

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
T.a.v. Hare Excellentie mw. mr. drs. M.C.G. Keijzer
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Betreft: reactie BVD advocaten op Internetconsultatie Wet Franchise

Barneveld	:	31 januari 2019	mr. E. Koekoek, advocaat
Ons kenmerk	:	Wet franchise	T (0342) 74 07 03
Uw kenmerk	:	-	F (0342) 74 07 10
Inzake	:	Internetconsultatie Wet franchise	E koekoek@bvd-advocaten.nl

Excellentie,

Inleiding

Met belangstelling namens wij¹ kennis van het wetsvoorstel *Wet franchise*. In deze brief geven wij onze opmerkingen aan de hand van een viertal hoofdonderwerpen, te weten:

1. Definities
2. Verstrekking van informatie
3. Goodwill bij beëindiging
4. Tussentijds wijzigen

Algemeen

Dit wetsvoorstel bevat tal van bepalingen welke grote (financiële) consequenties (kunnen) hebben voor de rechten en plichten van zowel franchisegever als franchisenemer. Vanuit dat kader wekt het verbazing dat in de memorie van toelichting op veel onderdelen slechts volstaan is met een summiere toelichting. Met regulering is op zichzelf niets mis, maar met regulering zonder gedegen motivering en onderbouwing van nut en noodzaak wel.

1. Definities

Het voornemen om van de franchiseovereenkomst eindelijk een in de wet benoemde

¹ mr.. L. Alberts, mr. C.T. Klepper en mr. E. Koekoek zijn gespecialiseerde franchiseadvocaten. Zij staan zowel franchisegevers als -nemers bij, voornamelijk in de branches *Retail* en *Zakelijke Dienstverlening*. Middels deze reactie beogen zij de kwaliteit van het Wetsvoorstel te verhogen zonder daarbij partij te kiezen voor franchisegevers dan wel franchisenemers.

Adres

Moerbei 11
Postbus 90
3370 AB Hardinxveld-Giessendam
KvK Utrecht nr. 30258441

Contact

T (0184) 61 89 74
F (0184) 61 89 75
E hardinxveld@bvd-advocaten.nl
W www.bvd-advocaten.nl

Vestigingen

Barneveld
Hardinxveld-Giessendam
Veenendaal
Werkendam



overeenkomst te maken is juist. Franchising is immers een veelvoorkomende manier van ondernemen. Zeker in situaties van ongelijkwaardigheid tussen franchisegever en franchisenemer, zou het vreemd zijn wanneer de wetgever achterover blijft leunen. Daar waar bijvoorbeeld de agentuur al wel in het Burgerlijk Wetboek is geregeld en diverse beschermingsbepalingen kent voor de veelal 'zwakkere' handelsagent, kan regulering helpen om ook franchise(onder)nemers een betere informatie- en onderhandelingspositie te geven.

De definities verdienen veel aandacht. Deze bepalen immers welke commerciële samenwerkingen allemaal worden geraakt door het wetsvoorstel. Ons valt op dat de definitie van een franchiseformule (art. 7:911 sub a BW) erg breed is geformuleerd. Met deze formulering kunnen bijvoorbeeld ook de coöperaties en (auto)dealerschappen onder deze definitie vallen. Het is de vraag of een dergelijke brede definitie wel de bedoeling is. Dit blijkt niet uit de memorie van toelichting. Overigens zou ook het begrip 'franchise' kunnen worden gedefinieerd.

Verder ontbreekt nog een definiëring van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemer in dit wetsvoorstel, terwijl dit orgaan als zodanig wel wordt aangehaald in de artikelen 7:915, 7:919 en 7:920 BW. Zo bevatten de artikelen 7:919 en 7:920 BW een instemmingsrecht van de franchisenemer of van een twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers. Aangezien het instemmingsrecht van wezenlijke invloed kan zijn, dient er geen onduidelijkheid te bestaan over "het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers". Reden om het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemer op te nemen in de definities.

Art. 7:911 sub h BW definieert de "duurzame gegevensdrager". Het is ons onduidelijk of de definitie van dat begrip het gebruik van bijvoorbeeld tijdelijk toegankelijke datarooms uitsluit. Meer duidelijkheid hierover is wenselijk.

