

ÉTUDE SUR LES MESURES DESTINÉES À TRAITER L'INTERFACE  
ENTRE LA LÉGISLATION ANTITRUSTS ET LES ACCORDS  
DE FRANCHISE

*établie par le Secrétariat*

## I. INTRODUCTION

La présente étude a été établie sur la base des réponses au questionnaire sur les mesures destinées à traiter l'interface entre la législation antitrusts et les accords de franchise (ci-après – le “questionnaire”). Le questionnaire a été établi par le Secrétariat dans le cadre du projet thématique relatif à la propriété intellectuelle et à la politique en matière de concurrence, tel qu'il a été révisé et approuvé par le Comité du développement et de la propriété intellectuelle à sa quatrième session tenue à Genève du 16 au 20 novembre 2009<sup>1</sup>.

Au 1<sup>er</sup> mars 2011, 29 (vingt-neuf)<sup>2</sup> États membres avaient répondu au questionnaire (ci-après – les “pays ayant répondu au questionnaire”). La description et l'analyse des réponses reçues des pays ayant répondu au questionnaire (ci-après – les “réponses”) sont présentées ci-dessous dans la présente étude.

## II. DESCRIPTION ET ANALYSE DES RÉPONSES FOURNIES PAR LES PAYS AYANT RÉPONDU AU QUESTIONNAIRE

### A. Lois nationales régissant les accords de franchise (se reporter à la Question 2)

#### ENCADRÉ I – QU'EST-CE QU'UN “ACCORD DE FRANCHISE”?

##### DÉFINITION ET CONTEXTE.

Il s'agit d'un type particulier de relation verticale entre deux entreprises généralement désignées sous les termes de “franchiseur” et de “franchisé”. Les deux entreprises établissent en général un lien contractuel par le biais duquel le franchiseur vend un produit, une marque ou une méthode commerciale qui a fait ses preuves et les services accessoires au franchisé contre un flux de redevances et autres paiements. La relation contractuelle peut couvrir des domaines comme les prix des produits, la publicité, l'emplacement, le type de points de distribution, la zone géographique, etc. Les accords de franchise relèvent généralement des lois relatives à la concurrence, en particulier des dispositions traitant des restrictions verticales (pour de plus amples détails, voir également l'encadré III de la présente étude). Les accords de franchise peuvent faciliter l'accès au marché de nouvelles entreprises et/ou produits et renforcer les avantages dont ils bénéficient. Toutefois, dans certains cas, les accords de franchise peuvent aussi limiter la concurrence.

Sources :

OCDE Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence, qui peut être consulté à l'adresse : <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.

Informations de la Fédération européenne de la franchise (European Franchise Federation/EFF), à consulter à l'adresse :

<http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique6>.

<sup>1</sup> La présente étude est réalisée sur la base d'un document établi par Mme Kristina Janušauskaitė et révisé par M. Giovanni Napolitano.

<sup>2</sup> Les pays ayant répondu au questionnaire sont les suivants : Algérie, Australie, Bulgarie, Chili, Chypre, République tchèque, Allemagne, Hongrie, Irlande, Japon, Kirghizistan, République de Corée, Liban, Lituanie, Madagascar, Mexique, République de Moldova, Monaco, Pays-Bas, Rwanda, Serbie, Slovaquie, Suède, République arabe syrienne, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Ukraine, Royaume-Uni, États-Unis d'Amérique.

Dans la législation nationale de la plupart des pays ayant répondu au questionnaire, les accords de franchise sont régis par le droit général des contrats. Par conséquent, les modalités de franchisage et (ou) les catégories de franchisés qui sont exemptées ou exclues du champ d'application de la loi ou du code en question figurent dans les dispositions contractuelles nationales qui font partie des codes civils nationaux ou d'autres textes législatifs civils, dont les textes relatifs aux droits de propriété intellectuelle. Concernant les codes volontaires, quelques pays ayant répondu au questionnaire ont évoqué un code de déontologie<sup>3</sup> qui a été adopté ou promu par les associations nationales de la franchise.

Le tableau 1 contient les références à la législation nationale et (ou) aux codes volontaires, telles qu'elles ont été communiquées par les pays ayant répondu au questionnaire.

Tableau 1

N°	État membre	Loi nationale régissant les accords de franchise	Codes de conduite/pratique volontaires concernant le franchisage
1	Algérie	En cours d'élaboration par le gouvernement	-
2	Australie	Règlement sur les pratiques commerciales (Codes de l'industrie -franchisage) de 1998, Règlement sur les pratiques commerciales (Codes de l'industrie – code pétrolier) de 2006 (s'applique aux franchisés dans le secteur pétrolier en aval), et Loi de 1974 sur les pratiques commerciales	Règlement sur les pratiques commerciales (Codes de l'industrie -franchisage) de 1998, Règlement sur les pratiques commerciales (Codes de l'industrie – code pétrolier) de 2006 (s'applique aux franchisés dans le secteur pétrolier en aval), et Loi de 1974 sur les pratiques commerciales
3	Bulgarie	Loi bulgare sur le commerce, Loi sur les marques et les indications géographiques et Loi sur les dessins et modèles industriels (recouvre les dispositions réglementaires générales sur les accords de licence)	Code de déontologie de l'association bulgare de la franchise
4	Chili	-	-
5	Chypre	Droit des contrats, législation relative à la propriété intellectuelle et droit européen	-
6	République tchèque	Pas de loi spécifique	L'association tchèque de la franchise s'emploie à promouvoir le Code de déontologie européen de la franchise

<sup>3</sup> Peut être consulté à l'adresse : <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13>.

7	Allemagne	Pas de loi spécifique	Le Code de déontologie européen de la franchise adopté par l'association allemande de la franchise "Deutscher Franchise Verband e.V."
8	Hongrie	Code civil hongrois (droit général des contrats)	Le Code de déontologie européen de la franchise adopté par l'association hongroise de la franchise
9	Irlande	Pas de loi spécifique	-
10	Japon	Pas de loi spécifique	-
11	Kirghizistan	Code civil, deuxième partie, chapitre 44 relatif aux activités commerciales complexes (franchisage)	-
12	République de Corée	Législation applicable à la franchise (Fair Franchise Transaction Act -FFTA) et son décret d'application	-
13	Liban	Pas de loi spécifique	-
14	Lituanie	Code civil, chapitre XXXVII, vol. 6	-
15	Madagascar	Pas d'information	-
16	Mexique	Loi sur la propriété industrielle, articles 2(VII), 136 à 142bis3, 213, 214;  Règlement d'application de la loi relative à la propriété industrielle, articles 10, 11, 12 et 65 (la notion d'"accord de franchise" est limitée à l'octroi de licence pour l'utilisation de la marque qui transfère le savoir-faire technique)	-
17	République de Moldova	Code civil (n° 117 du 6 juin 2002), chapitre XXI sur le franchisage;  Loi n° 1335-XIII sur le franchisage	-
18	Monaco	Pas de loi spécifique	-
19	Pays-Bas	Code civil (couvert par le droit général des contrats)	-
20	Rwanda	Pas de loi spécifique (les dispositions générales relatives à l'octroi de licences dans le cadre des lois de propriété intellectuelle s'appliquent)	-
21	Serbie	Pas de loi spécifique (possibilité d'appliquer le droit des contrats et les règles de la responsabilité civile)	-

