



AANGETEKEND met handtekening retour

European Commission
Directorate-General for Competition
Antitrust Registry
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË

Woerden, 28 september 2009

Onderwerp: stakeholder input
Kenmerk: TtH/aa/09-034
Uw ref.: HT.1171

Geachte heer, mevrouw,

VAHFR reactie op het voorstel van de Europese Commissie voor een herziene groepsvrijstellingsverordening en richtsnoeren voor verticale overeenkomsten.

De Vereniging van Albert Heijn Franchisenemers (VAHFR) bevindt zich aan de afnemerskant van de distributieketen. Zij vertegenwoordigt 129 zelfstandige winkeliers, allen franchisenemer. Vanuit dit perspectief willen wij een aantal opmerkingen bij de Commissie indienen aangaande de "herziene verordening betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen" en de "richtsnoeren inzake verticale beperkingen", die de Commissie op 28 juli 2009 heeft gepresenteerd.

Op de volgende punten zullen wij nader ingaan in deze reactie: de vastgestelde marktaandeeldrempel, de ruimte voor online verkoop door franchisenemers en de binding van afnemers.

1. De marktaandeeldrempel

Allereerst willen wij aandacht besteden aan de introductie van de nieuw vastgestelde markt-aandeeldrempel. Onder het huidige regime geldt dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is op verticale overeenkomsten die exclusieve afnameverplichtingen bevatten wanneer het marktaandeel van de leverancier op de relevante markt meer dan 30% bedraagt. De nieuwe verordening stelt daarentegen dat de groepsvrijstelling slechts van toepassing is indien het marktaandeel van elk van de ondernemingen die partij zijn bij een overeenkomst de drempel van 30% niet overschrijden. Deze nieuwe marktaandeeldrempel heeft aanzienlijke gevolgen op nationale markten voor afnemers, welke hieronder nader zullen worden toegelicht.

In verscheidene lidstaten, waaronder Nederland, zijn de Europese groepsvrijstellingen, waaronder de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten, rechtstreeks van toepassing verklaard op overeenkomsten die de handel tussen lidstaten niet beïnvloeden. In Nederland gebeurt dit op grond van art. 12 en 13 Mededingingswet. Echter, geografische markten worden op nationaal niveau vaak eng afgebakend. Een afnemer, zoals een supermarkt, zal hierdoor snel een (zeer) hoog marktaandeel bezitten op de relevante geografische markt.

Onder de huidige vrijstellingsverordening leverde dit geen problemen op, omdat enkel gekeken werd naar het marktaandeel van de leverancier op de relevante markt. Echter, de introductie van de nieuwe marktaandeeldrempel heeft tot gevolg dat veel afnemers niet meer van de vrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten zullen kunnen profiteren. Dit terwijl de invloed van deze afnemers zeer beperkt zal zijn op de Europese concurrentiestructuur en op de consumentenwelvaart. De onwenselijke gevolgen van een al te enge afbakening van de geografische markt kunnen in de nationale concentratiecontrole worden gemitigeerd doordat (terecht) concurrentiedruk van aanpalende markten wordt meegewogen. Echter, dit is niet mogelijk bij de meer statische benadering van een groepsvrijstelling, althans zullen individuele franchisenemers disproportioneel grote kosten voor juridisch advies moeten maken om deze problematiek te bestuderen. Om die reden willen wij suggereren dat de Commissie de gevolgen van de Europese groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten op de nationale markten nog eens goed overweegt.

2. Online verbod door franchisenemers

Ten tweede willen wij nader ingaan op de mogelijkheden voor franchisenemers en afnemers om zelfstandig internet activiteiten te ontplooiën. Uit de richtsnoeren van de Commissie blijkt dat een leverancier of franchisegever in geen geval het recht op verkoop en/of reclame via internet aan zichzelf mag voorbehouden. In principe kan elke franchisenemer/afnemer dus te allen tijde een internetwinkel exploiteren. Toch wordt de mogelijkheid tot het beheren van een internetwinkel vaak sterk ingeperkt, althans minder aantrekkelijk gemaakt, doordat het de leverancier/franchisegever is toegestaan actief te concurreren met afnemers/franchisenemers binnen vooraf bepaalde exclusieve gebieden. Om die reden achten wij het wenselijk dat het volgende expliciet in de groepsvrijstelling wordt opgenomen: Wanneer een bepaald gebied op basis van exclusiviteit aan een bepaalde afnemer/franchisenemer is toegewezen mogen niet alleen andere afnemers/franchisenemers niet actief binnen dit gebied concurreren, maar moet ook een verbod voor de leverancier/franchisegever in de distributieovereenkomst opgenomen (kunnen) worden om actief in dit gebied te verkopen.

In dit kader willen wij ook voorstellen dat, een franchisegever de verplichting op zich mag nemen om, wanneer hij op grond van passieve verkoopactiviteiten afnemers bereikt die zich bevinden in het exclusieve gebied van een franchisenemer/afnemer, die franchisenemer/afnemer de gelegenheid te bieden om zelf de betreffende klant te bedienen.

3. Binding afnemers

Ten slotte willen wij aandacht vragen voor de problematiek van "gebonden afnemers". In het bijzonder doelen wij hier op franchiseverhoudingen waarbij de "zelfstandige ondernemer" verplicht wordt om via een zogenaamde koopoptieconstructie of aanbiedingsplicht bij (tussentijdse) beëindiging van de franchiseverhouding de onderneming aan franchisegever aan te bieden, veelal tegen een vooraf bepaalde prijs en/of (goodwill)waarderingmethode.

Gelet op omvangrijke investeringen en de beperkte beschikbaarheid van goede winkel locaties worden "zelfstandige ondernemers" hierdoor in grote mate afhankelijk van de grote winkelbedrijven, ofwel franchisegevers. Tegelijkertijd verliezen de franchisenemers de keuze qua formule en in vergaande mate de zeggenschap over de eigen (familie)onderneming en/of het vastgoed. In de jurisprudentie zijn hierover een aantal voorbeelden te vinden, kortheidshalve verwijzen wij naar: Hafkamp Erma/Vendex Food B.V. (NMA 885/16), Griffioen/De Boer Unigro (NMA 2247/44), Gerechtshof Leeuwarden 7 november 2007 (LJN: BB8288) en meer recentelijk Rechtbank Arnhem 17 augustus 2009 (LJN: BJ6526).

Voor een franchisegever met een koopoptie (en vaak ook nog in tweede instantie een "matching right") bestaat de zekerheid dat het vestigingspunt te allen tijde voor de formule "gereserveerd" blijft. Wij menen dan ook dat een beding waarbij de afnemer na afloop van de overeenkomst zijn winkellocatie moet aanbieden aan de leverancier/franchisegever leidt tot een de facto eeuwigdurend postcontractueel non-concurrentiebeding en derhalve geacht moet worden in strijd te zijn met artikel 81, lid 1 EG.

Het bovenstaande is van groot belang voor het voortbestaan van het vrije zelfstandig ondernemerschap. Om die reden willen wij voorstellen dat er in de richtsnoeren van de Commissie voorbeelden worden opgenomen van situaties waarin deze binding van franchisenemers wel of niet is toegestaan.

Vragen

Mocht u nog vragen of opmerkingen hebben over onze reactie dan kunt u contact opnemen met het bestuur van de Vereniging van Albert Heijn Franchisenemers.

Met vriendelijk groet,



Bram de Jong
Voorzitter