

## Duale distributie en hybride platforms: nieuwe grenzen voor franchisegevers

### 1. Inleiding

1. Op 1 juni 2022 trad de nieuwe verticale groepsvrijstellingsverordening ("**VGVV**") in werking. De daarmee verband houdende richtsnoeren inzake verticale beperkingen ("verticale richtsnoeren") werden definitief vastgesteld op 30 juni 2022. De vorige versies dateerden van 2010.

Met de nieuwe VGVV voert de Europese Commissie (de "**Commissie**") bepaalde beperkingen en verduidelijkingen in voor verticale relaties, met name voor duale distributie.

Deze veranderingen kunnen belangrijke praktische gevolgen hebben voor de franchise sector.

### 2. Europees mededingingsrecht en verticale overeenkomsten

2. Artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("**VWEU**") verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging op de interne markt beperken (het 'kartelverbod').

3. Niet alle mededingingsbeperkende overeenkomsten tussen ondernemingen vallen echter noodzakelijkerwijs binnen het toepassingsgebied van het verbod. Sommige overeenkomsten kunnen individueel – onder voorwaarden – toch zijn toegestaan op grond van artikel 101, lid 3, VWEU of genieten van een veilige haven op grond van een groepsvrijstellingsverordening. Een dergelijke vrijstelling is mogelijk indien de economische voordelen van deze overeenkomsten opwegen tegen de negatieve gevolgen ervan voor de mededinging.

4. Ook moet worden opgemerkt dat de Commissie van mening is dat bepaalde overeenkomsten van "geringe betekenis" worden geacht geen inbreuk te maken op artikel 101, lid 1, VWEU – als neergelegd in *de-minimis* mededeling.

Verticale overeenkomsten – d.w.z. overeenkomsten die worden gesloten tussen ondernemingen die actief zijn op verschillende niveaus van de toeleveringsketen (zoals franchiseovereenkomsten) – worden beschouwd als "van geringe betekenis" indien (i) het marktaandeel van elk van de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst niet meer bedraagt dan 15% van een relevante markt waarop de overeenkomst van invloed is (10% indien de ondernemingen concurrenten zijn) en (ii) de overeenkomst geen mededingingsbeperkende strekking bevat (in het bijzonder "hardcore beperkingen" zoals prijsafspraken, marktverdeling of productiebeperking).

Overeenkomsten tussen franchisegevers en franchisenemers die onder deze drempels vallen, vallen derhalve in beginsel niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU.

5. Als de *de-minimisdrempels* worden overschreden, zullen verticale overeenkomsten veelal ook onder de VGVV vallen. De verticale richtsnoeren zijn bedoeld om ondernemingen te helpen zelf te bepalen of hun overeenkomsten onder de VGVV vallen dan wel alsnog zijn toegestaan op grond van artikel 101, lid 3, VWEU.

Op grond van de VGVV kunnen bepaalde categorieën verticale overeenkomsten automatisch van dit verbod worden vrijgesteld, mits aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- i. het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst op de relevante markt(en) is niet groter dan 30%; en
- ii. de overeenkomst bevat geen *hardcore* beperkingen.

Daarnaast kunnen ook specifieke bepalingen in zulke overeenkomsten van de vrijstelling genieten, zoals bepaalde concurrentiebedingen.

Franchiseovereenkomsten blijven vrijgesteld blijven mits zij aan de voorwaarden van de VGVV voldoen. Bovendien blijven bepaalde essentiële bepalingen van een franchiseovereenkomst, zoals die welke gericht zijn op het behoud van de identiteit en de reputatie van het netwerk of de bescherming van de overdracht van knowhow van de franchisegever, ook toegestaan op grond van het mededingingsrecht.

De nieuwe VGVV voegt echter bepaalde specifieke beperkingen toe aan de relatie tussen franchisegevers en franchisenemers.

### **3. Duale distributieovereenkomsten**

6. In het kader van franchising hebben duale distributieovereenkomsten betrekking op situaties waarin een franchisegever zijn goederen (of diensten) niet alleen via franchisenemers verkoopt, maar ook rechtstreeks aan eindgebruikers via zijn eigen distributiekanaal.

