

AMERIKAANSE FRANCHISE REGELS

Let op bij verlenen merklicentie

Bij “franchises” wordt meestal gedacht aan McDonalds en vergelijkbare ketens die vaak hun oorsprong hebben in de Verenigde Staten. Maar weinig Nederlanders wagen zich met een traditionele franchise-formule op de Amerikaanse markt. Toch kunnen ondernemers die hun producten en merken op de Amerikaanse markt afzetten onbedoeld met franchise wetgeving te maken krijgen.



Carl van der Zandt

Inleiding

Met name merkenlicenties en distributieovereenkomsten waarbij een merklicentie wordt verleend, lopen het risico gekwalificeerd te worden als een franchise. In dit artikel wordt uitgelegd hoe dit komt en wat de mogelijke gevolgen daarvan zijn.

Omdat franchises in de V.S. zowel op federaal niveau als per afzonderlijke staat gereguleerd kunnen worden, wordt ook op de regels van de staat New York ingegaan. Staten mogen hun eigen franchise regelgeving invoeren mits deze niet strijdig zijn met de federale regels.

De Amerikaanse franchise regels zijn van toepassing op transacties die binnen de eigen grenzen worden aangeboden. Dus ook Nederlandse franchise aanbieders zonder

feitelijke, juridische en/of fiscale aanwezigheid in de V.S. moeten aan de franchise regels voldoen.

Bij de bespreking hieronder wordt als voorbeeld een Nederlands modebedrijf genomen dat haar eigen merkkleding exporteert naar de V.S. Een lokale partner krijgt het recht om deze kleding onder het merk van het Nederlandse bedrijf te verkopen. Er wordt afgesproken dat de Amerikaanse partner ook zelf kleding mag produceren en op de markt mag brengen onder het Nederlandse merk, mits hij voldoet aan bepaalde kwaliteits- en imago-eisen. Vanwege de grote omvang van de Amerikaanse markt mag de partner alleen verkopen in de New Yorkse tri-state regio (circa 22 miljoen inwoners).

Reikwijdte Franchise Rule

Op federaal (nationaal) niveau bepaalt de zogenaamde “Franchise Rule” wat onder een “franchise” moet worden verstaan en aan welke verplichtingen de franchisegever moet voldoen alvorens een franchise transactie aan te gaan. De Franchise Rule wordt gehandhaafd door de Federal Trade Commission (“FTC”).

De Franchise Rule heeft als uitgangspunt dat elke zakelijke transactie die voldoet aan de volgende drie elementen onder het begrip “franchise” valt en dus moet voldoen aan de eisen van deze wet:

- (1) Een belofte om een merk ter beschikking te stellen aan de franchise-nemer; en
- (2) aanzienlijke controle en/of assistentie bij de bedrijfsvoering van de franchise-nemer; en

- (3) een betalingsverplichting van tenminste \$500 aan de franchise-gever gedurende de eerste zes maanden van de transactie.

In ons “kleding-voorbeeld” is sprake van het terbeschikkingstellen van een merk. Ook de betalingsverplichting zal waarschijnlijk aanwezig zijn. Zowel rechters als de FTC interpreteren deze ruim en scharen daaronder ook royaltybetalingen voor het gebruik van een merk. De FTC zegt in haar “Interpretative Guides” hierover:

“ ‘Payment’ is intended to be read broadly, capturing all sources of revenue that a franchisee must pay to a franchisor... Required payments may include: initial franchise fee;... advertising assistance;...training;...promotional literature;...and continuing royalties on sales.”

In ons voorbeeld en voor de meeste merkenlicenties geldt dat de mate van controle beslissend zal of er al dan niet sprake is van een franchise. De lat blijkt hierbij in de praktijk laag te liggen. De volgende gedragingen kunnen ieder op zichzelf al voldoende zijn om aan de “controle eis” te voldoen:

- Voorwaarden verkooppunten;
- Productie-voorwaarden;
- Beperkingen ten aanzien van de klantenkring;
- Beperkingen ten aanzien van het verkoopgebied;
- Het verplicht volgen van verkooptraining.

Omdat met name Amerikaanse merkenlicenties vaak uitgebreide voorwaarden bevatten waaraan de merkenlicentie-nemer moet voldoen¹, worden deze regelmatig als franchise gekwalificeerd.

Verplichtingen Franchise Rule

Indien er sprake is van een franchise onder de Franchise Rule dan moet een Franchise Disclosure Document ("FDD") worden opgesteld met gedetailleerde informatie over onder andere:

- Het franchise-concept en de voorwaarden van het aanbod;
- De onderneming, inclusief gelieerde ondernemingen;
- Betrokkenheid bij juridische procedures (zowel civiel- als strafrechtelijk) en faillissementen;
- Financiële jaarstukken;
- De verplichtingen van de franchise-nemer.

Ten minste veertien dagen voordat een overeenkomst wordt ondertekend of voordat een eerste betaling aan de franchise-gever wordt gedaan, moet de franchise-gever de FDD aanbieden aan potentiële franchise-nemers. Veel bedrijven vinden het onprettig om aan bovenstaande informatieplicht te voldoen. In een poging deze te ontlopen wordt soms gebruik gemaakt van een tussenpersoon met de gedachte dat dan alleen deze Amerikaanse tussenpersoon aan de Franchise Rule moet voldoen. De FTC heeft hier een stokje voor gestoken door te bepalen dat in dergelijke gevallen beiden feitelijk als franchise-gever optreden, respectievelijk als franchise-gever en sub-franchise-gever. Beiden worden hoofdelijk aansprakelijk gehouden voor elkaars naleving van de franchise-regels.

