

Van: mr. D.F. Berkhout, mr. M. van der Velden en mr. Y. Helle.

Amsterdam, 30 januari 2019

Betreft: **consultatiebijdrage Buren N.V. op de Wet Franchise**

Geachte heer, mevrouw,

Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om in het kader van de consultatie te reageren op het voorontwerp van het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (het "**Wetsvoorstel**").

Onze reactie bestaat uit twee onderdelen. Wij beginnen met onze algemene opmerkingen op het Wetsvoorstel. Daarna volgen opmerkingen die zich richten op specifieke artikelen.

A. Algemene opmerkingen

1. Wij hebben drie algemene opmerkingen over het Wetsvoorstel. Ten eerste juichen wij het voornemen toe om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken. Het creëren van een specifiek wettelijk raamwerk voor franchising zal de rechtszekerheid ten goede komen. Deze rechtszekerheid is veel waard, mede gezien het economisch belang van de franchiseovereenkomst voor de Nederlandse economie.¹
2. Ten tweede stellen wij vast dat het Wetsvoorstel een empirische onderbouwing mist. Dit is een probleem, want het zorgt ervoor dat mogelijk een belangrijk deel van het wetsvoorstel is gebouwd op een onjuist uitgangspunt.
3. Het Wetsvoorstel is goeddeels erop gericht veronderstelde problemen op te lossen. Het gaat dan meer specifiek om problemen die zouden voortvloeien uit de machtsongelijkheid tussen de franchisegever (de invloedrijke partij) en de franchisenemer (de onderliggende partij). Het Wetsvoorstel stelt dat "*regelmatig*" de franchisenemer zijn overwicht inzet met een "*onredelijke en onwenselijke situatie*" tot gevolg.² Uit gesprekken met stakeholders zou volgen dat het "*verontrustende beeld*" over machtsmisbruik door franchisegevers wordt bevestigd.³
4. Het blijft de lezer echter onduidelijk hoe groot en veelvoorkomend beweerdelijke machtsongelijkheidsmisbruik is. Franchisegevers betwisten dat structurele problemen bestaan: zij stellen dat sprake is van incidenten.⁴ Harde data om uitsluitsel te krijgen ontbreekt verder in het Wetsvoorstel. De MvT verwijst naar een onderzoek uit 2009, maar dat onderzoek is grofweg 10 jaar oud en daardoor niet actueel. Wie daadwerkelijk het onderzoek leest, leert

¹ Het Wetsvoorstel verwijst terecht naar het significante economisch belang van franchising, bijv. p. 1.

² Memorie van toelichting (consultatieversie 12 december 2018) ("**MvT**"), p. 1.

³ MvT, p. 4.

⁴ MvT, p. 4.

bovendien dat het onderzoek niet de verstrekkende voorstellen van dit Wetsvoorstel kan dragen.⁵ De centrale premisse onder het wetsvoorstel wordt ook niet gered door de verwijzing naar “*een groot aantal gesprekken*” met stakeholders medio 2014.⁶ Het is immers onduidelijk in hoeverre de deelnemers aan deze gesprekken een objectieve, neutrale bijdrage hebben geleverd en in hoeverre voor eigen kerk is gepreekt. Het is goed en zorgvuldig dat deze gesprekken hebben plaatsgevonden, maar de daadwerkelijke inbreng van stakeholders is in de MvT vaag omschreven. Wij beweren hiermee overigens niet dat er geen problemen zijn. Het is goed mogelijk dat ongelijkheidscompensatie noodzakelijk is om de machtsverhouding in evenwicht te brengen. Wij constateren louter dat het Wetsvoorstel onvoldoende onderbouwing bevat voor de gemaakte keuzes. Samenvattend: het ontbreken van concreet, recent, kwantitatief en kwalitatief onderzoek doet afbreuk aan de overtuigingskracht van het Wetsvoorstel (overigens net zoals het ontbreken van data een gebrek was bij het eerdere wetsvoorstel omtrent franchise).⁷

