

Jachthavenweg 121
1081 KM Amsterdam
Postbus 75265
1070 AG Amsterdam

Zijne excellentie de heer Henk Kamp
(Minister van Economische Zaken)
Zijne excellentie de heer Stef Blok
(Minister van Veiligheid en Justitie)
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Datum 23 mei 2017
Onze ref. VD / internetconsultatie franchise
Inzake Reactie op concept wetsvoorstel wettelijke
verankering gedragscode franchise (wet tot wijziging
van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband
met de introductie van een regeling betreffende de
franchiseovereenkomst (regels voor franchising))

Hooggeachte heer Kamp, hooggeachte heer Blok,

Met interesse hebben wij kennisgenomen van uw beider conceptvoorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek ("**BW**") in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (het "**Voorstel**"). Van Doorne N.V. maakt graag gebruik van de gelegenheid om te reageren op de inhoud van het Voorstel en de daarbij behorende concept Memorie van Toelichting (de "**Memorie van Toelichting**" of "**MvT**"). Binnen ons kantoor heeft het team Commercial (Contracts & Litigation) zich toegelegd op franchise, naast distributie en agentuur. Op basis van onze eigen jarenlange ervaring met het opstellen van franchiseovereenkomsten, maar ook met het verlenen van juridische bijstand in talrijke conflicten tussen franchisegevers en franchisenemers, willen wij onze bijdrage leveren aan deze consultatie.

Wij concentreren ons in deze reactie op een aantal (juridische) aspecten van het Voorstel, te weten:

- Zin/doel van verankering in wetgeving en de status van de gedragscode;
- Aanpassingen voor wat betreft het gebruikte begrippenkader;
- Noodzaak regeling tot dwingend recht te verheffen;
- Evenwichtigheid van de gedragscode;
- Mogelijkheid tot afwijken van de gedragscode; en
- Geschillenbeslechting.

Kort samengevat geven wij u in overweging om dit Voorstel terug te nemen en in plaats hiervan een ander wetsvoorstel te presenteren waarbij niet de Nederlandse Franchise Code ("**NFC**") wettelijk wordt verankerd,

maar waarin de franchiseovereenkomst als zodanig bij wet wordt geregeld. Daarbij geven wij u in overweging om franchiseoverstijgende onderwerpen - zoals precontractuele informatieverplichtingen, onderzoeksverplichtingen en aansprakelijkheid - in een algemene regeling in (Titel 5 van) Boek 6 BW op te nemen.

Wij zijn van mening dat de belangen van zowel franchisegevers als franchisenemers zo beter zouden worden behartigd dan met het thans voorliggende Voorstel het geval is. Bovendien zou onzes inziens ook de rechtszekerheid daarmee gediend zijn.

In het onderstaande zullen wij onze aanbevelingen uiteenzetten en toelichten.

1 Inleiding

- 1.1 Het Voorstel beoogt een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst in het leven te roepen, waarbij de belangen van de franchisegever en die van de (aspirant-)franchisenemer(s) voorafgaand aan alsook na het sluiten van een franchiseovereenkomst "*meer in balans*" worden gebracht, aldus de Memorie van Toelichting.¹ Het slechts twee artikelleden tellende Voorstel zal verdere invulling krijgen middels een bij Algemene Maatregel van Bestuur ("**AMvB**") aan te wijzen gedragscode (of een deel ervan). De Memorie van Toelichting laat er weinig misverstand over bestaan dat als aan te wijzen gedragscode de Nederlandse Franchise Code ("**NFC**") die in februari vorig jaar is gelanceerd, in aanmerking komt. De tekst van de Memorie van Toelichting neemt daar ook al een voorschot op.
- 1.2 De Memorie van Toelichting besteedt uitvoerig aandacht aan de moeizame totstandkoming van de NFC. In dit kader willen wij niet onvermeld laten de door de Vereniging voor Distributie-, Franchise- en Agentuurrecht ("**Vereniging DFA**") aangeboden alternatieve DFA Gedragscode Franchise.² Die gepresenteerde alternatieve gedragscode wordt in de Memorie van Toelichting niet genoemd. Sterker nog, de kritiek die in het bijzonder van franchisegeverszijde eerder op de NFC is geuit, lijkt te worden gebagatelliseerd. Naar ons idee zou het Voorstel de bekende punten van kritiek op de NFC (ook) moeten adresseren en zouden gegronde kritiekpunten overigens al eerder tot aanpassing van de tekst van de NFC hebben moeten leiden. Gelet op het voorgaande verbaast het ons zeer dat het Voorstel een simpele wettelijke verankering van de NFC betreft, zonder oog te hebben voor de kritiek op de NFC vanuit franchisegeverszijde. Dit, terwijl de Memorie van Toelichting tegelijkertijd ook benadrukt de belangen van beide partijen "*meer in balans*" te willen brengen.
- 1.3 De Memorie van Toelichting verliest uit het blikveld dat bij franchising niet alleen de franchisegever maar ook de franchisenemer voordelen ondervindt. Er zijn niet enkel nadelen en problemen voor franchisenemers, zoals de Memorie van Toelichting suggereert. Zo draagt de franchisenemer weliswaar het ondernemersrisico, maar profiteert hij wel in vele gevallen van de bestaande naamsbekendheid en het succes van de franchiseformule, waardoor zijn ondernemersrisico vele malen geringer is dan wanneer hij *from scratch* als zelfstandig ondernemer (met eveneens risico's en problemen) zou moeten beginnen. Daar komt bij dat de Memorie van Toelichting de franchisegever als een soort boeman portretteert, die enkel uit is op eigen gewin en om franchisenemers pootje te lichten. Vergeten wordt dat de franchisegever er

¹ MvT p. 5.

