

87. Franchise: begin met het waarom

MR. T. DE MÖNNINK

Het zelfreguleringsproces rondom franchise is niet geslaagd en deskundigen geven nagenoeg unaniem aan dat het recente conceptwetsvoorstel Franchise en de NFC méér problemen oplevert dan oplost. Ook is de proportionaliteit zoek tussen de (vermeende) gesignaleerde problemen en het conceptwetsvoorstel. Het Regeerakkoord Rutte III spreekt over 'het versterken van de positie van franchisenemers in de precontractuele fase' hetgeen duidt op een hele nieuwe benadering. Is het wenselijk om franchise in Nederland wettelijk te reguleren? Zo ja, waarom en wat zou men willen regelen?

Via zelfregulering (mislukt) naar een conceptwetsvoorstel franchise (gekraakt) kondigt Rutte III aanvullende wetgeving aan voor franchise in de 'pre-competitieve fase'¹.

Inleiding

Het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ) is in het najaar van 2014 begonnen met het faciliteren van een zelfreguleringstraject voor een franchisecode. Doel hiervan was houvast te bieden aan de sector voor het op een correcte en evenwichtige wijze inrichten van de onderlinge samenwerking en tevens een inhoudelijk beoordelingskader te bieden voor geschilbeslechting in franchiserelaties². Inmiddels is bijna vier jaar verstreken en is men een mislukt zelfreguleringstraject verder. Daarnaast wordt het op 12 april 2017 door EZ en het Ministerie van Veiligheid en Justitie gepresenteerde conceptwetsvoorstel Franchise³ (hierna: conceptwetsvoorstel) door wetenschappers en advocaten gekraakt. In het Regeerakkoord Rutte III⁴ dat op 10 oktober 2017 werd gepresenteerd staat over franchise:

“Er komt aanvullende wetgeving op het gebied van franchise om de positie van franchisenemers in de pre-competitieve fase te versterken.”

- 1 Pre-competitieve fase is een niet bekende term, algemeen wordt aangenomen dat het kabinet hiermee doelt op de precontractuele fase.
- 2 Memorie van Toelichting bij de Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchise), 12 april 2017 (hierna: MvT), paragraaf 2.1, p. 7.
- 3 Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchise), 12 april 2017, te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/details> (hierna: conceptwetsvoorstel).
- 4 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017 – 2021, 10 oktober 2017, p. 35.

Daarnaast staat sinds 13 oktober 2017⁵ op de website van de internetconsultatie over de wettelijke verankering van de gedragscode franchise, dat met het oog op de vermelding van franchise in het regeerakkoord, de lopende activiteiten op dat gebied vooralsnog zullen worden aangehouden. Hiermee lijkt de regering uitdrukkelijk afstand te nemen van het conceptwetsvoorstel en te kiezen voor wetgeving voor franchise in de precontractuele fase. Dat zou aansluiten bij wetgeving in de ons omringende landen (waaronder België) en zou mogelijk ook beter aansluiten bij de behoefte in de praktijk.

De regering lijkt uitdrukkelijk afstand te nemen van het conceptwetsvoorstel en te kiezen voor wetgeving voor franchise in de precontractuele fase

De (verplichte) verstrekking van informatie zou de positie van de franchisenemer versterken en ervoor kunnen zorgen dat een franchisenemer niet te lichtzinnig begint aan het starten met een franchise-avontuur. Het is de vraag of wetgeving die verder gaat dan precontractuele informatieverstrekking een probleem oplost of juist problemen creëert. Het is goed om eerst stil te staan bij de ontwikkelingen van de afgelopen jaren die de franchisebranche in hun greep hebben.

Nederlandse Franchise Code

Het in het najaar van 2014 gestarte zelfreguleringstraject inzake franchise mondde in juni 2015 uit in een consultatieversie van de Nederlandse Franchise Code (hierna: NFC). Belanghebbenden kregen, midden in de zomerva-

5 <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/berichten>.

kantie, zes weken de tijd om hierop te reageren. Hierop kwamen 151 reacties⁶ binnen, inclusief een brandbrief waarbij zich ca. 40 franchiseformules hadden aangesloten. Ook diverse advocaten gaven hun zienswijze, waaruit hun bezwaren en bedenkingen bleken. Vervolgens is er op 2 september 2015 door ca. 40 franchiseformules wederom een brandbrief gestuurd naar de minister waarin franchiseformules hun grote zorgen over het proces en de inhoud van de (concept) NFC kenbaar maakten⁷. De inhoudelijke commentaren en zorgen van de franchisegevers en van de deskundigen zijn nagenoeg niet geadresseerd in het proces en hebben niet geleid tot fundamentele wijzigingen in de door de schrijfcommissie gefinaliseerde franchisecode. De Vereniging voor Distributie, Franchise en Agentuurrecht, waarbij ongeveer 170 advocaten en juristen zijn aangesloten presenteerde op 20 november 2015 nog een alternatieve code, de DFA Gedragscode Franchise⁸ (de DFA Code), om hiermee een positieve bijdrage te leveren aan het debat. Op 17 februari 2016 werd de Nederlandse Franchise Code (de NFC) door de schrijfcommissie gepresenteerd aan minister Kamp. In zijn brief aan de Tweede Kamer, van diezelfde datum, schreef minister Kamp al dat hij wettelijke verankering van de NFC aan het onderzoeken was⁹. Al snel bleek dat de NFC door nagenoeg geen enkele franchisegever werd onderschreven. Op 12 april 2017 heeft minister Kamp samen met minister Blok van Veiligheid en Justitie, het conceptwetsvoorstel gepubliceerd. Middels het conceptwetsvoorstel zou de NFC wettelijk kunnen worden verankerd¹⁰.

