

Valt exclusieve of selectieve distributie ook onder de (aankomende) franchisewet?

Lelijk eindje of slimme vogel?

Tessa de Mönnink & Jaap van Till¹

BOVAG gaat uit van een zeer ruime interpretatie van het begrip 'franchise' zoals vastgelegd in het thans aan de Tweede Kamer voorgelegde wetsvoorstel inzake franchise. Kort door de bocht stelt de BOVAG dat een dealerovereenkomst een franchiseovereenkomst is. Op het eerste gezicht lijkt deze interpretatie te zijn ingegeven door de wens alle, althans een groot deel van de, bij haar aangesloten leden van de bescherming te laten genieten waarin het wetsvoorstel voorziet. Deze door BOVAG voorgestane interpretatie behoeft echter enige nuancering.

1. Inleiding

Het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZ) is al geruime tijd doende met het nemen van initiatieven om de relaties tussen franchisegevers en franchisenemers te reguleren. Op verzoek van toenmalig Minister Kamp van EZ werd in 2014 een commissie van franchisegevers en franchisenemers in het leven geroepen die heeft gewerkt aan een zelfreguleringscode. Aanleiding voor het nemen van dit initiatief was onder meer de terugkerende berichtgeving over conflicten tussen franchisenemers en franchisegevers. Deze code, de Nederlandse Franchise Code (NFC),² werd begin februari 2016 gepresenteerd. De bedoeling van minister Kamp was om naleving van de NFC te waarborgen door deze wettelijk te verankeren.³ Op het in april 2017 in consultatie gebrachte voorontwerp van een daartoe strekkende wet

concept-wetsvoorstel volgden vanuit franchisenemerszijde overwegend positieve reacties en vanuit franchisegeverszijde veelal kritische en negatieve reacties. In het regeerakkoord van het kabinet Rutte III van 10 oktober 2017 werd het voornemen opgenomen om voor franchise over te gaan tot wetgeving in formele zin. Op 12 december 2018 werd vervolgens een nieuw wetsvoorstel franchise ter consultatie aan de branche voorgelegd.⁴ Na de inbreng tijdens de consultatie heeft de Raad van State een advies afgegeven over het wetsvoorstel⁵ en op 11 februari 2020 is een aangepast wetsvoorstel franchise⁶ (het Wetsvoorstel) door Staatssecretaris M.C.G. Keijzer van EZ aangeboden aan de Tweede Kamer.

Naast allerlei andere interessante inhoudelijke en procedurele aspecten die kleven aan dit wetgevingsproces,⁷ is er één aspect dat tot nu toe onderbelicht is geble-

Auteurs

1. Mr. T. de Mönnink is advocaat bij Parker Advocaten in Amsterdam. Mr. J.W.B. van Till is advocaat bij Loyal Lawyers in Amsterdam. Beide auteurs zijn (mede-)oprichters en bestuursleden van de Vereniging voor

Distributie, Franchise en Agentuurrecht.

Noten

2. www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/02/17/de-nederlandse-franchise-code

3. <file:///H:/My%20Downloads/kamer-brief-presentatie-nederlandse-franchise-code.pdf>

4. www.internetconsultatie.nl/wet_franchise

5. www.raadvanstate.nl/@116698/w18-

19-0234-iv/

6. www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2020Z02672&doossier=35392



Garage in Amsterdam @ DutchMen/Shutterstock

ven. Dit betreft de afbakening en reikwijdte van het begrip 'franchiseovereenkomst' zoals gedefinieerd in het wetsvoorstel en toegelicht in de bijbehorende memorie van antwoord.

De branche- en belangenorganisatie BOVAG⁹ heeft zich gedurende de consultaties verschillende keren laten horen⁹ en stelt (heel kort door de bocht) '*dealerovereenkomst = franchiseovereenkomst*'.¹⁰ Zij is van mening dat alle bij BOVAG aangesloten mobiliteitsretailers, zoals fietsbedrijven, gemotoriseerde tweewielerbedrijven, caravandealers, verhuurbedrijven en rij scholen, onder de werking van de franchise wet zouden moeten vallen.¹¹ Zo liet deze belangenorganisatie zich onder meer op haar website en in een speciale februari editie van de BOVAG-krant als volgt uit:

'Ook autodealers en andere retailers die een distributieovereenkomst met een fabrikant of importeur hebben, vallen onder de noemer franchise. De wet is niet alleen van toepassing op dealers van diverse voertuigen en rijwielen, maar ook op veel andere

ondernemers die BOVAG vertegenwoordigt, zoals tankstations en rij scholen.'

en:

'De reikwijdte van het begrip franchise is ruim: de aard van de overeenkomst is belangrijk, niet de naam die het contract heeft. BOVAG interpreteert dat zo dat bijvoorbeeld ook autodealercontracten hiermee onder het wetsvoorstel vallen.'

en:

'Dealercontracten zijn franchisecontracten, daar is geen twijfel over.'

