

**PARIS**

47, rue de Monceau  
75008 Paris

Tél. : +33 (0)1 53 96 20 00

Fax : +33 (0)1 53 96 20 01

EUROPEAN COMMISSION  
Directorate-General for Competition,  
Unit A1  
Antitrust Registry  
1049 Bruxelles  
Belgique

Paris, le 16 septembre 2021

## CONTRIBUTION RELATIVE AU SECTEUR DE LA FRANCHISE



1. La franchise est un système de distribution qui présente des **singularités évidentes** par rapport à d'autres systèmes de distribution, qui tiennent en substance à l'impératif d'uniformité des points de vente du réseau. Parmi ces singularités, deux se détachent.
2. D'une part, les **relations entre un franchiseur et un franchisé ne sont pas des relations entre un simple vendeur et un simple acheteur**, comme c'est le cas dans les autres réseaux. La franchise est bien plus que cela : elle suppose la mise à disposition d'un savoir-faire, la mise à disposition de signes de ralliements de la clientèle et la fourniture d'une assistance. On relèvera d'ailleurs que la fourniture de biens par le franchiseur au franchisé n'est pas essentielle à la franchise.
3. D'autre part, **la franchise n'est pas en elle-même restrictive de concurrence** mais peut comporter des restrictions de concurrence, dont certaines sont indispensables et d'autres utiles à son bon fonctionnement.
4. L'importance de la franchise dans l'économie européenne et parmi les systèmes de distribution est telle que la Commission ne peut pas ne pas intégrer des dispositions portant expressément sur la franchise dans le Projet de Règlement d'exemption (ci-après le PRE).
5. La Commission devrait, à cet égard :
  - Préciser le (ou les) marché(s) pertinent(s) en matière de franchise (1)
  - Préciser le référentiel d'analyse de la franchise au regard de l'article 101§1 et §3 TFUE (2)
  - Aménager les conditions d'application à la franchise des nouvelles règles sur la distribution duale (3)
  - Apporter des précisions relatives aux plateformes en reconnaissant les spécificités de la franchise (4)

## 1. PRÉCISER LE (OU LES) MARCHÉS PERTINENTS EN MATIÈRE DE FRANCHISE

1. Comme cela a été relevé il y a déjà vingt ans, le marché pertinent en matière de franchise soulève de graves difficultés qui ne semblent pas avoir été perçues par les différents règlements d'exemption qui se sont succédé et les lignes directrices qui les ont accompagnés<sup>1</sup>.
2. Le PRE vise, dans le sillage de ses prédécesseurs, le marché sur lequel le vendeur vend « les biens ou services contractuels » et celui sur lequel l'acheteur achète « les biens ou services contractuels » (art. 3).
3. Or, en franchise, la notion de « biens ou services contractuels » prête largement à discussion. En laissant de côté la *master franchise*, laquelle rend les choses encore plus complexes, on pourrait considérer que cette notion désigne :
  - (i) la franchise elle-même, i.e. le savoir-faire, les signes de ralliement de la clientèle et l'assistance – il y aurait un marché de la franchise, comme pourraient en attester les nombreux salons qui lui sont consacrés ;
  - (ii) les biens ou services fournis par le franchiseur au franchisé tout au long du contrat de franchise ;
  - (iii) les biens ou services fournis par le franchisé aux consommateurs, qui peuvent différer des précédents, notamment si les biens ont été transformés.

S'agissant de la distinction entre les biens relevant du (ii) et du (iii), on peut donner l'exemple d'une franchise de pizzeria : les biens entrant dans la composition de la pizza et pour lesquels le franchisé d'approvisionne auprès du franchiseur relèvent du (ii) et sont très différents des pizzas elles-mêmes, qui relèvent du (iii).
4. Dans l'analyse concurrentielle, la notion de marché pertinent est si cruciale que la Commission gagnerait à préciser sa conception du (ou des) marché(s) à prendre en considération.

De fait, le point (158) du projet de Lignes directrices (ci-après, PLD), qui s'inscrit lui aussi dans la continuité des précédentes Lignes directrices, est très obscur, voire contradictoire sur certains aspects :

« Lorsque l'accord vertical, outre ses dispositions sur la fourniture des biens ou services contractuels, contient aussi des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle — comme celles qui concernent l'utilisation de la marque du fournisseur — qui aident l'acheteur à commercialiser les biens ou services contractuels, la part de marché du fournisseur sur le marché où il vend les biens contractuels est pertinente aux fins de l'application du règlement d'exemption. Si un franchiseur ne fournit pas de biens ou de services aux fins de leur revente, mais fournit un ensemble de biens ou de services assortis de dispositions concernant les droits de propriété intellectuelle, le tout formant la méthode commerciale

faisant l'objet de la franchise, il doit tenir compte de sa part de marché en tant que fournisseur d'une telle méthode pour la fourniture de biens ou services spécifiques aux utilisateurs finals. À cet effet, il doit calculer sa part du marché où la méthode commerciale en question est exploitée, c'est-à-dire le marché où les franchisés exploitent la méthode commerciale pour fournir des biens ou des services à des utilisateurs finals. Le franchiseur doit donc calculer sa part de marché sur la base de la valeur des biens ou des services que ses franchisés fournissent sur ce marché. Sur un tel marché, les concurrents du franchiseur peuvent être des fournisseurs d'autres méthodes commerciales sous franchise, mais aussi des fournisseurs de biens ou de services substituables qui n'utilisent pas la franchise. En supposant par exemple, sans préjudice de la définition d'un tel marché, l'existence d'un marché des services de restauration rapide, un franchiseur présent sur ce marché devrait calculer sa part de marché sur la base des chiffres de vente pertinents réalisés par ses franchisés sur ce même marché. »

Sont en effet successivement visés : « le marché [du fournisseur] où il vend les biens contractuels », le « marché où la méthode commerciale en question est exploitée », « le marché où les franchisés exploitent la méthode commerciale pour fournir des biens ou des services à des utilisateurs finals »...

