

## HOF VAN BEROEP ANTWERPEN 20 SEPTEMBER 2004

### FRANCHISING

#### Franchiseovereenkomst – Kernelementen – Concessie – Kenmerken – Voorwaarden met betrekking tot voorraden en risico's van wanverkoop – Geen concessie

*Kenmerkend voor een franchiseovereenkomst is dat tegen vergoeding het recht op gebruik van een merk en een handelsformule, waarbij ook bijstand wordt verstrekt, verleend wordt. Typisch voor franchisecontracten is tevens de nauwe samenwerking tussen partijen, welke de franchisenemer in de mogelijkheid moet stellen een product of dienst in de beste voorwaarden van rentabiliteit te commercialiseren. Een franchisenemer heeft typisch ook naast het recht op het gebruik van een naam, recht op het genot van een gemeenschappelijke naambekendheid.*

*Wanneer geen risico's worden gedragen met betrekking tot de stocks en de risico's van de wanverkoop niet ten laste worden gelegd doordat de goederen pas gefactureerd worden na facturatie aan de klanten, is er geen sprake van een concessie van alleenverkoop.*

### MEDEDINGINGSRECHT

#### Belgisch recht – Mededingingspraktijken – Restrictieve praktijken – Artikel 2 § 1 WEM – Toetsing

*Een overeenkomst die de handelsvrijheid van één partij beperkt, valt slechts binnen het toepassingsgebied van artikel 2 § 1 van de wet tot bescherming van de economische mededinging indien zij de mededinging op de betrokken relevante markt merkbaar beïnvloedt. Bij de toetsing van een overeenkomst aan het mededingingsrecht moeten de concrete effecten van de overeenkomst nagegaan worden, hetgeen een analyse vergt van de betrokken markt, van de economische context waarin de ondernemingen werkzaam zijn, van de producten en diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, van de structuur van de betrokken markt en van de werkelijke omstandigheden waarin zij functioneert.*

**BVBA Livoque/BVBA Incanto**

**Zet.: P. Renaers (voorzitter), P. De Baets en B. Ponet (raadsheren)**

**Pl.: Mrs. G. Philipsen en S. Horvat**

(...)

De feiten die aan de grondslag liggen van de vordering kunnen als volgt samengevat worden:

– Geïntimeerde is actief in de sector van sierraden en accessoires, hoofdzakelijk met betrekking tot zogenaamde fantasiejuwelen. Geïntimeerde heeft een franchisingketen opgezet van juwelierszaken onder de benaming Incanto.

### FRANCHISE

#### Contrat de franchise – Éléments clés-concession – Conditions – Risques en ce qui concerne les stocks et la mévente

*Ce qui est caractéristique pour un contrat de franchise, c'est d'accorder moyennant rémunération le droit d'utiliser une marque et une formule commerciale, accompagnée d'une assistance. Ce qui est typique pour les contrats de franchise, c'est l'étroite coopération entre les parties qui doit mettre le franchisé en position de commercialiser un produit ou service dans les meilleures conditions de rentabilité. Un franchisé bénéficie aussi, parallèlement au droit d'utiliser un nom, du droit de jouir de la notoriété générale de la marque.*

*Lorsqu'aucun risque n'est supporté en ce qui concerne les stocks et que les risques de mévente ne sont pas mis à charge du fait même que les biens ne sont facturés qu'après leur facturation aux clients, il n'est pas question d'une concession de vente exclusive.*

### DROIT DE LA CONCURRENCE

#### Droit belge – Pratiques restrictives de concurrence – Article 2 § 1 LPCE – Contrôle

*Une convention qui limite la liberté de commerce d'une partie, ne tombe dans le champ d'application de l'article 2 § 1 de la loi sur la protection de la concurrence économique que si elle influence la concurrence sur le marché en cause. Lors du contrôle d'une convention par rapport au droit de la concurrence, les effets concrets de la convention doivent être vérifiés, ce qui exige une analyse du marché concerné, du contexte économique dans lequel les entreprises sont actives, des produits et des services sur lesquels porte la convention, de la structure du marché concerné et des circonstances réelles dans lesquelles elle fonctionne.*

– Appellante is de vennootschap die door Johan Verwerft en Katelijne De Ryck opgericht werd en waarin hun handelsactiviteit werd ondergebracht. De heer Verwerft is van opleiding goudsmid en baat een juwelenzaak uit samen met zijn echtgenote.

