*, *op.cit.*

2. L'atteinte à l'image de marque

196. Sur ce point, l'atteinte à l'image de marque du réseau, telle qu'elle a déjà été définie, va présenter les mêmes caractéristiques que celle qui peut être due au fait du distributeur lui-même en raison de l'environnement virtuel dans lequel s'exerce la distribution électronique²⁴².

3. La publicité mensongère

197. La publicité mensongère est un délit réprimé par l'article L 121-1 du Code de la consommation qui vise « *toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* ». Ainsi, lorsqu'un revendeur hors réseau distribue un produit dont le conditionnement indique « *ne peut être vendu que par un distributeur agréé* », il y a publicité mensongère car le consommateur est trompé puisqu'il déduit de cette mention que le revendeur fait partie du réseau distribution. Mais il y a aussi concurrence déloyale car le « *free rider* » commet une faute délictuelle préjudiciable au promoteur du réseau²⁴³. Une telle hypothèse semble également pouvoir être retenue en cas de revente par un « *free rider* » d'un produit en indiquant qu'il bénéficie de la garantie du constructeur²⁴⁴.

198. En matière de distribution électronique, l'allégation fautive figurera le plus souvent sur la page d'accueil (« *homepage* ») du site du revendeur. Néanmoins, la faute délictuelle du revendeur parallèle pourra sans aucun doute être retenue lorsque la mention figure dans des pages plus profondes de son site (par exemple, dans une vitrine virtuelle).

4. Le parasitisme

199. La théorie du parasitisme, dont on s'accorde à attribuer la paternité à Yves Saint-Gal²⁴⁵, est née du souci légitime de sanctionner l'usage injustifié par un tiers de la notoriété d'une entreprise, en l'absence de relations de concurrence entre les protagonistes. Très vite, la théorie du parasitisme est élargie, grâce à l'influence du professeur Ph. le Tourneau, à la protection de toute « *valeur économique* » d'une entreprise traduisant la réalisation d'investissements²⁴⁶, même en présence d'une situation de concurrence entre les parties. Le recours au parasitisme a ainsi élargi le domaine traditionnel de la concurrence déloyale en permettant d'appréhender tout emprunt d'une valeur économique d'un concurrent réalisé sous forme d'une imitation, même partielle, en dehors de tout risque de confusion. Cette extension est, pour certains, abusive en ce sens qu'elle confère « *une protection excessive des situations acquises allant au-delà de la protection conférée par les droits de propriété intellectuelle et risquant, à terme, de porter atteinte à la libre concurrence et à la liberté du commerce et de*

²⁴² Sur cette question, V. *supra* n°107 et s.

²⁴³ Com, 27 oct.1992, préc.

²⁴⁴ V. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, préc, n°1368.

²⁴⁵ Y. Saint-Gal, *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire*, RIPIA 1956, n°25-26, p.19 et s.

²⁴⁶ V. Ph. Le Tourneau qui expose que la notion d'agissements parasitaires « *permet de condamner quiconque, même non-concurrent, qui usurpe sensiblement une valeur économique d'autrui, réduisant ainsi notablement ses investissements matériels et intellectuels, gagnant du temps, évitant de prendre des risques...* ». *Le parasitisme, in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, actes du Colloque de l'Université des Sc. Soc de Toulouse I 24 et 25 mars 1995, éd. Montchrestien 1996, p.69 et s., n°4 ; *Adde* du même auteur, *De la modernité du parasitisme*, Gaz.Pal. 28-30 oct.2001, p.4 et s, spéc.p.7 .

l'industrie »²⁴⁷. Néanmoins, la Cour de cassation persiste et signe en continuant d'affirmer que le parasitisme peut exister en dehors d'un risque de confusion, l'imitation étant en elle-même un comportement fautif lorsqu'elle est volontaire²⁴⁸.

200. En notre matière, il est patent que le « *free rider* », lorsqu'il revend de manière parallèle les produits du réseau distribution, cherche à vivre dans le « *sillage* » de ce réseau, en profitant des efforts que le promoteur a réalisés et, le cas échéant, de la réputation de son nom et de ses produits. Ainsi, dans l'arrêt *Louis Azarro* du 27 octobre 1992, la Chambre commerciale de la Cour de cassation affirme que le tiers commet un acte de concurrence déloyale « *pour avoir commercialisé des produits d'un réseau de distribution sélective, sans être soumis aux contraintes habituelles des distributeurs agréés, et en bénéficiant en outre de la valeur publicitaire de la marque pour développer sa propre commercialisation* »²⁴⁹. Il sera néanmoins nécessaire de prouver que l'importateur parallèle que l'on qualifie de parasite, a bien tiré profit des efforts du réseau.

Outre cette protection prétorienne, il existe une protection légale du réseau de distribution contre les tiers revendeurs.

Paragraphe II - La protection légale : l'art. L 442-6 6° C.com

201. C'est l'hypothèse de la « tierce complicité » qui a été condamnée par l'ancien article 36-6 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, modifié par la loi du 1er juillet 1996 et aujourd'hui inséré dans le nouveau Code de commerce à l'article L. 442-6, 6°(ancien article L 442-6, 5° depuis la loi du 15 mai 2001 NRE). Cet article dispose qu'engage la responsabilité de son auteur le fait « *de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence* ».

202. Dès lors, aux termes de ce texte, si l'interdiction de revente hors réseau est licite, le tiers engage sa responsabilité s'il la méconnaît directement ou indirectement. Pour autant, le revendeur n'est responsable que s'il est de mauvaise foi, laquelle se caractérise par la connaissance effective du contrat liant le promoteur et le distributeur dont il s'est rendu complice de la violation de la clause d'étanchéité du réseau. Comme cela a déjà été souligné, la charge de la preuve qui pèse sur le promoteur a été considérablement allégée par la Cour de cassation²⁵⁰.

203. D'un point de vue procédural, il faut noter que le dispositif antérieur à la loi du 15 mai 2001 NRE prévoyait déjà la possibilité pour le Ministre chargé de l'Économie et pour le parquet d'introduire une action devant les juridictions civiles ou commerciales. Toutefois, ne leur était reconnue, en l'absence de plaignant, que la possibilité de demander la cessation des pratiques abusives. Le nouveau texte permet désormais au Ministre chargé de l'Économie et au ministère public non seulement de demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques, mais, en outre, de :

²⁴⁷ V.C. Hueber et S. Binn, *Comment sauver la théorie du parasitisme ?*, Cont.conc.conso, août-sept.2000, chron. n°13, p.4 ets ; V.aussi, J. Passa, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, D. Aff. 2000, chron.p.297.

²⁴⁸ Com, 30 jan 2001, D.Aff. 2001, juris.p.1939 et s. note Ph. le Tourneau.

²⁴⁹ Com, 27 oct.1992, *Louis Azarro*, *op.cit.*

²⁵⁰ V. *supra* n°183 et s.

- faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu ;
- demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros ;
- demander, à la place d'une victime défailante, la réparation des préjudices subis.

204. Mme le professeur M. Béhar-Touchais affirme que ce « *texte* (loi du 1^{er} juillet 1996) *pérennise la jurisprudence passée* » et a « *voulu replacer le principe de protection du réseau au premier plan* »²⁵¹. Cette même protection se retrouve s'agissant du droit de marque du fournisseur.

Section II - La protection par le droit des marques

205. La question qui se pose est celle de savoir si le fait pour un revendeur hors réseau de vendre un produit marqué distribué en principe par un réseau de distribution sélective est ou non constitutif d'une atteinte à la marque. La réponse à cette question est étroitement liée à la reconnaissance de la théorie de l'épuisement communautaire du droit de marque (**Paragraphe I**). Il conviendra également d'étudier l'action contre le revendeur parallèle (**Paragraphe II**).

Paragraphe I - La théorie de l'épuisement communautaire du droit de marque

Le principe (A) de l'épuisement communautaire du droit de marque est assorti de limites (B).

A. Le principe

206. La théorie communautaire de l'épuisement du droit des marques est énoncée à l'article L.713-4 CPI, lequel est issu de la loi du 4 janvier 1991 transposant la directive n°89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques. Cet article dispose que : « *le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté européenne ou l'Espace économique européen sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement* ». Dans l'affaire *Silhouette International*, la CJCE a précisé que l'épuisement ne peut être que communautaire, c'est à dire que la théorie ne produit pas ses effets lorsque la première « mise dans le commerce » a eu lieu hors de l'Union européenne²⁵². Cette théorie exprime la conciliation de l'exclusivité attachée au droit du titulaire de la marque et du principe de libre circulation des marchandises et de libre prestation de services consacré par les articles 28, 49 et 50 du Traité CE. Les articles L.122-6, L.613-4 et L.713-4 du Code de la propriété intellectuelle ont consacré en droit français la règle de l'épuisement du droit, respectivement pour les logiciels, les brevets et les marques.

²⁵¹ M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, préc., n°1374.

²⁵² CJCE, 16 juillet 1998, *Silhouette*, aff. C-335/96 : RCJB 1999, p.361 ; Toutefois, il est à noter que dans un arrêt récent, la Cour affirme que le consentement du titulaire d'une marque à la commercialisation dans l'espace économique européen de produits mis antérieurement dans le commerce en dehors de celui-ci peut-être implicite dès lors qu'il exprime de façon certaine la renonciation du titulaire de la marque à se prévaloir de ses droits, V. CJCE, 20 nov.2001, *Zino Davidoff SA*, aff. Jtes 414 à 416/99, Bull. actu. en ligne éd. F. Lefebvre du 22 jan 2002, disponible sur <http://services.eff.fr>.

207. En matière de distribution électronique, il faut se demander si l'offre en vente de produits sur un site Web constitue ou non une « mise dans le commerce ». Si oui, cette mise dans le commerce peut-elle être considérée comme effectuée dans l'Union européenne, eu égard au caractère mondial de l'Internet?

208. Sur le point de savoir si la commercialisation sur Internet équivaut ou non à une « mise dans le commerce », certains auteurs font remarquer que l'exposition en vente s'entend de la manière la plus générale²⁵³. Dès lors, le fait de proposer la vente de produits sur le Web peut valoir mise dans le commerce. Néanmoins, il convient d'attendre l'avis de la jurisprudence avant de l'affirmer de manière péremptoire.

209. Quant à la localisation de cette mise dans le commerce, il suffira de déterminer le marché visé pour savoir si cette mise dans le commerce a eu lieu ou non dans l'Union européenne et, par conséquent, lui appliquer la théorie communautaire de l'épuisement du droit des marques. Cette localisation pourra s'établir grâce à des indices tels que la langue utilisée par le site, le nom de domaine...

Le titulaire de la marque garde cependant la possibilité de faire échec à l'épuisement du droit.