22	République arabe syrienne	Loi n° 8 de 2007 sur les marques, signes géographiques, dessins et modèles industriels et la concurrence déloyale;  Loi n° 47 de 1946 sur la protection du commerce et de la propriété industrielle	-
23	Slovaquie	Pas d'informations spécifiques	-
24	Suède	Loi n° 484 du 01/10/2006 sur le devoir d'information du franchiseur	-
25	Thaïlande	Code civil et commercial (livre I sur les principes généraux et livre II sur les obligations) (droit général des contrats)	-
26	Trinité-et-Tobago	Droit général des contrats	-
27	Royaume-Uni	Pas de loi spécifique	-
28	Ukraine	Code économique de l'Ukraine – chapitre 36 sur l'utilisation dans le cadre d'une activité commerciale des droits d'autres sujets économiques (concession commerciale), articles 366-376;  Code civil de l'Ukraine – chapitre 76 sur la concession commerciale (articles 1115-1129)	-
29	États-Unis d'Amérique	Lois fédérales et des États sur l'enregistrement et la divulgation de franchises; lois des États sur le franchisage; lois fédérales et des États sur les possibilités commerciales.	Code de déontologie de l'Association internationale de la franchise (IFA)

## B. Législation nationale antitrust (se reporter à la Question 3)

Les pays ayant répondu au questionnaire ont dressé la liste des lois nationales traitant des pratiques anticoncurrentielles dans leur pays respectif, à l'exception du Liban, de Monaco, de la Slovaquie et de Trinité-et-Tobago. La plupart ont indiqué que les lois antitrust nationales régissaient les accords de franchise dans la mesure où elles couvraient les pratiques anticoncurrentielles concernant de manière générale les accords verticaux.

Les États membres de l'Union européenne ont mentionné l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après – le "Traité CE") qui traite des accords de franchise, et en particulier la partie 3 de l'article 101.

### ENCADRÉ II – ARTICLE 101 DU TRAITÉ CE

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :
  - a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;
  - b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;
  - c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;
  - d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
  - e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.
3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
  - i) à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises;
  - ii) à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises; et
  - iii) à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Source :

La version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne peut être consultée à l'adresse suivante :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:FR:PDF>.

Les accords de franchise contenant des dispositions anticoncurrentielles ou déployant des effets anticoncurrentiels peuvent être exemptés au niveau européen en vertu du “Règlement d’exemption par catégorie” de la Commission européenne (ci-après – le “Règlement d’exemption par catégorie de l’UE”) et de la Communication de la Commission qui l’accompagne et contient les Lignes directrices sur les restrictions verticales.

**ENCADRÉ III – RÈGLEMENT D’EXEMPTION PAR CATÉGORIE, ACCORDS VERTICAUX, RESTRICTIONS VERTICALES ET LIGNES DIRECTRICES SUR LES RESTRICTIONS VERTICALES (Loi sur la concurrence de l’UE)**

Règlement d’exemption par catégorie : règlement édicté par la Commission ou par le Conseil conformément à l’article 101.3) du Traité CE, qui précise les conditions selon lesquelles certains types d’accords sont exemptés de l’interdiction d’accords restrictifs inscrite à l’article 101.1) du Traité CE. Lorsqu’un accord remplit les conditions établies dans un règlement d’exemption par catégorie, une notification individuelle de cet accord n’est pas nécessaire : l’accord est automatiquement valable et applicable. Des règlements d’exemption par catégorie existent, par exemple, pour les accords verticaux, les accords de recherche et développement, les accords de spécialisation, les accords de transfert de technologie et les accords de distribution automobile. Deux règlements d’exemption par catégorie sont actuellement en vigueur : celui sur les accords de transfert de technologie (Règlement (CE) n° 772/2004) et celui sur les accords de recherche et développement (Règlement (CE) n° 2659/2000).

Accord vertical : accord ou pratique concerté entre deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l’accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concerne les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services.

Restriction verticale : concerne certains types de pratiques mises en œuvre par des fabricants ou des fournisseurs dans le cadre de la revente de leurs produits. Les pratiques habituelles adoptées à cet égard sont le maintien du prix de revente (voir également l’encadré VII de la présente étude), les contrats d’exclusivité et l’exclusivité territoriale ou les restrictions de marché géographique. Au sens d’un contrat d’exclusivité et/ou d’une exclusivité territoriale, un distributeur donné est le seul à obtenir d’un fabricant les droits pour commercialiser le produit. La question de savoir si cela confère un pouvoir monopolistique au distributeur fait actuellement l’objet d’un intense débat dans la littérature économique. Généralement, le pouvoir de marché du distributeur est limité par la concurrence entre les marques. D’ordinaire, l’objectif du fabricant est d’offrir des incitations au distributeur pour qu’il assure la promotion du produit et fournisse un meilleur service aux clients.

Lignes directrices sur les restrictions verticales : texte interprétatif adopté par la Commission en vue de faciliter l’application des règles de concurrence et d’assurer la transparence et la certitude juridique en ce qui concerne la pratique administrative de la Commission. Ces textes portent parfois également le nom de lignes directrices et sont publiés dans le Journal officiel des communautés européennes.

Sources :

Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. JO L 142 du 23.04.2010. Peut être consulté à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=JO:L:2010:102:0001:0007:FR:PDF>.

Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01). JO C 130/1 du 19 mai 2010. Peuvent être consultées à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=JO:C:2010:130:0001:0046:FR:PDF>.

*Glossaire des termes de concurrence* (© Commission européenne). Peut être consulté à l'adresse : [http://www.concurrences.com/article.php3?id\\_article=12252&lang=en](http://www.concurrences.com/article.php3?id_article=12252&lang=en).

OCDE Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence. Peut être consulté à l'adresse : <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.

Le tableau 2 présente les références détaillées aux lois nationales antitrusts. Il indique également si les lois antitrusts régissent les accords de franchise et dans quelle mesure.

Tableau 2

N°	État membre	Loi nationale antitrusts	Régit les accords de franchise (oui/non) <sup>4</sup>
1	Algérie	Ordonnance sur la concurrence (N° 03-03 du 19 juillet 2003)	Non (pas d'autre explication)
2	Australie	Loi de 1974 sur les pratiques commerciales	Oui. La loi régite le comportement dans le cadre des relations entre franchiseur et franchisé :  pratiques déloyales, y compris les conduites de nature à induire en erreur (Partie V de la Loi);  conduite inadmissible (Partie IVA de la Loi);  pratiques anticoncurrentielles (Partie IV de la Loi).
3	Bulgarie	Loi bulgare sur la protection de la concurrence	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE.

<sup>4</sup> Les commentaires formulés dans leurs réponses par les pays ayant répondu au questionnaire sont également reproduits.

4	Chili	Loi sur la concurrence	Oui. Les accords de franchise peuvent être considérés comme des accords verticaux.
5	Chypre	Règlement d'exemption par catégorie de 1998 relatif aux accords de franchise (remplacé par le Règlement d'exemption par catégorie sur les restrictions verticales de 2000 (Reg. 365/2000))	Oui. La loi recouvre les pratiques anticoncurrentielles générales (les accords de franchise ne sont pas spécifiquement mentionnés).
6	République tchèque	Loi sur la protection de la concurrence n° 143/2001	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE.
7	Allemagne	Loi contre les restrictions de la concurrence	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE.
8	Hongrie	Loi hongroise sur la concurrence	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE.
9	Irlande	Loi sur la concurrence de 2002	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE.
10	Japon	Loi sur l'interdiction des monopoles privés et la lutte contre les pratiques déloyales dans le commerce (Loi n° 54 du 14 avril 1947)	Oui. Les accords de franchise peuvent être évalués s'ils ne contiennent pas de "pratiques commerciales déloyales".
11	Kirghizistan	Loi relative à la "limitation de l'activité monopolistique, au développement et à la protection de la concurrence"	Oui. Remarque : les conditions anticoncurrentielles dans les accords de franchise peuvent être évaluées selon le Code civil.
12	République de Corée	Fair Franchise Transaction Act (FFTA), articles 12-13	-
13	Liban	Pas d'information	-