² <http://www.vereniging-dfa.nl/dfa-gedragscode-franchise/>

zelf belang bij heeft dat zijn franchisenemers op succesvolle wijze hun onderneming voeren, want dat komt de sterkte van de franchiseformule en daarmee ook de franchisegever zelf ten goede. De risico's die een franchisegever neemt door met een franchisenemer in zee te gaan, blijven zelfs volledig onbelicht.

- 1.4 Met het "*meer in balans*" brengen van de belangen van de franchisegever en die van de (aspirant-)franchisenemer is uiteraard niets mis; sterker nog, wij onderschrijven dit ten zeerste. De balans moet alleen niet volledig doorslaan naar de kant van de franchisenemers, want dan is de nagestreefde balans (wederom) zoek. Dat is wat wij proeven in uw Voorstel en de beoogde wettelijke verankering van de NFC. Om die reden dringen wij aan op herbezinning en heroverweging teneinde tot een aangepast voorstel te komen dat de belangen van alle betrokken stakeholders recht doet.

2 **Zin/doel van verankering in wetgeving en de status van de gedragscode**

- 2.1 Waarom is de in de Memorie van Toelichting genoemde noodzaak van wettelijke verankering (nog) niet overtuigend? Waarom is de in het Voorstel gekozen constructie van een bij AMvB aan te wijzen gedragscode onwenselijk?

Regulering leidt niet (persé) tot economische groei

- 2.2 "*Regulering lijkt de sector in economische zin goed te doen*", zo concludeert de Memorie van Toelichting.³ Kort samengevat: omdat in de Verenigde Staten (VS) veel wordt gefranchised (in de VS is de bijdrage die franchise levert aan het bruto nationaal product bijna twee keer zoveel als in Nederland) en omdat daar sprake is van stringente regelgeving, moet het wel zo zijn dat ook de Nederlandse franchisesector baat zal hebben bij wettelijke verankering. Die gevolgtrekking gaat om meerdere redenen niet op.
- 2.3 Ten eerste is het maar zeer de vraag of de franchisesector in de VS daadwerkelijk groter is dan in Nederland. De (buitenlandse) statistieken die in de Memorie van Toelichting genoemd worden, zijn niet van een bronvermelding voorzien en daarmee oncontroleerbaar. Feit is dat het International Institute for the Unification of Private Law (UNIDRIOT) heeft vastgesteld dat het begrip "franchising" in de VS veel ruimer wordt geïnterpreteerd dan in Europa,⁴ zodat alleen al daardoor de franchisesector in de VS aanmerkelijk groter zal zijn dan in Nederland. Dat heeft niets met regulering uit te staan. Daar komt bij dat de achtergrond van regulering in de VS - voorkoming van fraude, zoals in het *Minnie Pearl Chicken System*⁵ - een andere is dan die de wetgever met het Voorstel voor ogen staat: het bieden van meer bescherming aan de franchisenemer.
- 2.4 Anders gezegd, het causaal verband dat in de Memorie van Toelichting zonder meer wordt aangenomen tussen regulering enerzijds en economische groei/bloei anderzijds is ongefundeerd en kan mitsdien niet als reden aangevoerd worden om de franchiseovereenkomst thans in Nederland wettelijk te gaan verankeren.

³ MvT p. 19.

⁴ UNIDRIOT Franchising Guide (2nd ed.), p. 256: "Statistics for franchising are often difficult to compare, as different types of businesses are included under the term "franchising" in different countries. Petrol stations are, for example, included under franchising in the United States of America whereas they are not in Europe."

⁵ Van der Heijden, diss. 1999, p. 364.

