

31 januari 2019

ZIENSWIJZE

RAI VERENIGING, SECTIE PERSONENAUTO'S EN LICHTE BEDRIJFSWAGENS EN SECTIE ZWARE BEDRIJFSWAGENS

BIJ HET VOORSTEL VAN WET TOT WIJZIGING VAN BOEK 7 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK IN VERBAND MET DE INVOERING VAN REGELS OMTRENT DE FRANCHISE- OVEREENKOMST (WET FRANCHISE)

1. Algemeen

- 1.1. RAI Vereniging, sectie personenauto's en lichte bedrijfswagens en sectie zware bedrijfswagens ("**RAI Vereniging**"), houdt zich bezig met het behartigen van de belangen van op de Nederlandse markt actief zijnde fabrikanten en importeurs van personenauto's en lichte en zware bedrijfswagens, alsmede reserveonderdelen en accessoires daarvoor ("**contractproducten**"), die doorgaans wereldwijd op de markt worden gebracht onder zeer bekende merken.
- 1.2. RAI Vereniging heeft kennisgenomen van het voorstel voor de Wet Franchise en hecht eraan haar zienswijze te geven op het (ongewenst ruime) toepassingsbereik van het wetsvoorstel. In dit kader wijst zij erop dat de fabrikanten en importeurs wiens belangen zij behartigt er doorgaans voor kiezen hun producten op de markt te brengen door middel van een andere distributievorm die primair gericht is op de verkoop van de contractproducten en het onderhoud en de reparatie daarvan door middel van onafhankelijke merkdealers,¹ die beschikken over voldoende ervaring en knowhow om deze taak succesvol te kunnen volbrengen. De merkdealers handelen onder hun eigen handelsnaam en doen in een significant aantal gevallen zaken met verschillende leveranciers (*multi-brand*). Zij betalen de leveranciers voor de van hen afgenomen contractproducten en verkopen die door met een zekere marge. De merkdealers zijn aan

¹ Soms is sprake van een separaat netwerk van erkend reparateurs.

hun leveranciers geen vergoeding verschuldigd voor een aan hen ter beschikking gesteld bedrijfsconcept of met hen gedeelde knowhow. Zij ontvangen ook geen specifieke bijstand om zo'n concept succesvol in de markt te zetten.

- 1.3. RAI Vereniging is van oordeel dat het toepassingsbereik van het wetsvoorstel onvoldoende duidelijk is waardoor – onterecht – tal van andere distributievormen, waaronder de hiervoor omschreven distributiestelsels, binnen het toepassingsbereik van de wet dreigen te vallen.

2. Toepassingsbereik

- 2.1. Het toepassingsbereik van de Wet Franchise wordt bepaald door het antwoord op de vraag of sprake is van 'een franchiseovereenkomst' tussen 'een franchisegever' en 'een franchisenemer'. Deze begrippen zijn in artikel 911 sub c en d en f als volgt gedefinieerd:

- c. *franchisegever: natuurlijke persoon of rechtspersoon die rechthebbende is op een franchiseformule en in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf anderen het recht verleent deze formule mede te exploiteren;*
- d. *franchisenemer: natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf voor eigen rekening en risico een franchiseformule exploiteert of voornemens is deze te gaan exploiteren;*
- f. *franchiseovereenkomst: overeenkomst waarbij de franchisegever aan een franchisenemer tegen vergoeding het recht verleent om een franchiseformule op de aangegeven wijze te exploiteren voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten;*

- 2.2. In artikel 911 sub a is het begrip 'franchiseformule' gedefinieerd:

- a. *franchiseformule: een eenvormige commerciële formule voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten, die in ieder geval omvat:*
 1. *een handelsmerk, model, gebruiksmodeel of handelsnaam, huisstijl of tekening, en*
 2. *knowhow, zijnde een geheel van niet door een intellectueel of industrieel eigendomsrecht beschermde praktische informatie, voortvloeiend uit de ervaring van de franchisegever en uit de door hem uitgevoerde onderzoeken, welke informatie geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is.²*

² Deze definitie is overgenomen van artikel 1 lid 1 sub g van Verordening 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PbEU L102, 2010/1.

