

## Observations relatives à l'évaluation du Règlement d'exemption par catégorie n°330/2010 applicable aux accords verticaux.

La Fédération Française de la Franchise (FFF), fondée en 1971 est une association à but non lucratif ayant pour mission de promouvoir, défendre et représenter la franchise. Ses adhérents sont des réseaux de franchise, de taille et de secteurs d'activité divers, qui ont tous pris l'engagement de respecter et de promouvoir le Code européen de déontologie de la franchise que la FFF a édité dès sa création, et dont la dernière mise à jour date de février 2019.

Présente dans les principaux secteurs de l'économie française, la franchise poursuit sa croissance et confirme chaque année son dynamisme. Les 75.193 magasins franchisés en activité sur le territoire national génèrent en effet, à eux-seuls, en 2018, **un chiffre d'affaires de 62,01 milliards d'euros et emploient 400.650 salariés**<sup>1</sup>.

Forte de ce poids économique, et de son expérience des restrictions verticales de près de 50 ans, la FFF entend interpeller la Commission européenne **sur la nécessité impérative de prendre en compte les spécificités de ce modèle** dans le cadre de l'évaluation en cours du Règlement d'exemption n°330/2010 :

- En adoptant une définition de la franchise – en lien avec le transfert de savoir-faire – à l'article premier du prochain Règlement (1) ;
- En laissant la possibilité aux franchiseurs d'interdire la revente des produits, objet de leur concept, par leurs franchisés sur ou par des plateformes de commerce en ligne si cela est justifié par la protection de leur savoir-faire (2) ;
- Plus largement, en révisant les définitions de ventes « actives » et « passives » compte-tenu de l'apparition de nouveaux outils digitaux (3).

### 1) Sur l'insertion de la définition de la franchise dans le Règlement :

En 2010, les rédacteurs du Règlement n'ont pas estimé nécessaire de préciser dans le texte même de ce Règlement les éléments caractéristiques de la franchise, préférant traiter ce point dans les Lignes directrices.

Or outre le fait que ces dernières n'ont pas force obligatoire, elles définissent la franchise comme des accords contenant « *généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou une obligation de non-concurrence et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions* »<sup>2</sup>.

On peut en déduire que le régime applicable à la franchise est celui de la restriction correspondante, par exemple la possibilité d'interdire les ventes actives se justifie en présence d'une exclusivité territoriale concédée au franchisé.

<sup>1</sup> Etude menée par la société Diagnostic & Systems pour la FFF en 2019 : <https://www.franchise-fff.com/base-documentaire/send/442-etude-dimpact/406307-etude-d-impact-2019>

<sup>2</sup> Paragraphe 189 des Lignes directrices 2010/C 130/01.

Or, guidée par un impératif de sécurité juridique, la franchise, dont on a rappelé le poids économique, ne peut se satisfaire d'une définition « en creux » de deux autres modèles que sont la distribution sélective et la distribution exclusive.

**Elle possède en effet des caractéristiques propres liées au transfert du savoir-faire du franchiseur au franchisé qui bénéficie alors d'un avantage concurrentiel.**

C'est d'ailleurs précisément la protection du savoir-faire transmis et la préservation de l'identité et de la réputation du réseau qui seules justifient l'insertion de restrictions verticales dans les contrats de franchise ainsi que cela ressort de l'arrêt PRONUPTIA rendu par la CJCE le 28 janvier 1986<sup>3</sup>.

**Dans cet arrêt, la Cour s'est en effet attachée à vérifier la validité du contrat de franchise au regard des règles du droit de la concurrence du Traité européen en retenant l'efficacité du savoir-faire du franchiseur et sa bonne réitération par le franchisé comme les éléments-clés de la franchise, justifiant ainsi de la licéité de ce type de contrats et de certaines de leurs clauses qui auraient pu être contestables sur le plan juridique dans un autre cadre contractuel.**

L'absence de définition de la franchise dans le corps du Règlement participe aujourd'hui à la dilution du concept de franchise qui est assimilé à tort à la distribution sélective.

Chacun de ces modèles possède cependant ses caractéristiques propres :

- La distribution sélective est définie à l'article 1-e) du Règlement comme « *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 (...)* ».

