



Albert Heijn 

Ministerie van Economische Zaken
t.a.v. de minister van Economische Zaken
de heer H.G.J. Kamp
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Zaandam, 24 mei 2017

Betreft: Reactie AH To Go ("To Go") op concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise

Excellentie,

Graag maakt To Go gebruik van de gelegenheid te reageren op het concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise.

Franchise is voor To Go een belangrijke samenwerkingsvorm. Al bijna 20 jaar werken we samen met franchisenemers. Er zijn inmiddels ruim 75 To Go winkels, ruim 50 daarvan worden door circa 3 franchise ondernemers geëxploiteerd.

To Go bestaat bijna 20 jaar. Door al die tijd snel in te spelen op markttrends en innovatief te zijn, zijn we geworden tot wat we vandaag zijn. In ons DNA zit onze liefde voor klanten, we willen dichtbij hen staan en altijd als eerste met vernieuwingen komen. We willen de voortrekker zijn binnen de food convenience branche. Snel kunnen inspelen op de veranderende wensen van de klant is onze kracht. Franchise geeft ons als bedrijf de extra scherpte van een ondernemersblik. Natuurlijk hebben we wel eens verschillen van inzicht of zelfs conflicten met elkaar. Maar van 'misstanden' is bij ons geen sprake. Er zijn immers veel meer zaken die ons verbinden dan ons verdelen. De visie die To Go in bijgaand document op franchise deelt, raakt het hart van onze onderneming. To Go is namelijk van mening dat het wetsvoorstel met daaraan gekoppeld de NFC de innovatie en ontwikkeling bij To Go gaat vertragen.

De food convenience branche is uiterst competitief en divers. Snel inspelen op consumentenwensen en concurrenten is van levensbelang. Onderdelen van de NFC werken daarbij belemmerend. Daarnaast tast een aantal artikelen uit de NFC de fundamenten van franchising aan. In onze ogen kan dat niet het doel zijn van de NFC, laat staan van wetgeving. Daarom bepleit To Go op deze cruciale punten een aanpassing van de NFC. En is To Go van mening dat één van de fundamenten onder de NFC, zelfregulering, de kans verdient om zich in de praktijk te bewijzen. Het wetsvoorstel vinden wij voorbarig.

Het fundament van onze visie op franchise en reactie op het wetsvoorstel is te herleiden tot de volgende vijf hoofdpunten.



Albert Heijn 

1. To Go franchisenemer exploiteert onderneming voor eigen rekening en risico.

To Go als franchisegever en To Go franchisenemers exploiteren binnen hun franchiserelatie ieder voor eigen rekening en risico een zelfstandige onderneming. De NFC verplaatst het ondernemersrisico naar de franchisegever. Op franchisegevers rust de zorgplicht om franchisenemers commerciële, operationele en logistieke bijstand te verlenen. De primaire verantwoordelijkheid van de exploitatie van de franchiseonderneming dient bij de franchisenemer te liggen. De NFC miskent dat.

2. Het ontwikkelen en beschermen van onze formule is onze taak, de formule is de basis van het succes van To Go en de reden om franchisenemer bij ons te worden.

Het hebben en onderhouden van een bewezen succesvolle formule ligt primair bij To Go. Dit is immers de reden waarom we succesvol zijn met onze winkels en waarom de grote, professionele partijen ervoor kiezen om bij ons franchisenemer te worden. Vanzelfsprekend in overleg met en met input van onze franchisenemers, maar de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid over (wijziging van) de formule ligt in alle gevallen bij ons. Door het in de NFC voorgestelde vergaande instemmingsrecht van franchisenemers in wijzigingen van de formule, komt de wendbaarheid en het aanpassingsvermogen van To Go, essentieel om succesvol te zijn in de food conveniencebranche, in het gedrang.

3. Contractsvrijheid is een wederzijds belang.

Het huidige wetsvoorstel staat maatwerk t.a.v. de contractuele relatie tussen franchisegever en franchisenemer in de weg. Maatwerk moet altijd mogelijk blijven, zodat recht gedaan kan worden aan specifieke individuele omstandigheden en wensen van beide partijen. De NFC beperkt in grote mate de contractsvrijheid van partijen.

4. Wendbaarheid, innovatie en aanpassingsvermogen zijn cruciaal.

De voorgestelde regelgeving werkt belemmerend omdat besluitvorming gecompliceerd wordt. Juist nu het cruciaal is om in het veranderende detailhandelslandschap snel in te kunnen spelen op marktontwikkelingen, is regelgeving die dit in de weg staat onwenselijk.

5. Zelfregulering verdient een eerlijke kans.

Een niet gedragen code via een amvb wettelijk invoeren terwijl nut en noodzaak van een wettelijke regeling onvoldoende zijn onderbouwd is niet verantwoord. Het voorliggende wetsvoorstel grijpt diep in het wezen van franchise in en heeft diverse ongewenste en schadelijke effecten. Geef franchisegevers en franchisenemers daarom de gelegenheid te komen tot een vrijwillige code met draagvlak. To Go werkt hieraan graag mee.



Albert Heijn 

De hierboven genoemde vijf punten worden in de bijlage uitgebreid onderbouwd en toegelicht. Zoals eerder opgemerkt: To Go bestaat bijna 20 jaar onze historie hebben wij met onze franchisenemers gerealiseerd. En dat willen wij nog vele jaren samen doen. Dat vraagt een verantwoordelijkheid van alle partijen. En juist daarom werkt To Go hieraan graag mee, neemt haar verantwoordelijkheid en zoekt de dialoog.

Wij zijn graag bereid tot een nadere toelichting.

Hoogachtend,

Namens AH To Go B.V.



Jan Willem Dockheer
General Manager

Bijlage: Reactie To Go op concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise

Reactie Albert Heijn to go ('To Go') op concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise

To Go, Franchise en de NFC

De oorsprong van To Go ligt in 1999. Samen met de Nederlandse Spoorwegen openden we onze allereerste gemakswinkel op een station. Een compleet nieuw concept, waarbij reizigers bij ons terecht konden voor een drankje, een broodje of een vergeten boodschap. Vanaf 2001 noemden we deze winkels To Go.

Vanaf het prille begin van To Go werken we samen met franchisenemers. We werken bij To Go alleen samen met grote, professionele partijen als de Nederlandse Spoorwegen, Vermaat Catering of BP benzinestations als franchisenemer.

In onze visie op franchise is de rolverdeling tussen onze franchisenemers en To Go in hoedanigheid van franchisegever én als zelfstandig bedrijf duidelijk. We hebben ieder onze eigen rol en verantwoordelijkheid. Wij zorgen ervoor dat er een goede formule staat waar de klanten graag naar toe komen en de franchisenemers, met die sterke formule achter zich, gebruiken onze formule om hun eigen formule extra te versterken en aantrekkelijker te maken voor hun klanten. Dat is ook de reden waarom dergelijke grote partijen besluiten om franchisenemer te worden bij ons. Het komt daarnaast ook nog voor dat deze partijen zelf ook franchisegever zijn. Op dit moment zijn er in totaal 75 To Go winkels, waarvan er 53 franchisewinkels zijn, geëxploiteerd door 3 franchisenemers. De Nederlandse Spoorwegen is daarvan de grootste.

To Go is vóór een franchisecode en zelfregulering. Een franchisecode zou een set met algemene principes en uitgangspunten moeten bieden, hoe partijen zich jegens elkaar in een franchiserelatie dienen te verhouden. De NFC die voorligt is niet in die geest geschreven en normeert vergaande verplichtingen op detailniveau, in een mate die een gedragscode niet past. Door de discussie over de NFC lijkt het alsof de franchisegevers en franchisenemers tegenstrijdige belangen hebben. Juist in deze tijd moeten we samen sterk zijn.

To Go reageert op het concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise met daaraan gekoppeld de NFC, omdat dit de innovatie en ontwikkeling bij To Go gaat vertragen. De food convenience branche is immers uiterst competitief en divers: met puur lokale partijen en internationaal opererende centraal gestuurde formules. Snel inspelen op consumentenwensen en concurrenten is van levensbelang. De NFC tast de aard van franchising aan. Franchise is een zakelijke en commerciële relatie tussen twee zelfstandige bedrijven waarbij de franchisenemer een zelfstandige onderneming voert met gebruikmaking van de door de franchisegever ontwikkelde en ter beschikking gestelde formule. De daarbij behorende verdien capaciteit komt ten goede aan de franchisenemer. De NFC minimaliseert enerzijds het ondernemersrisico van de franchisenemer als gevolg van een vergaande zorgplicht van franchisegever jegens franchisenemer en vermindert anderzijds voor de franchisegever de controle over en sturing van zijn bedrijf als gevolg van een vergaande instemmingsrecht. Beide gevolgen zijn onwenselijk.

