

Postbus 5287
2000 CG Haarlem

Dreef 22
2012 HS Haarlem

Robijnlaan 8
2132 WX Hoofddorp

Telefoon 023 - 5 125 025
Fax 023 - 5 125 026

Derdengeldenrekening
NL97INGB 0658 9774 74
BIC INGBNL2A

info@kadv.nl
www.kadv.nl

Ministerie van Economische Zaken
T.a.v. Zijne Excellentie de heer H.G.J. Kamp
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Uitsluitend per e-mail: www.internetconsultatie.nl

Advocaat: mr. M.S.J. Steenhuis
Direct fax: +31 (0)23 5 125 026
E-mail: steenhuis@kadv.nl

Datum: 24 mei 2017

Inzake: Concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise

Excellentie,

Wij hebben kennis genomen van het Wetsvoorstel Franchise ("**Wetsvoorstel**") dat op 12 april 2017 door middel van internetconsultatie aan het publiek is voorgelegd. Köster Advocaten houdt zich al jaren bezig met franchise aangelegenheden, zowel op het gebied van advisering als op het gebied van procederen. Wij staan zowel franchisegevers (70%) als franchisenemers (30%) bij.

Wij onderschrijven de gedachte dat franchise een samenwerkingsvorm is die evenwichtig dient te zijn en waar beide partijen (financieel) profijt van dienen te hebben. Wij menen echter dat het huidige wetsvoorstel alsmede de Nederlandse Franchise Code ("**NFC**") niet zal bijdragen tot een betere en meer evenwichtige samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer. Wij lichten een en ander aan de hand van de volgende onderwerpen toe:

- Is wetgeving noodzakelijk?
- Proces totstandkoming NFC en Wetsvoorstel
- Inhoud NFC
- Inhoud Wetsvoorstel
- Staatsrechtelijke bezwaren
- Conclusie

Is wetgeving noodzakelijk?

Wij menen dat wetgeving niet noodzakelijk is, althans dat de uitgangspunten waar het Wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting ("**MvT**") thans op zijn gebaseerd niet juist zijn. De MvT schetst een beeld van een branche waarin misstanden en frauduleuze praktijken met grote regelmaat voorkomen en de franchisenemer hiertegen én tegen ondoordachte beslissingen, om met een franchiseorganisatie in zee te gaan, beschermd dient te worden.

Niet alleen wordt daarmee miskend dat een franchisenemer een zelfstandig ondernemer is – met alle verantwoordelijkheden die daarmee gepaard gaan – daarnaast krijgt de franchisenemer daarmee ook een volstrekt andere positie dan in samenwerkingsvormen zoals de agent in aan agentuur relatie en de distributeur in een distributie relatie en zelfs ten aanzien van de agent in aan agentuur relatie. Noch de distributeur, noch de agent wordt op een dergelijke vergaande wijze beschermd tegen de partij waarmee hij een zakelijke en professionele relatie aangaat. Niet duidelijk is waarom een franchisenemer daarin zo een andere positie zou moeten krijgen.

Temeer nu het beeld dat wordt geschetst – misstanden en frauduleuze praktijken – niet strookt met de praktijk. In de zestien jaar dat wij ons met franchise bezig houden is er geen sprake van grote veranderingen in de verhouding tussen franchisegever en franchisenemer. Ook in het aantal procedures en de soorten van conflicten is geen wezenlijke verschuiving waar te nemen.

Op grond van het vorenstaande zien wij dan ook geen noodzaak voor wetgeving. Mocht er wetgeving komen, dan zou het wenselijk zijn als deze meer aansluit bij (i) het bestaande overeenkomstenrecht, (ii) aansluit bij de regelgeving omtrent distributie en agentuur en (iii) meer in lijn is met de al jarenlange bestendige lijn in de jurisprudentie.

Proces totstandkoming NFC en Wetsvoorstel

De totstandkoming van de NFC en het Wetsvoorstel verdienen wat ons betreft geen schoonheidsprijs:

- de schrijfcommissie (bestaande uit zes personen) die de NFC heeft geschreven, heeft dit gedaan zonder enig mandaat van hun respectievelijke achterbannen;
- in het daarop volgende proces is er onvoldoende ruggespraak gehouden met de achterban;
- de consultatie periode van de concept NFC viel midden in de zomer waardoor er voor veel franchiseorganisaties geen gelegenheid was hier op te reageren;
- met de inhoudelijke kritiek van diverse franchiseorganisaties – onder meer drie brandbrieven – is (te) weinig gedaan;
- na de totstandkoming van de definitieve NFC hebben franchisegevers en franchisenemers onvoldoende de gelegenheid gekregen om de zelfregulering verder handen en voeten te geven;
- het thans voorliggende wetsvoorstel stuit zowel op privaatrechtelijke als staatsrechtelijke bezwaren en geeft het gevoel dat een en ander overhaast tot stand is gekomen.

Daarnaast menen wij dat het niet gelukkig is dat het wetsvoorstel, zoals blijkt uit de MvT, nadrukkelijk “ten behoeve van de NFC is geschreven.” Wij menen dat het juist zou zijn geweest als er eerst een Wetsvoorstel zou zijn geformuleerd aan de hand waarvan vervolgens een gedragscode zou zijn opgesteld.

Inhoud NFC

Alhoewel de NFC formeel niet ter consultatie voorligt – hetgeen wij betreuren – achten wij het van belang toch over de inhoud hiervan iets te zeggen. Dit klemmt te meer, nu het Wetsvoorstel zeer beknopt is en de NFC de facto de inhoud van de samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer zal gaan bepalen.

In reactie op de concept NFC zijn dezerzijds al de bezwaren tegen de NFC kenbaar gemaakt. Deze memo wordt als **bijlage 1** aan dit schrijven gevoegd.

Kort en zakelijk weergegeven, en zonder uitpuittend te zijn, baart de inhoud van de NFC zorgen om de volgende redenen:

- de NFC is, ons inziens, geen gedragscode, maar is te gedetailleerd en grijpt direct in in de contractuele relatie tussen franchisegever en franchisenemer. Een gedragscode is een stuk op hoofdlijnen, waarin, kort samengevat, wordt geregeld, hoe een goed franchisegever en een goed franchisenemer met elkaar dienen om te gaan. De DFA gedragscode (**bijlage 2**), die na de totstandkoming van de concept NFC, als alternatieve gedragscode is opgesteld, is naar onze mening wel, een gedragscode. Wij geven in overweging om de DFA gedragscode door middel van een amvb aan de wet te hangen.
- de NFC is niet geschikt voor de grote diversiteit aan franchiseorganisaties die in Nederland opereren. Niet alleen een diversiteit in omvang van de franchiseorganisatie (en organisatorische ondersteuning), maar ook een diversiteit in soft en harde franchiseformules alsmede diversiteit in branches (food, non-food, dienstverlening, zorg, etc.). Door het al eerder gesignaleerde detailniveau waarop de NFC zich begeeft, komen tal van franchiseorganisaties in de knel als ze de NFC dienen na te leven;
- de ondernemersvrijheid van de franchisegever wordt aangetast, waardoor er onvoldoende ruimte voor (noodzakelijke) innovatie blijft;
- de zorgplicht voor de franchisegever gaat verder dan uit de al jarenlange jurisprudentie volgt en staat daarmee niet in verhouding tot de (vergaande) verplichtingen die op basis van de NFC aan de franchisegever wordt opgelegd.

Samenvattend zijn wij van mening dat de NFC niet evenwichtig is en te zeer uit gaat van de beschermingsgedachte van de franchisenemer. Hierbij lijkt er onvoldoende oog te zijn voor het wezen van franchise; een samenwerking tussen twee zelfstandig ondernemers waarbij de franchisegever de formule heeft bedacht en deze beheert en de franchisenemer hier gebruik van mag maken onder de condities van de franchisegever. Er is onvoldoende ruimte voor noodzakelijk maatwerk.

Inhoud Wetsvoorstel

Zoals al eerder gesignaleerd is het Wetsvoorstel beknopt en naar ons idee te beknopt gezien de vergaande consequenties die dit voor tal van franchiseorganisaties – en wellicht ook daarop gelijkende organisaties – zal hebben.

Wat allereerst opvalt is dat een definitie van het begrip *'franchise'* ontbreekt. Het had voor de hand gelegen hiermee te beginnen nu dit de crux is, althans had moeten zijn, van het Wetsvoorstel.

Op de definities en de formuleringen zoals die in artikel 7:399f BW en 7:399g BW wel zijn opgenomen valt het nodige op- en aan te merken. Zonder uitputtend te zijn, noemen wij hier een aantal zaken die in het oog springen:

- De definitie *'franchiseformule'* spreekt over een gemeenschappelijk handelsmerk, model, e.d. Dit is bijzonder nu het juist de franchisegever is, die rechthebbende is van de formele, het merk, etc.
- De definitie *'knowhow'* verwijst naar een verordening die ziet op een mededingingsrechtelijk toepassingsgebied en die bovendien aan wijziging onderhevig is.
- De definitie *'franchiseovereenkomst'* is niet duidelijk. Dit kan er – wellicht onbedoeld – toe leiden dat allerlei andere commerciële samenwerkingsvormen eveneens onder de reikwijdte van de NFC en het Wetsvoorstel vallen.
- *'Pas toe of leg uit'*: De NFC zou aldus de MvT het uitgangspunt moeten zijn voor de franchiseovereenkomst. Als een franchisegever hiervan wenst af te wijken dan dient dit (i) expliciet te worden overeengekomen, (ii) deugdelijk te worden onderbouwd en (iii) op een voor de franchisenemer transparante wijze. Mocht de motivering niet deugdelijk zijn(dit is een subjectief begrip en een en ander wordt pas achteraf getoetst) dan kan de franchisenemer het beding vernietigen en de schade die hij lijdt wegens het niet naleven van de NFC op de franchisegever te verhalen. Ander gesteld, de vrijheid om van de NFC af te wijken is een *'fictieve vrijheid'*. De facto is de franchisegever met handen en voeten gebonden aan de NFC.
- Niet duidelijk is wat er met de toelichting, zoals die thans in de NFC is opgenomen, zal gebeuren. Wij zijn van mening dat de toelichting buiten beschouwing zou moeten worden toegelaten aangezien deze (i) veel verder gaat dan de artikelen in de NFC, (ii) dusdanig veel open normen heeft die voor meerdere uitleg vatbaar zijn dat dit de rechtszekerheid niet ten goede komt.
- De vergelijking die in het Wetsvoorstel en de MvT wordt gemaakt met buitenlandse wet- en regelgeving gaat niet op, aangezien het Wetsvoorstel en de MvT volstrekt anders zijn ingericht. Ik verwijs hiervoor naar het artikel van Martine de Koning (**bijlage 3**).
- Doordat afwijkende bedingen als een algemene voorwaarde kunnen worden aangemerkt, wordt de deur opengezet naar een inhoudelijke toetsing ex. artikel 6:233 sub a BW.

Staatsrechtelijke bezwaren

Behoudens de voorgaande bezwaren, kleven er voorts een aantal staatsrechtelijke bezwaren aan het Wetsvoorstel en de NFC. Ik verwijs hiervoor naar de analyse van mr. J.A.M.A. Sluysmans en mr. M.G. Nielen van Van der Feltz advocaten die als **bijlage 4** aan dit schrijven is gevoegd. Zij overwegen hierin onder meer het navolgende:

“De vraag is of de gedragscode, waarvan de inhoud niet ter consultatie is voorgelegd, voldoet aan het legaliteitsbeginsel. De delegatiebepaling in artikel 7:399g BW is zo ruim geformuleerd dat marktpartijen een

aanzienlijke vrijheid hebben in de verwoording van de in principe bindende gedragscode. Gezien die ruime delegatie zijn de verplichtingen uit de gedragscode in de formele wet onvoldoende kenbaar en voorzienbaar gemaakt. Dat klemt te meer aangezien de schrijfgroep voor de gedragscode geen representatieve afvaardiging is van de betrokken partijen.

De gedragscode dient echter wel representatief te zijn voor degenen die haar moeten volgen. Een representativiteitsvereiste voor zelfregulerende normen volgt bijvoorbeeld uit cao-rechtspraak, waarin cao-normen soms onverbindend worden verklaard voor partijen die niet bij de opstelling daarvan betrokken waren. Ook kan een representativiteitsvereiste worden afgeleid uit rechtspraak over NEN-normen, waaruit blijkt dat NEN-normen weliswaar niet gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar wel kenbaar moeten zijn en representatief voor de betrokken partijen.¹ Het aantal betrokkenen bij de schrijfgroep is zeer gering te noemen. Over de Gids Proportionaliteit in het aanbestedingsrecht is in vergelijkbare zin opgemerkt dat die niet representatief tot stand is gekomen, zodat kan worden betwijfeld of de Gids Proportionaliteit in overeenstemming is met het legaliteitsbeginsel.^{2, 3}

Conclusie

Het is zeer de vraag of de NFC zal bijdragen tot een betere samenwerking en verstandhouding tussen franchisegever en franchisenemer. Wij betwijfelen of de NFC en het thans voorliggende wetsvoorstel de verhouding tussen franchisegever en franchisenemer goed zal doen.

Het wetsvoorstel en met name de MvT gaat uit van de, naar ons idee, onjuiste veronderstelling dat de verhouding tussen franchisegever en franchisenemer onevenwichtig zou zijn en de franchisenemer beschermd moet worden teneinde misbruik van machtsverhoudingen te voorkomen.

Zoals in iedere samenwerking doen zich ook in franchiserelaties misstanden voor. Echter, zoals in de Memorie van Toelichting terecht wordt gesteld gaat het in het leeuwendeel van die franchiserelaties goed. Anders gesteld; misstanden in franchiserelaties zijn een uitzondering en geen regel. De jurisprudentie van de afgelopen jaren bevestigt dit. Het aantal rechtszaken is al jarenlang op hetzelfde niveau en uit de gepubliceerde uitspraken volgt (zo ook uit onze praktijk) dat om en nabij in 2/3 van de zaken de franchisegever in het gelijk wordt gesteld. Met de misstanden en frauduleuze praktijken valt het dan ook zeer mee.