Uit dit onderzoek blijkt dat er op macro-economisch niveau geen aanwijzingen zijn voor misstanden binnen franchiseketens

Conceptwetsvoorstel en de NFC

Wat bij dit alles ontbreekt is een onderbouwing voor de noodzaak van wetgeving. In de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) wordt gerefereerd aan het (enige) onderzoek, dat in 2009 door onderzoeksbureau EIM in opdracht van EZ werd uitgevoerd, naar franchise. Uit dit onderzoek¹¹ blijkt dat er op macro-economisch niveau geen aanwijzingen zijn voor misstanden binnen franchiseketens. Voorts

wordt in dit onderzoek geconcludeerd, na afweging van de diverse meningen van experts, dat het invoeren van wetgeving over franchising een te zwaar middel is. In dit licht bezien is het onbegrijpelijk dat er alsnog een wetgevings-traject is gestart om franchise wettelijk te gaan reguleren en dit is niet objectief te rechtvaardigen¹². In de internetconsultatie van het conceptwetsvoorstel in de periode 12 april – 25 mei 2017 hebben 359 partijen (openbaar) hun reactie ingediend¹³. Naast de diverse directe belanghebbenden die hun reactie hebben ingediend¹⁴, hebben verschillende in franchise gespecialiseerde deskundigen gereageerd, waaronder de auteur van Asser/Houben 7-X 2015¹⁵, wetenschappers van de faculteit Economie en Bedrijfskunde van Rijksuniversiteit Groningen¹⁶, de Vereniging voor Distributie, Franchise en Agentuurrecht, diverse advocatenkantoren en een aantal buitenlandse instituten waaronder de European Franchise Federation (EFF)¹⁷, de International Franchise Association (IFA)¹⁸ en de American Chamber of Commerce in the Netherlands¹⁹. Het overgrote deel van deze deskundigen en advocaten²⁰ is van mening dat het conceptwetsvoorstel inhoudelijk en/of procedureel ernstig tekortschiet. Een groot aantal van hen dringt zelfs aan op het heroverwegen c.q. intrekken van het conceptwetsvoorstel. Naast de inhoudelijke bezwaren zijn er ook staatsrechtelijke bezwaren aan te tekenen tegen het op deze wijze van toepassing verklaren van een gedragscode, zonder dat deze gedragscode parlementair wordt getoetst, zoals uitgebreid is toegelicht in het artikel van De Koning in het NJB²¹. Er zijn in de voornoemde reacties die zijn ingediend en in voornoemde publicaties al veel en uitvoerige bezwaren kenbaar gemaakt tegen het conceptwetsvoorstel en de NFC en ook tegen het totstandkomingsproces. Ik zal mij hiernavolgend beperken tot een

6 <https://www.rndweb.nl/cms/files/2017-05/reacties-nfc-totaalbestand-kl-v2-alle-reacties-gebundeld.pdf>.

7 <https://retailtrends.nl/news/41545/-franchisegevers-sturen-brandbrief-om-franchisecode> en <https://denationalefranchisegeids.nl/franchise-nieuws/minister-kamp-zet-proces-nederlandse-franchise-code-door/>

8 <http://www.vereniging-dfa.nl/dfa-gedragscode-franchise/>.

9 <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/02/17/kamerbrief-presentatie-nederlandse-franchise-code>.

10 Het conceptwetsvoorstel spreekt over een gedragscode en op pagina 12 van de MvT staat dat de gedragscode die zal worden aangewezen in eerste instantie (een deel van) de NFC 2016 zal zijn.

11 C. van Essen en F. Pleijster, EIM (onderdeel van Panteia), 'Franchiseketens, Martaandeel en continuïteit', 14 december 2009, p. 26, onder Hoofdcclusie en advies en vergelijk ook MvT, p. 6.

12 Zie ook H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: better think twice!', *Contracteren* 20173.

13 Al deze reacties zijn te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/reacties>.

14 Waarbij de franchisenemers zich grotendeels scharen achter het conceptwetsvoorstel en de franchisegevers hier grote bezwaren tegen hebben.

