

markten in het land, onder de naam 'Bakkerij 't Stoepje'. Kenmerkend voor de formule van 't Stoepje zijn de kleuren geel en rood. In Nederland zijn er zo'n 900 franchisenemers die gebruikmaken van deze formule. De franchiseovereenkomst bevat een aantal exclusiviteitsbepalingen. Zo mogen franchisenemers gedurende de duur van de overeenkomst uitsluitend artikelen voeren in hun marktkramen of verkoopwagens die zijn aangewezen door 't Stoepje. Voorts mogen franchisenemers het assortiment uitsluitend inkopen bij 't Stoepje of door 't Stoepje aangewezen leveranciers en alleen van andere leveranciers inkopen voor zover het producten betreft die niet in het assortiment van 't Stoepje zijn opgenomen. De overeenkomst bevat tevens een clause die erin voorziet dat de franchisenemer steeds zal worden voorzien van een actuele prijslijst met inkooprijzen en verkoopadviezen. 'In het belang van een uniform franchisesysteem zal franchisenemer bij de vaststelling van zijn verkoopprijzen zich daarnaar richten' aldus de betrokken bepaling. Met betrekking tot producten die 't Stoepje in reclame en promotieactiviteiten in een bepaalde periode aanbiedt, heeft de franchisenemer de plicht zich te houden aan de in de advertentie en/of promotieactiviteiten genoemde maximumprijzen.

Eind 2004 introduceerde de Broodpiraat – *nomen est omen* – een met 't Stoepje concurrerende franchiseketen voor bakkerswaren op markten, met gebruikmaking van dezelfde kleuren als 't Stoepje. Een aantal franchisenemers van 't Stoepje liep over naar de Broodpiraat en startte met de verkoop van bakkerswaren overeenkomstig de formule van de Broodpiraat. 't Stoepje spande vervolgens twee kortgedingprocedures aan bij de rechtbank Arnhem respectievelijk de rechtbank Assen. In deze procedures stelde 't Stoepje zich onder meer op het standpunt dat de overgelopen franchisenemers de franchiseovereenkomst schenden, en dat zij, alsmede de Broodpiraat, inbreuk maken op de merkrechten van 't Stoepje. In hun verweer voerden gedaagden onder meer aan dat de betrokken franchiseovereenkomst op grond van strijdigheid met het mededingingsrecht nietig is. Deze noot beperkt zich tot dit laatste aspect.

Market Food Group/de Broodpiraat

Vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 19 januari 2005, KG ZA 04-704 en vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Assen van 9 maart 2005, n.n.g. Exclusiviteit en verticale prijsbinding in franchiseovereenkomsten. (m.nt. mr C.E. Schillemans)

Feiten

Onrust op de broodmarkt in het voorjaar van 2005. Althans de ambulante broodmarkt, voorzover dat een aparte markt is. Market Food Group onderhoudt een franchiseketen voor de verkoop van bakkerswaren op diverse

18 Zie noot 4.

19 Die zal moeten onderzoeken of een nationale maatregel ertoe zal leiden dat een onderneming met een machtspositie daarvan misbruik gaat maken. Dat vergt het uitvoeren van een prospectieve analyse, wat doorgaans bepaald geen sinecure zal zijn.

20 Voor een rechtstreeks beroep van een particulier tegen een communautaire verordening die geen nationale uitvoeringsmaatregelen vraagt, was het Hof in *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00P, Jur. 2002, p. I-6677 strikter dan het Gerecht kort daarvoor – en principieel – in T-177/01, *Jégo-Quéré*, Jur. 2002, p. II-2365). Laatstgenoemd arrest is dan ook vernietigd (C-263/02P, Jur. 2004, p. I-3425). Zie R. Barents, 'Een midzomernachtdroom op de Kirchberg', *SEW* 2003, p. 2. Zie daarvoor het arrest *Comafrika*, C-73/97P, Jur. 1999, p. I-185, waarin het Hof in tegenstelling tot het Gerecht in T-70/94, Jur. 1996, p. II-1741, een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Commissie honoreerde. Voor de vraag wanneer een onderneming rechtstreeks is geraakt door een aan een andere partij gerichte handeling, was het Hof (*Glencore*, C-403/96P, Jur. 1998, p. I-2405), echter juist soepeler dan het Gerecht in T-491/93, Jur. 1996, p. II-1131. Zo zijn er andere voorbeelden.

