

Een voorstel voor Europese beginselen voor verticale overeenkomsten: relevant voor de Nederlandse praktijk?

E. Beekman*

1 Inleiding

Recentelijk verschenen van de hand van de *Study Group on a European Civil Code* de 'Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts' (hierna de CAFDC genoemd).¹ Met deze beginselen doen de opstellers een voorstel voor specifieke regels op het gebied van agentuur-, distributie-, franchiseovereenkomsten en andere zogenaamde verticale overeenkomsten.² Net als de Principles of European Contract Law (PECL) zijn ook de CAFDC in principe bedoeld als een basis voor verdere harmonisatie en ontwikkeling van de verschillende rechtsstelsels in Europa³. De CAFDC kunnen echter ook (op andere manieren) voor de praktijk van belang zijn. Ten eerste geldt dat aangezien ons Burgerlijk Wetboek slechts specifieke regels geeft voor de agentuurovereenkomst en niet voor de andere overeenkomsten waar de CAFDC op toezien, de CAFDC van invloed kunnen zijn op de manier waarop in de praktijk met deze overeenkomsten wordt omgegaan. Ten tweede geldt dat partijen bij een overeenkomst er zelf voor kunnen kiezen om de CAFDC op hun relatie van toepassing te verkla-

* Advocaat te Amsterdam.

1 Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts (European Civil Code S.) (red. Martijn Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Diaz, Manola Scotton & Muriel Veldman), München: Sellier 2006.

2 De CAFDC zijn als gevolg van artikel 1:101 ook van toepassing op andere overeenkomsten waarbij de ene partij de vaardigheden en inspanningen van de andere partij gebruikt om producten op de markt te brengen. Volgens de toelichting omvat de term 'producten' zowel goederen als diensten. Op voornoemde restcategorie zal in par. 2.2.3 verder op in worden gegaan. De overeenkomsten die onder de CAFDC vallen, zullen in deze bijdrage gezamenlijk 'verticale overeenkomsten' worden genoemd.

3 De vraag of harmonisatie via beginselen wenselijk is zal hier niet behandeld worden. Zie hierover bijvoorbeeld J.M. Smits, *Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is*, *Contracteren* 3 (2001), p. 73-74; en M.W. Hesselink, *Naar een coherenter Europees contractenrecht?*, *NJB* 2003, p. 2086; en J.M. Smits, *Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid*, preadvies NJV 2006, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 2006-I, p. 57-104.

ren. Vooralsnog is het twijfelachtig of een dergelijke keuze in een internationale verhouding ook de dwingendrechtelijke bepalingen opzij zet van het recht dat volgens het EVO van toepassing is.⁴ Indien echter het voorstel van de Europese Commissie voor een Verordening betreffende het recht dat van toepassing is op overeenkomsten (Rome I)⁵ zou worden aangenomen, dan zou hierin verandering komen. Als gevolg van het voorgestelde artikel 3 lid 2 kunnen partijen namelijk een niet-statelijk recht (zoals de hier besproken CAFDC) kiezen als toepasselijk recht:

‘De partijen kunnen als toepasselijk recht ook kiezen voor beginselen en regels van het materiële verbintenissenrecht die op internationaal of communautair niveau zijn erkend.

De kwesties betreffende gebieden die onder deze beginselen of regels vallen en die daardoor niet uitdrukkelijk worden geregeld, worden beheerst door de daaraan ten grondslag liggende algemene beginselen, of bij ontstentenis van dergelijke beginselen door het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig deze verordening van toepassing is.’

Indien het voorstel wordt aangenomen, zal een dergelijke keuze daarom in beginsel dezelfde gevolgen hebben als wanneer partijen een statelijk recht kiezen, met dien verstande dat kwesties die onder het gekozen niet-statelijk recht vallen maar daardoor niet uitdrukkelijk worden geregeld, worden beheerst door de daaraan ten grondslag liggende algemene beginselen, of bij ontstentenis daarvan door het recht dat bij gebreke van de rechtskeuze van toepassing zou zijn.

In deze bijdrage zullen de hoofdlijnen van de CAFDC worden besproken, waarbij vooral aandacht zal worden besteed aan de twee onderwerpen waarover in mijn ervaring in de praktijk de meeste conflicten ontstaan: de beëindiging en – vaak ook in die context – de kwalificatie van overeenkomsten. Hierbij zal steeds een korte vergelijking worden gemaakt met hetgeen naar Nederlands recht geldt.

4 Zie hierover bijvoorbeeld D. Busch & E.H. Hondius, *Een nieuw contractenrecht voor Europa*, NJB 16 (2000), p. 838-839.

5 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad op het gebied van het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), COM (2005) 650 definitief.

2 Reikwijdte en overzicht van de CAFDC

2.1 Opzet

De CAFDC bestaan uit een viertal delen. Het eerste deel geeft regels die van toepassing zijn op alle verticale overeenkomsten, zoals de regels bij beëindiging. Daarna worden achtereenvolgens de agentuur-, de franchise- en de distributieovereenkomst behandeld, waarbij bij de laatste vorm nog een onderscheid wordt gemaakt tussen exclusieve en selectieve distributie en distributieovereenkomsten met een exclusieve afnameverplichting.

De CAFDC zien slechts toe op de interne relatie tussen de partijen. Kwesties als de vertegenwoordigingsbevoegdheid, productaansprakelijkheid, regresrechten, enzovoort worden niet door de CAFDC gereguleerd.

2.2 De overeenkomsten

2.2.1 *Agentuur*

De agentuurovereenkomst wordt omschreven als:

‘de overeenkomst waarbij de ene partij (de handelsagent) zich verbindt om op duurzame basis als zelfstandige tussenpersoon over de totstandkoming van overeenkomsten te onderhandelen of deze af te sluiten op naam van een andere partij (de principaal), waarbij de principaal zich verbindt de handelsagent te belonen voor zijn inspanningen.’⁶

Deze definitie komt mijns inziens op hetzelfde neer als de definitie van de agentuurovereenkomst in artikel 7:428 BW. Er is echter wel een aantal verschillen. Zo spreekt artikel 7:428 BW over het ‘voor bepaalde of onbepaalde tijd’ bemiddelen, terwijl de CAFDC spreken over ‘op duurzame basis’.⁷ Voorts wordt in de CAFDC gesproken van ‘onderhandelen’ en niet zoals in artikel 7:428 BW van ‘bemiddelen’. Indien de term ‘onderhandelen’ letterlijk moet worden uitgelegd, is de definitie van de CAFDC op dit punt beperkter dan die in het Burgerlijk Wetboek. Iemand die bemiddelt bij een overeenkomst, hoeft immers niet noodzakelijkerwijs te onderhandelen over die overeenkomst; de werkzaamheden van een agent kunnen beperkt blijven tot het doorgeven van orders aan zijn of haar principaal. Ik vraag mij echter af of de definitie ook zo bedoeld is.

