

Wij zijn tegen wettelijke verankering van de NFC.

Woord vooraf:

Het lijkt ons verstandig om voor één code te kiezen, namelijk voor de onlangs geactualiseerde Europese Erecode 2016 inzake Franchising. Dit standpunt kan niet vaak genoeg herhaald worden. In Europees verband is gewerkt aan een optimale update van de Europese Erecode Franchise welke in 2016 door geheel Europa is aangenomen. Daarnaast zitten we niet te wachten op nog een extra Nederlandse code, die ook nog eens wettelijk verankerd wordt. Dan zouden we te maken hebben met 2 codes; de eigen Franchiseovereenkomst (FO) en het handboek (HB), de jurisprudentie en nieuwe jurisprudentie nav de wettelijke verankering van de NFC en de rechtspraak. Hoe ingewikkeld willen we het maken? Dit haalt de slagvaardigheid uit het ondernemerschap en leidt alleen tot onnodige (juridische) kostenverhoging en onzekerheid. Daarnaast zet het de verhoudingen aanmerkelijk meer op scherp. De basis van een samenwerkingsverband als Franchise is vertrouwen. Dit kun je niet door allerlei wettelijke (papieren) maatregelen verbeteren, maar zal iedere organisatie zelf met een zorgvuldige communicatiestructuur en heldere afspraken dienen op te lossen.

De wettelijke verankering van de NFC is naar onze mening ongewenst beperkend, betuttelend en beteugelend. Daarnaast kan een dergelijke specifieke code in de praktijk niet toegepast worden op branches die niet op elkaar lijken. Bij de code is in ieder geval veel te weinig rekening gehouden met de dienstverlenende sector. De markt vraagt juist om minder regels, meer vrijheid en een flexibel businessmodel. Het is aan de Franchisegever (FG) om dit op een zorgvuldige wijze te regelen in HB en FO en in overleg met de Franchiseraad (FR) en/of de Franchisevereniging (FV). De wettelijke verankering van de NFC brengt slagvaardigheid en daarmee de continuïteit van FG én de Franchisenemers (FN's) in gevaar. Mocht er een juridisch haakje of wettelijke verankering komen, dan zal er voor alle partijen veel onzekerheid ontstaan, omdat opnieuw jurisprudentie gevormd dient te worden. Zelfregulering werkt al jaren goed, op een aantal uitzonderingen na. Wij zijn dan ook van mening en hebben de ervaring dat het recht op dit moment zegeviert. De wettelijke verankering van de NFC doet hier mogelijk afbreuk aan, maakt het ondernemen buitengewoon complex en voegt weinig positiefs toe. Verder komt de NFC op ons onevenwichtig over en is te weinig wederkerig. De FG heeft in verhouding tot de FN relatief veel verplichtingen (ook sec in aantallen) en wordt qua ontwikkeling en innovatie aan banden gelegd. Onderdelen waarvoor juist de FN fee betaalt en waarbij de FN verwacht hierin door de FG ontzorgd en geholpen te worden.

Daarnaast vragen wij ons serieus af of er in franchiseland wel zoveel mis gaat. We zijn bekend met een aantal incidenten bij een beperkte groep FG's. Maar we hebben altijd geleerd dat je niet obv incidenten je beleid moet wijzigen. Op 750 formules en 30.000 franchisenemers, zien we minder dan 30 uitspraken van de rechter op jaarbasis. Dat is 1:1000. Er zijn geen aanwijzingen dat de rechter op basis van huidige regels en Europese gedragscode niet tot een afgewogen oordeel kan komen. De Europese Erecode voldeed en voldoet naast de huidige jurisprudentie wat ons betreft prima. Daarnaast vragen wij ons ernstig af, of we in dit kader terug moeten naar een Nederlandse code. Het lijkt ons van belang, om de kracht van franchise en daarbij het ondernemerschap in deze moeilijke en veranderlijke tijden juist maximaal uit te nutten en niet door allerlei (wettelijke) regeltjes te beperken. De wettelijke verankering van de NFC maakt het Franchisemodel statischer. Om in te kunnen blijven spelen op de markt, vraagt dit echter om een dynamisch, flexibel en innovatief samenwerkingsmodel én om ondernemerschap. De FG moet de kans krijgen om samen met de FN's adequaat op de steeds veranderende markt in te spelen. De wettelijke verankering van de NFC kan derhalve ook zeker bedreigend zijn voor de continuïteit van de FN. Willen we het Franchisemodel serieus nemen en de kans geven om hiermee in te kunnen (blijven) spelen op de huidige en toekomstige marktontwikkelingen, dan werkt de NFC ongewenst beperkend en vertragend. We pleiten daarom voor zelfregulering en de Europese Erecode Inzake Franchising (EFF) als leidraad aan te houden. Dit is in het belang van zowel de FN's als de FG. Als FG hebben we een zorgplicht en hier dienen we als FG altijd zorgvuldig mee om te gaan. Daarnaast heeft de FN een inspanningsverplichting. De win-win situatie voor beide partijen is en blijft altijd de basis voor het succes van deze mooie samenwerkingsvorm.

