

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
t.a.v. Mw. mr. drs. M.C.G. Keijzer, Staatssecretaris
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Woerden, 31 januari 2019

Betreft: Reactie Franchisenemers Netwerk Nederland (FNN) op de internetconsultatie Franchisewet
Onze ref.: BvdB/cn/FNN19.001

Geachte mevrouw Keijzer,

Algemeen

Met waardering heeft het Franchisenemers Netwerk Nederland (FNN) kennisgenomen van het wetsvoorstel Franchise.

FNN is de spreekbuis voor organisaties zoals BOVAG, BVFN, FANed, de Fraudehulpdesk, Franchisenemersbelangen Nederland, Franchisewijzer en Vakcentrum. Het Netwerk vertegenwoordigt circa 90% van de omzet van de franchisenemers en 75% van de werkgelegenheid.

Het wetsvoorstel is een uitwerking van de passage die is opgenomen in het regeerakkoord dat Rutte III komt met “aanvullende wetgeving op het gebied van franchise om de positie van franchisenemers in de pre-competitieve fase te versterken”. U heeft in 2018 in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven dat u voornemens bent de franchiserelatie te verankeren in het BW en dat daarbij de wettelijke regeling zich ten eerste richt op het regelen van de informatieverstrekking, zowel voorafgaand aan als na sluiting van de franchiseovereenkomst. Daarnaast ziet de regeling op tussentijdse wijzigingen van de overeenkomst, beëindiging van de samenwerking en het overleg tussen partijen.

Dit wetsvoorstel is daar een uitwerking van. Het wetsvoorstel normeert wat goed franchisenemer- en franchisegeverschap is en komt tot genoegen van het FNN met duidelijke regels over deze vier belangrijke onderwerpen in een franchiserelatie. De definitie van franchiseovereenkomst gaat uit van de feitelijke uitvoering van de overeenkomst en niet van de naam die door partijen aan de samenwerking wordt gegeven. Deze definitie en het oog dat de wetgever heeft voor de rol van het oneigenlijk beconcurreren van de franchisenemers via de afgeleide formule stemmen het FNN tevreden. Ook het feit dat de franchisegevers niet eenzijdig meer tussentijdse wijzigingen kunnen doorvoeren met aanzienlijke gevolgen voor de franchisenemers, maar dat hiervoor een twee derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers vereist is of instemming van elke individuele franchisenemer die het betreft, leidt tot de beoogde balans in de relatie tussen franchisegevers en franchisenemers.

Om dit effectief te laten werken in de praktijk is het opnemen van een definitie van “vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers” in de wet noodzakelijk. In deze definitie moet in elk geval worden opgenomen dat dit orgaan geheel onafhankelijk tot stand komt en functioneert van de franchisegever. Tot slot maakt de bepaling over goodwill duidelijk dat de wetgever er oog voor heeft dat franchisenemers bijdragen aan het succes van de formule en dat het redelijk en billijk is dat zij daarvoor ook een vergoeding krijgen, zoals de wetgever dat reeds eerder voor de handelsagent heeft geregeld in de agentuurovereenkomst in artikel 7:442 BW.

Na een langlopende discussie over het nut en de noodzaak van het creëren van een meer gelijk speelveld tussen franchisenemers en franchisegevers is het FNN van mening dat de voorliggende

Franchisewet hieraan een belangrijke bijdrage kan leveren. Het opnemen van de franchiserelatie in het BW doet recht aan het belang van deze samenwerkingsvorm en draagt op een evenwichtige wijze bij aan het meer in balans brengen van de relatie tussen franchisenemers en franchisegevers.

In de Franchisewet wordt door de wetgever uitdrukkelijk een balans gezocht tussen de belangen van de franchisenemers en de franchisegevers. Daarbij is het streven naar evenwicht tussen bescherming en contractvrijheid leidend geweest zodat er ruimte blijft voor innovatie, wordt in de Memorie van Toelichting (MvT) aangegeven. Het FNN staat voor het ondernemerschap in Nederland dat nodig is om tot innovatie te komen. Versterking van de positie van franchisenemers leidt tot meer ruimte voor innovatie. Immers, door het paal en perk stellen aan onder meer het onnodig opleggen van afnamebedingen, aan het eenzijdig kunnen afwentelen van investeringsrisico's en aan het beperkt of niet delen van klantdata, geeft franchisenemers ruimte om te innoveren.

Contractvrijheid is in de huidige situatie meestal het voorrecht, het geluk, van één van de twee partijen in de franchiserelatie, de franchisegevers. Dit wetsvoorstel geeft een impuls aan innovatie door een zekere mate van contractvrijheid voor de andere partij in de relatie, de franchisenemers, te borgen en daarmee het innovatieve ondernemerschap van de franchisenemers te benutten. Vanuit het FNN zijn echter nog wel enkele verduidelijkingen en verbeteringen gewenst waarop wij later bij de specifieke kanttekeningen per wetsartikel teruggekomen in deze inbreng.

De regeldrukeffecten die met name de franchisenemers raken zijn acceptabel in het licht van de versterking van de positie van de franchisenemers.

Het FNN verzoekt om als de franchisenemer in Nederland is gevestigd een bepaling toe te voegen dat de Franchisewet onder Nederlands recht valt.

