

wet- en regelgeving

Liever nog geen wettelijke verankering voor de NFC

Eerst moet de juiste koers bepaald worden

Mr. Dr. Odavia Bueno Díaz¹

Introductie

De Nederlandse Franchise Code (NFC) is opgesteld als een zelfregulerend systeem voor franchisegevers en franchisenemers die in een goede verstandhouding willen samenwerken.

De NFC biedt een goed overzicht van belangrijke aspecten in de relatie, waar jurisprudentiële oplossingen hun weg vinden in materiële normen (bv de verplichting voor de franchisegever om de franchisenemer bij te staan) die het makkelijker maken voor partijen, in het bijzonder voor franchisenemers, om de relatie te begrijpen die ze willen aangaan. Het gebruik van commentaren die de normen uitleggen, helpt ook heel goed. Heel positief is ook dat vertegenwoordigers van beide partijen met elkaar om de tafel zijn gaan zitten, zodat de belangen van beiden gehoord konden worden. In wisselwerking met het gelukkige initiatief om samenwerking tussen de partijen de leidende rol te geven, neemt overleg een bijzondere plek in.

Maar een iets diepere analyse laat zien dat er aspecten zijn die verdere uitwerking nodig hebben. De door minister

Kamp aangekondigde wettelijke verankering van de Code ligt nog niet binnen handbereik omdat het NFC-schip nog niet voldoende vast op koers ligt en derhalve (nog) niet klaar is om als navigatie-handleiding of leidraad voor wetgeving te dienen. Er zal volgens mij nog heel wat verdere discussie nodig zijn voordat de haven binnen bereik komt.

Met betrekking tot de formele aspecten vind ik dat de organisatie van de tekst makkelijker kan. Verplichtingen worden verspreid over de tekst, vanaf het hoofdstuk met definities tot aan het hoofdstuk inzake geschillenbeslechting. De franchisegever moet bijvoorbeeld voldoen aan de verplichting inzake knowhow, maar die verplichting is niet te vinden in de lijst van verplichtingen in hoofdstuk 2 maar in de definitie van knowhow in hoofdstuk 1. En sommige verplichtingen worden onnodig herhaald in verschillende delen van de tekst (bv non-concurrentiebedingen).

Het hoofdstuk inzake verplichtingen in de precontractuele fase is geplaatst na de verplichtingen in de contractuele fase. En precontractuele verplichtingen verschijnen in de lijst van contractuele verplichtingen, terwijl de consequenties voor niet-nakoming daarvan weer ergens anders in de tekst staan.

De verplichting voor een franchisenemer om geen producten te kopen van derden verschijnt niet als een verplichting voor de franchisenemer maar als een verplichting voor de franchisegever om deze verplichting alleen maar op te leggen als die gerechtvaardigd is.

ALS HET GAAT OVER DE INHOUD:

Franchiseformule als superieur belang

In de preambule van de NFC wordt gezegd dat de normen ertoe dienen te strekken dat “de belangen van zowel franchisenemers als franchisegevers in het kader van hun onderlinge samenwerking evenwichtig worden behartigd”. Of de belangen van partijen in een franchiseovereenkomst evenwichtig (moeten) zijn, is de vraag. In mijn opinie is het **hoogste belang in een franchisesysteem de bescherming van de formule**. Zeker is dit belang voor *beide* partijen heel groot, maar terwijl het voor de franchisenemer alleen maar het middel is om het doel (het terugkrijgen van de investering/gezonde financiering en ontwikkeling van zijn