Bovendien is franchise per definitie geen samenwerking van "gelijkwaardige" partijen. Niet alleen is de franchisegever dikwijls – in ieder geval in financieel opzicht – de sterkere partij, daarenboven is het de franchisegever die de formule, het concept, de dienst of het product heeft bedacht en ontwikkeld. De franchisenemer wil graag onder de grote veilige paraplu van de franchisegever ondernemen en hier gebruik van maken.

Voor de duidelijkheid: beide rollen – en het goed vervullen hiervan – zijn van fundamenteel belang voor het laten slagen van een samenwerking gebaseerd op franchise. Het is echter een misvatting dat je een samenwerking in de vorm van franchise kunt laten slagen door behoudens de contractsvrijheid de ondernemersvrijheid van de franchisegever aan banden te leggen en daarmee iedere vorm van innovatie en ontwikkeling van de franchiseformule in

¹ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393; ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2750.

² E. Steyger, "Aanbestedingswet 2012 en Europese richtlijnen: hand in hand?", AA juni 2014, p. 436-437.

³ Brief van Van der Felz advocaten d.d. 24 mei 2017, betreffende concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise.

de kiem te smoren. Het is voorts een misvatting dat de franchisenemer met deze wetgeving en de NFC wordt geholpen; het nieuwe ontwikkelingen tegen kunnen gaan, en het voortijdig kunnen verlaten van de franchiseformule zonder gebonden te zijn aan een concurrentiebeding e.d. is de dood in de pot voor een franchiseorganisatie.

Het huidige wetsvoorstel zal de verhoudingen tussen franchisegever en franchisenemer, zo vrezen wij, onnodig op scherp zetten en contraproductief werken. Ja, er moet worden opgetreden tegen de misstanden die er zijn maar het huidige Wetsvoorstel is daartoe niet de weg. Geef partijen echt de ruimte om tot een gedragen en goed onderbouwde zelfregulering te komen en stop dit wetsvoorstel in de ijskast.

Wij zijn graag tot nadere toelichting en overleg bereid.

Hoogachtend,



Myrthe S.J. Steenhuis



Linda M.F. Relouw



Margot M.E. Span

Bijlage 1

NEDERLANDSE FRANCHISE CODE

Köster Advocaten N.V. | Myrthe S.J. Steenhuis namens
de Stichting Centraal Bureau Fastservice

Voor:
De Schrijfcommissie

Datum opgesteld: 27-07-2015

Geachte Schrijfcommissie,

1. Inleiding

- 1.1 Op 16 juni jl. is de concept versie van de Nederlandse Franchise Code (NFC) gepresenteerd. Vooralsnog bestaat er tot 28 juli a.s. de gelegenheid om de NFC van commentaar te voorzien, waarna er op 3 september a.s. een definitieve versie zou moeten worden gepresenteerd aan minister Kamp. Hierover later meer.
- 1.2 Namens de Stichting Centraal Bureau Fastservice (CBF) zal ik - als voorzitter van het CBF – de visie van het CBF geven op de NFC zoals die thans voorligt. Het CBF vertegenwoordigt 7 formules in de fast food branche en heeft bij elkaar 375 franchisevestigingen.
- 1.3 Het CBF realiseert zich dat de totstandkoming van het huidige concept NFC de nodige voeten in aarde heeft gehad en dat de concept versie zoals gepresenteerd een compromis stuk is. Desondanks is, wat het CBF betreft, onvoldoende de balans gevonden tussen de belangen van de franchisegever enerzijds en die van de franchisenemer anderzijds.

2. Probleemstelling en conclusie

- 2.1 De vraag is of de huidige concept versie van de NFC gaat bijdragen tot een betere samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer en meer in het algemeen of de NFC bijdraagt aan een optimalisatie van de diverse franchise samenwerkingsvormen in de meest brede zin van het woord.
- 2.2 Op basis van de NFC zoals die thans voorligt bestaat de vrees dat de NFC zijn doel voorbij schiet en zal gaan leiden tot meer polarisatie tussen franchisegever en franchisenemer. Daarmee is het antwoord op de vraag: nee.

3. Tijdsperiode

- 3.1 De schrijfcommissie heeft zichzelf ten doel gesteld om op 3 september 2015 de definitieve NFC aan minister Kamp te presenteren. Vooralsnog is het de bedoeling dat de consultatieperiode eindigt op 28 juli 2015 en dat de maand augustus wordt benut om alle opmerkingen te gaan verwerken om uiteindelijk op 3 september a.s. de definitieve versie te kunnen presenteren.
- 3.2 Gezien de verregaande gevolgen van de NFC (hierover dadelijk meer) raadt het CBF de Schrijfcommissie ten zeerste af om aan dit tijdsplan vast te blijven houden. Gezien de enorme belangen die er op het spel staan, en de omvang van het stuk is het ondoenlijk om in een dergelijk korte periode (i) alle benodigde input te verzamelen, (ii) dit te verwerken tot een (volledig) aangepaste NFC en (iii) zorgen voor draagvlak bij zowel franchisegevers als franchisenemers.
- 3.3 Anders gesteld: het CBF is van mening dat aanpassingen niet zouden moeten zien op enkele punten en komma's en het aanscherpen van wat definities doch stelt dat de wijzigingen veel fundamenteeler van aard (zouden moeten) zijn. Er zou een geheel nieuwe code geschreven moeten worden. Het is wat het CBF betreft niet in het belang van de franchisebranche in den

brede en evenmin van franchisegevers en draagt evenmin bij aan het creëren van draagvlak om de NFC er nu op zo een korte termijn "doorheen te drukken". Temeer nu het ook de opdracht van minister Kamp was om te komen: *"tot een gedragen en werkbare gedragscode en geschillenbeslechting"*.¹ De huidige versie van de NFC wordt niet gedragen door de franchisegevers en evenmin is deze werkbaar. Integendeel, het is de overtuiging van het CBF dat de huidige NFV contraproductief zal werken en zal leiden tot meer conflicten tussen franchisegevers en franchisenemers.

4. Status NFC

- 4.1 Het CBF acht het van groot belang om te weten wat de status wordt van de NFC. Het is evident dat als het inderdaad zo is dat de NFC voor de gehele franchisewereld zal gaan gelden en zelfs voor alle overige samenwerkingsvormen (agentuur en distributie), zoals eerder is meegedeeld, het belang en de gevolgen van een goede NFC aanmerkelijk groter zijn dan als het, zoals thans het geval is bij de Europese Erecode blijft bij een "erecode". Naar het CBF heeft begrepen, is het de bedoeling van minister Kamp om de NFC "algemeen verbindend te verklaren". Het is volstrekt onduidelijk op grond waarvan hij dit zou willen doen. Voor zover bekend, bestaat uitsluitend op grond van de Wet Cao en de Wet Milieubeheer de mogelijkheid om overeenkomsten algemeen verbindend te verklaren. De NFC valt onder geen van beide wetten. Alvorens er een definitieve NFC komt, acht het CBF het van groot belang dat hier duidelijkheid over komt. Sterker nog, wat het CBF betreft, zou hier eerst duidelijkheid over moeten zijn voordat verder zal worden gesleuteld aan de NFC c.q. er een geheel nieuwe code geschreven wordt.
- 4.2 Als er overigens tot algemeen verbindend verklaring zou worden overgegaan, ligt de vraag voor of er dan tevens ontheffingsmogelijkheden geregeld zullen worden.

5. Grote diversiteit in franchise samenwerkingsvormen

- 5.1 Franchise is een samenwerkingsvorm die de laatste jaren meer en meer opgeld doet. Daar waar tot een aantal jaren geleden franchise met name voorkwam in de retail zijn er in de afgelopen jaren ontwikkelingen die ertoe hebben geleid dat in de dienstverlening, de zorg en tal van andere branches franchise haar intrede heeft gedaan. Enerzijds bevestigt dit het beeld dat franchise een samenwerkingsvorm is waar zowel franchisegever als franchisenemer baat bij heeft en die (dikwijls) leidt tot een voor beide partijen succesvolle samenwerking. Anderzijds leidt dat ertoe dat de grote diversiteit in de franchisewereld zich onmogelijk laat persen in één uniforme code. Dit kan alleen als de code zich beperkt tot hoofdlijnen. In de huidige concept NFC is nadrukkelijk geen sprake van een stuk op hoofdlijnen. Integendeel, de NFC lijkt in detail in de (juridische) verhoudingen tussen franchisegever en franchisenemer te willen ingrijpen.
- 5.2 De code zoals die thans voorligt zal franchisegevers in een wurggreep houden. Anders gesteld: succesvolle ondernemers zullen zich wel twee keer bedenken voordat zij hun succes wensen te delen met franchisenemers. De NFC in de huidige vorm doet ernstige inbreuk op het zelfstandig ondernemerschap van de franchisegever en behandelt en beschermt de franchisenemer als een werknemer. Daarenboven zullen franchisegevers buitengewoon terughoudend worden in het adviseren en bijstaan van hun franchisenemers, maar in plaats daarvan ieder risico om aansprakelijk gesteld te worden willen vermijden. In de praktijk zal dat ertoe leiden dat franchisegevers zullen verwijzen naar externe partijen en onder iedere brief en memo een disclaimer zullen plaatsen. Kortom, het zet verhoudingen op scherp, beperkt het zelfstandig ondernemerschap, zet een rem op innovatie en zal een voedingsbodemp worden voor vele conflicten. Het CBF is van mening dat dit niet in lijn is met hetgeen de minister heeft gevraagd.
- 5.3 De NFC zou uitsluitend op **hoofdlijnen** moeten regelen hoe, kort gezegd, franchisegever en franchisenemer zouden moeten samenwerken. Het CBF is van mening dat de huidige NFC geen stuk op hoofdlijnen is maar veel te gedetailleerd is en tal van bepalingen – afhankelijk van de

¹ Brief Minister Kamp aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 20 oktober 2014.
MS/MS/ CBF/NFC

vorm waarin de franchisesamenwerking wordt uitgeoefend – in de praktijk niet uitvoerbaar zijn. Ik kom hier later nog op terug.

6. Verhouding franchisegever/franchisenemer

6.1 Alhoewel het CBF zich realiseert dat NFC een compromisstuk is, is zij van mening dat de balans tussen enerzijds de belangen van de franchisegever en anderzijds de belangen van de franchisenemer niet gevonden is. De zorgplicht van de franchisegever zoals die thans is geformuleerd, is buitengewoon vergaand. Daarentegen lijkt het erop dat uit het oog wordt verloren dat de franchisenemer een zelfstandig ondernemer is die verantwoordelijk is en zou moeten zijn voor zijn eigen onderneming. In de huidige NFC wordt de franchisenemer dusdanig beschermd en gaat de zorgplicht van de franchisegever dusdanig ver dat het erop lijkt dat de franchisenemer eerder een werknemer is dan een zelfstandig ondernemer. Zoals één van de leden van het CBF zei: *“De franchisegever is met deze code in dienst getreden van de franchisenemer, maar loopt wel alle risico’s.”*

7. Inhoudelijke kritiek

7.1 Definities zijn inconsistent danwel zijn deze niet geformuleerd, daar waar dat wel nodig zou zijn. Zonder uitputtend te zijn een kleine bloemlezing:

- “gezamenlijke ondernemingspraktijk” (inleiding);
- “exclusiviteitsgebied” (1.8 sub a);
- “marktgebied”(1.6 toelichting);
- “marketing” / “marketingbeleid (onder meer:2.3 en 2.5 toelichting) ;
- “de richtlijnen”(3.5 toelichting);
- adviesrecht of instemmingsrecht (2.6, derde aandachtstreepje) versus inspraak en/of instemmingsrecht (2.6 toelichting, tweede alinea)

7.2 De NFC heeft op dit moment een grote hoeveelheid open normen die voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Zonder uitputtend te zijn een kleine bloemlezing:

- “een redelijke periode” (2.3);
- “praktische middelen” (2.3);
- “die niet in direct verband staat” (2.3);
- “effectieve commerciële en technische ondersteuning” (2.3 toelichting).
- “wezenlijke informatie”(3.4 toelichting);
- “zelfstandig onderzoek”(3.6 sub e toelichting);
- “strikt noodzakelijk”(artikel 4.5 toelichting)

7.3 Verhouding tussen verplichtingen franchisegever enerzijds en franchisenemer anderzijds zijn niet evenwichtig. De zorgplicht van de franchisegever schiet door waarbij zijn ondernemersvrijheid wordt aangetast. Ik noem, zonder uitputtend te zijn, een aantal voorbeelden:

- *“Exclusiviteitsbedingen regelen de verplichting van de franchisegever om*
 - *in het exclusiviteitsgebied van de franchisenemer geen andere franchisenemer aan te stellen en/of*
 - *zelf binnen dit exclusiviteitsgebied geen goederen en/of diensten aan te bieden binnen de franchiseformule zoals gedefinieerd in artikel 1.2”.*(1.8): Op grond van deze formulering zou het een franchisegever dus niet vrij staan om te verkopen door middel van een eigen webshop die – dikwijls – een landelijke dekking heeft. Niet alleen is dit volstrekt onbillijk, het is evenmin in het belang van de franchisenemer die dikwijls profiteert en meelift op de webshop van de franchisegever.
- *“Zowel de franchisenemer als de franchisegever zijn ondernemers die geconfronteerd worden met de dynamiek van de markt. Ze zullen in goed overleg, en bij gelegenheid ook*

zonder dat de gesloten overeenkomsten concreet houvast bieden, moeten besluiten hoe te reageren op nieuwe mogelijkheden en omstandigheden. Het gaat er daarbij om om niet eenzijdig acties te ontplooiën. Voor de franchisegever betekent dit dat hij mogelijk met een flink aantal franchisenemers moet overleggen. Daarom is bij het overleg een grote rol weggelegd voor de franchisenemersvereniging.” (2.1 toelichting, laatste alinea): De franchisegever heeft de **verplichting** om overleg te plegen. Hoe verhoudt zich dit tot de ondernemersvrijheid van de franchisegever? Er zijn tal van situaties denkbaar waarin de franchisegever meent om op korte termijn te moeten anticiperen op ontwikkelingen in de markt – zulks ook ten faveure van de franchisenemer – zonder dat daarbij de tijd/ de mogelijkheid bestaat om eerst in overleg te treden.