Verder verzoekt het FNN om de toegang tot de rechter voor de franchisenemers, die vrijwel allemaal Mkb'ers zijn, zo laagdrempelig mogelijk te houden. Het FNN bepleit derhalve om de kantonrechter de bevoegde rechter voor deze wet te maken, net als ook het geval is bij de agentuur- en huurovereenkomst. Dit geldt te meer, omdat het tot op heden niet gelukt is om met franchisegevers tot een regeling voor geschilbeslechting te komen.

Tot slot. De discussie over het komen tot een gelijk spelveld tussen franchisenemers en franchisegevers speelt al jaren. Het is dan ook de hoogste tijd dat er een wettelijke regeling komt. Wij dringen er bij de beide bewindslieden op aan om dit wetsvoorstel zo snel mogelijk aan te bieden aan het parlement en bij de overgangsregeling de ingangstermijn, ook bij bestaande contracten, zo kort mogelijk te laten zijn.

Daarbij geldt dat veel bepalingen direct na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel van toepassing kunnen worden verklaard op bestaande contracten en dat wachten op wijziging van contracten die twee of vijf jaar of zelfs voor onbepaalde tijd zijn afgesloten, veel te lang duurt.

Onze artikelsgewijze reactie ziet op tekst van de wet en de toelichting. Wij zullen steeds duidelijk maken waarop het betrekking heeft:

Artikel 911

911 b. Afgeleide formule:

Wij zijn verheugd met het blijk van inzicht in de actuele problematiek door de opname van de definitie van de afgeleide formule. Daarmee wordt terecht beoogd uit te sluiten dat de franchisegever zich aan de wettelijke regeling kan onttrekken met het argument dat de gekozen verkoopmethode, of het betrokken vehikel, buiten de formule ligt.

In het bijzonder speelt hier natuurlijk het belang van beide partijen bij het actief onderdeel zijn binnen de opgekomen e-commerce ontwikkelingen.

Het is cruciaal dat ontwikkelingen zoals e-commerce plaats kunnen vinden binnen een gezonde franchiserelatie, met in achtneming van de wederzijdse belangen van contractspartijen. In ieder geval moeten alle aan de formule verbonden internetactiviteiten ook onder de definitie afgeleide formule vallen, voor zover deze niet onder de definitie van formule zelf te brengen zijn.

Wij zullen bij een aantal artikelen een verbreding voorstellen van de scope van de afgeleide formule. Het betreft een verbreding tot alle handelingen van de franchisegever, die kunnen leiden tot nadelen voor de formule en/of de franchisenemers. Franchisegevers zijn vanzelfsprekend vrij om activiteiten buiten de formule te ontplooiën, maar zij zullen altijd de belangen van de franchisenemers in acht moeten nemen, wanneer die betreffende activiteiten gevolgen hebben voor de franchisenemers. Dat punt is in het huidige voorstel zonder wijziging van hetzij de definitie van afgeleide formule, hetzij de artikelen die daarop volgen (zoals de artikelen 915-916 en 919-920) niet gedekt.

Nogmaals: Deze afdekking is noodzakelijk om te voorkomen dat een franchisegever de Franchisewet en/of met de franchisenemers gemaakte afspraken kan omzeilen door hetzij de oprichting of gebruik van een daartoe bestemde andere rechtspersoon (binnen de groep) hetzij door andere activiteiten binnen dezelfde onderneming.

911 f. Franchiseovereenkomst:

Het bepaalde in artikel 911 onder f verdient de kleine toevoeging: “geheel of gedeeltelijk” na de woorden om een franchiseformule. Dit om de indruk te voorkomen dat de Franchisewet niet ziet op de zogenaamde “soft franchise” waar de franchisenemer deels zelf bepaalt hoe de exploitatie verloopt. Wij ondersteunen het feit dat het wetsvoorstel uitgaat van de feitelijke uitvoering van de overeenkomst en niet van de naam, die door partijen aan de samenwerking gegeven wordt. In de MvT pagina 17 onderdeel f staat dat reeds aangegeven. Toch zouden wij graag een toevoeging zien waaruit blijkt dat onder de definitie franchiseovereenkomst naast de in de MvT genoemde zaken ook sideletters en het conditiestelsel behoren te vallen en onder omstandigheden tevens huurovereenkomsten, distributieovereenkomsten en coöperatiecontracten.

911 g. Handboek:

Wij constateren dat in de Franchisewet een definitie van het handboek wordt opgenomen. Dit is een veel gebruikt document in de franchiseverhouding, dat veelal de instructies van de franchisegever bevat en vaak ook een opsomming van de diensten, die de franchisegever aanbiedt. Een evenzo veel gebruikt document – en wellicht van groter belang – is het conditiestelsel.

Ter stroomlijning van de informatieverplichting en ter duiding van het aanzienlijke belang in het kader van de inspraakregels zou een definitie van het conditiestelsel niet misstaan:

“Conditiestelsel: het stelsel van commerciële afspraken en voorwaarden over kosten en opbrengsten geldend tussen de franchisegever en de franchisenemer, zoals afspraken over marge, fee, vergoeding, begroting, concentratie en bonus”, derhalve alle afspraken relevant voor de commerciële exploitatie. Indien dit niet tot de mogelijkheden behoort, moet dit op pagina 17 van de MvT opgenomen worden.

911 Ontbrekende definitie - Vertegenwoordigend orgaan:

Een goed functionerend, vertegenwoordigend orgaan bevordert de effectiviteit van de samenwerking alsook een goede uitvoering van de wet.

Gezien het eveneens aanwezige evidente belang van de inspraakregels voor een goede werking van de formule, is het noodzakelijk dat ook het vertegenwoordigende orgaan van de franchisenemers in de definities wordt opgenomen.

