

Analyse de la FFF des propositions de modifications du Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 et de ses Lignes directrices du 10 mai 2010

Après lecture du projet de nouveau Règlement relatif aux restrictions verticales et de ses Lignes directrices, la FFF souligne l'importance du travail de consolidation réalisé par la Commission et se réjouit des conclusions adoptées par celle-ci au sujet de :

- la redéfinition des notions de ventes actives et passives, qui devrait permettre aux réseaux de mieux maîtriser la commercialisation de leurs produits ou services et leur communication via les nouveaux outils digitaux ;
- ainsi que de la possibilité désormais admise pour les franchiseurs de limiter voire d'interdire la revente des produits ou services, objets 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 et de l'image du réseau.

Ces points, portés par la FFF, devraient ainsi permettre aux réseaux de franchise, dans la droite ligne de l'arrêt Pronuptia¹, de mieux protéger leur savoir-faire, dans une dimension du commerce désormais omnicanale.

Dans le même temps, la révision des règles relatives à la double distribution envisagée par la Commission suscite une vive inquiétude de la part des professionnels que nous représentons.

La transmission et la réitération d'un savoir-faire efficient, éprouvé par le franchiseur, et constamment mis à jour par ce dernier, est de l'essence même de la franchise et ce nouveau régime, applicable à la double distribution s'il venait à être confirmé en l'état dans le texte final, créerait une zone d'insécurité juridique préjudiciable au développement des enseignes en franchise - alors même que la Commission s'était précisément fixée comme objectif l'amélioration de la sécurité juridique des entreprises.

La singularité de ce transfert de savoir-faire et de sa bonne réitération en franchise justifie d'accorder un traitement spécifique à ce modèle en matière de double distribution et plaide une nouvelle fois en faveur de l'insertion d'une définition de la franchise – au même titre que la distribution sélective et la distribution exclusive – au sein du prochain Règlement.

1. La double distribution :

La Commission envisage d'introduire un seuil de part de marché pour l'exemption de la double distribution de 10% et l'obligation d'évaluer, au-dessus de ce seuil, toutes les informations échangées dans le cadre d'un accord vertical selon les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale².

¹ CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GMBH cv Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, n°161/84.

² Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/c 11/01).

Ainsi que nous l'exprimions dans notre note de novembre 2020, l'application de ce régime à la franchise n'a pas lieu d'être puisque **si le franchiseur peut effectivement être amené à exercer lui-même une activité de distribution, c'est d'abord et avant tout au titre de ses obligations de franchiseur, ce qui empêche de le considérer comme un simple distributeur, concurrent des membres de son réseau**. Dans ce cadre, il doit rechercher constamment à perfectionner son savoir-faire afin de permettre à ses franchisés qui doivent le réitérer d'être plus efficaces sur leur marché face à une concurrence en perpétuelle évolution et ce également dans l'intérêt des consommateurs qui vont pouvoir accéder à une offre plus élargie et diversifiée en matière de produits et services sur un territoire.

- **La franchise est la réitération d'un succès³ éprouvé par le franchiseur**, ce qui implique nécessairement que celui-ci teste, dès son origine, et ensuite adapte de façon régulière grâce à sa connaissance du marché son concept, pour le faire évoluer en permanence afin de l'adapter à l'évolution du marché et donner aux franchisés un avantage concurrentiel sur leur marché.

Cette analyse est celle qui a été retenue par la Commission européenne dans la décision d'exemption individuelle Yves Rocher de 1986 : Le franchiseur transfère à ses franchisés « *un savoir-faire constitué par un ensemble de connaissances techniques et commerciales éprouvées au préalable par le franchiseur lui-même, non divulguées aux tiers et constituant de ce fait un avantage concurrentiel.* » et le met constamment à jour « *en fonction des résultats de l'expérience acquise [par le franchiseur] par le biais de la vente par correspondance et dans ses magasins pilote* »⁴.

