

OBSERVATIONS
sur les propositions d'engagements
formulées en matière de distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

à l'attention du Conseil de la Concurrence

Madame la Rapporteuse, Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Vous trouverez ci-dessous quelques observations à propos des propositions d'engagements rendues publiques par le communiqué de procédure du Conseil de la Concurrence du 14 novembre 2006.

Professeur de droit, chef de la rubrique « droit du commerce électronique » du Recueil Dalloz, auteur de plusieurs articles ou commentaires sur le thème de la distribution électronique,¹ l'auteur invite votre juridiction à recevoir ces observations comme provenant d'un « tiers intéressé ».

Elles portent sur la mise en place du point de vente électronique par les distributeurs agréés (I), et sur les modalités d'organisation de la distribution électronique à l'égard des consommateurs (II).

I. Mise en place du point de vente électronique par les distributeurs

A. Présentation du site

1. Plusieurs des sociétés parties à la présente procédure imposent à leurs futurs distributeurs en ligne des contraintes de nature esthétique relatives à la présentation de leur site web. Ce souci de sauvegarde de l'image est tout à fait compréhensible. Prise sous l'angle du droit de la propriété intellectuelle, cette contrainte peut avoir différents effets.

Dans le cas de la nécessaire conformité du site du distributeur à la charte graphique du fournisseur (Caudalie), il existe *a priori* une licence, au moins implicite, relative à l'usage d'éléments éventuellement protégés appartenant à ce fournisseur.

Dans le cas de la validation préalable du site du distributeur par le fournisseur (Johnson & Johnson), l'existence d'un droit discrétionnaire de refus est potentiellement problématique ; le distributeur peut en effet se voir opposer une interdiction de mettre en ligne un site dont le développement a été onéreux. Il serait bienvenu que les critères présidant à la validation soient clairement définis, de façon à assurer la sécurité juridique des distributeurs – en l'occurrence des « *pure players* » qui choisiraient d'investir pour se lancer dans la vente de produits cosmétiques en ligne.²

Quoique les autres sociétés exigeant que les sites de leurs distributeurs respectent leur image ne subordonnent pas, pour leur part, la mise en ligne de ces sites à leur approbation, la définition de « lignes directrices » relatives à la présentation du site pourrait également être bienvenue, pour les

¹ Notamment *Web et distribution sélective : réseau contre réseau ?*, Dalloz, 1999, n° 44 ; *Elargissement d'un réseau de distribution à internet et droit de la concurrence* (note sous Cons. Concurrence, 3 février 2006), Dalloz, 2006, n° 18 ; *Le référencement publicitaire sur internet au regard des règles concurrentielles françaises* (note sous Conseil de la Concurrence, n° 05-D-34, 27 juin 2005), Dalloz, 2005, n° 35 ; *Licéité de l'utilisation de la marque d'un fournisseur dans le nom d'un site web d'un distributeur* (note sous O.M.P.I., 20 décembre 2001), Dalloz, 2002, n° 15 ; *Internet dessine-t-il un marché ?* (note sous T. Com. Nanterre, 4 octobre 2000), Dalloz, 2001, n° 16 ; *Vers la licéité de la revente sur le Web par un distributeur agréé* (note sous Versailles, 2 décembre 1999), Dalloz, 2000, n° 7 ; *Exercice d'une activité de commerce électronique : accession au domaine '.fr' et ententes* (note sous Cons. Conc., 9 juin 2000), Dalloz, 2000, n° 37.

² Il est possible que ces critères figurent dans la « convention de distributeur agréé par internet » de cette société, contrat qui n'a pas été publié. L'auteur prie le Conseil de ne pas tenir compte de cette remarque si tel était le cas.

mêmes raisons.³

2. Au-delà, parce que ces dernières sociétés fixent des critères communs pour des distributeurs multiples, le risque peut être que l'observation de mêmes critères par des distributeurs différents ait pour résultat la conception parallèle de sites de mouture proche.

De façon à éviter le risque d'actions en contrefaçon entre distributeurs, et aussi à évacuer le risque de non approbation par le fournisseur de la présentation du site, on peut se demander s'il ne serait pas plus logique que les contrats autorisant la distribution en ligne s'accompagnent de la remise par le fournisseur, par le biais d'une licence, d'éléments protégés ou de modules de vente destinés à être exploités par chacun de leurs distributeurs. Cela se rapprocherait de la fourniture, pour les points de vente physiques, de présentoirs ou d'affichettes. Une telle pratique pourrait aussi avoir pour effet de réduire les coûts de la mise en place d'un site web, coûts qui peuvent faire hésiter un distributeur agréé à se mettre à la vente en ligne... et qui dès lors rendraient sans effet les engagements ici proposés.

