

THE FRANCHISE AGREEMENT, AT THE CROSSROADS BETWEEN CONTRACT LAW AND COMPETITION LAW

Mihaela Adriana Opreșcu

Assist. Prof., PhD, "Babeș-Bolyai" University of Cluj-Napoca

Abstract: Regulated by the provisions of G.O. no. 52/1997, the franchise agreement provides a trading system based on continuous collaboration between natural or juridical persons, independent from a financial standpoint, in which one of the parties, called the franchiser, grants to another, called the beneficiary, the right to make use of or develop a business, product, technology or service.

Some of the clauses that may be encountered in franchise agreements (for instance, those through which beneficiaries are obliged to practise certain prices, purchase merchandise only from designated suppliers, refrain from competing against each other, or act solely within a certain area of territorial exclusiveness) may collide with the whole national and European normative ensemble in the area of competition (art. 5 par. 1 of Law no. 21/1996, with subsequent amendments, and art. 101 par. 1 of TFEU), as the principle of prohibiting agreements that distort competition is regulated in the two judicial orders in fairly close terms.

The franchise is therefore one of the juridical and economic instruments which are most commonly targeted by bodies dealing with competition and the control of anti-competitive practices, from the viewpoint of both freedom of competition and consumer protection.

Key-words: franchise, know-how, contract law, competition, restriction.

Reglementată de O.G. nr. 52/1997¹, franciza este conturată ca un sistem de comercializare bazat pe o colaborare continuă între persoane fizice sau juridice, independente din punct de vedere financiar, prin care o persoana, denumită francizor, acordă unei alte persoane, denumită beneficiar, dreptul de a exploata sau de a dezvolta o afacere, un produs, o tehnologie sau un serviciu (art. 1 lit.a) din ordonanță), în schimbul plății unei redevențe.

¹ Republicată în Monitorul Oficial nr. 180/14 mai 1998.

Tehnica francizei presupune existența a doi parteneri comerciali independenți din punct de vedere juridic, francizorul și unul sau mai mulți beneficiari². Francizorul este așadar un comerciant care, prin intermediul contractului de franciză, dezvoltă procedee sau chiar un sistem de exploatare a unei întreprinderi comerciale sau industriale. Francizorul nu doar conferă beneficiarului dreptul de a exploata ori de a dezvolta o afacere, un produs, o tehnologie sau un serviciu, dar îi și asigură o pregătire inițială pentru exploatarea mărcii înregistrate. Contractul de franciză este fondat așadar pe transferul de cunoștințe tehnice și procedee comerciale care constituie ingredientele unei „rețete de succes”.

Elementele caracteristice ale francizei sunt așadar următoarele: deținerea de către francizor de drepturi asupra unei mărci înregistrate, importanța know-how-ului și asistența tehnică/comercială.

Pornind de la premisa că franciza respectă independența (din punct de vedere juridic) beneficiarului care acționează în nume și pe cont propriu, în mod evident trebuie eliminată orice similitudine cu alte contracte care nu oferă o astfel de independență „distribuitorului”, bunăoară contractele de agent, comision, intermediere, etc.

Astfel, agentul, deși „este un intermediar independent, care acționează cu titlu profesional” (art. 2072 alin.2 Cod civil), este împuternicit exclusiv pentru a negocia afaceri sau a negocia sau încheia afaceri, în numele și pe seama comitentului. În cazul contractului de comision, comisionarul se obligă pe baza împuternicirii comitentului, să încheie anumite acte juridice privind achiziționarea sau vânzarea unor bunuri ori prestarea de servicii, în nume propriu, dar pe seama comitentului, în schimbul unei remunerații, numită comision (art. 2043 Cod civil). Remarcăm așadar că deși comisionarul acționează cu titlu profesional, fiind un veritabil profesionist, el acționează strict la ordinele comitentului și pe seama acestuia din urmă.

Cu atât mai mult intermediarul nu ar putea fi confundat cu francizatul, căci contractul de intermediere are ca obiect punerea în legătură a unor persoane (clientul și terțul) în vederea încheierii de către acestea a unui act juridic, intermediarul fiind așadar mandatat să efectueze exclusiv acte materiale.

