

# ADVIES

**Ontwerp van koninklijk besluit tot aanvulling van de lijsten van onrechtmatige bedingen in commerciële samenwerkingsovereenkomsten inzake detailhandel in nietgespecialiseerde winkels waarbij voedingsmiddelen overheersen**





## Inleiding

Bij brief van 10 november 2023 hebben de Minister van Economie, dhr. Pierre-Yves Dermagne, en de Minister van Middenstand, Zelfstandigen en KMO's, dhr. David Clarinval, de brc Onrechtmatige Bedingen om advies gevraagd omtrent een ontwerp van koninklijk besluit dat in overleg met de kabinetten van de betrokken Ministers werd voorbereid door de administratie. De betrokken Ministers verzochten om dit advies tegen 10 januari 2024 te verstrekken.

In bijlage bij deze brief van 10 november werd aan de brc Onrechtmatige Bedingen een zwarte en een grijze lijst overgemaakt met aanvullende bepalingen voor wat commerciële samenwerkingsovereenkomsten inzake voeding in de retailsector betreft. Deze lijst werd vergezeld van een nota met een algemene motivering, en een specifieke motivering van de voorgestelde bepalingen.

Op vraag van de brc Onrechtmatige Bedingen werden vervolgens bijkomende documenten overgemaakt, waarbij een overzicht werd gegeven van de clausules die aanleiding gaven tot het voorontwerp van KB.

De brc Onrechtmatige Bedingen mocht op 21 december 2023 dan een geformaliseerd ontwerp van koninklijk besluit ontvangen van de betrokken Ministers.

Gelet op dit korte tijdsbestek op het jaareinde heeft de brc Onrechtmatige Bedingen een eerder summier advies kunnen uitbrengen.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt tenslotte op dat dit voorontwerp van KB het eerste KB is dat wordt genomen in uitvoering van artikel VI.91/7 van het Wetboek van Economisch Recht (hierna WER). Het gaat dus om een eerste KB dat een nadere regeling omvat van de contractuele bedingen in overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen.

Artikel VI.91/7 WER bepaalt met name dat de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en op de gemeenschappelijke voordracht van de ministers bevoegd voor Economie en Middenstand, voor de sectoren van de professionele activiteit of voor de categorieën van producten die hij aanwijst, de artikelen VI.91/4 en VI.91/5 WER kan aanvullen. De Koning werd deze bevoegdheid verleend "teneinde het evenwicht van de rechten en de plichten tussen partijen te verzekeren bij de verkoop van producten of teneinde de eerlijkheid bij transacties tussen ondernemingen te verzekeren".

In dit advies worden enkel de voorgestelde bepalingen inhoudelijk besproken. Het staat los van de individuele houding van de in de brc Onrechtmatige Bedingen zetelende organisaties, die hetzij een dergelijke wetgevend initiatief afwijzen, hetzij dit initiatief als noodzakelijke maatregel ondersteunen.

**De organisaties die diegenen die het recht verlenen bij de commerciële samenwerkingsovereenkomsten vertegenwoordigen** wijzen in dit opzicht op de **volgende elementen**:

- (1) Een dergelijk KB kan in de Europese interne markt maar genomen worden na zorgvuldige studie, rekening houdend met de vele debatten en publicaties over dit onderwerp. Werd een dergelijke analyse van de gevolgen van deze verstrenging in de voedingsretailsector gevoerd?
- (2) Volstaat de huidige b2b-wetgeving niet om de geciteerde problemen aan te pakken? Zoals zal blijken vallen sommige van de ingevoerde bepalingen reeds onder bepalingen van de zwarte en grijze lijst. Daarnaast is er ook het misbruik van economische afhankelijkheid (cfr. Art. IV.2 WER, zo beschrijft de wetgever misbruik o.a. als *“het opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden”*) en is er het hoofdstuk oneerlijke marktpraktijken, met inbegrip van agressieve en misleidende marktpraktijken. Tot slot beteugelt ook boek 5 van het burgerlijk wetboek bepaalde misbruiken (vb. art. 5.37 *“misbruik van omstandigheden”* en art. 5.52 *“onrechtmatige bedingen”*).
- (3) Correcte juridische afbakening en strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel

Vooraf in de aanvankelijk voorgelegde lijst met bepalingen en toelichting was het niet duidelijk of commerciële samenwerkingsovereenkomsten in het algemeen, dan wel commerciële samenwerkingsovereenkomsten in de voedingsretail beoogd werden.

In het overgemaakte voorontwerp van KB is duidelijk geworden dat enkel de voedingsretail (NACE-Code 47.11.) beoogd werd.

De vertegenwoordigers van diegene die het recht verlenen vragen zich af of het wel in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel om bij sommige bepalingen die een aanzienlijke verstrenging betekenen ten aanzien van het gemeen recht (zoals bv. Het verbod om een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde te voorzien of de uitsluiting van de mogelijkheid tot arbitrage of een forumbeding voor geschillenbeslechting) enkel voor de voedingssector strengere maatregelen op te leggen.

Wat de voedingssector betreft, wijzen deze vertegenwoordigers erop dat er naast 5 grote spelers nog een paar kleine ketens bestaan. Bovendien heeft eenieder de mogelijkheid volledig onafhankelijk zijn winkel uit te baten (zoals bijv. veel nachtwinkels doen). Er is ook de mogelijkheid om van de ene naar de ander over te stappen bij einde contract, en men heeft ook altijd de mogelijkheid om te weigeren een contract aan te gaan als men niet akkoord is.

Daarnaast zijn er nog andere sectoren die gedomineerd worden door enkele spelers zoals de banksector of de telecomsector.