Bovendien zijn we van mening dat één van de fundamenteën onder de NFC, zelfregulering, de kans verdient om zich in de praktijk te bewijzen. Het wetsvoorstel komt dan ook te vroeg. In onze ogen kan de NFC een effectief instrument van zelfregulering worden als het op een aantal cruciale punten wordt aangepast. Hieronder lichten we onze visie graag op hoofdlijnen toe. Daarna gaan we er meer gedetailleerd op in.

1. To Go franchisenemer exploiteert onderneming voor eigen rekening en risico

To Go als franchisegever en To Go franchisenemers exploiteren binnen hun franchiserelatie ieder voor eigen rekening en risico een zelfstandige onderneming. De NFC verplaatst het ondernemersrisico naar de franchisegever. Dat is niet terecht. Op franchisegevers rust inderdaad een zorgplicht, hetgeen betekent dat wij jegens onze franchisenemers de verplichting hebben om hen commerciële, operationele en logistieke bijstand te verlenen. Die ondersteuning en bijstand verlenen wij ook. Maar de primaire verantwoordelijkheid van de exploitatie van de franchiseonderneming dient bij de franchisenemer te liggen. De NFC miskent dat.

2. Het ontwikkelen en beschermen van onze formule is onze taak, de formule is de basis van het succes van To Go en de reden om franchisenemer bij ons te worden.

Het begrip ‘formule’ wordt binnen To Go gebruikt om de door To Go ontwikkelde manier van exploiteren van de winkel te omschrijven. Het hebben en onderhouden van een bewezen succesvolle formule ligt primair bij To Go. Dit is immers de reden waarom we succesvol zijn met onze winkels en waarom de grote, professionele partijen ervoor kiezen om bij ons franchisenemer te worden en niet bij één van onze concurrenten. Het mag van ons worden verwacht dat we anticiperen en snel reageren op de markt en de wensen van onze klanten. Vanzelfsprekend in overleg met en met input van onze franchisenemers, maar de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid over (wijziging van) de formule ligt in alle gevallen bij ons. Omdat wij naast franchisewinkels ook bijna 25 eigen To Go winkels exploiteren zullen wij altijd met beleid en zorgvuldig met de formule omgaan en daarbij staat een bedrijfseconomisch gezonde exploitatie van de winkels – zowel eigen als franchise winkels – voorop. Met andere woorden: hierin hebben wij zowel als zelfstandig bedrijf en als franchisegever dezelfde belangen als onze franchisenemers. Namelijk het belang om te investeren in onze winkels en dus in de formule en te kunnen blijven inspelen op de klantbehoeften. Daarbij is het voor ons tevens van groot belang om de uniformiteit van de formule te beschermen, immers klanten weten veelal niet of een To Go-winkel gefranchised wordt.

Wanneer wij besluiten om vers-gebakken en -belegde broodjes in te voeren dan dient die door alle winkels te worden uitgevoerd. De klanten dienen in alle winkels zo veel mogelijk te kunnen profiteren van dezelfde acties en een uniforme beleving te ervaren.

Wij juichen het toe dat franchisenemers eigen assortiment voeren, en met in achtneming van de To Go beleidsregels ten aanzien van de kwaliteit van de producten, etikettering en verpakking en

gedragsregels van de leveranciers ten aanzien van de productie. Dat doen wij ter bescherming van de gezondheid van onze klanten als ook ter voorkoming van reputatie schade van het merk.

3. Contractsvrijheid is een wederzijds belang

De grote, professionele partners hebben na een zakelijke afweging ervoor gekozen om franchisenemer van de To Go winkelformule te worden zoals To Go ervoor heeft gekozen een contract aan te gaan met deze partners. De afspraken die we daarover met elkaar maken liggen vastgelegd in de franchiseovereenkomst. Dat is een zakelijke en commerciële overeenkomst die is opgesteld en op onderdelen specifiek is voor de verschillende partners. Onze franchisenemers investeren gemiddeld 300.000 EURO in een (nieuwe) To Go winkel en hebben vaak per winkel 15 of meer werknemers op de loonlijst. Dergelijke grote zakelijke beslissingen worden uiteraard niet lichtzinnig genomen. Wat To Go betreft moet maatwerk altijd mogelijk blijven, zodat recht gedaan kan worden aan specifieke individuele omstandigheden en wensen van beide partijen. “One size fits all” is binnen een zeer diverse samenstelling van (potentiële) partners en verschillende lokale omstandigheden (een To Go op een treinstation verschilt van een Albert Heijn to op een benzinestation of op een luchthaven, maar telkens wel op basis van dezelfde To Go winkelformule) onmogelijk en onwenselijk.

De franchisegever kan geen contracteerplicht worden opgelegd, of het nu gaat met wie of om hoeveel overeenkomsten (hoeveel filialen) gesloten worden. Het moet mogelijk blijven voor zowel de franchisenemer als voor ons als franchisegever zelfstandig te beslissen een nieuwe overeenkomst aan te gaan, een overeenkomst te verlengen of een overeenkomst te beëindigen. Vanzelfsprekend met in achtneming van de afspraken die daarover gemaakt zijn en binnen de grenzen die de wet daaraan stelt. De huidige versie van de NFC beperkt de contractsvrijheid van franchisegever én van franchisenemers in grote mate.

4. Wendbaarheid, innovatie en aanpassingsvermogen zijn cruciaal

De wereld om ons heen verandert en het tempo van die veranderingen neemt alleen maar toe. De klant verandert ook. In hoe zij zich gedraagt en welke behoeftes ze heeft. Waar een klant vroeger broodjes en een thermoskan koffie meenam in de trein, is er nu een overvloedige keuze beschikbaar op een treinstation, waaronder op veel stations dus To Go. In de bijna 20 jaar dat we nu bestaan zijn we ook met onze tijd meegegaan. We doen dit om voorop te blijven lopen en om in te spelen op de behoeftes van de klant. Vandaag de dag doen we dat door bijvoorbeeld door het To Go concept voortdurend te vernieuwen (denk aan de nieuwste zelfscankassa's), steeds met nieuwe gemakskoncepten en –producten te komen voor de klanten die onderweg zijn en zeer recent met een specifieke To Go app, die klanten de mogelijkheid biedt om persoonlijke aanbiedingen te krijgen en te sparen voor bijvoorbeeld gratis fruit of koffie.

Wendbaarheid en aanpassingsvermogen zitten in ons DNA en zijn de reden dat wij zijn wie we vandaag zijn. We hebben ons telkens aangepast om ruim op tijd klaar te zijn voor datgene wat de klant en de markt van ons verwacht. Deze wendbaarheid is voor ons en onze franchisenemers van

levensbelang en tot op heden zijn we daar succesvol in gebleken. Het hebben van franchisewinkels zou nooit belemmerend of vertragend mogen werken voor onze wendbaarheid, innovatiekracht en/of aanpassingsvermogen. Dat is nu zeker niet het geval, maar door de wetgeving in combinatie met de NFC voorzien wij dat die vertraging wel gaat plaatsvinden omdat franchisenemers dan advies- of instemmingsrecht krijgen in belangrijke koerswijzigingen van de formule omdat deze al snel een (materieel) effect zullen hebben op de bedrijfsvoering van franchisenemers.

5. Zelfregulering verdient een eerlijke kans

Er is iets meer dan een jaar verstreken nadat de NFC door minister Kamp op 17 februari 2016 in ontvangst is genomen. De eerste inhoudelijke gesprekken met vertegenwoordigers van franchisegevers en -nemers over de NFC zijn inmiddels gevoerd en wij hadden graag meer tijd gehad om met dit gezelschap en vertegenwoordigers van de schrijfcommissie gezamenlijk door de code te lopen en mogelijke knelpunten beter te begrijpen van elkaar en te zoeken naar oplossingen daarvoor. Naar onze mening een uitermate belangrijke stap om én de code breed gedragen te krijgen én zelfregulering in de praktijk te kunnen toetsen. Om zo te komen tot een vrijwillige gedragscode die zowel door franchisegevers als franchisenemers onderschreven en toegepast zou kunnen worden.

Inhoudelijke reactie op het wetsvoorstel en de memorie van toelichting

In dit hoofdstuk zullen we meer in detail het wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting ('MvT') beschouwen. We zullen dezelfde volgorde aanhouden als is gebruikt in het wetsvoorstel en de MvT.