Fiind un contract sinalagmatic, franciza presupune asumarea de obligații de către ambele părți contractante. În timp ce în sarcina francizorului incumbă obligația de a transmite know-how-ul și dreptul de utilizare a semnelor distinctive, asistența tehnică și/sau comercială, aprovizionarea

² Lipsa independenței juridice ar conduce la transformarea beneficiarului în sucursală, iar când acesta este persoană fizică, într-un simplu prepus al francizorului. A se vedea în acest sens, L. Stănciulescu, V. Nemeș, *Dreptul contractelor civile și comerciale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 593.

beneficiarului și garanția exclusivității teritoriale³, beneficiarul are obligația păstrării secretului know-how-ului, a plății taxelor și redevențelor, precum și obligațiile de neconcurență și confidențialitate, în măsura în care astfel de clauze au fost impuse de francizor. Spre pildă, părțile pot insera o clauză contractuală ce stipulează obligația de non-concurență a beneficiarului, sub rezerva ca aceasta obligație să fie limitată temporal (pe durata contractului de exclusivitate) și necesară pentru protejarea drepturilor de proprietate intelectuală sau pentru a menține identitatea mărcii ori reputația rețelei de franciză.

Contractul de franciză, chiar dacă nu este în sine o înțelegere restrictivă de concurență, poate avea efecte anti-concurențiale, în măsura în care unele dintre clauzele sale (spre pildă, cele prin care beneficiarii sunt obligați să practice anumite prețuri de vânzare ori să nu se aprovizioneze cu marfă decât de la furnizori agreeți de francizor și doar în limita unui procent stabilit în contractul de franciză; clauze prin care francizorul se obligă să nu aprovizioneze niciun alt comerciant pe teritoriul din contract; clauze prin care beneficiarii rețelei de franciză se obligă să nu concureze între ei ori să acționeze doar într-o anumită zonă de exclusivitate teritorială) pot intra în coliziune cu ansamblul normativ național și european din materia concurenței (art. 5 alin.1 din Legea nr. 21/1996, republicată⁴, cu modificările ulterioare și art. 101 alin.1 TFUE).

Este de observat că principiul interzicerii înțelegerilor anticoncurențiale este reglementat în cele două ordini juridice în termeni destul de apropiați. Potrivit art. 5 alin.1 din Legea nr. 21/1996, republicată, cu modificările ulterioare, sunt interzise orice înțelegeri între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care: a) stabilesc, direct sau indirect, prețuri de cumpărare sau de vânzare sau orice alte condiții de tranzacționare; b) limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile; c) împart piețele sau sursele de aprovizionare; d) aplică, în raporturile cu partenerii comerciali, condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj

³ Potrivit art. 9 din ordonanță, în cazul în care francizorul propune semnarea unui contract de exclusivitate, vor fi respectate următoarele reguli: dacă este încasată o taxă de intrare în rețeaua de franciză, la semnarea contractului de franciză, suma privind drepturile de exclusivitate, prevăzută în contract, este proporțională cu taxa de intrare și se adaugă acesteia; în lipsa taxei de intrare, modalitățile de rambursare a taxei de exclusivitate sunt precizate în cazul rezilierii contractului de franciză; taxa de exclusivitate poate fi destinată pentru a acoperi o parte a cheltuielilor necesare implementării francizei și/sau pentru a delimita zona și/sau pentru know-how-ul transmis; contractul de exclusivitate trebuie să prevadă o clauză de reziliere, convenabilă ambelor părți; durata este determinată în funcție de caracteristicile proprii fiecărei francize. În jurisprudența franceză s-a decis că francizorul nu a încălcat obligația de a asigura exclusivitatea teritorială a francizatului, comercializând pe internet produse și servicii identice cu cele ce fac obiect al contractului de franciză. Pentru a adopta această soluție, Curtea de Casație a reținut că “crearea unui site internet nu poate fi asimilată implantării unui punct de vânzare în sectorul protejat”. A se vedea, Com.14 mars 2006, Bull.civ. IV, n. 65, citată în François Collart Dutilleul, Philippe Delebecque, *Contrats civils et contrats commerciaux*, Dalloz, Paris, 2011, p. 978, nota de subsol 3.

⁴ Republicată în Monitorul Oficial nr. 973 din 29 decembrie 2015.

concurențial; e) condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte.

