

Per weblink

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
De Staatssecretaris
Mevrouw mr. drs. M.C.G. Keijzer

VAN Prof. mr. G.W.A. van de Meent, Mr. dr. M.Ph.M. Wiggers, mr. R.A. Struijlaart en
mr. R.S. Damsma - advocaten
REFERENTIE 29480559
DATUM 29 januari 2019
BETREFT Reactie Loyens & Loeff N.V. (Praktijkgroep Mededinging & Overheid) op
consultatie Wetsvoorstel franchise (openbaar)

Mevrouw de staatssecretaris,

De Praktijkgroep Mededinging & Overheid van Loyens & Loeff N.V. maakt graag gebruik van de gelegenheid om haar opvattingen kenbaar te maken aangaande het Voorontwerp wetsvoorstel franchise (hierna kortheidshalve het "**Wetsvoorstel**") en dankt u voor de daartoe geboden gelegenheid. Deze reactie mag in haar geheel openbaar worden gemaakt.

Loyens & Loeff doet hierbij een dringende oproep aan u en uw Ministerie om het Wetsvoorstel zowel naar strekking als inhoud kritisch te heroverwegen. Wij zien namelijk diverse (mogelijke) knelpunten, die wij hieronder zoveel mogelijk onderwerpsgewijs zullen toelichten.

I ONZEKER OF HET WETSVOORSTEL GESCHIKT EN PROPORCIONEEL IS OM DE BEOOGDE DOELEN TE BEREIKEN; NUT EN NOODZAAK VAN HET WETSVOORSTEL WORDEN ONVOLDOENDE ONDERBOUWD

De doelstelling van het wetsvoorstel wordt in de consultatie als volgt omschreven:

"Het doel van de regeling is om, overeenkomstig het voornemen in het Regeerakkoord, de positie van franchisenemers in de pre-competitieve fase te versterken. Franchisenemers krijgen naar verwachting meer effectieve bescherming tegen onredelijke situaties als gevolg van het overwicht van de franchisegever. Tevens geeft de regeling ruimte aan evenwichtige samenwerking tussen alle betrokkenen die ten goede komt

aan franchise als bedrijfsmodel." (onderstreping Loyens & Loeff)

Wij plaatsen vraagtekens bij de geschiktheid van het Wetsvoorstel om die doelstellingen – en met name de door ons onderstreepte doelstelling – te bereiken. Ter toelichting het onderstaande.

I.1 Onvoldoende onderbouwing van de noodzaak om franchiseovereenkomsten anders te behandelen dan andere verticale overeenkomsten

Vertrekpunt van het Wetsvoorstel lijkt te zijn dat franchiseovereenkomsten zó bijzonder zijn, dat ze een specifieke behandeling verdienen. Wij twijfelen aan de juistheid van dat uitgangspunt. In de Memorie van Toelichting ("MvT") staat bij artikel 911 sub d vermeld dat de franchisenemer zich "*onderscheidt (...) van de handelsagent*" "[door]dat hij de franchiseformule geheel voor eigen rekening en risico exploiteert". Vooropgesteld: dit is op zich geheel correct, maar evenwel geen onderscheidend kenmerk van (uitsluitend) de franchiseovereenkomst. Dit gaat op voor iedere verticale handelsrelatie die geen agentuur is. Het onderscheid tussen (met name *soft*¹) franchising en (al dan niet exclusieve) distributie is daarmee diffuus. Niet iedere franchisenemer is derhalve even afhankelijk van zijn franchisegever. Het "*natuurlijke overwicht*" van de franchisegever, dat wordt benoemd op p. 1 van de MvT, zal zich om die reden met name bij *hard* franchising (kunnen) manifesteren (en dan met name indien de franchisegever over een zekere marktmacht beschikt, zie paragraaf III.2 hieronder).

