

# Contracten maken

## Franchise en mededingingsrecht: een bijzondere verhouding

Mr. M.J. van Joolingen en mr. D.T.A. Noordeloos\*

### 1. Inleiding

Franchiseketens zijn uit het hedendaagse (straat)beeld niet meer weg te denken. Slijterijen, boekwinkels, drogistrijen, kledingwinkels, bouwmarkten en supermarkten: veel ketens maken gebruik van franchise om goederen en/of diensten te distribueren. Franchisegevers hebben vaak veel tijd en geld geïnvesteerd in de ontwikkeling van hun formules. Zij wensen logischerwijs de opgebouwde kennis en intellectuele eigendomsrechten te beschermen en de uniforme uitstraling van de formule te bewaken, zowel ten opzichte van derden als van franchisenemers. De bescherming van de knowhow van de franchisegever of de identiteit en reputatie van de franchiseformule kan echter op gespannen voet staan met het mededingingsrecht, in het bijzonder het kartelverbod. Met name in civiele procedures komt de verenigbaarheid van een franchiseovereenkomst met het kartelverbod aan de orde. In dit artikel zal eerst het begrip franchise in de juiste mededingingsrechtelijke context worden geplaatst, waarbij aandacht zal worden besteed aan de bijzondere plaats die franchise in het mededingingsrecht inneemt. Hierna worden de vanuit mededingingsrechtelijk perspectief meest essentiële onderdelen van een franchiseovereenkomst toegelicht aan de hand van jurisprudentie.

\* Mr. M.J. van Joolingen is advocaat bij Banning te Den Bosch. Mr. D.T.A. Noordeloos is advocaat bij Banning te Den Bosch.

### 2. Wat is franchise?

#### 2.1 Definitie

Een franchiseovereenkomst is een niet wettelijk geregelde vorm van een overeenkomst, ook wel onbenoemde overeenkomst genoemd. In tegenstelling tot bijvoorbeeld agentuurovereenkomsten zijn er geen specifieke bepalingen in de Nederlandse wet opgenomen over franchiseovereenkomsten.<sup>1</sup> Net als op distributieovereenkomsten zijn de algemene regels van het civiele recht van toepassing op franchise. Binnen het mededingingsrecht neemt franchise echter deels een bijzondere plaats in. Lange tijd is er zelfs speciale mededingingsrechtelijke regelgeving geweest voor franchiseovereenkomsten.<sup>2</sup> In 2000 is een eind gekomen aan deze speciale regelgeving toen de algemene mededingingsrechtelijke regelgeving voor verticale overeenkomsten werd hersteld.<sup>3</sup> Vanaf dat moment worden franchiseovereenkomsten beoordeeld onder de algemene verordening voor verticale overeenkomsten, net als andere distributieovereenkomsten.<sup>4</sup> In deze algemene regelgeving is echter nog steeds een aantal specifieke regels voor franchise opgenomen.

1. Franchiseovereenkomsten kunnen evenwel ook agentuurovereenkomsten zijn. Voor agentuurovereenkomsten geldt een afwijkend mededingingsrechtelijk kader. Deze overeenkomsten vallen daarom buiten het bereik van dit artikel.
2. Verordening 4087/88 van 30 november 1988 inzake de toepassing van art. 85 lid 3 van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten.
3. Verordening 2790/1999 van 22 december 1999 betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling feitelijk afgestemde gedragingen.
4. In art. 12 van Verordening 2790/1999 was een overgangperiode van 1,5 jaar opgenomen voor franchiseovereenkomsten die nog onder de franchiseverordening waren gesloten.

In de huidige Europese mededingingsrechtelijke regelgeving is franchise als volgt omschreven:

‘Franchiseovereenkomsten bevatten licenties voor intellectuele eigendomsrechten op met name handelsmerken of emblemen en knowhow voor het gebruik en de distributie van goederen of diensten. Naast de licentie voor intellectuele eigendomsrechten verstrekt de franchisegever de franchisenemer gewoonlijk gedurende de looptijd van de overeenkomst commerciële of technische bijstand. De licentie en de bijstand vormen integrerende bestanddelen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept.’<sup>5</sup>

Franchise wordt gezien als een distributievorm om goederen en/of diensten te verkopen. Onderscheidend van ‘normale’ distributie is echter dat de franchisegever een formule heeft ontwikkeld waarbij intellectuele eigendomsrechten essentieel zijn. De franchisegever wil deze formule en intellectuele eigendomsrechten vanzelfsprekend zo goed mogelijk beschermen. De franchisenemer mag hiervan dan ook alleen gebruikmaken onder de voorwaarden neergelegd in de franchiseovereenkomst. Het gebruik mogen maken van de intellectuele eigendomsrechten wordt vormgegeven als een licentie. Voor deze licentie dient de franchisenemer meestal een vast bedrag per maand of royalty’s over de verkochte producten af te dragen. Voorts zijn herkenbaarheid en uniformiteit van essentiële waarde voor het slagen van een franchiseformule. Voor de koper – veelal de consument – moet het product dat of de dienst die de franchisegever aanbiedt herkenbaar zijn, ongeacht bij welke franchisenemer hij binnenstapt. Om dit te waarborgen wordt er door de franchisegever veelal een handboek opgesteld. In dit handboek wordt de formule beschreven en zijn verantwoordelijkheden, taken en instructies uiteengezet. Zo wordt er veelal beschreven hoe de winkel dient te worden ingericht en de producten moeten worden gepresenteerd. De franchisenemers zijn, zoals uit het voorgaande volgt, contractueel aan de franchisegever gebonden; het blijven echter zelfstandige ondernemingen.<sup>6</sup>

## 2.2 Vorm

Franchise kan op verscheidene manieren worden vormgegeven. De franchisegever kan zelf de producten produceren en verkopen aan de franchisenemer. Het is ook mogelijk dat de franchisegever de producten van een derde inkoopt en aan de franchisenemers verkoopt. Een derde mogelijkheid is dat louter de formule in franchise wordt gegeven. De franchisenemer kan in dat geval rechtstreeks de producten van een derde afnemen, waar-

bij hij bijvoorbeeld wel gebonden is aan een voorgeschreven assortiment. Het mededingingsrecht is op al deze vormen van franchise van toepassing.