¹ Zij maakte vanaf 2000 deel uit van ‘Study Group on a European Civil Code’ die in die in Amsterdam de verantwoordelijkheid droeg voor het formuleren van de “European Principles on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts” op grond van de studie van de verschillende systemen in de EU. Odavia Bueno was de eindverantwoordelijke voor het deel over franchisecontracten. Daarnaast promoveerde zij in 2007 op het proefschrift over franchiseovereenkomsten in een Europese context: *Franchising in European Contract Law, A comparison between the main obligations of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), French and Spanish law.*

franchiseonderneming) te bereiken, is voor de franchisegever de bescherming van de formule, en daarmee het kunnen “verkopen” van de formule, het doel. Vanzelfsprekend willen franchisegevers hun formule zo goed mogelijk beschermen, en daarom mogen ze beperkingen opleggen aan franchisenemers om de uniformiteit en reputatie te garanderen. Franchisenemers mogen daarom alleen gebruikmaken van de formule onder de voorwaarden neergelegd in de franchiseovereenkomst. Maar niet alles kan, want de franchisegever zou niet zo ver moeten gaan dat hij, met de beperkingen die hij oplegt, geen rekening houdt met de belangen van de franchisenemer.

Dit is de balans die regelgeving moet zoeken. Het presenteren van de franchiserelatie in de preambule als een samenwerkingsrelatie waarin partijen op hetzelfde niveau kunnen samenwerken, en waar hun belangen dezelfde bescherming verdienen, is niet juist. Bescherming van de formule is de kern van een franchiserelatie en dat zou duidelijker gezegd moeten worden.

Ontbrekende essentiële verplichtingen in definitie?

Vanaf het begin werd mijn aandacht getrokken door de manier waarop ‘franchise’ wordt gedefinieerd. Het is een vorm van samenwerking waarin de franchisegever de verplichting heeft om het recht aan de franchisenemer te verlenen om de formule te exploiteren. **De definitie zegt niks over de kernverplichtingen van de franchisenemer: de formule volgen en betalen.** Die worden wel genoemd op andere plaatsen in de tekst maar niet daar waar bepaald wordt wanneer een relatie gekwalificeerd kan worden als een franchiserelatie.

Het gaat om de feitelijke onderlinge verhoudingen en de marktbenadering om te weten of partijen in een franchiserelatie zijn of niet. Stel: aan een partij wordt de franchiseformule verleend, maar hij hoeft er niet voor te betalen en (of) hij is ook niet verplicht om de franchiseformule te volgen; kan zo’n relatie gekwalificeerd worden als een franchiserelatie?

De plicht voor de franchisenemer om de franchiseformule te volgen, verschijnt wel in de preambule (*De franchisegever verleent daarbij aan zijn individuele franchisenemers het recht en legt hen de verplichting op om een bedrijf te exploiteren volgens het concept van de franchisegever*) en

opeens ook in de laatste paragraaf van het stuk over samenwerking (2.1), maar niet in de definitie zelf, en zelfs ook niet in de lijst van verplichtingen van de franchisenemer!

Als het gaat over de betalingsverplichting zeggen de commentaren op regel 4.6.c het volgende: “als er sprake is van een franchisevergoeding...”. Dan lijkt het wel alsof er geen franchisevergoeding hoeft te zijn [??]. Maar aan de andere kant wordt de franchisenemer gedefinieerd als een ondernemer die directe of indirecte vergoeding moet betalen.

Deze verplichtingen ontbreken in sommige bestaande definities van franchise, maar veel andere sluiten deze twee essentiële verplichtingen van beide partijen wel in, wat eigenlijk meer duidelijkheid en transparantie aan partijen geeft.

Algemene principes en abstracte toetsing

Samenwerking wordt terecht gepresenteerd als een fundamenteel onderdeel van franchiserelaties. Maar ik zou er ook voor willen pleiten om een proportionaliteitsbeginsel aan de algemene principes toe te voegen, in de zin dat beperkingen die aan een franchisenemer worden gesteld, niet verder mogen gaan dan wat nodig is voor het beoogde doel: de bescherming van de franchiseformule. In het commentaar op de non-concurrentiebedingen in de NFC wordt proportionaliteit genoemd “ter bescherming van knowhow en recht doen aan de opgebouwde waarde”. Naar mijn mening zou dit beginsel onder de algemene principes moeten vallen en gepreciseerd moeten worden voor elke maatregel die beperkingen aan de franchisenemer oplegt. Het algemene principe van ‘redelijkheid en billijkheid’, herhaald in 2.2, voegt in wezen niets toe: het bestaat al in het Nederlandse recht en zou juist in de NFC nader gepreciseerd kunnen worden.