Rechtsonzekerheid en onduidelijkheid over de status van de gedragscode

- 2.5 Hoewel de Memorie van Toelichting aangeeft dat het Voorstel beoogt meer duidelijkheid te scheppen voor franchisegever en franchisenemer, zijn wij van mening dat dit doel met het voorliggende Voorstel niet werkelijk bereikt wordt. Hoewel het Voorstel zelf niet met zoveel woorden rept over de NFC, maar het in algemene termen heeft over een gedragscode, laat de Memorie van Toelichting daarover weinig aan de verbeelding over: "*Beoogd wordt de NFC als gedragscode aan te wijzen*"⁶, "*toepassing van de [NFC] is daarbij het uitgangspunt*"⁷ en "*de eventuele aanwijzing van de [NFC]*". De aanwijzing van de NFC beogen en de NFC als uitgangspunt nemen betekent niet automatisch dat de NFC - in zijn huidige vorm - ook daadwerkelijk als gedragscode aangewezen gaat worden. Totdat (een versie van) de NFC als gedragscode is aangemerkt, is het onduidelijk wat het Voorstel voor de praktijk gaat betekenen. Bovendien kan die gedragscode als AMvB steeds gewijzigd (blijven) worden. Daarmee is de rechtszekerheid - en de duidelijkheid die het Voorstel beoogt - allerminst gebaat. Het verdient daarom aanbeveling een uitgebreidere, uitgebalanceerde én vooral heldere regeling in de wet zelf vast te leggen in plaats van te opteren voor een regeling bij AMvB (met artikelen overeenkomstig de NFC waarvan de tekst op onderdelen niet helder is verwoord en waarvan onduidelijk is welke betekenis toegekend dient te worden aan de bij die artikelen gegeven toelichting). Fraai is anders. Maar belangrijker, de basis voor uitleg geschillen tussen franchisegevers en franchisenemers wordt zo op een presenteerblaadje aangeboden.
- 2.6 Een in de wet vastgelegde regeling verdient bovendien sterke voorkeur boven een bij AMvB vastgestelde gedragscode, omdat daarmee geen onduidelijkheid kan ontstaan over de status van die regeling. Die onduidelijkheid zal zeker wel gaan ontstaan in geval van aanwijzing van (een versie van) de NFC. Die NFC bevat namelijk niet alleen voorschriften, maar ook een toelichting op die voorschriften, terwijl die toelichting vervolgens ook weer (eigen) regels bevat. De vraag die zich dan direct laat stellen is: vallen die regels in de toelichting dan ook onder de gedragscode? Nee, zegt de Memorie van Toelichting met stelligheid: "*De eventuele aanwijzing van de [NFC] ziet alleen op de voorschriften.*"⁸ Maar, luidt dan het vervolg: "*Wel is het zo dat de toelichting in veel gevallen een aanbeveling geeft voor de inhoudelijke invulling en wijze van toepassing van de [NFC]-voorschriften.*" Met andere woorden: de toelichting bevat aanbevelingen, maar dat zijn uit hun aard geen (dwingende) voorschriften. Hoe daarmee - in het bijzonder door een rechter - moet worden omgegaan, blijft onduidelijk. Omdat de status van de toelichting fundamentele vragen oproept, verdient het aanbeveling om de regeling ter zake franchise direct in de wet vast te leggen, in plaats van een gedragscode. Dat een direct in de wet vastgelegde regeling niet de flexibiliteit zou hebben die het huidige Voorstel voor ogen heeft, is onzes inziens geen argument gelet op het volgende.
- 2.7 "[*Aanwijzing van een gedragscode bij AMvB*] biedt de partijen de mogelijkheid om zelf hun spelregels vast te leggen," aldus de Memorie van Toelichting.⁹ De praktijk is echter weerbarstiger. Zoals in de inleiding aangegeven, is de NFC op ongekend veel weerstand gestuit vanuit franchisegevers. Dit wordt ook expliciet in de Memorie van Toelichting benoemd.¹⁰ De conclusie echter die in de Memorie van Toelichting op basis van een door De Nationale

⁶ MvT, p. 21.

⁷ MvT, p. 11.

⁸ MvT, p. 21.

⁹ MvT, p. 13.

¹⁰ O.a. MvT p. 9-10.

Franchise Gids onder franchisegevers gehouden enquête¹¹ wordt getrokken - te weten: de weerstand tegen de gedragscode betreft een kleine groep tegenover een grote groep zonder bezwaren¹² lijkt - bij nadere bestudering van de resultaten onjuist. Uit dat onderzoek volgt dat maar liefst 51% van de franchisegevers ontevreden dan wel zéér ontevreden is over de NFC; 53% is tegen of onzeker over invoering van de NFC. Dat geeft toch echt wel te denken en zou naar ons oordeel aanleiding hebben moeten zijn tot inventarisatie van wezenlijke bezwaren van franchisegevers om vervolgens oplossingen c.q. alternatieve c.q. nadere toelichtingen aan te dragen om die bezwaren (goedgeels) te ondervangen c.q. op te lossen. De "flexibiliteit" die ter zake de AMvB betoogd wordt, is in het geheel niet overtuigend.

- 2.8 De aan te wijzen gedragscode doet overigens denken aan de regeling van de Corporate Governance Code ("CGC"), die ook bij AMvB wordt aangewezen en waarbij ook het pas-toe-of-leg-uit adagium voorop staat. Onzes inziens kan die manier van regelgeving echter niet één-op-één worden overgenomen voor de franchiseovereenkomst. Allereerst is de achtergrond van de CGC een geheel andere dan de onderhavige. De CGC ziet immers op maatschappelijke normen (die als zodanig logischerwijze in een gedragscode worden verwerkt), terwijl de NFC louter ziet op de verhouding van twee contractuele partijen. De laatste pleegt in formele wetgeving te worden vastgelegd (bijvoorbeeld: werkgever/werknemer, verkoper/(consument)koper, verhuurder/huurder, principaal/agent). Daarnaast merken wij op dat de CGC (alsook de herziene versie) een breed draagvlak kent binnen de sector, dit in tegenstelling tot de NFC.