(4) Rechtsonzekerheid:

De clausules zijn zeer vaag. Je grijpt met deze aanvulling in op de contractvrijheid en wijkt op verschillende punten af van het gemeen recht. De bedingen zijn erg ruim en onnauwkeurig omschreven wat zal zorgen voor eindeloze discussies en rechtsonzekerheid. Toevoeging aan de zwarte lijst van verboden bedingen vraagt een zeer specifieke, duidelijke omschrijving van de verbodsbepaling.

(5) De tekst van de clausules komen niet altijd overeen met wat de wetgever in de algemene motivering wil regelen.

**De vertegenwoordigers van de organisaties die het recht verkrijgen** zijn het hier niet mee eens.

(1) Zoals ook uit recente wetgevende initiatieven is gebleken (bijvoorbeeld de UTP-richtlijn 2019/633) kan een correct functionerende voedingsmarkt enkel gewaarborgd worden als bepaalde aanzienlijke onevenwichten in de relaties tussen de betrokken spelers worden tegengegaan door de wetgever.

(2) en (3) De sector van de voedingsdistributie in België wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van weinig actoren (de 5 supermarkketens actief in België), waarbij een sterke onderlinge concurrentiestrijd speelt en waarbij deze actoren over het algemeen een dominante positie hebben in hun relaties met hun handelspartners wanneer het gaat om kmo's. Zoals ook in de conceptuele nota verstrekt door de bevoegde Ministers wordt aangegeven, is er vooreerst een belangrijke verzelfstandiging van de detailhandel in de maak, gepaard gaande met belangrijke investeringen en andere risico's. Bovendien blijkt dat in het kader van deze distributienetwerken deze zelfstandige operatoren in de praktijk onderworpen worden aan een zeer grote juridische en economische afhankelijkheid, en over een haast onbestaand onderhandelingsvermogen beschikken ten aanzien van de grote spelers in de sector van de voedingsdistributie. Bovenstaande redenen bieden dan ook een duidelijke en gerechtvaardigde verantwoording voor deze noodzakelijke bescherming.

(3) Zoals bijvoorbeeld uit de bepaling blijkt die betrekking heeft op (het uithollen van) de leveringsverplichting, dient met veel factoren eigen aan de sector rekening gehouden worden bij het beoordelen van een correcte en loyale uitvoering van de respectieve verbintenissen. Dit leidt ertoe dat de voorgestelde bepalingen van de zwarte en de grijze lijst met alle relevante factoren rekening moeten houden en in bepaalde gevallen een interpretatiemarge moeten toelaten. Indien dit correct toegelicht wordt in het Verslag aan de Koning leidt dit niet tot rechtsonzekerheid, maar dient dit juist de belangen van de beide partijen.

# 1 Hoofdstuk 1. Algemene opmerkingen van de brc Onrechtmatige Bedingen

## 1.1 Concrete impact

Zoals later bij het toepassingsgebied wordt besproken, heeft dit voorontwerp van KB tot doel bepaalde bedingen te regelen in de relaties tussen enerzijds voornamelijk de 5 grote supermarkketens in België, en anderzijds een 2000-tal zelfstandige verkooppunten. Er zijn ook veel verschillende soorten franchiseovereenkomsten, zelfs binnen hetzelfde bedrijf, met verschillende niveaus van dienstverlening (rechten en plichten) en verschillende beloningsniveaus.

## 1.2 Contextuele toetsing: ook rekening te houden met de belangen van het franchisesysteem naast de twee contractpartijen

Het voorontwerp van KB beoogt de commerciële samenwerkingsovereenkomsten te regelen, gesloten tussen een onderneming en een onderneming in detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen. Deze commerciële samenwerkingsovereenkomsten worden gemeenzaam “franchiseovereenkomsten” genoemd.

In de Europese deontologische code inzake franchise wordt dit begrip als volgt gedefinieerd (zie de website van de Belgische Franchise federatie (<https://www.fbf-bff.be>)):

“Franchise is een commercieel systeem van producten en / of diensten en / of technologieën, gebaseerd op een voortdurende en strikte samenwerking tussen juridisch en financieel onderscheiden en onafhankelijke ondernemingen, zijnde de franchisegever en de franchisenemer, waarbij de franchisegever aan zijn franchisenemers, het recht verleent maar ook deze laatste verplicht om een zaak te runnen, welke in lijn ligt met zijn concept.

Dit recht verleent en verplicht de franchisenemer, tegen een directe of indirecte vergoeding, het logo en / of het merk en / of de diensten, de kennis en andere intellectuele eigendom te gebruiken, waartegenover een constante commerciële en / of technische ondersteuning staat en beschreven in een franchise contract tussen beide partijen.”

Bij franchiseovereenkomsten moet bij de beoordeling van het al dan niet onrechtmatig karakter van de bedingen, gelet op de aard van dit concept, niet enkel met de contractuele belangen van de twee partijen, franchisegever en franchisenemer, rekening gehouden worden, maar ook met het commercieel systeem op zich.

Het is hierbij van belang dat de persoon die het recht verleent het commercieel systeem bewaakt. Dit is ook in het voordeel van diegene die het recht verkrijgt.

### 1.3 Vorm van het KB

De brc Onrechtmatige Bedingen vond het aangewezen om de nieuwe bepalingen op te nemen als een apart deel van de grijze en zwarte lijst, aangezien ze een specifieke situatie regelen. Dit zou kunnen gebeuren in de vorm van een tweede lid na de respectievelijke artikelen van de zwarte en de grijze lijst.

De brc Onrechtmatige Bedingen stelde vast dat dit effectief ook gebeurd is in het voorontwerp van KB dat haar op 21 december werd overgemaakt.

