

Internetconsultatie wetsontwerp franchise

Quote

“We zetten ons in voor een uitstekend ondernemersklimaat en een sterke internationale concurrentiepositie. Door de juiste randvoorwaarden te creëren en door ondernemers de ruimte te geven om te vernieuwen en te groeien.”

Dat is de missie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) (zie website) en óók de missie van NFV / franchisegevers!

Franchisegevers zijn kritisch over het voorliggende wetsvoorstel. Onze grondhouding is positief kritisch richting wetgeving - vooral ten aanzien van de precontractuele informatieverplichting - en we zullen zoveel mogelijk verbeteringen via de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) aandragen in de formulering daar waar wij denken dat het beter kan, moet en waardevol is. Waar in het wetsvoorstel nog enige balans kan worden gevonden, is de Memorie van Toelichting (MvT) eenzijdig (en amper onderbouwd) negatief richting franchisegevers. En dat terwijl franchising zich juist in de crisis van afgelopen jaren heeft bewezen door te laten zien dat franchisenemers én franchisegevers het beter doen dan zelfstandigen. En datzelfde geldt voor aantallen faillissementen. Samenwerking loont.

Doel van het wetsvoorstel is te voorzien in een goede en evenwichtige relatie tussen franchisegever en franchisenemer. Deze beoogde evenwichtigheid wordt te weinig in acht genomen in het wetsvoorstel. Franchisenemers worden vergaand beschermd, ongeacht hun grootte, financiële armslag of kennisniveau. Het commentaar valt uiteen in vijf hoofdpunten:

1. Precontractuele informatieverplichting is een goede zaak en kan nauwkeuriger in het wetsvoorstel
2. Ondernemerschap wordt teveel beknot door voorliggende wetsvoorstel, o.a. door de ‘veegbepalingen’
3. Het wetsvoorstel houdt geen rekening met de grote diversiteit binnen franchising; het raakt vooral kleine franchisegevers en soft-franchise disproportioneel en geeft grote franchisenemers (≥ 50 medewerkers) veel extra bescherming
4. Innovatie binnen franchiseformules wordt vertraagd en ernstig bemoeilijkt, zo niet onmogelijk gemaakt en is ook in strijd met mededingingsrecht
5. Aard van de wetgeving is te dwingend, vooral *tijdens* de looptijd van de samenwerking. Binnen de samenwerking geeft wetsvoorstel een invulling van de relatie in plaats van goede kaders te scheppen.

Precontractuele informatieverplichting is een goede zaak en kan nauwkeuriger in het wetsvoorstel

- Het is goed dat er wettelijke informatieverplichtingen komen. Verwachtingen moeten helder zijn bij beide partijen alvorens een handtekening te zetten.
- De vraag is om de definitie van franchising die op pagina 1 van de MvT staat, en internationaal gangbaar is, in de definities van de wet op te nemen. Daarop moeten dan de andere gegeven definities aansluiten zodat ook wordt gekoppeld aan de gangbare Nederlandse en Europese jurisprudentie. De bewering in de MvT “de definities sluiten onderling dan ook geheel aan” is onjuist en wordt later onderuitgehaald door op te merken “is vrijwel identiek aan” en “Europese definitie is op haar beurt de inspiratiebron geweest voor”. Er zijn al decennia lang gangbare en geaccepteerde definities en is er jurisprudentie. Dat dient de basis te zijn.