B. Les limites

210. L'article L. 713-4 du CPI introduit un tempérament important à l'épuisement du droit en énonçant que : « *toutefois, faculté reste alors ouverte au propriétaire de s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation s'il justifie de motifs légitimes, tenant notamment à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits* ». La Cour d'appel de Paris a interprété ce texte dans un sens favorable à la protection des réseaux de distribution²⁵⁴. Elle considère d'abord « *que l'épuisement du droit de marque ne peut intervenir que lorsque le produit qui en est revêtu a été commercialisé avec le consentement du titulaire de ce droit à l'usage précis qui en est fait* ». Elle ajoute que « *l'existence d'un réseau de distribution sélective, conforme aux critères de licéité imposés par le droit communautaire, constitue un juste motif pour écarter l'effet d'épuisement et interdire la distribution des produits et la diffusion de la marque en cause lorsque celles-ci sont opérées en violation des règles du réseau* »²⁵⁵.

211. Au niveau communautaire, il a été jugé que constituait un « motif légitime » le fait que l'importateur « *reconditionne* » un produit célèbre. La CJCE a en effet retenu que « *le titulaire de la marque peut légitimement s'opposer à la commercialisation ultérieure du produit lorsque l'importateur a reconditionné le produit sauf s'il est démontré que cette opposition a pour but le cloisonnement artificiel des marchés, que le ré-étiquetage n'affecte pas l'état du marché, (...) que la présentation du reconditionnement ne peut pas nuire à la réputation de la*

²⁵³ F. Vanhaelen et T. Verbiest, note préc., p.15.

²⁵⁴ CA Paris, 1^{er} oct.1997, *Aff Vespa*, D. Aff.1997, n°39, p.1293 cité par R. Bout et autres, *op. cit.*, n°4367.

²⁵⁵ Il faut noter cependant que pour B. Schaming « *il s'agit manifestement d'une décision qui confond deux notions car la violation des règles du réseau peut tout au plus entraîner la mise en cause de la responsabilité contractuelle ou quasi délictuelle des auteurs ou coauteurs de cette violation, sans qu'il soit besoin de recourir à la notion d'épuisement du droit dont l'utilité est tout au plus de déterminer si les ventes sont contrefaisantes ou non* », V. *La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite*, D.2000, chron.p.173 et s.

marque et de celle de son titulaire »²⁵⁶. De même, constitue un « motif légitime » le fait que le revendeur parallèle lui fasse une publicité dans des conditions qui portent atteinte à son image de marque. C'est notamment l'arrêt de la CJCE en date du 4 novembre 1997 *Dior c/ Evora* qui énonce que « le titulaire d'un droit de marque ou d'un droit d'auteur ne peut s'opposer à ce qu'un revendeur, qui commercialise habituellement des articles de même nature(...), que les produits protégés, emploie ceux-ci, conformément aux modes qui sont usuels dans son secteur d'activité, afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure de ses produits, à moins qu'il ne soit établi que, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, l'utilisation de ces produits à cette fin porte une atteinte sérieuse à leur renommée »²⁵⁷.

212. Aussi, le professeur D. Ferrier estime-t-il que la notion de « motif légitime » pourrait être élargie à la commercialisation par l'Internet²⁵⁸ dans la mesure où celle-ci, comme cela a déjà été démontrée, peut-être attentatoire à l'image de marque du réseau et des produits. Pour s'en convaincre, il est possible de se référer à la jurisprudence relative aux marques notoires utilisées par des tiers sur le Web. Lorsque cet usage intervient dans des conditions contraires à la réputation de la marque, la jurisprudence retient le parasitisme et relève un « préjudice d'image »²⁵⁹. Ces considérations conduisent à étudier l'action intentée contre le revendeur parallèle.

Paragraphe II - L'action contre le revendeur parallèle

213. Il est nécessaire de distinguer l'action qui peut être portée devant la juridiction pénale (A) de l'action pouvant être portée devant la juridiction commerciale (B).

A. L'action portée devant la juridiction pénale

214. Après avoir marqué un temps d'hésitation, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que « l'article 422-2 (devenu l'article L.716-3 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) depuis la loi du 4 janvier 1991) n'a pas pour objet de sanctionner pénalement les acquéreurs ou revendeurs de produits même commercialisés au mépris d'un système de distribution sélective lorsque la marque utilisée n'a pas été contrefaite »²⁶⁰. Cette jurisprudence a été étendue au cas où la marque litigieuse a été utilisée par le distributeur non agréé pour les besoins d'une opération publicitaire²⁶¹. L'article L.716-3 du CPI réprime le délit d'usage illicite de la marque, c'est-à-dire d'usage de la marque sans l'autorisation de son titulaire. Quant à la contrefaçon, visée en l'espèce par la Cour de cassation, elle consiste généralement dans le fait d'avoir copié une oeuvre littéraire, un titre, un dessin ou un modèle, d'avoir reproduit une marque de fabrique ou fabriquer un objet breveté sans l'autorisation du titulaire du droit de propriété intellectuelle²⁶² et est réprimée par les articles L.716-1 et s. du CPI en ce qui concerne les marques de fabrique. L'article L.716-3 du CPI confère seulement un droit de suite au titulaire de la marque, lui permettant de contrôler étroitement les lieux de

²⁵⁶ CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-427/93, *Bristol-Myers Squibb*, Rec. CJCE, I, 1996, p.3457 cité par R. Bout et autres, *op. cit.* n°4367.

²⁵⁷ CJCE, 4 nov.1997, aff. C-337/95, *Dior c/ Evora*, Rec. CJCE, I, p.6013; D.1998, juris.p.587 et s. note M-Ch. Bergerès.

²⁵⁸ D. Ferrier, *La coexistence des canaux de distribution*, *op. cit.*, p.18.

²⁵⁹ V. nota. TGI Nanterre, 31 jan. 2000, D.2001, juris.p.292 et s. note M-A Gallot le Lorier et V. Varet

²⁶⁰ Crim, 18 avril 1988, D.1988, IR, p.158.

²⁶¹ Crim, 16 nov.1992, JCP (E) 1993, pan, p.90 cité par R. Bout et autres, *op.cit.*, n°4365.

²⁶² Dictionnaire permanent de droit des affaires, éd. Législatives, étude *Contrefaçon*, n°2.

distribution de ses produits marqués, même acquis régulièrement et non altérés, et *a fortiori*, s'ils ont été acquis illicitement.

215. Par conséquent, pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le promoteur ne peut se prévaloir de cette disposition pour agir contre le revendeur parallèle. Cependant, la Chambre commerciale de cette même Cour n'est pas du même avis.

B. L'action portée devant la juridiction commerciale

216. Pendant un temps, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a partagé l'analyse de la Chambre criminelle²⁶³. Mais, par un arrêt du 23 février 1993, la Chambre commerciale a abandonné cette solution et décidé que le tiers au réseau qui a commercialisé le produit marqué sans l'accord du fabricant se rend coupable d'usage illicite de la marque²⁶⁴. Toutefois, force est de constater que cette jurisprudence a été rendue sous l'empire de l'article 422-2 de l'ancien Code pénal, dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 janvier 1991 qui consacre la théorie de l'épuisement communautaire du droit de marque. Comme cela a déjà été précisé, il résulte de cette théorie que l'usage de la marque d'autrui est licite, si le titulaire a autorisé la première mise en circulation du produit. Mais l'article L.713-4 du CPI ajoute qu'il est fait exception à l'impossibilité d'interdire l'usage du produit après sa première mise en circulation en cas de « motif légitime ».

217. Dès lors, eu égard à la jurisprudence précitée relative à la notion de « motif légitime », il faut affirmer, avec le professeur D. Ferrier, que la notion de « motif légitime » peut être élargie à la distribution via le Web, dans la mesure où celle-ci peut-être, dans les conditions précédemment étudiées, attentatoire à l'image de marque du réseau et des produits. Ainsi, le revendeur parallèle ne pourra utiliser sur la page d'accueil de son site Web que la marque verbale (la simple dénomination du produit ou service) et non le logo du promoteur du réseau par exemple dans le cas de ventes de véhicules de marque sur Internet²⁶⁵. De même, la possibilité de créer des liens hypertextes avec l'éventuel site d'un distributeur agréé ou du fabricant, dans le dessein de faire croire qu'il est membre du réseau officiel, est également exclue. En effet, la Cour d'appel de Paris a retenu le grief de contrefaçon en raison de l'utilisation d'une marque dans un hyperlien « *lorsque la création de ce lien procède d'une démarche délibérée et malicieuse, entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine, lequel doit alors répondre du contenu du site auquel il s'est, en créant ce lien, volontairement et délibérément associé dans un but déterminé* »²⁶⁶. Il en sera de même si le distributeur utilise de façon abusive la marque du promoteur dans les balises metatags de son site²⁶⁷.

218. Ainsi, que ce soit par le droit des marques ou par les règles de la responsabilité civile, il existe bien une protection du réseau de distribution contre les revendeurs parallèles. Néanmoins, cette protection, dont les fondements ont fait l'objet de nombreuses tribulations jusqu'en 1992, s'avère être insuffisante et ce, particulièrement en matière de distribution sur la Toile.

²⁶³ Com, 13 déc.1988, D.1989, juris.p.427 et s., note A. Bénabent.

²⁶⁴ Com, 23 février 1993, D.1994, juris.p.318 et s., note E. Fort-Cardon.

²⁶⁵ V. F. Vanhaelen et T. Verbiest, préc., p.14.

²⁶⁶ CA Paris, 4^{ème} Ch., 19 sept. 2001, D.Aff. 2002, AJ, p.643 et s., obs. C. Manara.

²⁶⁷ Il est à noter qu'un arrêt récent de la CA de Paris étend cette responsabilité à l'utilisation de la dénomination sociale dans les metatags, V. CA Paris, 13 mars 2002, D. Aff 2002, AJ, p.1752 et s., obs. C. Manara.

Titre II - L'insuffisance de la protection

219. L'étanchéité du réseau de distribution paraît indispensable pour préserver l'homogénéité de la politique commerciale du réseau. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne la distribution sélective, au sein de laquelle la « tête de réseau » entend, par le truchement de contraintes imposées aux distributeurs agréés, asseoir l'image de marque et la notoriété attachée aux produits de son réseau. Aussi, la Cour de Justice des Communautés européennes affirme-t-elle que « *tout système de distribution fondé sur les points de distribution implique nécessairement, à peine de n'avoir aucun sens, l'obligation pour les distributeurs faisant partie du réseau de n'approvisionner que des revendeurs agréés* »²⁶⁸. Par ailleurs, la définition de la distribution sélective donnée par l'article 1 d du règlement communautaire de 1999 fait clairement référence à l'étanchéité du réseau comme élément caractéristique de la distribution sélective.