5. Dat brengt ons op de derde opmerking. In de MvT staat dat wordt gestreefd naar evenwicht tussen bescherming en contractsvrijheid.⁸ Wij vrezen dat dit evenwicht is verloren.
6. Het Wetsvoorstel maakt een grote inbreuk op de contractsvrijheid en ondernemingsvrijheid van partijen (in het bijzonder: op deze vrijheden van de franchisegever). Het Wetsvoorstel is van dwingend recht, zodat in beginsel niet van de beschermende bepalingen ten nadele van de franchisenemer kan worden afgeweken. Dit terwijl het Wetsvoorstel een mate van bescherming bevat die soms sterk doet denken aan arbeidsrechtelijke bescherming. Dat lijkt het kabinet te beseffen, aangezien in de MvT expliciet een parallel wordt getrokken met het arbeidsrecht.⁹
7. Wij vinden deze mate van bescherming zonder nadere toelichting niet begrijpelijk, omdat (i) zoals gezegd onduidelijk is hoe groot en veelvoorkomend de veronderstelde machtsongelijkheidproblematiek is en (ii) omdat de franchisenemer juist géén werknemer is maar een ondernemer die voor eigen rekening en risico een onderneming drijft. De rol van de franchisenemer is fundamenteel anders dan die van werknemer en hoort dat ook te zijn. Bij deze rol behoren verantwoordelijkheden en (ondernemers)risico's. Hiermee zeggen wij wederom niet dat elke mate van ongelijkheidscompensatie ongepast is, wij werpen louter de kritische noot op dat het Wetsvoorstel op verschillende momenten mogelijk *teveel* de machtsbalans vershuift richting de franchisenemer. Wij geven de suggestie dat het Wetsvoorstel in elk geval rekening moet houden met het feit dat franchisenemers en franchisegevers er in alle maten en vormen zijn. De bescherming voor franchisenemers kan naar ons idee beter worden toegesneden op situaties waarin werkelijk een grote mate van professionaliteitsverschil bestaat, ofwel: beperkt kunnen worden tot kleine franchisenemers die tegenover een grote franchisegever staan. Een parallel kan worden getrokken met de systematiek van artikel 6:235 lid 1 BW.
8. Wij geven in overweging dat het Wetsvoorstel zodanig veel bescherming bevat voor de franchisenemer dat er een risico is dat de franchiseovereenkomst aanmerkelijk minder aantrekkelijk wordt. Mogelijk zullen franchisegevers op zoek gaan naar andere constructies,

⁵ MvT, p. 2, het EIM onderzoek naar de franchisesector.

⁶ MvT, p. 4.

⁷ Zie ook: H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, Het wetsvoorstel franchise: better think twice!, *Contracteren* september 2017, paragraaf 3.

⁸ MvT, p. 2.

⁹ MvT, p.19.

om het keurslijf van de nieuwe benoemde overeenkomst te voorkomen. Dat lijkt ons onwenselijk en onnodig.

B. Enkele opmerkingen over specifieke artikelen uit het Wetsvoorstel

Artikel 7:912

9. Dit artikel verplicht de franchisegever en de franchisenemer om zich als goed franchisegever en goed franchisenemer jegens elkaar te gedragen. Deze explicitering dat partijen zich jegens elkaar redelijk en billijk dienen te gedragen kan geen kwaad, hoewel wij twijfelen of het artikel juridische meerwaarde heeft, naast bijvoorbeeld artikel 6:248 BW. Reeds op basis van laatstgenoemd artikel dient ook de aard van de franchiserelatie te worden meegewogen.
10. Tegelijk wordt in de MvT een ongelukkig voorbeeld gegeven van de eventuele werking van het artikel. In de MvT wordt beschreven dat op basis van artikel 7:912 BW de franchisegever zich dient te vergewissen of de potentiële franchisenemer voldoende ondernemerschapsvaardigheden heeft.¹⁰ Dat gaat volgens ons (te) ver.
11. Het is in beginsel de verantwoordelijkheid van de franchisenemer om te bepalen of hij of zij is uitgerust voor de taak. Een te vergaande vergewisplicht zal het ondernemersrisico verplaatsen van franchisenemer naar de franchisegever. Eerstgenoemde zal bij onkunde anders te snel zijn schade proberen af te wentelen via artikel 7:912 BW. De verplichting kan ook averechts werken op een andere manier. Net zoals door een te grote mate van arbeidsrechtelijke bescherming minder vaste contacten worden aangeboden aan werknemers, zo kan een te grote bescherming via de vergewisplicht/onderzoeksplicht met zich meebrengen dat ondernemers zonder ervaring geen kans krijgen om via een franchise ondernemer te worden. Het is aan de rechtspraak om de norm van 7:912 BW in de praktijk in te vullen. Daarbij kunnen voorbeelden in de MvT richting geven, maar het gegeven voorbeeld suggereert naar ons idee een te zware onderzoeksverplichting/vergewisverplichting voor de franchisegever.