- “Ook financieringsovereenkomsten kunnen onder de werkingssfeer van de Nederlandse Franchisecode vallen wanneer de franchisegever – al dan niet rechtstreeks – bij de financiering van de (aspirant-) franchisenemer is betrokken. In dat geval dient de franchisegever in het kader van de financiering de goede trouw te betrachten. Wanneer de franchisegever tevens (onder)verhuurder is van het bedrijfspand van de franchisenemer maakt ook deze huurovereenkomst deel uit van het stelsel van overeenkomsten dat onder de werkingssfeer van deze Code valt. De franchisegever dient alle zorgvuldigheid te betrachten in zijn relatie met de franchisenemer /onderhuurder, waaronder is begrepen het verschaffen van transparantie over de hoofdhuurovereenkomst en het behartigen van de belangen van de franchisenemer in de relatie van de franchisegever met de hoofdverhuurder.” (2.2 toelichting, tweede alinea): Het is niet wenselijk om financieringsovereenkomsten met hun geheel eigen merites onder de reikwijdte van de NFC te laten vallen. Bovendien zouden banken dan ook gebonden zijn aan de NFC; hoe stelt men zich dit voor? Huurovereenkomsten, ICT-overeenkomsten e.d. zouden dus zonder meer onder de werking van de NFC vallen? Hoe verhoudt zich dat tot de bestaande wettelijke bepalingen?
- “De franchisegever is verplicht om tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst effectieve commerciële en technische ondersteuning te verstrekken aan de franchisenemer. De verplichting van de franchisegever om zich als een goed franchisegever te gedragen ontslaat de franchisenemer niet van zijn eigen verantwoordelijkheid als zelfstandig ondernemer om zich in te spannen voor een succesvolle exploitatie van de franchisevestiging.” (2.3 toelichting, vierde alinea): Waarom wel een (resultaats)verplichting van de franchisegever en niet van de franchisenemer?
- “De franchisegever dient een bedrijfsbeëindiging of tussentijdse overdracht van de onderneming van de franchisenemer niet op onredelijke gronden te verhinderen. De franchisegever heeft soms een terugkooprecht. Als hij ervoor kiest om daarvan geen gebruik te maken, dient de franchisegever een overdracht aan een derde niet op onredelijke gronden te weigeren.” (2.3 toelichting, zesde alinea): Deze bepaling is in strijd met de contractsvrijheid en met de regel dat duurovereenkomsten in beginsel niet tussentijds opzegbaar zijn.
- “Wanneer de franchisenemer door concurrentiebedingen is beperkt in zijn mogelijkheden om binnen dezelfde bedrijfstak te groeien buiten de franchiseformule waarin hij reeds participeert, is hij voor doorgroei van zijn onderneming aangewezen op samenwerking met de franchisegever. De franchisegever dient deze groeimogelijkheden van de franchisenemer niet onredelijk te beknotten of er onredelijk belastende voorwaarden aan te verbinden. Als de franchisegever een maximaal aantal vestigingen of een bepaald marktaandeel per franchisenemer niet wil overschrijden, dient hij daarover in de overeenkomst vooraf duidelijkheid te verschaffen. Van zijn kant dient de franchisenemer op grond van de goede trouw in de samenwerking geen misbruik te maken van een bovengemiddeld aandeel in (de afzetpunten van) een franchiseformule.” (2.3 toelichting, zevende alinea): Dit impliceert een recht van de franchisenemer om meerdere

vestigingen te hebben. Het moet de franchisegever vrij staan om al dan niet een beleid te hebben waarin meerdere vestigingen zijn toegestaan.

- *“Zowel door franchisegever als door franchisenemers worden consumentendata verzameld. Voor franchisegever en de franchiseformule is het van belang over de data van alle franchisenemers gezamenlijk te beschikken. Ook de franchisenemer dient te kunnen beschikken over deze consumentendata, voor zover noodzakelijk voor de bewerking van zijn eigen marktgebied.”* (2.5 toelichting , laatste alinea): Uitgangspunt zou moeten zijn dat de consumentendata het eigendom zijn van de franchisegever. Deze heeft immers dikwijls aanzienlijke investeringen gedaan om een en ander tot stand te brengen. Het kan niet zo zijn dat de franchisenemer zich de consumentendata kan toe-eigenen.
- *“Als de prognose niet gerealiseerd wordt, kan de franchisegever niet volstaan met de aanname dat de franchisenemer daarvoor verantwoordelijk is, maar zal hij de franchisenemer adviseren en begeleiden op schriftelijk verzoek van de franchisenemer. Anderzijds, het enkele feit dat het resultaat lager is dan door de franchisegever is geprognosticeerd, brengt overigens ook niet zonder meer met zich mee dat de prognose ondeugdelijk is. Meer inzicht hierin kan worden verschaft door te kijken naar de resultaten van eerdere franchisenemers in die vestiging of dat rayon alsmede de algemene marktontwikkeling.”* (3.6 sub e toelichting): Een verdergaande zorgplicht voor de franchisegever dan op grond waarvan hij thans – op grond van de bestaande jurisprudentie - toe gehouden is. Daarentegen bestaat er geen enkele onderzoeksplicht voor de franchisenemer (in strijd met een nieuwe ontwikkeling in de jurisprudentie). **“Ook niet zonder meer”**, impliceert dat het uitgangspunt is dat bij een tegenvallend resultaat de prognose in principe wél ondeugdelijk worden geacht. Bij wie ligt overigens de bewijslast?
- *“Het geheel van rechten en plichten dat is vastgelegd in de franchiseovereenkomst vormt, naast de juridische structuur voor de samenwerking, ook het kader waarbinnen de franchisenemer zijn investering moet kunnen terugverdienen. Dit is een belangrijk beoordelingscriterium voor de overeenkomst.”* (4.4 toelichting): De franchisenemer **moet** zijn investering kunnen terug verdienen. Deze formulering wekt op zijn minst de suggestie dat er sprake is van een garantie van de zijde van de franchisegever. Het spreekt voor zich dat dit veel te vergaand is.
- *“Non-concurrentiebedingen dienen helder te worden geformuleerd en strekken niet verder dan strikt noodzakelijk zoals toegelicht in artikel 1.7. Bij elk beding wordt beschreven waar en wanneer en hoe lang het geldt. Concurrentiebedingen mogen niet langer gelden dan een jaar na afloop van de overeenkomst. De geografische werking kan niet ruimer zijn dan het contractuele exclusiviteitsgebied.”* (4.5 toelichting): **“Strikt noodzakelijk”** is voer voor discussie. Wie bepaalt wat er strikt noodzakelijk is? Bovendien moet de franchisegever het recht hebben om de door hem opgebouwde know-how te beschermen.
- *“Het conditiestelsel dient zo compleet mogelijk en transparant te worden beschreven. De in een eventueel conditiestelsel gemaakt keuzes moeten een consistent geheel vormen. Zo zal bijvoorbeeld de keuze voor een netto systeem van franchisevergoeding veel meer eisen stellen aan transparantie en controle dan een bruto systeem waarbij vergoedingen voor de franchisegever in de aan franchisenemers doorberekende prijzen zijn verwerkt.”* (4.6 toelichting) : Hiermee wordt in vergaande mate (en ten onrechte) ingegrepen in de ondernemersvrijheid van de franchisegever.

8. Regeling voor geschillenbeslechting

- 8.1 Het CBF heeft er begrip voor dat het opstellen van de NFC kennelijk zoveel tijd in beslag heeft genomen dat de schrijfcommissie er nog niet aan is toegekomen om een regeling voor geschillenbeslechting op te stellen. Zij meent echter dat het onontbeerlijk is dat dit op korte termijn alsnog zou moeten gebeuren. Immers, wil een NFC kunnen functioneren dan zijn zowel franchisegever als franchisenemer gebaat bij een adequate regeling die aangeeft hoe te handelen in een conflict situatie.

9. Slotopmerkingen

- 9.1 Het CBF is van mening dat voordat verder inhoudelijk over de NFC gesproken kan worden, allereerst aan de minister meegedeeld zal moeten worden dat 3 september a.s. geen reële datum is om een definitieve NFC te presenteren. Op zijn minst zullen hier nog drie / vier maanden voor nodig zijn om een code te presenteren die door franchisegevers gedragen zal kunnen worden. Temeer nu het de voorkeur verdient om één document te presenteren dat bestaat uit een gedragscode én een geschillenregeling. Ten tweede zal er duidelijkheid verschaft moeten worden over wat uiteindelijk de status wordt van de gedragscode/geschillenbeslechting.
- 9.2 Wat het CBF betreft is het voor de huidige Schrijfcommissie ondoenlijk om de huidige concept NFC te herschrijven en terug te brengen tot een beknopt stuk (3 à 4 pagina's) op hoofdlijnen. Er zal derhalve, wat het CBF betreft, een nieuwe Commissie benoemd moeten worden. De leden van deze nieuwe Commissie zullen onafhankelijk moeten zijn om met meer distantie de materie te kunnen bezien. Advocaten – thuis in het franchiserecht – zullen onderdeel moeten uitmaken van een dergelijke nieuwe Commissie.
- 9.3 Als aan bovenstaande voorwaarden is voldaan, kan er aan een NFC gewerkt worden die breed gedragen wordt en die uiteindelijk zal bijdragen aan een betere samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer!

Met vriendelijke groet,
Namens het CBF,

Myrthe S.J. Steenhuis (voorzitter)

Bijlage 2

DFA GEDRAGSCODE FRANCHISE

Tekst vastgesteld d.d. 19 november 2015

Met veel dank aan de Werkgroep Alternatieve Gedragscode Franchise van de Vereniging Distributie, Franchise en Agentuur

Schrijvers: Anita Canta, Daniëlle Sampermans, Karel Leenhouts, Myrthe Steenhuis, Paul Butzelaar en Tessa de Mönnink

Meelezers: Cyril Christiaans, Derk van Dam, Diederik de Groot, Eva Beekman, Gülay Kara, Herald Jongen, Herman Knotter, Jaap van Till, Jeanette van Londen, Lisette Bieleveld, Martine de Koning en Tycho de Graaf

TOELICHTING OP DE DFA GEDRAGSCODE FRANCHISE

INLEIDING

De Vereniging voor Distributie, Franchise en Agentuurrecht (de "**Vereniging DFA**") heeft ca. 165 leden, bestaande uit juridisch adviseurs, bedrijfsjuristen en advocaten, onder andere gespecialiseerd in franchise.

De Vereniging DFA heeft gezien hoe de branche worstelt met de consultatieversie van de Nederlandse Franchise Code ("**NFC**"). Zij constateert dat er voor deze voorliggende NFC niet voldoende draagvlak bestaat onder de franchisegevers. Uiteraard is het voor het welslagen van een gedragscode franchise noodzakelijk dat deze door alle betrokkenen wordt ondersteund. Daarnaast meent de Vereniging DFA dat de voorliggende NFC te omvangrijk is, niet evenwichtig is en te veel afbreuk doet aan de contractsvrijheid van partijen. In dat kader heeft de Vereniging DFA gemeend, nu ook een van haar statutaire doelen is de kwaliteit van de rechtspraktijk te bevorderen op het gebied van o.a. franchising in nationaal en internationaal verband, een afvaardiging van haar te vragen een alternatieve franchisecode te ontwikkelen, die aan voornoemde bezwaren tegemoet komt.

UITGANGSPUNTEN DFA GEDRAGSCODE

Bij het opstellen van deze "alternatieve gedragscode franchise" heeft de Vereniging DFA getracht om de gedragscode:

- (A) eenvoudig, evenwichtig en in de praktijk werkbaar te laten zijn;
- (B) toepasselijk te laten zijn op alle vormen van franchise, dus ongeacht het grote of kleine franchisegevers betreft, wat voor soort markt, producten of diensten etc.; en
- (C) geen dwingend keurslijf te laten zijn, dat te veel ingrijpt in de contractsvrijheid van partijen, maar dat wel aangeeft hoe partijen, franchisenemer en franchisegever, zich ten opzichte van elkaar zouden moeten gedragen.

Bij het opstellen van deze gedragscode heeft de Vereniging DFA rekening gehouden met de Europese Erecode uit 1972, de Belgische franchise wetgeving, de consultatieversie van de NFC en de in Nederland geldende wet- en regelgeving (inclusief het mededingingsrecht).

GESCHILLENREGELING

Minister Kamp overweegt in zijn brief van 20 oktober 2014 ten aanzien van de aanpak van de problematiek in de franchisesector voor wat betreft de geschillenbeslechting het volgende:

"Geschillenbeslechting via de rechter is voor partijen vaak geen optie. Dit past niet goed in de realiteit van franchise, waarbij de partij door een meerjarig contract niet, of alleen tegen prohibitieve kosten, afstand van elkaar kunnen nemen. De wettelijke regels zoals de rechter ze

toepast zijn gericht op vergoeding van schade en niet op behoud van de onderlinge relatie, zodat rechtszaken vaak pas gevoerd worden als de franchiserelatie al is verbroken. Daarom is rechtspraak niet het beste middel om de constructieve en wederzijds voordelige samenwerking te bevorderen waar in de praktijk behoefte aan is."

Op grond hiervan is de Minister van oordeel dat een alternatieve vorm van geschillenbeslechting te prefereren is boven de gang naar de rechter.

De Vereniging DFA is van mening dat het beschikbare instrumentarium voor alternatieve geschillenbeslechting in de vorm van mediation, bindend advies of arbitrage toereikend voorziet in de mogelijkheid van alternatieve geschillenbeslechting. De Vereniging DFA is van mening dat men bindend advies of mediation niet dwingend kan voorschrijven omdat partijen de vrijheid moeten hebben om een geschil aan de rechter voor te leggen vanwege: (i) de kundigheid van rechters; en (ii) de grote (financiële) belangen die kunnen spelen. De Vereniging DFA is verder van mening dat de huidige civiele rechtspraak qua snelheid en deskundigheid voldoet. Kort empirisch onderzoek naar jurisprudentie van de afgelopen jaren heeft geen andere inzichten opgeleverd.