15 Reactie in de internetconsultatie van I.S.J. Houben, universitair hoofd-docent burgerlijk recht Universiteit Leiden, 24 mei 2017.

16 Reactie in de internetconsultatie van M. Brand, universitair hoofddocent MKB en Ondernemerschap, E. Croonen, universitair docent MKB en Ondernemerschap en L. Kneppers-Heijnert, emiruit hoogleraar Bedrijfskunde, faculteit Economie en Bedrijfskunde Rijksuniversiteit Groningen, 24 mei 2017.

17 Reactie in de internetconsultatie van M. Eyre, chairman en E. Azan, European Franchise Federation (EFF), 16 mei 2017.

18 Reactie in de internetconsultatie van R.C. Cresanti, president & CEO, International Franchise Association (IFA), 23 mei 2017.

19 Reactie in de internetconsultatie van E. Roelant, program director, American Chamber of Commerce in the Netherlands, 24 mei 2017.

20 Vergelijk o.a. de reacties in de internetconsultatie van La Gro Advocaten (J.H.M. Spanjaard), Baker & McKenzie (F.M.W.A. Harms), Kennedy Van der Laan (M. de Koning), CMS (A.M.A. Canta), Van Doorne (E.H.M. Bieleveld), I.S.J. Houben, Vereniging voor Distributie, Franchise en Agentuurrecht (J.W.B. van Till), Köster Advocaten (M.S.J. Steenhuis), De Grave De Mönnink Spliet Advocaten (T. de Mönnink), BarentsKrans (D.J.A. van den Berg), American Chamber of Commerce in the Netherlands (E. Roelant) en Van der Felz Advocaten (J.A.M.A. Stuysmans en M.G. Nielen).

21 M. de Koning. 'Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code, Handig (aan)gehaakt of toch liever iets zelf breien?', *NJB* 5 mei 2017.

beknopte uiteenzetting van de belangrijkste bezwaren tegen het conceptwetsvoorstel en de NFC en een voorstel doen voor een alternatieve aanpak van het franchise-problematiek.

Afbakening 'franchise' is zeer/te ruim

Het begrip 'franchiseovereenkomst' is in het conceptwetsvoorstel zeer (lees: te) ruim en vrij onduidelijk gedefinieerd²². Ook een definitie van 'franchise' mist in het conceptwetsvoorstel. Gevolg hiervan is dat niet alleen franchiserelaties onder de reikwijdte van het conceptwetsvoorstel vallen, maar ook andere, hierop gelijkende vormen van samenwerking, zoals dealerovereenkomsten, selectieve distributierelaties en zelfs merklicenties. Ook wordt er in de definiëring (onnodig) gerefereerd aan begrippen uit de groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten, hetgeen onduidelijkheden in de hand werkt, ook nu deze groepsvrijstellingsverordening in 2020 zal worden vervangen²³. Inmiddels heeft BOVAG²⁴, in haar reactie in de internetconsultatie van het conceptwetsvoorstel²⁵ duidelijk gemaakt dat zij van mening is dat autodealershipcontracten onder de noemer 'franchise' vallen en dat zij dus volledig genieten van de bescherming onder het conceptwetsvoorstel. De stap van dealerovereenkomsten naar 'gewone' distributiecontracten en merklicenties is gemakkelijk gemaakt. De MvT geeft geen antwoord op de vraag wat de bedoeling is geweest bij het opstellen van het conceptwetsvoorstel en het is aannemelijk dat deze onduidelijkheden zullen gaan leiden tot geschillen over wat onder de noemer 'franchise' valt en wat niet. Een duidelijke definitie en afbakening van franchise had dit kunnen voorkomen.

Als een franchisegever wil afwijken van de NFC, moet dit schriftelijk, uitdrukkelijk, transparant, duidelijk, begrijpelijk én deugdelijk gemotiveerd worden overeengekomen met de franchisenemer(s)

Het 'pas toe of leg uit'-principe leidt tot rechtsonzekerheid en jurisdisering

In het conceptwetsvoorstel komt op diverse plaatsen²⁶ het 'pas toe of leg uit'-principe terug. Volgens de toelichting is de NFC het uitgangspunt en de franchisegever is hieraan