Met het wetsvoorstel worden aan boek 7 BW enkele regels voor franchising toegevoegd. To Go wil graag vóór alles benadrukken dat zij voorstander is van zelfregulering en daaraan ook haar bijdrage heeft geleverd en zich tot op de dag van vandaag inspant om tot een breed gedragen versie van de NFC te komen. Zo is To Go ook voorstander van franchisenemers de nodige bescherming te bieden tegen willekeur van franchisegevers als ook van een informatieverplichting voor franchisegevers ten behoeve van de franchisenemer voorafgaande aan de sluiting van een franchiseovereenkomst.

Doel en aanleiding (blz 5 ev MvT)

In de MvT wordt diverse keren gesproken over hardnekkige problemen, onevenwichtige situaties en gesignaleerde knelpunten. Dit wordt meerdere keren herhaald, zonder dat er verder (cijfermatige) onderbouwing wordt gegeven. Er wordt slechts verwezen naar berichten in de media. De wet is bedoeld om uitwassen tegen te gaan. De vraag is op welke uitwassen gedoeld wordt.

In het EIM onderzoek uit 2009 waaraan in de MvT wordt gerefereerd is vastgesteld, dat de franchisesector in zijn geheel goed functioneert, doch dat er op microniveau wel aanwijzingen voor conflicten zijn. In de afgelopen 10 jaar werd er jaarlijks in ongeveer 20 zaken een uitspraak gedaan door de rechter. Hoewel er de laatste jaren een lichte toename zichtbaar is, is het aantal zaken in verhouding tot het aantal franchise ondernemingen in Nederland (>30.000) klein. Ook is bekend dat

in de meeste rechtszaken die in de media als voorbeeld voor het bestaan van de hardnekkige problemen zijn genoemd, de franchisenemers niet in het gelijk zijn gesteld. Dit bevestigt geenszins het beeld dat er sprake zou zijn van misstanden binnen de franchisesector.

Voor To Go als 'hard franchise' formule is de bescherming en ontwikkeling van de formule een belangrijk onderdeel van franchise, met als grootste belang het behoud van uniformiteit van de formule. Het belang van uniformiteit is bij 'soft franchise' formules kleiner. In de markt is er sprake van 'hard franchise' als de franchisenemer verplicht is om zijn onderneming te exploiteren conform zeer gedetailleerde richtlijnen (veelal opgenomen in het handboek) van franchisegever. De franchisegever bepaalt grotendeels het assortiment, de stijl en interieur, de werkwijze, IT-systemen en de (landelijke) marketingstrategie. Daarbij zal de franchisegever de franchisenemer vaak (commerciële) bijstand verlenen, zowel bij de start van de relatie als gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst. Kortom, de relatie bij hard franchise is heel intensief. De aspirant franchisenemers weten vooraf dat dit de (werk)wijze van samenwerking is bij een hard franchiseformule en kiezen hier - om hen moverende redenen - bewust voor. Enerzijds omdat de To Go formule zich succesvol heeft bewezen, anderzijds wordt de franchisenemer qua werkwijze zoals de inkoop, transport en marketing, vrijwel geheel ontzorgd, zodat de franchisenemer zich vooral op (het contact met) de klant kan richten.

Deze relevante elementen binnen een hard franchise relatie worden in de MvT niet genoemd. Om die reden doet dit wetsvoorstel en via de amvb de NFC geen recht aan de aard van franchise, waarin de franchisegever eigenaar is van de formule en de uniformiteit en kwaliteit ervan bewaakt. Zoals gezegd, voor To Go als hard franchiseformule, ligt deze verantwoordelijkheid primair bij To Go en niet bij onze franchisenemers, die als gebruiker van die formule een andere rol cq verantwoordelijkheid hebben.

Vanzelfsprekend moeten we wijziging of aanpassing van de formule wel bespreken met onze franchisenemers en moeten we rekening houden met hun redelijke belangen, zoals bijvoorbeeld gedane investeringen. Onze franchisecontracten zijn overigens opgesteld en vastgesteld in overleg met onze franchisenemers.

To Go is voorstander van zelfregulering ter bescherming van franchisenemers tegen misleidende handelspraktijken voor zover die niet in de huidige wetgeving zou kunnen worden gevonden. De franchisesector in zijn geheel is immers gebaat bij duidelijke regelgeving waarbij franchisenemers vooraf alle relevante informatie krijgen om een goede afweging te maken en beschermd worden tegen willekeur van franchisegevers.

Belangrijk daarbij is dat To Go leidend moet kunnen zijn en blijven in ons strategische beleid ten aanzien van de ontwikkeling van de formule en expansie en de keuze moet hebben om nieuwe franchisecontracten aan te gaan, bestaande te verlengen en/of te beëindigen, gelijk aan de keuze die franchisenemers zelf ook hebben. Het wetsvoorstel dat voorligt met de NFC maakt dat onmogelijk en beperkt To Go in haar ondernemerschap en innovatiekracht.

Aanloop naar een Nederlandse gedragscode franchising (blz 7 ev MvT)

Het gaat goed met To Go, onze franchiseformule en met To Go franchisenemers. De winkelformule van To Go behoort tot één van de meest succesvolle formules van Nederland. De franchisenemers profiteren daar (o.a. financieel) in grote mate van, net als To Go profiteert van het ondernemerschap van haar franchisenemers. De winkelportfolio van To Go bestaat ongeveer voor $\frac{1}{4}$ uit eigen winkels en $\frac{3}{4}$ uit franchisenemers. Dat betekent dat alle aanpassingen in of aan de winkelformule ook voor en in onze eigen winkels worden doorgevoerd.

De groep van franchisenemers van To Go verschilt enorm van de franchisenemers bij bijvoorbeeld Albert Heijn, Etos of Gall & Gall. De franchisenemers van To Go zijn op zichzelf grote, professionele partijen en daarbinnen bestaat een grote mate van diversiteit: het is zonneklaar dat partijen als NS en BP volslagen anders zijn. Zij hebben zelf sterke merken, zijn soms zelf ook franchisegever en zij gebruiken To Go om hun eigen propositie in de markt aantrekkelijker te maken en te verstevigen. Wat alle franchisenemers met To Go en met elkaar bindt is de To Go formule als ook het gegeven dat alle franchisenemers vrijwillig gekozen hebben om één of meerdere franchiseovereenkomsten met ons aan te gaan. Zij hadden ook kunnen kiezen voor een andere convenience formule of zelf een eigen formule ontwikkelen.

Er vindt regelmatig overleg plaats tussen To Go en haar franchisenemers. Deze overleggen vinden op diverse niveaus plaats. Er is een operationeel overleg, wat de knelpunten in de dagelijkse bedrijfsvoering bespreekt met elkaar, maar is ook overleg over de formuleontwikkeling en innovaties binnen de formule. Ook is er overleg tussen de directies van To Go en franchisenemers. En uiteraard is er een team van franchise account- en operationele managers die met regelmaat de franchisewinkels bezoeken om te bespreken hoe en op welke wijze de winkel zo nodig verbeterd kan worden.

In de MvT wordt als belangrijkste onderbouwing voor de noodzaak van een code en wetgeving genoemd dat er aanhoudende, met name negatieve, berichtgeving in diverse media is geweest. Een veelgehoord commentaar vanuit de media en politiek dat in de MvT wordt genoemd, is dat de franchiserelatie niet evenwichtig is, dat franchisegevers hun positie of macht zouden misbruiken ten opzichte van de (zwakkere) franchisenemers. Zoals hierboven geschetst hechten wij waarde aan een goed overleg met onze franchisenemers en waarderen juist hun inbreng in de diverse overleggen die we voeren. Wij kennen geen rapporten of andere geloofwaardige of cijfermatige onderbouwing van structureel machtsmisbruik in de franchisesector in zijn algemeenheid of bij To Go in het bijzonder.

Een ander punt dat in de MvT wordt genoemd is het grote verschil in onderhandelingspositie tussen de franchisegever en franchisenemer, en dan vooral met betrekking tot de precontractuele informatievoorziening en over de mogelijke risico's verbonden aan de exploitatie van een formule door een franchisenemer. Ook dat veelal de franchisegever de penvoerder is bij het opstellen van de franchiseovereenkomst. In de situatie van To Go zijn alle voornoemde stellingen en/of aannames onjuist.

