

Décision en date du 08-03-2007

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

07-D-07

Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

Composition Délibéré sur le rapport oral de Mme Correa de Sampaio, par Mme Perrot, vice-présidente présidant la séance, Mme Xueref, MM. Honorat et Flichy, membres

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la saisine d'office du 27 juin 2006 concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ; Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment l'article 81 CE ; Vu le livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application, modifié par le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 ; Vu la décision du rapporteur général du 30 octobre 2006 procédant à la disjonction de la présente affaire en deux saisines portant les numéros 06/0044-1F, relative à des pratiques mises en œuvre par des sociétés du secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et 06/0044-2F (06/0077F), relative aux seules pratiques mises en œuvre par la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique ; Vu les engagements proposés par les sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France (L'Oréal), Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage ; Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, les sociétés Babelstore (Price Minister), Google France, Bijourama, le professeur X... et le docteur Y... ; Vu les autres pièces du dossier ; La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage, entendus lors des séances des 24 et 30 janvier 2007 ; ainsi que les représentants des sociétés Babelstore (Price Minister) et Google France, sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du Code de commerce ; Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. Par décision du 27 juin 2006, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. L'instruction de cette saisine s'est concentrée sur les pratiques consistant à refuser ou restreindre la vente en ligne de ces produits, de la part des sociétés les plus importantes de ce secteur en France (réalisant un chiffre d'affaires correspondant à une part de marché supérieure à 2 %).

B. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ

1. LES PRODUITS

2. Les produits distribués par les systèmes de distribution sélective concernés sont des

produits haut de gamme et sont offerts avec un service de conseil délivré par une personne diplômée de pharmacie. Ils font partie du secteur plus large des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

3. En 2004, le total du chiffre d'affaires en France des produits cosmétiques vendus "sur conseil pharmaceutique" (c'est-à-dire bénéficiant du conseil offert par un diplômé de pharmacie), s'est élevé à plus de 1 356 millions d'euro. Ces ventes se répartissent entre les produits de beauté pour femme, pour homme, pour bébé, les produits capillaires, ceux d'hygiène buccale, de soins et les parfums selon le schéma ci-après :

<emplacement tableau>

2. LES FABRICANTS

4. Au sein des fournisseurs ayant recours à la distribution sélective, la concurrence intermarque apparaît vive en raison, notamment, de la nature des produits pour lesquels l'innovation joue un rôle majeur. Ainsi, dans les cinq dernières années, de nouvelles marques ont pu conquérir des parts de marché de l'ordre de 2 à 3 points, à l'instar de Nuxe et de Caudalie. Oenobiol, également, a rapidement conquis une part de marché en se concentrant sur les compléments alimentaires. La prépondérance des deux groupes leader - Pierre Fabre et l'Oréal (au travers de sa filiale Cosmétique Active France) - reste forte en raison tant de leur ancienneté sur le marché que de leur "portefeuille" de marques. Toutefois, le numéro 3 du marché - Johnson & Johnson Consumer France - occupe une place loin d'être négligeable avec 10,7 % du marché national en 2005.

Parts de marché (PDM) des onze premiers fournisseurs en distribution sélective : évolution entre 2003 et 2005

<emplacement tableau>

3. LES DISTRIBUTEURS

5. Les ventes des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique se répartissent entre les officines, les parapharmacies, les parfumeries et les espaces de parapharmacie ("corners") dans les grands magasins, magasins populaires ou grandes surfaces alimentaires (GSA). C'est seulement à partir de la fin des années 80 qu'il a été mis fin au monopole des officines dans la distribution de ces produits à la suite de la décision du Conseil du 9 juin 1987, relative à la situation de la concurrence dans la distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Il en résulte aujourd'hui une part toujours prépondérante des officines dans le circuit de distribution de ces produits. En 2004, les officines réalisaient en effet près de 64 % des ventes totales contre 15 % pour les parapharmacies et 13 % pour les grands magasins et grandes surfaces alimentaires ainsi que le montre le graphique ci-après :

<emplacement tableau>

4. LA VENTE EN LIGNE

6. Les ventes sur Internet tous produits et services confondus ont dépassé en France la barre des 10 milliards d'euro en 2006 pour atteindre un total de 12 milliards, en hausse de 40 % par rapport à 2005. Le nombre de sites marchands a connu une hausse comparable (+ 44 %). Parmi ces créations, il est intéressant de noter, dans le cadre du présent dossier, d'une part la part croissante, égale à 6 % des ventes, que représentent les ventes hors du

territoire français pour les sites qui exportent (qui représentent 43 % des sites) et, d'autre part, l'essor des sites intéressant la mode et la beauté, dont la croissance a été la plus forte en 2006. De grandes marques de luxe dans le domaine de la parfumerie, de la joaillerie ou des accessoires ne s'y sont pas trompées en développant récemment, en France ou à l'étranger, leurs propres sites de vente sur Internet. Ce développement récent s'appuie sur le constat que le "cœur de clientèle" des marques haut de gamme achète massivement sur Internet. Une récente étude du CREDOC montrait ainsi que près de 80 % des français dont les revenus mensuels sont supérieurs à 4 500 euro achètent régulièrement sur Internet, ce taux tombant à 42 % pour les revenus compris entre 1 500 et 2 300 euro.

C. LES ENTREPRISES

1. LE LABORATOIRE BIODERMA

7. La société Laboratoire Bioderma est un laboratoire indépendant, constitué en 1985 sous la forme d'une SAS, ayant pour activité le développement et la commercialisation de produits pharmaceutiques ou parapharmaceutiques en France et à l'étranger. Elle compte à ce jour en France 160 salariés et son siège social est situé 75, Cours Albert Thomas à Lyon.

8. Elle offre des gammes de produits spécifiques à chaque sensibilité de peau, "dans une approche complémentaire où produits de soin et d'hygiène, oraux ou topiques, agissent en parfaite synergie pour traiter l'aspect étiologique et symptomatique du problème". Elle dispose d'un réseau de 3 900 distributeurs agréés en France dont 3 300 pharmacies d'officine.

9. En 2006, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 57,36 millions d'euro dont 33 % à l'exportation.

2. CAUDALIE

10. La société Caudalie, créée en 1994 sous la forme d'une SARL, a pour activité la conception et la commercialisation de produits de beauté. Elle compte à ce jour en France 170 salariés et son siège social est situé 9, Villa Aublet à Paris.

11. Ses produits se définissent comme des "produits cosmétiques naturels essentiellement à base d'actifs extraits des pépins de raisin et de la vigne : le polyphénol avec un effet antioxydant, le resvératrol avec un effet raffermissant et la viniférine avec un effet anti-tache, ces actifs ayant fait l'objet de brevets". Elle dispose d'un réseau de 5 038 distributeurs agréés en France dont 4 074 pharmacies d'officine.

12. En 2006, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 46 millions d'euro dont 28 % à l'exportation.

3. COSMÉTIQUE ACTIVE FRANCE

13. Cosmétique Active France est une société en nom collectif créée en 1982, qui appartient au groupe l'Oréal et a pour activité la commercialisation en France des produits dermo-cosmétiques Vichy et La Roche Posay. Elle compte à ce jour en France 246 salariés et son siège social est situé 28, Avenue du Président Wilson à Vichy.

14. Les produits Vichy et La Roche Posay "sont destinés à des personnes particulièrement soucieuses de leur bien-être et de la santé de leur peau, pouvant souffrir d'affections cutanées et ayant en tout cas besoin d'être rassurées lors de l'achat d'un produit cosmétique

par le conseil d'un diplômé La Roche Posay en pharmacie". Pour la marque Vichy, 8 500 officines sont agréées et pour la marque La Roche Posay 6 000 officines, les autres distributeurs agréés représentant environ 700 points de vente.

15. En 2005, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 79,04 millions d'euro pour Vichy et 77,05 millions d'euro pour La Roche Posay.

4. LES LABORATOIRES EXPANSCIENCE

16. Les Laboratoires Expanscience, créés en 1985, sont constitués sous la forme d'une société anonyme ayant pour activité la fabrication et la vente en gros de produits pharmaceutiques à usage humain ou vétérinaire, d'hygiène, de parfumerie, de diététique, de puériculture et autres produits ou objets de santé, de produits chimiques, et la réalisation de travaux à façon. Elle compte à ce jour en France 620 salariés et son siège social est situé 10, Avenue de l'Arche à Courbevoie.

17. Elle offre, notamment les produits de la marque Mustela - n° 1 du soin du bébé en Europe en pharmacies - qui sont des produits destinés aux bébés et aux femmes enceintes mis au point "en fonction des dernières recommandations de l'Agence française de sécurité sanitaire pour les produits de santé (AFSSAPS)", en collaboration avec des professionnels de santé et évalués par des tests appropriés. Elle développe également les produits de soin et de traitement de la marque Noviderm dans quatre domaines : l'accompagnement cosmétique des peaux acnéiques, les peaux sensibles, l'hyper-pigmentation cutanée et les phanères. Elle dispose d'un réseau de distribution de 12 500 pharmacies d'officine et 500 parapharmacies.

18. En 2006, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 173 millions d'euro (199 millions de chiffre d'affaires consolidé).

5. JOHNSON & JOHNSON CONSUMER FRANCE

19. La société Johnson & Johnson Consumer France, filiale du groupe américain Johnson & Johnson, est une SAS créée en mars 1963 ayant le statut d'établissement pharmaceutique chargée de concevoir, de fabriquer et de commercialiser des produits pharmaceutiques, des produits cosmétiques et des produits d'hygiène et de soin. Ses marques les plus connues sont Roc, Neutrogena, Evian Affinity, Compeed et Biafine. Elle compte à ce jour en France 517 salariés et son siège social est situé 1, Rue Camille Desmoulins à Issy-les-Moulineaux.

20. Les produits Roc, Neutrogena et Aveeno sont des "produits hypoallergéniques de haute qualité couvrant les différentes catégories de soin pour la peau, et en particulier les solaires, l'anti-âge, les déodorants, l'anti-cellulite, les soins aux peaux sèches, atypiques ou irritées, les anti-pelliculaires ainsi que les soins pour les mains et les lèvres".

21. Johnson & Johnson Consumer France dispose en France d'un réseau de distribution de 22 600 pharmacies d'officine et 470 points de vente de parapharmacies.

22. En 2005, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 198 millions d'euro dont 26 % à l'exportation.

6. LES LABORATOIRES LIERAC

23. Les Laboratoires Lierac, créés en 1975, sont constitués en société anonyme appartenant au groupe ALES et ont pour activité la commercialisation de produits dermo-cosmétiques. La

société compte à ce jour en France 74 salariés et son siège social est situé 99, Rue du Faubourg Saint Honoré à Paris.

24. Elle est spécialisée dans la "Phytocosmétique active" définie comme "l'utilisation en cosmétique de molécules végétales ou d'origine végétale démontrée" ayant pour objet de proposer aux consommateurs des produits de soins pour le corps et le visage "à vocation de prévention ou de réparation des altérations cutanées". Elle dispose d'un réseau de 4 300 distributeurs agréés en France dont 3 500 pharmacies.

25. En 2006, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 61,88 millions d'euro.

7. NUXE

26. Nuxe est une société indépendante créée en 1989 sous la forme d'une SAS, ayant pour activité la fabrication et la commercialisation de produits de beauté. Elle compte à ce jour en France 63 salariés et son siège social est situé 25, Rue des Petits Hôtels à Paris.

27. Ses produits se caractérisent par "une très forte concentration d'ingrédients d'origine naturelle et des formules fondées sur les plantes à l'efficacité et à l'innocuité scientifiquement testées et prouvées". Elle dispose d'un réseau de près de 4 000 distributeurs agréés en France.

