

# Annotatie

## Horizontale betrekkingen in franchiserelaties

Mr. X.A. Reintjes\*

Op 8 december 2011 legde de NMa in het *Wasserijen*-besluit maximale boetes op aan vier textielverzorgings-bedrijven in de gezondheidszorg (textielreiniging en textielbeheer) vanwege marktverdelingsafspraken.<sup>1</sup> De bedrijven opereerden onder de ‘Rentex-formule’ die zij gezamenlijk hadden ontwikkeld als franchiseformule binnen de gezamenlijke onderneming Rentex Nederland B.V. (hierna: Rentex Nederland). Rentex Nederland kreeg zelf geen boete opgelegd. De reactie van een van de beboete bedrijven was als volgt: ‘De directie van Rentex Awé betreurt het dat de NMa franchising uitschakelt als middel voor regionale ondernemingen om landelijk hun diensten te kunnen aanbieden.’<sup>2</sup>

### Feiten

De NMa kwam na eigen onderzoek tot een naar haar oordeel redelijk vermoeden dat de desbetreffende vier wasserijen in de periode van 1 januari 1998 (met de inwerkingtreding van de Mededingingswet) tot 1 december 2009 voor kortere of langere tijd het kartelverbod hadden geschonden. Rentex Nederland was een platform waarbinnen de Rentex-wasserijen samenwerkten, onder andere op het gebied van gezamenlijke inkoop, onderzoek en ontwikkeling en onderlinge hulp bij calamiteiten. De vermeende overtreding zag niet op

deze vormen van samenwerking en ook niet op enige vorm van prijsafspraken. De NMa richtte haar onderzoek uitsluitend op de samenwerking tussen de ‘regio-bedrijven’, te weten Rentex Floron, Rentex Awé, Clean-LeaseFortex en Rentex Dieben, voor zover die met Rentex Nederland als onderdeel van een franchiseovereenkomst rayonafspraken maakten. Deze afspraken hielden onder andere een ‘verbod op actieve acquisitie’ in, namelijk een verbod om actief klanten te werven of offertes uit te brengen buiten de afgesproken eigen regio. Daarnaast was er voor een iets kortere periode aanvankelijk ook een ‘verbod op passieve acquisitie’. Dit laatste hield in dat klanten buiten de eigen regio moesten worden doorverwezen naar het desbetreffende regiobedrijf of – als dat niet lukte – dat het niet-regiobedrijf een deel van de betrokken omzet moest afdragen aan dat regiobedrijf.

### Rentex Nederland

Meer dan twintig wasserijen, een linnenleverancier en een schoonmaakbedrijf waren de oorspronkelijke aandeelhouders van Rentex Nederland, in gelijke delen. Rentex Nederland kon daardoor niet onafhankelijk van de wasserijen haar beleid voeren. Rentex Nederland kon bijvoorbeeld niet zelfstandig beslissen over toelating van nieuwe franchisenemers of de franchiseafspraken aanpassen. Tegelijkertijd waren de aandeelhoudende wasserijen ook de franchisenemers van Rentex Nederland.

Door uiteenlopende grootte en belangen tussen de Rentex-wasserijen, evenals consolidatie binnen de wasserijsector in het algemeen, waren er in 1998 nog maar twaalf en tegen het einde van 2008 nog maar drie Rentex-leden. De samenwerking is uiteindelijk vanzelf uiteengevallen. Op 1 december 2009 besloot het nog resterende grootste lid de samenwerking te beëindigen en bleef alleen nog de samenwerking tussen twee kleinere

\* Mr. X.A. Reintjes is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Brussel.

1. Besluit NMa 15 december 2011, zaak 6855 (*Wasserijen*), hierna: het Besluit. De volgende karteldeelneemsters zijn beboet: Rentex Floron 2.343.000 euro, Rentex Awé 2.143.000 euro, CLF 13.426.000 euro, Rentex Dieben (deelname kartel tot en met april 2008) 450.000 euro.