## 2.3 Franchise in combinatie met selectieve of exclusieve distributie

Een franchisegever is in beginsel vrij om franchisenemers te selecteren die hij geschikt acht.<sup>7</sup> Contractsvrijheid is – ook bij franchise – het uitgangspunt. In sommige gevallen wenst de franchisegever echter ook beperkingen op te leggen inzake het aantal franchisenemers, de geografische spreiding, de gebieden waarin ze de formule mogen exploiteren en/of aan wie de franchisenemers de producten mogen doorverkopen. Een franchisegever kan er dan voor kiezen een franchisesysteem als selectief of exclusief distributiesysteem vorm te geven. In dat geval zijn er aanvullende mededingingsrechtelijke regels op de overeenkomst van toepassing. Bij een selectief distributiesysteem stelt de franchisegever franchisenemers aan op basis van kwalitatieve en/of kwantitatieve criteria. Een franchisenemer moet aan bepaalde eisen voldoen om toe te kunnen treden tot het selectieve distributiestelsel van de franchisegever. Het voordeel van selectieve distributie is dat aan erkende distributeurs contractueel kan worden verboden te verkopen aan niet-erkende distributeurs.<sup>8</sup> Zo blijft het distributienetwerk ‘gesloten’. Bij zuiver kwalitatieve criteria geschiedt de selectie van distributeurs uitsluitend aan de hand van criteria die wegens de aard van het product vereist zijn, zoals bepaalde opleiding van verkooppersoneel en/of verleende service. Bij kwantitatieve criteria worden nog aanvullende criteria toegepast die het aantal distributeurs op directere wijze beperken, zoals het eisen van bepaalde omzetten of het totale aantal distributeurs.

Indien een franchisesysteem als exclusief distributiestelsel is ingekleed, kent de franchisegever het exclusieve recht op de verkoop van zijn producten of het aanbieden van diensten in een bepaald gebied of aan een bepaalde klantenkring toe aan één franchisenemer. Franchisenemers kan worden verboden om actief in het exclusieve gebied van een andere franchisenemer zijn producten en/of diensten aan te bieden.<sup>9</sup>

## 3. Juridisch kader

Het kartelverbod verbiedt alle samenwerking tussen ondernemingen die de mededinging op de markt (merkbaar) beperkt. Deze bepaling is neergelegd in artikel 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de

5. Richtsnoeren verticale overeenkomsten, randnummer 189. In de voormalige franchiseverordening was een definitie van zowel ‘franchise’ als ‘franchiseovereenkomst’ opgenomen.

6. Dit is niet alleen vanuit ondernemingsrechtelijk oogpunt van belang, maar zeker ook vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt. Het mededingingsrecht is weliswaar enigszins coulant ten opzichte van franchise. Een franchisegever mag meer zaken opleggen aan een franchisenemer dan bij algemene distributie. Het uitgangspunt blijft dat franchisegever en franchisenemer zelfstandig op de markt dienen te opereren.

7. HvJ 28 januari 1986, zaak 161/84 (Pronuptia), r.o. 20.

8. Art. 4 sub b onder iii Verordening 330/2010 van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

9. Van belang hierbij is dat het gaat om het beperken van de *actieve* verkoop; *passieve* verkoop moet vrij worden gelaten. Voor een onderscheid tussen actieve en passieve verkoop zie de Richtsnoeren, randnummer 51 en 52.

Europese Unie (VWEU) en artikel 6 lid 1 Mededingingswet (Mw). De Europese regelgeving is van toepassing indien de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed. Het uitgangspunt is dat een onderneming zelfstandig haar beleid dient te bepalen. Veelvoorkomende bepalingen in distributieovereenkomsten, ook wel ‘verticale overeenkomsten’ genoemd, die de mededinging (merkbaar) kunnen beperken, zijn: concurrentiebedingen, exclusieve afname, verkoopprijzen voorschrijven, verdeling van markten of klanten, enzovoort. Alhoewel dergelijke bepalingen op het eerste gezicht al snel de mededinging lijken te kunnen beperken en dus onder het kartelverbod vallen, wordt er bij franchise een soepelere beoordeling gehanteerd dan ten opzichte van distributie in algemene zin. Bepalingen uit franchiseovereenkomsten die noodzakelijk zijn ter bescherming van de knowhow van de franchisegever en de identiteit en reputatie van het franchisenetwerk, zijn niet in strijd met het kartelverbod.<sup>10</sup> Welke bepalingen onder deze definitie vallen, is ontwikkeld in de rechtspraak en later gedeeltelijk vastgelegd in Europese regelgeving. In het navolgende wordt een aantal van deze bepalingen besproken.

### 3.1 Pronuptia

Het Europese Hof van Justitie heeft zich voor het eerst in 1986 uitgelaten over specifieke bepalingen uit een franchiseovereenkomst.<sup>11</sup> De regels uit deze uitspraak zijn deels vastgelegd in de Richtsnoeren van de Commissie. Daarnaast toetsen met name civiele rechters nog steeds rechtstreeks aan deze uitspraak.<sup>12</sup> De Pronuptia-uitspraak betrof de franchisegever ‘Pronuptia de Paris’, een distributeur van bruidsjurken en verwante artikelen. De franchisegever was in een geschil verzeild geraakt met een van zijn franchisenemers over niet-betaalde royalty’s. De franchisenemer claimde dat de franchiseovereenkomst in strijd was met het toenmalige artikel 101 lid 1 VWEU en daarom nietig was. Het Hof van Justitie benadrukte in deze zaak het onderscheidende karakter van een franchiseovereenkomst:

‘Overeenkomsten inzake verkoopfranchising onderscheiden zich van alleenverkoopovereenkomsten en van overeenkomsten met erkende wederverkopers in het kader van een selectief distributiestelsel, doordat deze laatste niet voorzien in het gebruik van eenzelfde handelsnaam, de toepassing van eenvormige commerciële methoden of de betaling van royalty’s in ruil voor de toegestane voordelen. Een dergelijk stelsel, dat de franchisegever in staat stelt de vruchten te plukken van zijn succes, heeft op zichzelf geen ongunstige invloed op de mededinging. Wil het kunnen functioneren, moet aan twee voorwaarden zijn voldaan.’