28. En 2006, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 42,57 millions d'euro dont 15 % à l'exportation.

8. LE LABORATOIRE OENOBIOL

29. La société Laboratoire Oenobiol est un laboratoire indépendant, constitué en 1981 sous la forme d'une SAS, ayant pour activité la conception, la fabrication et la commercialisation de compléments alimentaires "adaptés à des problématiques de beauté spécifiques (la peau, les cheveux, le bronzage, la minceur, etc...)". Elle compte à ce jour en France 45 salariés et son siège social est situé 59, Boulevard Exelmans à Paris.

30. Elle offre des gammes de produits spécifiques à chaque sensibilité de peau, "dans une approche complémentaire où produits de soin et d'hygiène, oraux ou topiques, agissent en parfaite synergie pour traiter l'aspect étiologique et symptomatique du problème". Elle dispose d'un réseau de 8 087 distributeurs agréés en France.

31. En 2006, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 49,43 millions d'euro dont 2,1 millions à l'exportation.

9. ROGÉ CAVAILLÈS

32. La société Rogé Cavallès, qui appartient au Bolton Group, a été créée en 1998 sous la forme d'une SAS et a pour activité la conception, la distribution et la promotion de produits d'hygiène corporelle, "produits dermatologiques pour la toilette et le soin des peaux délicates et sensibles de toute la famille". Elle compte à ce jour en France 41 salariés et son siège social est situé 11, Avenue Dubonnet à Courbevoie.

33. Elle dispose d'un réseau d'environ 15 000 distributeurs agréés en France.

34. En 2006, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 40,7 millions d'euro dont 1,2 % à l'exportation.

10. LES LABORATOIRES DERMATOLOGIQUES D'URIAGE

35. Les produits Uriage ont été développés par les Laboratoires Biorga à partir de 1992 puis, depuis 2004, par la SAS Laboratoires Dermatologiques d'Uriage. Cette dernière a pour activité la fabrication, le développement et la commercialisation des produits cosmétiques et dermo-cosmétiques en France et à l'étranger conçus à base d'eau thermale, également utilisée à la station thermale d'Uriage-les-bains. Elle compte à ce jour en France 170 salariés et son siège social est situé 98, Avenue de la République à Courbevoie.

36. Les produits Uriage couvrent principalement les domaines dermatologiques suivants : "les peaux sèches à tendance atopique, les peaux à tendance acnéique, l'incitation au grattage, la photo protection, les hyperkératoses, les dermatites de contact, les taches pigmentaires, le vieillissement cutané, les peaux sujettes aux rougeurs, l'hygiène des peaux sensibles". Les Laboratoires Dermatologiques d'Uriage disposent d'un réseau de 4 000 distributeurs agréés en France.

37. En 2006, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 40 millions d'euro dont 25 % à l'exportation.

D. LE MARCHÉ PERTINENT

38. Les produits en cause sont définis par l'article L. 5131-1 du Code de la santé publique, selon lequel "On entend par produit cosmétique toute substance ou préparation destinée à être mise en contact avec les diverses parties superficielles du corps humain, notamment l'épiderme, les systèmes pileux et capillaire, les ongles, les lèvres et les organes génitaux externes, ou avec les dents et les muqueuses buccales, en vue, exclusivement ou principalement, de les nettoyer, de les parfumer, d'en modifier l'aspect, de les protéger, de les maintenir en bon état ou de corriger les odeurs corporelles".

39. Ainsi que le soulignait le Conseil dans sa décision n°87-D-15 du 9 juin 1987 précitée, ces produits "sont vendus sous de multiples marques dont le principal critère de différenciation est leur mode de distribution. On distingue quatre circuits: la pharmacie (...), la diffusion sélective (...), la grande diffusion (...) et la vente directe (...). La part respective des ventes effectuées par chaque mode de distribution varie cependant en fonction des segments du marché (...). Les niveaux moyens de prix observés dans les divers circuits de distribution sont très différents (...). Plusieurs autres études versées au dossier montrent que le consommateur attribue à chaque circuit de distribution des qualités spécifiques. Le choix d'un circuit de distribution par la clientèle semble étroitement dépendant de l'image de marque qui s'attache aux produits. Mais cette image est elle-même fonction du mode de diffusion des produits et de l'importance des investissements".

40. De fait, l'analyse des prix démontre qu'il existe bien un marché spécifique des produits cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique que l'on pourrait qualifier de "haut de gamme" tant par la technicité des produits que par l'image qui leur est associée. Ce marché, qui est compris dans le marché plus vaste de l'ensemble des produits cosmétiques, peut donc être considéré comme pertinent.

E. L'ÉVALUATION PRÉLIMINAIRE DES PRATIQUES ALLÉGUÉES

41. La rapporteure a exprimé ses préoccupations de concurrence en transmettant un document écrit aux sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Pierre Fabre Dermo

Cosmétique Active France, Rogé Cavallès et Uriage entre le 20 juillet et le 6 octobre 2006.

42. Ces préoccupations concernent les conditions trop restrictives ou l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits vendus en distribution sélective.

43. En l'espèce, la rapporteure a estimé que l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique prévue par Caudalie, Cosmétique Active France en ce qui concerne les produits la Roche Posay, Nuxe, Oenobiol et Uriage n'est pas justifiée tandis que les conditions exigeantes posées par les autres fabricants ou fournisseurs apparaissent trop restrictives.

44. Ainsi, l'annexe II du contrat de Bioderma relatif à la vente sur Internet est problématique, notamment s'agissant de la notion de "conseil approprié" qui exige que le détaillant agréé ait "recours à un procédé Webcam afin de visualiser le consommateur" ; en outre, la boutique virtuelle doit disposer "d'un point de paiement uniquement destiné à encaisser des produits permettant des critères de sélectivité au moins équivalents à ceux du Laboratoire Bioderma" et la dénomination sociale ou la marque Bioderma ne doit pas être utilisée comme mot clé dans les moteurs de recherche.

45. En ce qui concerne Cosmétique Active France, l'avenant spécifique à la vente sur Internet des produits Vichy prévoit, en particulier, d'une part, à l'article 6.3, l'exigence d'une visualisation et la nécessité de pouvoir effectuer un diagnostic cosmétologique "au moyen d'un équipement de vidéoconférence ou grâce à la transmission de photographies numériques" et, d'autre part, à l'article 6.4, la nécessité d'instaurer un "dialogue interactif en temps réel" avec l'acheteur potentiel. Il convient de noter qu'à ce jour, aucun des distributeurs agréés de Vichy n'a signé cet avenant.

46. S'agissant de Johnson & Johnson Consumer France, le courrier du 19 septembre 2006 adressé à la rapporteure par le directeur juridique de la société indique : "notre contrat de distributeur agréé n'exclut pas la revente de nos produits sur Internet". Pourtant, l'article 5-1 de la convention de distributeur agréé des marques Roc et Neutrogena stipule que "le distributeur s'engage à revendre les produits uniquement sur le lieu de vente agréé, au détail et aux consommateurs finals. Notamment, le distributeur s'interdit de vendre les produits par correspondance". Un courrier de Johnson & Johnson Consumer France adressé le 4 février 2005 à l'un de ses distributeurs agréés ("Objectif Santé" à Thionville), transmis au Conseil, autorise ce distributeur à mettre sur son site Internet non marchand les produits Roc et Neutrogena et indique que la transformation de ce site en site marchand nécessiterait la signature d'une nouvelle convention de distributeur agréé, sans que soient précisées les conditions posées à la vente en ligne des produits de Johnson & Johnson Consumer France par ses distributeurs agréés.

47. S'agissant des Laboratoires Lierac, l'article 3 du contrat de détaillant agréé Lierac stipule que "Des ventes par la voie de commerce électronique ne sont admises qu'en accessoire d'une activité principale du détaillant agréé, et doivent être préalablement et dûment autorisées par la société Laboratoires Lierac au regard du respect d'éléments précis". Le courrier du 6 juillet 2006 adressé à la rapporteure par le directeur général opérationnel France précise, à ce sujet, que "la vente sur Internet est libre pour nos clients détenant un point de vente physique". Toutefois, il est question, dans le contrat précédemment cité, d'autorisation préalable. S'agissant des conditions posées à la vente sur Internet, les Laboratoires Lierac demanderaient seulement à leurs distributeurs, lorsqu'ils sont interrogés par ces derniers, "de respecter (la) charte graphique et un environnement correspondant au positionnement qualitatif de la marque" mais ces conditions ne sont pas clairement précisées dans le contrat.

48. S'agissant d'Expanscience (Mustela), le paragraphe a) de l'article 2.5 du contrat de distributeur détaillant agréé Expanscience pose le principe de la vente des produits Expanscience "exclusivement dans le point de vente" du détaillant agréé ; cependant, le paragraphe d) du même article admet une dérogation à ce principe pour la vente sur Internet à la double condition d'être préalablement agréé à cet effet par la société Expanscience et de signer l'avenant au présent contrat relatif à Internet. Cet avenant pose notamment comme condition l'obligation de réserver le site à la vente de produits d'hygiène, de soin, et de beauté "de haute qualité", ce qui interdit la vente sur le même site de produits de moyenne gamme alors que ceux-ci peuvent également être vendus dans les points de vente physiques des détaillants agréés (article 4-b) ; l'obligation de répondre aux demandes de la clientèle non seulement en français mais aussi en anglais, en espagnol, en portugais, en italien, en allemand et en néerlandais (article 6-c) ainsi que l'obligation de mettre en ligne des questionnaires sur le type de peau et les éventuels problèmes dermatologiques du consommateur dans toutes les langues précitées (article 6-e) et l'interdiction d'utiliser le nom et les marques des produits Expanscience comme mot clé de référencement dans les moteurs de recherche.

49. S'agissant de Rogé Cavaillès, l'article 3 de l'avenant à la charte de distributeur agréé Rogé Cavaillès relative à la distribution sur Internet des produits Rogé Cavaillès précise, au deuxième alinéa, que le distributeur agréé devra mettre en permanence une personne qui "devra être en mesure de donner par téléphone ou par voie de courrier électronique, sous deux heures, des informations précises sur les produits Rogé Cavaillès", exigence d'autant plus forte qu'elle ne s'insère pas dans les horaires d'ouverture du magasin "physique" du distributeur agréé.

50. Par lettre du 13 octobre 2006, la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique a indiqué au Conseil qu'elle renonçait à présenter des engagements dans le cadre de la présente procédure. Le rapporteur général du Conseil a donc par décision du 30 octobre 2006, disjoint de l'instruction de la saisine d'office, l'instruction de la procédure relative aux seules pratiques mises en œuvre par la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique, poursuivie désormais sous le numéro 06/0044-2 F (06/0077 F). La procédure contentieuse à l'encontre de cette dernière suit son cours.

F. LA MISE EN OEUVRE DE LA PROCEDURE D'ENGAGEMENTS

51. Compte tenu des évaluations préliminaires exposées par la rapporteure et de l'intention des sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage de s'engager à modifier ou à compléter leurs contrats de distribution sélective afin de permettre la vente en ligne de leurs produits, le Conseil a estimé que la procédure d'engagements était adaptée pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans lesdites évaluations.

52. Par un communiqué de procédure en date du 14 novembre 2006, le Conseil a publié un résumé de leurs propositions d'engagements sur son site Internet à l'attention des tiers potentiellement intéressés susceptibles de présenter des observations. Le Conseil a fixé au 14 décembre 2006 la date limite de réception de ces observations.