Het Wetsvoorstel voorziet evenwel in een *one-fits-all* oplossing voor alle overeenkomsten die onder de definitie van 'franchiseovereenkomst' uit artikel 911 sub f jo. a vallen en miskent daarmee de glijdende schaal van 'gewone' distributieovereenkomst naar franchiseovereenkomst. Dat klemmt in onze opvatting temeer, nu het wetsvoorstel evenmin ingaat op de vraag of de franchisegever al dan niet beschikt over marktmacht en de mate van *interbrand* concurrentie op de markt. Wij komen hierop terug in paragraaf III.2 hieronder.

Ook overigens valt ons op, dat de onderbouwing van de noodzaak om afzonderlijke wetgeving voor franchiseovereenkomsten in te voeren tamelijk summier is. Er wordt slechts verwezen naar een EIM-onderzoek dat al dateert uit 2009, berichten uit "*diverse media*" en een "*groot aantal*" gesprekken met franchisegevers en franchisenemers. Op basis van die tamelijk summier informatie kan niet worden afgeleid of die gesprekken een representatieve steekproef betroffen. Aangenomen dat dit inderdaad het geval is, verdient het de aanbeveling om dat in de definitieve MvT nader kwantitatief toe te lichten. Voorts wordt vermeld dat er weinig rechtszaken zijn geweest over franchiserelaties. Wij kunnen uit de MvT niet opmaken, of de conclusie dat dit laatste het gevolg is van de (vermeende) afhankelijkheidsrelatie van de franchisenemer en (te) beperkte juridische middelen, berust op feitelijk onderzoek.

¹ Op p. 1 van de MvT wordt overigens wel kort op het onderscheid tussen *hard* en *soft* franchising ingegaan.

Kortom, wij menen dat een nadere onderbouwing van de noodzaak voor het Wetsvoorstel als zodanig op haar plaats zou zijn. Aangenomen dat die kan worden gegeven, merken wij onderwerpsgewijs nog het onderstaande op.

I.2 Gebruik van open normen dreigt te leiden tot rechtsonzekerheid en -ongelijkheid

Het Westvoorstel kenmerkt zich voorts door een groot aantal open normen, die door de rechter zullen moeten worden ingevuld. De meest sprekende voorbeelden hiervan zijn “*een goed franchisegever en een goed franchisenemer*” (artikel 912), “*onlosmakelijk verbonden te achten*” (artikel 914 lid 2 sub c), “*aanzienlijke invloed*” (artikel 916 lid 1 sub b onder 2), “*redelijkerwijs nodig*” (artikel 918), “*in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden*” (artikel 919 lid 3 sub b) en “*aanzienlijke gevolgen*” (artikel 919 lid 4 en artikel 920).

Deze begrippen zijn dermate onbepaald, dat wij vrezen dat zij zullen leiden tot een grote mate van rechtsonzekerheid en -ongelijkheid. Het lijkt onvermijdelijk, dat verschillende rechtbanken (en zelfs verschillende individuele rechters) ieder een eigen uitleg aan deze begrippen zullen gaan geven. Uitsluitend een heldere uitspraak van de Hoge Raad over elk van die begrippen kan uiteindelijk de vereiste duidelijkheid over de juiste uitleg daarvan verschaffen. Het kan jaren duren voordat de Hoge Raad zich over alle begrippen eenduidig heeft uitgesproken en tot dat moment blijft de rechtsonzekerheid waartoe het Wetsvoorstel dreigt te leiden, bestaan.

Wij roepen op om de open normen nader in te vullen of helemaal te schrappen. Op basis van artikel 917 kunnen de open normen uit de artikelen 913, 915 en 916 nader worden ingevuld bij AMvB. Voor zover het onwenselijk zou worden geacht de open normen in het Wetsvoorstel zelf nader in te vullen (met het oogmerk relatief snel te kunnen inspelen op maatschappelijke en technische ontwikkelingen), zou kunnen worden overwogen om de toepasselijkheid van artikel 917 uit te breiden naar de artikelen 912, 914, 918, 919 en 920. Zo kan een al te grote rechtsonzekerheid worden voorkomen, terwijl tegelijkertijd de concrete invulling van de normen in kwestie relatief snel en eenvoudig kan worden gegeven en indien noodzakelijk aan de eisen van de tijd kan worden aangepast.