In de definitie moet tenminste de eis wordt gesteld van onafhankelijkheid. Het is in de praktijk niet ongebruikelijk dat een franchisegever de franchisevertegenwoordiging opzet en controleert, al dan niet door er zelf aan deel te nemen. Dan is van een werkelijke vertegenwoordiging geen sprake. Het wetsvoorstel laat die praktijk ongemoeid.

Vandaar dat wij voorstellen om een extra definitie op te nemen in artikel 911:

“Vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers: een van de franchisegever onafhankelijke organisatie, opgericht met het doel om namens de franchisenemers over de collectieve belangen te overleggen met de franchisegever en invulling te kunnen geven aan zijn wettelijke taken.”

Onder franchisenemers dienen ook dealers verstaan te worden.

Artikel 912

Met dit artikel over goed franchisegever- en franchisenemerschap zal snel één van de belangrijkste verbeteringen van de rechtspositie van de franchisenemers kunnen worden bereikt. Met deze open normen kan invulling worden gegeven aan de tal van wederzijdse verplichtingen, die uit een franchiseovereenkomst voortvloeien. Bovendien kunnen ze dienen om het franchiserecht toe te passen in de verschillende verschijningsvormen en aan te passen aan de altijd veranderende economische omstandigheden.

Artikel 912 zal naar verwachting een rechtsvormende, doorvoerende en zelfs een sanctionerende werking kunnen hebben. Voor nu ligt de aandacht – ook blijktens de MvT - bij de normerende werking. De MvT geeft een aantal normen aan, maar laat een aantal toch ook onbetwiste en gedeelde normen onbenoemd.

Om onnodige rechtspraak te voorkomen – waartegen toch al grote drempels voor met name franchisenemers bestaan – dient de MvT op dit punt beter en duidelijker te worden aangevuld met aanvullende normeringen en/of “best practices” zoals:

1. Een goed franchisegever spant zich maximaal in om de kracht van de formule en de verdiencapaciteit van de franchisenemers in stand te houden en zo mogelijk te verbeteren;
2. Een goed franchisegever en franchisenemer zijn uitermate terughoudend bij het afwijken van regelen recht in boek 3 en boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het gebruik van boetebepalingen in de franchiseovereenkomst;
3. Wanneer de franchisegever bij de financiering van de franchisenemer is betrokken, zal hij daarbij de nodige transparantie verschaffen en niet meer zekerheden vragen dan nodig;
4. Een goed franchisegever zal het sluiten van een tweede of volgende franchiseovereenkomst of een franchiseovereenkomst met een rechtsopvolger niet op onredelijke gronden weigeren;
5. Een goed franchisegever zal zich inspannen om in geval van overdracht van de formule eventuele negatieve gevolgen voor de franchisenemer te beperken;
6. Een goed franchisegever zal zich inspannen om in geval van beëindiging van de franchiseovereenkomst eventuele negatieve gevolgen voor de franchisenemer te beperken. (Hieronder moet ook investeringsbescherming worden begrepen);
7. Een goed franchisegever zal aan de collectieve afspraken niet afdoen;
8. Een goed franchisegever zal franchisenemers die betrokken zijn bij de vertegenwoordiging van franchisenemers niet vanwege die betrokkenheid benadelen.

De voorbeelden geven een kwalitatieve onderbouwing, op deze wijze wordt meer duidelijkheid gecreëerd en de uitvoering van de wet effectiever.

Artikel 913

Bij veel franchiseformules moeten franchisenemers investeringen doen voor de start van de franchisevestiging. Er moet entree fee worden betaald, verbouwingen worden gedaan, voorraad, ICT systemen en softwarepakketten worden aangeschaft, etc. Deze startinvesteringen worden vaak gefinancierd met geleend geld (meestal via de bank) en eigen middelen. Daarnaast vraagt de bank vaak nog extra zekerheid voor de lening via een hypothecaire inschrijving op de privéwoning. Als een franchise geen succes wordt, zijn de financiële consequenties voor een franchisenemer groot. Tussentijds uitstappen betekent dat de bank de lening opeist en mogelijk zekerheden uitwint.

Intussen heeft franchisegever ook opeisbare vorderingen (franchisefees kunnen niet meer betaald) net als de verhuurder, leveranciers en de leasemaatschappij. Daarbij komt de voortdurende dreiging dat betreffende partijen hun respectievelijke overeenkomsten met de franchisenemer zullen beëindigen en forse schadevergoeding zullen claimen vanwege die voortijdige beëindiging. Als franchisenemer kun je in zo'n situatie alleen nog genoeg nemen met een ongunstige deal, schuldsanering, faillissement of in een gerechtelijke procedure trachten (achteraf) de schade te verhalen (mits er nog tijd en geld is voor een procedure). Vanwege de enorme impact die een mislukte franchise heeft, is het van groot belang dat franchisenemer vóórafgaand goed wordt geïnformeerd over de succesansen van de franchisevestiging. Dat kan bijvoorbeeld door een vestigingsplaatsonderzoek of marktonderzoek door een gespecialiseerd bureau uit te laten voeren. Verder kan informatie worden gevraagd aan franchisegever over de prestaties van de formule, gerealiseerde omzetten, het verloop, eventuele faillissementen, etc. Van belang is dat kritisch wordt omgegaan met verkregen informatie. Franchisegever beschikt, anders dan een (kandidaat) franchisenemer, over alle kennis van en ervaring met de formule. Franchisenemer is daarmee grotendeels afhankelijk van franchisegever voor het verkrijgen van de juiste en volledige informatie welke van belang is voor het besluit om in te stappen of niet. Wij juichen het bepaalde in dit artikel derhalve toe met de volgende kanttekeningen:

913 lid 1.