2. Zie het persbericht van 15 december 2011 op [wijlimburg.nl](http://wijlimburg.nl), *Rentex Awé oneens met besluit NMa*, beschikbaar via <[www.wijlimburg.nl/item/rentex-awe-oneens-met-besluit-nma-persbericht/16373](http://www.wijlimburg.nl/item/rentex-awe-oneens-met-besluit-nma-persbericht/16373)> (laatst geraadpleegd op 20 juli 2012).

wasserijen in stand (met een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 10 procent). Dat de overtreding hierdoor uit eigen beweging is beëindigd – weliswaar kort nadat de NMa haar onderzoek was gestart op 10 augustus 2009 en klaarblijkelijk niet op grond van mededingingsrechtelijke bedenkingen – heeft geen mitigerend effect gehad op de boete. Sommige wasserijen die meer dan vijf jaar vóór aanvang van het NMa-onderzoek betrokken waren bij Rentex Nederland ontlieden een boete wegens verjaring.

## Marktafbakening en mededingingsbeperkende strekking

De betrokken wasserijen hadden in de relevante periode naar eigen inschatting een gezamenlijk marktaandeel van 38 tot 50 procent op de markt voor textielverzorging voor de gezondheidszorg in Nederland. Deze markt werd volgens de NMa onder andere gekenmerkt door hoge eisen aan de dienstverlening (o.a. via CERTEX-certificering en specialisatie) en nauwelijks nieuwe toetreding of aanbods substitutie tussen de verschillende sectoren waarin wasserijen opereerden. Hoewel de transportafstand tussen aanbieder en afnemer van gemiddeld 50 tot 150 kilometer beperkingen oplegde aan de grenzen van de verzorgingsgebieden van wasserijen, was als gevolg van overlap tussen deze gebieden volgens de NMa toch sprake van een nationale markt.<sup>3</sup>

Op de constatering, in een voetnoot,<sup>4</sup> dat twee van de vier wasserijen (in Zuid-Limburg en in Friesland) niet rechtstreeks met elkaar concurreerden omdat hun verzorgingsgebieden helemaal niet met elkaar overlaptten, kwam de NMa verderop in het besluit niet meer terug. In hoeverre deze twee wasserijen wel rechtstreeks met de andere twee wasserijen concurreerden (in Zuid-Holland, maar ook deels in Eindhoven) wordt uit het besluit niet geheel duidelijk, al blijkt wel dat er enkele discussies zijn geweest tussen Rentex-leden over de rayonnering. Daaruit kan worden afgeleid dat er kennelijk dus wel sprake was van enige (al dan niet potentiële) concurrentiedruk tussen verschillende Rentex-wasserijen in aangrenzende regio's. Dit is echter nauwelijks verder onderbouwd door de NMa.

Of er daadwerkelijk sprake was van (potentiële) concurrentiedruk tussen Rentex-wasserijen is van belang omdat de rayonafspraken alleen dan tot mogelijke concurrentiebeperking binnen het merk Rentex konden leiden ('intra-brand'). Hoewel de overlap in verzorgingsgebieden van verschillende wasserijen in Nederland op zich tot de afbakening van een nationale markt kan leiden, konden de rayonafspraken immers alleen effect

hebben op de intrabrand concurrentie tussen de deelnemende Rentex-wasserijen. Het feit dat die Rentex-wasserijen gezamenlijk een aanzienlijk marktaandeel hadden op de totale nationale markt zegt dus nog niets over de concrete geschiktheid van de rayonafspraken om de intrabrand concurrentie tussen de Rentex-wasserijen te beperken. Stap twee zou vervolgens moeten zijn in hoeverre een dergelijke intrabrand mededingingsbeperking op haar beurt de potentie heeft om negatieve effecten teweeg te brengen op de mededinging in de nationale markt tussen wasserijen in het algemeen ('interbrand'). Kortom, als de rayonafspraken de mededinging binnen het merk niet konden beperken, dan hebben deze ook geen effect op de markt als geheel, ondanks het relatief grote marktaandeel van de Rentex-wasserijen op die totale markt. Deze tussenstap wordt niet als zodanig gemaakt door de NMa, al benoemt zij wel het feit dat de rayonafspraken primair de concurrentie tussen de Rentex-wasserijen beperkten.<sup>5</sup>