14	Lituanie	Loi sur la concurrence	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE.
15	Madagascar	Loi n° 2005-020 du 17 octobre 2005 sur la concurrence, articles 13 à 27	Oui. Pas d'explication spécifique.
16	Mexique	Loi fédérale sur la concurrence économique du 22 juin 1993	Non
17	République de Moldova	Loi sur la protection de la concurrence n° 1103-XIV du 30 juin 2000, chapitre I	Oui. Les accords anticoncurrentiels peuvent également couvrir les accords de franchise (art. 7 de la Loi sur la protection de la concurrence)
18	Monaco	Pas d'information	-
19	Pays-Bas	Loi sur la concurrence	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE.
20	Rwanda	Loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs	Non
21	Serbie	Droit des contrats et règles de la responsabilité civile	Oui. Les dispositions générales de cette législation peuvent être appliquées.
22	République arabe syrienne	Loi syrienne sur la concurrence et antimonopole n° 7 de 2008	Oui. Les dispositions générales antitrusts sont appliquées.
23	Slovaquie	Pas d'information	-
24	Suède	Loi suédoise n° 579 sur la concurrence du 01/11/2008, chapitre 2, articles premier et 2	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent également être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE.
25	Thaïlande	Loi sur la concurrence commerciale de 1999 (B.E. 2542)	Oui. Les accords de franchise sont considérés comme une catégorie d'activité régie par la Loi sur la concurrence commerciale.
26	Trinité-et-Tobago	Pas d'information	-

27	Royaume-Uni	Loi sur la concurrence de 1998	Oui. Les accords de franchise en tant qu'accords verticaux (contenant des dispositions anticoncurrentielles) peuvent également être évalués en vertu du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE. La loi britannique sur la concurrence s'applique en l'absence d'éléments transfrontaliers.
28	Ukraine	Code civil, article 1122(2); Code économique, article 372(2)	Oui. L'effet anticoncurrentiel des accords de franchise peut être évalué selon les codes mentionnés.
29	États-Unis d'Amérique	Lois fédérales antitrusts : articles premier et 2 de la Loi Sherman; articles 3 et 7 de la Loi Clayton; article 5 de la Loi sur la Commission fédérale du commerce	Oui. <i>Remarque</i> : en outre, 21 États se sont dotés de lois ou de règlements qui régissent les relations, après la vente, entre le franchisé et le franchiseur. Ces textes législatifs sur le franchisage régissent la date et les conditions auxquelles un franchiseur peut résilier un accord de franchise en vigueur ou refuser de renouveler un tel accord. Certains traitent aussi d'autres aspects tels que l'acte loyal, le traitement discriminatoire, la protection sur les marchés, les transferts de franchise et le préavis minimal de résiliation d'un accord de franchise.

**C. Détermination de l'existence au niveau national d'une disposition réglementaire et/ou d'un code de conduite ou de pratique interdisant certaines actions du franchiseur sur la base de la notion de "position dominante" (se reporter à la Question 4)**

**ENCADRÉ IV – POSITION DOMINANTE ET PART DE MARCHÉ**

Position dominante : la capacité d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises) de fixer et de maintenir des prix supérieurs au niveau qui prévaudrait dans une situation de concurrence. L'exercice d'une position dominante entraîne une production restreinte et une perte de bien-être économique. Si l'on peut avancer une définition économique précise de la position dominante, sa mesure effective n'est pas aussi simple. Une approche possible est celle de l'indice Lerner, qui évalue dans quelle mesure le prix est supérieur au coût marginal. Toutefois, étant donné la difficulté à mesurer le coût marginal de manière empirique, une autre option peut être de le remplacer par le coût variable moyen. Une autre approche consiste à mesurer l'élasticité du prix de la demande à laquelle est confrontée une entreprise donnée car elle est liée à la marge bénéficiaire (rapport prix/coût) de l'entreprise et à sa capacité d'augmenter les prix. Cela dit, cette mesure est également difficile à calculer. L'exercice effectif ou potentiel d'une position dominante est utilisé pour déterminer si une réduction importante de la concurrence se produit ou est susceptible de se produire.

Part de marché : mesure l'importance relative d'une entreprise dans un secteur ou un marché en termes de la proportion de la production totale ou du chiffre d'affaires total ou de la capacité qu'elle représente. Parallèlement aux bénéfices, l'un des objectifs commerciaux fréquemment cités par les entreprises est l'accroissement de leur part de marché. La part de marché, les bénéfices et les économies d'échelle affichent souvent une corrélation positive dans les économies de marché. Une part de marché importante peut conférer une position dominante à une entreprise.

Exemple : définition des marchés et calcul de la part de marché selon la Loi sur la concurrence de l'UE. Conformément au Règlement d'exemption par catégorie, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont déterminantes pour l'applicabilité de l'exemption par catégorie. Pour que l'exemption par catégorie s'applique, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les produits contractuels à l'acheteur et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les produits contractuels doivent être chacune inférieures ou égales à 30%. Dans le cas d'accords entre des petites et moyennes entreprises, il n'est généralement pas nécessaire de calculer les parts de marché (règle *de minimis*, voir également l'encadré VI de la présente étude). Pour calculer la part de marché d'une entreprise, il est nécessaire de déterminer le marché en cause sur lequel cette entreprise vend et achète respectivement les produits contractuels. Par conséquent, il convient de définir le marché de produit et le marché géographique en cause.

Source :

OCDE Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence. Peut être consulté à l'adresse : <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.

Pour plus de précisions sur la définition et le calcul de la part de marché selon la Loi sur la concurrence de l'UE, voir les Lignes directrices sur les restrictions verticales édictées par la Commission européenne (2010/C 130/01). JO C 130/1 du 19 mai 2010 qui peuvent être consultées à l'adresse :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=JO:C:2010:130:0001:0046:FR:PDF>.

1. Le tableau 3 résume les réponses à la question concernant la “position dominante” et la “part de marché.”

Tableau 3

N°	État membre	Les dispositions nationales et/ou le code de conduite ou de pratique interdisent certaines actions du franchiseur sur la base de la “position dominante”	Il existe des restrictions relatives à la part de marché qui régissent les accords de franchise ou dont ceux-ci sont exemptés	Il existe une définition ou des indications permettant de déterminer si le franchiseur occupe une “position dominante”
1	Algérie	OUI	NON	OUI
2	Australie	OUI (il est mentionné que les positions des parties en termes de négociation pourraient être considérées pour déterminer la conduite inadmissible d'une partie)	NON	NON
3	Bulgarie	OUI	OUI (règle de <i>minimis</i> )	OUI
4	Chili	NON	NON	NON
5	Chypre	OUI	OUI	NON
6	République tchèque	NON	OUI (règle de <i>minimis</i> )	NON
7	Allemagne	OUI	OUI	NON
8	Hongrie	OUI	OUI	NON
9	Irlande	OUI	OUI	OUI <sup>5</sup>
10	Japon	NON	NON	NON
11	Kirghizistan	OUI	OUI	OUI <sup>6</sup>

<sup>5</sup> Remarque figurant dans la réponse de l'Irlande : la position dominante est déterminée sur la base d'un certain nombre de critères, notamment les parts de marché des entreprises concernées, les parts de marché des concurrents, les barrières à l'entrée, le pouvoir de l'acheteur, etc. Concernant la notion de position dominante visée par l'article 5 de la loi sur la concurrence de 2002 (abus de position dominante), l'autorité de concurrence suit les Lignes directrices de la Commission de l'Union européenne et considère pour l'essentiel la position dominante comme étant improbable lorsque la part de marché de l'entreprise est inférieure à 40 %.

