

# MALMBERG WALING ADVOCATEN

---

Ministerie van Economische Zaken  
Zijne Excellentie de heer H.G.J. Kamp

Ministerie van Veiligheid en Justitie  
Zijne Excellentie de heer S.A. Blok

Den Haag, 24 mei 2017

Hooggeachte heren,

1. Graag maak ik gebruik van de gelegenheid te reageren op het concept wetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise.
2. Het wetsvoorstel dient als middel om de door vertegenwoordigers van franchisegevers en franchisenemers samengestelde gedragscode tot wet te verheffen. Dit is nodig omdat – enkele uitzonderingen als Expert en The Read Shop daargelaten – het merendeel van de franchisegevers de franchisecode niet vrijwillig toepassen. In de internetconsultatie spreken een aantal franchisegevers zich uit tegen verankering van de franchisecode.
3. De franchisecode doet in de kern niet veel meer dan het benadrukken van het belang van de redelijkheid en billijkheid in de verhouding tussen franchisegever en franchisenemer. Op enkele punten wordt uitdrukkelijk benoemd hoe die redelijkheid en billijkheid vorm kan worden gegeven.
4. De code bevat rechten en verplichtingen voor zowel de franchisegever als de franchisenemer. De verplichtingen van de franchisenemers zoals die in de code zijn opgenomen, zijn in de praktijk geïncorporeerd in de meeste

Malmberg Waling Advocaten  
Alexanderveld 85  
2585 DB DEN HAAG  
T: 070 – 3207909  
BTW identificatienr. NL8517.67.540.B01  
KvK nr. 55568521

Op onze dienstverlening zijn onze algemene voorwaarden van toepassing, waarin een beperking van onze aansprakelijkheid is opgenomen. Op uw eerste verzoek zal u gratis een exemplaar worden toegezonden.

franchiseovereenkomsten. De - voor een aantal partijen schokkende - nieuwe verschijning voor de praktijk is dat de code ook verplichtingen voor franchisegevers noemt. Deze zijn concreter geformuleerd dan de contractuele (zorg)verplichtingen van franchisegevers die in de meeste franchiseovereenkomsten staan. Franchisegevers en advocaten van franchisegevers voelen zich hier ongemakkelijk bij en maken nu bezwaar tegen de franchisecode. Franchisenemers voelen zich begrepen en ondersteunen de code.

5. In de verhouding tussen de franchisegever en de franchisenemer is er – meer dan in andere verhoudingen – sprake van een onevenwichtige relatie ten aanzien van kennis, ervaring en financiële middelen. De franchisegever is als geen ander op de hoogte van de zijn franchiseconcept en de werking daarvan onder diverse marktomstandigheden, op verschillende locaties met verschillende populaties. De franchisegever heeft inzicht in de inkooprijzen en omzetten van al zijn franchisevestigingen. Daarmee is de franchisegever over het algemeen beter op de hoogte van de goede en kwade kansen van een franchisevestiging dan een nieuw franchisenemer. Daarnaast heeft de franchisegever meer ervaring en kan hij (meestal) beter dan de franchisenemer inschatten waar in de relatie knelpunten kunnen optreden.
6. Deze onevenwichtigheid is inherent aan de franchisepraktijk. En daar is niks mis mee. Sterker nog, franchise draait er nu juist om dat de franchisegever meer ervaring en kennis heeft en de minder ervaren franchisenemer de mogelijkheid heeft om hier onder de paraplu van de franchiseformule gebruik van te maken. Die onevenwichtigheid vormt, samen met ondernemerschap van partijen, de essentie en kracht van franchise. Dat is niet het probleem. Veel franchisegevers vatten het gebruik van de term “onevenwichtigheid” op als een vorm van kritiek en komen daar in de internetconsultatie tegen op. De franchisecode en het wetsvoorstel beogen die mooie onevenwichtigheid echter niet aan te tasten. De toelichting bij het wetsvoorstel onderkent uitdrukkelijk de belangrijke en positieve rol van franchisegevers voor de Nederlandse economie.
7. Het probleem is dat van die inherente onevenwichtigheid tamelijk makkelijk misbruik kan worden gemaakt. Dat misbruik wordt in de praktijk helaas ook gemaakt. De code en het wetsvoorstel beogen terecht de mogelijkheid van het maken van dat misbruik terug te dringen.
8. De juridische kwalificatie van de relatie tussen de franchisegever en de franchisenemer kent geen specifieke wettelijke regeling. Hierbij moet worden teruggevallen op de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Het burgerlijke wetboek kent (in hoofdlijnen) twee verschillende participanten aan het rechtsverkeer – consumenten en niet-consumenten. Consumenten krijgen op verschillende manieren (extra) rechtsbescherming. Enerzijds zijn er, al dan niet op grond van Europese wetgeving, specifieke consumentbeschermende bepalingen opgenomen. Anderzijds is er sprake van een snellere correctie door redelijkheid en billijkheid.