Met inachtneming van het voorgaande acht de Vereniging DFA geen noodzaak aanwezig voor het in het leven roepen van een nieuw instituut gericht op de beslechting en oplossing van geschillen op het gebied van franchiserelaties.

DFA GEDRAGSCODE FRANCHISE

1. TOEPASSING GEDRAGSCODE

- 1.1 Franchisegevers die de onderhavige gedragscode onderschrijven kunnen deze integraal van toepassing verklaren op de franchiseovereenkomsten die zij afsluiten met hun franchisenemers als algemene voorwaarden bij de franchiseovereenkomst. Indien een franchisegever dat doet kan zij een bepaald "keurmerk" voeren.

2. DEFINITIES

- 2.1 De volgende definities zijn van toepassing in de onderhavige gedragscode voor zover niet anders is bepaald in de toepasselijke franchiseovereenkomst:

- (a) **franchiseformule:** de door de franchisegever al dan niet onder een bepaalde naam ontwikkelde operationele, commerciële en organisatorische wijze waarop producten en/of diensten door franchisenemers worden verkocht dan wel verleend, die bepalend is voor de uniforme identiteit, reputatie en uitstraling van de franchiseketen en die in franchise wordt gegeven;
- (b) **franchiseovereenkomst:** de door franchisegever en franchisenemer met elkaar gesloten overeenkomst terzake van het gebruik van de franchiseformule door de franchisenemer onder de daarin opgenomen voorwaarden, inclusief de bijbehorende bijlagen;
- (c) **handboek:** de schriftelijke vastlegging van de procedurele, financiële en/of operationele instructies van de franchisegever aan de franchisenemer(s) met betrekking tot de exploitatie van de franchiseketen; en
- (d) **schriftelijk** omvat mede digitaal.

3. INFORMATIEVERPLICHTINGEN EN ONDERHANDELINGSFASE

Selectie franchisenemers

- 3.1 Partijen verschaffen elkaar alle relevante informatie waarvan zij weten of behoren te weten dat die voor de andere partij van belang is bij de beoordeling van de mogelijke samenwerking.
- 3.2 De franchisegever zal uitsluitend franchisenemers selecteren die in redelijkheid lijken te beschikken over de bekwaamheid, persoonlijke kwaliteiten en – indien van toepassing – de benodigde opleiding(en) en/of vergunning(en) om een onderneming volgens de franchiseformule te exploiteren.
- 3.3 Franchisegever zal een kandidaat-franchisenemer wijzen op de mogelijkheid om zich te laten bijstaan door een adviseur.

Wederzijdse informatieplichten

- 3.4 De informatie die partijen aan elkaar verstrekken dient duidelijk, juist en niet misleidend te zijn.

- 3.5 De franchisegever verstrekt kandidaat-franchisenemers binnen een redelijke termijn vóór het sluiten van de franchiseovereenkomst schriftelijk:
- (a) de onderhavige gedragscode;
 - (b) de concept franchiseovereenkomst alsmede alle daarbij behorende bijlagen;
 - (c) het handboek voor zover beschikbaar, eventueel slechts ter inzage indien de vertrouwelijkheid dat vereist;
 - (d) een overzicht van de financiële (franchise)vergoedingen die franchisenemer zal dienen te betalen, zodat dit voldoende inzichtelijk is voor de franchisenemer;
 - (e) algemene informatie over de franchiseformule, zoals hoe lang de franchiseformule operationeel is, een overzicht van de franchisenemers, hun vestigingen, eigen vestigingen van de franchisegever en de bijbehorende vestigingsadressen;
 - (f) op verzoek van de franchisenemer, informatie ten aanzien van de financiële positie van de franchisegever, bestaande uit de bij de kamer van koophandel of soortgelijke instantie gedeponeerde jaarrekening, voor zover aanwezig of andere financiële verslaglegging waaruit de financiële positie van de franchisegever deugdelijk blijkt;
 - (g) informatie over het al dan niet aanwezig zijn van een vereniging of overlegorgaan van franchisenemers en contactgegevens van de bestuursleden c.q. vertegenwoordigers;
 - (h) informatie over het al dan niet bestaan van andere verkoopkanalen van de producten of diensten van de franchisegever die al dan niet onderdeel uitmaken van de franchiseformule, waaronder e-commerce, agenten, distributeurs, verkoop via multi-brand etc., en die van directe invloed kunnen zijn op de bedrijfsvoering van de franchisenemer; en
 - (i) naam van eventuele brancheorganisaties en/of van een franchisevereniging waar de franchisegever lid van is.
- 3.6 Indien er de afgelopen vijf jaar sprake is geweest van een eerdere franchisevestiging op het betreffende adres of binnen de relevante omgeving, zal de franchisegever de kandidaat-franchisenemer hieromtrent informeren.
- 3.7 Indien de franchisegever een financiële prognose verstrekt over de te exploiteren vestiging en/of de onderzoeksresultaten die aan de prognose ten grondslag liggen, bijvoorbeeld een vestigingsplaatsonderzoek, zal dit gebaseerd zijn op deugdelijke uitgangspunten.
- 3.8 Indien er geen financiële prognose wordt verstrekt, zal de franchisegever op verzoek van de franchisenemer, voor zover beschikbaar, geanonimiseerde financiële gegevens verstrekken over bestaande, en indien mogelijk vergelijkbare, (franchise)vestiging(en).
- 3.9 De franchisenemer heeft een eigen verantwoordelijkheid om de haalbaarheid van de exploitatie van zijn onderneming te onderzoeken. De franchisenemer zal de informatie van franchisegever en de daarbij gehanteerde uitgangspunten en aannames met inachtneming van artikel 4.3 (laten) toetsen op (financiële) juistheid en haalbaarheid.

4. ALGEMENE PRINCIPES

- 4.1 Zowel franchisenemer als franchisegever zijn zelfstandige ondernemingen die handelen voor eigen rekening en risico.
- 4.2 Partijen zullen redelijkheid en billijkheid betrachten in het handelen ten opzichte van elkaar, zowel tijdens de onderhandelingsfase, gedurende de overeenkomst en bij het eindigen daarvan.
- 4.3 Partijen zullen zorgvuldig omgaan met de informatie - met inbegrip van de knowhow - die zij van elkaar verkrijgen en die vertrouwelijk behandelen. De franchisegever kan commerciële en financiële gegevens van franchisenemers gebruiken voor het behouden, ontwikkelen en verbeteren van de franchiseformule met in achtneming van de wet- en regelgeving, zoals op het gebied van privacy.
- 4.4 Partijen erkennen het belang van een uniforme toepassing van de formule en de noodzaak tot voortdurende ontwikkeling daarvan. Partijen realiseren zich dat dit kan betekenen dat zowel de franchisegever als de franchisenemer hiervoor gedurende de franchiseovereenkomst zullen moeten investeren.
- 4.5 Partijen onderkennen het collectieve belang om de franchiseformule te behouden, te ontwikkelen en te verbeteren en realiseren zich dat het collectieve belang prevaleert boven het individuele belang van de franchisenemer, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
- 4.6 Partijen zullen zich inspannen om klachten en geschillen met inachtneming van redelijkheid en billijkheid en in onderling overleg – desgewenst door middel van mediation - op te lossen.

5. VERPLICHTINGEN VAN DE FRANCHISEGEVER

- 5.1 De franchisegever dient:
 - (a) de rechthebbende te zijn of gerechtigd te zijn tot het gebruik van de intellectuele eigendomsrechten die kenmerkend zijn voor de franchiseformule en dient gerechtigd te zijn om deze in gebruik te geven aan de franchisenemers;
 - (b) zich in te spannen om de franchiseformule te behouden, te ontwikkelen en te verbeteren;
 - (c) de commerciële, operationele en/of logistieke ondersteuning te bieden zoals gespecificeerd in de franchiseovereenkomst en/of het daarbij behorende handboek dan wel, bij gebreke daarvan, de commerciële, operationele en/of logistieke ondersteuning te bieden die redelijkerwijs verwacht mag worden van de franchisegever in het licht van de specifieke franchiseformule;
 - (d) de uniforme identiteit, reputatie en uitstraling van de franchiseformule te bewaken;
 - (e) de franchisenemer bij de exploitatie van zijn franchiseonderneming desgevraagd en in redelijkheid met raad en daad bij te staan;

- (f) indien een franchisenemer hierom voor het sluiten van de overeenkomst verzoekt, aan franchisenemer een deugdelijke Nederlandse vertaling te verstrekken van de franchiseovereenkomst; en
- (g) indien een franchisenemer hierom verzoekt, aan franchisenemer een kopie te verstrekken van de getekende franchiseovereenkomst.

6. VERPLICHTINGEN VAN DE FRANCHISENEMER

6.1 De franchisenemer dient:

- (a) zich als zelfstandig ondernemer in te spannen voor een financieel gezonde ontwikkeling van zijn franchiseonderneming;
- (b) zich in te spannen om de uniforme identiteit, reputatie en uitstraling van de franchiseformule te behouden, zowel in zijn franchiseonderneming als daarbuiten;
- (c) knowhow verstrekt door de franchisegever niet aan derden bekend te maken gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst of daarna;
- (d) in redelijkheid zijn medewerking te verlenen aan een door de franchisegever gewenste aanpassing van de franchiseformule; en
- (e) op verzoek controleerbare relevante bedrijfsgegevens aan de franchisegever te verstrekken die het mogelijk maken om - de ontwikkeling van - de exploitatie door de franchisenemer van zijn franchiseonderneming en de financiële verslaggeving te beoordelen.

7. DE FRANCHISEOVEREENKOMST

7.1 De franchiseovereenkomst zal duidelijk en begrijpelijk vermelden wat de rechten, plichten en verantwoordelijkheden zijn van franchisegever en franchisenemer.

7.2 De franchiseovereenkomst zal in ieder geval de volgende onderwerpen bevatten:

- (a) een beschrijving van de franchiseformule;
- (b) afspraken over het gebruik van de intellectuele eigendomsrechten van de franchiseformule, zoals merken, handelsnamen, logo's, domeinnamen etc.;
- (c) een omschrijving van de door de franchisenemer te betalen (franchise)vergoeding(en);
- (d) een omschrijving van de producten en/of diensten die onderdeel uitmaken van de franchiseformule;
- (e) het recht van de franchisegever om de franchiseformule aan te passen aan nieuwe of gewijzigde methoden of (markt-)omstandigheden;

- (f) de duur van de overeenkomst waarbij rekening zal worden gehouden met de van franchisenemer verlangde investeringen alsmede bepalingen over een eventuele verlenging en over de beëindiging van de overeenkomst; en
- (g) voor zover relevant, afspraken over:
 - (i) het bestaan van een exclusief rayon en de omvang daarvan;
 - (ii) non-concurrentiebedingen;
 - (iii) de voorwaarden waaronder de franchisenemer zijn franchiseonderneming eventueel mag verkopen of overdragen en de mogelijke voorkeursrechten van de franchisegever in dit opzicht;
 - (iv) verkoop van producten of diensten via internet en social media;
 - (v) het beheer en gebruik van klantgegevens c.q. consumentendata met inachtneming van de wet- en regelgeving op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens;
 - (vi) (exclusieve) afnameverplichtingen;
 - (vii) het gehanteerde conditiestelsel;
 - (viii) de aard en omvang van eventuele boetebepalingen;
 - (ix) de overlegstructuur ter behartiging van de collectieve belangen van de franchisenemers; en
 - (x) (onder)huur van de bedrijfsruimte van waaruit de franchisenemer zijn franchiseonderneming exploiteert (al dan niet in een separate (onder)huurovereenkomst).

Bijlage 3

Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code

Handig (aan)gehaakt of toch liever zelf iets breien?

Martine de Koning¹

Het wetsvoorstel dat de Nederlandse Franchisecode van een wettelijke 'haakje' voorziet, doet dat door aan Boek 7 BW een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst toe te voegen die een wettelijke basis biedt om bij AMvB een gedragscode aan te wijzen tot nadere invulling van de regels. Los van de inhoud van de code, roept het op deze wijze creëren van een 'benoemde overeenkomst' in het privaatrecht principiële vragen op. Komt dit wetsvoorstel de kwaliteit van regelgeving ten goede en is het de beste oplossing voor de branche? In dit artikel wordt de staatsrechtelijke en privaatrechtelijke context onderzocht en wordt de mogelijkheid van een standaardregeling in de zin van artikel 6:214 BW nader bekeken. Ook wordt het wetsvoorstel vergeleken met de wettelijke verankering van de corporate governance code.

