



COMMENTAIRES DE LA FEBEA SUR LE PROJET DE REGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATEGORIES ET DE SES LIGNES DIRECTRICES

Concernant l'application de l'article 81§3 du Traité CE à des catégories d'accords
verticaux et de pratiques concertées

La Fédération des Entreprises de la Beauté (FEBEA), créée en 1890, est l'unique "Syndicat Professionnel" de l'Industrie Cosmétique au sens de la loi "Waldeck-Rousseau" de 1884 qui organise le régime juridique des syndicats professionnels.

La FEBEA réunit les syndicats professionnels dont le but est de regrouper les entreprises qui exercent leurs activités dans la parfumerie, les produits de beauté, cosmétiques, capillaires et les produits de toilette ou d'hygiène. Elle rassemble aujourd'hui quelque 300 entreprises (grandes, moyennes et petites entreprises).

La FEBEA a pour but de représenter et de défendre, en France et à l'étranger, les intérêts communs de ses adhérents, notamment lorsque ces intérêts concernent la réglementation applicable aux accords verticaux.

1. PREAMBULE

La FEBEA souhaite rappeler son attachement aux grands principes de la distribution sélective, laquelle a été consacrée au niveau communautaire notamment par le Règlement d'Exemption par Catégorie (REC) n°2790/1999.

Ces principes ont permis la mise en place de réseaux de distribution qui, par leur densité et la qualité des services offerts, n'ont cessé de répondre aux besoins toujours plus exigeants du consommateur.

Les produits de l'Industrie de la Parfumerie Cosmétique sont commercialisés, selon les marques, au travers de circuits de distribution variés, sélectifs ou non sélectifs¹. Ces circuits utilisent donc une très grande variété de points de vente : les hypermarchés, les magasins de proximité, les parfumeries indépendantes, les Grands Magasins, les chaînes spécialisées, les franchisés, les pharmacies et parapharmacies, les salons de coiffure et les instituts de beauté.

Par exemple les produits de maquillage sont vendus à 43,3% dans les supermarchés et 33,7% dans les parfumeries; les produits de soins sont vendus à 34% dans les supermarchés, 28% dans les pharmacies et 24,2% dans les parfumeries.

De même, concernant la vente des parfums, elle a lieu à 80,2% dans les parfumeries contre 13,3% dans les supermarchés (étude économique du cabinet LECG pour la FEBEA).

Ces chiffres illustrent la grande diversité des modes de distribution utilisés par l'industrie de la Parfumerie Cosmétique.

¹ Cela comprend le "Mass Market", les réseaux de distribution exclusive, les réseaux de franchisés, les ventes directes des fabricants, le commerce à distance et la vente à domicile



Il convient également de rappeler que parmi les quatre principaux canaux de distribution (parfumerie, pharmacie, hyper et supermarché et vente directe), deux d'entre eux correspondent à la distribution sélective, ce qui représente 2 500 parfumeries et 22 000 pharmacies.

C'est la raison pour laquelle, cette Industrie offre au consommateur, selon les marques concernées et les types de produits, une très large gamme de produits allant des produits de grande distribution jusqu'aux produits haut de gamme.

La distribution sélective se distingue de l'ensemble de l'offre par la nature des produits, par l'environnement de qualité et par le conseil personnalisé proposé au consommateur.

C'est pourquoi, la FEBEA est particulièrement attentive à la révision du REC et souhaite formuler quelques observations sur les projets de REC et de lignes directrices élaborés par la Commission et mis en consultation publique le 28 juillet dernier.

A titre liminaire, la FEBEA tient d'ores et déjà à faire part de sa satisfaction quant à l'orientation générale donnée par les projets de textes, car même si des modifications et/ou des précisions sont envisagées par la Commission, elles ne semblent pas bouleverser les fondements de la réglementation actuelle.

En conséquence, nos observations portent sur les points suivants :

2. COMMENTAIRES DE LA FEBEA

- **Article 3 du Règlement d'Exemption par Catégorie : seuil de part de marché**

L'Industrie de la Parfumerie Cosmétique comprend parfaitement que la Commission souhaite prendre en considération le renforcement de la puissance d'achat des distributeurs, et introduise ainsi un seuil de part de marché pour le distributeur (30%).

