

Azië-Pacific

Bangkok
Beijing
Brisbane
Hanoi
Ho Chi Minhstad
Hong Kong
Jakarta
Kuala Lumpur*
Manila*
Melbourne
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Taipei
Tokyo
Yangon

**Europa, Midden-
Oosten & Afrika**

Abu Dhabi
Almati
Amsterdam
Antwerpen
Bahrein
Bakoe
Barcelona
Berlijn
Boedapest
Brussel
Cairo
Casablanca
Djedda*
Doha
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt
Genève
Istanbul
Johannesburg
Kiev
Londen
Luxemburg
Madrid
Milaan
Moskou
München
Parijs
Praag
Riyad*
Rome
Sint Petersburg
Stockholm
Warschau
Wenen
Zurich

Amerika

Bogota
Brazilië**
Buenos Aires
Caracas
Chicago
Dallas
Guadalajara
Houston
Júarez
Lima
Mexico Stad
Miami
Monterrey
New York
Palo Alto
Porto Alegre**
Rio de Janeiro**
San Francisco
Santiago
São Paulo**
Tijuana
Toronto
Valencia
Washington, DC

* Gelieerde Kantoren

** In samenwerking met
Trench, Rossi e Watanabe
Advogados

21 January 2019

Internetconsultatie Wet franchise

L.S.

Naar aanleiding van de internetconsultatie van de Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise) (hierna: "**Ontwerp**"), maken wij graag de volgende opmerkingen.

Vooraf merken wij op dat wij niet onderschrijven dat franchiserelaties in Nederland over het algemeen "ongezond" zijn, waar de concept memorie van toelichting wél van uit lijkt te gaan.

Ondernemen houdt inherent in dat risico's worden genomen. In geval van een franchise constructie mitigeert een franchisenemer juist haar risico's door haar keuze zich te baseren op een reeds beproeft concept - waarvoor de franchisegever reeds moeite heeft gedaan en zelf risico's heeft genomen. De keerzijde is dat franchisenemer anderzijds risico neemt door een bepaalde mate van zelfstandigheid in de exploitatie van de onderneming op te geven. Dat een franchisenemer daardoor in bepaalde mate afhankelijk wordt van een franchisegever - ten behoeve van de franchise formule als geheel - noopt in onze optiek niet tot een specifieke bescherming van een franchisenemer. Dit is immers het resultaat van de vrije keuze van franchisenemer.

In het algemeen is bij het opstellen van het Burgerlijk Wetboek het bestaan van meer *bargain power* bij een contractspartij op zichzelf geen reden geweest om wederpartijen een specifieke bescherming toe te kennen. Waar nodig mitigeren in principe de beginselen van redelijkheid en billijkheid onwenselijke situaties. Slechts bij uitzondering is bij zeer kwetsbare en afhankelijke wederpartijen (consumenten, werknemers en agenten) specifieke invulling hieraan gegeven. Franchise is naar onze mening niet een relatie waar zich meer onredelijke verhoudingen voordoen dan elders in het handelsverkeer waar een bepaalde mate van marktmacht aanwezig is. Daarnaast druist een dergelijke bescherming in tegen het principe van contractsvrijheid, en de eigen keuze van de franchisenemer om te ondernemen op basis van franchise. Daar waar gevolgen in een specifiek geval onbillijk zouden zijn jegens franchisenemer bevat het Burgerlijk Wetboek en mededingingswet reeds voldoende middelen om kleine partijen te beschermen. Verdere regulering lijkt daarmee niet nodig.

Mocht de wetgever toch besluiten tot verdere regelgeving, dan zou het ons in het kader van proportionaliteit en subsidiariteit als juist voorkomen om die bescherming van franchisenemers uitsluitend toe te kennen aan "kleine" franchisenemers, bijvoorbeeld

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is statutair gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34208804.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is lid van Baker & McKenzie International, een Zwitserse Verein. Wij verwijzen naar <http://www.bakermckenzie.com/nl/netherlands/generalconditions/>.

voor zover een franchisenemer voldoet aan de criteria als bedoeld in artikel 6:119a lid 6 Burgerlijk Wetboek. Dit zou de internationale franchise relaties ontlasten, waar een dergelijke bescherming niet nodig is, en vooral het rechtsverkeer zou hinderen.

