

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. internetconsultatie Wet franchise

CMS Derks Star Busmann N.V.
Newtonlaan 203
NL-3584 BH Utrecht
Postbus 85250
NL-3508 AG Utrecht

Bankrekening (Stichting Derdengelden)
Iban: NL64 RABO 0394 7771 66
Swift/bic: RABONL2U

mr. drs. A.M.A. Canta
Advocaat
T +31 30 212 15 84
F +31 30 212 11 64
E anita.canta@cms-dsb.com

Onze ref. AC/3381612/AC

Betreft: internetconsultatie Wet franchise

31 januari 2019

L.S.,

Naar aanleiding van de internetconsultatie met betrekking tot de Wet franchise, berichten wij u als volgt.

Wetgeving noodzakelijk?

Reeds enkele jaren wordt er door het Ministerie van Economische Zaken vanuit gegaan dat er sprake zou zijn van misstanden in de franchisector. Dit zou het noodzakelijk maken om wetgeving in te voeren die de franchisenemer beschermt. Zoals wij reeds hebben aangegeven in onze reactie van 23 mei 2017 op de internetconsultatie wettelijke verankering gedragscode franchise herkennen wij ons niet in het beeld dat wordt geschetst. Hiervoor wordt ook geen enkele onderbouwing gegeven en het lijkt erop dat het Ministerie louter afgaat op berichtgeving in de media omtrent incidenten en op gesprekken die zijn gevoerd met betrokkenen en adviseurs die een cenzijdig beeld hebben geschetst.

Ons kantoor voert reeds tientallen jaren een uitgebreide franchisepraktijk en onze ervaring is dat de meeste franchisegevers en franchisenemers constructief samenwerken. Vanzelfsprekend zijn er in iedere franchiseketen wel eens strubbelingen, maar daar wordt meestal in goed onderling overleg uitgekomen. Mocht de rechter er toch aan te pas moeten komen dan is deze uitstekend geëquipeerd met het huidige contracten- en verbintenissenrecht en de betreffende jurisprudentie om een goede beslissing te kunnen nemen waarbij alle belangen over en weer kunnen worden meegenomen.

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Amsterdam. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponeerd bij de griffie van de rechtbank Amsterdam onder nummer 77/2016 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op cms.law en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op www.cms.law. CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Medellín, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

Hoewel wij, gezien het voorgaande, van mening zijn dat er geen noodzaak is voor specifieke wetgeving in de vorm van de Wet franchise zijn wij in ieder geval positief gestemd over het feit dat ervoor is gekozen om de Nederlandse Franchise Code ("NFC") terzijde te stellen en formele wetgeving met betrekking tot franchising in te voeren.¹

Het huidige voorstel Wet franchise in combinatie met de Memorie van Toelichting ("MvT") roept echter nog behoorlijk wat vragen op en bevat onduidelijkheden. Wij zullen hierna eerst ingaan op de belangrijkste bezwaren tegen het voorstel. Daarna zullen wij artikelsgewijs ons commentaar uiteenzetten.

Belangrijkste bezwaren tegen het voorstel

Hetgeen als eerste in het oog springt bij lezing van het voorstel en de MvT is dat de uitleg die in de MvT aan de bepalingen van de wet wordt gegeven veel verder gaat dan uit de tekst van het voorstel zelf is af te leiden. Nu is de MvT vanzelfsprekend een toelichting op de wet en derhalve reeds naar haar aard ruimer geformuleerd, echter in dit geval is de onevenwichtigheid wel erg groot. Dit is onwenselijk vanuit het oogpunt van rechtszekerheid. Immers, uit de MvT volgen veel verdergaande verplichtingen -voor met name de franchisegever- dan blijkt uit de wet zelf.

Van groot belang is voorts dat de eigen verantwoordelijkheid van de franchisenemer nagenoeg ontbreekt in het voorstel. Of een franchisenemer zich in een ongelijke en afhankelijke positie bevindt ten opzichte van een franchisegever moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval en de professionaliteit van de betrokken partijen. Onduidelijk is of op dit punt bewust wordt afgeweken van de geldende rechtspraktijk en jurisprudentie.² De franchisenemer is een zelfstandig ondernemer en weet dikwijls heel goed hoe de hazen lopen en hoe hij zijn belangen dient te beschermen. Dit geldt zeker voor franchisenemers met meerdere vestigingen. Het is ook aan de franchisenemer zelf om onderzoek te doen en zich te laten adviseren over bijvoorbeeld de wenselijkheid van het aangaan van een franchiseovereenkomst. Dit aspect wordt in het voorstel niet meegenomen.

Het voorstel heeft grote (beperkende) gevolgen voor de mate waarin de franchisegever de mogelijkheid heeft om zijn formule te bewaken en aan te passen aan de veranderingen in de markt. Een verplichting die een franchisegever (als goed franchisegever) jegens zijn franchisenemers heeft, maar die door hetgeen thans wordt voorgesteld, erg moeilijk na te komen is. Immers, de artikelen 919 lid 4 en 920 geven de franchisenemers veel macht over de formule en de ontwikkeling daarvan. De franchisenemers zouden de formule zelfs tot stilstand kunnen brengen door hun instemming aan voorgelegde wijzigingen te weigeren. Dit is een onwenselijke ontwikkeling in de huidige markt en kan negatief uitwerken voor de franchiseformule in het geheel. Het wordt voor de franchisegever immers lastiger om zich te blijven positioneren in deze snel veranderende markt.

