

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

Note n°2, complémentaire à notre note du 15 novembre 2019.

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 78.218 magasins franchisés (+4% par rapport à 2018) en activité sur le territoire national génèrent en effet, à eux-seuls, en 2019, **un chiffre d'affaires de 68 milliards d'euros (+9,3%) et emploi 434.596 salariés¹.**

Forte de ce poids économique et de son expérience des restrictions verticales de près de 50 ans, la FFF a apporté, le 15 novembre 2019, une première contribution à la consultation actuellement menée par la Commission européenne au sujet du règlement n°330/2010.

Les observations ci-après ont vocation à étayer cette contribution en insistant sur la nécessité de préserver le modèle pro-concurrentiel qu'est la franchise dans un environnement bouleversé par les nouveaux comportements de consommation et l'émergence des plateformes.

I. Le caractère pro-concurrentiel de la franchise :

Dans son arrêt PRONUPTIA², la Cour de justice des communautés européennes (CJCE désormais CJUE) a considéré en substance que les accords de franchise avaient un effet pro-concurrentiel en ce qu'ils permettaient, via le transfert de savoir-faire, à « *des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts (...)* » (point 15) ; **avec pour conséquence une amélioration de la distribution des produits.**

▪ C'est en effet **l'efficacité du savoir-faire et la nécessité de sa bonne réitération** que la Cour a retenus pour justifier la licéité de certaines clauses au regard de l'article 101 paragraphe 1 du TFUE considérant notamment que :

*« Les clauses qui sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire transmis et l'assistance apportée par le franchiseur profitent à des concurrents ne constituent pas des restrictions de la concurrence **au sens de l'article [101 paragraphe 1]** » (point 27) ;*

¹ Etude menée par la société Diagnostic & Systems pour la FFF

² CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GMBH cv Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, n°161/84.

« 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 ne constituent pas non plus des restrictions de la concurrence au sens de l'article [101 paragraphe 1] » (point 27) (soulignements ajoutés).

La Cour de justice a ainsi considéré lesdites restrictions comme accessoires à l'accord de franchise en ce qu'elles étaient absolument nécessaires à la réalisation de son objectif à savoir la protection de l'efficacité du savoir-faire transmis.

▪ Le constat du caractère pro-concurrentiel du modèle a également été fait par la Commission dans sa décision d'exemption individuelle des contrats de franchise du réseau YVES ROCHER du 17 décembre 1986³ dans laquelle elle relève que « *le développement d'une chaîne de magasins de détail identiques renforce [d'autre part] la concurrence à l'égard des grandes chaînes succursalistes* » (point 58).

Le transfert du savoir-faire et sa réitération par le franchisé qui sont les éléments centraux de la franchise permettent ainsi à des indépendants de bénéficier de toute l'expérience du franchiseur qui a expérimenté lui-même, dans ses propres points de vente, les éléments de succès et les adaptations nécessaires de son concept commercial.

Ainsi, le franchiseur met à disposition de son franchisé pendant toute la durée de la relation de franchise, à travers son devoir d'assistance, **toutes les composantes de son savoir-faire qu'il doit en permanence faire évoluer et actualiser afin d'offrir un avantage concurrentiel à son franchisé⁴ sur son marché, via notamment les formations dispensées au sein du réseau, la mise à disposition de nouveaux outils informatiques et de nouvelles méthodes commerciales ou encore le lancement de nouveaux produits et services à distribuer.**

Cet effet bénéfique pour la concurrence a en outre été rappelé par la Commission dans son Règlement n°4087/88 du 30 novembre 1988⁵, dans les termes suivants :

« (...), les accords de franchise réservent (...) aux consommateurs et aux autres utilisateurs finals **une part équitable du bénéfice qui en résulte, du fait qu'ils combinent les avantages d'un réseau uniforme avec l'existence de commerçants personnellement intéressés au fonctionnement efficace de leur entreprise ; l'effet favorable de la franchise sur la concurrence entre marques et le fait que les consommateurs soient libres de traiter avec tout franchisé dans le réseau garantissent qu'une part raisonnable des bénéfices résultant de l'accord iront aux consommateurs** » (Point 8).

