

Ministerie Economische Zaken
Zijne Excellentie de heer H. Kamp
Ministerie Veiligheid en Justitie
Zijne Excellentie de heer S. Blok
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

Amsterdam, 24 mei 2017
demonnink@gmsadvocaten.nl

**Inzake: Reactie op internetconsultatie concept wetsvoorstel wettelijke
verankering gedragscode franchise d.d. 12 april 2017**

Excellentie,

Met belangstelling namen wij kennis van het concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise en de Memorie van Toelichting d.d. 12 april (hierna: het **wetsvoorstel franchise**). De Grave De Mönnink Splet Advocaten specialiseert zich, onder andere, in het franchise, distributie en agentuurrecht en adviseert hier veelvuldig over. De Grave De Mönnink Splet Advocaten adviseert zowel grote(re), soms beursgenoteerde en buitenlandse, bedrijven, alsmede beginnende ondernemers en MKB-ers.

Wij hebben de navolgende op- en aanmerkingen ten aanzien van het wetsvoorstel franchise:

1. Samenvatting en conclusie

- 1.1 De Minister van Economische Zaken (**EZ**) heeft in 2014 het initiatief genomen tot het ontwikkelen van een gedragscode franchise naar aanleiding van Kamervragen over misstanden en frauduleuze praktijken in de franchise sector. Toen begin 2016 duidelijk werd dat de franchisecode geen draagvlak had onder franchisegevers en deze niet vrijwillig door hen zou worden toegepast, heeft de Minister geopteerd voor een wettelijke verankering van deze franchisecode.

- 1.2 De wetgever gaat, middels het wetsvoorstel franchise, door het verbindend maken van de franchisecode, op de stoel zitten van partijen en schrijft allerlei zaken dwingend voor. Hiermee wordt er geen rekening gehouden met reeds gemaakte afspraken of met het feit dat partijen mogelijk een hele andere invulling willen geven aan bepaalde zaken.
- 1.3 Het “pas toe leg uit” principe maakt, anders dan haar benaming doet denken, van de gedragscode franchise een keurslijf waarvan nagenoeg niet is af te wijken. Door de eisen die worden gesteld aan eventuele afwijkingen van de gedragscode, gaat de gedragscode franchise feitelijk grotendeels dwingend recht worden. Dit terwijl de franchisecode inbreuk maakt op de contractsvrijheid tussen twee professionele partijen en er in sommige gevallen zelfs sprake is van contractsdwang.
- 1.4 Daarnaast is de franchisecode niet evenwichtig en niet consistent. Aan de ene kant krijgen franchisenemers (mede)zeggenschap over de formule en het beleid van franchisegever, waarmee franchise verworden lijkt tot een “joint venture”, en aan de andere kant wordt de verantwoordelijkheid voor het succes van de franchisenemer grotendeels bij de franchisegever neergelegd. Verder wordt er in de franchisecode afgeweken van leidende rechtspraak omtrent franchise, onder andere ten aanzien van prognoses en van in Nederland algemeen geldende rechtsbeginselen, waaronder het recht om een duurovereenkomst op te kunnen zeggen.
- 1.5 Voorts bestaan er zorgen hoe de gedragscode, die lang niet altijd even duidelijk is, op allerlei punten dient te worden geïnterpreteerd. Verschillen van inzicht hierover kunnen leiden tot conflicten, waarbij uiteindelijk de rechterlijke macht zal moeten interpreteren wat de bedoeling is geweest van de gedragscode. Dit kan leiden tot uitlegperikelen en geschillen en brengt een grote mate van rechtsonzekerheid met zich mee.
- 1.6 Tenslotte beperkt de franchisecode franchiseformules in hun mogelijkheden om te innoveren en ondernemen. Dit is slecht voor franchiseformules, en daarmee slecht voor zowel franchisegevers als franchisenemers, die allen afhankelijk zijn van het succes van de formule¹.

2. Aanleiding, doel en huidige status zelfregulering / wetgeving

Aanleiding voor franchise zelfregulering c.q. wetgeving

- 2.1 In de Memorie van Toelichting staat (laatste alinea pagina 5 en 1e alinea pagina 6 MvT) dat uit onderzoek dat is verricht in opdracht van het Ministerie van EZ, blijkt dat

¹ Vergelijk ook het artikel dat T. de Mönnink, S. Wertwijn en M. Don recentelijk schreven: “Wetsvoorstel franchise: een paard van Troje in het Burgerlijk Wetboek?” <http://gmsadvocaten.nl/wetsvoorstel-franchise-een-paard-van-troje-in-het-burgerlijk-wetboek/>

“de franchisesector over het geheel genomen, goed functioneert” en “dat er op macro-economisch niveau geen aanwijzingen zijn voor misstanden binnen franchiseketens.” Deze conclusie komt overeen met het beeld dat naar voren komt aan de hand van het relatief zeer geringe aantal gerechtelijke procedures die de afgelopen jaren zijn gevoerd tussen franchisegevers en franchisenemers. Dit wil natuurlijk niet zeggen dat er in het geheel geen misstanden zijn, maar het is de vraag of – individuele - misstanden, die helaas in alle sectoren voorkomen, altijd geheel uit te bannen zijn.