In de To Go franchiseovereenkomst is rekening gehouden met belangen franchisenemer

Bij To Go is er sprake van een franchiseovereenkomst die is opgesteld in samenspraak met de directie van de grote, professionele partners. In de To Go franchiseovereenkomst is rekening gehouden met de relevante belangen van franchisenemers en bij meerdere bepalingen is contractueel bepaald dat bij het inroepen daarvan de redelijkheid en billijkheid in acht genomen dient te worden. Ook bij beëindiging van een franchiseovereenkomst houdt To Go naast de gemaakte afspraken, rekening met alle relevante feiten en omstandigheden van de betreffende situatie van de franchisenemer(s).

Daarnaast krijgt op dit moment iedere potentiële franchisenemer voorafgaande aan het sluiten van een franchiseovereenkomst voor een nieuwe locatie een omzetprognose voor de eerste 3 exploitatiejaren, die is opgesteld aan de hand van een zorgvuldig en deugdelijk opgesteld vestigingsplaatsonderzoek als ook een Lange Termijn Prognose waarbij de geprognosticeerde kosten, opbrengsten, marges en winst voor de eerste 10 exploitatiejaren in kaart worden gebracht, teneinde de franchisenemer, als ook zijn eventuele investeerder, cijfermatig te informeren over de mogelijk te behalen rendementen, de kansen en risico's van een potentiële exploitatie van een franchisewinkel. To Go voldoet hiermee ruimschoots aan de precontractuele informatievoorziening zoals benoemd in de MvT.

Wij geven ruim voldoende tijd aan iedere franchisenemer om met zijn/haar (juridisch en/of financiële) adviseurs voor het aangaan van een nieuwe franchisecontract alle relevante informatie tot zich te nemen. Vastlegging van een objectieve termijn in een gedragscode kan dat ondersteunen. Om die reden is To Go een voorstander van het verstrekken van een Precontractueel Informatie Dossier ('PID') voorafgaande aan het aangaan van een franchiseovereenkomst. Door de ervaringen van onze zustermaatschappij Albert Heijn met hun Albert Heijn franchisewinkels in België hebben wij ervaring opgedaan met deze PID. Op grond daarvan is het ons bekend dat met een PID- termijn van een maand (dit is de termijn voorafgaande aan het sluiten van een franchiseovereenkomst, waarin een franchisenemer geen enkele (financiële) verplichting mag aangaan) met name franchisenemers tegen praktische problemen aanlopen. Om die reden pleit To Go voor een kortere PID termijn. Overigens is het ons bekend dat een dergelijke precontractuele informatieplicht, - termijn binnen veel kleinere franchiseformules niet goed mogelijk of toepasbaar is.

Noodzaak gedragscode, feitelijke totstandkoming en consultaties nieuwe gedragscode

Door de minister zijn in maart 2015 vier leden van de schrijfcommissie benoemd om een code op basis van zelfregulering te schrijven. De schrijvers aan franchisegeverszijde waren weliswaar aangesteld op voordracht van het bestuur van de NFV, maar handelden echter zonder mandaat van franchisegevers en diensgevolge hebben zij uitsluitend op persoonlijke titel deelgenomen aan de schrijfcommissie. Doordat tijdens het schrijfproces een geheimhoudingsplicht gold, was een goede afstemming met de achterban om het vereiste mandaat te halen onmogelijk. Toen onze zustermaatschappij Albert Heijn met twee personen mede namens To Go zitting had genomen in de denktank van franchisegevers tijdens de consultatiefase na de zomer van 2015, hebben wij geconstateerd dat de code op dat moment reeds vast leek te staan en er weinig tot niets met de voorstellen tot verbetering van franchisegeverszijde is gedaan. Er was geen voedingsbodemp bij de

leden van de schrijfcommissie om de code aan te passen met behulp van de vele suggesties die franchisegevers tijdens de consultatiefase van de code hebben aangeleverd. Brieven die vervolgens naar het ministerie van EZ zijn gestuurd waarin grote zorgen werden geuit over het proces en inhoud van de NFC hebben helaas niet geleid tot verbeteringen. Dit verklaart het gebrek aan draagvlak in de sector voor deze versie van de code.

Nadat op 17 februari 2016 de minister de NFC in ontvangst had genomen (en onzes inziens dus niet 'formeel tot stand is gekomen', zoals vermeld in de MvT) is tijdens een in mei 2016 gehouden algemene ledenvergadering van de NFV door de franchisegevers – zo goed als unaniem – de huidige versie van de NFC afgewezen. Kortom, van draagvlak was en is nog steeds geen sprake. Tegelijkertijd hebben de franchisegevers op dat moment wederom aangegeven voorstander te zijn van zelfregulering op basis van een franchisecode en hebben zich meer dan bereid getoond zich in te spannen om te komen tot een – breed gedragen – versie van die code. To Go was en is het hier van harte mee eens.

Wij zijn van mening dat de NFC nog niet af is. De NFC moet verder doorontwikkeld worden zodat er wel een breed draagvlak kan ontstaan. Dit is niet alleen onze mening, maar ook die van vele andere franchisegevers, als ook in de optiek van meerdere onafhankelijke franchise adviseurs. Wij verwijzen hiervoor graag naar de vele artikelen die hierover in de media zijn gepubliceerd^{1 2 3} en naar de reacties vanuit franchisegeverszijde en adviseurs in deze consultatiefase.

Als start voor het afmaken en doorontwikkelen van de NFC hebben de franchisegevers het initiatief genomen om de vertegenwoordigers van franchisegevers (NFV en RND+) de vertegenwoordigers van franchisenemers (BFVN en FANED) uit te nodigen om met elkaar in gesprek te gaan. To Go heeft zich daarbij aangesloten en is graag bereid haar verantwoordelijkheid in dit proces te nemen.

Afgesproken is tussen deze groep vertegenwoordigers van franchisenemers en franchisegevers dat meerdere franchisegevers (groot en klein uit diverse sectoren) een praktijktoets (gaan) houden om te bekijken hoe de NFC in de praktijk werkt en waar de problemen ontstaan bij implementatie van de NFC. Teneinde ook een objectief oordeel te verkrijgen hebben de vertegenwoordigers aan franchisegeverszijde (RND+ en NFV) aan SIRA, een onafhankelijk onderzoeksbureau, opdracht gegeven om te onderzoeken wat de gevolgen zijn van de wettelijke verankering van de NFC op de Nederlandse ondernemers (zowel franchisegevers als –nemers). De ambtenaren van EZ als ook de vertegenwoordigers van franchisenemers en de leden van de schrijfcommissie zijn van dit onderzoek schriftelijk op de hoogte gesteld. Het onderzoek volgt daarbij de toetsing van de bedrijfseffectentoets zoals deze door de overheid wordt voorgeschreven bij de beoordeling van nieuwe en gewijzigde regelgeving. De overheid maakt zelf ook regelmatig gebruik van SIRA. Dit onderzoek van SIRA is tijdens deze consultatieperiode nog niet afgerond. De uitkomsten uit dit onderzoek, die in juni van dit jaar worden verwacht, kunnen wij dus helaas nog niet meenemen in onze reactie, maar kunnen wellicht later nog een rol spelen. Over de bedrijfseffectentoets zoals die is beschreven in de MvT komen wij verderop nog terug.

¹ Mr. Dr. Odavia Bueno Diaz, Franchise & Recht Informatiebron, sept 2016, nr 3, 'Liever nog geen wettelijke verankering voor de NFC'

² Mr. M. de Koning, NJB 2017/967, 'Het "wettelijk haakje" van de Nederlandse Franchise Code'

³ http://www.lexence.com/SiteAssets/FD-Franchise%20Code%20niet%20verankeren%20maar%20afzinken_Timo-Jansen.pdf

Wettelijke verankering NFC (blz 11 ev MvT)

Over de voorgestelde wijze van wettelijke verankering van de NFC is inmiddels veel geschreven door diverse specialisten^{2 4} en branchevertegenwoordigingen⁵ op dit gebied. Wij onderschrijven hun bevindingen volledig. We zullen ons hier beperken tot het geven van onze visie op de gevolgen van deze aanpak voor To Go.

De minister heeft bij aanvang van het proces in zijn brief aan de Kamer van 20 oktober 2014 zijn opdracht als volgt verwoord:

“Mijn inzet is erop gericht voortgang te bevorderen en de sector in staat te stellen om samen te komen tot een gedragen en werkbare gedragscode en geschillenbeslechting.”