De beide vonnissen

De voorzieningenrechter in Arnhem volgt gedaagden in hun mededingingsrechtelijke verweer. Daartoe gaat de voorzieningenrechter in op de vraag of de overeenkomst een verboden prijsafsprake bevat, nu de franchisenemer op grond daarvan verplicht is zich te houden aan de in de advertentie- en/of promotieactiviteiten door de franchisegever genoemde maximumprijzen met betrekking tot producten die 't Stoepje in reclame en promotieactiviteiten in een bepaalde periode aanbiedt.

In dit verband acht de voorzieningenrechter het van belang na te gaan of de overeenkomsten tussen 't Stoepje en haar franchisenemers onder de Groepsvrijstellingsverordening verticale beperkingen¹ vallen. Volgens de voorzieningenrechter is dat niet het geval omdat aannemelijk is dat het marktaandeel op de relevante markt – de markt waarop de franchisenemers actief zijn – meer dan 30% bedraagt. Immers, de franchisenemers van 't Stoepje exploiteren 900 van de 1100 standplaatsen op markten, terwijl de ambulante broodhandel 'de markt' lijkt te zijn, aldus de voorzieningenrechter.

Artikel 2 van het Besluit Vrijstellingen Samenwerkingsovereenkomsten Detailhandel, op grond waarvan art. 6 Mw niet van toepassing is ten aanzien van het opleggen van maximumprijzen in het kader van reclameacties, biedt wat de voorzieningenrechter betreft evenmin redding voor 't Stoepje. Voor een dergelijke vrijstelling is immers vereist dat de reclameactie niet langer duurt dan acht weken en de actie niet meer dan 5% van het assortiment betreft. 't Stoepje heeft zulks naar de mening van de voorzieningenrechter in het geheel niet onderbouwd. Of de betrokken clause al dan niet een 'hard-core'-beperking vormt in de zin van artikel 4 van de Groepsvrijstellingsverordening verticale beperkingen wordt vervolgens door de voorzieningenrechter niet relevant meer geacht, gezien het eerdere oordeel dat de relevante marktaandeeldrempel overschreden was. De voorzieningenrechter oordeelt vervolgens voorshands dat de betrokken prijsclausule een wezenlijk onderdeel van de gehele overeenkomst is, en dat daarom de gehele overeenkomst nietig is.

De voorzieningenrechter in Assen komt tot een andere conclusie en volgt gedaagden in de procedure aldaar niet in hun mededingingsrechtelijke verweer.

Niet alleen de conclusie is anders, ook de gekozen invalshoek verschilt aanzienlijk. De voorzieningenrechter in Assen neemt namelijk het arrest *Pronuptia*² als vertrekpunt voor de analyse, en begint met een beoordeling van de exclusiviteitsbepalingen van de franchiseovereenkomst.

De voorzieningenrechter herinnert eraan dat het Hof van Justitie EG in *Pronuptia* onder meer heeft overwogen dat de franchisegever passende maatregelen moet kunnen nemen voor het behoud van de identiteit en de reputatie van de door de handelsnaam gesymboliseerde verkooporganisatie, en dat de clausules in een franchiseovereenkomst die het daartoe onmisbare toezicht regelen, geen beperkingen zijn in de zin van art. 85, lid 1 (oud) EG-Verdrag.

Vervolgens oordeelt de voorzieningenrechter ten aanzien van de exclusiviteits- en non-concurrentiebepalingen van de overeenkomst dat deze essentieel zijn voor het nodige toezicht en de samenwerking in een franchiseformule, onder verwijzing naar de relevante overwegingen uit *Pronuptia*.

Ten aanzien van de prijsclausule ziet de voorzieningenrechter evenmin problemen. Ofschoon de betrokken clause wat de voorzieningenrechter betreft geen essentieel beding van de franchiseovereenkomst vormt, ziet de voorzieningenrechter daar geen mededingingsbeperking in. De voorzieningenrechter overweegt in dit verband allereerst dat niet voldoende is gebleken dat de franchisenemers niet zouden mogen afwijken van de gestelde adviesprijzen. Voorts geeft de voorzieningenrechter aan dat de stelling van 't Stoepje dat franchisenemers niet verplicht zouden zijn deel te nemen aan de reclameacties en derhalve hogere prijzen kunnen rekenen dan de in de reclamecampagne geldende maximumprijzen, niet is weersproken.

