

## **Franchise wetgeving: "Medicijn, alleen voor wie dat echt nodig heeft."**

Hiermede wenst BP Europa SE - BP Nederland een bijdrage te leveren in de discussie rond de eventuele invoering van specifieke franchisewetgeving in Nederland, door het indienen van dit consultatie document.

### **Historie**

Franchise in Nederland maakt een grote bloei door; het is een type samenwerking dat in diverse branches zowel franchise-gevers als franchisenemers reeds de nodige voordelen heeft gebracht. Het, in opdracht van de Minister, uitgevoerde onderzoek van EIM uit 2009 ("Franchiseketens: marktaandeel en continuïteit") bevestigt het goed functioneren van de franchise sector in Nederland.

Slechts op micro niveau worden incidentele misstanden gemeld; enig concreet statistisch onderzoek hiernaar is, voor zover ons bekend, tot op heden achterwege gebleven. De enige bron van informatie voor de aanname dat er structureel sprake zou zijn van misstanden is, naar wij begrijpen, een aantal verklaringen van franchisenemers, gedaan tijdens gesprekken met de Minister in de loop van 2014. Deze gesprekken - met slechts een beperkt aantal franchisenemers en franchisegevers - hebben destijds plaats gevonden op initiatief van de Minister en zijn gevoerd zonder enig concreet mandaat.

Voor zover ons bekend is de groep van partijen, waarmee is gesproken, geenszins representatief te achten voor de franchisesector (NB: Een uitnodiging voor dergelijk overleg is door de (omvangrijke) benzinebranche, voor zover wij hebben kunnen nagaan, nimmer ontvangen!).

Overigens kan bij de aanname dat er sprake zou zijn van structurele misstanden nog worden opgemerkt dat bij een groot aantal van deze vermeende 'misstanden', er door rechters veelal werd geoordeeld dat hiervan geen sprake was; de franchisegever werd in de meeste gevallen in het gelijk gesteld. (zie onder andere de recent gewezen vonnissen tussen AH en een aantal van haar franchisenemers).

Het feit dat er thans sprake is van een voornemen van de Minister om specifieke franchisewetgeving in te voeren door het toevoegen van een regeling in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is op zijn minst verrassend te noemen. Immers, nog in 2014 verklaarde de Minister zich tegenstander van het invoeren van dergelijke wetgeving wegens het ontbreken van een duidelijke noodzaak daartoe (zie de brief d.d. 14 mei 2014 van de Minister aan de vaste commissie voor Economische Zaken). In deze brief, bijgevoegd als bijlage 1, wordt een groot aantal argumenten opgesomd, waarom naar mening van de Minister specifieke wetgeving niet zinvol zal blijken. Ook wordt een aantal duidelijke standpunten verwoord tegen de stelling dat er sprake zou

zijn van "een onevenwichtigheid tussen de positie van franchisegever en franchisenemer".

Echter, nog geen drie jaren later is er sprake van een totale ommezwaai, zonder dat hiervoor een aanwijsbare reden is aan te voeren. Blijkens de concept Memorie van Toelichting zou er sprake zijn van hardnekkige problemen die de franchisesector zou kennen, en die hebben geresulteerd in aanhoudende berichten in de media en Kamervragen, door het PvdA Kamerlid Mei Li Vos van 7 februari 2014. Echter deze berichten en vragen, waren reeds bekend voorafgaand aan verzending van de brief van de Minister op 14 mei 2014. In deze brief wordt duidelijk verwoord dat nieuwe wetgeving door de Minister niet zinvol wordt geacht. Enige nadere studie of empirisch onderzoek naar de frequentie van misstanden binnen de franchise sector, en de mogelijke gevolgen hiervan, nadien uitgevoerd door of namens de Minister is ons niet bekend. Kennelijk zijn uitsluitend de gesprekken met een aantal franchisegevers en franchisenemers doorslaggevend geweest om tot een geheel andere zienswijze te komen.

