

Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchising)

VOORSTEL VAN WET

(12 april 2017, Internetconsultatieversie)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om regels vast te stellen betreffende franchising in titel 6 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;

Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

ARTIKEL I

In Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt na Titel 5 de volgende titel ingevoegd:

Titel 6. Franchiseovereenkomst

Artikel 399f

In deze titel wordt verstaan onder:

- a. franchiseformule: een formule die in ieder geval omvat:
 - 1°. een gemeenschappelijk handelsmerk, model, gebruiksmodeel of een gemeenschappelijke handelsnaam, huisstijl of tekening, en
 - 2°. knowhow als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel g, van de verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU L102);
- b. franchisegever: een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die rechthebbende is van een franchiseformule en in het kader van zijn beroeps- of bedrijfsactiviteit anderen het recht verleent deze formule te exploiteren;

- c. franchisenemer: een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die in het kader van de uitoefening van zijn beroeps- of bedrijfsactiviteit voor eigen rekening en risico een franchiseformule exploiteert of voornemens is deze te gaan exploiteren;
- d. franchiseovereenkomst: de overeenkomst waarbij de franchisegever aan de franchisenemer, tegen betaling van een geldelijke vergoeding, het recht verleent om een franchiseformule op een aangewezen wijze te exploiteren voor de afzet van goederen of diensten en die mede kan inhouden dat de franchisegever de franchisenemer gedurende de looptijd van de overeenkomst bepaalde commerciële of technische bijstand verleent;
- e. voorovereenkomst: de overeenkomst waarin de verplichtingen zijn opgenomen die in verband met de besprekingen over het mogelijk aangaan van een franchiseovereenkomst op de franchisegever en de franchisenemer rusten.

Artikel 399g

- 1. Bij algemene maatregel van bestuur kan een gedragscode of een deel daarvan worden aangewezen, indien in die gedragscode voorschriften zijn vervat met betrekking tot:
 - a. werving en selectie van franchisenemers door de franchisegever;
 - b. het tijdig verstrekken van informatie door de franchisegever aan een franchisenemer teneinde deze laatste in staat te stellen een geïnformeerd besluit te nemen over het aangaan van een franchiseovereenkomst, waaronder informatie betreffende:
 - 1°. de financiële positie en solvabiliteit van de franchisegever;
 - 2°. de te verwachten omzet, de benodigde investeringen en de te verwachten kosten;
 - 3°. de plaats waar de franchiseformule zal worden geëxploiteerd en op grond waarvan de franchisenemer de geschiktheid daarvan kan beoordelen, in het geval dat de franchisegever die plaats aanwijst of de franchiseformule al eerder op die plaats is geëxploiteerd;
 - 4°. andere franchisenemers die de franchiseformule exploiteren;
 - 5°. distributiekanaalen die ten behoeve van de exploitatie van de franchiseformule door de franchisenemer kunnen worden gebruikt of door de franchisegever aan de franchisenemer ter beschikking worden gesteld, en
 - 6°. het collectieve overleg, bedoeld in onderdeel e;
 - c. het aangaan van een voorovereenkomst;
 - d. de wijze waarop de franchisegever en de franchisenemer elkaar gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst voorzien van informatie over feiten en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de exploitatie van de franchiseformule;
 - e. het collectieve overleg tussen de franchisegever en de franchisenemers die de franchiseformule exploiteren en de wijze waarop dit overleg georganiseerd is;