- 2.2 De Memorie van Toelichting vervolgt (1e alinea, pagina 6 MvT) met de opmerking dat er op microniveau wel aanwijzingen zijn voor conflicten tussen franchisegever en franchisenemers en een asymmetrische verdeling van de macht binnen de relatie franchisegevers en franchisenemers. Het zou dan gaan om enerzijds frauduleuze of misleidende handelspraktijken en anderzijds een groot machtsverschil tussen de franchisegever en de franchisenemer. Op individueel niveau zal er, net zoals in alle andere sectoren en branches, soms sprake zijn van misleiding of fraude. Juist dit soort ondernemingen of personen laten zich veelal weinig gelegen liggen aan wetgeving en het is maar zeer de vraag of het wetsvoorstel franchise wel enig effect gaat sorteren als het doel is dergelijke misstanden geheel uit te bannen. Het effect zal zijn dat de goeden last krijgen van wetgeving die kennelijk grotendeels bedoeld is voor enkele querulanten die zich toch nergens aan gaan houden (immers als je je al niet houdt aan het wetboek van strafrecht dan is de kans te verwaarlozen dat je je wel aan een franchisewet gaat houden).
- 2.3 Aan de andere kant is er dus volgens de Memorie van Toelichting een verstoring in de machtsbalans tussen franchisegevers en franchisenemers. Hierbij lijkt kennelijk de veronderstelling te zijn dat een franchisegever in grote mate de franchisenemer kan voorschrijven welk franchisecontract wordt afgesloten, welk handboek van toepassing is, met de beschrijving van de formule en op welke wijze de formule zich ontwikkelt, zich innoveert etc. Een franchisegever is inderdaad in veel gevallen verantwoordelijk voor dergelijke zaken. Iemand zal de strategie van de formule moeten bepalen, de lijnen moeten uitstippelen en moeten blijven innoveren. Franchise is geen bedrijfsconcept waarmee je met elkaar samen aan het roer zit. Het is geen “joint venture”. Dit is kennelijk wel de premisse waar de Memorie van Toelichting vanuit lijkt te gaan.
- 2.4 Geen enkel objectief onderzoek toont aan dat (zelf)regulering of wetgeving nodig is, toch ligt er nu een wetsvoorstel franchise waarvan vele deskundigen, waaronder diverse advocaten, adviseurs en wetenschappers, aangeven dat het niet past binnen het Nederlands burgerlijk wetboek en dat de wet zoals zij nu is vormgegeven geen geschillen gaat voorkomen maar deze juist gaat creëren.

Doel van franchise zelfregulering c.q. wetgeving

- 2.5 De opdracht van de Minister van EZ volgens de brief d.d. 20 oktober 2014 aan de Tweede Kamer luidt als volgt:

“De nieuwe nationale gedragscode dient de rechten en plichten van beide partijen duidelijk en evenwichtig te beschrijven en moet breed gedragen worden. Een nieuwe code zou duidelijkheid moeten bieden omtrent bijvoorbeeld transparantie en informatieplichten, termijnen bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, e-commerce en concurrentiebedingen. (...) De gedragscode moet ook handreikingen bevatten voor het gedurende de looptijd aanpassen van overeenkomsten aan veranderende omstandigheden. (...) Ook het proces van opstellen van een nieuwe code is belangrijk omdat het dwingt tot dialoog en bijdraagt aan wederzijds begrip.”

Ten tijde van de zelfregulering stond dus voorop dat de rechten en plichten van beide partijen duidelijk en evenwichtig beschreven en gedragen dienden te worden. Zoals blijkt uit de vele reacties van partijen op de consultatieversie van de gedragscode, welke versie maar op enkele beperkte punten is aangepast in de definitieve versie, is hier geen sprake van in de gedragscode. Er is juist sprake van veel onduidelijkheid en van een grote onevenwichtigheid in de code. Daarnaast heeft het proces tot dusver voornamelijk escalerend gewerkt in plaats van dat dit heeft bijgedragen aan wederzijds begrip. De doelstellingen die de Minister van EZ zich stelde in 2014 zijn dus niet gehaald.

Tussentijdse conclusie

- 2.6 Onder de noemer “misstanden”, die niet zijn aangetoond, anders dan zeer individuele gevallen die in elke branche voorkomen, is de gedragscode franchise ontwikkeld. Volgens het wetsvoorstel is het met name de machtsbalans die aangepast zou moeten worden. De ontwikkelde gedragscode, en het wetsvoorstel franchise, voldoen niet aan de opdracht dat de rechten en plichten van beide partijen duidelijk en evenwichtig beschreven zouden moeten worden en doet afbreuk aan de rechtsfiguur van franchise.
3. **Procedurele kanttekeningen rondom totstandkoming NFC 2016 en wetsvoorstel franchise**

Inleiding

- 3.1 De werkzaamheden verricht door de Schrijfcommissie, die als opdracht hadden een gedragscode franchise vorm te gaan geven, hebben eerst geleid tot de presentatie van een consultatieversie van de Nederlandse Franchise Code op 16 juni 2015, waarna

belanghebbenden een termijn van (slechts) zes weken kregen om input te leveren op deze code. Deze werkwijze heeft geleid tot veel kritiek vanuit de zijde van franchisegevers, die zich niet gehoord voelden en die geen mandaat hadden gegeven voor de verregaande verplichtingen die vervat waren in de betreffende gedragscode. Ook andere partijen zoals brancheverenigingen, adviseurs e.d. maakten bezwaren tegen de inhoud van de gedragscode.

- 3.2 Op 3 september 2015 werd er een debat georganiseerd door het Ministerie van EZ voor genodigden vanuit de branche, tijdens welk debat een grote groep franchisegevers, alsmede de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV), waarvan ongeveer 200 franchiseformules lid zijn, hun serieuze bezwaren kenbaar hebben gemaakt aan de Minister van EZ. De Minister van EZ heeft ondanks deze – gemotiveerde - bezwaren besloten dat er verder gewerkt zou worden aan de code, door diezelfde Schrijfcommissie, met meer ondersteuning vanuit EZ. Dit proces heeft geleid tot de huidige versie van de Nederlandse Franchise Code (de **NFC 2016**) die op 17 februari jl. is aangeboden door de Schrijfcommissie aan de Minister van EZ.
- 3.3 Vervolgens bleek dat de principiële bezwaren van de franchisegevers niet of nauwelijks waren geadresseerd in de NFC 2016, waardoor er geen draagvlak bleek te bestaan onder franchisegevers voor de NFC 2016 en franchiseformules aangeven deze niet vrijwillig toe te gaan passen.