Bescherming van de franchisenemer en regulering franchiseoverstijgende onderwerpen?

- 2.9 "Een aantal van de bijzondere overeenkomsten die nu in Boek 7 BW zijn geregeld, lijkt eerder op grond van een historische ontwikkeling te zijn gecodificeerd, dan vanwege de noodzaak van dwingendrechtelijke bescherming of een nadere aanvullende regeling naast het algemene overeenkomstenrecht", aldus Houben.¹³ Geheel in lijn hiermee vormt het voorliggende Voorstel het zoveelste lapje in de patchworkdeken die Boek 7 BW heet. En dat is te betreuren. Immers, de onderwerpen die in het Voorstel geadresseerd worden - informatieverplichting (en - onzes inziens had dat ook moeten gelden voor het spiegelbeeld daarvan - de onderzoeksverplichting) vóór het sluiten van de overeenkomst, de beëindiging van de overeenkomst - zijn knelpunten die zich niet alleen bij de franchiseovereenkomst voordoen, maar ook bij andere (onbenoemde) overeenkomsten een rol spelen. Wij wijzen in het bijzonder op de distributieovereenkomst.
- 2.10 De voorgestelde regeling lijkt met andere woorden een lapmiddel om zo tegemoet te komen aan kritische geluiden die vanuit franchisenemers worden geuit, terwijl wij menen dat de bredere praktijk en ook de wetssystematiek meer gebaat zouden zijn bij wetgeving waarvan het toepassingsbereik breder is, dus niet alleen toepasselijk voor franchiseovereenkomsten, maar ook voor andere (onbenoemde) overeenkomsten, zoals distributieovereenkomsten.
- 2.11 **Aanbeveling:** Voor een aantal in de NFC geregelde onderwerpen (o.a. precontractuele aansprakelijkheid) geldt dat het belang daarvan het onderwerp franchise stellig overstijgt. Om die reden bevelen wij aan om - rekening houdend met de wetssystematiek - een regeling daarvan in Boek 6 BW op te nemen, te weten in Titel 5. Voor onderwerpen die wél specifiek en louter relevant zijn voor de franchiseovereenkomst, adviseren wij die in een formele wet (niet bij AMvB)

¹¹ <https://denationalefranchisegids.nl/wp-content/uploads/2015/10/enquetefranchisecode1.pdf>.

¹² MvT, p. 10.

¹³ Asser/Houben 7-X 2015/ 33.

vast te leggen, teneinde rechtsonzekerheid te voorkomen en aldus duidelijkheid te creëren voor wat betreft de status van de regeling.

3 Aanpassingen voor wat betreft het gebruikte begrippenkader

- 3.1 In uw Voorstel wordt in artikel 399f een aantal begrippen gedefinieerd. Een aantal van die definities verdient onzes inziens aanpassing. Bovendien zijn wij van mening dat het begrip "vergoeding" - gelet op het belang daarvan - opname en uitwerking in het gehanteerde begrippenarsenaal verdient.

Franchiseformule

- 3.2 In de definitie van "franchiseformule" wordt gesproken over "een gemeenschappelijk handelsmerk (...) of een gemeenschappelijke handelsnaam (...)". Wij vermoeden dat de term "gemeenschappelijk" is gekozen gelet op de uniforme uitstraling die een franchiseorganisatie pleegt te hebben. Juridisch is het gebruik van dit woord echter minder voor de hand liggend, zo al niet rechtens onjuist. Het miskent namelijk dat uitsluitend de franchisegever rechthebbende is op het merk, naam, huisstijl etc. van de formule en dat franchisenemers enkel een gebruiksrecht verkrijgen, waarbij dat gebruiksrecht bij beëindiging van de franchiserelatie komt te vervallen. Van een *gemeenschappelijk* recht (in de zin van "mede-rechthebbende of gezamenlijk rechthebbende" zijn) is beslist geen sprake.

Franchisegever

- 3.3 Bij de definitie van "*franchisegever*" dient te worden verduidelijkt dat de franchisenemer de aan de franchisegever toebehorende formule mede mag exploiteren. De franchisegever exploiteert zijn formule immers mogelijk ook zelf en in elk geval via een of meer andere franchisenemers. Bovendien dient er een zinsnede met dezelfde strekking te worden toegevoegd als nu is opgenomen in de definitie van "*franchisenemer*". Het gaat om de passage "*of voornemens is om dit recht te verlenen*". Dat tekstdeel is immers - zo wij aannemen - opgenomen met het oog op de "*voorovereenkomst*", waarna partijen nog steeds vrijelijk kunnen beslissen om al dan niet met elkaar in zee te gaan en een "*franchiseovereenkomst*" te sluiten.

Franchiseovereenkomst

- 3.4 Bij de definitie van "*franchiseovereenkomst*" springt in het oog dat deze "*kan*" inhouden dat de franchisegever aan de franchisenemer gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst bepaalde commerciële of technische bijstand verleent, terwijl de NFC daarin veel strikter is en dit als een verplichting voor de franchisegever oplegt.