## 2 Hoofdstuk 2. Toepassingsgebied

*“Commerciële samenwerkingsovereenkomsten in detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen”*

In de oorspronkelijk overgemaakte lijst met verboden bedingen, en in de conceptuele nota waarin deze bepalingen werden toegelicht, kwam niet duidelijk naar voor of dit voorontwerp van KB in het algemeen van toepassing zou zijn op commerciële samenwerkingsovereenkomsten, dan wel meer specifiek betrekking zou hebben op de detailhandel in de voedingssector. Dit is inmiddels verduidelijkt in het op 21 december 2023 overgemaakt voorontwerp van KB waarin bepaald wordt dat de lijsten gelden voor “de detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen”. Dit is een woordelijke overname van NACE-Code 47.11.

De brc Onrechtmatige Bedingen beveelt aan om de betrokken NACE-Code die hier wordt bedoeld ook duidelijk in de tekst van het KB op te nemen.

Voor dit voorontwerp van KB wordt de in artikel I.11, 2°, WER, voorkomende definitie van commerciële samenwerkingsovereenkomst gebruikt. Deze definitie luidt als volgt:

*“2° “commerciële samenwerkingsovereenkomst” : overeenkomst gesloten tussen meerdere personen, waarbij de ene persoon het recht verleent aan de andere om bij de verkoop van producten of de verstrekking van diensten een commerciële formule te gebruiken onder één of meerdere van de volgende vormen :*

- *een gemeenschappelijk uithangbord;*
- *een gemeenschappelijke handelsnaam;*
- *een overdracht van know how;*
- *een commerciële of technische bijstand.*

Hoewel het wettelijke begrip “commerciële samenwerkingsovereenkomsten” ruimer is dan franchiseovereenkomsten dat nauwer overeenstemt met deze sector gaat de brc Onrechtmatige Bedingen ermee akkoord dat beter verwezen wordt naar deze definitie die in het WER wordt gedefinieerd, dan naar het niet in het WER gedefinieerde begrip “franchiseovereenkomsten”.

Dit maakt de lezing van het KB weliswaar omslachtig.

Anders zou het bijvoorbeeld volstaan om de term “uitbatingsovereenkomst” te gebruiken om niet onder de toepassing van het KB te vatten.

De organisaties die diegenen het recht verlenen vertegenwoordigen herhalen dat zij de vraag stellen of deze beperking tot voedingsretail niet tegen het gelijkheidsbeginsel ingaat.

### 3 Hoofdstuk 3. Analyse van de voorgestelde bepalingen

#### Voorafgaande opmerking: opname in de zwarte dan wel de grijze lijst:

Tijdens de discussies kwam de vraag aan bod welke bepalingen in de zwarte dan wel de grijze lijst moesten opgenomen worden, dan wel veranderen van de ene naar de andere lijst. De deskundigen en de leden wezen in dit opzicht (1) in eerste instantie op het al dan niet essentieel belang dat geregeld wordt door de clause (bijvoorbeeld hoofdverbintenis, toegang tot de rechter), en (2) ten tweede op de beoordelingsmarge die de betrokken verbodsbepaling laat als criterium. Hoe meer de beoordeling van de omstandigheden afhangt, hoe meer gepleit kan worden voor een opname in de grijze lijst.

Beide criteria zijn van belang, maar wetgevingstechnisch gezien kan een bepaling van de zwarte lijst wel beoordelingsmarge inhouden.

#### 3.1 Afdeling A. Zwarte lijst

##### 3.1.1 Uitholling van de essentiële leveringsverplichting

De eerste voorgestelde bepaling die op de zwarte lijst zou voorkomen, is als volgt geformuleerd:

Zijn verboden, de bedingen die ertoe strekken:

*“1° de **rechten** van de persoon die het recht verkrijgt, uit te sluiten of te beperken in geval van het **niet of gebrekkig naleven van de leveringsverplichting** voor goederen en diensten in hoofde van de persoon die het recht verleent, door de persoon die het recht verkrijgt de mogelijkheid te **ontzeggen tot schadeloosstelling of het recht te ontzeggen of ongepast te beperken om zich bij derden te kunnen bevoorraden**”.*

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vooreerst op dat deze bepaling verband houdt met de huidige artikelen VI.91/5, 4°, en VI.91/5, 6° WER, maar specifiek toegespitst wordt op de leveringsverplichting of het gebrekkig naleven van de leveringsverplichting.

### Voorbeelden van clausules gegeven door de Ministers in de begeleidende documenten:

Zoals kan opgemaakt worden in de tabellen met een overzicht van problematische clausules blijken op dit vlak (minstens) deze problemen:

- 1) De verplichting om de leveringstermijnen na te leven en zelfs de verplichting om de juiste hoeveelheid te leveren, zijn loutere middelenverbintenissen.
- 2) Er worden ruime definities van overmacht toegepast. Gebrek aan (tijdige) leveringen of niet-conforme leveringen van leveranciers worden als overmacht beschouwd. Nochtans zal de franchisegever hoogstwaarschijnlijk wel zijn leverancier kunnen aanspreken als er geen (tijdige) levering is.
- 3) Er gelden strafbedingen of verminderde kortingen of premies mocht de franchisenemer zich bij een derde bevoorraden. Dat betekent de facto dat de franchisenemer niets kan ondernemen.
- 4) De tekortkoming in de leveringsverplichting kan een gevolg zijn van onderhandelingen met leveranciers. De franchisenemer/het netwerk lijdt daardoor ernstige schade. De franchisenemer zou dan ook voordeel moeten kunnen halen uit die onderhandelingen. De vertegenwoordigers van diegenen die het recht verlenen verduidelijken in dit opzicht dat de franchisegever in onderhandelingen probeert de beste voorwaarden (aankoopprijs, promo's, kortingen, commerciële support...) te bekomen die toelaat aan lagere prijzen te verkopen/leveren aan franchisenemers die dan op hun beurt aan commercieel interessantere voorwaarden (betere prijs) aan hun eigen klanten die producten kunnen aanbieden (of een hogere marge kunnen nemen. Uitgangspunt is dat "centrale" die onderhandelingen beter kan voeren dan de franchisenemer.

