CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL PIETER VERLOREN VAN THEMAAT
van 19 juni 1985

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Inleiding

1.1. *De vragen van het Bundesgerichtshof*

In een geschil over de betaling van achterstallige licentie-royalty's, heeft een Duitse franchisenemer tegenover zijn Franse franchisegever in hoger beroep met succes de nietigheid van de betrokken franchiseovereenkomst op grond van het mededingingsrecht van de EEG ingeroepen. Volgens de rechter in hoger beroep zou artikel 85 van het EEG-Verdrag een franchise-overeenkomst als hier in geding verbieden, omdat daarin concurrentiebeperkingen voorkomen, die niet ingevolge artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag en verordening nr. 67/67/EEG van 22 maart 1967 (PB 1967, L 57, blz. 849) zijn vrijgesteld van het in artikel 85, eerste lid, vervatte verbod.

Tegen dit arrest heeft verzoekster in het bodemgeschil vervolgens revisieberoep ingesteld bij het Bundesgerichtshof. Van oordeel dat het arrest van de appelrechter vragen betreffende het Gemeenschapsrecht opriep, heeft het Bundesgerichtshof, bij beschikking van 15 mei 1984, aan Uw Hof vragen gesteld.

Blijkens de literatuur zijn verkoopsystemen door middel van franchise-overeenkomsten in de verschillende Lid-Staten in hoofdzaak pas nà 1970 tot ontwikkeling gekomen. Dergelijke verkoopsystemen hebben zich toen echter zeer snel ontwikkeld en nemen thans naast andere distributiesystemen een belangrijke plaats in. Ook wanneer Uw Hof zich in de beantwoording van de gestelde vragen beperkt tot franchise-overeenkomsten met de kenmerken van de in geding zijnde contracten, zal deze beantwoording derhalve voor de geldigheid van tienduizenden contracten van indirect belang kunnen zijn. Het belang van Uw antwoord op de gestelde vragen wordt voorts nog versterkt door de omstandigheid, dat de Commissie blijkens haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen in de onderhavige procedure, nog geen duidelijk beleidsstandpunt terzake heeft bepaald.

De vragen van het Bundesgerichtshof luiden als volgt:

1) Is artikel 85, eerste alinea, EEG-Verdrag van toepassing op franchiseovereenkomsten als in casu tussen partijen gesloten, die betrekking hebben op het gebruik maken van een bijzonder verkoopsysteem, in het kader waarvan de franchisegever de franchisenemer niet enkel goederen levert, doch hem ook het gebruik van firmanaam, handelsmerk, verpakking en andere dienstverleningen toestaat?

2) Zo ja, is verordening nr. 67/67 (EEG) van de Commissie van 22 maart 1967 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (groepsvrijstellingsverordening), dan van toepassing op dergelijke overeenkomsten?

3) Indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord:

a) dient de groepsvrijstellingsverordening ook toepassing te vinden wanneer bij de overeenkomst te ener zijde betrokken zijn verscheidene juridisch zelfstandige, doch economisch met elkaar verbonden bedrijven, die met het oog op de overeenkomst een economische eenheid vormen?

b) dekt de groepsvrijstellingsverordening, inzonderheid artikel 2, lid 2, sub c), de verplichting van de franchisenemer om slechts met toestemming van de franchisegever, en in overeenstemming met diens reclame en met gebruikmaking van hem ter beschikking gesteld materiaal, reclame te maken en in het algemeen diens commerciële methoden toe te passen ? Is het in dit verband relevant, dat het reclamemateriaal van de franchisegever diens onverbindende adviesprijzen vermeldt?

c) dekt de groepsvrijstellingsverordening, inzonderheid artikel 1, lid 1, sub b), artikel 2, lid 1, sub a), en lid 2, sub b), de verplichting van de franchisenemer om de contractgoederen uitsluitend of althans voornamelijk in een bepaalde, speciaal daartoe ingerichte ruimte te verkopen?

d) dekt de groepsvrijstellingsverordening, inzonderheid artikel 1, lid 1, sub b), de verplichting van de franchisenemer — die verplicht is om hoofdzakelijk bij de franchisegever in te kopen — om het „vrije" gedeelte van zijn bestellingen van contractgoederen slechts te betrekken van aanbieders die door de franchisegever zijn erkend?

e) laat de groepsvrijstellingsverordening de verplichting van de franchisegever toe om de franchisenemer commercieel en op reclame- en vakgebied te ondersteunen?

1.2. *De belangrijkste bepalingen in de door de betrokken franchisenemer gesloten contracten*

Blijkens de op verzoek van het Hof na de zitting overgelegde drie contracten tussen partijen in het hoofdgeding, verbindt de franchisegever zich ertoe:

— in het telkens betrokken contractsgebied (respectievelijk Hamburg, Oldenburg en Hannover) aan geen enkele derde het recht te verlenen gebruik te maken van het merk Pronuptia de Paris (art. 1, lid 1);

— in het contractsgebied geen andere Pronuptia-winkel te openen (art. 1, lid 2);

— in dit gebied geen produkten of diensten te verstrekken aan derden (art. 1, lid 2);

— verweerster bij te staan op commercieel gebied en bij haar reclame, bij de inrichting en het warenassortiment van haar winkel, bij de opleiding van het personeel en op het gebied van de verkooptechnieken, de mode en de produkten, de aankoop, de marketingtechnieken en, zeer algemeen, verweerster te helpen haar omzetcijfer en haar rentabiliteit te verhogen (art. 3, lid 1).

De franchisenemer (die ingevolge artikel 3, lid 5, de uitsluitende eigenaar van zijn zaak blijft, alleen de risico's daarvan draagt en ook alleen in het genot van de totale winst komt) is onder meer verplicht:

— de betrokken produkten onder gebruikmaking van de handelsnaam en het merk Pronuptia de Paris uitsluitend te verko-

pen in de in artikel 1 bedoelde winkel, die in hoofdzaak voor de verkoop van bruidsmode-artikelen en in overeenstemming met het merkbeeld van Pronuptia de Paris moet worden ingericht (art. 3, lid 3 en art. 4, lid 1);

— 80% van de bruidsjurken en toebehoren, alsmede een door verweerster zelf te bepalen gedeelte van de cocktail- en uitgaanskleding, van de franchisegever te betrekken (art. 3, lid 6);

— de overige bruidsjurken en toebehoren, cocktail- en uitgaanskleding uitsluitend van door de franchisegever erkende aanbieders te betrekken (art. 3, lid 6);

— aan de franchisegever tijdens de looptijd van het contract een licentievergoeding van 10% van zijn totale omzet (met inbegrip van zijn omzet in andere dan Pronuptia-artikelen) te betalen (art. 5, lid 1);

— tijdens de geldigheidsduur van de overeenkomst en gedurende één jaar na beëindiging daarvan zich binnen de Bondsrepubliek, in West-Berlijn of binnen een gebied, waar Pronuptia reeds vertegenwoordigd is, te onthouden van elke concurrentie met een Pronuptia-zaak en in het bijzonder van de gespecialiseerde verkoop van bruidsjurken en toebehoren (art. 6, lid 6 en art. 9);

— van de verkoop van de contractsartikelen zijn hoofddoel te maken (art. 6, lid 6);

— handel te drijven in een op een welbepaalde plaats gelegen ruimte en deze voornamelijk tot de verkoop van huwelijksbenodigheden in te richten, overeenkomstig het image en volgens de aanwijzingen van Pronuptia de Paris (art. 1, lid 3; art. 3, lid 3; art. 4, lid 1);

— enkel in die winkel handel te drijven en met name de contractsprodukten te verkopen onder het merk en de firmanaam Pronuptia de Paris (art. 3, lid 3; art. 4, lid 1);

— het merk Pronuptia de Paris slechts met de voorafgaande toestemming van de franchisegever in zijn reclame te gebruiken; zijn reclame af te stemmen op die van Pronuptia en daarbij gebruik te maken van het door Pronuptia ter beschikking gestelde reclamemateriaal met de daarop voorkomende adviesprijzen (art. 1, lid 1; art. 6, lid 1);

— reclame te maken, het reclamemateriaal zo goed mogelijk te verspreiden, en in het algemeen de handelsmethoden van de franchisegever toe te passen (art. 6, lid 5);

— alle industriële of commerciële eigendomsrechten van Pronuptia nauwkeurig in acht te nemen en Pronuptia van hem bekend geworden inbreuken daarop door derden terstond op de hoogte te stellen (art. 14).

