



Visie op ontwerp Wet Franchise

Franchising, een uitstekend businessmodel

Ter inleiding van onze reactie hecht ik eraan duidelijk te maken dat Koelewijn & Partners al meer dan 30 jaar zowel franchisegevers als franchisenemers bij staat met de ontwikkeling en verbetering van franchisesamenwerkingen. Vaak worden we juist in gezamenlijkheid en/of met wederzijds goedvinden ingeschakeld indien zaken franchisegever en franchisenemers verdelen. Wij hebben sinds de oprichting circa eenderde van de Nederlandse franchiseorganisaties op enigerlei wijze bijgestaan. Wij hebben daarmee een uniek inzicht in het reilen en zeilen binnen franchiseorganisaties. We zijn er dan ook dagelijks getuige van dat het franchisemodel een uitstekend werkend businessmodel is met, op onderdelen, inherent tegengestelde belangen en soms stevige discussies. En dat is prima, want dat houdt iedereen scherp!

Negatief sentiment niet representatief voor gehele franchisesector

Het huidige 'negatieve sentiment' over onevenwichtige verhoudingen in franchising ervaren wij vanuit de praktijk van franchising niet als representatief voor de gehele franchisesector. De problemen concentreren zich met name in de detailhandel die, mede onder invloed van de opkomst van webshops, worstelt met krimp en soms zelfs met existentiële vragen. Enkele individuele conflicten zijn in de beeldvorming voorts op één hoop terecht gekomen met de zogenaamde 'prognoseproblematiek' in de pré-contractuele fase. Voor deze problematiek biedt inmiddels de recente wetgeving 'Wet op de Acquisitiefraude' goede handvatten aangezien die ook van toepassing is verklaard op de franchisesector.

Grote diversiteit

Franchising komt voor in zeer uiteenlopende sectoren. Mede daardoor hebben franchiseorganisaties onderling sterk afwijkende eigenschappen en machtsverhoudingen. Denk bijvoorbeeld aan kleine en/of jonge franchiseorganisaties in de diensten- of zorgsector, waarvan de omzet nog kleiner is dan de kleinste franchisenemer in de levensmiddelensector. Daarbij is het aantal 'kleine en/of jonge franchiseorganisaties' en de daarbij aangesloten franchisenemers een veelvoud van het aantal 'grote franchiseorganisaties'.

Het vertrekpunt van de ontwerp-wetgeving, 'het verbeteren van de positie van de franchisenemer in de pré-competitieve fase', is opgerekt met een aantal issues die tijdens de franchisesamenwerking spelen. Het houdt daarbij onvoldoende rekening met de diversiteit van de franchisesector, waarbij de franchisenemer lang niet altijd in de zwakkere positie zit. Denk bijvoorbeeld aan soft-franchise organisaties waarbij franchisenemers aan het einde van de contractperiode in veel gevallen juist een sterke onderhandelingspositie hebben tegenover de franchisegever, omdat daar vaak geen sprake is van een non-concurrentiebeding na afloop van de contractperiode. De machtsverhoudingen zijn dan omgekeerd ten opzichte van hetgeen waar het concept Wet Franchise vanuit gaat.



Meer interne communicatie gewenst

Voor een goed werkende franchisesamenwerking is eenvoudigweg veel aandacht voor zorgvuldige, wederzijdse communicatie nodig. Vanuit onze praktijk kan ik vaststellen dat indien hieraan voldaan wordt, in vrijwel alle organisaties oplossingen gevonden worden bij tegengestelde belangen. Het in het ontwerp Wet Franchise gestelde minimale criterium van eenmaal per jaar voor overleg tussen franchisegever en franchisenemer ervaren wij dan ook als onvoldoende voor een goede franchisesamenwerking.

Positieve grondhouding

Zoals uit ons betoog blijkt is Koelewijn & Partners positief kritisch over franchisewetgeving. Franchise wetgeving kan nuttig zijn gezien het al maar groeiende belang van de franchisesector voor de Nederlandse economie alsmede de unieke karakteristieken van de sector.

Het was echter beter geweest indien de wetgeving ontwikkeld was vanuit een evenwichtiger grondhouding en perceptie ten aanzien van franchising, dan nu het geval is geweest. Uit de Memorie van Toelichting klinkt een onterecht wantrouwen door jegens franchisegevers. Dat is in algemene zin onterecht. Een beter uitgangspunt is dat franchising een goed businessmodel is waar zich helaas ook excessen voordoen, en waar regelgeving voor nodig is.