### Analyse van de concrete voorgestelde bepaling

De tekst spreekt over "het ontzeggen of ongepast beperken om zich bij derden te kunnen bevoorraden".

Uit de discussies binnen de brc Onrechtmatige Bedingen is naar voor gekomen dat er velerlei redenen van niet-bevoorrading kunnen zijn, bijvoorbeeld ook onderhandelingen met een bepaalde leverancier van voedingsmiddelen die vastlopen en waardoor er een tijdelijke bevoorradingsstop is.

Daardoor kunnen verschillende factoren bepalen in welke mate (i) het niet of gebrekkig naleven van de leveringsverplichting als toerekenbaar zou moeten worden beschouwd en dus recht zou moeten geven op schadevergoeding en (ii) of het noodzakelijk is om zich tijdelijk bij derden te bevoorraden teneinde de detailwinkel niet te zeer in problemen te brengen.

Een oplossing kan er bijvoorbeeld ook in bestaan om de bevoorrading bij een derde leverancier pas na een bepaalde termijn van niet-levering toe te staan, tenzij dergelijke termijn onnuttig zou zijn in geval van dringende omstandigheden (bv. niet-levering van bepaalde producten in de dagen voor een feestdag).



In het Verslag aan de Koning moet volgens de brc Onrechtmatige Bedingen duidelijk gewezen worden op de soorten bedingen die tot gevolg hebben dat diegene die het recht verleent de contractuele belangen van diegene die het recht verkrijgt bovenmatig ondermijnt.

Ook wordt de vraag gesteld of de verwijzing naar de levering van diensten wel van praktisch nut is.

Aangezien het hier om het niet of gebrekkig naleven van de hoofdverbintenis van diegene die het recht verleent gaat, stemt de brc Onrechtmatige Bedingen in met een opname van deze bepaling in de zwarte lijst, met de nuance -gezien de vele verschillende situaties – dat dit enkel bij het ontzeggen of ongepaste beperking van de leveringsverplichting geldt.

Gezien de beoordelingsmarge pleiten de *organisaties die diegenen die het recht verlenen vertegenwoordigen* voor een opname van deze bepaling in de grijze lijst.

#### Nieuw voorstel van formulering:

De brc Onrechtmatige Bedingen stelt in plaats van de huidige moeilijke formulering tenslotte de volgende formulering voor:

*“1° de persoon die het recht verkrijgt de mogelijkheid tot schadeloosstelling te ontzeggen of het recht om zich bij derden te kunnen bevoorraden te ontzeggen of ongepast te beperken indien de persoon die het recht verleent de leveringsverplichting voor goederen en diensten niet of gebrekkig naleeft”*

### **3.1.2 Het recht om voorbereidingen te treffen of onderhandelingen aan te vatten [tijdens de opzegtermijn]**

De tweede oorspronkelijk voorgelegde bepaling die op de zwarte lijst zou voorkomen luidt als volgt:

*“2° de persoon die het recht verkrijgt te **verbieden om voorbereidingen te treffen of onderhandelingen aan te vatten** met het oog op het ontwikkelen van een activiteit **tijdens de opzegtermijn of de termijn van het niet concurrentiebeding** die de persoon die het recht heeft verkregen, zelf heeft gegeven of heeft ontvangen van de persoon die het recht verleent, onder voorbehoud van het vrijwaren van het bedrijfsgeheim verbonden aan de overeenkomst;”*

#### Analyse door de brc Onrechtmatige Bedingen

De brc Onrechtmatige Bedingen stelt vooreerst vast dat de opsteller van het ontwerpKB de oorspronkelijke tekst heeft vereenvoudigd en de overbodige zinsnede *“de termijn van het niet concurrentiebeding die de persoon die het recht heeft verkregen, zelf heeft gegeven of heeft ontvangen van de persoon die het recht verleent”* heeft weggelaten.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vervolgens op dat de Nederlandse versie niet duidelijk geformuleerd is: het gaat enkel over het *treffen van voorbereidingen of aanvatten van onderhandelingen* tijdens de opzegtermijn/ termijn van het niet-concurrentiebeding en dus niet over *het ontwikkelen van een activiteit* tijdens die termijn.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt ook op dat het Verslag aan de Koning best verduidelijkt dat het met 'nieuwe' activiteiten ook kan gaan om nieuwe "identieke of gelijkaardige" activiteiten.

De brc Onrechtmatige Bedingen benadrukt tenslotte dat deze verbodsbepaling los staat van de geldigheid van niet-concurrentiebedingen, die kunnen worden getoetst aan de criteria die volgen uit het Europees recht en uit het gemeen verbintenissenrecht.

#### Nieuw voorstel van formulering:

De brc Onrechtmatige Bedingen stelt de volgende formulering voor:

*"2° de persoon die het recht verkrijgt te verbieden om tijdens de opzegtermijn voorbereidingen te treffen of onderhandelingen aan te vatten met het oog op het ontwikkelen van een nieuwe activiteit, onder voorbehoud van het vrijwaren van het bedrijfsgeheim verbonden aan de overeenkomst."*

### **3.1.3 Het afwentelen van de kost van promoties allerhande**

De derde voorgestelde bepaling van de zwarte lijst luidt als volgt:

*"3° diegene die het recht verkrijgt, een onevenredig groot deel van de kosten te laten dragen van promotieacties die door diegene die het recht verleent zijn opgelegd;"*

#### Analyse door de brc Onrechtmatige Bedingen

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vooreerst op dat deze bepaling in de eerste plaats een praktijk, een gedraging bij een concrete promotieactie, uitmaakt. Maar er zijn ook bedingen waarbij contractueel bedongen wordt dat degene die het recht verkrijgt de kosten moet dragen van het 'promotieplan'.

