

Het wetsvoorstel Franchise

Bezint eer ge begint

Martine de Koning¹

Op 12 december 2018 is een nieuw wetsvoorstel Franchise ter consultatie voorgelegd. In Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt een nieuwe titel over de franchiseovereenkomst geïntroduceerd. Wat opvalt is dat de gehele nieuwe titel van dwingend recht is. In het commerciële contractenrecht is dat ongebruikelijk. Wellicht is dit nodig om de problemen op te lossen. Maar is er wel een deugdelijke probleemanalyse? Mogelijk is de nuance die het onderscheid tussen regelend en dwingend (en semi-dwingend) recht biedt te snel terzijde geschoven. Zal dit wetsvoorstel de onrust in de franchisesector wel kunnen wegnemen?

Nieuwe ronde, nieuwe kansen

Vorig jaar beschreef ik in het *NJB*² de bezwaren die kleven aan een wettelijke verankering van de Nederlandse Franchise Code. In mei van datzelfde jaar liet Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat Mona Keizer weten van de verankering af te zien. Op 12 december 2018 publiceerde zij een nieuw wetsvoorstel.³ In Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt een nieuwe titel over de franchiseovereenkomst geïntroduceerd. De hele titel is van dwingend recht. Overgangsrecht is nog niet bepaald. Reacties op het wetsvoorstel kunnen in de consultatie worden ingediend tot 31 januari 2019.

Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel beoogt de verhoudingen tussen franchisegevers en franchisenemers te verbeteren. De meeste bepalingen introduceren bescherming van de franchisenemer. De sanctie op contractuele afwijkingen is vernietigbaarheid, door de franchisenemer.

Partijen moeten zich als 'goed franchisegever' en 'goed franchisenemer' gedragen. De franchisenemer moet tijdig en specifiek geïnformeerd worden ('disclosure') over relevante onderwerpen, waaronder financiële informatie. Er geldt een termijn van beraad van vier weken tussen het moment van ontvangst van de informatie en het beoogde moment van het sluiten van de franchiseovereenkomst, waarin deze niet mag worden gesloten en niet ten nadele van de franchisenemer mag worden gewijzigd.

Een contractuele verplichting mag niet verder gaan dan wat in het handelsverkeer gebruikelijk is (denk aan exclusieve afnamebepalingen). Non-concurrentiebedingen moeten beperkt zijn tot een jaar na afloop van de franchiseovereenkomst en het geografische gebied waarbinnen de franchisenemer de formule mocht exploiteren.

Voor handelingen van de franchisegever met aanzien-

lijke gevolgen voor de franchisenemers is voorafgaande instemming van de franchisenemers(vereniging) nodig.

Er moet worden voorzien in een bepaling over de vergoeding van opgebouwde goodwill (voor zover in redelijkheid aan de franchisenemer toe te rekenen en dus niet goodwill die voortvloeit uit de formule). Dit beoogt franchisenemers te helpen die hun investeringen bij het einde van de overeenkomst onvoldoende hebben kunnen terugverdienen en daardoor niet vrijelijk over een verlenging kunnen beslissen ('fuik'). Het dient ook als rem op koopopties van de franchisegever tegen een voor de franchisenemer ongunstige prijs.

Hoe beoordeel je of dit een goed wetsvoorstel is?

De kernvraag is of dit wetsvoorstel de onrust in de franchisesector zal wegnemen. De bepalingen gaan behoorlijk ver, maar misschien is dat nodig. Hoe beoordeel je of iets een goed stuk wetgeving is? Phillip Zeidman schreef hier in 2000 voor de *model franchise law* van Unidroit al over.⁴

Zeidman is van mening dat hier dieper op moet worden ingegaan. Werkelijke kennis van franchise als model ontbreekt in veel landen in de wereld en de verkeerde veronderstelling bestaat dat er consensus zou zijn onder franchise-experts over de wenselijkheid van wetgeving.⁵ Hij noemt acht hoofdvragen, inclusief vier subvragen, die een nationale wetgever in overweging zou moeten nemen. Ik houd het wetsvoorstel kort tegen deze acht criteria:

