

Les clauses d'exclusivité territoriale et la vente en ligne

La vente sur Internet est un modèle nouveau dans le domaine du commerce. Elle s'impose et ne cesse d'envahir le marché actuel. Son développement a nécessairement engendré de grandes répercussions sur le fonctionnement traditionnel des réseaux de distribution. Les contrats en cours n'ont, pour la plupart, pas prévu de régler les droits et les obligations des parties dans le cadre de ventes sur Internet. Faute d'avoir anticipé l'influence accrue du net sur la distribution, les promoteurs des réseaux doivent aujourd'hui faire face à des lacunes qui créent une insécurité juridique qui devrait les inciter à organiser les modalités du commerce électronique dans leurs documents contractuels.

Dès lors qu'Internet a précisément pour caractéristique de gommer les distances et d'abolir les frontières, la question de la pérennité de la protection territoriale ne peut manquer de se poser avec acuité. L'intérêt des clauses d'exclusivité territoriale est dès lors systématiquement remis en cause.

La stipulation d'une clause d'exclusivité dans un contrat de distribution suppose en effet que le fournisseur s'interdise de concéder à un tiers un droit d'implantation dans la zone protégée et, a fortiori, s'interdise également à lui-même une telle démarche. Or la question très souvent posée aux juges vise précisément le respect par le fournisseur de l'exclusivité territoriale accordée à l'un de ses intermédiaires lorsque ce dernier ouvre un site Internet marchand.

Comme nous le verrons plus loin, la Commission européenne, dans les lignes directrices sur les restrictions verticales adoptées le 19 mai 2010 (ci-après « les Lignes directrices »), semble cependant adopter une approche très favorable à la distribution par Internet.

Dans ce contexte, la question de la survie des clauses d'exclusivité territoriale paraît primordiale.

Cette étude abordera dès lors d'une part la question relative aux restrictions à la distribution commerciale par Internet à l'égard des distributeurs (I.), et d'autre part, à l'égard des fournisseurs (II.).

Sommaire

Pages 2-10

Les restrictions à la distribution commerciale par Internet à l'égard des distributeurs

Pages 10-12

Les restrictions à la distribution commerciale par Internet à l'égard des fournisseurs

Pages 13-14

Conclusions

I. Les restrictions à la distribution commerciale par Internet à l'égard des distributeurs

La création d'un site Internet marchand par un distributeur est une source de conflits potentiels lorsque le distributeur agit dans le cadre d'un réseau de distribution au sein duquel les distributeurs se sont vus accorder une exclusivité territoriale.

L'hypothèse ici visée est celle dans laquelle, au sein d'un réseau de distribution, un distributeur bénéficiant d'une exclusivité territoriale entend créer un site Internet marchand à partir duquel il lui serait possible de réaliser des ventes en dehors de son territoire contractuel.

La question de l'ouverture d'un site Internet marchand par un distributeur a été, comme nous le verrons, indirectement abordée par la Commission européenne dans les Lignes directrices sur les restrictions verticales adoptées le 19 mai 2010 (ci-après « Lignes directrices »).

1.1. Régime en droit européen de la concurrence applicable aux réseaux de distribution

Pour rappel, le droit européen de la concurrence considère comme suspect tout accord susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence. C'est notamment le cas des accords de distribution dite « exclusive » ou « sélective ».

L'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), anciennement article 81 du Traité de Rome, traite des ententes entre entreprises qui sont incompatibles avec le droit communautaire de la concurrence. Son premier paragraphe énonce le principe de l'interdiction des ententes restrictives de concurrence et le second sanctionne de nullité de plein droit les violations de cette interdiction. Le troisième paragraphe prévoit quant à lui la possibilité de bénéficier d'une exemption sous certaines conditions.

Certains accords, considérés comme favorables à la concurrence, sont donc « exemptés » de ce régime d'interdiction.