I.3 Het wetsvoorstel legt een disproportionele last op de franchisegever

Op p. 10 van de MvT staat te lezen, dat het Wetsvoorstel beoogt om “*een meer evenwichtige verhouding tussen de belangen van de franchisegever en die van de franchisenemer*” te scheppen. Het valt ons evenwel op dat diverse bepalingen (dan wel de uitleg daarvan) een aanzienlijke belasting op de franchisegever leggen, waarbij men zich kan afvragen of deze wel proportioneel is.

Zo vermeldt de MvT op p. 19 dat “[*g*]oed franchisegeverschap (...) onder meer [*impliceert*] dat de franchisegever op basis van deugdelijk deugdelijk onderzoek vaststelt of franchisenemer in staat is om de franchiseformule te exploiteren”. Dit is in potentie een wel zeer zware onderzoeks- en zorgplicht. Wij vragen ons af of een franchisegever hier wel in alle gevallen aan zal kunnen voldoen. Zo lijkt deze verplichting onder meer met zich te brengen dat de franchisegever zich een compleet

beeld van de financiële situatie van de franchisenemer verschaft. Verder lijkt deze uitleg van het begrip 'goed franchisegeverschap' te impliceren dat het risico voor falen door een franchisenemer in belangrijke mate bij de franchisegever wordt gelegd. Niet ondenkbaar is dat franchisenemers op basis van deze uitleg zelfs zullen gaan proberen om franchisegevers aansprakelijk te stellen, indien zij bij de exploitatie van de franchiseformule in financieel-economisch zwaar weer terechtkomen. Indien die situatie geheel of in overwegende mate aan de franchisenemer kan worden geweten, lijkt ons dat een onwenselijke ontwikkeling.

In schril contrast met het bovenstaande staat de beperkte verplichting van de franchisenemer, die slechts wordt geacht "*de ontwikkeling van de franchiseformule ondersteunt door daaraan in redelijkheid zijn medewerking te verlenen, althans deze niet op onredelijke gronden te onthouden*". In onze overtuiging is daarmee de balans zoek.

Ook de *standstill*-verplichting voor het sluiten van een franchiseovereenkomst van vier weken uit artikel 914 komt ons disproportioneel voor en dan niet alleen vanuit de optiek van de franchisegever. Ook vanuit het perspectief van de franchisenemer zal er niet altijd aanleiding zijn om vier weken (of nog veel langer ingeval van tussentijdse wijzigingen gedurende die verplichte wachtperiode) te wachten met het sluiten van een overeenkomst, indien partijen commercieel tot overeenstemming zijn gekomen. Wij geven daarom in overweging om te bepalen dat partijen deze wachtperiode met wederzijdse instemming kunnen bekorten of zelfs helemaal overslaan.

Ten slotte komt ook het bepaalde in de artikelen 919 en 920 ons voor als een disproportionele inperking van de handelingsvrijheid van de franchisenemer. Het tweede lid van beide artikelen komt in essentie neer op de toekenning van een vetorecht betreffende belangrijke wijzigingen van de franchiseformule aan iedere afzonderlijke franchisenemer. Immers, voor iedere franchisenemer zal gelden dat hij "*gevolgen (...) ondervindt*" van een beoogde wijziging van de franchiseformule. Door deze beoogde regeling dreigen franchiseformules verlamd te raken: een wijziging van de formule dreigt in veel gevallen schier onmogelijk te worden. Immers, de kans lijkt aanzienlijk dat een minderheid van de franchisenemers van een bepaalde franchiseformule deze bepaling zal kunnen aangrijpen om een meerderheid van de franchisenemers en de franchisegever te 'gijzelen', door economisch noodzakelijke wijzigingen van de formule te blokkeren. Het resultaat daarvan zal zijn dat franchiseformules in hoge mate zullen verstarren, hetgeen funest zal zijn voor hun concurrentie- en innovatiekracht. Dit is in strijd met de doelstellingen van het Westvoorstel² en bepaald niet een richting die een handelsland met een open economie zoals Nederland zou moeten willen opgaan. Wij geven daarom in overweging deze bepalingen vanuit de optiek van de franchisegever te versoepelen, waarbij in ieder geval de leden b van beide artikelen (die als aangegeven neerkomen op een vetorecht van iedere franchisenemer met betrekking tot materiële wijzigingen van de franchiseformule) onzes inziens zouden dienen te worden geschrapt.