Gebrek aan transparantie, mandaat en draagvlak voor NFC 2016

- 3.4 De hevige kritiek op het gevolgde proces rondom en gebrek aan mandaat ten aanzien van het opstellen van de NFC 2016 valt niet uit de MvT op te maken; in de MvT wordt hier geen enkele aandacht aan besteed.
- 3.5 Het is de vraag of zelfregulering wel een eerlijke kans heeft gehad. Het proces rondom de zelfregulering is ingevuld door uiteindelijk slechts een handjevol personen. Hierbij is gebleken dat degenen die vanuit de Nederlandse Franchise Vereniging gevraagd werden om in de schrijfcommissie zitting te nemen, een zeer individualistische opvatting hadden van hetgeen hun opdracht was. Zij zijn zonder mandaat en in volstrekte vertrouwelijkheid gaan schrijven aan een zeer verstrekkend document, dat niet meer kan worden gezien als een normale gedragscode, omdat hij ernstig ingrijpt in de contractsvrijheid van twee professionele partijen.
- 3.6 Ten tijde van de presentatie van het resultaat, de consultatieversie, op 3 september 2015 bleek dat de gedragscode in het geheel niet werd gedragen door de franchisegevers. Toch hebben diegenen in de Schrijfcommissie hieruit geen conclusies getrokken en zij zijn in dezelfde samenstelling door gaan schrijven, waarbij zij slechts in zeer beperkte mate de (forse) kritieken hebben meegenomen. In ieder geval wijkt de versie van de

gedragscode franchise die begin 2016 werd gepresenteerd maar mondjesmaat af van de consultatieversie. Naast franchisegevers hebben ook diverse adviseurs en brancheverenigingen, waaronder de Vereniging voor Distributie-, Franchise- en Agentuurrecht (de **Vereniging DFA**) zich tijdens de consultatie kritisch uitgelaten over de consultatieversie van de gedragscode. Na de presentatie van de NFC 2016 presenteerde de Vereniging DFA zelfs een alternatieve gedragscode.²

- 3.7 Het resultaat van de inspanningen van de Schrijfcommissie is een scheefgegroeid document, dat geen gedragscode meer te noemen is. De NFC 2016 is gepresenteerd door de Schrijfcommissie aan de Minister van EZ in februari 2016. Op dat moment heeft de Minister van EZ reeds aangegeven de wettelijke verankering te gaan onderzoeken van de gedragscode. Dit roept de vraag op of zelfregulering wel een daadwerkelijke kans heeft gekregen.

De wettelijke verankering van een gedragscode, waarvoor geen draagvlak bestaat

- 3.8 Het wettelijke verankeren van de NFC 2016 is, met name gezien het verloop van het (hierboven beschreven) totstandkomingsproces en de grote weerstand tegen de NFC 2016, vrij opmerkelijk. Het niet inhoudelijk kunnen reageren op de NFC 2016, die middels een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) geheel of gedeeltelijk verbindend zal worden verklaard, maar wel alleen op de wetteksten (welgeteld twee artikelen) is niet democratisch en is een werkwijze die niet past binnen ons staatsrechtelijke bestel. Het resultaat van een niet geslaagd zelfreguleringsproces gebruiken als basis voor nieuwe wetgeving, zonder deze aan een reguliere parlementaire toets te onderwerpen, is niet zuiver, niet objectief en niet transparant. In dat verband kan ook verwezen worden naar de analyse die Mr M. de Koning maakt in een recent artikel in het Nederlands Juristenblad³.

Tussentijdse conclusie

- 3.9 Er is sprake geweest van een gebrek aan transparantie, aan mandaat en draagvlak voor de NFC 2016. De zorgen die er leefden zijn duidelijk en gemotiveerd naar voren gebracht gedurende het proces. Het resultaat van een niet geslaagd zelfreguleringsproces, waar zowel procesmatig als inhoudelijk zéér veel op aan te merken is, gebruiken als basis voor nieuwe wetgeving, zonder deze te onderwerpen aan de reguliere parlementaire toetsing, is niet zuiver, niet objectief, niet transparant en niet democratisch.

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

³ M. de Koning, 'Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code, Handig (aan)gehaakt of toch liever zelf iets breien?', NJB 5-5-2017, Afl. 18