**Recommandation : Inclure dans le PRE des dispositions propres au(x) marché(s) pertinent(s) en matière de franchise**

## **2. PRÉCISER LE RÉFÉRENTIEL D'ANALYSE DE LA FRANCHISE AU REGARD DE L'ARTICLE 101 §1 ET §3 TFUE**

6. La franchise, dans ce qu'elle a d'irréductible, n'est pas restrictive de concurrence. C'est ce qu'avait décidé fort à propos la Cour de Justice dans l'arrêt *Pronuptia*<sup>ii</sup> :

*Le système dans lequel « 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. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances. (...) Un tel système, qui permet au franchiseur de tirer parti de sa réussite, ne porte pas atteinte en soi à la concurrence » (point 15)<sup>iii</sup>.*

7. En vertu de la jurisprudence *Pronuptia*, les éventuelles restrictions de concurrence que pouvait comporter un accord de franchise n'avaient pas besoin d'être exemptées dès lors qu'elles étaient indispensables à la franchise. Si la franchise ne relevait pas de l'article 101 §1 TFUE, solliciter l'article 101 §3 TFUE était inutile.
8. Pourtant, la Commission jugea utile d'adopter un règlement d'exemption propre à la franchise, le Règlement (CEE) n° 4087/88 du 30 novembre 1988. Ce règlement laissait penser que, aux yeux de la Commission, les systèmes de franchise requéraient une exemption à l'instar des systèmes de distribution sélective ou exclusive<sup>iv</sup>.

9. Mais, par la suite, les règlements *généraux* d'exemption n° 2790/1999 puis n° 330/2010 cessèrent de mentionner la franchise, pour ne plus faire état que de la distribution sélective et de la distribution exclusive.
10. Or, dans le sillage de ces règlements, le PRE persiste à ne pas même mentionner la franchise, tout en continuant à faire état de la distribution exclusive et de la distribution sélective<sup>v</sup>.
11. Cette absence de prise en compte expresse de la franchise, si elle peut se comprendre comme une manifestation de la jurisprudence *Pronuptia* (la franchise n'a pas besoin d'exemption), cela n'est pas dit expressément par le PRE et cela laisse en suspens le traitement des clauses *a priori* restrictives de concurrence qui ne peuvent être considérées comme étant indispensables à la franchise, et nécessitent donc une exemption.
12. Cette dernière considération ouvre une porte à des rapprochements contestables entre la franchise et d'autres formes de distribution. C'est ainsi que le Projet de Lignes Directrices (ci-après, le PLD) invite, pour la première fois, à apprécier la validité des clauses du contrat de franchise au regard du « *système de distribution le plus proche* », en mentionnant la distribution exclusive et la distribution sélective (point 151) :

*« Les restrictions verticales incluses dans les accords de franchise seront évaluées au regard des règles applicables au système de distribution le plus proche de la nature de l'accord de franchise en question. Par exemple, un accord de franchise qui donne lieu à un réseau fermé, compte tenu de l'interdiction faite aux membres de vendre à des non-membres, sera évalué au regard des règles applicables à la distribution sélective. En revanche, un accord de franchise accordant une exclusivité territoriale et une protection contre les ventes actives par d'autres franchisés sera évalué au regard des règles applicables à la distribution exclusive ».*

Cette ligne directrice pose beaucoup plus de problèmes qu'elle n'en résout dans la mesure où :

- la distribution sélective ou exclusive sont tantôt sont envisagées comme une composante de la franchise (point 149), tantôt comme un système de distribution dont la franchise se rapprocherait plus ou moins (point 151) ;
- la franchise est d'une nature très différente de celle de la distribution sélective ou exclusive en ce qu'elle est un système de réitération stricte d'un concept issu du savoir-faire du franchiseur, laquelle réitération est rendue nécessaire par l'exigence d'uniformité du réseau. En cela, elle se distingue intrinsèquement des autres systèmes de distribution qui ne sont qu'un mode de distribution. Il est par conséquent artificiel de rapprocher la franchise de la distribution sélective ou exclusive pour lui appliquer leur régime selon le cas ;
- *S'agissant en particulier du rapprochement avec la distribution sélective*, il est patent qu'on ne trouve pas dans un accord de franchise les engagements réciproques qui définissent un système de distribution sélective tels qu'ils sont retenus par le PRE (article 1 (f)) :
  - L'idée de « *sélection sur la base de critères définis* », à tout le moins des critères liant le franchiseur, est étrangère à la franchise. Dans le système de la

franchise, le franchiseur ne se réfère jamais à des critères propres à identifier ses futurs franchisés. Cette absence de référence à de tels critères, qui s'observe dans tous les réseaux de franchise, tient au fait que le franchiseur veut pouvoir choisir discrétionnairement ses franchisés. Le franchiseur n'a pas de critères de sélection des franchisés, la relation franchiseur-franchisé étant marquée par un fort *intuitu personae* et la décision du franchiseur d'admettre un nouveau franchisé étant éminemment subjective. Le caractère « fermé » d'un réseau de franchise répond par conséquent à une logique distincte de celle d'un réseau de distribution sélective. L'application du régime de la distribution sélective à la franchise partant du constat que le réseau de franchise est fermé n'est donc pas pertinent ;