Dit geldt temeer voor ketens met een master-franchise constructie. Deze master-franchisenemers krijgen vaak verplichtingen opgelegd vanuit de in het buitenland gevestigde franchisegever om bijvoorbeeld bepaalde wijzigingen in de winkels van de franchisenemers door te voeren. Deze verplichtingen zouden

¹ Wij verwijzen naar onze argumentatie daarvoor in onze reactie van 23 mei 2017 op de internetconsultatie wettelijke verankering gedragscode franchise.

² Vergelijk: ECLI:NL:GHSHE:2015:4989.

de master-franchisenemers vervolgens niet kunnen opleggen aan de franchisenemers, indien laatstgenoemden instemming weigeren. De master-franchisenemers komen daardoor in een spagaat te verkeren.

Het voorgaande brengt met zich dat het wetsvoorstel in de huidige vorm niet kan worden ingevoerd. Aanscherping en verduidelijking is van groot belang.

Artikelsgewijs commentaar

Hierna zullen wij artikelsgewijs ons belangrijkste commentaar op het voorstel uiteenzetten.

Artikel 911

Sub a

Bij de definitie van "*franchiseformule*" staat onder 1 vermeld dat deze formule "*in ieder geval omvat een handelsmerk, model, gebruiksmodeel of handelsnaam, huisstijl of tekening*". Betekent dit dan dat als een franchiseformule geen model heeft (hetgeen vermoedelijk dikwijls voor zal komen) er geen sprake zou zijn van een franchiseformule in de zin van de Wet franchise? Dit lijkt ons niet de strekking van deze definitie. Voorts is de formulering van deze definitie onduidelijk. Helder moet zijn dat een franchiseformule ook een combinatie van genoemde werkzaamheden kan betreffen. Onze suggestie is aldus om "*voor de productie of verkoop van goederen*" te vervangen voor "*voor de productie en/of verkoop van goederen*". Tot slot is de definitie te breed, waardoor bijvoorbeeld iedere willekeurige licentieovereenkomst hieronder zou kunnen vallen. Het onderdeel "*hechte en voortdurende samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer*" ontbreekt.

Sub b

De MvT lijkt erop te duiden dat onder "*afgeleide formule*" ook valt een door de franchisegever te exploiteren webshop die ziet op de bestaande franchiseformule. Gesteld kan echter worden dat een door de franchisegever te exploiteren webshop een ander verkoopkanaal betreft en het een franchisegever moet zijn toegestaan om dit te doen. Afhankelijk van de bepalingen in de franchiseovereenkomst dienen daarover dan afspraken te worden gemaakt tussen de franchisegever en de franchisenemers. Dit artikel in combinatie met artikel 920 zou het voorgaande echter onmogelijk maken zonder instemming van de franchisenemer(s). Dit is een (te) vergaande inperking van de contractsvrijheid en het ondernemerschap van de franchisegever.

Voorts is de formulering van deze definitie onduidelijk. Helder moet zijn dat het een afgeleide formule van dezelfde franchisegever moet betreffen. Onze suggestie is aldus om "*een franchisegever*" te vervangen voor "*de franchisegever*" en toe te voegen aan het einde: "*van die franchisegever*".

Artikel 912

Niet duidelijk is wat dit artikel toevoegt aan de reeds bestaande artikelen 6:2 en 6:248 van het Burgerlijk Wetboek.

Voorts vragen wij ons af wat wordt bedoeld in de MvT met de zinsnede:

"Daarnaast biedt het goed franchisegeverschap een norm om het gebruik van de bevoegdheid van de franchisegever tot aanpassing en ontwikkeling van de door de franchisenemers geëxploiteerde franchiseformule te toetsen aan onder meer de beginselen van behoorlijk bestuur."

Het begrip "beginselen van behoorlijk bestuur" komt uit het administratieve recht en hoort hier niet thuis. Onduidelijk is waarom er aansluiting wordt gezocht bij deze "beginselen van behoorlijk bestuur". Dit lijkt bovendien te impliceren dat franchisenemers op de stoel van de franchisegever kunnen gaan zitten en het bestuur van de franchisegever over zijn franchiseformule kunnen toetsen. Dit is onwenselijk. De franchiseformule is immers ontwikkeld door de franchisegever en het is aan hem (zelfs zijn plicht) om deze, in redelijk overleg met de franchisenemers, aan te passen aan de ontwikkelingen in de markt. Deze verhouding moet helder blijven.

In de MvT wordt eraan gerefereerd dat goed franchisegeverschap onder meer zou impliceren dat de franchisegever op basis van deugdelijk onderzoek vaststelt of de beoogde franchisenemer in staat is om de franchiseformule te exploiteren. Verder zou het ontwikkelen en innoveren van de franchiseformule vooral van belang zijn voor de franchisenemers die de formule exploiteren. Met deze toelichting op artikel 912 komt het zich over en weer gedragen als goed franchisegever en goed franchisenemer echter niet goed uit de verf. Deze norm moet er namelijk niet aan afdoen dat beide, professionele, partijen ervoor moeten zorgen dat zij de op hen rustende verplichtingen deugdelijk nakomen en als zelfstandig ondernemer hun eigen verantwoordelijkheid hebben. Voor de franchisenemer betekent dat onder meer dat ook hijzelf onderzoek zal moeten doen of hij wel in staat is de franchiseformule te exploiteren. Voor de franchisegever betekent dat onder meer dat hij steeds de franchiseformule zal moeten monitoren, daar waar nodig zal moeten aanpassen en geen onredelijke eisen mag opleggen aan de franchisenemer.