De franchisegever concurreert dus op de downstream markt rechtstreeks met zijn franchisenemers, wat volgens de Commissie bepaalde risico's inhoudt voor de concurrentie, met name wat de uitwisseling van gevoelige informatie tussen de betrokken partijen betreft. Dergelijke uitwisselingen zijn - onder bepaalde voorwaarden - toegestaan in verticale relaties, maar in principe verboden in relaties tussen concurrenten (zogenaamde "*horizontale*" relaties).

Dit gebied van rechtsonzekerheid is door de Commissie gecorrigeerd.

De huidige regeling sluit verticale overeenkomsten tussen concurrenten uit van de VGVV-vrijstelling, maar voorziet wel in een (beperkte) vrijstelling voor bepaalde duale distributieovereenkomsten:

- Wat de verkoop van producten betreft: wanneer de leverancier (of franchisegever) zowel upstream als downstream actief is, en de afnemer (of franchisenemer) geen concurrent van de upstream leverancier is; of
- Wat de verrichting van diensten betreft: wanneer de leverancier (of franchisegever) op verschillende niveaus van commerciële activiteit diensten verricht en de afnemer (of franchisenemer) zijn diensten in de detailhandelsfase verricht en geen concurrent van de leverancier (of franchisegever) is in de fase van commerciële activiteit waarin hij de contractueel overeengekomen diensten koopt.

Alleen in deze gevallen zijn duale distributieovereenkomsten in principe vrijgesteld.

### **4. Extra beperking: de uitwisseling van informatie bij duale distributie**

7. Wat de duale distributie betreft, mochten franchisegevers onder de oude VGVV informatie met hun franchisenemers uitwisselen zolang dit niet tot een hardcore beperking van de mededinging leidde.

Artikel 2, lid 5, van de nieuwe VGVV beperkt de uitwisseling van informatie tussen franchisegevers en franchisenemers nu expliciet tot informatie die rechtstreeks verband houdt

met de uitvoering van de franchiseovereenkomst of die noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten te verbeteren.

De Commissie wijst erop dat de beoordeling van een bepaalde uitwisseling van informatie kan afhangen van het specifieke distributiemodel (bijvoorbeeld distributie op grond van een franchiseovereenkomst). Bijgevolg kan rekening worden gehouden met de bijzondere vereisten van een distributiesysteem, bijvoorbeeld de behoefte aan eenvormigheid in een franchisesysteem.

8. In dit verband verduidelijken de verticale richtsnoeren het toepassingsgebied van de vrijstelling door een lijst op te stellen van bepaalde soorten informatie-uitwisseling die voor de vrijstelling in aanmerking komen (de zogenaamde "witte lijst") (niet-exhaustieve lijst):

- a) technische informatie over de contractgoederen of -diensten, zoals informatie over de registratie, de certificering, de behandeling, het gebruik, het onderhoud, de reparatie, de opwaardering of de recycling van de contractgoederen of -diensten, met name wanneer die informatie aan wettelijke maatregelen moet voldoen, en informatie die de leverancier of afnemer in staat stelt de contractgoederen of -diensten aan de vereisten van de klant aan te passen;
- b) logistieke informatie met betrekking tot de productie en distributie van de contractgoederen of -diensten op upstream- of downstreamniveau, met inbegrip van informatie over productieprocessen, inventarisering, voorraden en, onder bepaalde voorwaarden, verkoopvolumes en retourzendingen;
- c) informatie over klantaankopen van de contractgoederen of -diensten, klantvoorkeuren en klantfeedback, op voorwaarde dat de uitwisseling van dergelijke informatie niet wordt gebruikt om het gebied te beperken waarin, of de klanten aan wie, de afnemer de contractgoederen of -diensten mag verkopen;
- d) informatie over de prijzen waartegen de contractgoederen of -diensten door de leverancier aan de afnemer worden verkocht;
- e) informatie over de aanbevolen of maximumwederverkoopprijzen van de leverancier voor de contractgoederen of -diensten, en informatie met over de prijzen waartegen de afnemer de goederen of diensten wederverkoopt, mits de uitwisseling van dergelijke informatie niet wordt gebruikt om de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs te beperken of om een vaste of minimumverkoopprijs af te dwingen;
- f) informatie over de marketing van de contractgoederen of -diensten, met inbegrip van informatie over promotiecampagnes en informatie over nieuwe, in het kader van de verticale overeenkomst te leveren contractgoederen of -diensten;
- g) informatie over prestaties, met inbegrip van door de leverancier aan de afnemer meegedeelde geaggregeerde informatie over de marketing- en verkoopactiviteiten van andere afnemers van de contractgoederen of -diensten, mits de afnemer hierdoor niet in staat wordt gesteld de activiteiten van bepaalde concurrerende afnemers te identificeren, alsmede informatie met betrekking tot het volume of de waarde van de verkoop van de contractgoederen of -diensten door de afnemer in verhouding tot zijn verkoop van concurrerende goederen of diensten.