Er kan ten tweede inspiratie gevonden worden in de betrokken bepaling van de UTP-wet (de wetgeving inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen<sup>1</sup>, namelijk de grijze lijst van artikel VI.109/6 WER, en vooral artikel VI.109/6, 3°, WER. Er moet evenwel opgemerkt worden dat deze vermoedelijk oneerlijke marktpraktijken gelden in de relaties tussen een leverancier van landbouw- en voedingsproducten en zijn afnemer, waar het hier gaat om de relatie tussen een onderneming (supermarkt) en een detailhandel in voeding.

Artikel VI.109/6, 3° WER stelt in dit opzicht dat onder een aantal strikte voorwaarden een dergelijke 'praktijk' wel toegestaan kan worden, onder de volgende voorwaarden:

- (i) De afnemer specificeert vóór een promotieactie op zijn eigen initiatief de periode waarin de promotie plaatsvindt en de verwachte hoeveelheid landbouw- en voedingsproducten die zal worden besteld tegen de na aftrek van de korting verkregen prijs.

---

<sup>1</sup> Wet van 28 november 2021 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen, B.S. 15 december 2021.

- (ii) De afnemer verstrekt voorafgaand aan elke promotionele actie een schriftelijke raming van het door de leverancier te betalen bedrag en/of de elementen waarop deze raming is gebaseerd.
- (iii) Dit is duidelijk en ondubbelzinnig is overeengekomen in de overeenkomst.
- (iv) De leverancier gaat uitdrukkelijk akkoord met deze kosten. Is dit niet het geval, dan dient hij deze niet te dragen.

De brc Onrechtmatige Bedingen vindt vervolgens dat het criterium “een onevenredig groot deel” van de kosten erg vaag is. Idealiter kan dit iets concreter worden bepaald, vb. “meer dan de helft van de kosten”. Dit is noodzakelijk aangezien het hier om een zwart beding gaat dat eenvoudig getoetst moet kunnen worden.

Als alternatief wijzen de vertegenwoordigers van de organisaties die het recht verlenen op een opname op de grijze lijst.

De organisaties die diegenen die het recht verlenen vertegenwoordigen, vinden tenslotte dat de verwijzing in de algemene motivering naar de **marge** die aangetast zou worden door promoacties niet correct is. Een verwijzing naar een marge in het algemeen kan niet de bedoeling zijn, aangezien de marge van een bedrijf afhankelijk is van zeer veel factoren (goed beheer van de onderneming, externe factoren zoals wegenwerken,...). De link naar ‘marge’ in de motivering zou weg moeten.

De organisaties die diegenen die het recht verkrijgen bij de commerciële samenwerkingsovereenkomsten vertegenwoordigen, willen er echter op wijzen dat verplichte promoties; maximumprijzen en een verplicht assortiment (en vaak de combinatie van de drie), net een zeer belangrijke impact hebben op de marge (en mogelijks kunnen leiden tot een structureel verlies). Deze zaken (al dan niet in combinatie met elkaar) kunnen naargelang de situatie zowel een oneerlijk beding uitmaken, een oneerlijke handelspraktijk of een misbruik van een positie van economische afhankelijkheid.

### **3.1.4 Het opleggen van een arbitragebeding of een forumbeding ten voordele van een buitenlandse rechtbank indien beide partijen in België gevestigd zijn**

Het vierde voorgestelde beding van de zwarte lijst luidt als volgt:

*“4° de persoon die het recht verkrijgt te verplichten zijn geschil enkel voor een bepaalde arbitrageinstantie voor te leggen, alsook enkel de rechter van de zetel van de persoon die het recht verleent bevoegd te verklaren om kennis te nemen van het geschil.”*

In het voorontwerp van KB dat op 21 december is doorgestuurd naar de adviesorganen, wordt dit beding in twee gesplitst. De volgende bepalingen worden dan voorgelegd aan de brc Onrechtmatige Bedingen:

“[Zijn onrechtmatig, de bedingen die ertoe strekken:]

*4° de persoon die het recht verkrijgt te verplichten zijn geschil enkel voor een bepaalde arbitrageinstantie voor te leggen;*

*5° enkel de rechter van de zetel van de persoon die het recht verleent, bevoegd te verklaren om kennis te nemen van het geschil.”*

In de hiernavolgende bespreking wordt in eerste instantie de bepaling inzake arbitrage besproken, en ten tweede het beding omtrent de bevoegde rechter (forumkeuzebeding).

## a. Arbitragebeding

### 1. Bespreking door de brc Onrechtmatige Bedingen

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vooreerst op dat het verwarrend is dat er sprake is van een “bepaalde” arbitrage-instantie. Dit wekt de indruk dat een arbitragebeding waarbij er geen specifieke arbitrage-instantie wordt aangeduid, wel toegestaan is. Dat lijkt niet overeen te komen met de doelstelling van deze bepaling.

Zoals de brc Onrechtmatige Bedingen reeds naar voor bracht<sup>2</sup> en eveneens volgt uit de principes inzake arbitrage<sup>3</sup> en buitengerechtelijke geschillenbeslechting<sup>4</sup>, is een essentieel element inzake arbitrage haar vrijwillig karakter. Beide partijen moeten arbitrage aanvaarden, in principe op het moment waarop het geschil zich voordoet. Wel wordt in het gemeen recht aanvaard dat een arbitrageclausule wordt opgenomen in de algemene contractvoorwaarden.

