



Décision n° 03-D-53 du 26 novembre 2003
relative à des pratiques mises en œuvre par la société Biotherm
dans le secteur de la commercialisation des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 20 décembre 1996, sous le numéro F 928, par laquelle la société Gephav a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Biotherm dans le secteur de la commercialisation des produits de parapharmacie et des produits cosmétiques ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret 2002-689 du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, entendus lors de la séance du 23 septembre 2003, la société Gephav ayant été régulièrement convoquée ;

Adopte la décision suivante :

I. - Constatations

1. La société Gephav expose qu'au début de l'année 1991, lors de l'ouverture de son premier magasin de parapharmacie à Paris (avenue Daumesnil à Paris 12^{ème}), elle a sollicité de la société Biotherm l'autorisation de vendre ses produits, qui lui a été refusée. Face au succès rencontré par son concept de distribution, son président a créé un réseau de franchise sous l'enseigne Euro Santé Beauté (ci-après ESB). La demande d'agrément a été présentée à nouveau plusieurs fois, entre 1991 et 2000, tant par la société Gephav que par ses franchisés et la société Biotherm a toujours refusé d'y donner suite.
2. La société Gephav soutient qu'en refusant que ses produits soient distribués dans les magasins ESB, Biotherm fait une application discriminatoire des critères d'agrément qu'elle a, elle-même, définis et exclut *de facto* les parapharmacies de son réseau de distribution, afin de protéger sa clientèle de pharmacies, pratique prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aujourd'hui codifiée à l'article L.420-1 du code de commerce.

A. - LES SOCIÉTÉS CONCERNÉES

3. La société Gephav et la chaîne ESB ont pour activité la commercialisation de produits cosmétiques et de parapharmacie. En 2001, l'enseigne ESB comptabilisait 29 points de vente, dont 21 intégrés et 8 franchisés. Les magasins ESB, dont le chiffre d'affaires total s'élevait, en 1999, à 41,2 millions d'euros, offrent à leur clientèle une grande variété de produits et de

marques telles que, notamment, Vichy, Lutsia, Klorane, Elancyl, Rogé Cavaillès, Neutrogena, Roc, Lierac.

4. La société Biotherm est une filiale du groupe L'Oréal, leader mondial en matière de produits cosmétiques, qui a réalisé un chiffre d'affaires de 38 191 400 euros en 1998 et de 40 736 900 euros, en 2002. Depuis 1991, la société Biotherm était rattachée à la division "*Parfums et Beauté*" du groupe L'Oréal qui réunit un ensemble de grandes marques à vocation internationale, distribuées sélectivement en parfumeries et en grands magasins. Cette division, transformée le 1^{er} janvier 2002 en "*L'Oréal Produits de Luxe France*", regroupe, outre la marque Biotherm, des marques telles que Lancôme, Hélène Rubenstein, Armani et Ralph Lauren. Début 1999, 3 193 points de vente étaient agréés par Biotherm dont 78 grands magasins, 716 parfumeries et 2 399 pharmacies.

B. - LE MARCHÉ CONCERNÉ

5. La société Biotherm commercialise une ligne de soins à base d'extraits purs de plancton thermal. Cette ligne comprend des soins pour le visage (jeunesse, yeux ou complémentaire), des soins teintés, des soins du corps, des soins parfumants, des soins solaires et des soins relaxants. Elle a également créé une ligne de soins pour les hommes.
6. Ses produits sont, depuis l'origine, principalement vendus en pharmacie mais également en parfumerie de luxe et en grands magasins (essentiellement Printemps et les Galeries Lafayette).