O reglementare relativ identică vom regăsi și în dreptul european, dispozițiile art. 101 alineatul (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE)-fostul articol 81 alineatul (1) din Tratatul privind instituirea Comunității Europene (TCE)) interzicând toate acordurile între întreprinderi, toate deciziile asociațiilor de întreprinderi și toate practicile concertate care pot aduce atingere comerțului dintre țările Uniunii Europene și care au drept obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței. Prin derogare de la această regulă, articolul 101 alineatul (3) din TFUE (fostul articol 81 alineatul (3) din TCE) prevede că interdicția menționată la articolul 101 alineatul (1) poate fi declarată inaplicabilă pentru toate acordurile care contribuie la îmbunătățirea producției sau distribuției de mărfuri sau la promovarea progresului tehnic sau economic, asigurând totodată consumatorilor o parte echitabilă din beneficiul obținut, și care nu impun întreprinderilor în cauză restricții care nu sunt indispensabile pentru atingerea acestor obiective și nu oferă întreprinderilor posibilitatea de a elimina concurența pe o parte semnificativă a pieței produselor în cauză⁵.

Hotărârea CJCE din 28 ianuarie 1986, în cauza Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis a constituit o etapă esențială în aplicarea dreptului european al concurenței în materia contractului de franciză⁶.

Astfel, CJCE a fost sesizată în cadrul unei proceduri preliminare cu mai multe întrebări privind interpretarea articolului 85 din Tratatul CEE (actualul 101 TFUE) și a Regulamentului nr. 67/67 al Comisiei din 22 martie 1967 privind aplicarea articolului 85 alineatul (3) din Tratatul CEE (actualul art. 101 alin.3 TFUE) anumitor categorii de acorduri de exclusivitate, pentru a se stabili dacă dispozițiile respective se aplică contractelor de franciză⁷.

Pentru a evita plata redevențelor datorate la cifra de afaceri pentru anii 1978-1980, francizatul a susținut că cele trei contracte de franciză (identice sub aspectul conținutului) încheiate cu francizorul pentru trei zone distincte Hamburg, Oldenburg și Hanovra încălcau dispozițiile art. 85 alin.1 din tratat (actualul art. 101 TFUE) și nu beneficiau de exceptarea acordată anumitor categorii de contracte de exclusivitate în temeiul Regulamentului nr. 67/67 al

⁵ O reglementare identică se regăsește și în art. 5 alin.2 din Legea nr. 21/1996.

⁶ Hotărârea poate fi consultată pe <http://ier.ro/sites/default/files/traduceri/61984J0161.pdf> (04.05.2016)

⁷ Aceste întrebări au fost adresate în cadrul unui litigiu între societatea Pronuptia de Paris GmbH din Frankfurt am Main (francizor), filială a unei societăți franceze cu aceeași denumire, și doamna Schillgalis din Hamburg care deținea o societate comercială cu denumirea de Pronuptia de Paris (francizat), litigiu privind obligația francizatului de a-i plăti francizorului redevențele datorate la cifra de afaceri pentru anii 1978-1980.

Comisiei, menționat anterior. Potrivit susținerilor francizatorului, obligațiile reciproce de exclusivitate constituiau restricții ale concurenței în cadrul pieței comune, francizorul neputând aproviziona niciun alt comerciant pe teritoriul din contract, iar francizatul neputând achiziționa sau vinde cu amănuntul alte mărfuri provenite din alte state membre, decât într-o măsură limitată.

Curtea a reținut cu just temei că sistemul contractului de franciză nu duce prin sine la restricții notabile ale concurenței, câtă vreme acestea nu conțin restricții ale libertății părților contractante care să le depășească pe cele care decurg din natura unui sistem de franciză. Obligațiile exclusive de livrare și de aprovizionare, în măsura în care acestea urmăresc să asigure selecții standard ale mărfurilor, obligațiile de publicitate și de amenajare uniformă a spațiilor comerciale și interdicția de vânzare în alte magazine a mărfurilor livrate în temeiul contractului sunt inerente prin însăși natura contractului de franciză și nu intră în sfera de aplicare a articolului 85 alineatul 1 (consid. 9).

Se impune remarcat faptul că până la acel moment, Curtea nu fusese investită să analizeze legalitatea contractelor de franciză din perspectiva tratatelor comunitare, motiv pentru care, pentru prima dată în jurisprudența sa, instanța europeană a procedat la definirea și clasificarea acestui tip de contract (franciza de servicii, producție și distribuție). În accepțiunea Curții, într-un sistem de franciză, *“o întreprindere care s-a impus pe piață ca distribuitor și care, prin urmare, a pus la punct un ansamblu de metode comerciale, le acordă unor comercianți independenți posibilitatea de a se impune pe alte piețe utilizând denumirea și metodele comerciale care au contribuit la succesul său”*. Relevând importanța know-how-ului, se subliniază că *“mai mult decât un mod de distribuție, este vorba de un mod de a exploata din punct de vedere financiar, fără a angaja capitaluri proprii, un ansamblu de cunoștințe”*.