1) *Is er een probleem, zo ja, wat is de aard en is actie vereist?*

Franchisenemers en franchisegevers verschillen van mening of er een probleem is dat moet worden opgelost. Er is voor zover ik weet geen marktanalyse⁶ gedaan. Er is een EIM-rapport uit 2009, op basis waarvan minister Kamp⁷ in 2014 concludeerde dat er klachten waren maar

dat 'de probleemgevallen een minderheid in de markt [...] betreffen' en er onvoldoende aanleiding was voor wetgeving (waarna hij zelfregulering door de branche stimuleerde). De hoofdconclusie van dit rapport luidt: 'dat er op macro-economisch niveau geen aanwijzingen zijn voor misstanden binnen franchiseketens. [...] Op microniveau zijn er echter wel aanwijzingen voor conflicten [...], en een asymmetrische verdeling van macht binnen de relatie'.⁸ Over het geheel genomen, werd geconcludeerd dat de franchisesector goed functioneert.⁹

2) Is het bewijs empirisch of anekdotisch?

De media heeft aandacht besteed aan misstanden en klachten van ontevreden franchisenemers. Het is moeilijk te beoordelen of het hier om incidenten of structurele problemen gaat. Relevant is de vraag hoe deze situaties (veronderstellend dat de klachten terecht zijn) zich verhouden tot het totaal aantal franchiserelaties in Nederland. Zijn er in Nederland meer van dit soort situaties dan in andere landen? De toelichting geeft aan dat in 2014 een groot aantal gesprekken is gevoerd en ten aanzien van de 'fuik'¹⁰ documenten zijn bekeken. De toelichting stelt dat dit het 'verontrustende beeld' bevestigt.¹¹ Er zijn geen verslagen of rapportages van. Het EIM-rapport is tien jaar oud. Het is denkbaar dat de opkomst van e-commerce en de rol van internetplatforms, technologie en data relevant zijn, maar ook daarover ontbreekt empirisch onderzoek.

3) Is het een patroon, of is het geïsoleerd, of beperkt tot bepaalde partijen of sectoren?

Het blijft onduidelijk of de misstanden zich regelmatig en in alle sectoren voordoen. Het lijkt aannemelijk dat er verschillen zijn tussen grote en kleine franchisegevers, grote en kleine ketens, grote en kleine franchisenemers. De financiële draagkracht kan enorm uiteen lopen. Gaat het om één of meerdere vestigingen, betreft het een een master- of directe franchisenemer? En hoe zit het met de formule, gaat het om *hard* of *business format* franchise of *soft franchise*?¹² Bij harde formules is er een groter prerogatief van de franchisegever ten aanzien van de formule en ligt enige financieel getinte bescherming van de franchisenemer, die minder invloed en eigen ondernemerschap heeft, voor de

hand. Bij soft franchise zal dit andersom zijn. De toelichting maakt niet duidelijk waarom, in alle gevallen, het prerogatief ten aanzien van de formule (instemmingsrecht) bij de franchisegever wordt weggenomen, terwijl de franchisenemer tegelijkertijd financieel beter wordt beschermd (goodwill). Formules kunnen hierdoor financieel verantwoordelijk worden voor een resultaat waarover zij geen werkelijke controle meer hebben. De formule kan dan stuurloos worden of innovatiekracht verliezen.

4) Adresseert het bestaande recht de bezwaren op een adequate manier?