Or la franchise qui a pour objet la mise en œuvre du savoir-faire issu de l'expérience du franchiseur par les franchisés **ne peut être réduite à la seule vente de produits ou services.**

C'est précisément ce que soulignait la CJCE dès 1986 dans son arrêt précité :

« *Les contrats de franchise se différencient en cela des contrats de concession de vente, ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective, qui ne comportent ni utilisation d'une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement des redevances en contrepartie des avantages consentis* » (Paragraphe 15) (soulignements ajoutés), ni les obligations liées à la transmission du savoir-faire ; obligation lourde pour le franchiseur qui doit réagir lorsque le franchisé connaît des difficultés.

Dans un réseau de franchise, le franchiseur met à disposition de son franchisé, après expérimentation, un concept qui peut porter, selon les réseaux, sur l'aménagement du local, le référencement de fournisseurs, la création d'une centrale d'achat ou de référencement, le choix de l'assortiment minimal du point de vente, les méthodes techniques et commerciales, la création d'outils marketing, de campagnes promotionnelles à l'échelle nationale et/ou locale...

---

<sup>3</sup> CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GMBH cv Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, n°161/84.

**Ce savoir-faire est évolutif et doit en permanence offrir un avantage concurrentiel au franchisé** ainsi que cela ressort de l'arrêt PRONUPTIA :

*« Dans un système de franchises de distribution tel que celui-là, une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. [...]» (Paragraphe 15) (soulignements ajoutés).*

- Et du règlement franchise n° 4087/88 du 30 novembre 1988 :

*« Le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché<sup>4</sup> » (soulignements ajoutés).*

Outre la transmission d'un savoir-faire éprouvé et évolutif, la franchise se caractérise par la mise à disposition d'une enseigne ainsi que la fourniture d'une assistance initiale et continue destinée à s'assurer que le franchisé est en mesure de bien le réitérer.

**Ces trois éléments fondamentaux la distinguent donc nettement de la distribution sélective.**

- Par ailleurs, alors que dans les réseaux sélectifs, les distributeurs sont sélectionnés « *sur la base de critères définis* » et objectifs, les franchisés sont eux choisis en fonction de critères plus subjectifs tels que notamment leur motivation à exercer en réseau et leur capacité à s'y intégrer.

Cette distinction est en effet logique dans la mesure où **le franchisé n'est pas un seul distributeur de produits : il est en charge de réitérer le concept développé par le franchiseur au sein du réseau qu'il a choisi d'intégrer.** La décision de conclure un accord de franchise reste donc de part et d'autre un choix discrétionnaire dont le refus n'a pas à être motivé.

Ces particularités justifient donc l'insertion d'une définition de la franchise dans le corps du Règlement, ainsi que cela est le cas pour la distribution sélective.

Nous proposons à cet effet de reprendre simplement la définition de la franchise du Règlement n°4087/88, qui faisait référence aux éléments essentiels du modèle :

*« La franchise est un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise<sup>5</sup> dans le but de commercialiser des types de produits et/ou services déterminés.*

*Il doit comprendre au moins les obligations suivantes :*

*- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat,*

<sup>4</sup> Cf. Article Premier 3 g) du règlement n° 4087/88 du 30 novembre 1988.

<sup>5</sup> Précisons ici que la répétition du terme franchise est malheureuse ; il faudrait préférer l'usage des termes suivants « le droit d'exploiter un concept dans le cadre de la commercialisation de produits et/ou services déterminés ».

- la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire,
- et la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord »<sup>6</sup>.

En complément de cette définition et pour une meilleure sécurité juridique, il conviendrait de remplacer l'exemple de franchise pris au paragraphe 191 des Lignes directrices par une illustration étayée, plus représentative du modèle et **de l'apport pro-concurrentiel de nos réseaux.**

## **2) Sur la possibilité d'interdire la revente de produits par ou sur des plateformes de commerce en ligne :**

Les Lignes directrices prévoient que « le fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels **que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs** »<sup>7</sup>.

