



Datum: 30 januari '19

FranchiseLab

Betreft: Reactie consultatieronde Wetsvoorstel Franchise

## Inleiding

Franchising heeft zich in de laatste decennia bewezen als een succesvol business model en is een vergaande vorm van samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer. Beide partijen zijn zelfstandig ondernemer en gaan op basis van vrijwilligheid een overeenkomst met elkaar aan, waarbij ieder een eigen rol vertegenwoordigd en eigen ondernemersverantwoordelijkheid draagt. De wetgeving is erop gericht om het verschil in de machtsbalans tussen franchisegever en franchisenemer te reduceren en de transparantie in de franchisesamenwerking toe te laten nemen. Voor een groot deel zijn de onderwerpen die beschreven staan in het wetsvoorstel zaken die iedere goede franchisegever reeds op orde heeft en vanuit de huidige jurisprudentie reeds verankerd.

Naast de huidige aanwezige jurisprudentie op franchisegebied, biedt de wet op de acquisitiefraude van 2016, reeds een vergaande bescherming voor de franchisenemer, tegen onjuiste prognoses en financiële projecties van de Franchisegever of een door hen ingehuurde derde. Belangrijk is deze is de omgekeerde bewijslast, die de positie van een franchisenemer sterk verbeterd.

In uw probleemstelling wordt gesproken over de franchisesector. Een sector, die vanuit mijn blikveld als franchiseconsultant niet bestaat. Franchise is het gremium waarin partijen met elkaar samenwerken. Dit gebeurt in allerlei verschillende sectoren, die allemaal hun eigen omvang, dienstverlening, merites, verdienmodellen, producten, schaalgrootte en impact op de samenleving hebben. Franchiseorganisaties hebben hierdoor onderling sterk afwijkende eigenschappen en machtsverhoudingen. Denk bijvoorbeeld aan kleine en/of startende 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 startende franchiseorganisaties' en de daarbij aangesloten franchisenemers een veelvoud van het aantal 'grote franchiseorganisaties'.

De MKB-toets is daarom juist wel absoluut noodzakelijk en micro MKB-franchisegevers dienen te worden ontzien van te zware regeldruk. De staatssecretaris schrijft dat franchise in veel branches voorkomt maar er is te weinig oog voor de diversiteit in grootte van franchisenemers en franchisegevers. Niet alleen zijn er binnen franchisenemers en franchisegevers enorme verschillen. Vele franchisenemers in food en retail zijn vele malen groter dan franchisegevers in zakelijke dienstverlening. De stelling in 'Vragen Bedrijfseffectentoets wet franchise' dat een MKB-toets geen toegevoegde waarde heeft is dan ook volstrekt onjuist. Bij doorgang van deze wet in zijn huidige vorm wordt het ander onmogelijk voor een potentiële startende MKB Franchisegever, daadwerkelijk een franchiseformule te exploiteren.

Duidelijk is wel, dat in al deze verschillende sectoren franchiseondernemingen een aanzienlijk economisch belang dienen voor Nederland. Derhalve is regulering de afgelopen decennia via rechtspraak (jurisprudentie) tot stand gekomen.

Dat laat onverlet, dat er ongetwijfeld organisaties zijn, net zoals in het dagelijkse 'normale' handelsverkeer, waar misstanden hebben plaatsgevonden, die vooral ook mede door de media een negatief beeld schetsen over franchisegevers en daarmee het imago schaden van deze samenwerkingsvorm. Vanuit dit sentiment, blijkt uit de memorie van toelichting een wantrouwen richting Franchisegeverorganisaties in het algemeen, welke in mijn optiek dan ook volstrekt onterecht is.

Daarnaast wordt geschetst dat het voorontwerp van april 2017 vanuit de franchisenemers (vertegenwoordigers) zonder uitzondering positief is beoordeeld, echter kijkend naar de werkelijke cijfers blijkt dat 700 reacties zijn ontvangen, waarvan 95% van ondernemers (franchisegevers – en nemers) en dat de ingekomen reacties voor 83% afkomstig zijn van franchisenemers. Dit betekent dat slechts 552 van de ruim 30.000 franchisenemers hebben gereageerd. Dit is maar 1,84% van alle franchisenemers in Nederland en kan dus zeker niet als representatief voor deze groep worden aangemerkt. Van de franchisegevers heeft 14% overigens overwegend negatief gereageerd.

Het voorstel van de Wet Franchise zoals het er nu ligt, gebaseerd op bovenstaand sentiment, kan ik dan ook niet onderschrijven.

Onderstaand mijn inhoudelijke reactie per artikel van het wetsontwerp verder toegelicht:

#### Artikel 911

- Onduidelijk is, waar een franchiseformule aan moet voldoen om te spreken over 'knowhow' die "geheim" en "wezenlijk" is en welke niet beschermd is door intellectueel of industrieel eigendomsrecht. Ook in de toelichting missen we hier heldere voorbeelden van.
- De cloud ontbreekt als gegevensdrager.