- De algemene wederzijdse informatieverplichting is een open norm, begrensd door de verplichting om met de informatieverschaffing volledig rekening te houden met de belangen van de ander. Deze norm wordt in de volgende leden en artikelen nader ingevuld en verklaard. Onduidelijk is of en in hoeverre deze algemene informatieverplichting ook ziet op de specifieke relatie tussen franchisegever en het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers. Voor een goede werking van de inspraak geldt noodzakelijkerwijs ook daar een informatieverplichting. Deze is tenminste gelijk aan de verplichting in art 913 lid 1. Gezien de open norm moet het om tenminste dezelfde informatieverplichting gaan. Deze tenminste gelijke informatieverplichting kan beter in de MvT worden verduidelijkt;
- Eveneens dient het de duidelijkheid wanneer uit de MvT blijkt dat het de bedoeling is dat men elkaar zo compleet als mogelijk informeert, om arbitraire eenzijdige grenzen aan de informatieverplichting te voorkomen. Dit sluit daarmee ook beter aan bij het bepaalde in artikel 915 lid 2;
- De franchisenemer heeft niet slechts belang bij informatie in verband met het sluiten en de uitvoering van de overeenkomst, maar ook in verband met de exploitatie van de franchiseonderneming. Voor zover dat belang bij die informatie eveneens is beoogd, verdient het aanbeveling dit te duiden, hetzij door aanvulling van het artikel 913 lid 1 met “en de exploitatie van de franchiseonderneming”, hetzij door een verduidelijkende opmerking ter zake in de MvT.

913 lid 3.

- Vanwege de algemene strekking van de informatieverplichting – precontractueel en contractueel – levert de toevoeging van de woorden “en de continuering” een verduidelijking op. Zonder die toevoeging lijkt lid 3 slechts te slaan op de precontractuele informatieverplichting;
- Een van de problemen in franchise is de gebrekkige informatiepositie van de franchisenemer in relatie tot de bewijslast. Het is niet inzichtelijk of en in hoeverre een franchisegever alle relevante informatie van belang voor de franchisenemer(s) ook heeft verstrekt. Het is evenmin inzichtelijk hoe informatie van de franchisegever zich verhoudt met de kennis van die franchisegever. Ook al is een franchisenemer gemotiveerd van mening dat hem bekende informatie is onthouden, dan kan hij daarop zonder een aanvulling in de wet nauwelijks een beroep doen. Hij zal nooit kunnen bewijzen welke informatie de franchisegever wel heeft, maar niet verstrekt. Dat probleem weegt misschien nog wel zwaarder voor de vertegenwoordiger van de franchisenemers in onderhandelingen en afspraken met de franchisegever. Om daaraan tegemoet te komen dient a. een bewijslastomkering worden bepaald en b. aan lid 3 toe te voegen dat de informatie zodanig

verstrekt dient te worden door franchisegever dat de franchisenemer(s) redelijkerwijs in staat zijn om niet alleen te overzien, maar ook te verifiëren en controleren. In de MvT kan vervolgens gemotiveerd worden toegelicht wat het bijzondere belang is van de controleerbaarheid van informatie en van een redelijke bewijsomkeringsregel, zoals ook wordt toegepast in de wet acquisitiefraude art 6:194, leden 2 en 3 BW.

Artikel 914

914 lid 1.

De informatietermijn van 4 weken waarbinnen geen sluiting of uitvoering mag worden gegeven, is uitstekend. Hiermee kan paal en perk worden gesteld aan de praktijk dat franchisenemers zich hals-over-kop in een franchiseavontuur storten.

Een franchiseavontuur is zodanig complex dat niet over één nacht ijs kan worden gegaan, als alle kansen en risico's goed moeten worden beschouwd. De vraag of 4 weken steeds voldoende is, laat zich niet makkelijk beantwoorden. Het is minimaal, zeker wanneer adviseurs zijn betrokken in onderhandelingen, maar een grens moet worden bepaald. Van belang is op te merken dat de beperking van franchisenemers die welbewust sneller willen handelen is gerechtvaardigd, gezien het objectieve belang van de bescherming van beide posities tegen niet reële verwachtingen en ongewenste "afspraken". In de praktijk zullen partijen hiermee relatief eenvoudig rekening kunnen houden.

914 lid 2.

Wij ondersteunen het bepaalde in dit lid. Minimaal vier weken bedenktijd leidt tot betere besluiten en minder financiële tegenslagen. Door het tijdig aanleveren van correcte en verifieerbare informatie kan onnodige vertraging voorkomen worden.

In het uiterste geval kan de franchisegever voorfinanciering verzorgen, zeker indien de door henzelf verstrekte informatie en prognose correct zijn.

914 lid 3.