L'interprétation de cette nouvelle disposition par la FEBEA est la suivante : pour bénéficier de l'exemption, il faut que soit :

- chaque partie soit en dessous de 30 % de parts de marché sur son marché propre, soit
- l'une seulement des parties soit au-dessus de 30% de parts de marché sur son marché propre,

En conséquence, l'exemption ne s'appliquerait pas si et seulement si les deux parties ont chacune plus de 30% de parts de marché sur leurs marchés respectifs.

Concernant donc l'application de ce seuil, la FEBEA propose à la Commission la rédaction suivante du **paragraphe 83** des lignes directrices, et ce pour garantir la clarté de ces nouvelles dispositions :

*"Pour que le règlement d'exemption par catégorie s'applique, la part de marché du fournisseur sur le marché sur lequel il vend les biens contractuels à l'acheteur **ou** la part de marché de l'acheteur sur le ou les marchés sur lesquels il (re)vend les biens contractuels ne peuvent chacune excéder 30% "*



De même, **le paragraphe 86** des lignes directrices devrait être précisé comme suit :

"Lorsqu'un accord vertical concerne trois parties actives chacune à un stade du commerce différent il faut, pour qu'il puisse bénéficier de l'exemption par catégorie, que leurs parts de marché respectives ne dépassent pas chacune le seuil de 30%".

Et **le paragraphe 172** des lignes directrices devrait être modifié comme suit :

*"La distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur **ou** de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30%, même si".*

Si une autre interprétation était donnée notamment celle impliquant que, dès lors qu'une seule partie a plus de 30%, l'exemption ne s'applique plus, une insécurité juridique serait introduite dans les accords.

En effet, il est extrêmement difficile pour chacune des parties d'évaluer avec précision la force de pénétration de son cocontractant sur le marché qui le concerne et corrélativement de s'assurer, par exemple, de la position exacte d'un distributeur par rapport au seuil de 30%.

De plus, certains distributeurs au sein du même réseau étant au dessus et d'autres au-dessous du seuil, il en résultera des situations divergentes entre eux.

Enfin, la portée pratique du règlement d'exemption en serait considérablement réduite car de nombreux accords pourraient ne pas être couverts par le nouveau règlement.

- **L'article 4.b – 3^{ème} tiret du Règlement d'Exemption par Catégorie : les restrictions des ventes aux distributeurs non agréés**

L'une des principales préoccupations de l'Industrie de la Parfumerie Cosmétique concerne l'élargissement de la restriction caractérisée à l'article 4 (b). En effet, la réécriture du troisième tiret de cet article reviendrait à **ne** permettre la restriction des ventes aux distributeurs non agréés par les membres du réseau, **que** sur les marchés où le système de distribution sélective est appliqué.

Cette nouvelle rédaction appelle différents commentaires :

- **En premier lieu**, si cette modification est fondée sur l'idée de permettre aux consommateurs de l'Union Européenne d'acheter des produits dans le pays qu'ils souhaitent, cette disposition ne semble pas nécessaire. En effet, l'article 4 (c) énonce déjà que la restriction des ventes passives ou actives à des utilisateurs finals par les membres d'un réseau de distribution sélective agissant en qualité de détaillant est considérée comme une restriction caractérisée.



- **En second lieu**, d'un point de vue strictement légal, la définition de la distribution sélective donnée à l'article 1(c)² du projet de règlement n'énonce aucune condition quant au lieu d'établissement des distributeurs.

Cette définition est le résultat notamment de jurisprudences³ qui ont permis de délimiter cette notion. Dans ce sens, la décision Métro/Saba du 25 octobre 1977 précise :

"Que tout système de commercialisation fondé sur une sélection des points de distribution implique nécessairement, à peine de n'avoir aucun sens, l'obligation, pour les grossistes appartenant au réseau de n'approvisionner que des revendeurs agréés, et la possibilité pour le producteur intéressé de contrôler l'observation de cette obligation.