Veel van het gestelde in het ontwerp Wet Franchise is voor franchisegevers en franchisenemers in de meeste sectoren gewoon dagelijkse praktijk. De op onderdelen vergaande dwingendrechtelijke bemoeienis met de feitelijke inrichting van de samenwerking belemmert franchisegevers in hun innovatiekracht, slagvaardigheid en efficiëntie.

Het doel van franchise wetgeving zou moeten zijn dat franchise als model voor franchisegever en franchisenemers nog beter wordt doordat de wettelijke verankering resulteert in het beter borgen van wederzijds gewin door passende bescherming voor beiden.

De grootste bezwaren

1) Dit brengt mij bij de grootste bezwaren tegen elementen van het concept Wet Franchising: de dwingendrechtelijke voorgeschreven instemming door 2/3 van de franchisenemers dan wel de individuele instemming van iedere franchisenemer afzonderlijk bij wijzigingen van de franchiseovereenkomst, die 'aanzienlijke gevolgen' hebben voor de exploitatie van de franchisenemer.

Dit is voor het overgrote deel van de franchiseorganisaties 'onredelijk bezwarend'. Het kan betekenen dat na zorgvuldige analyse, onderzoek en overleg franchisegever en de meerderheid van de franchisenemers voor een aanzienlijke verandering zijn, waarbij een minderheid van de franchisenemers, ook tegen de wens van de meerderheid van de franchisenemers in, de ontwikkelingen kunnen tegenhouden! Dat is het laatste wat in dit tijdsgewricht, waarin organisaties snel moeten blijven innoveren om relevant te blijven, gewenst is. Daarmee schiet de gehele franchise sector, ook buiten de retail, zichzelf in de voet. Ter illustratie; alleen om de grondwet te wijzigen is een 2/3 meerderheid vereist! Voor andere wetgeving is een gewone of absolute meerderheid passend om slagvaardig op



ontwikkelingen in de maatschappij in te kunnen spelen. Met zorgvuldige, procedurele afspraken en een gewone of absolute meerderheid van 50%+1 vanuit de (vertegenwoordiging van) de groep franchisenemers kunnen ook franchiseorganisaties slagvaardig blijven, terwijl er tegelijkertijd wel grondig rekening gehouden wordt met de belangen van alle aangesloten franchisenemers. Daarnaast moet het uiteraard mogelijk blijven om waar dit beter passend is individuele afspraken met franchisenemers te maken.

2) Goed dat in het ontwerp Wet Franchise staat dat alle informatie, waaruit de rechten en verplichtingen te lezen moeten zijn, goed geordend en compleet moet zijn. Daar is een handboek voor. Het is echter zeer ongewenst om voor te schrijven dat franchisehandboeken verstrekt moeten worden aan de franchisenemer in de précontractuele fase. Zeker voor kleine organisaties is dit zeer ongewenst! Deze organisaties hebben nog relatief weinig schaalvoordelen en moeten het voornamelijk hebben van hun geheime kennis. Indien het handboek verstrekt wordt, maakt dit de formule wel heel eenvoudig kopieerbaar. Het intellectueel en het industrieel eigendom zijn beschermd. Maar alle 'geheime, wezenlijke en geïdentificeerde informatie' van de formule en de samenwerking dient gedeeld te worden met een kandidaat-franchisenemer, die uiteindelijk mogelijk niet in zee gaat met de franchisegever. Dat is regelrecht concurrentiebedreigend voor zowel franchisegever als de daarbij aangesloten franchisenemers! Franchiseorganisaties moeten bedrijfsgeheimen kunnen bewaken. Praktische oplossing kan zijn om aan te sluiten bij de Belgische oplossing van een Pré-contractueel informatie document, gekoppeld aan een onderzoeksplicht voor franchisenemers waaronder bijvoorbeeld de verplichting om in de voorfase van de samenwerking het gesprek aan te gaan met leden van het vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers indien dit bestaat. Franchisenemers van de betreffende formule kennen immers de spagaat als het gaat om welke informatie noodzakelijk is om enerzijds de franchiseorganisatie te beschermen tegen concurrentie en anderzijds de wens om genoeg informatie aan aspirant-franchisenemers te verstrekken om een goed beeld te krijgen van de franchisesamenwerking.