Na het bekend worden van het voornemen van de Minister tot invoering van nieuwe wetgeving heeft een groot aantal franchiseadvocaten en wetenschappers, gepleit tegen het invoeren van specifieke wetgeving.

1<sup>e</sup> Conclusie:

Blijkens onderzoek van de EIM functioneert de franchise sector in Nederland goed, behoudens enkele uitzonderingen. Nader onderzoek dat aantoont dat er thans sprake zou zijn van structurele misstanden is ons onbekend.

1<sup>e</sup> Aanbeveling:

Nadere studie is noodzakelijk omtrent de daadwerkelijke omvang van misstanden, de gevolgen hiervan en het treffen van passende, proportionele maatregelen.

In deze bijdrage zal vervolgens worden ingegaan op de navolgende vragen:

1. Indien besloten wordt tot invoering van specifieke franchise wetgeving, welke zaken dienen in dergelijke wetgeving aldan te worden geregeld en op welke wijze (inclusief een heldere definiëring, afbakening) (**'aanpassing huidige tekst wetsvoorstel'**);
2. Dient verplichtende regelgeving van toepassing te worden verklaard op alle branches of slechts op specifieke branches, waarin structurele misstanden daadwerkelijk aanwezig zijn (**"toepasselijkheid nieuwe franchise wetgeving"**);

3. Is wetgeving voor de benzinebranche noodzakelijk ('**Aanvullende franchise wetgeving in de benzine branche noodzakelijk?**');
4. Hoe verhoudt zich nieuwe regelgeving met bestaande wetgeving ('**verhouding franchise regelgeving - bestaande wetgeving**');
5. Eventuele gevolgen bij onverkorte invoering van de voorgestelde wetgeving. ('**gevolgen invoering**')

### **1. Aanpassing huidige tekst wetsvoorstel**

Naar ons oordeel zal de thans voorliggende tekst van het wetsontwerp leiden tot veel onduidelijkheden en veel nadelen voor zowel franchisegevers als franchisenemers.

Allereerst zouden wij erop willen wijzen dat de huidige definiering van de begrippen "franchiseformule" en "franchiseovereenkomst" tekort schiet. De huidige tekst geeft in onvoldoende mate weer, waarin de franchise overeenkomst zich onderscheidt van hierop gelijkende overeenkomsten, zoals distributie overeenkomsten en/of agentuurovereenkomsten. Het gevaar bestaat dan ook dat bestaande partijen zich om hen moverende redenen (bijvoorbeeld uit opportunistische overwegingen) zich op het standpunt zullen stellen dat een voorliggende overeenkomst is aan te merken als een franchise overeenkomst, terwijl bij het aangaan van de overeenkomst het nog de bedoeling van partijen was een distributierelatie aan te gaan (met de daarbij behorende financiële condities en een andere verdeling van rechten en verplichtingen voor partijen). Bij het op deze wijze 'van kleur verschieten' van een dergelijke overeenkomst kunnen aldus allerlei discussies ontstaan over de financiële condities en de (gewijzigde) rechtspositie van partijen, met alle onbedoelde gevolgen van dien.

De begrippen 'franchise' en 'franchise overeenkomst' dienen derhalve duidelijk afgebakend te worden van hierop gelijkende overeenkomsten door een heldere definiering, die weinig ruimte laat voor een andere interpretatie.

Voorts behoeft het begrip 'geldelijke vergoeding' nadere toelichting, gelet op de vele financiële condities die tussen partijen kunnen worden overeengekomen en die niet strekken tot vergoeding van het recht een franchiseformule te exploiteren. In feite zou een afnemer die slechts goederen verkoopt onder het merk van de leverancier gezien kunnen worden als franchisenemer, indien wordt betoogd dat een deel van de inkoop prijs aangemerkt dient te worden als vergoeding voor gebruik van de formule.

### 2<sup>e</sup> Conclusie

De huidige definiering van de begrippen "franchiseformule" en "franchiseovereenkomst" zijn te vaag omschreven en laten ruimte voor interpretatie.