Deze twee voorwaarden zijn:

10. HvJ 28 januari 1986, zaak 161/84 (Pronuptia).

11. HvJ 28 januari 1986, zaak 161/84 (Pronuptia).

12. Zie bijv. Rb. Amsterdam 2 december 2009, LJN BL7157 en Hof Den Bosch 20 december 2005, LJN AU8610 (Multicopy).

1. bescherming van de knowhow van de franchisegever; en
2. behoud van de identiteit en de reputatie van de door de handelsnaam gesymboliseerde verkooporganisatie.

Bepalingen in een franchiseovereenkomst die vallen onder een van de hiervoor genoemde criteria, en niet verder gaan dan strikt noodzakelijk gelet op het te dienen belang, maken geen inbreuk op het kartelverbod. Welke bepalingen dit concreet zijn, is deels bepaald door de Europese rechter in de Pronuptia-zaak zelf, maar is ook nader ingevuld door de Commissie in een aantal besluiten nadien<sup>13</sup> en de Groepsvrijstelling met de bijbehorende richtlijnen. Hieronder wordt een aantal concrete voorbeelden in meer detail besproken.

### 3.2 Uitzondering kartelverbod

Indien een bepaling in strijd is met het kartelverbod en niet voldoet aan de hiervoor genoemde eisen, kan mogelijk nog een beroep worden gedaan op de wettelijke uitzondering van het kartelverbod, zijnde artikel 101 lid 3 VWEU en/of artikel 6 lid 3 Mw. Om in aanmerking te komen voor deze (individuele) uitzondering moet aan vier voorwaarden zijn voldaan. Kort gezegd moeten de positieve effecten groter zijn dan de (mededingingsrechtelijke) negatieve effecten.<sup>14</sup> Een onderneming kan individueel een beroep doen op deze voorwaarden, waarbij ze zelf moet onderzoeken of de afspraak hieraan voldoet.<sup>15</sup> Dit is niet eenvoudig te bepalen. De Commissie heeft echter ook algemene uitzonderingen opgesteld, ook wel groepsvrijstellingen genoemd. Indien een afspraak aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling voldoet, is de afspraak automatisch vrijgesteld van het kartelverbod en is een beroep op de individuele uitzondering niet meer nodig.

De Commissie heeft een groepsvrijstelling specifiek voor verticale overeenkomsten opgesteld.<sup>16</sup> Ter uitleg van deze Groepsvrijstelling heeft de Commissie Richtsnoeren uitgevaardigd. In de Richtsnoeren worden de

13. Beschikking van de Commissie van 17 december 1986, zaak IV/31.428 t/m IV/31.432 (Yves Rocher). Beschikking van de Commissie van 13 juli 1987, zaak IV/32.034 (Computerland). Beschikking van de Commissie van 17 december 1986, zaak IV/30.937 (Pronuptia). Beschikking van de Commissie van 14 november 1988, zaak IV/32.358 (ServiceMaster). Beschikking van de Commissie van 2 december 1988, zaak IV/31.697 (Charles Jourdan).

14. De volgende vier voorwaarden zijn in art. 6 lid 3 Mw en art. 101 lid 3 VWEU neergelegd: (1) De afspraak moet bijdragen tot verbetering van de productie of de distributie, dan wel tot bevordering van de technische of economische vooruitgang; (2) een billijk aandeel van de voordelen die uit de afspraak voortvloeien moet ten goede komen aan de afnemers; (3) de afspraak moet noodzakelijk zijn, hetzelfde doel moet niet met minder restrictieve middelen kunnen worden bereikt; en (4) de mededinging mag de concurrentie niet voor een wezenlijk deel uitschakelen, er dient voldoende restconcurrentie te zijn.

15. Sinds Verordening 1/2003 is het niet meer mogelijk een ontheffingsverzoek bij de Commissie in te dienen. Ondernemingen dienen nu zelf af te wegen of hun afspraak voldoet aan de voorwaarden gesteld in art. 6 lid 3 Mw of art. 101 lid 3 VWEU. Dit brengt enige onzekerheid voor ondernemingen met zich mee, omdat nu pas achteraf wordt beoordeeld of een afspraak is toegestaan.

16. Verordening 330/2010 van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (‘Groepsvrijstelling’).

meeste begrippen uit de Groepsvrijstelling toegelicht en veelal voorzien van een voorbeeld. In deze Richtsnoeren wordt ook specifiek aandacht besteed aan franchiseovereenkomsten.<sup>17</sup> De Groepsvrijstelling kent de volgende twee algemene voorwaarden:

1. het marktaandeel op de relevante markt van zowel de franchisegever als de franchisenemer mag niet meer dan 30% bedragen; en
2. de overeenkomst mag geen harde kernbepalingen bevatten. Dit zijn bepalingen die naar hun aard mededingingsbeperkend zijn en ook bij een gering marktaandeel niet van het kartelverbod kunnen worden vrijgesteld. Voorbeelden van dergelijke bepalingen zijn verticale prijsbinding en absolute gebiedsbescherming.