– Op 23 juni 1999 sloot huidig geïntimeerde een overeenkomst (genoemd franchisecontract) met de heer Johan Verwerft en mevrouw Katelijne De Ryck (of de door deze per-

sonen nog op te richten vennootschap) met betrekking tot de uitbating van een winkel in fantasiejuwelen in Aarschot. Op grond van artikel 1 van de overeenkomst geeft de franchisegever de franchisenemer het recht een in franchise gegeven "Incanto"-verkoopspunt uit te baten. Op grond van artikel 2 van het contract wordt de overeenkomst gesloten voor een periode van 3 jaar.

– Artikel 4 van de overeenkomst bevat de verplichtingen van de franchisenemer en voorwaarden. Artikel 4 luidt als volgt:

*"De franchisenemer zal alleen, en uitsluitend, de producten verkopen die hem door de franchisegever verkocht worden, met uitzondering van juwelen in 98 Kt goud, diamanten ringen, schietoorbellen, neusbellen, batterijen en uurwerkbandjes. Het is daarnaast de franchisenemer toegestaan de commerciële activiteit 'goud- en zilvermederij' en herstellingen uit te oefenen in de winkel. Indien deze verplichting niet strikt nageleefd wordt zal dit beschouwd worden als een ernstige fout die de onmiddellijke contractbreuk en een eis tot schadevergoeding met zich meebrengt. De franchisegever mag op elk ogenblik de stock van de franchisenemer controleren voor wat betreft de goederen voorwerp van deze overeenkomst.*

*De franchisenemer zal zijn winkel inrichten volgens de richtlijnen van de franchisegever.*

*Hij zal zijn winkel in uitstekende staat houden en zijn uitstalramen versieren met etalagemateriaal dat hem door de franchisegever ter beschikking gesteld wordt. Wat inrichting en presentatie van juwelen betreft moet hij zich houden aan de Incanto-stijl om het imago van Incanto te beschermen.*

*Hij zal zijn juwelen presenteren op presenteerstellen die conform de richtlijnen zijn opgegeven door de franchisegever.*

*De franchisenemer zal zijn winkel en juwelen verzekeren tegen risico's van diefstal, brand en exploitatieverlies en hiervan aan de franchisegever het bewijs overhandigen.*

*De franchisenemer moet zijn winkel zelf uitbaten.*

*De franchisenemer zal de vastgestelde prijzen moeten eerbiedigen.*

*De franchisenemer mag zich niet rechtstreeks noch onrechtstreeks voor een andere onderneming interesseren mits schriftelijk akkoord van de franchisegever voor wat betreft de goederen voorwerp van deze overeenkomst.*

*De franchisenemer zal om de twee weken de verkooplijsten van de goederen onderwerp van deze overeenkomst laten kennen teneinde facturatie mogelijk te maken en elk jaar zijn stock, balans en exploitatierekening bezorgen aan de franchisegever.*

*De franchisenemer mag zijn zaak slechts aan een derde overdragen onder voorwaarde van een schriftelijk akkoord van de franchisegever.*

*Prijzen van herstellingen van juwelen moeten in dezelfde lijn liggen als de prijzen die gevraagd worden in de andere Incanto-verkoopspunten."*

– In artikel 5 van de overeenkomst worden de verplichtingen van de franchisegever opgesomd. Dit artikel bepaalt:

*"De franchisegever zal kosteloos zijn logo ter beschikking stellen. Deze zal door de franchisenemer teruggegeven moeten worden bij het verstrijken van deze overeenkomst. Het is de franchisenemer toegestaan in combinatie een bijkomend logo te gebruiken, mits akkoord van de franchisegever voor wat betreft de vorm en boodschap.*