In dit lid wordt bepaald dat de 4 weken termijn niet geldt voor wijzigingen en bij sluiten van een opvolgende overeenkomst. Wetstechnisch kan het bezwaar worden gemaakt dat een opvolgende overeenkomst een "franchiseovereenkomst" is. Wanneer de "opvolgende" overeenkomst een wezenlijk andere is, dient de 4 weken termijn ook dan gevolgd te worden. Hetgeen hierover in de MvT is gesteld over het alsdan ontstaan van een stand still onderschrijven wij niet. Indien er tijdig een nieuwe opvolgende overeenkomst is gegeven, dan loopt de voorafgaande nog gewoon en is er geen sprake van een stand still ten aanzien van het lopende contract, wel ten aanzien van het nieuwe. Dit is ook het geval indien gewerkt wordt met overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Die moeten ook omgezet worden naar de nieuwe wetgeving en de aangepaste contracten kunnen gewoon aangeboden worden met een bedenktijd. Zelfs al is er niets gewijzigd in de opvolgende overeenkomst, toch kan er reden zijn voor bedenktijd, de ontwikkelingen kunnen aanpassingen noodzaken (zoals nu het geval is met e-commerce en data verwaarding).

Het is daarnaast niet duidelijk wanneer sprake is van wezenlijke wijzigingen. De economische of persoonlijke omstandigheden kunnen tussentijds zijn gewijzigd, de inzichten verscherpt, etc. Ook kunnen tussentijdse wijzigingen plaatsvinden omdat een gerelateerde overeenkomst, bijvoorbeeld een huurovereenkomst wordt aangepast. Ook hier is bedenktijd nodig.

Voor wijzigingen lijkt de eis van "tijdigheid" uit artikel 913 voldoende.

Wijzigingen in (opvolgende) overeenkomsten moeten daarnaast onder het instemmingsvereiste van artikel 919 lid 4 vallen. Anders blijft voor franchisegevers de mogelijkheid bestaan om de

franchiseovereenkomst te wijzigen door alle overeenkomsten op te zeggen en alle franchisenemers een nieuwe (aanzienlijk gewijzigde) overeenkomst voor te leggen. Op die manier worden feitelijk alsnog vergaande eenzijdige wijzigingen gerealiseerd. Het beoogde instemmingsrecht voor franchisenemers kan op die manier worden omzeild. Dit is nu reeds een reële zorg in de automotive branche, omdat deze manier van wijzigen van contracten in de praktijk nu al vaak voorkomt.

Artikel 915

915 lid 1.

Afhankelijk van aanpassing van artikel 914 lid 3 dient tevens lid 1 van artikel 915 te worden aangepast in die zin dat “de franchiseovereenkomst” zou moeten worden vervangen door “een franchiseovereenkomst”.

915 lid 2c.

Dit lid kan – afhankelijk van de opname van de definitie – goed worden aangevuld met “zoals het conditiestelsel”. In de MvT bij dit artikel zou bovendien gewag kunnen worden gemaakt van het bijzondere belang van een prognose (zie ook 2f).

915 lid 2f2.

In onze opmerkingen bij art. 911 gaven wij al aan dat de scope van de verplichtingen van een franchisegever onder omstandigheden verder kunnen reiken dan strikt genomen de formule en de afgeleide formule.

Om die reden zou artikel 915 lid 2 onder f 2 kunnen worden gewijzigd in: “informatie over de mate waarin en de wijze waarop de franchisegever, al dan niet via een derde, een afgeleide formule of andere verkoopmethoden, in concurrentie kan treden met de franchisegever”. Met deze bepaling wordt aangesloten bij de in gelijke zin gewijzigde artikelen 916 lid 1 onder b en 920.

Tevens dient meer expliciet ingegaan te worden op de e-commerce. Het MKB-Actieplan zegt hierover het volgende; “Internet vergroot de potentiële afzetmarkt voor een ondernemer enorm. Klanten zoeken via internet wereldwijd naar de beste aanbieder van producten en diensten. Buitenlandse bedrijven hebben sneller toegang tot Nederlandse markten, ook tot markten die voorheen vooral als regionale markten werden beschouwd.”

Gelijkwaardige kansen voor de franchisenemer dit potentieel ook te benutten zijn echter wel een voorwaarde. Goede afspraken over het marktgebied, fysiek maar ook digitaal zijn essentieel. Een gelijk speelveld moet het uitgangspunt zijn. De Franchisewet dient een gelijk speelveld te creëren tussen franchisenemer en franchisegever op het gebied van internetverkoop zowel voor wat betreft de kosten als de opbrengsten.

915 lid 2f3.

In de MvT bij artikel 915 lid 2 sub f onder 3 moet additioneel gewezen worden op drie punten:

- I. Op het belang van de franchisenemer bij de informatie die de franchisegever ophaalt uit consumentendata. Met name in de retail is dit van grote waarde. Indien en voor zover van belang voor zijn bedrijfsvoering dient de franchisegever deze derhalve te verschaffen. Dit betreft niet alleen de consumentendata per franchiseonderneming (adviesbureau, bank, autodealer, horecagelegenheid, winkel etc.), maar ook de informatie over de “verwaarding” door veelal de franchisegever van de mede bij franchisenemer verworven consumentendata (en de verwerking ervan in het conditiestelsel). In de franchiseovereenkomst dient hier aandacht aan besteed te worden.

Deze informatieverplichting is overigens ook noodzakelijk gedurende de looptijd van de overeenkomst (art. 916). Door de digitalisering en het toenemend gebruik van internet voor het oriëntatieproces van de klant is de waarde van klantinformatie en de daarop gebaseerde profielen toegenomen.