Introductie van de franchise code en het voorstel tot wettelijke verankering

De Nederlandse Franchise Code² ('de code'), zelfregulering voor de franchisebranche, is door franchisenemers warm onthaald. Franchisegevers hebben kritiek geuit op het totstandkomingsproces en de inhoud van de code. Naast precontractuele informatieverplichtingen beschrijft de code elementen van de franchiseovereenkomst, verplichtingen van de franchisegever, de rol van een franchiseraad en uitbreiding en beëindiging van de relatie. Franchisegevers menen dat zij niet zijn gehoord in het proces, dat de code de contractsvrijheid teveel inperkt en geen recht doet aan de aard van franchise waarin de franchisegever eigenaar is van de formule en de uniformiteit en kwaliteit bewaakt.³ De Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) heeft de code afgewezen.⁴

Vanwege de weigering van (grotere) franchisegevers om de code toe te passen, heeft minister Kamp in het najaar van 2016 aangekondigd de code wettelijk te verankeren.⁵ Op 12 april jl. is het wetsvoorstel gepubliceerd.⁶ De komende zes weken staat de mogelijkheid open om hierop te reageren.⁷

Het wetsvoorstel voegt aan Boek 7 BW een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst toe die een wettelijke basis biedt om bij AMvB een gedragscode aan te wijzen tot nadere invulling van de regels.⁸ Het voorstel definieert begrippen zoals 'franchiseformule', 'franchisegever', 'franchisenemer' en 'franchiseovereenkomst'.⁹ Zodra de code bij AMvB is aangewezen wordt de code verbindend voor de branche.¹⁰ De basis is 'pas toe of leg uit'. Er gelden eisen aan de vorm en inhoud van de motivatie, bij gebreke waarvan de franchisenemer het contract (sbeding) kan vernietigen.¹¹ Het wetsontwerp beschrijft slechts kort welke

Auteur

1. Mr. M. de Koning is advocaat te Amsterdam bij Kennedy Van der Laan. De auteur dankt prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem, mr. C. Christiaans en mr. drs. J.H.A. van der Grinten voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

Noten

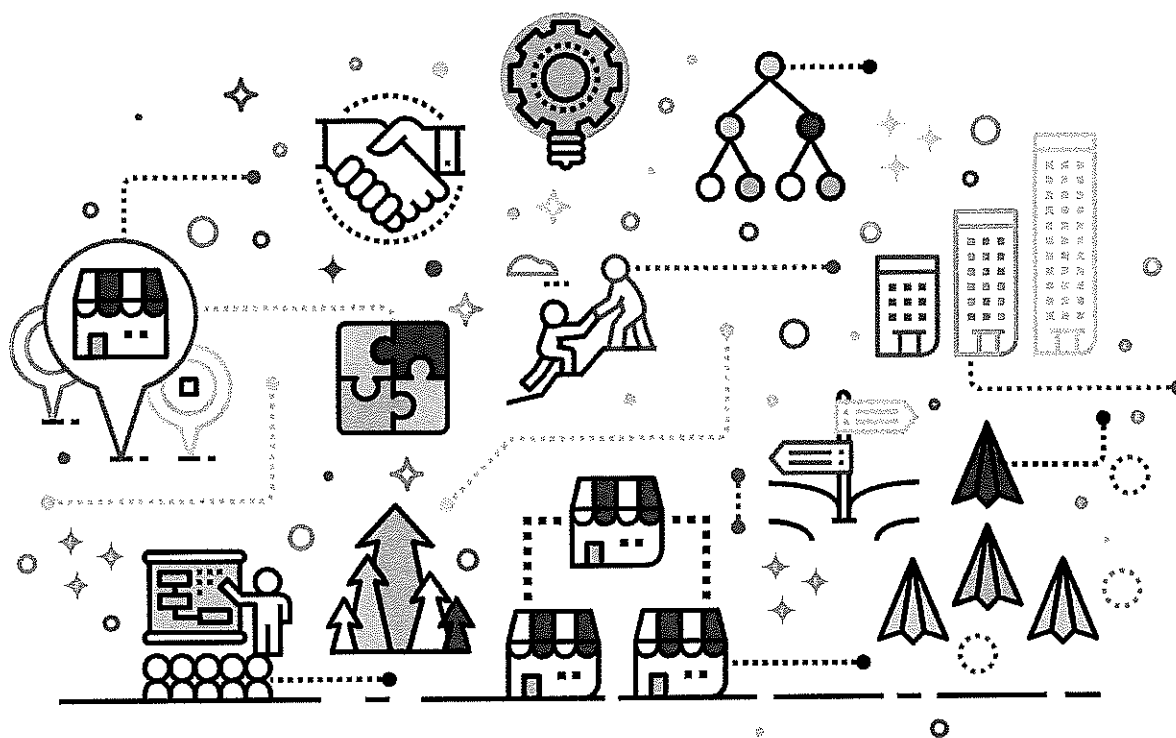
2. www.denederlandsefranchisecode.nl.
3. *Kamerstukken II 2015/16*, 31311, 153; zie reacties van HEMA en Domino's pizza en van franchisenemers van o.a. Jumbo, Albert Heijn en Coop; www.vakcentrum.nl/stream/consultatieversie-nederlandse-franchise-code.pdf.

chise-code.pdf.

4. www.nfv.nl/nieuws/134/wat-wordt-uw-reactie-in-een-consultatie-wetgeving-nederlandse-franchise-code/.
5. *Kamerstukken II 2016/17*, 32637, 267, p. 24.
6. www.internetconsultatie.nl/franchise.

7. Het ministerie zendt verplicht alle consultaties aan de Raad van State.

8. Art. 339g lid 1 BW.
9. Art. 339f sub a-e BW.
10. Art. 339g lid 2 BW.
11. Art. 339g lid 2, 3 en 4 BW.



elementen de gedragscode moet bevatten.²² Overeenkomsten gesloten voor de inwerkingtreding van de wet moeten uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding zijn aangepast.²³

Los van de inhoud van de code, roept het op deze wijze creëren van een 'benoemde overeenkomst' in het privaatrecht principiële vragen op. Komt dit wetsvoorstel de kwaliteit van regelgeving ten goede en is het de beste oplossing voor de branche? Ik onderzoek de staatsrechtelijke en privaatrechtelijke context, waaronder de mogelijkheid van een standaardregeling in de zin van artikel 6:214 BW. Ik vergelijk dit wetsvoorstel met de wettelijke verankering van de corporate governance code en rond af met een conclusie.

Is de franchise code op dit moment verbindend?

De code gaat uit van 'pas toe of leg uit', maar de tekst lijkt gericht op verbindendheid.²⁴ Omdat het om zelfregulering gaat zijn de gevolgen van het niet naleven (al dan niet met 'uitleg') op dit moment niet duidelijk. Hoewel de A-G mr. W.L. Valk in de recente zaak *Street One* een aantal malen verwijst naar de code, betreft de Hoge Raad de code niet in zijn oordeel.²⁵ De code kwam eenmaal in lagere (ongepubliceerde) rechtspraak zijdelings aan de orde.²⁶ Vanuit het contractenrecht lijkt het voor de hand te liggen de code niet als onderdeel van de overeenkomst tussen partijen te beschouwen als deze niet door hen van toepassing is verklaard.²⁷ Mogelijk treedt de code dan langs de band van redelijkheid en billijkheid binnen in de rechtsverhouding tussen partijen. De weg hiervoor lijkt door de Conclusie van de A-G in de zaak *Street One* uitdrukkelijk open te liggen.

Waarom geen standaardregeling in de zin van het BW?

Hoewel tot op heden ongebruikt, bepaalt artikel 6:214 BW dat een overeenkomst behalve aan wettelijke bepalingen

ook is onderworpen aan een standaardregeling, wanneer voor de relevante bedrijfstak of het beroep voor zodanige overeenkomst een standaardregeling geldt.²⁸ De soorten overeenkomsten waarvoor standaardregelingen kunnen worden vastgesteld en de relevante bedrijfstak of het beroep, worden bij AMvB aangewezen. De ratio is dat het de voorkeur kan verdienen, de regeling van een bepaalde overeenkomst aan belanghebbenden over te laten.²⁹ Het BW bevat dus eigenlijk al een wettelijk haakje waaraan de code zou kunnen worden opgehangen. Er gelden bepaalde eisen. Volgens de Wet Commissies Standaardregelingen wijst de Minister van Justitie de commissie aan en bestaat deze voor twee derde uit belanghebbenden, dat wil zeggen vertegenwoordigers van personen die als partij bij desbetreffende overeenkomsten plegen op te treden. Hij bepaalt, na overleg met de relevante ministers, bij ministeriële regeling welke representatieve organisaties leden van de commissies kunnen voordragen, en het aantal leden dat ieder van deze organisaties kan voordragen. Dan benoemt hij de leden van de commissie, en uit hun midden de voorzitter.²⁰

Als we kijken naar het traject dat de code heeft doorlopen, valt op dat een schrijfcommissie is benoemd door minister Kamp, en niet de Minister van Justitie. Ook aan andere vereisten is niet voldaan. De commissie bestaat uit vier leden, en niet alle leden zijn belanghebbende,²¹ waardoor geen twee derde belanghebbende is. Er is niet bij ministeriële regeling bepaald welke representatieve organisaties leden van de commissie kunnen voordragen. Relevante organisaties hebben geen lid aangedragen. Het bestuur van de NFV bijvoorbeeld is wel betrokken geweest bij de aanwijzing van de leden van de schrijfgroep aan franchisegeverszijde, maar zonder mandaat van de leden. De betreffende leden van de schrijfgroep hebben op persoonlijke titel geacteerd. Ook aan de toepasselijke vereisten van de Awb lijkt niet te zijn voldaan.²²

Een standaardregeling mag niet van dwingend recht afwijken en partijen mogen er bij overeenkomst van afwijken.²³ Omdat standaardregelingen geen dwingende voorschriften bevatten, kunnen zij niet rechtstreeks worden aangewend ter bestrijding van onereuze voorwaarden. Een standaardregeling kan voor afwijking een bepaalde vorm (maar niet zoals de code ook eisen aan de inhoud van de motivatie) voorschrijven. In de literatuur werd opgemerkt dat aan afwijking van een standaardregeling veelal geen behoefte zal bestaan. Ware het anders, dan zou de regeling niet aan haar doel beantwoorden.²⁴ Draagvlak wordt aanwezig verondersteld bij een standaardregeling. Ook in die zin is de standaardregeling niet geschikt voor het doel dat de minister wil bereiken, onwillige franchisegevers forceren de code na te leven.

Dat is jammer, want destijds is over het herziene BW lang en goed nagedacht en er is bewust een specifieke wettelijke basis gecreëerd voor zelfregulering van privaatrechtelijke onderwerpen. Het wetsvoorstel schuift deze optie zonder uitleg ter zijde en creëert een andere wettelijke basis, die wél dwingende voorschriften in de zelfregulering toestaat terwijl wordt erkend dat draagvlak bij een aantal grote franchisegevers ontbreekt.²⁵

Het wetsvoorstel nader bezien: wat is een 'delegatiebepaling'?

Het primaat van de wetgever wordt zo uitgelegd dat een zelfstandige AMvB alleen in uitzonderlijke situaties en bij wijze van tijdelijke voorziening aanvaardbaar is.²⁶ Een AMvB die de franchisecode van toepassing verklaart heeft op grond van het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag nodig.²⁷ Het grondwettelijk verbod tot delegatie²⁸ geldt niet voor privaatrechtelijke regels en geschilbeslechting.²⁹ De minister kiest dus terecht voor een voorstel van wet en mag daarin 'delegatie' naar lagere regelgeving toepassen.

Het wetsvoorstel is een formele wet en moet het normale wetgevingstraject doorlopen. De parlementaire behandeling van een delegatiebepaling zal gaan over de reikwijdte en inhoud van die bepaling, en niet over de inhoud van de AMvB (en de code). Het 'primaat van de wetgever' staat daarbij voorop.³⁰

Wanneer doorkomt een delegatiebepaling deze toets?³¹ Het uitgangspunt is dat de wetgever zelf de (rechtspolitieke) keuze over de inhoud van het recht in

wettelijke regelingen dient te maken, en dit niet wordt overgelaten aan het bestuur. De hoofdelementen moeten in een wet in formele zin worden aangelegd. Dit zijn in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling. Veelal behoren ook de voornaamste duurzame normen daartoe. Het kan vanuit het oogpunt van toegankelijke regelgeving beter zijn om in een wet geen materiële normen op te nemen, maar dit aan de lagere wetgever over te laten. Per onderdeel moet worden bekeken of de regels zo gewichtig zijn dat de volksvertegenwoordiging rechtstreeks bij de vaststelling moet worden betrokken.³²

De code gaat uit van 'pas toe of leg uit', maar de tekst lijkt gericht op verbindendheid

Het grote verschil in de totstandkoming van een AMvB ten opzichte van een formele wet is de afwezigheid van de parlementaire behandeling.³³ Dit komt de snelheid en flexibiliteit van de regels ten goede, maar heeft vanuit het oogpunt van democratische controle minder de voorkeur. Het parlement heeft parlementaire controle-instrumenten die kunnen worden ingezet, met als zwaarste middel een motie van wantrouwen. Maar dit is indirect. Er is geen debat, geen stemming en geen recht van amendement. En controle kan pas achteraf plaatsvinden, nadat de AMvB is bekendgemaakt (tenzij een voorhangprocedure wordt gehanteerd).³⁴

Beter kort (aan)haken of zelf iets nieuws breien?

De vraag is of de weg die de minister kiest, de code verbindend verklaren via een AMvB die hangt onder een tamelijk korte delegatiebepaling, niet te kort door de bocht gaat en of andere opties beter zijn. Ik denk aan het meer in detail uitwerken van de materiële normen in het wetsvoorstel of een nieuwe code ontwikkelen die als stan-

12. Art. 339g lid 1 sub a-g BW.

13. Art. 209 BW.

14. Franchise code, p. 3.

15. Conclusie A-G, 4 november 2016, 24 februari 2017, 2.1 en 2.2; HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311 (*Street One*).

16. <https://denationalefranchisegeids.nl/franchisenieuws/rechter-laet-nederlandse-franchise-code-voorasnog-builen-toepassing/#WDbaaJl6qlinkedin>.

17. Hof Amsterdam 14 maart 2017, (200.164.383/01; C/15/210239/HAZA 14-25) (*Albert Heijn/Van Gameren*), nr. 3.4; Rb. Noord-Holland 29 november 2013, ECLI:RENN:2013:7307, r.o. 5.15.

18. Een standaardregeling vormt recht in de

zin van art. 79 RO.

19. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/512.

20. Art. 1 lid 1 en 2, resp. art. 2 en 3 Wet Commissies Standaardregelingen.

21. Brief van 17 februari 2016, ref.: SCN-FC/b16.014.

22. Art. 7 jo. afdeling 3.4 Awb en art. 6 Wet Commissies Standaardregelingen, denk aan tijdsplanning en hoe is omgegaan met afwijkende gevoelens.

23. Art. 6:214 lid 4 en 5 BW.

24. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/512, nr. 513.

25. MvT, o.a. p. 10; deze franchisegevers

hebben grote aantallen vestigingen.

26. Aanwijzing 21 Aanwijzing voor de regelgeving; F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, ISBN: 9027144346.

27. Art. 42, 89 Gw.

28. Zo hebben 'bij wet', 'krachtens wet', en vervoegingen van het werkwoord 'regelen' een andere betekenis.

29. Art. 107 Gw.

30. J.M. Polak, *Orde in de regelgeving*, eindrapport de wetgevingsvraagstukken, 1985, Sdu.

31. Broeksteeg, in: *T&C Grondwet*, 2015,

art. 89 Gw, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2015); aanwijzing 22 van de Aanwijzing voor de Regelgeving.