### 2. Advies van de brc Onrechtmatige Bedingen

De brc Onrechtmatige Bedingen vindt het voorgestelde verbod van het principiële opnemen van arbitragebedingen in de zwarte lijst echter té vergaand. Het beslechten van geschillen via arbitrage kan nuttig zijn en moet worden aangemoedigd tussen partijen.

Onevenwichtige arbitragebedingen moeten aangepakt worden, maar een dergelijke analyse moet dan wel gebeuren rekening houdend met alle omstandigheden dus aan de hand van de algemene norm, en niet op zich als een zwart beding veroordeeld worden.

De leden die de franchisenemers vertegenwoordigen kunnen dan ook akkoord gaan met een bepaling die arbitragebedingen als onrechtmatig beschouwt in twee specifieke gevallen, namelijk als de bij de kost van de contractueel aangewezen arbitrage-instantie onredelijk hoog zou zijn, bijvoorbeeld hoger dan het maximumbedrag van de rechtsplegingsvergoeding cf. artikel 1022 Ger. W., of het arbitragebeding ertoe zou leiden dat een arbiter zou worden aangeduid in een andere taal dan de taal van de commerciële samenwerkingsovereenkomst. In die twee specifieke gevallen mag er van uitgegaan worden dat dit het de franchisenemer moeilijk maakt zijn rechten te verdedigen in geval van geschil.

In de toelichting wordt vervolgens vermeld dat het nuttig kan zijn om de opname van een arbitragebeding te verbieden en dit niet alleen in een volstrekt Belgisch geschil maar “ook in

---

<sup>2</sup> Zie brc Onrechtmatige Bedingen advies nr. 49, 17 november 2022, Advies inzake bepaalde clausules in de agrovoedingsketen naar aanleiding van de Oekraïne-crisis, p. 18.

<sup>3</sup> Zie de artikelen 1676 tot 1723 Gerechtelijk wetboek

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld het «principe van vrijheid» in de ADR-richtlijn voor consumentengeschillen: “1. De lidstaten zorgen ervoor dat een overeenkomst tussen een consument en een ondernemer om geschillen voor te leggen aan een ADR-entiteit niet bindend is voor de consument indien de overeenkomst vóór het ontstaan van het geschil is gesloten en tot gevolg heeft dat de consument het recht wordt ontnomen zich voor de beslechting van het geschil tot de rechter te wenden.” Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *Publ.-bl. EU, L 165, 18.6.2013, p. 63–79*.

een internationaal geschil onder voorbehoud van een grondiger onderzoek van de regels van internationaal recht”.

De voorgestelde bepaling geldt ook in een internationaal geschil. Zij geldt bovendien onder voorbehoud van hun overeenstemming met de principes van het internationaal privaatrecht. Het is in dit opzicht niet duidelijk of er ook daadwerkelijk een onderzoek is geweest naar de regels van internationaal recht.

**b. Bevoegdheidsbeding: geen exclusieve bevoegdheid rechtbank zetel franchisegever**

Het voorgestelde 5<sup>de</sup> beding van de zwarte lijst verbiedt dus bedingen die ertoe strekken “enkel de rechter van de zetel van de persoon die het recht verleent, bevoegd te verklaren om kennis te nemen van het geschil”.

- *Voorgestelde beding verbiedt enkel de exclusieve bevoegdheid van de rechter van de zetel van de persoon die het recht verleent.*

Er kan vooreerst opgemerkt worden dat dit een beperkter verbod is dan wat in de toelichting inzake deze forumbedingen gesuggereerd wordt. Volgens de toelichting is het onrechtmatig als de zwakke partij wordt verhinderd om stappen te zetten voor de rechtbanken van haar maatschappelijke zetel. Volgens de toelichting is het dus belangrijk dat de franchisenemer zich kan richten tot de rechtbank van haar maatschappelijke zetel. Dat doel wordt echter niet bereikt door te verbieden dat de rechter van de zetel van de persoon die het recht verleent, exclusief bevoegd is.

Als de wetgever dat doel zou willen bereiken, zou hij het volgende kunnen bepalen: “een andere rechtbank bevoegd te verklaren dan de rechtbank van de zetel van de franchisenemer”.

Het lijkt de brc weliswaar niet ideaal om een verplichting op te nemen in de vorm van een verbod.

*De vertegenwoordigers van diegene die het recht verlenen* wijzen er verder op dat er gespecialiseerde rechtbanken zijn om franchisegeschillen te beoordelen. Indien dit net de rechtbank is van de zetel van de franchisegever, moet het geschil voor een andere rechtbank gebracht worden, met het risico dat de beslissing zonder kennis van zaken genomen zou worden. Een gespecialiseerde rechtbank is daarom net in het voordeel van de franchisegever én de franchisenemer. Bijvoorbeeld, heeft elke rechter voldoende kennis heeft van waarderingsformules van handelsfonds of de aandelen van een onderneming?

- *Gebrek aan wederkerigheid in forumbedingen: rechtspraak op basis van de algemene norm in de b2c-verhouding*

Verder verwijst de toelichting naar bedingen die de sterke partij toelaten om de rechtbank te kiezen wanneer zij gerechtelijke stappen moet zetten, maar dat dit recht niet verlenen aan de zwakke partij.