De NMa achtte het 'onaannemelijk dat zorginstellingen actiever opdrachten in de markt gaan zetten als, zoals in de onderhavige zaak, een substantieel gedeelte van de wasserijen heeft afgesproken om niet actief in elkaars rayon te acquireren'.<sup>6</sup> Er lijkt echter geen logische reden te zijn waarom andere wasserijen, met name in hetzelfde 'rayon', er als gevolg van de rayonafspraken van de Rentex-wasserijen van weerhouden zouden zijn actief met een lokale Rentex-wasserij te concurreren. De betrokken wasserijen voerden zelf overigens als verklaring aan dat beperkte capaciteit veelal een reden kon zijn om niet actief te acquireren.<sup>7</sup> Uit het feit dat veel afnemers van textielverzorging niet actief op zoek waren naar andere mogelijke aanbieders buiten hun bestaande relatie met een wasserij leidde de NMa af dat er kennelijk ruimte was voor die andere aanbieders om zelf actieve acquisitie te plegen. En uit het feit dat twee wasserijen hebben aangegeven dat zij soms met succes actief acquireerden werd vervolgens afgeleid dat dit dus een relevante concurrentieparameter was die door de afspraken van Rentex-wasserijen met Rentex Nederland werd beperkt.<sup>8</sup> Deze 'een en een is twee-redenering' is in het licht van bovenstaande overwegingen dat alleen intrabrand concurrentie kan worden beperkt door de rayonafspraken echter niet direct overtuigend. Het kennelijke feit dat iedere afnemer in Nederland door ten minste drie wasserijen kon worden beleverd toont eerder aan dat de Rentex-wasserijen op relatief korte afstand (interbrand) concurrentie ondervonden van niet-Rentex-wasserijen dan dat de (intra-brand) rayonafspraken met verder gelegen leden van het Rentex-netwerk de concurrentie zouden kunnen verstoren. Zoals vermeld in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen is een beperking van de

3. Cf. Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (*Pb. EG* 1997, C 372, p. 0005-0013), punt 57; zie punt 49-50 van het Besluit.

4. Voetnoot 51, p. 13 van het Besluit.

5. Zie punt 187-191 en 202-204 van het Besluit.

6. Zie punt 191 van het Besluit.

7. Voetnoot 255 op p. 62 van het Besluit.

8. Zie punt 59 van het Besluit.

concurrentie binnen een merk geen probleem als er voldoende concurrentie tussen merken bestaat.<sup>9</sup> In het licht van bovenstaande kan men zich afvragen of de NMa 'gelet op de juridische en economische context' de mededingingsbeperkende strekking van de rayonafspraken op de Nederlandse markt op het gebied van textielverzorging voor de gezondheidszorg voldoende heeft aangetoond.<sup>10</sup> Aan een uitgebreid economisch onderzoek naar daadwerkelijke gevolgen van de afspraken die de (vier beboete) Rentex-wasserijen maakten op de relevante markt komt de NMa niet toe. Alleen bij het bepalen van de ernstfactor in de boeteberekening wordt nog rekening gehouden met het feit dat de afspraken niet 'marktdekkend' waren.<sup>11</sup> Ook bij het aantonen van een mededingingsbeperkende strekking speelt de relevante economische context echter nog een rol, zij het dat 'concrete geschiktheid' om de mededinging te beperken in dat geval voldoende is in plaats van het daadwerkelijk aantonen van concrete mededingingsbeperkende gevolgen.

