APRES L'ARRET PRONUPTIA

Considérations sur l'absence de notifications à la Commission

Après l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 28 janvier 1986 dans l'affaire Pronuptia, on aurait pu s'attendre à un vaste mouvement de notifications des contrats de franchise témoignant ainsi de la volonté des franchiseurs de se conformer aux dispositions du droit de la concurrence de la CEE. Or, tel ne semble pas avoir été le cas, dans la mesure où la Commission n'a accusé réception que de quelques notifications. Certes, la Commission n'a pas besoin d'une masse de notifications pour se forger une expérience en la matière afin de préparer les grandes orientations du futur règlement d'exemption collective. Néanmoins, il est très intéressant d'entamer une première analyse de cette situation.

En réalité, et sans pour autant qualifier l'attitude des franchiseurs de "passive", il faut voir, dans cette "absence", le signe d'une "temporisation" en attendant de plus amples précisions sur la portée de l'arrêt "Pronuptia" ainsi que sur l'action envisagée par la Commission dans ce secteur.

A cette volonté de "temporisation", il faut ajouter quelques éléments dont l'effet dissuasif ne doit pas être ignoré. La combinaison de l'ensemble fournit les raisons de l'absence de notifications massives à la Commission. Ce sont là les aspects d'une première réflexion sur le comportement des franchiseurs. Les éléments dissuasifs dont il est question sont les suivants :

I. L'ANNONCE PAR LA COMMISSION D'UN FUTUR REGLEMENT D'EXEMPTION

L'effet dissuasif d'une telle initiative réside dans le fait que l'exemption par catégorie dispensera les franchiseurs de notifier leurs contrats. Certes, la notification ne disparaîtra pas totalement dans la mesure où elle constituera le support matériel indispensable à la mise en œuvre de la procédure d'opposition que le futur règlement d'exemption envisage d'introduire pour les clauses qui ne feraient pas partie de la liste des clauses expressément autorisées et de celle des clauses expressément interdites. Néanmoins, si cette éventualité relève du moyen terme, il faut cependant admettre que l'effet dissuasif de l'annonce d'un futur règlement ne souffre d'aucun doute. Ceci est d'autant plus vérifié que la Commission a prévu l'adoption du futur règlement pour la fin de l'année 1986.

Dès lors, la volonté de "temporisation" des franchiseurs n'est-elle pas légitime? En effet, les franchiseurs attendraient la promulgation du futur règlement pour adapter leurs contrats sans user de la notificaton. Si judicieuse soit-elle, cette stratégie demeure imprudente, en ce sens qu'elle ne met pas à l'abri d'éventuelles amendes le franchiseur dont le contrat est restrictif de la concurrence. Jusqu'à l'adoption du futur règlement, seule la notification permet d'assurer une immunité en matière d'amendes.

Quoique dissuasive, l'annonce d'un futur règlement ne doit pas faire disparaître la vigilance des franchiseurs.

II. LA PUBLICATON AU JOURNAL OFFCIEL DU CONTENU ESSENTIEL DU CONTRAT NOTIFIE

C'est également un des aspects majeurs du peu d'engouement manifesté par les franchiseurs envers la technique de la notificationConformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement 19/62, l'octroi par la Com-

mission d'une attestation négative ou d'une exemption est précédé par la publication du Journal Officiel des Communautés européennes d'une communication contenant l'essentiel des dispositions du contrat notifié. Par ailleurs, cette publication invite les tiers intéressés à formuler leurs observations.

Contestée par un grand nombre de franchiseurs, la publication au Journal Officiel est considérée comme une atteinte au secret des affaires. L'effet dissuasif d'une telle mesure est accentué par l'appel lancé en direction des tiers.

La critique développée par les franchiseurs doit être atténuée puisque le droit de la concurrence offre les moyens de protection des secrets d'affaires, de même que le texte de la publication est préalablement soumis à l'appréciation de l'entreprise notifiante. Néanmoins, la crainte des observations des tiers intéressés garde toute sa teneur.

III. LA COMMUNICATION AUX AUTORITES COMPETENTES DES ETATS MEMBRES, D'UNE COPIE DE LA NOTIFICATION

Les notifications à la Commission doivent être transmises en treize exemplaires. Dès leur réception, la Commission transmet une copie aux autorités compétentes des douze Etats membres de la communauté. La communication d'une copie aux autorités compétentes des Etats membres produit un effet dissuasif certain. Les franchiseurs craignent qu'à la suite de la communication d'une copie de leur notification, les autorités compétentes d'un Etat membre décident d'engager, à leur encontre, une procédure fondée sur les dispositions du droit de la concurrence interne.

IV. LA DEFINITION D'UN NOUVEAU SEUIL DE SENSIBILITE

Depuis le 3 septembre 1986, la Commission a, dans une nouvelle communication sur les accords d'importance mineure, modifié la définition d'ordre quantitatif du caractère sensible d'un accord sur les conditions du marché. Ainsi, si le critère de la part de marché (3%) n'a pas été modifié, par contre, celui du chiffre d'affaires est passé de 50 millions d'Ecus à 200 millions d'Ecus. Dès lors, on comprend aisément que la portée de cette modification soit de nature à faire échapper un grand nombre de contrats de franchise à l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE.

Par le jeu de cette modification, les quelques franchiseurs qui s'apprêtaient à notifier leurs contrats ont reconsidéré leur attitude. Néanmoins, il convient d'attirer l'attention des franchiseurs sur le fait que le maniement de la règle dite "de minimis", doit être entouré de la plus grande prudence. En effet, cette règle n'a pas une valeur absolue, tout comme elle ne lie pas la Cour de justice.

Enfin, les franchiseurs doivent demeurer vigilants et ne pas considérer comme définitivement acquise, l'application de cette règle. Les seuils de sensibilité peuvent être dépassés rapidement lorsque le rythme de développement du réseau du franchiseur est appréciable. La vigilance des franchiseurs est d'autant plus requise que le calcul du chiffre d'affaires et de la part de marché peut conduire à des erreurs préjudiciables.

Le monde de la franchise traverse donc une phase de "temporisation" dans l'attente du futur règlement. En attendant de plus amples précisions sur l'action de la Commission dans ce secteur, la vigilance doit demeurer la garantie indispensable contre toute erreur d'appréciation sous toutes ses formes !

Me Olivier GAST

Cabinet Gast & Douet ●