220. Or, en pratique, il s'avère que les réseaux de distribution sont vulnérables dans la mesure où les revendeurs parallèles parviennent fréquemment à se procurer les produits commercialisés par lesdits réseaux, en vue de les revendre dans des conditions qui échappent aux fabricants. Cette pratique, due à une insuffisance de la protection des réseaux, est très pernicieuse pour l'équilibre des réseaux de distribution. Maître B. Schaming affirme, s'agissant de la distribution sélective, qu'il est « *illusoire, et au total réducteur, de voir le salut de la distribution sélective dans une défense minimaliste contre la revente parallèle à partir de l'action en concurrence déloyale ou de l'action contrefaçon qui sont du ressort du contentieux(...)* (lequel) *ne peut en aucun cas et moins que jamais, offrir une solution à un problème qui est fondamental et structurel dès lors qu'il est inscrit dans l'architecture même de la distribution sélective telle qu'elle existe actuellement* »²⁶⁹.

221. Ce mal dont souffre la distribution « traditionnelle » va nécessairement se retrouver en matière de distribution électronique. Néanmoins, il convient de se demander si, en cette matière, la revente parallèle revêt une forme ou un degré particulier et s'il existe des moyens de s'en préserver. C'est ce que nous ferons en examinant les raisons de l'insuffisance de la protection (**Chapitre I**) avant d'en envisager les remèdes (**Chapitre II**).

Chapitre I - Les raisons de l'insuffisance de la protection

222. L'étanchéité des réseaux est, en général, très difficile à assurer car la notoriété et l'image de marque véhiculées par les produits distribués suscitent la convoitise des tiers aux réseaux. Ceci est vrai, à des degrés divers, pour toutes les formes de distribution en réseau. Pourtant, l'étanchéité constitue la véritable clef de voûte de la politique commerciale du promoteur. La perméabilité du réseau engendre « *une précarisation permanente des investissements faits par le chef de file du réseau (sélectif) et propriétaire d'une marque, au soutien de la distinctivité de ses produits ou services et de la valeur de la marque sur cette distinctivité dans un contexte de forte concurrence par l'image autant que par les prix* »²⁷⁰.

²⁶⁸ CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26/76, *Métro I*, Rec. CJCE, p.1875 cité par F. Vanhaelen et T. Verbiest, préc., p.14.

²⁶⁹ B. Schaming, *La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite*, op.cit.

²⁷⁰ B. Schaming, *La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite*, op.cit, p.175.

223. Ce mal endémique qui frappe toutes les formes de réseaux de distribution risque de s'amplifier dans le cadre de la distribution électronique. En effet, il est patent que les revendeurs parallèles vont essayer de tirer profit des failles tenant au particularisme du cybermonde. Au reste, les causes de l'insuffisance de la protection des réseaux « traditionnels » se retrouvent, par analogie, concernant la forme électronique de la distribution en réseau.

Il convient donc d'examiner les raisons de l'insuffisance de la protection tenant à l'environnement virtuel (**Section I**) avant d'examiner les raisons juridiques (**Section II**).

Section I - Raisons tenant à l'environnement virtuel

224. Comme cela a déjà été précisé, le cybermonde se caractérise par son immatérialité et par son internationalité. Dans le cyberspace, tout semble proche, la notion de distance devient évanescence dans cet univers où tout déplacement se résume à un simple « clic ». De même les notions de contact, de dialogue et d'échange se diluent dans l'espace. Tout est dématérialisé. Le seul élément physique semble être le moyen d'accéder au cybermonde, c'est à dire l'ordinateur. Mais « *c'est un ordinateur dont le centre est partout et la circonférence nulle part, un ordinateur hypertextuel, dispersé, vivant, pullulant, inachevé, virtuel, un ordinateur de Babel : le cyberspace lui-même* »²⁷¹. L'internaute lui-même se dématérialise lorsqu'il franchit la porte du cybermonde. Il devient invisible, seuls ses déplacements laissent une trace. Il n'a pas de véritable identité. Il peut être successivement un consommateur, un observateur, un chercheur, un citoyen, un pirate et ce, en fonction de ses déplacements et de ses actes sur le Web. Le cyberspace est l'univers de l'anonymat, du pseudonyme. Les « chats » et forum de discussion en sont une illustration topique. Rares sont les internautes qui dévoilent leur véritable identité lors d'un de ces forums. La Toile favorise incontestablement l'anonymat.

225. En notre matière, c'est précisément sur cet anonymat que l'étanchéité du réseau de distribution achoppe. En effet, dans le cadre de la distribution « physique », le distributeur étant le plus souvent assujéti à l'interdiction de vendre à un tiers au réseau, il sera en général difficile pour ce dernier de s'approvisionner en grande quantité auprès de ce distributeur. En revanche, si la distribution s'effectue via le Web, il sera plus aisé pour le « *free rider* » de s'approvisionner en multipliant les achats discrets de petites quantités. En effet, de cette façon, il sera difficile pour le distributeur d'identifier le revendeur non agréé. Ce dernier pourra changer de poste pour éviter que l'adresse URL de son ordinateur ne soit reconnue par le distributeur. Par ailleurs, le « *free rider* » pourra fournir à chaque connexion des informations erronées concernant son identité.

226. Ainsi, l'anonymat que permet le Web risque d'accroître la perméabilité du réseau de distribution. Les distributeurs de bonne foi auront beaucoup de difficultés à identifier les « *free rider* » sur la Toile en raison des manœuvres fallacieuses utilisées par ces derniers pour tromper leur vigilance.

A ces raisons techniques s'ajoutent des raisons juridiques à l'insuffisance de la protection du réseau contre les tiers.

²⁷¹ P. Lévy, *Qu'es-ce que le virtuel ?*, op. cit, p.45.

Section II - Raisons juridiques

227. Outre le fait que, comme l'affirme la doctrine dominante, la protection du réseau par l'action en concurrence déloyale et la contrefaçon ne suffit pas, il existe d'autres règles, dont le fondement repose sur le principe de la liberté de la concurrence qui vont engendrer une insuffisance de la protection des réseaux de distribution contre les revendeurs hors réseaux. Il s'agit de l'interdiction des clauses restreignant les importations parallèles entre distributeurs du réseau (**Paragraphe I**) ainsi que de l'interdiction des clauses de protection absolue (**Paragraphe II**).

Paragraphe I - L'interdiction des clauses restreignant les importations parallèles entre distributeurs du réseau

228. Certains promoteurs avaient cru à tort qu'ils pouvaient interdire le commerce des biens contractuels entre les membres du réseau. De fait, en ne permettant que la vente aux consommateurs, ces promoteurs entendaient supprimer le risque qu'un revendeur ne se présente comme membre du réseau, et que le distributeur sélectif lui vende des produits contractuels sans avoir conscience de méconnaître ses obligations.

229. Or, la jurisprudence tant interne que communautaire a toujours condamné ce type de clauses restreignant les importations parallèles entre distributeurs (*intra brand*)²⁷². Cette interdiction est fondée sur le principe fondamental de liberté de la concurrence. Force est de constater qu'elle concerne également les clauses qui tendent indirectement à ce but, comme par exemple celles qui obligent le distributeur sélectif à un chiffre d'affaire minimal d'achat auprès du fournisseur.

230. Cette interdiction vient d'être consacrée par l'article 4 d du règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999 qui dispose que le bénéfice de l'exemption automatique est perdue dans l'hypothèse où il existe des restrictions aux « *livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce* ». Une telle clause est dite « noire » en raison de la gravité de l'atteinte qu'elle fait subir à la liberté de la concurrence. Les lignes directrices de ce règlement déduisent de cette prohibition des restrictions des livraisons croisées que « *la distribution sélective ne peut être combinée avec des restrictions verticales visant à contraindre les distributeurs à s'approvisionner en biens contractuels exclusivement auprès d'un fournisseur déterminé (engagement d'achat exclusif, par exemple)* » (point 53).

231. Cette interdiction n'appelle aucune remarque particulière s'agissant de la distribution électronique sauf à dire qu'elle diminue l'efficacité de la protection du réseau de la même manière que pour la distribution « physique ». Cette remarque vaut également pour l'interdiction des clauses de protection territoriale absolue.

Paragraphe II - L'interdiction des clauses de protection territoriale absolue

232. La protection territoriale est dite absolue lorsque le fournisseur exige du distributeur exclusif non seulement qu'il ne satisfasse pas les commandes de clients domiciliés hors du

²⁷² V. nota. CJCE, plén, 28 avril 1998, aff C-306/96, *Javico c/ Yves Saint-Laurent Parfums*, Cont.conc.conso 1998, comm. n°91, obs. L. Vogel.

territoire concédé, mais encore qu'il impose à ses clients l'obligation de ne pas exporter la marchandise en dehors de ce territoire. Elle se distingue de la protection territoriale dite « renforcée » où le fournisseur s'engage à ne pas approvisionner d'autres distributeurs dans le territoire concédé et à imposer à ces autres distributeurs l'obligation de ne pas rechercher activement une clientèle sur ce territoire, et lorsque le distributeur exclusif s'engage à ne pas vendre les produits du fournisseur en dehors de son territoire.

233. La protection territoriale absolue est prohibée tant par le droit communautaire que par le droit interne. En effet, une telle protection aboutirait à un cloisonnement du marché en totale contradiction avec le principe de liberté de la concurrence ainsi que celui de liberté de circulation des produits.

234. Du reste, une telle protection conduit à prohiber les ventes passives des distributeurs. Dès lors, elle tombe sous le coup de la prohibition édictée par l'article 4 du règlement n° 2790/1999. Une telle clause, qu'elle soit insérée dans un accord de distribution exclusive ou de distribution sélective, aura donc pour effet de faire obstacle au bénéfice de l'exemption automatique prévue par le règlement de 1999. Au demeurant, une telle clause ne pourra pas davantage donner lieu à une exemption par décision individuelle.

235. Ainsi, il apparaît clairement de ces règles que la protection du réseau doit être conciliée avec les principes matriciels de libre circulation des marchandises et de libre concurrence, lesquels bénéficient tant aux revendeurs parallèles qu'aux distributeurs eux-mêmes.

Ce n'est que dans le respect de ces principes que doivent être recherchés des remèdes à l'insuffisance de la protection.

Chapitre II - Les remèdes à l'insuffisance de la protection

236. L'insuffisance de la protection des réseaux concerne aussi bien, nous l'avons vu, la distribution « traditionnelle » que la distribution « électronique ». Par ailleurs, c'est en matière de distribution sélective qu'elle revêt une acuité toute particulière en raison des lourds investissements engagés par le promoteur en vue d'assurer la pérennité et la croissance d'une valeur d'image. Aussi, un auteur affirme que « *la distribution sélective doit évoluer ainsi graduellement vers une distribution distinctive entièrement ordonnée autour de la reconnaissance de la primauté de la valeur immatérielle de la marque et des autres éléments distinctifs du produit protégé par le droit d'auteur sur la valeur d'utilité du produit* »²⁷³.

237. Il existe toutefois des remèdes à l'insuffisance de la protection. Certains sont propres à la modernité et à la technicité caractérisant la distribution électronique et correspondent à l'idée précédemment développée selon laquelle « il faut combattre le mal par le mal ». Nous commencerons par examiner ces mesures techniques (**Section I**). D'autres remèdes sont plus classiques et valent pour la distribution « traditionnelle ». Par conséquent, ils s'appliquent par analogie à la distribution électronique. Ils passent par des aménagements du contrat-cadre (**Section II**).