⁶ Art. 2:101 CAFDC.

⁷ De oorspronkelijke tekst van de CAFDC is in het Engels opgesteld. In deze bijdrage ga ik uit van de Nederlandse vertaling zoals die is opgenomen in de publicatie van de CAFDC.

Ook de wederzijdse verplichtingen van de principaal en de agent komen min of meer overeen met de verplichtingen die zijn neergelegd in het Burgerlijk Wetboek, met een paar belangrijke aanvullingen en beperkingen ten aanzien van onder andere de goodwillvergoeding. Zo geeft artikel 2:312 lid 1 en 2 CAFDC een specifieke berekeningsmethode voor de goodwillvergoeding van de agent bij beëindiging van de overeenkomst, die in artikel 7:442 BW ontbreekt. In tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland is in Nederland nog vrij weinig bekend over de manier waarop goodwill wordt berekend, zodat het interessant zal zijn om te zien of in de praktijk wellicht bij deze berekening zal worden aangehaakt. In tegenstelling tot de regeling van de goodwillvergoeding onder Nederlands recht is de reden van beëindiging onder de CAFDC niet relevant voor de vraag of de agent recht heeft op een goodwillvergoeding. De CAFDC stellen zelfs expliciet dat ook indien de overeenkomst wordt beëindigd wegens een fundamentele wanprestatie van de agent, de agent nog steeds recht kan hebben op een vergoeding.⁸

Bij het lezen van het hoofdstuk over agentuur rijst de vraag waarom de opstellers op bepaalde punten zijn afgeweken van de Agentuurrichtlijn.⁹ Een toelichting op dit punt ontbreekt. Ook de verhouding tussen hoofdstuk 2 van de CAFDC en de Agentuurrichtlijn wordt niet nader toegelicht, wat in het licht van de Ingmar-Eaton-uitspraak van het Hof van Justitie bevreemdt.¹⁰ In dit arrest oordeelde het hof kort gezegd dat artikel 17 en 18 van de Agentuurrichtlijn, die de handelsagent na de beëindiging onder omstandigheden een beëindigingsvergoeding toekennen, van dwingend recht zijn en moeten worden toegepast als de handelsagent zijn activiteiten in een lidstaat heeft verricht, ongeacht de rechtskeuze voor het recht van een buiten de Europese Unie gelegen land. Wat geldt indien de goodwillvergoeding op grond van de CAFDC lager uitvalt dan de vergoeding waarop de agent op grond van een nationale implementatie van de Agentuurrichtlijn recht heeft? Het is jammer dat aan dergelijke vragen geen aandacht wordt besteed in de toelichting.

8 Vergelijk art. 7:448 lid 4 BW op grond waarvan de agent in een aantal gevallen in ieder geval geen recht op een goodwillvergoeding heeft.

9 Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 betreffende de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten, PB L 382 van 31.12.1986, p. 17-21.

10 HvJ EG 9 november 2000, zaak C-381/98, Ingmar/Eaton, NJ 2005, 332.

2.2.2 *Franchise*

De franchiseovereenkomst wordt gedefinieerd als de overeenkomst waarbij:

‘de ene partij (de franchisegever) de andere partij (de franchisenemer), tegen vergoeding, het recht verleent, een onderneming te drijven (franchiseonderneming) binnen het netwerk van de franchisegever met als doel de verkoop van specifieke producten op naam en voor rekening van de franchisenemer, en waarbij de franchisenemer het recht en de verplichting heeft om de handelsnaam of het handelsmerk en andere intellectuele eigendomsrechten, knowhow en de werkwijze van de franchisegever te gebruiken.’¹¹

Het Burgerlijk Wetboek kent geen definitie van de franchiseovereenkomst. In het Lampenier-arrest, waarin de vraag centraal stond of De Lampenier als franchisegever aansprakelijk was jegens een franchisenemer in verband met een foute omzetprognose – hetgeen niet het geval was – ging de Hoge Raad voor de betekenis van de term ‘franchiseovereenkomst’ uit van de definitie zoals deze in het mededingingsrecht wordt gehanteerd.¹² De definitie van de CAFDC sluit hierbij aan.

Uit de toelichting bij de CAFDC blijkt dat de term ‘producten’ niet alleen roerende zaken maar ook diensten kan betreffen. Ook wordt opgemerkt dat de vergoeding zowel direct als indirect kan plaatsvinden. Wat onder een ‘indirecte vergoeding’ moet worden verstaan, wordt verder niet duidelijk gemaakt. Ik vraag mij af of een overeenkomst die alle elementen van de definitie bevat, maar geen enkele verplichting tot periodieke betaling kent (bijvoorbeeld omdat de assistentie van de franchisegever zeer beperkt is) onder deze definitie zal vallen. Men zou kunnen betogen dat in dat geval een vergoeding zal zijn opgenomen in de verkoopprijs van de producten. Aan de andere kant lijkt het franchisehoofdstuk uit te gaan van de gedachte ‘voor wat hoort wat’ en vooral vast te willen stellen dat de franchisenemer waarvoor zijn geld krijgt, zodat kan worden betoogd dat indien de franchisenemer niet (substantieel) betaalt voor allerlei assistentie hij daar ook geen recht op heeft. Hoe het ook zij, het is zaak voor de franchisegever om heel precies te omschrijven waar hij zich wel en – vooral – waar hij zich niet toe verplicht. Doet hij dat niet dan gelden de vergaande verplichtingen van

¹¹ Art. 3:101 CAFDC.

¹² Zie HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 waar de Hoge Raad uitgaat van de definitie die wordt gebruikt in artikel 3 onder b van Verordening 4087/88. Deze verordening is overigens niet meer van kracht.

hoofdstuk 3 van de CAFDC, waarbij overigens moet worden opgemerkt dat een groot deel van de verplichtingen van dwingend recht is, zodat deze hoe dan ook zullen gelden.¹³ Zo legt artikel 3:102 CAFDC vergaande precontractuele informatieverplichtingen op de franchisegever, iets waarvoor ook Van der Heiden pleit.¹⁴ Als de franchisegever in strijd handelt met een informatieplicht dan is hij schadeplichtig jegens de franchisenemer, óók indien de franchisenemer zich niet op de PECL-variant van dwaling kan beroepen,¹⁵ tenzij de franchisegever reden had om te geloven dat de verschaft informatie adequaat was ofwel op tijd gegeven.¹⁶

Het is opvallend dat de CAFDC geen specifieke beëindigingsbepalingen kennen voor franchiseovereenkomsten. Bij franchiseovereenkomsten zal de franchisenemer in de regel namelijk exclusief voor de franchisegever handelen en daardoor ook in grote mate afhankelijk van de franchisegever zijn. Bovendien wordt in de CAFDC noch de toelichting aandacht geschonken aan de arbeids- en huurrechtelijke aspecten van de franchiseovereenkomst, terwijl juist met betrekking tot die punten in mijn ervaring vaak moeilijkheden ontstaan.¹⁷ Wat bijvoorbeeld indien de franchisenemer een onderhuurovereenkomst met de franchisegever heeft gesloten? Kan de franchiseovereenkomst dan beëindigd worden vóór het einde van de onderhuurovereenkomst? En kan de franchisegever (vooraf) bedingen dat de franchisegever moet meewerken aan een overdacht van de (onder)huurovereenkomst of op verzoek van de franchisegever een in de plaatsstelling ex artikel 7:307 BW vorderen? Zo ja, is de franchisegever hier een (dwingendrechtelijke) vergoeding voor verschuldigd? Ik meen dat het franchisehoofdstuk veel voor de praktijk relevante vragen onbeantwoord laat.