Vergoeding

- 3.5 Naast de in uw Voorstel opgenomen definities verdient het aanbeveling om het begrip "vergoeding" te expliciteren. De franchisenemer dient immers - zoals ook opgenomen in "*franchiseovereenkomst*" - voor het mede exploiteren van de franchiseformule, dus voor het gebruiken van het business model van de franchisegever inclusief alle hem toebehorende (intellectuele eigendoms)rechten, een vergoeding aan de franchisegever (een fee) te voldoen. Daarin onderscheidt een franchisenemer zich bijvoorbeeld van een agent, die voor zijn bemiddelingswerkzaamheden van de principaal provisie ontvangt.¹⁴ Aldus is een franchisenemer eerder te vergelijken met een huurder die zich (eveneens) verbindt tot het leveren van een geldelijke tegenprestatie aan de verhuurder. Die vergoeding kan uit een *geldelijke* vergoeding

¹⁴ Asser/Houben 7-X 2015/ 154.

bestaan, zoals een eenmalige entreefee al dan niet tezamen met periodieke vergoedingen (zoals periodiek verschuldigde franchisefees, marketingbijdragen etc.), maar het kan ook zo zijn dat er ook andere - *niet geldelijke* - prestaties geleverd moeten worden door de franchisenemer, zoals afnameverplichtingen. En hoe zit het in geval van een masterfranchiseovereenkomst? De masterfranchisegever ontvangt wellicht niet alleen van de master(hoofd)franchisenemer een (geldelijke) vergoeding, maar mogelijk ook een (indirecte) tegenprestatie van sub-franchisenemers die op hun beurt met de masterfranchisenemer een sub-franchiseovereenkomst sluiten. Teneinde onnodige discussie te voorkomen, verdient het aanbeveling een duidelijke omschrijving van het begrip "vergoeding" in te voegen.

- 3.6 **Aanbeveling:** De thans in het Voorstel in artikel 399f opgenomen definities van "*franchiseformule*", "*franchisegever*" en "*franchiseovereenkomst*" dienen te worden aangescherpt in de zin als hiervoor omschreven; een definitie van "vergoeding" dient te worden toegevoegd.

4 **Noodzaak regeling tot dwingend recht te verheffen**

- 4.1 De bedoeling van het wetsvoorstel is, aldus de Memorie van Toelichting, de positie van de franchisenemer te versterken. Om dit resultaat te bereiken, zo vervolgt de Memorie van Toelichting, dienen de franchisegever en franchisenemer de in artikel 399g lid 1 van het Voorstel aangewezen gedragscode toe te passen. Doet de franchisegever dit niet of incorrect (bijvoorbeeld doordat de franchiseovereenkomst onvoldoende of niet gemotiveerd afwijkt van de gedragscode), dan is de met de gedragscode strijdige bepaling voor vernietiging vatbaar, pleegt de franchisegever wanprestatie en kan de franchisenemer de toepassing van de gedragscode (gerechtelijk) afdwingen en vergoeding van de geleden schade claimen.

Beschermingsbepalingen elders in het BW

- 4.2 De wet kent momenteel al verschillende bepalingen ter bescherming van zwakkere partijen. Het Voorstel doet bijvoorbeeld denken aan de algemene voorwaardenregeling in Boek 6 BW, op basis waarvan een bepaling in algemene voorwaarden (mogelijk) vernietigbaar is indien die onredelijk bezwarend is voor de consument (en andere "kleine" wederpartijen). Omdat Boek 6 BW - net als Boek 7 BW - in beginsel van regelend recht is, bepaalt artikel 6:246 BW expliciet dat partijen niet bij overeenkomst van die regeling kunnen afwijken.
- 4.3 Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld de agent, die ten opzichte van de principaal doorgaans als zwakkere partij aangemerkt wordt. Ook in die wettelijke regeling wordt de agent op verschillende gebieden beschermd (onder andere wat betreft de in acht te nemen opzeggingstermijn en te betalen goodwillvergoeding). In dat geval bepaalt artikel 7:445 BW uitdrukkelijk dat partijen niet (ten nadele van de agent) van de wettelijke regeling kunnen afwijken.
- 4.4 Zouden artikel 6:246 en 7:445 BW niet bestaan, dan staat partijen er in beginsel niets aan in de weg om bij overeenkomst de algemene voorwaardentitel dan wel de agentuurtitel buiten toepassing te verklaren om zo de (ver)niechtig(baar)heid van met die wettelijke bepalingen strijdige contractuele afspraken buiten de deur te houden. Immers: Boek 6 en 7 BW zijn in beginsel van regelend recht, tenzij uitdrukkelijk is bepaald dat het dwingend recht betreft.
- 4.5 Artikel 399g lid 4 van het Voorstel bepaalt dat de franchisenemer een bepaling in een franchiseovereenkomst kan vernietigen, indien niet is voldaan aan het tweede lid. Een bepaling waaruit het dwingendrechtelijk karakter van die regeling volgt, zoals hiervoor besproken voor algemene voorwaarden en de agentuurovereenkomst, ontbreekt echter. Het Voorstel voorziet in

een aparte titel; er kan niet worden meegelift op een parapluartikel dat meerdere artikelen, afdelingen of titels als dwingend recht aanwijst. Onzes inziens staat partijen er niets aan in de weg om de nieuwe Titel 6 inzake franchiseovereenkomsten in zijn geheel buiten toepassing te verklaren. Daarmee wordt de beoogde bescherming van de franchisenemer buiten spel gezet, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever zal zijn.