NB1: Als zelfregulering een gepasseerd station is, wat wij betwijfelen, hang dan niet NFC 2016 met een AMvB in een wet, maar maak dan een echte franchisewet. Dat is democratischer, duidelijker en beter dan een wet én een separate code met daarop een aparte toelichting, waarin veel open normen staan en die tegenstrijdigheden bevatten, die dus tot onduidelijke situaties zullen leiden met veel meer rechtszaken dan nu.

NB2: We vertrouwen erop dat de reacties in dit traject zorgvuldig beoordeeld worden op basis van de onderbouwing van de individuele standpunten en waarbij daarnaast rekening gehouden wordt met het aantal reacties in verhouding tot het aantal Franchisenemers (circa 30.000) en het aantal Franchisegevers (circa 700).

Ben Buitelaar, Manager Franchise bij Yarden

1. Commentaar op het wetsvoorstel en Memorie van Toelichting

- **Wij hebben een goede relatie met onze franchisenemers en herkennen ons niet in de geschetste incidenten.**
- **Het wetsvoorstel gaat uit van wantrouwen; franchising werkt alleen als samenwerkingsmodel. Dat kun je alleen ondersteunen met een gedragscode die draagvlak heeft in de hele sector. En dat is niet het geval met de NFC in de huidige vorm.** Het wetsvoorstel, de toelichting en de NFC die aan het wetsvoorstel zal worden gehangen, tasten onze samenwerking aan. De onderlinge verhoudingen verharderen en de administratieve lasten en kosten nemen toe met "Pas toe, leg uit". Wat met "Pas toe, leg uit" kan worden uitgesloten, wordt afhankelijk van een mogelijk te ontwikkelen AMvB (299 g, lid 3).
- **Een onafhankelijke onderbouwing voor nut, noodzaak en proportionaliteit van het wetsvoorstel én de NFC ontbreken.** De memorie van toelichting begint met de constatering dat er geen aanwijzingen zijn voor misstanden binnen franchiseketens en dat slechts op individueel niveau aanwijzingen bestaan voor conflicten tussen franchisegever en franchisenemers. Om daarna in tientallen pagina's te rechtvaardigen dat op basis van deze incidenten wordt ingegrepen in alle relaties. Het ontstaan van incidenten rechtvaardigt ons inziens geen wet die zo sterk ingrijpt in de contractvrijheid van een hele sector! Op 750 formules en 30.000 franchisenemers, zien we minder dan 20 uitspraken van de rechter op jaarbasis. Er zijn geen aanwijzingen dat de rechter op basis van huidige regels en Europese gedragscode niet tot een afgewogen oordeel kan komen.
- **Er staan verschillende definities in het wetsvoorstel: franchiseformule, franchisegever, franchisenemer, franchiseovereenkomst en voorovereenkomst. Maar de belangrijkste, namelijk wat franchise is, ontbreekt!** En juist daarop, en vooral op de definitie van franchising en de toelichting daarop in de NFC, is de meeste kritiek. Op de definities in de NFC is "pas toe leg uit" niet mogelijk. De definitie van franchising in de NFC wijkt sterk af van wat nu in Europa of Nederland gebruikelijk is. Die definitie is namelijk veel breder en raakt ook aan zaken die in andere wetten al zijn geregeld, zoals financiering en huurwetgeving. Het wetsvoorstel en de code moeten aansluiten bij de definitie zoals die staat in de Europese Erecode inzake Franchising, een definitie die notabene al vele jaren uitstekend functioneert.
- Nederlandse franchisegevers zijn vóór een gedragscode op basis van zelfregulering die een breed samengesteld draagvlak vanuit de sector heeft. **Wij pleiten voor een focus op afspraken over de precontractuele fase en afspraken over tot stand komen van betrouwbare omzetprognoses, mits die mogelijk zijn.** Het huidige wetsvoorstel lijkt het afgeven van "te verwachten omzet, de benodigde investeringen en de te verwachten kosten" wettelijk te verplichten. Bij startups en onzekere marktsituaties kunnen uitkomsten daarvan variëren. Door te spreken van "te verwachten omzet" gaat de wetgever ervan uit dat ondernemen in de franchisesector tot een "te verwachten omzet" zal leiden. Dat is niet zo. Resultaten zijn in grote mate afhankelijk van hoe een franchisenemer "lokaal ondernemerschap" invult en marktomstandigheden.
- In het wetsvoorstel staat dat een code aan de wet kan worden gehangen waarin "buitengerechtelijke klachten- en geschilbeslechtsprocedures" zijn geregeld. In de huidige NFC