Suggestie voor definitieve wetgeving

Het ontwerp Wetgeving Franchise bevat nog veel 'open eindjes'. Dit vormt potentieel een 'walhalla' voor advocaten en juristen. Wil de wetgeving niet leiden tot een oneindig aantal interpretatiediscussies en rechtszaken zal de definitieve wet nog op veel punten aangepast en geconcretiseerd moeten worden. Ik ga ervan uit dat de Afdeling Advisering van de Raad van State hier nadrukkelijk aandacht aan besteedt.

Slotopmerking Visie

Uiteraard is er enige 'koudwatervrees' bij franchisegevers om dwingendrechtelijk voorgeschreven te krijgen hoe te handelen in overeenstemming met de Wet franchise. Zoals het er nu naar uit ziet, zal dit in eerste instantie zelfs kunnen leiden tot meer rechtszaken en het minder aantrekkelijk maken van franchisesamenwerkingen. Met de juiste wettekst zal er echter een nieuwe balans kunnen ontstaan die het mogelijk maakt om juist meer marktpartijen voor de franchise business te interesseren met positieve economische impact als gevolg. Daarom roepen we graag op tot een positieve, constructief kritische grondhouding, waarmee dit gerealiseerd kan worden.



Reactie per artikel – wensen voor verbetering

In dit deel van de reactie wordt artikelwys ingegaan op het ontwerp Wet Franchise per artikel.

Artikel I

Titel 16. Franchise

Artikel: 911:

- Een definitie voor vertegenwoordigend of collectief overleg (vaak genaamd franchiseraad en/of franchisevereniging) ontbreekt. Aanvulling is gerechtvaardigd dat franchisenemers onafhankelijk van de franchisegever moeten kunnen opereren in het vertegenwoordigend overleg en dat beslissingen genomen kunnen worden met instemming van een meerderheid van dit overleg.

Franchisegevers participeren regelmatig in de onderneming van de franchisenemer, bijvoorbeeld als gevolg van het ontbreken van voldoende middelen bij de franchisenemer. Is er volgens de gehanteerde definitie ('voor eigen rekening en risico') dan wel sprake van franchising? Verduidelijken.

Artikel: 912:

- Het zich 'als een goed franchisegever en franchisenemer gedragen' zijn werkbare begrippen. Een adequate lijst met voorbeelden voor franchisegever en franchisenemer in de Memorie van Toelichting beperkt ongetwijfeld veel discussies en rechtszaken.

Artikel: 913:

- Het is al veelal praktijk dat franchisegevers relevante informatie betreffende een locatie of regio ter beschikking stellen aan franchisenemers. Het risico dient echter uitgesloten te worden dat een begroting of vestigingsplaatsonderzoek door franchisegever mogelijk later bij Algemene Maatregel van Bestuur alsnog verplicht wordt gesteld waarna de franchisegever hiervoor tevens aansprakelijk kan worden gesteld. Een franchisenemer wordt zelfstandig ondernemer en is primair zelf verantwoordelijk voor wat mogelijk is in zijn gebied en in welke mate hij zijn begroting weet te realiseren. De franchisenemer heeft dan ook een 'eigen onderzoeksplicht'. Dit dient verwoord te worden in de Wet. Uiteraard verwerft ook de franchisegever relevante informatie en ervaringscijfers en kan deze ter assistentie of verificatie ter beschikking stellen. Maar het kan niet zo zijn dat de verantwoordelijkheid voor de begroting van een andere zelfstandige ondernemer door de franchisegever wordt overgenomen. Met een bepaling in de franchiseovereenkomst kan overigens wel geborgd worden dat de door franchisegever verstrekte financiële informatie betrouwbaar en naar beste weten correct is.
- Lid 2 bepaalt dat de informatie te allen tijde toegankelijk is en blijft voor de andere partij. Echter de informatie kan niet meer ter beschikking blijven na afloop van de franchiseovereenkomst of indien er afgezien wordt van het aangaan van een franchiseovereenkomst.