IPR

- 4.6 Het belang van expliciete kwalificatie van (een gedeelte van) Titel 6 van het Voorstel als dwingend recht wordt (extra) duidelijk wanneer het Voorstel vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief wordt bekeken.
- 4.7 Bij gebreke van een rechtskeuze wordt een franchiseovereenkomst beheerst door het recht van het land waar de franchisenemer gevestigd is (artikel 4 lid 1 sub e Rome I). In de regel zal een franchiseovereenkomst met een franchisegever die zelf niet in Nederland is gevestigd c.q. waarvan de (uiteindelijke) moedervenootschap niet in Nederland is gevestigd echter wél een rechtskeuze bevatten. In dat geval wordt de overeenkomst in beginsel beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen (artikel 3 lid 1 Rome I). Indien en voor zover zich aanknopingspunten bij het aangaan van de overeenkomst voor een rechtskeuze in verschillende landen bevinden, kan met een rechtskeuze voor buitenlands recht de voorgestelde Nederlandse franchiseregeling buiten de deur gehouden worden.
- 4.8 Het voorgaande is slechts anders voor het geval er "oneigenlijk" gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid een rechtskeuze overeen te komen. Dat wil zeggen: er wordt een rechtskeuze voor buitenlands recht overeengekomen, terwijl ten tijde van het aangaan van de overeenkomst alle overige (lees: anders dan de rechtskeuze) bestaande aanknopingspunten zich in Nederland bevonden. In een dergelijk geval zal ook Nederlandse regelgeving op de overeenkomst van toepassing zijn, mits het dwingendrechtelijke regelgeving betreft (artikel 3 lid 3 Rome I). Met andere woorden: teneinde te voorkomen dat een voorgestelde Nederlandse franchiseregeling middels een rechtskeuze voor buitenlands recht wordt omzeild, zal de franchiseregeling (in ieder geval gedeeltelijk) als dwingend recht gekwalificeerd moeten worden.
- 4.9 **Aanbeveling:** Om de nagestreefde bescherming van de franchisenemer te waarborgen, verdient het aanbeveling een extra bepaling toe te voegen, waarin wordt aangegeven dat niet kan worden afgeweken van de bepalingen die bescherming van de franchisenemer beogen.

5 Evenwichtigheid van de gedragscode

- 5.1 Artikel 399g lid 1 van het Voorstel maakt het mogelijk om de NFC wettelijk te verankeren, ondanks alle kritiek als gezegd die tot op heden door franchisegevers op de NFC is geleverd. De NFC bevat de in het eerste lid sub a t/m g opgenomen voorschriften (wat weinig verrassend is, nu die immers gebaseerd zijn op de NFC en niet andersom) en "voldoet" daarmee aan de aan "de gedragscode" te stellen eisen.

Onevenwichtigheid (algemeen)

- 5.2 Artikel 399g lid 1 bepaalt echter verder niets over de invulling van die voorschriften, nu die invulling aan de aan te wijzen gedragscode wordt overgelaten. Dit is als uitgangspunt begrijpelijk, zij het dat de beoogde gedragscode - de NFC - vooralsnog onvoldoende draagvlak lijkt te hebben

onder franchisegevers. De *"eenvoudige wettelijke regeling als steun in de rug voor het gebruik van de gedragscode, met als doel om de positie van de franchisenemer te versterken en er op die manier voor te zorgen dat zowel voorafgaand aan als na het sluiten van een franchiseovereenkomst de belangen van de franchisegever en die van de (aspirant-) franchisenemer meer in balans worden gebracht"* - aldus de Memorie van Toelichting¹⁵ - doet wellicht recht aan de belangen van de franchisenemer, maar met de belangen van de franchisegever wordt naar onze overtuiging volstrekt onvoldoende rekening gehouden. Sterker nog, uit de Memorie van Toelichting volgt niet (eens) dat de wetgever zich van de (evenzeer gerechtvaardigde) belangen van de franchisegever enige, laat staan afdoende rekenschap heeft gegeven. De beoogde balans wordt niet bereikt.

- 5.3 Maar ook uit de beoogde gedragscode kent (te) weinig balans. Zo kent de NFC in hoofdstuk 2 zeven verplichtingen voor de franchisenemer tegenover het dubbele aantal (t.w. veertien) verplichtingen voor de franchisegever. De franchisegever wordt niet alleen beperkt in zijn contracteervrijheid - hij mag niet (op onredelijke gronden) het sluiten van bijvoorbeeld een tweede of volgende franchiseovereenkomst met een bestaande franchisenemer weigeren of het sluiten van een franchiseovereenkomst met een rechtsopvolger van een bestaande franchisenemer weigeren - hij moet zich ook "maximaal" inspannen, terwijl de franchisenemer zich slechts gewoon moet inspannen.