Dit sluit ook aan bij de uitgangspunten van het MKB-Actieplan: "Klanten zijn veeleisender geworden. Diepgaande kennis van wat de klant wil en drijft wordt steeds belangrijker. De beschikbaarheid en bewerking van steeds grotere hoeveelheden gegevens maakt klantgedrag voorspelbaarder en maakt het mogelijk om maatwerk en kwaliteit te leveren, afgestemd op specifieke klantwensen."

Deze gegevens moeten dan ook beschikbaar worden gesteld aan de franchisenemer, zodat deze de data ook kan benutten en efficiënter en vernieuwender kan ondernemen. Voorkomen dient te worden dat de franchisegever deze data exclusief claimt en toe-eigent, data die hetzij afkomstig zijn van klanten die aankopen hebben gedaan in de winkel, hetzij uit elektronica, die in de verkochte producten zijn opgenomen en die door de franchisegever uitgelezen kunnen worden in de winkel.

De Franchisewet dient derhalve ook te borgen dat de franchisenemer gebruik kan maken van data, afkomstig van de eigen klanten of de producten gebruikt door de klanten en mede te profiteren van de opbrengsten van de verkoop ervan door franchisegever. Daarnaast hebben klantgegevens ook een waarde bij de beëindiging van de overeenkomst, die tot uiting kan komen in de goodwill bepaling;

II. een duiding van het belang voor de franchisenemer bij een deugdelijke prognose. Aan franchisegevers die zich tegen het afgeven van prognoses verzetten omdat daarmee onbeschermd geheime informatie in precontractuele setting wordt verkregen, worden tegengeworpen dat voor deze fase geheimhoudingsafspraken kunnen worden gemaakt, die uiteraard het inschakelen van een adviseur niet verhinderen;

III. het belang van inzicht in het conditiestelsel.

Artikel 916

916 lid 1.

Ook hier geldt dat in de MvT goed zou kunnen worden verduidelijkt dat de informatieverplichting tijdens de duur van de franchiseovereenkomst ook geldt tussen de franchisegever en de vertegenwoordiging van de franchisenemers.

916 lid 1.b.1

Om tot de ruimere scope van de franchisegeversverplichtingen te komen, zijn wij van mening dat de woorden "de franchiseformule of een afgeleide formule betreft," moeten worden geschrapt. Voldoende is te bepalen dat handelingen die een aanzienlijke invloed hebben of kunnen gaan hebben op de franchisenemer of diens exploitatie van de formule onder de informatieverplichting vallen.

Artikel 917

Wat betreft de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) nadere regels te stellen, is de vraag opgekomen waarom deze is beperkt tot de informatieverplichting in de artikelen 913, 915 en 916.

Artikel 918

Wij ondersteunen dit artikel ten volle.

Artikel 919

919 lid 1.

Verheugd hebben wij geconstateerd dat de wetgever de franchisenemersgoodwill wil regelen.

Daarmee kan een einde komen aan de praktijk dat franchisegevers gemakkelijk zonder vergoeding van de franchisenemersgoodwill een einde maken aan de overeenkomst met het argument dat franchisenemersgoodwill simpelweg niet bestaat. Klanten en opbrengsten hangen in die argumentatie volledig samen met de formule en de franchisegever. “Ieder ander had dezelfde omzet behaald.” In feite wordt met deze redenering het zelfstandig ondernemerschap ontkend. Helaas biedt de tekst van artikel 919 lid 1 toch mogelijkheden om de franchisenemersgoodwill geheel weg te schrijven c.q. op € 0 te stellen. Om die reden dient in de MvT goed te worden benadrukt dat de franchisenemer minimaal kan rekenen op het beschermingsniveau van de handelsagent in artikel 7:442 BW. Opmerkelijk is dat deze verankering in het BW van de relatie handelsagent en principaal al veel eerder heeft plaatsgevonden. Een relatie waarin de handelsagent minder risico loopt en minder gebonden is dan de franchisenemer. Een belangrijke reden dat de franchiserelatie tot dusverre niet in het BW is opgenomen, is dat deze later in de tijd is ontstaan dan de principaal-handelsagent relatie.

Gegeven het feit dat de wetgever aangeeft dat de franchisenemer meer risico loopt dan de handelsagent is het ook niet meer dan logisch dat daar waar relevant de franchisenemer minimaal hetzelfde wettelijke beschermingsniveau krijgt als voor de handelsagent al jaren geleden wettelijk geregeld is.

De toevoeging van enkele best practices kan eventueel voor verdere verduidelijking zorgen. Dit sluit aan bij hetgeen hierover in de MvT is bepaald op pagina 17 onderdeel d.

919 lid 2.

In de MvT wordt uitgelegd een afnameverplichting volgens marktconforme voorwaarden – naast een eventuele prijsopslag – ook ziet op de hoeveelheid goederen of diensten die moet worden afgenomen, dus kwantitatieve exclusieve afnamebedingen. In dat kader merken wij op dat hiervan ook sprake kan zijn als er geen sprake is van een inkoopverplichting, maar een verkoopdoelstelling met een daaraan gekoppelde margebonus van producten die uitsluitend of vrijwel geheel van de franchisegever worden ingekocht. In de praktijk zien wij namelijk vaak dat deze aan de verkoopdoelstelling gekoppelde marge voor franchisenemers onmisbaar is voor de rentabiliteit van hun onderneming. Een franchisenemer die zijn verkoopdoelstellingen niet haalt houdt het hoofd niet boven water. Daarnaast kan het niet behalen van de verkoopdoelstellingen reden zijn voor tussentijdse opzegging van de franchiseovereenkomst. Toch zien wij in de praktijk met enige regelmaat dat aan franchisenemers onredelijke en zelfs ronduit onhaalbare verkoopdoelstellingen worden opgelegd. Feitelijk leidt dit onder deze omstandigheden tot dezelfde situatie die in de MvT (waar het gaat om een inkoopverplichting) als excessief en derhalve niet-marktconform wordt aangemerkt. Daarom zouden wij graag zien dat in de MvT wordt verduidelijkt dat ook een excessieve verkoopdoelstelling met daaraan gekoppelde noodzakelijke marge hieronder valt.

