

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

Hare Excellentie mevrouw mr. drs. M.C.G. Keijzer
Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat

Zijne Excellentie de heer drs. S. Dekker
Minister voor Rechtsbescherming

Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

mr. M.I. Nijenhof-Wolters
Advocaat

mr. B. Schoenmakers
Advocaat

mr. dr. S.A. Kruisinga
Professional Support Lawyer

Archimedeslaan 61
Postbus 85005

3508 AA Utrecht

T: 030 - 2595 618

F: 030 - 2595 506

E: mariskanijenhof@vbk.nl

E: babschoenmakers@vbk.nl

E: sonjakruisinga@vbk.nl

www.vbk.nl

Datum: 30 januari 2019
Onze referentie: CL/Franchise/1413572.1
Betreft: Reactie op internetconsultatie Voorontwerp Wet franchise d.d. 12 december 2018

Hooggeachte mevrouw Keijzer, hooggeachte heer Dekker,

Met veel belangstelling namen wij kennis van het voorontwerp van de Wet franchise en de bijbehorende Memorie van Toelichting (hierna: MvT) d.d. 12 december 2018. Wij zijn allen werkzaam bij Van Benthem & Keulen. Sonja Kruisinga is tevens verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Van Benthem & Keulen adviseert zowel grote(re), soms beursgenoteerde en buitenlandse, bedrijven alsmede ondernemingen in het MKB.

U stelt voor om van de franchise overeenkomst een benoemde overeenkomst te maken in de zin van Boek 7 van het BW. Wij menen dat, voordat een dergelijke wetswijziging kan plaatsvinden, eerst een voorvraag moet worden beantwoord. Deze voorvraag heeft een directe samenhang met het dwingendrechtelijk karakter van de door u voorgestelde regeling. Wij vragen ons af waarom er aanleiding is voor het invoeren van een wettelijke regeling (met een dwingendrechtelijk karakter). Deze voorvraag zullen wij hierna toelichten. Mede gezien de vele reacties die reeds zijn ingediend op het wetsvoorstel beperken wij ons daarnaast tot het maken van een aantal meer wetstechnische opmerkingen over het op 12 december jl. gepubliceerde voorontwerp.

Volledigheidshalve merken wij op dat wij met deze reactie geen "kant" kiezen. Van Benthem & Keulen adviseert zowel franchisegevers als franchisenemers. Deze reactie is bedoeld om bij te dragen aan het komen tot een voor de (rechts)praktijk passende regeling.

1. Samenvatting en conclusie

Het voorstel voor het opnemen van een regeling voor de franchise overeenkomst in Boek 7 van het BW roept de nodige vragen op. Zo vragen wij ons af of, en zo ja in hoeverre, een (dwingendrechtelijke) regeling nodig is. Hoe dan ook vereist het nu voorgestelde

dwingendrechtelijk karakter van de regeling dat de wet helder definieert wanneer sprake is van een franchise overeenkomst. De afbakening hiervan kan nog aan helderheid winnen. Datzelfde geldt voor de wijze waarop andere begrippen alsmede verplichtingen voor zowel de franchisegever als de franchisenemer zijn gedefinieerd. Er is te veel sprake van open normen en onduidelijkheid, hetgeen tot rechtsonzekerheid alsmede rechtsongelijkheid zal leiden.

2. Legitimatie voor de voorgestelde regeling

In de MvT wordt aangegeven dat de franchiserelatie in zekere zin intrinsiek ongelijkwaardig is en dat dit op zich niet problematisch is, maar dat in de praktijk regelmatig blijkt dat de manier waarop de franchisegever het overwicht inzet, tot onredelijke en onwenselijke situaties leidt voor de franchisenemer. De MvT spreekt over een 'verontrustend beeld' ten aanzien van franchiserelaties. Dit beeld wordt echter slechts op hoofdlijnen, zonder nader objectief onderzoek, onderbouwd waardoor velerlei vragen opkomen. Wat is de legitimatie van de voorgestelde wettelijke regeling? Zal de voorgestelde, of een, wettelijke regeling bijdragen aan het oplossen van de gestelde problemen? Wat ons betreft dienen op vragen als voornoemde nog antwoorden te komen, zeker nu de gehele regeling van dwingend recht is (zie hierna onder 3).

