

Den Haag, 31 januari 2019

Inzake: reactie op het wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise) d.d. 12 december 2018

Excellentie,

Valegis Advocaten heeft kennis genomen van de brief d.d. 30 januari 2019 van de Vereniging DFA (bijlage) in reactie op het wetsvoorstel Franchise. Valegis Advocaten laat weten de bevindingen en conclusies uit de brief van DFA te onderschrijven.

Hoogachtend,

1/6



Tim van der Maas

Bijlage: brief van Vereniging DFA d.d. 30 januari 2019

Amsterdam, 30 januari 2019

Betreft: Reactie Vereniging DFA op het wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise) d.d. 12 december 2018.

Excellentie,

Als bestuursleden van de Vereniging voor Distributie-, Franchise- en Agentuurrecht ("de **Vereniging DFA**") maken wij graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise) d.d. 12 december 2018 ("**Wetsvoorstel**").

Alvorens deze reactie te verstrekken volgt hieronder eerst een korte introductie van de Vereniging DFA.

Vereniging DFA

De Vereniging DFA heeft tot doel de rechtswetenschap en de kwaliteit van de rechtspraak te bevorderen op het gebied van distributie-, franchise- en agentuurovereenkomsten en daaraan gerelateerde (duur) overeenkomsten, in nationaal en internationaal verband.

De Vereniging DFA heeft circa 165 leden, bestaande uit advocaten en juristen, onder andere met specialistische kennis op het gebied van franchise. Onder hen zijn adviseurs die franchisegevers bijstaan, adviseurs die franchisenemers bijstaan en adviseurs die afwisselend franchisegevers en -nemers adviseren.

De leden van de Vereniging DFA tonen een actieve betrokkenheid bij en interesse in het wetgevingsproces. Wij verwijzen naar onze bijdragen tijdens de consultaties van de Nederlandse Franchise Code en het eerdere wetsvoorstel, alsmede naar de door de Vereniging DFA ontwikkelde alternatieve DFA gedragscode franchise.

Een recente bijeenkomst van de Vereniging DFA maakte duidelijk dat er bij haar leden breed gedragen zorgen bestaan over het huidige Wetsvoorstel. Hieronder zullen wij ingaan op enkele geuite problemen, waarbij wij wetstechnische bezwaren benoemen alsmede (juridische) knelpunten die in de praktijk worden verwacht.

Wij hechten eraan te benadrukken dat de Vereniging DFA geen “partij” kiest voor franchisenemers of franchisegevers. Het gaat de Vereniging DFA er primair om dat het Wetsvoorstel voldoet aan de kwalitatieve eisen die men aan een dergelijk wetsvoorstel dient te stellen en dat het past in het huidige juridische bestel, zowel in nationaal als in internationaal verband.

Samenvatting van bevindingen

De Vereniging DFA is geen voorstander van het Wetsvoorstel in haar huidige vorm. Hieraan liggen in essentie twee bezwaren ten grondslag.

1. Onderbouwing van het Wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel grijpt vergaand in op de contractsvrijheid van twee professionele partijen. Dit is niet alleen zeer ongebruikelijk in het Nederlandse contractenrecht, het Wetsvoorstel gaat op onderdelen ook veel verder dan de franchisewetgeving in andere landen. In het licht hiervan zouden wij een gedegen, op empirisch onderzoek steunende onderbouwing verwachten van de in de Memorie van Toelichting veronderstelde problemen, alsmede een gedegen onderbouwing van de geschiktheid van de in het Wetsvoorstel gekozen oplossingen. Een dergelijke onderbouwing ontbreekt echter, althans is niet openbaar gemaakt. Omdat een onderbouwing ontbreekt, kan alleen al daarom niet worden vastgesteld dat het vergaande ingrijpen in de contractsvrijheid (steeds) gerechtvaardigd is en de (gestelde) problemen zal oplossen.