32. Toelichting bij aanwijzing 22 van de Aanwijzing voor de Regelgeving.

33. Art. 4 lid 2 sub s Reglement van orde voor de ministerraad; art. 73 Gw jo. art. 15 Wet op de Raad van State; art. 90-93 Reglement van orde Tweede Kamer; art. 83 en 85 Gw.

34. Bij gecontroleerde delegatie (voorhangprocedure) wordt het parlement vooraf op de hoogte gesteld alvorens een AMvB in werking treedt.

Een bezwaar gelegen in de legitimiteit, representativiteit en/of inspraak van betrokkenen wordt niet weggenomen

daarderegeling kan worden aangewezen. De normen kunnen integraal in Boek 7 BW worden opgenomen.³⁵ En toepassing van zelfregulering kan ook aan de sector en rechtspraak over worden gelaten.³⁶

Totstandkomingsproces van de franchise code: zelfregulering

Bij zelfregulering kunnen zich drie problemen voordoen: gebrek aan legitimiteit, representativiteit en inspraak van alle betrokkenen, en gebrek aan toezicht op het resultaat of juridisch bindende kracht.³⁷ Daarnaast zijn, van minder principieel karakter, ook als mogelijke nadelen onderkend daling van kwaliteit van regulering, onnodige verschillen in regelgeving en toenemende uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties.³⁸ Een 'wettelijk haakje' neemt problemen rondom toezicht en juridisch bindende kracht doorgaans weg. Een bezwaar gelegen in de legitimiteit, representativiteit en/of inspraak van betrokkenen wordt niet weggenomen. Voorts kunnen de kwaliteit en consistentie van de regelgeving tekortschieten.

Franchisegevers hebben vroeg in het proces een 'brandbrief'³⁹ aan minister Kamp gestuurd om aan te geven dat het de code aan duidelijkheid, evenwichtigheid en draagvlak ontbreekt.⁴⁰ Jumbo geeft aan: *'De concept Code is niet geschikt om als franchisecode de branche te binden en doet geen recht aan een op zich zelf succesvolle samenwerkingsvorm.'*⁴¹ Franchisegevers herkennen zich niet in de verhalen over misstanden, en onderbouwing daarvan ontbreekt in de toelichting op de franchise code (alsook de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel). Buitenlandse franchisegevers zijn mogelijk onvoldoende in staat gesteld om te reageren. Er was geen Engelse vertaling beschikbaar, ondanks dat de NFV daarom had gevraagd, en er heeft slechts één buitenlandse franchisegever gereageerd in de consultatie.⁴² Het is dus mogelijk dat er gebreken kleven aan het totstandkomingsproces en de evenwichtigheid en kwaliteit van de regels.

Inhoud van de materiële regels van de franchise code

De code is 'een richtinggevend kader waarin moderne en breed gedragen opvattingen over goed franchisenemen en franchisegeverschap zijn opgenomen in de vorm van gedragsnormen. Deze geven onder meer een nadere invulling aan de over en weer door franchisegevers en -nemers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid voorafgaand aan, tijdens en na beëindiging van de franchiserelatie.'⁴³

In de eerste zin geen verrassingen. Nu jurisprudentie reeds invulling geeft aan de redelijkheid en billijkheid, is de vraag wat de tweede zin precies beoogt.⁴⁴

De code wijkt inderdaad op punten af van het contractenrecht en jurisprudentie:

- De code bevat een definitie van franchise die afwijkt van de in *Paalman/Lampenier*⁴⁵ door de Hoge Raad gehanteerde definitie en van de definitie in de Europese Erecode Franchising.⁴⁶ Nu het wetsvoorstel definities introduceert die beter aansluiten bij bestaand recht, ga ik ervan uit dat de definities van de code geen rol meer spelen.

- De code bevat, zoals gebruikelijk in ons contractenrecht, 'open normen'. De vraag is of voldoende duidelijk is wat de franchisegever moet doen of laten om aan de normen te voldoen.⁴⁷ De tekst van de code leest soms als een toelichting, en soms bevat de toelichting harde verplichtingen. Verplichtingen over eenzelfde onderwerp staan regelmatig verspreid over twee of meer plaatsen. Dit komt de kwaliteit en helderheid van de regelgeving niet ten goede.

- De franchisegever mag geen nieuwe formule als franchise uitrollen. Hij moet de formule eerst een redelijke periode aantoonbaar met succes hebben toegepast.⁴⁸ Deze verplichting is in lijn met de (onlangs herziene) Europese Franchisecode.⁴⁹ De verplichting doet weinig recht aan de verschillen in formules of bijvoorbeeld het model van *master franchise*.

- De franchisegever moet zich maximaal inspannen om de kracht en voordelen van de franchiseformule verder te ontwikkelen. Volgens de toelichting mag hij geen concurrerende afgeleide of secundaire formules naast elkaar exploiteren.⁵⁰ Waarom zou een goed lopende formule te allen tijde verder ontwikkeld moeten worden, en wat is er tegen afgeleide of secundaire formules zolang dit de reputatie, herkenbaarheid of succes van de primaire formule niet schaadt?⁵¹

- Hoewel in *Paalman/Lampenier* is bepaald *'Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen (...) vloeit niet de algemene regel voort dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of omtrent de winstverwachting.'*⁵² bepaalt de code - overigens in lijn met lagere rechtspraak⁵³ - dat 'bij voorkeur' een zorgvuldig en transparant onderbouwde omzet- en kostenprognose wordt verstrekt.⁵⁴ Dit omvat een vestigingsplaatsonderzoek en/of beschikbare historische cijfers, en een begrijpelijk onderbouwde en deugdelijke investerings- en exploitatie-begroting. Behalve dat niet alle elementen in alle formules en markten relevant zullen zijn, tot zover weinig nieuws. *Paalman/Lampenier* wordt soms wel uitgelegd als een vrijbrief aan franchisegevers totdat hun bekendheid met fouten in een prognose kunnen worden bewezen. In *Street One* verduidelijkt de Hoge Raad ten overvloede dat dit nooit is bedoeld. *Paalman/Lampenier* ging over een door een derde opgemaakte prognose. Als de franchisegever de prognose zelf maakt kan hij aansprakelijk zijn voor onzorgvuldig handelen van hemzelf of degenen die op de voet van 6:170-172 BW onder zijn verantwoordelijkheid vallen.⁵⁵ A-G Valk merkt op dat een andere opvatting ook niet past bij de huidige rechtsopvattingen omtrent de verhouding tussen franchisegever en franchisenemers, zoals die ook blijken uit de code.⁵⁶ Dit past ook bij de opmer-

king van de A-G dat er wel een zorgplicht rust op de franchisegever (precontractuele goede trouw),⁵⁷ maar geen *bijzondere zorgplicht*, zoals bijvoorbeeld banken hebben.⁵⁸ De toelichting op art. 3.6 sub d bepaalt: *Als een franchisegever een exploitatieprognose aan de franchisenemer afgeeft, dient hij in te staan voor de deugdelijkheid daarvan.* De A-G in *Street One*⁵⁹ acht dit een brug te ver: *Als dat bedoeld is zoals het er lijkt te staan, gaat de NFC uit van een op de franchisegever rustende garantieverbintenis (...). Ik meen dat een garantieverbintenis in de zojuist bedoelde zin niet voortvloeit uit de gewone regels van het verbintenisrecht. Een dergelijke garantieverbintenis wordt pas recht op het moment dat de wet dat zou gaan bepalen.* Het wetsvoorstel kan volgens mij niet deze 'wet' zijn, al was het maar omdat deze zinsnede in de toelichting van de code staat en niet in de tekst van de code zelf. Het wetsvoorstel verankert expliciet alleen de tekst en niet de toelichting.⁶⁰ Het Hof Amsterdam volgde recent dezelfde lijn als de A-G over de vraag of verstrekte prognoses ondeugdelijk waren.⁶¹ De memorie van toelichting acht het niet verstrekken van een prognose 'onwenselijk' en een 'rode vlag'.⁶² Dat klinkt strenger dan de norm ontwikkeld in rechtspraak.

– De franchisenemer mag uitsluitend worden verplicht tot het sluiten van overeenkomsten met derden voor zover die in 'direct verband' staan met de uitvoering van de franchiseformule. De vraag is of dit strenger is bedoeld dan de mededingingsrechtelijke norm in HvJ EG *Pronuptia*.⁶³ Daar is bepaald dat deze eisen toelaatbaar zijn zolang dit nodig is om de reputatie en uniformiteit van het netwerk te beschermen. Franchisegevers vrezen dat zij (indirect) gerelateerde diensten, zoals het gebruik van hetzelfde boekhoud-

stelsysteem niet meer mogen voorschrijven. Hoe verhoudt zich dit tot de toename en het bewezen succes van 'hard' en 'full-format' franchiseformules?⁶⁴

– Partijen moeten redelijkheid en billijkheid in acht nemen bij beslissingen over verlenging en beëindiging van de franchiseovereenkomst.⁶⁵ Beëindiging is volgens de toelichting in beginsel mogelijk, 'maar' daarbij moeten de belangen van beide partijen in redelijkheid gewogen worden. Volgens *Ronde Venen/Stedin*⁶⁶ staat de mogelijkheid een duurovereenkomst voor onbe-

De memorie van toelichting acht het niet verstrekken van een prognose 'onwenselijk' en een 'rode vlag'. Dat klinkt strenger dan de norm ontwikkeld in rechtspraak

paalde tijd op te zeggen met een redelijke opzegtermijn voorop, en kunnen omstandigheden een zwaarwegende grond vereisen. Ook de toelichting bij artikel 2.2 *'daarom stelt de NFC hoge eisen aan de redelijkheid en billijkheid die partijen tegenover elkaar beogen te betrachten'*⁶⁷ roept de vraag op of een verscherping van de norm ten opzichte van rechtspraak is bedoeld.

– Een verzoek tot beëindiging of tussentijdse overdracht van onderneming van de franchisenemer mag

35. J.H. Kolenbrander, 'Waarom het eigenlijk best een goed idee is om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken' *NJB* 2013/2302, al³³39, p. 2736-2744; J. Burgers, 'Reactie op artikel Kolenbrander in *NJB* van 8 november 2013', *NJB* 2014/473, al³³39, p. 469-518; J.H. Kolenbrander, 'Naschrift', *NJB* 2014/474.

36. Voor een succesvol voorbeeld hiervan zie www.governancecodezorg.nl/.

37. Zie J.B.M. Vranken, *Asser-Vranken Algemeen Deel* ***, Deventer: Kluwer 2005, nr. 89.

38. 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen.' 'Opmerkingen bij het preadvies van prof. mr. I. Giesen', *NJB* 2007/1109.

39. www.retalinews.nl/nieuws/mWlxWin8QPaeVfHQolpF2Q-2/franchisegevers-suren-brandbrief-om-franchisecode.html; <https://fd.nl/opinie/1138777/franchising-verdielt-evenwichtige-regelgeving>; <https://fd.nl/opinie/1147047/franchise-code-niet-verankeren-maar-afzinken>.

40. Reactie van HEMA op de consultatie-

versie.

41. Reactie van Jimbo op de consultatieversie, par. 2.4 en 2.5.

42. Opmerking 3 van de NFV en respons van vakvereniging voor Juristen DFA (Distributie, Franchising en Agentuur) op de consultatieversie; DFA heeft een eigen franchisecode gepubliceerd www.vereniging-dfa.nl/wp-content/uploads/pdf/dfa-gedragscode-franchise-19-november-2015.pdf.

43. Franchisecode, p. 3, www.denederlandsefranchisecode.nl.

44. Reacties in de consultatieronde www.denederlandsefranchisecode.nl.

45. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (*Paalman/Lampener*); EU Regulation 4087/88; *Rb. Overijssel* 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2172, par. 7.3. (*Speelplein Tholen/Otto Simon*); H1, art. 1.5.

46. www.nfv.nl/userfiles/NFV%20Europeese%20Ecode%202016.pdf.

47. Art. 2.1 franchisecode 'voortdurende' verplichting, art. 2.3 sub h-1 'onredelijke gronden', art. 2.6 sub a 'noodzakelijke'

informalleverschap³⁹, art. 3.1 'redelijk' onderzoek.

48. H 2, art. 2.3a Franchisecode.

49. Art. 2.2. Europese Eecode inzake Franchising (oude versie en versie 2016).

50. H 2, art. 2.3c Franchisecode; zie ook toelichting op art. 1.2.

51. J. Hijma o.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

52. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (*Paalman/Lampener*), r.o. 3.3.3.

53. HR februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCO868, *Frj. 1996/3359*; Hof Arnhem 31 augustus 1999, *NJ* 2000/708, r.o. 7.2-7.6; *Rb. Noord-Holland*, 3 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11564, r.o. 4.6-4.8; *Rb. Arnhem* 15 juni 2011, *Prj* 2011/2016, r.o. 4.7-4.1.

54. Art. 3.6 sub d Franchisecode.

55. Arrest HR (*Street One*), onder 5.3, de A-G licht onder 2.5 nog toe dat het om negatief contractbelang gaat, niet winstderiving.

56. De AG verwijst in 4.2 nogmaals hier-

naar.

57. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*), *NJ* 1958/67.

58. Conclusie A-G (*Street One*), onder 2.5.

59. Conclusie A-G (*Street One*), onder 2.7.

60. MvT p. 21.

61. Hof Amsterdam 14 maart 2017, 200.164.383/01; *C/15/210239/HAZA* 14-25 (*Albert Heijn/Van Gameren*), nr. 3.6-3.10 en in het bijzonder 3.7.

62. MvT, p. 30.

63. HvJ EU 28 januari 1986, C161/84 (*Pronuptia*).

64. www.franchisenemer.nl/De-vormen-van-franchising-soft-of-hard.html.

65. Art. 2.5c en toelichting Franchisecode.

66. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:EQ9854, (*Ronde Venen/Stedin*), r.o. 3.5.1.