- Si dans de nombreux réseaux de franchise, les membres d'un réseau de franchise ne vendent pas les « marchandises » du réseau à des distributeurs en dehors du réseau, ce n'est pas tant en vertu d'engagements pris dans l'accord de franchise, mais parce ces ventes sont antinomiques avec un réseau de franchise pour lequel l'impératif d'uniformité des points de vente du réseau est la condition même de son existence.
  - *S'agissant en particulier du rapprochement avec la distribution exclusive*, on relèvera que si des accords de franchise peuvent bien prévoir des exclusivités territoriales, la franchise ne se résume jamais à ces seules exclusivités. Dit autrement, s'il est vrai que des exclusivités territoriales peuvent constituer des composantes de certains accords de franchise, ce n'en sont que de simples composantes. Du reste, dans l'arrêt *Pronuptia*, la Cour de Justice avait décidé que le règlement 67/67 sur les accords d'exclusivité n'était pas applicable à la franchise (point 34) ;
  - Si l'on suit le PLD, s'agissant d'apprécier les restrictions de vente admissibles dans un réseau de franchise, faut-il retenir la règle applicable aux réseaux de distribution exclusive, à l'article 4 b), aux réseaux de distribution sélective, à l'article 4 c) ou aux autres réseaux, à l'article 4 d)<sup>vi</sup> ? Faut-il encore envisager une application cumulative des règles applicables aux réseaux de distribution sélective et exclusive ?
13. Outre l'assimilation erronée de la franchise à des systèmes de distribution dont elle diffère essentiellement, le PLD, là où il s'intéresse directement à la franchise, ne tire pas toutes les conséquences de l'arrêt *Pronuptia*, de sorte qu'il laisse des zones d'ombre sur les règles applicables à la franchise et retient des solutions inadéquates.

Quelles sont les clauses d'un contrat de franchise qui ne relèveraient pas de l'article 101 §1 TFUE ? Dans l'arrêt *Pronuptia*, la liste des clauses ne nécessitant pas une exemption était étoffée, et encore ne concernait-elle que le seul contrat qui était en discussion. Le PLD (point 150) est plus développé sur ce point que ne l'est le règlement n° 330/2010 puisqu'il mentionne les dispositions qui sont « *strictement nécessaires au fonctionnement* » de la franchise en prenant pour exemple celles destinées à protéger le savoir-faire et l'assistance fournie, ainsi que les obligations de non-concurrence relatives aux biens ou services (clauses d'approvisionnement exclusif) nécessaires à l'identité du réseau (spécifiques), ce qui devrait comprendre, mais pas seulement, les clauses post-contractuelles de non-concurrence (faut-il comprendre alors que leur conformité au droit de la concurrence ne serait pas subordonnée au respect des conditions strictes posées par les différents règlements d'exemption qui se sont succédé ?), en accord avec l'arrêt *Pronuptia*.

Il résulte de cette absence de traitement particulier de la franchise que le cadre d'analyse des stipulations des contrats de franchise au regard du droit de la concurrence demeure incertain s'agissant de leur qualification et donc de leur régime : restrictions accessoires ? Exemption ? Le PLD, comme les Lignes Directrices antérieures, manque de la clarté et de la précision requises afin d'offrir aux réseaux de franchise la sécurité juridique nécessaire<sup>vii</sup>.

On peut illustrer ce propos en prenant l'exemple ô combien important des obligations de non-concurrence relatives aux biens ou services (clauses d'approvisionnement exclusif).

À lire les Lignes directrices sur les restrictions verticales 2000/C 291/01 (point 200) et 2010/C 130/01 (point 190) on a l'impression que, dans un système de franchise, seules les clauses d'approvisionnement exclusif en produits *spécifiques* au réseau ne relèveraient pas de l'article 101§1 TFUE et n'auraient donc pas à remplir les conditions posées par le règlement d'exemption, notamment la durée de cinq ans. Mais *quid* des clauses d'approvisionnement exclusif en produits non spécifiques ? Il serait très critiquable de considérer que leur durée doit être limitée à cinq ans, ne serait-ce que parce que le franchiseur serait alors lié par des contrats asynchrones aux franchisés, ce que certains droits nationaux interdisent au demeurant<sup>viii</sup>. C'est la raison pour laquelle il serait opportun de considérer que la durée des clauses d'approvisionnement exclusif puisse être égale à la durée du contrat de franchise, quels que soient les produits qui en sont l'objet.

14. Il apparaît donc nécessaire de faire une place à la franchise dans le PRE en raison de son irréductibilité aux autres systèmes de distribution, qui ne sont que cela, en précisant le référentiel d'analyse, dans la lignée de l'arrêt *Pronuptia*, avec une approche clause par clause, en trois ordres, garantissant une certaine sécurité juridique, à savoir : (i) les clauses *a priori* non restrictives de concurrence ou exemptées à certaines conditions<sup>ix</sup> ; (ii) les clauses restrictives de concurrence nécessitant une exemption<sup>x</sup> ; et (iii) les clauses restrictives de concurrence, ne pouvant bénéficier du règlement d'exemption<sup>xi</sup>.