2.2.3 *Distributie- en andere verticale overeenkomsten*

De distributieovereenkomst wordt door de CAFDC als volgt gedefinieerd:

- 13 De volgende bepalingen zijn van dwingend recht: art. 3:201 (inzake het recht van de franchisenemer op het onverstoord gebruik van de IE-rechten), art. 3:202 (dat de franchisegever verplicht om de franchisenemer de knowhow te verschaffen die nodig is om de franchiseonderneming uit te oefenen), art. 3:204 (de verplichting voor de franchisegever om in geval van een (feitelijke) exclusieve afnameverplichting in beginsel zorg te dragen voor het uitleveren van redelijke orders) en art. 3:206 (de verplichting om in geval van een (feitelijke) exclusieve afnameverplichting te waarschuwen als de franchisegever voorziet of zou moeten voorzien dat zijn leveringscapaciteit aanmerkelijk minder zal zijn dan de franchisenemer mocht verwachten).
- 14 A.J.J. van der Heiden, *Franchising: definitie, werkwijze, in- en externe aansprakelijkheid* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 336-342 en 374-377.
- 15 Art. 4:103 PECL.
- 16 Art. 3:102 CAFDC.
- 17 Zie hierover bijvoorbeeld A.J.J. van der Heiden, *Franchising: definitie, werkwijze, in- en externe aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 354-358.

‘Een distributieovereenkomst is een overeenkomst waarbij de ene partij (de leverancier) zich verbindt om de andere partij (de distributeur) gedurende zekere tijd¹⁸ producten te leveren en waarbij de distributeur zich verbindt om deze producten te kopen en op eigen naam en voor eigen rekening te verkopen.’¹⁹

Het Burgerlijk Wetboek kent geen definitie van de distributieovereenkomst. Ook de Hoge Raad heeft zich (nog) niet uitgelaten over het begrip. Wel zijn in de literatuur enkele definities voorgesteld. De definitie van Barendrecht en Van Peurseem komt aardig overeen met die van de CAFDC, namelijk:

‘Een duurovereenkomst waarbij de ene partij, de leverancier, zich verplicht bepaalde producten of diensten te leveren aan zijn wederpartij, de distributeur, met het oog op doorlevering van die producten of diensten aan afnemers van die distributeur voor rekening en risico van de distributeur en in diens naam.’²⁰ Van de Paverd hanteert een andere definitie: ‘Een overeenkomst waarbij twee partijen voor bepaalde of onbepaalde tijd een samenwerkingsverband aangaan ten behoeve van de afzet en feitelijk verspreiding van bepaalde producten (roerende zaken) en krachtens welke de ene partij, de leverancier, zich verbindt tot het verkopen van deze producten aan de andere partij, de distributeur, en de distributeur zich ertoe verbindt zorg te dragen voor genoemde afzet en verspreiding door de producten van de leverancier te kopen en voor eigen rekening en risico en op eigen naam door te verkopen.’²¹

De definitie van Van de Paverd voegt een extra element toe: een distributieovereenkomst bestaat niet alleen uit een koop-(weder)verkooprelatie, er moet daarnaast ook sprake zijn van een samenwerking en/of afspraken ten aanzien van de afzet van de producten. Dit element komt niet terug in de definitie van de CAFDC.

18 ‘Gedurende zekere tijd’ is in de definitie van de distributieovereenkomst de vertaling van de Engelse term ‘on a continuing basis’. Dezelfde Engelse term wordt in de definitie van de agentuurovereenkomst echter vertaald met ‘op duurzame basis’. Dit lijkt een betere vertaling te zijn van ‘on a continuing basis’, mede in het licht van de Franse vertaling (in beide definities ‘de facon continue’) en Duitse vertaling (‘ständig’ in de definitie van agentuur en ‘laufend’ in de definitie van distributie).

19 Art. 4:101 CAFDC.

20 J.M. Barendrecht & G.R.B. van Peurseem, *Distributieovereenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 3.

21 C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. VU), p. 13.

Volgens de CAFDC bestaat er zoals gezegd een distributieovereenkomst als er sprake is van een *verplichting* om producten te leveren respectievelijk te kopen en verkopen *gedurende zekere tijd*. In de praktijk blijkt het echter vaak lastig om te bepalen óf een dergelijke verplichting bestaat, vooral indien partijen ten aanzien van hun relatie niets op papier hebben gezet. In de toelichting wordt in verband met het aspect 'gedurende zekere tijd' opgemerkt dat er bij een distributieovereenkomst sprake moet zijn van een samenwerking voor een – meestal substantiële – duur. Een enkele koopovereenkomst of een toevallige opeenvolging van een aantal koopovereenkomsten leidt niet tot het bestaan van een distributieovereenkomst. Maar wanneer is er geen sprake meer van louter een opeenvolging van koopovereenkomsten, maar in plaats daarvan van een distributieovereenkomst? Met andere woorden: wanneer bestaat er in beginsel een verplichting van de leverancier om producten te leveren? Is een supermarkt nu een distributeur van de leverancier wiens producten de supermarkt in de schappen heeft liggen wanneer wekelijks een X aantal producten worden geleverd? En indien een groothandel al een aantal jaren elke week bepaalde producten levert aan een winkelier die de producten vervolgens weer doorverkoopt, is er dan sprake van een distributieovereenkomst? Op deze vragen geven de CAFDC geen duidelijk antwoord.

Als gevolg van de opzet van de CAFDC zal het in het algemeen echter ook niet nodig zijn om deze vragen te beantwoorden. Het hoofdstuk dat specifieke regels geeft voor distributieovereenkomsten is namelijk slechts van toepassing op exclusieve en selectieve distributieovereenkomsten en op exclusieve afnameovereenkomsten. Bij deze overeenkomsten zal veelal buiten twijfel staan dát er sprake is van enige distributieovereenkomst. Het algemene gedeelte van het rapport (hoofdstuk 1), dat de overige bepalingen bevat die op distributieovereenkomsten van toepassing zijn, is evengoed van toepassing op andere overeenkomsten 'waarbij de ene partij de vaardigheden en inspanningen van de andere partij gebruikt om producten op de markt te brengen'. Hierdoor is het voor wat betreft de algemene regels niet nodig om een onderscheid te maken tussen laatstgenoemde categorie enerzijds en distributieovereenkomsten anderzijds.