volledig gebonden. Als een franchisegever wil afwijken van de NFC, moet dit schriftelijk, uitdrukkelijk, transparant, duidelijk, begrijpelijk en deugdelijk gemotiveerd worden overeengekomen met de franchisenemer(s). Dit moet in een separate bijlage gebeuren bij het franchisecontract. Nadere voorschriften kunnen hieraan worden gesteld bij AMvB. De franchisenemer kan een dergelijke afwijking vernietigen als zij 'niet goed of onduidelijk of ondeugdelijk is gemotiveerd' of als 'het argument voor de afwijking redelijkerwijs niet ter rechtvaardiging van de afwijking kan dienen', hetgeen moeilijk objectief is te bepalen. In dat geval kan de franchisenemer de schade die zij heeft geleden doordat de gedragscode niet wordt nageleefd verhalen op de franchisegever. De consequentie van het 'pas toe leg uit'-principe is dat franchisenemers op een later moment alsnog de afwijking kunnen proberen aan te vechten. Dit heeft rechtsonzekerheid tot gevolg. Immers, iedere keer dat men afwijkt brengt dit een risico van latere herroeping met zich mee. Ook is het de vraag of in veel gevallen een afwijking wel mogelijk is, gezien de hoge eisen die hieraan worden gesteld. In feite is afwijken nauwelijks mogelijk en wordt de NFC daarmee – in weerwil van het 'pas toe of leg uit'-principe – een dwingend keurslijf. De vraag is ook hoe de definities in het conceptwetsvoorstel moeten worden uitgelegd ten opzichte van de definities in de NFC nu deze van elkaar verschillen. Ook dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. Ook is de status van de toelichting bij de NFC onhelder; gaat deze nu wel of niet worden toegepast in het geval er verschillen van inzicht bestaan over de uitleg van de artikelen in de NFC?²⁷ Deze onduidelijkheden van interpretatieve aard zullen denkkelijk leiden tot meer conflicten en tot 'juridisering' van de relatie tussen franchisenemer en -gever.²⁸

Geen uitzondering voor grote professionele franchisenemers

Wat verder opvalt – en ook al door anderen terecht is opgemerkt²⁹ – is dat er door de wetgever geen onderscheid wordt gemaakt tussen grote, professionele franchisenemers en kleine startende franchisenemers die veelal opereren vanuit een eenmanszaak. Is er een rechtvaardiging voor dat een (zeer) grote professionele wederpartij wettelijke bescherming zou moeten genieten ten opzichte van haar franchisegever? Naar mijn mening moet deze vraag in beginsel ontkennend worden beantwoord. Een uitzondering voor grote ondernemingen, zoals gemaakt is in de titel

22 Vergelijk T. de Mönning, S. Wertwijn en M. Don, Wetsvoorstel franchise: een paard van Troje in het Burgerlijk Wetboek?, Boek 9.nl, 5 mei 2017, <https://www.boek9.nl/boek9-berichten/wetsvoorstel-franchise-een-paard-van-troje-in-het-burgerlijk-wetboek>.

23 Vergelijk de reactie in de consultatie van O. Bueno Diaz, 24 mei 2017 en T. de Mönning en S. Wertwijn, 'Het toenemende spanningsveld tussen de belangen van leveranciers en wederverkopers in het tijdperk van de 'omnichannel strategie'', *Tijdschrift voor Internetrecht*, 3 september 2016.

24 Brancheorganisatie van ongeveer 9.000 ondernemers, bestaande uit (o.a.) autodealers, schadeherstel bedrijven en tankstations.

25 B. Eckhardt, algemeen voorzitter, BOVAG, 24 mei 2017.

26 Zie o.a. artikel 399g lid 2 en lid 4 conceptwetsvoorstel, MvT pagina's 34-38.

27 Vergelijk ook R. Maas en R.B. Musters, 'Franchiseprognoses volgens de zaak Street-One: aansprakelijkheid halverwege Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?', *Contracteren 20173* en NFC, p. 3, alinea 6.

28 Vergelijk ook de reactie in de internetconsultatie van M. Brand, universitair hoofddocent MKB en Ondernemerschap, E. Croonen, universitair docent MKB en Ondernemerschap en L. Kneppers-Heijner, emiritus hoogleraar Bedrijfskunde, faculteit Economie en Bedrijfskunde Rijksuniversiteit Groningen, 24 mei 2017.

29 O.a. H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: bet-ter think twice!', *Contracteren 20173*.

over algemene voorwaarden³⁰, lijkt ook bij franchisewetgeving aan de orde.

Conceptwetsvoorstel sluit niet aan bij de situatie in het buitenland

In een internationale context loopt Nederland met het conceptwetsvoorstel uit de pas bij de haar omringende landen. In de EU-landen is er maar in beperkte mate wetgeving op het gebied van franchise en als die wetgeving er wel is blijft deze doorgaans beperkt tot wetgeving die ziet op de precontractuele fase.³¹ Zelfs voor Amerikaanse begrippen gaat het conceptwetsvoorstel erg ver. In Amerika³², waaraan expliciet wordt gerefereerd in de MvT³³, is er wetgeving op het gebied van de precontractuele informatievoorziening, maar geen wetgeving die in de relatie treedt tussen franchisegevers en -nemers. Het conceptwetsvoorstel grijpt in op de contractuele relatie tussen partijen en is een dwingend keurslijf, waarvan maar heel beperkt is af te wijken. Door dergelijke atypische en vergaande wetgeving kunnen buitenlandse franchisegevers Nederland gaan mijden en valt te verwachten dat grote Nederlandse formules zich zullen gaan beraden op het al dan niet doorgaan met franchise als dit zo verregaand ingrijpt in hun ondernemerschap en de mogelijkheid tot innovatie.³⁴ Ook het Europees Parlement blijkt geen voorstander te zijn van nationale franchisewetgeving en roept op tot niet-wetgevende richtsnoeren voor Europese lidstaten, gebaseerd op ‘best practices’³⁵.