Pornind de la aceste premisă, este evident că nu constituie restricții ale concurenței, acele clauze care protejează know-how-ul francizatorului, prevenind riscul transmiterii acestuia concurenților, bunăoară clauza de neconcurență prin care francizatorului îi este interzis să deschidă, pe durata contractului sau în cursul unei perioade rezonabile ulterioare expirării acestuia, un magazin cu un obiect de activitate identic sau similar, într-o zonă în care ar putea intra în concurență cu unul din membrii rețelei ori stipulația contractuală privind obligația impusă francizatorului de a nu ceda respectivul magazin fără acordul prealabil al francizatorului.

Se poate așadar concluziona că nu poate fi exclusă compatibilitatea contractelor de franciză cu art. 5 alin.1 din Legea nr. 21/1996, respective art. 101 TFUE, după cum incompatibilitatea unui astfel de contract poate fi determinată de conținutul clauzelor contractuale și contextul economic. În acest sens se impune a se face o netă distincție între, pe de o parte,

clauzele indispensabile pentru asigurarea riscului transmiterii neautorizate a know-how-ului oferit de francizor și cele care garantează păstrarea identității și prestigiului rețelei, iar pe de altă parte, acele clauze care distorsionează concurența prin partajarea piețelor ori impunerea unor prețuri de revânzare (cele indicative fiind permise, mai puțin atunci când suntem în prezența unor practici concertate).

Cât privește incidența Regulamentului nr. 67/67 al Comisiei din 22 martie 1967 în materia contractelor de franciză, aceasta nu a putut fi reținută întrucât acest izvor de drept derivat era de strictă aplicare, vizând doar acordurile de distribuție exclusivă și de aprovizionare exclusivă, în privința cărora derogarea era acordată într-o manieră generală și fără cerința notificării.

Pentru definirea regimului excepțiilor pe categorii aplicabil contractului de franciză, Comisia a adoptat Regulamentul 4087/88 din 30 noiembrie 1988⁸, care definește franchisingul ca fiind un ansamblu de drepturi de proprietate industrială sau intelectuală privind mărci, firme, desene și modele industriale, drepturi de autor, know-how sau brevete de invenții sau inovații destinate a fi exploatate pentru vânzarea de produse și prestarea de servicii utilizatorilor finali. Pentru a intra sub incidența excepției, acordul de franciză trebuia pe de o parte, să nu conțină clauze interzise (spre pildă, stabilirea prețurilor de revânzare, interdicția francizatului de a utiliza know-how-ului după expirarea contractului, chiar dacă acest know-how este general cunoscut sau accesibil într-o manieră facilă; interdicția francizatului de a vinde, în interiorul pieței comune, produse sau servicii care fac obiect al contractului de franciză, către anumiți utilizatori finali, în funcție de locul lor de rezidență), iar pe de altă parte să îndeplinească, în mod cumulativ, următoarele cerințe: utilizarea unui nume sau a unei firme comune și o prezentare uniformă a localurilor și/sau a mijloacelor de transport vizate în contract; comunicarea de către francizor francizatului său a *savoir-faire-ului*; furnizarea continuă de către francizor francizatului a unei asistențe comerciale sau tehnice pe durata acordului.

Regulamentul Comisiei nr. 2790/1999 din 22 decembrie 1999 privind aplicarea articolului 81 (3) din Tratat la categoriile de acorduri verticale și practice concertate⁹, a unificat regimul restricțiilor verticale de concurență, în obiectul său de reglementare fiind incluse atât acordurile de distribuție exclusivă, cât și acordurile de franciză, prin înlocuirea Regulamentelor nr. 1983/83¹⁰, nr. 1984/83¹¹ și 4087/88.

⁸ Regulamentul poate fi consultat pe <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31988R4087> (04.05.2016)

⁹ Publicat în Jurnalul Oficial nr. 336 din 29.12.1999.