2. Open normen en onduidelijkheid

In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat het Wetsvoorstel ertoe strekt om spanningen en conflicten te voorkomen en de onderlinge verhoudingen meer in balans te brengen. Daarnaast is beoogd om, mocht het onverhoopt toch tot een geschil komen, bij de beslechting daarvan concretere handvatten te bieden die recht doen aan het bijzondere karakter van een franchiserelatie.¹

Wij menen echter dat het huidige Wetsvoorstel op bepaalde punten dermate open normen bevat en/of onduidelijk is, dat het de rechtsonzekerheid juist zal vergroten en tot kosten bij en geschillen tussen franchisenemers en franchisegevers zal kunnen leiden. Wij roepen dan ook op om – indien op de ingeslagen weg wordt voortgegaan – het Wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting op zijn minst te verduidelijken. Dit klemt des te meer omdat de gehele regeling van dwingend recht is en het voor partijen dus duidelijk moet zijn aan welke precieze verplichtingen zij moeten voldoen c.q. op welke verplichtingen zij een beroep kunnen doen.

Voor een uitgebreide juridische analyse verwijzen wij graag naar de reactie van mr. drs. J.H.M. Spanjaard ingediend in de consultatie op 30 januari 2019², welke analyse wij onderschrijven.

¹ MvT p. 8.

² https://www.internetconsultatie.nl/wet_franchise/reactie/5c43b347-5497-4d52-976b-c7cd84126470

Het Wetsvoorstel

1. Probleemanalyse en geschiktheid en proportionaliteit van het Wetsvoorstel

De noodzaak van het Wetsvoorstel is zeer summier onderbouwd. Er wordt in de Memorie van Toelichting herhaaldelijk gewezen op misstanden binnen de franchisemarkt. Het is echter onduidelijk of deze misstanden grondig zijn onderzocht en wat de verhouding is tussen de geconstateerde misstanden en de algehele Nederlandse franchisemarkt. Verder wordt niet empirisch onderbouwd waarom er een noodzaak zou zijn om de franchisenemer tegen de franchisegever in bescherming te nemen op de vergaande manier waarvoor nu gekozen is in het Wetsvoorstel.

We vragen ons af of er voldoende empirisch en verifieerbaar onderzoek naar problemen in de markt is gedaan voordat dit Wetsvoorstel naar de tekentafel ging³ en of is onderzocht of de geïntroduceerde bepalingen geschikt en proportioneel zijn om de problemen op te lossen.⁴ Dit klemt te meer omdat de gehele regeling van dwingend recht is, hetgeen een unicum is in het commerciële contractenrecht. Een dergelijke zwaar middel vergt een goede onderbouwing van de noodzaak.

2. Maatwerk

In de praktijk bestaan grote verschillen tussen verschillende types franchiseovereenkomsten en de daarbij betrokken partijen. Zo zijn er grote verschillen tussen hard en soft franchise, tussen master en directe franchisenemers, tussen verschillende branches (zoals supermarkten, kleding, horeca en dienstverlening) en tussen grote en kleine franchisegevers en –nemers. Alhoewel de Memorie van Toelichting dit deels erkent, houdt het Wetsvoorstel naar onze mening onvoldoende rekening met deze verschillen; het Wetsvoorstel lijkt te zijn geschreven met de gedachte dat een grote franchisegever een nieuwe relatie met een kleine franchisenemer aangaat en dat de franchisegever alles voor het zeggen heeft. Franchisenemers zijn soms inderdaad kleine, kwetsbare en startende ondernemers, maar kunnen ook grote professionele ondernemingen zijn, die binnen Europa soms vele tientallen franchisevestigingen uitbaten.

De “one size fits all” benadering van het Wetsvoorstel lijkt niet aan te sluiten aan bij de gevarieerde praktijk. Wegens het gebrek aan inzicht in de onderzoeken die aan het Wetsvoorstel ten grondslag liggen (zie punt 1 hiervoor), kan op dit moment echter ook niet goed bepaald worden welke aanpak wél geschikt is om de veronderstelde knelpunten op te lossen.

