

CONSULTATIE WETTELIJKE VERANKERING GEDRAGSCODE FRANCHISE

1.	INTRODUCTIE	<p>Sinds enkele jaren rommelt het in franchiseland. Ondanks het feit dat partijen overwegend van mening zijn dat het goed gaat in de franchisesector, zijn er sinds enkele jaren aanhoudende berichten over een aantal hardnekkige problemen.</p> <p>Naast frauduleuze en misleidende handelspraktijken gaat het voornamelijk om problemen welke worden veroorzaakt door de verhouding franchisegever/franchisenemer. Kortgezegd bestaan franchisecontracten thans hoofdzakelijk uit rechten voor de franchisegever en uit plichten voor de franchisenemer, waardoor de laatste (onredelijk) zou worden beperkt in zijn ondernemerschap.</p> <p>Met het wetsvoorstel betreffende de wettelijke verankering van een gedragscode voor franchise d.d. 12 april 2017 (<i>‘Wetsvoorstel’</i>) wil minister Kamp einde maken aan deze problemen. Door de Nederlandse Franchise Code (<i>‘NFC’</i>) te verankeren in Boek 7 Burgerlijk Wetboek dient de positie van de franchisenemer in Nederland te worden verbeterd c.q. meer in balans te worden gebracht met de positie van de franchisegever.</p> <p>Hierna zal worden toegelicht of het Wetsvoorstel een passende remedie is voor de aangekaarte problematiek.</p>
2.	PROBLEMATIEK	<p>Blijkens de memorie van toelichting welke aan het Wetvoorstel is gehecht (<i>‘MvT’</i>), kan de aanleiding van het Wetsvoorstel worden gevonden in aanhoudende mediaberichten over problemen in de franchisesector en Kamervragen welke naar aanleiding daarvan zijn gesteld.¹</p> <p>De problemen zijn <i>grosso modo</i> op te delen in drie categorieën:</p> <p>Er zou bij bepaalde franchisenemers onvrede heersen over de soms <i>vergaande contractuele verplichtingen</i>, welke hen zouden belemmeren in het zelfstandig ondernemen.</p> <p>Daarnaast speelt de ongelijkwaardigheid tussen franchisegever en franchisenemer een rol. Voornamelijk de <i>informatieachterstand</i> en de doorgaans mindere onderhandelingspositie welke de franchisenemers hebben ten opzichte van de franchisegever, zou in onvrede en problemen resulteren.</p>

¹ Ministerie van Economische Zaken, Minister Kamp, Beantwoording vragen over Franchising d.d. 17 december 2013; AH-TK-20132014-1379; AH-TK-20132014-1460; Ministerie van Economische Zaken, Minister Kamp, Kabinetsreactie op meerdere stukken op het gebied van franchiseondernemers, d.d. 14 mei 2014.