Meer in het bijzonder merken wij het volgende op:

A / Definitie franchiseformule

A1 / Goederenrechtelijke kwalificatie franchiseformule

In het verdere Ontwerp lijkt de "franchiseformule" te worden beschouwd als een zelfstandig vermogensrecht. Bijvoorbeeld: franchisegever is rechthebbende op de franchiseformule (art. 7:911(c) Ontwerp), en franchisegever verleent het recht om de franchiseformule te exploiteren (art. 7:911 (f) Ontwerp).

Onder het huidige bestel van het Burgerlijk Wetboek is het opvallend dat een partij rechthebbende zou kunnen zijn op een franchiseformule terwijl niet alle onderliggende elementen daarvan reeds bestaande moederrechten zijn. Bijvoorbeeld de formule, handelsnaam (in ieder geval niet onder alle omstandigheden), huisstijl, en know-how, etc. zijn onder de huidige stand van zaken geen zelfstandige vermogensrechten, noch worden zij beschermd als een recht van intellectueel eigendom. Het is daarmee onduidelijk hoe de "franchiseformule" zich verhoudt ten aanzien van de rechten van intellectuele eigendom: een partij heeft juist geen (vermogens)rechten op informatie (zoals know-how), tenzij die informatie door een specifiek recht van intellectuele eigendom wordt beschermd.

Dit roept dit de vraag op naar de vermogensrechtelijke kwalificatie van de "franchiseformule":

- Is de franchiseformule een vermogensrecht (hetgeen een novum zou zijn)?
- Zo ja, zijn dan ook de onderliggende elementen zoals de formule, huisstijl, tekeningen en know-how te kwalificeren als vermogensrechten?
- Als de franchiseformule géén vermogensrecht zou zijn, hoe kan franchisegever rechten op de franchiseformule hebben en rechten daarop verlenen?

Enige definitie van "franchiseovereenkomst" zou moeten worden herzien, zonder gebruik van "*de exploitatie van een franchiseformule*".

A2 / Omvang definitie franchiseovereenkomst

In het Ontwerp is de huidige definitie van "franchiseformule" bijna circulair omschreven als een eenvormige commerciële formule voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten. Het is daarmee onduidelijk wat een dergelijke formule daadwerkelijk in de praktijk omvat.

Door te refereren aan de minimum vereisten van handelsmerken (e.a.) en know-how in het kader van de franchise formule wordt de definitie van "franchiseovereenkomst" aan de ene kant te breed opgesteld. Niet alleen franchiseovereenkomsten vallen hieronder,

maar ook andersoortige overeenkomsten waarbij intellectuele eigendomsrechten en know-how ter beschikking worden gesteld in het kader van exploitatie:

- *(software)licentieovereenkomsten*: in de praktijk is het gangbaar om in software licenties een brede definitie heeft van rechten van intellectuele eigendom op te nemen (waaronder handelsmerken, modellen, tekeningen, etc.), alsook know-how. Als licentienemer het recht krijgt om (sub)licenties te verlenen, zal daarmee die relatie als franchise kunnen kwalificeren;
- *distributieovereenkomsten*: in de praktijk verkrijgt een distributeur het recht om onder merkvoering van de principaal producten op de markt te zetten, waarbij de principaal ook een mate van praktische informatie (hetgeen kan kwalificeren als know-how) ten aanzien van dat product zal verschaffen (alsook bijstand en hulp aan distributeur zal bieden);
- *joint venture overeenkomsten*: waarbij partijen rechten van intellectuele eigendom en know-how bundelen voor de verdere exploitatie ervan;
- *trademark (exploitation) license*: waarbij een recht op een handelsmerk en knowhow wordt verstrekt ten behoeve van de exploitatie van dat merk en eventueel de productie van goederen;
- *andersoortige exploitatieovereenkomsten*: waarbij een partij in licentie bepaalde goederen gaat produceren met gebruik van intellectuele eigendomsrechten (waaronder merken, modellen, tekeningen) van de ander (bijvoorbeeld merchandising, *automotive*).

Daarnaast is het aan de andere kant mogelijk dat niet elke franchiseovereenkomst door de definitie wordt gedekt. Volgens de definitie moet er cumulatie zijn van een handelsmerk, etc. én know-how. Waar een partij met het oog op de franchise van haar onderneming slechts rechten en verplichtingen geeft ten aanzien van handelsmerken, maar geen knowhow prijsgeeft, dan zou dat wat ons betreft ten onrechte door deze definitie niet kwalificeren als een franchiseovereenkomst.