¹⁰ Regulamentul 1983/83, privind aplicarea art. 85 alin.3 din Tratatul CE, categoriilor de acorduri de distribuție exclusivă, publicat în Jurnalul Oficial nr. 173 din 30.06.1983

În fine, succesiunea actelor normative europene cuprinde Regulamentul nr. 330/2010 din 20 aprilie 2010 privind aplicarea art. 101 alin.3 din TFUE, categoriilor de acorduri verticale și practici concertate¹², regulament care a intrat în vigoare la 1 ianuarie 2010 și care a înlocuit Regulamentul Comisiei nr. 2790/1999. Acest ultim regulament din 2010 este însoțit de Orientările privind restricțiile verticale stabilite prin Comunicarea Comisiei din 19 mai 2010¹³.

Lecturând Regulamentul nr. 330/2010 se poate observa generalitatea acestuia, în sensul că nu cuprinde prevederi exprese privind un anumit tip de contract, contractul de franciză nefiind menționat decât în mod indirect, prin referirile la know-how, obligația de neconcurență, drepturile de proprietate intelectuală, motiv pentru care este necesară o analiză coroborată a Regulamentului cu orientările privind restricțiile verticale.

Se impune însă menționat că acordurile care conțin restricții verticale de concurență¹⁴ sunt scoase de sub incidența art. 101 alin.1 TFUE, în funcție de cota de piață pe care o dețin părțile implicate pe piața relevantă, limita fiind fixată de articolul 3 din Regulament la 30%, atât pentru furnizor, cât și pentru cumpărător. Sub această cotă de piață, se arată în preambulul Regulamentului (pct.8), „*se poate prezuma că ... acordurile verticale ... conduc la îmbunătățirea producției sau a distribuției și asigură consumatorilor o parte echitabilă din beneficiile rezultate*”, iar peste această limită, „*nu se poate presupune că acordurile verticale care intră sub incidența articolului 101 alineatul (1) din tratat vor da naștere în general unor avantaje obiective de o asemenea natură și dimensiune încât să compenseze prejudiciile pe care le creează concurenței. În același timp, nu există nicio prezumție că aceste acorduri verticale intră sub incidența articolului 101 alineatul (1) din tratat sau nu îndeplinesc condițiile prevăzute la articolul 101 alineatul (3) din tratat*”. Se precizează însă în continuare că nu trebuie exceptate acorduri verticale ce conțin restricții care sunt susceptibile să restrângă concurența și să aducă prejudicii consumatorilor sau care nu sunt indispensabile pentru atingerea efectelor de creștere a eficienței. În special acordurile verticale care conțin anumite tipuri de restrângeri grave ale concurenței, precum prețurile de revânzare minime și fixe, precum și anumite tipuri de protecție

¹¹ Regulamentul 1984/83, privind aplicarea art. 85 alin.3 din Tratatul CE, categoriilor de acorduri de cumpărare exclusivă, publicat în Jurnalul Oficial nr. 173 din 30.06.1983.

¹² Publicat în Jurnalul Oficial nr. 102 din 23.04. 2010

¹³ Publicată în Jurnalul oficial nr. 130 din 19.05.2010, http://www.justice.gov.md/file/Centrul%20de%20armonizare%20a%20legislatiei/Baza%20de%20date/Materiale%202011/Legislatie/52010XC0519_04.PDF (04.05.2016)

¹⁴ În funcție de gradul de restricție comercială a acordului, se impune a se face distincție între acordurile de distribuție exclusivă, când furnizorul se angajează să aprovizioneze un singur distribuitor, pe un teritoriu dat, în schimbul avantajului exclusivității, distribuitorul acceptând clauze restrictive și acordurile de cumpărare exclusivă când distribuitorul convine să se aprovizioneze de la un singur furnizor care, în schimbul exclusivității, îi acordă avantaje comerciale și/sau financiare. Pe larg despre acordurile verticale, a se vedea, A. I. Dușcă, *Dreptul Uniunii privind afacerile*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p.155-159.

teritorială trebuie să fie excluse de la beneficiul exceptării pe categorii, indiferent de cota de piață a întreprinderilor în cauză.

Revenind la contractul de franciză, pentru a vedea în ce măsură ar conține o restricție verticală de concurență, respectiv dacă intră sub incidența exceptărilor prevăzute de Regulamentul nr. 330/2010, se impun a fi avute în vedere două aspecte: cota de piață deținută de părțile contractante și evaluarea conținutului contractului, pentru a verifica în ce măsură conține clauze care, în sine, sau coroborate cu altele, ori cu alți factori aflați sub controlul părților, pot genera restricții severe de concurență care exclud beneficiul exceptării de grup.