² MvT, p. 2.

Ten slotte merken wij op dat inschatting van de kosten voor de franchisegever ons aan de lage kant voorkomt. Zo zullen in het bijzonder de artikelen 916 en 919 ook de aanpassing vergen van bestaande franchiseovereenkomsten, hetgeen niet lijkt te zijn voorzien in de berekeningen. De kosten hiervoor zullen in belangrijke mate voor rekening van de franchisegever komen.

II ONVOLDOENDE AANDACHT VOOR DE INTERNATIONALE CONTEXT WAARIN VEEL FRANCHISEORGANISATIES OPEREREN

Nederland is geen eiland. Integendeel, Nederland is als vermeld een uitgesproken handelsland met een open economie. Daar komt bij dat franchiseformules veelal internationaal actief zijn en veelal in diverse landen naar buiten treden met een eenvormig bedrijfsconcept.

Een Nederlandse *Alleingang* zoals het Wetsvoorstel beoogt, verhoudt zich slecht tot bovenstaande vaststellingen. Implementatie van het Wetsvoorstel zou immers met zich brengen, dat in Nederland een afwijkend regime zou gaan gelden in vergelijking met ons omringende landen. Een concreet voorbeeld van hoe dat een internationaal opererende franchiseformule zou kunnen beïnvloeden: een franchiseorganisatie voert met succes een aanpassing van het franchiseconcept door, die objectief noodzakelijk is om concurrerend te blijven ten opzichte van andere formules. Uitsluitend in Nederland strandt die poging, doordat een minderheid van de franchisenemers die aanpassing met succes blokkeert via artikel 919 of 920.

Wij bevelen aan om nader onderzoek te verrichten naar de regelgeving in andere EU-landen. Nu vermeldt de MvT (op p. 10) uitsluitend dat bepaalde landen binnen en buiten de EU wel of geen regulering van franchiseovereenkomsten kennen, maar de exacte inhoud van die wet- en regelgeving lijkt slechts summier te zijn onderzocht. Voor zover dat wél is gebeurd, valt ons overigens op dat wordt vermeld dat in die regimes “*de nadruk, evenals in de VS, [ligt] op precontractuele informatieplichten*”. Voor zover de indruk die met die zinsnede wordt gewekt – te weten dat de diverse nationale regimes niet voorzien in een vetorecht ten aanzien van wijzigingen in de franchiseovereenkomst of –formule – juist zou zijn,³ zou in onze opvatting nader onderzoek dienen te worden verricht naar de economische effecten indien Nederland als enige land een dergelijke regeling zou invoeren.

Indien de Regering na nader onderzoek als hierboven aanbevolen van mening zou blijven dat nadere regulering van franchiseovereenkomsten niettemin aangewezen zou zijn, verdient het aanbeveling om te streven naar een eenvormige regulering in Europees verband, zoals bijvoorbeeld al enkele tientallen jaren geleden tot stand is gekomen met de *Richtlijn handelsagentuur*.⁴ Blijkens de preambule is deze Richtlijn tot stand gekomen met het doel een gelijk speelveld op Europees niveau te creëren, omdat “*de verschillen tussen de nationale wetgevingen*

³ Die indruk wordt versterkt door de passage verderop op p. 10 van de MvT, waar staat te lezen: “*In de Nederlandse situatie is er echter behoefte aan een systeem dat ook de franchiseovereenkomst zelf enigszins normeert.*”.