4. Civielrechtelijke kanttekeningen

- 4.1 De rechtsfiguur van franchise volgens het wetsvoorstel en de NFC 2016 is een rechtsfiguur die erg uit de pas loopt met bestaande rechtsfiguren in boek 7 van het burgerlijk wetboek, zoals de overeenkomst van opdracht, handelsagentuur en arbeidsovereenkomsten. Verder staan er allerlei zaken opgenomen in het wetsvoorstel en de NFC 2016 die afwijken van de heersende jurisprudentie ten aanzien van duurovereenkomsten en distributieovereenkomsten (waaronder ten aanzien van de mogelijkheden om een duurovereenkomst te beëindigen) waar een franchiseovereenkomst ook onder valt.
- 4.2 Aan de ene kant is er sprake van veel (mede)zeggenschap van de franchisenemers ten aanzien van de bedrijfsvoering en de strategie van de franchisegever. Aan de andere kant is er sprake van een erg hoog beschermingsniveau van de franchisenemer, waarmee je vraagtekens kan stellen bij het zelfstandig ondernemerschap van diezelfde franchisenemer. Dit is innerlijk tegenstrijdig. Wat verder opvalt is dat het keurslijf van het “pas toe leg uit” principe er feitelijk voor zorgt dat de NFC 2016 dwingend recht is, waarvan alleen in uitzonderlijke situaties af te wijken is. Dit wijkt af van de andere benoemde overeenkomsten in boek 7 die grotendeels bestaan uit regeland recht en slechts deels uit dwingend recht.
- 4.3 Door deze combinatie van factoren wordt franchise in Nederland een rechtsfiguur die erg afwijkend is van andere, reeds bestaande, rechtsfiguren in het burgerlijk wetboek. Overigens is ook de afbakening van wat onder “franchise” dient te worden verstaan, buitengewoon onduidelijk. Hierdoor kan er veel onzekerheid bestaan of aan franchise gelieerde samenwerkingsvormen, zoals bijvoorbeeld selectieve distributiestelsels, uitgebreide dealerovereenkomsten of merklicenties, onder de franchisewet gaan vallen, met alle gevolgen van dien. Ook dit heeft een grote mate van rechtsonzekerheid als gevolg.
- 4.4 Verder is er sprake van een spanningsveld tussen het wetsvoorstel franchise, die uitdrukkelijk ook zou zien op met franchise gerelateerde contracten zoals huur- en financieringsarrangementen - en de dwingende wet- en regelgeving die van toepassing is op huur- en financieringsovereenkomsten. Hoe dit zich tot elkaar verhoudt wordt niet toegelicht.
- 4.5 Gezien de enorme hoeveelheid medezeggenschapsbepalingen die zijn opgenomen in de NFC 2016 is het nog de vraag of een franchisenemer die het beleid en de strategie mede mag bepalen – en nieuwe ontwikkelingen kan tegenhouden – nog wel kwalificeert als pure verticale contractspartij of dat je dit zou kunnen zien als een horizontale

samenwerkingsvorm, met alle (mededingingsrechtelijke) problematiek van dien. Het is de vraag of hier wel goed over is nagedacht.

Tussentijdse conclusie

- 4.6 Door middel van het wetsvoorstel franchise wordt franchise in Nederland een benoemde overeenkomst, die uit de toon valt bij andere reeds wettelijk geregelde civielrechtelijke samenwerkingsvormen zoals bijvoorbeeld handelsagentuur. Het is onduidelijk wanneer een samenwerking valt onder franchise en wanneer niet. Het gevolg hiervan is rechtsonzekerheid.

5. Wetsvoorstel franchise en de Memorie van Toelichting (MvT)

Inleiding

- 5.1 Zoals hierboven al werd opgemerkt is het opvallend dat de materiele wet ten aanzien van franchise slechts uit twee artikelen bestaan in het Burgerlijk Wetboek. Daarbij is de plek in het Burgerlijk Wetboek in het geheel niet logisch. Ondanks dat de wettekst zelf erg summier is, zijn hier veel kanttekeningen bij te plaatsen. Wij concentreren ons hierbij op de hoofdzaken.
- 5.2 Het is een gemiste kans, voor de hele franchise sector, dat franchise in de MvT wordt weggezet als iets negatiefs. Verder lijken de opstellers van de MvT geen, of te weinig, besef te hebben dat franchise een nauwe vorm van samenwerking is, met een rolverdeling waarbij de franchisegever de formule exploiteert en verantwoordelijk is voor de eigen bedrijfsvoering en de franchisenemer zijn eigen lokale bedrijf exploiteert met gebruikmaking van de formule en de ondersteuning en kennis van de franchisegever. Een dergelijke samenwerking leent zich niet om samen aan het stuur te gaan zitten en de strategie van het bedrijf te bepalen, zoals het uitgangspunt lijkt te zijn in de MvT.

Procesbeschrijving in MvT

- 5.3 Het proces rondom de totstandkoming van de NFC 2016 zoals deze staat beschreven in de MvT (paragrafen 2.1 t/m 2.3 MvT) doet geen recht aan de feitelijke situatie. In dat kader wordt verwezen naar paragraaf 3 van deze reactie.

“Pas toe leg uit” principe

- 5.4 Vervolgens wordt het “pas toe leg uit” principe toegelicht in de MvT (paragraaf 3.1, pagina's 12, 13 en 15 en pagina's 34-38 MvT). Uit deze toelichting wordt duidelijk dat, alhoewel het “pas toe leg uit” in eerste instantie de indruk wekt een flexibele wijze van

omgang met de NFC 2016 of delen daarvan mogelijk te maken, het tegendeel het geval is.

- 5.5 Volgens de toelichting is de NFC 2016 het uitgangspunt en de franchisegever is hieraan volledig gebonden. Als een franchisegever wil afwijken van de NFC 2016, moet dit schriftelijk, uitdrukkelijk, transparant, duidelijk, begrijpelijk en deugdelijk gemotiveerd - waarom die specifieke afwijking nodig is - worden overeengekomen met de franchisenemer(s). Dit moet in een separate bijlage gebeuren bij het franchisecontract. Nadere voorschriften kunnen hieraan worden gesteld bij AMvB. De franchisenemer kan een dergelijke afwijking vernietigen als zij “niet goed of onduidelijk of ondeugdelijk is gemotiveerd” of als “het argument voor de afwijking redelijkerwijs niet ter rechtvaardiging van de afwijking kan dienen”, hetgeen erg subjectief is. In dat geval kan de franchisenemer de schade die zij heeft geleden door de gedragscode niet na te leven verhalen op de franchisegever

Grote mate van rechtsonzekerheid

- 5.6 De consequentie van het “pas toe leg uit” principe is dat franchisenemers op een later moment alsnog de afwijking kunnen proberen aan te vechten, dit heeft een grote mate van rechtsonzekerheid tot gevolg. Immers, iedere keer dat men afwijkt brengt dit een risico van latere herroeping met zich mee, met de nodige financiële consequenties. Ook is het de vraag of in veel gevallen een afwijking wel reëel is, gezien de hoge eisen die worden gesteld aan een afwijking. Hiermee klinkt een “pas toe leg uit” principe veel flexibeler dan zij daadwerkelijk is; in feite is afwijken nauwelijks mogelijk en wordt de NFC 2016 dus een dwingend keurslijf. De vraag is ook hoe de definities in het wetsvoorstel moeten worden uitgelegd ten opzichte van de definities in de NFC 2016 nu deze erg afwijkend zijn. Dit komt ook de rechtszekerheid absoluut niet ten goede. Ook is de status van de toelichting bij de NFC 2016 onhelder; gaat deze nu wel of niet worden toegepast in het geval er verschillen van inzicht bestaan over de uitleg van de artikelen in de NFC 2016?