## Rayonnering

De NMa heeft in dit besluit vervolgens in feite de regel uit het standaard *Pronuptia*-arrest uit 1986 toegepast op de rayonafspraken: 'clausules die leiden tot een verdeling van de markt tussen franchisegever en franchisenemer of tussen franchisenemers onderling, zijn beperkingen van de mededinging in de zin van artikel [101], lid 1 [VWEU]'.<sup>12</sup> Op grond van deze regel is het dus uitgesloten dat rayonafspraken in het kader van franchiseovereenkomsten naar hun aard buiten het toepassingsbereik van het kartelverbod zouden vallen. Het Hof van Justitie borduurde daarmee destijds voort op zijn eerdere uitspraak in *Consten en Grundig*<sup>13</sup> waarin bepaald is dat dit soort gebiedsbescherming de mededinging binnen een merk (of de verkooporganisatie) beperkt. Met name wanneer het gaat om een reeds zeer verbreide handelsnaam kan dit daarom de mededinging in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU beperken, zoals hierboven al zijdelings werd besproken bij de relevante marktafbakening.

De richtsnoeren inzake verticale beperkingen lijken wel een opening te bieden voor de stelling dat verkoopbeperkingen door middel van toekenning van een contractgebied zowel (1) onmisbaar kunnen zijn voor de werking van een franchisestelsel dat op zichzelf geen ongunstige invloed op de mededinging heeft, als (2)

nuttig om de overgedragen *knowhow* te beschermen of de gemeenschappelijke identiteit in stand te houden waardoor de vermindering van de concurrentie binnen een merk wordt gecompenseerd.<sup>14</sup> In formele besluiten is echter nooit bevestigd dat marktverdelingsafspraken, zoals sommige andere verkoopbeperkingen, ook geheel buiten het toepassingsbereik van het kartelverbod zouden kunnen vallen wanneer deze van essentieel belang zouden zijn voor het franchisestelsel.<sup>15</sup> De franchiseconstructie op zich kan bijvoorbeeld gerechtvaardigd zijn omdat het regionale (met name middelgrote en kleinere) ondernemingen in staat stelt een landelijk netwerk op te zetten en een merk met constante kwaliteit van goederen en diensten te creëren dat efficiënter kan concurreren met andere landelijke organisaties. Voor de rechtvaardiging van rayonafspraken zal over het algemeen een beroep moeten worden gedaan op omstandigheden die een individuele of algemene (groepsvrijstellings)uitzondering op het kartelverbod (lid 3) kunnen rechtvaardigen. Het toekennen van een contractgebied kan bijvoorbeeld een prikkel vormen voor franchisenemers om te investeren in materiaal en in het franchiseconcept, of dienen om overgedragen *knowhow* te beschermen.

Een beroep op de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten<sup>16</sup> was waarschijnlijk hoe dan ook niet geslaagd vanwege het marktaandeel van de Rentex-wasserijen (boven de 30 procent). Ook horizontale groepsvrijstellingen waren volgens de NMa niet toepasbaar vanwege het marktaandeel.<sup>17</sup> De wasserijen hebben het nut of de noodzaak van de verbodsbepalingen in de franchisecontracten over actieve en passieve acquisitie ook niet onderbouwd. Integendeel, uit het NMa-besluit blijkt zelfs dat zij het nut van rayonafspraken zouden hebben ontkend. Deze zouden volgens de wasserijen dan ook niet worden gehandhaafd, al wijst de NMa op diverse discussies over de regio-indeling. Daarmee werd automatisch een mogelijke toepassing van de uitzondering op het kartelverbod onder lid 3 buiten spel gezet. De NMa geeft dan ook aan dat zij geen onderzoek heeft gedaan naar mogelijke efficiëntievoordelen aangezien het aan de onderneming is die daar een beroep op doet om het bestaan van een rechtvaardiging aan te tonen.<sup>18</sup> Kortom, deze redenering van de NMa is op zich goed te volgen.