## 2<sup>e</sup> Aanbeveling

Een duidelijke afbakening met andere op franchise gelijkende overeenkomsten (distributie overeenkomsten, agentuur etc.) dient in de wet of de MvT opgenomen te worden.

## 3<sup>e</sup> Conclusie

Het begrip "geldelijke vergoeding" leidt tot meerdere interpretaties.

## 3<sup>e</sup> Aanbeveling

Het begrip "geldelijke vergoeding" dient nader te worden omschreven en nader te worden uitgelegd in de Memorie van Toelichting.

## **2. Toepasselijkheid nieuwe franchise wetgeving**

In het voorgestelde artikel 399g wordt de mogelijkheid gecreëerd een gedragscode geheel, dan wel gedeeltelijk van toepassing te verklaren (beoogd wordt thans de Nederlandse Franchise Code "NFC"). Afwijkingen hierop zijn slechts mogelijk met een goede argumentatie.

Met deze systematiek gaat de wetgever er vanuit dat alle franchise relaties eenvormig zijn, terwijl dit juist niet, of althans in geringe mate, het geval is. Naast het feit dat franchiseformules zeer uiteenlopend zijn, zijn ook de wijzen van samenwerking zeer divers.

Met het van toepassing verklaren van een zeer algemene franchise code, zoals het wetsontwerp beoogt blijkens de Memorie, leidt dit tot een situatie waarin vele (deel)onderwerpen, die niet relevant zijn in een specifieke franchise relatie, toch geregeld moeten worden in een franchise overeenkomst door het geven van een sluitende argumentatie per (deel)onderwerp, teneinde te bewerkstelligen dat van de algemene regelgeving kan worden afgeweken. Zelfs het geven van deze argumentatie, verschaft partijen nog geen absolute zekerheid; een beroep op nietigheid blijft namelijk te allen tijde mogelijk, met alle rechtsonzekerheid van dien.

## 4<sup>e</sup> Conclusie

De systematiek van het voorgestelde artikel 399g om op alle franchise overeenkomsten automatisch een algemene code van toepassing te verklaren, ondanks het ontbreken van een duidelijke noodzaak daartoe, leidt tot onnodige lasten en een zware werkbelasting en daarenboven tot rechtsonzekerheid bij alle partijen tijdens de gehele duur van de overeenkomst.

#### 4<sup>e</sup> Aanbeveling

Indien wordt besloten tot wetgeving verdient het de voorkeur in een nieuwe wet als uitgangspunt te nemen dat de regelgeving eerst na gebleken misstanden in een specifieke branche van toepassing zal zijn. Hiertoe zou gedegen objectief onderzoek moeten plaatsvinden naar het structureel voorkomen van misstanden in een specifieke branche. Indien dergelijke structurele misstanden aldus zouden worden vastgesteld in die specifieke branche zouden vervolgens vertegenwoordigende partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld gezamenlijk een code op te stellen, waarin de specifieke zaken voor die branche worden geregeld. Als 'stok achter de deur' zouden de (relevante delen van de)NFC van toepassing kunnen worden verklaard, bij het uitblijven van een code, die vervolgens bindend kan worden verklaard voor alle partijen in die specifieke branche. Aldus kan onnodige werkbelasting en rechtsonzekerheid worden voorkomen in branches waarin geen, of in zeer geringe mate, misstanden voorkomen. De gang naar de rechter staat in die gevallen open voor de partij, die daarvoor gegronde redenen aanwezig acht. Naar ons oordeel biedt het huidige recht al ruim voldoende mogelijkheden daartoe.

Aldus worden de gevolgen van wettelijke verankering beperkt tot die branches, waarin structureel sprake zou zijn van misstanden.

### **3. Aanvullende franchise wetgeving in benzine branche noodzakelijk?**

In de benzinebranche vindt de exploitatie van verkooppunten voor motorbrandstoffen franchise door onafhankelijke derden voor eigen rekening en risico plaats op basis van

(a) een exclusieve leveringsovereenkomst tussen een oliemaatschappij/handelaar en een zelfstandige dealer (NB: volgens vast spraakgebruik in de benzinebranche worden deze overeenkomsten ook wel "Dealer Owned Dealer Operated" overeenkomsten of kortweg "DoDo-overeenkomsten" genoemd) of

(b) een gemengde overeenkomst, waarbij een benzinestation wordt verhuurd (veelal) door een oliemaatschappij/handelaar aan een onafhankelijke partij in combinatie met een exclusieve leveringsovereenkomst.