- 2.3. Kortom, het toepassingsbereik van de Wet Franchise wordt bepaald door het antwoord op twee vragen:
- a. Is de ene partij, de franchisenemer, op grond van de overeenkomst met een andere partij, de franchisegever, gerechtigd en verplicht de door de franchisegever ontwikkelde eenvormige commerciële formule voor o.m. de verkoop van goederen, de franchiseformule, te exploiteren?
 - b. Is de franchisenemer aan de franchisegever een vergoeding verschuldigd voor het mogen gebruiken van de onder a beschreven franchiseformule en de in verband daarmee door de franchisegever verleende bijstand?
- 2.4. In de concept-Memorie van Toelichting³ bij de Wet Franchise staat dat de franchiseformule bestaat uit twee elementen:
- a. uitingen die 'veelal' in aanmerking komen voor bescherming door een intellectueel eigendomsrecht, zoals (een combinatie van) merken, tekeningen, vormgeving en uitvindingen met betrekking tot technische processen of producten, waaraan toegevoegd wordt dat vaak sprake is van een specifieke huisstijl, kenbaar door een bepaald kleurgebruik en een bepaald font voor teksten; en
 - b. kennis van de franchisegever die niet in aanmerking komt voor bescherming door een intellectueel eigendomsrecht, samengevat als knowhow die voor de franchisenemer 'belangrijk en nuttig is' voor de exploitatie van zijn onderneming op basis van de franchiseformule.
- 2.5. Voorts staat in de concept-Memorie van Toelichting⁴ dat vorenbedoelde vergoeding opgenomen kan zijn in de prijs van de goederen en diensten die de franchisenemer afneemt van de franchisegever.
- 2.6. Uit het voorgaande volgt dat al snel sprake is van franchising in de zin van de Wet Franchise. Daarvan is onder meer sprake indien:
- a. een wederverkoper een eenvormige commerciële formule toepast die kan bestaan uit een merk, gecombineerd met een huisstijl bestaande uit kleur- en tekstgebruik, alsmede toegang krijgt tot niet openbare knowhow die belangrijk en nuttig is voor de exploitatie van die formule;
 - b. de vergoeding voor het mogen gebruiken van de onder a beschreven formule verwerkt is in de prijs die de wederverkoper aan de leverancier betaalt voor de contractproducten.

³ P. 15.

⁴ Hoofdstuk 3.3, p. 7.

- 2.7. Aldus bezien zal bijna elke distributierelatie die als voorwerp heeft de wederverkoop van merkproducten, ten aanzien waarvan de leverancier aan de wederverkoper ook zekere eisen stelt ten aanzien van de omgeving waarin de contractproducten aan de man mogen worden gebracht al snel als franchise worden beschouwd, ook indien de wederverkoper niet expliciet betaalt voor een franchiseformule of het mogen voeren van het merk. Het lijkt immers vrij eenvoudig te beweren dat eerdergenoemde eisen tezamen een formule vormen en dat de betaling voor het gebruiksrecht dienaangaande verwerkt is in de prijs die de wederverkoper moet betalen aan de leverancier van deze merkproducten. Te verwachten valt dat dit geluid met name zal klinken vanuit de hoek van de merkdealers.⁵

3. Onderscheid franchising en selectieve distributie

- 3.1. Naar het oordeel van RAI Vereniging dient het wetsvoorstel zich te beperken tot distributienetwerken waarbij daadwerkelijk sprake is van 'franchising', waarbij voor de definitie van dat begrip aansluiting gezocht dient te worden bij hetgeen daarover eerder door de Europese wetgever en in de rechtspraak is gesteld.
- 3.2. Voor het begrip franchiseovereenkomst wordt in de Nederlandse rechtspraak⁶ aansluiting gezocht bij de (inmiddels niet meer van toepassing zijnde⁷) EG-Verordening 4087/88.⁸ Artikel 1 lid 3 sub b) daarvan bevat een definitie van het begrip 'franchiseovereenkomst':

een overeenkomst krachtens welke een onderneming, de franchisegever, de wederpartij, de franchisenemer, tegen rechtstreekse of indirecte geldelijke vergoeding het recht verleent een franchiseonderneming te exploiteren voor de afzet van bepaalde typen goederen en/of de verrichting van bepaalde diensten; zij omvat ten minste verplichtingen met betrekking tot:

⁵ In 2017 heeft de BOVAG zich reeds in die zin uitgelaten bij de consultatie over het voorontwerp van een wet die de verankering van de Nederlandse franchisecode tot doel had. Dit standpunt wordt thans herhaald op haar eigen website: <https://mijn.bovag.nl/actueel/nieuws/2018/december/standpunten-bovag-opgenomen-in-voorstel-franchisew>.