In de NFC is het veelvuldige gebruik van **open en abstracte toetsing** (redelijk, zich maximaal inspannen, relevant, noodzakelijk, in redelijkheid noodzakelijk, voor zover noodzakelijk, tijdig, zo compleet mogelijk ...) opmerkelijk. Veel normen gebruiken die termen, die altijd voor interpretatie, en dus voor verschil van meningen en conflicten, vatbaar zijn. Dat zal partijen wellicht aanmoedigen om door bewuste onderhandeling en communicatie open toetsing van tevoren in hun contract te bepalen, maar het

kan ook betekenen dat partijen tijdens de overeenkomst tot verschillende interpretaties kunnen komen die waarschijnlijk alleen door een geschillencommissie of rechter opgelost kunnen worden.

Wat heeft het voor zin om specifieke normen te beschrijven als algemene principes worden toegepast? Ik zou willen kijken of de abstracte toetsing nader bepaald zou kunnen worden. Bijvoorbeeld, in plaats van 'het verlenen van precontractuele informatie binnen een redelijke termijn', kan de regel worden: 'precontractuele informatie moet minimaal 30 dagen voor het sluiten van het contract gegeven worden'. Dan wordt al wat meer garantie en zekerheid geboden en is het niet meer nodig om te bepalen wat een redelijk termijn is.

Pre-contractuele informatieplicht versus Onderzoeksplicht:

Een pre-contractuele informatieplicht wordt uiteindelijk expliciet aangekondigd, zoals eerder het geval is geweest in andere landen. Een specifieke verplichting om schriftelijke precontractuele informatie binnen een redelijke termijn te verlenen die correct en zo volledig mogelijk is, wordt opgelegd aan de franchisegever. De norm bepaalt welke specifieke informatie gegeven moet worden. Het is een veeleisende plicht want de franchisegever moet informeren over veel aspecten met betrekking tot zijn bedrijf en zijn formule maar ook over de relatie met de andere franchisenemers. En deze plicht wordt groter en ook vager omdat de tekst uiteindelijk in 3.6.j zegt dat het gaat om *alle informatie* die nodig is voor de franchisenemer. Zo breed kan het worden.

De verantwoordelijkheid van de franchisegever wordt echter tot nul beperkt want de NFC legt de franchisenemer een zelfstandige onderzoeksplicht op. Dat is niet het geval in andere disclosure-regels. Met zo'n systeem lijkt me dat een onjuiste voorstelling van zaken zonder pardon voor rekening van de franchisenemer zal komen.

Het is bijzonder dat de NFC zo'n oplossing heeft gekozen. In franchiserelaties waar partijen ongelijk zijn, omdat de franchisegever door zijn ervaring, kennis en professionaliteit en zijn beschikking over meer informatie in een betere positie staat, zou het uitgangspunt moeten zijn dat de franchisenemer mag vertrouwen op de informatie die hij van de andere partij ontvangt.

Publiciteits- en wervingsmateriaal in relatie tot de precontractuele informatieplicht

Publiciteits- en wervingsmateriaal dienen objectief, duidelijk en niet misleidend te zijn. Eigenlijk hebben we hier te maken met het verlenen van informatie die niet verplicht is. Is niet-nakoming van zo'n verplichting een afdoende grond voor dwaling? De kansen lijken klein: als de informatie die gegeven wordt via publiciteits- en wervingsmateriaal behandeld moet worden zoals de informatieplicht, dan heeft de franchisenemer een onderzoeksverplichting, en een beroep op dwaling zal weinig kans op succes hebben. Bovendien gebruiken franchisegevers in de praktijk meestal mededelingen die zeggen dat aan publiciteits- en wervingsmateriaal geen rechten kunnen worden ontleend, hoewel de jurisprudentie en literatuur deze praktijken hebben verworpen in het licht van de toerekenbare tekortkoming. Wat zegt de NFC daarover? Niks, voor zover ik het zie. Zijn deze beperkingen toegelaten?