Op 12 februari jl. organiseerde BOVAG het Nationaal Franchisedebat, waarin de nieuwe franchise wet centraal stond en staatssecretaris Keijzer een van de sprekers was.¹² De uitdrukking 'Als het loopt als een eend en het kwaakt als

De auto- en rijwieldealer wordt – min of meer vanuit het niets – gepositioneerd als een franchisenemer en er klinkt nagenoeg (nog) geen enkel kritisch geluid

een eend, dan is het een eend¹³ begint in dit kader een eigen leven te leiden. De auto- en rijwieldealer wordt – min of meer vanuit het niets – geïncorporeerd als een franchisenemer en er klinkt nagenoeg (nog) geen enkel kritisch geluid.¹⁴ Maar is de autodealer wel een eend of is zij een slimme vogel?

BOVAG geeft met haar hierboven geciteerde uitlatingen een zeer ruime interpretatie van het begrip ‘franchise’ zoals vastgelegd in het thans aan de Tweede Kamer voorgelegde wetsvoorstel. Op het eerste gezicht lijkt deze interpretatie te zijn ingegeven door de wens alle, althans een groot deel van de, bij haar aangesloten leden van de bescherming te laten genieten waarin het wetsvoorstel voorziet.

De vraag is of deze door BOVAG voorgestane interpretatie nuancering behoeft. Voor de beantwoording van die vraag zal de in het wetsvoorstel opgenomen definitie van het begrip ‘franchise’ in (Europees) juridisch perspectief worden geplaatst. Vervolgens zal dan worden bekeken of en in hoeverre de algemeen geformuleerde uitlatingen van BOVAG over het toepassingsbereik van het in het wetsvoorstel gedefinieerde begrip ‘franchise’ juist (kunnen) zijn of niet. Voor een goed begrip zal echter eerst een korte schets worden gegeven van de distributieovereenkomst.

2. De distributieovereenkomst onder Nederlands recht

Leveranciers van producten en/of diensten staan diverse methoden ter beschikking om deze op de markt te brengen. Zij kunnen dat zelfstandig rechtstreeks, al dan niet via eigen verkoopkantoren/winkels, doen of door middel van tussenpersonen.

Het landschap aan tussenpersonen is breed geschaakt en varieert van partijen wier rol bestaat uit het bemiddelen bij de totstandkoming van koop-/verkoopovereenkomsten tussen de leverancier en afnemers tot partijen die voor eigen rekening en risico bij de leverancier inkopen en op hun beurt weer verkopen voor eigen rekening en risico.

Tot de eerste categorie van bemiddelende tussenpersonen behoren bijvoorbeeld de handelsagent, de makelaar en de commissaris. De bemiddelingsovereenkomst en in het verlengde daarvan de agentuurovereenkomst zijn in de Nederlandse wet specifiek geregeld.¹⁵ De commissio-

nair-overeenkomst is geregeld in de titel over lastgeving.¹⁶ Lastgeving is een bijzondere vorm van een overeenkomst van opdracht. Bij lastgeving verbindt een partij (de lasthebber) zich jegens een andere partij (de lastgever) om voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten. Op deze categorie van overeenkomsten richten de schrijvers zich in dit artikel niet.¹⁷

Tot de genoemde tweede categorie van tussenpersonen behoort de distributeur. Een distributieovereenkomst kan worden omschreven als een relatie tussen leverancier en wederverkoper waarbij de leverancier zich verbindt zijn producten en/of diensten te verkopen aan een partij die zich op zijn beurt verbindt om deze producten en/of diensten weer voor eigen rekening en risico te verkopen aan de daarvoor in aanmerking komende marktpartijen (consumenten of detaillisten).

Distributieovereenkomsten zijn er echter in vele andere verschijningsvormen met specifieke eigen kenmerken zoals bijvoorbeeld exclusieve distributieovereenkomsten/alleenverkoopovereenkomsten, selectieve distributieovereenkomsten en franchiseovereenkomsten. Deze laatste overeenkomsten zijn een species van de algemene distributieovereenkomst¹⁸ en bevatten naast de kenmerken van distributie/wederverkoop, tevens een licentie van intellectuele eigendomsrechten en aspecten van een dienstverleningsovereenkomst, waarover hieronder meer.