Les accords verticaux instaurant des réseaux de distribution dite « exclusive » ou « sélective » sont a priori considérés comme restrictifs de concurrence et par conséquent interdits par le Traité. Cependant, il existe un certain nombre de règlements d'exemption dits « généraux » qui s'appliquent à l'ensemble des accords « verticaux » qui ont pour objet de définir les conditions auxquelles un accord a priori restrictif de concurrence peut bénéficier d'une exemption et par conséquent échapper à la nullité prévue à l'article 101 TFUE. C'est notamment le cas du règlement 2790/1999 (arrivé à expiration le 31 mai 2010) qui a été remplacé par le règlement d'exemption 330/2010 sur les restrictions verticales de concurrence, entré en vigueur le 1er juin 2010 (ci-après « le Règlement »).

Le Règlement, notamment applicable à la franchise, prévoit un certain nombre de « clauses noires ». Rappelons l'esprit du texte: s'il est

entendu que les accords de distribution sont susceptibles de fausser le jeu de la libre concurrence, il n'en reste pas moins que certains d'entre eux sont bien au contraire susceptibles de fournir un gain d'efficience au marché, en d'autres termes un véritable avantage concurrentiel.

Le Règlement exempte donc automatiquement certaines catégories d'accords de la prohibition générale édictée à l'article 101 du TFUE, sous réserve du respect de certaines conditions. Les « clauses noires » précitées, dites aussi clauses anticoncurrentielles par objet, emportent le retrait automatique du bénéfice de l'exemption par catégorie.

Parmi ces clauses noires, on trouve celle-ci:

*« L'exemption [...] ne s'applique pas aux accords verticaux qui [...] ont pour objet [...] de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, **sauf** s'il s'agit de restreindre ses **ventes actives** sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes*

La tête du réseau de distribution peut donc restreindre les ventes dites « actives » sur un territoire ou à une clientèle réservée exclusivement à un autre distributeur ou à lui-même.

A contrario, cette protection de territoires exclusifs ou de clientèles exclusives devra cependant permettre les ventes dites « passives » sur ces territoires ou à ces clientèles.

réalisées par les clients de l'acheteur ».

Pour l'application de l'article 4, point b), du Règlement, la Commission caractérise comme suit les «ventes actives» et les «ventes passives» :

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

- par «**ventes passives**», on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raison-

nable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs.

Le fournisseur qui réserve une exclusivité territoriale à ses distributeurs, et qui les empêche réciproquement de procéder à des ventes actives sur les territoires exclusifs des autres membres du réseau, ne peut cependant empêcher ses distributeurs de réaliser des ventes passives sur des territoires relevant de l'exclusivité d'un autre membre du réseau.

La question se pose dès lors de connaître la place et rôle que pourrait jouer un vecteur de vente comme Internet dans cette interprétation des ententes dites restrictives de concurrence, ainsi que de ses exemptions.

Selon la Commission européenne, « *Internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles* ». Celle-ci précise qu'Internet n'est pas considéré comme un point de vente mais comme une *modalité de vente*. Ainsi, la création d'un site Internet marchand à l'initiative du fournisseur ou de l'un des distributeurs du réseau est autorisée par la Commission européenne.

La création d'un site Internet étant a priori assimilé à des ventes passives sur Internet, le distributeur peut en principe utiliser Inter-

net pour commercialiser les produits/services de son fournisseur. **Ce dernier peut toutefois limiter ce droit.** La Commission européenne a en effet prévu un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le fournisseur peut interdire la vente en ligne à ses membres.

La Commission a - à cet égard - dû réaliser une pondération des intérêts en jeu afin de maintenir un niveau de concurrence optimal sur un marché donné.

Le compromis adopté par la Commission entre le principe de liberté d'accès des distributeurs au canal de la vente par Internet et la nécessaire protection des réseaux de distribution contre le parasitisme des distributeurs ne proposant aucun magasin où leurs clients pourraient venir physiquement effectuer leurs achats (dits « *pure players Internet* »), se traduit par l'admission de la licéité de certaines restrictions (1.2) et l'interdiction corrélative d'autres restrictions qu'elle considère comme étant caractérisées (1.3).

1.2. Les restrictions admises

Les Lignes directrices stipulent, comme nous l'avons vu, le principe selon lequel « *tout distributeur doit être autorisé à utiliser Internet pour vendre ses produits* » (point 52).