3. Dwingendrechtelijk karakter van de voorgestelde regeling

- 3.1. Uit het voorgestelde artikel 7:921 BW volgt dat van het bij of krachtens Titel 16 (Franchise) bepaalde niet ten nadele van de franchisenemer kan worden afgeweken. De vraag rijst waarom de wetgever heeft gekozen voor een (geheel) dwingendrechtelijke regeling. Dit volgt niet expliciet uit de voorgestelde Memorie van Toelichting.
- 3.2. Voor de werking van een dwingendrechtelijke regeling is van groot belang dat het toepassingsgebied van de regeling helder is, dat wil zeggen dat duidelijk is in welke rechtsverhoudingen en op welke overeenkomsten deze regeling van toepassing is. Kortom: er moet duidelijk gekwalificeerd kunnen worden. Wij vragen ons af of in de nu voorgestelde regeling voldoende duidelijk is bepaald wanneer sprake is van een franchise overeenkomst. Wij menen dat het in de definitie van een franchise overeenkomst gehanteerde begrip 'franchiseformule' nog aan helderheid kan winnen.
- 3.3. Zo merken wij op dat de opgenomen definitie zeer ruim is waardoor wellicht ook andere samenwerkingsvormen onder de definitie vallen. De definitie laat echter tevens ruimte om niet iedere franchise overeenkomst als zodanig te kwalificeren.
- 3.4. Interessant is overigens dat ook een partij die uitsluitend voornemens is een franchiseformule te gaan exploiteren in de voorgestelde regeling reeds wordt aangemerkt als 'franchisenemer' (in het voorgestelde artikel 7:911 onder d BW). Wij vragen ons af in hoeverre dit strookt met de regeling in Boek 6 BW.
- 3.5. Uit de voorgestelde MvT (op pagina 36) volgt wat de consequenties zijn van het dwingendrechtelijk karakter van de voorgestelde regeling. Opgemerkt wordt dat nu de regeling strekt tot bescherming van de franchisenemer, 'een afwijking vernietigbaar (is) op grond van

artikel 3:40, tweede lid, BW'. De franchisenemer kan zich op de vernietigbaarheid beroepen. De MvT vervolgt met een concreet voorbeeld:

'De gevolgen van niet-nakoming van bijvoorbeeld de dwingende wettelijke verplichting om een termijn van vier weken in acht te nemen en zich binnen die termijn te onthouden van bepaalde gedragingen zoals is bepaald in artikel 914, eerste en tweede lid, worden bepaald door artikel 3:40, tweede lid, BW. Op grond van die bepaling zijn rechtshandelingen die worden aangegaan in strijd met een dwingende wetsbepaling en die uitsluitend strekken ter bescherming van één van de partijen bij de overeenkomst, vernietigbaar'.

3.6. Dat betekent dat de niet-nakoming van de verplichtingen genoemd in het voorgestelde artikel 7:914 lid 2 BW impliceert dat de franchise overeenkomst vernietigbaar zal zijn. Betekent dat ook dat, indien achteraf blijkt dat de franchisegever niet heeft voldaan aan zijn informatieverplichtingen in de zin van het voorgestelde artikel 7:913 BW, de franchisenemer de franchise overeenkomst zal kunnen vernietigen? Dit kan voor de franchisegever zeer nadelig uitpakken, zeker nu de informatie verplichting in het voorgestelde artikel 7:913 BW zeer omvangrijk is, maar vooral weinig concreet bepaald is. Op dit punt gaan wij hierna in onderdeel 4 nader in.