Que les obligations acceptées en matière de contrôle, tant qu'elles ne dépassent pas le but recherché, ne sauraient constituer par elles-mêmes une restriction de concurrence mais forment l'accessoire de l'obligation principale, dont elles contribuent à assurer l'application.....

Que ne dépassant pas ce qui est nécessaire pour atteindre leur objectif, ces obligations de contrôle, dans la mesure où elles visent à assurer le respect des conditions d'agrément en ce qui concerne les critères de qualification professionnelle, échappent au champ d'application de l'article 81, paragraphe 1".

La portée de cet arrêt est donc de préciser que le système de la distribution sélective, établi sur une obligation de ne pas revendre aux distributeurs non agréés, où qu'ils soient situés, ne viole pas l'article 81, paragraphe 1 du Traité CE.

L'étanchéité du réseau est alors préservée.

- **Troisièmement**, cette modification de l'article 4(b) va inéluctablement créer une discrimination entre les plus petits fabricants et les plus importants, les premiers n'ayant pas forcément les moyens de construire un réseau sélectif dans tous les pays de l'Union Européenne au même moment.

C'est pourquoi l'actuel projet de rédaction pourrait être une entrave à l'arrivée de ces nouvelles marques et, en conséquence, restreindre la concurrence, ce au détriment des consommateurs.

En conclusion sur ce point, la FEBEA estime que le texte actuel de l'article 4 (b) n'exige aucun changement et **demande la suppression** de "sur les marchés où ce système est appliqué".

- **Les ventes sur internet**

Le commerce en ligne connaît, depuis déjà quelques années, un développement considérable et constitue un enjeu majeur pour l'ensemble des acteurs économiques.

² Article 1 (c) : "système de distribution sélective" : un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels directement ou indirectement, qu'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.

³ ECJ, Metro/Cartier, 13 janvier 1994, C-376/92, [1994] ECR I-15



En effet, à titre d'illustration, les ventes en ligne ont progressé de 29% en 2008 pour atteindre 20 milliards d'euros (tous secteurs économiques confondus).

L'Industrie de la Parfumerie Cosmétique étant activement partie prenante à ce développement, elle souhaite que ce mode de distribution garantisse le même niveau de qualité, de service, de protection du consommateur que celui existant dans le commerce traditionnel.

Comme précisé en préambule, la FEBEA se réjouit que la Commission ait notamment prise en compte certains arguments de l'Industrie Parfumerie Cosmétique sur les ventes sur internet.

Notamment, **le paragraphe 54** des Lignes Directrices qui énonce que le fabricant pourra exiger de ses distributeurs "*qu'ils disposent d'un magasin classique ou d'une salle d'exposition avant de se lancer dans la distribution sur internet.*"

En conséquence, la distribution sur internet est ainsi complémentaire de la vente dans les points de vente physiques.

En revanche, si certains points ont été précisés, il demeure quelques ambiguïtés concernant notamment :

- L'utilisation des termes "salle d'exposition" : en effet, la FEBEA ne voit pas la nécessité de cette précision dans la mesure où elle n'apporte pas d'information supplémentaire concernant le point de vente physique. La notion de point de vente physique ayant fait l'objet de jurisprudences, la FEBEA suggère de supprimer les références faites à la "salle d'exposition" dans son **paragraphe 54**.

- La portée de la condition posée dans le **paragraphe 54** : l'exigence du point de vente physique ne doit pas seulement être satisfaite **avant** l'agrément du site internet mais doit demeurer aussi **pendant** toute la durée d'exploitation du site internet.

La FEBEA propose donc l'ajout suivant : " Le fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un magasin classique avant de se lancer dans la distribution par internet **ainsi que pendant toute la durée d'exploitation du site internet.**"

- De plus, comme cela a été précisé par la Cour d'Appel de Paris⁴, la FEBEA souhaiterait que soit précisée, dans le **paragraphe 54**, la possibilité pour le fournisseur d'imposer à ses distributeurs le respect d'un délai entre l'ouverture d'un point de vente physique et la création d'un site internet permettant la vente en ligne. Cette condition permettra aux consommateurs d'avoir une certaine garantie concernant les services offerts.

