

La double distribution et les plateformes hybrides : nouvelles limites pour les franchiseurs

1. Introduction

1. Le 1 juin 2022, le nouveau Règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux ('*Vertical Block Exemption Regulation*' ou "**VBER**") est entré en vigueur. Les lignes directrices sur les restrictions verticales ("lignes directrices verticales") ont été finalisées le 30 juin 2022. Les versions précédentes dataient de 2010.

Avec le nouveau VBER, la Commission européenne ("**Commission**") introduit certaines restrictions et clarifications pour les relations verticales, en particulier pour la double distribution.

Ces changements peuvent avoir des implications pratiques importantes pour le secteur de la franchise.

2. Le droit européen de la concurrence et les accords verticaux

2. L'article 101(1) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("**TFUE**") interdit les accords entre entreprises qui restreignent la concurrence dans le Marché intérieur ('l'interdiction de cartel').

3. Toutefois, tous les accords anticoncurrentiels entre entreprises ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction. Certains accords peuvent, à titre individuel et sous certaines conditions, être autorisés en vertu de l'article 101(3) TFUE ou bénéficier d'une sphère de sécurité en vertu d'un règlement d'exemption par catégorie. Une telle exemption est possible si les avantages économiques de ces accords l'emportent sur leurs effets négatifs sur la concurrence.

4. Il convient également de noter que la Commission considère que certains accords "d'importance mineure" sont réputés ne pas enfreindre l'article 101(1) TFUE - comme le prévoit la communication *de minimis*.

Les accords verticaux – *i.e.* les accords conclus entre des entreprises opérant à différents niveaux de la chaîne d'approvisionnement (tels que les contrats de franchise) – seront considérés comme 'd'importance mineure' si (i) la part de marché détenue par chacune des entreprises qui y sont parties ne dépasse pas 15 % de tout marché pertinent affecté par l'accord (10% si les entreprises sont concurrentes) et (ii) que l'accord ne contient pas de restrictions 'par objet' (notamment les 'hardcore restrictions' ou 'restrictions caractérisées' telles que la fixation des prix, répartition du marché ou la limitation de la production).

Les accords entre franchiseurs et franchisés tombant sous lesdits seuils ne tombent donc en principe pas sous l'interdiction de l'article 101(1) TFUE.

5. Si les seuils de *de minimis* sont dépassés, les accords verticaux tomberont souvent sous le coup du VBER. Les lignes directrices verticales visent à aider les entreprises à déterminer elles-mêmes si leurs accords relèvent du TFUE ou s'ils sont toujours autorisés en vertu de l'article 101(3) TFUE.

En vertu du VBER, certaines catégories accords verticaux peuvent être automatiquement exemptées de cette interdiction sous réserve que les conditions transversales suivantes soient remplies:

- i. la part de marché combinée des parties à l'accord n'excèdent pas 30 % sur le(s) marché(s) pertinent(s);
- ii. l'accord ne contient pas de restrictions caractérisées.

En outre, certaines dispositions spécifiques de ces accords peuvent également bénéficier de l'exemption, comme certaines clauses de non-concurrence.

Les accords de franchise restent exemptés pour autant qu'ils remplissent les conditions du VBER. En outre, certaines dispositions essentielles d'un accord de franchise, telles que celles visant à préserver l'identité et la réputation du réseau ou à protéger le transfert de savoir-faire par le franchiseur, restent également autorisées par le droit de la concurrence.

Cependant, le nouveau VBER ajoute certaines restrictions spécifiques aux relations entre franchiseurs et franchisés.

3. Les accords de double distribution

6. Dans le contexte du franchisage, les accords de double distribution couvrent les situations dans lesquelles un franchiseur vend ses biens (ou services) non seulement par l'intermédiaire de franchisés, mais aussi directement aux utilisateurs finals par le biais de ses propres canaux de distribution.

Le franchiseur est donc en concurrence directe avec ses franchisés sur le marché en aval, ce qui, pour la Commission, comporte certains risques pour la concurrence, notamment en ce qui concerne l'échange d'informations sensibles entre les parties concernées. De tels échanges sont - sous certaines conditions - autorisés dans les relations verticales, mais en principe interdits dans les relations entre concurrents (relations dites "horizontales").

Cette zone d'incertitude juridique a été corrigée par la Commission.

Le régime actuel exclut donc les accords verticaux entre concurrents de l'exemption du VBER, mais prévoit cependant une exemption (limitée) pour certains accords de double distribution:

- Concernant la vente de produits: si le fournisseur (ou franchiseur) est actif en amont et en aval, et que l'acheteur (ou franchisé) n'est pas un concurrent du fournisseur en amont; ou
- Concernant la fourniture de services: si le fournisseur (ou franchiseur) est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, et que l'acheteur (ou franchisé) fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas un concurrent du fournisseur (ou franchiseur) au stade de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

Uniquement dans ces hypothèses-là, les accords de double distribution seront en principe exemptés.

4. Limite supplémentaire : l'échange d'informations dans la double distribution

7. En ce qui concerne la double distribution, les franchiseurs pouvaient, sous l'ancien VBER, échanger des informations avec leurs franchisés tant que cela n'aboutissait pas à une restriction caractérisée de la concurrence.

