

Minister van Economische Zaken
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

<i>Nummer</i>		<i>Van</i>	Mr. I.S.J. Houben
<i>Datum</i>	24 mei 2017	<i>E-mail</i>	i.s.j.houben@law.leidenuniv.nl
<i>Onderwerp</i>	Wetsvoorstel Franchise	<i>Telefoon</i>	071-527 7400

Excellentie,

Met veel belangstelling nam ik kennis van het wetsvoorstel voor een franchisewet en van de daaraan gehechte memorie van toelichting. Tevens heb ik kennis genomen van de tot nu toe verschenen reacties op het wetsvoorstel.

In mijn functie van universitair hoofddocent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden heb ik de afgelopen jaren onderzoek verricht op het terrein van onbenoemde overeenkomsten, onder welke noemer ook de franchiseovereenkomst kan worden geschaard. Tevens geef ik (internationaal) onderwijs over franchisecontracten. Vanuit die achtergrond reageer ik op het wetsvoorstel. Ik vertegenwoordig noch franchisegevers, noch franchisenemers. Om onnodige herhaling te voorkomen houd ik deze reactie kort en verwijst ik

soms naar eerdere reacties op het wetsvoorstel en de daarin naar voren gebrachte argumenten.

Ik ben van mening dat het wetsvoorstel dient te worden heroverwogen, om de volgende redenen.

- 1) Het wetsvoorstel past in de huidige vorm niet in het systeem van het Burgerlijk Wetboek. Het Burgerlijk Wetboek vormt met zijn gelaagde structuur een coherent systeem. Codificatie van overeenkomsten ter bescherming van een als zwakker beschouwde contractspartij heeft daarin een plaats in boek 7 BW.¹ De nu voorgestelde wijze van codificatie van de franchiseovereenkomst, te weten een wettelijke verankering van zelfregulering door middel van het toevoegen van een titel bestaande uit slechts twee artikelen, wijkt sterk af van de wijze waarop de overige overeenkomsten in boek 7 BW zijn gecodificeerd.
- 2) De plaatsing van het wetsvoorstel in titel 6, tussen de pachtovereenkomst en de overeenkomst van opdracht, is niet logisch.² Een toelichting op de verhouding van deze regeling van de franchiseovereenkomst tot de reeds in boek 7 BW geregelde agentuurovereenkomst en de niet wettelijke geregelde distributieovereenkomst wordt node gemist.
- 3) Dwingende wetgeving is in het contractenrecht betrekkelijk zeldzaam. Het primaat ligt in het contractenrecht bij de autonomie van de partijen. Terughoudendheid van de wetgever is derhalve op zijn plaats, zeker waar het de invoering van dwingende wetgeving betreft.³ Om over te gaan tot dwingendrechtelijke regulering van een overeenkomst die naar zijn aard gesloten wordt door twee zelfstandige ondernemers, zijn zwaarwegende argumenten vereist.⁴ De wens of noodzaak om de franchisenemer te beschermen kan een dergelijk zwaarwegend argument opleveren. Verscheidene wetgevers in het buitenland zijn om die reden overgegaan tot het invoeren van wetgeving inzake franchiseovereenkomsten.⁵ De memorie van toelichting verwijst dan

¹ Asser/Houben 7-X 2015/33-36 met nadere verwijzingen; zie met name *Parl. Gesch. Inv. 3,5 en 6 Boek 7 titels 1,7, 0 en 14 1991*, p. 3-4.

² Zie ook de reactie van J. Spanjaard, LaGro advocaten, op deze consultatie, punt 3.

³ Zoals in de MvT ook wordt erkend, p. 13.

⁴ Zie *Parl. Gesch. Inv. 3,5 en 6 Boek 7 titels 1,7, 0 en 14 1991*, p. 3-4; W.C.L. van der Grinten, 'Boek 7 BW' in: *In het nu, wat worden zal (Schoordijk- bundel) 1991*, p. 88-89. Vlg. ook Kortmann, 'De overeenkomst van opdracht, de lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR 1990/5982*, p. 743..

Paonder meer

⁵ Asser/Houben 2015 7-X/141 en 158 met nadere verwijzingen.

- ook naar buitenlandse wetgeving.⁶ Die wetgeving lijkt evenwel, voor zover mij bekend, in geen enkel opzicht op het onderhavige wetsvoorstel. Een argument voor of tegen het onderhavige wetsvoorstel valt niet rechtstreeks te ontleen aan buitenlandse regelgeving, nu het Nederlandse wetsvoorstel daar in vorm en reikwijdte sterk van afwijkt.⁷
- 4) De memorie van toelichting geeft aan dat gekozen is voor de methode van het 'wettelijk haakje' om zoveel mogelijk ruimte te laten aan het bedrijfsleven zelf. Partijen kunnen "zelf hun spelregels vastleggen, zij het via de lijnen van de gedragscode".⁸ In theorie leidt dit tot een minder grote inbreuk op de autonomie van de 'sterke' partij, de franchisegever, dan indien er een volledige codificatie plaats vindt in boek 7 BW. Franchisegevers hebben in de variant die nu is gekozen meer mogelijkheden de regels te beïnvloeden. Zo kan een gedragscode eenvoudiger worden aangepast dan wetgeving⁹ en bestaat de (beperkte) mogelijkheid om (delen van) de code buiten toepassing te laten via het 'pas toe of leg uit' beginsel. Onduidelijk is echter, hoe aanpassingen bewerkstelligd moeten worden. Wie voert daar de regie over en bepaalt dat overleg noodzakelijk is? Wie beslist uiteindelijk dat een wijziging van de gedragscode moet worden doorgevoerd? Groot probleem is immers het gebrek aan representatieve organisaties en gestructureerd overleg. Dat is nu juist de reden dat U zich genoodzaakt hebt gezien om een wetsvoorstel te concipiëren. Ik vraag mij af of het niet mogelijk is om zelfregulering nogmaals te beproeven, waarbij vooral aandacht wordt besteed aan de inrichting van het proces van (periodiek) overleg, bijvoorbeeld binnen het kader van de SER.¹⁰
- 5) De NFC is vooralsnog de aangewezen gedragscode. De regels uit de NFC vervullen door de gekozen wetssystematiek de functie die bij een 'gewone' codificatie door de materiële wetsbepalingen worden vervuld, te weten het normeren van het gedrag van de contractanten. De NFC is evenwel niet tot stand gekomen als een voorbereiding op wetgeving, maar als een vorm van zelfregulering. De gedragscode is een product van overleg, waarbij partijen tot een compromis zijn gekomen. Dat uit zich in de tekst van de code, die op verschillende punten voor