La Commission a cependant prévu un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le fournisseur pourrait restreindre le droit de son distributeur à procéder à des ventes passives en ligne. Les restrictions qui sont admises par la Commission peuvent être regroupées en 4 catégories :

- celles qui concernent les **critères qualitatifs** du site ;
- celles qui concernent le point de vente **physique** ;
- celles qui concernent le **chiffre d'affaires minimum** par point de vente physique ;
- celles qui concernent la **redevance** de distribution pouvant être sollicitée des distributeurs.

1.2.1. Distinction entre les ventes actives/passives dans le cadre des distributions sélectives et exclusives

L'ensemble du régime juridique de la distribution par Internet conçu par la Commission est bâti sur la distinction entre distribution sélective et distribution exclusive, quant aux ventes passives et aux ventes actives.

- La **distribution sélective** est un mode de distribution qui repose sur un processus de sélection des points de vente par la marque distribuée. Pour être légale, la distribution sélective doit reposer sur des critères de sélection objectifs qui doivent être répertoriés dans un cahier des charges.

Les critères de sélections peuvent notamment avoir trait à l'équipe de vente (formation, effectifs,...), à la place et visibilité accordées aux produits de la marque et aux caractéristiques des points de vente (surface, décoration,...).

- La **distribution exclusive** est un mode de distribution qui garantit une exclusivité territoriale aux distributeurs. Cette exclusivité a souvent pour contrepartie une exclusivité de la

marque sur un univers produit chez les distributeurs et le respect de certaines obligations relatives au point de vente et aux services apportés aux clients.

(i) Dans le cadre d'une distribution dite « exclusive »

Le Règlement d'exemption procède, comme nous l'avons vu, à une distinction entre vente active et vente passive. Tandis que l'interdiction contractuelle des ventes actives (supposant une démarche active auprès de la clientèle protégée) est exemptée par le Règlement pour la distribution exclusive en deçà des seuils de parts de marché, les stipulations empêchant ou limitant les ventes passives sont qualifiées de restrictions flagrantes de concurrence (Règlement, art 4, b)). Selon la Commission, tout distributeur doit être autorisé à utiliser Internet pour vendre ses produits. L'utilisation d'un site Internet représente, selon elle, une forme de vente passive. **L'interdiction des ventes sur Internet constitue donc une restriction caractérisée, au sens de l'article 4, b).**

La Commission considère les situations suivantes comme des **exemples** de restrictions de ventes passives interdites, compte tenu de leur capacité à limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients :

- convenir que le distributeur empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site Internet ou les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou

d'autres distributeurs ;

- mettre un terme à une opération de vente par Internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif) ;
- limiter la part de ses ventes réalisées par Internet ;
- payer un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus par le réseau traditionnel.

La compatibilité des restrictions des ventes sur Internet avec le Règlement n'est toutefois pas totalement exclue. Il demeure possible de limiter l'utilisation d'Internet lorsqu'elle permet des ventes actives sur le territoire réservé.

(ii) Dans le cadre d'une distribution dite « sélective »

La Commission souligne que toute restriction aux ventes faites aux utilisateurs finaux constitue une restriction caractérisée, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ventes actives et ventes passives. En effet, « aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un système de distribution sélective ». Il en résulte que « dans un système de distribution sélective, les distributeurs devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finaux, y compris par Internet » (point 56).

(iii) Dans le cadre d'une distribution dite « sélective » et « exclusive »

Le Règlement admet également la combinaison entre « exclusivité » et « sélectivité », pour autant que les ventes actives dans d'autres territoires que celui faisant l'objet de l'exclusivité territoriale ne soient pas limitées et que les distributeurs agréés puissent par conséquent procéder à des ventes actives sans restriction tant entre eux qu'aux consommateurs finaux.

Aucune limitation ne pourrait dès lors être imposées aux distributeurs membres du réseau, quand bien même la distribution serait notamment exclusive.

1.2.2. Imposition de normes de qualité

Les Lignes directrices disposent que « le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet aux fins de la vente de ses produits » (point 54).