Primul pas din cadrul evaluării concurențiale vizează așadar stabilirea cotei de piață. Aceasta nu poate exista însă în abstract, fiind necesară delimitarea pieței relevante pe care are loc comportamentul de afaceri considerat a fi la o primă vedere restrictiv de concurență. În Comunicarea nr. 97-C372-03 decembrie 1997¹⁵, Comisia a expus regulile aplicabile pentru definirea pieței relevante. În accepțiunea Comisiei, o piață relevantă a produsului cuprinde toate produsele și/sau serviciile pe care consumatorul le consider interschimbabile sau substituibile, datorită caracteristicilor, prețurilor și utilizării căreia acestea îi sunt adresate (pct. 7 din comunicare). Piața geografică relevantă cuprinde zona în care întreprinderile respective sunt implicate în cererea și oferta de produse sau servicii în cauză, în care condițiile de concurență sunt suficient de omogene și care poate fi deosebită de zonele geografice învecinate, deoarece condițiile de concurență diferă în mod apreciabil în respectivele zone (pct. 8 din comunicare).

Raportat la dispozițiile art. 3 din Regulament, sub 30% cota de piață, contractul de franciză beneficiază de exceptare, sub rezerva de a nu conține restricții severe de concurență, respectiv restrângerea dreptului francizatului de a-și stabili prețul de vânzare ori protecție teritorială absolută¹⁶. Dacă pragul de 30% este depășit, beneficiul exceptării de grup nu este disponibil¹⁷.

Cât privește clauzele referitoare la prețul de revânzare, raportat la dispozițiile art. 4 lit.a) din Regulamentul nr. 330/2010, exceptarea de grup nu se aplică în cazul contractului de franciză

¹⁵[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:31997Y1209 % 2801 % 29](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:31997Y1209%202801%2029), consultat la 27.10.2014.

¹⁶ Un contract de franciză care ar conține o clauză ce ar impune prețul de revânzare nu va putea beneficia nici de exceptarea individuală întemeiată pe art. 101 alin.3 TFUE, nici de exceptarea pe categorii, art. 4 lit.a) din Regulamentul nr. 330/2010 calificând restricția ca fiind una gravă. A se vedea, Louis Vogel, *Droit européen des affaires*, Dalloz, Paris, 2013, p.608. În același sens, Louis Dubouis, Claude Bluman, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 2012, p. 575.

¹⁷Gavril Daniel Olar, Restricțiile verticale de concurență, http://www.freedomhouse.ro/old/images/Daniel_Olar_RESTRICIILE_VERTICALIILE_DE_CONCUREN.pdf (04.05.2016).

care, direct sau indirect¹⁸, separat sau în combinație cu alți factori aflați sub controlul părților, restrâng libertatea francizatului de a-și stabili prețul de vânzare, fără a aduce atingere posibilității francizorului de a impune un preț de vânzare maxim sau de a recomanda un preț de vânzare, cu condiția ca acestea din urmă să nu echivaleze cu un preț de vânzare fix sau minim stabilit ca rezultat al presiunii exercitate ori al stimulentele oferite de francizor, fiind în prezența unei restricții grave. Prin urmare, prețurile indicative sunt licite, cu condiția însă ca acestea să nu disimuleze prețuri impuse, în special în urma presiunilor exercitate de către francizor.

Legiuitorul european instituie o prezumție refragabilă a existenței unei restricții de concurență în cazul contractului de franciză care include o clauză privind impunerea prețurilor de revânzare, întreprinderile implicate având posibilitatea să răstoarne prezumția, invocând o apărare pe bază de argumente de eficiență în conformitate cu articolul 101 alineatul 3 TFUE.¹⁹

Bunăoară, impunerea prețurilor de revânzare poate să conducă la creșteri de eficiență, când prețurile de revânzare fixe și nu numai prețurile de revânzare maxime sunt necesare în cazul organizării, în cadrul unui sistem de franciză sau de distribuție similar, a unei campanii coordonate de prețuri mici pe termen scurt (în cele mai multe cazuri între 2 și 6 săptămâni), care va aduce beneficii consumatorilor²⁰.

Remarcăm așadar că în ipoteza stabilirii în sarcina francizatului a practicării unor prețuri maxime de vânzare, precum și în cazul campaniilor coordonate de prețuri mici pe termen scurt, interesul consumatorului este preservat.