C. - HISTORIQUE DES RELATIONS ENTRE BIOTHERM ET GEPHAV

7. A la suite du premier refus d'agrément en 1991, la société Gephav a assigné la société Biotherm devant le tribunal de Commerce de Nanterre pour qu'il soit fait injonction à cette dernière d'honorer les commandes Gephav. Le jugement du 17 juin 1993, qui l'a déboutée de sa demande, a été confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 8 juin 1995, qui a considéré que le refus de vente de Biotherm à Gephav était justifié et reposait sur des critères objectifs appliqués d'une manière non discriminatoire. Cependant, par un arrêt en date du 21 octobre 1997, la Cour de cassation a cassé l'arrêt précité et a renvoyé les parties devant la cour d'appel de Paris. Celle-ci a, le 22 septembre 1999, enjoint à la société Biotherm "*... d'agréer dans son réseau de distribution sélective le magasin que la société Gephav exploite au 269, rue de Daumesnil à Paris 12^{ème} sous astreinte de 1 000 francs par jour de retard...*" au motif que la société Gephav avait bien été victime de pratiques discriminatoires. Biotherm a fait une demande en révision de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, le 27 octobre 1999, en raison de la fermeture ultérieure du magasin de la rue Daumesnil.
8. Parallèlement, dans une décision de saisine d'office relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle du 1^{er} octobre 1996, le Conseil de la concurrence a constaté que : "*... la société Biotherm Distribution ne vend pas ses produits dans le cadre de la grande distribution. Cependant, elle vend ses produits en pharmacie d'officine où elle n'impose pas le respect des critères de la distribution en parfumerie qui sous-tendent son système de distribution (...). Il est établi que, pour la distribution de ses produits dans le réseau officinal, la société Biotherm n'exige pas le respect des critères de la distribution en parfumerie, ce qu'elle impose, en revanche, aux magasins spécialisés et de grande surface ; qu'en agissant de la sorte, elle opère un traitement discriminatoire entre les catégories de distributeurs au détriment, notamment, des magasins de grandes surfaces, pratique ayant eu pour objet ou ayant pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence et qui est, par suite, prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986*". Le Conseil a, en conséquence, délivré plusieurs

injonctions à la société Biotherm, dont celle de cesser d'opérer des discriminations dans l'agrément de ses distributeurs.

D. - LES PRATIQUES DÉNONCÉES

9. L'article 1 des conditions générales d'agrément des distributeurs par la société Biotherm prévoit que : "*La localisation du point de vente doit correspondre au prestige de la marque Biotherm, notamment eu égard à son environnement géographique ainsi qu'à la nature et à l'aspect des commerces voisins*". L'article 2, alinéa 1^{er} des conditions générales d'agrément précise que : "*L'enseigne ne devra pas être perçue par les consommateurs comme dévalorisante, eu égard au prestige international et à l'image de luxe de la marque Biotherm*". L'alinéa 2 ajoute que l'installation sera appréciée en tenant compte de "*l'aspect extérieur du point de vente, la qualité fonctionnelle et esthétique de sa disposition intérieure ainsi que l'environnement des autres produits...*". Ainsi, sont examinées la qualité de la façade et des vitrines, la qualité fonctionnelle et esthétique du magasin, la disposition d'ensemble, la surface de vente, la qualité des revêtements, du mobilier, de l'éclairage, etc... L'article 4 précise que le "*distributeur agréé doit disposer d'un service de conseil et de démonstration suffisant, eu égard à la surface de vente du magasin et au nombre de produits présentés mis à la disposition de la clientèle.*"
10. L'instruction a fait apparaître que les critères utilisés étaient, dans les faits, appliqués de manière discriminatoire selon les points de vente candidats à l'agrément. Ainsi, dès la demande et avant même la visualisation du point de vente, certaines parapharmacies et grandes surfaces ont reçu des lettres négatives. Par ailleurs, il a été observé que de nombreux points de vente relevant de ce mode de commercialisation n'ont jamais été visités malgré les demandes de leurs gérants alors que, parallèlement, des parfumeries ont été agréées sans aucune visualisation.
11. Le critère relatif au prestige des commerces environnants est, en particulier, apprécié de façon plus stricte pour les parfumeries que pour les pharmacies. Concernant la surface du point de vente, les centres ESB n'ont obtenu qu'entre 2 et 4 points, alors qu'ils dépassaient 200 m² ; dans le même temps, les pharmacies obtenaient entre 6 et 9 points, pour des surfaces moindres. De même, à nombre de personnes employées identique, la note attribuée en fonction du critère relatif au service de conseil peut varier de 3 à 8.
12. L'examen des fiches de visualisation a permis également de constater que des informations sur les points de vente, notées sur les fiches, sont erronées et que certaines rubriques ne comportent pas de notes. De plus, des distributeurs sont agréés alors qu'ils n'atteignent pas le minimum requis de 130 points.
13. Enfin, Biotherm ne communique aux distributeurs ni la liste des critères de sélection ni la notation qui leur a été attribuée. En cas de refus de l'agrément, les intéressés ne peuvent donc tenter de remédier aux aspects jugés insuffisants.