De berekening van het marktaandeel bij franchiseovereenkomsten verdient een nadere toelichting. De Commissie maakt bij de berekening van het marktaandeel een onderscheid tussen (1) franchiseovereenkomsten waarbij de franchisegever direct of indirect goederen aan de franchisenemers verstrekt en (2) franchiseovereenkomsten waarbij de franchisegever een formule in franchise geeft. Bij de eerste categorie van franchiseovereenkomsten wordt er gekeken naar het marktaandeel van de franchisegever op de markt waarop hij zijn goederen verkoopt en de markt waarop de franchisenemer de goederen inkoop. Bij de tweede categorie dient te worden gekeken naar het marktaandeel van de franchisegever op de markt waarop van de formule gebruik wordt gemaakt. Dat wil zeggen de markt waarop de franchisenemers het bedrijfsconcept exploiteren om aan eindgebruikers goederen of diensten te leveren. De franchisegever baseert in dat geval zijn marktaandeel op de waarde van de goederen of diensten die door zijn franchisenemers op die markt geleverd worden.<sup>18</sup>

Uit het voorgaande volgt dat formeel gezien eerst wordt getoetst of een overeenkomst onder het kartelverbod valt. Enkel indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dient men te onderzoeken of de overeenkomst mogelijk wordt vrijgesteld onder de Groepsvrijstelling. In de praktijk is het vaak echter eenvoudiger om direct aan de Groepsvrijstelling te toetsen. De veilige haven die de Groepsvrijstelling biedt, geeft meer zekerheid dan de algemeen geformuleerde uitgangspunten ontwikkeld in de jurisprudentie. Indien de franchiseovereenkomst niet voldoet aan de Groepsvrijstelling, dient als-

17. Zie bijv. randnummer 31 t/m 33 Richtsnoeren. Franchiseovereenkomsten vallen alleen onder de Groepsvrijstelling indien het hoofddoel van de overeenkomst de koop of distributie van goederen of diensten is en niet de overdracht van intellectuele eigendomsrechten.

18. Dat een onjuiste marktafbakening verstrekende gevolgen kan hebben, blijkt uit de Prisma-zaak. In deze zaak vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Hof omdat de vraag of een overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft, beantwoord moet worden aan de hand van onder meer de structuur van de relevante markt. Het Hof had de relevante markt in deze zaak onjuist beoordeeld. Deze marktafbakening is volgens de Hoge Raad ook van belang voor de beoordeling van de aanbiedingsplicht, optierechten en non-concurrentiebeding; daarom heeft de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigd. HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (Prisma), r.o. 3.5.1 en 3.5.2.

nog te worden onderzocht of de franchiseovereenkomst in strijd is met het kartelverbod, waarbij onder andere rekening moet worden gehouden met de criteria geformuleerd in Pronuptia.

## 4. Gevolgen bepalingen in strijd met mededingingsrecht

Een afspraak in strijd met het kartelverbod is nietig op grond van artikel 6 lid 2 Mw. Alhoewel uitsluitend een kartelautoriteit bevoegd is om een bestuurlijke boete op te leggen wegens schending van het kartelverbod, kan de nietigheid door de civiele rechter worden vastgesteld. Een beroep op schending van het mededingingsrecht komt regelmatig voor in civiele procedures, bijvoorbeeld in het kader van de nakoming van overeenkomsten. Of conversie van een ongeldige bepaling in een geldige bepaling is toegestaan, is lange tijd onderwerp van discussie geweest, maar lijkt sinds de uitspraak van de Hoge Raad in Prisma definitief beslecht. De absolute nietigheidsbepaling, verwoord in artikel 6 lid 2 Mw, is bedoeld om preventief aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Indien conversie mogelijk zou zijn, wordt deze prikkel voor een belangrijk deel weggenomen.<sup>19</sup> Een concurrentiebeding in strijd met het kartelverbod is derhalve nietig op grond van artikel 6 lid 2 Mw. Conversie naar bijvoorbeeld een korte, wel geldige duur is niet mogelijk. Er wordt in dat geval geacht nooit een non-concurrentiebeding overeen te zijn gekomen. Dit kan tot de voor de franchisegever onwenselijke situatie leiden dat de franchisenemer vervolgens een concurrerende onderneming start en hiermee niet in strijd met de franchiseovereenkomst handelt.<sup>20</sup> Indien de strijdige bepaling dermate aan de essentie van de overeenkomst raakt, kan de civiele rechter zelfs de volledige overeenkomst nietig verklaren.<sup>21</sup>

## 5. Specifieke bepalingen

### 5.1 Niet-concurrentiebeding tijdens looptijd overeenkomst

Veruit de meeste franchiseovereenkomsten bevatten een niet-concurrentiebeding. Een non-concurrentiebeding is door de Commissie gedefinieerd als:

‘Elke directe of indirecte verplichting van de afnemer om geen goederen of diensten te produceren, te kopen, te verkopen of door te verkopen die met de contractgoederen of -diensten concurreren, of elke directe of indirecte verplichting van de afnemer op de relevante markt meer dan 80% van zijn totale aankoo-

19. HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (Prisma), r.o. 3.7.1.

20. Bijv. V.zr. Rb. Arnhem 17 augustus 2009, LJN BJ6526.

21. Zie bijv. V.zr. Rb. Den Haag 19 februari 2007, LJN BA0407 (Make It Easy) en Rb. Assen 13 december 2006, LJN AZ5003.

pen van de contractgoederen of -diensten en substituten daarvan bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken (...).<sup>22</sup>

Uit deze definitie volgt dat een niet-concurrentiebeding op verschillende onderdelen van een overeenkomst kan zien. Zo kan het de franchisenemer verboden zijn om concurrerende goederen of diensten aan te bieden. De franchisegever kan echter ook de franchisenemer willen verbieden om gedurende de overeenkomst in een bepaald gebied een concurrerende onderneming te starten. Ook een afnameverplichting om meer dan 80% van de producten of diensten van de franchisegever in te kopen valt onder het begrip non-concurrentiebeding. De toelaatbaarheid van een non-concurrentiebeding zorgt vaak voor discussie en kan een beperking van de mededinging inhouden. In verband met de bescherming van intellectuele eigendomsrechten in het kader van een franchiseovereenkomst is een non-concurrentiebeding – vormgegeven als een verbod om direct of indirect concurrerende activiteiten te verrichten – veelal toegestaan.<sup>23</sup> Uit de rechtspraak en Richtsnoeren wordt niet duidelijk wanneer de intellectuele eigendomsrechten van dermate belang zijn dat een non-concurrentiebeding noodzakelijk is ter bescherming van deze rechten.