1. LE LABORATOIRE BIODERMA

53. La société Bioderma a transmis au Conseil une proposition d'engagements qui vise à modifier, d'une part, son contrat de détaillant agréé à l'article 3.1, en supprimant le caractère exclusif des ventes des produits Bioderma sur le lieu de vente physique agréé par

le contrat et, d'autre part, l'annexe II de ce contrat relative à la vente sur Internet en proposant :

a. à l'article 1, de modifier les délais de réponse aux demandes des consommateurs pour les rendre compatibles avec les horaires d'ouverture du point de vente physique en prévoyant l'obligation d'y répondre en 24 heures maximums, si la demande est intervenue durant les heures d'ouverture du point de vente et en 48 heures maximums, si la demande est intervenue durant ses heures de fermeture, et en supprimant le dernier paragraphe de cet article qui prévoit l'obligation de recourir à un procédé de Webcam pour visualiser le consommateur ainsi que l'envoi d'échantillons sur demande ;

b. à l'article 2, de prévoir que le point de paiement en ligne sécurisé ne devra pas contrevenir à l'image des produits Bioderma, d'insérer l'obligation d'accompagner toute commande de produits Bioderma d'échantillons de la marque et de supprimer l'interdiction d'utiliser la dénomination sociale ou la marque Bioderma comme mot clé dans les moteurs de recherche.

2. CAUDALIE

54. La société Caudalie s'engage à proposer à tous les membres de son réseau de distribution un contrat cadre de distribution modifié qui visera la possibilité de conclure un contrat "de vente à distance Internet", contrat accessoire au premier qui prévoit, pour l'essentiel :

- une qualité, une technique et une esthétique du site qui devra être conforme à la charte graphique de la marque Caudalie (article 3.1) et l'obligation de faire apparaître pour chaque produit Caudalie une page distincte comprenant, outre un descriptif complet et une notice accessible en ligne, une "photo taille 10 cm non pixelisée - qualité 72 dpi (Pixel par pouce)" (article 4) ;

- l'indication de la qualité de distributeur agréé par Caudalie et l'adresse du ou des point(s) de vente physique(s) accompagnée d'une photographie représentative du ou des magasin(s) (article 2) ;

- l'insertion en permanence, dans l'espace réservé à la vente des produits Caudalie, du message suivant : "Caudalie recommande vivement à l'internaute de se rendre dans le(s) point(s) de vente physique(s) dont l'(les) adresse(s) est (sont) indiquée(s) sur le site. L'internaute y trouvera un service de conseil qualifié, direct et personnalisé et ce en fonction de son type de peau et des éventuels problèmes cutanés, dispensé sur place par le pharmacien-conseil ou un personnel qualifié. En effet, malgré les progrès de la technique, le contact direct avec le pharmacien-conseil ou une personne qualifiée reste unique et irremplaçable pour apporter à l'internaute ce qu'il est en droit d'attendre des produits Caudalie" (article 3.3) ;

- la mise en place d'un service de conseil assuré par un pharmacien-conseil dans le cadre d'une "hot line" disponible du lundi au vendredi, de 9 h à 18 h sauf jours fériés et d'une messagerie électronique garantissant une réponse aux questions des internautes dans un délai maximum de 48 heures (article 6) ;

- l'obligation de recueillir l'accord préalable et écrit de Caudalie pour les publicités ou promotions de ses produits et l'interdiction d'utiliser des termes dévalorisants tels que "discount" ou "remise x %" ;

- l'envoi, avec la commande, d'un assortiment d'échantillons et d'une plaquette d'informations sur les produits Caudalie (article 7) ;

- la possibilité d'étendre la vente en dehors du territoire français "à condition de traduire le site dans la langue du pays envisagé et de prévoir un conseil personnalisé dans ladite langue, y compris par téléphone" (article 8).

3. COSMÉTIQUE ACTIVE FRANCE

55. La société Cosmétique Active France (L'Oréal), qui distribue les produits Vichy et La Roche-Posay, propose d'adresser à tous les distributeurs de ces deux marques agréés pour un point de vente physique, une lettre les informant de l'existence d'un avenant Internet au contrat de distributeur agréé et de la possibilité qui leur est offerte de le signer. Par rapport à l'avenant qui existe à ce jour pour les seuls produits Vichy, le nouvel avenant prévoit en particulier :

- a. de mettre fin à l'exigence d'une visualisation afin de pouvoir effectuer un diagnostic cosmétologique "au moyen d'un équipement de vidéoconférence ou grâce à la transmission de photographies numériques" (anciennement article 6.3) ;

- b. de substituer à l'obligation d'instaurer un "dialogue interactif en temps réel" avec l'acheteur potentiel (anciennement article 6.4) l'obligation d'assurer un service d'assistance et de conseil sous forme d'échange de courriels ou d'entretiens téléphoniques, disponible pendant les heures normales d'ouverture du point de vente physique, en apportant une réponse personnalisée aux questions des internautes "dans toute la mesure du possible immédiatement et dans un délai de 48 heures maximum" (nouvel article 3, paragraphes 3 à 5) ;

- c. de parler et de comprendre la langue du pays dont relève le site et, si le distributeur souhaite décliner son site en plusieurs langues, de comprendre et de parler la langue utilisée dans chaque déclinaison (nouvel article 3.6) ;

- d. d'interdire d'offrir ou de pratiquer sur le site, des prix, des conditions de vente, des opérations promotionnelles ou des techniques de fidélisation de la clientèle différents de ceux offerts ou pratiqués dans le point de vente physique (nouvel article 4.1) ;

- e. de supprimer l'obligation de fournir "à tout internaute qui en ferait la demande des échantillons" (anciennement article 8.2) ;

- f. d'utiliser obligatoirement les descriptifs des produits fournis par le fabricant ou à défaut de soumettre à son accord préalable les descriptifs que le distributeur aura lui-même établis (article 2.4).

4. EXPANSCIENCE

56. La société Expanscience propose de modifier l'avenant à son contrat de distributeur détaillant agréé relatif à Internet aux points suivants :

- a. à l'article 4 (b), en précisant que les "produits haut de gamme" qui doivent être exclusivement en vente sur le site sont les "produits habituellement et traditionnellement vendus sur conseil pharmaceutique" et en supprimant l'exigence d'un point de paiement unique ;

b. en modifiant, à l'article 6 (a) les heures et jours durant lesquels une personne compétente doit apporter un conseil professionnalisé pour répondre à toute question des consommateurs, ce service devant être assuré non plus 7 jours sur 7 mais 6 jours sur 7, toujours de 8 heures à 20 heures mais en précisant que les questions posées entre 20 h et 8 h le matin devront faire l'objet d'une réponse dès 8 h le jour suivant, ce délai étant porté à 24 heures dans le cas où la question est posée durant un jour férié ou chômé ;

c. à l'article 6 (c), en substituant à l'obligation du distributeur de répondre à des questions en anglais, en espagnol, en portugais, en italien, en allemand et en néerlandais, l'obligation de répondre en français ou en anglais, en espagnol à des questions posées sur son site en français ou en langue étrangère ;

d. en précisant, aux articles 6 (d) et 6 (f) que les échantillons qui devront être obligatoirement envoyés sur simple demande du consommateur le seront "dans la limite des stocks d'échantillons remis par Expanscience" ;

e. en supprimant, à l'article 6 (e) l'obligation de mettre en ligne en portugais, en italien, en allemand et en néerlandais un questionnaire sur le type de peau et d'éventuels problèmes dermatologiques du consommateur pour ne conserver cette obligation qu'en français, en espagnol et en anglais ;

f. en modifiant le délai maximum de livraison prévu à l'article 7 (b) pour le porter de 48 h à 72 h ;

g. en modifiant, à l'article 9, les conditions de référencement des marques d'Expanscience dans des moteurs de recherche afin de les soumettre au contrôle préalable d'Expanscience.

5. JOHNSON & JOHNSON CONSUMER FRANCE

57. La société Johnson & Johnson Consumer France propose l'adoption d'une "convention de distributeur agréé par Internet" qui ne serait pas liée à son contrat de distributeur agréé ; de la sorte, des distributeurs qui ne possèderaient pas de point de vente physique agréé ("pure players"), pourraient néanmoins être agréés par Johnson & Johnson Consumer France pour distribuer ses produits par Internet, dès lors qu'ils répondent aux critères de sélection établis dans cette convention. Parmi ces critères, figurent :

a. l'obligation du distributeur d'offrir un site dont l'esthétique reflète la qualité des produits dermo-cosmétiques de Johnson & Johnson Consumer France, site disponible 7 jours sur 7, 24 h sur 24 et dont les vitrines virtuelles devront être validées préalablement par Johnson & Johnson Consumer France (article 4) ;

b. l'existence d'un espace de "questions-réponses" réservé aux questions adressées au "Pharmacien Conseil" par le biais de boîtes mails interposées disponibles de 9 heures à 19 heures, permettant d'apporter des réponses en ligne pendant ce créneau horaire "de manière immédiate dans la mesure du possible et en tout état de cause dans un délai de 12 heures, hors dimanche et jours fériés" et, en dehors de ce créneau, au plus tard dans un délai de 24 heures (articles 4 et 6) ;

c. l'interdiction de répondre à une commande supérieure à 10 produits identiques sans en référer au préalable à Johnson & Johnson Consumer France pour accord écrit (article 8) ;

d. l'interdiction d'accepter une transaction avec un acheteur localisé en dehors de l'Union européenne ou de livrer des produits en dehors de l'Union européenne (article 8) ;

e. l'obligation d'utiliser la zone ou l'entrepôt de stockage des produits comme site de préparation et d'envoi des commandes (article 9).

6. LIERAC

58. La société Laboratoire Lierac s'engage à adopter un avenant Internet qui serait proposé à l'ensemble de ses détaillants agréés. Cet avenant prévoit, notamment :

a. la création d'un site dont le détaillant agréé est le propriétaire et l'exploitant direct (article 1.2) ;

b. le respect, dans la qualité graphique et technique du site et la présentation des produits Lierac, de l'image haut de gamme de la marque Lierac (article 1.3) ;

c. l'interdiction d'utiliser la marque Lierac dans le référencement du site et l'obligation que ce référencement ne porte pas préjudice au fournisseur "de quelque manière que ce soit" (article 1.4) ;

d. l'accès permanent à une "hot line" qui devra être assurée par des personnes diplômées de pharmacie et garantir un délai de réponse aux questions des consommateurs dans un délai de 24 heures maximum, hors dimanches et jours fériés (article 3) ;

e. l'interdiction de livrer plus de 3 unités d'une même référence par commande et l'engagement de garantir des conditions de conservation, de stockage et de transport adéquates (article 4.2).

7. NUXE

59. La société Laboratoire Nuxe ne disposait pas, jusqu'à ce jour, d'un contrat de détaillant agréé. Consciente "de l'importance de définir les bonnes règles de distribution de (ses) produits", elle a souhaité, à l'occasion de la présente procédure, adopter un contrat de distributeur agréé ainsi qu'une charte de vente par Internet qui seront proposés aux distributeurs à partir du 2 novembre 2008 pour une signature au début de l'année 2007. La charte dédiée à la vente en ligne prévoit, principalement, que :

a. le site Web du distributeur agréé est "complémentaire" du point de vente physique agréé (article 2) ;

b. le conseil en ligne apporté aux consommateurs devra être délivré par une personne titulaire du diplôme de pharmacien dans un délai maximum de 72 heures ;

c. la présentation et l'environnement des produits devront respecter l'image des produits Nuxe, les informations techniques et marketing relatives à ces produits devront avoir fait l'objet d'un accord préalable du Laboratoire Nuxe avant leur mise en ligne ;

d. l'utilisation de la dénomination sociale ou de la marque Nuxe comme mot-clef dans des moteurs de recherche payants devra faire l'objet d'un accord préalable et exprès du Laboratoire Nuxe (article 4) ;

e. toute publicité mentionnant les produits Nuxe devra être préalablement soumise au Laboratoire Nuxe et approuvée par lui par écrit ;

f. le distributeur agréé s'interdit de vendre les produits en dehors de l'Espace économique européen (EEE) et s'engage "à ne pas satisfaire toute commande de produits qui serait anormale (en périodicité ou quantité) pour un consommateur final". La livraison des produits devra être réalisée dans un délai maximum de 72 heures (article 5).