is dat nog niet het geval, waardoor de NFC in zijn huidige vorm nog niet aan de wet kan worden gehangen.

- **In de NFC die t.z.t. aan de wet wordt gekoppeld, is aangegeven dat de toelichting van de NFC dezelfde status heeft als de artikeltekst. Die toelichting bevat echter veel tegenstrijdigheden en komt vaak bovenop een artikel / heeft geen verklarende maar een verzwarende waarde.** In de Memorie van Toelichting staat nu *"Beoogd wordt de NFC als gedragscode aan te wijzen. De NFC bevat voorschriften met een toelichting. De eventuele aanwijzing van de code ziet alleen op de voorschriften. Wel is het zo dat de toelichting in veel gevallen een aanbeveling geeft voor de inhoudelijke invulling en wijze van toepassing van de codevoorschriften."* Onduidelijk is daarmee welke juridische status de toelichting op de te beoogd te verankeren versie van de NFC heeft en hoe tegenstrijdige / verzwarende bepalingen uitwerken. Het zou goed zijn als de Raad van State naar het geheel kijkt, en niet maar een deel van de wet.

2. Feedback op het hele proces

De franchisesector is erg divers samengesteld. Een "stickerformule" waar € 40,- fee per maand voor wordt betaald is niet te vergelijken met een grote supermarktketen. De NFC 2016 is geschreven door vier vertegenwoordigers, allemaal afkomstig uit de detailhandel, die in een commissie zijn benoemd door de minister. Door de geheimhouding waaronder deze groep heeft geopereerd, is niet gewerkt aan draagvlak. Daarom was de publieke consultatie daarna zo belangrijk. Veel franchisegevers reageerden uitgebreid op de consultatie in de zomer van 2015, tegenover korte steunbetuigingen van een groep franchisenemers, nagenoeg alleen uit de achterban van Vakcentrum, die de twee leden vanuit franchisenemers leverden. De feedback van die consultatie zien we totaal niet terug in het uiteindelijke resultaat. Er was een denktank, maar met hun input is niets gedaan en leden van deze groep onderschreven nadrukkelijk niet het opgeleverde resultaat. Ik als formule voel mij totaal niet gehoord in dat proces. Wij herkennen ons totaal niet in wat in de toelichting op bladzijde 10 staat: *"Tegenover deze weerstand van een relatief kleine groep, doorgaans grote, ondernemingen, bleek een meerderheid te staan die geen bezwaren had tegen de NFC en die de NFC in overeenstemming achtte met een gezond franchisemodel of met een reeds lang bestaande en bevredigende praktijk."* Wij zijn voor een goede gedragscode, maar tegen de NFC in de huidige vorm.

En nu wordt een niet gedragen resultaat van een proces, dat erop gericht was om op basis van zelfregulering afspraken te maken, tot wet gemaakt. De overheid pakt nu een document waaronder van niemand uit de sector een handtekening staat op en verheft dat straks door een AMvB tot wet. Een jaar na publicatie van de NFC heeft bijna niemand hem toegepast; op 750 formules niet eens een handvol. **Het is ongehoord dat de overheid probeert om de inhoud van de NFC zelf buiten de huidige internetconsultatie te houden! Omdat de NFC door de overheid wordt verankerd in een wet en daarmee de status krijgt van een wet en zo diep ingrijpt in de contractuele relaties van meer dan dertigduizend ondernemers, staan wij erop dat ook de NFC tegelijkertijd met het wetsvoorstel voor inhoudelijk advies naar de Raad van State wordt gestuurd en marktconsultatie mogelijk wordt gemaakt.**

De NFC in de huidige vorm bevat een flink aantal bepalingen waar veel franchisegevers problemen mee hebben. Wij vinden de NFC té uitgebreid, er staan onderwerpen in die niet in een gedragscode thuishoren maar in het franchisecontract, definities zijn niet helder, belangrijke verplichtingen ontbreken en de zorgplicht van de franchisegever wordt verder uitgebreid, wat niet in lijn is met de geldende jurisprudentie.