*De franchisegever verzekert een minimummarge van 2.2 (aankoopprijs BTW exclusief = verkoopprijs BTW inclusief gedeeld door 2.2) op alle goederen die voorwerp zijn van deze overeenkomst.*

*De franchisegever verbindt er zich toe de exclusiviteit van verkoop van de Incanto-juwelen te geven aan de franchisenemer voor wat Aarschot betreft.*

*De franchisegever verbindt er zich toe alle informatie betreffende de franchisenemer strikt confidencieel te houden.*

*De franchisegever zal om de twee maanden gratis etalageaanpassingen laten uitvoeren. Hij zal kosteloos etalagemateriaal ter beschikking stellen van de franchisenemer.*

*De franchisegever staat in voor de dienst naverkoop voor wat betreft de goederen die onderwerp zijn van deze overeenkomst. Hij zal de waarborgen eerbiedigen en de goederen die binnen de maand na verkoop defect vertonen onmiddellijk vervangen. Juwelen die buiten de waarborgperiode vallen zal hij, mits vergoeding, indien mogelijk herstellen."*

– Huidig geïntimeerde verwijt huidig appellante een aantal inbreuken op de franchiseovereenkomst gepleegd te hebben:

\* het te koop aanbieden van juwelen welke niet geleverd werden door huidig geïntimeerde;

\* het niet in orde zijn met de verkooplijsten en het niet doorbetalen aan geïntimeerde van door appellante verkochte goederen;

\* het uitbaten van de winkel in vuile en onverzorgde staat.

(...)

## V. Beoordeling

(...)

### A. De gegrondheid van het hoger beroep en van het incidenteel beroep

#### 1. De kwalificatie van de overeenkomst d.d. 23 juni 1999

Appellante is van oordeel dat de overeenkomst ten onrechte als een franchiseovereenkomst gekwalificeerd werd door de eerste rechter, gezien de overeenkomst d.d. 23 juni 1999 vol-

gens haar een concessieovereenkomst vormt. Appellante meent dat de definitie uit artikel 1 van de wet van 27 juli 1961 perfect aansluit bij de bepalingen van artikelen 4 en 5 van de voorliggende overeenkomst.

Geïntimeerde is van oordeel dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een franchisecontract betreft.

Wat de aard van de overeenkomst betreft is het hof van oordeel dat de eerste rechter terecht oordeelde dat de overeenkomst d.d. 23 juni 1999 (die overigens door partijen zelf in het contract als een franchiseovereenkomst wordt omschreven) als een franchisecontract dient gekwalificeerd te worden. Terecht merkt de eerste rechter op dat het kenmerkend is voor een franchisingovereenkomst om tegen vergoeding het recht op gebruik van een merk (i.c. Incanto) en een handelsformule (i.c. gelijkaardige inrichting van alle winkels van Incanto) te verlenen, waarbij ook bijstand (i.c. inzake presentatie van etalages en publiciteit) verstrekt wordt. Typisch voor franchisingcontracten is tevens de nauwe samenwerking tussen partijen, welke de franchisingnemer in de mogelijkheid moet stellen een product of dienst in de beste voorwaarden van rendabiliteit te commercialiseren (i.c. goederen kunnen bij niet-verkoop worden teruggegeven en geen risico voor de stock van de franchisingnemer). Een franchisingnemer heeft typisch ook naast het recht op het gebruik van een naam, recht op het genot van een gemeenschappelijke naambekendheid (i.c. de kosteloze terbeschikkingstelling van het logo door de franchisinggever).

Het hof is van oordeel dat de tussen partijen gesloten overeenkomst geen verkoopconcessie in de zin van artikel 1 § 2 van de wet van 27 juli 1961 (betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop) betreft. Een verkoopconcessie in de zin van deze wet is immers een overeenkomst krachtens welke een concessiegever aan één of meer concessiehouders het recht voorbehoudt in eigen naam en voor eigen rekening producten te verkopen die hijzelf vervaardigt of verdeelt. In casu bepaalt artikel 6, b) van de overeenkomst d.d. 23 juni 1999 dat de franchisinggever de goederen slechts in consignatie zal geven aan de franchisingnemer (waarbij de goederen slechts gefactureerd zullen worden nadat ze verkocht werden). Wanneer geen risico's worden gedragen met betrekking tot de stocks (zoals in casu) en de risico's van wanverkoop niet ten laste worden gelegd (zoals in casu) doordat de goederen pas gefactureerd worden na facturatie aan de klanten, is er geen sprake van een concessie van alleenverkoop, zoals de eerste rechter terecht oordeelde.