La proposition de non-lieu

14. Compte tenu de la faible part de marché détenue par la société Biotherm et de l'absence de restrictions caractérisées, telles qu'énumérées à l'article 4 du règlement de la Commission européenne CE n° 2790/1999, relatif à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux, un non-lieu à poursuivre la procédure a été proposé au Conseil.

II. - Discussion

15. L'article L. 464-6 du code de commerce dispose que : "*Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure*".

Sur le marché concerné

16. Les produits de beauté regroupent deux grandes catégories de produits : les parfums et eaux de toilette, d'une part, les cosmétiques et produits d'hygiène, d'autre part. Ces derniers sont définis par l'article L. 658-1 du code de la santé publique, selon lequel "*... sont comprises (...) parmi les produits cosmétiques et produits d'hygiène corporelle, toutes les substances ou préparations autres que les médicaments destinées à être mises en contact avec les diverses parties superficielles du corps humain ou avec les dents ou avec les muqueuses, en vue de les nettoyer, de les protéger, de les maintenir en bon état, d'en modifier l'aspect, de les parfumer ou d'en corriger l'odeur*". A l'intérieur de ce marché, la Commission européenne et le TPICE (12 décembre 1996, "*Groupement d'achat E. Leclerc*", affaire T-19/92) ont reconnu l'existence d'un segment constitué par les produits de luxe.

17. En l'espèce, les produits Biotherm sont des soins pour la peau (visage, corps et produits solaires) entrant dans la catégorie des cosmétiques et produits d'hygiène. Tant par leurs propriétés que par leur distribution, ils ne répondent qu'imparfaitement aux critères des produits de luxe tels que dégagés par la jurisprudence. En effet, les produits de la gamme sont présentés par la société Biotherm comme des produits naturels de soins et ne résultent d'aucune recherche comparable à celle qui caractérise les produits de luxe. Ils ne sont d'ailleurs pas perçus comme tels par les consommateurs. Ils sont principalement vendus en pharmacie et, plus accessoirement, par le biais des parfumeries de luxe, ce qui n'est pas le cas des produits de luxe. Concernant les prix, si les produits Biotherm sont plus chers que la moyenne des dermocosmétiques vendus en pharmacie, ils demeurent, dans les parfumeries de luxe, moins chers que les produits de luxe. D'ailleurs, pour les distributeurs de parfumerie interrogés, les produits Biotherm sont une "*entrée de gamme*", c'est-à-dire une des marques les moins chères.

18. Ainsi et malgré le choix affiché par Biotherm de se positionner sur le marché du luxe, ses produits ne sont qu'imparfaitement substituables aux produits de luxe habituellement commercialisés dans les parfumeries. Le marché à retenir est, donc, celui des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus par toutes les formes de distribution.

19. La Fédération des industries de la parfumerie (FIP) publie le chiffre d'affaires de la profession pour les produits de soin, tous modes de distribution confondus, sur un panel de 250 distributeurs représentant 95 % du chiffre d'affaires de la profession. Ce chiffre d'affaires s'est élevé à 1 271 885 810 euros en 1998 et 1 613 687 000 euros en 2002. Les parts de marché de la société Biotherm se situent donc entre 2 et 3 %.

Sur les pratiques

20. Dans sa communication relative aux accords d'importance mineure en date du 22 décembre 2001, la Commission précise que, lorsque la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 15 % (seuil de *minimis*), un accord de distribution n'est généralement pas susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel sensible. L'application de ce seuil "*de minimis*" est, cependant, remise en cause si les accords concernés contiennent une des restrictions caractérisées énumérées au considérant 11 de la communication, c'est-à-dire, notamment, celles qui

imposent des prix de revente, celles qui instituent des protections territoriales absolues ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs. Cette communication constitue un guide d'analyse utile pour l'appréciation, en droit national, des effets sur la concurrence des accords verticaux conclus entre un fournisseur et des distributeurs.

21. Aucun élément du dossier n'établit que les clauses des conditions générales d'agrément applicables entre le fournisseur et ses distributeurs ou leurs conditions d'application portent sur l'une des restrictions caractérisées susmentionnées. En conséquence, compte tenu de la faible part détenue par les produits Biotherm sur le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de l'existence de nombreuses gammes de produits concurrentes, l'application discriminatoire des critères de sélection n'a pu avoir d'effet sensible sur le libre jeu de la concurrence sur ce marché.
22. Il convient, en conséquence, de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce.

DÉCISION

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Combaldieu, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, M. Jenny vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Nadine Bellegarde

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
