

27 mai 2019

Réponse de la FEBEA à la consultation publique de la Commission Européenne

INTRODUCTION

Dans le cadre de la prochaine révision du Règlement de la Commission (CE) N°330/2010 sur les restrictions verticales¹ (ci-après, le « **Règlement d'exemption par catégorie** » ou « **REC** ») et de ses Lignes Directrices², la FEBEA (Fédération des entreprises de la Beauté) a l'honneur de faire part aux services de la Commission européenne (ci-après, la « **Commission** »), de la présente position qui synthétise les réflexions de ses membres sur l'avenir de la distribution sélective en Europe pour le secteur cosmétique.

La FEBEA est une fédération professionnelle française. C'est l'unique syndicat professionnel représentatif au titre de la loi du 21 mars 1884³. Elle rassemble et représente plus de 320 entreprises fabricantes vendant en France des produits cosmétiques au sens du règlement CE n°1223/2009 (parfums, maquillage, produits pour la coiffure, produits de soins et produits d'hygiène et de toilette), lesquels sont commercialisés à travers de nombreux systèmes de distribution.

Elle représente donc les intérêts des entreprises françaises auprès des autorités nationales ainsi qu'auprès des autorités européennes par l'intermédiaire de Cosmetics Europe (Fédération européenne des industries cosmétiques) dont elle est membre.

A ce titre, la FEBEA partage pleinement la position exprimée par Cosmetics Europe dans le cadre de cette consultation publique, laquelle vient approfondir les observations énoncées ci-après.

La FEBEA est structurée en 6 syndicats qui se différencient en fonction du système de distribution choisi par leurs membres pour la commercialisation de leurs marques de produits cosmétiques.

Quatre de ces syndicats regroupent les acteurs qui ont fait le choix de la distribution sélective comme mode de commercialisation de leurs marques de produits cosmétiques.

¹ Règlement de la Commission (CE) N°330/2010 du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101§3 du traité à ces catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

² Lignes Directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01

³ Loi du 21 mars 1884 dite Waldeck-Rousseau relative aux syndicats professionnels



Ces syndicats sont le Syndicat Français de la Parfumerie, le Syndicat Français des Produits de Beauté, le Syndicat Français des Produits de Conseil Pharmaceutique et le Syndicat Français des Fournisseurs pour Coiffeurs et Coiffeurs Parfumeurs.

C'est pourquoi la FEBEA est aujourd'hui particulièrement intéressée et attentive aux travaux menés en vue de l'évaluation du Règlement d'exemption par catégorie et de ses lignes directrices et souhaite formuler quelques observations en vue du maintien du cadre juridique actuel tout en encourageant la révision de certains points de manière à renforcer la sécurité juridique et contribuer au développement du marché unique.

I – REMARQUES LIMINAIRES

Les effets bénéfiques de la distribution sélective

➤ Un dispositif bénéfique pour le consommateur

La sélectivité permet la distribution des produits cosmétiques par différents canaux (grandes chaînes spécialisées, parfumeries indépendantes, grands magasins, pharmacies, etc...) qui ont tous comme point commun le respect des critères qualitatifs objectifs appliqués au sein du réseau de distribution.

Dans un marché très sensible aux services et à l'innovation, la distribution sélective offre au consommateur un conseil personnalisé optimal et lui garantit une offre de produits adaptée tout en permettant aux exploitants de marques sélectives et aux distributeurs une rotation élevée des produits pour suivre au plus près l'évolution des envies du consommateur.

Le maillage territorial dense est, en outre, de nature à accroître la concurrence tout en assurant au consommateur la proximité nécessaire pour effectuer ses achats.

La concurrence inter-marques et intra-marques se trouve renforcée par ces réseaux de distribution, au profit du consommateur.

➤ Un dispositif bénéfique pour l'économie

En entretenant l'image de marque des produits de cosmétiques, leur valeur économique, mais également en garantissant un niveau optimal de service, les réseaux de distribution sélective ont maintenu un haut niveau d'investissements dans la R&D, dans la conception et dans la distribution de ces produits.

Chaque année ce sont 650 millions d'euros qui sont dépensés en R&D soit 2% du chiffre d'affaires du secteur cosmétique. En matière de R&D, le secteur cosmétique est le plus performant de France avec 3,6 brevets déposés par million d'euros dépensé en R&D (pour un total de 1 500 brevets en 2017)⁴.

⁴ Etude sur l'économie des cosmétiques : innovation, dynamisme territorial et rayonnement mondial réalisé par ASTERES pour le compte de la FEBEA – avril 2019.