3. Gevolgen voor franchisesector

Wij achten het waarschijnlijk dat het Wetsvoorstel ertoe zal gaan leiden dat samenwerken middels

³ Zie hierover ook: Tessa de Mönnink, ‘Franchise: begin met het waarom’, Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak nummer 3, april 2018.

⁴ Zie hierover ook: Martine de Koning, ‘Het wetsvoorstel Franchise: Bezint eer ge begint’, in: Nederlands Juristenblad 2019/4, p.262-264.

franchise in Nederland onaantrekkelijk gaat worden. Veel leden vangen hier ook al signalen over op. Als gevolg hiervan zien onze leden dat partijen zich uit Nederland gaan terugtrekken, Nederland gaan vermijden, franchise als model vervangen door andere samenwerkingsvormen of (uitsluitend) eigen filialen gaan exploiteren (hetgeen ook erkend wordt in de Memorie van Toelichting). De MvT benoemt een dergelijke vlucht uit franchise maar acht dit niet relevant voor de economie. Wij vragen ons af of dit negatieve effect niet nader zou moeten worden onderzocht en de uitkomsten daarvan meegenomen bij het opstellen van het Wetsvoorstel.

4. Samenhang met bestaande rechtspraak?

Het Wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting geven nergens aan of een bestendige lijn in de jurisprudentie wordt gecodificeerd dan wel of daar juist van wordt afgeweken. Wij raden aan om dit consequent te verduidelijken in de Memorie van Toelichting.

Een voorbeeld hiervan is de kennelijke verplichting voor de franchisegever om een prognose op te laten stellen. De Hoge Raad heeft herhaaldelijk – en recent nog in het Albert Heijn-arrest⁵ – bevestigd dat een dergelijke plicht in beginsel niet op de franchisegever rust. Het Wetsvoorstel geeft slechts aan dat ‘financiële gegevens’ moeten worden verstrekt aan de kandidaat franchisenemer. Uit de Memorie van Toelichting lijkt te volgen dat er wel degelijk een plicht is om een prognose op te stellen. Helemaal duidelijk is dit echter niet. Het is – mede gelet op de mogelijkheid voor franchisenemer om de franchiseovereenkomst tot drie jaar later te vernietigen – van groot belang dat duidelijk is welke informatie partijen precies aan elkaar moeten verstrekken. Het is een gemiste kans indien wordt nagelaten om op een onderwerp dat voor de praktijk zo van belang is, duidelijke regelgeving op te stellen.

Omdat het dwingend recht betreft, is het wat ons betreft overigens niet wenselijk om - zoals nu in artikel 917 wordt voorgesteld - deze informatie zonder voorafgaande parlementaire controle via een AMvB te specificeren.

5. Definitie van franchiseovereenkomst

In de Memorie van Toelichting missen wij een duidelijke afbakening van het begrip ‘franchiseovereenkomst’ ten opzichte van hierop gelijkende – maar toch afwijkende – samenwerkingsvormen zoals distributieovereenkomsten en merklicenties. Wij voorzien daarom discussie over de vraag welke overeenkomsten nu wel en welke overeenkomsten niet ‘franchiseovereenkomst’ moeten worden aangemerkt. De BOVAG stelt zich bijvoorbeeld op het standpunt dat autodealer contracten onder de definitie van ‘franchiseovereenkomst’ vallen.⁶ Ook een productielicentie zou bij een ruime interpretatie van het begrip ‘franchiseovereenkomst’ bijvoorbeeld onder deze definitie kunnen vallen. Dat lijkt ons niet de bedoeling.

Het element ‘tegen vergoeding’ in de definitie van franchiseovereenkomst is daarentegen van groot

⁵ HR 21 september 2018, NJ 2018/398.

⁶ <https://mijn.bovag.nl/actueel/nieuws/2018/december/standpunten-bovag-opgenomen-in-voorstel-franchisew>

belang om te behouden in de definitie, omdat een franchisegever die gratis (en dus ook niet tegen een indirecte vergoeding) een merk- en formulelicentie verleent niet dezelfde (zware) financiële verantwoordelijkheden zou moeten dragen als een franchisegever die aanzienlijke franchise fees ontvangt. De fees zijn een essentieel onderdeel van het verdienmodel van de franchisegever.