Ingevolge artikel 6, lid 1, beveelt Pronuptia de franchisenemer passende richtprijzen aan en beschouwen beide partijen deze richtprijzen (onverminderd de vrijheid van de franchisenemer de prijzen zelf vast te stellen) als richtlijnen voor de wederverkoop.

1.3. *Wijze van behandeling*

Uw antwoord op de gestelde vragen zal als opgemerkt ook gevolgen kunnen hebben voor de rechtsgeldigheid van andere franchise-overeenkomsten, alsmede voor het door de Commissie terzake te voeren beleid. Ik zal daarom in het tweede deel van deze conclusie eerst enkele algemene beschouwingen wijden aan dit in de Gemeenschap relatief nieuwe verkoopsysteem. Doel daarvan zal met name zijn om na te gaan, in

hoeverre in wetgeving, rechtspraak en literatuur, en met name ook binnen de betrokken beroepsorganisaties reeds een zodanige graad van zekerheid omtrent inhoud en rechtskarakter van franchise-overeenkomsten met betrekking tot de verkoop van produkten is ontstaan, dat Uw Hof meer algemene uitspraken terzake zou kunnen doen. De formulering van de vragen van het Bundesgerichtshof zou dit naar mijn oordeel op zich zelf niet uitsluiten. Deze formulering sluit slechts uit, ook uitspraken te doen met betrekking tot de reeds langer binnen de Gemeenschap (bijvoorbeeld in de hotel-, café- en restaurantsector) voorkomende franchise-overeenkomsten met betrekking tot dienstverlening of met betrekking tot produktiefranchisering.

In het derde deel van mijn conclusie zal ik onderzoeken welke overeenkomsten en verschillen franchise-overeenkomsten in het algemeen en franchise-overeenkomsten als in casu in geding in het bijzonder, vertonen met andere in de rechtspraktijk van de Gemeenschap en met name in Uw rechtspraak reeds aan de orde gekomen distributiesystemen als handelsvertegenwoordigers, alleenverkoop- of alleenkoopovereenkomsten, selectieve distributiesystemen en brouwerijcontracten, alsmede met licentie-overeenkomsten. Tevens zal ik daarbij nagaan, welke lering uit Uw betrokken rechtspraak voor de onderhavige zaak kan worden getrokken.

In het vierde deel van mijn conclusie zal ik dan mijn oordeel geven over de wijze, waarop de in casu gestelde vragen naar mijn oordeel zouden kunnen worden beantwoord.

2. Opmerkingen over franchise-overeenkomsten betreffende de verkoop van produkten in het algemeen

2.1. *De ontwikkeling van het franchisesysteem als nieuw distributiesysteem*

Uit de reeds vrij omvangrijke literatuur blijkt, dat het op al oudere Amerikaanse ervaringen gebaseerde franchisesysteem als nieuw distributiesysteem binnen de EEG pas nà 1970 tot ontwikkeling is gekomen. De ontwikkeling is sindsdien echter zeer krachtig geweest. Zo waren er in 1969 in de Duitse Bondsrepubliek nog slechts enkele franchisesystemen in de distributiesector. In 1978 was het totale aantal franchisesystemen (met inbegrip van dienstverlening) reeds tot 85 (met 11 000 franchisenemers) gestegen en in mei 1982 tot 200 systemen (met 120 000 franchisenemers) en een totaalomzet van 100 miljard DM, waarvan 65 à 75 miljard DM in de detailhandelssector. In Frankrijk (waar de ontwikkeling eveneens pas nà 1970 begon) bedroeg het aantal franchisesystemen in 1981 meer dan 300 en in 1985: 500 (met 25 000 aangesloten winkels en 8% van de totale detailhandelsomzet). In Nederland werden in 1983 280 franchisesystemen geteld. In andere Lid-Staten vond een soortgelijke ontwikkeling nà 1970 plaats.

2.2. *Juridische karaktertrekken volgens de literatuur*

Uit de literatuur blijkt voorts en door de Commissie werd ter zitting bevestigd, dat geen van de Lid-Staten specifieke wettelijke voorschriften terzake van franchise-overeenkomsten kent. Voorts kan nòch uit de wel aanwezige rechtspraak, nòch uit de literatuur een nauwkeurige definitie van franchise-overeenkomsten in het algemeen of betreffende distributie van produkten in het bijzonder door middel van dergelijke overeenkomsten worden afgeleid. Hoofdelementen van de franchisesystemen voor de distributie van produkten lijken echter in alle onderzochte Lid-Staten: 1) een vergaande integratie van de niettemin zelfstandig blijvende en hun eigen risico's dragende franchisenemers in het distributienet van de franchisegevers; 2) het baseren van de marktstrategie op een keteneffect, dat door het tegen vergoeding beschikbaar stellen van een gemeenschappelijke firmanaam, handelsmerk, teken of symbool en veelal een

vergelijkbare winkelinrichting wordt gerealiseerd en 3) exclusiviteitsrechten van de franchisenemer binnen een bepaald gebied en voor bepaalde produkten en meer of minder vergaande exclusiviteitsrechten van de franchisegever met betrekking tot de levering of selectie van de door de franchisenemer af te zetten produkten. De literatuur lijkt het er ook over eens te zijn, dat het Europese begrip „franchise-overeenkomst" veel beperkter moet worden opgevat dan het oorspronkelijke Amerikaanse begrip, waaronder veel meer distributiesystemen werden gebracht. Zoals nog zal blijken, wordt ook in de recente Amerikaanse literatuur echter een beperkt begrip gehanteerd.

Op grond van eigen rechtsvergelijkend onderzoek kwam Mr. E. M. Kneppers-Heynert in een recent artikel in het *Bijblad Industriële Eigendom* (1984, nr. 10, blz. 251 e.v.) tot de volgende samenvattende omschrijving, die mij redelijk representatief lijkt:

„Franchising is een contractueel geregelde vorm van commerciële samenwerking tussen zelfstandige ondernemers, waarbij de ene partij, de franchisor of franchisegever, aan een of meer anderen, de franchisee of franchisenemer, het recht geeft om zijn handelsnaam en/of merk en eventueel andere onderscheidingsmiddelen te gebruiken bij de verkoop van produkten c.q. de levering van diensten, welke verkoop respectievelijk levering plaatsvindt op basis van een door de franchisor ontwikkeld exclusief marketingconcept (-systeem, -formule) en in ruil waarvoor de franchisegever een vergoeding ontvangt; het gebruik van de rechten door de franchisenemer wordt door de franchisegever gecontroleerd om een uniforme presentatie ten opzichte van het publiek, alsmede een gelijkwaardige kwaliteit van de goederen en/of dienstverlening te waarborgen."

De ter zitting overgelegde Europese erecode inzake franchising van de Europese franchising-federatie en de daarbij aangesloten acht nationale verenigingen (waarvan 6 uit de EEG) vermeldt onder meer de volgende zes kenmerken van een franchise-overeenkomst:

„1) Het bezit door de franchisegever van een firmanaam, van een handelsnaam, van een embleem of van andere symbolen, eventueel van een fabrieksmerk of van een handelsmerk en van een technische bedrevenheid die hij ter beschikking stelt van de franchisenemers, alsmede zijn controle over een geheel van produkten en/of diensten, aangeboden op een originele en specifieke manier, die de franchisenemer aanvaardt te exploiteren volgens specifieke, commerciële technieken die voorafgaandelijk worden uitgetest en die ononderbroken worden bijgewerkt en gekontroleerd op hun geldigheid en hun doelmatigheid.