Verantwoordelijkheden franchisegever in het selectieproces

- 5.4 Die ingebakken onevenwichtigheid in de gedragscode begint overigens al bij het omschreven selectieproces, waar *"beoogd is te borgen dat de franchisegever bij het selecteren van franchisenemers tot uitgangspunt neemt dat zij de noodzakelijke ondernemerscapaciteiten hebben"*.¹⁶ Maar hóe moet een franchisegever de *"noodzakelijke ondernemerscapaciteiten"* onderkennen en hoe zit het in dit verband met de eigen verantwoordelijkheid van de (aspirant-) franchisenemer? Een (aspirant-)franchisenemer kan in het selectieproces bekwaam overkomen, maar er in de praktijk niets van bakken; is het dan te wijten aan de franchisegever dat de franchisenemer (diep) in de schulden geraakt?

Boete voorovereenkomst soms noodzakelijk

- 5.5 Ook de toelichting op de voorovereenkomst¹⁷ roept vragen op. Een in een voorovereenkomst opgenomen boetebeding dat is gekoppeld aan het afzien van het sluiten van de franchiseovereenkomst kan ongewenste gevolgen hebben voor de aspirant-franchisenemer, aldus de Memorie van Toelichting. Maar stel dat het verbeuren van die boete mede is gekoppeld aan het schenden van de verplichting tot geheimhouding door de aspirant-franchisenemer en die schending vervolgens ook de directe aanleiding is voor de franchisegever om alsnog af te zien van het sluiten van de franchiseovereenkomst, dan lijkt er toch niet direct iets mis met een dergelijk boetebeding? Een franchisegever hoeft toch niet alles te accepteren, zeker niet als hij concurrentiegevoelige informatie dient te verstrekken aan de aspirant-franchisenemer?
- 5.6 De evenwichtigheid is naar onze mening dus zoek; de voorschriften, zoals opgenomen in artikel 399g lid 1 van het Voorstel en de toelichting daarop, zoals verwoord in de Memorie van

¹⁵ MvT p. 12 en ook 29.

¹⁶ MvT p. 29.

¹⁷ MvT p. 32.

Toelichting, lijken ingegeven door en opgesteld vanuit (diepgeworteld) wantrouwen jegens franchisegevers. Uit het oog is verloren dat ook de franchisegever baat heeft bij een goede en succesvolle samenwerking met franchisenemers. Het is immers *zijn* formule die gevaar loopt als die relatie niet plezierig en niet op basis van wederzijds bestaand vertrouwen verloopt. De door het Voorstel beoogde balans is in onze ogen zoek.

- 5.7 **Aanbeveling:** Indien en voor zover onverhoopt toch geopteerd wordt voor uitwerking middels een AMvB, waarbij de NFC als gedragscode ex artikel 399g lid 1 van het Voorstel wordt aangewezen, dient die NFC grondig te worden herschreven, waarbij (ook) rekening dient te worden gehouden met de eerder geuite kritiek van franchisegevers. Alleen op die manier kan in onze visie voldoende draagvlak voor het Voorstel worden gecreëerd en zoals de wettelijke verankering beoogt, evenwichtigheid in de behartiging van de belangen van beide partijen worden gebracht.
- 6 Mogelijkheid tot afwijken van de gedragscode**
- 6.1 Eerder merkten wij al op dat het in het Voorstel genoemde pas-toe-of-leg-uit beginsel doet denken aan de CGC, dat eenzelfde regeling kent. Wij menen echter dat een dergelijke regeling in het kader van de franchiseovereenkomst niet past, omdat het niet werkt.
- 6.2 Allereerst echter hebben wij ons de vraag gesteld in hoeverre er überhaupt van de gedragscode kan worden afgeweken? De Memorie van Toelichting legt uit dat afwijking mogelijk is "met betrekking tot gedragscodevoorschriften die *feitelijk* niet toepasbaar zijn in een concrete situatie".¹⁸ Daarbij wordt twee keer hetzelfde voorbeeld gegeven van de beginnende franchisegever die met één enkele franchisenemer geen franchisevereniging in het leven kan roepen. Andere voorbeelden kwamen bij de wetgever in dit kader kennelijk niet meteen boven drijven. Indien het begrip "feitelijk niet toepasbaar" inderdaad zo eng moet worden geïnterpreteerd, dan rijst de vraag of er wel andere situaties denkbaar zijn zelfs. Is het bovendien dan niet vele malen eenvoudiger om gewoon vast te leggen dat bij de aanwezigheid van een x-aantal franchisenemers een franchisevereniging in het leven geroepen moet worden? Dan weten franchisegevers en franchisenemers in ieder geval waar zij aan toe zijn. Met de huidige formulering zullen franchisegevers bij afwijking van de gedragscode altijd in onzekerheid leven of de door hen gemotiveerde en duidelijk in een bijlage bij de overeenkomst verwoorde afwijking in een procedure wel stand gaat houden, omdat deze mogelijk niet aan de feitelijk-niet-toepasbaar toets voldoet.
- 6.3 Ten tweede geldt ook hier dat de CGC een heel andere achtergrond en doel kent, waarvoor het pas-toe-of-leg-uit beginsel inderdaad wél op zijn plaats is. Immers, vennootschappen moeten rapporteren over hun naleving van de CGC, die rapportage wordt aan onderzoek door een externe accountant onderworpen en een en ander wordt door de AFM getoetst. Van dergelijk extern toezicht is bij de franchiseovereenkomst helemaal geen sprake. De NFC zelf bevat ook geen klachtenregeling (zie hiervoor), zodat een franchisenemer die een bepaling vernietigt zelf naar de burgerlijke rechter moet. Dit werkt juridisering in de hand, hetgeen onzes inziens ongewenst is.
- 6.4 Tot slot merken wij op dat - voor zover de pas-toe-of-leg-uit regel gehanteerd wordt en blijft - onduidelijk is wat in artikel 399g lid 3 van het Voorstel wordt bedoeld met "*de wijze waarop deze*

