

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
T.a.v. de Staatssecretaris
Mevrouw mr. drs. M.C.G. Keijzer
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Ernie Bongers
Pieter van der Putt
Yves Vlassenroot
Kees Kan

Transformatorhuis
Energieplein 6
2031 TC Haarlem
T +31 (0)23 527 61 00
F +31 (0)23 541 19 25
E kan@voltadvocaten.nl
I www.voltadvocaten.nl

Betreft : dossier 2016023 - Kan Franchise / Algemeen
Onderwerp : reactie op Voorontwerp Wet franchise
E-mail direct : kan@voltadvocaten.nl

Haarlem, 31 januari 2019

Geachte mevrouw Keijzer,

Met veel belangstelling hebben wij kennis genomen van het Voorontwerp Wet Franchise (hierna: "Wetsvoorstel") dat tot en met 31 januari 2019 ter consultatie is gepubliceerd.

Inleiding

1. Ons kantoor (tot 31 december 2018 Kan Vlassenroot advocaten genaamd) houdt zich inmiddels ruim 20 jaar bezig met franchising. Wij adviseren vooral individuele franchisenemers, (besturen van) verenigingen van franchisenemers, franchiseraden, franchisenemers collectieven en daarnaast enkele franchisegevers waaronder één van de grootste van Nederland.
2. Ons kantoor heeft alle "soorten" franchisenemers (groot/klein, hoog/laag opgeleid, ervaren/onervaren, financieel krachtig/minder krachtig) bijgestaan van vrijwel alle bekende franchiseformules waaronder in de retail, zakelijke dienstverlening en zorg. Onze werkzaamheden bestaan uit het voeren van gerechtelijke procedures, het adviseren bij (het voorkomen van) geschillen en alle mogelijke juridische overige vraagstukken rond franchising (waaronder het opstellen/beoordelen van franchiseovereenkomsten, overnameovereenkomsten bij verkoop van franchisevestigingen, modellen/reglementen voor gestructureerd overleg tussen franchisegever en [verenigingen van] franchisenemers, etc., etc.).
3. Ons kantoor publiceert regelmatig over franchising en is oprichter (in 2010) van de website www.franchisehulp.nl; een website speciaal gericht op laagdrempelige informatievoorziening aan franchisenemers in Nederland inclusief een telefonische hulpdienst. Via deze website hebben wij in de afgelopen bijna 10 jaar contact gekregen met meer dan duizend franchisenemers die op zoek waren naar antwoorden op juridische vragen over hun franchiseverhouding. Tenslotte verzorgen wij al jaren juridische workshops en cursussen op het gebied van franchise voor rechters, advocaten, notarissen, juristen en financieel-adviseurs.

De maatschap Volt Advocaten is een samenwerkingsverband tussen zelfstandig werkende advocaten. De opdrachten worden gesloten met de afzonderlijke advocaten; alleen zij zijn verantwoordelijk voor de uitvoering daarvan. Op alle werkzaamheden zijn Algemene Voorwaarden van toepassing waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden zijn te raadplegen via www.voltadvocaten.nl en zullen op eerste verzoek kosteloos worden toegezonden