3.7. Nu niet ten nadele van de franchisenemer kan worden afgeweken van de voorgestelde regeling zal, zo nemen wij aan, niet kunnen worden afgeweken van de regel in het voorgestelde artikel 7:912 BW. Deze bepaling houdt onder meer in dat de franchisegever zich jegens de franchisenemer dient te gedragen als een goed franchisegever. Blijkens de MvT (pagina 19) impliceert dit onder meer

'dat de franchisegever op basis van deugdelijk onderzoek vaststelt of de beoogde franchisenemer in staat is om de franchiseformule te exploiteren. Het uitgangspunt daarbij zal moeten zijn dat de franchisenemer de noodzakelijke ondernemerscapaciteiten heeft (naast startkapitaal)'.

3.8. Uit deze voorgestelde bepaling volgt aldus een verregaande verplichting voor de franchisegever. Wat wordt hiermee bedoeld? Dient een franchisegever iedere beoogde franchisenemer aan een grondig onderzoek te onderwerpen? Dat lijkt ons een zeer verregaande verplichting voor de franchisegever. Overigens blijft onduidelijk wat de implicaties zijn van het schenden van deze bepaling. Het is echter niet uitgesloten dat een teleurgestelde franchisenemer mogelijk een verweer zal kunnen ontleenen aan deze bepaling, op basis van de stelling dat de franchisegever deugdelijker had moeten onderzoeken of de franchisenemer in staat zou zijn om de franchiseformule te exploiteren. Of zou ook in een dergelijk geval door de franchisenemer een beroep kunnen worden gedaan op de vernietigbaarheid van de franchise overeenkomst op grond van artikel 3:40 tweede lid BW? Dat laatste lijkt ons niet de bedoeling.

4. Informatieverplichting voor franchisegever én franchisenemer

4.1. Het voorgestelde artikel 7:913 BW bepaalt in lid 1 dat de franchisegever én de franchisenemer verplicht zijn elkaar tijdig, voor het sluiten en tijdens de duur van de franchise overeenkomst, alle informatie te verstrekken 'waarvan ze weten of redelijkerwijs kunnen vermoeden dat deze

voor de ander van belang is of kan worden met het oog op het sluiten en de uitvoering van de overeenkomst'. Deze bepaling bevat een voor beide partijen zeer omvangrijke verplichting tot het verstrekken van informatie.