Welke overeenkomsten precies onder de restcategorie 'overige verticale overeenkomsten' vallen, wordt niet nader uitgelegd.²² Is het voldoende dat er sprake is van koop en wederverkoop van producten of zijn er ook nadere voorwaarden waaraan een overeenkomst moet voldoen? Zijn de CAFDC van

22 Wel wordt opgemerkt dat overeenkomsten met reclamebureaus en dergelijke niet onder de definitie vallen.

toepassing zodra partijen een bepaalde periode een koop-(weder)verkooprelatie hebben of moeten partijen (impliciet) ook bepaalde leveringsverplichtingen zijn overeengekomen? Op grond van de definitie lijkt het eerste het geval te zijn, waardoor bijvoorbeeld ook de relaties tussen winkeliers en hun leveranciers in beginsel steeds onder de reikwijdte van de CAFDC zullen vallen.

In de toelichting wordt opgemerkt dat ervoor gekozen is om het algemene gedeelte ook van toepassing te laten zijn op andere verticale overeenkomsten, zodat partijen de toepassing van de CAFDC niet kunnen ontlopen door hun overeenkomst anders te kwalificeren of op te stellen. Daarnaast wordt echter ook opgemerkt dat alle hiervoor aangehaalde definities zogenaamde *scope rules* zijn: als een overeenkomst tussen partijen feitelijk onder een van de definities valt, dan zal de overeenkomst als zodanig behandeld worden, ongeacht hoe partijen de overeenkomst kwalificeren.²³ De mogelijkheid van partijen om de toepassing van de CAFDC te omzeilen, is hierdoor in beginsel al weggenomen, waardoor niet valt in te zien waarom om deze reden daarnaast ook nog eens de reikwijdte van de CAFDC moet worden uitgebreid.

2.3 Karakter van de regels

In de inleiding van het rapport wordt opgemerkt dat partijen bij een contract beide professional zijn en in beginsel geen specifieke rechtsbescherming behoeven. De regels zijn, aldus de opstellers, voor het merendeel dan ook niet beschermend en voornamelijk van regelend recht. Bij het lezen van het rapport valt echter direct op dat de geformuleerde regels gericht zijn op de bescherming van de agent, distributeur en franchisenemer. Ik meen dat dit beschermende karakter, zeker voor zover neergelegd in dwingendrechtelijke regels, onwenselijk is met betrekking tot distributieovereenkomsten en overige verticale overeenkomsten.

Het rapport lijkt drie redenen naar voren te schuiven voor het deels beschermende karakter van de geformuleerde regels. Ten eerste, zo stellen de opstellers, beschikt uitsluitend de principaal over essentiële informatie die nodig is om te kunnen bepalen of de operatie een succes kan worden. Ten tweede wordt gesteld dat partijen bij een duurovereenkomst vaak bepaalde relatie-specifieke investeringen zullen doen, waardoor een partij afhankelijk wordt

23 Omgekeerd geldt overigens, aldus de toelichting, dat als partijen de overeenkomst bestempen als een agentuur-, franchise- of distributieovereenkomst, hoewel het niet onder de daarmee corresponderende definitie valt, de regels in beginsel wel van toepassing zullen zijn, voor zover een en ander in overeenstemming is met de overeenkomst tussen partijen.

van de relatie. Om ervoor te zorgen dat een partij zich kan voorbereiden op de nieuwe situatie en geen zinloze investeringen doet, moet er daarom bij beëindiging een 'redelijke' opzegtermijn in acht worden genomen. Ten derde wordt de omstandigheid genoemd dat de principaal gewoonlijk een betere onderhandelingspositie zal hebben, waardoor ervan kan worden uitgegaan dat de principaal wel voor zijn eigen belangen zal opkomen.

Wat betreft het eerste punt, hoewel de principaal de meest essentiële informatie zal hebben over het *product*, zal de distributeur of de agent in de regel juist beschikken over de meeste *marktkennis*, zoals de concurrentieverhoudingen, de inkopers, enzovoort. Dit zal vaak ook de reden zijn waarom de distributeur/agent wordt ingeschakeld. De stelling dat de principaal over de meest essentiële informatie beschikt, gaat voor deze overeenkomsten dan ook niet in het algemeen op. Bij franchise zal het wel vaak de principaal zijn die over de meest essentiële informatie beschikt. Wat betreft het tweede punt geldt inderdaad dat partijen relatiespecifieke investeringen kunnen doen, maar dit is lang niet altijd het geval en verschilt ook per type overeenkomst. Bij franchising zullen investeringen in de regel inderdaad relatiespecifiek zijn. Bij distributieovereenkomsten waar de distributeur ook andere producten verkoopt, zal dat echter veel minder vaak het geval zijn. Vaak wordt een bepaalde distributeur aangesteld juist omdat hij al soortgelijke producten verkoopt waardoor geen hoge investeringen hoeven te worden gedaan. Wat betreft de betere onderhandelingspositie van de principaal, deze zal inderdaad vaak beter zijn dan die van de wederpartij. Het is echter de vraag of dit ene feit nu roept om extra bescherming van die wederpartij. Is het immers niet bij de meeste overeenkomsten het geval dat de ene partij een betere onderhandelingspositie heeft dan de andere? Een betere onderhandelingspositie zal zich in de eerste plaats uitdrukken in betere handelscondities, zoals een lage marge of commissie voor de wederpartij en bijvoorbeeld niet zozeer in een (te) korte opzegtermijn. Ook is het niet (meer) uitzonderlijk dat juist de wederpartij van de principaal een sterke(re) onderhandelingspositie heeft. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de al eerder als voorbeeld genomen relatie tussen een grote supermarkt- of andere winkelketen en haar leveranciers. Of overeenkomsten waarbij een kleine onderneming een grote distributeur inschakelt om haar producten op een (buitenlandse) markt af te zetten.

Het komt erop neer dat hoewel de redenen voor de beschermende regels die in het rapport worden aangegeven in sommige gevallen heel wel op kunnen gaan, dit lang niet altijd het geval zal zijn. De overeenkomsten die onder de CAFDC vallen, zijn daarvoor te divers, met name voor zover het de distributie- en overige verticale overeenkomsten betreft. In de toelichting wordt

door de opstellers zelf al opgemerkt dat de categorie ‘distributieovereenkomst’ zo ruim is dat zich moeilijk algemene regels laten formuleren. Ik sluit mij hierbij aan en meen zelfs dat deze categorie – in ieder geval voor zover er geen sprake is van exclusieve of selectieve distributie of exclusieve afname – zich überhaupt niet leent voor de beschermende (dwingende) regelgeving die in het rapport is opgenomen. Eenzelfde bezwaar bestaat met betrekking tot de categorie ‘overige verticale overeenkomsten’. Met name enkele beëindigingsregels lenen zich niet voor toepassing op de hiervoor genoemde categorieën.