8. LE LABORATOIRE OENOBIOL

60. La société Laboratoire Oenobiol propose l'établissement d'une "Charte Internet-Acheteur agréé" en complément des conditions générales de vente. Ce projet prévoit de réserver la création de sites permettant la vente sur Internet des produits Oenobiol aux seuls distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique et notifiant à Oenobiol, 30 jours avant l'ouverture du site au public, leur projet et le nom de leur domaine réservé (article 2). S'agissant du contenu et de la qualité du site, le projet de charte prévoit, notamment :

a. d'adopter une présentation générale en adéquation avec l'image de marque d'Oenobiol qui puisse mettre en valeur ses produits au sein d'une page dédiée à la marque et de proscrire les slogans, images ou termes dévalorisants (article 4.1) ;

b. de proposer à tout moment à la vente d'autres marques "présentant des spécificités analogues à celles des produits Oenobiol" (article 4.2) ;

c. d'assurer aux consommateurs un conseil "identique à celui que pourrait prodiguer un pharmacien sur un point de vente physique" au moyen d'une messagerie électronique garantissant une réponse aux questions des consommateurs apportée par une personne diplômée de pharmacie (article 4) dans un délai de 48 heures maximum ;

d. de ne pas honorer les commandes "qui ne correspondraient pas à la consommation et à l'usage personnel d'un consommateur" et de ne pas livrer les collectivités, comités d'entreprise, négociants, grossistes ou détaillants non agréés (article 4.4).

9. ROGÉ CAVAILLÈS

61. La société Rogé Cavallès propose de modifier l'article 3 de l'avenant Internet à sa charte de distributeur agréé afin de modifier le délai de réponse obligatoire, actuellement fixé à 2 heures maximums, aux messages laissés dans la boîte vocale ou la messagerie électronique du distributeur agréé en le portant à 6 heures maximums si les messages sont laissés entre 9 heures du matin et 18 heures pendant les jours ouvrables ; à 15 heures si les messages sont laissés de 18 heures à 6 heures du matin pendant les jours ouvrables et à 24 heures pour une demande d'information intervenant les dimanches et jours fériés, ce délai étant prolongé d'autant dans l'hypothèse où le jour férié précéderait ou suivrait immédiatement un dimanche.

10. URIAGE

62. Les Laboratoires dermatologiques d'Uriage ont transmis au Conseil une proposition d'engagements qui vise à créer, d'une part, un contrat de distributeur détaillant qui se substituera aux actuelles conditions générales de vente dont l'article 7 interdit la vente sur Internet des produits Uriage, et d'autre part, un avenant précisant les conditions de la vente sur Internet, l'article 4.4 de ce nouveau contrat renvoyant à cet avenant pour la vente sur Internet ou par correspondance.

63. Ce projet d'avenant prévoit, pour l'essentiel que :

- a. le site Internet du distributeur agréé devra être exclusivement dédié au conseil et à la vente de produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique (article 2.1.1) ;
- b. la présentation de ce site devra refléter l'image de marque des produits et de la marque Uriage, ce qui prohibe l'usage de termes ou de techniques promotionnelles dévalorisants ou tapageurs ;
- c. une photographie et les coordonnées exactes du point de vente physique du distributeur agréé devront figurer sur le site ;
- d. tout référencement payant "ou ayant nécessité une démarche volontaire du distributeur agréé auprès des moteurs de recherche et/ou des sites de référencement et/ou des sites de mise en relation entre le distributeur agréé et les utilisateurs" devra être préalablement approuvé par les Laboratoires dermatologiques d'Uriage (article 2.1.9) ;
- e. la présentation des produits Uriage devra faire l'objet d'un accord préalable du fabricant ; s'agissant de la description des propriétés des produits, "en raison de (leur) technicité", le texte relatif à ces propriétés devra être celui fourni par les Laboratoires dermatologiques d'Uriage (article 2.2.4) ;
- f. les photographies, films ou animations réalisés par Uriage pour promouvoir la marque ou les produits devront être incorporés sur le site à la demande des Laboratoires dermatologiques d'Uriage (article 2.3.1) ;
- g. un service de conseil téléphonique, qui ne pourra être sous-traité, sera disponible pendant les horaires d'ouverture du point de vente et en tous les cas entre 9 h et 19 h tous les jours ouvrés, avec un numéro d'appel gratuit ou au tarif d'une communication téléphonique non surtaxée ; une messagerie vocale et une messagerie électronique permettront d'apporter une réponse aux demandes d'information et de conseil personnalisé dans les 24 heures ouvrées maximum, ce conseil ou cette information étant délivré par une personne titulaire du diplôme de pharmacien (article 2.4) ;
- h. le site devra se présenter exclusivement en langue française. Cependant le distributeur agréé pourra vendre les produits à un consommateur parlant une autre langue à la condition que la personne qualifiée qui délivre le conseil maîtrise la langue ;
- i. le distributeur "mettra en œuvre un système interdisant au consommateur de pouvoir acheter plus de 5 unités de produits de chaque référence par commande" ainsi qu'un système d'alerte permettant de détecter et d'informer immédiatement les Laboratoires dermatologiques d'Uriage "lorsqu'une quantité supérieure à 24 unités d'un même produit aura été commandée par un même acheteur ou à une même adresse de commande ou de livraison pendant une durée de 1 an" (article 3.2) ;
- j. les produits ne pourront être expédiés que dans un pays situé dans l'Espace économique européen (EEE) dans des délais de livraison qui ne devront pas excéder 5 jours ouvrés suivants le jour de la commande ; en outre, le distributeur agréé ne devra pas procéder à des expéditions "qui ne lui permettent pas de s'assurer que les produits ne seront pas exposés à des températures ou à des conditions de stockage et de transport pouvant altérer les caractéristiques techniques, bactériologiques et/ou les principes actifs des produits" (article 4).

G. LES OBSERVATIONS RECUES

64. Le Conseil a reçu des observations des sociétés Babelstore (Price Minister), Google France, Bijourama, ainsi que du professeur de droit X... et du docteur Y... .

1. LA SOCIÉTÉ BABELSTORE (PRICE MINISTER)

65. Selon Price Minister, l'obligation, pour les distributeurs agréés, de créer un site exclusivement dédié aux produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique, empêchera que ces produits puissent être commercialisés par l'intermédiaire d'une plate-forme de mise en relation, comme celle qu'est susceptible d'offrir Price Minister, alors même qu'une telle plate-forme permettrait de respecter une grande partie des obligations imposées par les fabricants. Cette exigence, selon Price Minister, excèderait ce qui est nécessaire à la protection du réseau de distribution sélective des produits en cause. Il en résulterait un frein au développement des sites Internet de vente des produits de parapharmacie car le recours aux plates-formes permettrait de développer ces ventes sans devoir créer des sites propres et en disposant de facilités pour le paiement et les impayés. En revanche, le respect d'autres conditions posées par les fabricants dans leurs propositions d'engagements (telles que les sites exclusivement dédiés ou l'insertion de la photographie du magasin physique) ne pourrait pas être assuré en recourant aux plates-formes.

66. Price Minister conteste également le fait qu'à l'exception notable de Johnson & Johnson Consumer France, tous les fabricants limitent la vente sur Internet de leurs produits aux seuls distributeurs agréés pour un point de vente physique.

67. Enfin, selon Price Minister, l'usage exclusif du français dans le site, prévu expressément par Uriage, serait en contradiction avec l'article 4 du règlement 2790-1999 en créant une restriction sur le territoire dans lequel le distributeur peut vendre.

2. LA SOCIÉTÉ GOOGLE FRANCE

68. Pour Google France, l'interdiction d'établir des liens commerciaux sur le site du distributeur agréé et l'obligation de soumettre à l'accord préalable des fabricants ces publicités sont contraires à la liberté de faire de la publicité sur Internet reconnue aux distributeurs agréés par les lignes directrices précitées de la Commission européenne. A tout le moins, Google France considère que les critères du contrôle préalable des fabricants sur cette publicité devraient être définis de manière objective afin de s'assurer que les limitations induites par ce contrôle seront strictement nécessaires à la protection de la marque et du réseau.

3. LA SOCIÉTÉ BIJOURAMA

69. Réitérant la position qu'elle avait exposée à l'occasion de l'examen par le Conseil de l'affaire Festina, qui a donné lieu à la décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006, la société Bijourama s'insurge contre l'éviction des vendeurs "pure players" au profit des distributeurs agréés membres d'un réseau sélectif et considère que l'exigence d'un magasin physique pour pouvoir distribuer les produits dermo-cosmétiques posée par tous les fabricants à l'exception de Johnson & Johnson Consumer France, n'est pas objectivement justifiée.

70. S'agissant des exigences posées par certains fabricants dans leurs propositions d'engagements tenant à l'insertion, sur le site, d'une photographie du magasin physique ou d'un message enjoignant le consommateur à se rendre sur place ou tenant à l'obligation d'offrir sur Internet et en magasin les mêmes conditions de vente et de fidélisation, la société Bijourama estime que de telles exigences vont au-delà de ce qui peut être justifié. De telles clauses, selon elle, d'une part, introduisent un doute sur la confiance qui peut être

donnée à ces sites et, d'autre part, limitent artificiellement leur accès au marché en restreignant le champ géographique du site du distributeur à sa propre zone de chalandise.

71. Enfin, Bijourama souligne le risque sérieux que le coût conséquent qu'entraîne la création de sites marchands ne conduise à l'existence de sites "bricolés", de faible portée et donc défavorables à l'intérêt des consommateurs, tandis que seules les grandes chaînes de distribution ou les réseaux d'officines auront les moyens matériels et humains de la création de sites efficaces, ce qui conduirait à une concentration de ce type de vente en faveur de ces distributeurs.

4. LES OBSERVATIONS DE PARTICULIERS

- Le professeur X...

72. Dans ses observations, le professeur X... propose que des "lignes directrices" soient définies afin d'éviter que le droit de regard des fabricants sur la qualité des sites ne devienne un droit discrétionnaire d'acceptation ou de refus de ces sites. Il suggère également que les fabricants, dès contractualisation avec leurs distributeurs, leur remettent des éléments protégés ou des modules de vente utilisables par tous, sorte de "package Internet", à l'image des plaquettes ou des présentoirs fournis dans les points de vente physiques, ceci afin d'une part, de limiter les problèmes éventuels liés à la qualité de présentation et, d'autre part, d'en réduire les coûts de création.