- 4.2. Tegelijkertijd geldt overigens dat deze bepaling lastig geredigeerd is, nu de bepaling betrekking heeft op het verstrekken van informatie voorafgaand aan het sluiten van de franchise overeenkomst én op het verstrekken van informatie tijdens de looptijd van de overeenkomst. Dit blijkt temeer, nu de twee volgende bepalingen (de voorgestelde artikelen 7:914 en 7:915 BW) uitsluitend betrekking hebben op de precontractuele fase, terwijl de voorgestelde bepaling in artikel 7:916 BW een verplichting bevat voor het verstrekken van informatie tijdens de looptijd van de franchise overeenkomst.
- 4.3. De verplichtingen die voor partijen voortvloeien uit het voorgestelde artikel 7:913 BW zijn zeer omvangrijk. Dat gekozen is voor een verplichting tot het verstrekken van informatie vinden wij op zichzelf niet bezwaarlijk. Nu echter gekozen is voor een dwingendrechtelijke regeling willen wij er graag op wijzen dat in de gekozen opzet, wat ons betreft, te weinig concreet is bepaald wat de verplichtingen zijn van partijen. Dit geldt in het bijzonder voor de verplichtingen van de franchisegever, nu niet ten nadele van de franchisenemer kan worden afgeweken van de regeling en het dus denkbaar is dat de franchisenemer deze verplichting contractueel uitsluit.
- 4.4. Vooral voor franchisegevers vormt de in het voorgestelde artikel 7:913 BW een wel heel verregaande verplichting die bovendien weinig concreet bepaald is. Terzijde merken wij op dat deze bepaling aan helderheid zou winnen door te bepalen dat de franchisegever aan de franchisenemer die informatie moet verstrekken waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze voor de franchisenemer van belang is of kan worden met het oog op het sluiten en de uitvoering van de overeenkomst. Separaat zou kunnen worden bepaald dat de franchisenemer aan de franchisegever die informatie moet verstrekken waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze voor de franchisegever van belang is of kan worden met het oog op het sluiten en de uitvoering van de overeenkomst. Nu staat er dat 'ze' moeten weten of redelijkerwijs kunnen vermoeden. Het lijkt dus alsof beide kanten het steeds moeten weten of redelijkerwijs moeten kunnen vermoeden.
- 4.5. Indien de franchisegever daadwerkelijk gehouden is, op straffe van vernietigbaarheid van de overeenkomst, alle informatie te verstrekken waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze voor de franchisenemer van belang is, dan gaat dit onzes inziens té ver. Een franchisenemer zou immers eenvoudig kunnen aanvoeren dat vrijwel alle informatie waarover de franchisegever beschikt relevant voor hem zou kunnen zijn. De onvoldoende concretisering van de bepaling impliceert voor de franchisegever bovendien een te grote mate van rechtsonzekerheid.
- 4.6. Ook voor artikel 7:915 lid 2 aanhef en sub b BW geldt dat deze bepaling nog aan helderheid kan winnen. Nu is immers dwingendrechtelijk voorgeschreven dat de franchisegever voorafgaand aan het sluiten van de franchise overeenkomst aan de franchisenemer verstrekt: "financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming". Wat wordt bedoeld met de term "financiële gegevens"? De toelichting is uiterst summier en vermeldt uitsluitend dat het voor de franchisenemer van belang is om "een beeld te hebben van het (...) financiële succes van de exploitatie van de betreffende franchiseformule op de beoogde

locatie”, terwijl de verplichting niet zover strekt dat de te verstrekken informatie een garantie moet omvatten op het behalen van een bepaalde omzet of een bepaald bedrijfsresultaat.

- 4.7. Uit de MvT (p. 29) volgt dat het de bedoeling is om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen die de hiervoor genoemde bepalingen nader inkleuren. Het voorgestelde artikel 7:917 BW laat hiervoor ruimte. Zo kan per situatie worden aangegeven in welk geval welke financiële informatie over welke locatie moet worden verstrekt. De vraag rijst of een dergelijke aanpak voldoende rechtszekerheid biedt voor de betrokken partijen. Bovendien betekent dit dat de democratische legitimatie beperkt is.