Section I - Les mesures techniques

²⁷³ B. Schaming, *La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite*, op. cit, p.176.

238. Nous avons déjà vu que la distribution en espace virtuel risquait d'encourager la revente parallèle en raison de l'anonymat qui est consubstantiel au cybermonde. Dès lors, les mesures techniques susceptibles d'éviter l'approvisionnement des « free rider » sous couvert de cet anonymat sont principalement des techniques d'identification. La plus importante semble être la signature électronique (**Paragraphe I**). Cependant, il existe d'autres mesures techniques d'identification des « cyberclients » (**Paragraphe II**).

Paragraphe I - La signature électronique

239. La transposition en droit interne de la directive européenne du 13 décembre 1999²⁷⁴ sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques a été partiellement effectuée par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique²⁷⁵ et par le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001²⁷⁶ pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique.

240. La loi du 13 mars 2000 a introduit un nouvel article 1316-4 dans le Code civil. Cet article instaure une présomption de fiabilité applicable aux procédés d'identification qui respectent les conditions ultérieurement précisées par le décret du 30 mars 2001. L'article 2 de ce texte dispose que « *la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* ».

241. C'est le décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et systèmes des technologies d'information qui a défini les conditions de certification des procédures sécurisées²⁷⁷. Ce décret met en œuvre une procédure particulière pour évaluer les procédés de création de signature électronique sécurisée.

242. Il apparaît ainsi que, pour être présumé fiable, un procédé d'identification doit mettre en œuvre une signature électronique sécurisée, laquelle doit être établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique. La signature doit pouvoir être vérifiée, la vérification doit reposer sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié et la fiabilité n'est présumée que jusqu'à preuve contraire.

- Tout d'abord, la signature électronique est une donnée qui résulte de l'usage d'un procédé répondant aux conditions définies à la première phrase de l'article 1316-4 du Code civil, autrement dit d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle se rattache.

Cette signature ne doit pas être confondue avec la signature électronique sécurisée. Cette dernière est une signature électronique qui satisfait en outre aux exigences suivantes :

²⁷⁴ Dir du Parl. et du Cons. CE n°1999/93, du 13 déc.1999, JOCE 19 janvier 2000, n°L.13, p.12.

²⁷⁵ JO du 14 mars 2000, p.3698.

²⁷⁶ D. n°2001-272, 30 mars 2001, JO 31 mars 2001, p.5070.

²⁷⁷ JO du 19 avril 2002, dispo sur <http://www.legifrance.gouv.fr>; A. Penneau, *La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques*, D.2002, chron. p. 2065.

- être propre au signataire ;
- être créée par des moyens que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif ;
- garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable.

Pour que le procédé d'identification soit présumé fiable, la signature électronique sécurisée doit avoir été établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique.

- Le dispositif de création de signature électronique est un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les données de création de signature électronique, ces données étant elle-même des éléments propres au signataire, tels que des clés cryptographiques privées, utilisées pour créer une signature électronique²⁷⁸.

Ce dispositif devient un dispositif sécurisé de création de signature électronique lorsqu'il présente des qualités particulières et qu'il a été certifié conforme. Cette certification s'opère selon la procédure établie par le décret du 18 avril 2002, par les services du Premier ministre chargé de la sécurité des systèmes d'information ou par un organisme désigné à cet effet par un État membre de la Communauté européenne.

Mais, les entreprises françaises sont en mesure de passer des contrats signés électroniquement en toute confiance que depuis le 8 juin 2002, date de publication de l'arrêté du 31 mai relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation. En effet, l'arrêté du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie du 31 mai 2002²⁷⁹ a désigné le COFRAC pour accréditer les organismes (centres d'évaluation) qui procéderont à l'évaluation des tiers certificateurs afin de reconnaître leur qualification.

- Pour être présumé fiable le procédé d'identification doit ensuite respecter plusieurs exigences relatives à la vérification de la signature électronique.

Un dispositif de vérification de signature électronique est un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les données de vérification de signature électronique. Ce dispositif de vérification peut, après évaluation, faire l'objet d'une certification, en respectant les procédures déterminées par l'arrêté du 31 mai 2002.

- Enfin, la vérification de la signature, qu'elle soit effectuée par un dispositif de vérification de signature électronique certifiée ou non, doit reposer, en application de l'article 2 du Décret du 30 mars 2001, sur « l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ».

Un certificat électronique est un document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique. Ce certificat ne peut, selon l'article 6 du Décret, être regardé comme qualifié que s'il comporte certains éléments et s'il est délivré par un prestataire de services de certification électronique satisfaisant aux exigences fixées par le Décret.

²⁷⁸ *La signature électronique*, Entretien avec Nadia Vivien, Fiscal on line, dispo. sur http://www.fiscalonline.com/signature_electronique.htm.

²⁷⁹ JO 8 juin 2002, dispo. sur <http://www.legifrance.gouv.fr>.

243. Ce dispositif qui est véritablement opérationnel depuis le 8 juin 2002 devrait considérablement freiner les approvisionnements irréguliers de tiers hors réseau grâce à la fiabilité de l'identification qu'il instaure.

Cependant, d'autres techniques peuvent être utilisées par le distributeur, et même lui être imposées par le contrat-cadre dans le dessein d'identifier d'éventuels « *free rider* ».

Paragraphe II - Les autres mesures techniques

244. Tout d'abord, l'on pense naturellement aux « cookies » qui peuvent être envoyés par le distributeur sur le disque dur de ses clients en vue de les identifier lors d'une prochaine connexion. Néanmoins, il suffira aux « *free rider* » d'effacer ces petits fichiers de leur disque dur à la fin de chaque connexion avec le site du distributeur pour éviter leur identification.

245. Par ailleurs l'utilisation d'un « *site tracker* », qui est un petit programme qui observe la fréquentation d'un site Web et qui peut servir à l'identification d'un internaute, est facilement contournable²⁸⁰.

246. L'utilisation de la technique du marquage des produits, au demeurant très classique²⁸¹, peut aussi être utilisée avec éventuellement un marquage spécifique des produits faisant l'objet de commerce électronique (mais le coût d'une telle mesure risque d'être rédhibitoire).

247. Enfin, le distributeur non agréé désireux de recourir à un agent électronique intelligent lui permettant d'automatiser les commandes risque bien d'en être dissuadé par le montant colossal de dommages-intérêts (100 millions de francs soit environ 15 millions d'euros) auxquels le Tribunal de commerce de Paris a, par un arrêt en date du 18 juin 1999²⁸², condamné les éditeurs du service *3617 Annu* pour avoir utilisé ce genre d'agents électroniques en vue de procéder à des téléchargements massifs sur les annuaires de *France Telecom*. Il se peut que les Tribunaux fassent preuve de la même sévérité à l'égard des distributeurs non agréés, lesquels procèdent de la même déloyauté à l'égard des distributeurs de bonne foi.

248. A ces mesures techniques propres aux technologies du numérique et, par conséquent, à la distribution électronique, s'ajoutent des mesures plus classiques se traduisant par des aménagements du contrat-cadre.

Section II - Les aménagements du contrat-cadre

249. Le promoteur du réseau soucieux d'assurer l'étanchéité de celui-ci va insérer dans le contrat-cadre un certain nombre de clauses s'imposant au distributeur et dont la violation sera de nature à déclencher la responsabilité contractuelle de ce dernier, et éventuellement, si le contrat le prévoit, le retrait de l'agrément et l'éviction corrélative du réseau.

250. Par ailleurs, il est à noter que dans l'impossibilité, où il se trouve parfois, d'identifier les distributeurs du réseau coupables de revente hors réseau, le fabricant a la possibilité de saisir le juge des référés sur le fondement de l'article 145 NCPC en vue de voir prononcer une

²⁸⁰ F. Vanhaelent et T. Verbiest, préc. p.14.

²⁸¹ P. Arhel, *La pratique des accords de distribution*, préf. L. Vogel, EFE, coll. référence première, 1997, n°181

²⁸² V. Flash info, legalis.net, dispo. sur http://www.legalis.net/jnet/1999/actualite_06_99.htm .

mesure d'instruction *in futurum* avant tout procès afin que soit établie l'origine des produits²⁸³.

251. Nous examinerons successivement les clauses de limitation des ventes (**Paragraphe I**), les clauses de limitation de la garantie aux produits vendus dans le réseau (**Paragraphe II**) et les clauses renforçant les pouvoirs de contrôle du fabricant (**Paragraphe III**).

Paragraphe I - Les clauses de limitation des ventes

252. La protection du réseau contre les tiers peut résulter d'une limitation quantitative des ventes (A) mais aussi, d'une limitation territoriale (B).

A. Limitations quantitatives

253. Avant la loi du 1er juillet 1996, la limitation quantitative des ventes aux distributeurs hors réseau constituait un refus de vente (2). Cependant, dès avant cette date, la jurisprudence avait admis la licéité des clauses d'étanchéité du réseau (1).

1. La validité des clauses d'étanchéité du réseau avant la loi du 1er juillet 1996

254. Sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945, le refus de vente était assimilé à la pratique des prix illicites et constituait une infraction pénale définie comme le fait pour un professionnel « *de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités et dans des conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs de produits ou demande de prestations de services, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi et que la vente de produits ou la prestation de services n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique* ». Toutefois, la jurisprudence avait déjà permis de justifier un refus de vente par l'existence d'un réseau de distribution licite²⁸⁴.

255. L'ordonnance du 1er décembre 1986 est venue dépénaliser le refus de vente dans les rapports entre professionnels en affirmant dans son article 36 2°) qu'engage « *la responsabilité (civile) de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : (...) 2. De refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestation de services, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles sont faites de bonne foi et que le refus n'est pas justifié par les dispositions de l'article 10* ». Or, ce dernier légitime les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles préservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ». La jurisprudence a donc légitimé un tel refus de vente à des distributeurs hors réseau en se fondant sur cette disposition lorsqu'elle était en présence d'un réseau de distribution licite²⁸⁵. Par ailleurs, le refus de vente pouvait également être justifié par la mauvaise foi d'un revendeur non agréé, par le caractère anormal de sa demande, par le non respect des règles de la distribution sélective, par l'inadéquation des points de vente ou enfin par la technicité du produit²⁸⁶.

²⁸³ V. R. Bout *et autres*, *op. cit.*, n°4355.

²⁸⁴ Crim, 11 juillet 1962, d.1962.p.467, *in* M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, préc.n°1352.

²⁸⁵ V. R. Bout *et autres*, préc.n°4347.

²⁸⁶ V. R. Bout *et autres*, préc.n°4348 et s.