Concrete artikelen wetsvoorstel met de toelichting in de MvT op de betreffende artikelen

- 5.7 Hieronder volgt artikelsgewijs commentaar op het wetsvoorstel en de bijbehorende toelichting in de memorie van toelichting (p. 26 – 40 MvT):

(a) Artikel 399f a., 1e: definitie franchiseformule

De definitie van “franchiseformule” bestaat uit een combinatie van (1) diverse intellectuele eigendomsrechten en (2) knowhow die niet beschermd wordt door een intellectueel eigendomsrecht. De definitie van intellectuele eigendomsrechten is mede

gebaseerd de definitie van franchise uit de Verordening (EEG) 4087/88. Deze verordening is niet meer in werking en de gebezigde terminologie is verouderd (zoals tekeningen), of niet van toepassing op Nederland (zoals gebruiksmodellen). Bovendien is de definitie door toevoeging van tweemaal het woord of onleesbaar geworden en geeft deze zeker niet de essentie van een franchiseformule weer. Bovendien gaat het bij franchise nu juist niet om gemeenschappelijke rechten, het gaat om een intellectueel eigendomsrecht van de franchisegever wat de franchisenemer mag gebruiken. De definitie van franchiseformule is derhalve niet correct, verwarrend en verwijst naar verouderde regelgeving.

(b) Artikel 399f a., 2e: definitie knowhow

De definitie van knowhow is ontleend aan de thans geldende opvolger van de eerder genoemde verordening, te weten Verordening 330/2010, de Groepsvrijstellingsverordening Verticale Overeenkomsten. De vraag is echter of hiermee niet een te brede uitleg van het begrip franchiseformule wordt binnengehaald. Immers, de bij deze verordening horende Richtsnoeren inzake verticale beperkingen stellen dat de Europese Commissie de beginselen uit de Groepsvrijstellingsverordening en bijbehorende Richtsnoeren ook zal toepassen op franchiseovereenkomsten die uitsluitend of hoofdzakelijk het in licentie geven van intellectuele eigendomsrechten betreffen. Dit is in het kader van het mededingingsrecht uiteraard interessant voor een merkhouder. Echter, het zou zeer onwenselijk zijn indien een ‘gewone’ merklicentie hiermee ook onder de definitie van franchiseformule uit het wetsvoorstel zou komen te vallen en de NFC ook daarop van toepassing zou zijn. Dit brengt rechtsonzekerheid met zich mee, want waar houdt een licentie- c.q. distributierelatie op en begint – volgens het wetsvoorstel - een franchiserelatie?

(c) Artikel 399f c.: definitie franchisenemer

Zoals het er nu staat (“die voor eigen rekening en risico een franchiseformule exploiteert”) klopt het niet. De franchisenemer exploiteert niet de franchiseformule; de franchisenemer exploiteert zijn eigen bedrijf/vestiging, daarbij gebruik makend van de formule onder de voorwaarden van de franchiseovereenkomst.

(d) Artikel 399g lid 1, eerste paragraaf en lid 3

Hierin staat de delegatiebepaling uit hoofde waarvan middels AMvB een gedragscode van toepassing wordt verklaard. Het is het de vraag of een dergelijke delegatiebepaling, waarbij een nieuwe titel in het BW in feite wordt uitbesteedt bij AMvB wel staatsrechtelijk houdbaar is. Een AMvB is bedoeld voor de op detailniveau uitwerking van een wettelijke bepaling en niet voor het invoeren van een geheel nieuwe civielrechtelijke rechtsfiguur met allerlei verplichtingen die in de contractuele

verhouding treden van twee professionele partijen. Een AMvB is ook niet bedoeld voor het stellen van nadere motiveringseisen waarmee de gedragscode nog een meer dwingend karakter kan krijgen.

(e) Artikel 399g lid 1 a

In de MvT bij dit artikel staat dat de franchisegever moet borgen dat de franchisegever bij het selecteren van franchisenemers tot uitgangspunt neemt dat zij de noodzakelijke ondernemerscapaciteiten hebben. Hoe dit in de praktijk moet worden geborgd en welke maatregelen hiervoor afdoende zijn, volgt nergens uit en hierover kan men van gedachten verschillen.

(f) Artikel 399g lid 1 b 2e

Er bestaat een discrepantie tussen de formulering in het wetsvoorstel en de MvT enerzijds en de NFC 2016 anderzijds ten aanzien van het wel of niet bestaan van een verplichting ten aanzien van het vertrekken van een prognose. Immers het wetvoorstel spreekt van:

“het tijdig verstrekken van informatie (...), waaronder informatie betreffende 2e de te verwachten omzet, de benodigde investeringen en de te verwachten kosten”

en in de toelichting blijkt dat het gaat om informatie die zou dienen te worden verstrekt.

Maar in de NFC 2016 staat over de prognoses:

*“**bij voorkeur** een zorgvuldig en transparant onderbouwde omzet- en kostenprognose (...)” en in de toelichting: “als franchisegever een exploitatie aan franchisenemer afgeeft (...).”*

Dit spreekt elkaar tegen en het is volstrekt onduidelijk hoe dit dient te worden geïnterpreteerd.