2. Verstreking van informatie

Het tijdig verstrekken van alle informatie is een belangrijk onderdeel van de Wet franchise. De exacte invulling van de aard, inhoud en wijze van verstreking wordt echter goeddeels vooruitgeschoven. Deze kunnen bij algemene maatregel van bestuur worden ingevuld. Of dat ook zal gebeuren moet de toekomst uitwijzen, hetgeen echter problematisch kan zijn voor zowel franchisegever als franchisenemer. Op beiden rust namelijk wel de plicht tot het tijdig verstrekken van alle informatie, maar het blijft (vooralsnog) onduidelijk hoe en wanneer beide partijen hieraan hebben voldaan. Dit zal leiden tot rechtsonzekerheid en daarmee tot juridische procedures.

De toelichting op art. 7:915 lid 2, sub b ziet de informatieverplichting niet zo vergaand dat "de te verstrekken informatie over een locatie een bepaalde garantie moet omvatten op het

bepalen van een behaalde omzet of een bepaald bedrijfsresultaat". Deze toelichting maakt duidelijk wat het niet is (geen garantie), maar lijkt tegelijk wel te duiden op het mindere, te weten: een vestigingsplaatsonderzoek en financiële prognoses. De toelichting noemt dit evenwel niet letterlijk. Dit werpt de vraag op of een vestigingsplaatsonderzoek en financiële prognoses met dit wetsvoorstel wel gaan behoren tot de informatieverplichting van franchisegever. De Hoge Raad heeft helder uitgesproken dat die verplichting nu niet bestaat. Als het de bedoeling is om een dergelijke verplichting nu wel wettelijk te regelen, dan valt het aan te bevelen dit ook expliciet zo op te nemen c.q. te verduidelijken.

De informatieplicht om voor het sluiten van de franchiseovereenkomst op een duurzame gegevensdrager een franchisehandboek te verstrekken, werpt de vraag op hoe vertrouwelijk deze gegevens dan nog zijn. Daarbij wijzen we tevens op het feit dat een ruime informatieverplichting van franchisegever per definitie het risico vergroot op verlies van knowhow. Wanneer een kandidaat-franchisenemer allerhande knowhow heeft verkregen en vervolgens toch (al dan niet met een vooropgezet plan) afhaakt, loopt de franchisegever het risico dat zijn kennis en kunde (knowhow) wordt gekopieerd. Een geheimhoudingsbeding sluit dit risico niet uit. De memorie van toelichting besteedt aan de bescherming van de knowhow van de (kleinere) franchisegever (en daarmee indirect tevens aan de belangen van de reeds bestaande franchisenemers) geen aandacht. Ten onrechte.

Overigens menen wij dat de verplichting om 'alle informatie' die van belang kan zijn precontractueel te verstrekken, onvoldoende concreet is. Het verdient aanbeveling om een limitatieve lijst te hanteren, zodat franchisegevers en -nemers weten wanneer voldoende informatie is verstrekt.

3. Goodwill bij beëindiging

De introductie van een goodwillvergoeding bij beëindiging van de franchiseovereenkomst is op zichzelf beschermend voor de franchisenemer. Heldere afspraken over vergoeding van eventuele goodwill kan franchisenemers helpen hun investeringen in de onderneming terug te verdienen en zich vrijer te voelen over het al dan niet verlengen van de franchisesamenwerking. Tevens zullen franchisenemer en franchisegever met artikel 7:919 lid 1 BW sneller met elkaar nadenken en spreken over de koopopties van de franchisegever, welke soms ongunstig voor de franchisenemer zijn. Een dergelijke wettelijke verplichting kan dan dienen als 'wekker' voor de franchisenemer om op te letten bij de onderhandelingen.

Onduidelijk is hoe ver de vrijheid van partijen rijkt om te bepalen welke goodwill in redelijkheid moet worden toegerekend aan de franchisenemer. Mag die goodwill nihil zijn? En zo ja: in welke gevallen?