<sup>6</sup> Remarque figurant dans la réponse du Kirghizistan : Définition générale de la notion de position dominante : toute position exclusive d'une entité économique sur le marché de certains produits, lui offrant la possibilité d'avoir un effet décisif sur la concurrence, d'empêcher l'accès d'autres entités économiques au marché. La position dominante d'une entité est reconnue si sa part sur le marché du produit concerné dépasse les 35% ou la limite fixée annuellement par l'organe

12	République de Corée	NON	NON	NON
13	Liban	-	-	-
14	Lituanie	OUI	OUI (règle de <i>minimis</i> )	OUI
15	Madagascar	OUI	NON	OUI
16	Mexique	NON	NON	NON
17	République de Moldova	OUI	NON	NON
18	Monaco	NON	NON	NON
19	Pays-Bas	NON	OUI	NON
20	Rwanda	NON	NON	NON
21	Serbie	OUI	OUI	OUI (se reporter à la définition de la "position dominante")
22	République arabe syrienne	OUI	OUI	OUI (se reporter à la définition de la "position dominante")
23	Slovaquie	NON	NON	NON
24	Suède	OUI	OUI	OUI
25	Thaïlande	OUI	NON	NON
26	Trinité-et-Tobago	NON	NON	NON
27	Royaume-Uni	OUI	OUI	OUI
28	Ukraine	NON	NON	NON
29	États-Unis d'Amérique	NON	NON	NON

- 1.1. Les États membres de l'Union européenne (Allemagne, Bulgarie, Chypre, Hongrie, Irlande, Lituanie, Royaume-Uni et Suède) ont pris note que l'article 102 du Traité CE interdit les abus de position dominante susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, dans la mesure où il est établi qu'un franchiseur, en tant qu'entreprise, détient une position dominante et que sa conduite peut être considérée comme un abus au sens de cette disposition. À titre d'exemple, on considérerait généralement comme illégal le fait qu'un franchiseur occupant une position dominante établisse une distinction entre les franchisés. Au Royaume-Uni, les interdictions d'abus de position dominante reposent sur des principes et sont appliquées *a posteriori*. Bien que certains types de comportement adoptés par des entreprises dominantes puissent être jugés illicites, aucune pratique à proprement parler n'est visée par la loi.

---

[Suite de la note de la page précédente]

antimonopole d'état de la République kirghize (Loi de la République kirghize relative à la limitation de l'activité monopolistique, au développement et à la protection de la concurrence).

**ENCADRÉ V – ARTICLE 102 DU TRAITÉ SUR LE FONCTIONNEMENT DE L'UE (abus de position dominante)**

Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence; et
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

**Source :**

Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, disponible à l'adresse

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:FR:PDF>.

- 1.2. La République de Moldova a indiqué que certains contrats limitant ou pouvant limiter la concurrence conclus entre agents économiques étaient interdits dans les situations suivantes : i) concurrents détenant conjointement plus de 35% du marché d'un certain type de marchandises, ii) non-concurrents, dont l'un occupe une position dominante et l'autre est son fournisseur ou acheteur, iii) non-concurrents, n'étant les uns par rapport aux autres ni concurrents ni acheteurs, mais tous, ou l'un d'entre eux au minimum occupant une position dominante sur le marché d'un certain type de marchandises.
- 1.3. Par ailleurs, la plupart des États membres de l'UE ont cité le Règlement d'exemption par catégorie de l'UE, qui fait bénéficier d'une exemption les accords verticaux (englobant les accords de franchise) lorsque les parts de marché détenues par les parties sur les marchés concernés ne dépassent pas 30%. Tous les accords satisfaisant aux critères cités dans le Règlement bénéficient systématiquement de cette exemption. Il est important de noter que tout accord contenant des restrictions dites "caractérisées", définies à l'article 4 du Règlement, perd cet avantage. Ce type de restrictions comprend, notamment, des dispositions prévoyant des prix de vente imposés et des conditions interdisant aux détaillants de répondre à des commandes non sollicitées passées par des clients résidant en dehors du territoire dans lequel ils exercent leurs activités.

Toutefois, lorsque aucune partie ne détient une part de marché supérieure à 15%, le droit de la concurrence dans l'UE et dans certains pays ayant répondu au questionnaire ne s'applique généralement pas aux accords verticaux, l'incidence que ces derniers pourraient avoir sur la concurrence étant jugée dérisoire. Certains États ont mentionné cette pratique en tant que règle "*de minimis*". Cependant, s'il contient des restrictions graves (identiques aux "restrictions caractérisées" citées dans le Règlement d'exemption), un tel accord peut être jugé susceptible de fausser la concurrence.

#### **ENCADRÉ VI – QU'EST-CE QU'UNE RÈGLE *DE MINIMIS*?**

Communication de la Commission précisant les conditions dans lesquelles l'incidence d'un accord ou d'une pratique sur la concurrence à l'intérieur du marché commun peut être considérée comme négligeable, à savoir lorsque la part de marché cumulée des entreprises concernées ne dépasse pas certains seuils. On reconnaît en outre que les accords entre petites et moyennes entreprises sont rarement en mesure d'affecter sensiblement le commerce entre États membres ou la concurrence à l'intérieur du marché commun; en tout état de cause, ils ne présentent généralement pas d'intérêt communautaire suffisant pour justifier une intervention. En résumé, les accords ou pratiques relevant de la communication "*de minimis*" sont considérés comme étant d'une importance communautaire mineure et ne sont pas examinés par la Commission au regard du droit communautaire de la concurrence. Certains de ces accords ou pratiques peuvent toutefois être examinés par les autorités nationales de concurrence.

Sources :

*Glossaire des termes de concurrence* (© Commission européenne), disponible à l'adresse [http://www.concurrences.com/article.php3?id\\_article=12169&lang=fr](http://www.concurrences.com/article.php3?id_article=12169&lang=fr).

Voir la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du Traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) (JO C 368 du 22.12.2001).

- 1.4. S'agissant de la détermination de la "part de marché", certains membres de l'UE ont précisé que les orientations de la Commission européenne donnaient également des directives relatives aux notions de position dominante et d'emprise sur le marché.
- 1.5. Les États-Unis d'Amérique ont répondu qu'il n'existait aucune disposition statutaire fédérale définissant l'emprise sur le marché dans le contexte de la franchise. Les tribunaux des États-Unis d'Amérique définissent l'emprise sur le marché comme la possibilité de faire augmenter les prix de telle sorte que ceux-ci soient plus élevés que sur un marché concurrentiel<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Voir *National Collegiate Athletic Association c. Board of Regents of University of Oklahoma*, articles 85 et 89 du titre 468 (note 38) du Code des États-Unis d'Amérique (1984).

Bien que le renforcement de l'emprise sur le marché par les vendeurs fasse souvent augmenter les prix demandés aux consommateurs, elle peut aussi se manifester sous la forme de conditions sans rapport avec les prix, ayant des répercussions négatives pour les consommateurs. Ces répercussions, qui ne sont pas liées aux prix, peuvent comprendre une diminution de la qualité du produit, ou de la variété des produits, une diminution de la qualité du service ou de l'innovation. Ces répercussions peuvent coexister avec des répercussions sur les prix ou se manifester en l'absence de celles-ci<sup>8</sup>. En ce qui concerne les cas de constitution de monopoles visés à l'article 2 de la loi Sherman, les tribunaux des États-Unis d'Amérique cherchent en général à déterminer s'il y a un pouvoir monopolistique, défini comme "la capacité 1) de fixer un prix très au-dessus du prix concurrentiel et 2) de continuer à le faire pendant suffisamment de temps sans qu'il y ait érosion en raison de la mise sur le marché d'un nouveau produit, ni expansion"<sup>9</sup>.