67. Toelichting art. 2.2 Franchisecode, laatste zin.

Deze verplichting volgt niet uit rechtspraak en is wezensvreemd in het Nederlandse privaatrecht

niet op onredelijke gronden worden verhinderd.⁶⁸ De bewijslast ligt bij de franchisegever om aan te geven waarom een opvolgende franchisenemer niet geschikt is om de vestiging te exploiteren. Dit grijpt in op de contractsvrijheid, waaronder ook het vrij kunnen kiezen van een contractspartner.⁶⁹ In het mededingingsrecht staat juist de keuzevrijheid van de franchisegever in de selectie van zijn franchisenemers centraal.⁷⁰ De franchisegever mag het sluiten van een tweede of volgende franchiseovereenkomst met een franchisenemer niet op onredelijke gronden weigeren.⁷¹ Zorgvuldige en objectieve selectie komt het succes van de formule en het netwerk als geheel ten goede. De franchisegever zal dus liever zelf de meest geschikte franchisenemer per vestiging selecteren.⁷² De franchisegever zal tevoren aan de franchisenemer een maximaal aantal vestigingen dat hij niet wil overschrijden doorgeven.⁷³ Andere artikelen van de code vragen juist van de franchisegever dat hij de formule (en dus de strategie) blijft ontwikkelen en dat hij franchisenemers in moeilijkheden helpt. De franchisegever kan ingeklemd raken tussen zijn verantwoordelijkheid en beperkingen aan zijn vrijheid om die verantwoordelijkheid in te vullen.

– Een franchisegever heeft een structuur voor overleg met de franchisenemers en bepaalt in overleg over welke onderwerpen deze instemmings- of adviesrecht hebben.⁷⁴ Voor onderwerpen die een materieel effect hebben op de bedrijfsvoering van het collectief van franchisenemers is in beginsel instemming nodig. Voor majeure wijzigingen geeft de toelichting aan dat meer nodig kan zijn dan een gewone meerderheid van stemmen van de franchisenemers.⁷⁵ Als de franchisegever niet met het orgaan tot overeenstemming komt, mag hij de wijzigingen niet eenzijdig doorvoeren. Een structuur voor overleg komt de samenwerking ten goede en kan geschillen voorkomen. Het feit dat als het orgaan tegen een wijziging is, de franchisegever ervan moet afzien, is moeilijk te verenigen met de plicht van de franchisegever om de formule verder te ontwikkelen en om reputatie, uniformiteit en kwaliteit van de formule en het netwerk te bewaken.⁷⁶ Als bepaalde franchisenemers tegenwerken, kan hij dit niet waarmaken en komt het ketenbelang in gedrang.⁷⁷ Het instemmingsrecht lijkt verder te gaan dan van een Ondernemingsraad die werknemers vertegenwoordigt.⁷⁸ Als het orgaan instemt met een majeure wijziging van de formule, maar een individuele franchisenemer niet, kan het nodig zijn hem te bevrijden van het post contractuele non concurrentiebeding.⁷⁹ Met name als het om meerdere franchisenemers gaat kan dit (reputatie)schade aan het netwerk opleveren of kosten met zich brengen die het doorvoeren van de wijziging bemoeilijken.

– ‘Disclosure’ verplichtingen⁸⁰ en regels over voorovereenkomsten⁸¹ zijn in veel landen gebruikelijk. Derge-

lijke precontractuele informatieverplichtingen werken in de praktijk prima, en vinden meestal grondslag in een formele wet.⁸² Dit is mogelijk de reden waarom het wetsvoorstel de informatieverplichtingen expliciet benoemt.

– De overeenkomst is in de officiële taal van het land waar de franchisenemer is gevestigd.⁸³ Deze verplichting volgt niet uit rechtspraak en is wezensvreemd in het Nederlandse privaatrecht. De regeling van agentuur en de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld strekken tot tamelijk vergaande bescherming van de agent respectievelijk werknemer maar vereisen geen Nederlandstalige overeenkomst. Overigens lijkt het me logisch dat de overeenkomst wordt verstrekt in een taal die de franchisenemer begrijpt. Als dit anders is, lijkt een oplossing langs de band van redelijkheid en billijkheid of dwaling mogelijk.

– Diverse (ook niet-kern)bepalingen mogen op grond van de code niet voor eenzijdige wijziging vatbaar zijn, waaronder bijvoorbeeld betalingsvoorwaarden, franchisevergoeding en conditiestelsel, het gebruik van onderscheidende tekens, exclusiviteit en afspraken over e-commerce en (consumenten)data.⁸⁴ Met name het van tijd tot tijd kunnen wijzigen van beleid over e-commerce, merkgebruik en data is van belang voor de uniformiteit en reputatie van het netwerk en raakt aan het ketenbelang.

– De code verwijst naar een geschillencommissie franchise.⁸⁵ Uit de tekst van de code en het wetsvoorstel blijkt dat de weg naar de gewone rechter als *ultimum remedium* open blijft. Het is jammer dat een geschillencommissie (nog) niet bestaat. De geschilbeslechtsings-regeling zal dus buiten de consultatie en parlementaire behandeling blijven.

Contractsvrijheid

In ons contractenrecht staat partijautonomie voorop.⁸⁶ De contractsvrijheid wordt een (ongeschreven) grondrecht genoemd.⁸⁷ De contractsvrijheid vindt haar grens waar de uitoefening in een concrete situatie in conflict komt met een belang van een hogere rechtsorde. Een contract(sbeding) is nietig als het in strijd is met een dwingende wetsbepaling, goede zeden of openbare orde.⁸⁸ De term ‘wetsbepaling’ ziet op wetten in formele zin en op bepalingen die op een uitdrukkelijke delegatie door de formele wetgever berusten.⁸⁹ Strijd met lagere wetgeving kan alleen langs de band van goede zeden of openbare orde tot nietigheid leiden.⁹⁰ Dwingende wetsbepalingen komen in het verbintenissenrecht relatief weinig voor.⁹¹ Een en ander noopt tot terughoudendheid en vastlegging van de dwingende regels bij voorkeur in de wet zelf. Het wetsvoorstel noemt wel onderwerpen maar geeft (behoudens de informatieplichten) geen invulling aan de normen.

De regels in de code die op de contractsvrijheid en commerciële strategie van partijen ingrijpen zijn gewichtig en hadden ook gezien de onderliggende principes en

systematiek van het BW meer detail verdiend in de delegatiebepaling. De delegatiebepaling voldoet wel aan de eis dat reikwijdte en structuur zijn geregeld, maar de complexiteit van 'comply or explain' in de context van het Nederlandse contractenrecht, op straffe van vernietigbaarheid, creëert rechtsonzekerheid. De code bevat veel open normen en voor partijen is het moeilijk in te schatten of een motivatie voor een afwijking van de code wat betreft vorm en inhoud voldoet aan de eisen. Het van oorsprong Engelse 'comply or explain' principe is bedoeld als 'soft law'. Er mag ook echt van worden afgeweken.⁹³ Een uitleg die niet gelijkstaat aan ontduiking van de regels zou voldoende moeten zijn. Het wetsvoorstel gaat een flinke stap verder. Ik betwijfel of dit gaat werken in een geval waar het draagvlak imperfect is. Het zou onwenselijk zijn als franchiseovereenkomsten tientallen extra pagina's zullen bevatten om de redenen van afwijkingen van de code uiteen te zetten. Het is ook niet in het belang van franchise-nemers als franchisegevers liever de vestigingen zelf gaan exploiteren.⁹³

Internationale aspecten

De code bevat niets over rechts- en forumkeuze. Als de code wordt ingevoerd ligt het voor de hand dat internationale franchisegevers voor buitenlands recht en forum kiezen. Nederland plaatst zich daarmee buiten de commerciële contractrealiteit. Het is niet in het belang van Nederlandse franchisenemers dat zij onderworpen raken aan het recht van Engeland (of van een staat van Amerika), en erger nog – want duurder en verder weg – procederen of arbitrerende aldaar.

In veel landen in Europa en in de VS zijn 'disclosure' en regels over voorovereenkomsten een gegeven.⁹⁴ Abrupte opzegging en een goodwill vergoeding zijn in veel ons omringende landen geregeld (denk aan Frankrijk, België respectievelijk Duitstalige en Zuid-Europese landen).⁹⁵ Het

verplicht instemmen van de franchisegever met nieuwe vestigingen van de franchisenemer of het moeten meewerken aan een overdracht of tussentijdse beëindiging door de franchisenemer is minder gebruikelijk. In de meeste franchisesystemen zijn koopopties inbegrepen (met redelijke prijsbepaling en voorwaarden).⁹⁶ De manier waarop de code de rol van het collectief overleg invult is naar ik heb begrepen, zelfs vrij uniek.⁹⁷

De memorie van toelichting noemt de Verenigde Staten en Australië als voorbeeld van landen waar franchise streng gereguleerd is en de sector – mede dankzij regulering – bloeit.⁹⁸ Hier wordt volgens mij een causaliteit gezien die niet bewezen is. Economische activiteit in de sector is gebaat bij duidelijke regelgeving, waaronder van 'disclosure' verplichtingen en bescherming van de franchisenemer tegen bedrog, misleiding en willekeur.⁹⁹ Inmenging in het strategische beleid van de franchisegever zoals ten aanzien van expansie, keuze van franchise-nemers en ontwikkeling van de formule is, in ieder geval in de VS, een ander onderwerp. Franchisegevers willen weten wanneer ze het goed doen en willen hun verantwoordelijkheid voor het netwerk van vestigingen als geheel kunnen nemen.

Het mededingingsrecht is voor franchisegevers in de EU bovendien strikter dan in bijvoorbeeld de VS en andere delen van de wereld omdat wederverkooprijzen niet afgestemd mogen worden,¹⁰⁰ wederverkoop tussen franchisenemers te allen tijde mogelijk moet zijn¹⁰¹ en – anders dan de memorie van toelichting meldt¹⁰² – internetverkoop door franchisenemers niet verboden mag worden.¹⁰³ Hooguit mogen er kwaliteitseisen worden gesteld aan de web-omgeving waarin de verkopen worden gedaan.¹⁰⁴ In dit opzicht geniet de franchisenemer in Europa meer vrij ondernemerschap en heeft de franchisegever sowieso al een stuk minder ruimte om zijn strategie te bepalen dan daarbuiten.

68. H 2, art. 2.3h Franchisecode.

69. J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

70. HvJEG 28 januari 1986, C161/84 (*Pronuptia*).

71. H2, art. 2.3i Franchisecode.

72. J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

73. Toelichting op art. 2.3 l Franchisecode.

74. H 2, art. 2.6o Franchisecode.

75. Art. 2.6 c en h en toelichting sub h Franchisecode.

76. Hof Amsterdam, 24 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:249 (*Spare Rib Express Nederland/Spare Rib Express*); Rb. Haarlem 11 september 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9474 (*Ahold/Pollemans*), *Prg.* 2014/270, *NTHR* 2015, 411, p. 45; A.J.J. van der Heijden, *Franchising*, 1999, p. 203.

77. Rb. Maastricht 14 februari 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV4718 (*BBQ Franchise*); Rb. Utrecht 30 september 2009,

ECLI:NL:REUTR:2009:BB994 (*Nebo make-laars*).

78. 77 M.S.J. Steenhuis, 15 februari 2017, www.kadv.nl/nl/blog/1012/100/de-bevoegdheden-van-de-franchisenemersver-teenwoordiging-in-vergelijk-met-die-van-de-ondernemingsraad#WKRCCKtd-XYd. linkedin.

79. H 2, art. 2.6h Franchisecode.

80. H 3, art. 3.4 e.v. Franchisecode.

81. H 3, art. 3.9 a-d Franchisecode.

82. Art. 62.3 Spaanse detailhandelswet en art. 3 van KB 2011/2010; Boek X, afdeling 2 Belgisch Wetboek van economisch recht; M. Abell, *The Franchise Law Review*, London: Law Business Research Ltd. 2016; art. 3:15 (d) BW.

83. H 4, art. 4.3 Franchisecode.

84. H 4, art. 4.6d, e, g, h, i en j Franchisecode.

85. H 5, art. 5.2 Franchisecode.

86. *Asser/Hartkamp & Steburgh 6-III* 2014/41.

87. J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14; Zie ook *Asser Hartkamp II*, nr. 45a.

88. Art. 3:40 BW; MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 192; Hijma, in: *Tekst en Commentaar* op art. 3:40 BW, aant. 3, (online, 18 januari 2017).

89. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 192.

90. Hijma, in: *Tekst en Commentaar op art. 3:40 BW aant. 3*, (online, 18 januari 2017).

91. Bijv. handelsagentuur, consumentenkoop, enz.

92. 'Om het principe optimaal te laten functioneren is van essentieel belang dat de vrije keuze tussen 'comply' or 'explain' optie een mogelijkheid voor ontduiking vormt', K. de Roo, *Ars Aequil*, april 2015, 'De Corporate Governance code en het drijfzand van de open norm.' p. 262.

93. MvT, p. 20

94. Rosen et al, 'United States', in: *The*

Franchise Law Review, p. 622-623; Mallerio, 'France', in: *The Franchise Law Review*, p. 307; Clavenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 220-221.

95. Clavenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 227.

96. Mallerio, 'France', in: *The Franchise Law Review*, p. 312; Clavenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 227.

97. Vergelijk Rosen et al, 'United States', in: *The Franchise Law Review*, p. 632.

98. MvT, p. 19.

99. *Wet Acquisitiefraude* (art. 6:194 BW en art. 326d Sv).

100. Richtsnoeren nr. 48 en 223 e.v.

101. HvJEG 28 januari 1981, C- 161/84 (*Pronuptia*).

102. MvT, p. 31.

103. HvJEG 13 oktober 2011, C- 439/09 (*Pierre Fabre*).

104. Richtsnoeren, 52-56, m.n. 54.

Ben 'haakje' werkte toch prima voor de Corporate Governance Code?

Het past wellicht om een vergelijking te maken met het 'wettelijk haakje' waarmee de Corporate Governance Code van 2003 destijds in de wet werd verankerd en hoe het daar nu mee staat.