Een non-concurrentiebeding dat voor niet meer dan vijf jaar is afgesloten, is in ieder geval vrijgesteld onder de Groepsvrijstelling. Het is in de praktijk dan ook de meest veilige oplossing om bij deze vijfjaarregel aan te knopen. In dat geval hoeft men niet te beargumenteren dat er intellectuele eigendomsrechten van de franchisegever in het geding zijn. Hierbij is het belangrijk om op te merken dat een overeenkomst die na vijf jaar automatisch wordt verlengd, buiten deze bepaling valt en wordt geacht voor onbepaalde tijd te zijn overeengekomen. Er moet na afloop van de periode van vijf jaar duidelijk een onderhandelingsmoment zijn waarop partijen beslissen of ze de overeenkomst voortzetten. Op de vijfjaarstermijn bestaat nog een uitzondering, waarvan bij franchiseovereenkomsten in sommige gevallen gebruik kan worden gemaakt. Indien de franchisenemer zijn activiteiten verricht in een ruimte die of terrein dat eigendom is van de franchisegever of door de franchisegever wordt gehuurd van een niet met de franchisenemer verbonden derde, dan hoeft het niet-concurrentiebeding niet in tijd te worden afgebakend en mag het voor de gehele duur van de overeenkomst worden opgenomen. Let er hierbij wel op dat indien de huurovereenkomst die de franchisegever met de derde heeft afgesloten wordt beëindigd en de franchisenemer zelf een huurovereenkomst afsluit met een derde, dit mogelijk tot gevolg kan hebben dat het non-concurrentiebeding wel in tijd dient te worden beperkt. Een andere veelgebruikte manier om een non-

concurrentiebeding – in de vorm van een afnamebeding – buiten de werking van het kartelverbod te brengen, is de afnameverplichting op minder dan 80% te leggen. Een afnameverplichting van 75% wordt niet aangemerkt als non-concurrentiebeding en behoeft in beginsel geen verdere mededingingsrechtelijke beoordeling.

De Nederlandse rechter heeft zich meerdere malen uitgelaten over non-concurrentiebedingen in franchiseovereenkomsten. Hierbij toetst de civiele rechter veelal of de bepaling noodzakelijk is om de knowhow van de franchisegever te beschermen en of de bepaling een merkbare beperking van de mededinging vormt.<sup>24</sup> In sommige gevallen gaat de rechter hier echter – ten onrechte – volledig aan voorbij. Een pakkend voorbeeld vormt de zaak Mitra.<sup>25</sup> In deze uitspraak bestond er ten eerste discussie over de omvang van de afnameverplichting opgelegd aan de franchisenemer. Mitra stelde dat zij eerst een afnameverplichting had opgenomen van 90%. Een afnameverplichting van meer dan 80% wordt, zoals hiervoor uiteengezet, aangemerkt als een non-concurrentiebeding en dient dus aan het kartelverbod te worden getoetst. Volgens Mitra was dit non-concurrentiebeding omgezet in een afnameverplichting van 60% welke buiten het kartelverbod valt. De rechter oordeelde echter dat partijen over deze wijziging geen overeenstemming hadden bereikt. Een lager percentage wordt daarbij niet van rechtswege opgenomen in de overeenkomst. De rechter beoordeelde de overeenkomst dus met het afnamebeding van 90%. Het oordeel van de rechter over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van dit afnamebeding was vervolgens opmerkelijk. Zonder te toetsen of dit non-concurrentiebeding überhaupt een merkbare beperking van de mededinging vormde of dat de verplichting noodzakelijk was ter behoud van de identiteit en reputatie van Mitra en dus buiten het kartelverbod viel, oordeelde de rechter dat de bepaling in strijd was met het mededingingsrecht. Voor conversie naar een wel toegelaten bepaling was volgens de rechter geen ruimte.

## 5.2 Niet-concurrentiebeding na afloop van de overeenkomst

Een niet-concurrentiebeding na afloop van een overeenkomst is in beginsel in strijd met het kartelverbod en valt ook niet zonder meer onder de Groepsvrijstelling. Een dergelijke bepaling is alleen vrijgesteld onder de Groepsvrijstelling indien aan een viertal voorwaarden is voldaan.<sup>26</sup>

1. de verplichting moet betrekking hebben op de goederen of diensten die concurreren met de contractgoederen of -diensten;

22. Art. 1 sub d Groepsvrijstelling.

23. Randnummer 45 Richtsnoeren. De Commissie laat in het midden of dit buiten het kartelverbod valt of binnen de werkingsfeer van de Groepsvrijstelling. Dit is een theoretische discussie en voor de vraag of het is toegestaan een dergelijke bepaling in een franchiseovereenkomst op te mogen nemen, minder relevant.

24. Zie bijv. V.zr. Rb. Maastricht 14 februari 2006, LJN AV4718 en Hof Den Bosch 20 december 2005, LJN AU8610 (Multicopy), r.o. 4.3.7.8 t/m 4.3.9.

25. Hof Leeuwarden 30 januari 2008, LJN BC3424 (Mitra).

26. Art. 5 lid 3 Groepsvrijstelling.

2. de verplichting is beperkt tot de ruimten en terreinen waar de afnemer gedurende de contractperiode werkzaam is geweest;
3. de verplichting is onmisbaar om door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen;
4. de duur van de verplichting is beperkt tot één jaar na afloop van de overeenkomst.

De eerste verplichting is helder vormgegeven, maar leidt in de praktijk tot de nodige problemen. Soms is het non-concurrentiebeding namelijk bijvoorbeeld niet beperkt tot de contractgoederen of -diensten. Wat veel ondernemingen zich niet realiseren is dat een te breed geformuleerd non-concurrentiebeding nietig kan zijn.<sup>27</sup> Indien de rechter tot dit oordeel komt, is er helemaal geen non-concurrentiebeding na beëindiging van de overeenkomst overeengekomen. Conversie naar een wel toegestane bepaling is immers niet mogelijk.