73. Par ailleurs, le professeur X... estime que l'obligation de mettre en place un site dédié aux seuls produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique pourrait poser un problème aux distributeurs en les empêchant, d'une part, de créer des liens avec d'autres boutiques en ligne qu'ils exploiteraient et, d'autre part, de se faire héberger chez un prestataire de type plate-forme. Il en résulterait selon lui une hausse des coûts de création des sites, préjudiciable indirectement aux consommateurs. Enfin, le professeur X... s'interroge sur la répartition future des achats entre les points de vente physiques et les futurs sites Internet, en émettant l'hypothèse que les sites Internet seront privilégiés à partir du deuxième achat, une fois le conseil pharmaceutique donné lors du premier achat, ce qui diminuerait la nécessité de soumettre la vente sur Internet des produits considérés à la mise en place d'un système pesant de conseil en ligne.

- Le docteur Y...

74. Le docteur Y..., dermatologue de son état, a émis un avis critique sur les engagements proposés en estimant qu'"en raison de leur nature et de leur technicité, (les produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique) ne peuvent être vendus sur Internet" car ils nécessitent "un encadrement spécifique de leur offre et de leur vente, mais aussi un suivi rigoureux en matière de cosmétovigilance".

II. Discussion

75. Selon les dispositions du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil de la concurrence "peut accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles".

76. Afin d'évaluer si les engagements proposés sont de nature à répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par le Conseil lors des débats, il convient de rappeler les principaux éléments de jurisprudence en matière de restrictions verticales de

concurrence.

77. En matière d'analyse de ces restrictions, le Conseil se réfère au règlement (CE) n° 2790-99, aux lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 précitées et à la communication de la Commission du 22 décembre 2001 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE (de minimis). Le Conseil, comme il l'a confirmé dans de nombreuses affaires, applique directement le règlement précité, éclairé par les lignes directrices ou communications précitées, en cas d'affectation du commerce entre États membres par les restrictions en cause. Il se réfère à ces textes à titre de guide d'analyse dans le cas contraire.

78. Dans ce cadre, le Conseil examine la présence ou l'absence dans les accords de distribution sélective de clauses constitutives de restrictions caractérisées de concurrence du type de celles énumérées à l'article 4 du règlement (CE) n° 2790-99, dites "clauses noires", ou à l'article 11 de la communication 2001-C 368-07, dénommées "restrictions flagrantes", c'est-à-dire, notamment, celles qui imposent des prix de vente, celles qui instituent des protections territoriales absolues ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs. Il peut, en présence de telles clauses, qualifier l'accord d'anticoncurrentiel.

79. Le Conseil considère que les restrictions introduites par les accords de distribution peuvent, dans certains cas, entraîner des effets positifs pour les consommateurs ou pour la concurrence et que le caractère anticoncurrentiel de certains accords de distribution doit s'apprécier au regard du progrès économique pouvant résulter de leur application. En utilisant le règlement (CE) n° 2790-99 comme guide d'analyse utile, le Conseil estime que les accords concernant des entreprises détenant des parts de marché inférieures à 30 %, comme c'est le cas en l'espèce pour toutes les sociétés concernées par la présente procédure, sont susceptibles de bénéficier de cette exemption sous réserve de l'absence de restrictions caractérisées, correspondant aux "clauses noires" mentionnées ci-dessus. Mais le Conseil peut également, dans son analyse, prendre en compte d'autres éléments négatifs, comme un éventuel effet cumulatif de contrats de distribution dans un même secteur, la présence dans les contrats d'obligations non éligibles à l'exemption mais détachables de l'accord, telles que celles visées à l'article 5 du règlement (CE) n° 2790-99, ou positifs comme l'existence de règlements communautaires d'exemption sectoriels dont pourraient bénéficier les contrats.

80. Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence considère qu'un accord vertical qui entre dans le périmètre des textes précités a, en soi, pour effet d'améliorer la production ou la distribution tout en réservant aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et que ce bilan positif doit être présumé (voir, notamment, décision n° 03-D-60 du 17 décembre 2003, points 33 et suivants).

A. SUR LE CONTENU DES ENGAGEMENTS

1. La question de l'interdiction de la vente sur Internet par des distributeurs agréés

a) Rappel sur la distribution sélective

81. Il convient en premier lieu de rappeler brièvement les règles applicables en matière de distribution sélective au regard du droit de la concurrence.

82. La liberté d'organisation du mode de distribution de ses produits par un fabricant constitue un principe de base, sous réserve que le mode de distribution mis en œuvre n'ait

pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence. Compte tenu de la nature des produits en cause, le fabricant peut légitimement vouloir en réserver la commercialisation à des distributeurs sélectionnés par lui dans le cadre d'un réseau sélectif. Un tel choix permet alors d'améliorer les services rendus aux consommateurs, sous forme de présentation, de valorisation et d'exposition des produits, de conseils prodigués aux acheteurs et éventuellement de services après-vente.

83. Comme ces services sont coûteux, il est économiquement efficace de vouloir protéger les distributeurs qui les offrent d'une concurrence par les prix trop intense. Celle-ci détruirait à moyen terme les incitations à offrir les services. Si ces services commerciaux sont valorisés par les consommateurs, les restrictions verticales destinées à en encourager l'offre ont un caractère pro-concurrentiel, même si elles limitent l'intensité concurrentielle en restreignant le nombre de distributeurs aptes à distribuer le produit ou bien en limitant la liberté commerciale par d'autres biais (territoires exclusifs, distribution exclusive, contrainte sur la gamme des produits distribués). Le bilan concurrentiel de la distribution sélective dépend donc du pouvoir de marché du fabricant et aussi de la nature, plus ou moins grave, des pratiques qu'il généralise dans son réseau. Cette appréciation est formalisée dans le règlement (CE) n° 2790-99 précité.

84. Ce règlement, qui définit la distribution sélective comme "un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés" (article 1er, d).

85. En application de ce règlement, mis à part des restrictions caractérisées qui ne peuvent être exemptées automatiquement, les pratiques mises en œuvre au sein de ces réseaux bénéficient d'une exemption automatique dès lors que le fabricant détient une part de marché inférieure à 30 %. Les critères de sélection des distributeurs sont donc désormais régis par cette exemption. Toutefois, la liberté du fournisseur n'est pas totale. L'article 4 du règlement (CE) n° 2790-99 énumère des "clauses noires" ou "restrictions flagrantes" précédemment appelées.

b) La vente sur Internet des produits commercialisés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective

86. Le Conseil a eu l'occasion de rappeler les règles juridiques et la pratique décisionnelle de la Commission européenne relatives aux restrictions à la vente sur Internet imposées par les fabricants aux membres de leur réseau de distribution sélective à l'occasion des décisions n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France et n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-Fi et Home-cinéma.

87. Dans ces deux décisions, le Conseil a souligné que le règlement (CE) n° 2790-99 précité de la Commission européenne ne contient aucune disposition spécifique à la vente par Internet. Cependant, l'article 4 de ce règlement classe, parmi les restrictions emportant la non application de l'exemption par catégorie aux accords verticaux, "les restrictions des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché" (point c).

88. Les lignes directrices de la Commission du 13 octobre 2000 relatives aux restrictions verticales sont en revanche plus explicites au chapitre 3 intitulé "Restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption par catégorie", en précisant que "l'interdiction

catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée". Elles précisent également que "chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité ou vendre ses produits. Une restriction à l'utilisation d'Internet par les distributeurs ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou les ventes via Internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs (...). Le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits (...). Cette remarque pourrait s'appliquer en particulier à la distribution sélective. L'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée" (point 51).

89. Un peu plus loin, les mêmes lignes directrices précisent que "La restriction caractérisée visée à l'article 4, (point c), du règlement d'exemption par catégorie (...) signifie qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective (...). Dans un système de distribution sélective, par exemple, le distributeur devrait être libre de faire de la publicité et de vendre via Internet" (point 53).

90. Si aucun texte ne prévoit explicitement la possibilité, pour l'organisateur d'un réseau, de réserver la vente sur Internet aux membres de son réseau, une telle solution apparaît bien, en l'espèce, compatible avec les règles applicables aux restrictions verticales. La Commission a d'ailleurs déjà admis la faculté pour un fournisseur de réserver la vente sur Internet à ses détaillants agréés dans le secteur, comme l'a souligné le Conseil dans sa décision précitée n° 06-D-24 du 24 juillet 2006.

91. Réserver la vente par Internet aux distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique permet d'éviter le parasitisme qui risquerait de s'exercer, de la part des "pure players" Internet, à l'égard des distributeurs physiques auxquels de nombreux coûts sont imposés. Bien sûr, il est possible à un consommateur de se procurer des conseils dans un magasin physique puis d'acheter le produit à un moindre coût sur Internet, mais les exigences posées au commerce en ligne et la symétrie dans laquelle sont placés tous les distributeurs devraient permettre à la fois que soient offerts les services commerciaux (en ligne ou physique) et que les bénéfices du commerce en ligne profitent aux acheteurs de ces produits.

92. S'agissant du secteur des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique, il convient de noter que la Commission a eu l'occasion de se prononcer dans le cadre d'échanges avec la société Yves Saint Laurent Parfums. Si les parfums n'appartiennent pas au même marché, ils comportent cependant des similitudes en raison de "l'aura de prestige" et de l'image de marque qui les caractérisent, des conditions qualitatives qui sont exigées pour l'agrément au réseau de distribution et de la compétence technique des vendeurs devant assurer le conseil lors de la vente. Or, dans le communiqué de presse du 17 mai 2001 relatif au système de distribution sélective de la société Yves Saint Laurent Parfums qui a fait l'objet d'une lettre de classement à la suite d'échanges avec l'autorité communautaire, la Commission déclare avoir "souligné dans (ses) lignes directrices l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne et encourage une large diffusion de ce moyen moderne de communication et de commercialisation. En particulier, elle considère qu'une interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999".

93. Il ressort de l'ensemble de ces règles et de cette jurisprudence que l'interdiction par principe de la vente sur Internet ne peut être justifiée sauf circonstances exceptionnelles,

Dans deux affaires, l'une portant sur la distribution des matériels Hi-Fi et Home-cinéma et l'autre sur les parfums Yves Saint-Laurent, la Commission a considéré que l'interdiction de vendre sur Internet faite aux membres d'un réseau de distribution sélective doit être considérée comme une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790-99 précité ("hard-core restrictions") et a demandé au fabricant de modifier son contrat de distribution sélective, notamment sur ce point.

94. Il ressort donc des textes, éclairés par l'application qu'en a faite l'autorité de concurrence communautaire, que la vente sur Internet ne peut être prohibée en principe, sauf circonstances exceptionnelles qui seraient par exemple liées à des raisons de sécurité, et que les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif visé.

95. En outre, le Conseil souligne qu'une comparaison avec la vente par correspondance n'est pas pertinente et doit être écartée. De fait, la vente par correspondance sur catalogue ne peut offrir au consommateur ni la vitrine de présentation, ni l'interaction, au travers notamment de l'existence d'une " hot line " et de l'utilisation de films, qu'est susceptible d'offrir un site de vente en ligne. On ne peut donc assimiler l'interdiction de vente d'un produit sur Internet au sein d'un réseau sélectif agréé à une interdiction de vente par correspondance classique.

96. S'agissant des effets pro-concurrentiels qui peuvent être attendus de la vente en ligne des produits distribués par un réseau sélectif, le Conseil note que le développement des sites de vente sur Internet durant les dix dernières années tend à démontrer que des produits haut de gamme peuvent être commercialisés par ce canal sans mettre en péril, ni leur image de marque, ni le conseil apporté lors de la vente de ces produits. En outre, ce mode de commercialisation permet d'offrir aux consommateurs des services que la vente dans les magasins physiques ne permet pas d'apporter, telle que la livraison à domicile ou la mise à disposition de l'acheteur, en temps réel, d'une très abondante documentation, et a pour effet de stimuler la concurrence par les prix tout en incitant les distributeurs à apporter plus de services pour attirer ou fidéliser leur clientèle.