De toelichting geeft aan dat de problemen zich niet uiten in grote aantallen rechtszaken.¹³ Het is ook niet zo dat de franchisegever altijd wint.¹⁴ Er is rechtspraak waaruit een duidelijke koers volgt. De Hoge Raad herijkte onlangs in *StreetOne*¹⁵ en *Albert Heijn*¹⁶ de aansprakelijkheid voor prognoses en de betekenis van zelfregulering. De toelichting op het wetsvoorstel geeft verrassend weinig uitleg over de vraag of bedoeld is bestaande rechtspraak te codificeren of daarvan juist af te wijken. Niet duidelijk is het bijvoorbeeld of het wetsvoorstel nu beoogt een verplichting tot het verstrekken van een financiële prognose te introduceren, waar de Hoge Raad duidelijk heeft aangegeven dat dit niet zo is. Er staat slechts dat 'financiële gegevens' moeten worden verstrekt.¹⁷ Er wordt niet uitgelegd waarom de *Mattel/Borka*-norm niet voldoende beschermt tegen investeringen die op verzoek van de franchisegever zijn gedaan maar niet voor het einde van de looptijd zijn terugverdiend.¹⁸ Het introduceren van een goodwillvergoeding past niet in de lijn van bestaande jurisprudentie waarin een redelijke (doorgaans lange) opzegtermijn centraal staat.¹⁹ De bescherming kan 'dubbelop' zijn omdat opzegging, anders dan bij agentuur, niet aan wettelijke korte opzegtermijnen is gebonden.²⁰

De verhouding tot aanpalende of overlappende regelgeving wordt onvoldoende geadresseerd.²¹ Ik denk aan de Wet Bescherming Bedrijfsgeheimen.²² Wat betreft de Wet Acquisitiefraude geeft de toelichting aan dat de bewijslast te zwaar zou zijn.²³ In de literatuur is echter juist opgemerkt dat deze wet de bewijslast in de precontractuele fase zou omkeren.²⁴

Auteur

1. Mr. M. de Koning is partner en advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam. Zij is Hoofd van de sectie Commercial & International Trade en tevens partner Mededingingsrecht. De auteur dankt Isabel van Tuyl van Serooskerken en Tosca Bokhove voor hun waardevolle bijdragen aan deze opinie.

Noten

2. M. de Koning, 'Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code', *NJB* 2017/967, afl. 18, p. 1254 e.v.
3. www.internetconsultatie.nl/wet_franchise.
4. Punt 29, Draft Explanatory Report, www.unidroit.org/english/documents/2000/study68/s-68-23-e.pdf.

5. Anders M. Abell, *Legal Perspective of the Regulatory Framework and Challenges for Franchising in the EU*, Study for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2016-08, september 2016; Resolutie van het Europees Parlement van 12 september 2017 (2016/224(INI)), P8_TA(2017)0322, (2018/C 337/02).

6. Vgl. de E-commerce Sector Inquiry, SWD(2016)312; SWD(2017)154 def.

7. *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 788.

8. EIM, thans Panteia, *Franchiseketens: marktaandeel en continuïteit*, 2009.

9. Panteia, *De economische impact van franchisenemers*, 12 februari 2018, op verzoek van BOVAG en Vakcentrum, dit rapport bevat geen probleemanalyse.

10. MvT Hoofdstuk II, art. 919 lid 1 onderdeel b, p. 31-32.

11. MvT Hoofdstuk I, 2.2, p. 4.

12. NFV, *Praktijkgids Franchising*, J.A.I.M. Burgers, hfdst. 5.5, p. 188; Zie Kneppers-Heijnert 1988, p. 20/21

13. MvT Hoofdstuk I, 2.1, p. 3.

14. ECLI:NL:RBNHO:2018:8884; ECLI:NL:HR:2018:1696, *NJ* 2018/398;

ECLI:NL:RBAMS:2018:5098;

ECLI:NL:RBOVE:2016:2172;

ECLI:NL:RBZWB:2015:1545;

ECLI:NL:GHAMS:2014:5819;

ECLI:NL:RBGEL:2014:5614.

15. HR 24 februari 2017, *NJ* 2018/12

(*Street One*).