De uitwisseling van informatie die op de "zwarte lijst" (een niet-uitputtende lijst) staat, zal over het algemeen echter niet zijn vrijgesteld:

- a) informatie met betrekking tot de toekomstige prijzen waartegen de leverancier of afnemer de contractgoederen of -diensten downstream wil verkopen;
- b) informatie met betrekking tot geïdentificeerde eindgebruikers van contractgoederen of -diensten, tenzij de uitwisseling van dergelijke informatie noodzakelijk is:
  - i. om de leverancier of koper in staat te stellen te voldoen aan de eisen van een bepaalde eindgebruiker, bijvoorbeeld om de contractgoederen of -diensten af te stemmen op de eisen van de eindgebruiker, om de eindgebruiker speciale voorwaarden te verlenen, onder andere als onderdeel van een klantenbindingsprogramma, of om pre-sales of after-sales diensten te verlenen, waaronder garantiediensten,
  - ii. om een selectieve distributieovereenkomst of een exclusieve distributieovereenkomst op grond waarvan specifieke eindgebruikers aan de leverancier of afnemer worden toegewezen, uit te voeren of op de naleving ervan toe te zien;
- c) informatie met betrekking tot goederen die door een koper onder zijn eigen merk worden verkocht, die wordt uitgewisseld tussen de koper en een fabrikant van concurrerende merkproducten, tenzij de fabrikant ook de producent is van deze eigen merkproducten.

## **5. Dubbele prijsstelling**

9. Daarnaast verruimen de nieuwe VGVV en de verticale richtsnoeren de situaties waarin leveranciers, met inbegrip van franchisegevers indien zij ook leverancier zijn, voor een online verkocht product andere groothandelsprijzen in rekening mogen brengen dan voor een product dat in de winkel wordt verkocht, wanneer het verschil in groothandelsprijzen redelijkerwijs verband houdt met de verschillen in investeringen en kosten die de afnemer (franchisenemer) maakt om in elk kanaal te verkopen.

Bovendien staat het de partijen weliswaar vrij om een systeem op te zetten waarmee zij dubbele prijsstelling daadwerkelijk kunnen afdwingen (bijvoorbeeld door te controleren welke artikelen daadwerkelijk online of offline worden verkocht met het oog op facturering na betaling), maar een dergelijk systeem mag de hoeveelheid producten die de (franchisenemer) online kan verkopen niet beperken.

Deze nieuwe regel is bedoeld om investeringen in verkoopkanalen aan te moedigen en te belonen, zowel online als in de winkel. Het is belangrijk op te merken dat de betrokken partijen geen ingewikkelde kostenberekeningen hoeven uit te voeren of gedetailleerde kosteninformatie hoeven te delen om de prijsverschillen te rechtvaardigen.

Deze wijzigingen zijn belangrijk omdat ze afwijken van de vorige regels, die meer gericht waren op het beschermen van online verkopen.

## **6. Uitsluiting van hybride platforms uit de veiligheidszone**

10. Tot slot introduceert de nieuwe VGVV regels voor onlineplatforms in de digitale economie. Deze platforms, bekend als "*online bemiddelingsdiensten*" ("OIS"), vergemakkelijken transacties tussen bedrijven of consumenten door de online verkoop van producten mogelijk te maken. OIS omvatten online marktplaatsen, applicatiewinkels en online sociale media. Online verkoopplatformen die door een franchisegever aan het netwerk ter beschikking worden gesteld, vallen onder de definitie van OIS.

In de praktijk geven franchisenetwerken franchisenemers vaak toestemming om producten en diensten aan consumenten te verkopen via het platform van de franchisegever.