(g) Artikel 399g lid 1 b 5e

In de toelichting bij dit artikel staat opgenomen dat een franchisegever duidelijkheid dient te verstrekken over de mogelijkheid voor een franchisenemer om al dan niet gebruik te maken van een online afzetkanaal. Het is onbegrijpelijk dat dit opgenomen is in de MvT nu het een hardcore beperking en verboden is, op basis van de groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten, om een franchisenemer te verbieden om gebruik te maken van een (eigen) online afzetkanaal!

Tussentijdse conclusie

- 5.8 De MvT schetst een negatief beeld van franchise. De beschrijving van het gevolgde proces rondom de totstandkoming van de NFC 2016 komt niet overeen met de feitelijke realiteit. Het “pas toe leg uit” principe blijkt van de NFC 2016 een keurslijf te maken, waarvan afwijkingen achteraf ter toetsing kunnen worden voorgelegd, met als gevolg een grote mate van rechtsonzekerheid. Alhoewel het wetsvoorstel zelf slechts bestaat uit twee wetsartikelen zitten deze wetsartikelen slordig in elkaar en blijkt hieruit de essentie van franchise niet. Het wetsvoorstel zou op verschillende aspecten moeten worden aangepast om alleen al in lijn te komen met bestaande wet- en regelgeving en met bestendige jurisprudentie.

6. De Nederlandse Franchise Code 2016

Inleiding

- 6.1 Volgens het wetsvoorstel franchise worden er slechts twee artikelen in het Burgerlijk Wetboek opgenomen over franchise. In het eerste artikel wordt aangegeven dat er middels AMvB een gedragscode franchise verbindend kan worden verklaard. Uit de MvT bij het wetsvoorstel blijkt dat het Ministerie hierbij de NFC 2016 in gedachten heeft. Vandaar dat wij ook van de gelegenheid gebruik maken om – op hoofdlijnen – onze zorgpunten ten aanzien van de NFC 2016 kenbaar te maken.
- 6.2 De NFC 2016 biedt aan de ene kant veel detailopdrachten aan de andere kant bevat het veel open en ongedefinieerde normen. Bovendien bepaalt de NFC 2016 nu niet waarover afspraken tussen partijen gemaakt moeten worden, hetgeen toch de opdracht was van de Minister, maar bepaalt vooral wat partijen moeten afspreken. Ook beperkt de NFC 2016 de mogelijkheden om een franchiseovereenkomst te beëindigen of een tweede franchiseovereenkomst aan een franchisenemer te weigeren. Hiermee is er feitelijk sprake van contractdwang en wordt de contractsvrijheid, tussen twee professionele partijen, aangetast. Ook het ondernemerschap van de franchisegever en diens zelfstandigheid wordt aangetast.
- 6.3 In een gedragscode voor franchise moet uiteraard de hele franchisebranche zich kunnen herkennen. De Europese Erecode inzake Franchising⁴ zou hiervoor beter als basis kunnen dienen, of de DFA Gedragscode Franchise die werd opgesteld door de Vereniging DFA⁵. In de NFC 2016 is er geen balans gevonden en daarom is de NFC 2016 niet geschikt om wettelijk te verankeren.

⁴ http://www.nfv.nl/files/europese_erecode.pdf

⁵ Zie voetnoot 1.

Grootste inhoudelijke bezwaren NFC 2016

- 6.4 Veel van de in de NFC 2016 opgenomen verregaande zaken horen, desgewenst, in een franchiseovereenkomst tussen twee partijen thuis, maar niet in een algemeen geldende gedragscode. Zonder hiermee volledigheid te willen impliceren, want er is nog veel meer aan en op te merken op de NFC 2016, volgen hieronder onze grootste inhoudelijke bezwaren tegen de NFC 2016:

(1) De NFC 2016 regelt veel te veel op detailniveau

De NC 2016 zou een gedragscode moeten zijn, maar in de plaats daarvan is de NFC 2016 een zeer gedetailleerd document dat probeert allerlei onderwerpen (tot in het kleinste detail) te regelen, die eigenlijk in een franchiseovereenkomst of handboek thuis horen. Het is aan partijen om daar afspraken over te maken en dit in een franchiseovereenkomst vast te leggen (en niet aan de NFC 2016).

Voorbeelden van zaken die veel te veel op detailniveau worden geregeld zijn onder andere:

- i. de beperkingen die worden gesteld aan het weigeren van het aangaan van een 2e franchisecontract (inmenging in de contractsvrijheid),
- ii. de groei van een franchisenemer die niet onredelijk beknot zou mogen worden (eveneens inmenging contractsvrijheid),
- iii. de inperking ter zake van gebruik van het merk en het initiëren van andere, concurrerende activiteiten (dit zet formules op een achterstand t.o.v. bedrijven die niet aan franchise doen),
- iv. het verplicht stellen van een contract in de Nederlandse taal of een beëdigde vertaling (dat is zelfs voor arbeidscontracten geen verplichting),
- v. de terughoudendheid die betracht zou moeten worden om af te wijken van regelend recht (daarom is het toch juist regelend recht?), en
- vi. de koppeling tussen exclusiviteitsgebied en non-concurrentiebeding (beperking contractsvrijheid).

(2) Beperking gebruik merk door de merkhouder en beperking van innovatie en slagkracht (artikelen 1.2 en 2.3 NFC toelichting)

In de NFC 2016 staan grote beperkingen van de autonomie van een formule dan wel de groep waartoe de formule behoort ten aanzien van toekomstige expansie en het naast elkaar hanteren van verschillende formules. Dit grijpt ernstig in in het

ondernemerschap van de formule dan wel de groep waartoe de formule behoort en geeft de franchisenemer een onevenredig groot drukmiddel en instemmingsrecht.