Wij raden aan om in de Memorie van Toelichting een nadere invulling te geven aan de definitie van franchiseovereenkomst en de daarin gebruikte begrippen. In de huidige Memorie van Toelichting ontbreekt bijvoorbeeld elke toelichting op het in artikel 911 sub a opgenomen 'eenvormige commerciële formule', terwijl dit nu juist een essentieel kenmerk van een franchiseformule is.

6. Definitie van knowhow

Voor de definitie van 'knowhow' is aansluiting gezocht bij de Groepsvrijstellingsverordening (EU) nr. 330/2010. Dit roept vragen op gelet op de recent (23 oktober 2018) geïntroduceerde Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen. Het doel van deze wet is bedrijfsgeheimen wettelijk te beschermen. Het implementeert de Europese Richtlijn ten aanzien van de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie, oftewel bedrijfsgeheimen. De knowhow van franchisegevers zal in veel gevallen geheim zijn, handelswaarde bezitten en onderworpen zijn aan redelijke maatregelen om dit geheim te houden. Het is opmerkelijk dat in de definitie van knowhow niet is opgenomen dat knowhow tevens kan kwalificeren als bedrijfsgeheim, mits de betreffende knowhow voldoet aan de criteria die gelden voor bedrijfsgeheimen. De wettelijke verplichting om handboeken, die doorgaans bedrijfsgeheimen bevatten, op een duurzame gegevensdrager te verstrekken aan potentiële franchisenemers lijkt overigens in te gaan tegen de Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen die juist voorschrijft dat men bedrijfsgeheimen dient te beschermen en geheimhouden.

7. Precontractuele informatieverschaffing

In het Wetsvoorstel is opgenomen dat minstens vier weken voor het sluiten van de franchiseovereenkomst allerlei gegevens tussen franchisegever en franchisenemer moeten worden uitgewisseld. De Vereniging DFA onderkent dat een franchisenemer bepaalde informatie nodig heeft om zich een goed oordeel te kunnen vormen over het sluiten van de franchiseovereenkomst en staat in die zin niet negatief tegenover het opnemen van bepaalde precontractuele informatieverplichtingen.

De in het Wetsvoorstel opgenomen informatieverplichtingen gaan naar onze mening echter te ver. Zo wordt een franchisegever bijvoorbeeld verplicht om het gehele handboek op een duurzame gegevensdrager aan een franchisenemer ter beschikking te stellen. Een handboek (in de praktijk vaak bestaande uit een veelvoud van documenten) bevat vaak ook informatie, die *niet* relevant is voor de franchisenemer om zich een beeld te vormen over het sluiten van de overeenkomst, maar wel zeer vertrouwelijk van aard is. Denk bijvoorbeeld aan recepten, gedetailleerd beschreven strategische, operationele, inkoop-, marketing- en verkoopstrategieën en -processen.

Naar onze mening wordt er in het Wetsvoorstel nu onvoldoende rekening gehouden met het gerechtvaardigde belang van een franchisegever om zijn bedrijfsgeheimen te beschermen – zoals expliciet wordt onderkend door de Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen. Wij gaan er overigens vanuit dat artikel 914 lid 2 sub b BW van het Wetsvoorstel de franchisegever niet verbiedt om een geheimhoudingsovereenkomst te sluiten voorafgaand aan het ter inzage geven van het handboek en raden aan om dit te verduidelijken in de Memorie van Toelichting.

Een oplossing zou kunnen zijn om verplicht te stellen om aan de aspirant franchisenemer middels een duurzame gegevensdrager de franchiseovereenkomst zelf en een overzicht van de financiële verplichtingen, investeringen en kosten ter beschikking te stellen. Voor de (operationele) handboeken, richtlijnen en werkwijzen zou inzage aan de aspirant franchisenemer ten kantore van de franchisegever afdoende moeten zijn.