3 Opzegging en beëindiging

3.1 Algemeen

In de praktijk ontstaan met betrekking tot verticale overeenkomsten de meeste problemen als een van de partijen (meestal de principaal) de overeenkomst wil beëindigen. Naar Nederlands recht is alleen de beëindiging van de agentuurovereenkomst expliciet wettelijk geregeld. Voor de beëindiging van distributieovereenkomsten en – in mindere mate – franchise zijn in de jurisprudentie criteria ontwikkeld.²⁴

Net als de agentuurwetgeving²⁵ maken de CAFDC een onderscheid tussen overeenkomsten die voor bepaalde tijd en overeenkomsten die voor onbepaalde tijd zijn aangegaan.

3.2 Overeenkomst voor bepaalde tijd

Een overeenkomst voor een bepaalde tijd mag, tenzij partijen anders overeenkomen, niet vóór het verstrijken van die periode worden opgezegd.²⁶ De enige uitzondering is volgens de toelichting het geval waarin er sprake is van gewijzigde omstandigheden zoals bedoeld in artikel 6:111 PECL.²⁷ Uit de zinsnede ‘tenzij anders is overeengekomen’ lijkt voort te vloeien dat partijen

24 Zie voor een overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de opzegging van duurovereenkomsten in het algemeen A.J. Verdaas, De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: een pleidooi voor de contractsvrijheid, WPNR 02/6501 p. 599-606 en WPNR 02/6502, p. 626-631. Zie verder bijv. A.J.J. van der Heiden, Franchising: definitie, werkwijze, in- en externe aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 353-356; en C.A.M. van de Pavard, De opzegging van distributieovereenkomsten (diss. VU), met name hoofdstuk 3.

25 Art. 7:437 BW.

26 Art. 1:301 CAFDC.

27 Vergelijk art. 7:440 BW.

kunnen overeenkomen dat de overeenkomst voor bepaalde tijd ook in andere gevallen mag worden beëindigd. Uit de toelichting en het feit dat artikel 1:304 CAFDC van dwingend recht is, blijkt echter dat daarmee wordt bedoeld dat partijen kunnen overeenkomen dat zij de overeenkomst eerder mogen opzeggen, met inachtneming van de dwingendrechtelijke opzegtermijnen in artikel 1:302 CAFDC (zie par. 3.3). Ook naar Nederlands recht wordt ervan uitgegaan dat een duurovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel niet voortijdig kan worden opgezegd, tenzij dit uit de wet of de overeenkomst voortvloeit.²⁸

Opvallend is bovendien dat indien een van de partijen op enig moment heeft aangegeven dat zij de overeenkomst wil verlengen²⁹, de overeenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege eindigt. In plaats daarvan moet de partij die *niet* wil verlengen dit aan haar wederpartij mededelen. Deze mededeling moet een redelijke tijd voor de beëindigingsdatum plaatsvinden.³⁰ Uit het begeleidend commentaar blijkt dat deze bepaling is opgenomen omdat de kans bestaat dat een partij de hoop gaat koesteren dat een overeenkomst voor bepaalde tijd wordt verlengd en daarnaar ook zal handelen. Mijns inziens is dit een onjuist uitgangspunt; als een professionele partij bij een overeenkomst voor bepaalde tijd handelt naar haar 'hoop' dat de overeenkomst zal voortduren, zonder dat zij daartoe een concrete aanleiding heeft, dan moeten de eventuele negatieve gevolgen voor haar rekening blijven³¹ en niet op het bordje van de andere partij worden geschoven. Anders ligt het uiteraard wanneer de laatste partij actief de indruk heeft gewekt dat de overeenkomst zou worden verlengd.

In de toelichting wordt gesteld dat indien een partij verzuimt om mee te delen dat de overeenkomst zal aflopen op de afgesproken datum, er dan voor de wederpartij een recht op schadevergoeding ontstaat, waarbij wordt verwezen naar artikel 3:303 CAFDC. Dit artikel geeft vermoedens voor het berekenen van de schadevergoeding bij het niet inacht nemen van een opzegtermijn.³² Aldus lijkt het dat indien de door artikel 1:301 lid 2 vereiste kennisgeving niet wordt gegeven, een schadevergoeding verschuldigd zal zijn over de redelijke periode

28 Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als er sprake is van onvoorziene omstandigheden (zie W.L. Valk in: NdBW maart 1998, afl. 3, p. 31). Zie verder J.M. Barendrecht & G.R.B. van Peursen, *Distributieovereenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 145. Zie ook J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten* (diss. KUN), Kluwer: Deventer 1985, p. 90 e.v.

29 Deze verklaring is vormvrij (art. 1:303 PECL).

30 Art. 1:301 lid 2 CAFDC.

31 Zo ook C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. VU), par. 3:3-5.

32 Meer hierover in par. 3.3.

die in acht had moeten worden genomen door de partij die niet verder wil. Ik vraag mij af wat er geldt als deze partij in beginsel wel wil verlengen, maar bij de onderhandelingen blijkt dat partijen het niet eens worden over de duur van de verlenging of de voorwaarden waaronder ze met elkaar verder gaan. Wellicht dat de afgesproken beëindigingsdatum dan zo dichtbij is dat het besluit om niet te verlengen niet een 'redelijke' tijd vóór die datum kan worden gegeven. Zou de termijn van de kennisgeving in dat geval bijvoorbeeld in beginsel altijd redelijk zijn of kan toch een schadevergoeding verschuldigd zijn?

Op zich is het echter geen slechte gedachte om ervoor te zorgen dat een partij duidelijkheid kan verkrijgen of een overeenkomst voor bepaalde tijd zal worden voortgezet en niet tot het laatste moment in onzekerheid zal verkeren. Dit zou naar mijn mening echter ook op een andere manier kunnen worden bereikt, waarbij de verantwoordelijkheid primair blijft liggen bij de partij die hoopt op verlenging. Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat indien een van de partijen in het laatste loopjaar van de overeenkomst een schriftelijk verzoek tot verlenging en onderhandeling indient bij de andere partij, deze andere partij binnen een maand na het verzoek of uiterlijk zes maanden voor de beëindigingsdatum, welk moment het laatste ligt, moet aangeven of zij de overeenkomst ook wil verlengen. Laat zij dit na, dan wordt de overeenkomst na afloop van de bepaalde tijd omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Echter, als wel op het verzoek wordt gereageerd en partijen in onderhandeling treden maar daar niet uitkomen, dan houdt het in beginsel op.