- f. buitengerechtelijke klachten- en geschilbeslechtsprocedures, en
- g. de bedingen die in de franchiseovereenkomst kunnen worden opgenomen betreffende:
 - 1°. een verplichting voor de franchisenemer om gedurende de looptijd van de overeenkomst goederen of diensten van de franchisegever af te nemen;
 - 2°. een beperking van de bevoegdheid van de franchisenemer om na het einde van de franchiseovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn; en
 - 3°. een recht van de franchisegever om de franchiseovereenkomst gedurende de looptijd te wijzigen of op te zeggen, alsmede de wijze waarop hij van dit recht gebruik kan maken
- 2. De franchisegever en de franchisenemer passen de in het eerste lid bedoelde gedragscode toe, tenzij in de franchiseovereenkomst is voorzien in:
 - a. een duidelijk en begrijpelijk schriftelijk beding waarin is bepaald dat van de in de gedragscode opgenomen voorschriften wordt afgeweken en op welke wijze dit gebeurt, en
 - b. een schriftelijke toelichting waarom daarvoor gekozen is.
- 3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere voorschriften worden gesteld betreffende de vorm van de in het tweede lid bedoelde motivering en de wijze waarop deze kenbaar wordt gemaakt aan de franchisenemer.
- 4. Een beding in een franchiseovereenkomst waarbij van de in de gedragscode opgenomen voorschriften wordt afgeweken, kan door de franchisenemer worden vernietigd indien niet voldaan is aan het tweede lid.

ARTIKEL II

In Titel 8 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek wordt na artikel 208j het volgende artikel ingevoegd:

Artikel 209

Op overeenkomsten die vóór het tijdstip van het in werking treden van Titel 6 van Boek 7 zijn gesloten, wordt deze titel van toepassing vijf jaar na dat tijdstip.

ARTIKEL III

De artikelen van deze wet treden in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister van Economische Zaken,

De Minister van Veiligheid en Justitie,

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Doel en aanleiding

Dit wetsvoorstel treft een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst, met als doel om de positie van de franchisenemer – die doorgaans zwakker is dan die van de franchisegever – te versterken en er op die manier voor te zorgen dat zowel voorafgaand aan als na het sluiten van een franchiseovereenkomst de belangen van de franchisegever en die van de (aspirant-)franchisenemer onderling meer in balans worden gebracht. Om dit doel te bereiken wordt in Boek 7 van het BW een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst geïntroduceerd. Op basis van die regeling wordt het mogelijk om bij algemene maatregel van bestuur een gedragscode of onderdelen daarvan aan te wijzen waarin voorschriften zijn opgenomen over onder meer de informatieverstrekking van de franchisegever aan de franchisenemer en het overleg tussen partijen, zowel voorafgaand aan als na de sluiting van de franchiseovereenkomst (artikel 399g, eerste lid).

In de eerste plaats beoogt de voorgestelde regeling een versterking van de informatiepositie van de franchisenemer. Het moet niet langer mogelijk zijn dat de franchisenemer zonder dat hij dat goed beseft, instemt met een franchiseovereenkomst waarin bepalingen zijn opgenomen die in de praktijk onredelijk voor hem kunnen uitpakken. Daarnaast leidt de voorgestelde regeling ertoe dat wanneer de franchisenemer wel met een dergelijke situatie wordt geconfronteerd, het hem gemakkelijker wordt gemaakt om – al dan niet met een beroep op de rechter – de voor hem nadelige consequenties terug te draaien en genoegdoening te krijgen voor de schade die hij inmiddels als gevolg hiervan heeft geleden.

In Nederland zijn circa 750 franchiseformules actief. In totaal zijn er meer dan 30.000 franchisevestigingen. Franchiseondernemingen verschaffen werk aan bijna 300.000 mensen en de jaarlijkse omzet ligt ruim boven €30 miljard. De franchisesector is dus van aanzienlijk belang voor de Nederlandse economie.

Franchising komt in veel branches voor, met zwaartepunten in de detailhandel, zowel food als non-food, dienstverlening en zorg.