Met betrekking tot het tweede criterium bestaat de nodige discussie over wat er onder 'ruimten en terreinen' wordt verstaan. Is dit beperkt tot de locatie waar een winkel gevestigd was of het gebied waar de franchisenemer opereerde? En hoe wordt er omgegaan met een franchisenemer die diensten – niet vanuit een vaste locatie – door heel Nederland heeft aangeboden? Mag de franchisenemer in dat geval worden beperkt in zijn toekomstige activiteiten op alle locaties waar hij actief zijn diensten heeft verleend of heeft aangeboden? Dit zou er in de praktijk op neer kunnen komen dat een franchisenemer gedurende een jaar na afloop van de franchiseovereenkomst nergens in Nederland zijn vakgebied mag uitoefenen. In *Pronuptia* wordt een breed non-concurrentiebeding na afloop van een franchiseovereenkomst toelaatbaar geacht. In de uitspraak is het volgende opgenomen: 'het verbod van de franchisenemer om tijdens de looptijd van de overeenkomst of gedurende een passende periode na afloop daarvan eenzelfde of gelijksoortige zaak te openen in een gebied waar hij in concurrentie zou kunnen komen met een van de leden van de organisatie'.<sup>28</sup> In de eerdere verordening betreffende franchiseovereenkomsten<sup>29</sup> wordt ook nog gesproken over 'het gebied', terwijl in de huidige verordening wordt gesproken over 'ruimten en terreinen'. De huidige Richtsnoeren spreken over 'het verkooppunt waar de afnemer tijdens de duur van de overeenkomst werkzaam is geweest'.<sup>30</sup> Uit het voorgaande volgt dat deze bepaling een evolutie heeft meegemaakt in de loop der tijd. De Commissie lijkt de mogelijkheid om een beroep te doen

op de Groepsvrijstelling te hebben ingeperkt, nu 'ruimten en terreinen' minder omvattend is dan 'gebied'. Uit de rechtspraak kan worden opgemaakt dat het voor rechters vooral van belang is dat er een duidelijk reikwijdte aan het non-concurrentiebeding is gekoppeld.<sup>31</sup> Veel zal echter afhangen van de concrete omstandigheden van het geval en de geografische markt. Een non-concurrentiebeding met een straal van een paar kilometer voor een speciaalzaak met klanten uit het hele land zal eerder worden geaccepteerd dan een non-concurrentiebeding voor een bakker die hoofdzakelijk lokale klanten bedient.

Aan de derde voorwaarde zal bij franchiseovereenkomsten veelal zijn voldaan. Zoals hiervoor reeds uiteengezet, is de overdracht van knowhow vaak een essentieel onderdeel van een franchiseovereenkomst.

Het sluiten van een separate huurovereenkomst en franchiseovereenkomst leidt zo nu en dan tot juridische geschillen.<sup>32</sup> De afgelopen jaren is er met name geprocédéerd over de combinatie huurovereenkomst en non-concurrentiebeding. In een kort geding aangespannen door Prisma Vastgoed oordeelde de voorzieningenrechter echter niet op grond van het mededingingsrecht, maar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dat de bepalingen waarvan Prisma Vastgoed nakoming vorderde, te weten een non-concurrentiebeding in combinatie met een aanbiedingsplicht, buitengewoon belastende bepalingen voor gedaagden zijn.<sup>33</sup> Nakoming zou er feitelijk op neerkomen dat gedaagden één jaar lang verstoken zouden moeten blijven van inkomsten, tenzij men in een geheel andere branche zou gaan werken. Het is dan naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Prisma Vastgoed nakoming van deze bepalingen vraagt. De vordering van Prisma Vastgoed wordt daarom afgewezen. Het concurrentiebeding neergelegd in de overeenkomst was in deze zaak zeer breed en bevatte een algemeen verbod om werkzaam te zijn in de supermarktbranche. Als de rechter het non-concurrentiebeding vanuit het mededingingsrecht had beoordeeld, zou dit waarschijnlijk ook tot de conclusie hebben geleid dat er sprake was van een ongeldige bepaling. Het non-concurrentiebeding was te breed geformuleerd en niet beperkt tot het bedrijf waar gedaagden momenteel een supermarkt exploiteerden. De vraag of tevens sprake was van een merkbare beperking van de mededinging, laten we hier verder buiten beschouwing.

De Nederlandse rechter houdt geen rekening met het ongelijk lopen van een huurovereenkomst en een fran-

27. Rb. Arnhem 5 oktober 2009, LJN BK1781 (Bruna), r.o. 4.16-4.18. Bijzonder in deze uitspraak is dat het non-concurrentiebeding in deze zaak niet beperkt was tot de ruimten en terreinen waar franchisenemer actief was. De rechtbank oordeelde dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst dit vereiste nog niet was opgenomen in de Groepsvrijstelling. Zo gauw dit vereiste wel in de geldende regelgeving was opgenomen, heeft Bruna dit aan de franchisenemer laten weten en een nieuwe overeenkomst opgesteld. Franchisenemer heeft echter geweigerd deze nieuwe franchiseovereenkomst te tekenen.

28. HvJ 28 januari 1986, zaak 161/84 (*Pronuptia*), r.o. 16.

29. Verordening 4087/88.

30. Randnummer 68 Richtsnoeren.

31. Zie Rb. Arnhem 5 oktober 2009, LJN BK1781 (Bruna), r.o. 4.8; Rb. Den Haag 15 mei 1991, LJN AH3545 en Rb. Utrecht 15 april 2009, LJN B11190 (Run2Day).