A3 / Kernelementen definitie

In het licht van bovenstaande, als ook in het feit dat er een enorme verscheidenheid is aan franchise constructies, lijkt het lastig alsook onwenselijk de franchiseovereenkomst te benoemen als bijzondere overeenkomst.

Daarnaast zou - ter afbakening van andere licenties en distributie - de omvang van de definitie van franchise beperkt moeten worden door toevoeging van overige kernelementen die bepalend zijn voor franchiseconstructies. Nader onderzoek en verdere onderbouwing is daartoe nodig in enig opvolgend ontwerp.

B / Informatieverplichting

B1 / Full Disclosure

Voor wat betreft artikel 7:913 van het Ontwerp menen wij dat dit geen meerwaarde biedt ten opzichte van de rechtsfiguur van dwaling (artikel 6:228 Burgerlijk Wetboek).

Voor wat betreft het eerste lid is de reikwijdte van de bepaling zeer breed, en omvat alle informatie waarvan partijen kunnen vermoeden dat deze van belang is. Echter, het Nederlandse stelsel is zodanig ingericht dat een partijen een mededelingsplicht cq. een onderzoeksplicht hebben jegens elkaar bij het aangaan van overeenkomsten (dwaling / conformiteit).

In Nederland is er bewust voor gekozen om niet een dergelijke *full disclosure* toe passen die wordt voorgestaan in het Ontwerp, ook niet voor transacties waaruit aanzienlijke financiële consequenties voortvloeien of (bijzondere) investeringen gedaan worden binnen een relatie waarbij een partij overwicht heeft (exclusieve afname / verkoop overeenkomsten, koop van onroerend goed, distributieovereenkomsten, etc.). Wij zien geen redenen waarom deze aanvullende informatieverplichting wel zou moeten gelden specifiek voor franchiserelaties.

Voor wat betreft artikel 7:913(3) van het Ontwerp, hebben wij geen specifieke bezwaren om een vormvoorschrift op te nemen met betrekking tot die informatie (althoewel het Burgerlijk Wetboek o.i. reeds in artikel 3:35 Burgerlijk Wetboek afdoende waarborgen biedt). Echter de koppeling met het beoogde resultaat dat de franchisenemer de operationele en financiële gevolgen dient te overzien gaat te ver. Hiermee neemt de franchisegever alle onderzoeksplichten over van de franchisenemer.

B2 / Gevolgen niet-nakoming

Bovendien is het gevolg van niet-nakoming van deze verplichting niet gespecificeerd. Wij gaan er van uit dat het de bedoeling van het Ontwerp is dat als bepaalde informatie niet is gegeven, dat dan door partijen een beroep op artikel 6:228 lid 1 Burgerlijk Wetboek kan worden gedaan: dat handelt immers om de inlichtingen die een partij had behoren te verstrekken. Daarmee lijkt de consequentie op niet-nakoming vernietigbaarheid.

Vernietigbaarheid is temeer een buitengewoon zware sanctie in relatie tot de verplichtingen van artikel 7:913 uit het Ontwerp omdat geen enkele partij *alle* informatie zal kunnen verstrekken. Dit biedt daardoor franchisenemer een exorbitante mogelijkheid de franchiseovereenkomst te vernietigen wanneer enige relevante informatie later opduikt / van belang wordt. Dit leidt tot rechtsonzekerheid, omdat er nooit duidelijkheid kan zijn wanneer *full disclosure* wordt bereikt, waarbij overeenkomsten dienaangaande niet mogelijk zijn ten nadele van de franchisenemer (conform artikel 7:921 Ontwerp).

B3 / Standstill

Artikel 7:914 Ontwerp sluit niet aan bij de vereisten van het normale handelsverkeer:

- een verplichtte 4 weken *standstill* is niet per definitie positief voor een franchisenemer, maar zorgt vooral voor vertraging ten aanzien van transacties. Daarnaast, telkens als nieuwe informatie beschikbaar wordt - hetgeen normaal gesproken op een continue basis plaatsvindt omdat de markt doorlopend aan verandering onderhevig is - leidt zulks in de huidige bewoordingen tot een aaneenschakeling van *standstill* periodes en dus voor algehele verlamming.
- een verplichtte *standstill* leidt mogelijk tot een situatie dat franchisegever kosten moet blijven maken zonder dat er een overeenkomst is (bijvoorbeeld huur van een pand, kosten van een onderneming, blijven onderhandelen met andere potentiële gegadigden). Uiteindelijk komen deze kosten ten laste van de franchise formule, en zullen worden doorbrekend aan de franchisenemer. Dit is niet een gewenst gevolg.

