

Position de Clarins sur la Consultation Publique de la Commission européenne relative aux projets de Règlement d'exemption et de lignes directrices verticales révisés

Dans le cadre du processus de révision du Règlement d'exemption par catégorie n°330/2010 et des lignes directrices verticales qui l'accompagnent (le « **REC** » et les « **LD** »), la Commission européenne a lancé une dernière phase de consultation à la suite de la publication des projets de textes révisés, le 9 juillet 2021.

La participation de Clarins à cette dernière consultation s'inscrit dans le prolongement de sa participation active au cours de la phase d'analyse d'impact. A nouveau, Clarins s'associe pleinement aux commentaires exprimés par la Fédération des Entreprises de la Beauté (la « **FEBEA** ») dont elle est membre. Elle souhaite par ailleurs enrichir dans le cadre de la présente contribution ces positions de certains développements propres à son organisation et à sa vision ainsi que ses réflexions quant au futur de la distribution sélective en ligne.

AVANT-PROPOS

Créé en 1954, le groupe Clarins (« **Clarins** ») est un groupe familial français spécialisé dans la conception, la fabrication et la commercialisation de produits cosmétiques haut de gamme comprenant des soins du visage et du corps ainsi que des produits solaires et de maquillage destinés à un public tant féminin que masculin. La haute qualité des produits ainsi que le prestige des marques Clarins requièrent la mise en place d'un mode de commercialisation réservé à des professionnels hautement qualifiés offrant un cadre de vente et de conseil en adéquation avec la technicité des produits, la santé et la sécurité du consommateur. Face à certains groupes industriels du secteur, aux enseignes de la distribution et aux plateformes, Clarins reste aujourd'hui une entreprise de taille intermédiaire confrontée à une pression de plus en plus forte et à une situation de déséquilibre croissante dans ses rapports contractuels. De fait, Clarins souligne qu'il est crucial que la situation des entreprises de moyenne ou de petite taille soit pleinement prise en considération. Elle attend ainsi des orientations et un cadre juridique clair à l'issue de la présente révision du REC et des LD afin de bénéficier d'une sécurité juridique accrue lui permettant de réduire ses coûts de mise en conformité et de bénéficier de l'essor des ventes en ligne au sein de l'EEE.

A cet égard, Clarins a organisé la commercialisation de ses produits en France et dans l'ensemble de l'Espace Economique Européen (« **EEE** ») sur la base de critères qualitatifs dans le cadre d'un système de distribution sélective. Dans ce cadre, Clarins est particulièrement attachée à la qualité des services qu'elle offre aux consommateurs et aux objectifs de développement durable.

A la lecture de ces projets de REC et LD révisés, Clarins se félicite de la flexibilité offerte aux marques dans l'organisation de leurs réseaux de distribution, la définition de leur politique commerciale vis-à-vis du canal de distribution en ligne ainsi que la définition de leurs critères de distribution sélective (1.). Clarins salue ainsi les avancées de la Commission en la faveur d'une distribution en ligne de qualité tout en réaffirmant qu'une plus grande souplesse pourrait être accordée aux marques, notamment au sujet des outils de publicité en ligne (2.).

Certaines interrogations subsistent par ailleurs (3.). Clarins réitère sa demande de confirmation de la possibilité pour une tête de réseau ou une filiale locale de renvoyer un revendeur agréé vers une autre filiale locale. Quelques précisions sur les situations concrètes dans lesquelles des pratiques de prix de revente imposés peuvent être exemptées seraient également bienvenues.

Enfin, si la croissance du commerce en ligne et son impact sur les relations de distribution sont prises en compte dans les projets de REC et LD révisés, certains choix de la Commission comme les nouvelles restrictions au recours à la double distribution et la qualification de principe des plateformes de services d'intermédiation en ligne de fournisseurs n'apparaissent pas pertinents au regard de notamment de la sécurité juridique que ces instruments devraient offrir aux parties prenantes (4.).