9. Niet-consumenten, i.e. ondernemers en professionelen, krijgen in tegenstelling tot consumenten geen of weinig extra bescherming. De redelijkheid en billijkheid wordt veelal ingevuld in wetsartikelen met een zogenaamd aanvullend karakter. Partijen kunnen de werking van deze artikelen uitsluiten. Franchisegevers sluiten deze artikelen doorgaans uit in franchiseovereenkomsten. De toepassing van de redelijkheid en billijkheid tussen franchisegever en franchisenemer vindt in de rechtspraak daarom voornamelijk plaats door de zog. beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in art. 6:248 lid 2 BW. Dit betekent dat een regel in een wet of overeenkomst niet van toepassing is, indien deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. "Onaanvaardbaar" is een drempel die in de rechtspraak nauwelijks kan worden genomen.
10. In de termen van het Burgerlijk Wetboek vormen ondernemers een homogene groep, waarbij een startende ondernemer zonder enige ervaring of kennis gelijk wordt gesteld met een concernonderneming waar ervaren specialisten werken. In de praktijk is er echter een groot verschil tussen kleine en grote ondernemers en ondernemingen. Het verschil is ook kenbaar in de omvang van de reacties binnen deze internetconsultatie. De meeste franchisenemers hebben eenvoudigweg niet de tijd om zich te verdiepen in het wetsvoorstel. Hun reacties zijn kort. Veel franchisegevers bedienen zich van teksten die door de Nederlandse Franchise vereniging worden aangereikt, of door gespecialiseerde adviseurs of werknemers worden geschreven. Ook in deze internetconsultatie maken franchisegevers dus gebruik van hun overwicht.
11. Zo ook bij het opstellen van franchiseovereenkomsten. Franchiseovereenkomsten worden vrijwel altijd door de franchisegever opgesteld. In de praktijk komt het zeer regelmatig voor dat in een franchiseovereenkomst vooral de verplichtingen van de franchisenemer scherp en afdwingbaar worden geformuleerd. Verplichtingen van de franchisegever zijn regelmatig onduidelijk en als inspanningsverbintenis geformuleerd, die in rechte moeilijk afdwingbaar zijn.
12. Dit is begrijpelijk en op zichzelf niet bezwaarlijk. Elke opsteller van een contract zal nastreven zijn eigen verplichtingen zo licht mogelijk te houden. Dit betekent niet dat franchisegevers per definitie misbruik maken van dit voordeel van het "penmanschap" van de franchiseovereenkomst. Verreweg het merendeel van de franchisegevers streven een goede verhouding met hun franchisenemers na. Ook als zij daar contractueel niet (strikt) toe gehouden zijn op grond van de door henzelf opgestelde franchiseovereenkomsten.
13. Er zijn echter ook franchisegevers die hun overwicht in kennis, ervaring en financiële middelen en de controle over de totstandkoming van de overeenkomst misbruiken om de franchisenemer met te vergaande voorwaarden contractueel en financieel te binden. En dit overwicht vervolgens ten volle uitbuiten. De franchisecode en het wetsvoorstel beogen dit misbruik terecht tegen te gaan door herstel van de toepassing van redelijkheid en billijkheid en invulling daarvan op sommige concrete punten.