Commentaar

Twee vonnissen, twee verschillende uitkomsten, en twee verschillende invalshoeken. Terwijl de feiten op het eerste gezicht toch niet erg verschillend lijken. Het betreft immers dezelfde franchiseovereenkomst, al is niet helemaal duidelijk of de prijsclausule die in de tweede procedure centraal stond nu maximumprijzen betrof of vaste prijzen.³

Bij beide vonnissen zijn kanttekeningen te plaatsen. Bij het vonnis van de voorzieningenrechter in Arnhem valt de marktafbakening op alsmede de berekening van het relevante marktaandeel daarop. Ambulante broodhandel lijkt 'de markt' te zijn en daarop 'exploiteren de franchisenemers van 't Stoepje 900 van de 1100 standplaatsen op markten in Nederland', aldus de voorzieningenrechter. Dat zou inderdaad duiden op een quasi-monopolie.

Tegen de conclusie dat 'de markt' de markt voor ambulante broodhandel is kan evenwel het een en ander worden aangevoerd. Er is namelijk wat voor te zeggen dat de traditionele bakkers en aanbieders van bakkersproducten op vaste plaatsen concurreren met de ambulante broodhandel. Een marktplaats is doorgaans te vinden in het centrum van de stad en daar zijn vaak ook andere aanbieders van broodproducten te vinden. In de tweede plaats is het niet aannemelijk dat de markt voor het aanbieden van bakkersproducten nationaal is, zoals de voorzieningenrechter lijkt te suggereren. De verwijzing naar '900 van de 1100 standplaatsen op markten' lijkt immers, zoals een bezoek aan de website van 't Stoepje⁴ leert, te slaan op het gegeven dat op 900 van de 1100 markten in Nederland franchisenemers van 't Stoepje te vinden

1 Verordening 2790/99 betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

2 Arrest van het Hof van Justitie EG van 28 januari 1986, zaak 161/84, Jur. 1986, p. 353.

3 In het vonnis van de voorzieningenrechter Assen wordt onder 'vaststaande feiten' over 'prijzen' gesproken en later in het vonnis over 'maximumprijzen'.

4 www.stoepje.nl.

zijn. Een gemiddelde consument zal evenwel, zo heb ik de indruk, niet ver willen reizen om zich een brood of cake aan te schaffen, en waarschijnlijk met dat doel niet zijn stad of dorp verlaten.

Voorts valt op dat de voorzieningenrechter zich niet uitlaat over de belangrijke vraag of art. 6, lid 1 Mw, dan wel art. 81, lid 1, EG-Verdrag van toepassing is, maar zich direct stort op de vraag of de Groepsvrijstellingsverordening van toepassing is. Nadat is geoordeeld dat zulks niet het geval is, komt aan de vraag of een hard-corebeperking in de zin van art. 4 van de Groepsvrijstellingsverordening aan de orde is wat de voorzieningenrechter betreft klaarblijkelijk geen relevantie meer toe.

Dat is opmerkelijk omdat een belangrijke eerste vraag is of het opleggen van maximumprijzen in het kader van de betrokken promotieactiviteiten de mededinging beperkt. De Groepsvrijstellingsverordening laat maximumprijzen nu juist in beginsel toe, in tegenstelling tot vaste of minimumprijzen. In haar Richtsnoeren inzake verticale beperkingen gaat de Commissie er evenmin van uit dat advies- dan wel maximumprijzen bij overschrijding van het marktaandeel van 30% per definitie verboden zijn. Integendeel, de Commissie geeft aan dat art. 81, lid 1 EG-Verdrag dan van toepassing kan zijn indien de advies- dan wel maximumprijzen als referentiepunt gaan gelden voor concurrenten of door alle of de meeste wederverkopers worden toegepast.⁵ Het zou zorgelijk zijn indien een overeenkomst bij voorbaat nietig is indien de drempels van de Groepsvrijstellingsverordening zouden zijn overschreden, zonder dat beoordeeld zou worden in hoeverre de overeenkomst de mededinging beperkt. Wellicht dat de voorzieningenrechter deze beoordeling heeft gemaakt, maar uit het vonnis blijkt zulks niet.