La CJUE, saisie sur question préjudicielle, est allée plus loin en jugeant, le 6 décembre 2017, dans l'affaire COTY<sup>8</sup> que la clause par laquelle un fournisseur de produits de luxe interdisait à ses distributeurs agréés de vendre ses produits sur des plateformes tierces visibles ne constituait pas en soi une pratique illicite.

Cet arrêt COTY a également fait l'objet d'une analyse par la Commission dans le cadre de la « *Competition policy brief* » d'avril 2018 qui a considéré que les interdictions de vente via des plateformes dans les accords de distribution sélective **pour d'autres catégories de produits que les produits de luxe** n'étaient pas illicites au regard de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE.

**Or si cet arrêt a été rendu dans un système de distribution sélective, la solution devrait pouvoir être appliquée à la franchise.**

La CJCE dans son arrêt PRONUPTIA dont il a été fait mention plus avant a analysé la licéité des restrictions alors insérées dans le contrat au regard de la nécessité de protection du savoir-faire et de l'unité du réseau.

Or si la revente via les plateformes ne fait pas partie intégrante du savoir-faire éprouvé par le franchiseur alors ce dernier devrait pouvoir en contrôler l'accès par ses franchisés.

En effet, sur les plateformes de revente en ligne, le franchisé, et donc le franchiseur, n'a aucune maîtrise de l'environnement dans lequel son produit est distribué. Et si par extraordinaire, il obtient une page dédiée sur la plateforme, il ne peut empêcher que les consommateurs ne passent par une page d'accueil, **ce qui risque de porter atteinte à l'image de marque et à l'homogénéité du réseau attendue par le consommateur.**

Par ses investissements, le franchiseur a développé un concept que le consommateur identifie d'un coup d'œil à sa marque or le libre accès des franchisés sur les plateformes risque de créer une confusion dans l'esprit du consommateur. **La vente de produits sera en effet alors dissociée de l'univers créé par le franchiseur.**

**Il ne s'agit pas de permettre une interdiction générale et injustifiée mais bien d'appréhender cette restriction de manière casuistique en fonction de l'impératif de protection du savoir-faire de chaque réseau.**

<sup>6</sup> Définition extraite du Règlement n°4087/88 du 30 novembre 1988.

<sup>7</sup> Paragraphe 54 des Lignes directrices 2010/C 130/01.

<sup>8</sup> CJUE, 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH vs Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16.

Ainsi, le paragraphe 54 des Lignes directrices devrait prévoir la possibilité pour le franchiseur d'interdire à ses franchisés la revente des produits, objet du concept, via ces plateformes tierces si la protection du savoir-faire et de l'unité du réseau le justifie.

### 3) Sur la redéfinition des ventes « actives » et « passives » :

Les Lignes directrices posent la présomption selon laquelle « *En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive* »<sup>9</sup>.

**Or, il est indispensable de prendre désormais en compte les nouveaux outils numériques permettant une démarche active du vendeur sans pour autant qu'il ait pris l'initiative du contact.**

C'est en effet le cas de certains procédés automatisés (ou non) qui permettent d'identifier l'activité d'un internaute sur un réseau social ou un site internet et d'entraîner le déclenchement d'un contact ou d'une offre commerciale vis-à-vis du visiteur (profilage, chatbot, réseaux sociaux...).

Il s'agit ici de permettre au franchiseur de protéger les zones d'exclusivités territoriales consenties à ses franchisés en empêchant que certains d'entre eux ne contournent l'interdiction de ventes actives à laquelle ils sont tenus, et n'empiètent volontairement sur des zones réservées au moyen de ces nouveaux outils numériques.

Dans les Lignes directrices, la Commission considère d'ailleurs « *la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients comme une forme de vente active à ces clients* » et cite l'exemple du paiement d'un moteur de recherche ou d'un fournisseur d'espace publicitaire « *pour qu'ils diffusent une publicité spécifiquement aux utilisateurs établis sur un territoire particulier* »<sup>10</sup>.

Il s'agit donc de mettre à jour cet exemple compte-tenu de l'apparition de nouveaux outils numériques depuis 2010.

\*

\*\*

---

<sup>9</sup> Paragraphe 52 des Lignes directrices 2010/C 130/01.

<sup>10</sup> Paragraphe 53 des Lignes directrices 2010/C 130/01.