Noodzaak franchisewetgeving

4. Onze ervaring is dat er veel goed gaat binnen franchising maar dat er ook (helaas) sprake is van structurele problemen die te vaak leiden tot onredelijke en onwenselijke situaties waarbij gerechtvaardigde belangen van franchisenemers worden geschonden. Die problemen vloeien voort uit de intrinsiek ongelijke posities waarbij franchisegever meer kennis van en ervaring met de formule heeft, over meer financiële middelen beschikt terwijl de franchiseovereenkomst meestal veel verplichtingen en weinig rechten voor franchisenemer kent waardoor diens commerciële, financiële en juridische positie kwetsbaar is.
5. Franchiseovereenkomsten bieden vaak een ruim arsenaal aan beëindigingsmogelijkheden voor franchisegever. Dit, in combinatie met post-contractuele verplichtingen (non-concurrentiebeding, klantenbeding, aanbiedingsplicht) en het ontbreken van een recht op een redelijke vergoeding voor opgebouwde goodwill en achter te laten zaken (inventaris / niet afgeschreven investeringen / voorraad / klantportefeuille) geeft een zeer ongelijke juridische verhouding. Dat, in combinatie met de afhankelijkheid voor wat betreft de uitlevering van de formule (niet zelden worden franchisenemers in conflictsituaties niet meer beleverd, van de centrale website gehaald [off-line gezet] of uitgesloten van de noodzakelijke ondersteuning en gebruik van applicaties) en de betrokken financiële belangen die op het spel staan (vaak heeft franchisenemer relatief veel geld geïnvesteerd, al dan niet via bankfinanciering met bijbehorende zekerheden) maakt franchisenemer in juridische, financiële en commerciële zin van zijn franchisegever afhankelijk en zeer kwetsbaar. Het is om die reden dat franchisenemer er lang niet altijd verstandig aan doet om op te komen voor zijn belangen, zelfs al zijn die nog zo gerechtvaardigd. Het kan in een dergelijke afhankelijke positie zelfs beter zijn om juist niet voor die belangen op te komen.
6. Het voorbijgaan aan gerechtvaardigde belangen van franchisenemers wordt in het huidige verbintenissenrecht in juridische zin gelegitimeerd door onevenwichtige franchisecontracten waarin vooral veel plichten en weinig rechten voor franchisenemers zijn opgenomen. Bij gebrek aan specifieke franchisewetgeving geldt immers het uitgangspunt “contract = contract” en waar de rechtsverhouding aldus wordt beheerst door een (onevenwichtige) franchiseovereenkomst wordt aan gerechtvaardigde belangen die in strijd komen met die franchiseovereenkomst vaak niet toegekomen.
7. Ook bij gerechtelijke procedures geldt het uitgangspunt dat aan de hand van de bepalingen uit de (onevenwichtige) franchiseovereenkomst wordt geoordeeld wat tussen franchisenemer en franchisegever “rechtens” is hetgeen de proceskansen van een franchisenemer op voorhand ongunstig beïnvloedt.
8. De mythe van een franchisenemer als “onafhankelijke” ondernemer bestaat niet. Door te contracteren wordt franchisenemer afhankelijk van zijn franchisegever en geeft hij zijn onafhankelijkheid op (zie hiervoor). De door franchisegever gehanteerde standaard franchiseovereenkomst is bovendien vaak niet onderhandelbaar. Ondanks

die afhankelijkheid exploiteert franchisenemer zijn franchisevestiging intussen wel voor eigen rekening en risico.

9. Dat franchisenemers “in vrijheid” contracteren vormt geen rechtvaardiging voor onevenwichtige franchiseovereenkomsten. Daarbij komt dat onze ervaring is dat niet zelden franchisenemers voordat zij besluiten te contracteren onder de indruk raken van positieve presentaties over de succesansen van de formule waardoor minder kritisch wordt omgegaan met de verkregen informatie en de inhoud en strekking van de franchiseovereenkomsten niet voldoende wordt doorgrond.
10. Het van franchisegeverszijde wel gehoorde argument dat wetgeving in strijd zou komen met het beginsel van “contractsvrijheid” is ons inziens geen valide argument tegen invoering van franchisewetgeving. Contractsvrijheid is geen doel op zich en stond ook niet in de weg aan bijvoorbeeld specifieke arbeids-, huur-, consumenten- en agentuurwetgeving. Daar waar contractsvrijheid leidt tot maatschappelijk ongewenste situaties is een wettelijke regeling ter versterking van de positie van franchisenemer gerechtvaardigd.
11. Het van franchisegeverszijde wel gehoorde argument dat wetgeving het samenwerkingsmodel franchising onaantrekkelijk zou maken is onbewezen en niet aannemelijk. Juist in bijvoorbeeld Australië waar zeer vergaande en ingrijpende franchisewetgeving bestaat (gericht op versterking van de positie van franchisenemer) is sprake van een goed functionerende en bloeiende sector.
12. De geconstateerde problemen in de franchisesector zijn grotendeels terug te voeren op de onevenwichtige verhouding tussen franchisegever en franchisenemer. De problemen zijn talrijk waarbij moet worden opgemerkt dat lang niet alle conflicten de media bereiken of uitmonden in een gepubliceerde gerechtelijke uitspraak.
13. De noodzaak tot versterking van de positie van franchisenemers is ons inziens hoog en zal positief kunnen bijdragen aan vermindering van conflicten en verbetering van het functioneren van de sector.
14. Positief achten wij dat het Wetsvoorstel oog heeft voor een aantal belangrijke knelpunten en daarop inspeelt door bepalingen die verplichten tot een wachttermijn van 4 weken (stand-still), vergoeding van goodwill, het verstrekken van informatie en het voeren van overleg.