¹⁸ MvT, p. 11 en p. 35.

kenbaar wordt gemaakt aan de franchisenemer". Uit de Memorie van Toelichting wordt duidelijk dat met het eerste zinsdeel van voornoemd artikellid ("de vorm van de motivering") wordt bedoeld op de mogelijkheid om in de gedragscode vast te leggen dat bijvoorbeeld in een bij de franchiseovereenkomst te voegen bijlage tekst en uitleg wordt gegeven over de afwijking. De wijze van kenbaar maken van een afwijking staat echter al in lid 2 genoemd, namelijk "in de franchiseovereenkomst".

- 6.5 **Aanbeveling:** Wij adviseren de pas-toe-of-leg-uit regel te schrappen evenals het tweede deel van artikel 399g lid 3 van het Voorstel (vanaf "en de wijze waarop"), omdat onduidelijk is wat dit toevoegt aan de wijze van kenbaar maken bij de franchiseovereenkomst zoals in lid 2 voorzien, terwijl de vorm waarin de motivering dient plaats te vinden (bijvoorbeeld in een aparte bijlage) reeds genoemd staat in het eerste deel van lid 3.

7 **Geschillenbeslechting**

- 7.1 De NFC dient - aldus artikel 399g lid 1 sub f van het Voorstel en de Memorie van Toelichting¹⁹ - een buitengerechtelijke klachten- en geschilbeslechtingsprocedure aan te wijzen, zodat de franchisenemer sterker staat wanneer een geschil met de franchisegever ontstaat. Als de franchisegever van dat voorschrift wil afwijken, dan moet een duidelijk en begrijpelijk beding worden opgenomen en een motivering; de gang naar de rechter dient een "*ultimum remedium*" te zijn.
- 7.2 De NFC zelf geeft aan dat de franchisegever of franchisenemer zich *kan* wenden tot de geschillencommissie franchise voor een advies over het geschil. Dat is derhalve discretionair en staat ter bepaling van franchisegever en franchisenemer zelf. Bovendien is die geschillencommissie franchise thans niet eens in het leven geroepen, waardoor het voor de franchisegever op dit moment onmogelijk zou zijn om aan dat voorschrift te voldoen.
- 7.3 Daarbij komt dat (gepubliceerde) gerechtelijke uitspraken over conflicten in de franchisesfeer relatief beperkt in aantal zijn. Veel van die uitspraken zien op het al dan niet verstrekken van juiste omzetprognoses - een onderwerp dat mede gelet op de gevolgen voor partijen toch bij uitstek door de civiele rechter dient te worden behandeld. Het toepassen van een overlegmodel, zoals de Memorie van Toelichting²⁰ propageert, dient in dergelijke gevallen veelal geen enkel doel, behalve dat het leidt tot vertraging als het gaat om het tijdstraject waarbinnen uiteindelijk een oplossing van het geschil wordt bereikt, omdat de gang naar de rechter - na de overleggronde - alsnog onvermijdelijk blijkt. Voor dergelijke fundamentele geschillen zouden partijen niet gedwongen moeten worden eerst een met een relatief grote mate van waarschijnlijkheid onsuccesvolle mediationpoging te moeten wagen, maar zouden zij zich onmiddellijk tot de rechter moeten kunnen wenden.
- 7.4 **Aanbeveling:** Voordat daadwerkelijk in de NFC wordt vermeld dat partijen zich kunnen wenden tot de geschillencommissie franchise dient deze er uiteraard wel eerst te zijn en dient het al te dwingend voorschrijven van een te volgen mediationtraject nog een keer goed overwogen te worden.

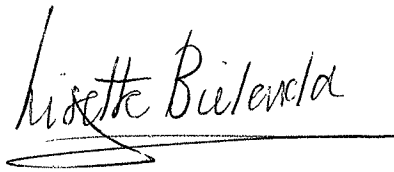
¹⁹ MvT p. 33.

²⁰ MvT p.34.

Tot mondelinge maar ook schriftelijk nadere toelichting zijn wij uiteraard volgaarne bereid.

Hoogachtend,

Van Doorne N.V.



Lisette Bieleveld



Alexandra Weidner



Florence Verbeek