1. Une plus grande flexibilité offerte aux têtes de réseaux dans la définition de leurs stratégies de distribution

A l'instar de la FEBEA, Clarins avait souligné la nécessité pour les marques cosmétiques de bénéficier de plus de flexibilité dans l'organisation de leurs réseaux tout en préservant leur sécurité juridique.

Les projets de REC et LD répondent à ces attentes en apportant une **définition claire des systèmes de distribution les plus couramment utilisés** et en particulier pour le secteur cosmétique, la **distribution sélective**¹.

A cet égard, Clarins se félicite **des nouvelles définitions des ventes actives et passives** en ligne insérées au sein du REC². La sécurité juridique des têtes de réseaux se trouvent encore renforcée par la précision au sein du projet de LD que « *toutes les formes de ventes autres que celles définies comme étant des ventes passives dans le règlement d'exemption et expliquées plus en détail dans les présentes lignes directrices sont considérées comme des ventes actives* »³.

La flexibilité dans l'organisation du réseau de distribution sélective repose également sur la **possibilité de combiner différents systèmes de distribution dans différents territoires**, ce qui est clarifié à la fois dans les projets de REC⁴ et de LD⁵.

Dans le même sens, l'intégration des apports de la note de la Commission sur **le rôle dual des agents** dans le projet de LD est bienvenue⁶. Une telle clarification doit permettre aux marques de cosmétiques, dont certaines gammes de produits (en particulier de luxe) se prêtent à une distribution différenciée et séparée sur le modèle de l'agence, de conserver une sécurité juridique dans leurs relations avec l'agent/distributeur dès lors que les flux de distribution sont clairement séparés.

Par ailleurs, dans le prolongement de la FEBEA, Clarins avait insisté sur l'importance d'adopter une appréhension souple des mesures indirectes limitant les ventes en ligne dans un contexte de croissance exponentielle du e-commerce et des stratégies de distribution omni-canal pour permettre au consommateur de bénéficier d'une offre, d'un niveau de service et de démonstration adaptés quel que soit le canal emprunté (*offline* vs. *online*).

Clarins accueille également favorablement la proposition de la Commission de permettre aux marques de **définir des prix de cession distincts selon le canal de revente emprunté**, dès lors que cette différenciation reflète des niveaux d'investissements propres à chaque canal⁷.

¹ Projet de LD, §98.

² Articles 1 (1) (m) et (n) du projet de REC.

³ Projet de LD, §201.

⁴ Article 4 (b) (ii) du projet de REC.

⁵ Projet de LD, §209.

⁶ Projet de LD, §§34-37.

⁷ Projet de LD, §195.

Outre cette flexibilité accrue dans l'élaboration des conditions commerciales, les propositions de la Commission vont dans le sens d'une **plus grande souplesse dans la définition des critères de sélection**, au soutien d'une distribution en ligne de qualité.

La confirmation de la possibilité de définir des **critères de sélection qualitatifs comme quantitatifs**⁸ ainsi que les différents exemples de restrictions des ventes en ligne évoqués dans le projet de LD sont particulièrement bienvenus. Il s'agit en particulier du maintien de la possibilité **d'exiger l'exploitation de points de vente physiques** pour devenir membre du réseau de distribution sélective, de l'intégration de l'apport de la jurisprudence *Coty* sur la possibilité **d'interdire le recours à une place de marché** et de la possibilité d'exiger un **minimum de chiffre d'affaires sur les ventes en physique**⁹.

S'il ressort du projet de LD une véritable reconnaissance des préoccupations des marques au sujet de la protection de leur image et de la lutte à l'encontre du commerce parallèle, certaines nouvelles orientations de la Commission desservent néanmoins ces objectifs.

2. **Le recours aux intermédiaires de la vente en ligne (place de marché, outils de comparaison tarifaire et autres outils publicitaires)**

Comme le souligne la Commission dans son projet de LD, dans la mesure où le fournisseur ne conclut pas de contrat avec la place de marché en ligne, elle est dans l'impossibilité de s'assurer que cette dernière satisfait à ses critères de sélection¹⁰.