8. Concurrentiebeding

Op grond van artikel 919 lid 3 van het Wetsvoorstel is een concurrentiebeding na het einde van de franchiseovereenkomst slechts in beperkte mate toegestaan. Het bepaalde in dit artikel komt deels overeen met artikel 5 lid 3 van Verordening (EU) Nr. 330/2010, maar wijkt hier tekstueel ook vanaf. Is het de bedoeling van de wetgever om af te wijken van hetgeen is toegestaan onder voornoemde Verordening? Zo ja, op welke punten en waarom?

9. Wijzigingen met aanzienlijke gevolgen

Het Wetsvoorstel bepaalt in artikel 919 lid 4 dat indien een franchisegever een wijziging wil doorvoeren die aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben voor de franchiseformule dit voorafgaande instemming van de franchisenemer(svereniging) vergt. In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat in algemene zin niet kan worden bepaald wat hieronder moet worden verstaan. Daarbij wordt opgemerkt dat het aanbeveling verdient om in de franchiseovereenkomst criteria op te nemen ter bepaling van de notie “aanzienlijke gevolgen”, om latere discussie daarover zoveel mogelijk te voorkomen. Omdat de bepaling van dwingend recht is, nemen wij echter aan dat het niet aan de vrije wil van partijen zou zijn om te bepalen wat ‘aanzienlijke gevolgen’ zijn. Is deze aanname juist? Een franchisenemer zou aldus nog op ieder moment kunnen stellen dat een niet in de franchiseovereenkomst benoemde wijziging een “aanzienlijk gevolg” heeft. Wij voorzien op dit punt dan ook juist onzekerheid en conflicten, die het Wetsvoorstel beoogt te verminderen.

Voorts wordt de franchisegever door dit instemmingsvereiste beperkt in zijn ondernemersvrijheid. Het is een ingrijpende maatregel dat de franchisegever niet vrij kan kiezen hoe de franchiseformule wordt ingericht, en of en hoe hij afgeleide formules en andere innovaties op de markt introduceert. Het prerogatief van de franchisegever om het ketenbelang te behartigen en de continuïteit van de formule te waarborgen in het belang van het hele netwerk van vestigingen staat in nationale en internationale academische literatuur alsook in Nederlandse rechtspraak voorop.⁷ Ook in

⁷ ECLI:NL:RBNHO:2014:9474 Rechtbank Noord-Holland, 11-09-2014, C/15/215034 / KG ZA 14-314LJN106962-KG ZA 05-470; 254395/HA ZA 08 1824 ECLI: NL; RBUTR: 2009: BJ8991; Hof Amsterdam 4 februari 2014, Spare Rib Express NL BV, ECLI: NL:

internationaal perspectief komt het ingrijpen op dit prerogatief van de franchisegever zelden tot nooit voor.⁸ Het is aan de franchisegever, die de intellectuele eigendomsrechthebbende is (en die de licentiegever is) om hier sturing en invulling aan te geven. In het intellectuele eigendomsrecht is deze rol van de rechthebbende onbetwist. Terughoudendheid lijkt daarom gepast en een terdege onderzoek naar hoe de markt op dit moment functioneert en mogelijke positieve en negatieve gevolgen van een dergelijk ingrijpen lijkt ons gewenst.

Verder vragen wij ons af of bij het opstellen van de voorgestelde instemmingsregeling rekening is gehouden met het Europese en Nederlandse mededingingsrecht, nu uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie en afstemming tussen concurrenten daarmee op gespannen voet staat.⁹ Immers, als de franchisenemers in de franchisenemersvereniging mogen meebeslissen of de franchisegever een afgeleide formule of een nieuwe vestiging begint, is dit horizontale coördinatie van marktgedrag.