9. Mededeling van de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie, Europese Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb. EU* 2010, C 130/01, zie punt 102.  
10. Zie punt 182-183 en 187-192 van het Besluit en bijv. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile*, punt 31 en A-G Kokott in de Conclusie bij deze zaak, par. 44-46.  
11. Zie punt 283 van het Besluit.  
12. HvJ EG 28 januari 1986, zaak 161/84, *Pronuptia*, *Jur.* 1986, p. 00353, zie punt 27 onder 4.  
13. HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken C-56 en C-58-64, *Consten en Grundig*, *Jur.* 1966, p. 00450, zie p. 515-517.

14. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, zie punt 190-191.  
15. Zie bijv. Joanna Goyder, *EU Distribution Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 178.  
16. Verordening 330/2010 van de Europese Commissie van 20 april 2010, betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.  
17. Zie punt 193 van het Besluit.  
18. Art. 6 lid 4 Mw en art. 2 Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002, betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

## Horizontale vs. verticale samenwerking

De NMa gaat gezien het voorgaande nauwelijks op de huidige groepsvrijstelling verticale overeenkomsten in. Toch benadrukt zij in haar besluit dat het in haar ogen niet om een verticale afspraak tussen ondernemingen gaat, maar om een horizontale afspraak. In andere gevallen is echter goed voor te stellen dat een beroep op de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten wel zou kunnen slagen.

De NMa verwijst in haar besluit naar de oude groepsvrijstelling voor franchiseovereenkomsten uit 1988,<sup>19</sup> om uit te leggen dat dit type overeenkomsten wordt gesloten tussen een onderneming die een concept heeft ontwikkeld (de franchisegever) en andere ondernemingen die het recht krijgen om van dat concept gebruik te maken (de franchisenemers). Zij wijst hierop om een onderscheid te maken met de zaak van de Rentex-wasserijen, waar het gaat om ondernemingen die *gezamenlijk* een concept hebben ontwikkeld.

In de oude groepsvrijstelling franchiseovereenkomsten was overigens expliciet opgenomen dat de vrijstelling hoe dan ook niet van toepassing was op situaties waarin concurrenten hun *bestaande* activiteiten aan elkaar in franchise gaven. Er zit nog wel wat licht tussen het door bedrijven met (soort)gelijke activiteiten *gezamenlijk* ontwikkelen van een franchiseconcept enerzijds en het onderling aangaan van franchiseovereenkomsten door die bedrijven met betrekking tot hun bestaande activiteiten anderzijds. In het geval van de wasserijen lijken deze twee echter vrij dicht bij elkaar te liggen. De NMa verwijst niet specifiek naar deze (vervallen) passage:

‘De bij artikel 1 verleende vrijstelling is niet van toepassing indien:

a) ondernemingen die goederen produceren of diensten verlenen, die identiek zijn of die door de gebruiker op grond van hun eigenschappen, hun prijs en het gebruik waarvoor zij bestemd zijn als soortgelijk worden beschouwd, onderling franchiseovereenkomsten aangaan met betrekking tot die goederen of diensten; (...).’<sup>20</sup>

De achterliggende gedachte bij deze bepaling was dat geen automatische vrijstelling zou moeten gelden voor verdeling van markten tussen concurrerende producenten. Op grond van deze bepaling stond nog niet vast dat een dergelijke situatie altijd ongeoorloofd was, maar wel dat daarvan niet algemeen kon worden verwacht dat deze positieve gevolgen voor de mededinging teweeg zou brengen.<sup>21</sup>

19. Verordening 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchise-overeenkomsten.

20. Art. 5 onder a Verordening 4087/88.

21. Zie overweging 13 bij Verordening 4087/88.

Of de deelnemers in een franchisenetwerk een beroep kunnen doen op de (huidige) groepsvrijstelling verticale overeenkomsten wanneer er tussen hen ook horizontale relaties bestaan, is een andere vraag. Uiteraard vereist toepassing van de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten enige verticale relatie. Die kan echter al snel worden aangenomen als gedacht wordt in termen van een markt voor het verstrekken van een franchiseconcept door de franchisegever en afnemers op die markt in de vorm van franchisenemers, zoals die gewoonlijk wordt afgebakend.<sup>22</sup>