Economiquement, ces investissements ne peuvent être consentis que si la valeur incorporelle de la marque est effectivement protégée par la sélectivité effective du réseau de distribution. La mise sur le marché de nouveaux produits est d'ailleurs le témoignage de ce dynamisme de l'innovation, puisque l'on estime à 1/3 environ les nouvelles références introduites sur le marché par rapport à l'année précédente.

L'impact de la distribution sélective est également positif sur le dynamisme du tissu économique comme en atteste l'entrée régulière, sur ce marché, de nouveaux produits mais également de nouveaux acteurs, qu'il s'agisse de nouveaux exploitants de marques sélectives majoritairement des PME, ou de nouveaux distributeurs.

Cela se traduit notamment dans la part des adhésions aux syndicats sélectifs de la FEBEA : de 2011 à 2018 elle s'élève à plus de 65% des adhésions annuelles, avec un taux plus important encore pour 2018 puisque cette part des adhésions aux syndicats utilisant les canaux de distribution sélective s'élève à 86%.

Les entreprises fabriquant des cosmétiques ont, en outre, une durée de vie supérieure à la moyenne française puisque l'âge moyen de ces entreprises est de 16 ans, soit 4 ans de plus que la moyenne des entreprises françaises. Elles subissent également deux fois moins de fermeture en moyenne⁵.

La distribution sélective ne vient donc pas cloisonner le marché mais permet au contraire l'apparition de nouveaux acteurs et l'émergence de nouveaux produits.

Le marché du sélectif est de ce fait attractif et créateur de valeurs et d'emplois.

Ainsi, en 2017, le circuit sélectif en France est le premier employeur du secteur cosmétique avec un effectif de près de 64 000 emplois (hors fabrication de cosmétiques)⁶.

En conséquence, le cadre juridique actuellement offert par le REC est efficient et efficace. Pour le secteur cosmétique, le bilan des dix dernières années est très positif pour la distribution sélective et peut être considéré comme un véritable succès tant pour le consommateur que pour l'économie.

En effet, le secteur des parfums et cosmétiques en France est aujourd'hui très concurrentiel et les barrières à l'entrée sont peu élevées. De plus, les risques aussi bien d'éviction que de collusion sont limités par l'intensité de la concurrence inter-marques.

Cependant, l'évolution du contexte social et économique au cours de la dernière décennie (notamment l'essor du commerce électronique, l'évolution des habitudes de consommation et la diversité des décisions au niveau de l'Union européenne ainsi que de la part des autorités et juridictions nationales) nécessite certaines modifications du REC et de ses lignes directrices.

⁵ Etude sur l'économie des cosmétiques : innovation, dynamisme territorial et rayonnement mondial réalisé par ASTERES pour le compte de la FEBEA – avril 2019.

⁶ Etude sur l'économie des cosmétiques : innovation, dynamisme territorial et rayonnement mondial réalisé par ASTERES pour le compte de la FEBEA – avril 2019.



II – LES POINTS A MODERNISER AU REGARD DE L'ÉVOLUTION DU CONTEXTE

2.1. Face à des circuits pluriels et aux modes de consommation en constante évolution, il apparaît capital pour les marques de conserver la maîtrise de leur distribution.

2.1.1 Le commerce en ligne est essentiel pour l'industrie cosmétique et le consommateur

Adaptation, anticipation et innovation doivent continuer à dessiner les contours de la distribution de demain, où l'alliance encore plus poussée du web et du point de vente physique sera clé.

L'essor du commerce électronique et les opportunités offertes aux marques par la digitalisation ont révolutionné l'environnement social et économique dans lequel évoluent les marques de cosmétiques. Les propriétaires de marques et les fabricants sont désormais des acteurs omnicanaux. Le numérique fait aujourd'hui partie intégrante de leur stratégie et en est même un élément central comme le prouve la création de sites de vente en ligne par la quasi-totalité des exploitants de marques sélectives et des distributeurs sélectifs au sein de l'Union européenne.

Le commerce en ligne constitue donc un élément important de la stratégie commerciale des acteurs du secteur cosmétique afin d'assurer, sur tous les canaux de distribution, un parcours d'achat plus intégré au profit des consommateurs.

2.1.2 La protection de l'image de marque dans un environnement omnicanal

Afin de protéger l'image de marque des produits et les investissements réalisés pour leurs lancements, la FEBEA et ses membres considèrent que le nouveau Règlement et ses Lignes directrices faisant partie intégrante du droit positif, devraient donner aux propriétaires de marques et aux exploitants de marques sélectives plus de flexibilité, tout en respectant des critères objectifs, dans la manière dont ils définissent et appliquent leurs critères de sélection et plus généralement sur la manière dont ils organisent leurs réseaux de distribution, tout en réaffirmant la liberté contractuelle dont bénéficient les exploitants de marques sélectives au sein de l'Union européenne.