¹⁸ Impunerea prețului de revânzare se poate realiza nu doar direct, când suntem în prezența unei restricții flagrante, dar și indirect, bunăoară, prin inserarea în contractul de franciză a unor clauze care prevăd nivelul maxim al reducerilor pe care le poate acorda un francizat, față de un nivel predefinit al prețului; acordurile care condiționează acordarea de rabaturi sau rambursarea cheltuielilor promoționale de către francizor, de respectarea unui anumit nivel de preț; acordurile care condiționează prețul de vânzare prevăzut de prețul de revânzare ale concurenților, precum și amenințările, intimidările, avertizările, penalizările, întârzierea sau suspendarea livrărilor ori rezilierea acordului în cazul nerespectării unui anumit nivel de preț (pct. 48 din Orientările privind restricțiile verticale). În mod similar, modalitățile de stabilire a prețului de revânzare devin mai eficiente atunci când sunt însoțite de măsuri care reduc interesul beneficiarului francizat de a micșora prețul de revânzare, cum ar fi imprimarea pe produs, de către francizor, a prețului de comercializare la clientul final. A se vedea, Consiliul Concurenței, Decizia nr. 65 din 31.10.2012 de acceptare a angajamentelor asumate de către FORNETTI ROMÂNIA SRL în cadrul investigației declanșate prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 291/31.05.2010 și extinsă prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 351/05.07.2010, http://www.consiliulconcurenței.ro/uploads/docs/items/id8105/decizia_fornetti-publicare_site.pdf (consultat 09.05.2016).

¹⁹ Potrivit pct. 190 lit.a) din orientările privind restricțiile verticale, cu cât transferul de know-how este mai important, cu atât este mai posibil ca restricțiile să creeze câștiguri de eficiență și/sau să fie indispensabile pentru protejarea know-how-ului, și ca restricțiile verticale să îndeplinească condițiile prevăzute la articolul 101 alineatul 3 TFUE.

²⁰ A se vedea și Louis Vogel, *Droit européen des affaires*, Dalloz, Paris, 2013, p.628.

Apoi, raportat la dispozițiile art. 5 alin.1 lit.a) din Regulament, clauza de neconcurență²¹, indiferent de beneficiarul acesteia, francizorul ori francizatul, intră sub incidența exceptării doar dacă partea de piață deținută de fiecare din cele două părți contractante nu depășește 30%, sub condiția ca durata clauzei să nu depășească 5 ani. Apreciem că în cazul unui contract de franciză încheiat pe o durată mai mare de 5 ani, în care părțile au inserat o clauză de neconcurență, se impune stipulat în mod expres că valabilitatea acesteia expiră la momentul împlinirii termenului de 5 ani și că ea nu poate fi prelungită decât prin acordul părților. Prin excepție, limitarea temporală de cinci ani nu se aplică atunci când bunurile sau serviciile contractuale sunt vândute de francizat din spații sau terenuri aflate în proprietatea francizorului sau închiriate de francizor de la terți care nu au legătură cu francizatul, cu condiția ca durata obligației de neconcurență să nu depășească perioada de ocupare a spațiilor sau a terenurilor de către francizat (art. 5 alin.2 din Regulament).

Cât privește clauza de neconcurență post-contractuală, în conformitate cu art. 5 alin.3 din Regulament, aceasta intră sub incidența exceptării doar dacă sunt îndeplinite următoarele condiții: obligația privește bunuri sau servicii care sunt în concurență cu produsele sau bunurile ori serviciile contractului; obligația este limitată la spațiile și teritoriile unde cumpărătorul și-a desfășurat activitatea pe parcursul executării contractului; obligația este indispensabilă pentru protejarea know-how-ului transferat de către furnizor cumpărătorului; durata clauzei este limitată la un an de la data încetării contractului.

Referitor la clauza de exclusivitate teritorială, aceasta este de natură a-1 proteja de francizat, care, cu certitudine, își dorește amortizarea investiției făcute, demers ce poate fi sortit eșecului dacă francizorul va desfășura el franciza în raza teritorială pentru care a acordat exclusivitate beneficiarului ori dacă ar transmite dreptul de a exploata afacerea în regim de franciză altui beneficiar. Cu alte cuvinte, prin instituirea unei clauze de exclusivitate teritorială, francizatul se vede pus la adăpost în fața concurenței interne ce există în sânul rețelei de franciză. În același timp, și francizorul poate dori organizarea rețelei de franciză atribuind diverse „teritorii” francizaților săi, și implicit, partajând piața. Atribuirea unei exclusivități teritoriale unui francizat antrenează în mod necesar restricții pentru ceilalți francizați aparținând rețelei. Dispozițiile art. 4 lit.b) din Regulament exclud aplicarea beneficiului exceptării în cazul contractelor de franciză ce conțin clauze având ca obiect restrângerea teritoriului în care, ori a