- Het verschil tussen aspirant-franchisenemer en franchisenemer is onduidelijk en de definitie van aspirant-franchisenemer ontbreekt.
- Het is voor formules erg belangrijk om hun bedrijfsgeheimen/knowhow te beschermen. Het is de verantwoordelijkheid van de franchisegever, vooral ook richting de bestaande franchisenemers! Dat is niet in de wet geregeld en daarvoor worden voorstellen gedaan door de NFV. Het handboek uit handen geven zoals nu in de wet staat, kan en mag niet geaccepteerd worden en lijkt in strijd met de recent van kracht geworden Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen. Met een ondertekende geheimhoudingsverklaring van franchisenemers en diens adviseur(s) kunnen franchisegevers relevante zaken wel ter inzage geven.
- De lijst met documenten die precontractueel nodig is, kan limitatief in de wet worden opgenomen, net als in België en andere landen. Dan is de Algemene Maatregel van bestuur (AMvB) in artikel 917 overbodig.
- Het voorstel is om de eigen onderzoeksplicht van de franchisenemer, die nu in de MvT staat, in de wet zelf te plaatsen om balans aan te brengen in de verhouding.
- De bezinningsperiode van 4 weken zal worden genuanceerd aan de hand van tekstuele inbreng door de NFV, zodat het beter past bij de praktijk.
- Ook zal de NFV voorstellen doen voor de positie van omzetprognose, conform de teksten in de bestaande code van de Vereniging voor Distributie-, Franchise- en Agentuurrecht (DFA). Dat hoeft dan ook niet in de AMvB te worden opgenomen.
- Er wordt vaak gebruikgemaakt van een voorovereenkomst, die ervoor zorgt dat partijen exclusief met elkaar praten gedurende een periode, dat non-disclosure geldt (behalve voor adviseurs) en soms ook een fee gevraagd wordt voor dit voortraject. Onduidelijk is hoe en of dat nog kan.

Ondernemerschap wordt teveel beknot door voorliggende wetsvoorstel, vooral door de veegbepalingen aan het einde

- De aard van franchise wordt aangetast doordat te veel wordt bepaald wat er binnen de franchiserelatie allemaal precies moet worden afgesproken en hoe.
- Er is geen erkenning van elkaars rol. Het zijn namelijk twee ondernemers met elk een duidelijk onderscheiden positie. De franchisegever is verantwoordelijk voor het (door)ontwikkelen en beschermen van zijn franchiseformule, en de franchisenemer is verantwoordelijk voor het toepassen daarvan door lokaal ondernemerschap. Er is altijd sprake van een gelijkwaardige positie, maar geen gelijke positie. Het wetsvoorstel haalt dat door elkaar en probeert de rollen gelijk te maken. Daardoor gaan die rollen juist door elkaar heenlopen, wat niet goed is voor de samenwerking.
- De zorgplicht is nu absoluut, onbegrensd en ook disproportioneel. Er zijn softe formules met een minimale fee die deze zorgplicht moeten bieden. Daarnaast zijn er franchisenemers die in multifranchise opereren, grote ondernemingen derhalve die met dit wetsvoorstel dezelfde bescherming qua zorgplicht krijgen als een aspirant-franchisenemer.
- Het level playing field tussen franchiseformules met franchisevestigingen en filiaalbedrijven gaat scheeflopen door de bedenktijd (“huurcontract weg”) en door de inspraak van franchisenemers in “het mogen opzetten van bijvoorbeeld een afgeleide formule” en “alles wat aanzienlijke gevolgen kan hebben”.
- Er zijn veel franchiseformules die werken in financiële dienstverlening en te maken hebben met Wet Financieel Toezicht (WFT). Die stelt eisen aan de onafhankelijkheid en aan de besluitvormingsprocessen. In de MvT wordt de link nergens gelegd of de impact ervan onderzocht. Het wettelijke inspraak/instemmingsrecht dat wordt voorgesteld, verhoudt zich niet tot de wettelijk gevraagde onafhankelijkheid binnen de sector en zal franchising in de financiële sector beperken.

- Het grootste bezwaar is dat in de wet twee veegbepalingen staan, waarin is opgenomen dat alles wat “aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben voor de exploitatie van de franchiseformule” en wel (919.4) of niet (920) in een franchiseovereenkomst staat, instemming nodig heeft van 2/3 van alle franchisenemers of vertegenwoordigend orgaan (onduidelijk of dat de ALV is of het bestuur). Dat zijn té open bepalingen. De facto wordt een vetorecht gecreëerd. Beter is het om wettelijk vast te leggen dat er een lijst moet komen waarvoor instemming of advies nodig is. En in elk geval dienen tussentijdse wijziging van een franchiseovereenkomst, onvoorziene, wezenlijke investeringen boven een af te spreken niveau en wijziging van financiële afspraken, bijvoorbeeld over de franchisefee, instemming te behoeven. Dat doet recht aan de gelijkwaardigheid binnen de relatie.