Artikel 913

Lid 1

Wat wordt bedoeld met de term "alle informatie"? Betreft dit informatie die beschikbaar is of is het ook de bedoeling dat er informatie wordt opgesteld? Denk hierbij aan financiële prognoses. Zie ook ons commentaar op artikel 915 lid 2 sub b.

Deze informatieplicht reikt ver en heeft voor zowel franchisenemer en franchisegever verstrekking gevolgen. Het is daarom noodzakelijk dat er een geheimhoudingsbeding in de wet wordt opgenomen ten aanzien van de verstrekte informatie. Dit geldt ook voor de informatie die verstrekt wordt in het kader van artikel 915. Het voorgaande brengt met zich dat het een franchisegever en franchisenemer moet zijn toegestaan om voor het sluiten van de franchiseovereenkomst een geheimhoudingsovereenkomst te sluiten. Dit zou niet moeten vallen onder het verbod van artikel 914 lid 2 sub b. Dit is nu onduidelijk.

Lid 3

Dit artikel lijkt te bepalen dat de franchisegever wordt geacht te beoordelen of de franchisenemer de gevolgen (met inbegrip van de financiële gevolgen) van het sluiten van de franchiseovereenkomst kan

overzien en andersom. Dit is onwenselijk, omdat men niet in de toekomst kan kijken en niet alle gevolgen zijn te voorzien. Een suggestie voor een betere formulering:

"De informatie is zodanig geformuleerd, vormgegeven en gerangschikt dat de franchisenemer en de franchisegever deze in redelijkheid mee kunnen wegen in hun beslissing of het sluiten van de franchiseovereenkomst voor hen wenselijk is."

Essentieel is, zoals hiervoor reeds aangegeven, dat de onderzoeksplicht van de franchisenemer ontbreekt. De franchisenemer is zelfstandig ondernemer en dient ook zelf, eventueel met behulp van door hemzelf in te schakelen financiële en juridische bijstand, te onderzoeken of het sluiten van een franchiseovereenkomst wenselijk voor hem is. Een dergelijke bepaling dient te worden toegevoegd (in een nieuw lid 4), zoals deze ook in de NFC stond (zie artikel 3.7 van de NFC). Een suggestie:

"4. De informatieverplichtingen zoals opgenomen in de leden 1 tot en met 3 van dit artikel laten onverlet dat de franchisenemer een eigen verantwoordelijkheid heeft om de haalbaarheid van de exploitatie van zijn onderneming onder de franchiseformule te onderzoeken. De franchisenemer dient de van de franchisegever ontvangen informatie, de daarbij gehanteerde uitgangspunten en aannames te (laten) toetsen op (financiële) juistheid en haalbaarheid."

Artikel 914

Lid 1

De (aanvullende) informatie die tijdens de stand still-periode op uitdrukkelijk verzoek wordt verstrekt zou niet onder de werking van deze bepaling moeten vallen en er in ieder geval niet toe moeten leiden dat de ingangsdatum van de stand still-periode op deze latere datum (opnieuw) zou aanvangen.

De opmerking in de MvT dat voor bepaalde informatie een langere termijn dan vier weken kan gelden voor het verstrekken daarvan, is (te) arbitrair en zou derhalve buiten beschouwing moeten worden gelaten.

Lid 2

Sub b: in de MvT is opgenomen dat met deze bepaling wordt voorkomen dat de franchisenemer zich te zeer aan de franchisegever committeert. Ter voorkoming van onduidelijkheden zou in de bepaling naar voren moeten komen dat de franchisegever niet overgaat tot het sluiten van de franchiseovereenkomst of enige andere overeenkomst die daarmee onlosmakelijk is verbonden met de franchisenemer. De franchisegever zou anders te veel in zijn bewegingsruimte worden beperkt om in algemene zin – en wellicht met betrekking tot een specifieke locatie – in die periode overeenkomsten te sluiten met andere partijen dan de franchisenemer.

Lid 2

Sub c: het komt vaak voor dat een franchisenemer, vooruitlopend op het sluiten van een franchiseovereenkomst, vast aan de slag gaat met het regelen van de ombouw/verbouw van de winkel. Dit omdat een dergelijke ombouw/verbouw in het algemeen veel tijd in beslag neemt en de franchisenemer en franchisegever na het sluiten van de franchiseovereenkomst graag snel aan de slag gaan. Vanzelfsprekend mag de franchisegever de franchisenemer in dit kader niet dwingen, maar het is

onwenselijk als de franchisenemer dit uit eigen beweging niet meer zou kunnen. De vraag is dan wat bedoeld wordt met "*aanzetten tot het doen van betalingen of investeringen*". Dit dient nader te worden uitgewerkt en toegelicht of te worden gewijzigd in "*verplichten*".