Exploitatie van verkooppunten door derden kan ook plaats vinden op basis van agentuur, echter in die gevallen geschiedt de exploitatie voor rekening en risico van de principaal (veelal de oliemaatschappij/handelaar).

Ingeval van een zogenaamde DoDo-overeenkomst is het de onafhankelijke derde (ook wel "DoDo-dealer" genoemd), die de beschikkingsmacht heeft over het verkooppunt en die derhalve zelf kan kiezen met welke partij hij/zij een leveringsrelatie aangaat. Deze derde bezit dus een onderhandelingspositie die aanmerkelijk

sterker is dan de oliemaatschappij. Op de benzinemarkt is de competitie tussen oliemaatschappijen voor het contracteren van dergelijke DoDo-stations hevig en zijn de winstmarges voor maatschappijen zeer bescheiden. Het ligt naar ons oordeel voor de hand dat dergelijke partijen niet de bescherming behoeven van aanvullende wetgeving, waarbij de beschermende werking en betekenis van EU Verordening 330/2010 evengoed moet worden onderkend en meebrengt dat contractuele relaties met een duur van meer dan 5 jaar niet zonder nadere toets worden aangegaan en in voorkomend geval ook nietig kunnen zijn. Hierdoor staat vast dat dergelijke DoDo dealers een extra vorm van bescherming toekomt.

Ingeval er sprake is van een zogenaamde 'gemengde' overeenkomst, waarbij een benzinestation wordt verhuurd aan een derde in combinatie met een exclusieve leveringsrelatie, is naar ons stellige oordeel de noodzaak van nieuwe wetgeving evenmin aanwezig. Ter verduidelijking van dit laatste moge het volgende dienen.

Allereerst genieten deze derden reeds aanmerkelijke huurdersbescherming door het dwingendrechtelijke huurregime van de artikelen 7:290 ev. BW, zoals dat geldt voor huur van bedrijfsruimte. De mate van bescherming is zelfs uniek in Europa en maakt het voor verhuurders in slechts beperkte gevallen mogelijk huurrelaties te beëindigen met in achtneming van de dwingendrechtelijke opzeggingsgronden of aan te passen enkel met instemming van de huurder. Een andere waarborg die dergelijke derden toekomt is aan de orde indien de verhurende oliemaatschappij/handelaar de Rechtbank, sector kanton, verzoekt om goedkeuring te verlenen voor het overeenkomen van afwijkende beding in de zin van artikel 7:291 BW. De goedkeuring wordt immers enkel gegeven indien het beding de rechten die de huurder heeft niet wezenlijk aantast of indien de maatschappelijke positie van de huurder zodanig is dat hij de bescherming niet behoeft.

Voorts geldt dat alle investeringen in de benzinestations veelal 100% worden gepleegd door de verhuurder (in casu: de oliemaatschappij/handelaar) en de goodwill van de stations (het klantenbestand), bij het aangaan van de overeenkomst reeds aanwezig is. De exploitant/huurder loopt hierdoor slechts een zeer beperkt risico; in feite is dit risico slechts beperkt tot de ontwikkeling van marktomstandigheden, terwijl de huurder het zelf in zijn macht heeft de kostenontwikkeling op het benzinestation te beheersen. Voorts vloeit uit het mededingingsrecht voort dat de exploitant/huurder als enige gerechtigd is tot het vaststellen van zijn/haar verkoopprijs. Een laatste opmerking in dit verband is nog dat veranderende marktomstandigheden in de rechtspraak in de regel niet snel worden aangewend voor succesvol beroep op 'onvoorziene omstandigheden' in de zin van artikel 6:258 BW. Hierbij speelt een rol dat veranderende marktomstandigheden de franchisegever niet kunnen worden tegengeworpen c.q. geen argument zijn voor een franchisenemer zich van de bestaande relatie te ontdoen, dan wel deze te laten aanpassen door een rechter. Ook in het licht van dit

gegeven moet worden gepleit voor terughoudendheid de franchisenemer extra bescherming te bieden.