Artikel 7:913

12. Het eerste lid bevat de verplichting voor zowel de franchisegever als de franchisenemer om de ander in de precontractuele fase en tijdens de looptijd tijdig "*alle relevante informatie*" te verstrekken die nodig is met het oog op het aangaan en de uitvoering van de franchiseovereenkomst.
13. Op basis van het bestaande recht is er reeds een verplichting voor contracterende partijen om relevante informatie tijdig te delen. Wordt hieraan niet voldaan, dan kan door één van de partijen mogelijkerwijze een beroep gedaan op het dwalingsleerstuk. Ook andere leerstukken zijn in potentie voorhanden indien informatie onterecht wordt achtergehouden. Wij vragen ons daarom af of volgens het kabinet met het artikellid een verdergaande informatieplicht wordt geïntroduceerd dan bestaat op basis van het geldende recht? Zo ja, op welke wijze wijzigt de informatieplicht door het eerste lid van artikel 7:913 BW?

¹⁰ MvT, p. 5.

14. Het wetsvoorstel heeft het over het “*verstrekken*” van informatie en uit het voorgestelde artikel 7:913 lid 2 BW blijkt dat een gegevensdrager “*toegankelijk*” moet zijn.¹¹ Dit roept de vraag op of inzage geven eventueel ook voldoende is of dat daadwerkelijk stukken moeten worden overhandigd (al dan niet via digitale weg)? Wij kunnen ons voorstellen dat een franchisegever liever bepaalde gegevens slechts ter inzage wil geven. Uiteindelijk zou naar ons idee beslissend moeten zijn dat de andere contractspartij voldoende kennis kan nemen van de relevante informatie. Aangezien een verplichting om documenten op een bepaalde wijze te verstrekken de kans op het “lekkeren” van bedrijfsgeheimen onnodig vergroot, lijkt een dergelijke verplichting ons onwenselijk.

Artikel 7:914

15. In artikel 7:914 BW wordt een termijn van beraad van vier weken gegeven, zodat de franchisenemer alle informatie tot zich door kan laten dringen en tot een weloverwogen besluit kan komen over het al dan niet ondertekenen van de aangeboden franchiseovereenkomst.
16. Blijkens de MvT moet men op basis van de omstandigheden van het geval vaststellen of informatie voldoende “*tijdig*” is gegeven.¹² Dat brengt met zich mee dat partijen – in het bijzonder de franchisegever – in onzekerheid verkeren of informatie voldoende tijdig is verstrekt. Wij menen dat het beter is discussies te voorkomen door ondubbelzinnig in de wet vast te stellen dat een termijn van vier weken voldoende tijd geeft, tenzij partijen ervoor kiezen een langere *stand still*-periode af te spreken. Een kortere termijn dan vier weken zou nietig moeten zijn, wegens strijd met de wet (artikel 3:40 BW).
17. Verder legt lid 2 van artikel 7:914 BW beperkingen op aan de franchisegever tijdens de *stand-still* termijn. De wet laat in het midden of de franchisegever gedurende de termijn het aanbod in zijn geheel mag terugtrekken. Wij menen dat de franchisegever deze mogelijkheid moet hebben. Een verduidelijking hieromtrent zou wenselijk zijn. Uiteraard geldt dat indien in een dergelijk geval daarna een nieuw aanbod (of ander aanbod) wordt gedaan wel een nieuwe termijn gaat lopen.

Artikel 7:915

18. Dit artikel concretiseert welke informatie in het licht van artikel 7:913 lid 1 BW in ieder geval relevant wordt geacht en om die reden verstrekt moet worden met het oog op het aangaan en de uitvoering van de franchiseovereenkomst. Het is een nuttige bepaling. Wij menen wel dat de enumeratieve opsomming van artikel 7:915 lid 2 BW te ruim is. Zo wordt de franchisegever naar de letter van het Wetsvoorstel op grond van lid 2 sub (b) verplicht om gegevens te verstrekken die hij mogelijk niet heeft, zoals financiële gegevens over de locatie of regio waar de nieuwe vestiging mogelijk komt.¹³ Vaak heeft juist de franchisenemer dit soort gegevens in een business plan verwerkt (de informatie komt in een dergelijk geval dus van de andere

¹¹ Artikel 7:911 sub (h) BW bevat een definitie van een duurzame gegevensdrager. Het zou goed zijn om in het Wetsvoorstel te verduidelijken dat de informatie ook ter beschikking kan worden gesteld via bijvoorbeeld een digitaal portaal.