L'article 2(5) du nouveau VBER limite désormais explicitement l'échange d'informations entre franchiseurs et franchisés aux informations directement liées à la mise en œuvre de l'accord de franchise ou nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels.

La Commission souligne que l'appréciation d'un certain échange d'information peut dépendre du modèle particulier de distribution (par exemple, la distribution dans le cadre d'un accord de franchise). En conséquence, les exigences particulières d'un système de distribution peuvent être prises en compte, par exemple le besoin d'uniformité dans un système de franchise.

8. A cet égard, les Lignes directrices verticales clarifient la portée de l'exemption en listant certains types d'échange d'informations susceptibles de bénéficier de l'exemption (ladite 'liste blanche') (liste non exhaustive) notamment:

- a) des informations techniques relatives aux biens ou services contractuels, y compris les informations relatives à l'enregistrement, à la certification, à la manutention, à l'utilisation, à l'entretien, à la réparation, à la mise à niveau ou au recyclage des biens ou services contractuels, notamment lorsque ces informations sont nécessaires pour se conformer aux mesures réglementaires, et les informations qui permettent au fournisseur ou à l'acheteur d'adapter les biens ou services contractuels aux exigences du client;
- b) des informations logistiques relatives à la production et à la distribution des biens ou services contractuels en amont ou en aval, y compris les informations relatives aux processus de production, à l'inventaire et aux stocks et, aux volumes de vente et aux retours;
- c) des informations relatives aux achats par les clients des biens ou services contractuels, aux préférences des clients et au retour d'information des clients, pour autant que l'échange de ces informations ne soit pas utilisé pour restreindre le territoire sur lequel, ou les clients auxquels, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels;
- d) des informations relatives aux prix auxquels les biens ou services contractuels sont vendus par le fournisseur à l'acheteur;
- e) des informations relatives aux prix de vente recommandés du fournisseur ou aux prix de vente maximaux des biens ou services contractuels et des informations relatives aux prix auxquels l'acheteur revend les biens ou services, pour autant que l'échange de ces informations ne soit pas utilisé pour restreindre la capacité de l'acheteur à déterminer son prix de vente ou pour imposer un prix de vente fixe ou minimal;
- f) des informations relatives à la commercialisation des biens ou services contractuels, y compris les informations sur les campagnes de promotion et les informations sur les nouveaux biens ou services à fournir en vertu de l'accord vertical;

- g) des informations relatives à l'exécution du contrat, y compris les informations agrégées communiquées par le fournisseur à l'acheteur en ce qui concerne les activités de marketing et de vente d'autres acheteurs des biens ou services contractuels, pour autant que cela ne permette pas à l'acheteur d'identifier les activités de certains acheteurs concurrents, ainsi que des informations relatives au volume ou à la valeur des ventes des biens ou services contractuels réalisées par l'acheteur par rapport à ses ventes de biens ou services concurrents.

Cependant, l'échange d'informations qui tomberaient dans la 'liste noire' (liste non exhaustive), ne sera généralement pas exempté:

- a) des informations relatives aux prix futurs auxquels le fournisseur ou l'acheteur a l'intention de vendre les biens ou services contractuels en aval;
- b) des informations relatives aux utilisateurs finals identifiés des biens ou services contractuels, sauf si l'échange de ces informations est nécessaire:
 - i. pour permettre au fournisseur ou à l'acheteur de satisfaire aux exigences d'un utilisateur final particulier, par exemple pour adapter les biens ou services contractuels aux exigences de l'utilisateur final, pour accorder à l'utilisateur final des conditions particulières, y compris dans le cadre d'un programme de fidélisation de la clientèle, ou pour fournir des services de prévente ou des services d'après-vente, y compris des services de garantie,
 - ii. pour mettre en œuvre ou contrôler le respect d'un accord de distribution sélective ou d'un accord de distribution exclusive en vertu duquel des utilisateurs finals particuliers sont alloués au fournisseur ou à l'acheteur;
- c) des informations relatives aux biens vendus par un acheteur sous sa propre marque, échangées entre l'acheteur et un fabricant de produits de marque concurrente, à moins que le fabricant ne soit également le producteur de ces produits sous marque propre.

5. La double tarification ('dual pricing')

9. De plus, le nouveau VBER et les Lignes directrices verticales élargissent les situations où les fournisseurs, en ce compris les franchiseurs s'ils sont également fournisseurs, peuvent facturer des prix de gros différents pour un produit vendu en ligne par rapport à celui vendu en magasin, lorsque la différence de prix de gros est raisonnablement liée aux différences d'investissements et de coûts supportés par l'acheteur (franchisé) pour réaliser des ventes dans chaque canal.

En outre, si les parties sont libres de mettre en place un système leur permettant d'appliquer efficacement le double affichage des prix (par exemple, en contrôlant quels articles sont effectivement vendus en ligne ou hors ligne aux fins de la facturation a posteriori), un tel système ne doit pas limiter la quantité de produits que l'acheteur (franchisé) peut vendre en ligne.