Zoals hiervoor al beschreven ontbeert het de code aan draagvlak en representativiteit. Wij voorzien grote problemen met betrekking tot de werkbaarheid van de code, onder andere vanwege de vele tegenstrijdigheden die in de code alsmede tussen het wetsvoorstel en de code zitten en de afwijkingen ten opzichte van geldende jurisprudentie, bijvoorbeeld in de (uitleg van de) definities. In plaats van de beoogde vermindering van conflicten met onze franchisenemers, voorzien wij helaas een toename daarvan. Dit laatste mede vanwege het feit dat de code geen gedragscode is geworden, maar een code die fors ingrijpt in de aard van franchising, de contractsvrijheid van partijen en uitgaat van ‘one size fits all’. Het ‘pas toe - leg uit’ principe wat in het leven is geroepen om maatwerk te kunnen leveren, gaat helaas geen soelaas bieden: met de straf van vernietigbaarheid van de contractsbepaling worden partijen vervolgens teruggeworpen op de bepaling in de NFC. Dit brengt slechts rechtsonzekerheid met zich mee. Door de vele open normen scheidt de NFC onduidelijkheid. Tenslotte ontbreekt in zowel het wetsvoorstel als in de code het onderdeel geschillenbeslechting.

Gevolgen van de wettelijke regeling en verankering van de NFC

Zoals hierboven aangegeven zal de sector, maar ook binnen de relatie met onze franchisenemers, als gevolg van de invoering van het wetsvoorstel en de NFC juist vaker geconfronteerd worden met juridische conflicten, onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Graag verwijzen wij naar een artikel van mr M. de Koning² als ook het artikel van mr. T. de Mönnink c.s. van 9 mei jl.⁶. Wij onderschrijven de inhoud daarvan. Het wetsvoorstel, de MvT en de NFC zorgen voor meer onduidelijkheid, gelet op de vele open normen, het ‘pas toe – leg uit’ principe, alsmede het feit dat in het voorstel de toelichting op de NFC niet van toepassing wordt verklaard, maar wel van belang kan zijn voor de uitleg van de NFC als die wordt aangewezen als ‘de code’ op grond van het wetsvoorstel. Daarnaast werkt de invoering rechtsonzekerheid en polarisatie tussen franchisenemers en –gevers in de hand in plaats dat deze worden verminderd. To Go benadrukt nogmaals dat franchise een relevant onderdeel uitmaakt van haar bedrijfsvoering en -strategie. De gevolgen van de invoering van deze wettelijke regeling en de wettelijke verankering van de NFC kan echter met zich meebrengen dat die strategie wijzigt.

⁴ Zie reactie van Van Doorne c.s. en CMS advocaten in deze internetconsultatie

⁵ Zie reactie van de NFV en de commissie Franchising van de Raad Nederlandse Detailhandel in deze internetconsultatie

⁶ <https://www.linkedin.com/pulse/wetsvoorstel-franchise-een-paard-van-troje-het-tessa-de-mönnink>

Uitvoering en handhaving

In de MvT staat vermeld dat op grond van het wetsvoorstel en bij amvb een gedragscode geheel of gedeeltelijk kan worden aangewezen om op de contractuele relatie franchisegever – franchisenemer van toepassing te zijn. In de gedragscode staan de voorschriften die de franchise partijen dienen toe te passen, tenzij de franchiseovereenkomst een duidelijk en begrijpelijk schriftelijk beding en een daarbij aansluitende schriftelijke (en deugdelijke) motivering omvat. Beoogd wordt om de NFC als gedragscode aan te wijzen, evenwel beperkt tot de voorschriften en niet de toelichting. Dat is begrijpelijk nu de toelichting veelal verdergaande verplichtingen noemt dan de voorschriften en soms tegenstrijdig is met de voorschriften zelf. Ook menen wij dat de definities in hoofdstuk 1 van de NFC buiten beschouwing gelaten dienen te worden, nu in de wettelijke regeling zelf definities zijn opgenomen, temeer nu de definities in de NFC afwijken van de bestaande jurisprudentie of met Nederlands/Europees recht op het gebied van Verticale overeenkomsten / mededingingsrecht.

'Pas toe – leg uit' principe:

In de NFC en het wetsvoorstel is het 'pas toe – leg uit' principe opgenomen. Als het 'pas toe – leg uit' principe onderdeel van de code is kun je de code dus naleven door het toepassen van de bepalingen of door uit te leggen dat je een bepaling niet toepast. Beide mogelijkheden zijn een naleving van de code. Dit principe past niet goed in ons rechtssysteem. Bovendien wordt het door de gestelde voorwaarden in de amvb vrij lastig gemaakt om een bepaling van de code niet toe te passen. Het is dan 'pas toe' of 'pas toe'.

Als de franchisegever aan de code wenst te voldoen door middel van een uitleg voor het afwijken van een specifieke bepaling van de code, gelden er namelijk beperkingen. De franchisegever moet op (i) een duidelijke en (ii) begrijpelijke wijze aangeven hoe hij afwijkt van de code, en (iii) hij moet dit deugdelijk motiveren. Als de franchisegever niet voldoet aan deze vereisten kan de franchisenemer de afwijkende bedingen (op een later moment) vernietigen, ondanks het feit dat de franchisenemer daarmee op een eerder moment akkoord is gegaan. Dit draagt bij aan de rechtsonzekerheid en is in strijd met het rechtsbeginsel dat gemaakte afspraken nagekomen dienen te worden. De praktijk wordt hiermee in het geheel niet gediend. Het is ook vreemd als beide partijen het erover eens zijn om af te wijken van bepalingen in de NFC, die afwijking toch nog op de genoemde wijze moet worden aangegeven en gemotiveerd. Kortom, indien de afwijking niet voldoet aan de wettelijke vereisten, biedt dit voldoende mogelijkheden voor een franchisenemer om hiertegen te ageren (en te procederen met lange procedures en hoge kosten tot gevolg). Dit maakt dat er weinig mogelijkheden zijn om af te wijken en dat de franchisegever en franchisenemer aan de bepalingen in de wet en de code zijn gebonden. Dat maakt het dwingend recht in plaats van regelend recht.

Regeldruk en financiële gevolgen

To Go meent dat de effecten van de regeldruk en de financiële gevolgen om de franchiseovereenkomsten in lijn te brengen niet representatief zijn weergegeven. De code zelf is zeer gedetailleerd, dat leidt enerzijds tot uitvoerigere contracten – zeker met het 'pas toe - leg uit' principe - en anderzijds tot hogere administratieve lasten en meer juridische ondersteuning. Wat To Go betreft is de bedrijfseffectentoets die is verricht dan ook onrealistisch. Verder valt ons op dat

alleen de effecten van de wettekst zelf bekeken zijn en niet van de NFC. Voorts zijn de gevolgen van de (rechts)onzekerheid niet meegewogen. Immers, eerdere tussen franchisegever en -nemer gemaakte afspraken kunnen vernietigd worden. Of de franchisenemer kan schadevergoeding vorderen op grond van toerekenbare tekortkoming als achteraf blijkt dat de franchisegever niet goed of onvolledig aan de voorwaarden om af te mogen wijken heeft voldaan. Dit heeft uiteraard een grote (financiële) impact op de contractuele relatie.

To Go verwacht dat de invoering flinke kosten met zich meebrengt en tot administratieve lastenverzwaring voor zowel To Go als onze franchisenemers zal leiden, mogelijk ook tot extra juridische conflicten als gevolg van interpretatieverschillen die zullen leiden tot een toename van rechtszaken en polarisatie van de franchiserelatie. De MvT begroot de kosten voor alle franchisegevers in Nederland tezamen grofweg op 780K. Dit lijkt ons een zeer grove onderschatting van de totale kosten en wordt onvoldoende onderbouwd. SIRA voert de eerder genoemde onafhankelijk toets uit, om onder andere de effecten van het wetsvoorstel en de wettelijke verankering van de NFC goed in kaart te brengen. De uitkomst van dat onderzoek wordt in juni van dit jaar verwacht.

Algemene zienswijze van To Go op het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel zelf is heel beperkt, omvat slechts twee artikelen, en geeft niet of nauwelijks richting. In het eerste artikel (399f) worden enkele begrippen zoals franchiseovereenkomst, franchiseformule, franchisegever, -nemer gedefinieerd. De definities uit de NFC stroken niet altijd met de definities in het wetsvoorstel of definities in de jurisprudentie, hetgeen onduidelijkheid met zich meebrengt. To Go gaat er dan ook van uit dat de definities in de NFC verder geen rol zullen spelen.