En effet, la Commission considère que le fournisseur peut imposer le respect par ses distributeurs de certaines normes de qualité pour la présentation du site et leur imposer de fournir les services qu'il estime nécessaires pour assurer le respect de l'image de marque faisant l'objet du contrat de distribution.

Un fournisseur pourra notamment soumettre l'établissement de liens vers d'autres sites à son autorisation préalable, et pourra également imposer une charte graphique assurant une présentation visuelle des produits con-

forme à l'image des produits et contrôler le contenu du site et l'environnement des produits.

En outre, un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce (point 54 in fine).

1.2.3. Imposition de conditions de vente en ligne

Les Lignes directrices posent trois séries de conditions à la vente en ligne par rapport à la vente dans un magasin physique (dite « vente en dur ») (point 56) :

- 1) Il n'est pas nécessaire que les conditions imposées à la vente en ligne soient identiques à celles qui sont imposées à la vente en dur ;
- 2) mais « elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables » ;
- 3) Enfin, « la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution ».

À titre d'exemple, on peut citer :

- le plafonnement de la quantité de produits contractuels vendue à un utilisateur final pour

empêcher la revente hors du réseau ;

- des délais de livraison réalistes, pas forcément identiques à ceux de la vente en dur, pour la vente en ligne ;
- ou encore des exigences spécifiques concernant un service d'aide après-vente en ligne (point 56).

1.2.4. Imposition d'un point de vente physique

L'interdiction de principe de la vente par Internet dans le cadre d'un réseau de distribution est, selon la Commission, illicite. Les Lignes directrices constatent que : « En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits ».

Une exception de taille à ce principe prévoit cependant que : « dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Cela peut être utile en particulier pour la distribution sélective. L'exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution » (point 54).

La Commission reconnaît donc au fournisseur la faculté d'exclure de leur réseau de distribution les « *pure players* » qui, comme nous

l'avons vu, ont pour particularité de ne réaliser de ventes que par l'intermédiaire d'Internet sans aucun point de vente physique. Il est ici question de protéger le réseau lui-même des distributeurs qui, sans frais fixes et variables élevés, pourraient pratiquer des prix inférieurs à ceux des distributeurs en magasin physique.

1.2.5. Imposition d'un quota minimum de vente

Bien que le fournisseur ne puisse pas en tant que tel limiter la part des ventes réalisées par le distributeur via Internet, il peut, sans limiter les ventes en ligne, exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique ou pour s'assurer que l'activité sur Internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (point 52, c).

Cette quantité absolue de ventes hors lignes peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée individuellement pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur dans le réseau ou sa situation géographique.

1.2.6. Imposition d'une redevance fixe aux distributeurs

Le point 52 des Lignes directrices mentionne l'existence d'une autre restriction admise par la Commission. Ainsi, le fournisseur

peut s'entendre « avec l'acheteur sur une redevance fixe (qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaldrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne » (point 52, d).

1.3. Les restrictions interdites

Les Lignes directrices prévoient quatre restrictions interdites : l'interdiction du recours à Internet faite aux distributeurs (1), les discriminations (2), l'instauration d'une différence de prix selon que la revente est effectuée par Internet ou par un point de vente physique (3).

1.3.1. Interdiction au distributeur de recourir à Internet

Les Lignes directrices consacrent en principe le fait que « tout distributeur doit être autorisé à utiliser Internet pour vendre ses produits » (point 52). La Commission établit donc ce droit au rang de principe.

1.3.2. Imposition de conditions plus strictes au distributeur

Le promoteur du réseau de distribution sélective ne doit pas imposer d'obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser Internet, en leur fixant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont établies pour la

vente dans un point de vente physique (point 56).

Les conditions imposées à la vente en ligne ne doivent pas nécessairement être identiques à celles exigées pour la vente hors ligne, mais plutôt poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables (point 56).