De brc Onrechtmatige Bedingen wijst erop dat dergelijke bedingen, waar de ene partij zich een keuzerecht verleent terwijl de andere partij geen gelijkaardige keuzemogelijkheid heeft, reeds

in de rechtspraak onrechtmatige bedingen ten aanzien van consumenten expliciet is veroordeeld. Ze verwijst in dit opzicht naar een arrest van het Hof van Beroep van Luik van 12 januari 2007<sup>5</sup>. Doordat de bank zich een keuzerecht tussen drie opties voorbehield, terwijl de consument geen gelijkaardige keuzemogelijkheid heeft wou hij zich tot de rechter wenden, oordeelde het Hof van Beroep dat er sprake was van een kennelijke asymmetrie en dus onevenwicht. Dit gebrek aan wederkerigheid is bijvoorbeeld ook een belangrijk element in de Franse 'b2b'-rechtspraak bij het beoordelen van clausules die partijen bepaalde rechten toekennen<sup>6</sup>

- *Geen oplossing van eventuele taalproblemen bij dit verbod*

De toelichting verwijst tenslotte naar de mogelijke moeilijkheid op vlak van taalgebruik als de rechtbank van de zetel van de franchisegever exclusief bevoegd is.

Het probleem van het taalgebruik wordt met de voorgestelde bepaling echter niet opgelost.

Voorbeeld: de franchisegever heeft zijn zetel in Luik:

- De franchisegever kan dan de ondernemingsrechtbank van Luik, afdeling Luik niet exclusief bevoegd verklaren. Mogelijk kan hij dan wel nog de ondernemingsrechtbank van Luik, *afdeling Aarlen of afdeling Huy* exclusief bevoegd verklaren? Wat is "de rechtbank van de zetel van de franchisegever?"
- In ieder geval zal de betrokken franchisegever bijvoorbeeld de Franstalige ondernemingsrechtbank van Brussel exclusief bevoegd kunnen verklaren.

## 3.2 B. Grijze lijst

### **Optie- en voorkooprechtclausules met onevenwichtige waardebepalingen**

Worden krachtens de eerste voorgestelde aanvulling van de grijze lijst vermoed onrechtmatig te zijn, de bedingen die ertoe strekken:

*"1° een forfaitaire waardering van het handelsfonds of de aandelen van de onderneming van de persoon die het recht verkrijgt te maken waarbij een prijs wordt vastgesteld die niet redelijkerwijze beantwoordt aan een normale waardering van een handelsfonds of de aandelen van een onderneming, aan normaal gangbare waarderingcriteria;"*

---

<sup>5</sup> "Les tribunaux dans le ressort duquel le siège de la banque est établi sont, sauf dispositions légales contraires, seuls compétents pour toute contestation entre la Banque et un client. La Banque a cependant le droit de citer le client devant un autre tribunal compétent en vertu du droit commun. » Ook L. VAN DEN STEEN merkt op dat het Hof van Beroep van Luik in het algemeen vooral op basis van 'abstracte symmetrie' heeft geredeneerd. L. VAN DEN STEEN, "Onrechtmatige bedingen in het Algemeen Reglement van een bank", in *D.C.C.R.*, 2008, nr. 78, p. 108-109, en p. 119.

<sup>6</sup> TERRY, E., "Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen", 95-147, in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK, E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in b2B-relaties, Consumer Competition Market Series*, intersentia-Lefebvre Sarrut Belgium NV, 2020, p. 113.

In de tekst van het voorontwerp van KB is deze formulering lichtjes aangepast als volgt:

*1° een forfaitaire waardering van het handelsfonds of de aandelen van de onderneming van de persoon die het recht verkrijgt te maken waarbij een prijs wordt vastgesteld die niet redelijkerwijze beantwoordt aan een normale waardering van een handelsfonds of de aandelen van een onderneming;"*

#### Bespreking door de brc Onrechtmatige Bedingen

- *Bepaling dekt de hypothesen in de toelichting gegeven niet*

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vooreerst op dat de toelichting meer situaties vermeldt dan wat zou worden gedekt door het verbod. De volgende situaties worden namelijk niet gedekt door dit beding:

- 1) Beding dat aan de persoon die het recht verleent, toelaat om de prijs te verminderen omdat "dit" de bedongen prijs) nadelig zou zijn voor het netwerk;
- 2) Optie- en voorkooprechten met onwerkzaam lange antwoordtermijnen

- *"Grijze lijst?" – beperken tot manifest onredelijke waarderingen?*

Binnen de brc Onrechtmatige Bedingen werd de vraag gesteld of het wel nuttig is om deze bepaling op de *grijze* lijst te plaatsen. Er wordt getwijfeld of het doel zo zou worden bereikt.

De vertegenwoordigende organisaties van zij die het recht verlenen gaan hiermee niet akkoord en vinden bovendien dat enkel *manifest onredelijke* waarderingsbedingen als onrechtmatig beschouwd moeten worden.

Hoewel bepalingen die op de zwarte lijst zouden worden opgenomen in alle gevallen onrechtmatig zijn en deze best niet aan te veel beoordelingsmarge worden onderworpen, is de brc Onrechtmatige Bedingen van mening dat wetgevingstechnisch niets belet dat ook bedingen van de zwarte lijst een beoordelingsmarge inhouden.

#### Voorstel van nieuwe formulering

De brc Onrechtmatige Bedingen stelt de volgende alternatieve formulering voor:

*"een handelsfonds of de aandelen van een onderneming forfaitair te waarderen op basis van een [kennelijk onredelijke/ niet-gangbare] waarderingsformule"*

De vertegenwoordigers van diegene die het recht verkrijgen gaan hiermee niet akkoord. Wat gangbaar is in de sector is jammer genoeg niet steeds redelijk. In het Verslag aan de Koning staat dat het marktconform moet zijn, wat iets anders is dan 'kennelijk onredelijk'.