De verplichtingen van de Corporate Governance Code met betrekking tot de inhoud van het bestuursverslag van een beursgenoteerde vennootschap¹⁰⁵ zijn via een delegatiebepaling en een AMvB in de wet verankerd.¹⁰⁶ Het wetsartikel verwijst naar *een in de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode*¹⁰⁷ en bevat niets over de inhoud van de gedragscode.¹⁰⁷ De AMvB bevat de aanwijzing van de code, de voorschriften omtrent de naleving daarvan, en benoemt het 'pas toe of leg uit' principe.¹⁰⁸ De voordracht voor de AMvB wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd ('voorhang' bepaling).¹⁰⁹

De preambule van de herziene 'corporate governance' code geeft aan dat de code breed gedragen opvattingen bevat over de governance van beursgenoteerde vennootschappen.¹¹⁰ Nieuw is het uitgangspunt van lange termijn waarde-creatie en het belang van cultuur. Voorwerp van het 'haakje' zijn slechts de bepalingen die zien op de inhoud van het bestuursverslag. De andere bepalingen van de code zijn dus niet wettelijk verankerd, en toch worden ook die bepalingen breed nageleefd en in rechtspraak gevolgd.¹¹²

De code mag een succes worden genoemd. Vaak wordt verwezen naar het draagvlak voor de code en het belang om dit in herzieningsrondes niet te verliezen.¹¹² Een korte analyse leert dat diverse bepalingen een nadere invulling zijn van de reeds in Boek 2 BW aan beursgenoteerde vennootschappen opgelegde verplichtingen. Een enkel controversieel onderwerp was reeds gebaseerd op een ander artikel in de formele wet.¹¹³ In 2013 werd gesignaleerd dat de overlap op sommige punten tussen de code en de wet onduidelijkheden kon veroorzaken en dat de regels te gedetailleerd zijn. In de herziene code is aandacht besteed aan deze feedback. Het 'pas toe of leg uit' principe wringt soms met de Nederlandse praktijk. Het principe past als het ware niet goed in ons rechtssysteem. Het gevaar bestaat dat rechters draagvlak voor de normen veronderstellen, wat niet altijd zo is. Dit moet per norm of *best practice* worden beoordeeld,¹¹⁴ en doet ook tekort aan de mogelijkheid af te wijken. De normen van de code hebben door het risico van strijd met de wet de neiging te verworden tot 'comply' or 'comply'.¹¹⁵ Sommige marktpartijen drongen bij de herziening aan op een 'pas toe en leg uit'¹¹⁶ principe.

Met alle nuances, is deze code een voorbeeld van zelfregulering waarvan een deel met een geslaagd 'haakje' is verankerd in de wet. Het belangrijkste verschil met de franchise code is dat er weinig kritiek was op het totstandkomingsproces en de inhoud. De context van Boek 2 BW is ook anders, het regelt hoe vennootschappen maatschappelijk verantwoording afleggen. Dit is niet te vergelijken met de relatie tussen twee professionele partijen in het verbintenissenrecht. In de praktijk leidt de verankering wel tot een keurslijf, omdat de partij die afwijkt risico loopt en rechters de neiging hebben de code (verankerd of niet) toe te passen.

Conclusie

Zelfregulering werkt als er draagvlak voor is, en dan werkt het meestal ook prima zonder wettelijke verankering. Bij onvoldoende draagvlak stuit het afdwingen van naleving mogelijk op staats- en privaatrechtelijke bezwaren.

Op basis van het legaliteitsbeginsel moet een delegatiebepaling tenminste de hoofdelementen en de reikwijdte en structuur van de regeling bevatten. Vanwege de complexiteit en het imperfecte draagvlak van de code meen ik dat de materiële regels van de franchisecode het primaat van de wetgever verdienen. Om democratische legitimatie te verbeteren had de minister een uitgebreidere delegatiebepaling kunnen voorstellen waarin niet slechts onderwerpen benoemd worden maar ook een richting voor de invulling daarvan. Een 'voorhang' bepaling zou toegevoegde waarde hebben gehad. Het Engelse 'pas toe of leg uit' principe is 'soft law', leent zich niet goed voor de straf van vernietigbaarheid, en is eigenlijk minder geschikt om onwillige partijen tot naleving te dwingen. Dit levert onduidelijkheid op en het risico bestaat dat het polarisatie tussen partijen in de markt in de hand werkt in plaats van vermindert. Vanuit wetssystematiek had het beter gepast de code als standaardregeling in de zin van artikel 6:214 BW aan te wijzen. Omdat niet aan de bij wet gestelde totstandkomingsvereisten is voldaan en een standaardregeling geen dwingend recht kan bevatten, is dit geen optie.

Hoe dan wel verder? Nieuwe zelfregulering kan worden ontworpen die aan de eisen van een standaardregeling voldoet en als zodanig kan gaan functioneren. Als de minister dwingende voorschriften wil opleggen, kan hij een nieuw wetsvoorstel met regels van dwingend en regelend recht indienen met een integrale regeling van 'de franchiseovereenkomst'. Na een volle parlementaire toetsing kan dit worden toegevoegd in Boek 7 BW. Hoe dan ook, beter iets nieuws breien dus, in plaats van (aan)haken bij wat er al is. ●

105. Coderegels die niet op art. 2:391 lid 5 BW sluiten, kunnen wel op basis van een andere rechtsgrond het karakter van een bindende regel hebben (bijv. art. 2:8 BW).

106. Besluit van 23 december 2004.

107. Art. 2:391 lid 4 en 5 BW.

108. Art. 2 en 3 van het besluit van 23 december 2004.

109. Art. 2:391 lid 5 en 6 BW.

110. www.mocg.nl/; De herziene code is

gepubliceerd op 8 december 2016 en kwam tot stand m.m.v. VNO-NCW, VEJO, Euronext, VEB, FNV, CNV en Euronext en moet nog in wet worden verankerd.

111. HR 21 februari 2003, NJ 2003/182 (HFG) r.o. 4.2; HR 13 juli 2007,

ECLI:NL:HR:2007:BA7970 (ABN AMRO) r.o. 4.4-4.8; HR 14 september 2007,

ECLI:NL:HR:2007:BA4688 (Versatel), r.o.

4.4.3.

112. S. Rietveld & M. Cremers, 21 juni 2016, 'Herziening van de corporate governance code: een overzicht van wijzigingen', *Ondernemingsrecht* 2016/68.

113. Wetsvoorstel (34435), aanvaard op 7 februari 2017 door de Eerste kamer.

114. Asser/*Van Soline & Nieuwe Weme* 2-IIa 2013/38, 'Corporate Governance Code; rechtskarakter'; de code is geen recht in de zin van art. 79 RO.

115. K. de Roo, 'De Corporate Governance code en het drijjzand van de open norm', *Ars Aequi*, april 2015, p. 265.

116. T. van Wijngaarden & F. Sax, 'De herziene Corporate Governance Code: wat zijn de belangrijkste wijzigingen', *JurID*, 20 januari 2017, 2017-02, onder 'afsluitende opmerkingen'.

Bijlage 4

VAN DER FELTZ

a d v o c a t e n

Ministerie van Economische Zaken
t.a.v. Zijne Excellentie de heer H.G.J. Kamp
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag

uitsluitend ingestuurd via
www.internetconsultatie.nl

Datum: 24 mei 2017

Uw ref.:

Onze ref.: 4758/mni

Van: J.A.M.A. Sluysmans en M.G. Nielen, advocaten

T: +31 (0)70 31 31 050

M:

E: sluysmans@feltz.nl, nielen@feltz.nl

Betreft: reactie internetconsultatie wettelijke verankering gedragscode franchise

Excellentie,

1. Wij hebben kennis genomen van het concept wetsvoorstel "Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchising)" en de memorie van toelichting daarop. Graag maken wij gebruik van de gelegenheid te reageren via de internetconsultatie.
2. Met het concept wetsvoorstel zouden twee artikelen worden toegevoegd aan boek 7 van het BW, te weten artikel 399f en artikel 399g. Artikel 399g bevat een delegatiebepaling, waarin is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur (amvb) een gedragscode wordt aangewezen over de daarin genoemde onderwerpen. De gedragscode is volgens de memorie van toelichting bedoeld als bindend document, maar gaat tegelijkertijd uit van het "pas toe of leg uit principe", zodat een goed gemotiveerde afwijking mogelijk is. De amvb en de gedragscode zelf zijn overigens niet ter consultatie voorgelegd.
3. Deze constructie van formele wet - amvb - gedragscode is niet geheel onbekend in ons land. Het komt vaker voor dat een formele wet in algemene zin verwijst naar een amvb, waarin een norm of gedragscode verbindend wordt verklaard. De rechter ziet deze norm of gedragsregel doorgaans als uitgangspunt. In sommige gevallen is afwijking mogelijk, maar dan

Van der Feltz advocaten | Javastraat 22 2585 AN Den Haag | Postbus 85615 2508 CH Den Haag
T: +31 (0)70 31 31 050 | F: +31 (0)70 31 31 060 | E: info@feltz.nl | W: www.feltz.nl

wel zeer goed gemotiveerd. Te denken valt aan de via de Woningwet gedelegeerde NEN-normen, de via artikel 2:391 lid 5 BW bij amvb aangewezen Corporate Governance Code, en de Gids Proportionaliteit die door middel van het Aanbestedingsbesluit verbindende kracht heeft gekregen. Dat deze staatsrechtelijke constructie vaker voorkomt, neemt niet weg dat daar bezwaren tegen bestaan en ook eerder zijn geuit.¹ In het navolgende stellen wij enkele staatsrechtelijke bezwaren aan de orde.

Het primaat van de wetgever

4. Voornoemde staatsrechtelijke constructie staat op gespannen voet met het primaat van de wetgever. Uitgangspunt is dat wetgeving de regering én Staten-Generaal passeert. Met delegatie moet in het algemeen terughoudend worden omgegaan. Als van delegatie gebruik wordt gemaakt, dient de formele wet precies te omschrijven op welke onderwerpen de delegatie betrekking heeft. De voorliggende delegatiebepaling, artikel 7:399g BW, is echter zeer algemeen geformuleerd. Bovendien duidt de terminologie “bij algemene maatregel van bestuur” op een gedragscode die in de amvb staat vermeld. Aangezien de amvb niet ter inzage ligt, is onduidelijk of hieraan wordt voldaan. Mocht de amvb slechts verwijzen naar een vindplaats waar de gedragscode kan worden geraadpleegd, dan is in wezen sprake van subdelegatie, terwijl in de formele wet niet de voor subdelegatie gebruikelijke formulering “bij of krachtens” is gehanteerd. Subdelegatie is in dat geval alleen mogelijk indien de gedragscode een praktische toepassing van regels betreft die in de amvb gedetailleerd zijn omschreven.² Nogmaals geldt dat op dit moment niet kan worden vastgesteld of sprake is van subdelegatie en of de amvb aan de daarvoor geldende vereisten voldoet.

Het legaliteitsbeginsel

5. De vraag is of de gedragscode, waarvan de inhoud niet ter consultatie is voorgelegd, voldoet aan het legaliteitsbeginsel. De delegatiebepaling in artikel 7:399g BW is zo ruim geformuleerd dat marktpartijen een aanzienlijke vrijheid hebben in de verwoording van de in principe bindende gedragscode. Gezien die ruime delegatie zijn de verplichtingen uit de gedragscode in de formele wet onvoldoende kenbaar en voorzienbaar gemaakt. Dat klemt te meer aangezien de schrijfgroep voor de gedragscode geen representatieve afvaardiging is van de betrokken partijen.
6. De gedragscode dient echter wel representatief te zijn voor degenen die haar moeten volgen. Een representativiteitsvereiste voor zelfregulerende normen volgt bijvoorbeeld uit cao-rechtspraak, waarin cao-normen soms onverbindend worden verklaard voor partijen die niet

¹ Vgl. K. de Roo, “De Corporate Governance Code en het drijfzand van de open norm”, AA april 2015, p. 257; E. Steyger, “Aanbestedingswet 2012 en Europese richtlijnen: hand in hand?”, AA juni 2014, p. 436-437; M. de Koning, “Het ‘wettelijk haakje’ van de Nederlandse Franchise Code”, NJB 2017/1967.

² Zie aanwijzing 28 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en HR 8 mei 1953, NJ 614 en HR 11 januari 1977, NJ 467.

bij de opstelling daarvan betrokken waren. Ook kan een representativiteitsvereiste worden afgeleid uit rechtspraak over NEN-normen, waaruit blijkt dat NEN-normen weliswaar niet gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar wel kenbaar moeten zijn en representatief voor de betrokken partijen.³ Het aantal betrokkenen bij de schrijfgroep is zeer gering te noemen. Over de Gids Proportionaliteit in het aanbestedingsrecht is in vergelijkbare zin opgemerkt dat die niet representatief tot stand is gekomen, zodat kan worden betwijfeld of de Gids Proportionaliteit in overeenstemming is met het legaliteitsbeginsel.⁴

Procedure amvb

7. Uit de stukken bij de internetconsultatie blijkt niet of het parlement zal worden betrokken bij de totstandkoming van de amvb. Uit artikel 35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving blijkt dat in principe terughoudend moet worden omgegaan met parlementaire betrokkenheid bij amvb's, maar dat in bijzondere gevallen daaraan niet kan worden ontkomen. Parlementaire betrokkenheid kan in dit geval wenselijk zijn, gezien bovenvermelde twijfels over de legitimiteit en de representativiteit van de gedragscode. Ongeacht de voor de amvb te kiezen procedure dient op grond van artikel 73 lid 1 Grondwet de Raad van State te worden gehoord over het ontwerp van de amvb.

Afsluitend

8. Afsluitend willen wij opmerken dat wij in het voorgaande uitsluitend zijn ingegaan op een aantal staatsrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel. De materiële onderdelen van het wetsvoorstel en de nut en noodzaak daarvan, waarover reeds veel kritiek is geuit, laten wij buiten beschouwing.
9. Wij geven u in overweging het voorgaande te betrekken bij de verdere behandeling van het concept wetsvoorstel.

Met de meeste hoogachting,


J.A.M.A. Stuysmans


M.G. Nielen

³ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393; ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2750.

⁴ E. Steyger, "Aanbestedingswet 2012 en Europese richtlijnen: hand in hand?", AA juni 2014, p. 436-437.