In 2009 heeft de toenmalige Minister van Economische Zaken opdracht gegeven aan het Economisch Instituut voor het Midden en Kleinbedrijf (hierna: EIM) om onderzoek te doen naar de franchisesector. Aanleiding daartoe was de constatering dat er sprake was van veel wijzigingen in de franchisesector: In verschillende branches verdwenen relatief veel franchiseketens van de markt en werden relatief veel nieuwe franchiseketens opgericht. In het rapport dat is uitgebracht naar aanleiding van dit onderzoek (Franchiseketens: marktaandeel en continuïteit, EIM, 2009) is vastgesteld dat de franchisesector over het

geheel genomen, goed functioneert. In vergelijking met het midden- en kleinbedrijf (hierna: mkb) als geheel is sprake van sterkere groei van aantallen vestigingen en van omzetten binnen franchiseketens dan daarbuiten. De hoofdconclusie van het rapport luidt: “dat er op macro-economisch niveau geen aanwijzingen zijn voor misstanden binnen franchiseketens. Franchiseketens zijn juist in opkomst. Op microniveau zijn er echter wel aanwijzingen voor conflicten tussen franchisegever en franchisenemers, en een asymmetrische verdeling van macht binnen de relatie franchisegevers en franchisenemers.” Op de geconstateerde knelpunten wordt hierna nader ingegaan. Kort gezegd, gaat het enerzijds om problemen die voortkomen uit frauduleuze of misleidende handelspraktijken en anderzijds uit het grote verschil in onderhandelingspositie tussen de franchisegever en de franchisenemer.

Ofschoon bij de meeste ketens franchisegevers en franchisenemers in goed overleg samenwerken en beide voordeel daarvan hebben, kent de sector een aantal hardnekkige problemen. In de jaren na het EIM-onderzoek hebben juist de in het EIM-rapport genoemde knelpunten in de franchisector een rol gespeeld in aanhoudende berichten in diverse media en zijn daarover Kamervragen gesteld (zie onder meer: de vragen van het lid Mei Li Vos (PvdA) aan de Ministers van Economische Zaken en van Veiligheid en Justitie over knelpunten voor franchisenemers van 7 februari 2014; Aangangsel Handelingen, vergaderjaar 2013–2014, nr. 1379). De gesignaleerde knelpunten hebben met name betrekking op de onmogelijkheid voor de franchisenemer om eigen ondernemerschap te ontplooiën, doordat hij op basis van de franchiseovereenkomst veel plichten heeft terwijl de franchisegever vooral rechten heeft. Dat komt deels doordat bij veel franchiseovereenkomsten een vast business model wordt gevolgd waarvan onder meer deel uitmaken, een afnameverplichting van producten en diensten en een concurrentiebeding voor de franchisenemer. Ook blijkt uit de praktijk dat franchisenemers vaak al verstrekkende investeringen doen of anderszins verplichtingen aangaan voordat de franchiseovereenkomst is gesloten, waardoor zij zich bij het aangaan van de franchiseovereenkomst soms te veel (laten) haasten en daardoor onvoldoende kritisch zijn op de verdeling van rechten en verplichtingen in de overeenkomst en wat dit in praktische zin voor hun zal betekenen. Daarnaast komen in de franchisebranche ook praktijken voor die eenvoudigweg te karakteriseren zijn als misleidende of frauduleuze handelspraktijken van partijen die zich voordoen als legitieme franchisegevers, maar dit in de praktijk niet blijken te zijn.

Het Vakcentrum (belangenbehartiger van franchisenemers) heeft in 2014 een pleidooi voor wetgeving gedaan op basis van deze knelpunten, waarbij het beeld wordt geschetst van toenemende druk op franchisenemers (Franchising en de ruimte voor ondernemerschap, Vakcentrum, 2014).

In Nederland bestaat tot dusver voor franchising geen specifiek wettelijk regime. Het wordt dan ook beheerst door het algemene overeenkomstenrecht. Omdat dit hoofdzakelijk regelend recht betreft, bestaat er veel vrijheid om franchiseovereenkomsten naar eigen inzicht in te richten. Doorgaans neemt de franchisegever hierbij het initiatief.