Artikel 1:301 CAFDC is overigens van regelend recht, dus het staat partijen vrij om anders overeen te komen. Het is dus zaak om in een overeenkomst voor bepaalde tijd niet alleen de duur op te nemen, maar ook op welke manier de overeenkomst al dan niet kan worden voortgezet.

Het derde lid van artikel 1:301 CAFDC bevat voor alle verticale overeenkomsten de regel die naar Nederlands recht al voor agentuur geldt: als een overeenkomst voor bepaalde tijd na het verstrijken van die tijd door beide partijen wordt voortgezet, wordt de overeenkomst omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd.³³ Een dergelijke situatie doet zich in de praktijk veelvuldig voor, waarbij naar Nederlands recht vaak onduidelijk is wat de juridische gevolgen daarvan zijn.³⁴ Is de overeenkomst afgelopen, stilzwijgend

33 Art. 7:436 BW.

34 Zie hierover bijvoorbeeld J.M. Barendrecht & G.R.B. van Peurseem, *Distributieovereenkomsten*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 208; en C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. VU), par. 3.3.2.

verlengd, welke voorwaarden gelden tussen partijen, enzovoort? De bepaling neemt die onzekerheid weg.

3.3 Overeenkomsten voor onbepaalde tijd

Artikel 1:302 CAFDC stelt als uitgangspunt dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd eenzijdig beëindigd mag worden mits een redelijke opzegtermijn in acht wordt genomen.³⁵ Of een opzegtermijn redelijk is, hangt volgens het tweede lid onder andere af van de duur van de overeenkomst, redelijk gedane investeringen, de tijd die nodig is om een redelijk alternatief te vinden en de gewoonten en gebruiken.³⁶ In de toelichting wordt opgemerkt dat hoewel slechts de belangen van de opgezegde partij expliciet worden genoemd, ook de belangen van de opzeggende partij moeten worden meegewogen.

Het derde lid geeft aan wat in afwezigheid van een afspraak wordt vermoed een redelijke opzegtermijn te zijn, te weten een maand voor ieder jaar dat de overeenkomst heeft geduurd, met een maximum van 36 maanden.³⁷ Hoewel het slechts een *vermoeden* betreft dat door beide partijen weerlegd kan worden, valt het wel te verwachten dat dit vermoeden in de praktijk door de beëindigde partij als (minimaal) uitgangspunt zal worden genomen. En dat is jammer. De enkele duur van een overeenkomst zegt vrij weinig over de opzegtermijn die een partij nodig heeft om zich aan te passen aan de nieuwe situatie. Een distributeur kan bijvoorbeeld al dertig jaar producten van een bepaalde leverancier verkopen, terwijl hij maar voor een klein deel van de omzet ervan afhankelijk is. Een opzegtermijn van een maand zou in dit geval wellicht voldoende kunnen zijn. Andersom kan een partij bij het aangaan van een relatie substantiële investeringen hebben gedaan, waardoor juist in die beginperiode een langere opzegtermijn op zijn plaats is, die naarmate de investering meer is terugverdiend weer korter kan worden. Ik meen dan ook dat het er bij het bepalen van een redelijke opzegtermijn in het bijzonder om zou moeten gaan (a) of de agent/distributeur redelijke investe-

35 Naar Nederlands recht geldt dit uitgangspunt in ieder geval niet voor distributieovereenkomsten. In *Latour de Bruijn* (HR 3 december 1999, NJ 2000, 120) heeft de Hoge Raad opgemerkt dat ook als uit de aard van een specifieke distributieovereenkomst zou volgen dat zij in beginsel opzegbaar is, de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de concrete omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat opzegging slechts tot beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. Zie meer in het algemeen over de opzegbaarheid van duurovereenkomsten: A.J. Verdaas, 'De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: een pleidooi voor de contractsvrijheid', *WPNR* 02/6501, p. 599-606 en *WPNR* 02/6502, p. 626-631.

36 Art. 1:302 lid 2 CAFDC.

37 Deze criteria komen redelijk overeen met de door Barendrecht en Van Peurseem geformuleerde vuistregels, zie p. 153-157.

ringen heeft gedaan die hij nog niet heeft kunnen terugverdienen en (b) om de mate waarin de agent/distributeur/franchisenemer/afnemer afhankelijk is van de principaal. De duur van de relatie kan hierbij een rol spelen, maar moet zeker niet als uitgangspunt gelden.

Tot dusver is artikel 1:302 CAFDC regelend recht en geeft het slechts aanknopingspunten voor het bepalen van een 'redelijke opzegtermijn'. Het vierde lid echter, bevat een minimumopzegtermijn voor de principaal, waarvan niet ten nadele van de agent/franchisenemer/distributeur/afnemer mag worden afgeweken. De lengte van de minimale opzegtermijn is afhankelijk van de duur van de overeenkomst: een maand voor ieder jaar dat de overeenkomst heeft geduurd, met zes maanden als maximale minimumtermijn. In dit verband is het opvallend dat de duur van de minimumopzegtermijn in artikel 1:302 lid CAFDC langer is dan de minimumopzegtermijn van de agentuurovereenkomst in artikel 15 lid 2 van de Agentuurrichtlijn en in artikel 7:437 lid 2 BW. Deze is namelijk een maand in het eerste jaar, twee maanden in het tweede jaar en drie maanden in de daaropvolgende jaren.³⁸ In de toelichting wordt niet gemotiveerd waarom ervoor is gekozen om de opzegtermijn voor alle verticale overeenkomsten van dwingend recht te maken en ook niet waarom de minimumopzegtermijn langer is dan de minimumopzegtermijn die tegenwoordig voor de agent geldt. Om de in de vorige alinea beschreven redenen, met name gezien de ruime reikwijdte van hoofdstuk 1, acht ik dit onwenselijk.

3.4 Ontbinding wegens wanprestatie

Artikel 1:304 CAFDC bepaalt dat een partij de overeenkomst slechts kan ontbinden als er sprake is van een *fundamental non-performance*, ('fundamentele wanprestatie'). Hiervan is volgens de toelichting sprake als (a) de tekortkoming de schuldeiser wezenlijk onthoudt van hetgeen hij krachtens de overeenkomst mocht verwachten, of (b) de tekortkoming opzettelijk is en de schuldeiser goede gronden geeft om niet meer te vertrouwen op een toekomstige nakoming door de wederpartij. De regel is van dwingend recht, dus partijen kunnen niet met elkaar afspreken dat de overeenkomst ook in andere gevallen mag worden ontbonden.