D Examen des clauses particulières/restrictions individuelles (en référence à la question 5)

1. Les références aux clauses de restriction particulières dans les accords de franchise sont résumées dans les tableaux 4.1 et 4.2.

Tableau 4.1

N°	État membre	Clauses particulières/restrictions individuelles dans les accords de franchise <sup>10</sup>		
		Existe-t-il des clauses qui, lorsqu'elles figurent dans l'accord de franchise, sont réputées illégales en soi?	La législation de votre pays permet-elle aux franchiseurs d'imposer des prix de vente à leurs franchisés (voir également l'encadré ci-dessous)?	La loi interdit-elle la démarcation de territoires sur lesquels les franchisés sont autorisés à exercer?
1	Algérie	NON	NON	-
2	Australie	OUI	NON	NON
3	Bulgarie	OUI	NON	OUI
4	Chili	NON	-	NON
5	Chypre	OUI	NON	OUI

<sup>8</sup> Pour de plus amples informations, voir Ministère de la justice et Commission fédérale du commerce des États-Unis d'Amérique, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES, paragraphe 1 (diffusé le 19 août 2010), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>.

<sup>9</sup> Voir *AD/SAT c. Associated Press*, 181 F.3d 216, 227 (2<sup>nd</sup> Cir. 1999).

<sup>10</sup> Ce tableau contient également des observations faites par certains pays ayant répondu au questionnaire dans leurs réponses.

6	République tchèque	Note : pas dans le sens où l'illégalité en soi est comprise selon la loi antitrust des États-Unis d'Amérique.	OUI, sauf pour les prix de vente fixés ou minimaux.	OUI
7	Allemagne	OUI	NON	OUI
8	Hongrie	NON	NON	OUI
9	Irlande	OUI	OUI	OUI (en cas de ventes passives) NON (en cas de ventes actives)
10	Japon	NON	NON	NON
11	Kirghizistan	OUI	NON	NON
12	République de Corée	OUI	NON	OUI
13	Liban	-	-	-
14	Lituanie	Note : pas dans le sens où l'illégalité en soi est comprise selon la loi antitrust des États-Unis d'Amérique.	OUI	NON
15	Madagascar	NON	NON	NON
16	Mexique	NON	NON	NON
17	République de Moldova	OUI	NON	NON
18	Monaco	OUI	NON	NON
19	Pays-Bas	NON	NON	NON
20	Rwanda	NON	NON	NON
21	Serbie	OUI	NON	OUI
22	République arabe syrienne	OUI	NON	OUI
23	Slovaquie	NON	NON	NON
24	Suède	NON	NON	OUI
25	Thaïlande	NON	NON	OUI
26	Trinité-et-Tobago	NON	OUI	-
27	Royaume-Uni	NON	Cela est déterminé d'après le Règlement d'exemption par catégorie et le droit national de la concurrence.	OUI
28	Ukraine	OUI	NON	NON
29	États-Unis d'Amérique	OUI	OUI	NON

### ENCADRÉ VII – PRIX DE VENTE IMPOSÉS

Lorsqu'un fournisseur précise un prix minimum (ou maximum) auquel le produit doit être revendu aux clients. En termes de politique de concurrence, préciser un prix minimum est problématique. Il a été avancé qu'en imposant des prix, un fournisseur peut exercer un certain contrôle sur le marché du produit. Cette forme de fixation verticale des prix peut empêcher la concurrence de faire baisser la marge sur les prix de gros et de détail. Toutefois, selon un autre argument, le fournisseur peut vouloir protéger la réputation ou l'image de son produit et éviter que des détaillants l'utilisent comme un *produit d'appel* pour attirer la clientèle. En outre, en préservant des marges bénéficiaires au moyen de la fixation des prix, le détaillant peut être incité à allouer plus de dépenses aux services, à investir dans les stocks, à faire de la publicité et à prendre d'autres mesures pour stimuler la demande du produit, dans l'intérêt mutuel du fournisseur et du détaillant.

Les prix de vente imposés peuvent aussi être utilisés pour empêcher tout *parasitisme* des détaillants sur les activités menées par d'autres détaillants concurrents qui, au lieu d'abaisser leurs prix, investissent du temps, de l'argent et des efforts pour promouvoir et expliquer les complexités techniques ou les caractéristiques du produit. Par exemple, un détaillant peut décider de ne pas réduire son prix mais d'expliquer et de montrer aux clients comment utiliser un produit complexe, comme un ordinateur. Après avoir bénéficié de ces informations, le client peut choisir d'acheter son ordinateur chez un détaillant qui le vend moins cher mais qui ne propose ni explications, ni démonstrations. Dans de nombreux pays, la fixation des prix de vente est *illégal en soi*, sauf quelques exceptions ou produits exemptés. Bon nombre d'économistes prônent aujourd'hui l'adoption d'une position moins stricte sur les prix de vente imposés et d'autres *restrictions verticales* dans les politiques de concurrence.

Source :

OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.

- 1.1. Des États membres de l'UE se sont rapportés au Règlement d'exemption par catégorie en ce qui concerne les clauses illégales en soi dans les accords de franchise, l'exclusivité territoriale, les contrats d'exclusivité, les contrats d'achat lié, etc. Certains d'entre eux, comme la Lituanie, la République tchèque et le Royaume-Uni, ont indiqué que ni la législation de l'UE, ni leurs lois nationales ne reconnaissent le concept d'illégalité en soi dans le sens où elle est comprise selon la loi antitrust des États-Unis d'Amérique. Ils ont mentionné que les clauses d'un accord de franchise ne pouvaient pas être considérées comme étant illégales en soi lorsqu'elles étaient contraires aux dispositions nationales énoncées dans les législations des pays. Même si elles semblent illégales, certaines dispositions comme les prix de vente imposés, l'exclusivité ou autres devraient être interprétées au regard du droit de la concurrence, c'est-à-dire que les accords devraient être examinés pour vérifier s'ils visent à limiter ou à restreindre la concurrence. Parallèlement, il convient de tenir compte des exemptions en vertu du Traité instituant la Communauté européenne et du Règlement d'exemption par catégorie de l'UE, mentionnés ci-dessus.

- 1.2. Certains exemples de clauses illégales en soi ont été donnés : imposer des prix de vente; restreindre ses ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive; restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché; restreindre les ventes à des distributeurs non agréés par les membres d'un système de distribution sélective, et restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation; restreindre les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective agissant en tant que détaillants sur le marché; restreindre les livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective; et convenir d'une restriction entre un fournisseur de composants et un acheteur incorporant ces composants (Allemagne, Chypre, Hongrie, Irlande et République tchèque). D'autres pays tels que le Kirghizistan, la République de Moldova et l'Ukraine ont donné des exemples similaires de clauses dans le cadre de leur législation nationale.
- 1.3. Aux États-Unis d'Amérique, les accords de franchise sont en général conclus entre des parties se situant à un niveau différent de la chaîne d'approvisionnement. Par conséquent, ces parties ne sont généralement pas des concurrents directs mais entretiennent plutôt une relation verticale. Les restrictions verticales ne sont pas en soi illégales aux États-Unis d'Amérique, mais donnent plutôt lieu à une analyse selon la *règle de la raison*<sup>11</sup>.