De distributieovereenkomst in haar verschillende verschijningsvormen is niet specifiek in de Nederlandse wetgeving geregeld en wordt in beginsel beheerd door de algemene regels van het Nederlandse verbintenissenrecht en de in de rechtspraak ontwikkelde regels op het gebied van de zogenaamde duurovereenkomsten waarvan de distributieovereenkomst onderdeel uitmaakt.¹⁹ Kenmerk van distributieovereenkomsten is immers dat deze veelal op een bestendige langdurige handelsrelatie zijn gericht.

Franchiseovereenkomsten zijn een species van de algemene distributieovereenkomst

7. Zie ook T. de Mönink, ‘Franchise, begin met het waarom’, *ORP* nr. 3, april 2018; H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, ‘Het wetsvoorstel franchise: better think twice!’, *Contracteren* 2017-3; en M. de Koning, ‘Het “wettelijk haakje” van de Nederlandse Franchise Code, Handig (aan)gehaakt of toch liever iets zelf breien?’, *NJB* 2017/967, afl. 18, p. 1251 e.v.

8. Bij de BOVAG (afkorting van Bond Van Automobielhandelaren en Garagehouders) zijn circa 9000 ondernemers aangesloten die zich met mobiliteit bezighouden, waaronder personenauto’s, klassiekers, bedrijfsauto’s en trucks, tweewielers, caravans, aanhangwagens, motorenrevisie, auto-

verhuur en -delen, autowassen, autopoetsen, verkeersopleidingen, schadeherstelbedrijven en tankstations.

9. De reactie van BOVAG op de consultatie van de (meest recente) wet franchise is in te zien via: www.internetconsultatie.nl/wet_franchise/reactie/20e2131a-c83b-46a4-815c-7b05b6a39a35.

10. Zie voornoemde reactie van BOVAG in de consultatie en zie tevens G. Brummelhuis & P. Niesink, p. 3, Speciale uitgave van de *BOVAG-krant*, februari 2020.

11. BOVAG, p. 5, Speciale uitgave van de *BOVAG-krant*, februari 2020 en zie ook: www.bovag.nl/nieuws/bovag-positief-over-nieuwe-franchisewet.

12. Zie o.a.: www.bovag.nl/nieuws/bovag-positief-over-nieuwe-franchisewet.

13. Gebezigd door enkele politici van CDA en VVD, die desgevraagd hun mening gaven of autodealerovereenkomsten zouden moeten vallen onder de werking van de franchisewet, zo ook Tweede Kamerlid voor de VVD Martin Wörsdörfer, p. 9, Speciale uitgave van de *BOVAG-krant*, februari 2020.

14. Op de Koninklijke RAI Vereniging (afkorting voor Rijwiel en Automobiel Industrie) na, de belangenvereniging van ruim 700 fabrikanten en importeurs van personenauto’s en vrachtauto’s, motorfietsen, fietsen etc.: www.internetconsultatie.nl/wet_franchise/reactie/1f90975b-003a-48cb-b931-5dd47646b098.

15. Art. 7:425 e.v. B.W.

16. Art. 7:414 e.v. B.W.

17. Zie voor een uitgebreide analyse van handelsagenten en distributeurs en de verschillen tussen beide rechtsfiguren T. de Mönink, ‘Een distributeur is beter af dan een handelsagent, rechtsonzekerheid vs. een duidelijk wettelijk kader’, *NJB* 2009/1165, afl. 29, p. 1888 e.v.

18. Zie ook Asser/Houben, 7-X *Onbenoemde overeenkomsten* 2019/113.

19. Zie ook Asser/Houben, 7-X *Onbenoemde overeenkomsten* 2019/103.

3. De definitie van franchise in het wetsvoorstel

In het wetsvoorstel²⁰ is 'franchiseovereenkomst' als volgt gedefinieerd:

'de overeenkomst waarbij de franchisegever aan een franchisenemer tegen vergoeding het recht verleent en de verplichting oplegt om een franchiseformule op de door de franchisegever aangewezen wijze te exploiteren voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten.'

Voorts staat er in de bijbehorende memorie van toelichting²¹ (MvT) dat het kernpunt binnen een franchiserelatie is dat de franchisegever een franchiseformule heeft en hij de franchisenemer het recht verleent en de verplichting oplegt om deze franchiseformule te exploiteren op de door de franchisegever aangegeven wijze.²²

De in het wetsvoorstel opgenomen definitie van 'franchiseformule' luidt als volgt:

'een operationele, commerciële en organisatorische formule voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten, die bepalend is voor een uniforme identiteit en uitstraling van de franchiseondernemingen binnen de keten waar deze formule wordt toegepast, en die in ieder geval omvat: 1°. een handelsmerk, model of handelsnaam, huisstijl of tekening; en 2°. knowhow, zijnde een geheel van niet door een intellectueel eigendomsrecht beschermde praktische informatie, voortvloeiend uit de ervaring van de franchisegever en uit de door hem uitgevoerde onderzoeken, welke informatie geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is.'