Uitzonderingen Toepassing Franchise Rule

Een aantal transacties zijn vrijgesteld van de toepassing van de Franchise Rule. Het voert te ver om in het kader van dit artikel in detail op alle uitzonderingen in te gaan, maar het is belangrijk om te weten dat er uitzonderingen zijn voor zeer kleine of juist zeer grote franchise-ondernemingen.

Overtredingen Franchise Rule

Franchise-gevers die zich niet houden aan de verplichtingen van de Franchise Rule lopen het risico tegen FTC boetes aan te lopen tot \$10.000 per overtreding of per dag dat de overtreding voortduurt. De franchise-nemer kan verder door de rechter extra in bescherming genomen worden. De rechter kan bepalen dat de betreffende overeenkomst niet of niet onverkort juridisch kan worden afgedwongen, en hij kan langere opzegtermijnen en hogere beëindigingsvergoedingen toekennen.

Statenrechtelijke Franchise Regels

Vele staten hebben in aanvulling op de federale Franchise Rule hun eigen franchise regelgeving ingevoerd. Een aantal van hen, waaronder Californië, Illinois, Maryland en New York, verplichten niet alleen tot het opstellen van een informatiedocument vergelijkbaar met de FDD, de zogenaamde "offering circular", maar verplichten ook om dit document ter inzage te leggen bij de staat². De New Yorkse franchise regels (New York General Business Law Article 33 en Title 13 NY Codes Rules and Regulations Part 200, hierna gezamenlijk aangeduid als "NY Franchise Rules") eisen slechts twee elementen om van een franchise te kunnen spreken:

- Een marketing-plan; en
- Een franchise-vergoeding; ofwel
- Het recht om een merk van de franchise-gever te gebruiken; en
- Een franchise-vergoeding.

Ook in New York wordt het begrip franchise-vergoeding ruim geïnterpreteerd en vallen royaltybetalingen ook daaronder. Als de ondernemer uit ons merkkleding-voorbeeld (of andere merklicentiegevers) toepassing van de Franchise Rule weet te ontlopen en zaken gaat doen in New York, dan kunnen de New Yorkse franchise regels toch van toepassing zijn.

Verplichtingen NY Franchise Rules

In New York moet niet alleen een "Franchise Offering Prospectus" (vergelijkbaar met de FDD) worden opgesteld, deze moet ook worden gedeponereerd bij de staat New York tegen betaling van \$750. De staat New York heeft verder het recht om van de franchise-gever zekerheid te vragen in de vorm van een bedrag in escrow of een "bond", indien deze onvoldoende financiële middelen heeft aangetoond om zijn verplichtingen uit de prospectus te kunnen naleven.

Uitzonderingen Toepassing NY Franchise Rules

Ook de NY Franchise Rules kennen uitzonderingen voor kleine en grote franchises.

Overtredingen NY Franchise Rules

De NY Franchise Rules kunnen zowel civielrechtelijk als strafrechtelijk worden afgedwongen waarbij boetes tot \$1.000 of gevangenisstraf tot 1 jaar kan worden opgelegd. De ingebreke zijnde franchise-gever kan verplicht worden de kosten van het onder-

zoek naar zijn overtredingen te betalen en hij kan verplicht worden om in New York voor verhoor te verschijnen. Bovendien hebben benadeelde partijen, waaronder (potentiële) franchise-nemers, ook zelf het recht claims in te dienen en schadevergoeding te eisen van de franchise-gever.

Ingeval van niet-nakoming van franchise-regels kunnen rechters (in New York maar ook in andere staten) bovendien opzegtermijnen tot 180 dagen opleggen of franchise-gever dwingen om voorraden terug te kopen.

Conclusie

Het is van belang dat Nederlandse merkhouders die producten en/of diensten willen gaan afzetten in de V.S. vooraf onderzoeken of Amerikaanse franchise regels van toepassing zijn. Daarbij is de praktijk doorslaggevend en niet de titel bovenaan het contract. De wettelijke verplichtingen kunnen per staat aanzienlijk uiteenlopen. Wanneer een merklicentie deel uitmaakt van de gewenste transactie zal het in veel gevallen afhangen van de mate waarin controle wordt uitgeoefend op de Amerikaanse zakenpartner of franchise regels van toepassing zijn. Een (Nederlandse) ondernemer kan de juridische verantwoordelijkheid voor naleving van de Amerikaanse franchise regels niet afschuiven op de Amerikaanse partner. Beiden kunnen worden aangesproken en beiden zijn verantwoordelijk voor elkaars naleving van de betreffende regels.

Ingeval van export naar meerdere staten in de V.S., kan het praktisch zijn om een informatiedocument op te stellen dat voldoet aan de Franchise Rule en aan de regels van één strenge "franchise-staat", bijvoorbeeld New York. Deze prospectus kan dan meestal zonder veel aanpassingen elders in de V.S. worden aangeboden en/of gedeponereerd.

Carl van der Zandt

partner Gusy Van der Zandt LLP, New York
E: cz@gusyvanderzandt.com
T: +1 646 502 8066

Meer weten? www.fenedexpress.nl, zoek op **Franchising, Contracten met tussenpersonen, Verenigde Staten**

Voetnoten

1. Dit heeft o.a. te maken met de Amerikaanse wettelijke eis dat een merkhouder zijn merkrecht kan verliezen indien hij een "naked license" uitgeeft, dat wil zeggen een licentie waarbij hij geen of nauwelijks kwaliteitscontrole uitoefent.
2. De andere staten zijn Hawaii, Indiana, Michigan, Minnesota, North Dakota, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Virginia, Washington en Wisconsin.