Is er een verplichting voor de franchisegever om te verkopen als de franchisenemer verplicht is om exclusief van de franchisegever te kopen?

De norm met betrekking tot **Exclusiviteitsbedingen** regelen parallelle verplichtingen voor de franchisenemer en ook voor franchisegever. Het zijn de twee kanten van een munt. Beide partijen moeten nakomen om de nakoming van de andere mogelijk te maken. Maar de NFC vergeet de parallelle verplichting voor de franchisegever op de verplichting voor de franchisenemer om 80% van zijn totale aankopen bij de franchisegever (of een door de franchisegever aan te wijzen derde) te doen. Dat is de verplichting voor de franchisegever om levering door hemzelf, of door een door hem aangewezen derde, te garanderen. Dat zou artikel 1.8.b.3 moeten worden.

Geen aandacht voor duur, verlenging en beëindiging

De NFC biedt geen concrete oplossingen voor enkele problemen die vaak terugkomen in franchising, zoals de problemen die hebben te maken met **duur, verlenging en beëindiging van de overeenkomst**. De referenties aan deze kwesties zijn oppervlakkig en onvolledig. In

het commentaar op 2.2 “handel in redelijkheid en billijkheid” wordt wel gezegd dat de NFC hoge eisen aan de redelijkheid en billijkheid stelt, met het doel om, onder andere, een partij in staat te stellen de samenwerking op korte termijn te beëindigen zonder grote nadelige consequenties. Als we verdere indicaties zoeken vinden we twee referenties: in regel 4.6.k wordt gezegd dat de overeenkomst een bepaling moet hebben over de duur ervan, en in de commentaren dat de duur bij voorkeur de franchisenemer de tijd zou moeten geven om zijn investering terug te verdienen. In 4.6.m staat dat bepalingen over de verlenging of beëindiging van de overeenkomst in de overeenkomst dienen te staan. En in de commentaren staat dat in de overeenkomst de gronden voor verlenging en beëindiging beschreven dienen te worden, alsmede hoe de beëindiging van de samenwerking voor beide partijen uitgewerkt moet worden.

In de tekst wordt dus helemaal geen evenwicht van belangen genoemd en ik zie ook geen consequenties, hoewel het moment waarop de relatie tot een eind komt een belangrijk en gevoelig moment voor de partijen is. De tekst biedt helemaal geen hulp als het om duur, verlenging of beëindiging gaat.

Geen aandacht voor remedies

De NFC geeft geen aandacht aan de gevolgen van **niet-nakoming**. De enige keer dat remedies worden genoemd, is in 4.4, als de tekst praat over de verplichtingen met betrekking tot de franchiseovereenkomst: *in de franchiseovereenkomst wordt een regeling opgenomen van de gevolgen van een eventuele tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen uit de franchiseovereenkomst*. Een gebrekkige manier om met de remedies, de middelen of maatregelen om fouten of onregelmatigheden te herstellen, om te gaan.

Nog complexer maakt de NFC de situatie als precontractuele verplichtingen in de lijst van contractuele verplichtingen worden meegenomen. Dit zijn de verplichtingen voor de franchisegever om gedurende een redelijke periode de formule aantoonbaar met succes te hebben toegepast en om eigenaar te zijn/of gerechtigd tot het gebruik van de intellectuele eigendomsrechten met betrekking tot franchise. Aan deze verplichtingen moet de franchisegever voldoen alvorens het contract afgesloten wordt. Waarschijnlijk was hoofdstuk 3, gewijd aan de precontractuele

fase, een betere plek voor deze verplichting. De remedies voor niet-nakoming zijn dus iets anders dan wanneer het over contractuele verplichtingen zou gaan.