Een formule kan zich juist ontwikkelen door meerdere prijsniveaus te hanteren met ook verschillende daaraan gekoppelde formules/handelsnamen en door gebruik te maken van digitale (online) formules en activiteiten. Het is de trend om online activiteiten op te zetten al dan niet in samenhang met fysieke winkels. Dat zou dan kennelijk niet toegestaan zijn, wat een onaanvaardbare beperking is.

Naast dat dit verstikkend kan werken en innovatie, maar ook fusies en overnames, in de weg kan zitten, is het de vraag of een verstrekkend (concurrentie)verbod mededingingsrechtelijk niet veel te ver gaat en of dit wel toelaatbaar is. Mededingingsrechtadvocaten betwijfelen of dit stand kan houden.

(3) Majeure wijzigingen (artikel 2.6 sub c. NFC)

In de NFC 2016 staat dat voor onderwerpen die een materieel effect hebben op de bedrijfsvoering van het collectief van franchisenemers in beginsel instemming nodig zal zijn en indien er geen overeenstemming komt zal een franchisegever de wijzigingen niet eenzijdig kunnen doorvoeren. Dit is een grote beperking in de autonomie, innovatief vermogen en ondernemerschap van formules. Daarnaast kunnen franchisenemers hun instemming onthouden als drukmiddel.

(4) Beperkingen aan uitsluiten aansprakelijkheid en boek 3 en 6 BW (artikel 2.2 NFC)

In de NFC 2016 staat dat partijen “uitermate terughoudend moeten zijn bij het uitsluiten van regeland recht van boek 3 en boek 6 van het BW”. Aangezien boek 3 en boek 6 BW beiden voornamelijk bestaan uit regeland recht (immers slechts een zeer summier deel is dwingend recht en dan vooral ten aanzien van consumenten) gaat dit om een verstrekkend beding waarvan de consequenties niet te overzien zijn. Dit beding is lastig in combinatie met het “pas toe of leg uit principe”. Er wordt hiermee een ongekeerde uitzonderingspositie voor franchiseverhoudingen gecreëerd ten opzichte van alle andere commerciële contracten, maar ook ten aanzien van consumenten, werknemers en handelsagenten, die een dergelijke verstrekkende bescherming niet hebben.

(5) Verantwoording over gebruik fee (artikel 4.6 sub e NFC)

In de NFC 2016 staat dat de formule verantwoording dient af te leggen over de besteding van de ontvangen vergoeding. Waarom zou een franchisegever verantwoording dienen af te leggen aan de franchisenemers over de besteding van de ontvangen vergoeding? Hoe die vergoeding wordt besteed, is immers ter discretie van de franchisegever.

(6) Limitering opzegmogelijkheden franchiseovereenkomst en beperken franchisenemer in aantal vestigingen (artikelen 2.3 sub i en 2.5 sub e NFC)

Uit een aantal bepalingen in de NFC 2016 volgt dat een formule de overeenkomst met een franchisenemer niet gemakkelijk kan beëindigen. Dit gaat in tegen de contractsvrijheid die er geldt in Nederland. Het is verder erg arbitrair en in strijd met de huidige jurisprudentie dat er voor een beëindiging de belangen van beide partijen in redelijkheid gewogen moeten gaan worden met het noemen van een aantal, dat zullen moeten worden beoordeeld. Voorts valt niet in te zien waarom een (bestaande) franchisenemer steeds meer (nieuwe) vestigingen zou moeten kunnen uitbaten en een formule dit niet zou kunnen weigeren.

Deze artikelen staan haaks op de contractsvrijheid die de Nederlandse wetgever voorstaat. Er lijkt zelfs sprake te zijn van contractsdwang. Een (franchise)contract dient ook voor bepaalde tijd te kunnen worden gesloten. En het weigeren een samenwerking te verlengen is een autonome bevoegdheid van de franchisegever. Beide partijen weten immers aan het begin van overeenkomst waar zij aan beginnen. De overeenkomst dient al zodanig ingericht te zijn dat, gedurende de looptijd, de gemaakte investeringen terugverdiend kunnen worden.

(7) Omkering bewijslast bij niet realiseren door franchisenemer van prognose (artikel 3.6 sub d NFC)

In de NFC 2016 staat een (te) verre gaande aanname dat indien een prognose niet gerealiseerd wordt de franchisegever niet kan volstaan met de aanname dat de franchisenemer daarvoor verantwoordelijk is en dat het enkele feit dat het resultaat lager is dan door de franchisegever geprognostiseerd niet “zonder meer” met zich meebrengt dat de prognose ondeugdelijk is. Hiermee wordt er een (veel) zwaardere verantwoordelijkheid gelegd bij de franchisegever dan nu volgt uit de (heersende) jurisprudentie indien zich de situatie voordoet dat een prognose niet wordt gehaald, immers in feite is dit een omkering van de bewijslast dan zal franchisegever moeten trachten aan te tonen dat dit niet aan de prognose heeft gelegen maar aan iets anders.

(8) “Pas toe of leg uit principe” (pagina 3, 5e en 8e alinea NFC)

In zijn algemeenheid bestaat de vrees dat de NFC 2016 tot veel discussie over de uitleg gaat leiden. Iedere “pas toe of leg uit bepaling” is voer voor discussie als de uitleg niet geaccepteerd wordt. Omdat de code evenals de toelichting (te) stellig is in een aantal punten en niet voor hele branche toepasbaar en veelal zeer wollig is geformuleerd, kan dit niet anders dan tot discussie leiden. Dit is niet alleen inefficiënt, maar zal ook kunnen leiden tot een verdergaande juridisering van de franchisere relatie.

Daarnaast is het “pas toe of leg uit principe” niet van toepassing op hoofdstuk 1 zodat daarmee met name artikel 1.2 niet voor discussie vatbaar is. Artikel 1.2 is zeer waarschijnlijk in strijd met het mededingingsrecht.