De NMa heeft dan ook niet beweerd dat franchising op zichzelf geen verticale overeenkomst omvat. Ook is het niet ongebruikelijk dat franchisegever en franchisenemers actief zijn op dezelfde markt en als zodanig dus ook in een horizontale relatie met elkaar staan. De franchisegever heeft immers vaak eerst zelf een concept ontwikkeld en probeert het bereik van dat concept te vergroten door dit (mede) in franchise te geven aan andere ondernemers om het al dan niet gezamenlijk met hen verder te ontwikkelen. Dit staat een beroep op de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten niet in de weg. De oude groepsvrijstelling franchiseovereenkomsten sloot overigens ook al niet uit dat gebieden werden toegekend aan met elkaar concurrerende ondernemingen, inclusief de franchisegever zelf.<sup>23</sup>

## Franchisenemers en aandeelhouders

Dit NMa-besluit riep bij sommigen de vraag op of het houden van aandelen in de franchisegever door betrokken franchisenemers hiermee verboden zou zijn. Overigens is dit noch als zodanig door de NMa gesuggereerd, noch in geldende regelgeving of richtsnoeren vastgelegd. Deze constructie lijkt op zichzelf gezien ook niet noodzakelijkerwijs gepaard te gaan met mededingingsbeperkende effecten. Dit zou dan ook een te vergaande conclusie zijn.<sup>24</sup>

Is dit anders indien de aandeelhoudende franchisenemers een verdergaande invloed of zelfs zeggenschap hebben over de franchisegever? Als geen sprake meer is van onafhankelijke ondernemingen zal het verticale karakter van de relatie tussen franchisegever en franchisenemers wellicht komen te vervallen. In dat geval zou het concentratietoezicht een rol kunnen spelen. Voor zover in dit verband een gezamenlijke onderneming ontstaat met zelfstandige activiteiten zal de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van dit soort relaties normaal gesproken onderdeel uitmaken van de beoordeling bij toepassing van concentratietoezicht. Wanneer sprake is

22. Bijv. in het geval van supermarkten, zie meest recentelijk het NMa-besluit van 26 juli 2012, zaak 7432 (*Ahold-Jumbo Activa*), punt 13.

23. Zie art. 3 lid 1 onder c Verordening 88/4087.

24. Zie bijv. M.J. van Joolingen en D.T.A. Noordeloos, 'De Rentex "franchise"-formule: what's in a name?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk* 2012/2, p. 49 (die overigens ook tot deze conclusie kwamen).

van een gezamenlijke onderneming zonder zelfstandige activiteiten zal er geen sprake zijn van concentratietoezicht, maar zijn de grenzen van het kartelverbod – en eventuele uitzonderingen daarop – onverminderd van kracht. Hoewel ten tijde van de oprichting van Rentex Nederland in 1979 nog geen Nederlands concentratietoezicht bestond, lijken de activiteiten van Rentex Nederland hoe dan ook eerder coöperatief dan zelfstandig van aard geweest te zijn. Toetsing van deze samenwerking onder het kartelverbod lijkt daarom niet ongepast.