2. La validité des clauses d'étanchéité du réseau après la loi du 1er juillet 1996

256. Le principe de l'interdiction du refus de vente devenant l'exception, le législateur a finalement supprimé toute référence à cette notion dans la loi du 1er juillet 1996 qui a abrogé l'article 36 2°) de l'ordonnance de 1986. Cependant, les refus de vente abusifs peuvent toujours être condamnés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ou même sur celui d'autres dispositions de l'ordonnance de 1986 et notamment celles concernant l'abus de domination, tel que redéfini par la loi du 15 mai 2001 NRE, ou encore l'interdiction des ententes, des pratiques des prix imposés ou des discriminations abusives...

257. Ainsi, depuis lors, afin d'empêcher les achats massifs sur son site, le distributeur peut parfaitement prévoir un nombre maximal d'achats par visite sur le site²⁸⁷. Une telle restriction risque de rendre bien plus difficile l'approvisionnement du « *free rider* ».

Le fabricant peut également imposer à ses distributeurs des limitations territoriales.

B. Limitations territoriales

258. Le distributeur pourrait limiter l'achat des produits sur le Web aux résidents d'une certaine région ou d'un certains pays. Ce faisant, il limiterait le risque d'approvisionnement de distributeurs hors réseau, à tout le moins, à condition que ceux-ci résident en dehors de la zone d'exclusivité territoriale qui lui est consentie. C'est la formule utilisée par le site *séphora.com* qui réserve la vente de ses produits (cosmétiques et parfums) aux américains seulement²⁸⁸.

259. Néanmoins, cette limitation territoriale des ventes ne peut se faire que dans le respect des règles posées par le droit de la concurrence précédemment exposées et, notamment, celles concernant l'interdiction de restreindre les ventes passives des distributeurs. Seules les ventes actives pourront être restreintes par le fournisseur.

Les clauses de limitation de la garantie aux produits vendus dans le réseau semblent être plus efficaces.

Paragraphe II - Les clauses de limitation de la garantie aux produits vendus dans le réseau

260. Ces clauses sont un bon moyen de renforcer l'étanchéité du réseau²⁸⁹.

261. Cependant, en matière de distribution exclusive, ces clauses sont considérées par la jurisprudence comme instaurant une discrimination entre les produits selon qu'ils ont été achetés auprès des distributeurs exclusifs ou auprès d'autres opérateurs.

²⁸⁷ F. Vanhaelen et T. Verbiest, préc. p.15 qui donnent l'exemple du secteur de la parfumerie au sein duquel il n'est pas « normal » pour un consommateur d'acheter plus de deux ou trois bouteilles de son produit préféré.

²⁸⁸ *Séphora.com : un grand site marchand...pour américains seulement*, Actualité, Journal du Net, 15 oct.1999, dispo. sur <http://www.journaldunet.com/9910/991015sephora.shtml>; V.aussi F. Vanhaelen et T. Verbiest, préc. p.14

²⁸⁹ V M. Béhar-Touchais, *La protection du réseau de distribution*, op. cit., n°18, p. 64.

262. En droit français, la jurisprudence considère qu'est restrictive de concurrence au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 l'interdiction imposée aux distributeurs exclusifs de réparer les produits achetés à d'autres distributeurs du réseau²⁹⁰. Toutefois, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur le caractère restrictif de concurrence au regard du droit français de l'interdiction de fournir le service après-vente et la garantie aux produits qui n'ont pas été achetés aux membres du réseau de distribution exclusive.

263. En droit communautaire, la position de la jurisprudence est très claire. Exception faite d'un arrêt de cassation qui admet le caractère non restrictif de concurrence au sens de l'article 85/1, de l'interdiction imposée aux distributeurs exclusifs d'assurer la garantie internationale aux articles achetés en dehors du réseau²⁹¹, une telle interdiction est au contraire considérée comme restrictive de concurrence par la Commission et la Cour de justice des communautés. La Commission a posé le principe selon lequel « *lorsqu'un producteur accorde sa garantie pour les produits qu'il distribue dans la Communauté, cette garantie doit pouvoir être réclamée quel que soit l'État membre où le produit a été acheté* »²⁹².

264. La Cour a confirmé la position de la Commission dans les arrêts *Hasselblad*²⁹³ et *Swatch*²⁹⁴ où elle a considéré qu'un fabricant ne pouvait pas accorder une garantie aux clients de son concessionnaire exclusif et la refuser à ceux de ses distributeurs parallèles.

265. Au contraire, en matière de distribution sélective, cette clause est reconnue licite tant en droit national²⁹⁵ qu'en droit communautaire²⁹⁶. Mais en aucun cas l'exclusion de la garantie contractuelle ne saurait faire obstacle à la mise en oeuvre de la garantie légale, que tout acheteur peut invoquer.

Le fabricant peut aussi prévoir une clause renforçant ses pouvoirs de contrôle.

Paragraphe III - Les clauses renforçant les pouvoirs de contrôle du fabricant

266. « *Puisque la distribution parallèle trouve souvent sa source dans une « fuite » d'un membre du réseau, il faut trouver d'où vient la fuite* »²⁹⁷.

267. Les fournisseurs peuvent utiliser diverses méthodes pour identifier les distributeurs du réseau qui, en violation de leurs engagements contractuels, pratiquent la vente à des « *free rider* ». La Commission, lors du renouvellement de l'exemption du réseau de distribution sélective *Grundig*, a affirmé que ces obligations sont « *indispensables notamment pour empêcher les distributeurs agréés de violer les accords de distribution en cédant des produits Grundig à des distributeurs non autorisés ; sans cette possibilité de contrôle, il serait difficile de prévenir de telles violations* »²⁹⁸. Toutefois, la Commission européenne exige que

²⁹⁰ Cons. conc., 13 oct. 1998, n° 98-D-62, BOCC, 12 déc. 1998, p. 740.

²⁹¹ Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-21.187, Bull. civ. IV, n° 310.

²⁹² *Matsushita Electrical Trading Company*, 12^{ème} rapport sur la politique de concurrence, points 77 et 78 ; 16^{ème} rapport sur la politique de concurrence, point 56 ; Sony, 17^e rapport sur la politique de concurrence, point 67

²⁹³ CJCE, 21 févr. 1984, aff. 86/82, Rec. 1984, p. 883.

²⁹⁴ CJCE, 10 déc. 1985, aff. 31/85 : Rec. 1985, p. 3933.

²⁹⁵ Com, 18 oct. 1994, n°92-21.187 et 93-10.219, D. 1996, juris, p.311, note I. Krimmer.

²⁹⁶ CJCE, 13 janv.1994, aff. C-376/92, *Métro c/ Cartier*, Rec. CJCE, I, p.15.

²⁹⁷ V M. Béhar-Touchais, *La protection du réseau de distribution*, op. cit., n°18, p. 64.

²⁹⁸ Comm., 21 déc.1993, Cont.conc.conso., février 1994, n°31, obs. L. Vogel.

ces contrôles demeurent limités au cas où le fabricant dispose d'indices concrets de la participation d'un distributeur à de telles pratiques.

268. Eu égard au caractère automatique de l'exemption des accords verticaux posé par le règlement n° 2790/1999 et dès lors qu'une telle clause n'est pas, selon l'article 4 du règlement, de nature à faire obstacle au bénéfice de l'exemption, la doctrine affirme que cette exigence d'indices posés par la Commission devient caduque dès lors que le seuil de 30 % de part de marché n'est pas atteint²⁹⁹.

269. Ainsi, le promoteur pourra procéder au marquage de ses produits à l'aide de codes permettant d'identifier le distributeur auquel ils ont été vendus. Grâce à cette technique, il sera aisé de remonter au distributeur négligent en partant des produits trouvés en possession des distributeurs hors réseau. Il est à noter que le « *free rider* » qui détruit ou masque les codes commet un acte de concurrence déloyale engageant sa responsabilité civile³⁰⁰.

270. Enfin, le fabricant pourra identifier les distributeurs ayant commis une violation de leurs obligations contractuelles relatives à l'étanchéité du réseau, à l'aide de factures établies par ce dernier. Pour se les procurer, le promoteur pourra agir en justice afin d'obtenir d'un revendeur non agréé la communication des factures correspondant aux livraisons litigieuses. Le distributeur non agréé refusant de déférer à cette injonction engagerait sa responsabilité délictuelle envers le fournisseur³⁰¹.

Conclusion de la partie II

271. Il résulte de cet examen de la protection du réseau de distribution contre les tiers que la distribution en espace virtuel, de par sa spécificité et sa nature, risque d'accroître les opportunités dont disposent les revendeurs parallèles pour s'approvisionner au sein des distributeurs membres du réseau. Il existe des mesures techniques propres au monde de l'Internet et des nouvelles technologies qui aideront, notamment par l'identification de l'internaute qu'elles permettent, à prévenir de telles tentatives d'intrusion au sein du réseau. Les distributeurs membres du réseau auront donc tout intérêt à utiliser des technologies de pointe dans le cadre de la conception de leur site s'ils ne souhaitent pas voir leur responsabilité contractuelle engagée envers le fournisseur, lorsque celui-ci a pris le soin de prévoir une clause d'étanchéité du réseau. D'autres mesures juridiques, s'exprimant notamment par des clauses particulières du contrat-cadre, sont également susceptibles de parvenir à ce résultat. Néanmoins, ces mesures sont très classiques et se retrouvent dans la plupart des réseaux de distribution « traditionnels ». Ceci s'explique par le fait que la difficulté d'assurer l'étanchéité du réseau est un mal endémique qui frappe les réseaux de distribution. Mais tel semble être le prix à payer pour assurer un exercice effectif de la liberté de la concurrence.

²⁹⁹ V. R. Bout *et autres*, préc., n°4355.

³⁰⁰ CA Paris, 30 janv.1992, D.1992, IR, p.36 cité par R. Bout *et autres*, préc., n°4356.

³⁰¹ Com, 27 oct.1992, n°90-18.944, préc.

Conclusion générale

272. Quelles sont les conclusions à tirer de l'avènement de la distribution électronique ? Et d'abord peut-on vraiment parler d'avènement ? Oui, sans aucun doute, car les réseaux de distribution « traditionnels » ne sauraient ignorer la nouvelle forme de vente et de promotion des produits qui est en train de se développer au sein du cybermonde. Le commerce électronique est symbole de modernité et de dynamisme, lesquels sont deux atouts en faveur de l'image de marque qui est une notion que l'on peut qualifier de consubstantielle à l'organisation de la distribution en réseau. Mais alors quelle est la nature de la distribution électronique ? Est-ce une nouvelle forme de distribution ? Est-elle très différente de la distribution « physique » ? Si oui, quelles règles lui appliquer ? Met-elle en péril l'existence et la survie des réseaux « traditionnels » ?