		<p>Deze informatieachterstand speelt verder nog een rol bij de verschaffing van (<i>omzet</i>)prognoses welke vaak achteraf te rooskleurig (b)lijken.</p> <p>Zoals altijd, is er echter ook een andere kant aan dit verhaal. Zo lijkt de franchisenemer – waar het is misgegaan zoals voornoemd - zijn rol als zelfstandig ondernemer vaak te onderschatten.</p> <p>Een franchiseovereenkomst betreft namelijk in de kern de verstrekking van het recht door de ene zelfstandig ondernemer (franchisegever) aan de andere zelfstandig ondernemer (franchisenemer) om een franchiseformule te exploiteren op een door de franchisegever aangegeven wijze. Die exploitatie is voor eigen rekening en risico, maar daar krijgt en franchisenemer dan wel een (vaak) beproefde franchiseformule met de daaraan gerelateerde goodwill voor terug. Wegens deze constructie lopen de belangen van franchisegever en franchisenemer (lang) niet altijd parallel. Juist om die franchiseformule en daaraan gerelateerde goodwill te beschermen en verder te ontwikkelen, behoudt de franchisegever zich namelijk bepaalde rechten voor welke kunnen indruisen tegen de individuele belangen van de franchisenemer.</p> <p>Veelal lijkt het er echter op dat de franchisenemer bij het sluiten van de franchiseovereenkomst het ontrechte beeld heeft van een samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer, waarbij partijen op gelijke voet staan en een gezamenlijk doel voor ogen hebben. Hierdoor kan vervolgens het misplaatste idee ontstaan dat de franchisegever de belangen van de individuele franchisenemer zal behartigen, zodra deze in de knel komen wegens afwijking van de belangen van de franchisegever.</p> <p>Desalniettemin dient de franchisenemer als zelfstandig ondernemer toch echt zelf op te komen voor zijn belangen. Dat gaat echter vaak al mis bij het uitonderhandelen van het franchisecontract. Door het voornoemde misplaatste vertrouwen en het gevoel dat er toch niets te onderhandelen valt, wordt een franchisecontract vaak te snel ondertekend door de franchisenemer. Veel franchisenemers onderhandelen bovendien vermoedelijk zelf het franchisecontract (deels) uit, waardoor de een kritische blik op de verhoudingen en potentiële afspraken van een deskundige ontbreekt.²</p>
3.	BESTAANDE OPLOSSINGEN	<p>Een veel gemaakte opmerking ten aanzien van het Wetsvoorstel is dat zij in principe niet nodig was geweest, omdat bovengenoemde problematiek ook kan worden opgelost door de instrumenten die door de huidige wetgeving en jurisprudentie worden aangeboden.</p>

² *Ibid*; zie ook de aflevering ‘Woede in de winkelstraat’ van *Zembla* van 20 februari 2014. Ondanks dat deze aflevering disputen behandelde, welke juist (gedeeltelijk) contractuele afspraken of afspraken tussen de franchisenemersvertegenwoordiging en de franchisegever behandelde, werd er aan de orde gesteld hoe de contractonderhandelingen tussen franchisegever en franchisegever waren verlopen. De desbetreffende afspraken zijn vermoedelijk in stand gehouden door de rechter: Rechtbank Gelderland, 11 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1387; Rechtbank Gelderland, 1 augustus 2013, CLI:NL:RBGEL:2013:6441.

		<p>Zo is er in de jurisprudentie al geruime tijd geleden een zorgplicht en - onder bepaalde omstandigheden - een informatieplicht van de franchisegever jegens de franchisenemer ontwikkeld.³ Verder zouden veel van de bovengenoemde problemen moeten kunnen worden ondervangen door middel van een beroep op de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW, een beroep op 6:233(a) jo 6:235 lid 1 BW en sinds kort ook met een beroep op het nieuwe art. 6:194 lid 2 en 3 BW.</p> <p>Deze zorgplichten en wettelijke bepalingen zijn echter overwegend generiek verwoord en voorts is hun toepasselijkheid afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit biedt rechters nog steeds behoorlijk wat ruimte om in de beoordeling van geschillen de nadruk te leggen op de eigen verantwoordelijkheid van de franchisenemer en het principe 'afpraak is afspraak'. Blijkens de jurisprudentie van de afgelopen jaren, wordt deze ruimte nog steeds met grote regelmaat benut. Het is derhalve niet altijd even gemakkelijk voor de franchisenemer om een geslaagd beroep te doen op deze instrumenten.⁴</p> <p>Door middel van wettelijke verankering van de NFC wordt er juist gepoogd om deze instrumenten gebruiksvriendelijker te maken door ze verder in te vullen met rechten en plichten op een concreter niveau.</p>
4.	<p>DE NFC; DE AANGEWENZEN GEDRAGSCODE?</p>	<p>Tezamen met het Wetsvoorstel moet de NFC dus een algemeen en eenvoudig wettelijk kader scheppen waarin de posities van franchisegevers en franchisenemers meer met elkaar in balans worden gebracht door ze concreter uit te werken.</p> <p>Deze gedragscode is echter van begin af aan een punt van discussie en onenigheid geweest. Zo valt er wel het een en ander aan te merken op het totstandkomingsproces van de NFC welke in eerste instantie als zelfregulering was bedoeld en dus ook als zodanig is op gesteld, door partijen die doorgaans niet aan de tekentafel van de wetgever aanschuiven.⁵ Op een brede draagkracht uit de sector zelf hoeft zij hierdoor al niet te rekenen. Daarnaast valt er ook op de inhoud van de NFC nog wel het een en ander aan af te dingen.</p> <p>Zo kan de NFC in bepaalde opzichten bijvoorbeeld leiden tot rechtsonzekerheid. Niettegenstaande het voornoemde doel wordt er namelijk af en toe gebruik gemaakt van open normen en is er hier en daar sprake van wollig taalgebruik.⁶</p>