10. Goodwillvergoeding

Het Wetsvoorstel introduceert in artikel 919 lid 1 een verplichting om in de franchiseovereenkomst de wijze te bepalen waarop wordt vastgesteld welke goodwill aanwezig is in de franchiseonderneming en hoe goodwill die redelijkerwijs is toe te rekenen aan de franchisenemer bij beëindiging van de franchiseovereenkomst voor vergoeding aan de franchisenemer in aanmerking komt. Hoe de goodwill wordt berekend kunnen partijen zelf bepalen. Is er bij het introduceren van deze goodwillvergoeding stilgestaan bij de overige rechten die een franchisenemer bij het einde van de franchiseovereenkomst onder het huidige recht reeds kan hebben (zoals een relatief lange opzegtermijn mogelijk met schadevergoeding¹⁰ en daarnaast een eventuele vergoeding voor niet terugverdiende investeringen?¹¹). Waaruit blijkt dat het bestaande recht onvoldoende functioneerde op dit punt en hoe verhouden straks de verschillende rechten zich tot elkaar?

De bepaling roept nog meer vragen op, zoals: staat het partijen ook daadwerkelijk vrij om te bepalen of er überhaupt goodwill verschuldigd is en hoe de goodwill moet worden berekend, of moet de wijze van berekening aan een aantal objectieve vereisten voldoen? Zo ja, aan welke vereisten? Verwacht de wetgever niet dat een open norm juist tot meer discussie tussen franchisegevers en -nemers zal leiden? Is bewust geen aansluiting gezocht bij de formulering van de goodwillregeling voor agenten?¹² Zo ja, waarom?

GHAMS: 2014:249 prg 2014/122. Zie ook Mr. A.J.J. van der Heijden, 'Franchising', 1999 p. 203: 'Tevens is vastgesteld dat bij de vaststelling van het ketenbeleid het ketenbelang prevaleert boven het vennootschappelijk belang van een of meer franchisenemers.'

⁸ V.S., Canada, etc.

⁹ Art 6 Mw, art 101 VWEU

¹⁰ HR 28 oktober 2011, NJ 2012/685 (Ronde Venen/Stedin); HR 10 juni 2016, NJ 2016/450 (Pensioenfonds Alcatel-Lucent/Alcatel-Lucent); HR 2 februari 2018, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ Group).

¹¹ HR 21 juni 1991, NJ 1991/742 (Mattel/Borka)

¹² Art. 7:442 BW.

11. In het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden

In het Wetsvoorstel is de verplichting opgenomen voor franchisegevers om bij verplichte afname van goederen of diensten "*in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden*" te laten gelden. In de Memorie van Toelichting staat dat de berekende opslag – wat deel uit kan maken van de franchisevergoeding - in een redelijke verhouding moet staan tot de meerwaarde die de franchisegever voor de franchisenemer heeft. Om welke meerwaarde gaat het? De algemene meerwaarde voor de franchisenemer? Hoe moet worden bepaald of deze redelijke verhouding bestaat? Is het een objectieve of een subjectieve maatstaf? Voor de ene franchisenemer kan een bepaalde franchisegever bijvoorbeeld veel toegevoegde waarde hebben, terwijl de toegevoegde waarde voor een andere, meer ervaren franchisenemer binnen dezelfde franchiseformule veel beperkter kan zijn. Ook met betrekking tot deze open norm voorzien wij veel onzekerheid en conflicten. Het ingrijpen op de prijs die tussen twee professionele partijen afgesproken kan worden, wordt in het ex post mededingingsrecht met uiterste terughoudendheid benaderd.¹³ De bepaling is ook in die context gezien ongebruikelijk en wij vrezen dat dit het aantal en de aard van de conflicten niet zal verminderen maar juist verergeren.

Concluderend:

De Vereniging DFA is op basis van bovenstaande argumenten en de gesignaleerde zorg- en knelpunten geen voorstander van het Wetsvoorstel in haar huidige vorm.

Wij zijn uiteraard beschikbaar om het bovenstaande en ook onze verdere bevindingen inzake het Wetsvoorstel nader toe te lichten.

Hoogachtend,

Het bestuur van de Vereniging DFA

¹³ Art 24 Mw en 102 VWEU, denk aan de bestendige lijn van jurisprudentie over misbruik machtspositie door excessieve tarieven.