

PER WEBLINK

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
T.a.v. mevrouw mr. drs. M.C.G. Keijzer
De Staatssecretaris
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Ministerie van Justitie en Veiligheid
T.a.v. de heer S. Dekker
Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Plaats, datum Amsterdam, 31 januari 2019
Ons kenmerk: AT/167774.1/Tja/Asp
Betreft: **Reactie op consultatie Franchisewet**
Afzender: mr. drs. T.S. Jansen en mr. A. Spaargaren, advocaten
Telefoon: Fax: E-mail:
+31 20 5736 812 +31 20 5736 884 t.jansen@lexence.com/a.spaargaren@lexence.com

Excellenties,

Op 12 december 2018 vroeg u door middel van internetconsultatie de mening van marktpartijen over het voorstel tot Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (**Franchisewet**). Een groot aantal partijen heeft hierop zienswijzen ingediend, veelal vanuit hun eigen belang en (juridisch) perspectief.

Lexence voegt daar met de onderhavige reactie een rechtseconomisch perspectief aan toe, dat ons inziens niet aan de marktconsultatie zou mogen ontbreken.

Zoals in de consultatieversie van de memorie van toelichting (**MvT**) aangegeven,ⁱ is franchise immers van groot belang voor de Nederlandse economie. Het betreft circa 800 franchiseformules met ruim 30.000 franchisevestigingen, waarmee een jaarlijkse omzet van ruim boven de € 30 miljard en meer dan 300.000 arbeidsplaatsen zijn gemoeid.ⁱⁱ

Economisch kan dit succes van franchise als organisatievorm worden verklaard door de structuur van de samenwerking. Het betreft samenwerking tussen economisch en juridisch zelfstandige ondernemingen, waarbij formuleontwikkeling en -onderhoud in het domein van de franchisegever liggen en lokale marktwerking met gebruikmaking van die formule het prerogatief van de franchisenemers is. Deze structuur incentiveert zowel franchisegever als

franchisenemer om hun operatie te optimaliseren en zo winsten te maximaliseren, waarbij de inspanningen van de franchisegever mede ten nut strekken van de franchisenemer en *vice versa*.ⁱⁱⁱ Daarnaast ervaren consumenten een franchisenetwerk door de uniforme presentatie en werkwijze als één onderneming, waardoor consumentenvertrouwen afstraalt op alle vestigingen (zogenaamde positieve externe effecten),^{iv} worden met het netwerk schaalvoordelen gerealiseerd, en transactie- en monitoringkosten bespaard.^v

Franchise heeft zich in de afgelopen decennia kunnen ontwikkelen tot de economische factor van belang die het vandaag de dag is, zonder een bijzondere wettelijke regeling van de franchiseovereenkomst.

De door het algemene verbintenissenrecht geboden 'vrijheid in gebondenheid' – partijen hebben contractsvrijheid maar zijn ook verplicht zich de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij aan te trekken^{vi} – heeft de Nederlandse economie dus bepaald geen windeieren gelegd.

De vraag waar wij ons thans voor zien gesteld is of invoering van de Franchisewet het belang van (franchise voor) de Nederlandse economie dient.

De voor deze rechtseconomische beoordeling meest relevante bepaling van de Franchisewet is het voorgestelde – dwingendrechtelijke – art. 7:920 BW:

"Artikel 920

Als een handeling van de franchisegever betreffende de franchiseformule of tot het ontwikkelen en exploiteren van een afgeleide formule aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben voor de exploitatie van de franchiseformule door de franchisenemer, en deze handeling geen beslag krijgt in de franchiseovereenkomst, is hiervoor voorafgaande instemming nodig van:

- a. een twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers, indien aanwezig, of*
- b. de franchisenemer die deze gevolgen van deze handeling ondervindt of dreigt te ondervinden."*

Met dit artikel wordt de uitsluitende zeggenschap van de franchisegever over de franchiseformule omgezet in een gezamenlijke zeggenschap van franchisegever en franchisenemer(s) over materiële formulewijzigingen.

In feite betreft het een onteigening, omdat de franchisegever veelal rechthebbende is op de franchiseformule^{vii} en de wijze waarop men over zijn goederen beschikt het wezenskenmerk van eigendom is.^{viii}

De met art. 7:920 BW beoogde "ontteigening" doorbreekt de hiervoor omschreven eigendomsstructuur die aan het economisch succes van franchise als bedrijfsmodel ten grondslag ligt en zal, naar wij verwachten, investeringen van franchisegevers in formuleontwikkeling en –onderhoud ontmoedigen.

Immers, wezenlijke investeringen in de formule leiden veelal tot wezenlijke wijzigingen van de formule, welke wijzigingen op grond van de voorgestelde Franchisewet voorafgaande instemming van de franchisenemer(s) vereisen.

Uitgaande van economisch rationeel handelende actoren zal die instemming worden gegeven indien deze tot een verbetering van de positie van franchisenemer(s) leidt. Op deze wijze zullen franchisenemer(s) het instemmingsrecht benutten om een deel van het rendement op de investering van de franchisegevers in de formulewijziging op te eisen. Formule specifieke investeringen worden derhalve ontmoedigd doordat deze minder, of wellicht niet, renderen in vergelijking met de situatie dat de franchisegever uitsluitende zeggenschap over zijn formule heeft. De gestelde relatie tussen zeggenschapsstructuur en het niveau van (het rendement op) investeringen is bevestigd in economisch onderzoek naar de Oostenrijkse franchisector.^{ix}

Naast dit nivellerende effect leidt de noodzaak tot het verkrijgen van instemming van franchisenemer(s) ertoe dat snelle aanpassingen van de franchiseformule tot het verleden zullen behoren. In het huidig economisch tijdsgewricht, dat zich kenmerkt door de ontwikkeling van digitale platforms en een (mede daardoor) snel wijzigend retail landschap, is dat bijna een doodvonnis.