2) Elke franchise-overeenkomst sluit, onder een of andere vorm, een betaling in van de franchisenemer aan de franchisegever voor het gebruik van diens naam, zijn diensten, zijn technologie en zijn technische bedrevenheid.

3) De draagkracht van een franchise-overeenkomst reikt dus verder dan deze van een gewone verkoopovereenkomst of van een concessie- of licentieovereenkomst, doordat beide partijen tegenover elkaar belangrijke verplichtingen aanvaarden die verder gaan dan deze die voorkomen in een traditionele commerciële relatie.

4) De franchisegever garandeert de echtheid van zijn rechten of merk, handelsnaam, embleem, slogan, enz. ..., en verzekert aan de franchisenemers onge-

stoord genot van deze die hij te hunner beschikking stelt.

5) De franchisegever weerhoudt en aanvaardt enkel kandidaat-franchisenemers welke beantwoorden aan de door de franchiseonderneming gestelde vereisten; elke discriminatie op grond van politiek, ras, taal, godsdienst of geslacht is uitgesloten.

6) In het contract moeten onder meer onderstaande punten worden gepreciseerd met dien verstande nochtans dat de aanvaarde bepalingen in overeenstemming zijn met het nationaal en communautair recht:

— de wijze en modaliteiten voor het betalen van de vergoedingen en van de periodieke contributies;

— de looptijd van het contract en de manier waarop het kan verlengd worden; het tijdstip en de termijn van opzegging;

— de prioritaire rechten van de franchisegevers wanneer de franchisenemer wenst afstand te doen van zijn handelsfonds;

— de beschrijving van de ‚territoriale rechten' die aan de franchisenemer zijn toegezegd en de eventuele opties op aanpalende sektoren;

— de wijze waarop een bestemming zal worden gegeven aan de inbreng van elke partij wanneer het contract een einde neemt;

— de bijzondere bepalingen betreffende de bevoorrading en de leveranties van goederen, met inbegrip van deze welke het transport en de daaraan verbonden kosten regelen;

— betalingsvoorwaarden;

— diensten van de franchisegever ter beschikking van de franchisenemer op het gebied van marketing, promotie, reklame, technologie en vakkennis, administratie, opleiding, financiën en fiskaliteit, alsook in beleidsaangelegenheden in het algemeen; voorwaarden tegen dewelke deze diensten worden verleend;

— verplichtingen van de franchisenemer betreffende het mededelen van exploitatiegegevens en inzake inspektieprocedures en permanente opleiding."

Betreffende opleiding en begeleiding bevat de erecode dan nog een groot aantal bijzondere richtlijnen, waarvan mij echter slechts de volgende van enig belang lijken voor de toetsing van een franchise-overeenkomst als in de erecode bedoeld, aan artikel 85 van het EEG-Verdrag:

„— de franchisegever helpt de franchisenemer door hem te adviseren inzake de exploitatiekosen en de marges die hij normaal gezien in zijn zaak zou moeten kunnen verwezenlijken;

— elk gebeurlijk beding van niet-mededinging na het verbreken of de afloop van het contract moet in het contract met looptijd en gebiedsafbakening worden bepaald."

2.3. *Rechtspraak*

Alleen in Frankrijk zijn de door de beroepsorganisaties opgestelde omschrijvingen min of meer overgenomen door de rechtspraak: zie tribunal de grande instance de Bressuire, 19 juni 1973 (SVPNAS/Billy); tribunal correctionnel de Paris, 4 maart 1974 (Maje Distribution); cour d'appel de Paris (cinquième chambre), 28 april 1978 (Morvan/Intercontinents); cour d'appel de Paris, 10 mei 1978 (Télefleurs/Interflora, *Cahiers de droit de l'entreprise*, juni 1978); cour d'appel de Douai, 22 april 1982, *Gazette du Palais*

1982, „doctrine", blz. 565); cour d'appel de Colmar (première chambre civile), 9 juni 1982 (Felicitas/Georges, Dalloz 1982, Jurispr., blz. 553). Opvallend in deze rechtspraak is, dat exclusieve rechten niet altijd als essentieel worden beschouwd (cour d'appel de Colmar en cour d'appel de Douai), maar het beschikbaar stellen van een handelsnaam, tekenen en symbolen, alsmede het verzekeren van een uniforme wijze van verkoop wel. Wegens het ontbreken van wettelijke omschrijvingen worden de franchise-overeenkomsten overigens steeds uitsluitend beoordeeld op grond van de bepalingen van de concrete in geding zijnde overeenkomst.

Een gerechtelijke uitspraak over kartelrechtelijke aspecten van franchise-overeenkomsten heb ik binnen de Gemeenschap alleen kunnen vinden in een arrest van het Bundesgerichtshof van 23 maart 1982 (Meierei-Zentrale, Wirtschaft und Wettbewerb 1982, blz. 781). In dat arrest werd het verbod van verticale prijsbinding in artikel 15 van de Duitse Kartelwet (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) toepasselijk geacht op een franchise-overeenkomst, waarin wederverkoopprijzen waren vastgesteld. De Britse „Monopolies and Mergers Commission" heeft echter in haar rapport Full-Line Forcing & Tie-In-Sales van 1981 exlusieve bevoorradingsverplichtingen onder omstandigheden eveneens kartelrechtelijk relevant geacht.

In de Verenigde Staten werd als eerder opgemerkt het begrip franchise-overeenkomst aanvankelijk in een zeer ruime betekenis gebruikt. In de meer recente beperkte opvatting van het begrip (die voor de Europese ontwikkeling vooral als voorbeeld heeft gediend) wordt de franchise echter als een licentie door de eigenaar van een handelsmerk of handelsnaam beschouwd, waardoor aan een ander de verkoop van een produkt of dienst onder dat merk of die handelsnaam wordt toegestaan (*Black's Law Dictionary*, 5e druk, 1979 en von Kalinowski, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, vol. 2, § 6H.01/suppl. 1981).

Evenmin als in het Verenigd Koninkrijk worden in de Verenigde Staten de in franchise-overeenkomsten vervatte exclusieve aankoopverplichtingen zonder meer als kartelrechtelijk verboden „tying-arrangements" beschouwd. Onder bepaalde marktomstandigheden kan dit echter wel het geval zijn. Ten aanzien van verticale gebiedsbeperkingsclausules wordt sinds het Sylvania-arrest van 1977 de „rule of reason" toegepast om na te gaan of van een (met name horizontale) concurrentiebeperking sprake is. Overeengekomen bepalingen ten aanzien van de wederverkoopprijzen van de franchisenemer worden als per se verboden beschouwd, wanneer blijkt, dat het daarbij niet om zuiver aanbevolen prijzen gaat, maar de franchisegever op een of andere wijze tracht de franchisenemer te dwingen zijn suggesties of aanbevelingen ook toe te passen. In het Sylvania-arrest werden ook gebiedsbeperkingen en met name „winkelbeperkingen" als eveneens in de Pronuptiazaak aan de orde, ondanks de daaraan verbonden concurrentiebeperkingen tussen de wederverkopers van Sylvania, onder de „rule of reason" gebracht. „Verticale" concurrentiebeperkingen als in de Sylvaniazaak aan de orde, werden geacht, ondanks de daaraan verbonden beperkingen van de „*intra*brand"-concurrentie, bevorderlijk te zijn voor de „*inter*brand"-concurrentie. Verticale concurrentiebeperkingen als daar aan de orde zouden slechts in bepaalde gevallen op grond van hun werkelijke economische gevolgen geacht kunnen worden onder het per se-verbod van de Amerikaanse Kartelwetgeving te vallen. Mede gelet op de latere Amerikaanse rechtspraktijk lijkt daarbij het al dan niet bestaan van een effectieve concurrentie met andere produkten op de betrokken relevante produktenmarkt van beslissende betekenis. Bij deze Amerikaanse rechtspraktijk teken ik reeds hier aan, dat het voor de EEG specifieke probleem van

gescheiden nationale markten met veelal sterk uiteenlopende prijzen in de Verenigde Staten niet bestaat. Een eenvormige binnenmarkt is daar reeds lang verwezenlijkt, zodat het probleem van de verhindering van neveninvoeren zich daar niet voordoet.