³ Kolenbrander 2013 en de daar genoemde jurisprudentie onder noot 20 tot en met 25; Hoge Raad, 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, *Street One*; Hoge Raad, 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, *Paalman Lampenier*.

⁴ MvT Wetsvoorstel, p. 8; zie ook: noot 2 hierboven.

⁵ Mvt; M. de Koning, 'Het 'wettelijke haakje' van de Nederlandse Franchise Code', *NJB*. 2017/967, 2 mei 2017; T. de Mönnink, M. Don, S. Wertwijn, 'Wetsvoorstel franchise: een paart van Troje in het Burgerlijk Wetboek?', *IEF1677*, d.d. 9 mei 2017.

⁶ Zo dient een franchisegever zich ingevolge art. 2.3(c) NFC 'maximaal' in te spannen om de kracht en voordelen van een franchise formule te ontwikkelen en de uniforme uitstraling van de franchiseformule te bewaken.

Voorts lijkt de toelichting ten aanzien van bepaalde bepalingen concrete verplichtingen te bevatten⁷ en wijken de definities in de NFC af van de definities in het Wetsvoorstel. Dit alles kan voor problemen zorgen in combinatie met het pas toe of leg uit principe.⁸

De vraag is derhalve of de NFC de aangewezen gedragscode is om voornoemde problemen op te lossen.

Vergaande contractuele bedingen

Allereerst de vergaande contractuele bedingen welke hoofdzakelijk zien op bescherming van de franchiseformule en hierdoor niet altijd even positief uitpakken voor de franchisenemer. De NFC bevat wel clausules die de positie van de franchisenemer versterken, maar lijkt daarbij de positie van de franchisegever uit het oog te verliezen.

Allereerst het door franchisenemers vaak gehkelde non-concurrentiebeding. Ondanks het feit dat een non-concurrentiebeding over het algemeen bedoeld is om de hanteerder daarvan een zeer brede bescherming te bieden, bevat art. 4.5 NFC de zeer ongebruikelijke beperking dat het non-concurrentiebeding alleen dient ter bescherming van knowhow. De definitie die in de NFC aan knowhow wordt gegeven, staat vervolgens haaks op de definitie voor knowhow in de Europese knowhow richtlijn.⁹ Zo dient knowhow blijkens art. 1.6 NFC wezenlijk (d.w.z.: onontbeerlijk) te zijn voor de franchisenemer en dient zij beschreven te zijn in de franchiseovereenkomst of in een aparte bijlage daarbij. Voorts wordt er nog een onderscheid gemaakt tussen knowhow en bedrijfsvertrouwelijke informatie welke kennelijk niet door een non-concurrentiebeding kan worden beschermd maar door een NDA dient te zijn afgedekt. Deze afwijkingen van Europese definitie de limiteren de werking van enig non-concurrentiebeding van de franchisegever zodanig dat de positie van franchisegever ernstig wordt uitgehold. Met het oog op de bescherming van de franchiseformule is dit ongeoorloofd.

Voorts tracht de NFC een eventuele bedrijfsoverdracht voor de franchisenemer te vergemakkelijken op manieren die de contractsvrijheid van de franchisegever wel heel erg inperken. Blijkens art. 2.3(h) en (j) NFC mag de franchisegever bijvoorbeeld een verzoek tot overdracht van een onderneming door de franchisenemer aan een derde, of het sluiten van een franchiseovereenkomst met diens rechtsopvolger, niet weigeren op onredelijke gronden.