▪ Les consommateurs bénéficient donc de cet effet largement favorable de la franchise sur le marché ainsi qu'est venue l'illustrer une étude réalisée par des chercheurs du CNRS et du CREST commanditée en 2009 par la FFF dans le secteur de l'entretien rapide automobile⁶ (choisi notamment en raison de la part importante qu'il représente dans le budget des ménages français).

³ 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).

⁴ Cf. Article 1 g) du règlement 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* » (soulignements ajoutés).

⁵ Cf. Point (8) du règlement n° 4087/88 du 30 novembre 1988.

⁶ Etude des effets concurrentiels de la franchise réalisée par Marie-Laure Allain – Philippe Février – Thibault Verge (juin 2009).

✚ **Il en ressort que les franchisés permettent de diversifier l'offre aux consommateurs dans les zones géographiques où la demande est plus faible.**

Sur ce premier point, l'étude laisse apparaître que les réseaux se développent en franchise « dans des agglomérations plus petites et où la demande est moins forte ».

Cela peut s'expliquer, selon les chercheurs, « par le fait que la franchise permet d'utiliser le savoir-faire et la bonne connaissance du marché local qu'un entrepreneur indépendant peut apporter au développement de l'enseigne ».

Ils concluent en indiquant que « ce développement plus dynamique des chaînes franchisées est donc **susceptible d'élargir l'offre proposée aux habitants de ces petites agglomérations où les chaînes succursalistes ne s'installeraient pas** ».

Grâce à la réitération du savoir-faire du franchiseur dans le point de vente du franchisé, la franchise permet, sur un territoire, à des consommateurs de pouvoir bénéficier de produits et/ou services auxquels ils n'auraient pas facilement accès du fait d'une localisation géographique commercialement défavorisée. De plus, dans un contexte de dévitalisation des centres-villes et de forte concurrence des opérateurs du e-commerce, la franchise doit ainsi être appréhendée comme un levier puissant de revitalisation, de créations d'emplois et de richesses sur le territoire.

✚ **La franchise a un impact concurrentiel fort en termes de pratique de prix.**

Les chercheurs se sont ici attachés à comparer les prix pratiqués par des succursalistes et des franchisés dans le secteur de l'activité de vidange automobile.

Il résulte de leurs travaux que « les établissements franchisés sont 7 à 10% moins chers que les centres succursalistes » **sur les produits constituant le cœur de la marque** et qu'en outre, la présence dans la zone d'au moins un autre centre de la même enseigne (concurrence intra-marque) « induit une baisse des prix du centre considéré de l'ordre de 4 à 5% ».

Le rapport dispose également qu'« [il apparaît] comme logique d'autoriser aux franchiseurs de signer des contrats « plus complets » (i.e., leur donnant un plus grand contrôle) avec leurs franchisés **afin de permettre d'augmenter la qualité du service offert** ».

Ainsi, la franchise, en ce qu'elle permet, d'une part, de faire bénéficier à des entrepreneurs d'un savoir-faire auquel ils n'auraient pas facilement accès et, d'autre part, d'offrir aux consommateurs sur un territoire élargi une offre de produits et services, de qualité, à des prix compétitifs, est un modèle incontestablement pro-concurrentiel, dont il convient d'assurer la pérennité et le déploiement dans un environnement concurrentiel bouleversé.

II. La nécessité de règles adaptées aux nouveaux comportements de consommation :

▪ L'omnicanalité comme élément fondamental du savoir-faire :

Selon une enquête menée par l'Institut IPSOS en mai 2018⁷, 59% des consommateurs achètent en ligne, 60% font des recherches en ligne avant d'acheter en magasin, 27% font des recherches en magasin avant d'acheter en ligne, et les clients « omnicanaux » dépensent 3,5 fois plus que les « monocanaux ».

Face à ces nouveaux comportements des consommateurs, la plupart des réseaux de franchise ont adapté leur stratégie en proposant à leurs clients une expérience multicanale qui tend de plus en plus vers **l'omnicanalité à travers la complémentarité du digital et du point de vente physique et en encourageant la circulation du consommateur entre ces deux environnements commerciaux ; l'ensemble devant se faire dans le nécessaire respect de l'image de marque et de la réputation du réseau.**

Il ressort de la dernière l'enquête annuelle de la FFF⁸ que **97% des franchiseurs en 2018 ont développé la vente par internet**, une évolution importante depuis 2011 (+22 points sur 7 ans). **35% des franchisés disposent en outre d'un système de vente en ligne** et 71% d'entre eux réalisent des ventes via le site marchand du franchiseur.