⁶ MvT, p. 19.

⁷ Ik sluit mij hier aan bij de reactie van Martine de Koning, zoals gepubliceerd in het NJB: M. de Koning, 'Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code', *NJB* 2017, p. 1257.

⁸ MvT, p. 13.

⁹ Zie ook I.S.J. Houben, J. Sterk & J.A.J. Devilee, 'Codificatie of zelfregulering in de franchisesector?', *MvV* 2014, p. 248-249 met nadere verwijzingen.

¹⁰ I.S.J. Houben, J. Sterk & J.A.J. Devilee, 'Codificatie of zelfregulering in de franchisesector?', *MvV* 2014, p. 248-249, noot 83 en 84.

meerderlei uitleg vatbaar is of innerlijke tegenstrijdigheden lijkt te bevatten.¹¹ Aan dwingendrechtelijke wetgeving mogen en moeten evenwel zwaardere eisen worden gesteld wat betreft consistentie, hanteerbaarheid, begrijpelijkheid en toekomstbestendigheid dan aan een product van zelfregulering waar partijen zich vrijwillig naar richten. De wetgever is verantwoordelijk voor de kwaliteit van de wetgeving en mag mijns inziens die verantwoordelijkheid niet afschuiven door te verwijzen naar zelfregulering. Zelfregulering met voldoende draagvlak behoeft geen wettelijke verankering. Indien zelfregulering niet (voldoende) van de grond komt, kan de wetgever zelf overgaan tot regulering. Het concipiëren van goede civielrechtelijke wetgeving inzake de franchiseovereenkomst is denk ik niet eenvoudig, maar buitenlandse voorbeelden laten zien dat het mogelijk is. Dan dient wel de tijd te worden genomen om een volwaardig wetsvoorstel uit te werken.

- 6) Wil de wetgeving het beoogde effect hebben, te weten meer bescherming van de franchisenemer en minder conflicten tussen franchisegevers en franchisenemers, dan zal duidelijk moeten zijn welke normen gelden. Waaraan hebben franchisegever en franchisenemer zich te houden? Idealiter voorkomt duidelijke regelgeving geschillen en in ieder geval biedt zij houvast bij geschillen, voor de partijen zelf en voor de rechter. De NFC biedt deze houvast niet. Ik ga niet inhoudelijk in op de NFC, maar wijs er alleen op dat de code uit de aard der zaak een compromis is. Dat uit zich onder meer in eerdergenoemde tekstuele en inhoudelijke onduidelijkheden. Dit leidt er toe dat (uitleg van) de NFC een potentiële bron van conflicten vormt en dat is niet in het belang van de contractspartijen.
- 7) De definities in art. 7:399f BW dienen te worden aangescherpt. Zo laat de definitie van 'franchiseformule' in art. 7:399f BW (te) veel ruimte voor interpretatie. Er lijken ook vormen van licentieverlening onder te vallen die normaal gesproken niet als franchise worden bestempeld. De verwijzing in het BW naar het begrip 'knowhow' uit de Vrijstellingsverordening is ongelukkig. De verordening heeft een ander, namelijk mededingingsrechtelijk, toepassingsgebied en kan worden aangepast, hetgeen leidt tot een verwijzing naar een niet of verouderd gedefinieerd begrip in het BW.¹² Daar komt bij dat onduidelijkheid in de omschrijving van de franchiseovereenkomst er toe kan leiden dat allerlei commerciële overeenkomsten die op dit moment door partijen niet als franchiseovereenkomst worden beschouwd, onder de reikwijdte van

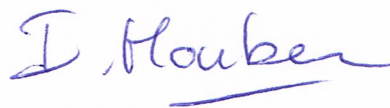
¹¹ Voor een aantal uitgewerkte voorbeelden verwijs ik naar voornoemde bijdrage van M. de Koning.

¹² Korthedshalve verwijs ik voor dit punt verder naar de reacties op de consultaties van J. Spanjaard, LaGro advocaten, punt 4 en Van Doorne Advocaten (Mr. Bielefeld), punt 3.

deze wet vallen.¹³ Deze partijen, die in ieder geval niet bij de opstelling van de gedragscode betrokken zijn geweest, worden dan geconfronteerd met een dwingendrechtelijk opgelegde franchisecode.

Uiteraard ben ik graag tot een nadere toelichting bereid.

Hoogachtend,

A handwritten signature in blue ink that reads "I. Houben". The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

I.S.J. Houben

¹³ Zie over verschillende definities van franchise en onderscheid met aan franchise grenzende overeenkomsten Asser/Houben 7-X 2015/138, 152-156.