⁷ Zo wordt in de toelichting van art. 2.3(c) NFC aangegeven dat een franchisegever gehouden is zijn marktkennis onder meer op basis van de door franchisenemers aangedragen informatie te onderhouden en te vergroten en dat hij proactief moet inspelen op die bevindingen. De vraag is in hoeverre de franchisegever hieraan gehouden kan worden. Zie voorts de bespreking van de garantieverbintenis uit de toelichting bij art. 3.6 (d) NFC op p. 6 hieronder.

⁸ Zie ook: de reactie op de consultatie van het Wetsvoorstel van Baker & Mc Kenzie, d.d. 10 mei 2017.

⁹ Artikel 2 lid 1 van Richtlijn 2016/943 d.d. 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie tegen onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan, welke ook in Nederland binnen 24 maanden na haar vaststelling geïmplementeerd dient te zijn.

Daarnaast mag de franchisegever niet zomaar weigeren om een tweede of volgende franchiseovereenkomst met de franchisenemer af te sluiten (art. 2.3 (i) NFC). Het behoeft geen toelichting dat deze bepalingen de positie van de franchisegever flink beperken. Voorts kunnen zij strijd opleveren met de kernverplichting van de franchisegever om de franchiseformule te beschermen en uit te breiden. De keuze voor de juiste partner door een franchisegever kan immers als onderdeel van de franchiseformule worden gezien.¹⁰ Een bepaling waarbij bijvoorbeeld wordt bedongen dat franchisegever zich inspant om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de franchisenemer, wanneer het aankomt op terugkoop of doorverkoop van de zaak aan een derde, zou meer eer doen aan de belangen van beide partijen.

Verder wil men vergaande afnameverplichtingen voorkomen door middel van art. 2.3(g) NFC, waar in staat dat de franchisenemer uitsluitend mag worden verplicht tot het sluiten van overeenkomsten met derden voor zover dit in direct verband staat met de franchiseformule. Hierbij is echter geen rekening gehouden met het feit dat een franchisegever zeer goede redenen kan hebben om een bepaalde afnameverplichting op te leggen, terwijl deze op het eerste gezicht misschien niet direct in verband zal staan met de franchiseformule. Denk aan boekhoud- en registratiesystemen welke achter de schermen een boel tijd en kosten kunnen besparen.

Informatieachterstand

Ook bij de oplossingen welke de NFC biedt ten aanzien van de informatieachterstand, die franchisenemers over het algemeen op franchisegevers hebben, kunnen een aantal kanttekeningen worden geplaatst.

Zo leidt het feit dat de franchisegever ingevolge art. 3.6 NFC heel wat informatie moet verstrekken aan de franchisenemer tot een verhoogde onderzoeksplicht aan diens zijde. Blijkens art. 3.7 NFC is en blijft het immers de verantwoordelijkheid van de franchisenemer om deze – en andere - informatie tot zich te nemen, kritisch te onderzoeken en te toetsen om vervolgens zelf een beslissing te nemen.¹¹ Nu juist een gebrek aan expertise aan de zijde van de franchisenemer voor problemen kan zorgen, is het de vraag of het verschaffen van extra (complexe) informatie het gewenste effect gaat hebben.

Voorts ontbreekt in art. 3.6 NFC een bepaling over verstrekking van informatie over, of een overzicht van, het verloop van andere franchisezaken. De termijn waarvoor andere franchisenemers het over het algemeen hebben volgehouden, is nu juist informatie welke een doorslaggevende rol kan spelen bij de beslissing over het al dan niet starten van een franchise. Het feit dat de franchisegever alleen voor de locatie in kwestie toe hoeft te lichten wat de reden van beëindiging van de voorganger van de

¹⁰ Art. 2.5(c) en (h) NFC kan vergelijkbare problemen opleveren; zie ook: M. de Koning, 'Het 'wettelijke haakje' van de Nederlandse Franchise Code', *NJB*. 2017/967, 2 mei 2017.