32. Zie bijv. HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (Prisma), r.o. 3.5.2.

33. V.zr. Rb. Arnhem 17 augustus 2009, LJN BJ6526. Niet te verwarren met Prisma met LJN BJ9439. Het non-concurrentiebeding waarover de Hoge Raad zich heeft uitgesproken bevat een straal waarbinnen de franchisenemer niet actief mag zijn. Het non-concurrentiebeding waarover Rb. Arnhem oordeelde bevatte een geheel verbod om werkzaam te zijn bij een concurrerende onderneming.

chiseovereenkomst waarin een non-concurrentiebeding is opgenomen. In de *Sunday's* zaak was de franchiseovereenkomst beëindigd en mocht de franchisenemer op grond van het non-concurrentiebeding geen zonnestudio exploiteren op de huidige locatie. De huurovereenkomst afgesloten met een derde liep echter nog door en de franchisenemer exploiteerde nog steeds een zonnestudio op dezelfde locatie. Het niet laten samenlopen van de huurovereenkomst met de franchiseovereenkomst komt voor het ondernemersrisico van de franchisenemer, zo oordeelde de rechter.<sup>34</sup> Wees bij het sluiten van een franchiseovereenkomst waarbij tevens een huurovereenkomst is gesloten dus bedacht op de gevolgen van beëindiging van een van beide overeenkomsten.

### 5.3 Locatieclausule

De franchisegever heeft er net als de franchisenemer belang bij dat de locatie van de franchisenemer gunstig gelegen is. In de *Pronuptia*-zaak heeft de Europese rechter reeds bepaald dat het is toegestaan om de franchisenemer te verplichten vanuit een bepaalde locatie zijn onderneming te exploiteren. De franchisenemer mag worden opgelegd dat hij zonder toestemming van de franchisegever niet mag verhuizen. Een dergelijke bepaling is noodzakelijk voor de identiteit en de reputatie van het franchisenetwerk.<sup>35</sup> Het is hierbij wel van belang om aan te geven dat een dergelijke locatieclausule dan ook alleen in lijn met het kartelverbod is indien verhuizing de reputatie en identiteit van het franchisenetwerk niet ten goede komt.<sup>36</sup>

Indien aan deze voorwaarde niet is voldaan, is er in beginsel geen probleem als het franchisenetwerk vorm is gegeven als selectief distributienetwerk. Op grond van de Groepsvrijstelling is het binnen een selectief distributiestelsel ook toegestaan een locatieclausule op te nemen.<sup>37</sup>

### 5.4 Optierecht

De laatste jaren is er, met name in de supermarktbranche, verscheidene malen geprocedeerd over optierechten in een franchiseovereenkomst. Een optierecht houdt in dat bij beëindiging van de franchiseovereenkomst de locatie in eerste instantie te koop dan wel te huur moet worden aangeboden aan de franchisegever. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft in de zaak *Griffioen* geoordeeld dat een dergelijk optierecht er in ieder geval niet toe strekte de mededinging te beperken in het licht van de omstandigheden.<sup>38</sup> Concurrerende

supermarktketens waren niet uitgesloten om het pand te verwerven dan wel te huren, noch om hun supermarktformule in het betreffende pand te (laten) hanteren.<sup>39</sup> Of dit wel tot gevolg kan hebben dat de mededinging wordt beperkt, heeft ze in de zaak *Griffioen* niet onderzocht. Deze opmerking is vooral van belang omdat een optierecht vaak gecombineerd wordt met een non-concurrentiebeding. Ook de civiele rechter heeft zich over de vraag gebogen of het niet onmogelijk is dat een andere supermarktformule zich in het betreffende pand vestigt of dat de franchisenemer geen enkele mogelijkheid heeft om een supermarkt te exploiteren na afloop van de franchiseovereenkomst. In de *Prisma*-zaak heeft het hof geoordeeld dat in tegenstelling tot de zaak *Griffioen* het optierecht, in combinatie met het aanwezige non-concurrentiebeding, tot gevolg had dat na afloop van de overeenkomst er een *Golff*-supermarkt in het pand moest blijven. Het zou hierdoor onmogelijk worden dat de supermarkt zonder toestemming van de franchisegever zich aansluit bij een concurrerende supermarkt.<sup>40</sup> Op deze uitspraak is vanuit de literatuur kritiek gekomen.<sup>41</sup> *Amador Sanchez* en *Hendriks* stellen dat niet valt in te zien waarom het optierecht mededingingsbeperkend zou zijn. Ze stellen dat het wellicht zelfs mededingingsbevorderend zou kunnen zijn. Een non-concurrentiebeding met een duur tot één jaar na het einde van de overeenkomst, zonder optierecht, zou immers tot gevolg kunnen hebben dat er gedurende deze periode helemaal geen supermarkt in het pand zou worden gevestigd. De Hoge Raad heeft inmiddels deze uitspraak van het hof vernietigd en verwezen naar het Hof Amsterdam.<sup>42</sup>

Dat er ook onder civiele rechters verschillende opvattingen bestaan over de toelaatbaarheid van een optierecht, blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.<sup>43</sup> De rechter oordeelde dat een optierecht dat tot gevolg had dat de franchisenemer niet op de huidige locatie een concurrerende supermarktformule zou kunnen uitoefenen na afloop van de overeenkomst zonder toestemming van de huidige franchisegever, geen merkbare mededingingsbeperking was. De rechtbank oordeelde dat de franchisenemer de locatie kon verkopen. Daarbij moest de locatie wel eerst aan de franchisegever worden aangeboden, maar indien er geen overeenstemming werd bereikt zou een andere supermarktformule de locatie kunnen kopen. Indien de franchisenemer zijn locatie

34. V.zr. Rb. Den Haag 17 februari 2011, zaak 382169, KG ZA10-536.

35. H.v.J. 28 januari 1986, zaak 161/84 (*Pronuptia*), r.o. 19.

36. Commissie van 17 december 1986, zaak IV/31.428 t/m IV/31.432 (*Yves Rocher*), r.o. 42.

37. Art. 4 sub c Groepsvrijstelling. De Groepsvrijstelling en Richtsnoeren zwijgen over de mogelijkheid van locatieclausules in niet-selectieve distributiestelsels. In de literatuur wordt beargumenteerd dat dit als een restrictie op actieve verkoop moet worden gezien en alleen onder omstandigheden in een exclusief gebied is toegestaan. Zie bijv. *Wijckmans, Tuytshaever & Vanderelst, Vertical agreements, EC competition law 2006*, p.181-182.