Daarnaast bestaat al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw een 'erecode', die wordt gehanteerd door de Nederlandse Franchise Vereniging (hierna: NFV). Bij de NFV zijn ongeveer 200 franchisegevers aangesloten, ongeveer een kwart van de in Nederland actieve formules. De erecode is een vertaling van de gedragscode van de Europese Franchise Federatie (hierna: EFF). In december 2016 heeft het EFF een nieuwe editie van deze gedragscode tot stand gebracht. Evenals de voorgaande gedragscode is deze nieuwe gedragscode beknopt en vrij algemeen geformuleerd. De vroegere Europese Erecode (althans de Nederlandse vertaling daarvan vanuit de NFV) had weinig invloed op de praktijk vanwege dat algemene en beknopte karakter en omdat franchisegevers die formeel aangesloten waren bij de NFV deze code niet altijd toepasten. Bovendien werd deze code door de rechtspraak niet benut als een inhoudelijk referentiepunt bij het beoordelen van geschillen, met name vanwege het globale en niet-bindende karakter. Deze zelfregulering heeft daarmee tot dusver niet geleid tot een oplossing voor de genoemde knelpunten. De komst van de nieuwe Europese gedragscode zal dit gelet op de min of meer gelijklopende globale inhoud naar verwachting niet anders maken.

2. Aanloop naar een Nederlandse gedragscode franchising

2.1. Duiding van de franchising problematiek

De franchisesector is als gezegd van aanzienlijk economisch belang voor Nederland. Daarom is in het najaar van 2014 besloten dat het niet wenselijk is de gesignaleerde en hardnekkige problemen in de franchisesector nog langer op hun beloop te laten. Om tot een nadere duiding te komen van de problemen die zijn benoemd in de media, in onderzoeksrapporten en in Kamervragen, en om af te tasten in hoeverre partijen zich in het geschetste beeld herkennen, is in de loop van 2014 een groot aantal gesprekken met partijen uit de sector gevoerd. Vanuit het Ministerie van Economische Zaken is contact gezocht met vertegenwoordigers van franchisegevers en franchisenemers en met dienstverleners die in de franchisesector actief zijn.

Door middel van interviews is het beeld bevestigd dat de problemen worden veroorzaakt door twee ontwikkelingen die zich in de afgelopen jaren in de franchisebranche hebben afgetekend. De eerste ontwikkeling is het steeds vaker waargenomen misbruik van het franchise-concept voor frauduleuze of misleidende handelspraktijken. De tweede betreft het grote verschil in onderhandelingspositie tussen de franchisegever en de franchisenemer binnen op zichzelf (vooralsnog) gezonde franchiseketens. Door het overwicht van de franchisegever op de keten ontstaan soms situaties die voor de franchisenemers onbillijk zijn en hun mogelijkheden om hun onderneming op een winstgevende manier te drijven, inperken. Binnen een franchiseketen liggen de macht en het initiatief primair bij de franchisegever. Deze is rechthebbende op de franchiseformule, bepaalt geheel zelfstandig vorm en inhoud daarvan en is voorts