Cette nouvelle règle vise à encourager et récompenser les investissements réalisés dans les canaux de vente, que ce soit en ligne ou en magasin. Il est important de noter que les parties impliquées n'ont pas l'obligation de réaliser des calculs de coûts compliqués ni de partager des informations détaillées sur les coûts pour justifier ces différences de tarification.

Ces changements sont importants car ils marquent un virage par rapport aux règles antérieures, qui mettaient davantage l'accent sur la protection des ventes en ligne.

6. Exclusion des plateformes hybrides de la zone de sécurité

10. Enfin, le nouveau VBER introduit des règles concernant les plateformes en ligne dans l'économie numérique. Ces plateformes, appelées "*fournisseurs de services d'intermédiation en ligne*" (*'online intermediation services'* ou "OIS"), facilitent les transactions entre entreprises ou consommateurs en permettant la vente de produits en ligne. Les OIS englobent les places de marché en ligne, les magasins d'applications et les médias sociaux en ligne. Les plateformes de vente en ligne mises à disposition du réseau par un franchiseur tombent dans la définition d'OIS.

En pratique, les réseaux de franchise autorisent souvent les franchisés à commercialiser et/ou à vendre des produits et services aux consommateurs via la plateforme du franchiseur.

Si le franchiseur, fournisseur de la plateforme, joue à la fois le rôle d'intermédiaire et de concurrent sur le marché de vente des biens ou services proposés, par exemple un franchiseur qui vend ses propres produits sur la plateforme mise à disposition du réseau, le contrat de franchise impliquant cette situation de 'plateforme hybride' devra être évalué au cas par cas et ne pourra pas automatiquement être exempté en vertu du VBER.

De même, les restrictions imposées par le franchiseur, fournisseur de la plateforme concernant les prix, les territoires ou les clients sont en principe interdites. Un franchiseur ne peut donc pas restreindre la liberté du franchisé de fixer ses prix (le cas échéant de pratiquer des prix différents online et hors ligne).

Les Lignes directrices verticales indiquent cependant qu'il est peu probable que la Commission fasse une priorité de ces situations si l'accord (de franchise) ne contient pas de restrictions caractérisées et que la plateforme ne jouit pas d'un pouvoir de marché significatif.

7. Conséquences pratiques pour le secteur de la franchise

11. Les nouvelles règles verticales de l'UE apportent des changements importants au cadre juridique existant, nécessitant une révision des accords de franchise et de distribution pour les entreprises et de leur comportement sur le marché.

Les franchiseurs et les franchisés doivent être attentifs à plusieurs points clés :

i. L'échange d'informations en double distribution

- Le nouveau VBER vient mettre une limite aux échanges d'informations entre franchiseurs et franchisés agissant dans le cadre d'un modèle de double distribution.
- Les Lignes directrices verticales fournissent une liste 'blanche' d'informations qui peuvent être échangées et une liste 'noire' qui ne peuvent être échangées. Ces listes d'informations sont non exhaustives.

- L'échange de certaines informations, telles que les prix futurs, les utilisateurs finals identifiés, ou des informations relatives aux biens vendus par un acheteur sous sa propre marque, échangées entre l'acheteur et un fabricant de produits de marque concurrente, à moins que le fabricant ne soit également le producteur de ces produits sous marque propre, est donc généralement peu susceptible d'être exempté.
- Les précautions, telles que l'agrégation des données ou l'utilisation de pare-feu, peuvent aider à minimiser les risques concurrentiels, mais elles ne garantissent pas automatiquement une exemption.

ii. **Double tarification**

- Un franchiseur peut désormais fixer des prix de gros différents pour les ventes en ligne et hors ligne réalisées par le même franchisé, pour autant que la différence de prix soit raisonnablement liée aux investissements requis et aux différences de coûts par canal du franchiseur.
- La différence de prix de gros pour les ventes en ligne et hors ligne ne doit pas avoir pour objet de restreindre les ventes transfrontalières ou d'empêcher les ventes en ligne par le franchisé.

iii. **Plateformes d'intermédiation en ligne**

- Les réseaux de franchise autorisent souvent les franchisés à commercialiser et/ou à vendre des produits et services aux consommateurs via le site web principal du franchiseur.
- Dans ce cas, les franchiseurs sont considérés comme des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne qui ont une fonction hybride et ne peuvent pas bénéficier de l'exemption (limitée) du VBER applicable à la double distribution en ce qui concerne les accords qu'ils concluent en tant que fournisseurs d'OIS.
- Ces accords ne relèvent pas du VBER et doivent être évalués au cas par cas: les aspects horizontaux seront analysés sur base des Lignes directrices horizontales, tandis que les Lignes directrices verticales fourniront des orientations sur l'évaluation des restrictions verticales.
- De plus, dans ce types d'accords, les restrictions imposées par la plateforme (le franchiseur) qui sont liées aux prix, aux territoires et aux clients sont en principe interdites.
- Cela a donc pour effet d'exclure du champ d'application du VBER ce type d'activité hybride d'e-commerce au sein des réseaux de franchise.

Marie Canivet et Raphaël Brochier

Avocats – Osborne Clarke