(9) Consumentendata (artikel 2.5 in combinatie met 4.6 sub j NFC)

De inhoud van de bepaling in de NFC 2016 sluit niet aan bij de uitleg bij de toelichting. De uitleg die bij dit artikel in de toelichting wordt gegeven ziet niet toe op het verstrekken van informatie, maar ziet toe op een ander onderwerp, namelijk de afspraken die partijen beogen te maken ten aanzien van het gebruik en de exploitatie van (consumenten)data ten behoeve van de franchiseformule. Daarnaast is deze bepaling te sturend voor een code.

(10) Toepasselijkheid, geschillenregeling en geschil beslechtende instantie?

Het is vrij lastig om de NFC 2016 op haar merites te beoordelen terwijl het onduidelijk is hoe de geschillenregeling er uit komt te zien en op welke wijze er een geschil beslechtende instantie zal worden ingericht. Voorts wordt er melding gemaakt in de NFC 2016 van voortdurende verdere ontwikkeling en evaluatie van de NFC, maar op welke wijze dit zal worden vormgegeven is eveneens volstrekt onduidelijk. Het is te betreuren dat de NFC 2016, die veel verder gaat dan een normale gedragscode, ten aanzien van deze belangrijke zaken geen enkel uitsluitel geeft.

De gedragscode zou slechts algemene principes moeten bevatten over hoe partijen met elkaar dienen om te gaan. Vergelijk in dat kader de Europese Erecode inzake Franchising en de DFA franchisecode.

Verder staan er diverse bepalingen in de NFC 2016 die voor meerdere uitleg vatbaar zijn, onduidelijk zijn en daarom ook zullen gaan leiden tot nodeloze discussies en geschillen. Onder andere kan gewezen worden op artikel 1.7 laatste zin toelichting, artikel 2.3 f en sub g in de toelichting en artikel 4.6 sub h van de NFC 2016.

Tussenconclusie

6.5 Gezien het feit dat de NFC 2016:

- a. op bepaalde – essentiële - onderwerpen voorschrijft niet alleen **waarover** maar ook **wat** partijen moeten afspreken, en hiermee ernstig interfereert met de franchiseovereenkomst en andere overeenkomsten tussen franchisegevers en franchisenemers;
- b. ten aanzien van belangrijke formuleaangelegenheden de franchisenemers op de stoel laat zitten van de franchisegever, hiermee ondernemerschap en innovatie frustrerend en uiteindelijk dus in het nadeel van alle betrokken partijen;
- c. veel open en ongedefinieerde - of juist op verschillende plekken in detail gedefinieerde begrippen die gaandeweg in de tekst steeds verder worden

opgerekt - normen hanteert die voor verschillende uitleg vatbaar is en tot geschillen kan en zal leiden; en

d. veel doublures bevat en inconsequenties,

zijn wij van mening dat de NFC 2016 niet voldoet en niet geschikt is om verbindend te verklaren middels het wetsvoorstel franchise.

6.6 De NFC 2016 is een document geworden waarin er enerzijds veel detailopdrachten staan die niet aansluiten bij de praktijk c.q. werkelijkheid, zonder op enige wijze acht te slaan op de financiële consequenties die dit met zich meebrengt en anderzijds een document vol met open en ruime normen - zoals o.a. "majeure wijzigingen" en "zorgplicht" - waarvan nu al te voorspellen valt dat dit een bron zal gaan vormen voor verschillende interpretaties en dus voor discussies en geschillen. Kortom, waar nu juist de opdracht was van de Minister om te komen tot een duidelijk, evenwichtig en breed gedragen gedragscode, is het resultaat een onevenwichtig en te directief document, dat meer vragen oproept dan beantwoordt.

7. Aanbeveling

7.1 Er kan geconstateerd worden dat er veel weerstand is, vanuit diverse hoeken, tegen het wetsvoorstel franchise en tegen de NFC 2016. Hierbij is het relevant dat diverse in franchise gespecialiseerde advocaten en adviseurs hun grote bezwaren kenbaar maken tegen het wetsvoorstel franchise. Recentelijk hebben wij gezien, met de herziening van het arbeidsrecht, dat er van te voren door advocaten en juristen (waaronder professoren en wetenschappers) werd gewaarschuwd dat het herziene stelsel, waarbij één van de doelstellingen was om zzp-ers beter te beschermen, een tegengesteld effect zou gaan krijgen. Inderdaad zien wij nu in de praktijk dat zzp-ers nu veelal van de regen in de drup zijn beland en juist minder aan het werk zijn dan voorheen. Het zou erg te betreuren zijn als de franchisewet een soortgelijke toekomst tegemoet gaat, en de samenwerkingsvorm franchise onomkeerbare schade wordt toebracht.

7.2 Er bestaat nu nog de mogelijkheid om het huidige wetsvoorstel franchise in te trekken en te bezinnen op òfwel wederom een zelfreguleringstraject, maar dan wel een proces dat voldoet aan de eisen van transparantie en inspraak en waarvoor draagkracht is onder zowel franchisegevers als franchisenemers, òfwel er dient op een democratische en objectieve wijze een franchise titel in boek 7 van het burgerlijk wetboek te worden vastgesteld, waarbij de NFC 2016 niet als basis dient.

7.3 De franchisesector verdient een integrale aanpak die recht doet aan het grote economische belang dat gemoeid is met franchise in Nederland en dat bestaat uit evenwichtige en duidelijke regels voor twee professionele partijen, daarbij aansluitend bij de in Nederland reeds aanwezige wet- en regelgeving en de in de rechtspraak ontwikkelde rechtsleer.

Wij zijn graag beschikbaar voor een nadere toelichting en zijn bereid een bijdrage te leveren aan het vervolgproces.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Tessa de Mönnink
De Grave De Mönnink Splet Advocaten B.V.