In de MvT staat dat de formule zowel marketingelementen in zich dient te hebben als logistieke en bedrijfsprocessuele elementen, alsmede elementen betreffende de bedrijfsvoering.²³ Verder is kenmerkend voor een franchiseformule dat deze bepalend is voor de uniforme identiteit en uitstraling van de bij een franchiseketen aangesloten franchiseonderneming.

Het wetsvoorstel sluit aan bij de definiëring van het begrip knowhow in de groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten.²⁴ De formule dient dus te bestaan uit een intellectueel eigendomsrecht dat in licentie wordt gegeven (doorgaans een handelsnaam en/of merken) én uit knowhow, te weten praktische informatie die geheim,²⁵ wezenlijk én geïdentificeerd dient te zijn.

Kenmerkend voor een franchiseformule is dat deze bepalend is voor de uniforme identiteit en uitstraling van de bij een franchiseketen aangesloten franchiseonderneming

In de MvT staat dat bepalend voor de vraag of sprake is van een franchiserelatie niet de kwalificatie, benaming of titel die partijen voor hun overeenkomst hanteren bepalend is, maar de feitelijke inhoud van hun onderlinge relatie.²⁶

De MvT²⁷ zegt hierover expliciet:

'Indien die relatie *alle elementen* kent die de definitie "franchiseovereenkomst" en in het verlengde daarvan "franchiseformule", "franchisegever" en "franchisenemer" als gedefinieerd in het tweede lid) in zich bergt, is deze titel op de relatie van toepassing.'

Ten slotte is het nog relevant dat in de MvT de franchisegever wordt geduid als dienstverlener, die diensten (onder andere bijstand) verleent aan de franchisenemer, in de zin van de dienstenrichtlijn uit 2006.²⁸

Dit betekent dat om te kunnen beoordelen of een overeenkomst kwalificeert als franchiseovereenkomst onder het wetsvoorstel, zal moeten worden nagelopen of deze alle elementen bevat zoals gespecificeerd in het Wetsvoorstel.

4. Franchise in Nederlands- en Europees-rechtelijk perspectief

Anders dan de Nederlandse kent de Belgische wetgeving als enige lidstaat van de EU een specifieke wettelijke regeling voor de opzegging van de exclusieve distributieovereenkomst²⁹ en voorts ook wettelijke bepalingen die betrekking hebben op de precontractuele informatie in het kader van commerciële samenwerkingsovereenkomsten (waaronder de franchiseovereenkomst).³⁰ Deze laatste Belgische wettelijke bepalingen beogen de ontwikkeling van verschillende commerciële samenwerkingsvormen zoals franchise te ondersteunen en te bevorderen, door een aantal regels vast te stellen die de precontractuele fase begeleiden. Italië en Spanje kennen specifieke wetgeving op het gebied van franchiseovereenkomsten die eveneens voornamelijk ziet op het regelen van de precontractuele fase.³¹ In Nederland moeten wij het dus tot nu toe doen met in de rechtspraak en in Europees verband ontwikkelde beginselen ten aanzien van franchise.

Pronuptia-arrest

Het Europese Hof van Justitie heeft zich in 1986 in het *Pronuptia-arrest*³² als volgt uitgesproken over de verkoopfranchising, dat wil zeggen de franchiseovereenkomst waarbij de franchisenemer enkel bepaalde producten verkoopt in een winkel met de handelsnaam van de franchisegever:

'In een dergelijk stelsel van verkoopfranchising biedt een onderneming die zich als verkoper een plaats op een bepaalde markt heeft veroverd en daarbij een marketingconcept heeft weten te ontwikkelen, tegen vergoeding aan zelfstandige handelaars de mogelijkheid met gebruikmaking van haar handelsnaam en de bij haar succesvol gebleken handelsmethoden, vaste voet te verkrijgen op andere markten. Het gaat niet zozeer om een verkoopvorm als wel om een soort economische exploitatie van knowhow zonder

inzet van eigen kapitaal. Dit stelsel biedt handelaars zonder de nodige ervaring overigens de mogelijkheid, gebruik te maken van methoden die zij zich anders slechts na lang en moeizaam onderzoek eigen hadden kunnen maken, en laat hen profiteren van de reputatie van de handelsnaam.

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.'