Het beding dat een afnameverplichting gepaard moet gaan met gebruikelijke handelsvoorwaarden moet een einde maken aan de praktijk dat franchisenemers worden verplicht dezelfde producten duurder in te kopen bij hun franchisegever dan op de markt. Een verplichte afname vertaalt een opportunistische franchisegever gemakkelijk naar hogere inkoopprijzen, terwijl daarnaast ook een fee wordt betaald.

Hier past voorts een verwijzing in de MvT naar de controleerbare en verifieerbare wijze waarop de franchisegever de franchisenemer moet informeren over de prijsstelling en de toegevoegde waarde van de formule.

In de MvT is echter een voorbeeld opgenomen dat niet tot de gewenste duidelijkheid leidt: de prijs mag hoger zijn als daar een deel fee/franchisevergoeding in is opgenomen. In het kader van de transparantie zijn wij van mening dat artikelen en diensten tegen de in het handelsverkeer gebruikelijke of lagere voorwaarden moeten worden uitgeleverd. De fee heffing is een aparte heffing waarvan duidelijk omschreven moet zijn waarover deze geheven wordt (dat kan over inkoopfacturen zijn, maar ook over omzet) en wat ervoor wordt gedaan. Wij verzoeken op dit punt een verduidelijking aan te brengen.

In de MvT moet voor de volledigheid tevens worden benadrukt dat het beding niet mag afdoen aan de contractsvrijheid van de franchisenemer, voor zover niet noodzakelijk voor de formule. Zo mogen er bijvoorbeeld eisen gesteld worden ten aanzien van de wijze van administreren of verzekeren, maar de franchisenemer moet de mogelijkheid hebben om binnen die kaders een contractspartij te zoeken. Een uitzondering kan gemaakt worden voor collectieve afspraken tussen franchisegever en het vertegenwoordigend orgaan, die hier met de eerder genoemde twee derde meerderheid van de achterban in gesteund wordt.

Dit verzoek wordt tevens ondersteund door het MKB-Actieplan, bij voorbeeld op het punt van innovatie. Franchisenemers onderscheiden zich graag op deze punten. De nieuwe innovaties worden vaak het eerst geïmplementeerd bij de mkb-ondernemer.

Concreet voorbeeld is:

LED-verlichting; enkele jaren geleden maakten de eerste franchise supermarktondernemers al doelbewust de duurzame overstap naar LED voor de gehele winkel, ondanks dat dit bijv. in strijd was met de formuledoelstellingen en het lichtplan. De Franchisewet dient tevens te borgen dat er geen belemmeringen/obstakels vanuit de franchiseovereenkomst kunnen worden opgelegd, die netwerken en andere samenwerkingsverbanden o.a. met lokale ondernemers verhinderen op voorwaarde dat de formule gerespecteerd blijft.

919 lid 3.

Als de franchiseovereenkomst eindigt, treden "post-contractuele" bedingen in werking. Franchisenemers mogen geen gebruik meer maken van de formule, moeten alle formule uitingen staken en handboek en andere eigendommen teruggeven. Dat is logisch omdat de samenwerking is geëindigd. Daarnaast echter mag een franchisenemer gedurende een langere periode (meestal 1 jaar na einde) geen concurrerende werkzaamheden verrichten en geen klanten van de franchiseformule bedienen. Op schending van die verboden staan aanzienlijke boetes (vaak € 10.000 per overtreding of meer). Het gevolg is dat een franchisenemer niet meer met zijn werkzaamheden door kan en met andere activiteiten inkomsten moet zien te genereren hetgeen meestal niet eenvoudig is. Dit zou nog enigszins "aanvaardbaar" kunnen zijn als een redelijke verkoopopbrengst of goodwillvergoeding wordt betaald. Maar als er geen koper is en geen contractuele vergoeding voor achter te laten goodwill of klanten is afgesproken dan staat de beëindigde franchisenemer met lege handen. Effectieve bescherming is derhalve nodig.

Ten aanzien van de in de Franchisewet opgenomen regeling van het non-concurrentiebeding valt op dat een verplichte proportionaliteitstoets of belangenafweging ontbreekt.

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan slechts beperkt (terughoudend) een rol spelen, zodat die weging beter in de wet kan worden ingebracht: "Een beding dat de franchisenemer beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de franchiseovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is alleen geldig wanneer en voor zover het ziet op de knowhow van de franchisegever en de franchisegever hierbij een overwegend belang heeft en het de duur van één jaar niet overschrijdt"

In de MvT bij deze bepaling zou ter verduidelijking kunnen worden ingegaan op de feiten en omstandigheden die in de belangenafweging dienen te worden betrokken, zoals de reden van beëindiging, aanwezige schadeplichtigheid of vergoedingsafspraken/goodwill, concurrentie door franchisegever, het aanbiedingsproces, de geografische omvang, het bezitten van een eigen pand, etc. Wij zijn bijvoorbeeld van mening dat een franchisegever niet snel een overwegend belang zal hebben bij het verbieden van gebruik door de franchisenemer van diens eigen bedrijfspand, het wel/niet betalen van goodwill en/of een vergoeding (voor het beding) als een omstandigheid kan meewegen in de belangenafweging. Ook dient aandacht besteed te worden aan de looptijd van de overeenkomst en investeringen.