Ces chiffres, en croissance constante, sont d'autant plus significatifs si on les compare à ceux issus d'un rapport datant de décembre 2018 sur l'état de la digitalisation des entreprises françaises⁹ **d'où il ressort que seules 11% d'entre elles se sont mises à la vente en ligne.**

Ceci est une autre illustration de l'atout pro-concurrentiel qu'est la franchise en ce qu'elle permet à des indépendants de s'adapter aux nouveaux comportements de consommation en ayant accès, via le transfert de savoir-faire et ses adaptations nécessaires à l'évolution du commerce, à la stratégie omnicanale du franchiseur.

Les modèles développés sont ainsi adaptés au savoir-faire du franchiseur et au type de produits ou services commercialisés. **Ainsi près de 9 franchiseurs sur 10 indiquent avoir mis en place des dispositifs pour répondre aux nouvelles attentes « digitales » des consommateurs tout en les incitant à se rendre en magasin par différents moyens :**

- Site du franchiseur conçu comme une plateforme de marque, présentant :
 - **L'histoire de la marque, la promesse « expérience client », les valeurs de la marque ;**
 - **Les produits, leur origine, leur fabrication ;**
 - **Les opérations promotionnelles ;**

⁷ Enquête IPSOS de mai 2018 sur « la transformation des comportements d'achats des consommateurs ».

⁸ 15^{ème} Enquête annuelle FFF – Banque populaire 2019.

⁹ Rapport sur l'état de la digitalisation des entreprises françaises – Philippe Arrou – Septembre 2018.

- **Le réseau de magasins, en valorisant la proximité et en réservant un espace à chaque magasin** : informations clés (adresse, horaires d'ouverture), services, animations commerciales, mise en avant des produits et nouveautés, prise de rendez-vous, accès aux programmes de fidélité uniformes entre internet et points de vente physiques, store locator, accès au stock en temps réel, gestion des avis-clients...;
 - **Les services de click and collect ou de book and collect** qui sont mis en place pour générer du trafic et de la conversion en point de vente.
- Campagnes marketing, avec notamment des offres personnalisées (ex. : un produit offert à l'anniversaire) ;
 - Magasins organisés sur la base d'une « expérience client » fluide et sensorielle : outils digitaux, file d'attente dématérialisée (demande sur borne, appel via écran), tablettes pour encaissement et/ou pour présentation du catalogue produits, caisses automatiques pour paiement autonome, click and collect ou book and collect sur comptoir spécial pour éviter l'attente, comptoir de dégustation gratuite...

Le « physique » et le « digital » se combinent donc pour offrir une expérience omnicanale au consommateur laquelle est désormais, dans la très grande majorité des enseignes, une composante majeure du savoir-faire.

Il est donc indispensable que les règles européennes tiennent compte de l'existant en appréhendant la notion de « savoir-faire » dans sa dimension omnicanale, et, dans la droite ligne de l'arrêt PRONUPTIA, consacrent la licéité des clauses indispensables à la préservation de ce savoir-faire.

- **La nécessité de disposer de règles appropriées :**

- ✚ **Sur la définition des ventes actives et passives :**

La Commission européenne a considéré dans ses Lignes Directrices que l'utilisation d'un site internet par les détaillants était une forme de vente passive au motif qu'il s'agissait d'un « moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur »¹⁰. (soulignements ajoutés).

Or, cette qualification du site internet et les développements relatifs à la définition des ventes actives et passives figurant aux points 51 et 52 des Lignes Directrices doivent naturellement évoluer et être précisées dans les futures Lignes Directrices pour tenir compte en 2020 des nouveaux outils digitaux qui se sont développés.

Ces outils permettent désormais une démarche active du commerçant dans le cadre d'une simple visite ou contact d'un consommateur notamment sur son site, sans pour autant que cette démarche se traduise par des actions initiées de façon volontaire par le dit commerçant.