In het tweede artikel wordt bepaald dat de minister bij amvb een gedragscode kan aanwijzen, met de minimale vereisten waaraan een gedragscode moet voldoen. Echter, in de NFC staan enerzijds een veelheid aan bepalingen die niet in de wet worden genoemd, anderzijds gaat de NFC qua inhoud veel verder dan je op grond van de wet zou mogen verwachten.

Zie bijvoorbeeld artikel 399g lid 1 onder e:

“het collectieve overleg tussen de franchisegever en de franchisenemers die de franchiseformule exploiteren en de wijze waarop dit overleg georganiseerd is:”

In de code staat in artikel 2.6 onder c:

“De franchisegever heeft een structuur voor overleg met de franchisenemers. Franchisegever bepaalt in overleg met de franchisenemersvertegenwoordiging of deze advies- of instemmingsrecht heeft en welke onderwerpen dit advies- of instemmingsrecht betreft. Voor onderwerpen die een materieel effect hebben op de bedrijfsvoering van het collectief van franchisenemers zal in beginsel instemming van de franchisenemersvereniging nodig zijn. Indien franchisegever hierover niet met de franchisenemersvertegenwoordiging tot overeenstemming komt, zal franchisegever de wijzigingen niet eenzijdig doorvoeren”

De bepalingen in de wettelijke, formele regeling staan hiërarchisch hoger in rang dan de bepalingen in de NFC, dit betekent dat de bepalingen in de NFC moeten voldoen aan de formele wet en bij afwijking gaat de wet voor. In casu zou de reikwijdte van de wettelijke bepalingen in 399g lid 1 voldoende moeten zijn, en zou aan de verdergaande normatieve bepalingen in de NFC voorbij gegaan moeten kunnen worden, althans deze zouden niet algemeen verbindend moeten zijn.

Zoals al eerder opgemerkt hebben diverse specialisten al hun inhoudelijke reactie gegeven op het wetsvoorstel in combinatie met de NFC. Hieronder geven wij de voor ons belangrijkste aandachtspunten uit het wetsvoorstel:

Art. 399 f: Het wetsvoorstel bevat geen definitie van franchise. Dat is opmerkelijk aangezien het een wetsvoorstel over franchise betreft. In de NFC is wel een definitie opgenomen die afwijkt van de definitie in de Europese Erecode Franchise ('EFF') en de jurisprudentie. Dit zal mogelijk kunnen leiden tot kwalificatieproblemen. Voorts is er bij franchise juist geen sprake van een 'gemeenschappelijk' handelsmerk, deze eigendomsrechten komen toe aan franchisegever, de franchisenemer krijgt een gebruiksrecht;

Art. 399g lid 1 sub b onder 1: Het is onduidelijk welke financiële informatie verstrekt dient te worden;

Art. 399g lid 1 sub b onder 2: verstrekken van omzetprognoses wordt blijkbaar verplicht gesteld. Dat is niet in lijn met de huidige jurisprudentie en voor sommige (kleinere) franchisegevers in de sector niet mogelijk of haalbaar. Bovendien is voornoemd wetsartikel niet in overeenstemming met artikel 3.6 onder d van de NFC waarin de franchisegever juist zelf de keuze heeft om al dan niet een omzetprognose te verstrekken;

Art 399g lid 1 sub f: We vinden dit een belangrijk onderdeel van een geschikte zelfregulering en zijn het er mee eens dat dit in het wetsvoorstel is opgenomen. We constateren dat in de NFC een uitgewerkte geschilbeslechtsprocedure ontbreekt, dit betekent dat de NFC niet voldoet aan de minimale vereisten die in dit wetsvoorstel aan een gedragscode worden gesteld. De wijze en vorm van geschillenbeslechting zou overigens langs de weg van zelfregulering tot stand moeten komen.

Art. 399g lid 1 sub g: de hier genoemde bedingen dienen niet in een wet of code ingevuld te worden waaraan partijen gebonden zijn. Dit is in strijd met de contractsvrijheid, omdat partijen daar zelf afspraken over zouden moeten kunnen maken.

Art. 399g lid 2: De franchisegever dient als onderdeel van de franchiseovereenkomst op (i) een duidelijke en (ii) begrijpelijke wijze aan te geven hoe er wordt afgeweken van de NFC, maar (iii) dient dit ook deugdelijk te motiveren. Indien hieraan niet wordt voldaan kan het beding in rechte door de franchisenemer, zelfs als hij er eerder mee instemde, worden vernietigd. Dit maakt het dwingend recht. Bovendien zal dit tot grote (administratieve) lastenverzwaring leiden bij ons en onze franchisenemers en bovendien tot rechtsonzekerheid.

Art. 399g lid 3: Deze bepaling geeft aan dat er bij amvb van het 'pas toe - leg uit' principe kan worden afgeweken. Omdat op voorhand niet duidelijk is of en op welke wijze een amvb hier gebruik van zal maken, zorgt dat voor nog meer onduidelijkheid en (rechts)onzekerheid ten aanzien van een zeer essentieel onderdeel van de wet en de NFC.

Inhoudelijke reactie op de NFC

To Go heeft er goede nota van genomen dat deze internetconsultatie toeziet op het ‘concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise’ en de MvT. Evenwel gezien de nauwe samenhang met de NFC die in de MvT als gedragscode wordt aangewezen, meent To Go dat de inhoud van de NFC eveneens ter internet consultatie voorgelegd zou moeten worden, om die reden gaat To Go hier in op de inhoud van de NFC.

Zoals al eerder aangegeven wijzigt deze versie van de NFC op essentiële punten de rolverdeling tussen franchisegever en -nemer, waarmee de innovatie en ontwikkeling bij To Go vertraagd wordt. Daarnaast wordt het ondernemersrisico van de franchisenemer disproportioneel verplaatst naar de franchisegever, als gevolg van de vergaande zorgplicht van de franchisegever. Als gevolg van deze wijzigingen van de verantwoordelijkheden en rollen van partijen wordt de aard van franchising aangetast. In onze ogen kan dat niet de bedoeling zijn geweest en daarom zou de NFC op een aantal cruciale punten moeten worden aangepast binnen zelfregulering. Bovendien zijn we van mening dat één van de fundamenten onder de NFC, zelfregulering, de kans verdient om zich in de praktijk te bewijzen. Het wetsvoorstel komt volgens ons dan ook te vroeg.

Voorts beperkt de NFC teveel de contractsvrijheid tussen twee professionele partijen. De NFC zou net als de EFF⁷ of de DFA code⁸, een set met algemene principes en uitgangspunten moeten bieden, maar daarentegen normeert de NFC vergaande verplichtingen tot op detailniveau, in een mate die een gedragscode niet past. Door het in de code gebruikte ‘pas toe - leg uit’ principe is er eerder sprake van dwingend dan regelend recht, waardoor het door de NFC beoogde maatwerk niet of nauwelijks mogelijk is. Dit is een schending van de contractsvrijheid, één van de peilers van ons privaatrecht.

Door gebrek aan helderheid en de vele open normen in de NFC is het veelal niet duidelijk wat een franchisegever moet doen of laten om aan de normen te voldoen. Gevolg is dat franchisegevers en franchisenemers de uit de NFC voortvloeiende verplichtingen verschillend zullen interpreteren, hetgeen naar verwachting eerder juridische geschillen veroorzaakt dan voorkomt.

Hieronder zullen wij meer specifiek ingaan op de inhoud van de NFC.

1. Aantasting van de aard van franchise

Artikel 2.6 sub c bepaalt, kort gezegd, dat voor wijzigingen die een materieel effect hebben, instemming van de franchisenemersvertegenwoordiging is vereist. Eenzijdige wijzigingen zijn niet toegestaan. De toelichting op sub h bepaalt vervolgens dat voor voldoende draagvlak voor een majeure wijziging meer nodig kan zijn dan een gewone meerderheid van stemmen van de franchisenemers. Dit is te kort door de bocht en tornt wat To Go betreft aan het fundament van franchise.

⁷ <http://www.nfv.nl/userfiles/NFV%20Europese%20Erecode%202016.pdf>

⁸ www.vereniging-dfa.nl/wp-content/uploads/pdf/dfa-gedragscode-franchise-19-november-2015.pdf

Vooreerst dient een franchisegever zelf met zijn franchisenemers te kunnen afspreken welke wijzigingen wel of niet eenzijdig danwel met een bepaalde meerderheid van stemmen mogen worden doorgevoerd. Daar komt bij dat het onder bepaalde omstandigheden op grond van artikel 6:248 BW of 6:258 BW wel degelijk mogelijk is om een overeenkomst eenzijdig te wijzigen.