B4 / Informatievergaring

Artikel 7:915(1) Ontwerp vereist dat alle benodigde informatie moet worden verstrekt die redelijkerwijs van belang kan zijn voor het sluiten en uitvoeren van de franchiseovereenkomst. Kennelijk gaat deze verplichting verder dan het verstrekken van informatie die voorhanden is, en ziet ook op het vergaren van allerhande financiële gegevens. Het is ons niet bekend wat voor gegevens hier worden bedoeld, en daarmee ook niet duidelijk voor een franchise gever / nemer. Wel is duidelijk wat de gevolgen van niet naleven zijn: vernietiging op grond van dwaling. In dit kader dienen de gevolgen ook gespecificeerd te worden, want vernietiging lijkt ons een te zwaar middel. Voor wat betreft het verschaffen van financiële gegevens, waarbij verwezen wordt naar p. 24 van de memorie van toelichting van het Ontwerp ("**MvT**"), wijzen wij er op dat gegevens als jaarverslag / jaarrekening onvoldoende worden geacht. Wij vragen ons af wat wel voldoende zou zijn, mede gelet op de begrijpelijkheidsverplichting uit artikel 7:913 Ontwerp.

In artikel 7:915(2) Ontwerp wordt de franchisegever verplicht tot het aanleveren van financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming. Wij zien niet in dat deze verplichting bij de franchisegever behoort te berusten. Immers in de praktijk zal ook een franchisenemer locaties (willen) aandragen. Het is niet redelijk de franchisegevers voor de risico's voor wat betreft het financiële onderzoek daartoe te laten dragen. Ook de verplichtingen om inzicht te geven in investeringen moet verder worden geclausuleerd, omdat op het moment van het sluiten van de overeenkomst geen duidelijkheid kan worden gegeven over de noodzaak van alle investeringen in de toekomst. De MvT geeft op p. 26-27 al een bepaalde specificatie aan; deze specificatie zou zijn weerslag in het ontwerp wet moeten vinden.

C / Goodwill

Volgens p. 7 van de MvT zouden er in de praktijk clausules blijken te zijn op grond waarvan de franchisenemer verplicht wordt om zijn onderneming bij het einde van de franchiseovereenkomst te verkopen. Dit is zeker geen clause die in alle franchiseovereenkomsten voorkomt. Het is daarmee een veel te zwaar middel om voor die selecte groep een algemeen recht op goodwill te formuleren voor alle franchisenemers. In die gevallen biedt de wet (bijvoorbeeld artikel 6:248 Burgerlijk Wetboek) reeds de mogelijkheid die bepaling nader aan te vullen.

Verder zien wij niet waarom een franchisenemer bij beëindiging als zodanig recht zou hebben op goodwill. Ook in vergelijkbare situaties heeft de wetgever ervan afgezien om goodwill toe te kennen bijvoorbeeld bij distributierelaties, exclusieve afname / leverovereenkomsten, exploitatieovereenkomsten, etc.

De enige handelsrelatie waarbij goodwill is verschuldigd is bij agentuur. Echter, dat betreft een geheel andere situatie, aangezien een agent overeenkomsten sluit op naam van en ten gunste van principaal, waarbij na het einde van de agentuurrelatie de principaal mogelijk kan blijven profiteren van de eerdere inspanning van de agent. Het is echter geen gegeven dat de principaal automatisch goodwill moet betalen; dit is alleen het geval wanneer de agent aannemelijk kan maken dat de principaal van door hem aangebrachte klanten, of van klanten waarmee hij de overeenkomsten heeft uitgebreid, nog in relevante mate nieuwe transacties kan verwachten (zie ook: HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935).

In het geval van franchise ligt de situatie geheel anders, ten eerste omdat de franchisenemer in eigen naam en voor eigen rekening en risico opereert - en niet op naam en voor risico van franchisegever. Indien er al een verplichting bestaat voor franchisenemer om zijn onderneming aan franchisegever te verkopen, dan staat het ook geenszins vast dat de franchisegever na einde overeenkomst daadwerkelijk zal profiteren van de inspanning van de franchisenemer; dit zal volledig afhankelijk zijn van de feiten en omstandigheden.