38. Besluit van de NMa 6 mei 2002, zaak 2247 (*Griffioen/De Boer Unigro*), randnummer 25.

39. NMa 6 mei 2002, zaak 2247 (*Griffioen/De Boer Unigro*), randnummer 23.

40. Hof Leeuwarden 7 november 2007, LJN BB8288 (*Hof Prisma*), r.o. 12 en 13.

41. Zie bijv. *P. Amador Sanchez* en *K. Hendriks*, noot bij Hof Prisma en *Mitra, Actualiteiten Mededingingsrecht 2008*, 2.

42. HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (*Prisma*), r.o. 3.5.2. Vanwege een mogelijk onjuiste afbakening van de relevante markt heeft de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigd. Of er sprake is van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking moet mede aan de hand van de structuur van de relevante markt worden bekeken. De mogelijk onjuiste marktabakening kan ook van invloed zijn op de toelaatbaarheid van de combinatie van optierecht en non-concurrentiebeding.

43. *Super B.V./Schuitema*.

verkocht, zou hij elders een supermarkt kunnen kopen en zijn activiteiten daar kunnen uitoefenen.

### 5.5 Aanwijzingen betreffende prijsbeleid (verticale prijsbinding)

Het direct of indirect beïnvloeden van de wederverkoopprijs van de franchisenemer is niet toegestaan. Zogenaemde verticale prijsbinding is onder het mededingingsrecht verboden. De Richtsnoeren noemen mogelijk één uitzondering voor franchiseovereenkomsten.<sup>44</sup> In het geval van een kortlopende prijsverlagingsactie – de Commissie noemt een periode van twee tot zes weken – kan het nodig zijn om vaste prijzen te hanteren. Op deze wijze lijkt de franchisegever de gelegenheid te worden geboden om een prijsverlaging bij al zijn franchisenemers tijdelijk door te kunnen voeren. De Commissie stelt dat dit de consument ten goede kan komen. Het uitgangspunt van het mededingingsrecht is echter dat de wederverkoper vrij moet zijn om zijn eigen prijsbeleid te bepalen. Het is wel toegestaan om adviesprijzen, maximumprijzen of een minimale korting voor de koper op te leggen. Hierbij is het van belang dat de adviesprijs in de praktijk niet indirect in een vaste prijs resulteert. In de zaak *Make It Easy* oordeelde de rechter dat uit de overeenkomst niet kon worden opgemaakt dat het ging om adviesprijzen en niet om vaste prijzen.<sup>45</sup> De rechter stelde dat er voldoende omstandigheden waren om aan te nemen dat er sprake was van verticale prijsbinding. Uit deze uitspraak wordt ook het belang van een heldere franchiseovereenkomst duidelijk. Een duidelijke overeenkomst is niet alleen van belang voor partijen, maar helpt ook de rechter in zijn oordeel. De zaak *Make It Easy* had verstrekkende gevolgen voor de franchisegever. De rechter oordeelde dat de gehele overeenkomst nietig was omdat de bepalingen over de prijsbinding een wezenlijk deel van de overeenkomst vormden.<sup>46</sup> Dit had tot gevolg dat de franchisenemer ook niet gebonden was aan het non-concurrentiebeding neergelegd in de overeenkomst. Een geheel andere uitkomst had de zaak *De Zuivelhoeve*.<sup>47</sup> In deze zaak beriep de franchisenemer zich op de nietigheid van de franchiseovereenkomst omdat deze in strijd met Nederlands en Europees mededingingsrecht zou zijn. De rechter oordeelde als volgt: ‘Wel riekt art. 4 van de overeenkomst naar de sturing op prijzen. De franchisenemer wordt daar verplicht om instructies op het terrein van “prijspolitiek” op te volgen. Gesteld noch gebleken is echter dat dat geleid heeft tot het voorschrijven van prijzen.’<sup>48</sup> De franchisenemer had zijn zaak onvoldoende onderbouwd, met als gevolg dat de rechter de vordering

afwees. Een partij die een beroep doet op schending van het mededingingsrecht dient er rekening mee te houden dat hij in beginsel voldoende zal moeten stellen en aannemelijk maken dat het kartelverbod is geschonden.

## 6. Conclusie

Franchise en mededingingsrecht hebben een bijzondere verhouding. Enerzijds wordt in de rechtspraak en wetgeving de noodzaak tot bescherming van de knowhow van franchisegever of de identiteit en reputatie van het franchisenetwerk erkend. Anderzijds is de aard van franchise niet zo bijzonder dat zij zich volledig kan onttrekken aan het mededingingsrecht. Het is echter wel duidelijk dat bepaalde op het eerste gezicht mededingingsbepalende afspraken bij franchise eerder worden toegelaten dan bij andere distributievormen. Over het algemeen is franchise gebaat bij deze bijzondere positie. Anders zouden franchisegever en franchisenemers mogelijk minder bereidheid tonen om te investeren in de exploitatie van de formule. Uit de rechtspraak blijkt echter dat de mededingingsrechtelijke beoordeling soms te wensen overlaat of dat partijen argumenten laten liggen. Indien een franchisegever op zekerheid wil spelen, doet hij er verstandig aan zijn franchiseovereenkomst conform de Groepsvrijstelling in te richten.

44. Randnummer 225 Richtsnoeren. De overige in dit randnummer genoemde – voornamelijk theoretische – uitzonderingen zullen hier buiten beschouwing worden gelaten. Ook bij de uitzondering specifiek voor franchise dient te worden onthouden dat de Commissie dit als mogelijkheid noemt, niet als regel.

45. V.zr. Rb. Den Haag 19 februari 2007, LJN BA0407 (*Make It Easy*).

46. Zie ook V.zr. Rb. Arnhem 19 januari 2005, LJN AS8572 (*Market Food*). Ook hier oordeelde de rechtbank dat de gehele franchiseovereenkomst nietig was.

47. Rb. Almelo 15 september 2006, LJN AY8624 (*De Zuivelhoeve*).

48. Rb. Almelo 15 september 2006, LJN AY8624 (*De Zuivelhoeve*), r.o. 4.9.