Als de overheid de NFC in de huidige vorm oplegt aan de sector, kunnen wij als franchiseformule minder voortvarend innoveren/groeien. Verder moeten we flinke kosten maken om contracten aan te passen ("Pas toe, leg uit") en moeten wij onszelf indekken tegen mogelijke problemen, die voor de rechter zullen worden uitgevochten. Deze kosten zullen vooral zwaar wegen voor de kleinere formules. 78% van alle Nederlandse franchiseformules heeft minder dan 50 franchisenemers, met veelal maar enkele medewerkers in een centrale organisatie.

3. **Individuele, inhoudelijke reactie op NFC in relatie tot franchiseovereenkomsten in zijn algemeenheid**

1. Er is een nieuwe, te veel omvattende definitie van franchising vastgelegd in de NFC in hoofdstuk 1, waarvan niet mag worden afgeweken. In toelichting op 1.5 staat bijvoorbeeld dat ook een coöperatieovereenkomst of huurovereenkomst onder franchiseovereenkomst gevat worden, terwijl daarvoor al zaken wettelijk (dwingendrechtelijk) geregeld zijn. Zo ook financieringsovereenkomsten. Voor een non-concurrentiebeding moet een redelijk belang zijn.
2. In toelichting 1.2 staat dat alle mogelijke nevenactiviteiten/producten die mogelijk kunnen concurreren met de formule niet mogen plaatsvinden tenzij uitdrukkelijk en schriftelijk anders overeengekomen tussen franchisegever en franchisenemer.
De toelichting op art. 2.3.c. NFC over het ontwikkelen van afgeleide of secundaire formules, belemmert innovatie en doorontwikkelen van formule
3. In 1.6 gaat de definitie van het component geheim verder en is beperkender dan in de Europese Erecode. In deze EFC wordt tevens gesproken over het feit dat de knowhow als geheel of de term niet is bedoeld in de nauwe betekenis van het woord knowhow. Met name bij franchiseformules binnen de dienstverlening zonder specifiek, eventueel gepatenteerd product, is deze verruiming van de term "geheim" van wezenlijk belang.
4. 1.8.b.2 Beperkt zowel franchisegever als franchisenemer om via een 2^{de} verkoopkanaal, bijv internet, goederen en/of diensten aan te bieden die grensoverstijgend zijn aan het exclusiviteitsgebied. Middels goede afspraken over bijv omzetverdeling zou dit zowel franchisenemer als franchisegever ten goede kunnen komen.
5. Art. 2.2 NFC over het uitsluiten van regelend recht van boek 3 en 6 BW is onnodige beperking contractsvrijheid franchisegever
6. 2.3.d. Over de kosten van de genoemde praktische middelen in dit artikel dienen tijdig afspraken te worden gemaakt. Het kan niet zo zijn dat franchisegever al deze kosten dient te dragen.
7. De franchisegever wordt geacht een brede zorgplicht te hebben naar de franchisenemer (bijv. art. 3.6.d), ongeacht grootte van de franchisenemer en het aantal vestigingen van de formule onder zijn beheer (multifranchise), noch de grootte van de franchisegever die vaak een MKB-bedrijf voert, noch naar het soort formule (hard/zacht). De zorgplicht en ondersteuning van de -gever, zijn niet gerelateerd aan de betaalde vergoeding (bijv. art.2.3 lid f); proportionaliteit m.b.t. de zorgplicht ontbreekt. Zorgplicht stelt hulpvraag van franchisenemer voorop en niet de eigen verantwoordelijkheid van ondernemer.
Notabene: In de Toelichting op art. 3.6.d. staat dat de franchisegever dient "**in te staan**" voor de deugdelijkheid.... Et cetera. Dit lijkt sterk op een garantieverbintenis waarmee de NFC verder gaat dan wat tot op heden in internationaal verband gangbaar is (zie conclusie AG in het Street One arrest). Dit "instaan" kan de opmaat zijn voor aansprakelijkheid voor franchisegevers voor door franchisenemers niet gerealiseerde winsten.
8. In artikel 3.6. wordt in 10 artikelen omschreven welke informatie de franchisegever moet verstrekken. In sommige formules is het onmogelijk om alle gevraagde informatie te verstrekken.
9. Artikelen 3.1, 3.2 en 3.3 inzake werving en selectie moeten nadrukkelijk gezien worden in het licht van de wet op de Acquisitiefraude en uitspraken van de minister omtrent toepassing van die wet tussen ondernemers onderling. Het benoemen van het label 'acquisitiefraude' volstaat dan om omkering van bewijslast te bewerkstelligen. Dat is niet redelijk, noch proportioneel.
10. Op basis van art. 2.3.i. mag een tweede of volgende franchiseovereenkomst met een bestaande franchisenemer niet geweigerd worden. Dat is een onredelijke inperking van contractvrijheid. Ondernemers mogen nooit worden gedwongen om contracten te sluiten.
11. De bepaling in Art 4.6.m. waarin staat dat in franchiseovereenkomst gronden voor beëindiging beschreven dienen te zijn, is onredelijk. Nu is al geregeld dat opzegtermijn billijk moet zijn alsook een ontbindingsvergoeding, indien afschrijvingstermijnen van investeringen nog niet zijn gehaald. In NFC wordt echter elke beëindiging onderhevig aan billijkheid en dat beperkt de contractvrijheid.
12. Think small first betekent dat een wet in de basis éérs de maatvoering van mkb-onderneming moet passen en niet uit moet gaan van meest complexe vorm en daardoor te uitgebreid wordt. Dit is een principe dat algemeen moet gelden voor EU-regels en ook voor NL wetgeving. De NFC