2.4. *Slotopmerkingen*

Op grond van literatuur en rechtspraak binnen de Gemeenschap, op grond van de weergegeven opvattingen van de Europese federatie van franchiseverenigingen en op grond van de meest recente Amerikaanse definities van franchise-overeenkomsten als hier in geding meen ik, dat naast het zelfstandige karakter van de betrokken ondernemingen, het element van een licentie voor het gebruik van een firmanaam, handelsnaam, embleem of andere symbolen, alsmede voor know-how in ruime zin, gekoppeld aan een uniforme wijze van presentatie, met als kenmerkende tegenprestatie een vergoeding door de franchisenemer voor de verstrekte licenties beslissend is voor het karakter van een franchise-overeenkomst terzake van de handel in produkten. Voor de kartelrechtelijke beoordeling blijken in de Amerikaanse rechtspraak vooral de marktpositie van de betrokken ondernemingen en het onderscheid tussen de verticale verhouding tussen franchisegever en franchisenemer en de horizontale verhouding tussen ieder van hen en hun concurrenten van belang te zijn. Met name de aanwezigheid of de afwezigheid van interbrand-concurrentie blijkt (behalve bij bijzondere marktomstandigheden) voor de handhaving van daadwerkelijke mededinging belangrijker te worden geacht dan de intrabrand-concurrentie. Verticale prijsbinding van franchisenemers door franchisegevers lijkt zowel in de Verenigde Staten als in de Duitse Bondsrepubliek per se in strijd te worden geacht met kartelrechtelijke verboden van prijsafspraken. Voor het overige lijkt in de rechtspraak zowel in de Verenigde Staten als in drie van de grote Lid-Staten van de EEG iedere overeenkomst op grond van zijn eigen merites, met inbegrip van zijn specifieke bepalingen en (voor zover kartelrechtelijke aspecten beoordeeld worden) op grond van de specifieke marktomstandigheden te worden beoordeeld. Dit laatste lijkt met name te gelden voor de beoordeling van de verschillende exclusiviteitsclausules, die men in franchise-overeenkomsten kan aantreffen.

3. Overeenkomsten en verschillen tussen franchise-overeenkomsten en andere in de rechtspraak van het Hof aan de orde gekomen distributiesystemen

3.1. *Alleenvertegenwoordigers*

Daar in literatuur en rechtspraak betreffende franchise-overeenkomsten het zelfstandig ondernemerschap of het op eigen naam en risico handelen van de franchisenemer steeds een essentieel kenmerk wordt geacht, acht ik in afwijking van Pronuptia een vergelijking tussen deze nieuwe soort van overeenkomsten en handelsvertegenwoordigers in de zin van de bekendmaking van de Commissie van 24 december 1962 (PB 1962, blz. 2921) voor de beantwoording van de vragen van het BGH niet relevant. Blijkens het eerder geciteerde artikel 3, lid 5, van de onderhavige overeenkomsten, wijken deze in dit opzicht ook niet af van het algemene beeld.

3.2. *Alleenverkoopovereenkomsten*

Meer punten van overeenstemming vertonen de in geding zijnde contracten met alleenverkoopovereenkomsten. Met name de in het geciteerde artikel 1, leden 1 en 2, neergelegde exclusieve afnamerechten van de franchisenemer en de in artikel 3, lid 6, neergelegde (beperkte) exclusieve leveringsrechten van de franchisegever vertonen op het eerste gezicht een duidelijke overeenkomst met de kenmerken, die ingevolge artikel 1, eerste lid, beslissend zijn voor de toepasselijkheid van verordening

nr. 67/67/EEG van 22 maart 1967 betreffende toepassing van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten. Het is dan ook begrijpelijk, dat de verwijzingsrechter in casu aan de toepasselijkheid van genoemde verordening afzonderlijke vragen heeft gewijd.

Wat de eerste vraag van de verwijzingsrechter over de toepasselijkheid in beginsel van artikel 85 op franchise-overeenkomsten betreft, lijkt mij vooral van belang de analogie met de probleemstelling door Uw Hof in de zaak 32/65 (Italië/Commissie, arrest van 13.6.1966, Jurispr. 1966, blz. 579). Met name zou de tweede overweging op blz. 609 van dit arrest zich eventueel — en onder voorbehoud van de later te bespreken verschillen tussen franchise-overeenkomsten en „klassieke" alleenverkoopovereenkomsten — voor analoge toepassing bij beantwoording van de eerste vraag van de verwijzingsrechter lenen.

In deze overweging wordt gesteld:

„dat de omstandigheid, dat concedent èn concessionaris elkander — beweerdelijk — geen concurrentie aandoen, geen grond oplevert om toepassing van artikel 85 op een alleenvertegenwoordigingsovereenkomst, indien daartoe andere termen aanwezig zouden zijn, uit te sluiten;

dat van mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, immers niet slechts tussen partijen, doch ook tussen één hunner en derden sprake kan zijn;

dat zulks te meer geldt nu partijen zich van zulk een overeenkomst zouden kunnen bedienen om ten aanzien van hun produkt de mededinging van derden te belemmeren of te beperken en — ten eigen bate, doch ten detrimente van verbruikers of gebruikers en in strijd met de algemene doelstellingen van artikel 85 — een ongerechtvaardigd voordeel te scheppen of zich daarvan te verzekeren;

dat derhalve een overeenkomst tussen handelaren, optredende in verschillende stadia zonder dat van misbruik van machtspositie sprake is de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden en tevens ertoe kan strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, zodat zij onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt;

dat elk dezer artikelen derhalve een eigen doelstelling heeft en dat wanneer eenmaal de bijzondere voorwaarden waaronder artikel 85, onderscheidenlijk 86, geldt vervuld zijn, elk van beide bepalingen gelijkelijk op verschillende typen overeenkomsten kan worden toegepast."

In de daarop volgende overweging wordt ook een vergelijking afgewezen met handelsvertegenwoordigers en andere integratievormen waarbij een enkele onderneming haar distributienet in het eigen bedrijf integreert (en dus geen sprake is van tussen meerdere — zelfstandige — ondernemingen aangegane overeenkomsten).

Het belang van de eerst geciteerde overweging acht ik met name hierin gelegen, dat zij mutatis mutandis voor alle bilaterale verticale overeenkomsten lijkt te gelden. Voorts lijkt zij evenals de Amerikaanse rechtspraak in het bijzonder de mogelijke horizontale concurrentiebeperkingen en niet zozeer de onderlinge beperkingen van de marktgedragsvrijheid van de in verticale verhouding staande marktpartijen beslissend te achten voor de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1.

Aan die conclusie doet ook niet af, dat Uw Hof in het Grundig-Consten-arrest (zaken 56 en 58/64, Jurispr. 1966, blz. 515/516) overwoog (ten opzichte van het argument dat de overeenkomst toch de mededinging van gelijksoortige produkten

van verschillende merken bevordert) „dat weliswaar de concurrentie tussen producenten in het algemeen duidelijker aan de dag treedt dan die tussen de verkopers van eenzelfde merk, doch dat hieruit nog niet volgt dat een overeenkomst waarmede een beperking van deze laatste vorm van mededinging wordt beoogd aan het verbod van artikel 85, paragraaf 1, is onttrokken op grond van het enkele feit, dat zij de eerstgenoemde concurrentie zou versterken". Vervolgens overweegt hetzelfde arrest „dat bij de toepassing van artikel 85, paragraaf 1, op de concrete gevolgen ener overeenkomst geen acht meer behoeft te worden geslagen, wanneer eenmaal is gebleken dat zij ten doel heeft de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen".