Lid 3

Bij het sluiten van een opvolgende franchiseovereenkomst tussen dezelfde partijen komt het wel voor dat de franchisenemer een andere vennootschap gebruikt dan voorheen. Het is daarom raadzaam om achter "*dezelfde partijen*" toe te voegen: "*of opvolgende (rechts)personen*".

Artikel 915

Lid 1

Deze bepaling zou door geen van de partijen moeten kunnen worden aangegrepen voor het uitvoeren van een "*fishing expedition*". Daarom dient dit artikel te worden beperkt tot benodigde informatie die redelijkerwijze van belang is voor het sluiten en de uitvoering van de overeenkomst. Dit wordt ook als zodanig geformuleerd in de MvT (pagina 24 bovenaan). Wij stellen dan ook voor om "*of kan zijn*" uit de formulering van artikel 915 lid 1 te verwijderen.

Lid 2

Sub b: niet duidelijk is op welke financiële gegevens bedoeld wordt. Ook is onduidelijk of het gaat om beschikbare gegevens of dat er ook informatie opgesteld dient te worden. Betekent dit dat de franchisegever verplicht is om financiële prognoses te verstrekken? Dit is in strijd met de geldende jurisprudentie waarin is bepaald dat de franchisegever hier in beginsel niet toe verplicht is.³

Sub c: in dit lid wordt de franchisegever verplicht om het handboek voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst ter hand te stellen. Dit is voor veel franchisegevers een uitermate bezwarende bepaling omdat hierin concurrentiegevoelige informatie staat. Daar komt bij dat de franchisenemer in zijn algemeenheid het handboek niet nodig heeft om een beslissing te kunnen maken over het sluiten van de franchiseovereenkomst. Het handboek bevat immers met name praktische informatie over de uitvoering van de franchiseformule. Het verstrekken van het handboek vóór het sluiten van de franchiseovereenkomst zou niet als verplichting opgenomen moeten worden. Hooguit zou opgenomen kunnen worden dat de franchisenemer inzage in het handboek wordt verleend.

Sub e: het is niet helder wat wordt bedoeld met het "*vertegenwoordigende orgaan van de franchisenemers*" (zie ook hierna bij onze opmerkingen bij artikel 919 lid 4 en artikel 920).

Sub f:

Onder 1: ook voor deze bepaling is het van belang dat duidelijk is wat precies wordt bedoeld met "*franchisenemersvertegenwoordiging*" waarnaar in de MvT wordt verwezen.

Onder 2: onduidelijk is hoe ver deze verplichting reikt. Is het voldoende dat de franchisegever wijst op de artikelen in de franchiseovereenkomst over exclusiviteit en non-concurrentie of dient de

³ ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (Paalman/Lampenier), ECLI:NL:HR:2017:311 (Street-One), ECLI:NL:HR:2018:1696 (Albert Heijn)

franchisegever alle mogelijke scenario's -waaronder zelfs ook afgeleide formules- te schetsen? Dit lijkt ons een uitermate lastige opgave, aangezien niemand in de toekomst kan kijken.

Onder 3: niet duidelijk is wat hiermee wordt bedoeld. Om welke financiële gegevens gaat het? De MvT spreekt over de situatie waarin de franchisenemer de boekhouding laat verzorgen via de franchisegever en de franchisenemer vervolgens gelimiteerd wordt in zijn mogelijkheden om zijn eigen administratie in te zien. Wij zijn deze situatie, in onze uitgebreide franchisepraktijk, echter nimmer tegengekomen. Het lijkt erop dat deze bepaling louter voortkomt uit een (bizar) incident en het is zeer de vraag of deze bepaling wel nodig is. Bovendien zijn de franchisenemer en de franchisegever twee van elkaar losstaande, zelfstandige ondernemingen. Het moet niet zo zijn dat deze bepaling ertoe zou leiden dat de franchisenemer te pas en te onpas inzage in de financiële gegevens van de franchisegever zou kunnen opeisen.

Onder 4: deze bepaling is onduidelijk geformuleerd. Hoe is het mogelijk voor de franchisegever om vóór het sluiten van de franchiseovereenkomst informatie te verstrekken over de onderbouwing van beslissingen die hij in de toekomst zal nemen? Indien bedoeld wordt aan te geven dat de franchisegever in zijn algemeenheid informatie over de wijze van onderbouwing van beslissingen dient te verstrekken, dan is ook hier de vraag hoe ver deze verplichting reikt. Is dit louter beperkt tot het aanwijzen van de desbetreffende artikelen in de franchiseovereenkomst die hierover gaan en waarin de beslissingssystematiek uiteen wordt gezet? Verder is onduidelijk wat wordt bedoeld met "*aanzienlijke financiële gevolgen*"?

Onder 5: deze bepaling zou moeten worden beperkt tot investeringen voor zover de franchisenemer daartoe door de franchisegever wordt verplicht en die redelijkerwijs door de franchisegever zijn te voorzien voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst.

Artikel 916

Lid 1

Sub a en sub b: duidelijk dient te zijn dat deze bepaling moet worden onderscheiden van artikel 919 lid 4 en artikel 920 en dus onder geen beding een instemmingsrecht van de franchisenemer voor deze situaties met zich brengt.

Sub b onder 2: wat wordt verstaan onder "*aanzienlijke invloed*"?