La connaissance du marché acquise par le franchiseur via ses différentes expériences commerciales (dans le cas d'Yves Rocher grâce à sa vente par correspondance et ses magasins en succursales) bénéficie ainsi directement aux franchisés dans le cadre de l'élaboration et de l'évolution d'un savoir-faire efficient conférant un avantage concurrentiel aux distributeurs.

Le franchiseur n'est pas perçu par la Commission comme un concurrent de son réseau mais comme le détenteur d'un savoir-faire efficace sur son marché et qu'il doit transmettre et faire réitérer par ses franchisés pour permettre leur succès commercial.

La CJCE est venue préciser dans son arrêt Pronuptia de 1986 que « *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* ».

Cet ensemble de connaissances est éprouvé par le franchiseur et porte, selon les réseaux, sur les méthodes commerciales, l'aménagement du local, 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... qui constituent le savoir-faire de l'enseigne et nécessitent que le franchiseur commercialise directement ses produits et services pour en apprécier la pertinence sur le marché.

C'est ainsi précisément afin d'avoir « accès à des méthodes qu'il n'aurait pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche »⁵ ainsi qu'à l'expérience du franchiseur que le franchisé s'engage dans un accord de franchise.

³ Ainsi qu'énoncé dans l'arrêt Pronuptia : « *dans un système de franchise 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 accordée, 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).

⁴ Décision de la Commission européenne du 17 décembre 1986 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (87/14/CEE) (Paragraphe 36-2).

⁵ CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GMBH cv Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, n°161/84, Paragraphe 15.

Cette parfaite connaissance du marché par le franchiseur est donc le résultat de ses propres expériences et s'acquiert traditionnellement via la vente en direct des produits et/ou services commercialisés dans son réseau de franchise, que ce soit au sein même du réseau (via ses succursales) ou dans le cadre d'une distribution parallèle (qu'elle soit digitale ou non).

La notion de réitération rendue possible grâce à la « double distribution » est donc au cœur de la franchise.

- **Fondée sur le transfert et la bonne réitération d'un savoir-faire efficient, la franchise repose sur un échange d'informations nécessaires à ce transfert et cette bonne réitération, justifié d'une part par le besoin d'assurer la réitération par le franchisé de ce savoir-faire afin que son efficacité soit maximale et d'autre part par l'obligation pour le franchiseur de l'adapter constamment à l'évolution du marché pour lui garder son efficience commerciale.**

Outre les éléments détaillés ci-avant, le savoir-faire peut également porter sur la communication de prix indicatifs à condition qu'il n'y ait pas de pratique concertée en vue de l'application effective de ce prix⁶ étant précisé que la Commission a reconnu la possibilité dans un système de franchise, tenant compte de sa spécificité, et en raison des gains d'efficience générés, de fixer des prix de vente imposés « *pour organiser une campagne de prix bas coordonnées de courte durée [...] qui profitera également aux consommateurs* »⁷.

En retour, et toujours aux fins d'améliorer le savoir-faire de l'ensemble du réseau et le rendre plus compétitif, le franchisé se doit « *de communiquer au franchiseur toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et de lui accorder, ainsi qu'aux autres franchisés, une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience* » ainsi qu'énoncé par la Commission dans le projet de Lignes directrices (Paragraphe 82 (d)).

La remontée d'informations au franchiseur a également pour but de s'assurer du respect du savoir-faire par le franchisé ; celui-ci pouvant ainsi être tenu de communiquer à son franchiseur ses inventaires et états financiers, ainsi que cela ressort de la décision Yves Rocher sus-citée, la Commission ayant considéré que « *ce droit de regard du franchiseur sur les inventaires lui permettait de prévenir le stockage indûment prolongé des produits et susceptible d'en altérer la qualité* »⁸.