L'arrêt *Pronuptia* avait d'ailleurs montré la voie en distinguant entre :

(1) Les clauses qui constituent des restrictions indispensables ou accessoires à l'opération principale et ne nécessitent pas d'exemption :

- « les clauses qui sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire transmis et l'assistance apportée par le franchiseur profitent à des concurrents » ;
- « les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne » ;
- « le fait pour le franchiseur de communiquer au franchisé des prix indicatifs n'est pas constitutif d'une restriction de la concurrence, à la condition qu'il n'y ait pas entre le franchiseur et les franchisés ou entre les franchisés une pratique concertée en vue de l'application effective de ces prix » (point 27).

(2) Les clauses qui constituent des restrictions de concurrence et nécessitent une exemption :

- « les clauses qui réalisent un partage des marchés entre franchiseur et franchisés ou entre franchisés » (point 27).

15. En définitive, le cadre d'analyse de la franchise et des stipulations que peut comporter un contrat de franchise manquent de clarté.

La franchise constitue un système particulier qu'il n'est pas possible de fondre dans d'autres systèmes : elle se singularise de tous les autres en raison de la recherche d'uniformité absolue dans tous les points de vente, physiques ou en ligne.

Telles **sont** les raisons qui appellent à prévoir des dispositions propres à la franchise dans le futur règlement d'exemption.

**Recommandation : Inclure dans le PRE des dispositions propres à la franchise en distinguant les clauses (i) qui sont indispensables ou constituent des restrictions accessoires à un système de franchise (ii) de celles qui nécessitent une exemption, en prévoyant, le cas échéant, des conditions d'exemption différentes de celles exigées pour les autres systèmes de distribution.**

### **3. AMÉNAGER LES CONDITIONS D'APPLICATION À LA FRANCHISE DES NOUVELLES RÈGLES SUR LA DISTRIBUTION DUALE**

16. D'après le nouvel article 2 §4 du PRE,

« L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. En revanche, elle s'applique à tous les aspects d'un accord vertical non réciproque entre entreprises concurrentes si :

- (a) le fournisseur est un producteur, un grossiste ou un importateur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise concurrente qui fabrique, vend en gros ou importe et que sa [leur ?<sup>xii</sup>] part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné ne dépasse pas [10] % ; ou
- (b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels et que sa [leur ?<sup>xiii</sup>] part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné ne dépasse pas [10] % . »

17. L'exemption des accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes suppose désormais que la part de marché cumulée du fournisseur et du distributeur sur le marché de la vente au détail concerné dépasse [10] %<sup>xiv</sup>.

18. Or, si la franchise nécessite une exemption (v. *supra*), de nombreux réseaux pourraient être menacés.



De fait, presque tous les réseaux de franchise reposent sur un système de distribution duale. En effet, le franchiseur doit continuer à exploiter lui-même un certain nombre de points de vente, physiques ou en ligne, du fait (i) de la nécessité cruciale de perfectionner ses méthodes dans l'intérêt du savoir-faire, (ii) d'exploiter des points de vente stratégiques et de bénéficier d'un maillage territorial important dans l'intérêt du réseau.

19. D'après le nouvel article 2 §5 du PRE,

« Si la part de marché cumulée du fournisseur concurrent et de l'acheteur mentionnés à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b) dépasse [10] % sur le marché de vente au détail concerné, mais ne dépasse pas les seuils de part de marché établis à l'article 3, l'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique, sauf en ce qui concerne tout échange d'informations entre les parties, qui doit être évalué selon les règles applicables aux accords horizontaux »

Cette disposition institue une zone de sécurité supplémentaire mais de « seconde zone » pour la distribution duale, lorsque la part de marché cumulée du fournisseur et de ses distributeurs au niveau du marché de détail est supérieure à 10 % mais que les seuils de l'article 3 du PRE ne sont pas franchis. Dans un tel cas de figure, l'accord vertical demeure exempté, sauf en ce qui concerne les échanges d'information entre les parties à l'accord vertical.

Une telle situation n'est pas satisfaisante, car le partage de certaines informations, celles nécessaires à la bonne exécution du contrat, est consubstantiel au contrat de franchise et s'est même intensifié avec la digitalisation croissante des réseaux de franchise. Il est fréquent, en effet, que le franchisé communique au franchiseur des informations de toute nature sur son activité, tandis que le franchiseur analyse ces informations et les compare avec celles des autres franchisés afin de prodiguer des conseils circonstanciés à chaque franchisé du réseau.

Selon les cas, les conseils ainsi prodigués par le franchiseur participent de son obligation de transmission du savoir-faire et/ou de son obligation d'assistance. Dit autrement, l'application de l'article 2 §5 du PRE revient à empêcher l'exécution par le franchiseur des obligations essentielles qui lui incombent en application du contrat de franchise, sans pour autant faciliter le jeu normal de la concurrence.

20. D'après le nouvel article 2 §6 du PRE, en toute hypothèse, l'exemption des accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes ne joue pas, même en dessous du nouveau seuil de 10%, s'ils :

« ont pour objet de restreindre la concurrence entre le fournisseur concurrent et l'acheteur »

Cette disposition suscite de nombreuses questions – qui cette fois ne sont pas propres à la franchise – en raison (i) de la difficile distinction entre restrictions par objet et par effet et (ii) de l'absence de référence aux restrictions par l'objet qui pourraient être considérées comme des restrictions accessoires à la franchise. Cette approche ne saurait être retenue dans un règlement d'exemption qui a pour finalité de donner aux entreprises des indications claires.