#### ENCADRÉ VIII – “RÈGLE DE LA RAISON”

Approche juridique dans laquelle les administrations chargées de la concurrence ou les tribunaux s'efforcent d'évaluer les aspects favorables à la concurrence d'une pratique commerciale restrictive par rapport à ses effets anticoncurrentiels, dans le but de décider si cette pratique devrait être interdite ou non. Il peut arriver que certaines restrictions commerciales donnant de prime abord lieu à des problèmes de concurrence présentent, après examen approfondi, des avantages réels en termes d'efficacité. Par exemple, un fabricant peut limiter la fourniture d'un produit dans différents marchés géographiques uniquement aux détaillants existants, afin qu'ils dégagent davantage de bénéfices et qu'ils soient encouragés à promouvoir le produit et à fournir de meilleurs services à leur clientèle. Cette stratégie peut être plus efficace que d'augmenter la quantité en exigeant un prix plus bas, si l'objectif est d'accroître la demande du produit du fabricant. L'approche opposée à la règle de la raison consiste à déclarer certaines pratiques commerciales illégales en soi, c'est-à-dire toujours illégales. Les accords de fixation des prix et les prix de vente imposés sont illégaux en soi dans de nombreux pays.

Source :

*OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>.

Ministère de la justice et Commission fédérale du commerce des États-Unis d'Amérique, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, paragraphe 3.4 (1995), disponible à l'adresse : <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>.

<sup>11</sup> Voir l'affaire *Continental Television c. GTE Sylvania* (article 36 du titre 433 du Code des États-Unis d'Amérique) (1977).

Les accords de franchise peuvent soulever des questions de restriction horizontale lorsque des concurrents à un même niveau sur le marché concluent un accord (p. ex., action conjointe des franchisés). Contrairement aux restrictions verticales, certaines catégories de restrictions horizontales sont réputées illégales en soi parce qu'elles portent presque toujours atteinte à la concurrence. Par exemple, une restriction entre concurrents qui fixent les prix est réputée illégale en soi.

Les accords visant à se répartir les appels d'offres sont réputés constituer une forme de fixation des prix et sont en soi illégaux. Les accords entre concurrents actuels ou potentiels visant à se répartir des territoires ou des consommateurs sont aussi réputés illégaux en soi dans la mesure où ils sont considérés comme ayant les mêmes effets anticoncurrentiels que les accords de fixation des prix, par exemple lorsque la restriction n'est pas accessoire à l'intégration économique légitime, comme une coentreprise. Toutefois, les tribunaux passent généralement au peigne fin les attributions de marchés et de consommateurs à l'aide de la *règle de la raison* lorsque ces attributions sont accessoires à une intégration favorable à la concurrence des activités économiques des parties. Le boycottage en groupe, en tant qu'activité commune de certains concurrents visant à exclure d'autres concurrents du marché, est aussi généralement jugé illégal en soi, à moins que ses caractéristiques de renforcement de l'efficacité contrebalancent ses effets préjudiciables. Par ailleurs, la règle en soi s'applique presque toujours lorsque l'accord de boycottage est en réalité une forme de fixation des prix. Ainsi que l'a confirmé la Cour suprême des États-Unis d'Amérique<sup>12</sup>, les restrictions de prix verticales sont évaluées selon la règle de la raison. Par conséquent, en tant que question relevant du droit fédéral, les contraintes de prix de vente minimaux et maximaux sont toutes les deux autorisées à moins qu'elles ne limitent le commerce sans raison valable. Toutefois, certains États interdisent toujours les prix de vente imposés en tant que point relevant du droit de l'État<sup>13</sup>.

- 1.4. Certains pays ayant répondu au questionnaire ont mentionné plusieurs exceptions pouvant être invoquées par le franchiseur pour justifier la démarcation de territoires, telles que : gains d'efficacité, part équitable des bénéfices destinée aux consommateurs, caractère indispensable des restrictions, absence d'élimination de la concurrence (Chypre). D'autres pays comme l'Allemagne, l'Irlande et la République tchèque se sont référés à l'article 4.b) du Règlement d'exemption par catégorie.

---

<sup>12</sup> Voir l'affaire *Leegin Creative Leather Products c. PSKS Inc.*, article 877 du titre 551 du Code des États-Unis d'Amérique (2007).

<sup>13</sup> Voir, par exemple, la décision rendue récemment dans l'affaire *People c. Bioelements* en Californie; communiqué de presse disponible à l'adresse [http://ag.ca.gov/newsalerts/print\\_release.php?id=2028](http://ag.ca.gov/newsalerts/print_release.php?id=2028).

Tableau 4.2

N°	État membre	Clauses particulières/restrictions individuelles dans les accords de franchise <sup>14</sup>			
		La loi (ou le code de conduite ou de pratique) interdit-elle tout type de contrat d'exclusivité pour cause d'effets anticoncurrentiels?	La législation précise-t-elle les éléments qui constituent un contrat d'achat lié illicite en soi ou, à défaut, contient-elle des indications pour déterminer les conditions dans lesquelles un franchisé peut être légalement contraint par un franchiseur d'acheter des produits liés au produit original?	La législation autorise-t-elle les clauses de non-concurrence?	La loi permet-elle au franchiseur d'interdire au franchisé de créer un site Web indépendant?
1	Algérie	-	-	-	NON
2	Australie	OUI	OUI	OUI	OUI
3	Bulgarie	OUI	NON	OUI	OUI
4	Chili	-	NON	OUI	NON
5	Chypre	OUI	NON	OUI	NON
6	République tchèque	OUI	NON	OUI	OUI
7	Allemagne	Des dispositions générales établies dans les législations allemande et de l'UE peuvent s'appliquer.	Des dispositions générales établies dans les législations allemande et de l'UE peuvent s'appliquer.	OUI	Des dispositions générales établies dans les législations allemande et de l'UE peuvent s'appliquer.
8	Hongrie	OUI	(achats liés donnés comme exemple de pratique restreignant la concurrence)	OUI	NON
9	Irlande	OUI	NON (note : les achats liés anticoncurrentiels sont interdits)	OUI	NON
10	Japon	OUI	OUI	NON	NON

<sup>14</sup>

Ce tableau contient également des observations faites par certains pays ayant répondu au questionnaire dans leurs réponses.

11	Kirghizistan	OUI	NON	OUI	(non réglementé dans la législation, mais cette condition peut être introduite dans un accord de franchise)
12	République de Corée	OUI	NON	OUI	NON
13	Liban	-	-	-	-
14	Lituanie	OUI	OUI	OUI	NON
15	Madagascar	NON	OUI	OUI	-
16	Mexique	NON	NON	NON	NON
17	République de Moldova	NON	NON	OUI	NON
18	Monaco	NON	NON	-	NON
19	Pays-Bas	OUI	NON	OUI	NON
20	Rwanda	NON	NON	-	-
21	Serbie	OUI	NON	OUI	OUI
22	République arabe syrienne	OUI	OUI	OUI	NON
23	Slovaquie	NON	NON	OUI	NON
24	Suède	OUI	OUI	OUI	OUI
25	Thaïlande	OUI	NON	OUI	-
26	Trinité-et-Tobago	-	-	OUI (sous réserve d'un accord entre les parties)	NON
27	Royaume-Uni	NON	OUI	OUI	OUI
28	Ukraine	OUI	NON	OUI	NON
29	États-Unis d'Amérique	NON	OUI	OUI (mais peuvent ne pas avoir force exécutoire selon le droit de la concurrence lorsque les politiques de l'État sont défavorables à ces dispositions)	OUI

- 1.4. Certains pays ayant répondu au questionnaire ont indiqué que les contrats d'exclusivité étaient exemptés si la part de marché du fournisseur et de l'acheteur ne dépassait pas 30%. Tout accord d'exclusivité conclu entre des entreprises se situant autour de ce seuil devrait être évalué; les circonstances du cas permettront de déterminer si l'accord d'exclusivité a des effets anticoncurrentiels. L'Irlande a précisé que son administration de la concurrence utilisait les Lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne comme cadre d'analyse. Ces lignes

directrices donnent aussi des exemples d'accords d'exclusivité susceptibles d'être anticoncurrentiels. Si les lignes directrices s'appliquent aux accords de franchise, elles soulignent qu'il convient de noter que "plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions généreront des gains d'efficacité et/ou seront indispensables pour le protéger et que les restrictions verticales satisferont aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3".