5. De introductie van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers

- 5.1. In het voorgestelde artikel 7:919 lid 4 BW wordt het zogenaamde ‘vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers’ geïntroduceerd. Deze bepaling schrijft voor dat een wijziging van de franchise overeenkomst die aanzienlijke gevolgen heeft, of kan hebben, voor de exploitatie van de franchise formule door de franchisenemer voorafgaande instemming vergt van ‘a. een tweede meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers, indien aanwezig, of b. de franchisenemer jegens wie de franchisegever de wijziging wil doorvoeren en die deze gevolgen daarvan ondervindt of dreigt te ondervinden’. Bij het lezen van deze bepaling rezen bij ons verschillende vragen. Dezelfde vragen rijzen overigens bij het voorgestelde artikel 7:920 BW, waarin hetzelfde vereiste van de ‘voorafgaande instemming’ is voorgeschreven.
- 5.2. Allereerst is niet duidelijk wat met de bewoordingen ‘vergt voorafgaande instemming’ precies wordt bedoeld. De MvT (p. 35) stelt dat ‘de franchisegever een (...) wijziging niet mag doorvoeren zonder instemming van (...)’. De MvT vervolgt: ‘indien uiteindelijk geen instemming van de betrokken franchisenemer wordt verkregen (...), mag de franchisegever de (...) wijziging jegens die franchisenemer niet doorvoeren’. Maar wat is rechtens in het geval de franchisegever de voorgestelde wijziging in de formule toch doorvoert zonder de voorafgaande instemming van de franchisenemers en/of het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers? Kan dit, bijvoorbeeld, wanprestatie opleveren aan de zijde van de franchisegever? Of is sprake van een aanbod tot wijziging van de franchise overeenkomst (dat niet is aanvaard)? Of kan ook in dit geval artikel 3:40 lid 2 BW een rol spelen?
- 5.3. Voorts volgt uit de MvT niet wat wordt bedoeld met een wijziging van de franchise overeenkomst die ‘aanzienlijke gevolgen’ heeft, of kan hebben, voor de exploitatie van de franchise formule. Vrijwel iedere wijziging van de overeenkomst zal immers gevolgen hebben voor de exploitatie van de formule. De MvT (p. 34) noemt dat van een wijziging met aanzienlijke gevolgen sprake kan zijn wanneer de beoogde wijziging ‘wezenlijke investeringen of inspanningen van de franchisenemer vergt’ en geeft als voorbeeld het overgaan op een nieuwe huisstijl. Als tweede noemt de MvT het geval waarin als gevolg van de voorgestelde wijziging de opzet en aard van de door de franchisenemer te verrichten dienstverlening zodanig moet worden gewijzigd dat de franchisenemer zich niet meer herkent in de identiteit van de keten en de franchiseformule. Hoe moet de franchisegever in andere gevallen bepalen of sprake is van een wijziging met aanzienlijke gevolgen? De MvT biedt hiervoor geen duidelijke aanknopingspunten.
- 5.4. De derde vraag die rijst is, wat de juridische structuur is, of zou moeten zijn, van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers. Aan dit vertegenwoordigend orgaan

wordt immers een ruime bevoegdheid toegekend in het voorontwerp: stemt een twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan vóór de door de franchisegever voorgestelde wijziging van de franchise overeenkomst, dan geldt deze wijziging jegens alle franchisenemers. Wat betekent 'een twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers'? Is dit een twee-derde meerderheid van de leden van de vereniging van franchisenemers? Indien sprake is van een vereniging van franchisenemers, is dan vereist voor deze wijze van besluitvorming dat alle betrokken franchisenemers lid zijn van de genoemde vereniging en aanwezig waren ter vergadering? Uit de regeling in het voorontwerp blijkt niet op welke wijze de besluitvorming plaatsvindt, of zou moeten plaatsvinden, bij het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers.

6. De voorgestelde regeling en het mededingingsrecht


- 6.1. De MvT verwijst enkele keren naar het mededingingsrecht, in het bijzonder naar de toepasselijkheid van de Groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten en de bijbehorende Richtsnoeren. Op enkele punten dient het wetsvoorstel echter nog in lijn te worden gebracht met de toepasselijke mededingingsregels. Zo is de mogelijkheid tot het afspreken van een non-concurrentiebeding ná afloop van de overeenkomst in artikel 919 lid 3 ruimer geformuleerd dan artikel 5 lid 3 van de Groepsvrijstellingsverordening. Een van de daarin genoemde vereisten ontbreekt zelfs in zijn geheel.
- 6.2. Daarnaast rijst de vraag of de franchisegever niet merkbaar wordt beperkt in diens concurrentie en/of de innovatie door de benodigde instemming van een vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers voor een afgeleide formule van de franchisegever. Uit de MvT op de introductie van een vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers blijkt niet of de mogelijke relatie met het mededingingsrecht in overweging is genomen.

Wij zijn beschikbaar voor een nadere toelichting en zijn graag bereid een bijdrage te leveren aan het vervolg van het wetgevingsproces.

Hoogachtend,



Mariska Nijenhof-Wolters



Babs Schoenmakers



Sonja Kruisinga