273. Tout d'abord, s'agissant de la nature de la distribution électronique, elle n'est pas véritablement une nouvelle forme de distribution au même titre que la franchise ou la distribution sélective, mais plutôt un nouveau circuit, un nouveau canal de distribution. En effet, nous avons vu que, pour le droit de la concurrence, Internet ne saurait constituer un marché pertinent au sein duquel s'exerce une concurrence autonome et indépendante des marchés « réels ». Le secteur des parfums sur l'Internet demeure le secteur des parfums. Dès lors, le risque néfaste pour la liberté de la concurrence, d'effet cumulatif des réseaux « réels » et « virtuels » semble écarté. Par ailleurs, les similitudes entre la distribution électronique et la distribution « physique » apparaissent avec force s'agissant de la protection du réseau contre les tiers. À cet égard, Maître Alain Bensoussan a parfaitement raison lorsqu'il affirme qu' « *Internet n'est ni un nouveau monde ni un septième continent. C'est le monde réel mis en situation virtuelle* »³⁰².

274. Ensuite, quant au risque de « cannibalisation » d'une partie de l'activité « physique » du réseau de distribution « traditionnel » ou tout simplement du péril pour la survie de ce réseau, il semble qu'un tel risque puisse être contenu et ce, par le truchement de deux instruments.

275. Le premier est, sans ambages, le contrat. En effet, nous avons vu que l'organisation de la distribution électronique, particulièrement s'agissant des rapports internes au réseau, faisait une large place à la liberté contractuelle. L'avènement de la distribution électronique c'est avant tout le « triomphe du contrat ». Et cela se comprend aisément car le contrat, qui est au cœur de l'organisation du réseau, semble être le seul instrument permettant la flexibilité qu'implique l'internationalité, l'interactivité et plus généralement, la spécificité du cyberspace. Le contrat devient plus que jamais un outil de prévision et d'anticipation de l'avenir. Cette liberté invite le juriste à être créatif, imaginatif, mais aussi, et c'est le revers de la médaille, particulièrement précis s'il souhaite éviter des contentieux à venir. En cas de silence du contrat, ce sont les Tribunaux qui devront trancher le conflit. À ce propos, force est de constater que la jurisprudence se montre particulièrement efficace pour résoudre, le plus souvent sur la base de textes non spécifiques à Internet, les conflits nés du cyberspace. Les solutions ainsi dégagées peuvent servir de source d'inspiration à la liberté contractuelle des parties.

³⁰² A. Bensoussan, *La problématique française*, in Actes du colloque de Paris « Commerce électronique et avenir des circuits de distribution », Gaz. Pal. 1998, II, Doctr., p.1338.

276. Le second instrument est le droit lui-même. En effet, si certains concepts juridiques « classiques » peuvent permettre de résoudre des conflits liés au virtuel, notamment grâce à l'interprétation de la jurisprudence, certains concepts devront, sinon être créés, être remaniés à la lumière de la spécificité du cyberspace. Le droit, particulièrement le droit de la concurrence, va devoir prendre en compte la technique. Est-ce à dire qu'il va devenir un droit technique ? Oui, dans un certain sens, mais n'est-ce pas la tendance actuelle de l'évolution du droit ? Néanmoins, technicisation ne doit pas rimer avec complexification et inaccessibilité du droit. En effet, rappelons que le Conseil constitutionnel affirme avec force le principe d'intelligibilité et d'accessibilité du droit³⁰³ qui s'impose au législateur dans la rédaction des textes. Par ailleurs, rappelons également que le droit de la distribution apparaît comme un droit « professionnel » se caractérisant par la coexistence d'une multitude de disciplines. Dès lors, l'avènement de la distribution électronique signifie-t-il l'adjonction à cet alliage d'un nouvel élément : le droit de l'Internet ? Cela ne fait aucun doute et le fait que le droit de la distribution soit depuis longtemps placé sous le signe de l'hétérogénéité favorisera, sans contestes, l'intégration de cette nouvelle branche. Au sein de cette combinaison « *les disciplines ainsi individualisées s'influencent mutuellement, s'empruntant réciproquement des outils d'analyse ou intégrant dans leurs outils propres les perturbations générées par l'application d'une grammaire différente* »³⁰⁴. L'Internet va sans aucun doute participer à ce mouvement pour peut-être faire émerger, comme cela est désormais classique en droit de la distribution, de nouveaux concepts qui, après avoir prouvé leur fiabilité au sein de leur milieu originel, intégreront le droit commun pour en favoriser l'évolution. Derrick de Kerckhove décrit un mouvement comparable à propos de la Netéconomie : « *il y aura sans doute, comme pour tant d'autres psychotechnologies, une sorte de parcours obligé qui veut que, passé un seuil critique de virtualisation, on quitte des modèles établis et l'on se mette à construire un domaine alternatif, divorcé de la réalité. Ce modèle s'impose et croît de sa propre force jusqu'au moment où la déréalisation devient trop évidente. On revient alors brutalement aux modèles naguère rejetés* »³⁰⁵. Par ailleurs, le droit « mou » avec l'émergence d'une *lex cybernetica* facilitera sans aucun doute l'appréhension et l'encadrement des concepts techniques issus du cybermonde dans tous les domaines qui ne sont pas réservés au législateur.

277. Dès lors, l'Internet est incontestablement un facteur d'évolution du droit et il serait faux de croire que les bouleversements qu'il engendre demeurent cantonnés aux règles techniques du monde de la distribution et des affaires. L'avenir pourrait bien montrer que l'Internet est susceptible d'apporter des modifications touchant au cœur, à la matrice de nos systèmes juridiques modernes pour – pourquoi pas ? - faire émerger une véritable « cyberdémocratie » au sein de laquelle « *pour chaque problème, les positions et les arguments se redistribueront en de multiples forums virtuels, comme dans un cerveau géant allumant ici et là ses assemblées de neurones, décidant par vote électronique d'un droit conçu comme formulation provisoire d'un apprentissage collectif toujours ouvert* »³⁰⁶.

³⁰³ D.C, n°99-421 du 16 déc.1999 disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/> .

³⁰⁴ S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby, *op. cit.*, p.246.

³⁰⁵ D.de Kerckhove, *Le désenchantement de la Netéconomie, op. cit.*, p.26.

³⁰⁶ P. Lévy, *Cyberdémocratie*, éd Odile Jacob, 2002, p.11 ; pour les prémices V. Th. Verbiest, *E-gouvernement : l'Observatoire des droits de l'Internet rend un avis*, Droit-technologie.org, 14 jan. 2004, disp. sur http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=876.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus de domination.....29, 149, 256
Abus de « puissance ».....(v. abus de domination)
Accord-cadre.....(v. **contrat-cadre**)
Accord de collaboration.....50
Actions en justice
- en concurrence déloyale.....160,167,190 et s
- en contrefaçon.....214
Adresse Internet....85, 109, 113, 115, 122
Adresse URL.....113, 122, 225
Agissements parasitaires..(v. parasitisme)
Arbitrage.....162, 189

B

Boutique virtuelle.....6, 157
Business to business (B2B).....6
Business to consumer (B2C).....6

C

Clause résolutoire.....(v. Résolution)
Commerce électronique.....5, 6, 12, 52
Concession exclusive.....55, 166
Concurrence
- Libre concurrence.....(v. Liberté de la concurrence)
Concurrence déloyale
- Action.....160, 167, 190 et s.
- Distribution parallèle.....190 et s.
Contrat-cadre

- Définition.....18
- Droits d'auteur.....142 et s.
- Droits de marque.....158 et s.
- Etanchéité.....177, 249 et s.
- Internet.....83 et s.
- Réseau.....18, 20
- Responsabilité.....132
- Résiliation.....134 et s.
- Ventes à distance.....41 et s.
Contrefaçon
- Action.....214
- Actes.....146 et s.
- Définition.....214
Cookies.....96, 127, 244
Courrier électronique (ou courriel).....2, 62
Cyberespace.....9 et s., 77, 87, 96 ; 224

D

Démarchage.....12, 66
Discrimination.....47, 256, 261
Distribution
- agréée.....166
-
distinctive.....236
- exclusive.....23, 55 et s., 81, 87, 90, 159, 192, 261, 262
- intégrée.....18
- parallèle.....166 et s.
- sélective.....25 et s., 77, 80 et s., 90, 95 et s., 164, 173, 177, 180, 192, 194, 200, 210, 214, 219, 220, 230 et s., 236, 255, 265
Distributeur
- obligations.....98 et s.
- responsabilité.....132, 249, 271

Droit

- d'auteur.....120, 140 et s., 211, 236
- de marque.....145 et s., 205 et .s

E

- Effet cumulatif (des réseaux)**.....14, 173, 273
- E-mail**.....(v. courrier électronique)
- Emballage**
 - Code.....269
 - Produits.....52
- Ententes**.....28, 29, 175, 256
- Epuisement du droit de marque**.....206 et s.
- Etanchéité du réseau**.....164 et s.
- Exclusivité**.....(v. concession exclusive)
- Exemption (accords verticaux)**.....29, 38, 170 et s., 234

F

- Fabricant**.....(v. promoteur)
- Facture**.....270
- FAQ (Frequently Asked Question)**.....96
- Fonds de commerce**6
- Fournisseur**.....(v. promoteur)
- Framing**.....122
- Franchise (ou franchisage)**.....14, 39, 55, 77, 96, 98
- « **Free rider** »
 - Anonymat.....225 et s.
 - Définition.....164
 - Faute.....193 et s.
 - Identification.....238 et s.
 - Parasitisme.....199 et s.
 - Protection (contre).....166, 177, 188 et s.
 - Publicité mensongère.....197 et s.
 - Responsabilité.....190 et s, 270

G

- Galerie marchande virtuelle**.....6
- Garantie**.....90, 197, 260 et s.

H

- Hébergement**.....6
- Hardware**.....96
- Hyperliens**.....(v. liens hypertexte)

I

- Image de marque**.....39, 52, 81, 90, 95, 101 et s., 145, 196, 211, 217, 222
- Immatriculation (RCS)**.....98
- Inlining**.....122
- Interface**.....4, 96
- Internet**
 - Accès.....90
 - Définition.....2
 - Historique.....3 et s.
 - Publicité.....60 et s., 128
 - Régulation.....10 et s.
 - Vente.....2, 57 et s.
- Intuitus personae**.....23, 46, 100

L

- Labellisation (des sites)**.....96
- Langue**.....71 et s., 209
- Lex cybernetica ou electronica**....10, 276
- Liberté contractuelle**.....20, 92, 163, 275
- Liberté de circulation des produits**.....49, 233
- Liberté de la concurrence**.....20, 26 et s., 163, 166, 227, 229, 230, 233, 273

Liberté du commerce et de l'industrie.....27, 199
Licence (de marque).....55, 141, 147, 157 et s.
Lien hypertexte.....62, 109, 111, 117 et s., 122,

M

Marché pertinent.....16, 49, 173, 273
Marketing « one to one ».....6, 96, 127
Marquage.....246, 269
Marque
- Concession.....139, 145 et s.
- Contrefaçon.....146 et s., 214
- Epuisement (du droit de).....(v. ce mot)
- notoire.....212
- usage illicite.....216 et s.
Mauvaise foi.....195, 202, 255
Mesures conservatoires.....186 et s.
Mesure d'instruction *in futurum*.....250
Metatags.....110, 149, 217
« Mise dans le commerce ».....206 et s.
Ministère public.....203
Moteur de recherche.....110 et s.