2. La question des restrictions à la vente sur Internet

97. Les critères d'aménagement des magasins, les conditions de présentation des produits en magasin, nécessaires pour garantir une distribution de qualité peuvent être adaptés à la distribution par Internet. Comme le rappellent les lignes directrices précitées, "le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits (...)", du moment que les restrictions posées à cette forme de vente sont proportionnelles à l'objectif visé et comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé et qu'elles n'aboutissent pas, en réalité, par leur exigence excessive, à vider la vente par Internet de son contenu. Les facilités d'accès au site, les capacités de connexion, la présentation des produits, la proximité de produits concurrents doivent être appréciées au regard des conditions applicables en magasin.

a) Les conditions relatives à la qualité du site Internet

98. Toutes les parties à la présente procédure demandent, dans leurs propositions d'engagements, que le site Internet de leurs distributeurs agréés respecte l'image de marque de leurs produits, ce qui implique, notamment, un soin particulier dans la présentation des produits et plus généralement la qualité du site : elles prévoient dans leurs contrats des clauses interdisant les slogans, images ou termes dévalorisants, ou imposant le respect de la charte graphique de la marque et l'utilisation des descriptifs des produits

fournis par le fabricant ou, à défaut, l'obligation de soumettre à son accord préalable les descriptifs que le distributeur aura lui-même établis.

99. Au-delà d'une certaine limite, ces normes de qualité sont susceptibles de constituer une restriction sévère à la vente en ligne. Le Conseil a noté, dans les propositions qui lui étaient soumises, diverses clauses pouvant constituer une préoccupation de concurrence et les parties y ont apporté des réponses satisfaisantes.

100. Un premier problème était posé par l'exigence d'un site exclusivement réservé à la vente de produits vendus sur conseil pharmaceutique, comme le proposaient Bioderma, Expanscience et Uriage dans la première version de leurs engagements, ou, ce qui revient au même, l'exigence comme Nuxe et Bioderma, d'un point de paiement réservé aux seuls produits dermo-cosmétiques.

101. Or, par cette exigence, les fabricants auraient obligé les distributeurs qui ne vendent pas exclusivement des produits dermo-cosmétiques sur conseil pharmaceutique, à créer un site dédié à ces seuls produits, ce qui aurait multiplié leurs coûts de création de sites, alors même que certains produits d'hygiène courante, telles que des brosses à dents, sont également vendus en officine et en parapharmacie. Indirectement, ces exigences revenaient également à interdire la vente des produits en cause sur des plates-formes de mise en relation. Cette interdiction pouvait se retrouver dans d'autres clauses plus explicites, sous la forme de l'exigence d'un site détenu et géré directement par le distributeur agréé.

102. Les parties concernées ont proposé d'exiger non plus un site mais un espace dédié dans le site, soit des "pages dédiées" dans le cadre d'une boutique virtuelle consacrée aux produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique. C'est ainsi que le projet d'avenant Internet de Lierac comporte la seule obligation de faire apparaître le site de vente des produits vendus sur conseil pharmaceutique de façon suffisamment identifiée comme un "univers dédié" si le site intervient également à travers un site généraliste. Le Conseil a par ailleurs souligné la forte préoccupation de concurrence qui découlerait de l'exigence d'un point de paiement spécifique en faisant prévaloir qu'il serait préjudiciable au consommateur de devoir engager plusieurs fois la procédure de paiement sécurisé s'il souhaite acheter les produits en question ainsi que d'autres produits vendus par le distributeur agréé, d'autant qu'au stade du paiement, il est impossible de "revenir en arrière", dans la procédure de commande par Internet, pour bénéficier éventuellement d'un dernier conseil personnalisé sans abandonner définitivement son "panier d'achat", à l'inverse de ce qui peut se passer dans un magasin physique. C'était pourtant la justification avancée pour imposer cette condition. Bioderma et Nuxe ont alors proposé de renoncer à cette condition restrictive.

103. S'agissant de la problématique des plates-formes, le Conseil note que ce canal de distribution pose encore des problèmes sérieux.

104. Ces plates-formes se présentent en effet comme des intermédiaires entre l'acheteur et le vendeur et il est fréquent que le vendeur "professionnel", qu'il convient de distinguer du vendeur "particulier" qui vend des produits d'occasion ou de seconde main, ne respecte pas son obligation d'identification, telle que prévue par la loi. Cependant, la plupart des plates-formes jouent un rôle actif dans le processus contractuel en proposant une garantie de paiement, en assurant parfois le transport des produits, ou en fournissant un cadre juridique aux parties. Il n'en demeure pas moins que le cocontractant de l'internaute acheteur demeure bien le vendeur professionnel, qui doit, dès lors, être identifié en tant que tel. Les plates-formes devraient donc être amenées à réviser leur stratégie commerciale pour intégrer cette exigence légale permettant à l'acheteur ou au concurrent de savoir qui est à l'origine de l'offre. S'agissant plus particulièrement des vendeurs agréés dans le cadre d'un

réseau de distribution sélective, la question se pose avec acuité des "faux" vendeurs professionnels qui ne sont pas agréés par les fabricants dont ils vendent donc les produits de manière illicite, notamment, par le biais des plates-formes. Dès lors, le Conseil ne peut que constater qu'existent, à l'évidence, des circuits de commerce parallèles, voire de contrefaçons, qui portent atteinte à l'intégrité des réseaux et à l'image des produits en cause. Pour ces raisons, le Conseil estime que les craintes des fabricants de produits dermo-cosmétiques suscitées par ces pratiques illégales peuvent légitimer l'interdiction de ce canal de vente, tant que les plates-formes n'apportent pas de garanties supplémentaires sur la qualité et l'identité des vendeurs.

105. Sous ces réserves, il apparaît que les plates-formes ont la capacité, ainsi que l'a déclaré en séance le directeur juridique de Babelstore (Price Minister), de satisfaire aux critères qualitatifs de présentation des produits en cause dans des boutiques virtuelles réservées aux vendeurs agréés. Le Conseil note ainsi avec satisfaction que deux fabricants n'excluent pas par principe ce mode de mise en vente dès lors que les critères qualitatifs conditionnant la vente sur Internet de leurs produits sont respectés. La société Johnson & Johnson Consumer France autorise ainsi la vente sur plate-forme sous réserve que les obligations à la charge du distributeur agréé par Internet soient également respectées par la plate-forme, notamment celles visant à préserver la notoriété des produits et l'image de marque des produits Johnson & Johnson. Dans ses dernières propositions d'engagement, la société Rogé Cavallès a proposé l'insertion d'un nouvel article 1.2 ainsi rédigé : "Le distributeur souhaitant présenter et/ou commercialiser les produits Rogé Cavallès dans une boutique virtuelle créée sur une plate-forme de vente en ligne devra respecter l'intégralité des dispositions visées dans la charte de distribution agréée et son avenant Internet, et à ce titre, en informer préalablement la société Rogé Cavallès SAS afin d'obtenir son accord écrit, étant ici précisé que, d'une part, le distributeur autorise expressément la société exploitant la plate-forme de vente en ligne à communiquer si nécessaire, et à première demande de la société Rogé Cavallès, toute information concernant l'identité précise de l'entité juridique exploitant la boutique virtuelle, et que, d'autre part, il s'interdit de créer une telle boutique virtuelle sur une plate-forme de vente dont le nom, la dénomination, le logo, et d'une manière plus générale, le signe distinctif, serait de nature à déprécier l'image de marque des produits Rogé Cavallès, d'autre part".

106. Des exigences de qualité des sites Internet d'un niveau excessif pouvaient aussi poser un problème. Caudalie exigeait ainsi dans son premier projet de contrat "de vente à distance Internet" l'insertion sur le site Internet de son distributeur, pour chacun de ses produits, d'une page distincte comprenant, notamment, une "photo taille 10 cm non pixelisée - qualité 72 dpi (Pixel par pouce)" (article 4). De la même manière, la première proposition d'engagements d'Uriage exigeait que soient incorporés sur le site du distributeur, à sa demande, toutes les photographies, films ou animations réalisés par Uriage (articles 2.2.4 et 2.3.1). Le problème se posait de l'effet cumulatif de toutes ces exigences, différentes pour chaque marque, leur cumul augmentant et compliquant singulièrement les obligations pesant sur le distributeur. Les fabricants concernés ont accepté de revoir leurs clauses dans le sens d'un "allègement" sans restreindre pour autant leur objectif de respect de l'image de marque de leurs produits.

b) Les conditions de disponibilité des "hot lines" (lignes d'assistance téléphonique ou en ligne)

107. La création d'une "hot line" sous forme de ligne téléphonique ou de messagerie électronique, les deux pouvant être cumulées, permet d'assurer, via Internet, le service de conseil personnalisé assuré par une personne diplômée de pharmacie en magasin. Les parties en présence ont adopté des dispositifs extrêmement différents en ce qui concerne les

conditions de fonctionnement de ces "hot lines", exigeant des plages horaires et des délais maximums de réponse très variables.

108. Plusieurs fabricants, tels que Caudalie, Cosmétique Active France et Oenobiol, ont opté pour un délai de réponse maximum de 48 heures. Seul Nuxe a opté pour un délai plus long de 72 heures au maximum. D'autres, tels Bioderma et Uriage, et dans une moindre mesure Expanscience et Lierac, ont opté pour un délai de 24 heures maximum et de 48 heures pour les dimanches et jours fériés. Deux autres ont choisi des règles plus exigeantes : le premier, Johnson et Johnson Consumer France, souhaitait, dans sa première proposition d'engagements, exiger de ses "distributeurs agréés pour Internet" qu'ils apportent des réponses en ligne "de manière immédiate dans la mesure du possible et en tout état de cause dans un délai de 12 heures hors dimanche et jours fériés" et au plus tard dans un délai de 24 heures ; le second, Rogé Cavallès, proposait un dispositif relativement complexe et des délais serrés : 6 heures maximum si les messages étaient laissés entre 9 heures du matin et 18 heures pendant les jours ouvrables ; 15 heures si les messages étaient laissés de 18 heures à 6 heures du matin pendant les jours ouvrables et 24 heures pour une demande d'information intervenant les dimanches et jours fériés.

109. En conséquence, se posait la question du niveau du seuil en dessous duquel les délais maximum de réponse aux demandes de conseil des internautes étaient susceptibles d'être considérés comme trop brefs et constituer de ce fait une restriction excessive non justifiée imposée au distributeur agréé qui, en raison de ces conditions trop sévères, se serait trouvé dans l'impossibilité d'assurer ce service.

110. Sensibles à ces préoccupations, Johnson et Johnson Consumer France a proposé de nouveaux engagements prévoyant que les réponses apportées par le "Pharmacien Conseil" aux questions adressées des internautes devaient intervenir "en tout état de cause dans un délai de 12 heures ouvrées à compter de la demande du consommateur" (article 6). La société Rogé Cavallès a pour sa part proposé une modification de l'article 3 de son avenant Internet prévoyant un délai maximum de réponse aux questions des internautes de 24 heures pour les jours ouvrables et de 36 heures pour les jours fériés et le dimanche. Lierac a pour sa part porté le délai maximum de réponse à 48 heures en cas de question posée un dimanche ou un jour férié.

c) Les réserves ou les limitations formulées à l'encontre de la vente sur Internet

111. Certains des engagements proposés comportaient des limitations ou des restrictions indirectes à la vente sur Internet susceptibles de constituer une préoccupation de concurrence.