Lost de NFC werkelijk problemen op?

Door de voorstanders van het conceptwetsvoorstel en de NFC wordt gesuggereerd dat deze de ‘machtsonbalans’ tussen franchisegevers en -nemers zou(den) verbreken en dat veel van de recente jurisprudentie een andere uitkomst zou hebben gehad (lees: een gunstiger uitkomst voor de franchisenemer) als het conceptwetsvoorstel reeds geldend recht zou zijn. Naar mijn mening is dit niet het geval. Dit illustreer ik aan de hand van drie recente zaken. Veruit de meeste geschillen tussen franchisegevers en -nemers betreft

de zogenaamde prognoseproblematiek.³⁶ Een recente zaak betreft het *Street-One*-arrest van de Hoge Raad³⁷, waarin de Hoge Raad het *Paalman/Lampenier*-arrest³⁸ heeft verduidelijkt voor zover het gaat om een prognose die werd opgesteld door de franchisegever zelf (bij het *Paalman/Lampenier*-arrest ging het over een prognose die werd opgesteld door een derde)³⁹. De Hoge Raad oordeelt, (te) kort gezegd, dat als de franchisegever zelf, of een persoon waarvoor hij aansprakelijk is op de voet van een van de artikelen 6:170 - 6:172 BW, de prognoses opstelt en de resultaten daarvan aan de aspirant-franchisenemer verstrekt, de franchisegever ook zonder dat hij (of de persoon voor wie hij aansprakelijk is) weet dat het rapport fouten bevat, aansprakelijk kan zijn en wel indien onzorgvuldigheid van de franchisegever (of van de persoon voor wie hij aansprakelijk is) heeft geleid tot fouten in het rapport. Dit betekent natuurlijk niet dat als een prognose niet wordt gehaald, dit dus betekent dat de prognose fouten bevat of onzorgvuldig tot stand is gekomen.⁴⁰ De Hoge Raad biedt de franchisenemer een betere bescherming dan de afgelopen jaren in lagere rechtspraak het geval was aan de hand van – een niet altijd correcte interpretatie van – het *Paalman/Lampenier*-arrest. In het conceptwetsvoorstel staat (ook) geen verplichting om een prognose te verstrekken, maar als er een prognose wordt verstrekt door de franchisegever dient deze wel in te staan voor de deugdelijkheid hiervan⁴¹. Door sommigen⁴² wordt dit gezien als een garantieverbintenis die nog verder gaat dan het criterium dat door de Hoge Raad wordt gehanteerd in het *Street-One*-arrest, anderzijds staat er in de NFC een verzwaarde onderzoeksplicht voor franchisenemers⁴³. Het is niet te verwachten dat toepassing van het conceptwetsvoorstel in een geschil, zoals het *Street-One*-arrest, een andere uitkomst zou hebben gehad. Kortom, voor dit soort geschillen is het conceptwetsvoorstel overbodig.⁴⁴

Een andere zaak betreft een recent geschil tussen De Vereniging van Etos Franchisenemers vs. Etos en Albert Heijn, dat zich afspeelt bij de Voorzieningenrechter⁴⁵ en in spoedappel bij het Hof Amsterdam⁴⁶. Hier speelt dat Albert Heijn in haar winkels – al dan niet tijdelijk – producten met het

30 Artikel 6:235 lid 1 BW.

31 Asser-Houben 7-X 2015/164 en M. Abell, *The Franchise Law Review*, Law Business Research, 4th Edition, January 2017, p. 139-145.

32 M. Abell, *The Franchise Law Review*, Law Business Research, 4th Edition, January 2017, p. 608-647.

33 Vergelijk o.a. MvT p. 19-20.

34 Vergelijk in dit kader ook de reacties in de internetconsultatie van de International Franchise Association, de European Franchise Federation en de American Chamber of Commerce in the Netherlands en T. de Mönink, ‘Nederlandse Franchise Code maakt van franchise vreemde eend in de bijt’, *Nationale Franchise Gids*, 29 juni 2015, <https://denationale-franchisegids.nl/franchisenieuws/column-nederlandse-franchise-code-maakt-van-franchise-vreemde-eend-in-de-bijt/>.

35 European Parliament, Report on the functioning of franchising in the retail sector, Committee on the Internal Market and Consumer Protection, (2016/2244(INI)), 17 May 2017, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2017-0199&language=EN>.

36 Vergelijk o.a. J.H.M. Spanjaard, ‘Dwalen over franchise’, *Contacteren* 20173, en H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, ‘Het wetsvoorstel franchise: better think twice!’, *Contracteren* 20173.