¹² MvT, p. 21.

¹³ MvT, p. 24.

kant). Wij menen dat lid 2 sub (b) uit het Wetsvoorstel kan worden gehaald zonder dat de informatievoorziening geweld wordt aangedaan.

Artikel 7:917

19. Wij zijn geen voorstander van gedelegeerde regelgeving via artikel 7:917 BW. Indien via algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld, dan is er een risico dat regelgeving onnodig zal toenemen met nadere administratieve (en juridische) kosten voor partijen tot gevolg. Er is ook een risico dat regelgeving zal versplinteren tussen verschillende sectoren. In de MvT wordt in feite al voorgesorteerd op dergelijke versplintering.¹⁴
20. Wij willen graag de gedachte opwerpen dat het de voorkeur verdient om in de wet minimumvoorwaarden vast te stellen en verder contractsvrijheid te laten bestaan voor partijen. De rechter is naar ons idee beter geplaatst om aan de hand van artikel 7:912 BW verder invulling te geven aan de overeenkomst en hoe partijen met elkaar om moeten gaan.

Artikel 7:919

21. Artikel 7:919 BW stelt inhoudelijke eisen aan de franchiseovereenkomst. Wij adviseren een aantal van de eisen te verzwakken of zelfs te schrappen.
22. Op basis van artikel 7:919 lid 1 sub (a) en (b) BW wordt in wezen een verplichting geïntroduceerd om een goodwillvergoeding vast te stellen. Wij wijzen erop dat in de praktijk lang niet altijd dergelijke afspraken worden gemaakt. Het is zonder nadere toelichting ons bovendien niet duidelijk dat in alle gevallen de franchisenemer recht zou moeten hebben op een goodwillvergoeding. Wij lezen trouwens het Wetsvoorstel zo dat ook niet in alle gevallen een betaling gedaan hoeft te worden (ofwel: de berekening kan ook op nihil uit komen), maar een verduidelijking terzake is zinvol. Wij geven meer fundamenteel in overweging dat dit een onderwerp is dat ter vrije bepaling zou moeten staan van partijen. Indien het Wetsvoorstel iets dwingend gaat voorschrijven op dit punt, dan geven wij in overweging deze dwang alleen voor te schrijven voor "grote" professionele franchisegevers (zie, naar analogie, artikel 6:235 lid 1 BW).
23. Wij adviseren om artikel 7:919 lid 3 aan te passen en partijen de contractsvrijheid te geven om zwaardere postcontractuele non-concurrentie afspraken te maken. Het Wetsvoorstel zal de mogelijkheden op dit gebied naar ons idee teveel beperken, zowel qua duur alsook qua geografische reikwijdte. Meer contractsvrijheid is gepast om een aantal redenen. Op basis van het Wetsvoorstel zal (vooral) de franchisegever veel informatie ter beschikking moeten stellen aan de franchisenemer. Veel van deze informatie zal van vertrouwelijke aard zijn en het bedrijfsdebet betreffen. De franchisegever zal aldus een gerechtvaardigd belang hebben om non-concurrentieafspraken te willen maken. Een postcontractuele verplichting om één jaar niet te concurreren zal niet altijd voldoende zijn om het bedrijfsdebet te beschermen. Bovendien zal een geografische beperking ook niet altijd redelijk zijn, sommige franchiseformules zijn zeer goed geografisch verplaatsbaar. Voor de franchisenemer kan het ook waardevol zijn om meer contractsvrijheid te hebben. Hij of zij kan proberen van de

¹⁴ MvT, p. 29.

onderhandelingsruimte gebruik te maken om bijvoorbeeld een vergoeding te bedingen of andere contractuele concessies. Ten slotte benoemen wij dat het lastig verklaarbaar is indien een werknemer – van wie meestal minder gevaar voor het bedrijfsdebet valt te vrezen dan van een andere ondernemer – aan een langere postcontractuele concurrentieverplichting gehouden kan worden dan een (ex)-franchisenemer. Wij adviseren om het Wetsvoorstel zo aan te passen dat post-contractuele verplichtingen van langer dan twee jaar verboden worden. Het zou verder van de omstandigheden van het geval behoren af te hangen of afgesproken geografische en andere beperkingen aanvaardbaar zijn. De rechtspraak goed uitgerust om met dit soort vragen en afwegingen om te gaan.