#### Artikel 912

- Dit artikel wordt al vaker opgenomen in een franchiseovereenkomst, echter is een enigszins vaag begrip en juridisch lastig hanteerbaar. Een definitie hiervan zal veel discussies op dit vlak kunnen voorkomen.

#### Artikel 913

##### Lid 1:

- Het is in de praktijk over het algemeen zo, dat franchisegevers relevante informatie verstrekken over de locatie/regio waar een franchisenemer actief is, echter is het logisch en goed, dat een franchisenemer zelf gedegen onderzoek doet of laat uitvoeren over de potentie van zijn werkgebied/locatie. De verantwoordelijkheid voor het inschatten van de mogelijkheden en in realisatie van zijn begroting, hoort dan ook bij een franchisenemer zelf te liggen.

- 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 of wordt verplicht een vestigingsplaats onderzoek te doen voor een andere ondernemer.

Lid 2:

- Het verstrekken van o.a. het handboek, waarin de formules uitgebreid beschreven wordt, kan niet voorafgaand aan een overeenkomst worden verstrekt. Hiermee zou de franchisegever zijn hele formule, zonder enige vorm van bescherming, op straat leggen. Inzage in handboeken tijdens de precontractuele fase is wel mogelijk en ook noodzakelijk. Franchisegever kan de franchisenemer via een door hem gecontroleerde gegevensdrager inzicht geven in de handboeken en andere relevante stukken.

#### Artikel 914

Lid 1c:

- 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 mogelijkwjs niet bemachtigen. Hier moeten franchisegevers voor gevrijwaard blijven indien zij ‘niet aangezet hebben tot’. Daarnaast kunnen assessments ter beoordeling van de geschiktheid onderdeel uitmaken van het selectie proces (ter bescherming van de franchisenemer). Kosten van dergelijke assessments moeten in rekening gebracht kunnen worden bij degene die er baat bij heeft, danwel kunnen worden gedeeld.
- 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 te laten doen in de précontractuele fase.

#### 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 echter dient het handboek niet in deze fase te worden verstrekt. Zeker voor kleine franchisegevers kan het verstrekken van het handboek vergaande negatieve gevolgen hebben, omdat daar vaak sprake is van innovatieve concepten met nog weinig schaalvoordelen. Maar ook aangesloten franchisenemers kunnen hier last van krijgen.
- Voor wat betreft de financiële informatie vanuit de franchisegever is het voldoende dat dit in deze fase beperkt blijft tot de verstrekking van een jaarverslag en jaarrekening. Met name in de

pre-contractuele fase zou verdere informatie omtrent solvabiliteit te bedrijfs- en concurrentiegevoelig kunnen zijn om op dat moment te delen. Daarnaast is hier ook een onderscheid te maken tussen grote franchisegevers en de kleinere startende franchisegevers, waar de solvabiliteit in beginsel door de initiële investeringen een lage waarde heeft.

- Een goed opgesteld informatiememorandum zou hier uitkomst voor kunnen bieden of er kan een uitgebreide informatiepresentatie worden gegeven over alle ins- en outs van de formule en de organisatie. Met name het onderlinge overleg tussen potentiële franchisenemer en de verantwoordelijke functionarissen van de franchisegever is van groot belang voor de keuze om aan te sluiten en om feeling te krijgen bij de mensen waarmee je in zee gaat.
- Bij overname van een bestaande locatie door een nieuwe franchisenemer, is de franchisegever niet altijd gerechtigd om deze financiële informatie te verstrekken. Dit mede gezien vanuit haar geheimhoudingsplicht jegens de bestaande ondernemer of de ondernemer die afscheid heeft genomen.

#### Artikel 917

- Nadere regels stellen bij Algemene maatregel van bestuur (AMvB) is ongewenst. Dit brengt een onnodige kostenload en veel onzekerheid voor zowel de franchisegever en franchisenemer met zich mee. 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  
Dit is een van de belangrijkste kerntaken van goed franchisegeverschap. De franchisenemer blijft echter zelf altijd verantwoordelijk voor zijn commerciële prestaties en zijn exploitatie.

#### Artikel 919

##### Lid 1 a en b:

- 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.
- Vooraf bepalen wat de hoogte van goodwill is druist tegen de regels van de Mededingingsautoriteit en dient tegen dan geldende marktwaarde te geschieden.
- 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 of vereiste vergunningen, niet zonder toestemming zijn klanten, data mag overdragen en verkopen.
- 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.

- 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.

Lid 4:

- 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 door ontwikkelen is essentieel voor de continuïteit van een formule en daarmee ook voor de aangesloten franchisenemers.