Artikelsgewijze opmerkingen

15. Wij hebben de volgende opmerkingen en suggesties ten aanzien van het Wetsvoorstel:

Artikel 911: extra opnemen een definitie van het begrip :”vertegenwoordigend orgaan” als vermeld in artikel 919 en 920.

Artikel 913 lid 2: wij kunnen ons voorstellen dat wordt opgenomen dat een (aspirant) franchisenemer betrouwbaar dient om te gaan met de aldus verkregen informatie.

Artikel 914 lid 3: het lijkt erop dat hier bedoeld is dat het eerst en tweede lid niet gelden voor “wijzigingen van een bestaande of het sluiten van een opvolgende franchiseovereenkomst tussen dezelfde partijen inzake dezelfde franchiseformule” voor dezelfde locatie. Wij geven in overweging de woorden voor dezelfde locatie op te nemen.

Artikel 919 lid 3: non-concurrentie: hier zou ons inziens moeten worden toegevoegd een derde geldigheidsvereiste te weten dat het non-concurrentiebeding uitsluitend strekt ter bescherming van overgedragen knowhow (waarbij voor knowhow kan worden aangesloten bij de omschrijving gehanteerd in artikel 911 lid a sub 2).

Artikel 919 lid 4 sub a: wij kunnen ons voorstellen dat een nadere duiding komt (in de bepaling zelf of in de toelichting) van het begrip “*twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers*”.

Artikel 920 lid a: wij kunnen ons voorstellen dat een nadere duiding komt (in de bepaling zelf of in de toelichting) van het begrip “*twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers*”.

Suggesties voor toe te voegen artikelen:

16. Wij hechten bijzonder groot belang aan het opnemen van een extra bepaling waarin de absolute competentie van de kantonrechter in geval van franchisegeschillen wordt geregeld. Dit zal de toegang tot het recht bevorderen (laagdrempelig, goedkoop, eventueel in persoon procederen en relatief snelle procedure) terwijl de kantonrechter geschikt kan worden geacht mede gezien diens competentie op het gebied van andere benoemde overeenkomsten zoals arbeidsovereenkomst, huurovereenkomst, agentuur, etc..
17. Wij hechten ook bijzonder groot belang aan het opnemen van een extra bepaling waarin dwingendrechtelijk wordt bepaald dat de Nederlandse rechter bevoegd is en het Nederlands recht van toepassing is in geval van franchisegeschillen. Ook dat vergroot de toegang tot het recht voor franchisenemers in Nederland, bevordert de rechtszekerheid en voorkomt dat franchisegevers via de franchiseovereenkomst buitenlands recht van toepassing verklaren en een buitenlandse rechter exclusief bevoegd verklaren waardoor feitelijk een franchisenemer de toegang tot het recht kan worden ontnomen (zoals in de zogenaamde Subway zaak waarin het recht van Liechtenstein van toepassing werd verklaard en er in New York moest worden gearbitreerd over een geschil tussen Subway International B.V. en een Nederlandse franchisenemer met een Subway vestiging in Enschede)¹. Met een dergelijke extra wettelijke bepaling wordt ook voorkomen dat de Franchisewet kan worden omzeild.

¹ Hof Amsterdam d.d. 3 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2270

Tenslotte

18. Voor het overige sluiten wij ons aan bij de inhoud van de brief aan u d.d. 31 januari 2019 van mevrouw Van der Burg van Franchisenemers Netwerk Nederland.

19. Wij danken u voor uw inspanningen om tot een afgewogen Franchisewet te komen die de positie van franchisenemer versterkt en een meer evenwichtige verhouding tussen franchisegever en franchisenemer bevordert. Naar onze overtuiging is dat in het belang van zowel franchisegever als franchisenemer en alle overige belanghebbenden in de sector. De Franchisewet zal naar onze overtuiging bijdragen aan het zoveel mogelijk voorkomen van misstanden en maatschappelijk ongewenste situaties en zal tegelijkertijd bijdragen aan het verbeteren van het functioneren van de samenwerkingsvorm franchising. Vanwege het grote belang van de invoering van franchisewetgeving zouden wij erop willen aandringen om in het wetgevingsproces zo min mogelijk vertraging toe te staan.

Tot een nadere toelichting altijd bereid.

Met vriendelijke groet,

C.M. Kan
(franchise-advocaat)

P. van der Putt
(franchise-advocaat)