⁴ Richtlijn van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten (86/653/EEG), *Pb.*1986/L 382/17.

op het gebied van de handelsvertegenwoordiging binnen de Gemeenschap de concurrentieverhoudingen en de uitoefening van het beroep aanzienlijk beïnvloeden en de mate waarin de handelsagenten in hun betrekkingen met hun principalen worden beschermd, evenals de zekerheid in het handelsverkeer, aantasten; dat voorts deze verschillen de totstandkoming en de werking van handelsagentuurovereenkomsten tussen een principaal en een handelsagent die in verschillende Lid-Staten zijn gevestigd, ernstig kunnen belemmeren” en “het goederenverkeer tussen de Lid-Staten moet plaatsvinden onder soortgelijke omstandigheden als binnen een enkele markt, hetgeen de onderlinge aanpassing van de rechtsstelsels van de Lid-Staten vereist, voor zover zulks voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk is; dat in dit verband de verwijzingsregels van het internationaal privaatrecht, zelfs indien zij zijn geunificeerd, de hierboven vermelde nadelen op het gebied van de handelsvertegenwoordiging niet opheffen, en dat daarom niet kan worden afgezien van de voorgestelde harmonisatie”. In onze opvatting gaan dergelijke overwegingen evenzeer op voor franchising als voor handelsagentuur.

III PROBLEMATISCHE RELATIE TOT HET MEDEDINGINGSRECHT

III.1 Status aparte van franchiseovereenkomst staat haaks op de ontwikkeling van het EU-mededingingsrecht

In paragraaf I.1 hebben wij al kort vermeld dat de noodzaak om franchiserelaties anders (strenger) te behandelen dan andere vormen van distributie (wederverkoop) niet evident is. In dit verband kan erop worden gewezen dat het Europees mededingingsrecht in het verleden een afzonderlijk vrijstellingsregime voor franchiseovereenkomsten kende,⁵ maar dat al in 1999 met de (vorige) *Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten*⁶ is gekozen voor een eenvormig regime, dat alle vormen van wederverkoop van goederen en diensten aan dezelfde regels onderwerpt.⁷ Die keuze is in onze opvatting terecht: franchiseovereenkomsten zijn veelal procompetitief en innovatiebevorderend en in het voordeel van het midden- en kleinbedrijf,⁸ mede omdat een franchisegever met behulp van een franchiseformule met beperkte investeringen een uniform distributienet voor zijn producten kan oprichten,⁹ dat de concurrentie kan aangaan met de gevestigde spelers op de markt.

III.2 Het Wetsvoorstel maakt ten onrechte geen onderscheid tussen ondernemingen met en zonder marktmacht

Het voorgaande wordt in de regel pas anders indien een partij bij de franchiseovereenkomst (in de praktijk met name de franchisegever) beschikt over marktmacht. In haar Richtsnoeren inzake verticale beperkingen stelt de Europese Commissie in dit verband:

⁵ Verordening 4087/88, *Pb.* 1988/L 359/46.

⁶ Verordening 2070/1999, *Pb.* 1999/L 336/21.

⁷ Van een strenger regime voor franchiseovereenkomsten is onder het EU-mededingingsrecht overigens hoe dan ook nooit sprake geweest.

⁸ Vgl. bijvoorbeeld J. Goyder, *EU Distribution Law*, Hart Publishing 2011, p. 177.

⁹ Europese Commissie, *Richtsnoeren verticale beperkingen*, *Pb.* 2010/C 130/01.

“De meeste verticale beperkingen kunnen alleen tot mededingingsproblemen leiden wanneer er op een of meer handelsniveaus onvoldoende concurrentie is, d.w.z. wanneer er op leveranciers- of afnemersniveau, of op beide niveaus, sprake is van een zekere mate van marktmacht. Verticale beperkingen zijn doorgaans minder schadelijk dan horizontale beperkingen en kunnen aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren.”¹⁰