Recommandation : Maintenir l'exemption pure et simple de la distribution duale dans la franchise, ainsi que le prévoit l'article 2 §4 du Règlement n°330/2010.

#### 4. APPORTER DES PRÉCISIONS RELATIVES AUX PLATEFORMES EN RECONNAISSANT LES SPÉCIFICITÉS DE LA FRANCHISE

21. Comme on n'a eu de cesse de le dire, la franchise se singularise par rapport à tous les autres systèmes de distribution par la recherche de l'uniformité du point de vente et donc de l'« expérience client », quel que soit le distributeur du réseau.
22. Cette uniformité ne saurait être menacée lorsque la distribution se fait en ligne pour n'être protégée qu'à l'occasion de la distribution dans un point de vente physique.
23. Deux intérêts doivent en conséquence être conciliés : (i) l'uniformisation du « point de vente en ligne » et (ii) la liberté pour les franchisés (voire le franchiseur) de pouvoir distribuer les produits et services en ligne.
24. C'est la raison pour laquelle le franchiseur devrait pouvoir imposer aux franchisés de ne vendre les produits et services que sur une plateforme commune au réseau.

Recommandation : Le franchiseur devrait pouvoir imposer aux franchisés de ne vendre les produits et services que sur une plateforme commune au réseau.

25. Le PRE, on l'a vu (v. *supra*), exclut du bénéfice de l'exemption les « accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes » (art. 2 §4), sous réserve de certaines exceptions.

Toutefois, ces exceptions ne sont pas applicables lorsque l'« entreprise concurrente » est une plateforme « qui vend également des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles il fournit des services d'intermédiation en ligne » (art. 2 §7).

26. D'après la Note explicative de la Commission<sup>xv</sup>, sont visés « les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne dès lors que ceux-ci exercent une fonction hybride, c'est-à-dire qu'ils vendent des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles ils fournissent des services d'intermédiation en ligne »<sup>xvi</sup>.

27. Cette disposition constitue une très grave menace pour la sécurité juridique des réseaux de franchise chaque fois que sur la plateforme de vente en ligne du réseau, seront distribués les produits et services des franchisés et les produits et services du franchiseur.

**Recommandation : Réserver l'hypothèse particulière où le franchiseur est le fournisseur de services d'intermédiation en ligne pour les produits et services du réseau en maintenant le bénéfice de l'exemption des clauses restrictives de concurrence contenues dans un contrat de franchise.**

28. En vertu de l'article 5 §1, d) du PRE, est une restriction exclue du bénéfice de l'exemption :

« toute obligation directe ou indirecte interdisant à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables en utilisant des services d'intermédiation en ligne concurrents »<sup>xvii</sup>.

29. Il ressort de la Note explicative de la Commission que « [t]outes les clauses de parité bénéficient actuellement d'une exemption par catégorie au titre du règlement d'exemption, mais sont de plus en plus souvent soumises à des mesures d'application des autorités de concurrence au cours des dernières années » et qu'« [é]tant donné que ces mesures d'application portent principalement sur les clauses de parité relatives à des canaux de vente indirecte, le projet de règlement d'exemption révisé supprime le bénéfice de l'exemption par catégorie pour les obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail, qui sont imposées par des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne » mais « accorde toujours le bénéfice de l'exemption par catégorie aux obligations de parité relatives aux canaux de vente directe ou de commercialisation directe (parité dite restreinte). »

30. Les principales raisons qui justifient le refus d'exempter les clauses de parité entre plateformes sont explicitées dans le PLD :

« Les obligations de parité sur le marché de détail qui empêchent un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals dans des conditions plus favorables au moyen de services d'intermédiation en ligne concurrents, telles que définies à l'article 5, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption, sont davantage susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels nets que les autres types d'obligations de parité. Les obligations de parité inter plateformes sur le marché de détail peuvent restreindre la concurrence comme suit :

- (a) elles peuvent affaiblir la concurrence et faciliter la collusion entre les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne. En particulier, il est plus probable qu'un fournisseur qui impose ce type d'obligation de parité sera en mesure d'augmenter le prix ou de réduire la qualité de ses services d'intermédiation sans perdre de part de marché. Indépendamment du prix ou de la qualité de ses services, les vendeurs de biens ou de services qui choisissent d'utiliser sa plateforme sont tenus d'y offrir des conditions au moins aussi favorables que celles qu'ils offrent sur les plateformes concurrentes ;
- (b) ils peuvent verrouiller l'entrée ou l'expansion de nouveaux ou de plus petits fournisseurs de services d'intermédiation en ligne en restreignant leur capacité d'offrir aux acheteurs et aux utilisateurs finals des combinaisons prix-service différenciées. » (point 337)

31. Il reste que la crainte, légitime, d'une restriction de concurrence entre plateformes ne peut pas se poser de la même manière s'agissant de plateformes tierces au réseau et de la plateforme du franchiseur à la tête du réseau. En effet, dans ce dernier cas, la plateforme du franchiseur est en réalité la plateforme de tous les membres du réseau et constituera parfois l'unique canal de vente des produits des franchisés en vue d'assurer au mieux l'objectif cardinal de la franchise, l'uniformité.