Parmi les mesures existantes, la FEBEA estime qu'il est essentiel de maintenir la possibilité pour les exploitants de marques sélectives de pouvoir exiger que les détaillants vendent par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs points de vente physiques et ce, afin que les consommateurs puissent tester et entrer en contact avec les produits et que chaque membre de leur réseau participe concrètement aux efforts et aux investissements nécessaires pour préserver la valeur de la marque. De nombreuses études attestent que les consommateurs achètent toujours majoritairement en points de vente physiques et sont désireux de bénéficier de conseils personnalisés tout en ayant la possibilité de découvrir les nouveautés.

Les tribunaux européens et nationaux ont confirmé au fil des années l'efficacité de cette approche en matière de distribution sélective, en particulier pour les produits de haute qualité notamment les dermo-cosmétiques et les parfums.

Le système de distribution sélective a été de nombreuses fois examiné par les tribunaux et les autorités sans que ne soit jamais remise en question la légitimité d'un tel système dans le secteur cosmétique.



Dans l'affaire Coty⁷, la CJUE a ainsi souligné la légitimité des réseaux de distribution sélective de produits cosmétiques et réaffirmé la validité des pratiques liées à la protection de ces réseaux.

2.1.3 La protection du niveau de service et de l'univers de vente offerts au consommateur dans un environnement omnicanal

Tout en reconnaissant le rôle clé du commerce électronique dans le développement de l'industrie cosmétique en Europe, la FEBEA observe cependant que certains modes de vente en ligne comportent un risque de dégradation du niveau de services offert au consommateur et de l'environnement de vente que le secteur construit depuis plusieurs décennies à force d'investissements importants.

Pour limiter cet écueil, la FEBEA suggère que la jurisprudence de l'Union européenne et plus spécifiquement celle issue de l'affaire Coty, soit intégrée et consolidée dans le REC et ses lignes directrices.

Cela permettrait d'obtenir plus de clarté et de flexibilité sur les critères qualitatifs objectifs que peuvent imposer les exploitants de marques sélectives pour préserver l'image de marque de leurs produits lors de la vente de leurs produits en ligne (sur des plateformes) et ce, au regard de la spécificité de ce canal de distribution.

2.2. Protéger le bien-être du consommateur et l'expérience client en écartant les risques de « free-riding »

La distribution sélective permet aux exploitants de marques qui le souhaitent de créer un univers de vente spécifique qui reflète la technicité et la qualité de leurs produits, tout en offrant au consommateur une expérience personnalisée et ce, par le respect de critères qualitatifs objectifs. A cet égard, on rappellera que, pour les produits cosmétiques, la concurrence ne s'entend pas uniquement en termes de prix mais surtout en termes de valeur et de service, c'est-à-dire de conseil, d'image, d'innovation (et créativité), d'investissement à court et moyen terme et d'offre de produits.

Les critères qualitatifs objectifs impliquent nécessairement que le conseil, le service et « l'effort de vente » associés aux produits cosmétiques soient les éléments essentiels de l'offre proposée au consommateur, surtout face à une offre de plus en plus nombreuse et diversifiée de produits, fruit d'une technicité toujours plus grande.

Il est ainsi louable et légitime pour un système de distribution sélective de s'organiser afin de garantir qu'un degré optimal de conseil et de service, librement choisi par le fabricant au titre de sa stratégie commerciale, soit rendu au consommateur.

En outre, dans l'objectif de flexibilité et de protection de l'image de marque déjà mentionné, il serait opportun que les marques puissent définir des critères qualitatifs, et éventuellement quantitatifs, différenciés en fonction des canaux de distribution (en ligne et hors ligne), à condition que ces critères poursuivent le même objectif et ce, afin d'équilibrer les efforts et les investissements réalisés par chacun de ces canaux pour promouvoir les produits de la marque et maintenir la qualité des services offerts en magasin.

⁷ Arrêt CJUE Coty Germany, Affaire C-230/16 du 6 décembre 2017



De plus, depuis les dix dernières années, l'essor des plateformes numériques et des ventes transfrontalières a entraîné une augmentation du nombre de cas de « *free-riding* » : les exploitants de marques sélectives font face à des violations répétées de leurs réseaux de distribution sélective par des détaillants non autorisés qui vendent partout en Europe leurs produits sans autorisation en bénéficiant de la large visibilité offerte par les plates-formes tierces.