Een tweetal andere omstandigheden zijn ook relevant voor de vraag of er sprake is van een ongelijkwaardigheid tussen partijen.

- De exploitanten/huurders en DoDo-dealers laten zich in de meeste gevallen bijstaan gedurende de onderhandelingen voor een nieuwe overeenkomst door 1) gespecialiseerde juristen van branche organisaties BETA en BOVAG en 2) gespecialiseerde advocaten en adviseurs;
- Gemengde overeenkomsten zijn over het algemeen verlengingen van bestaande overeenkomsten; de exploitant/huurder is dus volledig op de hoogte van alle relevante kosten en kent het verkooppunt zeer goed. Een eventuele omzetprognose kan door de exploitant/huurder op grond van zijn ervaring dus zeer goed worden ingeschat.

Het bovenstaande in aanmerking nemende is er in de benzinebranche a priori geen sprake van een sterkere positie van de franchisegever ten opzichte van de franchisenemer, voor zover op enig moment er vast zou komen te staan dat er of bij DoDo-overeenkomsten en/of bij 'gemengde' overeenkomsten sprake zou zijn van een franchise relatie, quod non (NB: Niet uit te sluiten valt dat op grond van de huidige definities er wellicht in incidentele gevallen wel getracht zal worden deze overeenkomsten als franchise overeenkomsten te kwalificeren (zie hierboven)). Hiermee ontvalt dan ook de reden om wettelijke maatregelen te treffen ter bescherming van de franchisenemer, omdat juist deze veronderstelde ongelijkwaardigheid als reden wordt gegeven voor nieuwe franchisewetgeving.

#### 5<sup>e</sup> Conclusie

Er is geen sprake van een sterkere positie van de franchisegever in de benzinebranche, integendeel.

#### 5<sup>e</sup> Aanbeveling

Eventuele franchisewetgeving zou niet van toepassing moeten worden verklaard op de benzinebranche wegens de bijzondere specifieke omstandigheden (beperkte investeringsrisico's en reeds aanwezige klantenbestand) en de beschermende werking van het huurrecht en mededingingsrecht.

#### **4. Verhouding franchise regelgeving - bestaande wetgeving**

Zoals hierboven reeds aangegeven zijn op de bestaande overeenkomsten in de benzinebranche reeds diverse rechtsregels van toepassing, die

mede ter bescherming dienen van franchisenemers (voorzover exploitanten/huurders en DoDo-dealers als franchisenemers zouden moeten worden aangemerkt). Gewezen is op de verregaande mate van bescherming van exploitanten/huurders. Ook het mededingingsrecht beschermt exploitanten/huurders en DoDo-dealers (bijvoorbeeld een verbod op verticale prijsbinding en een beperking van afname op basis van exclusiviteit (maximaal 5 jaar)).

Voorts biedt het algemene verbintenissenrecht DoDo-dealers en exploitanten/huurders reeds in voldoende mate de mogelijkheid zich te verweren tegen oliemaatschappijen. Op het gebied van het verstrekken van de juiste gegevens, voorafgaande aan het sluiten van een overeenkomst heeft zich reeds een uitgebreide jurisprudentie gevormd. Het komt, voor zover ons bekend, nooit of zeer zelden voor, binnen de benzinebranche, dat er een onjuiste voorstelling van zaken wordt gegeven aan de exploitant/huurder.

Het feit dat er naast de reeds bestaande rechtsregels (met name huurrecht, mededinging en algemeen verbintenissenrecht) aanvullend ook nog dwingendrechtelijke franchise wetgeving zou gelden, leidt tot een zeer complexe situatie en tot zeer veel rechtsonzekerheid voor oliemaatschappijen (mochten deze op enig moment als franchisegevers worden aangemerkt). Deze rechtsonzekerheid treedt met name op bij het sluiten van gemengde overeenkomsten, waarop reeds dwingendrechtelijke huurregels van toepassing zijn, en manifesteert zich in het bijzonder bij een beroep op nietigheid na het inwerking treden van de overeenkomst.