Het Europees Hof overweegt vervolgens dat een franchiserelatie aan twee voorwaarden moet voldoen: in de eerste plaats moet de franchisegever de franchisenemer zijn knowhow kunnen overdragen en hem de nodige bijstand bij de toepassing van zijn methoden kunnen verlenen, zonder het risico te lopen dat die knowhow en die bijstand zij het ook maar indirect aan concurrenten ten goede komen. In de tweede plaats moet de franchisegever de passende maatregelen kunnen nemen voor het behoud van de identiteit en de reputatie van de door de handelsnaam gesymboliseerde verkooporganisatie. Dit geldt allereerst voor de verplichting van de franchisenemer om de door de franchisegever ontwikkelde commerciële methoden toe te passen en de overgedragen knowhow te gebruiken. Dit is ook het geval voor de verplichting van de franchisenemer om de producten slechts te verkopen in een volgens de aanwijzingen van de franchisegever ingerichte en aangeklede ruimte, waardoor een eenvormige, aan bepaalde eisen beantwoordende presentatie moet worden gewaarborgd. Dezelfde eisen worden gesteld aan de locatie van de zaak, die eveneens van invloed kan zijn op de reputatie van de verkooporga-

Het *Pronuptia*-arrest wordt gezien als leidend binnen de EU voor de kwalificatie van franchiseovereenkomsten

20. Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise) d.d. 10 februari 2020, te raadplegen via: www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=20202672&dossier=35392.

21. Memorie van toelichting inzake de Wet franchise d.d. 10 februari 2020, te raadplegen via: www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=20202672&dossier=35392

22. MvT, p. 23, laatste alinea.

23. MvT, p. 24, laatste alinea.

24. Zie art. 1 (g) Verordening (EU) 330/2010 van 20 april 2010.

25. Overigens is het een gemiste kans dat er in de definitie van 'knowhow' geen koppeling is gemaakt met 'bedrijfsgeheim' zoals gedefinieerd in de Wet bescherming bedrijfsgeheimen. Immers op zijn minst een (groot) deel van de knowhow verstrekt onder een franchiseovereenkomst zal geheim zijn, handelswaarde bezitten en onderworpen zijn aan redelijke beveiligingsmaatregelen.

nisatie. Dit verklaart waarom de franchisenemer zijn zaak niet zonder toestemming van de franchisegever naar een andere plaats mag overbrengen.

Het *Pronuptia*-arrest wordt gezien als leidend binnen de EU voor de kwalificatie van franchiseovereenkomsten en is in dit kader nog steeds relevant.

Verordening (EEG) 4087/88 inzake franchiseovereenkomsten³³

In deze verordening uit 1988, die specifiek van toepassing was op franchiseovereenkomsten, staat onder andere:

'Franchiseovereenkomsten betreffen voornamelijk licenties in verband met industriële of intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot handelsmerken, emblemen en know-how die gecombineerd kunnen worden met beperkingen inzake de levering of afname van goederen.'

In deze verordening stond aldus de IE-licentie centraal en niet zozeer de levering of afname van goederen (ofwel het distributiedeel). Deze verordening is opgehouden te bestaan per 31 december 1999. Per 1 januari 2000 werd de – voorloper van de huidige – groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten³⁴ ingevoerd, waarover hieronder meer.

Paalman/Lampenier-arrest

De Hoge Raad heeft in januari 2002³⁵ franchise als volgt gedefinieerd:

'een franchiseovereenkomst is een overeenkomst krachtens welke de franchisegever de wederpartij, franchisenemer, tegen rechtstreekse of indirecte gelijke vergoeding het recht verleent een franchiseonderneming te exploiteren voor de afzet van bepaalde type goederen en/of de verrichting van bepaalde diensten. Deze overeenkomst omvat ten minste verplichtingen met betrekking tot de mededeling door de franchisegever aan de franchisenemer van belangrijke know-how'

Hierbij heeft zij uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij de hierboven genoemde Verordening (EEG) 4087/88 inzake franchiseovereenkomsten. Overigens was deze verordening op het moment dat het arrest gewezen werd al niet meer van toepassing omdat er sinds 1 januari 2000 een

26. P. 23 MvT, laatste alinea.

27. P. 23 MvT, laatste alinea.

28. P. 13-14 MvT.

29. De zogeheten 'Concessiewet' die thans is vastgelegd in Boek X, titel 3 van het Wetboek Economisch Recht (WER)

30. De bepalingen van titel 2, boek X van het Wetboek Economisch Recht genaamd 'precontractuele informatie in het kader van commerciële samenwerkingsovereenkomsten' gebaseerd op een wet uit 2005.