Voor To Go – en daarmee ook voor onze franchisenemers – is onze formule ons bestaansrecht. Het onderhouden ervan, het aanpassen en het beschermen ervan is onze verantwoordelijkheid. Vanzelfsprekend houden wij daarbij rekening met de gerechtvaardigde belangen van onze franchisenemers. We hebben hierover afspraken gemaakt die zijn vastgelegd in onze franchiseovereenkomst. Echter, instemmingsrecht van franchisenemers gaat ons een brug te ver. Dat zou neerkomen op een soort partiële onteigening van ons bedrijf. Dat is wat To Go betreft niet in het belang van onze franchisenemers noch van ons. De levensmiddelen-detailhandel is uiterst competitief. Op tijd kunnen inspelen op de klantbehoeften en reageren op de concurrentie is van groot belang. Albert Heijn moet daarin straks concurreren met bedrijven als bijvoorbeeld Kiosk en kleine broodjeszaken, die niet aan de NFC gebonden zijn, dat maakt dat er niet langer sprake is van een 'level-playing field'. Daarmee lopen wij als bedrijf een risico om achter te blijven, met een mogelijke negatieve impact op de ondernemingen van onze franchisenemers als gevolg.

Door de NFC krijgt de franchisenemer een beschermde status die niet past binnen een commerciële relatie tussen twee zelfstandige ondernemingen. De franchisenemer dient binnen de franchiserelatie eigen verantwoordelijkheid te nemen én te (be)houden voor zijn ondernemerschap en de wijze van exploitatie van zijn franchisewinkel. Door artikel 2.3 onder f in de NFC wordt de zorgplicht van franchisegevers jegens franchisenemers ten onrechte verzwaaard. De franchisenemer is een zelfstandige onderneming en ten aanzien van de exploitatie is hij eerst zelf verantwoordelijk voor verbetering van de omzet en de winst indien deze (structureel) achterblijven. Het ligt dus op de weg van de franchisenemer om de eerste stap daartoe te zetten, de NFC miskent die primaire verantwoordelijkheid van de franchisenemer en verschuift die verantwoordelijkheid naar de franchisegever.

2. Strijd met wet- en regelgeving

In artikel 1.1 is een definitie van franchise opgenomen. De laatste zin: *'Zowel franchisegever als franchisenemer beogen daarbij voor beiden een ondernemersinkomen te realiseren'* hoort in een definitie niet thuis. De definitie wijkt bovendien mede daardoor af van de gangbare definities, zoals de definitie die is opgenomen in de EFF en ook in jurisprudentie wordt gehanteerd. Onduidelijk is waarom niet voor dezelfde definitie is gekozen. Bovendien worden de kernverplichtingen van de franchisenemer niet in de definitie genoemd. Deze verplichtingen staan wel in de EFF.

In de toelichting op artikel 1.5 (franchiseovereenkomst) is opgenomen dat alle contracten onder de definitie van franchiseovereenkomst vallen. Dit is te ruim. Valt bijvoorbeeld een financieringsovereenkomst of een huurovereenkomst hieronder? De vraag is hoe de NFC op een dergelijke overeenkomst dient te worden toegepast. Dit geldt zeker voor huurovereenkomsten waarop de NFC (in de toelichting op artikel 1.5 en 2.2) expliciet van toepassing wordt verklaard. Het

huurrecht is vastgelegd in boek 7 BW en deels van dwingendrechtelijke aard. Onduidelijk is hoe de NFC zich verhoudt tot deze wettelijke bepalingen.

Dwingend huurrecht en de NFC

Als een franchisenemer een zogenaamde 290-bedrijfsruimte huurt van een franchisegever geniet hij in de huurrelatie op basis van art. 7:290 BW ev vergaande bescherming. De bepalingen die van toepassing zijn op 290-bedrijfsruimte beschermen de huurder. Hierbij doelen wij op termijnbescherming, regels omtrent opzegging (beperkt aantal gronden), tussenkomst kantonrechter als huurder niet instemt met huurbeëindiging, huurprijswijziging, etc. De regels bevatten veelal semidwingend recht. In de huurovereenkomst mogen in beginsel geen van art 7:290 BW ev afwijkende afspraken worden gemaakt die nadelig zijn voor de huurder. Worden er toch afwijkende afspraken gemaakt (bijv. met betrekking tot de duur) die nadelig zijn voor de huur, dan zijn die bepalingen door de huurder (lees de franchisenemer) vernietigbaar. Afwijking is alleen mogelijk door de kantonrechter te verzoeken om goedkeuring voor de afwijking (er vindt dan rechterlijke toetsing plaats).

Kortom: als een franchisenemer tevens huurt van de franchisegever dan wordt hij - er van uitgaande dat er sprake is van middenstandsbedrijfsruimte - al beschermd door de wet. Additionele bescherming door middel van de NFC is onnodig. Bovendien ontstaat er zo een onduidelijke en onwenselijke situatie. Het zou kunnen voorkomen dat in een specifiek geval zowel de gedragsregels uit de NFC als de wettelijke regels uit 7:290 BW ev beide van toepassing zijn op een huurovereenkomst en mogelijk in strijd met elkaar zijn.

Een voorbeeld: volgens de NFC mag een franchisegever het sluiten van een franchiseovereenkomst met een rechtsopvolger van een bestaande franchisenemer niet op onredelijke gronden weigeren. Die regel zou volgens de NFC ook moeten gelden voor een tussen partijen gesloten huurovereenkomst. Dat wil zeggen: de bepaling kan zo worden gelezen dat bij overdracht van een bedrijf en als gevolg daarvan overdracht van de daarmee samenhangende huurovereenkomst, de franchisegever de overdracht van de huurovereenkomst niet op onredelijke gronden mag weigeren. In art. 7:307 BW zijn echter al regels met betrekking tot indeplaatsstelling opgenomen. Als een verhuurder indeplaatsstelling weigert, kan de huurder vorderen dat hij door de rechter gemachtigd wordt om bij bedrijfsoverdracht de koper als huurder in zijn plaats te stellen. In deze regeling is bovendien een toetsingskader voor die indeplaatsstelling opgenomen (en verder in de rechtspraak uitgekristalliseerd). Het is niet goed denkbaar dat hier regels uit een gedragscode ook een rol gaan spelen.

Huurovereenkomsten dienen te worden getoetst aan de regels uit het huurrecht. Het is niet voor niets dat de wetgever de huurovereenkomst als bijzondere overeenkomst in het Burgerlijk Wetboek heeft opgenomen en bovendien bijzondere regels voor middenstandsbedrijfsruimte heeft opgenomen. Het is onwenselijk dat de regels uit de NFC toetsing aan het huurrecht doorkruisen/versoepelen of op enigerlei wijze beïnvloeden. Als aanpassing van de regels met betrekking tot de huurovereenkomst gewenst is, dan dient titel 4 van Boek 7 BW te worden gewijzigd.

Artikel 1.7 (non-concurrentiebeding) bevat een afwijkende definitie van non-concurrentiebeding ten opzichte van de Groepsvrijstelling voor Verticale Overeenkomsten (Verordening EU nr. 330/2010), hierna: "Verordening". Ook worden in de toelichting op dit artikel en in artikel 4.5 extra voorwaarden neergelegd voor de geldigheid van een non-concurrentiebeding, die verder gaan dan de Verordening. Dat is onduidelijk.

Onder de definitie van exclusiviteitsbeding opgenomen in artikel 1.8 wordt een afnameverplichting van meer dan 80% genoemd. In de Verordening wordt een afnameverplichting echter gedefinieerd als een non-concurrentiebeding. Dit is verwarrend. Onduidelijk is waarom niet bij de definities in de Verordening wordt aangesloten.

3. Open norm

Diverse bepalingen bevatten een open norm die in de toelichting niet nader wordt ingevuld en definities zijn niet helder of niet in overeenstemming met de geldende jurisprudentie. Dit zorgt voor onduidelijkheid waaraan een franchiseovereenkomst of franchisegever moet voldoen. In het bijzonder gaat het om bijvoorbeeld artikel 2.1 (de 'voortdurende' verplichting), artikel 2.3 sub c ("zich maximaal inspannen", de in artikel 2.3 sub h tot en met i genoemde 'onredelijke gronden', 2.3 sub l: "in redelijkheid noodzakelijk", artikel 2.5 sub a ('noodzakelijke' informatieverschaffing), artikel 3.1 ('redelijk' onderzoek) en artikel 3.4 ('volledige' kennis van zaken). Onduidelijk is wat daar concreet onder zou moeten worden verstaan en werkt conflicten in de hand.