Los van genoemde effecten op het microniveau van individuele franchise netwerken, verwachten wij dat de doorbreking van de bestaande zeggenschapsstructuren binnen franchise op macroniveau tot een afname van het aantal franchisevestigingen in Nederland zal leiden, en daarmee tot een afname van werkgelegenheid.

Naast voormelde kwalitatieve analyse, baseren wij deze verwachting op kwantitatief onderzoek naar de invoering van franchisewetgeving in de Amerikaanse staat Iowa in 1992.^x Deze wetgeving werd als zeer franchisegever onvriendelijk^{xi} gezien en voorzag (enkel) in een dwingendrechtelijke beperking van de bevoegdheid tot beëindiging van franchise-overeenkomsten door franchisegevers. Invoering van deze wetgeving resulteerde in een daling van het aantal franchisevestigingen^{xii} per inwoner van de staat Iowa met 44% ten opzichte van de pre-wetgeving situatie.^{xiii} Daarnaast nam de werkgelegenheid in de franchisector van Iowa met 6% af.^{xiv}

Vanuit franchisegevers perspectief is de voorgestelde Franchisewet verstrekkender dan de in 1992 in Iowa ingevoerde franchisewetgeving. Dit rechtvaardigt de verwachting dat invoering van de Franchisewet tot een significante vermindering van het aantal franchisevestigingen in Nederland zal leiden, met alle gevolgen voor de werkgelegenheid van dien.

Uit voorgaande rechtseconomische bespiegelingen volgt dat, hoewel de in consultatie gebrachte wet op voorhand zekere positieve economische effecten niet kan worden ontzegd,^{xv} invoering van de Franchisewet in haar huidige vorm afbreuk lijkt te doen aan de franchisector, en daarmee aan een factor van belang voor de Nederlandse economie.

Minst genomen zou voortzetting van dit wetgevingstraject een kwalitatieve en kwantitatieve analyse vergen van de economische effecten van de invoering van de Franchisewet op de franchisesector.

Vanzelfsprekend zijn wij graag tot een andere toelichting op het voorgaande bereid.

Hoogachtend,



Timo S. Jansen en Anne Spaargaren

-
- ⁱ Vgl. MvT, pag. 1.
 - ⁱⁱ Vgl. MvT, pag. 1.
 - ⁱⁱⁱ Vgl. Paul H. Rubin, 'The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract', *Journal of Law and Economics*, 1987, 223-233 en E. Schanze, 'Symbiotic Contracts: Exploring Long-term Agency Structures', in Ch. Joerges, *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 27-103.
 - ^{iv} E.M. Kneppers-Heijnert, 'Een economische en juridische analyse van franchising tegen de achtergrond van een property rights- en transactiekostenbenadering, Groningen, Van Denderen (diss. Groningen), 1988, 235.
 - ^v A.W. Dnes, 'Franchise Contracts' (5890), in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS*, 1101.
 - ^{vi} Vgl. HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (Baris/Riezenkamp); HR 19 oktober 2007, *NJ* 2007/565, rov. 3.5 (Vodafone/ETC); Conclusie van A-G mr. W.L. Valk bij: HR 24 februari 2017, *NJ* 2018/12 (Street One); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41; en artt. 6:2 en 248 BW.
 - ^{vii} Vgl. art. 7:911 sub c. BW.
 - ^{viii} Vgl. art. 1 van het Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden; art. 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; art. 14 Gw; en art. 5:1 BW.
 - ^{ix} Vgl. J. Windsperger, 'The Structure of Ownership Rights in Franchising: An Incomplete Contracting View', *European Journal of Law and Economics*, Springer, 2002, vol. 13(2), 129-142.
 - ^x Vgl. J. Klick, B. Kobayashi en L. Ribstein, 'The Effect on Contract Regulation: The Case of Franchising', 2008.
 - ^{xi} B.H. Kobayashi en L.R. Ribstein, 'Contract and Jurisdictional Freedom', *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, F.H. Buckley, ed., Duke University Press, 1999, 325-349.
 - ^{xii} De onderzochte dataset betrof franchisevestigingen van Burger King, Dunkin Donuts, Domino's Pizza en KFC.
 - ^{xiii} In de onderzoeksperiode daalde het totaal aantal restaurants in Iowa met 27%, waaruit volgt dat de afname van het aantal in franchise gegeven restaurants niet werd goed gemaakt door als filiaal gedreven restaurants, vgl. Klick, Kobayashi & Ribstein, t.a.p. pag. 13.
 - ^{xiv} Klick, Kobayashi & Ribstein, t.a.p. pag. 18.
 - ^{xv} De in de artt. 7:913-7:916 BW voorziene wederzijdse informatieplichten, mits aangepast tot een proportionele en subsidiaire regeling, bevorderen dat partijen op basis van volledige informatie, en daarmee efficiënter, contracteren terwijl de in art. 7:912 BW voorziene invoering van het concept van goed franchisegever- en franchisenemerschap een efficiënte, op de bijzondere omstandigheden van het geval toegespitste, rechtsbescherming lijkt te faciliteren.