⁶ Zie het standaardarrest van de Hoge Raad: HR 25 januari 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD7329, m.nt. J.B.M. Vranken (*Paalman/Lampenier*), r.o. 3.2 en Conclusie AG Wesseling-Van Gent, par. 2.6.

⁷ Deze EG-Verordening liep op 1 juni 2000 af en is inmiddels opgegaan in de brede EU-Verordening 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 inzake de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PbEU 2010, L102, p. 1.

⁸ Verordening 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85 lid 3 EG-Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten, PbEG 1988, L359, p. 46.

- het gebruik van een gemeenschappelijke naam of een gemeenschappelijk embleem en een uniforme opzet van de contractsvestiging en/of vervoermiddelen,⁹
- de mededeling door de franchisegever aan de franchisenemer van know-how,¹⁰ en
- de voortdurende verlening van commerciële of technische bijstand door de franchisegever aan de franchisenemer gedurende de looptijd van de overeenkomst.

- 3.3. Aangenomen wordt dat deze definitie nog steeds geldt.¹¹ In de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie¹² staat dat de licentie (in verband met het identiteitsvereiste en de franchisebijbel, oftewel voor de intellectuele eigendomsrechten op met name handelsmerken of emblemen en de uniforme opzet van het vestigingspunt en de knowhow) en de (commerciële of technische) bijstand 'integreerend bestanddelen vormen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept'. Daarvoor wordt doorgaans een franchisevergoeding betaald, aldus de Commissie.
- 3.4. Franchise kan worden gecombineerd met verschillende verticale beperkingen aangaande de producten die worden gedistribueerd, in het bijzonder selectieve distributie en/of een niet-concurrentiebeding en/of alleenverkoop of een zwakkere vorm daarvan. Maar daarmee is niet gezegd dat alle selectieve distributiecontracten ook als franchise moeten worden beschouwd. Het gaat om verschillende distributievormen.¹³
- 3.5. RAI Vereniging wijst voorts op het Pronuptia arrest. Dit is het standaardarrest van het Europese Hof van Justitie over franchising.¹⁴
- 3.6. In r.o. 15 van deze prejudiciële beslissing is door het hof een duidelijke omschrijving gegeven van verkoopfranchising:¹⁵

In een dergelijk stelsel van verkoopfranchising biedt een onderneming die zich als verkoper een plaats op een bepaalde markt heeft veroverd en daarbij een

⁹ Dit wordt ook wel 'het identiteitsvereiste' genoemd.

¹⁰ In verband hiermee wordt ook wel over 'de franchisebijbel' gesproken.

¹¹ Op het moment dat de Hoge Raad het in voetnoot 2 genoemde arrest wees was EG-Verordening 4087/88 al vervangen door EG-Verordening 2790/1999 van 22 december 1999, PbEG, L336, p. 21. Dat weerhield ons hoogste rechtscollege er niet van te citeren uit de oude groepsvrijstellingsverordening. Idem: Rb. Overijssel, 9 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2015:2907 (*Otto Simon*), r.o. 4.4. In gelijke zin: Asser/Houben 7-X 2015/138.

¹² Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, PbEU 2010, C130, p. 1, randnr. 189.

¹³ Zie uitdrukkelijk in die zin: F. Wijckmans en F. Tuytschaever, *Vertical Agreement in EU Competition Law*, 2011, randnr. 6.82.

¹⁴ Arrest van 28 januari 1986, Jur. 1986, p. 374 e.v. (*Pronuptia de Paris GmbH / Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*).