37 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311 (*Street-One*).

38 HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 (*Paalman/Lampenier*).

39 Vergelijk ook P.S. Bakker ‘Onjuiste informatieverschaffing en franchise’ in *ORP* 2017/6.

40 Zie ook noot mr. J.B.M. Franken bij het *Street-One* arrest, nr. 8.

41 Vergelijk artikel 3.6 d NFC en de toelichting hierop.

42 Vergelijk AG Valk in zijn conclusie (onder 2.6 e.v.) bij het *Street-One* arrest en ook P.S. Bakker ‘Onjuiste informatieverschaffing en franchise’ in *ORP* 2017/6.

43 Vergelijk o.a. J.H.M. Spanjaard, ‘Dwalen over franchise’, *Contacteren* 20173, onder 6.

44 Zie ook J.H.M. Spanjaard, ‘Dwalen over franchise’, *Contacteren* 20173, onder 6.

45 Rb. Noord-Holland 17 november 2017, *De Vereniging van Etos Franchisenemers vs. Etos en Albert Heijn*, ECLI:NL:RBNHO:2017:10154.

46 Hof Amsterdam 22 november 2017, *Etos en Albert Heijn vs. De Vereniging van Etos Franchisenemers*, ECLI:NL:GHAMS:2017:4972.

huiskamer 'Care' wil gaan voeren, welke producten veel gelijkenis vertonen met de eigen merk producten van Etos, die Etos onder het merk 'Etos' in Etos-winkels verkoopt. Naar de mening van de franchisenemers is dit een schending van de exclusiviteit die zij genieten. In eerste aanleg krijgen de franchisenemers gelijk en wordt de gevraagde voorziening toegewezen. Het hof oordeelt evenwel anders en licht dit als volgt toe. Etos heeft als franchisegever de verplichting jegens haar leden om de franchiseformule te beschermen. Haar handelen kan met die verplichting strijdig zijn indien zij de, mede door de franchisenemers opgebouwde, naamsbekendheid van Etos te gelde maakt en concurrenten (zoals Albert Heijn) van de Etos winkeliers daarvan laat profiteren ten koste van de franchisenemers. Dat daarvan sprake is, kan echter niet worden aangenomen omdat het hof onvoldoende aannemelijk geworden acht dat het winkelend publiek van Albert Heijn 'Care'-producten als Etosproducten, althans behorende tot het kenmerkende assortiment van Etos, zal herkennen althans daarover in verwarring zal geraken. In een recente column in Franchiseplus wordt gesteld⁴⁷ dat dit arrest op grond van de NFC anders zou hebben uitgepakt. Dit is naar mijn mening niet het geval; de NFC voorziet niet in een geval als wat in deze zaak speelde en het is onaannemelijk dat beslissingen over het assortiment tot de onderwerpen zouden behoren waarover franchisenemers een instemmingsrecht hebben⁴⁸. Ook blijkt uit de casus dat het geschil tussen franchisegever en -nemers met name gaat over wat zij wel of niet met elkaar hebben afgesproken tijdens eerder gevoerde onderhandelingen⁴⁹. Verder neemt het hof reeds mee in zijn overwegingen dat het de plicht is van de franchisegever om de franchiseformule te beschermen.⁵⁰ Ook hier geldt dat het onaannemelijk is dat het hof anders zou hebben geoordeeld als de NFC van toepassing zou zijn.

Een derde zaak betreft het geschil tussen Albert Heijn en haar Vereniging van Franchisenemers⁵¹. Hier meent de Vereniging dat er 'eerlijk zou moeten worden gedeeld'; de franchisenemers zouden ook moeten kunnen genieten van inkoopvoordelen, opbrengsten van folders en bonussen van toeleveranciers. De rechtbank oordeelt dat het uitgangspunt is dat een franchiserelatie een relatie is tussen zelfstandige ondernemingen die voor eigen rekening en risico handelen. Een 'principe van eerlijk delen' kan geen zelfstandige grondslag van vergoedingsplichten vormen. Dat betekent dat het 'delen' van opbrengsten tussen partijen moet zijn overeengekomen. Dat is volgens de rechtbank in casu niet het geval. Ook met het 'principe van eerlijk delen' in het

achterhoofd kunnen de afspraken tussen partijen niet zo worden uitgelegd dat daaruit zou volgen dat alle opbrengsten en/of voordelen moeten worden gedeeld. De NFC bevat geen bepalingen over de inhoud van financiële afspraken tussen franchisegever en -nemer(s). Wel is vastgelegd dat iedere franchiseovereenkomst een omschrijving dient te bevatten van de franchisevergoeding(en), het gehanteerde conditiestelsel en afspraken over de controle daarop⁵². Ook in deze zaak is het derhalve niet aannemelijk dat deze een andere afloop zou hebben gehad als de NFC zou gelden.