16. HR 21 september 2018, *NJ* 2018/398

(*Albert Heijn*).

17. Art. 915 lid 2b.

18. HR 21 juni 1991, *NJ* 1991/742 (*Mattel/Borka*).

19. HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/685 (*Ronde Venen/Stedin*); HR 14 juni 2013, *NJ* 2013/341 (*Auping/Beverlaap*); HR 10 juni 2016, *NJ* 2016/450 (*Pensioenfonds Alcatel-Lucent/Alcatel-Lucent*); HR 2 februari 2018, *NJ* 2018/98 (*Goglio/SMQ Group*).

20. Art. 7:437 BW.

21. Met uitzondering van mededingingsrecht.

22. Ter implementatie van Verordening 943/2016/EU.

23. MvT Hoofdstuk I, 4.1, p. 9.

24. Art. 6:194 lid 2 en 3 BW; Ludwig en Dolphijn, 'Wet Acquisitiefraude en Franchising', *Franchise & Recht* 2017, nr. 5, p. 9.

5) *Is er zelfregulering? Zo nee, zou dit niet beproefd moeten worden voordat overheidsingrijpen wordt overwogen?*

Deze weg acht ik beproefd, ondanks dat de legitimiteit, representativiteit en proces van inspraak beter had gekund. In theorie zou het de voorkeur verdienen langs deze weg (of die van een standaardregeling)²⁵ tot een oplossing te komen. Ik betwijfel of daar nu nog voldoende draagvlak voor is.

6) *Is er een risico dat, in het wetgevingsproces zelfs meer onredelijke en schadelijke bepalingen worden toegevoegd aan het wetsvoorstel?*

De franchisenemerszijde lijkt met dit wetsvoorstel veel van haar punten te hebben verwezenlijkt, mede omdat de wetgeving niet beperkt is gebleven tot de in het buitenland vrij gebruikelijke 'disclosure'. Het wetsvoorstel treedt hiermee ook buiten de reikwijdte van het regeerakkoord dat slechts 'aanvullende regels' voor de 'precompetitieve fase' noemt.²⁶ Het is moeilijk te voorzien wat er in het parlement zal gebeuren, maar het wetsvoorstel zal eerder tot verbetering dan verslechtering van de positie van franchisenemers leiden. Een al te sterke bescherming van de franchisenemer kan overigens wel schadelijk zijn voor de sector. De informatieplicht om al voor het sluiten van de overeenkomst op een 'duurzame gegevensdrager' de franchisehandboeken te verstrekken bijvoorbeeld, kan de confidentiële aard daarvan aantasten.²⁷ Zorgelijk is het dat er toch weer langs de band van een AMvB voorschriften kunnen worden geïntroduceerd zonder parlementaire toetsing daarvan.²⁸ Een goodwillvergoeding kan ondernemersprikkel bij de franchisenemer wegnemen.

7) *Is de visie van de nationale franchisevereniging gevraagd?*

De toelichting verwijst een aantal keer naar de NFV en de Europese Erecode. Niet duidelijk wordt of de visie van de NFV op dit wetsvoorstel is gevraagd. Het lijkt erop dat de European Franchise Federation (EFF) niet is betrokken.²⁹

8) a. *Zijn er analyses gemaakt van de financiële last die de nieuwe wetgeving voor franchisegevers teweeg brengt?*

Ja, de toelichting gaat in op de regeldruk, met nadere berekening en specificatie van de kosten zowel in precontractuele fase als tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst.³⁰ Zonder dit te willen narekenen, merk ik op dat het om aanzienlijke kosten gaat waarvan het merendeel terugkerend is. De kosten van overleg springen eruit, juist ook omdat deze niet eenmalig zijn en zwaarder bij franchisenemers rusten dan bij de franchisegevers.

b. *Zijn er analyses gemaakt hoe deze financiële last zal worden doorbelast aan franchisenemers, en op haar beurt aan consumenten?*