- 1.5. En règle générale, un contrat d'achat lié est par définition illégal, selon les textes législatifs antitrust des États-Unis d'Amérique, uniquement si les quatre critères ci-après sont remplis : 1) les produits liés ou subordonnés sont des produits distincts; 2) le vendeur dispose d'un pouvoir économique appréciable sur le marché des produits liés; 3) l'achat d'un produit lié est indissociable de l'achat supplémentaire du produit subordonné; 4) un volume important du commerce inter-États sur le marché des produits subordonnés est touché<sup>15</sup>. Lorsque l'un ou plusieurs de ces critères ne peuvent pas être remplis, le demandeur peut continuer à chercher à prouver qu'un contrat lié est illégal selon la *règle de la raison*, au titre de laquelle il doit prouver un effet anticoncurrentiel sur le marché des produits subordonnés. En outre, même lorsque tous ces critères sont remplis, certaines juridictions inférieures refusent de considérer les contrats liés illégaux en soi en l'absence de certains types de preuve d'effet anticoncurrentiel. La Cour suprême des États-Unis d'Amérique a relevé<sup>16</sup> que de nombreux contrats liés étaient "pleinement conformes à un marché libre concurrentiel" et qu'ils pouvaient être favorables à la concurrence.

De plus, la Cour suprême n'a jamais reconnu l'intérêt financier comme un élément de violation d'un contrat lié. Certains tribunaux sont peu enclins à constater l'existence de contrats liés illégaux à moins que l'entreprise vendant les produits liés ait aussi un intérêt financier direct dans la vente du produit subordonné. Au même moment, d'autres tribunaux aux États-Unis d'Amérique ont refusé d'adopter ce critère. Il est parfaitement admis qu'un franchiseur peut exiger de ses franchisés que ceux-ci fassent leurs achats chez un fournisseur agréé auprès duquel le franchiseur n'a aucun intérêt financier<sup>17</sup>. Quant à l'intérêt financier suffisant du franchiseur, la jurisprudence du pays en ce domaine fixe la norme comme étant les cas où le vendeur du produit lié reçoit un "avantage économique direct" de la vente du produit subordonné.

Tenant compte de l'analyse économique moderne, les tribunaux des États-Unis d'Amérique sont généralement peu enclins à constater qu'une marque précise constitue un produit "lié" distinct à des fins d'antitrust. Ainsi qu'il a été dit, le "produit principal" doit être distinct du produit

---

<sup>15</sup> Voir l'affaire *Eastman Kodak Co. c. Image Tech. Servs.*, articles 451, 461 et 462 du titre 504 du Code des États-Unis d'Amérique (1992).

<sup>16</sup> Voir *Illinois Tool Works c. Independent Ink*, article 28 du titre 547 du Code des États-Unis d'Amérique (2006), p. 45 et 36.

<sup>17</sup> Voir *Keener c. Sizzler Family Steak Houses*, 597 F.2d 453, 456 (5<sup>th</sup> Cir. 1979); *Kentucky Fried Chicken Corp.* p. 377 à 381.

“subordonné”, et le vendeur doit détenir un pouvoir commercial sur lui<sup>18</sup>. Dans une décision rendue en 2006, la Cour suprême des États-Unis d’Amérique a rejeté l’utilisation de présomption d’emprise sur le marché sur la base des droits de propriété intellectuelle dans des affaires de contrat lié<sup>19</sup>. Toutefois, la jurisprudence antérieure reconnaissait que la marque d’un franchiseur pouvait servir de produit principal aux fins d’une analyse antitrust, lorsque le produit principal ne se justifiait pas par la nécessité de maintenir un contrôle de qualité<sup>20</sup>.

La loi des États-Unis d’Amérique prévoit des exceptions et des raisons pouvant être valablement invoquées par le franchiseur pour lier les produits, s’agissant par exemple d’éléments essentiels d’un ensemble. Les tribunaux acceptent diverses raisons pour les contrats d’achat lié : 1) les contrats d’achat lié peuvent aider une entreprise à pénétrer un marché imperméable aux méthodes d’accès traditionnelles et, de cette manière, lui permettre d’accroître son efficacité; 2) les contrats d’achat lié peuvent aussi servir à maintenir la renommée d’un producteur dans la mesure où ils permettent de s’assurer que les acheteurs des produits liés achètent les services, les produits ou les pièces détachées appropriés afin que le produit lié fonctionne correctement. Par conséquent, les tribunaux reconnaissent que les produits liés permettant de maintenir la qualité d’un produit peuvent se justifier; 3) les ventes de produits subordonnés peuvent servir à mesurer l’intensité de l’utilisation du produit lié, permettant au vendeur d’extraire légitimement des recettes supérieures à celles qu’obtiennent ceux qui accordent une plus grande valeur à l’utilisation du produit lié, ainsi qu’il en ressort de leur utilisation plus intensive, et; 4) il est justifié de recourir à un contrat d’achat lié pour protéger les secrets d’affaires<sup>21</sup>.

Dans certains cas, les tribunaux des États-Unis d’Amérique ont rejeté les prétentions de contrats liés illégaux sur la base d’autres arguments, par exemple que les franchises supposent nécessairement des produits par lot ou produits connexes<sup>22</sup>. Enfin, les tribunaux tendent à utiliser la *règle de la raison* dans les “contrats d’achat lié techniques” aux termes desquels les produits liés et les produits subordonnés sont des produits électroniques<sup>23</sup>. Ce type de contrat lié a jusqu’à présent été rare aux fins de la franchise.

---

<sup>18</sup> Voir ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* (sixième édition, 2007), p. 1555.

<sup>19</sup> Voir *Illinois Tool Works c. Independent Ink, Inc.*, *supra*, articles 28, 43 à 40 du titre 547 du Code des États-Unis d’Amérique.

<sup>20</sup> Voir *Siegel c. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43 (9<sup>th</sup> Cir. 1971).

<sup>21</sup> Voir *KFC Corp. c. Marion-Kay Co.*, 620 F. Supp. 1160, 1166 (S.D. Ind. 1985).

<sup>22</sup> Dans l’affaire *Rick-Mick Enterprises c. Equilon Enterprises*, 532 F.3d 963 (9<sup>th</sup> Cir. 2008) et dans l’affaire *Sheridan c. Marathon Petroleum Co.*, 530 F.3d 590 (7<sup>th</sup> Cir. 2008), les tribunaux sont partis du principe que la “franchise et la méthode de traitement des transactions à crédit font partie d’un produit unique (franchise).”

<sup>23</sup> Voir *United States c. Microsoft Corp.* 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) (en banc).