Recommandation : Réserver l'hypothèse particulière où le franchiseur est le fournisseur de services d'intermédiation en ligne pour les produits et services du réseau en admettant la validité des clauses de parité à supposer que la distribution sur des plateformes tierces ne soit pas interdite aux franchisés.



**Sandrine RICHARD**  
Avocate, Associée



**François-Luc SIMON**  
Avocat, Associé-Gérant  
Docteur en droit

---

## NOTES DE BAS DE PAGE

<sup>i</sup> M. MENDELSON, S. ROSE, *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*, International Competition Law Series, V. 4, Kluwer Law International, 1<sup>st</sup> edition, 2001.

<sup>ii</sup> CJ, 28 janvier 1986, *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, aff. 161/84.

<sup>iii</sup> Comme le note la Cour, « les contrats de franchise de distribution 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 de redevances en contrepartie des avantages consentis » (point 15).

<sup>iv</sup> Considérant (4) : « Il est possible, sur la base de l'expérience de la Commission, de définir des catégories d'accords de franchise qui tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, mais peuvent normalement être considérés comme remplissant les conditions de l'article 85 paragraphe 3 ; c'est le cas pour les accords de franchise aux termes desquels une des parties fournit des produits ou des services à des utilisateurs finals ; en revanche, les accords de franchise industrielle ne sont pas couverts par le présent règlement ; de tels accords, qui régissent habituellement des relations entre producteurs, présentent des caractéristiques différentes des autres types de franchise ; ils consistent en des licences de production fondées sur des brevets et/ou du savoir-faire technique, combinées avec des licences de marques ; certains de ces accords peuvent bénéficier d'autres exemptions par catégorie s'ils remplissent les conditions nécessaires ».

L'article 1.1 du Règlement disposait d'ailleurs : « Conformément à l'article 85 paragraphe 3 du traité et aux conditions prévues au présent règlement, l'article 85 paragraphe 1 dudit traité est déclaré inapplicable aux accords de franchise auxquels ne participent que deux entreprises et qui comportent une ou plusieurs des restrictions prévues à l'article 2. »

<sup>v</sup> Les Lignes directrices qui accompagnent les différents règlements d'exemption évoquent néanmoins la franchise.

<sup>vi</sup> En effet, l'article 4 du PRE sur les restrictions caractérisées ne distingue plus, comme le faisaient les précédents règlements d'exemption, selon une approche transversale, les restrictions de concurrence que peuvent contenir un accord de franchise, mais distingue, selon une approche verticale (par « silo »), suivant la nature du réseau de distribution.

<sup>vii</sup> On le constate dès les Lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) (sachant que les Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01) en reprennent la substance en des termes le plus souvent identiques aux points 190 et 191) : « En ce qui concerne les restrictions verticales à l'achat, à la vente et à la revente de biens et services relevant d'un accord de franchise, telles que la distribution sélective, l'obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, l'exemption s'applique lorsque la part de marché du franchiseur, ou du fournisseur désigné par ce dernier, ne dépasse pas 30 % (...) Les orientations fournies ci-avant en relation avec ces types de restrictions s'appliquent également aux accords de franchise, sous réserve des remarques qui suivent. 1) (...) plus le transfert de savoir-faire est important, plus les restrictions verticales pourront aisément satisfaire aux conditions d'exemption. 2) Une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans de tels cas, la durée de l'obligation de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 81, paragraphe 1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même. » (point 200).

Autrement dit, la seule particularité de la franchise concernerait l'obligation d'approvisionnement d'exclusif, qui n'aurait pas à être limitée à 5 ans, s'agissant des produits spécifiques au réseau.

Mais, plus loin, il est indiqué : « La plupart des obligations figurant dans les accords de franchise peuvent être considérées comme nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé et ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1. Les restrictions relatives aux ventes (territoire contractuel et distribution sélective) incitent les franchisés à investir dans (...) le concept de franchise et, si elles ne sont pas nécessaires à cet effet, contribuent du moins à maintenir l'identité commune et, partant, à compenser l'affaiblissement de la concurrence intramarche » (point 201, nous soulignons)

D'ailleurs, la Commission conclut en relevant que les « accords de franchise remplissent vraisemblablement les conditions d'exemption prévus à l'article 81, paragraphe 3, si les engagements qu'ils contiennent relèvent de l'article 81, paragraphe 1 » (point 201).

<sup>viii</sup> En droit français, v. l'article L. 341-1 C. com. : « L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune. (...) ».

<sup>ix</sup> Article 3 : « 1 . Les obligations suivantes imposées au franchisé ne font pas obstacle à l'application de l'article 1er, dans la mesure où elles sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé :

a ) vendre, ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, exclusivement des produits répondant aux spécifications objectives minimales de qualité fixées par le franchiseur;

b ) vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués seulement par le franchiseur ou par des tiers désignés par lui, lorsqu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité;

c ) ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur; cette obligation peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise;

d ) ne pas acquérir de participations financières dans le capital d'une entreprise concurrente qui donneraient au franchisé le pouvoir d'influencer le comportement économique d'une telle entreprise;

e ) ne vendre les produits qui font l'objet de la franchise qu'aux utilisateurs finals, aux autres franchisés, et aux revendeurs appartenant à d'autres canaux de distribution qui sont approvisionnés par le fabricant de ces produits ou avec son consentement;

f ) commercialiser les produits ou prêter les services faisant l'objet de la franchise au mieux de ses possibilités; offrir à la vente un assortiment minimal de produits, réaliser un chiffre d'affaires minimal, planifier ses commandes à l'avance, détenir un stock minimal et assurer le service à la clientèle et la garantie;

g ) payer au franchiseur une part déterminée de ses ressources pour la publicité et réaliser lui-même de la publicité, en devant obtenir l'accord du franchiseur sur la nature de celle-ci;