De toelichting met betrekking tot de goodwillvergoeding lijkt uitsluitend te duiden op de

relatie franchisegever – franchisenemer. Er wordt geen woord gewijd aan de eveneens bestaande praktijk waarin de franchisenemer zijn onderneming overdraagt aan een andere franchisenemer. Dit werpt de vraag op hoe de bepalingen over de goodwillvergoeding in dergelijke gevallen moet worden uitgelegd.

Wel zet de goodwillvergoeding mogelijk het mes in de bestaande jurisprudentie waarin een redelijke opzegtermijn centraal staat. Doorgaans zijn de opzegtermijnen bij franchiseovereenkomsten vrij lang. Doordat er met dit voorstel van een goodwillvergoeding echter een extra bescherming c.q. genoegdoening voor de franchisenemer bij komt, ligt het voor de hand dat in de (rechts)praktijk kortere opzegtermijnen sneller als redelijk zullen worden aangemerkt.

De mogelijkheid om exclusieve afnameverplichtingen op te leggen wordt met artikel 7:919 lid 2 BW ingekaderd door de maatstaf van wat marktconform is. Een dergelijke maatstraf is vanwege de veelheid aan sectoren en formules in de franchisemarkt evenwel nauwelijks te ijken.

4. Tussentijds wijzigen

In geval van een wijziging die aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben, vereist art. 7:919 lid 4 BW voorafgaande instemming van de franchisenemer of een twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers. In de toelichting worden enkele voorbeelden aangehaald van 'aanzienlijke gevolgen'. In de praktijk zal deze term echter een bron van discussie worden. We stellen daarom voor dit begrip zoveel als mogelijk te specificeren, ook vanwege de dwingendrechtelijke aard ervan.

Overigens vragen we ons af waarom voor een wijziging met aanzienlijke gevolgen de instemming van twee-derde meerderheid is vereist. De toelichting zwijgt hierover. Dit maakt het voor FG erg lastig om wijzigingen door te voeren. Wij menen dat een volstreekte meerderheid prima voldoet. De norm van twee-derde meerderheid houdt onvoldoende rekening met het belang van de franchisegever om de formule te kunnen ontwikkelen.

Tot slot

De regels in dit wetsvoorstel zijn dwingendrechtelijk van aard. Partijen mogen er contractueel dus niet van afwijken. Doen ze dat toch, dan is die afwijking vernietigbaar. Ook een schending van de regels zorgt voor vernietigbaarheid van de rechtshandeling. Dit zorgt ervoor dat een franchisenemer gedurende drie jaar na het sluiten van een franchiseovereenkomst kan stellen dat niet is voldaan aan deze regels, en dat de rechter, indien hij dat betoog volgt, de overeenkomst vernietigt. Vernietiging heeft vergaande gevolgen voor beide partijen. Aannemelijk is dus dat met name franchisegevers een belang

hebben bij contractuele afwijking van de voorgestelde wet. Dit is echter niet mogelijk wanneer beide partijen in Nederland zijn gevestigd. Het is de vraag of franchisegevers er om die reden voor kiezen een hoofdkantoor buiten Nederland te openen, om op die manier deze strikte regelgeving te omzeilen. Wat ons betreft zou dat een onwenselijke situatie opleveren. Daarom verdient het overweging om partijen de gelegenheid te geven op onderdelen af te wijken van het wettelijk stelsel. Daarmee kan tevens recht worden gedaan aan de grote diversiteit aan formules binnen Nederland en de (zeer) uiteenlopende werkwijzen en verdienmodellen van deze formules.

Verder merken wij nog op dat het onderwerp geschillenbeslechting niet is opgenomen in het Wetsvoorstel. Wat ons betreft ten onrechte. Met name franchisenemers zouden gebaat zijn bij de mogelijkheid om geschillen op een laagdrempelige manier voor te leggen aan een onafhankelijke instantie die geschillen kan beslechten. Wij stellen voor hier een regeling voor te treffen.

Afgezien van bovenstaande inhoudelijke opmerkingen en voorstellen tot wijziging, zijn wij verheugd met het voornemen om de bescherming van franchisenemers wettelijk te regelen. We onderschrijven het nut en de noodzaak van een wettelijk kader voor franchising.

Hoogachtend,

E. Koekoek
advocaat

C.T. Klepper
advocaat

L. Alberts
advocaat