²¹ Obligația de neconcurență este “orice obligație directă sau indirectă care interzice cumpărătorului să producă, să cumpere, să vândă sau să revândă bunuri ori servicii care concurează cu bunurile sau serviciile contractuale (art. 1 lit.ddin regulamentul).

clienților cărora, un francizat le poate vinde bunurile ori serviciile contractuale fără a aduce atingere unei restricții asupra locului în care este stabilit. Această restricție gravă este legată de împărțirea pieței pe teritorii sau pe clienți.

Prin excepție, clauzele ce antrenează o exclusivitate teritorială de vânzare sunt admise în 4 situații: restrângerea vânzărilor active în teritoriul exclusiv sau către un grup de clienți rezervat furnizorului sau alocat de furnizor altui cumpărător, atunci când o asemenea restricție nu limitează vânzările efectuate de clienții cumpărătorului²²; restrângerea vânzărilor către utilizatorii finali de către un cumpărător care acționează pe piață în calitate de comerciant cu ridicata; restrângerea vânzărilor de către membrii unui sistem de distribuție selectivă către distribuitori neagreați pe teritoriul rezervat de către furnizor pentru aplicarea acestui sistem; restrângerea capacității cumpărătorului de a vinde componente, furnizate cu scopul de a fi asamblate, către clienții care le-ar utiliza la producerea acelorași tipuri de bunuri ca și cele produse de furnizor.

BIBLIOGRAFIE

1. G. Daniel Olar, Restricțiile verticale de concurență, [http://www.freedomhouse.ro/old/images/Daniel Olar RESTRICIILE VERTICALE DE CONCURENTE.pdf](http://www.freedomhouse.ro/old/images/Daniel_Olar_RESTRICIILE_VERTICALIILE_DE_CONCURENTE.pdf) (04.05.2016).
2. L. Dubouis, C. Bluman, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 2012
3. A. I. Dușcă, *Dreptul Uniunii privind afacerile*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p.155-159.
4. F. C. Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et contrats commerciaux*, Dalloz, Paris, 2011

²² Este licită așadar clauza contractuală prin care furnizorul combină alocarea unui teritoriu exclusiv și a unui grup de clienți exclusiv, de exemplu prin desemnarea unui distribuitor exclusiv pentru un grup de clienți determinat dintr-un anumit teritoriu. Dacă prin vânzări „active” se înțelege abordarea activă a clienților individuali prin intermediul marketingului direct prin corespondență, inclusiv trimiterea de email-uri nesolicitate sau vizite propriu-zise; sau abordarea activă a unui anumit grup de clienți sau a anumitor clienți dintr-un teritoriu determinat, prin publicitate în mass media, pe internet sau prin alte acțiuni de promovare adresate în mod special acestui grup de clienți sau clienților din acest teritoriu, vânzarea „pasivă” înseamnă a răspunde la cereri nesolicitate de la clienți individuali, inclusiv livrarea de bunuri sau servicii unor astfel de clienți; orice publicitate sau acțiune de promovare generală care intră în atenția clienților din teritoriile exclusive ale altor distribuitori sau din grupurile de clienți ale altor distribuitori, care este însă un mod rezonabil de a aborda clienții situați în afara acestor teritorii sau a grupurilor de clienți, de exemplu pentru a aborda clienți situați pe teritoriul propriu (pct. 51 din Orientările privind înțelegerile verticale)

5. L. Stănciulescu, V. Nemeș, *Dreptul contractelor civile și comerciale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013
6. L. Vogel, *Droit européen des affaires*, Dalloz, Paris, 2013
7. <http://ier.ro/sites/default/files/traduceri/61984J0161.pdf> (04.05.2016)
8. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31988R4087> (04.05.2016)
9. http://www.justice.gov.md/file/Centrul%20de%20armonizare%20a%20legislatiei/Baza%20de%20date/Materiale%202011/Legislatie/52010XC0519_04.PDF (04.05.2016)
10. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:31997Y1209%202801%2029>, consultat la 27.10.2014.
11. http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id8105/decizia_fornetti-publicare_site.pdf