¹¹ Ministerie van Economische Zaken, Minister Kamp, Kabinetsreactie op meerdere stukken op het gebied van franchiseondernemers, d.d. 14 mei 2014, p. 7; zie ook de inzending voor deze consultatie van mr. J.H.M. Spanjaard, La Gro Advocaten, d.d. 2 mei 2017, para. 1.8.

	<p>potentiële franchisenemer was (als er sprake was van een voorganger) is onvoldoende en bovendien gevoelig voor verdoezeling.¹²</p> <p>Voorts schrijft de NFC de verplichtingen van de franchisegever jegens de franchisenemersvertegenwoordiging niet in concreto uit. Juist met het oog op de algemene doelstellingen achter de NFC is dit hiaat opvallend. Een vertegenwoordiging wordt immers juist in het leven geroepen om de positie van de franchisenemer(s) meer in evenwicht te brengen met die van de franchisegever. Met het oog op dat doel, dient die vertegenwoordiging haar taken goed te kunnen uitoefenen. Het voorschrift in art. 2.6(c) NFC, om overleg te voeren over de mate van inspraak van de franchisenemersvertegenwoordiging, zou hierom kunnen worden omgezet in een verplichting om concrete lijsten op te stellen van de onderwerpen welke onderworpen zijn aan adviesrecht en de onderwerpen die onderworpen zijn aan instemmingsrecht. Daar kan dan direct een lijst aan worden gehecht van concrete informatie en documentatie welke de franchisegever (periodiek) aan de franchisenemersvertegenwoordiging dient te verstrekken.</p> <p><i>Rooskleurige prognoses</i></p> <p>Tenslotte nog de problematiek rondom de prognoses die soms veel te rooskleurig (b)lijken te zijn. Ook de NFC slaagt er niet in om hiervoor een passende oplossing te bieden.</p> <p>Indien¹³ de franchisegever conform art. 3.6(d) NFC een prognose afgeeft, dient hij namelijk, ingevolge de toelichting bij dat artikel, in te staan voor de deugdelijkheid daarvan. Als we deze toelichting letterlijk interpreteren, lijkt het er op dat de NFC hier een garantieverbintenis in het leven roept, waardoor de franchisegever altijd aansprakelijk zal zijn als een prognose ondeugdelijk blijkt te zijn, ongeacht of hij deze zelf heeft opgesteld of heeft laten opstellen door een derde.¹⁴</p> <p>De vraag is of deze garantieverbintenis wel het gewenste effect zal hebben. Franchisegevers zullen vanwege het aansprakelijkheidsrisico's immers niet bepaald gemotiveerd meer zijn om prognoses te verstrekken. De schrijfcommissie van de NFC lijkt om die reden als alternatief voor te stellen dat de franchisenemer ook zelf – op basis van door de franchisegever verstrekte data – een prognose kan maken. Hiermee krijgt de franchisenemer echter nog meer verantwoordelijkheid waarvan het maar de vraag is of deze wel aan hem kan worden toevertrouwd.</p> <p>Een oplossing zou zijn om voornoemde vermeende garantieverplichting en suggestie uit de toelichting te schrappen en art. 3.6(d) NFC gewoon haar werk te laten doen.</p>
--	---

¹² Zie ook: J.W. Kolenbrander, 'Franchising', *NJB*, 2013/2302, d.d. 4 november 2013 ('*Kolenbrander 2013*').

¹³ In lijn met de huidige jurisprudentie is dit ook in de NFC geen harde verplichting: Hoge Raad, 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, *Street One*; Hoge Raad, 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, *Paalman Lampenier*.

¹⁴ Hiermee gaat de NFC juist verder dan de huidige jurisprudentie: Hoge Raad, 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, *Street One*, conclusie A.G. mr. W.L. Valk, para. 2.7.