Bij nadere beschouwing van het Grundig-Consten-arrest in zijn geheel blijkt, naar mijn oordeel, dat Uw Hof ook hier in concreto wel degelijk met name concurrentiebeperkingen tussen de alleenverkoper en derden (in casu parallelimporteurs van dezelfde merkprodukten), dus beoogde horizontale concurrentiebeperkingen, op het oog had. Ik verwijs daarvoor in het bijzonder naar de tweede overweging op blz. 516 van het arrest. In sterkere mate dan in de recente Amerikaanse rechtspraak wordt hierbij echter ook de horizontale „intrabrand-competition" relevant geacht, met name wanneer afscherming van nationale markten tegen neveninvoeren in het geding is.

In Uw prejudiciële arrest van 30 juni 1966 in de zaak 56/65 (Société technique minière/Maschinenbau Ulm, Jurispr. 1966, blz. 391) heeft Uw Hof op blz. 415 nog de nuttige precisering gegeven, „dat men derhalve, teneinde na te gaan of een overeenkomst met alleenverkoopclausule uit hoofde van strekking of gevolgen als verboden moet worden beschouwd, met name zal hebben te letten op de aard en de al dan niet beperkte hoeveelheid der betrokken produkten, de plaats door elk van beide partijen op de betrokken markt ingenomen en het belang hunner marktposities, het op zichzelf staand karakter van de betreffende overeenkomst dan wel juist de omstandigheid, dat zij tot een geheel van overeenkomsten behoort, de meer of minder imperatieve redactie der exclusiviteitsclausules dan wel juist de mogelijkheden, die met betrekking tot dezelfde produkten — door middel van wederuitvoer en neveninvoer — aan andere goederenstromen worden gelaten".

3.3. *Brouwerijcontracten*

De alleenverkoopovereenkomsten, die in Uw rechtspraak aan de orde waren, hadden meestal betrekking op alleenimporteurs en blijkens mededelingen van de Commissie ter zitting, gold dit in het algemeen voor de bij haar aangemelde alleenverkoopovereenkomsten. Met name waren daarbij geen tientallen detailhandelaren rechtstreeks betrokken, zoals in de onderhavige zaak het geval is. Wat dat betreft is echter wel Uw rechtspraak inzake de zogenaamde brouwerijcontracten van belang. Voortbouwend op een passage uit de zojuist geciteerde overweging van Uw STM/Maschinenbau Ulm-arrest, heeft Uw Hof reeds in het eerste Haecht-arrest (zaak 23/67, Jurispr. 1967, blz. 511-523) ten aanzien van brouwerijovereenkomsten als daar in geding (met exclusieve aankoopverplichtingen bij één brouwerij) overwogen:

„dat een overeenkomst derhalve — ter beoordeling of zij onder de verbodsbepaling valt — niet geïsoleerd mag worden bezien, dat wil zeggen niet mag worden beoordeeld zonder dat tevens wordt gelet op de feitelijke en juridische omstandigheden welke medebrengen, dat zij ter verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging leidt;

dat in verband hiermede het feit, dat meer dergelijke overeenkomsten worden gesloten in aanmerking mag worden genomen, voor zoveel zulke overeenkomsten te zamen tot beperking van de vrije handel kunnen leiden."

In combinatie met de daarop volgende overweging lijkt mij deze overweging bij analoge toepassing op franchise-overeenkomsten mede te brengen, dat artikel 85, lid 1, van toepassing is wanneer een franchisegever uit Lid-Staat A een zodanige marktpositie in Lid-Staat B bezit, dat hij door middel van (zijn eigen filialen en) een aantal franchise-overeenkomsten met zelfstandige handelaren de markttoegang voor andere producenten, c.q. groothandelaren op de markt van Lid-Staat B wezenlijk bemoeilijkt.

Uit rechtsoverweging 5 van Uw arrest in de zaak Bilger/Jehle (zaak 43/69, Jurispr. 1970, blz. 127) blijkt, dat bij het rekening houden met andere, vergelijkbare contracten, niet alleen rekening moet worden gehouden met contracten, door een groot aantal detaillisten gesloten met dezelfde producent (c.q. groothandelaar), maar tevens met soortgelijke alleen-aankoopcontracten, gesloten met andere producenten uit dezelfde staat. Bij brouwerijcontracten zal een dergelijk gezamenlijk effect van marktafsluiting inderdaad in het bijzonder van het totaal van dergelijke contracten tussen detaillisten in één Lid-Staat en producenten in dezelfde Lid-Staat kunnen uitgaan. Alleen dergelijke brouwerijcontracten tussen een brouwerij en bedrijfsmatige afnemers uit één Lid-Staat zijn, voor zover ik heb kunnen nagaan, tot dusverre in Uw rechtspraak aan de orde geweest. In beginsel zal bij franchise-overeenkomsten een marktafsluitend karakter (of andere horizontale concurrentiebeperking) echter, naar mijn oordeel, ook kunnen uitgaan van het gezamenlijk effect van franchise-overeenkomsten voor gelijksoortige produkten, onafhankelijk van de plaats van vestiging van de producent, c.q. groothandelaar.

Wat de brouwerijcontracten betreft lijkt mij voorts van enig belang voor beantwoording van de tweede vraag van het Bundesgerichtshof in de Pronuptia-zaak Uw arrest van 1 februari 1977 in de zaak 47/76 (A. de Norre en M. de Clercq tegen NV Brouwerij Concordia, Jurispr. 1977, blz. 65). In dat arrest besliste Uw Hof namelijk, dat, ondanks bepaalde, door Uw Hof erkende, verschillen met de traditionele alleenverkoopovereenkomsten, waarvoor verordening nr. 67/67 destijds werd uitgevaardigd, deze verordening ook geldt voor brouwerijcontracten, dat wil zeggen „voor overeenkomsten waarbij slechts twee ondernemingen uit één Lid-Staat partij zijn en waarbij de ene zich verplicht bepaalde, voor wederverkoop bestemde produkten, slechts van de andere te betrekken — en die niet de in artikel 3 van verordening nr. 67/67 omschreven kenmerken vertonen — voor zover bij gebreke van zodanige vrijstelling het verbod van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag er op van toepassing zou zijn". Deze uitspraak werd blijkens rechtsoverweging 13 van het arrest met name gebaseerd op de vaststelling „dat de hierbedoelde overeenkomsten ... voldoen aan de voorwaarden, gesteld in artikel 1, lid 1, letter b), van verordening nr. 67/67", alsmede (blijkens r.o. 16-33) op Uw arrest in de zaak Roubaix Wattrelos (zaak 63/75, Jurispr. 1976, blz. 111).

Ook ten aanzien van dit arrest valt naar mijn oordeel in beginsel de stelling te verdedigen, dat voor de beoordeling van de mogelijkheid van analoge toepassing in de Pronuptia-zaak niet essentieel is, dat het arrest zich beperkt tot overeenkomsten waarbij slechts twee ondernemingen uit eenzelfde Lid-Staat partij zijn. Niets in de overwegin-

gen van het arrest wijst er naar mijn oordeel op, dat Uw Hof ten aanzien van een brouwerijcontract tussen een detailhandelaar in Lid-Staat A en een brouwerij in Lid-Staat B verordening nr. 67/67 niet van toepassing zou hebben geacht.

Intussen laat het arrest uiteraard de vraag volledig open, of andere kenmerken van franchise-overeenkomsten als in de onderhavige procedure in geding, zich wèl tegen toepasselijkheid van verordening nr. 67/67 verzetten. Zoals ik in het volgend deel van mijn conclusie nader zal betogen, is dat naar mijn oordeel inderdaad het geval.