Indien de wetgever een recht op goodwill zou willen toekennen aan franchisenemer bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, dan zou dit uitsluitend beperkt moeten worden tot die gevallen waarbij franchisenemer verplicht is om zijn onderneming bij einde overeenkomst aan franchisegever te verkopen. In dat geval dient in het kader van voorspelbaarheid van de vergoeding een duidelijk mechanisme te worden ontworpen om de hoogte van de goodwill te berekenen - dit om ook in internationale verhoudingen te voorkomen dat er teveel onzekerheid ontstaan binnen de rechtspraktijk.

D / Wijzigingen

Artikel 919(4) Ontwerp bepaalt dat een wijziging met aanzienlijke gevolgen voor de exploitatie van de franchiseformule instemming nodig heeft van 2/3 van de franchisenemers, dan wel de desbetreffende franchisenemer(s).

Dit geeft te veel macht aan de franchisenemers, omdat zij de facto een veto kunnen uitspreken over de exploitatie van de franchiseformule en daarmee feitelijk beleidsbepaler worden. Wij merkten al eerder op dat het de franchisegever is die risico heeft genomen en investeringen gepleegd heeft om de formule "groot" te maken, en de franchisenemers haken daarbij aan. Om de formule als geheel te bewaken en te zorgen dat er ruimte blijft voor continuïteit maar ook innovatie van het franchise concept, moet de franchisegever hieromtrent keuzes kunnen maken en moet het primaat bij het maken van die keuzes in ieder geval bij de franchisegever liggen. Immers de formule en merkrechten behoren de franchisegever toe.

Wel kunnen wij ons voorstellen dat er een opzeggingsgrond wordt geformuleerd voor de betreffende franchisenemer die kan aantonen dat deze als gevolg van de wijziging het

naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om onveranderde voortzetting van de overeenkomst te eisen.

E/Dwingend recht

De toepasselijkheid van de Wet Franchise is afhankelijk van de toepasselijkheid van het Nederlandse recht. Het risico bestaat dat wanneer de markt de bepalingen van het Ontwerp te stringent / onpraktisch acht, partijen in (inter)nationale verhoudingen eerder zullen kiezen om de overeenkomst door een ander rechtstelsel te laten beheersen welke (nog) minder zekerheden voor de franchisenemer biedt.

Wij merken op dat ook een rechtskeuze voor een buitenlands recht tussen twee Nederlandse ondernemingen er niet automatisch toe leidt dat het dwingend recht niet buitengesloten wordt, hetgeen ten onrecht wordt vermeld op p. 36 MvT. Immers, uit artikel 3(3) van EU Verordening 553/2004 (Rome I) blijkt dat indien *alle* overige op het tijdstip van de keuze bestaande aanknopingspunten zich bevinden in een ander land dan het land waarvan het recht is gekozen, zulks de door de partijen gemaakte keuze de toepassing van de rechtsregels van dat andere land (Nederland) waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, onverlet laat. Met andere woorden, twee Nederlandse ondernemingen kunnen een rechtsgeldige keuze maken voor de toepasselijkheid van buitenlands recht, zolang de overeenkomst een internationaal karakter heeft. Het internationale karakter wordt echter niet uitsluitend bepaald door zuiver geografische aspecten (zie ook: HR 26 mei 1989, NJ 1992, 105, Zerstegen-Van der Harst/Norfolk Line).

Met andere woorden, partijen kunnen alleen dan niet aan de toepasselijkheid van het Ontwerp ontkomen wanneer alle aanknopingspunten in Nederland zouden liggen. Wanneer wel (enige) aanknopingspunten buiten Nederland zouden liggen, bijvoorbeeld bij internationale franchiseformules (waarbij bijvoorbeeld licenties worden verstrekt door buitenlandse partijen) is verdedigbaar dat partijen rechtsgeldig een ander recht te kiezen en het Nederlandse Burgerlijk Wetboek en dus ook het Ontwerp daarmee buiten toepassing te laten.

Hoogachtend,

Mr Drs F.M.W.A. Harms
Mr M.W. Bijloo

Advocaten bij Baker & McKenzie Amsterdam N.V.