Le paragraphe 52 considère dorénavant comme une restriction caractérisée de ventes passives, notamment celle : "*d'exiger d'un distributeur qu'il limite la part de ses ventes globales réalisées sur internet*".

Pourtant, la FEBEA estime légitime, pour garantir à tous les consommateurs l'accès aux produits, que le fournisseur se soucie de la viabilité de son réseau, et souhaite notamment préserver la rentabilité économique des points de vente physiques. Cette préservation de la rentabilité induit la possibilité de maintenir une proportion de ventes

⁴ Arrêt Cour d'Appel de Paris, 8 avril 2008, Pacific Creation / PMC Distribution,



globales entre ces deux modes de distribution on line et off line. En effet, ces deux modes de distribution n'entraînent pas les mêmes contraintes qu'il s'agisse notamment des coûts d'installation, de personnel ou de stockage.

Ainsi, même si la FEBEA constate, avec satisfaction, que la note 29 apporte quelques précisions concernant la liberté laissée au fournisseur d'organiser son système de distribution, et ce en lui permettant d'imposer au distributeur la vente d'une quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne, elle souhaite la **suppression de cette nouvelle restriction et propose d'une part de réintégrer la note 29 dans le paragraphe 54 des lignes directrices**, et **d'autre part de préciser que la quantité de vente de produits vendus hors ligne** pourra être exprimée en montant absolu ou en proportion.

De plus, pour éviter une insécurité juridique et la multiplication des restrictions caractérisées, **la FEBEA souhaite la suppression** de l'expression "par exemple" qui précède l'énumération des nouvelles restrictions caractérisées visées au paragraphe 52.

- **Le paragraphe 54** précise également que les considérations appliquées à internet s'appliquent également aux ventes sur catalogue.

Et pourtant, la vente sur internet diffère de celle sur catalogue.

En effet, la vente sur internet se distingue principalement par son caractère interactif qui permet par la mise place de forums de discussions et d'échanges avec des conseillers, d'accompagner au mieux le client dans sa démarche d'achat.

Le Conseil de la Concurrence en France, dans une décision du 8 mars 2007⁵, avait d'ailleurs considéré que la comparaison entre la vente par internet et la vente par correspondance n'était pas pertinente car elle ne "*peut offrir au consommateur ni la vitrine de présentation, ni l'interaction au travers notamment l'existence d'une "hot line" et l'utilisation de films susceptibles 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."

Il devrait être possible, comme c'est le cas aujourd'hui, de ne pas autoriser la vente sur catalogue s'il s'agit d'une décision objectivement justifiée par le fabricant.

C'est pourquoi, **la FEBEA demande à la Commission de supprimer la référence à la vente sur catalogue** dans le paragraphe 54.

Au regard des quelques commentaires relatifs au **paragraphe 54**, **la FEBEA propose** la rédaction suivante :

"Indépendamment des remarques qui précèdent, dans le cadre d'une exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Ce peut être utile en particulier pour la distribution sélective, cas dans lequel, sous couvert de l'exemption par catégorie, le fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent, depuis un certain temps, d'un magasin classique avant de se lancer dans la distribution par internet et qu'il le conserve pendant toute la durée d'exploitation du site internet.

⁵ Décision n°07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle



Le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, pourra exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité de produits (en montant absolu ou en proportion) hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son magasin traditionnel et ainsi s'assurer que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution. Cette quantité de ventes hors ligne peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée de manière individuelle pour chacun d'entre eux. Dans un cas donné, il peut être possible de faire valoir, outre des gains d'efficience au sens de l'article 81, paragraphe 3, qu'une interdiction catégorique de vendre par internet est objectivement nécessaire et ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1; elle ne sera donc pas regardée comme une restriction caractérisée si elle ne restreint pas la concurrence qui s'exerçait en son absence compte tenu des conditions particulières dans lesquelles l'accord fonctionne, notamment lorsqu'elle a pour objet de faire respecter une interdiction générale de vendre des substances dangereuses par internet pour des raisons de sécurité ou de santé. En tout état de cause, le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur internet."

* *
*

Contact : egourbin@febea.fr