31. Zie ook I.S.J. Houben, J. Sterk & J.A.J. Devilee, 'Codificatie of zelfregulering in de

franchisector?', *MvV* 2014/9, p. 240-250.

32. *NJ* 1988/163: HvJ EG 28 januari 1986, A161/84 (*Pronuptia*).

33. Verordening (EEG) 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten.

34. Verordening (EU) 330/2010 van 20 april 2010.

35. HR 25 januari 2002, *NJ* 2003/31 (*Paalman/Lampenier*).

De kern van de franchiseovereenkomst is gelegen in de overdracht (licentie) van een bedrijfsconcept/knowhow en van intellectuele eigendomsrechten

groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten geldt, waarin naast verschillende soorten distributie/wederverkoop-overeenkomsten ook de franchiseovereenkomst wordt gereguleerd.

Groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten en richtsnoeren

In de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen³⁶ behorend bij de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten staat ten aanzien van franchiseovereenkomsten het volgende:

‘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. Aan de franchisegever wordt door de franchisenemer voor het gebruik van het betrokken bedrijfsconcept over het algemeen een franchisevergoeding betaald. Franchising kan de franchisegever in staat stellen om met beperkte investeringen een uniform distributienet voor zijn producten op te richten. Naast het verstrekken van een bedrijfsconcept, bevatten franchiseovereenkomsten gewoonlijk een combinatie van verschillende verticale beperkingen aangaande de producten die worden gedistribueerd, in het bijzonder selectieve distributie en/of een niet-concurrentiebeding en/of allenverkoop of een zwakkere vorm daarvan.’

De Europese Commissie borduurt met deze definitie voort op de eerdergenoemde verordening inzake franchiseovereenkomsten en op de definitie die werd gehanteerd in het *Pronuptia*-arrest.

5. Kenmerken franchiseovereenkomst

De algemene conclusie die op basis van het voorgaande kan worden getrokken is dat de franchiseovereenkomst zich onderscheidt van andere vormen van distributieovereenkomsten zoals de exclusieve- en de selectieve distributieovereenkomst in die zin dat de kern van de franchiseovereenkomst is gelegen in de overdracht (licentie) van een bedrijfsconcept/knowhow en van intellectuele eigendomsrechten met daaraan gekoppeld het recht van de franchisegever toezicht uit te oefenen op de toepassing van de overgedragen knowhow en gebruik van de intellectuele eigendomsrechten teneinde een uniforme identiteit en uitstraling van de franchiseonderneming binnen de keten te behouden.³⁷ Een kenmerk die uit het

bovenstaande voortvloeit is dat de franchisenemer een licentievergoeding (‘royalty’) betaalt aan de franchisegever voor de toegestane voordelen. Overigens kan deze vergoeding ook worden verdisconteerd in de prijzen die de franchisenemer dient te betalen voor geleverde producten of diensten.³⁸

Hoe verhoudt de franchiseovereenkomst zich nu tot de exclusieve- en selectieve distributieovereenkomst? Met de eerder in dit artikel geciteerde stellingname lijkt BOVAG deze laatste twee soorten van distributieovereenkomsten aan de franchiseovereenkomst gelijk te stellen. De vraag is of deze suggestie juist is zal hieronder aan een nader onderzoek worden onderworpen door een afzonderlijke bespreking van de exclusieve distributieovereenkomst en de selectieve distributieovereenkomst. Maar eerst zal er een onderscheid gemaakt moeten worden tussen zogenaamde ‘multi-brand’ en ‘single-brand’ distributeurs.

6. Onderscheid multi-brand en single-brand distributeurs

Het overgrote deel van de distributeurs c.q. wederverkopers zal meerdere (verschillende) merken, producten en/of diensten verkopen. Te denken valt bijvoorbeeld aan distributeurs van kleding en kledingwinkels die een groot assortiment aan producten van verschillende merken verkopen, juweliers die verschillende merken horloges en sieraden aanbieden en software-distributeurs die software en hardware aanbieden van verschillende merken en leveranciers. Ook online platforms zoals Amazon en Bol.com voeren een heel breed en ruim assortiment aan producten en merken. Dit zijn allen *multi-brand* wederverkopers/distributeurs, die niet kwalificeren als franchise. Zij kwalificeren alleen al niet als franchise, omdat bij dergelijke distributierelaties de uniforme identiteit en uitstraling van de onderneming ontbreekt. Immers er is bij *multi-brand* (juist) sprake van verschillende merken naast elkaar en niet van een gemeenschappelijke uniforme identiteit naar buiten toe.