In dit verband kan hebben meegespeeld dat artikel 2 van het Besluit Vrijstellingen Samenwerkingsovereenkomsten Detailhandel het opleggen van maximumprijzen in het kader van reclameacties onder bepaalde omstandigheden vrijstelt van het verbod art. 6, lid 1 Mw. Daar gaat wellicht impliciet een signaal van uit dat dergelijke maximumprijzen in beginsel onder art. 6, lid 1 Mw vallen en problematisch zijn. Daarbij dient evenwel in het oog te worden gehouden dat artikel 2 van het Besluit Vrijstellingen Samenwerkingsovereenkomsten Detailhandel destijds in belangrijke mate in het leven is geroepen omdat de oude Groepsvrijstellingsverordening inzake franchiseovereenkomsten⁶ niet van toepassing was indien op enigerlei wijze de vrijheid om wederverkooprijzen vast te stellen werd beperkt.⁷ Maximumprijzen waren onder de oude Groepsvrijstellingsverordening inzake franchiseovereenkomsten dus niet vrijgesteld zoals onder de huidige Groepsvrijstellingsverordening verticale beperkingen in beginsel wel het geval is.

De voorzieningenrechter in Assen benadert de zaak geheel anders en begint de beoordeling daar waar de voorzieningenrechter in Arnhem niet aan toe is gekomen, namelijk bij de vraag of de betrokken exclusiviteits- en prijsclausules de mededinging beperken. Daarbij wordt groot belang gehecht aan het arrest *Pronuptia*, met als gevolg dat niet

meer wordt toegekomen aan de vraag of de Groepsvrijstellingsverordening van toepassing is.

Een kleine kanttekening in dit verband is dat de voorzieningenrechter uit *Pronuptia* nogal gemakkelijk algemene regels af lijkt te leiden die onverkort zouden gelden in elke franchiseformule, en ongeacht het product. Wat noodzakelijk is voor de werking van een franchiseformule met betrekking tot bruidsjaponnen hoeft wellicht niet per definitie noodzakelijk te zijn voor de werking van een franchiseformule met betrekking tot brood.

Wat meer in het oog springt is het gemak waarmee een eventuele mededingingsbeperking als gevolg van de clausules met betrekking tot adviesprijzen en met betrekking tot promotieactiviteiten van tafel wordt geveegd. Daarbij doel ik met name op het belang dat wordt gehecht aan het gegeven dat franchisenemers niet verplicht zouden zijn deel te nemen aan de reclameacties en derhalve 'hogere prijzen kunnen rekenen dan de in de reclamecampagne geldende maximumprijzen'. Dat is evenwel wat kort door de bocht. Voor de vraag of sprake is van mededingingsbeperkende verticale prijsbinding, is niet van doorslaggevend belang of de franchisenemers een theoretische mogelijkheid hebben om niet deel te nemen aan de reclameacties en in dat geval hogere prijzen kunnen rekenen, maar is veeleer de vraag of de advies- dan wel maximumprijzen gegeven de commerciële en feitelijke omstandigheden in feite een vaste prijs vormen, en aldus een 'hard-core beperking'⁸ opleveren.

De richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen⁹ bevestigen dat de vraag of verticale prijsbinding aan de orde is, niet juridisch maar feitelijk van aard is. Zo staat in de richtsnoeren dat de doeltreffendheid van directe of indirecte prijsbinding ook kan worden verhoogd door deze te combineren met '*maatregelen die de prikkel voor de afnemer om de wederverkooprijzen te verlagen, kunnen verzwakken; zo kan de leverancier een aanbevolen wederverkooprijzen op het product drukken (...)*'.

De ratio achter deze passage lijkt te zijn dat een franchisenemer een sterke prikkel heeft een prijs te hanteren die reeds is gecommuniceerd en waarmee de consument reeds is geconfronteerd. Uit het vonnis blijkt helaas niet of de vraag aan de orde is gekomen in hoeverre de genoemde advies- en maximumprijzen, wellicht als gevolg van communicatieacti-

5 Zie randnr. 225 en verder.

6 Verordening nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake toepassing van artikel 85, lid 3 van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten.

7 Op grond van art. 5, onder e.

8 In de zin van art. 4, onder a, Groepsvrijstellingsverordening verticale beperkingen.

9 Zie randnr. 47.