#### 6° Conclusie

De DoDo-dealers en exploitant/huurders genieten reeds de nodige bescherming door het mededingingsrecht en - bij gemengde overeenkomsten - het huurrecht. Voorts kan reeds op basis van de huidige rechtsregels een beroep worden gedaan op nietigheid van de overeenkomst ingeval van een onjuiste opgave van gegevens, voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst.

#### 6° Aanbeveling

Ingeval dat er desondanks wordt overgegaan tot een algemene toepasselijkheid van franchisewetgeving (in alle branches, dus ook de benzinebranch), zou er uit een oogpunt van rechtszekerheid een mogelijkheid moeten bestaan, voorafgaande aan de totstandkoming van een overeenkomst, een goedkeurende verklaring te vragen bij de bevoegde rechter, inhoudende dat de franchise bepalingen niet van toepassing zijn op de beoogde overeenkomst (vergelijkbaar met de verzoekschriftenprocedure bij de rechter voor afwijkende huurbedingen in het huurrecht voor bedrijfsruimten).

## **5. Gevolgen invoering**

Het is onze verwachting dat (ongewijzigde) invoering van nieuwe franchisewetgeving, zoals verwoord in het voorliggende wetsontwerp, nadelig zal uitpakken voor een goede ontwikkeling van franchise in Nederland. Met de wetgeving wordt beoogd franchisenemers een sterkere positie te geven, in de veronderstelling dat de franchise-nemer thans in een zwakkere positie verkeert ten opzichte van de franchisenemer.

Alhoewel wij geen oordeel kunnen geven over de situatie in andere branches, is van de veronderstelde zwakkere positie van de franchisenemer in de benzine branche geen sprake.

Indien desalniettemin door toepasselijkheid van de franchisewetgeving de positie van de DoDo-dealer of exploitant/huurder verder wordt versterkt, is de kans zeer wel aanwezig dat dit ten koste zal gaan van de verdere ontwikkeling van formules en/of werkprocessen, die door derden kunnen worden aangewend ter optimalisatie van de exploitatie van verkooppunten voor motorbrandstoffen en investeringen in verkooppunten, die door derden worden geëxploiteerd. Hierbij dient tevens in aanmerking genomen te worden dat de ontwikkeling van formules en/of werkprocessen zich niet beperkt tot Nederland alleen. Wij begrijpen overigens dat er nog onlangs in Europa verzoeken zijn gericht aan de Europese Commissie in het kader van harmonisatie van franchise wetgeving.

Zoals hierboven reeds opgemerkt zal de invoering van franchisewetgeving in haar huidige vorm voorts leiden tot vele onduidelijkheden, rechtszaken en een grote belasting bij franchisegevers contracten aan te passen. De vraag is hoe met de hieruit voortvloeiende kosten zal worden omgegaan.

### **7<sup>e</sup> Conclusie**

Het ligt in de verwachting dat investeringen door oliemaatschappijen/handelaren in verkooppunten, geëxploiteerd door derden steeds risicovoller worden geacht, ten opzichte van investeringen in stations die door dochterondernemingen.

Franchise wetgeving in de benzinebranche leidt tot een verslechtering voor zowel franchisegevers als franchisenemers en zullen een negatieve ontwikkeling hebben op de ontwikkeling van franchise in Nederland.

7<sup>e</sup> Aanbeveling

Er zou moeten worden afgezien van franchisewetgeving in Nederland, die generiek van toepassing is op alle bedrijfsbranche waar franchise wordt toegepast. Voor dergelijke algemeen geldende wetgeving zou Europese regelgeving moeten worden afgewacht.

Capelle aan den IJssel, 24 mei 2017.

George Kwekel,

Senior Counsel