penvoerder bij het opstellen van de franchiseovereenkomst met elk van de franchisenemers. De franchisenemer is formeel een zelfstandige ondernemer die voor eigen rekening en risico de franchiseformule exploiteert in een bepaalde vestiging (of via een website), maar in de praktijk is de franchisenemer relatief afhankelijk van de franchisegever. Dit is zeker het geval wat betreft de informatieverstrekking over de mogelijkheden en risico's verbonden aan de exploitatie van de formule en de ontwikkelingen in de markt (zowel voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst als tijdens de looptijd daarvan). Ook wat betreft aanvangsopleidingen en ondersteuning op bijvoorbeeld logistiek vlak is de franchisenemer afhankelijk van de franchisegever. De franchisenemer heeft veelal ook geen of slechts zeer beperkt invloed op de inhoud van de overeenkomst. Dergelijke factoren zorgen op zichzelf reeds voor een intrinsiek onevenwichtige situatie. In de praktijk leidt dit in een aantal gevallen tot problemen binnen de relatie tussen franchisegever en (aspirant-)franchisenemer. Dergelijke problemen doen zich met name in bepaalde branches vrij hardnekkig voor. De onevenwichtigheid in de relatie tussen franchisegever en franchisenemer is onder meer bezwarend wanneer het beëindigen van een franchiserelatie voor deze laatste nieuwe nadelen met zich meebrengt doordat het contract op het punt van de beëindiging van de overeenkomst te weinig rekening houdt met de belangen van de franchisenemer. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan clausules op grond waarvan de franchisenemer verplicht wordt om zijn onderneming bij beëindiging van de franchiseovereenkomst te verkopen aan de franchisegever onder voor de franchisenemer zeer ongunstige voorwaarden en aan te breed geformuleerde concurrentiebedingen. Toepassing daarvan kan aanzienlijke negatieve gevolgen voor de franchisenemer met zich brengen, zoals bijvoorbeeld substantieel persoonlijk vermogensverlies of een faillissement. Ondertussen kan de betreffende franchiseketen als zodanig veelal intact blijven doordat de franchisegever onder dezelfde bezwarende voorwaarden (en daarmee met dezelfde risico's voor de franchisenemer) eenvoudigweg een nieuwe franchisenemer aantrekt die de betreffende vestiging gaat exploiteren. Dergelijke praktijken hebben maatschappelijke en economische schade tot gevolg. Franchisenemers hebben in diverse gevallen getracht de zich voordoende onbillijke, bezwaarlijke situaties via een gerechtelijke procedure aan de kaak te stellen, te (doen) beëindigen en schade vergoed te krijgen. Toch blijkt het voor hen zeer moeilijk om met succes het tot op heden beschikbare civielrechtelijke instrumentarium aan te wenden, zoals verderop in deze memorie nader uiteen wordt gezet. Dit alles wijst erop dat ter bescherming van de franchisenemer meer specifieke franchisekaders noodzakelijk zijn.

2.2 Noodzaak gedragscode en feitelijke totstandkoming

Na deze initiële verkenning van de problemen zijn plenaire bijeenkomsten gehouden met een grote groep belanghebbenden. In dat kader is onder meer nagedacht over de doelstellingen voor de sector tot en met 2020 en wat er nodig is om een gezonde en bloeiende franchisesector te hebben.

Bij deze gelegenheid hebben de aanwezigen zich unaniem uitgesproken voor de noodzaak om een franchise gedragscode op te stellen die houvast kan bieden aan de sector voor het op correcte en evenwichtige wijze inrichten van de onderlinge samenwerking en die tevens een inhoudelijk beoordelingskader biedt voor geschilbeslechting in franchiserelaties. Deze nieuwe franchisecode zou moeten worden geschreven door een commissie van ervaringsdeskundigen die zo dicht mogelijk bij de franchisepraktijk moet staan.

Om de sector te faciliteren in het opstellen van een gedragscode, heeft de Minister van Economische Zaken een procedurevoorstel gedaan inzake de benoeming van een schrijfcommissie. Via de NFV zijn twee leden voor de franchisegevers in de schrijfcommissie benoemd. De franchisenemers hebben via een schriftelijke stemronde hun vertegenwoordigers in de schrijfcommissie gekozen. De schrijfcommissie heeft van het Ministerie van Economische Zaken ambtelijke en logistieke ondersteuning ontvangen.

Bij de start van het proces bestond grote consensus over de wenselijkheid van een nieuwe gedragscode. Ook was evident dat franchisegevers en franchisenemers beide gebaat zouden zijn bij gedragsregels die bijdragen aan het voorkomen en, waar nodig, in goed overleg oplossen van verschillen van inzicht met betrekking tot de gezamenlijke exploitatie van een franchiseformule. Zowel franchisegevers als franchisenemers hebben, op aangeven van de schrijfcommissie, een denktank gevormd om de leden van de schrijfcommissie van advies te kunnen dienen. De uitnodiging van leden voor participatie in de denktanks is overgelaten aan de vertegenwoordigende organisaties achter de leden van de schrijfgroep, het Vakcentrum aan franchisenemerszijde en de NFV aan franchisegeverszijde. Op deze wijze is geborgd dat eenieder die daar belang bij had in de gelegenheid is gesteld om deel te nemen aan het overleg.