¹⁵ Deze dient te worden onderscheiden van dienstenfranchising en productief franchising. Zie r.o. 13.

marketingconcept heeft weten te ontwikkelen, tegen vergoeding aan zelfstandige handelaren de mogelijkheid om met gebruikmaking van haar handelsnaam en de bij haar succesvol gebleken handelsmethoden, vaste voet te krijgen op andere markten.

Het gaat niet zozeer om een verkoopvorm als wel om een soort economische exploitatie van knowhow zonder inzet van eigen kapitaal. Dit stelsel biedt handelaren zonder de nodige ervaring overigens de mogelijkheid, gebruik te maken van methoden die zij zich anders slechts na lang en moeizaam onderzoek eigen hadden kunnen maken, en laat hen profiteren van de reputatie van de handelsnaam.

- 3.7. In dezelfde r.o. geeft het hof het verschil aan met selectieve distributienetwerken:

Overeenkomsten inzake verkoopfranchising onderscheiden zich van alleenverkoopovereenkomsten en van overeenkomsten met erkende wederverkopers in het kader van een selectief distributiestelsel, doordat deze laatste niet voorzien in het gebruik van eenzelfde handelsnaam, de toepassing van eenvormige commerciële methoden of de betaling van royalty's in ruil voor de toegestane voordelen.

- 3.8. Kortom, tot nu toe is door de Europese regelgever en in de rechtspraak een vrij duidelijke definitie gegeven van 'franchiseovereenkomsten', zijnde overeenkomsten waarbij de primaire focus ligt op het door de franchisegever tegen betaling van een vergoeding aan een franchisenemer ter beschikking stellen van een bedrijfsconcept dat gekenmerkt wordt door een gemeenschappelijke naam en een uniforme opzet van de bedrijfsvestigingen en dat bestaat uit intellectuele eigendomsrechten en knowhow, alsmede bijstand, te verlenen door de franchisegever aan de franchisenemer, om dit bedrijfsconcept zo goed mogelijk in de markt te zetten. De verkoop van goederen en diensten is hierbij ondergeschikt.
- 3.9. Door een dergelijke definitie te hanteren wordt terecht voorkomen dat tal van andere distributieovereenkomsten met wezenlijk andere kenmerken ook onder deze definitie vallen, daaronder begrepen selectieve distributieovereenkomsten (zoals die in de automobielandustrie worden gehanteerd), waarbij de primaire focus ligt op het door de leverancier voor wederverkoopdoeleinden aan de dealer verkopen van contractproducten, zonder dat sprake is van een bedrijfsconcept of een eenvormige commerciële methode voor het gebruik waarvan een vergoeding verschuldigd is en waarbij op elk vestigingspunt duidelijk en prominent de handelsnaam van de individuele dealer

zichtbaar is.¹⁶ Nadere instructies ten aanzien van merkgebruik zijn daarbij ondergeschikt.

4. Aanbeveling

4.1. RAI Vereniging stelt daarom voor dat in het wetsvoorstel c.q. in de Memorie van Toelichting, duidelijk wordt gemaakt dat om van franchising te kunnen spreken sprake moet zijn van de volgende, onderscheidende elementen:

- a. de eenvormige commerciële formule (het bedrijfsconcept) voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten (d.w.z. de franchiseformule) dient:
 1. te worden gekenmerkt door een gemeenschappelijke (handels-)naam (en eventuele andere door intellectuele eigendomsrechten beschermde uitingen) en een uniforme opzet van het vestigingspunt dat wordt gebruikt door de franchisenemers;
 2. mede te omvatten knowhow, zijnde een geheel van niet door een intellectueel of industrieel eigendomsrecht beschermde praktische informatie, voortvloeiend uit de ervaring van de franchisegever en uit de door hem uitgevoerde onderzoeken, welke informatie geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is.
- b. voor het gebruik van deze franchiseformule dient de franchisenemer aan de franchisegever een transparante vergoeding te betalen.