Lid 2

Sub a: wij gaan er vanuit dat hier tussentijdse wijzigingen in de bestaande franchiseovereenkomst worden bedoeld en dat deze bepaling niet ziet op de standaard franchiseovereenkomst die de franchisegever hanteert. De franchisegever moet immers in staat zijn om zelf te bepalen, binnen de grenzen van de wet en de eventuele afspraken met zijn franchisenemers, hoe hij de standaard franchiseovereenkomst vormgeeft. Het is voorts onduidelijk waarom er hier wordt gesproken over de "overeenkomst" in plaats van de "franchiseovereenkomst".

Daarnaast is het de vraag hoe deze bepaling zich verhoudt tot het instemmingsrecht van artikel 919 lid 4. Wanneer is sprake van een beoogde wijziging in de zin van artikel 916 en wanneer is sprake van een wijziging van de franchiseovereenkomst waarvoor de franchisegever voorafgaande instemming van (het vertegenwoordigend orgaan van) de franchisenemer nodig heeft?

Sub b: de scheidslijn tussen investeringen die de franchisenemer zal moeten doen uit hoofde van zijn zelfstandig ondernemerschap en de eventuele investeringen die door de franchisegever worden verzocht, is lastig te bepalen. Wij pleiten daarom voor de toevoeging dat het moet gaan om "*expliciet*" door de franchisegever van de franchisenemer gevraagde investeringen. Verder wordt in de MvT gerefereerd aan het bijvoorbeeld per kwartaal door de franchisegever informeren van de franchisenemer, maar het zal afhangen van de omstandigheden of wel sprake kan c.q. behoeft te zijn van het periodiek door de franchisegever informeren van de franchisenemer.

Artikel 917

Dit artikel brengt onzekerheid met zich, aangezien er kennelijk nog van alles gewijzigd kan worden ten aanzien van de aard, inhoud en wijze van informatieverstrekking. Daar komt bij dat de algemene maatregel van bestuur van tijd tot tijd kan worden aangepast. Dit is onwenselijk. Bovendien is de vraag in hoeverre deze wijzigingen dan ook dwingend recht bevatten.

Artikel 918

Dit artikel impliceert dat de franchisegever te allen tijde weet welke bijstand en ondersteuning er nodig is voor de franchisenemer. Dit is vanzelfsprekend niet aan de orde. De franchisegever heeft geen volledig inzicht in de onderneming van de franchisenemer en zijn specifieke behoeftes. In de jurisprudentie is ook uitgemaakt dat de franchisenemer specifiek om bijstand en ondersteuning dient te vragen.⁴ In de NFC stond ook vermeld dat de franchisenemer een verplichting had om specifiek te vragen aan de franchisegever om ondersteuning (zie artikel 2.3 onder f NFC). Een dergelijke verplichting zou ook hier opgenomen moeten worden.

Artikel 919

Lid 1

Sub a en sub b: dit artikel lijkt te beogen dat de franchisenemer hoe dan ook recht heeft op een vergoeding voor goodwill van de franchisegever. Geldt dit bijvoorbeeld ook indien de franchisenemer zelf besluit om met zijn winkel te stoppen en zijn winkel niet verkoopt aan een derde of aan de franchisegever? Dit zou onredelijk zijn. Bij agentuurrelaties heeft de agent slechts recht op een goodwillvergoeding indien de principaal na het einde van de relatie nog profijt heeft van de door de agent verrichte inspanningen. Deze nuancering ontbreekt voor de franchiserelatie. De nuancering die in de MvT is opgenomen dat sprake is van "*eventuele goodwill*" en dat de vaststelling van goodwill "*overigens ook nihil*" kan zijn, is ontoereikend. Ook in de tekst van artikel 919 zal expliciet moeten

⁴ ECLI:NL:RBNHO:2016:718, r.o. 4.8

worden opgenomen dat zich situaties kunnen voordoen dat een franchisenemer géén recht heeft op goodwill. In lid 1 onder b zou het woord "dat" aan het begin van de zinsnede in ieder geval kunnen worden vervangen door "of".

Sub c: in de MvT is toegelicht dat het overleg tussen de franchisegever en de franchisenemer ook kan plaatsvinden via een vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers. In de praktijk zien wij dat een franchiseraad regelmatig optreedt als vertegenwoordigend orgaan. In een dergelijke franchiseraad neemt vaak ook de franchisegever zitting. Een afvaardiging van de franchisenemers zal – op basis van een daartoe strekkend mandaat van alle franchisenemers – participeren in het overleg binnen de franchiseraad. De leden van de franchiseraad weten wat er speelt aan de zijde van de franchisenemers en vertegenwoordigen alle franchisenemers. Is het juist dat een dergelijke franchiseraad als vertegenwoordigend orgaan heeft te gelden?

Lid 2

Over de term "*in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden*" kan discussie ontstaan. Dit is telkens afhankelijk van de specifieke branche voor het afnemen van goederen of diensten bij de franchisegever, maar ook bij een door de franchisegever aangewezen derde. Beter is om in dit artikel ook te refereren aan de gebruikelijke voorwaarden in de specifieke branche waarin de franchiseformule opereert.