2 . Les obligations suivantes imposées au franchisé ne font pas obstacle à l'application de l'article 1er :

a ) ne pas divulguer le savoir-faire fourni par le franchiseur; cette obligation peut être imposée au franchisé après l'expiration de l'accord;

b ) communiquer au franchiseur toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et lui accorder, ainsi qu'aux autres franchisés, une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience;

c ) informer le franchiseur des contrefaçons des droits de propriété industrielle ou intellectuelle licenciés, tenter une action contre les contrefacteurs ou assister le franchiseur dans une action en justice engagée contre un contrefacteur;

d ) ne pas utiliser le savoir-faire licencié par le franchiseur à d'autres fins que l'exploitation de la franchise; cette obligation peut être imposée au franchisé après l'expiration de l'accord;

e ) suivre les cours de formation organisés par le franchiseur pour lui-même ou pour son personnel;

f ) appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur, y inclus toute modification ultérieure de celles-ci, et utiliser les droits de propriété industrielle ou intellectuelle licenciés;

g ) respecter les normes du franchiseur en matière d'équipement et de présentation des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat;

h ) permettre au franchiseur d'effectuer des contrôles des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat, y compris les produits vendus et les services fournis ainsi que les inventaires et les états financiers du franchisé;

i ) ne pas modifier l'emplacement des locaux visés au contrat sans l'accord du franchiseur;

j ) ne pas céder les droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur .

3 . Dans le cas où, en raison d'un contexte particulier, les obligations visées au paragraphe 2 tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, elles sont également exemptées, même lorsqu'elles ne sont accompagnées d'aucune des obligations exemptées à l'article 1er. »

Adde Considérant (11) : « Il convient d'énumérer dans le présent règlement un certain nombre d'obligations normalement non restrictives de concurrence qui sont communément incluses dans des accords de franchise et de prévoir que si, du fait de circonstances économiques ou juridiques particulières, elles tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, elles sont aussi couvertes par l'exemption. Cette liste, qui n'est pas exhaustive, comprend en particulier des clauses qui sont essentielles soit pour préserver l'identité commune et la réputation du réseau, soit pour empêcher que le savoir-faire et l'assistance fournis par le franchiseur ne profitent à des concurrents. »

<sup>x</sup> Article 2 : « L'exemption prévue à l'article 1er s'applique aux restrictions de concurrence suivantes :

a) l'obligation pour le franchiseur de ne pas, dans une partie définie du marché commun, le territoire visé au contrat,

- donner le droit d'exploiter tout ou partie de la franchise à des tiers,

- exploiter lui-même la franchise ou commercialiser lui-même les produits ou services qui font l'objet de la franchise en appliquant une formule similaire,

---

- fournir lui-même les produits du franchiseur à des tiers ;  
b) l'obligation pour le franchisé principal de ne pas conclure de contrats de franchise avec des tiers hors du territoire visé au contrat ;  
c) l'obligation pour le franchisé de n'exploiter la franchise qu'à partir des locaux visés au contrat ;  
d) l'obligation pour le franchisé de s'abstenir de rechercher des clients hors du territoire visé au contrat pour les produits ou services qui font l'objet de la franchise ;  
e) l'obligation pour le franchisé de ne pas fabriquer, vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services des produits concurrents des produits du franchiseur qui font l'objet de la franchise ; lorsque l'objet de la franchise est de vendre ou d'utiliser dans le cadre de la prestation de services à la fois certains produits et des pièces de rechange ou accessoires de ceux-ci, cette obligation ne peut pas être imposée en ce qui concerne ces pièces de rechange ou accessoires ».

Adde Considérant (9) : « Le présent règlement doit définir les obligations restrictives de concurrence qui peuvent être comprises dans les accords de franchise ; c'est le cas en particulier pour l'octroi d'un territoire exclusif aux franchisés combiné avec l'interdiction de chercher activement des clients hors de ce territoire, ce qui leur permet de concentrer leurs efforts sur le territoire qui leur a été attribué ; c'est également le cas pour l'octroi d'un territoire exclusif à un franchisé principal, combiné avec l'obligation de ne pas conclure d'accords de franchise avec des tiers hors de ce territoire ; lorsque les franchisés vendent, ou utilisent dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués par le franchiseur, ou selon ses instructions, et/ou des produits portant sa marque, l'obligation pour les franchisés de ne pas vendre, ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, de produits concurrents, permet d'établir un réseau cohérent qui s'identifie avec les produits franchisés ; cependant cette obligation ne peut être acceptée que pour les produits qui forment l'objet essentiel de la franchise ; elle ne peut pas s'appliquer en particulier aux accessoires ou aux pièces de rechange de ces produits. »