4.2. RAI Vereniging licht deze twee elementen hieronder nader toe.

4.3. In de definitie van het begrip 'franchiseformule', zoals opgenomen in het wetsvoorstel, staat dat voldoende zou kunnen zijn dat deze een handelsmerk omvat. Vrijwel alle producten die via distributienetwerken aan consumenten worden verkocht zijn echter van een handelsmerk voorzien. Dat brengt met zich mee dat dit geen onderscheidend kenmerk kan zijn van een franchiseformule. Waar het om gaat is dat het vestigingspunt van een franchisenemer primair bepaald wordt door de handelsnaam van de franchisegever en een uniforme opzet. Die handelsnaam en de uniforme opzet kenmerken de franchiseformule. De identiteit van de franchisenemer is veelal van buiten niet zichtbaar. Daarmee onderscheidt een franchiseketen zich van een regulier selectief distributienetwerk. Het enkele feit dat op het vestigingspunt van de selectieve distributeur

¹⁶ RAI Vereniging merkt op dat de in de zienswijze van de Verenigde Opel Dealers Nederland betrokken stelling dat de vrijheid van de merkdealer om zijn eigen handelsnaam te voeren beperkt zou zijn over het algemeen niet juist is.

één of meerdere merken staan vermeld van de producten waarin hij handelt, aangebracht binnen de corporate identity van de fabrikant(en) van die producten, brengt nog niet met zich mee dat sprake is van een franchiseformule. De identiteit van de meeste selectieve distributeurs is van buiten goed zichtbaar. Het onderscheid tussen verschillende selectieve distributeurs van hetzelfde merk is voor consumenten in de regel aldus duidelijk kenbaar, terwijl dit niet geldt voor franchisenemers, die veeleer worden gezien als verschillende vestigingen van eenzelfde franchiseformule.

- 4.4. In de huidige definitie van het begrip 'franchiseovereenkomst' wordt gesproken over een 'vergoeding' (welke door de franchisenemer aan de franchisegever betaald moet worden in ruil voor het mogen gebruiken van de franchiseformule) zonder dat duidelijk wordt hoe transparant het feit is dat de franchisenemer betaalt voor het gebruik van de formule. RAI Vereniging kan zich voorstellen dat deze vergoeding wordt betaald als opslag op de verkoopprijs van de contractproducten die aan de franchisenemer in rekening worden gebracht, maar het moet voor de franchisenemer wel duidelijk zijn dát hij betaalt voor het gebruik van de franchiseformule, alsook wát hij betaalt. Indien de vergoeding ook zou kunnen worden verondersteld deel uit te maken van de verkoopprijs, zonder dat duidelijk wordt gemaakt hoe groot dit deel dan zou zijn, brengt dit met zich mee dat dit element geen onderscheidend kenmerk kan zijn van een franchiseformule.

5. Slotopmerkingen

- 5.1. RAI Vereniging wil niet per definitie uitsluiten dat autodealers van een bepaald merk in de toekomst als franchisenemers worden beschouwd, maar is van oordeel dat dit alleen dan het geval kan zijn indien evident sprake is van franchiseovereenkomsten. Dat zal overigens in de huidige situatie niet snel kunnen worden geconcludeerd.¹⁷
- 5.2. Er is geen reden om – meer in het algemeen – alle autodealers binnen het toepassingsbereik van de Wet Franchise te brengen. Dit zou in strijd zijn met de bedoeling van partijen bij het aangaan van de distributierelatie. Het gaat hierbij voorts niet om kleine winkeliers (zoals veel franchisenemers zijn), maar om goed georganiseerde, financieel krachtige retailers die heel goed voor hun eigen belangen kunnen opkomen en vaak deel uitmaken van grote concerns. Het is dan ook niet voor niets dat autodealers ook in de rest van Europa niet als franchisenemers worden beschouwd.

¹⁷ Zie ook Legal Perspective of the Regulatory Framework and Challenges for Franchising in the EU, DG Internal Policies, Policy Department, Study for the IMCO Committee, 2016, par. 5.1.2, waarin staat: "*For the avoidance of doubt, a franchise does not include motor vehicle dealerships.*"

Contactpersoon:

Wijnand de Geus

Sectiemanager

Personenauto's en lichte bedrijfswagens

Zware bedrijfswagens

Tel: +31-(0)-20 504 49 13

Mobiel: +31-(0) 6 51851769

e-mail: w.d.geus@raivereniging.nl