## Overige samenwerking

De NMa gaat in haar besluit buiten de rayonafspraken niet verder in op afspraken tussen de Rentex-wasserijen en met Rentex Nederland, zoals landelijke dekking, technische innovaties, inkoopvoordelen en onderlinge hulp bij calamiteiten. De NMa heeft geen onderzoek gedaan naar mogelijke rechtvaardiging van deze afspraken, maar zag daarin kennelijk ook niet direct een gevaar dat deze als zelfstandige gedragingen onder het kartelverbod zouden kunnen vallen.<sup>25</sup> Een rechtvaardiging voor uitzondering van de rayonafspraken van het kartelverbod leverden deze andere afspraken evenmin op. De mogelijke efficiëntievoordelen van landelijke dekking van de Rentex-formule, technische innovaties, inkoopvoordelen en de calamiteitenregeling waren volgens de NMa onvoldoende aangetoond in de praktijk (er waren bijvoorbeeld nauwelijks landelijke opdrachten toegekend aan Rentex Nederland) of konden onvoldoende in verband gebracht worden met Rentex Nederland. De NMa geeft later echter wel aan dat zij rekening heeft gehouden met ‘deze bredere samenwerking’ als relativerende omstandigheid bij het bepalen van de relatief lage ernstfactor van 1,5 voor een ‘zeer zware overtreding’.<sup>26</sup> De NMa was in een dergelijk geval gerechtigd geweest een ernstfactor van ten hoogste 5 (of onder toepassing van het oudere boetebeleid tussen de 1,5 en 3) op te leggen.

## Gelijkheidsbeginsel

Hoewel op drie van de vier beboete wasserijen de Beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009 formeel van toepassing waren, heeft de NMa deze toegepast zoals zij de Boetecode uit 2007 van de NMa zou hebben toegepast, uit het oogpunt van gelijke behandeling van de vier beboete wasserijen. Dit lijkt in lijn met Europese rechtspraak over het opleggen van

geldboetes.<sup>27</sup> Wat betreft de toerekening aan de verschillende groepsmaatschappijen blijkt niet uit het besluit dat de wasserijen tegenbewijs hebben aangevoerd tegen het bestaan van beslissende invloed op dochtermaatschappijen.

## Conclusie

Schakelt de NMa inderdaad franchising uit als middel voor regionale ondernemingen om landelijk hun diensten te kunnen aanbieden? Dat lijkt niet de juiste conclusie te zijn. Een belangrijke voorvraag is of daarbij afspraken een rol spelen die ‘gelet op de juridische en economische context’ concreet geschikt zijn om de mededinging te beperken. Bij franchising vereist dit twee stappen: (1) is er een daadwerkelijk risico voor beperking van de concurrentie binnen een merk? en (2) brengt dit op haar beurt met zich mee dat de concurrentie op de relevante markt (merkbaar) kan worden beïnvloed? Waar het gaat om marktverdelingsafspraken zoals toekenning van een contractgebied, kan op grond van vaste rechtspraak vervolgens alleen een individuele rechtvaardiging of groepsvrijstelling overtreding van het kartelverbod voorkomen. In deze zaak boden de groepsvrijstellingen geen uitkomst vanwege te hoge marktaandelen en werden geen bijzondere rechtvaardigende omstandigheden voor de rayonafspraken naar voren gebracht. Dat neemt niet weg dat de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten van toepassing kan zijn op franchiseconstructies waarbij franchisegever en franchisenemers mede in een horizontale relatie staan en gezamenlijk het franchiseconcept (verder) ontwikkelen – dat is zelfs vrij gebruikelijk. Wanneer de franchisegever echter niet meer onafhankelijk zijn beleid kan bepalen doordat de franchisenemers beslissende invloed over de franchisegever hebben, dan is geen sprake meer van een verticale overeenkomst tussen ondernemingen. De relatie tussen de franchisenemers met beslissende zeggenschap kan worden getoetst aan het kartelverbod en hun samenwerking kan onder omstandigheden onderhevig zijn aan concentratietoezicht.

25. Zie punt 193 van het Besluit.

26. Zie punt 213-218 en 284-285 van het Besluit.

27. GvEA 28 februari 2002, zaak T-308/94, *Cascades/Commissie*, *Jur.* 2002, p. II-813, punt 65 en GvEA 16 november 2011, zaak T-54/06, *Kendrion/Commissie*, n.n.g., zie punt 107 e.v.