3.4. *Selectieve verkoopsystemen*

Pronuptia heeft zich in de onderhavige procedure ook beroepen op Uw Metro-arrest (zaak 26/76, Jurispr. 1977, blz. 1875). In rechtsoverweging 20 van dit arrest heeft Uw Hof onder meer overwogen

„dat met name op het gebied van de fabricage van technisch hoogwaardige duurzame consumptiegoederen van goede kwaliteit, waarin een betrekkelijk klein aantal grote en middelgrote fabrikanten een gevarieerd assortiment toestellen aanbiedt die — althans in de ogen van de consument — betrekkelijk gemakkelijk verwisselbaar zijn, de structuur van de markt zich niet verzet tegen het bestaan van uiteenlopende verkoopkanalen die zijn aangepast aan de kenmerken der verschillende producenten en de behoeften der verschillende categorieën gebruikers;

dat de Commissie op grond hiervan terecht heeft aangenomen dat selectieve verkoopsystemen naast andere factoren een met artikel 85, lid 1, verenigbare concurrentiefactor vormen, mits bij de keuze der wederverkopers objectieve criteria van kwalitatieve aard worden gehanteerd met betrekking tot de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf, en deze voorwaarden uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast."

Reeds omdat in de onderhavige franchise-overeenkomsten naast kwalitatieve ook strenge kwantitatieve criteria worden gehanteerd, leent de laatstgeciteerde alinea zich echter naar mijn oordeel niet voor analoge toepassing in de onderhavige zaak.

Van enig indirect belang voor de onderhavige zaak is eerder de daaraan voorafgaande alinea van rechtsoverweging 20, alsmede de voorlaatste alinea van rechtsoverweging 21, die als volgt luidt:

„dat het streven om voor groothandelaren en gespecialiseerde detailhandelaren een bepaald prijsniveau te handhaven dat samenhangt met het streven in het belang van de consument de mogelijkheid te behouden dat dit verkoopkanaal blijft bestaan naast nieuwe verkoopmethoden die zijn gericht op een andere vorm van mededingingsbeleid, valt binnen het kader van de doelstellingen die kunnen worden nagestreefd zonder noodzakelijkerwijze te vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1, of indien zulks wel geheel of ten dele het geval is, binnen het kader van artikel 85, lid 3."

Ook de tweede alinea van rechtsoverweging 22 lijkt mij voor de zaak Pronuptia van enig belang. Zij stelt,

„dat de Commissie er voor dient te waken, dat de (in de eerste alinea vastgestelde zekere) starheid van de (prijs)structuur niet wordt versterkt, hetgeen zou kunnen gebeuren wanneer het aantal selectieve verkoopnetten voor de verhandeling van eenzelfde produkt sterk zou toenemen" (verduidelijkingen tussen haakjes mijnerzijds toegevoegd).

Ten slotte blijkt uit rechtsoverweging 24, welke bepalingen door de Commissie niet als concurrentiebeperkend werden beschouwd.

In de zaak 31/80 (L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775) overwoog Uw Hof (r.o. 17):

„Wanneer de toegang tot een selectief distributienet afhankelijk is gesteld van voorwaarden die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, en vooral wanneer die toegang op kwantitatieve criteria berust, valt het distributiestelsel in beginsel onder het verbod van artikel 85, lid 1, voor zover de overeenkomst tenminste, zoals het Hof in het arrest van 30 juni 1966 (zaak 56/65, LTM, Jurispr. 1966, blz. 391) heeft overwogen aan verschillende voorwaarden voldoet, die niet zozeer haar rechtskarakter raken als wel haar invloed op de ‚handel tussen Lid-Staten' enerzijds en ‚de mededinging' anderzijds."

De twee volgende overwegingen werken deze voorwaarden nader uit (waarbij volgens rechtsoverweging 18 vooral gelet moet worden op de gevolgen van de litigieuze overeenkomst voor de mogelijkheid tot parallelimport, terwijl rechtsoverweging 19 onder meer verwijst naar de reeds geciteerde overwegingen in het eerste Haecht-arrest). Een gelijk standpunt als in rechtsoverweging 17 vervat, had Uw Hof eerder ingenomen in de zaak Lancôme (zaak 99/79, Jurispr. 1980, blz. 2511). Genoemde rechtsoverwegingen zijn eveneens van een zeker belang voor de thans aanhangige zaak.

Met betrekking tot het verboden karakter van een „locaalclausule" als in artikel 4 van de onderhavige overeenkomsten vervat heeft de Commissie zich nog beroepen op rechtsoverweging 51 van Uw arrest van 21 februari 1984 in de zaak 86/82 (Hasselblad, Jurispr. 1984, blz. 883). Na een bevestiging van het verboden karakter van kwantitatieve selectiecriteria, stelt deze rechtsoverweging: „met behulp van clausule 28 was verzoekster in staat om de vrijheid van handelaren en zelfs van erkende dealers, om zich te vestigen in een gebied, waarin hun aanwezigheid volgens verzoekster de mededinging kon beïnvloeden, in feite te beperken." Rechtsoverweging 52 bevestigt vervolgens het verboden karakter van onder meer deze clausule.

3.5. *Licentiecontracten*

Daar licenties ook in franchise-overeenkomsten een beslissende rol spelen, zijn voor de onderhavige zaak voorts van enig belang Uw arresten in de zaken Nungesser (zaak 258/78, Jurispr. 1982, blz. 2015) en Coditel II (zaak 262/81, Jurispr. 1982, blz. 3381). In rechtsoverweging 58 van het Nungesser-arrest kwam Uw Hof „gelet op het specifieke karakter van de betrokken produkten", tot „de slotsom, dat in een geval als het onderhavige de verlening van een open uitsluitende licentie, dat wil zeggen een licentie die de positie van derden, zoals nevenimporteurs en licentiehouders voor andere gebieden niet raakt, op zichzelf niet onverenigbaar is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag." In rechtsoverweging 61 van hetzelfde arrest herinnert Uw Hof daarentegen aan zijn vaste rechtspraak „dat de aan een licentiehouder verleende absolute gebiedsbescherming, bedoeld om nevenimporten te controleren en te belemmeren, tot een met het EEG-Verdrag strijdige kunstmatige handhaving van de afzonderlijke nationale markten" leidt. Het beslissende karakter van dit standpunt wordt bevestigd in rechtsoverweging 78.

In de Coditel II-zaak besliste Uw Hof „dat een overeenkomst, waarbij de houder van het auteursrecht op een film het alleenrecht tot vertoning van dit werk op het grondge-

bied van een Lid-Staat voor een bepaalde periode overdraagt, op zichzelf niet onder de verbodsbepalingen van artikel 85 EEG-Verdrag valt, maar dat de nationale rechterlijke instantie in voorkomend geval dient na te gaan of in een bepaald geval de uitoefening van het bij die overeenkomst overgedragen alleenrecht plaats vindt in een economische of juridische context die ten doel of tot gevolg heeft dat de distributie van films wordt verhinderd of beperkt, dan wel de mededinging op de filmmarkt, gelet op de eigen aard hiervan, wordt vervalst". Uit rechtsoverweging 19 van het arrest blijkt echter dat de uitoefening van het alleenvertoningsrecht aldus onder meer niet de weg mag openen „voor royalty's die een billijke vergoeding voor gedane investeringen overschrijden of voor een exclusiviteit die de vereiste duur te boven gaat". Met name deze overweging heeft een zeker belang voor de onderhavige zaak, nu het bodemgeschil in het bijzonder de royalty's betreft.

4. Beantwoording van de gestelde vragen

4.1. *Algemene opmerkingen*

Alle geciteerde arresten bevatten naar mijn oordeel bepaalde elementen, die voor de beantwoording van de gestelde vragen een zeker belang hebben.