Les lignes directrices donnent des exemples:

- Pour empêcher les ventes à des distributeurs non-agrèés, un fournisseur peut exiger de ses distributeurs désignés qu'ils ne vendent pas plus d'une certaine quantité de produits contractuels à un utilisateur final individuel ; Une telle exigence peut devoir être plus stricte pour les ventes en ligne s'il est plus aisé pour un distributeur non-agrèé d'obtenir des produits par Internet ;
- Pour garantir la livraison des produits contractuels en temps voulu, un fournisseur peut exiger que les produits soient livrés immédiatement, dans le cas des ventes hors ligne ;

- Des exigences spécifiques peuvent devoir être formulées concernant un service d'aide après-vente en ligne, afin de couvrir les frais de renvoi exposés par les clients et pour l'application de systèmes de paiement sécurisés.

1.3.3. Différence de prix selon que la vente est effectuée en ligne ou non

Le point 52 des Lignes directrices considère comme étant une restriction caractérisée le fait de « convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement. Cela n'exclut pas le fait que le fournisseur s'entende avec l'acheteur sur une redevance fixe (c'est-à-dire une redevance qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaldrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne ».

Il apparaît donc clairement que le distributeur peut offrir des produits/services à des clients situés sur le territoire d'un autre distributeur, et ce malgré l'existence d'une clause d'exclusivité territoriale au sein du même réseau de distribution.

Le principal obstacle que rencontrerait un distributeur est le fait qu'un site Internet est rarement attractif en soi, « à moins que ce site fasse l'objet d'un réel effort de promotion auprès de cette clientèle, ce qui sera qualifié comme moyen « actif » de vente et qui pourra donc être limité en vue de protéger une exclusivité ».

Toutefois, un consommateur peut chercher

de lui-même un site Internet et trouver le site d'un distributeur. Cela sera notamment le cas lorsque celui-ci est bien référencé ou qu'il a fait l'objet d'une publicité efficace (à condition qu'elle ne vise pas spécifiquement un public ou un territoire particulier) ou lorsqu'il contient le nom de la marque dans son nom de domaine (à condition qu'il ait pour ce faire l'accord du franchiseur) ou comme méta-tag (ce qui lui permettra d'être référencé sur les moteurs de recherche). Cela sera enfin le cas lorsque des hyperliens renverront à son site. Il apparaît donc qu'une clause d'exclusivité territoriale pourra être paralysée d'effet du fait de l'ouverture par un autre distributeur d'un site Internet marchand.

1.4. L'action en responsabilité

La question d'une action en responsabilité contractuelle ou délictuelle pourrait cependant se poser dans la pratique.

Il pourrait être en effet envisageable qu'un distributeur mette en jeu la responsabilité contractuelle de son fournisseur lorsque des clients situés dans la zone couverte par l'exclusivité territoriale concédée par le contrat de distribution se fournissent par le biais d'Internet chez un autre distributeur du réseau.

Le fournisseur pourrait également engager une action en responsabilité contractuelle contre le distributeur qui ne respecte pas l'exclusivité territoriale. Il serait également possible d'imaginer une mise en jeu de la responsabilité délict-

uelle d'un distributeur qui aurait violé une clause de son contrat de distribution et ainsi causé un préjudice à un autre distributeur.

Ces actions en responsabilité n'auraient toutefois de chance d'aboutir qu'en cas de vente active du distributeur car si ce dernier s'est contenté de ne réaliser que des ventes passives, son comportement est conforme aux prescriptions communautaires.

Il apparaît donc primordial pour le distributeur d'anticiper sur le plan contractuel la création de sites Internet marchands par ses différents distributeurs.

II. Les restrictions à la distribution commerciale par Internet à l'égard des fournisseurs

La création par le fournisseur d'un site Internet marchand soulève également certaines difficultés juridiques en cas d'exclusivité territoriale accordée à ses distributeurs. En effet, cela crée en l'espèce un conflit potentiel entre le fournisseur à la tête du réseau souhaitant recourir aux ventes directes par Internet et certains membres de son réseau soucieux de préserver leur exclusivité territoriale.

Les Lignes directrices posent, comme nous l'avons vu précédemment, le principe selon lequel « tout distributeur doit être autorisé à utiliser Internet pour vendre ses produits » (point 52). Le fournisseur n'est pas visé spécifiquement par cette autorisation mais l'on conçoit tout à fait aisément que celui-ci est parfaitement libre de distribuer ses produits/services via Internet.