24. In artikel 7:919 BW lid 4 wordt een instemmingsrecht geïntroduceerd voor het vertegenwoordigend orgaan, wanneer een wijziging van de franchiseovereenkomst “*aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben*”. Wij adviseren dit artikellid aan te passen.
25. Ten eerste verwachten wij dat het voor de franchisegever niet duidelijk zal zijn wanneer hij instemming dient te vragen. Mogelijk is dit bewust, want in de praktijk zal in de huidige formulering het verstandig zijn voor de franchisegever om bij twijfel instemming te vragen (vanwege de zinsnede “*of kan hebben*”). Ten tweede is een dergelijk instemmingsrecht een doorkruising van de contractsvrijheid, zowel voor de franchisegevers alsook de franchisenemers, terwijl in lang niet alle franchiserelaties een dergelijke beperking van de contractsvrijheid gepast is. Dit probleem doet zich nog sterker voelen, wanneer men zich realiseert dat het Wetsvoorstel niet duidelijk voorschrijft hoe het “*vertegenwoordigend orgaan*” wordt samengesteld. Zal bijvoorbeeld een franchisenemer die meerdere vestiging heeft ook meerdere stemmen hebben in het vertegenwoordigend orgaan? Hoe wordt omgegaan met vestigingen die de franchisegever (al dan niet indirect) onder controle heeft? En hoe om te gaan met een situatie waar vele kleine franchisenemers zijn die samen 10% van de business vertegenwoordigen en enkele grote franchisenemers 90% van de business vertegenwoordigen. Zal in het dergelijk geval meer gewicht kunnen worden gegeven aan de grotere franchisenemers?
26. Wij suggereren dat het zinvol is in het Wetsvoorstel te bepalen hoe het vertegenwoordigend orgaan wordt samengesteld (waarbij het ons inziens redelijk is dit te koppelen aan de omzet van individuele franchisenemers) en voor instemming een gewone meerderheid voldoende te achten. Met deze aanpassingen zal het Wetsvoorstel een betere balans aanbrengen tussen ongelijkheidscompensatie en contractsvrijheid.

Artikel 7:920

27. Voor wat betreft artikel 7:920 BW wijzen wij op hetgeen staat onder randnummers 25 en 26. Die opmerkingen zijn in de kern ook hier van toepassing.

Artikel II

28. Voor de praktijk zal het overgangsrecht van groot belang zijn. Wij wijzen erop dat bepaalde franchisenemers eerder geconfronteerd zullen worden met een einde van de franchiseovereenkomst dan andere franchisenemers. Er zullen dus vermoedelijk ook verschillende spelregels kunnen ontstaan binnen één en dezelfde franchise. Het is de vraag of

dat wenselijk is. Aan de andere kant zal het voor franchisegevers praktisch lastig zijn om onderhandelingen te voeren met alle franchisenemers en op korte termijn nieuwe afspraken te maken met alle partners. Wij adviseren om een ruime overgangsperiode te gunnen aan de markt, bijvoorbeeld een periode van vijf jaar om tot nieuwe afspraken te komen (te rekenen van de inwerkingstredingsdatum van de Wet Franchise).

Wij danken u nogmaals voor de gelegenheid om deze gedachten kenbaar te maken.

Hoogachtend, namens Buren N.V.,

Damiën Berkhout, partner
T +31 (0)20 237 11 13, F +31 (0)20 333 83 99
d.berkhout@burenlegal.com

Marc van der Velden, advocaat
T +31 (0)20 237 11 04, F +31 (0)20 333 83 99
m.vandervelden@burenlegal.com

Yanthe Helle, paralegal
T +31 (0)20 333 83 90, F +31 (0)20 333 83 99
y.helle@burenlegal.com