**E. Questions de politiques générales et application des droits (en référence aux questions 6 et 7)**

1. Les réponses à ces questions sont résumées dans le tableau 5.

Tableau 5

No	États membres	Les autorités autoriseraient-elles certaines pratiques anticoncurrentielles au titre d'accords de franchise pour des considérations d'ordre social?		Les autorités nationales ont-elles déjà eu à connaître de cas concrets à l'interface entre la législation antitrust et les accords de franchise?	
		OUI	NON	OUI	NON
1	Algérie		✓		✓
2	Australie	✓		✓ (pas d'exemple de cas fourni)	
3	Bulgarie	✓			✓
4	Chili	-	-	✓	
5	Chypre		✓		✓
6	République tchèque		✓		✓
7	Allemagne	✓		✓	
8	Hongrie		✓	✓	
9	Irlande		✓		✓
10	Japon		✓	✓	
11	Kirghizistan	-	-		✓
12	République de Corée	✓		✓ (pas de précisions données sur le cas)	
13	Liban	-	-	-	-
14	Lituanie	-	-		✓
15	Madagascar	✓			✓
16	Mexique	✓			✓
17	République de Moldova	✓			✓
18	Monaco	-	-		✓
19	Pays-Bas	✓		✓ (pas d'exemple fourni)	
20	Rwanda	✓		-	-
21	Serbie	✓		-	-

22	République arabe syrienne	✓		✓ (l'exemple n'est pas exposé dans le détail)	
23	Slovaquie		✓		✓
24	Suède		✓	✓	
25	Thaïlande	✓			✓
26	Trinité-et-Tobago	-	-	-	-
27	Royaume-Uni		✓	✓	
28	Ukraine	✓			✓
29	États-Unis d'Amérique		✓	✓ (cela se produit essentiellement dans les procédures de droit privé)	

- 1.1. Comme déjà mentionné dans la présente étude, des États membres de l'UE ont expliqué que certaines pratiques anticoncurrentielles au titre d'accords de franchise pouvaient être autorisées sur la base de l'article 101.3) du Traité instituant la Communauté européenne. Les pays ayant répondu au questionnaire ont mentionné plusieurs considérations d'ordre social pouvant justifier l'autorisation de certaines pratiques anticoncurrentielles, notamment : mesures d'encouragement des petites et moyennes entreprises, promotion de l'activité indépendante et de l'entrepreneuriat, création d'emplois – soit des situations dans lesquelles des effets favorables à la concurrence peuvent être établis. D'autres pays ont également cité le progrès technique et économique ainsi qu'une répartition équitable des bénéfices comme des facteurs valables pour autoriser certaines pratiques anticoncurrentielles au titre d'accords de franchise.

En revanche, le Royaume-Uni a répondu que le droit de la concurrence ne tenait pas compte des objectifs sociaux au sens plus large, bien que, comme souligné dans les Lignes directrices relatives au Règlement d'exemption par catégorie, dans le cadre de la mise en œuvre des règles de concurrence, on donne manifestement plus de poids aux "considérations d'ordre social", à savoir notamment l'amélioration du choix du consommateur, la stimulation de l'innovation et la création de nouvelles entreprises. Le gouvernement britannique consulte le Bureau britannique de la concurrence pour veiller à ce que la législation soit conforme aux principes du droit de la concurrence, reconnaissant ainsi que ce dernier peut faciliter la concurrence sur les marchés et contribue à le faire, ce qui profite à la fois aux entreprises et aux consommateurs.

- 1.2. L'Allemagne a cité quelques exemples en lien avec les pratiques anticoncurrentielles dans le cadre des accords de franchise. La Cour suprême fédérale allemande a ainsi décrété que, malgré l'existence d'une obligation d'achats exclusifs pendant cinq ans, une entreprise ne soumet pas ses franchisés à un traitement déloyal si elle ne répercute pas sur eux la totalité des avantages à l'achat. Dans ce cas, l'obligation d'achats exclusifs était conforme à l'article 20.1) de l'ARC et à l'article 2 du

Règlement d'exemption par catégorie<sup>24</sup>. La Cour d'appel régionale de Düsseldorf a décidé qu'il pouvait être objectivement justifié d'offrir de meilleures conditions aux franchisés qu'aux entreprises extérieures au système de franchisage<sup>25</sup>.

Le Japon a résumé une affaire récente concernant l'interface entre la législation antitrust et les accords de franchise (*ordonnance de cessation contre Seven-Eleven Japon Co., Ltd.*). Le Japon a mentionné un système dans lequel le montant équivalent au coût des biens écoulés dans les magasins des franchisés était entièrement pris en charge par ces derniers. Dans le cadre de ce système, certains franchisés qui accordaient, ou qui prévoient d'accorder, des réductions sur des biens de consommation courante parmi des produits recommandés ont été contraints par Seven-Eleven Japon Co., Ltd. d'interrompre ces ventes au rabais. Vu les constatations ci-dessus, la Commission japonaise de la concurrence a prononcé des ordonnances de cessation le 22 juin 2009 dans la mesure où cette pratique contrevenait à l'article 19 de la loi antitrust ("abus d'une position dominante en termes de négociations").

Le Royaume-Uni a évoqué l'affaire *Pronuptia c. Schillgalis* qui a été portée devant la Cour européenne de justice (CEJ). Dans cette affaire, la CEJ a déclaré que le transfert des droits de propriété intellectuelle du franchiseur au franchisé distinguait un système de franchisage de toute autre forme de distribution sélective – dans la mesure où le franchisé rémunère le franchiseur pour pouvoir utiliser ses droits de propriété intellectuelle. C'est également en toute légitimité que le franchiseur peut imposer des conditions visant à protéger ses droits de propriété intellectuelle. La CEJ a considéré que, dans un système de franchisage, les restrictions nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle du franchiseur n'entraient pas dans le champ d'application de l'interdiction des accords anticoncurrentiels. D'autres restrictions peuvent être exemptées de cette interdiction (pourvu qu'elles respectent les critères d'exemption conventionnels). Les prix de vente imposés ne peuvent être justifiés simplement du fait qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'un système de franchisage. La Commission européenne a appliqué ces principes dans un certain nombre de décisions d'application<sup>26</sup>.

La Suède a mentionné qu'il existait très peu d'affaires relatives au franchisage et aux questions antitrust. Dans une affaire récente, l'autorité suédoise chargée de la concurrence a enquêté sur des pratiques de prix de vente imposés dans des magasins de proximité fonctionnant sur la base d'une franchise. Le franchiseur formulait des recommandations en matière

---

<sup>24</sup> Voir la décision du 11 octobre 2008 de la Cour suprême fédérale allemande – "bricolage et hobby".

<sup>25</sup> Voir la décision du 27 février 2008 de la Cour d'appel régionale de Düsseldorf – "courses de chevaux".

<sup>26</sup> Voir Yves Rocher (OJ [1987] L 8/49, [1988] 4 CMLR 592); Computerland (OJ [1987] L 222/12, [1989] 4 CMLR 259); ServiceMaster (OJ [1988] L 332/38, [1989] 4 CMLR 581); et Charles Jourdan (OJ [1989] L 35/31, [1989] 4 CMLR 591).

de prix qui s'apparentaient à des prix de vente imposés car elles limitaient dans les faits la capacité des franchisés de déterminer librement leurs prix. L'affaire a été classée par la suite étant donné que le franchiseur s'est engagé à autoriser les franchisés à fixer leurs propres prix.

Les États-Unis d'Amérique ont expliqué que les questions relatives aux accords de franchise se posaient essentiellement dans le cadre de procédures judiciaires impliquant des particuliers plutôt que les pouvoirs publics. L'analyse antitrust est la même aux fins de la franchise qu'aux fins d'autres types de contrats.

[Fin du document]