N

Nétiquette.....10, 70
Nom commercial.....103, 157
Nom de domaine.....150 et s., 209

O

Ordinateur.....3, 4, 224

P

Paiement.....125, 127
Parasitisme.....50, 120, 155, 159, 199 et s., 212
Préjudice.....50, 105, 129, 131, 138, 186, 193, 212
Preuve.....180 et s.
Primauté du droit communautaire.....92
Profiling.....74, 96
Progrès technique.....95 et s.
Promoteur
- obligations.....20 et s.
- responsabilité.....55

Publicité
- Internet.....60 et s., 128
- mensongère (ou trompeuse).....197 et s.
Push/pull.....12

Q

Qualité
- des produits.....29
- du site Web.....85, 96, 123 et s.
- norme (de).....33, 38, 52, 54

R

Référé (juge des).....131, 137, 186, 250
Refus de vente.....253 et s.
Réseau de distribution
- Désorganisation.....79, 82
- « Effet de réseau ».....139
- Etanchéité.....164
- « *Intuitus personae* ».....23, 46, 100
- Notion.....14 et s.

Résiliation.....(v. résolution)
Résolution
- clause résolutoire.....136
- résiliation.....135
Responsabilité civile
- contractuelle.....55, 132, 188, 249
- délictuelle.....192 et s., 201 et s., 270
Responsabilité pénale.....214 et s.
Revendeur parallèle.....(v. « free rider »)

S

Savoir-faire.....39, 55, 77, 96
Sécurité.....90, 125 et s.
Signature électronique.....239 et s.
Spamming.....69 et s.

T

Transaction.....129, 189
Toile.....(v. Internet)

U

Usages commerciaux.....10, 254

V

Valeur concurrentielle.....106
Vente à distance.....12

W

Web.....(v. Internet)

Bibliographie

- I - Ouvrages

A. Droit de la distribution et de la concurrence

- **Arhel (P.)**, *La pratique des accords de distribution*, préf. L. Vogel, EFE, coll. référence première, 1997.
- **Béhar-Touchais (M.) et Virassamy (G.)**, *Les contrats de la distribution*, Traité des contrats, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, éd.1999.
- **Bout (R.), Bruschi (M.), Poillot-Peruzzetto (S.), Cas (G.)**, *Concurrence, Distribution, Consommation*, Lamy droit économique, éd. Lamy, 2001.
- **Centre de droit des affaires de Toulouse**, *Les aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Actes du Colloque de l'Université de Toulouse I des 24 et 25 mars 1995, Montchrestien, 1996.
- **Ferrier (D.)**, *Droit de la distribution*, Litec, éd.2000.
- **Le Tourneau (Ph.)**, *La concession commerciale exclusive*, Economica Poche, 1994
- **Le Tourneau (Ph.)**, *Le franchisage*, Economica Poche, 1994.
- **Malaurie (Ph.) et Aynès (L.)**, *Les contrats spéciaux*, éd. Cujas, 10^{ème} édition, 1997.

• Droit de l'Internet

- **A.F.D.I.T.**, *Internet saisi par le droit*, sous la dir. de X. Linant de Bellefonds, préf. F. Fillon, éd. Des Parques, 1997.
- **Bertrand (A.) et Piette-Coudol (Th.)**, *Internet et le droit*, Que sais-je ?, n°3504, PUF, 2^{ème} éd.,2000.
- **Guinchard (S.), Harichaud (S.) et Tourdonnet (R. de.)**, *Internet pour le droit*, éd. Montchrestien, 1999.
- **Iteanu (O.)**, *Internet et le droit*, Eyrolles, 1996.
- **Macarez (N.) et Leslé (F.)**, *Le commerce électronique*, Que sais-je ?, n°3605, PUF, 2001.
- **Muller (A.)**, *La net économie*, Que sais-je ?, n°3597, PUF, 2001.
- **Piette-Coudol (Th.)et Bertrand (A.)**, *Internet et la loi*, Dalloz, 1997.
- **Vivant (M.), Le Stanc (Ch.), Rapp (L.), Guibal (M.) et Bilon (J-L.)**, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, éd. Lamy, 2000.

- II - Juris-classeur et dictionnaire permanent

- **Le Tourneau (Ph.) et Zoïa (M.)**, *Concessions*, J-Cl, Contrats-Distribution, Fasc 1010.
- **Le Tourneau (Ph.) et Zoïa (M.)**, *Concession libre : la distribution sélective*, J-Cl, Contrats-Distribution, Fasc 1020.

- **Le Tourneau (Ph.) et Zoïa (M.),** *Concession exclusive*, J-Cl, Contrats-Distribution, Fasc 1030.
- **Passa (J.),** *Marques et concurrence déloyale*, J-Cl., Concurrence-Consommation, Marques Fasc.7550, Concurrence-Consommation Fasc.160.
- **Dictionnaire permanent de droit des affaires**, éd. Législatives, étude *Concession commerciale*.
- **Dictionnaire permanent de droit des affaires**, éd. Législatives, étude *Contrefaçon*.
- **Dictionnaire permanent de droit des affaires**, éd. Législatives, étude *Distribution sélective*.
- **Dictionnaire permanent de droit des affaires**, éd. Législatives, étude *Distribution exclusive*.
- **Dictionnaire permanent de droit des affaires**, éd. Législatives, étude *Franchisage*.
- **Dictionnaire permanent de droit des affaires**, éd. Législatives, étude *Internet*.

- III - Thèses

- **Amiel-Cosme (L.),** *Les réseaux de distribution*, préf. de Y. Guyon, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome n°256, Paris, 1995.
- **Viennois (J.P.),** *La distribution sélective*, préf. de D. Ferrier, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Tome n°41, 1999.

- IV - Articles et chroniques

- **Barbry (E.),** *L'Internet et les réseaux de distribution*, GP. 15-19 avril 2001, p.29 et s.
- **Béhar-Touchais (M.),** *La protection du réseau de distribution*, in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, actes du Colloque de l'Université des Sc. Soc de Toulouse I 24 et 25 mars 1995, éd. Montchrestien 1996, p.53 et s .
- **Bensoussan (H.),** *Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance*, D. 2000, chron. P.629 et s.
- **Béranger (A-L.),** *Internet et distribution sélective : le long face à face*, Journal du Net, disponible sur <http://www.journaldunet.com/printer/010413distriselec.shtml>
- **Bourboulon (F.),** *Les fabricants de parfums poursuivent leur offensive contre des sites marchands*, Journal du Net, 4 déc.2000, disp. sur <http://www.journaldunet.com/0012/001204parfums.shtml> .
- **Boutar Labarde (M-C.),** *Internet et droit de la concurrence*, in *A.F.D.I.T, Internet saisi par le droit*, sous la dir. de X. Linant de Bellefonds, préf. F. Fillon, éd. Des Parques, 1997, p.95 et s.
- **Breese (P.),** *Distribution sélective de parfums et commerce électronique*, <http://www.breese.fr/guide/htm/parfum/distsel2.htm> .
- **Caprioli (E. A.),** *Distribution sélective et vente de produits en ligne*, Droit et Patrimoine n°83, juin 2000, p.109 et s.

- **Caprioli (E. A.),** *Démarches juridiques pour l'ouverture d'un site sur l'Internet*, Droit et Patrimoine n°76, novembre 1999, p.42 et s.
- **Collard (Ch.) et Roquilly (Ch.),** *Réseaux de distribution fermés et commerce électronique : implications en droit communautaire de la concurrence*, PA. 3 avril 2002, n°67, p.4 et s .
- **Collard (Ch.) et Roquilly (Ch.),** *Electronic commerce and closed distribution networks:proposals for solving legal problems*, The journal of information, law and technology, juin 2000, disponible sur <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-2/collard.html> .
- **Dietrich (Y.) et Menais (A.),** *Réseau de distribution et vente sur Internet*, « *the risk or not the risk of getting amazoned* », Cah. Lamy dr. de l'info. et des réseaux , n° 125, mai 2000 ; disponible également sur <http://www.juriscom.net> .
- **Dietrich (Y.) et Menais (A.),** *La distribution sélective à l'épreuve du commerce électronique*, Cah. Lamy dr. de l'info. et des réseaux, n°114, mai 1999, p.14 et s.
- **Dietrich (Y.) et Menais (A.),** *Affaire Parfumsnet - Commentaire de l'ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Nanterre du 4 oct.2000*, Cah. Lamy. dr. info. et des réseaux, n°131, déc.2000, disponible sur <http://www.juriscom.net> .
- **Fabre (R.),** *Les contrats de distribution et Internet à la lumière du nouveau règlement communautaire*, D.2001, chron. p.437 et s.
- **Ferrier (D.),** *La distribution sur l'Internet*, JCP Cah. dr.ent.,n°2, 2000, p.12 et s.
- **Ferrier (D.),** *La coexistence des canaux de distribution*, Rev. de la Concu .et de la Conso. n°121mai-juin 2001, p16 et s.
- **Ferrier (D.),** *La commercialisation de produits par l'Internet peut nuire à leur image de marque lorsqu'ils font l'objet d'une distribution sélective*, D.2001, Som. ctés p.299
- **Gallot le Lorier (M-A.) et Varet (V.),** *Marques notoires mises à prix : Internet, espace de liberté mais non sans loi*, D.2001, juris.p.292 et s.
- **Galloux (J-C.),** *La toile n'est pas au parfum*, Com.com.électro., déc.2000, comm. n°130, p.23.
- **Gast (O.) et Grillaut Laroche (H.),** *La distribution sélective et la franchise*, JCP. Cah dr. Ent, année 2000, n°4, p.36 et s.
- **Gast (O.) et Renaud (O.),** *Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur*, PA. 22 août 2001, n°167, p.4 et s.
- **Linant de Bellefonds (X.),** *La distribution sélective doit prendre en compte la réalité des réseaux*, Com.com.électro, jan.2000, p.19, n°8.
- **Malaurie-Vignal (M.),** *Commercialisation de produits cosmétiques par l'intermédiaire d'un site Internet considérée comme nuisible et dépréciant leur image de marque*, Cont.conc.conso, mars 2000, n°43, p.15.
- **Manara (C.),** *Web et distribution sélective : réseau contre réseau ?*, D.1999, n°44, p.727.
- **Manara (C.),** *Vers la licéité de la revente sur le Web par un distributeur agréé*, D.2000, AJ, p.92.
- **Manara (C.),** *Internet dessine-t-il un marché ?*, D.2001, AJ p.1317.
- **Manara (C.),** *Licéité de l'utilisation de la marque d'un fournisseur dans le nom de site web d'un distributeur*, D. Aff.2002, n°15, AJ, p.1275.