4. Strijd met jurisprudentie

Op basis van artikel 3.6 sub d (prognose) dient de franchisegever in te staan voor de deugdelijkheid van de prognose. Dit artikel lijkt ten onrechte uit te gaan van een garantie van de franchisegever. Dit is vanzelfsprekend niet mogelijk nu een prognose naar haar aard een onzekere toekomstige omstandigheid vormt. Dit is veelvuldig in de jurisprudentie bepaald⁹. Advocaat-generaal mr. W.L. Valk heeft in zijn conclusie bij het Street-One arrest¹⁰ aangegeven dat een garantieverbintenis te ver gaat en dat dat niet voortvloeit uit de gewone regels van het verbintennisrecht.

Artikel 2.5 sub c lijkt de bedoeling te hebben dat er altijd een zwaarwegend belang moet zijn om een franchiseovereenkomst te beëindigen. Dit is in strijd met de geldende jurisprudentie over duurovereenkomsten¹¹. Daarin is immers bepaald dat het uitgangspunt is dat duurovereenkomsten in beginsel kunnen worden beëindigd. Slechts indien de redelijkheid en billijkheid dit vereisen kan een zwaarwegende grond, schadevergoeding of (langere) opzegtermijn nodig zijn.

⁹ Zie onder andere ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1753, r.o. 4.3

¹⁰ ECLI:NL:HR:2017:311

¹¹ ECLI:NL:HR:2013:BZ4163 (Auping/Beverlaap)

5. Contractsvrijheid

De toelichting op artikel 1.2 (en artikel 2.3 sub c) gaat (onder andere) over concurrentie door de franchisegever jegens zijn franchisenemers. Ten eerste hoort een dergelijke bepaling niet thuis in een toelichting op een definitie; hier wordt immers een nadere verplichting/verbod op de franchisegever gelegd. Voorts maakt deze bepaling inbreuk op de contractsvrijheid van partijen nu het de franchisegever verboden wordt om te concurreren met haar franchisenemers. Hierover dienen partijen zelf afspraken te kunnen maken. De definities maken echter geen deel uit van het 'pas toe - leg uit' principe.

De laatste zin in de 'toelichting' op artikel 1.5 is wederom geen toelichting, maar houdt nadere verplichtingen/een verbod voor franchisegever in om individuele afspraken te maken. Bovendien is het in strijd met de contractsvrijheid indien een franchisegever dergelijke afspraken niet zou mogen maken.

In de toelichting op artikel 2.2. ('handelen naar redelijkheid en billijkheid') is opgenomen dat men terughoudend dient te zijn bij het uitsluiten van regelend recht van boek 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek. Voorts zou volledige uitsluiting van aansprakelijkheid of schadevergoedingsvorderingen niet passen. Dit vormt een te vergaande beperking van de contractsvrijheid. Het is toegestaan om van regelend recht af te wijken en een uitsluiting van aansprakelijkheid tussen professionele partijen is in beginsel mogelijk. Daarbij kan de vraag gesteld worden of deze beperking daadwerkelijk nodig is om de (veronderstelde) problemen in de franchisesector op te lossen. Of anders gezegd: welk doel wordt hiermee beoogd of gediend?

Artikel 2.3 sub f bevat een vergaande zorgplicht van de franchisegever en miskent de primaire verantwoordelijkheid van de franchisenemer als zelfstandig ondernemer voor verbetering van omzet en winst. De laatste zinsnede: 'om te komen tot een verbetering van de situatie', lijkt te duiden op een resultaatsverplichting van de franchisegever. Dit gaat te ver en miskent het feit dat de franchisenemer een zelfstandige onderneming drijft voor eigen rekening en risico.

Artikel 2.5 sub h tot en met j bevatten eveneens een vergaande beperking van de contractsvrijheid. Een franchisegever dient zelf te kunnen bepalen wanneer hij instemt met een beëindiging of tussentijdse overdracht van de onderneming van de franchisenemer, of hij meerdere franchiseovereenkomsten met een franchisenemer wenst te sluiten of een franchiseovereenkomst met een rechtsopvolger van een franchisenemer wil sluiten. In ieder geval dient de franchisegever de mogelijkheid te hebben hierover zelf afspraken te maken met zijn franchisenemers.

Door bovenstaande bepalingen lijkt het alsof de franchisegever een contracteerplicht kan worden opgelegd. Daar zijn geen valide argumenten voor te bedenken, zo nodig ook niet vanuit de beschermingsgedachte van de franchisenemer. Indien bijvoorbeeld de zeggenschap in de franchisenemer wijzigt, dient de franchisegever het recht te hebben om de overeenkomst te beëindigen, omdat de franchisegever dan geconfronteerd kan worden met een andere persoon die de franchiseformule gaat exploiteren. In zakelijke overeenkomsten komen veelvuldig zogenaamde 'change of control' bepalingen voor. Waarom zou dat in een franchiserelatie, waar de samenwerking

en de relatie met de franchisenemer juist heel nauw is, anders moeten zijn? Dat is juist een extra reden om zelf te kunnen bepalen met wie wordt gecontracteerd.

Het voorgaande geldt tevens voor sub k. Indien een nieuw onderdeel (onduidelijk is wat hier precies onder wordt verstaan) door een franchisegever wordt aangekocht, dan dient het de franchisegever vrij te staan om zelfstandig afspraken te maken met haar franchisenemers hierover.

Tot slot heeft To Go bezwaren tegen de toelichting op artikel 2.5 sub a. De toelichting gaat uit van het gezamenlijk gebruiken en exploiteren van consumentendata. Partijen moeten echter zelfstandig afspraken kunnen maken hierover, uitgaande van de instemming van de klant voor zover het om persoonsgegevens gaat die eigendom zijn van de klant.

We constateren dat in de NFC een uitgewerkte geschilbeslechtsprocedure ontbreekt, dit betekent dat de NFC niet voldoet aan de minimale vereisten die in dit wetsvoorstel aan een gedragscode worden gesteld. De wijze en vorm van geschilbeslechting zou overigens langs de weg van zelfregulering tot stand moeten komen.

Conclusie

Geef zelfregulering een kans om tot NFC met draagvlak te komen

Franchise is voor To Go en de Nederlandse economie relevant en verdient een regeling met materiële normen, die duidelijk zijn en recht doen aan de aard van franchise. Een regeling die voor alle partijen (hard en soft franchise, kleine en grote formules) toepasbaar is, zich op de wezenlijke problemen concentreert en niet tot rechtsonzekerheid leidt. De voorliggende wetgeving en de NFC voldoen, wat To Go betreft, niet aan die criteria en zullen tot rechtsonzekerheid en onnodige procedures leiden en niet de doelen bereiken die worden beoogd.

We zouden graag zien dat vertegenwoordigers van franchisenemers en -gevers alsnog op basis van zelfregulering onderling een gedragscode kunnen opstellen, en daarbij dient de mogelijkheid te bestaan om over de inhoud en aanpassing van de huidige NFC te praten. To Go is daartoe zeer bereid.

Als dat niet lukt, lijkt het ons – gezien bovenstaande – het beste dat alsnog een procedure wordt opgestart om te komen tot een standaard regeling. Representatieve partijen, die met mandaat van hun achterban, en met leden afkomstig uit de volle breedte van de franchisesector, komen tot een code die wél draagvlak heeft. Het zou goed zijn te starten met de Europese Erecode, de NFC, jurisprudentie én buitenlandse ervaringen. Laat dat leiden tot een gedragscode die de hele sector past én het vereiste draagvlak heeft. Het meest logische is om de focus te leggen op het verbeteren van duidelijkheid met betrekking tot de precontractuele fase.

Een niet gedragen code via een amvb wettelijk invoeren terwijl nut en noodzaak van een wettelijke regeling onvoldoende zijn onderbouwd, is niet verantwoord.

Het wettelijk van toepassing verklaren van (delen van) de huidige Nederlandse Franchise Code op de samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer is onwenselijk en grijpt te diep in in deze commerciële samenwerking.

To Go werkt graag mee aan het verbeteren van de NFC en het verkrijgen van breed draagvlak voor de toepassing daarvan. Bij voorkeur via zelfregulering. We denken dat dit mogelijk is: er zijn immers veel meer zaken die ons verbinden dan ons verdelen.

Vanzelfsprekend zijn we te allen tijde bereid een nadere toelichting te geven.

Voor nadere informatie kunt u contact opnemen met

Jan – Willem Dockheer
General Manager AH To Go

Enrique Boerboom
SVP Legal & Compliance

e-mail: franchise@ah.nl