Indien de franchisegever, die het platform ter beschikking stelt, zowel als tussenpersoon als concurrent op de markt voor de verkoop van de aangeboden goederen of diensten optreedt, bijvoorbeeld een franchisegever die zijn eigen producten verkoopt op het aan het netwerk ter beschikking gestelde platform, zal de franchiseovereenkomst waarbij van deze "hybride platform"-situatie sprake is, van geval tot geval moeten worden beoordeeld en niet automatisch op grond van de VGVV zijn vrijgesteld.

Evenzo zijn beperkingen die door de franchisegever, de aanbieder van het platform, worden opgelegd met betrekking tot prijzen, gebieden of klanten in principe verboden. Een franchisegever mag dus niet de vrijheid van de franchisenemer beperken om zijn eigen prijzen vast te stellen (of om online en offline verschillende prijzen aan te rekenen).

De verticale richtsnoeren geven echter aan dat de Commissie waarschijnlijk geen prioriteit zal geven aan deze situaties als de (franchise)overeenkomst geen hardcore beperkingen bevat en het platform geen aanmerkelijke marktmacht heeft.

## **7. Praktische gevolgen voor de franchisector**

11. De nieuwe verticale regels van de EU brengen belangrijke wijzigingen aan in het bestaande wettelijke kader en vereisen een herziening van franchising- en distributieovereenkomsten voor bedrijven en hun marktgedrag.

Franchisegevers en franchisenemers moeten op een aantal belangrijke punten letten:

### **i. Uitwisseling van informatie bij duale distributie**

- De nieuwe VGVV beperkt de uitwisseling van informatie tussen franchisegevers en franchisenemers die volgens een duaal distributiemodel werken.
- De verticale richtlijnen geven een 'witte' lijst van informatie die mag worden uitgewisseld en een 'zwarte' lijst die niet mag worden uitgewisseld. Deze lijsten met informatie zijn niet exhaustief.
- De uitwisseling van bepaalde informatie, zoals toekomstige prijzen, geïdentificeerde eindgebruikers of informatie met betrekking tot goederen die door een afnemer onder zijn eigen merknaam worden verkocht, uitgewisseld tussen de afnemer en een fabrikant van concurrerende merkgoederen, tenzij de fabrikant tevens de producent van die eigen merkgoederen is, zal daarom over het algemeen waarschijnlijk niet worden vrijgesteld.

- Voorzorgsmaatregelen zoals het samenvoegen van gegevens of het gebruik van firewalls kunnen helpen om concurrentierisico's te minimaliseren, maar ze garanderen niet automatisch vrijstelling.

**ii. Dubbele prijsstelling**

- Een franchisegever mag nu verschillende groothandelsprijzen vaststellen voor online- en offlineverkoop door dezelfde franchisenemer, op voorwaarde dat het prijsverschil in redelijke verhouding staat tot de vereiste investering en de verschillen in de kosten van het kanaal van de franchisegever.
- Het verschil in groothandelsprijzen voor online- en offlineverkoop mag niet bedoeld zijn om grensoverschrijdende verkoop te beperken of om onlineverkoop door de franchisenemer te verhinderen.

**iii. Online hybride platforms**

- Franchisenetwerken stellen franchisenemers vaak in staat om producten en diensten aan consumenten te verkopen via de hoofdwebsite van de franchisegever.
- In dit geval worden franchisegevers beschouwd als verleners van online-bemiddelingsdiensten met een hybride functie en kunnen zij niet in aanmerking komen voor de (beperkte) VGJV-vrijstelling die van toepassing is op duale distributie met betrekking tot de overeenkomsten die zij als OIS-aanbieders sluiten.
- Deze overeenkomsten vallen niet onder de VGJV en moeten per geval worden beoordeeld: horizontale aspecten worden geanalyseerd op basis van de horizontale richtsnoeren, terwijl de verticale richtsnoeren een leidraad bieden voor de beoordeling van verticale beperkingen.
- Bovendien zijn in dit type overeenkomst beperkingen die door het platform (de franchisegever) worden opgelegd met betrekking tot prijzen, gebieden en klanten in principe verboden.
- Dit heeft tot gevolg dat dit soort hybride e-commerceactiviteiten binnen franchisenetwerken buiten de werkingssfeer van de VGJV valt.

Marie Canivet en Raphaël Brochier  
Advocaten – Osborne Clarke