Sur ce point, Clarins insiste sur le fait que c'est à la tête de réseau et non au revendeur d'en contrôler le respect pour chacun des produits vendus sur la place de marché. Aussi, contrairement à ce qui est avancé dans le projet de LD, Clarins considère **qu'il est approprié et nécessaire**, en particulier s'agissant de produits complexes comme les produits cosmétiques, **d'admettre que les fabricants puissent se réserver la possibilité de revendre sur une place de marché tout en refusant aux revendeurs agréés de faire de même** afin de garantir un contrôle effectif des critères.

A l'instar des places de marché en ligne, **les outils de comparaison de prix contribuent au commerce parallèle**. Les produits contrefaits ou revendus par des revendeurs non-agrérés sont souvent référencés sur des outils de comparaison de prix. Or, dès lors que les classements ne sont axés que sur le prix et non sur la qualité du produit et des services de prévente et d'après-vente, en contradiction avec le choix d'un système de distribution sélective destiné à favoriser une revente qualitative des produits, ils offrent une surexposition à des revendeurs du marché parallèle et/ou à des produits contrefaits.

Les plateformes intermédiaires de la vente en ligne qui, bien souvent considèrent ne jouer qu'un rôle passif et s'abstraient de toute responsabilité, n'offrent pas aux consommateurs la sécurité attendue pour des produits complexes comme les produits cosmétiques. Rappelons que le Règlement Cosmétique¹¹ met à la charge de l'ensemble des maillons de la chaîne, une obligation de sécurité des produits, sans que celle-ci soit répercutée sur les plateformes en ligne. En pratique, les fabricants demeurent le principal réceptacle des réclamations produits émanant des clients et dès lors assument la plus grande part du risque associé à la commercialisation des produits *via* ces plateformes. A cela s'ajoute encore

⁸ Projet de LD, §130.

⁹ Projet de LD, §194.

¹⁰ Projet de LD, §319.

¹¹ Articles 5 et 6 du Règlement n°1223/2009 du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques.

le risque de réputation inhérent à une mauvaise expérience client, bien souvent commentée sur ces mêmes plateformes au détriment de l'image de marque.

Le référencement de produits sur des outils de comparaison de prix est également de nature à décourager les revendeurs agréés de se différencier sur les autres paramètres de concurrence qui sont distincts du prix. Parmi les autres paramètres de concurrence qui sont loin d'être négligeables pour le consommateur et qui justifient l'achat de marques sélectives figurent notamment le niveau de service, la garantie d'authenticité et la sécurité des produits, comme le reconnaît d'ailleurs la Commission au paragraphe 325 des LD.

Au surplus, les restrictions fondées sur des exigences de qualité des sites de comparaison utilisés par les revendeurs ne permettent pas pour autant à la tête de réseau d'en contrôler le respect par la plateforme publicitaire elle-même.

Pour ces raisons, Clarins estime que la Commission ne tire pas les conséquences de ses propres constatations en semblant qualifier au considérant 13 du REC de restriction caractérisée le fait d'empêcher l'utilisation d'outils de comparaison des prix en toutes circonstances, y compris lorsqu'il s'agit de produits de luxe distribués au sein d'un réseau de distribution sélective. De fait, la Commission dévie des principes issus de la jurisprudence *Coty*¹².

En conséquence, Clarins réaffirme que la seule façon de tirer toutes les conséquences de l'arrêt *Coty* consiste à permettre aux marques sélectives d'encadrer le recours aux outils de comparaison tarifaires et aux autres outils de publicité en ligne.