		<p>Gecombineerd met recente ontwikkelingen in de jurisprudentie en wetgeving zou dat zomaar voldoende kunnen zijn.¹⁵</p>
<p>5.</p>	<p>CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN</p>	<p>Alhoewel er wel wat te zeggen valt voor een concretere gedragsnorm ten aanzien van franchise, zijn we er dus nog niet helemaal met de NFC.</p> <p>De schrijfcommissie lijkt tijdens het opstellen van de NFC de verhoudingen en het doel van de franchiseovereenkomst in het algemeen een beetje uit het oog verloren te zijn.</p> <p>Een franchiseovereenkomst is en blijft een overeenkomst tussen twee <i>zelfstandige professionele</i> partijen, waarbij de verhoudingen simpelweg niet gelijk zijn: een franchisegever heeft nu eenmaal iets wat franchisenemers graag willen hebben en kan en moet – ter bescherming van de franchiseformule - om die reden bepaalde eisen stellen.¹⁶</p> <p>Met een gekunstelde poging om deze verhoudingen gelijk te trekken, slaat men dan ook de plank mis.</p> <p>De positie van de franchisegever wordt in onevenredige mate beperkt. Bovendien kan de NFC juist een averechts effect krijgen. Doordat bepaalde artikelen te veel uitgaan van het individuele belang van de franchisenemer, kunnen zij de bescherming van de franchiseformule beperken en daarmee diens uniformiteit aantasten. In dat geval kunnen niet alleen de franchisegever, maar ook alle andere franchisenemers in hun belangen worden geschaad. Voorts houdt de verhoogde informatieplicht aan de zijde van de franchisegever, tevens een verhoogde onderzoeksplicht in voor de franchisegever.</p> <p>Voor dat laatste is echter, wegens de hierboven geschetste problematiek, wel veel te zeggen. Geen enkele franchisegever kan namelijk anticiperen op een franchisenemer die niet weet of niet <i>snapt</i> waar hij aan begint.</p> <p>De NFC moet derhalve terug naar de tekentafel, waarbij de focus moet liggen op de informatieplicht aan de zijde van de franchisegever en de onderzoeksplicht van de franchisenemer. Daarbij zou nog kunnen worden opgenomen dat de franchisegever een franchisenemer er altijd op dient te wijzen dat hij, bij het uitonderhandelen van het franchisecontract en ook daarna, zich kan laten bijstaan door een deskundige naar keuze. Deze deskundige kan de potentiële franchisenemer dan niet alleen leren welke informatie hij dient op te vragen bij de franchisegever en welke bedingen acceptabel</p>

¹⁵ Hoge Raad, 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, *Street One*; Wet acquisitiefraude d.d. 29 maart 2016 (zie met name artt. 6:194 en 6:195 waarin een omkering van de bewijslast wordt gerealiseerd); zie ook: J.W. Kolenbrander, 'De Nederlandse Franchise Code en Wet Acquisitiefraude – waarheen leidt de weg?', *BBM Bulletin*, jaargang 43, p. 10 – 15.

¹⁶ Zie ook: de reactie op de consultatie ten aanzien van het Wetsvoorstel van Professor J.M. Buchanan: <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/reactie/a0683d84-df65-4006-a1a3-2bff1d7e08ce>.

		<p>zijn en welke niet, maar ook dat het soms beter is om weg te lopen van de onderhandelingstafel en te kijken naar alternatieven, zoals een eigen zaak.</p> <p>Alleen door de franchisenemer te wijzen op de verantwoordelijkheden die hij als zelfstandig ondernemer heeft (en dus ook zou hebben als hij voor zichzelf was begonnen), worden de hiervoor geschetste problemen bij de wortel aangepakt.</p> <p>Ten slotte, raden we van harte aan dat de tekst van de NFC eerst nog semantisch interoperabel moet worden gemaakt (niet alleen de definities maar ook de ontologie) om interpretatieverschillen en –geschillen te voorkomen als ook om de verbindingen en afhankelijkheden tussen de bestaande wet- en regelgeving en de NFC te onderkennen.</p>
5.	VERDERE TOELICHTING	Arthur's Legal is vanzelfsprekend bereid om de inhoud van dit document verder toe te lichten op verzoek van het Ministerie van Economische Zaken of het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

Arthur's Legal, Amsterdam