Cette situation pourrait entraîner un risque pour le consommateur puisque les produits parallèles sont vendus sur ces mêmes plateformes à côté de produits qui pourraient être contrefaisants, ce qui pourrait créer une confusion pour le consommateur qui finalement ne saurait plus ce qu'il achète et pourrait engendrer de facto un risque pour sa santé.

La distribution sélective ayant un effet pro-concurrentiel reconnu bénéfique pour les consommateurs, la FEBEA estime qu'il convient de s'assurer que la distribution en ligne et hors ligne ne soit pas détournée au profit de comportements déviants de type « *free-riding* ».

Il serait donc légitime que les exploitants de marques sélectives aient accès à des outils juridiques leur permettant de lutter contre des reventes non-autorisées par des détaillants et autres tiers.

A cet effet, des mesures d'exécution supplémentaires devraient être mises en place par la Commission pour renforcer et défendre les réseaux de distribution sélective contre les « *free-riders* » et ce, dans l'ensemble de l'Union européenne.

En France, par exemple, le nouvel article L.442-2 du Code de commerce (anciennement L.442-6 I 6°) vient à juste titre sanctionner la participation directe ou indirecte à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive.

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence. »

A cet égard, il est intéressant de souligner que, dans le cadre de la réforme du Titre IV du livre IV du Code de commerce visant à simplifier le droit des pratiques restrictives de concurrences engagée par le gouvernement français, la FEBEA, au nom des intérêts qu'elle représente, s'est particulièrement mobilisée auprès des autorités en vue du maintien de l'ancien article L.442-6 I 6° en ce qu'il est un outil de sécurité juridique essentiel au maintien de l'étanchéité des réseaux en France.

Cette disposition constitue un pilier indispensable afin de protéger les entreprises contre l'écosystème du « marché gris » comme le démontre d'ailleurs l'usage régulier qui en est fait par les juridictions françaises⁸.

L'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 conserve cet article sous une nouvelle numérotation (L.442-2) puisqu'il « *crée un effet dissuasif à l'encontre d'une pratique qui tend à fragiliser les réseaux de distribution sélective* »⁹.

Il a également été rappelé dans le cadre de l'enquête sectorielle de la Commission européenne sur le e-commerce, l'importance qu'ont sur le bien-être du consommateur (« *consumer welfare* ») d'autres paramètres que le prix tels que l'innovation, la qualité de service, l'environnement de vente,

⁸ TGI de Paris, n°06/05868, 1^{er} décembre 2006 / TGI de Paris, n°06/10441, 22 décembre 2006 / TGI Paris, n° 09/06094, 15 février 2011 / TGI Mulhouse, n°12/03657, 31 octobre 2012.

⁹ Rapport au Président de la République française n° 019-359 du 24 avril 2019.



la garantie d'authenticité, autant d'éléments que ne sont pas à même d'offrir les distributeurs qui ne respectent pas les critères qualitatifs de sélection des marques sélectives¹⁰.

Dans un arrêt du 28 février 2018¹¹, la Cour d'appel de Paris a ainsi condamné la société Showroomprivé pour violation de l'interdiction de revente hors réseau en s'appuyant sur le fondement de l'article L.442-6 I 6° du Code de commerce (devenu l'article L.442-2 du même code) et en relevant aussi le parasitisme et l'atteinte à l'image des marques de la société Coty qu'entraînait une telle violation.

Cette spécificité du droit français a permis aux juridictions françaises d'être au sein de l'Union européenne sans doute celles offrant la protection la plus efficace de ces réseaux de distribution et des marques qui y sont associées.

La FEBEA estime qu'il serait opportun d'uniformiser ces outils juridiques à l'ensemble de l'Espace Economique Européen (EEE).

Une protection homogène du « capital marque » et des réseaux de distribution sélective dans l'EEE contribuerait à une meilleure intégration du marché unique et à un renforcement du bien-être des consommateurs.

* * *

Aujourd'hui, la FEBEA souhaite que le renouvellement du Règlement d'Exemption par Catégories et de ses Lignes directrices soit d'une part, l'occasion de consacrer de manière explicite les principes fondamentaux de la distribution sélective, largement bénéfiques au consommateur et à notre Industrie. Mais, d'autre part, que le cadre juridique en vigueur soit gage d'équilibre entre le bien-être des consommateurs, l'égalité de traitement pour tous les acteurs du marché, la liberté contractuelle des exploitants de marques sélectives et des propriétaires de marques et la mise en place d'un marché unique.

¹⁰ Communiqué de presse de la Commission concernant l'enquête sectorielle sur le e-commerce, 10 mai 2017.

¹¹ Cour d'Appel de Paris, n°16/02263, 28 février 2018