S'agissant des plateformes publicitaires, la formulation du paragraphe 192 (f) du projet de LD conduit à qualifier de restriction caractérisée le fait d'interdire au revendeur l'utilisation de marques déposées comme mot clé pour référencer son offre sur le moteur de recherche Google. Le choix de la Commission de reprendre les conclusions de la décision *Guess*¹³, qui n'a pas fait l'objet d'un débat contradictoire poussé, est discutable dans la mesure où il ressort des contributions des parties prenantes, dans le cadre de la consultation sur l'évaluation des textes actuels, des opinions divergentes¹⁴.

Sur ce point, Clarins rappelle que l'utilisation multipliée de la marque comme mot clé en référencement sur Google crée un effet néfaste de surenchère qui alourdit inutilement les budgets marketing des marques et de leurs revendeurs agréés pour bénéficier en définitive au principal moteur de recherche.

Clarins tient également à souligner **qu'une interdiction de recourir à des outils de comparaison de prix et au référencement sur des moteurs de recherche ne conduit pas à une interdiction absolue de revendre en ligne**, ni à une incapacité d'être "trouvable" en ligne. D'autres outils de marketing en ligne sont à la disposition des revendeurs pour augmenter la visibilité de leurs sites internet (ex. influenceurs, utilisation des réseaux sociaux) et verront certainement le jour dans les années à venir¹⁵.

Aussi, Clarins réitère **sa suggestion d'envisager explicitement que la marque puisse mettre en place un système de *monitoring* de l'utilisation de mots-clés et des enchères pour un positionnement en particulier sur les moteurs de recherche** afin d'organiser la publicité sur le moteur de recherche entre la marques et ses revendeurs.

¹² Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 6 décembre 2017, *Coty vs Akzente*, §25 et §50.

¹³ Décision de la Commission, affaire AT.40428, 17 décembre 2018, *Guess*, §§114-126.

¹⁴ Staff Working Document de la Commission du 8 septembre 2020 sur l'évaluation du REC, pages 221-223.

¹⁵ Projet de MD, §192.

3. Des clarifications requises

Dans sa précédente contribution, Clarins avait sollicité plusieurs clarifications et confirmations auxquelles les projets de REC et LD ne répondent pas.

La distribution des produits Clarins dans les différents territoires de l'EEE s'appuie sur des filiales et des grossistes en charge d'animer le réseau de détaillants agréés. Un certain niveau d'investissements et des coûts sont associés à leur activité (fourniture de conseils, de formation, d'échantillons...), ce qui implique de leur préserver la possibilité de générer suffisamment de revenus.

Dans ce contexte, Clarins estime qu'il serait opportun de clarifier **la possibilité pour une tête de réseau de demander à ses revendeurs agréés de diriger un minimum de leurs approvisionnements vers une filiale de distribution ou un grossiste dédié à un territoire, en contrepartie des coûts supportés et des services significatifs fournis par ces dernières.**

Par ailleurs, Clarins insiste sur le fait qu'il serait utile de **clarifier si la combinaison de systèmes de distributions dans le même territoire mais à différents niveaux**, exclusive au stade du gros et sélective au stade du détail, est possible. A cet égard, les paragraphes 222 et 223 du projet de LD ne répondent pas clairement à cette question qui avait pourtant été évoquée dans le rapport préliminaire de la Commission sur l'enquête e-commerce¹⁶.

En outre, Clarins suggère à nouveau qu'il soit confirmé qu'une marque sélective puisse mettre en place des **critères quantitatifs¹⁷ pour les ventes en ligne** en donnant des exemples dans les LD tel qu'un pourcentage minimum de chiffre d'affaires à réaliser en ligne ou encore un seuil de trafic mensuel sur un site (par exemple en nombres de visites), proportionné au chiffre d'affaires réalisé par le revendeur agréé, pour devenir membre du réseau.

Enfin, si les clarifications apportées sur les situations dans lesquelles une pratique de prix de revente imposé peut être exemptée sont très favorablement accueillies, elles suscitent de nouvelles interrogations¹⁸. La version finale des LD pourrait ainsi envisager plus de situations concrètes tout en clarifiant les hypothèses envisagées en précisant s'il est possible de mettre en œuvre une imposition d'un prix de revente lors des campagnes de lancement successifs d'un nouveau produit dans les différents territoires de l'EEE¹⁹ ainsi que la notion de « produit d'expérience »²⁰.