Overigens is het de vraag wat er precies onder "*gebruikelijke voorwaarden*" wordt verstaan en hoe dat wordt getoetst. Het zal bijvoorbeeld lang niet altijd duidelijk zijn welke voorwaarden concurrenten hanteren. De uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie zal ook niet altijd wenselijk dan wel realistisch zijn.

Verder is de verhouding tot het mededingingsrecht van belang. Uit de MvT lijkt te volgen dat de toepasselijke mededingingsrechtelijke kaders in acht zijn genomen. Immers, in de MvT wordt opgemerkt dat exclusieve afnamebedingen in beginsel binnen de daarvoor geldende kaders mededingingsrechtelijk toelaatbaar zijn. De wetgever miskent daarmee echter de omstandigheden waaronder deze zijn toegestaan. Zo blijkt uit de Europese groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten ("EU-Groepsvrijstelling") dat een exclusief afnamebeding toelaatbaar kan zijn, mits aan de daarin opgenomen marktaandeelgrens is voldaan en de duur van het beding is beperkt tot vijf jaar. Voor een franchiseovereenkomst met een stilzwijgende verlengingsclausule gaat deze vrijstelling niet automatisch op, aangezien dit als een overeenkomst voor onbepaalde tijd zal worden beschouwd. Tevens zijn er voorbeelden waarbij een exclusief afnamebeding niet toelaatbaar is geacht. Te denken valt aan de uitspraak van de Hoge Raad uit 2013⁵ omtrent motorbrandstoffen, waarin een exclusief afnamebeding zelfs als een zogeheten doelbeperking werd aangemerkt. Hoewel dit een specifieke situatie betrof en het niet handelde om een franchiseformule, kan ten algemene niet worden volgehouden dat exclusieve afnamebedingen op zichzelf mededingingsrechtelijk toelaatbaar zijn. De wetgever zou derhalve moeten verduidelijken dat onder "*in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden*" ook de mededingingsregels moeten worden geschaard.

⁵ ECLI:NL:HR:2013:CA3745

Lid 3

De uitzondering die onder het derde lid van artikel 919 wordt genoemd, wijkt op een aantal belangrijke punten af van de Mededingingswet en kan tot een conflict met de geldende mededingingsregels leiden. De artikelen 12 en 13 van de Mededingingswet regelen onder meer de doorwerking van de EU-Groepsvrijstelling in het nationale mededingingsrecht. Dit houdt kort gezegd in dat mededingingsafspraken die onder de EU-Groepsvrijstelling vallen, van rechtswege ook zijn vrijgesteld van het Nederlandse kartelverbod. Hoewel een bepaling die niet voldoet aan de EU-Groepsvrijstelling niet automatisch tot een inbreuk op het kartelverbod leidt, zal veelal nader onderzoek nodig zijn om vast te stellen of de bepaling buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod valt. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat de uitzonderingsbepalingen van de EU-Groepsvrijstelling niet extensief mogen worden uitgelegd. De tekst van het wetsvoorstel lijkt dit wel te doen.

De EU-Groepsvrijstelling is onder bepaalde omstandigheden van toepassing op franchiseovereenkomsten. Waar dat het geval is, moet ook aan de randvoorwaarden van deze EU-Groepsvrijstelling worden voldaan. Centraal staat de marktaandeeldrempel van 30%. Vermoed wordt dat wanneer het aandeel van de franchisenemer en de franchisegever ieder voor zich op de voor hen relevante markt onder de drempel blijft, de overeenkomst geen ernstige beperkingen van de mededinging bevat. Boven dit marktaandeel bestaat dit vermoeden niet en zal een afzonderlijke afweging moeten worden gemaakt van de voordelen van de overeenkomst ten opzichte van de nadelen voor de mededinging. In het wetsvoorstel ontbreekt deze marktaandeelgrens. Dit zou inhouden dat - ongeacht de omvang van de partijen- elk non-concurrentiebeding na afloop van de overeenkomst zou zijn toegestaan, mits aan de onder sub a en b gestelde voorwaarden is voldaan. Hiermee worden potentieel mededingingsbeperkende bepalingen in het kader van het wetsvoorstel toegestaan, daar waar deze onder de Mededingingswet niet automatisch zijn vrijgesteld en separaat aan het kartelverbod moeten worden getoetst.

De verwijzing naar de mededingingsregels in de MvT is niet afdoende en komt bovendien niet tot uiting in de tekst van het wetsvoorstel.

Daar komt bij dat de uitzondering die in de EU-Groepsvrijstelling voor non-concurrentiebedingen na afloop van de overeenkomst is gecreëerd niet aansluit bij de tekst van het wetsvoorstel. In de EU-Groepsvrijstelling worden vier voorwaarden opgenomen. Slechts twee daarvan zijn in sub a en b van artikel 919 lid 3 opgenomen: de beperking in duur en geografische reikwijdte. De EU-Groepsvrijstelling vereist dat de beperking om activiteiten te ontplooiën in een bepaald gebied zijn beperkt tot goederen of diensten die met de goederen of diensten van de oorspronkelijke franchiseovereenkomst concurreren. Toetreding tot franchiseformules die op andere goederen zien, maar op hetzelfde geografische gebied betrekking hebben, zou onder alle omstandigheden toegestaan moeten zijn. De bepaling in artikel 919 lid 3 van het wetsvoorstel voorziet hier niet in. Een strikte toepassing daarvan zou het zelfs mogelijk maken voor een franchisegever om een franchisenemer te verbieden een jaar na afloop van de franchiseovereenkomst actief te zijn in het betreffende geografische gebied, ongeacht welke werkzaamheden dit betreft. Daarnaast wordt niet als voorwaarde gesteld dat de beperking voor de franchisenemer noodzakelijk is om de knowhow van de franchisegever te beschermen. Tot slot kunnen vraagtekens worden gesteld bij de in sub b gestelde voorwaarde. De tekst daarvan komt niet overeen met de EU-Groepsvrijstelling. Opgemerkt moet worden dat de tekst "*ruimten en terreinen waar de*