Bovenstaande zaken illustreren dat het Nederlandse civiele recht bij uitstek de juiste maatstaven biedt doordat de rechter bij de beoordeling van een geschil de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid⁵³ toepast. Indien partijen niet hebben voorzien in een bepaalde situatie, kan een rechter de gemaakte afspraken aanvullen. Zelfs als bepaalde zaken contractueel zijn overeengekomen door professionele partijen, kan de Nederlandse rechter alsnog ingrijpen mocht zij van mening zijn dat de gemaakte afspraken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn⁵⁴. Als de NFC in de hierboven aangehaalde zaken al geen oplossing biedt, dan kan je je de vraag stellen wat haar nut dan wel is. Er mist een duidelijke koppeling tussen de (niet) gesignaleerde problemen en de geboden concrete oplossing, oftewel het 'waarom'. De balans is zoek tussen de door diverse juristen aangevoerde forse bezwaren tegen en de mogelijke opbrengsten van het conceptwetsvoorstel.

Gezien het speelveld is de vraag dan ook legitiem welk doel men wil bereiken met wetgeving op het gebied van franchise

'Schaap met de vijf poten'-benadering werkt niet; wat werkt dan wel?

Franchise is er in allerlei vormen, soorten en maten. Ook franchisegevers en -nemers variëren sterk, van zeer grote professionele ondernemingen tot kleine zelfstandigen. Gezien het speelveld, dat zeer divers is, is de vraag dan ook legitiem welk doel men wil bereiken met wetgeving op het gebied van franchise. Zijn er – collectieve – problemen die dienen te worden opgelost? Zo ja, waar bestaan die problemen uit en hoe kunnen zij worden opgelost? Het lijkt erop dat er van meet af aan een onmogelijk doel is gesteld. Het beschermen van 'zwakke' franchisenemers met weinig kennis en ondernemerservaring tegen frauduleuze intenties is namelijk iets heel anders dan een evenwicht proberen aan te brengen in de 'machtsonba-

47 K. Kan, 'Etos, Albert Heijn & de NFC', Franchiseplus, 21 december 2017, <https://franchiseplus.nl/column/etos-albert-heijn-nfc>.

48 Vergelijk artikel 2.6 c. NFC over het instemmingsrecht voor onderwerpen die een materieel effect hebben op de bedrijfsvoering.

49 Zie ook D. van den Berg, 'Wettelijke verankering van franchisecode is geen wondermiddel', Franchiseplus, 18 januari 2018, <https://franchiseplus.nl/column/wettelijke-verankering-van-franchisecode-is-geen-wondermiddel>.

50 Vergelijkbaar met de verplichting in artikel 2.3 NFC.

51 Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360 (Vereniging Albert Heijn Franchisenemers/Albert Heijn)

52 Vergelijk artikel 4.6 e NFC en de toelichting hierop.

53 HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*), HR 19 mei 1967, NJ 1967/261 (*Saladin/HBU*) en artikel 6:248 BW.

54 Vergelijk ook het recente arrest HR 2 februari 2018, ECLI:HR:2018:141 (*Goglio/SMQ*).

lans' tussen franchisegevers en -nemers. Zoals Schelhaas en Spanjaard naar mijn mening terecht stellen⁵⁵ is een machtsonbalans eigen aan franchiserelaties en een kwestie van vraag en aanbod. Enige bescherming in verband met een kennisassymetrie en het verschil in maatschappelijke positie tussen de doorsnee franchisegever en -nemer kan gerechtvaardigd zijn.⁵⁶ Daarbij past nog de kanttekening dat in de praktijk de grote professionele franchisegevers veelal te maken hebben met machtige en mondige franchisenemersverenigingen die een sterke onderhandelingspositie hebben en die de weg naar de rechter uitstekend weten te vinden. Niet valt in te zien waarom de positie van deze machtige franchisenemersverenigingen of van grote professionele franchisenemers nog meer zou moeten worden versterkt. Wat wel degelijk van belang lijkt is om de positie van de startende (en relatief kwetsbare) franchisenemer te ondersteunen, zodat deze een weloverwogen keuze en afweging kan maken bij het aangaan van de franchiseovereenkomst. De (aspirant) franchisenemer moet van tevoren weten welke financiële verplichtingen hij aangaat en wat het verdienmodel is. Ook moet hij inzage krijgen in de in het verleden, wellicht met andere vestigingen, behaalde resultaten. Daarvoor ligt het voor de hand om wetgeving te maken op het gebied van de precontractuele fase en wel op het punt van de informatieverstrekking. In de DFA Code is Hoofdstuk 3 gewijd aan Informatieverplichtingen en Onderhandelingsfase⁵⁷. Hierin is een overzicht opgenomen van zaken die voor het aangaan van de franchiseovereenkomst aan de franchisenemer zouden dienen te worden verstrekt. Overigens: zelfs als een franchisegever verplicht is bepaalde informatie te verstrekken, dan laat dit nog steeds de mogelijkheid bestaan dat een franchisenemer niet over de ondernemerskwaliteiten beschikt die nodig zijn om met succes een onderneming te kunnen voeren. Tot 2007 was een middenstandsdiploma vereist voor een ondernemer⁵⁸. Deze eis is destijds afgeschaft, kennelijk omdat men van mening was dat (beginnende) ondernemers niets in de weg moet worden gelegd en dat dergelijke eisen betuttelend zijn. Het is best het overwegen waard om minimale (kwaliteits)eisen in te voeren op het gebied van ondernemen, boekhouden en vakkennis, waaraan startende franchisenemers moeten voldoen.