- Les réserves d'ordre quantitatif

112. Il s'agit, en premier lieu, de limitations du nombre d'articles achetés lors d'une commande sur Internet. Johnson & Johnson Consumer France prévoyait, dans ses premiers engagements (article 8 de son projet initial de convention), l'interdiction de répondre à une commande supérieure à 10 produits identiques sans lui demander préalablement son accord écrit. Uriage souhaitait pour sa part que ses distributeurs mettent "en œuvre un système interdisant au consommateur de pouvoir acheter plus de 5 unités de produits de chaque référence par commande" ainsi qu'un système d'alerte permettant de détecter et d'informer immédiatement les Laboratoires d'Uriage "lorsqu'une quantité supérieure à 24 unités d'un même produit aura été commandée par un même acheteur ou à une même adresse de commande ou de livraison pendant un durée de 1 an" (article 3.2). Lierac quant à lui interdisait à ses distributeurs agréés de livrer plus de 3 unités d'une même référence par

commande (point D-6 de son projet d'avenant Internet).

113. Le Conseil comprend que de telles clauses ont pour but d'éviter que ne se développe un commerce parallèle des produits en cause mais note que cette exigence n'existe pas pour la vente dans les points de vente physiques. En outre, il convient de ne pas limiter le commerce intra-réseau entre distributeurs agréés.

114. Les sociétés Nuxe et Oenobiol ont pour leur part préféré renvoyer le distributeur agréé à ses propres responsabilités en prévoyant l'engagement de ce dernier à "ne pas satisfaire toute commande de produits qui serait anormale (en périodicité ou quantité) pour un consommateur final" ou "qui ne correspondrait pas à la consommation et à l'usage personnel d'un consommateur".

115. Sensibles à ces préoccupations, les parties concernées ont modifié leurs propositions initiales dans les sens suivants : Johnson & Johnson Consumer France a proposé de modifier son dispositif afin que le distributeur puisse lui demander son autorisation y compris par courriel, ceci afin de faciliter et d'accélérer la procédure ; la société Caudalie a adopté un dispositif inspiré de celui de Johnson & Johnson ; la société Lierac a proposé d'augmenter le nombre de produits identiques pouvant être achetés lors d'une même commande de 3 à 5 unités ; les Laboratoires Uriage ont prévu l'obligation, pour le distributeur, de l'informer "lorsque les quantités commandées dépassent dix unités d'un même produit de chaque référence par commande et/ou lorsqu'un même acheteur effectue un nombre de commandes ne correspondant pas à une demande normale pour un consommateur final". Par ailleurs, les Laboratoires Uriage ont proposé d'améliorer la rédaction de leurs engagements afin de ne pas faire obstacle, dans la clause précitée, au commerce intra-réseau.

- Les réserves indirectes portant sur le principe même de la vente sur Internet

116. Dans sa première proposition d'engagements, Caudalie exigeait l'insertion permanente, dans l'espace réservé à la vente de ses produits sur le site Internet de son distributeur, d'un message recommandant "à l'internaute de se rendre dans le(s) point(s) de vente physique(s) dont l'(les) adresse(s) est (sont) indiquée(s) sur le site où l'internaute y trouvera un service de conseil qualifié, direct et personnalisé". Ce message pouvant donner à penser aux consommateurs potentiels que le conseil délivré sur Internet n'était pas de bonne qualité, Caudalie a accepté de le modifier en proposant que le site de son distributeur "devra mentionner (...), sous forme d'un message apparent, que le distributeur assure un service de conseil personnalisé à l'internaute et que ce conseil est donné sous la responsabilité d'un pharmacien conseil. Il devra en outre préciser que l'internaute peut aussi se rendre dans un point de vente physique agréé afin d'avoir un conseil personnalisé avec le pharmacien sur les produits Caudalie et ce, en fonction du type de peau ou d'éventuels problèmes cutanés".

117. De son côté, Cosmétique Active France proposait, à l'article 4.1 de ses projets d'avenants Internet pour Vichy et La Roche-Posay, d'interdire à ses distributeurs agréés "d'offrir ou de pratiquer sur le site des prix, des conditions de vente, des opérations promotionnelles ou des techniques de fidélisation de la clientèle différents de ceux offerts ou pratiqués dans le point de vente physique". Cette clause se fondait, selon les déclarations en séance du représentant de la société, sur la conviction que la vente sur Internet, en raison de la nature des produits, ne peut être qu'une "transposition imparfaite de la vente en magasin physique" ; en conséquence, il convenait de ne pas favoriser la vente sur Internet des produits de Cosmétique Active France. Le Conseil ayant souligné la préoccupation très forte de concurrence que présentait cette clause, qui aurait eu pour effet d'interdire le

développement des ventes en ligne de ces produits et de les empêcher de présenter un quelconque avantage pour les clients finals, la société Cosmétique Active France a proposé la suppression de cette clause.

- Les réserves liées à un contrôle des prix

118. Dans sa première proposition, Oenobiol interdisait à son distributeur de mettre en avant sur son site Internet "une différence significative de prix public par rapport au prix moyen constaté sur les points de vente physique" ; une telle clause pouvant porter atteinte à la liberté tarifaire du distributeur, Oenobiol a proposé de la supprimer.

119. De son côté, Caudalie proposait de soumettre à son accord préalable tout projet de publicité sur le site Internet "tant sur la forme que sur le contenu" (article 5). Consciente qu'une telle clause pouvait contrevenir à la liberté tarifaire du distributeur en contrôlant le contenu de ses opérations publicitaires, Caudalie a proposé de la modifier afin de prévoir que son accord préalable pour les opérations publi-promotionnelles de son distributeur serait nécessaire afin "de vérifier que l'image de marque Caudalie est respectée" en citant des cas d'interdiction relatifs à la forme de la publicité.

- Les réserves d'ordre sanitaire

120. S'agissant de la réserve précédemment citée formulée par le docteur Y..., le Conseil note que la vente sur Internet des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique ne fera pas échapper ces produits au dispositif de cosmétovigilance puisque la traçabilité d'un produit sera toujours possible et qu'il appartiendra toujours au distributeur agréé de signaler aux autorités sanitaires une réaction anormale à l'usage d'un produit que lui aurait signalé un consommateur.

d) La territorialité des sites

121. Tous les fabricants ont limité la vente à l'intérieur de l'Espace économique européen (EEE), en cohérence avec les contrats de distribution sélective en vigueur. Certains fabricants ont prévu de conditionner la vente hors de France à la capacité de traduire le site dans la langue du pays européen non francophone et d'assurer un service de conseil dans ladite langue. Tel est le cas de Caudalie (à l'article 8 de son projet de contrat "de vente à distance Internet"), de Cosmétique Active France (à l'article 3.6 des projets d'avenant Internet) et d'Uriage.

122. Expanscience quant à lui, à l'article 6 de son projet d'avenant Internet, exigeait que ses distributeurs agréés d'une part, mettent en ligne en espagnol et en anglais un questionnaire sur le type de peau et d'éventuels problèmes dermatologiques et, d'autre part, répondent dans ces langues aux questions des consommateurs qui s'exprimeraient dans l'une de ces deux langues. Or, force est de constater que tous les distributeurs agréés, au premier rang desquels les plus petits, n'auront pas de telles compétences linguistiques. Leur imposer de telles obligations peut donc constituer un frein sérieux à leur volonté et à leur capacité de créer un site de vente sur Internet. Conscient de ce problème, Expanscience a proposé de modifier son dispositif en prévoyant l'engagement de son distributeur agréé de répondre aux consommateurs et de traduire les questionnaires précités en ligne "dans les langues correspondant aux pays où le distributeur agréé accepte de livrer les produits". De son côté, Lierac a ajouté à ses propositions initiales une clause semblable en prévoyant, à l'article 3 de son avenant Internet, que "lorsque le Détaillant Agréé développe un site multilingues, il s'engage à ce que le conseil au consommateur puisse être délivré dans chacune des langues de présentation de son site".

123. Les laboratoires d'Uriage ont de leur côté substitué à l'exigence d'utilisation exclusive de la langue française sur le site du distributeur agréé une clause l'autorisant à ne "décliner son site dans une autre langue que la langue française, qu'après s'être assuré de la pertinence des traductions effectuées et que la personne qualifiée visée à l'article 2.4.5 ci-après [diplômé de pharmacie apte à délivrer le conseil personnalisé] maîtrise cette langue" (article 2.1.10 des conditions pour la vente sur Internet).

e) Le référencement des marques dans les moteurs de recherche

124. Suivant la pratique décisionnelle du Conseil dans la décision précitée n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, la plupart des parties ont supprimé, dans leurs premières propositions d'engagements, l'interdiction d'utiliser leur dénomination sociale ou leur marque comme mot clé dans les moteurs de recherche dits "naturels".

125. Les observations transmises au Conseil par la société Google France et les déclarations de son représentant en séance ont cependant souligné la nécessité de limiter le contrôle des fabricants sur le référencement payant de leurs distributeurs afin que ce contrôle ne s'exerce pas de manière arbitraire ou discrétionnaire mais ait pour seul objet d'assurer le respect de l'image de marque des produits ou du fabricant.

126. La société Lierac a alors proposé la rédaction d'un nouvel article 1.4 dans son projet d'avenant Internet ainsi rédigé :

"Le Détaillant Agréé s'interdit notamment mais non exclusivement d'utiliser la marque Lierac pour le référencement :

- en association avec des marques de produits ne relevant pas de la catégorie des produits vendus sur conseil pharmaceutique ;
- en association avec des marques dévalorisantes pour une ou des marques du Fournisseur ;
- en association avec une autre entité que l'entité du Détaillant agréé ;
- en association avec des termes mots et /ou expression n'ayant pas un lien direct avec les produits commercialisés et respectant l'image haut de gamme et de prestige des produits du Fournisseur.

Le Détaillant Agréé s'engage, préalablement à leur utilisation aux fins de référencement, d'adresser au Fournisseur les mots clé, associations de mots et/ou expressions et phrases utilisées par le Détaillant Agréé pour son référencement contenant une ou des marques du Fournisseur.

Le Détaillant Agréé s'engage par ailleurs à ce que l'utilisation d'une ou des marques du Fournisseur ne puisse permettre le référencement du site du Détaillant Agréé dans un autre domaine que celui de la vente de produits sur conseil pharmaceutique et/ou dévalorisant pour le Fournisseur et l'une ou l'autre de ses marques.

Le Fournisseur pourra s'opposer à l'utilisation de l'une ou l'autre de ses marques s'il apparaît que cette utilisation contrevient aux éléments susvisés".

127. La société Nuxe a proposé d'adopter, à l'article 4 de son avenant Internet, un dispositif

identique s'inspirant de la rédaction précitée proposée par Lierac.

128. La société Bioderma a pour sa part substitué à l'interdiction d'utiliser le nom de sa marque comme mot clef, initialement prévue dans ses propositions d'engagements, l'obligation "de ne pas contrevenir à l'image des produits Bioderma" dans le nom de domaine du site.

129. Expanscience a pour sa part substitué à un dispositif d'interdiction d'utilisation de son nom et de ses marques comme mot clé de référencement dans les moteurs de recherche, initialement prévu dans ses propositions d'engagements, un système d'information préalable de tout lien avec des sites marchands et des conditions de référencement, "toute publicité opérée sur Internet (devant) être réalisée en conformité, et ne pas déprécier, l'image de marque des produits".