14. Franchisegevers hebben ook onder de franchisecode veel mogelijkheden om hun belangen te beschermen. Franchisegevers kunnen onder meer – ook op grond van de franchisecode – exclusiviteit bedingen, concurrentie- en relatiebedingen opnemen, vertrouwelijke bedrijfsinformatie beschermen met geheimhoudingsbepalingen, afnemingsverplichtingen opnemen en bindende aanwijzingen over de bedrijfsvoering opnemen. Allemaal verplichtingen die de mogelijkheden van franchisenemers om te ondernemen wezenlijk beperken. Aanzienlijk meer verplichtingen dan op de franchisegevers zelf rusten – en terecht. In de relatie zal de franchisegever altijd de sterkere partij zijn en recht en belang hebben bij bescherming van zijn formule, waarbij er op de franchisenemer meer verplichtingen rusten.
15. De franchisecode zorgt er voor dat deze mogelijkheden van de franchisegever om de franchisenemer verplichtingen op te leggen in *redelijke* verhouding worden gebracht tot de door de franchisegever te leveren prestatie. In feite bevestigt de code de inachtneming van redelijkheid en billijkheid in het opleggen en uitleggen van verplichtingen. Die verplichtingen kunnen ook onder de franchisecode worden weggeschreven, maar dit dient dan wel uitdrukkelijk te gebeuren en te worden beargumenteerd. Dat zijn geen onredelijke voorwaarden, die het franchisemodel of de bedrijfsvoering van franchisegevers beschadigen.
16. Daarnaast legt de franchisecode legt de volgende “actieve” verplichtingen op aan franchisegevers (naast verplichtingen in de code op grond waarvan franchisegevers zich moeten onthouden van bepaalde handelingen):
  - de franchisegever zal alleen franchisenemers selecteren die beschikken over relevante bekwaamheid, opleiding, en financiële middelen om een onderneming volgens de franchiseformule te exploiteren,
  - als er gegevens beschikbaar zijn over de te exploiteren franchisevestiging, in de vorm van een prognose of beschikbare financiële gegevens, dan dienen deze door de franchisegever aan de franchisenemer te worden verstrekt.
17. Het is zeer de vraag in hoeverre deze verplichtingen nu een daadwerkelijke en ongewenste verandering in de positie van de franchisegever brengen.
18. Ten aanzien van de “selectieverplichting” lijkt voor de hand te liggen dat een franchisegever er belang bij heeft om zich enigszins te verdiepen in de achtergrond en ervaring van een kandidaat franchisenemer. Indien er op bepaalde punten onduidelijkheid of onzekerheid bestaat, kan dit met zo veel woorden tot uiting worden gebracht in de overeenkomst.
19. De verplichting resulteert dus niet in een belemmering voor de overeenkomst. Partijen zullen deze onderwerpen samen beter in kaart brengen. Dat betekent wellicht dat er aanvankelijk iets meer aandacht aan de franchiseovereenkomst moet

worden besteed. Daarmee zal de franchisenemer beter begrijpen wat het exploiteren van de franchise met zich brengt en hier een betere beslissing over kunnen maken.