Wetsvoorstel is niet goed voor diversiteit binnen franchising, het raakt vooral kleine franchisegevers en soft-franchise disproportioneel

- Er is geen sprake van proportionaliteit van voorgestelde maatregelen. Een soft-franchise formule bijvoorbeeld kent misschien wel goodwill, maar die komt voor het grootste deel voor rekening van franchisenemer. Waarom moet franchisegever dan een goodwillberekening opnemen in de franchiseovereenkomst? Die kan hij/zij veelal niet eens bepalen.
- Dé franchisesector bestaat niet. Het enige wat verbindt, is het feit dat er een overeenkomst ligt onder een samenwerking tussen ondernemers die zij een franchiseovereenkomst noemen. Sommige ‘stickerformules’ maken voor enkele tientjes per maand een gemeenschappelijk folder of regelen een inkoopkorting bij derden. De eigen naam van de franchisenemer staat op de gevel en zij kunnen vaak zó overstappen naar een ander. De franchisegever is hier de onderliggende partij. Weer anderen vormen een coöperatie, waar de franchisenemers gezamenlijk eigenaar zijn van de formule en naast winst uit hun eigen onderneming ook winstuitkering van hun formule krijgen. Voor coöperaties bestaat wetgeving die nergens in de MvT is terug te vinden.
- Het grootste deel van alle franchisegevers én franchisenemers heeft de maatvoering van een mkb-onderneming. Sterker nog, de meeste franchisegevers zijn qua omzet en medewerkers kleiner dan één franchisenemer in bijvoorbeeld de supermarktbranche. Meer dan 56% van alle omzet in franchising wordt gerealiseerd buiten de detailhandel food. Vooral in de dienstverlening, non-food, horeca en zorg. Bijna 80% van alle franchisevestigingen/franchisenemers zijn actief in die sectoren. Geen onderscheid wordt gemaakt in food-retail, non-food retail, horeca, dienstverlening, zorg en overig. Binnen retail is soms nog sprake van een verzorgingsgebied, misschien voor bezorgende horeca ook nog. Echter, horeca, fastfood en dienstverlening zijn veel meer plaats/locatie gebonden of hangt aan een persoon.
- Opmerkelijk is dat grote franchisenemers die soms multifranchises hebben, dezelfde zorgplicht en bescherming krijgen als aspirant-franchisenemers of eenmanszaken. Het zou goed zijn als BW boek 6:235 wordt gevolgd en een scheiding komt voor ondernemingen met meer dan 50 werknemers, dit in relatie tot de zorgplicht en andere rechten in het wetsvoorstel. Dat doet recht aan de gelijkwaardigheid in een relatie.

Innovatie binnen franchiseformule wordt vertraagd en ernstig bemoeilijkt en is zelfs in strijd met mededingingsrecht

- De slagkracht van de franchisegever en zijn formule wordt in een snel veranderende wereld beperkt door vergaande inspraak van franchisenemers in strategische keuzes die franchisegever moet maken, die ook nog eens wettelijk met 2/3 moeten instemmen. De facto is er sprake van een vetorecht. Onduidelijk is waarom 2/3 meerderheid wenselijk is.
- Het ontwikkelen van afgeleide formules (handelen via internet wordt ook gedefinieerd als afgeleide formule!) wordt verboden tenzij franchisenemers daar wederom 2/3 mee instemmen. De planningshorizon van een franchisenemer (einde contract) is echter korter dan die van een franchisegever (continuïteit van levensvatbare, succesvolle formule). We twijfelen sterk of – zoals het nu in wetsvoorstel staat – deze beperking mededingingsrechtelijk (EU) wel mag. De NFV heeft een nieuw tekstvoorstel uitgewerkt, waarbij innovatie naast de formule nog steeds mag, maar dat als later aantoonbaar is dat er aanzienlijke negatieve financiële gevolgen zijn voor een franchisenemer door het handelen van franchisegever, het recht bestaat om de franchiseovereenkomst eenzijdig te beëindigen door de franchisenemer.