Naar Nederlands recht hoeft er geen sprake te zijn van een 'fundamentele wanprestatie' om een overeenkomst te kunnen ontbinden. In principe geeft iedere tekortkoming de wederpartij in beginsel de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard

³⁸ Let wel, als partijen ten aanzien van de opzegtermijn niets zijn overeengekomen, geldt dat de opzegtermijn minstens vier maanden zal zijn, vermeerderd met een maand na drie jaren en met twee maanden na zes maanden (art. 7:437 lid 1 BW).

of betekenis, de ontbinding niet rechtvaardigt. Voor de agentuurovereenkomst is in artikel 7:439 BW een bijzondere regel geformuleerd die gelijkenis vertoont met artikel 1:301 CAFDC; een partij bij een agentuurovereenkomst kan de agentuurovereenkomst slechts voortijdig of zonder inachtneming van de opzegtermijn beëindigen indien er sprake is van een *dringende* reden. Deze norm lijkt strenger dan die is geformuleerd in artikel 1:301 jo. 1:304 CAFDC. Immers, 'dringende redenen' zijn omstandigheden van zodanige aard dat van de partij die de overeenkomst wil beëindigen, redelijkerwijs niet gevergd kan worden de overeenkomst, zelfs tijdelijk, in stand te laten.³⁹ Hierbij moet wel worden bedacht dat artikel 7:439 BW de ontbindingsbevoegdheid van artikel 6:265 BW onverlet laat.⁴⁰

3.5 Gevolgen van onregelmatige beëindiging

Een overeenkomst voor bepaalde tijd kan, zoals gezegd, slechts voortijdig worden beëindigd als een tussentijdse opzeggingsbevoegdheid is overeengekomen of als er sprake is van gewijzigde omstandigheden in de in zin van artikel 6:111 PECL. De CAFDC bevatten geen expliciete bepaling voor de gevolgen van het onregelmatig beëindigen van de overeenkomst voor bepaalde tijd. Indien de overeenkomst voor bepaalde tijd onterecht wordt beëindigd, staan aan de beëindigde partij in beginsel alle rechtsmiddelen van hoofdstuk 9 PECL ter beschikking, aldus de toelichting. Dit betekent dat de beëindigde partij zowel schadevergoeding als nakoming kan vorderen.

Als bij een overeenkomst voor onbepaalde tijd geen redelijke opzegtermijn in acht wordt genomen, zal de opzegging in beginsel wel het effect hebben dat de overeenkomst wordt beëindigd.⁴¹ De opgezegde partij heeft in beginsel geen recht op nakoming gedurende de opzegtermijn die in acht had moeten worden genomen. In plaats daarvan ontstaat een recht op schadevergoeding.⁴²

³⁹ Art. 7:439 lid 2 BW.

⁴⁰ Zie hierover S.Y.Th. Meijer & T.H.M. van Wechem, 'Is er nog contractuele speelruimte bij de beëindiging van een agentuurovereenkomst?', NTBR 1996/3, p. 67-70.

⁴¹ In Latour de Bruijn (HR 3 december 1999, NJ 2000, 120) stelde de Hoge Raad dat bij gebreke van een wettelijke of contractuele regeling betreffende de opzegging de vraag of de opzegging in een concreet geval het beoogde resultaat heeft gehad, beantwoordt moet worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van dat geval. In de literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat indien een duurovereenkomst niet geldig wordt opgezegd, de opzegging geen effect zal hebben. Zie hierover C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. VU), p. 111- 113 (met verdere verwijzingen). Anders is dit echter bij de overeenkomst van opdracht (art. 4:708 BW), evenals bij de agentuurovereenkomst (art. 4:439 lid 1 BW).

⁴² Art. 1:302 lid 6 CAFDC. Voor de hoogte van de schadevergoeding zie art. 1:303 CAFDC. Beide bepalingen zijn overigens van regelend recht. Hierbij is het opvallend dat laatstgenoemd artikel niet verwijst naar een tussen partijen overeengekomen opzegtermijn, zodat onduidelijk is wat in dat geval zal gelden.

De reden hiervoor is, aldus de opstellers, dat verticale overeenkomsten gebaseerd zijn op *intuitus personae*, samenwerking en wederzijds vertrouwen. Hierdoor heeft het weinig zin om partijen te dwingen om met elkaar samen te werken. Een andere reden waarom in beginsel slechts een recht bestaat op schadevergoeding is dat dit economisch gezien tot de meest efficiënte oplossing leidt: een partij kan een overeenkomst indien gewenst op ieder moment beëindigen, maar zal daarvoor een ‘prijs’ moeten betalen. Als deze prijs lager is dan de voordelen die de opzeggende partij denkt te behalen door de opzegging, dan is in ieder geval één partij (de opzeggende partij) beter af zonder dat een andere partij slechter af is. Het uitgangspunt dat in beginsel geen recht op nakoming bestaat, komt overeen met de *Common law*- beginselen in dit verband; een opzeggingsverbod of een nakomingsvordering kan slechts in bijzondere gevallen worden toegewezen.⁴³ Ook onder de CAFDC kan een rechter onder omstandigheden een partij tot nakoming van verplichtingen onder de overeenkomst veroordelen, mits de uitvoering niet afhankelijk is van samenwerking.⁴⁴

In de toelichting wordt niet gemotiveerd waarom dezelfde redenering niet opgaat voor overeenkomsten voor bepaalde tijd. Ik neem aan dat de redenering hierbij is dat als partijen een overeenkomst zijn aangegaan voor bepaalde tijd en geen tussentijdse opzeggingsbevoegdheid hebben opgenomen, zij daarmee impliciet hebben afgesproken dat de overeenkomst ook moet worden uitgediend. Het is opvallend dat de opstellers niet hebben gekozen voor een equivalent van artikel 28 van het Weens Koopverdrag. Dit artikel bepaalt dat wanneer een partij op grond van het Weens Koopverdrag het recht heeft de nakoming van een verplichting door de andere partij te verlangen, de rechter niet gehouden is tot nakoming te veroordelen, tenzij de rechter dit op grond van zijn eigen recht eveneens zou doen met betrekking tot soortgelijke koopovereenkomsten waarop het Weens Koopverdrag niet van toepassing is.

Het is mij niet helemaal duidelijk wat de gevolgen zijn van een onterechte beëindiging van een overeenkomst voor een onbepaalde tijd op grond van artikel 1:304 lid 1 CAFDC, dus in verband met een fundamentele wanprestatie. De toelichting bij laatstgenoemd artikel verwijst voor het geval in strijd wordt gehandeld met dit artikel naar de algemene rechtsmiddelen van hoofdstuk 8 en 9 PECL.⁴⁵ Dit impliceert dat de beëindigde partij nakoming kan vorderen. Een en ander zou echter haaks staan op hetgeen in de vorige

43 Zie hierover bijvoorbeeld C.A.M. van de Pavard, *De opzegging van distributieovereenkomsten* (diss. VU), p. 237 (met verdere verwijzingen).