Conclusies en aanbevelingen

Bestudering van het conceptwetsvoorstel laat de indruk achter dat veel daarin aan de orde gestelde zaken niet voldoende doordacht zijn en dat de invoering ervan een negatief effect zal hebben op de rechtszekerheid en op de

relatie tussen franchisegevers en -nemers. Bovendien zullen de administratieve lasten aanmerkelijk worden verzaamd en zou franchise een erg onaantrekkelijke samenwerkingsvorm kunnen worden. Als drie recente rechterlijke uitspraken langs het conceptwetsvoorstel worden gelegd, blijkt het conceptwetsvoorstel in al deze geschillen geen oplossing te bieden. Het beoogde doel van het conceptwetsvoorstel is onvoldoende duidelijk en de proportionaliteit met de (niet) gesignaleerde problematiek lijkt geheel zoek te zijn.

Rutte III lijkt een nieuwe koers te gaan varen en focust⁵⁹ op aanvullende wetgeving in de precontractuele fase. Regelgeving voor franchise zou inderdaad niet gezocht moeten worden in een alomvattende regeling voor iedereen, maar zou beperkt kunnen blijven tot een regeling voor de precontractuele fase en voor een beperkte groep franchisenemers waarvoor bescherming gerechtvaardigd is. Hiermee verkrijgt de startende franchisenemer een betere positie, dit sluit aan bij wet- en regelgeving in de ons omringende landen en grijpt niet nodeloos in op de contractsvrijheid van ondernemers. Het voordeel van een regeling met een beperkte(re) focus en reikwijdte als hiervoor bedoeld, is ook dat dergelijke wetgeving toepasbaar kan worden gemaakt voor alle vormen van franchise en mogelijk zelfs voor hieraan verwante samenwerkingsvormen. Tegen deze achtergrond doe ik de volgende aanbevelingen:

1. een regime opnemen in het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van precontractuele informatieverstrekking bij het aangaan van een franchiseovereenkomst (bij het opstellen van een titel over de precontractuele fase kan aandacht worden besteed aan wat hierover is opgenomen in de DFA Code⁶⁰);
2. het reguliere wetgevingstraject doorlopen, inclusief een integrale parlementaire toetsing van het (nieuwe) conceptwetsvoorstel precontractuele informatieverstrekking; en
3. grote professionele franchisenemers⁶¹ uitsluiten van wettelijke bescherming.

Het verdient voorts aanbeveling dat de wetgever eerst een deugdelijk onderzoek laat verrichten naar nut en noodzaak van wetgeving in de precontractuele fase, om gericht te kunnen kijken welke problematiek er (mogelijk) speelt en hoe dit concreet kan worden geadresseerd in nieuwe wetgeving, zonder hierbij de proportionaliteit uit het oog te verliezen.

Nawoord

sinds het afronden van dit artikel heeft staatssecretaris Mona Keijzer tijdens een algemeen overleg van de vaste commissie voor EZ, waarvan het verslag werd gepubliceerd op 9 maart jl., aangegeven de franchisecode niet wettelijk te gaan verankeren maar wel voor het einde van dit jaar met

55 H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: better think twice!', *Contracteren* 20173.

56 Vergelijk ook de conclusie van AG Valk bij het arrest *Street-One*, o.a. r.o. 2.1.

57 <http://www.vereniging-dfa.nl/dfa-gedragscode-franchise/>.

58 Aan beginnende ondernemers werd door de wetgever drie aantoonbare eisen gesteld: (i) voldoende ondernemersvaardigheden; (ii) een minimum aan vakkennis; en (iii) kredietwaardigheid.

59 VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, *Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017 – 2021*, 10 oktober 2017, p. 35.

60 Hoofdstuk 3 in de DF-Code 'Informatieverplichtingen en Onderhandelingsfase'.

61 Vergelijk artikel 6:235 lid 1 BW.

een uitwerking te komen, middels een AMvB, van regels over franchise voor de precompetitieve fase. Het is nog onduidelijk waar deze regels uit zullen bestaan.

Over de auteur

Mr. Tessa de Mönnink

Werkzaam als advocaat bij De Grave De Mönnink Spliet Advocaten in Amsterdam.