## *2. De geldigheid van de overeenkomst in het licht van de toepassing van artikel 2 van de WEM-wet (wet tot bescherming van de economische mededinging)*

Appellante is van oordeel dat de eerste rechter ten onrechte de overeenkomst d.d. 23 juni 1999 niet nietig verklaarde, terwijl artikel 4 alinea 7 van de overeenkomst een verticale prijsbinding inhoudt, hetgeen volgens haar strijdig is met

artikel 2 van de WEM-wet die van openbare orde is. Appellante merkt verder op dat voor de toepassing en interpretatie van artikelen 2 en 3 van de WEM-wet de nationale rechtbanken zich moeten laten leiden door het Europees mededingingsrecht (en de rechtspraak inzake de toepassing van artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag). De praktijk van de verticale prijsbinding is volgens appellante strijdig met de regels betreffende de mededinging, hetgeen bevestigd wordt door de De Minimis-Bekendmaking van 1997 waarin prijsafspraken in verticale overeenkomsten steeds als strijdig met artikel 85 lid 1 (thans art. 81 lid 1) van het EG-Verdrag worden beschouwd. Appellante besluit dat de overeenkomst d.d. 23 juni 1999 verboden is en van rechtswege nietig is in toepassing van artikel 2 § 2 van de WEM-wet. De vordering van geïntimeerde, die haar grondslag vindt in de absoluut nietige overeenkomst, is volgens appellante ongegrond, nu de nietigheid niet alleen de verticale prijsbindingclausule treft, maar zich uitstrekt over de gehele overeenkomst.

Het hof stelt vast dat artikel 4 alinea 7 als volgt luidt: “*De franchisenemer zal de vastgestelde prijzen moeten eerbiedigen*”.

Terecht merkt appellante op dat prijsafspraken ernstige belemmeringen van de mededinging vormen en zgn. “hardcore restricties” uitmaken. Prijsafspraken zijn typevoorbeelden van mededingingsbeperkende afspraken. Zo bepaalt artikel 2 § 1, a) van de WEM-wet dat restrictieve mededingingspraktijken onder meer vormen “Het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen”.

Bij de toepassing en interpretatie van de artikelen 2 en 3 van de WEM-wet dient het Europees mededingingsrecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie als leidraad (zie *M.v.T.* bij de WEM). Terecht merkt appellant op dat prijsafspraken in beginsel steeds strijdig zijn met de regels betreffende de mededinging, hetgeen tevens bevestigd wordt door de De Minimis-Bekendmaking (Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekening die niet onder art. 85 lid 1 (thans art. 81 lid 1) van het verdrag vallen, *P.B. C 372/13* van 9 december 1997). Artikel 11 van deze bekendmaking bepaalt dat met betrekking tot verticale overeenkomsten, die strekken tot het bepalen van de wederverkoopprijzen, de toepasselijkheid van artikel 85 lid 1 (thans art. 81 lid 1) niet kan worden uitgesloten, zelfs niet wanneer de marktaandelen van alle betrokken ondernemingen tezamen onder de aangegeven drempels blijven. De (Europese) Commissie is evenwel van oordeel dat het in de eerste plaats aan de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten is om de bedoelde overeenkomsten te onderzoeken. Nu artikel 2 van de WEM-wet geïnterpreteerd dient te worden in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie, is deze bepaling een leidraad voor de interpretatie van artikel 2 van de WEM-wet. Het hof merkt bovendien op dat op het ogenblik van het sluiten van de voorliggende overeenkomst d.d. 23 juni 1999 de