<sup>xi</sup> Article 5 : « L'exemption prévue à l'article 1er ne s'applique pas lorsque :

a ) des entreprises fabriquant des produits ou prestant des services, qui sont identiques ou considérés comme similaires par les utilisateurs en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage, concluent entre elles des accords de franchise concernant ces produits ou services ;  
b ) sans préjudice de l'article 2 point e ) et de l'article 3 paragraphe 1 point b ), le franchisé est empêché de s'approvisionner en produits de qualité équivalente à ceux qui lui sont proposés par le franchiseur ;  
c ) sans préjudice de l'article 2 point e ), le franchisé est tenu de vendre ou d'utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués par le franchiseur ou des tiers désignés par le franchiseur et lorsque le franchiseur refuse, pour des raisons autres que la protection des droits de propriété industrielle et intellectuelle du franchiseur ou le maintien de l'identité et de la réputation du réseau franchisé, de désigner comme producteurs autorisés des tiers proposés par le franchisé ;  
d ) le franchisé est empêché de continuer à utiliser après l'expiration du contrat le savoir-faire licencié, alors que ce savoir-faire est devenu généralement connu ou facilement accessible sans que cela résulte d'une violation de ses obligations par le franchisé ;  
e ) le franchisé est limité par le franchiseur, directement ou indirectement, quant à la détermination des prix de vente des produits et services qui font l'objet de la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de recommander des prix de vente ;  
f ) le franchiseur impose au franchisé de ne pas contester les droits de propriété industrielle ou intellectuelle qui constituent la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de mettre fin à l'accord dans un tel cas ;  
g ) les franchisés sont tenus de ne pas fournir, à l'intérieur du marché commun, les produits ou services qui font l'objet de la franchise à des utilisateurs finals en raison de leur lieu de résidence . »

Adde Considérant (13) : « Le règlement doit aussi préciser les restrictions qui ne peuvent figurer dans les accords de franchise pour que ceux-ci bénéficient de l'exemption par catégorie, du fait qu'elles constituent des restrictions tombant sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, par lesquelles il n'existe pas de présomption générale qu'elles produisent les effets positifs exigés par l'article 85 paragraphe 3. Cela s'applique notamment au partage de marché entre producteurs, aux clauses limitant indûment le choix du franchisé pour ses fournisseurs ou ses clients et aux cas où le franchisé est soumis à des restrictions quant à la détermination de ses prix . Le franchiseur doit toutefois être libre de recommander des prix aux franchisés lorsque cela n'est pas interdit par les législations nationales et dans la mesure où cela ne donne pas lieu à des pratiques concertées pour l'application effective de ces prix. »

<sup>xii</sup> L'emploi du terme « sa » paraît inapproprié ; celui de « leur » apparaît plus exact, car c'est manifestement la part de marché du fournisseur et de l'acheteur qu'il faut agréger. La version anglaise du texte le confirme.

Le PLD confirme cette interprétation : « (...) un accord vertical entre concurrents relevant de l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), du règlement d'exemption bénéficie d'une exemption par catégorie au titre de l'article 2, paragraphe 1, du règlement d'exemption, si les conditions ci-après sont remplies: (...) (b) la part de marché cumulée du fournisseur et de l'acheteur sur le marché en cause au niveau du commerce de détail ne dépasse pas [10] % et ne restreint donc pas de manière sensible la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et l'accord ne comporte pas de restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement d'exemption » (point 87).

<sup>xiii</sup> V. note *supra*.

<sup>xiv</sup> Ce mode de distribution est actuellement exempté de plein droit par l'article 254 du Règlement n° 330/2010 : « lorsque des entreprises concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que (...) le fournisseur est un producteur et un distributeur

---

de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents » (art. 2§4, a) ; adde art. 2§4, b) pour la distribution de services).

<sup>xv</sup> [https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber_en)

<sup>xvi</sup> Et v. les différents *Considérants* pertinents :

Considérant (10) : « L'économie des plateformes en ligne joue un rôle de plus en plus important dans la distribution des biens et services. Les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne sont à l'origine de nouvelles pratiques commerciales, dont certaines ne sont pas faciles à catégoriser à l'aide des concepts traditionnellement associés aux relations verticales entre fournisseurs et distributeurs dans l'environnement physique. Toutefois, **lorsque ces entreprises sont des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne, il convient de les classer en tant que fournisseurs au titre du présent règlement.** Les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne permettent aux entreprises d'offrir des biens ou des services à d'autres entreprises ou à des consommateurs en vue de faciliter les transactions directes entre ces entreprises u entre ces entreprises et ces consommateurs, que ces transactions soient finalement conclues ou non et indépendamment du lieu où elles l'ont eété. Cette catégorisation s'applique également lorsque le fournisseur de services d'intermédiation en ligne fournit plusieurs services ou des services à plusieurs niveaux dans la chaîne de distribution ».

Considérant (11) : « seuls les accords conclus entre des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne et d'autres entreprises relèvent du champ d'application du présent règlement. Ces accords sont considérés comme des accords verticaux au sens du présent règlement. »

Considérant (12) : « **Les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne ne devraient pas bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement s'ils exercent une fonction hybride, c'est-à-dire s'ils vendent des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles ils fournissent des services d'intermédiation en ligne.** En effet, les activités de vente au détail des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne exerçant une telle fonction hybride ont généralement une incidence sur la concurrence intermarques et peuvent de ce fait poser des problèmes horizontaux non négligeables. »

<sup>xvii</sup> Et v. Considérant (14) : « les obligations de parité obligeant les acheteurs de services d'intermédiation en ligne à ne pas offrir, vendre ou revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables en utilisant des services d'intermédiation en ligne concurrents doivent (...) être exclues du bénéfice de l'application du présent règlement. »