4. **Des inquiétudes quant à certaines orientations prises par les projets de REC et LD**

La double distribution fait partie intégrante de la stratégie de distribution de Clarins qui distribue ses produits directement aux consommateurs, à travers son réseau de magasins en propre et ses sites internet, et indirectement via son réseau de détaillants agréés dont certains, comme Séphora, intègrent des fonctions de fabricant.

L'instauration d'un **nouveau seuil d'exemption** à 10% de parts de marché au détail²¹ ainsi qu'une **exemption dégradée²²** lorsque les parts de marché des parties sont comprises entre 10% et 30% n'est

¹⁶ Staff Working Document de la Commission du 15 septembre 2016, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, §187-189

¹⁷ Projet de LD, §130.

¹⁸ Projet de LD, §182.

¹⁹ Projet de LD, §182 (a).

²⁰ Projet de LD, §182 (c).

²¹ Article 2 (4) du projet de REC et projet de LD, §87

²² Article 2 (5) du projet de REC et projet de LD, §90

pas souhaitable. Une telle modification introduit **deux complexités majeures** relatives au calcul des parts de marché et à l'appréciation de la validité des échanges d'information entre fournisseur et distributeur de nature à décourager les marques d'avoir recours à la double distribution et, à terme, de préférer une distribution directe intégrée au détriment de la concurrence intra-marque.

Les difficultés anticipées sur l'appréciation de la validité des échanges d'information dans une situation de double distribution sont source d'inquiétudes. La transmission d'informations dans le cadre de la relation de distribution verticale est essentielle pour permettre à Clarins de définir une stratégie commerciale la plus appropriée et notamment d'appliquer un prix de cession propre à chaque canal de vente.

Enfin, le retrait de l'exemption à tous les accords de distribution conclus avec des **plateformes hybrides** induit une **insécurité juridique majeure**. Une telle modification apparaît injustifiée en ce qu'elle s'applique à un grand nombre de plateformes, indépendamment de leur taille, et par ricochet à l'ensemble de leurs co-contractants²³. Elle induit pour les têtes de réseaux un double processus de mise en conformité avec d'une part, les relations exemptées au titre du REC et d'autre part, celles qui ne sont pas et qui représentent une part non négligeable de leur activité.

Le choix de qualifier les plateformes d'intermédiation en ligne de fournisseur par principe est difficilement compréhensible aux yeux de Clarins²⁴. Ce **concept de fournisseur n'apparaît pas approprié** pour appréhender le rôle d'une plateforme d'intermédiation tant vis-à-vis des marques que vis-à-vis des consommateurs. Il semble en outre très artificiel de qualifier de fournisseur une plateforme qui, de par son caractère hybride, achète pour revendre des produits.

Clarins considère enfin que **l'exclusion des plateformes d'intermédiation en ligne du modèle de l'agence est regrettable** puisque le recours à ce modèle permet d'éviter que la plateforme impose les conditions commerciales relatives à la revente des produits²⁵.

Clarins s'étonne de cette orientation de la Commission qui déstabilise fortement la distribution en ligne alors même qu'elle était encline pendant les dix dernières années à protéger ce nouveau canal de vente, source de concurrence intra-marque et inter-marques.

Dans ce contexte, Clarins renouvelle sa demande de clarification et d'encadrement plus précis des règles de distribution, de nature à réduire les coûts de mise en conformité pour l'ensemble des acteurs, et surtout les entreprises de moyenne ou de petite taille.

²³ Article 2 (7) du projet de REC et projet de LD, §§91-92.

²⁴ Article 1 (1) (d) du projet de REC et projet de LD, §63.

²⁵ Projet de LD, §44.