C'est ainsi le cas des cookies qui peuvent être déposés sur les terminaux afin de permettre au commerçant d'adapter la présentation de son site aux préférences d'affichage du consommateur en fonction de son historique de navigation (langue, résolution d'affichage, système d'exploitation, etc) mais aussi de faciliter l'accès à ce dernier à des espaces réservés et personnels, **ainsi qu'à des offres personnalisées** en fonction des pages qu'il a vues, du nombre de ses visites, et de son activité.

¹⁰ Paragraphe 52 des Lignes directrices 2010/C 130/01.

C'est également le cas des données transactionnelles qui peuvent être collectées par le commerçant afin, de la même sorte, de pouvoir proposer **des sollicitations marketing ciblées à des acheteurs identifiés** notamment par le biais d'un compte-client ou d'un programme de fidélité.

La pratique des réseaux sociaux en ce qu'elle permet à des commerçants, via des contenus sponsorisés, de s'adresser à un public choisi doit également être appréhendée comme une vente active. Il en est de même des chatbots qui analysent, en temps réel, via l'intelligence artificielle, les réponses du consommateur pour personnaliser la conversation et lui proposer une offre ciblée.

Sur Internet, il est donc possible aujourd'hui grâce aux nouveaux outils de marketing digitaux, lors d'une visite d'un site marchand par un consommateur de déclencher des actions permettant au commerçant de procéder ou proposer activement à la vente des produits ou services à ce visiteur ; ce qui peut permettre à des franchisés de démarcher des consommateurs hors de leur zone d'exclusivité territoriale.

Une évolution du contenu des paragraphes 51 et 52 des Lignes Directrices précisant ce qui constitue une vente active ou une vente passive est nécessaire à l'aune de l'évolution des techniques et des pratiques digitales depuis 2010.

 Sur l'interdiction de la revente via des plateformes tierces :

Les Lignes Directrices prévoient à ce sujet 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*** »¹¹.

L'arrêt COTY¹² du 6 décembre 2017 a ainsi énoncé que la revente de produits de luxe par les distributeurs agréés d'un réseau de distribution sélective, via des plateformes tierces visibles, pouvait être interdite par le fournisseur pour préserver l'image de luxe de ces produits.

Dans la droite ligne de l'arrêt COTY, la FFF soulignait en novembre 2019 l'importance pour le franchiseur de pouvoir contrôler l'accès à ses franchisés à ces plateformes tierces **si la protection de l'image de marque de ses produits ou services, la réputation de sa marque ou la réitération de son savoir-faire le justifiait.**

De plus, ainsi que nous l'avons vu plus avant, à l'heure du marketing ciblé, **la connaissance fine du parcours-client qui procède d'une maîtrise de la donnée-client est une composante majeure du savoir-faire des réseaux.**

Or il va de soi qu'en cas de revente de produits ou services via une plateforme tierce, **c'est celle-ci qui collecte les données clients pour potentiellement les exploiter ensuite massivement soit dans le cadre d'une activité commerciale concurrente soit en revendant ces données à des tiers potentiellement concurrents, et en tout cas au détriment de l'ensemble du réseau.**

¹¹ Paragraphe 54 des Lignes directrices 2010/C 130/01.

¹² CJUE, 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH vs Parfümerie Akzente GmbH, C-230/16.

Ainsi, les plateformes – conglomérats pour la plupart – profitent des investissements réalisés par les réseaux (franchiseurs et franchisés), qui représentent un tissu de PME¹³, pour s'accaparer les données de clients attachés à l'enseigne et ainsi être en mesure de leur proposer une offre ciblée en temps réel ; ce qui pourrait avoir pour effet d'évincer, à moyen terme, certains réseaux du marché.

La protection des réseaux contre cette appropriation de la data par les plateformes, qui agissent en « passagers clandestins », est donc l'enjeu de la décennie à venir.

Or ainsi que la Cour, dans l'arrêt PRONUPTIA, consacrait la licéité des clauses de non-concurrence inhérentes à la préservation du savoir-faire « offline » en 1986, ces règles doivent être adaptées aux enjeux contemporains en étendant cette protection au savoir-faire « online » en 2020.