Indien investeringen bij het einde van de looptijd niet geheel zijn afgeschreven zal bepaald moeten worden hoe de franchisegever de resterende afschrijving zal vergoeden. Dit zal ook de bereidheid van de franchisenemer vergroten om te investeren als dit door de franchisegever wordt gevraagd, bijvoorbeeld in vernieuwd interieur.

919 lid 4.

Artikel 919 lid 4 is een van de pijlers waarop dit wetsvoorstel steunt. Het instemmingsrecht is cruciaal om de positie van de franchisenemer te versterken tot een betere balans. Met de eerder gevraagde toevoeging van de definitie van het vertegenwoordigende orgaan in artikel 911 ontbreekt nog een verduidelijking in onderhavig lid die hetzij aan dat lid kan worden toegevoegd of in de MvT kan worden verduidelijkt, te weten “of als die niet is opgericht”. Zoals ook op pagina 8 van de MvT lijkt te worden bepaald moet instemming worden gevraagd aan het vertegenwoordigend orgaan en – pas als die er niet is – aan de individuele franchisenemer. Hiermee wordt voorkomen dat een franchisegever het instemmingsrecht van het vertegenwoordigend orgaan negeert en/of ondermijnd door zich te richten op minder sterke individuele franchisenemers. Geen individuele afspraken mogen worden gemaakt, terwijl met het bestuur van de vereniging nog wordt onderhandeld of wanneer die instemming heeft geweigerd, tenzij het een afwijking ten gunste van de franchisenemer betreft.

In de MvT dient nog een belangrijke wijziging opgenomen te worden. De suggestie om de franchisegever het begrip “aanzienlijke gevolgen” toch vooral nader te laten bepalen in de franchiseovereenkomst dient te worden geschrappt.

Artikel 920

Een verplicht aanwezige overlegstructuur vinden wij van wezenlijk belang, eenzijdige wijzigingen mogen niet worden toegestaan zonder dat de franchisegever aantoont dat de door te voeren wijziging noodzakelijk is en dat rekening gehouden wordt met redelijke belangen van de franchisenemers. Ook hier past een verbreding van de scope van het instemmingsrecht, zoals deze ook moeten worden aangepast in de artikelen 915 en 916. Voorkomen moet worden dat een franchisegever geen instemming behoeft te vragen voor handelingen die niet de formule of de afgeleide formule betreffen, maar die wel aanzienlijke gevolgen voor de franchisenemers hebben (zie ook commentaar bij art 919 lid 4).

920 a.

Gelijk met artikel 919 lid 4 zou ook hier moeten worden toegevoegd: “als die niet is opgericht”.

Artikel 921

Wij ondersteunen dit artikel ten volle!

Artikel II

De discussie rond het creëren van een gelijk speelveld is inmiddels een zeer langdurige. De knelpunten worden niet minder. De Franchisewet beoogt meer evenwicht te brengen in de verhouding franchisegever-franchisenemer, bevat normen van goed franchisegever- en franchisenemerschap, bevordert transparantie, overleg en redelijk gedrag.

Wij zijn derhalve van mening dat de implementatie van de wet op bestaande overeenkomsten zo snel mogelijk dient plaats te vinden, maximaal 1 jaar na het in werking treden. In de MvT moet verhelderd worden wat het e.e.a. betekent voor tussentijdse aanpassingen, bijvoorbeeld van de gelieerde huurovereenkomst. Eigenlijk zou alles in een eerder stadium conform de wet moeten zijn aangepast. Artikelen waarvan de uitvoering geen aanpassing van de overeenkomsten vereisen dienen vanaf het moment van implementatie te worden gerespecteerd. Dit dient duidelijk aangegeven te worden.

Aanvullend

Rechtsgang

Kantonrechter: Eén van de grote problemen in de franchisepraktijk zijn de drempels in de rechtsgang. Franchisenemers procederen moeilijk tegen franchisegevers.

Niet alleen de bijzonder lastige bewijspositie, de afhankelijke positie, maar simpelweg ook de hoge kosten houden een franchisenemer met recht en belang bij een procedure van de rechter.

De positie van de franchisenemer zou gediend zijn met een drempelverlagende aanwijzing van de kantonrechter als exclusief bevoegde rechter. Een relatie bestaat natuurlijk met de huurkwesties waarvoor de kantonrechter reeds openstaat. Vaak is er ook tegelijkertijd sprake van een nauwe samenhang tussen huur- én franchiseovereenkomst. Ook merken wij op dat agentuur tot de bevoegdheden van de kantonrechter behoort. Daarom ligt eenzelfde bevoegde rechter voor de hand.

Nederlands recht: Het is voorgekomen dat een franchisegever anders dan Nederlands recht op de franchiseovereenkomst van toepassing heeft bepaald. Ook met het doel om bescherming en rechtszekerheid aan de franchisenemer te bemoeilijken. Wij zijn van mening dat wanneer de franchisenemer is gevestigd in Nederland, het Nederlands recht van toepassing wordt verklaard.

Met vriendelijke groet,



Dr. Brigitte I. van der Burg
Woordvoerder