#### **Het dwingend moeten verderzetten van een uitbating die verlieslatend is**

De tweede voorgestelde bepaling van de grijze lijst luidt als volgt:

*"2° de persoon die het recht verkrijgt te verbinden tot uitbating van een onderneming die minstens 12 maanden structureel verlieslatend is zonder te voorzien in een opzegtermijn van maximum 4 maanden voor de persoon die het recht verkrijgt, zonder bijkomende vergoeding;"*

### Bespreking door de brc Onrechtmatige Bedingen:

- *“structureel verlieslatend”*

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vooreerst op dat het begrip “structureel verlieslatend” een heel rekbaar en onduidelijk begrip is. De vertegenwoordigers van diegene die het recht verkrijgen stellen dan ook een specifiekere definiëring van dit begrip voor, bijvoorbeeld “het verlies van de helft van de netto-activa zonder kans op economisch herstel van de onderneming”.

- *Suggestie van diegene die het recht verkrijgen om dit op te nemen in de zwarte lijst:*

De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat het doel van dit verbod beter bereikt wordt indien dit verbod op de zwarte lijst geplaatst wordt. Wederom houdt dit wetgevingstechnisch niet tegen dat de rechter alsnog kan beoordelen welke elementen het verlies veroorzaken.

De vertegenwoordigers van diegenen die het recht verlenen zijn het hier niet mee eens. Zij vinden dat deze bepaling op de grijze lijst moet blijven.

Ze wijzen er daarnaast op dat een onderneming omwille van heel verschillende redenen structureel verlieslatend kan zijn. er kunnen wegens werken geweest zijn, er kunnen zich externe factoren als Covid voordoen, het kan te wijten zijn aan de wijze van bedrijfsvoering van diegene die het recht verkrijgt. In al deze gevallen kan de insolventiewetgeving ingeroepen worden.

### **Onredelijke uitdrukkelijk ontbindende bedingen**

De derde voorgestelde bepaling van de grijze lijst luidt als volgt:

*“3° de persoon die het recht verleent toe te staan de commerciële samenwerkingsovereenkomst te beëindigen met toepassing van een uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde.”*

Deze bepaling is, zoals eveneens werd opgemerkt door de brc Onrechtmatige Bedingen, tekstueel aangepast als volgt: ***“3° de persoon die het recht verleent toe te staan de commerciële samenwerkingsovereenkomst te beëindigen met toepassing van een uitdrukkelijk ontbindend beding.”***

### Bespreking door de brc Onrechtmatige Bedingen:

- *Vorige adviezen: aanpakken van onrechtmatige uitdrukkelijk ontbindende bedingen via de algemene norm*

Deze bepaling wil uitdrukkelijke ontbindende bedingen in de commerciële samenwerkingsovereenkomst verbieden om onmiddellijke beëindiging of beëindiging binnen zeer korte termijn te vermijden. Enkel de rechter zou mogen oordelen dat er een zware fout is die de beëindiging van de commerciële samenwerkingsovereenkomst verantwoordt.

Uit de discussies die binnen de brc Onrechtmatige Bedingen gevoerd werden omtrent deze bepalingen, is vooral naar voor gekomen dat opgetreden moet worden tegen uitdrukkelijk ontbindende bedingen die niet aan de volgende minimale principes voldoen, zoals dit onder



meer naar voor kwam in het advies inzake bepaalde contractvoorwaarden inzake energielevering in overeenkomsten met ondernemingen<sup>7</sup>:

- de contractuele tekortkomingen die aanleiding kunnen geven tot een (buitengerechtelijke) ontbinding moeten duidelijk opgesomd zijn zodat de tegenpartij hier van op de hoogte zou zijn,
- het moet ten tweede gaan om voldoende zwaarwichtige tekortkomingen die een ontbinding rechtvaardigen (bijvoorbeeld ernstige tekortkomingen inzake voedselveiligheid, zwartwerk, enz. door diegene die het recht verkrijgt).
- de wederpartij moet, indien dit mogelijk is gelet op de contractuele tekortkoming, aangemaand worden om zich alsnog in orde te stellen of anderszins ook voldoende waarborgen te bieden voor de goede uitvoering van zijn verbintenissen. Een ontbinding op korte termijn kan enkel indien geen andere oplossing mogelijk is gelet op de betrokken fout.

Uitdrukkelijk ontbindende bedingen die niet aan deze minimale eisen beantwoorden, kunnen strijdig bevonden worden met de algemene norm van artikel VI.91/3 WER.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt in dit opzicht op dat uitdrukkelijk ontbindende bedingen principieel door het Hof van Cassatie worden aanvaard tenzij in uitzonderlijke gevallen (bijvoorbeeld huur). Door uitdrukkelijk ontbindende bedingen zonder meer in de zwarte/grijze lijst op te nemen wordt bijgevolg afbreuk gedaan aan de principiële aanvaarding van dergelijke bedingen.

- *Grijze lijst?*

Gezien de toelichting door de wetgever, lijkt het erop dat de wetgever lijkt dergelijke situaties te allen tijde wil vermijden. De vraag stelt zich dan of het nuttig is deze bepaling op de grijze lijst te stellen en of een opname in de zwarte lijst niet beantwoordt aan de doelstellingen van de wetgever.

De *organisaties die diegenen die het recht verlenen vertegenwoordigen* zijn het niet eens met deze suggestie omdat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die dit rechtvaardigen.

-----

\_\_\_\_\_

<sup>7</sup> Brc OB 56, 24 november 2023, Advies inzake bepaalde contractvoorwaarden in overeenkomsten omtrent energielevering met ondernemingen, p. 17 en Aanbeveling 3.2. op p. 29.