in de huidige vorm is daarop niet getoetst. De verwachting is dat hij ook niet zal voldoen, door de grote mate van detail

13. De franchiseraad of het collectief van franchisenemers wordt een grote rol toegedicht. Vervolgens wordt de mogelijkheid gecreëerd dat individuele franchisenemers contracten openbreken, als een collectief besluit in individuele gevallen negatief uitvalt (zie bijvoorbeeld artikel 2.6 (h) inzake majeure wijziging). Ook artikelen 2.6.c en 2.6.h versterken ondermijning van slagkracht, autonomie en innovatievermogen van formules door instemming van de franchisevertegenwoordiging verplicht te stellen.
14. Eigenaarschap van formule is door de bepalingen in NFC niet meer van franchisenemer, maar wordt eigendom van het collectief (art. 2.6), waardoor de scheiding van verantwoordelijkheden niet meer werken: De franchisegever draagt de volledige zorgplicht, maar kan geen materiële besluiten nemen zonder toestemming van de franchiseraad, waarvan de leden weer worden beschermd door die zorgplicht.
15. In de toelichting op Art. 2.5.a staat dat consumentendata door beide gebruikt mogen worden en in art. 4.6.j staat dat vastgelegd moet zijn wie bij beëindiging mag beschikken over consumentendata. Echter, data en knowhow zijn onderdeel van een formule.
16. Aan de heersende leer van het Europese Hof t.a.v. de bescherming van de knowhow en de mogelijkheid afnameverplichtingen overeen te komen, wordt afbreuk gedaan door het afzwakken daarvan ten nadele van de franchisegever (o.a. 2.3 g).
17. De (impliciete) verwijzing naar terugverdienmogelijkheden in artikelen 1.7, 1.8 en 2.2 zijn bij voorbeeld soft-franchise en inkoopcombinaties niet aan de orde. Dit geldt ook voor de toelichting bij artikel 4.6(k).
18. Art. 4.6.o van code en toelichting over de verkoop van een franchiseformule. Bestaande wetgeving bevat voldoende bescherming voor iedere contractant met die formule, dus ook voor de contracterende franchisenemers.
19. In de toelichting bij art. 3.6.d waarin beschreven staat hoe gekeken moet worden indien de prognose niet gerealiseerd wordt. Hier ontbreekt het ondernemerschap van de franchisenemer en zijn verantwoordelijkheid en inspanningsverplichting als zelfstandig ondernemer. Franchisenemer zal bij het niet realiseren van de prognose ook moeten kunnen aantonen welke activiteiten hij ondernomen heeft om deze prognose wel te realiseren.
20. 4.1. De NFC gaat veel verder dan de EFC en Europese wetgeving, waarbij er met name sprake is van beperkende maatregelen voor de franchisegever.