Artikel: 914:

- Deze bepaling raakt de slagvaardigheid van franchiseorganisaties bij het werven van franchisenemers, specifiek in combinatie met het verwerven van vestigingslocaties. Beter is het nader te definiëren wat de definitie is van ‘aanzetten tot’? Niet zelden doen franchisenemers zelf al investeringen en/of financiële toezeggingen. Anders kunnen zij bepaalde locaties mogelijkwijs niet bemachtigen. Hier moeten franchisegevers voor gevrijwaard blijven indien zij ‘niet aangezet hebben tot’.
- Franchisegever en franchisenemers spreken daarnaast regelmatig af om de kosten van een onafhankelijk assessment vooraf te delen. Tevens kan de franchisenemer bijvoorbeeld een vestigingsplaatsonderzoek in zijn opdracht uit laten voeren of in een gezamenlijke opdracht namens de franchisenemer (in spé) tegen vergoeding laten verrichten, als onderdeel van eigen onderzoek. Het verdient aanbeveling om het mogelijk te houden dat franchisenemers gecalculerde investeringen mogen doen in de précontractuele fase. Als deze investeringen maar niet onomkeerbaar tot de “psychologische druk” leiden om de franchiseovereenkomst daadwerkelijk te ondertekenen.

Artikel: 915:

- Alle voor de franchisenemers en de franchisegevers geldende generieke wederzijdse rechten en verplichtingen moeten te lezen kunnen zijn uit de franchiseovereenkomst in combinatie met het franchisehandboek. Dat is een groot goed. En wordt steeds beter toegepast. Echter, het handboek dient niet verstrekt te worden! Dit maakt, zelfs met ondertekening van een geheimhoudingsverklaring, kopiëren, of delen of benutten van van geheime, wezenlijke en geïdentificeerde informatie (‘de formule informatie’) té eenvoudig. Het handboek is het resultaat van vaak veel innovatie en praktische ervaring met de formule. Er is door franchisegevers veel geld in geïnvesteerd. Zeker voor kleine franchisegevers kan het verstrekken van het handboek funest zijn, omdat daar vaak sprake is van innovatieve concepten met nog weinig schaalvoordelen. Maar ook aangesloten franchisenemers kunnen hier last van krijgen. *Oplossing:* Voor franchisenemers kan een Pré-contractueel Informatie Document (P.I.D.), zoals bijvoorbeeld in België wordt gehanteerd, volstaan. Eventueel aangevuld met een verplicht gesprek met een door de kandidaat-franchisenemer zelf te kiezen aangesloten franchisenemer en/of vertegenwoordiger van het vertegenwoordigend overleg.

Artikel: 916:

- Wanneer kan een franchisegever als gevolg van de financiële situatie de franchiseovereenkomst niet ongewijzigd voortzetten? In het huidige tijdgewricht maken bijvoorbeeld webshops vele jaren verlies. Zonder additioneel vermogen is de continuïteit van een dergelijke onderneming niet verzekerd. Echter, het blijkt voortdurend mogelijk om extra vermogen aan trekken, waardoor de continuïteit weer verzekerd is. Naar analogie; moet een franchisegever nu zelf onzekerheid en onrust veroorzaken bij zijn franchisenemers en/of leveranciers? Met nog meer problemen van dien? Dit onderwerp dient nader overwogen te worden.



Artikel 917:

- Nadere regels stellen bij Algemene maatregel van bestuur (AMvB) is ongewenst. Het kan niet zo zijn dat de ‘politieke kleur’ van het moment steeds nieuwe vereisten met zich mee brengt. Daar is de continuïteit van de sector niet mee gebaat. Beter is het om nu een concretere lijst vast te stellen wat benodigd is en bij eventuele toekomstige wijziging opnieuw het reguliere wetgevende proces te doorlopen.

Artikel: 918:

- De inhoud van dit artikel is evident en gangbaar. Dit is een kernprestatie van een goed franchisegeverschap.

Artikel: 919:

- In essentie is een bepaling in de franchiseovereenkomst betreffende de goodwill goed voor de transparantie. Echter, dit kan lang niet altijd vertaald worden naar concrete rekenregels zoals het ontwerp Wet veronderstelt. Dit ook in tegenstelling tot de ‘schadevergoeding’ bij agentuur. In franchising exploiteert de ondernemer voor eigen rekening en risico en niet voor de principaal. Er is alleen sprake van goodwill indien een ander er economisch voordeel mee kan realiseren en dat voordeel zodanig is dat een ander bereid is er voor te betalen. In de franchiserelatie zijn veel meer verschillende factoren van belang, bijvoorbeeld wat zijn de consequenties bij (tussentijdse) beëindiging of verkoop en/of na expiratie van een franchiseovereenkomst. Denk bijvoorbeeld aan het eigendom van het klantenbestand of aan de taakverdeling tussen franchisegever en franchisenemer die per sector, en soms per franchiseformule, aanzienlijk kan verschillen. Of aan de dienstensector waarbij een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid, niet zonder toestemming zijn klanten, data mag overdragen en verkopen. Ook is het een uitdaging om onderscheid te maken in ‘persoonlijk toerekenbare goodwill’ en ‘formule goodwill’. Beter is het echter alleen te bepalen dat de franchisegever in de franchiseovereenkomst verplicht opneemt of en indien positief wanneer er sprake is van goodwill. Eventueel aangevuld met uitgangspunten die daarbij gelden en welke procesgang gevolgd gaat worden indien partijen er onderling niet uitkomen, bijvoorbeeld met inschakeling van een ‘register valuator’.
- In de basis dient een goede franchisegever zijn producten en diensten tegen min of meer marktconforme voorwaarden aan te bieden. De huidige tekst laat hier echter veel ruimte voor interpretatie. Menig franchisegever levert namelijk producten tegen een prijs waarin feitelijk (een deel van) de franchisefee voor de aanvullende diensten verwerkt zit. Het dient voor alle betrokken partijen bij voorbaat duidelijk te zijn dat dit geen slechtere voorwaarden betreffen, zelfs indien de prijs hierdoor hoger uitvalt dan vergelijkbare producten bij andere groothandels in te kopen zijn. Daarmee dient vast te staan dat een afnamebeding in dergelijke situatie wel gerechtvaardigd is. Voorts is het tevens de vraag of deze bepaling niet in conflict is met de Mededingingswet waarbij gevoelige informatie tussen met elkaar concurrerende bedrijven niet uitgewisseld mogen worden waardoor dit in praktische zin onuitvoerbaar is.
- Onduidelijk is op welke wijze het non-concurrentiebeding betreffende de geografische reikwijdte uitgelegd moet worden indien er door franchisegever aan franchisenemer



geen exclusief gebied verstrekt wordt? Mag een franchisenemer dan de volgende dag twee panden verderop beginnen? Graag verder verduidelijken.

- Een wijziging van de franchiseovereenkomst die ‘aanzienlijke gevolgen’ heeft of kan hebben voor de exploitatie van de franchiseformule door franchisenemer vergt voorafgaande instemming van 2/3 meerderheid van een vertegenwoordigend orgaan of instemming van de individuele franchisenemer zelf. Deze lat ligt zoals hierboven betoogd té hoog. Met zorgvuldige, procedurele afspraken en een gewone of absolute meerderheid van 50%+1 kan het franchisemodel slagvaardig blijven, terwijl er tegelijkertijd grondig rekening gehouden wordt met de belangen van alle aangesloten franchisenemers. Een minderheid van de franchisenemers dient een door franchisegever en de meerderheid van de franchisenemers gewenste vernieuwing niet tegen te kunnen houden.

Artikel 920:

- Ook ontwikkelingen rondom een ‘afgeleide formule’ kunnen ‘aanzienlijke gevolgen’ hebben voor de exploitatie van de franchisenemers van een franchiseformule. Het is redelijk om deze belangen in ogenschouw te nemen. In het kader van slagvaardigheid en innovatie is het echter passender om voor te schrijven dat franchisegevers getroffen franchisenemers schadeloos dienen te stellen, indien er door de exploitatie van afgeleide formules negatieve financiële effecten blijken. Vooraf informeren is gewenst, maar vooraf toestemming moeten vragen belemmert de slagvaardigheid van (de organisatie van) de franchisegever, vooral ook in situaties waar de impact van te voren niet te voorspellen is. Kunnen innoveren en doorontwikkelen is essentieel voor de continuïteit van een formule en daarmee ook voor de aangesloten franchisenemers.

Artikel II:

- Een redelijke indicatie voor een invoeringstermijn voor bestaande franchiseorganisaties is vijf jaar, overeenkomstig de duur van de meeste franchiseovereenkomsten. Aanpassing vergt tijd. En zowel franchisegevers als franchisenemers verdienen de vrijheid om te mogen kiezen of ze aan de aangepaste spelregels van franchising kunnen en willen voldoen.

Baarn, 25 januari 2019