20. Omzetgegevens uit het verleden en prognoses over de toekomst vormen één van de meest concrete aanknopingspunten voor de (per definitie onzekere) toekomst van een franchisevestiging. Het kan voor franchisegevers onaantrekkelijk zijn om deze te overhandigen. Bijvoorbeeld als de omzet- en winstcijfers niet zo best zijn. Of om andere redenen. Het moge duidelijk zijn dat de franchisenemer een groot belang bij deze cijfers heeft. Indien de franchisegever de gegevens dan niet wil overleggen, zal hij duidelijk moeten maken waarom.
21. Franchisegevers hebben de mogelijkheid om af te wijken van een bepaling van de franchisecode. Dit wordt dan duidelijk in de franchiseovereenkomst opgenomen, met een toelichting waarom van de code wordt afgeweken. Deze tamelijk vanzelfsprekende vereisten van duidelijkheid en toelichting waarborgen dat voor de franchisenemer kenbaar is dat er wordt afgezien van bepalingen die mogelijk bedoeld zijn om zijn belangen te beschermen.
22. Heel ingewikkeld hoeft die opt out niet te zijn. Een franchisenemer met relevante ervaring in de branche of de formule zal geen aanvangsopleiding nodig hebben. Een net startende franchiseformule zal nog niet beschikken over historische gegevens. Als in geval van zog. soft franchise de kosten van het volgen van de franchisecode in wanverhouding staan tot bijvoorbeeld de franchise fee, zoals bijv. EUR 40,- per maand bij een zog. sticker formule, kan dat ook worden opgeschreven. In deze voorbeelden kan in één zin duidelijk worden gemaakt waarom de opt out wordt gebruikt.
23. In andere gevallen zal het wellicht moeilijker zijn om te motiveren waarom er moet worden afgeweken. Bijvoorbeeld indien de franchisegever over financiële informatie over een franchisevestiging beschikt, maar deze niet aan een kandidaat franchisenemer wil overhandigen. De franchisegever zal dan duidelijk moeten motiveren waarom die informatie niet wordt verstrekt. Dit zal voor de kandidaat franchisenemer een signaal kunnen zijn dat hij niet beschikt over informatie die van belang is voor zijn keuze om franchisenemer te worden. De kandidaat kan er dan bewust voor kiezen om toch franchisenemer te worden.
24. De opt out mogelijkheid biedt franchisegevers de door hen gewenste flexibiliteit. Partijen hebben de materie die wordt buitengesloten dan wel duidelijk onder ogen gezien. Zij kunnen motiveren waarom de verplichting in hun concrete samenwerking niet van toepassing kan of moet zijn. Het is niet in te zien waarom de eisen van duidelijkheid en toelichting de rechtszekerheid zouden ondermijnen, zoals door sommigen wordt aangevoerd.
25. De reacties beziend zijn franchisenemers voor de wijziging van de NFC en franchisegevers tegen. Elke verandering die op het eerste gezicht een verslechtering in de positie brengt, resulteert van nature in afwijzing. Sommige franchisegevers

lijken er van uit te gaan dat een verbetering van de positie van franchisenemers automatisch leidt tot een verslechtering van de positie van franchisegevers. Dat is niet vanzelfsprekend. Franchisenemers zullen beter begrijpen welke propositie zij aangaan en hierdoor beter functioneren in hun rol.

26. De duur van de in artikel 209 genoemde overgangstermijn bevreemdt echter. Vijf jaar is erg lang. De franchisecode bevat in hoofdzaak een duidelijke aanwijzing voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid in de franchiserelatie. Dit levert voor de meeste franchisegevers geen probleem op. Zoals in de toelichting van het wetsvoorstel is besproken, is er sprake van een aantal franchisegevers die hun machtspositie en kennisvoorsprong misbruiken. Er is geen valide reden om deze groep nog vijf jaar op de oude voet te laten doorgaan. Een overgangstermijn van twee jaar geeft franchisegevers ruimschoots de gelegenheid om de franchisecode toe te passen op bestaande contracten. Indien een franchisegever een belanghebbende reden heeft om de code niet toe te passen, kan hij voor de opt out kiezen. Zo wordt recht gedaan aan de belangen van zowel franchisegever als franchisenemer.
27. Mijn reactie in deze internetconsultatie kan dus zo worden samengevat dat de voorgestelde wet en de franchisecode nodig zijn, omdat deze misbruik zullen terugdringen, waarbij de positie van franchisegevers niet wordt beschadigd omdat zij kunnen kiezen voor de opt out. Enkel de duur van de overgangstermijn behoeft aanpassing.

Tot nadere toelichting of overleg ben ik graag bereid.

Met vriendelijke groet,

Jaap van Lynden