Aard van de wetgeving is te dwingend, vooral tijdens de looptijd van de samenwerking

Vooropgesteld: Het aangaan van een franchiserelatie is een vrijwillige keuze van twee ondernemers.

- Het wetsvoorstel in zijn geheel is dwingendrechtelijk uitgewerkt. Dit zou alleen voor de precontractuele bepalingen en definities moeten gelden. Deze dwingendrechtelijkheid gaat in zaken nu zelfs verder dan consumentenrecht.
- Op de vernietigingsgronden bedoeld in artikel 921 kan geen beroep worden gedaan door:
 - a) een franchisenemer die een rechtspersoon bedoeld in artikel 360 boek 2 BW is, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt of ten aanzien waarvan op dat tijdstip laatstelijk artikel 403 lid 1 boek 2 BW is toegepast;
 - b) een franchisenemer op wie het onder a) bepaalde niet van toepassing is, indien op voormeld tijdstip bij hem vijftig of meer personen werkzaam zijn of op dat tijdstip uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat bij hem vijftig of meer personen werkzaam zijn.
- Er staan zaken in het wetsvoorstel die in strijd zijn met mededingingsrecht, zoals:
 - verbieden van afgeleide formules (915.f.2, 916.b.1 en met name 920),
 - het stimuleren van uitwisselen van inkoopgegevens voor afnameverplichtingen tegen “in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden” (919.2).
 - afspraken over non-concurrentiebeding (919.3), die verder in lijn gebracht dienen te worden met het Europese mededingingsrecht.
- De AMvB dient te worden vermeden en dat kan ook (zie bijv. Belgische wet). De AMvB zorgt voor rechtsonzekerheid. In contractrecht zijn aanpassingen zelden zo urgent dat een wetwijziging te lang zou duren.
- De Franchisewet gaat op punten verder dan mededingingsrecht of wat nu wettelijk vastligt met betrekking tot agenturen. Binnen de samenwerking zelf geeft het wetsvoorstel een invulling van de relatie in plaats van goede kaders te scheppen.
- Het wetsvoorstel is niet in lijn met geldende jurisprudentie. Sterker nog, een analyse / onderbouwing op basis van bestaande jurisprudentie ontbreekt volledig in de toelichting. De jurisprudentie waarnaar wordt verwezen, komt uit arbeidsrecht en consumentenrecht en gaat voorbij dat het hier om een B2B-relatie gaat.



In het algemeen kan verder nog worden gesteld dat de memorie van Toelichting eenzijdig, negatief van toon is en geen recht doet aan een meestal succesvolle samenwerking. De MvT is doorspekt met onvoldoende onderbouwde beweringen, gebaseerd op incidenten en mediaberichten. Er is geen enkele concretisering en dus ook geen wederhoor. Datzelfde geldt ook voor de Bedrijfseffectentoets (BET) en Afwegingskader (IAK). De regeldrukeffecten en kosten van invoering zijn bovendien erg rooskleurig ingeschat in de BET.

De constatering in de BET met betrekking tot de innovatie-effecten dat 'het merendeel van de innovaties binnen een franchiseorganisatie aantoonbaar komt vanuit de praktijkervaring van de franchisenemers' verbaast ons zeer. Pilots vinden immers meestal plaats in filialen en de leerkosten en investeringen ervan zijn doorgaans voor rekening van de franchisegever. De franchisenemer overigens zal normaliter zelf in staat zijn om de formules te finetunen in relatie tot specifieke lokale omstandigheden.

Hopende dat dit mag bijdragen aan een wetgeving waar iedereen naar tevredenheid mee kan werken.

Met vriendelijke groet,

H.J. Tietema.