

31 januari 2019

OPMERKINGEN ACCELL NEDERLAND B.V. BIJ HET VOORSTEL VAN WET TOT WIJZIGING VAN BOEK 7 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK IN VERBAND MET DE INVOERING VAN REGELS OMTRENT DE FRANCHISEOVEREENKOMST (WET FRANCHISE)

1. Algemeen

- 1.1 Accell Nederland B.V. ("**Accell**"), houdt zich bezig met het ontwerpen, assembleren en verkopen van fietsen en toebehoren, die op de markt worden gebracht onder merken zoals Batavus, Sparta en Koga.
- 1.2 Accell brengt haar fietsen op de markt via selectieve distributie. Daarin wordt primair gewerkt met merkdealers die worden aangesteld op basis van een aantal kwantitatieve en kwalitatieve criteria. De merkdealers handelen onder hun eigen handelsnaam en nemen doorgaans ook fietsen af van andere leveranciers, al dan niet via door die leveranciers opgezette selectieve distributienetwerken. Zij betalen Accell voor de van hen afgenomen contractproducten en verkopen die door met een zekere marge. De merkdealers zijn aan Accell geen vergoeding verschuldigd voor een aan hen ter beschikking gesteld bedrijfsconcept of met hen gedeelde knowhow. Zij ontvangen ook geen specifieke bijstand van Accell om zo'n concept succesvol in de markt te zetten.
- 1.3 Sommige van de door Accell aangestelde merkdealers maken deel uit van een franchiseketen. Op basis daarvan zijn zij gehouden naar buiten toe onder een gemeenschappelijke naam te acteren, terwijl hun vestigingen allemaal dezelfde look & feel hebben. Deze maken onderdeel uit van de franchiseformule. Zij krijgen van de franchisegever allerlei knowhow met betrekking tot de formule, alsmede bijstand bij het toepassen van die formule. De franchisegever functioneert dan veelal tevens als een inkoopcombinatie, waar Accell dan commerciële afspraken mee maakt.
- 1.4 Accell zelf hanteert geen franchiseformule.
- 1.5 Accell is op basis van het voorgaande dat haar selectieve distributienetwerk buiten het toepassingsbereik van de nieuwe Wet Franchise zou moeten vallen. De wijze waarop het toepassingsbereik in het wetsvoorstel is omschreven is echter onduidelijk.
- 1.6 Doel van deze opmerkingen is de wetgever op te roepen het toepassingsgebied van de Wet Franchise zodanig aan te scherpen dat daaronder uitsluitend echte franchisenetwerken 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.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?*

¹ 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.



- 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 Toelichting² 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 Toelichting³ 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 o.m. 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.
- 2.7 Aldus bezien zal bijna elke distributierelatie die tot 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 producten aan de man mogen worden gebracht al snel als franchise worden beschouwd, ook indien de wederverkoper niet expliciet betaalt voor het mogen voeren van het merk. Het is immers vrij eenvoudig te beweren dat eerdergenoemde eisen tezamen een formule vormen en dat de betaling voor

² P. 15.

³ Hoofdstuk 3.3, p. 7.



het gebruiksrecht dienaangaande verwerkt is in de prijs die de wederverkoper moet betalen aan de leverancier van deze merkproducten.

- 2.8 Hoewel Accell ervan overtuigd is dat haar selectieve distributienetwerk niet als franchise is bedoeld of kan worden aangemerkt, kan niet worden uitgesloten dat het toch onder de werkingssfeer van de Wet Franchise valt. Dit lijkt niet juist.

3. Onderscheid franchising en selectieve distributie

- 3.1 Naar het oordeel van Accell 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 rechtspraak⁴ aansluiting gezocht bij de (inmiddels niet meer van toepassing zijnde⁵) EG-Verordening 4087/88.⁶ 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:

- *het gebruik van een gemeenschappelijke naam of een gemeenschappelijk embleem en een uniforme opzet van de contractsvestiging en/of vervoermiddelen,⁷*
- *de mededeling door de franchisegever aan de franchisenemer van knowhow,⁸ 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.⁹ In de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie¹⁰ staat dat de licentie (in verband met

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ Dit wordt ook wel 'het identiteitsvereiste' genoemd.

⁸ In verband hiermee wordt ook wel over 'de franchisebijbel' gesproken.

⁹ 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 rechtcollege 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.



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 'integrerende bestanddelen vormen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept'. Daarvoor wordt doorgaans een franchisevergoeding betaald, aldus de Commissie.

- 3.4 Accell wijst voorts op het Pronuptia arrest. Dit is het standaardarrest van het Europese Hof van Justitie over franchising.¹¹ In r.o. 15 van deze prejudiciële beslissing is door het hof een duidelijke omschrijving gegeven van verkoopfranchising:¹²

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

- 3.5 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.

- 3.6 Kortom, tot nu toe is door de Europese wetgever en in de rechtspraak een vrij duidelijke definitie gegeven van 'franchiseovereenkomsten, zijnde overeenkomsten waarbij de 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

¹⁰ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, PbEU 2010, C130, p. 1, randnr. 189.

¹¹ Arrest van 28 januari 1986, Jur. 1986, p. 374 e.v. (*Pronuptia de Paris GmbH / Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*).

¹² Deze dient te worden onderscheiden van dienstenfranchising en productief franchising. Zie r.o. 13.



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.

- 3.7 Door een dergelijke definitie te hanteren wordt voorkomen dat tal van andere distributieovereenkomsten ook onder deze definitie vallen, daaronder begrepen selectieve distributieovereenkomsten zoals die welke door Accell wordt gehanteerd, waarbij de primaire focus ligt op het door de leverancier voor wederverkoopdoeleinden aan de dealer verkopen van producten, zonder dat sprake is van een bedrijfsconcept of een eenvormige commerciële methode voor het gebruik waarvan een vergoeding verschuldigd is. Nadere instructies ten aanzien van merkgebruik zijn daarbij ondergeschikt.

4. Aanbeveling

- 4.1 Accell stelt voor dat in het wetsvoorstel, of in de toelichting daarop, 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 Accell licht deze twee elementen hieronder nader toe.

- 4.3 In de huidige definitie van het begrip 'franchiseformule' staat dat voldoende zou kunnen zijn dat deze een handelsmerk omvat. Vrijwel alle producten die via distributienetwerken aan consumenten worden verkocht zijn 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. De eigen identiteit van de meeste selectieve distributeurs is van buiten goed zichtbaar.

- 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. Accell kan zich voorstellen dat deze vergoeding wordt betaald als opslag op de verkoopprijs van de producten 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.