B. Mise en place d'un site dédié

1. Plusieurs des sociétés parties à la présente procédure posent des conditions, tout à fait compréhensibles, relatives à l'environnement électronique dans lequel seront revendus leurs produits : « univers dédié » (Lierac), vente en conjonction de produits haut de gamme « habituellement et traditionnellement vendus sur conseil pharmaceutique » (Expanscience), site « exclusivement dédié au conseil et à la vente de produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique » (Laboratoires dermatologiques d'Uriage), « boutique virtuelle (...) exclusivement (...) dédiée à la distribution de produits de parapharmacie » (Bioderma).

On peut se demander ce qu'il faut comprendre par « exclusivité » : un revendeur pourra-t-il afficher des publicités contextuelles ?⁴ Devra-t-il s'interdire de faire des liens externes vers une autre boutique qu'il exploiterait ? Peut-il faire héberger son offre chez un prestataire offrant des modules de boutiques en ligne, ou devra-t-il nécessairement avoir son propre espace associé à un nom de domaine propre ? L'élargissement de la distribution à l'espace électronique amène diverses questions liées à l'occupation de cet espace par les distributeurs.

2. Si cette obligation de mettre en place des sites *exclusivement* dédiés à l'activité de distribution des produits concernés ne paraît pas *a priori* contraire aux principes de concurrence, elle n'est toutefois pas forcément favorable aux consommateurs. Elle peut avoir pour corollaire une hausse des coûts, dès lors qu'un distributeur agréé devrait « segmenter » ses offres en ligne en séparant de façon hermétique son site de vente de produits cosmétiques d'un autre site qu'il exploite pour la vente d'autres produits. La situation sur internet serait alors différente de celle d'un point de vente physique, dans lequel peuvent se côtoyer divers produits : par exemple, dans le cas d'une officine de pharmacie, on trouve des produits cosmétiques non loin des brosses à dent ou des pastilles pour la toux.

Une telle « fragmentation » peut aussi entraîner des coûts supplémentaires pour la fourniture de conseils.

II. Conseils aux consommateurs et réalisation des achats

Il est possible de s'interroger sur l'opportunité de la subordination de l'ouverture d'un point de vente électronique à la délivrance d'un conseil professionnel, par voie électronique, en se demandant s'il s'agit du moyen le moins onéreux de fournir une information de qualité (A), et si l'acte d'achat suit toujours le même processus (B).

A. Coût engendrés par l'information des consommateurs en ligne

1. Aujourd'hui, un consommateur qui souhaite acheter un produit cosmétique ou d'hygiène corporelle des sociétés concernées par la présente procédure d'engagement, doit se rendre dans une officine, une parapharmacie ou le rayon spécialisé d'une grande surface offrant aux clients des conseils personnalisés délivrés par des personnes titulaires du diplôme de pharmacie. Ce qui signifie que, dans chaque point de vente, une même personne, ou un nombre limité de personnes, fournissent des conseils sur les produits vendus, ces conseils étant indifféremment relatifs à tous les produits en rayon. Le consommateur se trouve ainsi en situation de comparer les produits de fournisseurs différents, ce qui est de nature à favoriser la concurrence.

Si les mêmes produits venaient à se trouver présentés non pas au sein d'un même site web, mais sur des sites web distincts, pourrait se poser la question de la correction translation sur le web de la situation de vente qui vient d'être décrite. Le risque est faible, car les sociétés concernées exigent de leurs

³ Même remarque.