L'objectif de ces échanges d'informations est donc toujours de permettre le transfert du savoir-faire du franchiseur, de s'assurer de sa bonne réitération par le réseau, et de permettre son évolution constante en vue *in fine* de satisfaire le consommateur final, qui bénéficie des avantages d'un réseau uniforme avec ceux liés à l'existence de commerçants personnellement intéressés au fonctionnement efficace de leur entreprise et d'une offre diversifiée sur un territoire

⁶ Arrêt Pronuptia : Paragraphe 25 et Décision de la Commission européenne du 17 décembre 1986 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (87/14/CEE), Paragraphe 51 : « *Les prix indicatifs figurant sur les catalogues diffusés par Yves Rocher auprès de ses franchisés sont licites dès lors que les franchisés conservent la faculté de déterminer leur prix en toute liberté [...]* »

+ CF. Article 4 (a) du projet de Règlement.

⁷ Paragraphe 182 (b) du projet de Lignes directrices.

⁸ Décision de la Commission européenne du 17 décembre 1986 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (87/14/CEE), Paragraphe 50.

La FFF souhaite donc que soit précisé dans les Lignes directrices que les échanges d'informations entre le franchiseur et ses franchisés sont exclus du champ d'application de l'article 101 Paragraphe 1 du TFUE dès lors qu'ils sont nécessaires à la transmission, la réitération, l'adaptation et/ou la protection du savoir-faire de l'enseigne suivant en cela le raisonnement tenu par la Commission s'agissant des obligations de non-concurrence pendant toute la durée de l'accord de franchise (Paragraphe 300 du projet de Lignes directrices).

- **Si la Commission venait néanmoins à considérer que la franchise relevait du nouveau régime de double distribution alors les opérateurs se heurteraient à des difficultés pouvant à terme les dissuader de recourir à ce modèle de distribution.**
- S'agissant tout d'abord de la détermination du seuil de 10%, les données concernant les parts de marché aval ne sont généralement pas disponibles et leur établissement représenterait un coût très élevé. De plus, les seuils sont fixés à un niveau qui est bas (10%, seuil applicable pour les accords de minimis).

Par ailleurs, la diversité des parts de marché locales conduirait à ce que, **dans le cadre d'un même réseau de franchise, certains contrats de franchise soient exemptés et d'autres non...**

- Au-delà du seuil de 10%, les entreprises devraient procéder à une auto-évaluation de leurs accords à l'aune des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale (qui sont également en cours de réexamen, mais dans le cadre d'un calendrier de révision ultérieur), ce qui ferait naître une situation d'insécurité juridique pour les entreprises les conduisant à engorger les services de la Commission ou plus radicalement à les dissuader de recourir au modèle pro-concurrentiel qu'est la franchise, au détriment, in fine, des consommateurs.

2. L'insertion d'une définition de la franchise dans le corps du Règlement :

Les développements précédents plaident en faveur de l'insertion d'une définition de la franchise dans le corps du Règlement ; celle-ci ne pouvant être définie en creux de la distribution exclusive et sélective et nécessitant son propre régime juridique, uniforme à l'échelle européenne.

Ainsi, si la FFF se réjouit de voir les éléments traitant de la franchise regroupés au sein du point 4.6.3 des Lignes directrices dans la partie consacrée aux « Principaux types de systèmes de distribution », **elle regrette – avec d'autres auteurs⁹ – que la Commission n'ait pas inséré la définition de la franchise dans le corps même du Règlement, à la suite de la définition de la distribution exclusive** alors même qu'elle est le seul des trois modèles principaux de distribution – reconnu comme tel par la Commission - **à ne pas bénéficier de définition dans le projet de Règlement.**

⁹ Voir Article de la Revue Concurrences n°3-2021 – Irène Luc – Vice-présidente de l'ADLC : ***« la définition de la franchise et de la distribution exclusive, systèmes de distribution en plein développement devrait figurer dans les définitions du règlement »***.

Ainsi qu'indiqué dans nos notes précédentes, nous proposons d'insérer à l'article 1 (h) 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 franchise¹⁰ 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,*
- 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 »¹¹.*

¹⁰ 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 ».

¹¹ Définition extraite du Règlement n°4087/88 du 30 novembre 1988.