Cette problématique pose en réalité la question de l'étendue de l'exclusivité des distributeurs par rapport aux ventes par Internet réalisées par leur fournisseur. La tentation sera en effet grande pour le fournisseur de développer un site Internet en vue de présenter et de proposer ses produits à la vente. Comment concilier la liberté du fournisseur de faire de la publicité ou de vendre en ligne ses produits avec celle des distributeurs de préserver leur propre exclusivité ?

Le point 51 des Lignes directrices stipule que « le distributeur exclusif est protégé des ventes actives sur son territoire ou à sa clientèle par tous les autres acheteurs du fournisseur à l'intérieur de l'Union, indépendamment des ventes du fournisseur ».

Cette disposition est passée relativement inaperçue lors de son élaboration, n'ayant à ce jour pas fait l'objet de commentaire. A notre sens, cette disposition revient à confirmer la possibilité pour le promoteur d'un réseau exclusif d'avoir recours à Internet et, surtout, d'utiliser des moyens actifs de revente.

L'on revient ainsi sur la maxime selon laquelle « En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site Internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur ». Il échet donc de constater que la création d'un site Internet n'est donc pas équivalent à l'ouverture d'un nouveau point de vente dans le territoire concédé, ce qui a été confirmé par la Cour de cassation française dans son arrêt « Flora Partner » du 14 mars 2006 (affaire n° 03-14639).

En d'autres termes, dès lors que les stipulations contractuelles ne prévoient pas le contraire, la vente par Internet ne sera pas couverte par une clause d'exclusivité territoriale.

La Cour de cassation analyse donc le site Internet comme un point de vente qui ne se rattache pas à une zone géographique déterminée. Internet est ainsi considéré comme un nouveau territoire, un lieu de communication et de commerce, non visé par le périmètre d'exclusivité territoriale. Il est pourtant possible qu'un site Internet ouvert par un fournisseur, amène une partie de la clientèle du distributeur à se détourner de lui pour acheter directement en ligne sur le site marchand du distributeur. Les distributeurs auront donc tout intérêt, s'ils souhaitent se prémunir d'une concurrence de leur fournisseur, de prévoir l'extension de leur clause d'exclusivité territoriale à la vente sur Internet en interdisant au fournisseur de vendre en ligne sur le territoire dont l'exclusivité leur a été concédée. Même dans l'hypothèse où le distributeur a pu négocier l'extension de la clause d'exclusivité territoriale à la vente sur Internet, les règles de concurrence permettront au fournisseur de réaliser des ventes passives. Le distributeur pourra toutefois essayer d'obtenir du fournisseur qu'il consente à renoncer à des ventes actives dans le territoire qui lui a été alloué.

Il en résulte que les clients pourront visiter le site Internet du fournisseur et prendre contact avec lui d'eux-mêmes.

Le fournisseur pourra cependant s'engager

contractuellement à ne pas solliciter des clients ou groupes de clients situés sur un territoire déterminé (que ce soit par le biais de la publicité en ligne, d'un référencement, de mailing...). Il ne pourra toutefois pas prendre l'engagement de ne pas livrer des clients situés dans un ressort territorial déterminé car cette stipulation tomberait sous le coup du droit de la concurrence voire de la prohibition du refus de vente. Il apparaît ainsi que le fournisseur pourra contracter avec des clients localisés sur le territoire pour lequel le distributeur bénéficie d'une exclusivité. Cette possibilité peut être difficile à comprendre pour les distributeurs qui vont contribuer financièrement (par le biais de la redevance communication qu'ils vont verser au franchiseur par exemple) au fonctionnement d'un site Internet qui va concurrencer leurs propres activités.

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

SYNTHESE DES ELEMENTS DEVELOPPES

I. Les restrictions à la distributions commerciales par Internet à l'égard des distributeurs

La création d'un site Internet marchand à l'initiative de l'un des distributeurs du réseau est autorisée par la Commission européenne. Certaines restrictions sont toutefois admises.