⁴ De type Google AdSense.

distributeurs qu'ils revendent leurs produits sur un site où l'on trouve les « produits habituellement et traditionnellement vendus sur conseil pharmaceutique » (Expanscience) ou qui soit plus spécifiquement « dédié au conseil et à la vente de produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique » (Laboratoires dermatologiques d'Uriage), ou qu'ils proposent à tout moment à la vente d'autres marques « présentant des spécificités analogues à celles [des produits du fournisseur] » (Oenobiol). Mais s'agissant des engagements de la seule société qui prévoit d'autoriser la revente par des distributeurs exclusivement électroniques (Johnson & Johnson), la conséquence *de fait* pourrait être qu'aucun revendeur intéressé à la revente des produits de ce fournisseur ne saisisse cette opportunité. En effet, cela obligerait chaque « *pure player* » à s'assurer les services d'une personne qualifiée pour n'offrir à la vente qu'un nombre limité de produits et de marques (en l'occurrence, seulement ceux de Johnson & Johnson), donc d'avoir un volume de vente réduit et des marges rognées par le coût de fourniture d'un conseil qualifié - sauf à imputer ces coûts sur le prix de la vente, ce qui peut alors créer des distorsions de concurrence avec les autres distributeurs agréés des mêmes produits mais qui sont également distributeurs agréés de produits de sociétés concurrentes (les produits de ces dernières ne pouvant être vendus par des « *pure players* », ils ne peuvent faire réaliser les économies d'échelle que peuvent faire ces autres distributeurs).

Le « basculement » sur internet de la distribution de produits aussi spécifiques que les produits cosmétiques amène donc à se poser la question des coûts induits pour la fourniture de conseils aux consommateurs, conseils eux aussi spécifiques.

Idéalement, pour que la fourniture de ces conseils personnalisés par des professionnels se fasse au moindre coût, elle devrait être assurée par une sorte de « plateforme » commune dédiée au seul conseil,⁵ travaillant avec tous les distributeurs, et au fonctionnement duquel contribueraient ces derniers. En conséquence, les sociétés concernées par la présente procédure pourraient aussi s'engager à s'interdire d'exiger de leurs distributeurs qu'ils ne puissent mettre en place ou rejoindre ce type de « plateforme ».

B. Distributivité des achats de cosmétiques entre points de vente électroniques et points de vente physiques

Il faut encore noter que, dans le secteur concerné par la présente procédure, la fourniture de conseils riches est particulièrement importante au stade du premier achat d'un produit de soin. L'on peut postuler que l'obtention de conseils n'est pas un critère déterminant lors des achats postérieurs du même produit : le client satisfait d'un produit adapté à ses attentes – satisfaction en partie due à la délivrance de conseils personnalisés par un professionnel lors du choix de ce produit – n'est *a priori* plus demandeur de conseils quand il renouvelle son achat d'un même produit cosmétique.

Alors qu'une ère nouvelle de distribution s'ouvre en matière de cosmétiques, il faudrait, en conséquence, se demander si le consommateur ne va pas être amené à :

- effectuer un premier achat, celui d'un produit qu'il ne connaît pas encore, dans un point de vente physique, où il bénéficie du *contact* irremplaçable avec un vendeur qualifié,
- et n'utiliser internet (mais pas de façon exclusive) qu'à partir du second achat.

En supposant que ce schéma se vérifie, il conviendrait de se demander si la sujétion de la revente en ligne à la mise en place d'un système de conseil en ligne est appropriée, dès lors que l'acheteur en ligne ne serait pas forcément à la recherche de conseils.

Le scénario décrit n'est toutefois qu'hypothétique. Il ressort d'ailleurs d'une étude de la Fédération des Entreprises de Vente à Distance⁶ que deux tiers des consommateurs français utiliseraient internet pour préparer leurs achats en magasin. Mais cette étude ne porte pas, par définition, sur les produits cosmétiques des sociétés concernées, qui ne sont pas encore vendus en ligne comme l'indique la présente procédure.

L'auteur remercie le Conseil de l'attention qu'il portera à ces observations.

Fait à Nice, le 20 novembre 2006

⁵ Sorte d'équivalent électronique du professionnel qualifié présent dans un point de vente où sont proposés des produits de marques concurrentes.

⁶ Baromètre Fevad / DirectPanel, Achats en ligne de fin d'année, janvier 2006 (www.fevad.com/library/documents/302.pdf). Etude réalisée sur un échantillon représentatif de la population des internautes français âgés de 15 ans et plus, dont a été extrait un échantillon de 750 acheteurs en ligne dans la période novembre à décembre 2005. La représentativité de l'échantillon d'internautes a été assurée par la méthode de quotas puis par redressement des résultats (sexe, âge, CSP, région). Les interviews ont été réalisées par questionnaires en ligne du 3 au 5 janvier 2006.