Niet blijkt of er is onderzocht of en hoe de financiële last zal worden doorbelast aan franchisenemers, en op haar beurt aan consumenten.

c. *Zijn er analyses gemaakt in hoeverre het een toetredingsdrempel zal veroorzaken voor kleine en nieuwe franchisegevers en het effect op werkgelegenheid die samenhangt met plannen voor franchise die in de koelkast zijn beland?*

Dit specifieke aspect lijkt niet te zijn onderzocht. In het algemeen is het zo dat als franchisegevers de bescherming als te zeer ingrijpend op hun contracts- en ondernemersvrijheid ervaren, zij franchise als model kunnen verlaten en vervangen door bijvoorbeeld agentuur (waarvan de toelichting – tot mijn verrassing – bevestigt dat de franchisenemer een betere bescherming verdient).³¹ Franchisegevers kunnen vestigingen in eigen beheer nemen. De toelichting benoemt het risico van een dergelijke 'vlucht uit franchise', maar acht dit niet relevant voor de economie.³² Dit roept vagen op over het nut en effect van het wetsvoorstel.

d. *Zijn er analyses gemaakt van het negatieve effect op buitenlandse franchisegevers die (al aanwezig zijn in of) overwegen de markt in het land te betreden?*

De toelichting besteedt kort aandacht aan regulering in andere landen en concludeert, zonder onderbouwing, dat er in Nederland behoefte is aan een systeem dat ook de franchiseovereenkomst zelf enigszins normeert en niet alleen de precontractuele fase. Geen aandacht wordt besteed aan de positie van buitenlandse franchisegevers en de mogelijke gevolgen voor hun Nederlandse franchisenemers. De consultatie over het vorige wetsvoorstel ontlokte de kritiek dat buitenlandse partijen niet waren betrokken.³³ Buitenlandse franchisegevers kunnen schrikken van de wijze waarop het wetsvoorstel is vormgegeven. Zij kunnen zich terugtrekken of voor buitenlands forum en recht kiezen in hun contracten. Een Nederlandse franchisegever kan dit niet.³⁴ Dit creëert mogelijk een ongelijkheid in Nederland tussen franchisenemers van verschillende formules.

Conclusie

Mijn eerste indruk is dat een aantal van de acht (sub)vragen onbeantwoord blijft. Als een degelijke en objectieve analyse van het probleem ontbreekt en het functioneren van het bestaande recht niet in kaart is gebracht, is het moeilijk om een goed toegesneden oplossing in de vorm van een wetsvoorstel te maken. Ik blijf u dan ook het antwoord schuldig of het wetsvoorstel goed is in die zin dat het de rust in de markt zal doen weerkeren. Juist omdat er indicaties zijn dat de markt verschillende sectoren, typen formules en sterkere en minder sterke actoren omvat, is het verrassend dat de gehele titel van dwingend recht is. Dat is ongebruikelijk in het commerciële contractenrecht. Zelfs de regels van agentuur en (consumenten)koop zijn niet volledig dwingend. De nuance die het onderscheid tussen regelend en dwingend (en semi-dwingend) recht biedt, is mijns inziens te snel terzijde geschoven. ●

25. Art. 6:214 BW.

26. www.kabinetformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst, p. 35.

27. Art. 915 lid 2c jo. 913 lid 2 wetsvoorstel; het is op grond van art. 914 lid 2b de vraag of een NDA dit kan oplossen.

28. Art. 917 wetsvoorstel.

29. www.eff-franchise.com/.

30. MvT Hoofdstuk I, 8, p. 11 e.v.

31. Zie MvT Hoofdstuk II, Art. I, art. 911 onderdeel d, p. 17.

32. MvT Hoofdstuk I, 6, p. 11.

33. www.internetconsultatie.nl/franchise/details.

34. Art. 921, MvT Hoofdstuk II, p. 36 en art. 3 lid 3 Verordening 593/2008/EG (Rome I).