- **Manara (C.)**, *Quand le lien permet de retenir...la responsabilité*, D.Aff. 2002, AJ, p.643 et s.
- **Manara (C.)**, *Quand la responsabilité découle des sources d'un site web*, D. Aff. 2002, AJ, p.1752 et s.
- **Nappey (A.)**, *La distribution sélective à l'épreuve de l'Internet*, Expertises, mai 2000, n°237 p.150 et s.
- **Nappey (A.)**, *Commerce électronique et distribution : le conflit de réseaux*, Expertises, avril 2001, p.143 et s.
- **Nappey (A.)**, *Commerce électronique et distribution : le point sur le conflit de réseaux*, Legalis.net-2001-1, p.17 et s.
- **Olivier (F.) et Barbry (E.)**, *Compilation, unification ou virtualisation ? Là est la question !*, Expertises, n°200, disponible sur <http://www.celog.fr/expertises/sommaires/96/articles200/BARBRY.HTM> .
- **Poillot-Peruzzetto (S.)**, *La validité des réseaux de distribution au regard du droit français et communautaire*, in Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence, actes du Colloque de l'Université des Sc. Soc de Toulouse I 24 et 25 mars 1995, éd. Montchrestien 1996, p.27 et s.
- **Poillot-Peruzzetto.(S.)**, *Distribution et accords verticaux*, RTDCom. avril-juin 2000, p.507 et s.
- **Poillot-Peruzzetto.(S.) et Luby (M.)**, *Les contrats de distribution*, Rev. soc., avr-juin 2001, p.235 et s.
- **Schaming (B.)**, *La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite*, D.2000, chron.p.173 et s.
- **Triaille (J-P) et Troncoso Ferrer (M.)**, *Réseaux de distribution et commerce électronique*, JTDE, 2001, p.173.
- **Vanhaelen (F.) et Verbiest (T.)**, *Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile*, JCP Com, com électro., juill-aout 2000, p. 11 et s.; JTDE 2000, p.163 et s.
- **Verbiest (T.)**, *Comment concilier la distribution sélective et Internet ?*, L'Echo, 17 fév.2000, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20000218.htm> .
- **Verbiest (T.)**, *Publicité et marketing sur Internet*, Juriscomnet, 22 oct.1999, disponible sur <http://www.juriscom.net/pro/1/ce19991022.htm> .
- **Verbiest (T.)**, *Distribution sélective et Internet : un revendeur non agréé reconnaît sa faute et transige*, Droit et Nouvelles Technologies, 9 juin 2000, disp sur <http://www.droit-technologie.org/> .
- **Véret (D.) et Athéa (G.)**, *Internet et publicité : le Web est-il un support comme les autres ? (2^{ème} partie)*, GP 14-16 oct.2001, doct. p.40 et s.
- **Vilmart (Ch.)**, *Une sécurité juridique renforcée pour la distribution sélective qualitative et quantitative*, GP 27-28 juin 2001, doctrine, p.2 et s.
- **Vivant (M.)**, *L'existence d'un réseau de distribution sélective s'oppose-t-elle à l'ouverture d'un site Internet de vente par l'un des distributeurs agréés ?*, JCP (E) 2000, p.1230 et s.

- V - Législation et Communications

- **Dir. n° 97/7/CE du 20 mai 1997** *concernant la protection du consommateur en matière de vente à distance*, JOCE 4 juin 1997, n°L.144.
- **Règlement n°2790/1999 du 22 déc.1999**, JOCE L 336, 29 déc.1999, p.21 ; D.2000, lég., p.127 .
- **Communication de la Commission** *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JOCE n° C291/01, 13 oct.2000, p.1 et s.
- **Communiqué de presse de la Commission**, réf IP/01/713, 17 mai 2001, disponible sur <http://www.europa.eu.int>; Cont. Conc. Conso, mars 2002, comm. 51, note S. Poillot-Peruzzetto.
- **Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil**, dite « Directive sur le commerce électronique », JOCE L 178 du 17 juillet 2000.
- **Ordonnance du 23 août 2001**, D.2001 n°30, p.2489.

- VI - Sites Internet

1. Sites officiels

- <http://www.europa.eu.int>
- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- <http://www.internet.gouv.fr>
- <http://www.nic.fr> (AFNIC)
- <http://www.cnil.fr> (CNIL)

2. Sites juridiques

- <http://www.avocat-online.net>
- <http://www.canevet.com>
- <http://www.clic-droit.com>
- <http://www.droit-technologie.org>
- <http://www.en-droit.com>
- <http://www.fiscalonline.com>
- <http://www.foruminternet.org>
- <http://www.internet-juridique.net>
- <http://www.jouraldunet.com>
- <http://www.juriscom.net>
- <http://www.jurisnet.org>
- <http://www.juriguide.com>
- <http://www.jurisexpert.net>
- <http://www.legalis.net>
- <http://lex-electronica.org>

- <http://www.wipo.int>
- <http://legal.edhec.com>

3. Portails juridiques

- <http://www.e-droit.com>
- <http://www.juridirect.com>
- <http://www.laportedudroit.com>
- <http://www5.lexbase.fr>
- <http://www.village-justice.com>

Table des matières

Plan	3
Introduction	4
Partie I - L'organisation de la distribution électronique dans les rapports internes au réseau	13
Titre I - Les obligations du fournisseur envers les distributeurs.....	13
Chapitre I - L'obligation de respecter la liberté du distributeur de recourir à Internet	14
Section I - En matière de distribution sélective	15
Paragraphe I - Le fondement du principe : la liberté de la concurrence.....	15
A. Généralités.....	15
B. L'affirmation expresse de la liberté du distributeur par les Lignes directrices du règlement communautaire n°2790/1999	17
Paragraphe II - Les limites fixées par les clauses du contrat-cadre	20
A. Le contrat-cadre interdit les ventes à distance	20
B. Le contrat-cadre ne contient aucune interdiction particulière	21
Section II - En matière de distribution exclusive	24
Paragraphe I - Le recours à Internet relève de la vente passive.....	25
A. La vente sur Internet.....	25
B. La publicité sur Internet	26
Paragraphe II - La prohibition des ventes actives	27
A. Définition	27
B. Illustrations.....	28
1. Le spamming	28
2. La langue utilisée	29
Paragraphe III - Vente active/vente passive : un critère pertinent ?	29
Chapitre II - Les obligations du fournisseur dans le cadre de la coexistence des canaux de distribution.....	30

Section I - Le fournisseur ne peut se réserver le monopole des ventes sur Internet	31
Section II - Perspectives et solutions.....	32
Paragraphe I - Les aménagements contractuels.....	32
A. L'exigence de précision des dispositions contractuelles.....	32
1. Les contrats en cours	32
2. Les contrats futurs	33
B. La mise en place d'une plate-forme E-commerce.....	34
Paragraphe II - Les évolutions technologiques.....	37
Titre II - Les obligations des distributeurs envers le fournisseur.....	38
Chapitre I - L'obligation de respecter l'image de marque du réseau	39
Section I - La notion	39
Section II - La transposition de la notion dans l'environnement virtuel	40
Paragraphe I - Le référencement du site	40
A. Le contrat de référencement	41
C. Les référencements attentatoires à l'image de marque du réseau	41
1. Les référencements croisés.....	41
2. Les référencements « stigmatisant »	42
Paragraphe II - Les liens hypertextes et le <i>framing</i>	43
A. Les liens hypertextes	43
B. Le framing	44
Paragraphe III - La qualité du site	44
A. La charte graphique	44
B. L'exigence de sécurité.....	44
Paragraphe IV - La publicité	46
Section III - L'action en justice	46
Paragraphe I - Le fondement de l'action	46

A. L'action en référé	46
B. La responsabilité contractuelle du distributeur	46
Paragraphe II - Les conséquences de l'action : les sanctions.....	47
A. La résiliation du contrat-cadre.....	47
B. La cessation de toute activité sur le Web	47
C. Les dommages-intérêts.....	48
Chapitre II - L'obligation de respecter les droits de propriété industrielle du fournisseur	48
Section I - Le respect des droits d'auteur du fournisseur	48
Section II - Le respect des droits de marque du fournisseur	49
Paragraphe I - Utilisation de la marque dans les pages Web.....	50
Paragraphe II - Utilisation de la marque dans les metatags	50
Paragraphe III - Utilisation de la marque comme nom de domaine.....	51
A. Le nommage.....	51
1. L'attribution du nom de domaine.....	51
2. Les incertitudes quant à la nature juridique du nom de domaine.....	52
B. Le contentieux des noms de domaine	52
C. Le droit précaire du distributeur.....	53
Conclusion de la partie I.....	55
Partie II - L'organisation de la distribution électronique dans les rapports externes au réseau.....	56
Titre I - La protection de l'étanchéité du réseau.....	56
Chapitre I - Les conditions de la protection	57
Section I - Les conditions de fond	57
Paragraphe I - La licéité du réseau.....	58
Paragraphe II - L'étanchéité du réseau prévue par le contrat-cadre	59

Section II - Les conditions de forme	60
A. La charge de la preuve	60
B. Les moyens de preuve	61
Paragraphe II - Les mesures conservatoires.....	61
Chapitre II - Mise en œuvre de la protection.....	62
Section I - La protection par la concurrence déloyale et le parasitisme	62
Paragraphe I - La protection jurisprudentielle.....	62
A. Evolution jurisprudentielle	62
B. Fondement de la protection : la faute délictuelle du « free rider ».....	64
1. L’approvisionnement irrégulier.....	64
2. L’atteinte à l’image de marque.....	65
3. La publicité mensongère	65
4. Le parasitisme	65
Paragraphe II - La protection légale : l’art. L 442-6 6° C.com.....	66
Section II - La protection par le droit des marques	67
Paragraphe I - La théorie de l’épuisement communautaire du droit de marque	67
A. Le principe.....	67
B. Les limites	68
Paragraphe II - L’action contre le revendeur parallèle.....	69
Titre II - L’insuffisance de la protection	71
Chapitre I - Les raisons de l’insuffisance de la protection	71
Section I - Raisons tenant à l’environnement virtuel.....	72
Section II - Raisons juridiques	73
Paragraphe I - L’interdiction des clauses restreignant les importations parallèles entre distributeurs du réseau	73
Paragraphe II - L’interdiction des clauses de protection territoriale absolue	73

Chapitre II - Les remèdes à l'insuffisance de la protection.....	74
Section I - Les mesures techniques	74
Paragraphe I - La signature électronique.....	75
Paragraphe II - Les autres mesures techniques	77
Section II - Les aménagements du contrat-cadre.....	77
Paragraphe I - Les clauses de limitation des ventes.....	78
A. Limitations quantitatives	78
1. La validité des clauses d'étanchéité du réseau avant la loi du 1er juillet 1996	78
2. La validité des clauses d'étanchéité du réseau après la loi du 1er juillet 1996	79
B. Limitations territoriales	79
Paragraphe II - Les clauses de limitation de la garantie aux produits vendus dans le réseau.....	79
Paragraphe III - Les clauses renforçant les pouvoirs de contrôle du fabricant.....	80
Conclusion de la partie II	81
Conclusion générale	82
Index alphabétique.....	84
Bibliographie.....	88
Table des matières.....	94