Die redenering is eenvoudig te volgen: zolang er voldoende *interbrand* concurrentie bestaat tussen concurrerende franchiseformules (of tussen franchiseformules en ondernemingen met eigen vestigingen), is de beperking van de *intra-brand* concurrentie (tussen de franchisenemers van dezelfde formule) sneller geoorloofd. Om die reden hanteert de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten¹¹ een marktaandeeldrempel van 30% (in beide stadia van de distributieketen). Het Wetsvoorstel scheidt franchiseorganisaties met en zonder marktmacht evenwel over één kam en onderwerpt franchiseorganisaties zonder marktmacht aan de dezelfde vergaande restricties als franchiseorganisaties met marktmacht. Dit lijkt ons onterecht. Met name startende franchiseorganisaties zou de nodige speelruimte moeten worden gegund, om hun in staat te stellen een slagvaardige organisatie op te bouwen die de concurrentie met de gevestigde orde op de markt aankan. In die context kan het noodzakelijk zijn dat de franchisegever – in het belang van de levensvatbaarheid van de prille en kwetsbare franchiseformule – in staat wordt gesteld om slagvaardig te opereren. De in het Wetsvoorstel voorziene informatie- en *standstill*-verplichtingen, in combinatie met het vergaande instemmingsrecht voor franchisenemers uit de artikelen 919 en 920, kunnen die slagvaardigheid in belangrijke mate beknotten en het succes van zo'n startende formule danig in de weg staan. Concurrentie en innovatie zijn dan het kind van de rekening. Bovendien zal er in die situatie meestal ook geen sprake van kunnen zijn dat de franchisenemer 'met handen en voeten' aan de franchisegever is gebonden. Immers: er zullen dan voldoende andere concurrerende franchiseformules voorhanden zijn waarbij de franchisenemer een verzoek om aansluiting kan doen, indien hij van opvatting is dat zijn huidige franchisegever hem onredelijk behandelt.

Wij geven daarom in overweging om aan te sluiten bij de systematiek van de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten en de beoogde regeling in het Wetsvoorstel uitsluitend van toepassing te verklaren in situaties waarin (in ieder geval) de franchisegever een marktaandeel bezit van meer 30%.

¹⁰ *Id.*, mr. 6.

¹¹ Verordening Nr. 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, *Pb.*2010/L 102/1.

III.3 Het Wetsvoorstel wijkt op punten inhoudelijk af van de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten

Het Wetsvoorstel loopt bovendien op twee punten ook inhoudelijk uit de pas met de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten. De stelling in de MvT, dat “[he]t voorontwerp (...) uiteraard geen afwijkingen van het toepasselijke mededingingsrecht [behelst]”,¹² kunnen wij kortom niet onderschrijven.

III.3.1 Regeling exclusieve afnameverplichtingen

Allereerst stelt artikel 919 lid 2 aan de geldigheid van een beding dat de franchisenemer verplicht goederen of diensten geheel of ten dele af te nemen van de franchisegever of van een door deze aan te wijzen derde, de eis dat voor deze afnameverplichting “*in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden gelden*”. Wij achten deze bepaling om meerdere redenen problematisch.

Om te beginnen betreft het als reeds vermeld een zeer open norm. Wat zijn de in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden? Dat is echter niet ons enige punt van zorg. Onder de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten is een dergelijk exclusief afnamebeding – ongeacht de tussen partijen overeengekomen voorwaarden – vrijgesteld beneden een marktaandeel van 30%, indien de duur ervan maximaal vijf jaar bedraagt (artikel 5 lid 1 sub a).¹³ Daarvoor bestaat – als aangegeven – een goede reden: indien geen sprake is van marktmacht, kan de overeenkomst worden geacht in omstandigheden van voldoende concurrentie te zijn gesloten. Marktconformiteit kan daarmee worden geacht een gegeven te zijn. Daar komt bij dat wij aannemen dat de “*in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden*” ook de prijs zullen betreffen. Dit zal er in de praktijk dus op neerkomen dat – indien er op deze bepaling een beroep wordt gedaan – de burgerlijke rechter als een soort van prijsregulator zou moeten gaan optreden. Het komt ons voor dat de rechterlijke macht voor die taak slecht is toegerust en dat de uitvoering ervan – wederom – tot een grote mate van rechtsongelijkheid zal leiden, omdat verschillende rechters een andere opvatting kunnen hebben over wat een ‘marktconforme prijs’ is. Daar komt bij dat het mededingingsrecht slechts in zeer uitzonderlijke gevallen (bij misbruik van machtspositie) treedt in de vrijheid van ondernemingen om zelf hun prijzen vast te stellen. Ook hierom achten wij de beoogde ‘prijsregulering’ een slechte zaak.