44 Art. 1:302 lid 6 CAFDC.

45 Zie voor een vergelijking van de remedies in hoofdstuk 8 en 9 van de PECL en die naar Nederlands recht in: J.M. Smits & P.L.P. Meiser, ‘Niet-nakoming in de Principles of European Contract Law en het Nederlands recht’, NTBR 2000, p. 476-482.

paragraaf werd opgemerkt. Het zou daarom voor de hand liggen dat ook wanneer een overeenkomst die in beginsel opzegbaar is onterecht op grond van artikel 1:304 CAFDC is beëindigd, de beëindiging wel het beoogde effect heeft gehad, maar dat een schadevergoeding verschuldigd is over de opzegtermijn die in acht had moeten worden genomen indien de overeenkomst was opgezegd.

4 Goodwillvergoeding

Artikel 1:305 CAFDC bepaalt dat een partij – in aanvulling op een eventueel recht op schadevergoeding op grond van artikel 1:303 CAFDC – recht heeft op een goodwillvergoeding van de andere partij indien en voor zover:

- a. de eerste partij de omzet van de andere partij aanzienlijk heeft doen toenemen en de andere partij daarvan een voortdurend en substantieel voordeel van heeft; en
- b. de vergoeding, gezien alle omstandigheden van het geval, redelijk is.

In de toelichting wordt opgemerkt dat de agent, distributeur of franchisenemer wel een actieve rol moet hebben gespeeld. Als de toename van de omzet het gevolg is van (een nieuwe klant in) een exclusief gebied, zal niet automatisch een recht op goodwillvergoeding bestaan. Als meest typische voorbeeld van het overgaan van goodwill wordt de situatie genoemd waarin de principaal toegang heeft (gekregen) tot een klantenlijst van de andere partij. Een ander genoemd voorbeeld waarbij goodwill kan overgaan, is wanneer de agent, distributeur of franchisenemer zich heeft verplicht gedurende een bepaalde periode na afloop van de overeenkomst niet met de principaal te concurreren, waardoor de klanten van eerstgenoemden zullen overstappen naar de principaal.

Artikel 1:305 CAFDC bevat regeland recht. Echter, voor de berekening van de goodwill voor een agent bevat artikel 2:312 CAFDC een specifieke regeling, waarvan niet ten nadele van de agent mag worden afgeweken, zodat de goodwillvergoeding voor wat betreft agentuur wel degelijk dwingend recht bevat.⁴⁶ Het recht op een goodwillvergoeding van een distributeur en een franchisenemer kan wel worden weggecontracteerd. In de toelichting wordt niet uitgelegd waarom de goodwillvergoeding bij agentuur wel van dwingend recht is en bij de andere verticale overeenkomsten niet. Wel wordt opgemerkt dat de beëindiging van een agentuurovereenkomst in de regel

⁴⁶ Zie hiervoor ook par. 2.2.1. Ook naar Nederlands recht is de klantenvergoeding bij het einde van een agentuurovereenkomst van dwingend recht. De agent kan wel afstand doen van zijn recht op de vergoeding bij of na het einde van de overeenkomst (art. 7:442 jo. 7:445 lid 2 BW).

tot een overgang van goodwill zal leiden, terwijl dit bij franchise zelden en bij distributie soms het geval is.⁴⁷ Een en ander verklaart mijns inziens echter niet waarom een onderscheid wordt gemaakt tussen agentuur aan de ene kant en de andere verticale overeenkomsten aan de andere kant. Immers, artikel 1:305 CAFDC zegt niet dat een partij *altijd* recht heeft op een goodwillvergoeding, maar slechts indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan; als er geen goodwill overgaat, bestaat er geen recht op een vergoeding. Wellicht dat de opstellers het onderscheid hebben gemaakt omdat indien de bepaling ook voor de andere verticale overeenkomsten zou worden gemaakt, een partij veel vaker (zo niet: meestal) een goodwillvergoeding zal claimen, hetgeen weer tot meer procedures zal leiden, terwijl er vaak (maar minder vaak dan bij agentuur) geen goodwill overgaat.

5 Conclusie

In de inleiding stelde ik dat de CAFDC op twee manieren voor de Nederlandse rechtspraak van belang kunnen zijn. Ten eerste omdat de CAFDC van invloed kunnen zijn op de manier waarop in de praktijk met deze overeenkomsten wordt omgegaan, die met uitzondering van de agentuurovereenkomst niet wettelijk zijn geregeld. Ten tweede omdat de CAFDC door partijen bij een overeenkomst op hun relatie van toepassing kunnen worden verklaard.

Is het waarschijnlijk dat de CAFDC door middel van een van deze manieren van grote invloed zullen zijn op de praktijk? Hoewel in de praktijk op bepaalde punten wellicht via *cherry picking* zal worden aangehaakt bij de CAFDC – te denken valt bijvoorbeeld aan de berekeningsmethode voor de goodwillvergoeding van een agent (art. 2:312 CAFDC) en het vermoeden van een ‘redelijke’ opzegtermijn (art. 1:302 lid 3 CAFDC) – verwacht ik niet dat dat het geval zal zijn.

Voor wat betreft agentuur kent ons Burgerlijk Wetboek immers al een wettelijk systeem, waarvan in de CAFDC slechts op een aantal punten – zonder toelichting – wordt afgeweken. Voor franchiseovereenkomsten geldt dat in de CAFDC geen rekening is gehouden met de zeer uitlopende juridische kwesties die daarbij een rol kunnen spelen. Met betrekking tot de ruime categorieën distributie- en overige verticale overeenkomsten zouden de CAFDC wellicht als een vangnet kunnen fungeren. Echter, de deels dwin-

⁴⁷ Zie echter A.J.J. van der Heiden in: Franchising: definitie, werkwijze, in- en externe aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 411-412 die meent dat er in beginsel goodwill overgaat als de franchisegever binnen een jaar na het einde van de overeenkomst de franchise (vestiging) overneemt of in het betreffende rayon een nieuwe franchise of filiaal start.

gendrechtelijke beëindigingsbepalingen lenen zich grotendeels niet voor toepassing op deze categorieën (denk aan de minimumopzegtermijn en het vermoeden van een redelijke opzegtermijn die gekoppeld is aan de duur van de overeenkomst). Bovendien zijn de uitgangspunten dusdanig eenzijdig dat het niet waarschijnlijk lijkt dat partijen er gezamenlijk voor zullen kiezen ze toepasselijk te verklaren. Vooralsnog verwacht ik dan ook niet dat de toepassing van de CAFDC in hun huidige vorm in de Nederlandse praktijk een hoge vlucht zal nemen. Een goede basis voor een discussie over de (verdere) ontwikkeling van de rechtsregels voor verticale overeenkomsten bieden de CAFDC echter wel.