Daarnaast wordt er ook niet voldaan aan het criterium dat er, om als franchise te kwalificeren, een franchiseformule, te weten een operationele, commerciële en organisatorische formule, dient te worden geëxploiteerd. Hier is bij *multi-brand* distributie geen sprake van. De distributeur richt zijn onderneming in en baat deze uit op de wijze zoals hij wenst. Dit zou alleen nog anders kunnen zijn bij zogenaamde ‘shop-in-shop’ samenwerkingsvormen, waarvan weleens sprake is bij grote warenhuizen waar merkproducten soms een deel van de winkel in beslag nemen, met een bepaalde uniforme uitstraling.³⁹ Deze bijzondere samenwerkingsvorm zou onder omstandigheden als franchise kunnen kwalificeren, maar de reguliere *multi-brand* distributie niet. Om vast te stellen of er bij een shop-in-shop samenwerking wel of geen sprake is van franchise, zal per geval nauwgezet moeten worden nagelopen of al dan niet aan de criteria voor franchise is voldaan.

Uit het voorgaande volgt dat *multi-brand* distributie nagenoeg nooit zal kunnen kwalificeren als franchise.

Voor een beoordeling van de vraag of de *single-brand* distributie al dan niet kan kwalificeren als franchise, zal een onderscheid gemaakt worden tussen exclusieve en selectieve distributieovereenkomsten.

7. Exclusieve (*single-brand*) distributieovereenkomst

In geval van een exclusieve distributieovereenkomst verbindt de leverancier zich om zijn producten en/of diensten in een bepaald gebied of voor een bepaalde klantenkring slechts aan één distributeur te verkopen voor de wederverkoop. Daartegenover kan en zal aan de exclusieve distributeur in de regel een verplichting worden opgelegd de producten uitsluitend van de leverancier af te nemen en niet actief aan afnemers buiten het aan hem toegewezen gebied te verkopen.⁴⁰ Dergelijke overeenkomsten kunnen zowel op detailhandelniveau als op groothandelniveau worden gesloten.

In de regel zal aan het product en/of de dienst van de leverancier een handelsmerk zijn verbonden en zullen over het gebruik daarvan door de distributeur afspraken tussen leverancier en exclusief distributeur worden gemaakt in die zin dat de leverancier daaraan specifieke voorwaarden stelt.

Om te kwalificeren als een franchiseovereenkomst is blijkens de aangehaalde rechtspraak van het Europees Hof van Justitie,⁴¹ de richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie en de definitie van franchise in het aan de Tweede Kamer voorgelegde wetsvoorstel echter vereist dat sprake is van een leverancier die tegen vergoeding het recht verleent gebruik te maken van een specifiek bedrijfsconcept en onder oplegging van een verplichting aan de exclusieve distributeur om dat bedrijfsconcept/die verstrekte knowhow toe te passen ter behoud van de gemeenschappelijke identiteit en de reputatie van datzelfde bedrijfsconcept.⁴²

De exclusieve distributieovereenkomst voldoet normaliter aan één van deze vereisten voor kwalificatie als een franchiseovereenkomst. Omgekeerd kan en zal een franchiseovereenkomst doorgaans echter wel elementen behelzen die de exclusieve distributieovereenkomst kenmerken.⁴³

8. Selectieve (*single-brand*) distributieovereenkomst

In geval van een selectieve distributieovereenkomst verbindt de leverancier zich om zijn producten en/of dien-

sten slechts te verkopen aan distributeurs die op grond van vastgestelde en uniform en zonder discriminatie toegepaste objectieve criteria van kwalitatieve aard zijn geselecteerd en waarbij de selectieve distributeur zich verbindt die producten en/of diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen binnen het grondgebied waarop de leverancier dit selectieve distributiesysteem toepast.⁴⁴ Een en ander, net zoals bij de exclusieve distributieovereenkomst en de franchiseovereenkomst, binnen de voor deze overeenkomsten bepaalde mededingingsrechtelijke grenzen.⁴⁵

Selectieve distributiestelsels worden met name gebruikt door leveranciers van luxe merkproducten om het merkimago te bevorderen en te beschermen⁴⁶ maar ook door leveranciers van hoogwaardige consumptiegoederen om een gespecialiseerde tussenhandel in stand te houden die tot het verrichten van bepaalde prestaties voor dergelijke producten in staat is.⁴⁷

De selectieve distributieovereenkomst onderscheidt zich van de exclusieve distributieovereenkomst in die zin dat het criterium voor selectie niet is gebaseerd op een bepaald gebied of een bepaalde klantenkring, maar louter op criteria die in de eerste plaats verband houden met de aard van het product⁴⁸ en dat een beperking wordt opgelegd niet zozeer ten aanzien van afnemers buiten een bepaald gebied, maar ten aanzien van niet-erkende distributeurs.