Het soort franchise-overeenkomsten, waarop de vragen betrekking hebben komt naar mijn oordeel in zoverre overeen met de eerder gevonden karakterisering van franchise-overeenkomsten in literatuur en rechtspraak, dat het recht op gebruik van de firma-aanduiding en het merk of teken Pronuptia de Paris, de verschaffing van know-how in ruime zin en de verplichting tot een bepaalde winkelinrichting overeenkomstig het image en volgens de aanwijzingen van de franchisegever daarin centraal staan (art. 1, lid 3; 3, leden 1 en 3; 4, lid 1 en 14). Dit centrale karakter blijkt mede uit de overeengekomen licentieroyalty's ten bedrage van 10% van de totale omzet van de franchisenemer (art. 5, lid 1). De franchisenemer draagt echter ingevolge artikel 3, lid 5, van de overeenkomst in beginsel wel alleen de risico's van zijn zaak. Economisch gesproken zijn het naar mijn oordeel ook vooral deze karaktertrekken, die de franchise-overeenkomsten als nieuwe distributiemethode buitengewoon aantrekkelijk maken voor de franchisegevers. Naar buiten toe maakt een conform contract ingerichte en gedreven winkel de indruk van een filiaal. De franchisegever behoeft anders dan bij een filiaal echter geen investeringskosten te dragen. Ook behoeft hij ter plaatse van vestiging geen marktonderzoek in te stellen, daar hij bij tegenvallende verkopen (met name bij een ongunstige verhouding tussen kosten en baten van de betrokken winkel) geen enkel risico draagt, maar integendeel toch recht heeft op de niet geringe royalty's ten bedrage van 10% van de totale omzet.

Voor de franchisenemer blijkt het nieuwe systeem blijkens zijn stormachtige ontwikkeling ook voordelen te hebben, met name waarschijnlijk doordat het hem een (meestal exclusieve) toegang verschaft tot kwaliteitsprodukten met een reeds vaststaande marktwaarde. Deze marktwaarde zal met name vaststaan, wanneer — gelijk in casu en volgens de franchisenemer ook in andere door hem met name genoemde franchisesystemen — de franchisegever op andere deelmarkten van de betrokken Lid-Staat reeds eigen filia-

len heeft en het franchisesysteem dus een uitbreiding vormt van een op de markt reeds beproefd systeem van eigen filialen van de franchisegever.

Voor de consumenten ten slotte zal de aanwezigheid van een franchisesysteem naast andere verkoopsystemen op soortgelijke gronden, maar ook onder soortgelijke voorwaarden aantrekkelijk kunnen zijn als in rechtsoverweging 20 van Uw Metro-arrest vermeld ten aanzien van selectieve verkoopsystemen. Voor zover aan de toelating van franchisenemers tot het systeem kwantitatieve beperkingen worden gesteld (bijvoorbeeld in de vorm van toelating van slechts één franchisenemer voor een bepaalde streek, zoals in casu het geval is), is naar mijn oordeel op grond van Uw geciteerde arresten in de zaken L'Oréal, Lancôme en Hasselblad artikel 85, lid 1, in beginsel op de betrokken overeenkomst van toepassing te achten, indien aan de algemene voorwaarden is voldaan, die in Uw geciteerde arresten in de zaken 32/65, 56 en 68/64, 56/65, 23/67, 43/69, 47/76, 26/76 en 258/78 zijn ontwikkeld.

Uit genoemde arresten kunnen naar mijn oordeel met name de volgende criteria worden afgeleid, die voor de beoordeling van franchise-overeenkomsten als hier in geding van belang zijn:

a) Daar het blijkens al Uw geciteerde arresten voor de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, aankomt op de horizontale effecten van verticale verdragen (bijvoorbeeld de uitsluiting van bepaalde concurrenten, zoals nevenimporteurs), lijkt mij de vraag, of een franchise-overeenkomst al dan niet een billijke verdeling van lasten en lusten tussen franchisegever en franchisenemer ten gevolge heeft, voor de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, als zodanig niet van belang. Hetzelfde lijkt mij in beginsel voor afzonderlijke verplichtingen van de franchisenemer tegenover de franchisegever te gelden, zoals specialisatieverplichtingen (art. 3, lid 3; 4, lid 1; en 6, lid 6), reclameverplichtingen (art. 1, lid 1, art. 6, leden 4 en 5) en de verplichtingen tot een bepaalde bedrijfsinrichting en bedrijfsvoering (art. 3, lid 3; en 4, lid 1). Ten aanzien van dergelijke verticale verplichtingen lijkt mij artikel 85, lid 1, slechts van toepassing te kunnen zijn, wanneer in een concreet geval schadelijke gevolgen voor derden (concurrenten, leveranciers of afnemers) kunnen worden aangetoond, hetgeen bij aanwezigheid van voldoende andere distributiekanalen voor gelijksoortige produkten slechts zelden het geval zal zijn.

b) Wanneer het aldus in het bijzonder aankomt op de „horizontale" effecten of nauwkeuriger gesteld op de gevolgen van de overeenkomst voor derden, zal blijkens Uw rechtspraak met name gelet moeten worden op de vraag of parallelimporten mogelijk blijven (bijvoorbeeld Grundig-Consten-arrest, Bilger-Jehle-arrest en Nungesser-arrest), op de vraag of de markttoegang, gelet op de marktpositie van de betrokken leveranciers, voor andere leveranciers of handelaren wordt beperkt (zie citaten uit zaken 56/65, 23/67, 43/69, 26/76 en 31/80) alsmede op de vraag naar prijsverhogende effecten (Metro-arrest en Coditel II-zaak) of zelfs verticale prijsbinding door middel van contractuele verplichtingen of feitelijk afgestemde onderlinge gedragingen tussen de franchisegever, zijn filialen en zijn verschillende franchisenemers.

Wat dit laatste criterium betreft, ben ik intussen in afwijking van de geciteerde Amerikaanse en Duitse rechtspraak terzake, van oordeel, dat alleen bij het bestaan van een economische machtspositie op de betrokken

locale markten of bij een ook door concurrenten toegepaste verticale prijsbinding Uw algemene rechtspraak terzake van verticale prijsbinding en andere prijsafspraken dient te worden toegepast. Ook het bijna zeker sterk prijsverhogende effect van de royalty-regeling in de onderhavige overeenkomst acht ik in het licht van rechtsoverwegingen 21 en 22 van het Metro-arrest op zich zelf beschouwd slechts dan een reden om artikel 85, lid 1, toepasselijk te achten, wanneer een franchisegever uit Lid-Staat A op een aanmerkelijk aantal locale markten in Lid-Staat B een rol van prijsleider speelt of daar anderszins een economische machtspositie inneemt.

Aan de hand van genoemde criteria lijkt het mij mogelijk op de eerste vraag van de verwijzingsrechter een voldoende duidelijk antwoord te geven om hem een beslissing in het concrete geval mogelijk te maken. Een concreter antwoord op deze vraag dan door de Commissie voorgesteld lijkt mij daarbij zeker wenselijk.

Daar ik op de nog aan te geven gronden van oordeel ben, dat verordening nr. 67/67/EEG op franchise-overeenkomsten als hier in geding niet toepasselijk is, behoeft vraag 3 van de verwijzingsrechter naar mijn oordeel als zodanig geen beantwoording. In de rechtsoverwegingen van Uw arrest zou Uw Hof echter eventueel kunnen duidelijk maken, dat verplichtingen als in vraag 3, onder b), d) en e) bedoeld, behoudens uitzonderlijke omstandigheden niet als beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, kunnen worden beschouwd.

4.2. *Antwoord op de eerste vraag*

Voor de beantwoording van de eerste vraag in het licht van de door mij in Uw rechtspraak gevonden en zojuist door mij samengevatte criteria acht ik met name de artikelen 1, leden 1 en 2; 3, lid 3; 4, lid 1; 5, lid 1; 6, leden 1 en 6, uit de overgelegde overeenkomsten van belang. Wegens het blijkens literatuur en rechtspraak onbepaalde karakter van franchise-overeenkomsten geef ik U in overweging Uw antwoord op de eerste vraag van het Bundesgerichtshof inderdaad te beperken tot franchise-overeenkomsten met een inhoud als die van de in casu tussen partijen gesloten overeenkomsten. Een samenvatting van deze inhoud in Uw arrest is dan uiteraard voor de rechtspraktijk van groot belang.