L'actualité récente est toutefois rassurante en ce sens que le législateur - tant français qu'européen - semble avoir intégré les risques concurrentiels de cette collecte et exploitation de données massives de la part des plateformes sur le long terme.

Ainsi, partant du constat que « *le modèle d'affaires des principales plateformes numériques repose sur des effets de réseau massifs, (...) la collecte et l'exploitation des données massives et des cycles d'innovation particulièrement courts qui permettent une croissance rapide et à l'échelle mondiale* » et qu'elles « *favorisent l'acquisition de positions dominantes, voire de monopoles, et la constitution de grands conglomérats mondiaux*, le Sénat a adopté le 19 février 2020 une proposition de loi visant à garantir le libre-choix du consommateur dans le cyberspace¹⁴.

Dans une contribution en date du 21 février 2020, l'Autorité de la concurrence française a également stigmatisé le comportement de plateformes qui pourrait s'avérer problématique, selon elle, du point de vue du droit de la concurrence en ce qu'il visait à utiliser les données « *sur un marché dominé pour en rendre l'accès plus difficile* »¹⁵.

Ces éléments s'inscrivent dans la parfaite continuité d'un rapport rédigé conjointement par les autorités de concurrence française et allemande¹⁶ et plus récemment de la Communication de la Commission du 19 février 2020¹⁷.

Les autorités semblent parfaitement conscientes que les avantages qu'offrent, à court terme, ces plateformes, en termes éventuellement de prix et de qualité de service mais surtout d'offre illimitée de produits doivent être contrebalancés avec les impacts négatifs que leur position dominante sur les marchés va générer à moyen terme pour les consommateurs.

¹³ 15^{ème} Enquête annuelle FFF – Banque populaire 2019 : un franchisé emploie en moyenne 7,3 salariés en équivalent temps plein.

¹⁴ Proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace.

¹⁵ Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques du 19 février 2020.

¹⁶ Rapport conjoint de l'Autorité de la concurrence et du Bunderkartellamt « Droit de la concurrence et données » du 10 mai 2016 ; soulignant le fait que « *grâce à leur taille, aux circuits numériques qu'elles empruntent ainsi qu'aux appareils qui sous-tendent leurs interactions avec le marché, les entreprises en ligne collectent souvent plus de données que leurs homologues en dur* », les autorités considèrent en outre que celles-ci sont mieux à même d'utiliser ces données dans des délais rapides « *grâce à des processus automatisés, par exemple à des fins publicitaires ou de recommandation* » (soulignements ajoutés).

¹⁷ Communication de la Commission « Une stratégie européenne pour les données » du 19 février 2020 : « *un petit nombre d'acteurs peuvent accumuler de grands volumes de données, acquérant ainsi, grâce à la richesse et la diversité des données qu'ils détiennent, des connaissances et des avantages concurrentiels importants* ».

Dès lors, la protection nécessaire des réseaux de franchise au regard d'une part de l'image de marque de leurs produits et services, de la réputation de leur marque et d'une bonne réitération de leur savoir-faire et d'autre part de la connaissance du parcours-client des consommateurs attachés aux produits ou services commercialisés au sein du réseau rend indispensable que le paragraphe 54 des Lignes Directrices prévoit dans sa prochaine version la possibilité pour le franchiseur d'interdire à ses franchisés la revente des produits, objet du concept, via ces plateformes tierces.

✚ La nécessité renouvelée de voir intégrer une définition de la franchise dans le Règlement :

Ces éléments tendent à démontrer **la consistance du savoir-faire** des réseaux de franchise qui fait leur singularité dans un marché de la distribution polarisé entre les opérateurs intégrés et les plateformes ; qui justifie qu'une **définition de franchise en lien avec le transfert et la réitération du savoir-faire** soit insérée dans le Règlement, ainsi que le développait la FFF **dans sa précédente note**

Cette définition sécuriserait ainsi les réseaux de franchise - dont la colonne vertébrale est la transmission d'un véritable savoir-faire - en leur offrant un cadre juridique propre et uniforme à l'échelle européenne en coexistant avec les autres formes de restrictions que sont la distribution sélective et l'exclusivité.

*

**