De vereiste uniforme en zonder discriminatie toe te passen objectieve criteria van kwalitatieve aard⁴⁹ brengen in de praktijk mee dat er met name voor wat betreft de luxe merkproducten in een *single-brand* context een zekere mate van uniformiteit van verkoopprijs en van het gebruik van het handelsmerk kan worden bewerkstelligd. Maar zelfs onder die omstandigheid kwalificeert een selectieve distributieovereenkomst niet automatisch als franchiseovereenkomst. Immers hiervoor is het noodzakelijk dat er een franchiseformule, te weten een operationele, commerciële en organisatorische formule, wordt geëxploiteerd. Zoals blijkt uit de definitie van 'franchiseformule' dient deze te bestaan uit (i) een handelsmerk, model of handelsnaam, huisstijl of tekening, en (ii) knowhow, welke informatie geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is. Voorts zal er sprake van moeten zijn dat de leverancier bijstand en ondersteuning verleent aan de distributeur.

Er zal per geval moeten worden onderzocht of aan deze criteria wordt voldaan. Het kan in bepaalde – uitzonderlijke – situaties zo zijn dat een selectieve (*single-brand*) distributieovereenkomst kwalificeert als franchise onder

36. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/01).

37. Zie ook Asser/Houben, 7-X *Onbenoemde overeenkomsten* 2019/144 en I.S.J.

Houben, J. Sterk & J.A.J. Devilee, 'Codificatie of zelfregulering in de franchisector?', *MvV* 2014/9, p. 240-250.

38. MvT, pagina 24, 1^a alinea.

39. Overigens kan dit ook op basis zijn van een commissionair samenwerkingsvorm en in dat geval is er geen sprake van wederver-

koop/distributie.

40. Dit binnen mededingingsrechtelijk geoorloofde grenzen, zie Verordening (EU) 330/2010 van 20 april 2010 en art. 6 lid 1 Mededingingswet.

41. *NJ* 1988/163, HvJ EG 28 januari 1986, A161/84 (*Pronuptia*).

42. Zie ook Asser/Houben, 7-X *Onbenoemde overeenkomsten* 2019/156.

43. Zie nr. 189 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/01).

44. Zie art. 1 (e) Verordening (EU)

330/2010 van 20 april 2010.

45. Verordening (EU) 330/2010 van 20 april 2010 en art. 6 lid 1 Mededingingswet.

46. Zie arrest HvJ EU 13 oktober 2011, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649 (*Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*).

47. Zie arresten HvJ EU 25 oktober 1977, 26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro SB-Grossmärkte/Commissie*) en HvJ EU 25 oktober 1983, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293

(*AEG-Telefunken/Commissie*).

48. Zie nr. 175 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/01).

49. Die niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is het merkimago of de kwaliteit van het product te waarborgen, zie arrest HvJ EU 25 oktober 1977, 26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro SB-Grossmärkte/Commissie*).

De tamelijk ongenuanceerde stelling dat (exclusieve en selectieve) dealer- en distributieovereenkomsten kwalificeren als franchiseovereenkomst lijkt niet goed houdbaar

het wetsvoorstel, maar dit zal in de regel niet het geval zijn. Ook hier geldt weer het spiegelbeeld dat een franchiseovereenkomst vaak wel de elementen van een selectieve distributieovereenkomst zal behelzen.

9. Conclusie

Op basis van het nog steeds toonaangevende *Pronuptia*-arrest en verdere relevante rechtspraak van het Europese

Hof van Justitie, de groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten en het thans aan de Tweede Kamer voorgelegde wetsvoorstel franchise, lijkt de tamelijk ongenuanceerde stelling dat (exclusieve en selectieve) dealer- en distributieovereenkomsten kwalificeren als franchiseovereenkomst niet goed houdbaar.

De belangenorganisatie BOVAG stelt zich evenwel uitdrukkelijk en naar het laat aanzien steeds luider op het standpunt dat dergelijke overeenkomsten kwalificeren als franchiseovereenkomsten en heeft zich inmiddels aangesloten bij de franchisenemerslobby, onder andere bestaande uit Franchisenemers Netwerk Nederland (FNN).⁵⁰ Terughoudendheid en juridische realiteitszin is hier echter op zijn plaats, al was het maar om te voorkomen dat autodealers en andere retailers die een distributieovereenkomst met een fabrikant of importeur hebben, blij worden gemaakt met een dode mus. •

⁵⁰. Zie ook: www.bovag.nl/nieuws/bovag-positief-over-nieuwe-franchisewet.