franchisenemer werkzaam is geweest" zoals gebezigd in de EU-Groepsvrijstelling tot discussies heeft geleid in rechte. Indien de wetgever voornemens is om deze tekst te verduidelijken, wordt dit aangemoedigd. Voorkomen moet echter worden dat dit tot een extensieve interpretatie van de EU-Groepsvrijstelling leidt.

In de MvT wordt de indruk gewekt dat de wetgever acht slaat op de hiervoor uiteengezette mededingingsrechtelijke kaders. Echter, uit de tekst van het wetsvoorstel blijkt dit niet. Het is daarmee dan ook onduidelijk hoe de voorgestelde wettekst zich zal verhouden tot de Mededingingswet en de EU-Groepsvrijstelling die in het nationale mededingingsrecht doorwerkt. Een verduidelijking daaromtrent in het wetsvoorstel is in onze visie dan ook noodzakelijk.

Lid 4

Vooreerst gaan wij er vanuit dat hier bedoeld wordt een wijziging van de franchiseovereenkomst tijdens de looptijd. Dit is echter niet duidelijk beschreven. Voorts zou dit artikel in combinatie met de in artikel 911 sub f en sub g gehanteerde definities voor "*handboek*" en "*franchiseovereenkomst*" er feitelijk toe leiden dat dit artikel niet ziet op wijzigingen in het handboek. De MvT bij artikel 915 lid 4 lijkt echter te suggereren dat het handboek tot de franchiseovereenkomst wordt gerekend. Dit zou dan betekenen dat ook voor wijzigingen in het handboek een instemmingsrecht voor de franchisenemers geldt. Dit is onwenselijk. In franchising is het noodzakelijk (en gebruikelijk) dat de franchisegever in redelijkheid eenzijdig wijzigingen mag doorvoeren in het handboek, met name waar het de praktische uitvoering van de franchiseformule betreft. Als hiervoor de instemming van de franchisenemers nodig is, worden (praktische) aanpassingen van de formule onmogelijk.

Het is voorts niet wenselijk dat een franchisegever de instemming van de franchisenemers nodig heeft op het moment dat de franchisegever op grond van de wet verplicht is wijzigingen in de franchiseovereenkomst te maken. Het is wenselijk dat voor deze situatie een uitzondering wordt gemaakt.

Voorts heeft het artikel mededingingsrechtelijke aspecten waar geen rekening mee gehouden lijkt te zijn. Hoewel franchiseformules veelal een pro-competitief oogmerk hebben, zoals het bevorderen van *interbrand* concurrentie, moet in ogenschouw worden gehouden dat de franchisenemers veelal van elkaar onafhankelijke ondernemingen zijn die potentieel met elkaar concurreren. Samenwerking of gezamenlijke besluitvorming van de franchisenemers zou daarom uitschakeling van de onderlinge concurrentie tot gevolg kunnen hebben. De bepaling onder lid 4 kan zeer breed worden geïnterpreteerd. Het is denkbaar dat wijzigingen met aanzienlijke gevolgen onderwerpen kunnen betreffen waarover potentieel met elkaar concurrerende ondernemingen geen gezamenlijk besluit mogen nemen in het licht van de mededingingsregels. Te denken valt aan het uitbreiden van het aantal franchisenemers en de wijziging van adviesprijzen of maximumprijslijnen. De wetgever zou daarom niet moeten aanmoedigen om dergelijke wijzigingen voor te leggen aan een vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers, zo dit al binnen het franchisenetwerk bestaat of zou moeten bestaan. Mocht de wetgever belang hechten aan gezamenlijke besluitvorming van de franchisenemers, dan zal in onze visie – ook vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt – de definitie van "*wijziging met aanzienlijke gevolgen*" moeten worden ingeperkt.

Nog afgezien van de hiervoor gemaakte opmerkingen geldt dat dit lid en artikel 920 de meest vergaande bepalingen van het voorstel zijn en ook het meest problematisch zijn, want wat wordt verstaan onder "*aanzienlijke gevolgen*"? En wat wordt verstaan onder "*een handeling betreffende de franchiseformule*"? Zien deze open begrippen puur op de formule zelf of valt hier bijvoorbeeld ook onder het openen van een nieuwe winkel door de franchisegever? De bepalingen geven in ieder geval in de huidige formulering te veel ruimte aan de franchisenemers. Juist omdat deze normen volstrekt onduidelijk zijn, kan de franchisenemer hierdoor op de stoel van de franchisegever gaan zitten, althans de flexibiliteit en koers van de formule blokkeren. Daar is op geen enkele manier paal en perk aan gesteld en een overkoepelend belang of visie van de franchisegever hoeft niet gelijk te lopen met c.q. duidelijk te zijn voor de franchisenemers. Het wordt voor franchisegevers hierdoor lastig om de formule adequaat te ontwikkelen en de benodigde slagvaardigheid te behouden. Daarenboven maakt een franchisenemer – als zelfstandig ondernemer – zelf de keuze om als franchisenemer een formule te exploiteren. Het is in het belang van zowel de franchisenemer als de franchisegever om de franchisegever de nodige ruimte te geven om de formule te blijven ontwikkelen. Dit is immers de rol van de franchisegever als eigenaar van de formule.