Uw antwoord op de eerste vraag zou naar mijn oordeel als volgt kunnen luiden:

„Artikel 85, eerste lid, EEG-Verdrag, is van toepassing op franchise-overeenkomsten als in casu tussen partijen gesloten, voor zover deze onder meer

a) gesloten zijn tussen een franchisegever uit een Lid-Staat of een daarvan volledig afhankelijke dochteronderneming als bedoeld in vraag 3, onder a), en één of meer franchisenemers in een of meer andere Lid-Staten, terwijl

b) de franchisegever door middel van zijn dochterondernemingen en franchisenemers in één of meer van die andere Lid-Staten of op een aanmerkelijk deel van hun grondgebied een niet onbelangrijk marktaandeel op de relevante produktenmarkt bezit en voorts hetzij

c) de overeenkomsten parallelle importen van de contractprodukten in het contractgebied of exporten van contractprodukten door de franchisenemer naar andere Lid-Staten verhinderen, beperken of beogen te verhinderen of te beperken; hetzij

d) de overeenkomsten met name door het scheppen van plaatselijke of regionale monopolieposities voor de contractprodukten, door royalty-bepalingen en door contractuele bepalingen of onderling feitelijk afgestemde gedragingen over de prijsvaststelling, alsmede door afwezigheid van daadwerkelijke concurrentie van gelijksoortige produkten tot vaststelling van onredelijk hoge publieksprijzen leiden, dat wil zeggen tot prijzen die bij aanwezigheid van daadwerkelijke mededinging ondanks eventueel hogere kwaliteit van de contractprodukten niet mogelijk zouden zijn."

In de formulering van dit antwoord heb ik tot uiting gebracht, dat de criteria c) en d) als alternatieve aanvullende criteria zijn te beschouwen. Bij criterium c) ligt daarbij overeenkomstig Uw vaste rechtspraak het accent op het voorkomen van absolute gebiedsbescherming van nationale markten, hetgeen slechts bij te verwaarlozen marktaandelen geen wezenlijke concurrentiebeperkende horizontale effecten kan hebben. Bij criterium d) ligt het accent daarentegen op het tegengaan van monopolistische prijsverhogingen, hetgeen in de regel slechts bij een aanzienlijk marktaandeel op de betrokken plaatselijke of regionale markten en bij afwezigheid van prijsverlagende andere distributievormen voor gelijksoortige produkten mogelijk zal zijn.

4.3. *Antwoord op de tweede en derde vraag*

Ik ben met de Commissie en de Franse regering van oordeel, dat een groepsvrijstelling voor franchise-overeenkomsten wenselijk is. Ik acht dit in het bijzonder wenselijk, gelet op hun thans grote frequentie en hun in het algemeen per saldo positief te waarderen karakter, waarbij in de regel slechts onder bepaalde marktomstandigheden (met name afwezigheid van concurrerende distributiesystemen) en bij bepaalde modaliteiten de mede aanwezige concurrentiebeperkende doelstellingen of gevolgen aan vrijstelling op grond van artikel 85, derde lid, van het EEG-Verdrag in de weg zullen staan.

Franchise-overeenkomsten zullen vermoedelijk in de regel met name, ook in het belang van de consumenten, bijdragen tot verbetering van de verdeling van produkten doordat zij een snelle penetratie van de sterk territoriaal gedecentraliseerde detailhandelsmarkten voor nieuwe produkten of voor produkten met bijzondere kwaliteiten mogelijk maken. Het is de taak van de Commissie om terzake eerst door middel van enkele individuele beslissingen in representatieve gevallen de voor groepsvrijstellingen vereiste ervaringen te verkrijgen en vervolgens in een groepsvrijstellingsverordening, conform de vier voorwaarden van artikel 85, derde lid, de voorwaarden te preciseren waaronder aan de positieve effecten van franchise-overeenkomsten inderdaad een zwaarder

gewicht kan worden toegekend dan aan voor hun positief effect onmisbaar te achten concurrentiebeperkende effecten.

Met de Commissie en de Franse regering ben ik echter ook van oordeel, dat verordening nr. 67/67 niet op franchise-overeenkomsten als hier in geding toepasselijk kan worden geacht. Voor mij zijn voor die conclusie met name beslissend de volgende overwegingen:

In de eerste plaats staat vast, dat ten tijde van de totstandkoming van verordening nr. 67/67 franchise-overeenkomsten voor de distributie van produkten binnen de Gemeenschap nog nauwelijks voorkwamen en dat aan de zeer specifieke problemen daarvan bij de voorbereiding van de verordening dus ook geen aandacht kon worden besteed. De problemen, waaraan bij de voorbereiding aandacht werd besteed en waarover de in de vierde overweging van verordening nr. 19/65/EEG vereiste voldoende ervaring was verkregen, betroffen in feite uitsluitend alleenimporteurs. Uit het antwoord van de Commissie op een vraag mijnerzijds ter zitting is gebleken, dat ook bij de voorbereiding van de recente nieuwe groepsvrijstellingen voor alleenverkoop- en alleenkoopovereenkomsten noch door belanghebbenden, noch door regeringsdeskundigen, de toepasselijkheid op franchiseovereenkomsten is bepleit.

In de tweede plaats ben ik, op grond van de besproken literatuur en rechtspraak en op grond van de vermelde opvattingen van de organisaties van franchise-ondernemers, van oordeel, dat de inhoud van franchise-overeenkomsten overwegend wordt bepaald door het streven om door middel van licenties voor handelsnaam, handelsmerken, tekens of symbolen, alsmede know-how in ruime zin en door andere bepalingen de bedrijfsinrichting en bedrijfsvoering van de franchisenemer zoveel mogelijk aan te passen aan die van de franchisegever of zijn dochterondernemingen. Daartegenover staat dan naast een volledig risico van de franchisenemer voor de bedrijfsresultaten een — in casu aanzienlijke — licentievergoeding, die de franchisenemer aan de franchisegever verschuldigd is. Exclusieve leverings- en afnameverplichtingen spelen in dit verband slechts een accessoire rol, waarvan de inhoud uit kartelpolitiek oogpunt slechts in samenhang met de nagestreefde vorm van vergaande neerwaartse integratie van de franchisenemers in een netwerk van uniform gedreven verkooppunten van de franchisegever kan worden beoordeeld. In verordening nr. 67/67 spelen daarentegen juist licentie-overeenkomsten hoogstens een accessoire rol.

In de derde plaats verschillen franchise-overeenkomsten met de in casu in geding zijnde kenmerken ook wezenlijk van brouwerijcontracten, waarop Uw Hof verordening nr. 67/67 wèl toepasselijk achtte, doordat zij tot strikte plaatselijke of regionale monopolievorming voor de betrokken produkten leiden. Ik verwijs daarvoor met name naar artikel 1 van de overgelegde overeenkomsten. Het in de tweede plaats door mij genoemde verschil met alleenverkoopovereenkomsten geldt overigens eveneens met betrekking tot brouwerijcontracten.

In de vierde plaats acht ik toepassing van verordening nr. 67/67 uitgesloten, op grond van artikel 3, onder b), van deze verordening. Franchise-overeenkomsten met een inhoud als hier in geding verschaffen aan de franchisenemer een absolute gebiedsbescherming en bemoeilijken handelaren om zich de contractprodukten bij andere handelaren binnen de gemeenschappelijke markt te verschaffen. Ik verwijs daarvoor behalve naar het reeds vermelde artikel 1, ook naar artikel 3, leden 3 en 6 en artikel 4, lid 1, van de overgelegde overeenkomsten.

Ik stel U op deze vier gronden voor, op de tweede vraag van de verwijzingsrechter als volgt te antwoorden:

„Verordening nr. 67/67/EEG betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (groepsvrijstellingsverordening) is niet van toepassing op franchise-overeenkomsten met een inhoud als die van de in casu tussen partijen gesloten overeenkomsten."

Vraag 3 van de verwijzingsrechter behoeft dan geen antwoord. Het door mij voorgestelde antwoord op vraag 1 zal echter, eventueel in combinatie met aan bepaalde de concurrentie niet beperkende clausules van de overeenkomst te wijden rechtsoverwegingen van Uw arrest, wel uitsluitsel aan de verwijzingsrechter kunnen verschaffen welke in vraag 3 bedoelde bepalingen van de overeenkomst voor de toepasselijkheid van artikel 85, eerste lid, relevant moeten worden geacht.