I.I. Les restrictions admises:

- A) *Distinction entre les ventes actives/passives dans le cadre d'une distribution sélective ou exclusive*
 - (i) *Dans le cadre d'une distribution exclusive*
 - (ii) *Dans le cadre d'une distribution sélective*
 - (iii) *Dans le cadre d'une distribution sélective et exclusive*
- B) *Imposition de normes de qualité*
- C) *Imposition de conditions de vente en ligne*
- D) *Imposition d'un point de vente physique*
- E) *Imposition d'un quota minimum de vente*

F) *Imposition d'une redevance fixe*

I.II. Les restrictions interdites:

- A) *Interdiction au distributeur de recourir à Internet*
- B) *Imposition de conditions plus strictes*
Différence de prix selon que la vente est effectuée en ligne ou non.

II. Les restrictions à la distribution commercial par Internet à l'égard des fournisseurs

Il échet donc de constater que la création d'un site Internet n'est donc pas équivalent à l'ouverture d'un nouveau point de vente dans le territoire concédé, ce qui a été confirmé par la Cour de cassation française dans son arrêt « Flora Partner » du 14 mars 2006 (affaire n° 03-14639).

En d'autres termes, dès lors que les stipulations contractuelles ne prévoient pas le contraire, la vente par Internet ne sera pas couverte par une clause d'exclusivité territoriale.

CONCLUSIONS

Au regard des éléments développés dans cette étude, il apparaît que la vente en ligne, qu'elle soit pratiquée par le fournisseur ou l'un des distributeurs du réseau, peut remettre en cause l'exclusivité territoriale qui est fréquemment consentie dans le cadre d'un contrat de distribution. Il semble toutefois hâtif et mal avisé d'en tirer la conclusion selon laquelle la possibilité ainsi offerte aux parties de créer des sites Internet marchands signifierait la mort empirique de la clause d'exclusivité territoriale.

D'une part, il convient de rappeler que l'exclusivité territoriale sera toujours valable s'agissant de la vente dans les points de vente physiques. En effet, il sera toujours interdit, sauf stipulation contractuelle contraire, pour un fournisseur d'ouvrir en présence d'une clause d'exclusivité territoriale un point de vente physique sur le territoire du distributeur. De même, un distributeur bénéficiant d'une exclusivité territoriale ne pourra ouvrir un point de vente physique sur le territoire exclusif d'un autre membre du réseau.

La concurrence d'un marché en ligne n'empêchera en outre jamais un distributeur jouissant d'une exclusivité territoriale de se distinguer sur un territoire défini par la qualité de ses services, de ses conseils, et de ses prix.

D'autre part, il sera toujours loisible aux parties d'un contrat de distribution d'aménager contractuellement leur relation de manière à maintenir de manière effective cette exclusivité en anticipant la création d'une plate-forme en ligne par chacune des parties. Les parties devront alors préciser les modalités, les conditions d'établissement d'un tel service en ligne.

De façon plus générale, au-delà d'un aménagement préalable du contrat par anticipation de l'émergence du net, les fournisseurs comme les distributeurs sont soumis à l'obligation d'exécuter de bonne foi leurs engagements contractuels. Une concurrence déloyale pourra toujours être dénoncée sur base d'une violation de l'obligation de bonne foi dans un contrat de distribution.

Distribution commerciale
est publié par l'association d'avocats

Buyle Legal avec
la collaboration de
Patrick KILESTE
Cécile STAUDT
NICOLAS GODIN

Les informations publiées par Distribution commerciale sont données à titre de renseignements. Il ne s'agit pas de consultations juridiques portant sur des situations déterminées.

Les destinataires de cette lettre d'informations sont informés par la présente de ce qu'ils sont enregistrés dans un fichier établi en vue de l'envoi de la lettre d'informations. Le cas échéant, ils peuvent demander l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée.

Reproduction autorisée, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source.

Editeur responsable : Patrick Kileste
Avenue Louise 240, 1050 Bruxelles
Tél. 32 2 600 52 00—Fax : 32 2 600 52 01
pkileste@buylelegal.eu