130. Enfin, les Laboratoires dermatologiques Uriage (LDU) ont proposé de préciser leurs critères de contrôle du référencement payant en indiquant, à l'article 2.1.9 de leurs conditions pour la vente sur Internet, que "Tout lien opéré avec des sites marchands ou non-marchands doit être préalablement approuvé par LDU. Tout référencement payant ou ayant nécessité une démarche volontaire du Distributeur Agréé auprès des moteurs de recherche et/ou des sites de référencement et/ou des sites de mise en relation entre le Distributeur Agréé et les utilisateurs doit être préalablement approuvé par LDU, afin de s'assurer qu'ils ne portent pas préjudice à LDU, aux Produits ou à la marque Uriage et qu'ils correspondent à l'image de conseil et de qualité de l'univers des produits cosmétiques et dermo-cosmétiques nécessitant des conseils spécialisés auquel appartiennent les Produits et la marque Uriage".

f) Les conditions d'envoi

131. Une question mineure se posait relative à l'exigence de certains fabricants - Bioderma, Caudalie et Expanscience - d'envois d'échantillons avec toute commande. Une telle obligation présente un coût certain pour les distributeurs et, de plus, n'existe pas dans les magasins physiques où les échantillons sont remis à la discrétion des distributeurs en fonction de leurs stocks, du profil d'achat du client et de leur politique commerciale. Conscient de ce problème, Bioderma a proposé de substituer à l'obligation d'envoi d'échantillons une simple possibilité ; Caudalie et Expanscience pour leur part ont modifié leurs engagements initiaux afin que l'envoi d'échantillons de leurs produits s'effectue "dans la limite des stocks disponibles".

132. Un dernier problème concernait le délai de livraison fixé par Expanscience à 48 heures maximum. Un tel délai pouvant vraisemblablement être dépassé en dépit de la bonne volonté et de l'efficacité du distributeur, Expanscience a proposé de l'allonger à 72 heures, ce qui est apparu plus conforme aux délais moyens de livraison.

B. SUR LA PORTÉE DES ENGAGEMENTS

133. Le Conseil constate que les engagements proposés par les sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavallès et Uriage apportent globalement une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées au stade de l'évaluation préliminaire. Ils préfigurent une modification substantielle des contrats de distribution sélective de ces dix sociétés s'agissant de la vente sur Internet par les distributeurs agréés, vente dont les conditions sont clarifiées afin de concilier le respect de l'image de marque et la haute qualité des produits et l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique. Le

Conseil constate que la possibilité ainsi donnée aux distributeurs agréés d'offrir ces produits sur leur site Internet peut aussi constituer une vitrine commerciale intéressante et un point d'entrée de clients potentiels vers leurs magasins physiques. La mise en ligne de leur prix sur les sites Internet des distributeurs agréés permettra en outre d'accentuer la concurrence tant intramarque qu'intermarque, au bénéfice du consommateur. En outre, cette nouvelle possibilité donnée aux distributeurs agréés devrait leur permettre de concurrencer, dans des conditions saines et favorables aux consommateurs, les vendeurs illicites qui proposent les mêmes produits sur Internet, soit parce qu'ils ne sont pas agréés, soit parce qu'ils offrent des contrefaçons ou des produits d'occasion.

134. Cependant, certaines clauses présentes dans les propositions d'engagements ont exigé des aménagements ou des améliorations ou ont été jugées inacceptables par le Conseil en ce qu'elles posaient des restrictions trop sévères à la vente sur Internet de par leur caractère disproportionné par rapport à l'objectif ou par leur caractère illégal.

135. A l'issue de discussions tenues avec les parties au cours de la séance, le Conseil a accepté les modifications suivantes :

1. LE LABORATOIRE BIODERMA

136. La société Bioderma a transmis au Conseil le 30 janvier 2007 une nouvelle version de ses engagements qui prévoit, par rapport à sa proposition initiale :

- de remplacer l'exigence d'un site exclusif et d'un point de paiement réservé aux produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique par l'exigence d'un "espace dédié" sur un site ne devant pas contrevenir à l'image de marque des produits Bioderma ;
- de transformer l'obligation d'envoyer des échantillons avec toute commande en simple "possibilité" ;
- de supprimer l'interdiction d'utiliser le nom de la marque comme mot clef en obligation "de ne pas contrevenir à l'image" dans le nom de domaine du site.

2. CAUDALIE

137. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 31 janvier 2007, la société Caudalie a apporté les modifications suivantes par rapport à sa proposition d'initiale :

- un allègement de ses exigences relativement fortes relatives à la présentation des produits ;
- une réécriture du message permanent devant être inséré sur les pages du site consacrées aux produits Caudalie afin de ne pas décourager l'achat sur Internet ;
- une suppression du contrôle des opérations publicitaires du distributeur "tant sur la forme que sur le contenu" et son remplacement par un système d'accord préalable pour toute opération de publicité ou campagne promotionnelle réalisée par le distributeur, dans le but exprès de vérifier que l'image de marque Caudalie est respectée ;
- l'insertion d'une clause de résiliation ;
- l'insertion d'une clause prévoyant l'information préalable de Caudalie pour toute

commande de 10 produits identiques achetés lors d'une même commande.

3. COSMÉTIQUE ACTIVE FRANCE

138. Dans la dernière version de ses engagements présentée pour les marques Vichy et la Roche Posay, adressée au Conseil le 26 janvier 2007, la société Cosmétique Active France (L'Oréal) a proposé de supprimer la clause d'interdiction de pratiquer sur le site Internet du distributeur agréé des "prix, des conditions de vente, des opérations promotionnelles ou des techniques de fidélisation de la clientèle différents de ceux offerts ou pratiqués dans le point de vente physique".

4. EXPANSCIENCE

139. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 31 janvier 2007, la société Expanscience a proposé :

- de substituer à l'exigence d'un site exclusivement dédié aux produits vendus sur conseil pharmaceutique l'exigence d'une boutique virtuelle dont certaines pages du site seraient exclusivement dédiées à ces produits ;
- de mettre en place un dispositif d'information préalable pour contrôler le référencement payant du site dans le but exprès de veiller au respect de l'image de marque des produits Expanscience ;
- de prévoir l'engagement du distributeur agréé de répondre aux demandes des consommateurs et de traduire les questionnaires sur les problèmes dermatologiques "dans les langues correspondant aux pays où le distributeur agréé accepte de livrer les produits" ;
- de prévoir l'envoi d'échantillons avec toute commande de produits Expanscience dans la limite des stocks disponibles ;
- d'allonger les délais de livraison de 48 heures à 72 heures.

5. JOHNSON & JOHNSON CONSUMER FRANCE

140. La société Johnson & Johnson Consumer France a proposé, dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 29 janvier 2007, de modifier les délais de réponse maximum de la "hot line" afin de régler le problème des jours ouvrés et d'accepter que l'accord préalable, que doit recueillir le distributeur auprès de Johnson & Johnson Consumer France pour toute vente de plus de 10 produits identiques, puisse être demandé par courriel et non pas seulement par courrier.

6. LIERAC

141. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 1er février 2007, la société Lierac a modifié son projet initial d'avenant Internet en proposant :

- de porter de 24 heures à 48 heures le délai maximum de réponse de la "hot line" pour les questions posées durant les jours non ouvrés et d'allonger les délais de livraison de 48 heures à 72 heures ;
- d'augmenter de 3 à 5 unités le nombre de produits identiques pouvant être vendus au cours d'une même commande ;

- de soumettre à un dispositif d'information préalable les référencements payants et l'usage de la marque par le distributeur agréé dans des conditions d'encadrement précises liées au respect de l'image de marque des produits Lierac.

7. NUXE

142. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 2 février 2007, le Laboratoire Nuxe a modifié sa proposition initiale d'engagements en précisant les critères de contrôle du référencement payant, qui doivent avoir pour objet la préservation de l'image et la réputation de la marque et en supprimant l'exigence d'un point de paiement réservé aux seuls produits dermo-cosmétiques.

8. LE LABORATOIRE OENOBIOL

143. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 30 janvier 2007, le Laboratoire Oenobiol a proposé de supprimer la clause interdisant au distributeur agréé de pratiquer sur son site "une différence significative de prix public par rapport au prix moyen constaté sur les points de vente physiques" ainsi que la clause exigeant que la place accordée sur le site pour les produits de parfumerie ou de beauté éventuellement commercialisés sur le site soit en adéquation avec les parts de marché de chaque marque par rapport à celle des produits Oenobiol.

9. ROGÉ CAVAILLÈS

144. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 30 janvier 2007, la société Rogé Cavallès a proposé de modifier le dispositif relatif à la "hot line" en prévoyant des délais maximum de réponse de 24 heures pour les jours ouvrables et de

36 heures pour les jours fériés et le dimanche. Elle a également proposé l'insertion d'une nouvelle rédaction de l'article 1.2 précité à son projet d'avenant Internet ouvrant la possibilité à ses distributeurs agréés de recourir à une plate-forme de vente en ligne à la condition que cette dernière respecte "l'intégralité des dispositions visées dans la charte de distribution agréée et son avenant Internet" et sous réserve d'en informer préalablement la société Rogé Cavallès SAS afin d'obtenir son accord écrit.

10. URIAGE

145. Les Laboratoires dermatologiques d'Uriage ont transmis au Conseil une nouvelle version de leurs engagements le 29 janvier 2007, qui apporte à leur proposition initiale les modifications suivantes :

- un léger allègement des exigences de qualité du site et l'abandon de l'exigence d'un site exclusif pour les produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique au profit de la notion d'"espace dédié" ;

- la précision selon laquelle le contrôle préalable des référencements payants s'effectue afin de veiller au respect de l'image de marque d'Uriage et de ses produits ;

- la mise en place d'un dispositif d'information préalable du fabricant pour toute commande dépassant 10 unités d'un même produit ou lorsque l'acheteur effectue un nombre de commandes manifestement anormal pour un consommateur final, sans que cela fasse obstacle aux ventes intra-réseau ;

- la suppression de l'exigence de l'usage exclusif de la langue française et la possibilité de décliner le site dans une autre langue à la condition que le conseil personnalisé délivré par le pharmacien-conseil et les traductions soient assurées dans cette langue de manière pertinente.

146. Sous réserve de ces modifications, le Conseil accepte les engagements des sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage.

C. SUR LE CARACTERE CREDIBLE ET VERIFIABLE DES ENGAGEMENTS

147. Les engagements des parties, qui prennent la forme de propositions de nouveaux contrats de distribution sélective ou d'avenants à ces contrats consacrés à la vente en ligne, ont un contenu précis. Il sera aisé de vérifier que se sont bien ces nouveaux contrats ou avenants qui seront proposés par les fabricants ou fournisseurs en cause aux membres actuels de leur réseau de distribution sélective et à leurs futurs membres, afin que ces nouvelles stipulations contractuelles puissent entrer en vigueur avant le 1er septembre 2007.

148. Des évolutions ultérieures de ces contrats, si elles répondent à des justifications non restrictives de concurrence, ne sont pas exclues, à condition toutefois que la substance des réponses aux préoccupations de concurrence exprimées dans la présente affaire soit clairement préservée.

Décision

Article 1er : Les engagements présentés par les sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage, consistant en des modifications de leurs contrats de distribution sélective ou en la rédaction d'un contrat ou d'un avenant spécifique pour la vente par Internet réservé aux membres de leur réseau pour y intégrer des stipulations contractuelles applicables à la vente en ligne, sont acceptés. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision à laquelle ils sont annexés. Ils devront entrer en vigueur au plus tard au 1er septembre 2007 et faire l'objet d'une information aux membres actuels des réseaux de distribution de chaque fabricant ou fournisseur dès la publication de la présente décision.

Article 2 : Il est mis fin à la procédure enregistrée sous le numéro 06/0044-1F.