In de praktijk komt het vaak voor dat franchisegevers een beroep doen op contractuele beperking van het ontbindingsrecht van de franchisenemer, of op automatische ontbinding op grond van een clause met een lange lijst van ontbindingsgronden voor niet-nakoming van de franchisenemer. Daarover wordt in de NFC niks gezegd, terwijl deze handelwijzen niet gerechtvaardigd kunnen zijn.

Wederzijds vertrouwen

Vertrouwen is een karakteristiek element in franchiserelevaties, dat in de praktijk een belangrijke rol speelt. In feite gaat de werving van franchisenemers volgens de NFC over voldoende bekwaamheid, opleiding, en persoonlijke kwaliteiten. Deze aspecten kunnen veranderen tijdens de loop van de overeenkomst en nadelig zijn voor de reputatie van het netwerk. Daarom kan het gebrek aan vertrouwen een gegronde reden zijn om niet verder samen te werken. Er wordt in de NFC niks gezegd over het gebrek aan vertrouwen als een ontbindingsgrond.

Ontbrekende verplichtingen die veel voorkomen in de praktijk

Er zijn verplichtingen die helemaal niet worden genoemd en die wel gebruikelijk zijn in de praktijk, bijvoorbeeld de verplichtingen voor de franchisenemer om publiciteit te kopen van de franchisegever of om toestemming te vragen voor publiciteitscampagnes; heel gebruikelijk om uniformiteit te kunnen garanderen. Of de verplichting voor de franchisenemer om inspectie door de franchisegever toe te laten.

Wat gebeurt er met andere verplichtingen die in de overeenkomst komen te staan? Moeten die getoetst worden op grond van de algemene principes? Dit zijn heel indringende verplichtingen in het ondernemerschap van franchisenemers, en de beperkingen zullen duidelijk gemaakt moeten worden, zoals het geval is met concurrentie- of exclusiviteitsbedingen.

Samenwerking mededingingsrecht en civiele recht met betrekking tot Non-concurrentiebeding:

Het gebruik van non-concurrentiebeding wordt expliciet beperkt in de NFC tot wat proportioneel is ten opzichte van de bescherming van de knowhow van de franchisegever. Maar eigenlijk vallen deze bedingen in eerste instantie onder controle van het mededingingsrecht. Het maximum aantal jaren is al bepaald. Zoals vaker gebeurt met andere reguleringen, maakt de NFC niet duidelijk wat de samenhang is tussen de civiele normen en de concurrentiebedingen.

Nationaal of internationaal

Het allerlaatste punt dat ik nu wil opwerpen, moet misschien wel de eerste vraag zijn: de NFC is de *Nederlandse Franchise Code*. Betekent dat dat de NFC alleen voor franchiseondernemingen geldt waarvan de franchisegevers en –nemers in Nederland gevestigd zijn? Franchising is bij uitstek een internationaal, grensoverschrijdend, economisch systeem. Is het de bedoeling dat binnen één franchisenetwerk met franchisenemers uit verschillende landen verschillende regimes gaan worden toegepast?

Conclusie

De NFC is een zelfregulerend mechanisme waar mettertijd wellicht wetgeving uit kan voortvloeien. Maar er zal nog heel veel water door de Rijn moeten stromen en er zal nog ontzettend veel gepolderd moeten worden voor het zover is. Het doel van zo'n juridisch instrument zal moeten zijn om de franchiseformules in veilige haven te brengen zonder dat die manoeuvres ertoe leiden dat franchisenemers verstikt raken of verzuipen. Tot die tijd zal het zaak zijn om de noodzakelijke discussies niet te laten verzanden maar ze, integendeel, te verdiepen opdat de NFC, met de haven in zicht, geen schipbreuk zal lijden. ●

Odavia Bueno is sinds 2013 advocaat in Spanje en houdt zich onder meer bezig met franchisezaken.