Daarenboven is onduidelijk hoe de "*twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers*" wordt vastgesteld? Is de franchisegever volledig vrij om die besluitvormingsprocedure in te vullen of gelden daarvoor beperkingen? Verder kan de vraag rijzen wat precies wordt verstaan onder "*vertegenwoordigend orgaan*"? Zoals hiervoor al is opgemerkt, kan in dit kader bijvoorbeeld een franchiseraad worden genoemd waarin ook de franchisegever zitting heeft. Is een dergelijke franchiseraad dan wel een "*vertegenwoordigend orgaan*"? Welke eisen worden gesteld aan het "*vertegenwoordigend orgaan*"? Betekent het bestaan van een vertegenwoordigend orgaan dat dus ook alle franchisenemers daarin rechtsgeldig worden vertegenwoordigd? Tot slot is het de vraag waarom is gekozen voor een twee-derde meerderheid en niet een gewone meerderheid.

Kortom, de invoering van dit artikel zal tot veel discussie leiden, maar nog belangrijker: tot stilstand bij bepaalde franchiseketens. Immers, de franchisenemers kunnen op grond van dit artikel beslissingen van de franchisegever die noodzakelijk zijn voor de verdere ontwikkeling (en het voortbestaan) van de formule blokkeren, waardoor de gehele keten in gevaar komt.

Wij pleiten er daarom voor om hier adviesrechten voor de franchisenemers van te maken.

Artikel 920

Zie hiervoor bij ons commentaar op artikel 919 lid 4. Hierbij geldt dat het instemmingsrecht zelfs nog verder wordt opgerekt tot handelingen van de franchisegever betreffende de franchiseformule of zelfs een afgeleide formule. Een dergelijke ruime reikwijdte van het instemmingsrecht van de franchisenemer is onwenselijk en zal de noodzakelijke bewegingsruimte van de franchisegever frustreren.

Artikel 921

Vooreerst valt op dat alle artikelen een dwingendrechtelijk karakter hebben. Dit is een unicum vergeleken met andere afdelingen in het Burgerlijk Wetboek. Vergelijk de agentuurregeling.

Voorts levert de mogelijkheid van de franchisenemer om gedurende een periode van drie jaar tot vernietiging over te gaan van (bepaalde afspraken in) de franchiseovereenkomst rechtsonzekerheid op. Dit zou immers kunnen betekenen, zoals de MvT ook aangeeft, dat een franchisenemer de franchiseovereenkomst gedurende een periode van drie jaar kan vernietigen als de bedenkttermijn van vier weken niet in acht is genomen. Dit gaat erg ver en de schending van de wet staat dan niet in verhouding tot de gevolgen van de vernietiging, te meer omdat de gevolgen van bijvoorbeeld het niet in acht nemen van een termijn van vier weken zoals bedoeld in artikel 914 of het schenden van de zorgplicht (artikel 912) zich redelijk snel, in ieder geval ruimschoots vóór het verstrijken van een termijn van drie jaar, zullen openbaren. In dat geval zou de franchisenemer – na verloop van een zodanig lange periode nadat het schadeveroorzakende feit zich heeft voorgedaan – niet meer voldoende belang moeten toekomen om een rechtsvordering in te kunnen stellen.

De mogelijkheid van de franchisenemer om gedurende een periode van drie jaar tot vernietiging over te gaan van (bepaalde afspraken in) de franchiseovereenkomst en het dwingendrechtelijke karakter van het Wetsvoorstel franchise kan daarenboven met zich brengen dat internationale (master)franchisegevers het Wetsvoorstel franchise zullen omzeilen door een ander rechtsstelsel van toepassing te verklaren. Het Wetsvoorstel franchise creëert geen interessant ondernemersklimaat voor internationale franchiseorganisaties.

Artikel II

Het overgangsrecht is nog onduidelijk. Het is belangrijk dat men zich hierover ook nog kan uitlaten zodra dit bekend is. Het is onwenselijk dat dit nu nog opengelaten is.

Conclusie

Hoewel wij specifieke wetgeving op het gebied van franchising niet nodig achten, zijn wij verheugd dat ervoor is gekozen om in plaats van de NFC een wettelijke regeling voor de franchiseovereenkomst in te voeren in het Burgerlijk Wetboek. Wat ons betreft kan het huidige wetsvoorstel echter op deze wijze niet worden ingevoerd. De kwaliteit en de consistentie van het voorstel schieten daarvoor tekort.

Hoogachtend,

CMS

A.M.A. Canta

N.E. Kuijer

A.P.C. Hazelhoff

C.L. van Heijst