groepsvrijstelling voor franchiseovereenkomsten van toepassing was (Verordening nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van art. 85 lid 3 (thans art. 81 lid 3) van het verdrag op groepen franchiseovereenkomsten, *PB. L 359/46* van 28 december 1988. Deze verordening trad in werking op 1 februari 1989 en gold tot en met 31 december 1999). In artikel 5, e) wordt bepaald dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is indien de franchisenemer door de franchisegever rechtstreeks of indirect wordt beperkt bij het vaststellen van verkoopprijzen voor de producten of diensten die onder de franchise vallen, onverminderd de mogelijkheid voor de franchisegever om verkoopprijzen aan te bevelen. Terecht merkt appellante derhalve op dat het opleggen van wederverkoopprijzen zoals bepaald in artikel 4 alinea 7 van de overeenkomst een mededingingsrechterlijke betwistbare clausule uitmaakt.

Het hof dient echter te onderzoeken of deze clausule binnen het toepassingsgebied van artikel 2 § 1 van de WEM-wet valt. Krachtens deze bepaling zijn restrictieve mededingingspraktijken immers slechts verboden wanneer aan de volgende voorwaarden voldaan wordt:

- er dient sprake te zijn van een overeenkomst;
- gesloten tussen ondernemingen;
- die de mededinging op merkbare wijze beperkt;
- op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan.

Niet betwist kan worden dat de overeenkomst d.d. 23 juni 1999 een overeenkomst vormt, die gesloten werd tussen ondernemingen (een franchisenemer en een franchisegever). Deze overeenkomst houdt een merkbare beperking van de mededinging in, gezien zij een prijsafsprake vormt die in beginsel niet voor een vrijstelling in aanmerking komt. Appellante bewijst echter niet dat de vierde voorwaarde vervuld is, met name dat deze overeenkomst de mededinging beperkt op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan. Appellante geeft niet aan welke de relevante product/dienstmarkt is, noch welke de geografische relevante markt is. Appellante verstrekt evenmin informatie over het aandeel van de litigieuze franchiseovereenkomst op het geheel van de relevante product/dienstmarkt en relevante geografische markt. Bij gebrek aan bewijs van een beperking van de mededinging op de Belgische betrokken markt

of op een wezenlijk deel ervan, kan derhalve geen inbreuk op artikel 2 § 1 van de WEM-wet vastgesteld worden.

Niet elke beperking van de handelsvrijheid die uit een overeenkomst tussen ondernemingen voortvloeit kan immers gelijkgesteld worden met een beperking van de mededinging. Een overeenkomst die de handelsvrijheid van één partij beperkt valt slechts binnen het toepassingsgebied van artikel 2 § 1 van de WEM-wet indien zij de mededinging op de betrokken relevante markt merkbaar beïnvloedt. Bij de toetsing van een overeenkomst (i.c. een franchisingovereenkomst) aan het mededingingsrecht moeten de concrete effecten van deze overeenkomst nagegaan worden, hetgeen een analyse vergt van de betrokken markt, van de economische context waarin de ondernemingen werkzaam zijn, van de producten en diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, van de structuur van de betrokken markt en van de werkelijke omstandigheden waarin zij functioneert. Het kartelverbod geldt immers niet wanneer de bij de overeenkomst betrokken partijen slechts een zwakke positie bekleden op de betrokken markt en derhalve de markt slechts in zeer geringe mate kunnen beïnvloeden (Brussel 29 oktober 2002, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2002*, Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 951).

Louter volledigheidshalve merkt het hof ten slotte nog op dat, zelfs indien artikel 4 alinea 7 van de overeenkomst d.d. 23 juni 1999 een verboden restrictieve praktijk in de zin van artikel 2 § 1 van de WEM-wet zou uitmaken, dit niet voor gevolg heeft dat de gehele overeenkomst nietig zou zijn, zoals appellante ten onrechte voorhoudt. In voorkomend geval zou enkel de betrokken clausule nietig zijn. Appellante toont echter geenszins aan dat de vordering van geïntimeerde, voorwerp van huidig geding, aangetast zou worden zelfs indien de clausule vervat in artikel 4 alinea 7 van de overeenkomst nietig zou zijn.

(...)

Om deze redenen

Het hof

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Rechtdoende op tegenspraak:

(...)