¹² MvT, p. 10.

¹³ Overigens blijkt uit de Richtsnoeren verticale beperkingen dat ook een exclusief afnamebeding van een langere duur in de regel niet op mededingingsbezwaren stuit indien dit in het kader van een franchiserelatie is overeengekomen, zie nr. 190, onder b): “*een niet-concurrentiebeding, opgelegd met betrekking tot de door de franchisenemer gekochte goederen of diensten, valt buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, wanneer dit beding noodzakelijk is om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden. In dergelijke gevallen is ook de duur van het niet-concurrentiebeding uit het oogpunt van artikel 101, lid 1, irrelevant, zolang hij niet de looptijd van de franchiseovereenkomst zelf overschrijdt.*”

III.3.2 Non-concurrentiebeding na afloop franchiseovereenkomst

In artikel 919 lid 3 sub is het Wetsontwerp juist weer soepeler dan het mededingingsrecht. Genoemd artikel stelt aan een beding dat de franchisenemer beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de franchiseovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, de cumulatieve eisen, dat (i) zo'n beding de duur van een jaar na het einde van de franchiseovereenkomst niet overschrijdt (die eerste eis is geheel conform het mededingingsrecht), en (ii) de geografische reikwijdte niet ruimer is dan het gebied waarbinnen de franchisenemer de franchiseformule op grond van de franchiseovereenkomst mocht exploiteren. De Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten stelt echter aan een dergelijk beding de – strengere – cumulatieve eisen, dat (i) de verplichting betrekking heeft op goederen of diensten die met de contractgoederen of -diensten concurreren, (ii) de verplichting is beperkt tot de ruimten en terreinen waar de afnemer (franchisenemer) gedurende de contractperiode werkzaam is geweest, (iii) de verplichting onmisbaar is om door de leverancier (franchisegever) aan de afnemer (franchisenemer) overgedragen knowhow te beschermen en (iv) de duur van de verplichting is beperkt tot de periode van één jaar na het einde van de overeenkomst (artikel 5 lid 3). Gelet op het uitgangspunt als verwoord in de MvT, dat het Wetsontwerp “*niet de strekking kan hebben ondernemingen aan te zetten tot afspraken die op grond van de Mededingingswet niet zijn toegestaan*”,¹⁴ ligt in de rede dat artikel 919 lid 3 in lijn wordt gebracht met artikel 5 lid 3 van de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.

IV CONSEQUENTIES/SANCTIES VAN HANDELEN IN STRIJD MET HET WETSVORSTEL ZIJN ONHELDER

Tot slot merken wij op dat zowel het Wetsvoorstel als de MvT onhelder zijn over de consequenties, indien een franchisegever of franchisenemer zich niet aan het bepaalde in het Wetsvoorstel zou houden. Enkel artikel 919 lid 2 vermeldt expliciet dat een beding in strijd met het in dat artikellid bepaalde ongeldig is. De consequenties van handelen in strijd met de overige bepalingen worden echter noch in het Wetsontwerp zelf, noch in de MvT benoemd. Indien bijvoorbeeld nietigheid zou optreden in de zin van artikel 3:40 BW, ligt voor de hand dit expliciet in de definitieve MvT te benoemen. Een alternatief zou zijn om de sanctie op overtreding, conform artikel 919 lid 2, steeds expliciet in de desbetreffende bepaling te vermelden. Wij geven dit uitdrukkelijk in overweging.

¹⁴ MvT, p. 9.

Rest ons u reeds bij voorbaat bijzonder hartelijk te danken voor uw aan onze opmerkingen te besteden aandacht.

Hoogachtend,
Loyens & Loeff N.V.

G.W.A. van de Meent, M.Ph.M. Wiggers, R.A.
Struijlaart en R.S. Damsma