2.3. Consultaties nieuwe gedragscode

In juni 2015 heeft de schrijfcommissie een eerste integrale tekst van de nieuwe gedragscode, de Nederlandse Franchise Code (hierna: NFC) voor consultatie openbaar gemaakt. Van de consultatiereacties was ongeveer de helft onverkort instemmend. In een deel van deze positieve reacties werd bovendien opgeroepen tot wettelijke verankering van de NFC om zodoende naleving van de code te bevorderen. De andere helft van de reacties was overwegend kritisch. Deze kritiek richtte zich op dat moment vooral op de concrete formuleringen van het concept. Het principe van een gedragscode werd in essentie ondersteund. Een deel van de reacties was uitgesproken negatief.

In dat kader heeft een deel van de sector, specifiek aan franchisegeverszijde, zich verzet tegen invoering van een code die verder gaat dan het doen van globale suggesties voor onderwerpen die in de franchiseovereenkomst aan bod zouden kunnen komen. De door dit deel van de sector voorgestane

benadering van de NFC is echter niet gevolgd door de schrijfcommissie. De door deze franchisegevers gevraagde mate van vrijblijvendheid is niet verenigbaar geacht met de doelstelling van de NFC, namelijk om steviger richtlijnen te bieden dan de bestaande NFV erecoede, en zo de belangen van franchisenemers te behartigen door onevenwichtige franchiserelaties te voorkomen en de geconstateerde misstanden terug te dringen. Er is behoefte aan een normenkader dat voldoende inhoudelijk is om als toetssteen te dienen bij geschilbeslechting.

Omdat op onderdelen de consultatiereacties tegenstrijdige aanbevelingen inhielden voor verbetering van de concept-NFC, is op 3 september 2015 een consultatiebijeenkomst belegd. Voor deze bijeenkomst zijn alle partijen uitgenodigd die een consultatiereactie hadden ingestuurd. Bij de bijeenkomst zijn zij onderling met elkaar in discussie gegaan en hebben zij gezamenlijk aanbevelingen voor de schrijvers van de NFC geformuleerd. Uitkomsten van de consultatiebijeenkomst waren onder andere: steun voor het verder werken aan de code, met name door het verwerken van de tekstuele punten van commentaar; behoefte aan bredere denktanks om de schrijfcommissie bij het vervolgotraject te ondersteunen; steun voor het belang van de code als instrument om de samenwerking binnen de franchisesector te verbeteren; aandacht voor de vereiste flexibiliteit om verschillende franchisemodellen en verschillende bedrijfsgroottes te faciliteren en behoefte aan een mechanisme om implementatie van de code te bevorderen en naleving van de code te borgen.

Gebleken is dat de bij bepaalde franchisegevers aanwezige weerstand tegen de NFC niet verminderde na verwerking van hun tekstuele punten van commentaar. Er zijn nog diverse bijeenkomsten en gesprekken gewijd aan het verhelderen van bepaalde onderdelen van de gedragscode om vermeende 'schadelijke effecten' die de NFC volgens diverse franchisegevers zou hebben op franchising als verdienmodel weg te nemen. Vanuit betrokkenen zijn uiteindelijk ondanks herhaalde verzoeken van de schrijfcommissie en van het Ministerie van Economische Zaken geen concrete problemen of obstakels naar voren gebracht. Tegenover deze weerstand van een relatief kleine groep, doorgaans grote, ondernemingen, bleek¹ een meerderheid te staan die geen bezwaren had tegen de NFC en die de NFC in overeenstemming achtte met een gezond franchisemodel of met een reeds lang bestaande en bevredigende praktijk.

De werkzaamheden van de schrijfcommissie hebben geleid tot de formele totstandkoming van de NFC. De NFC is op 17 februari 2016 aan de Minister van Economische Zaken aangeboden (zie Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 165).

¹ <https://denationalefranchisegids.nl/franchisenieuws/enquete-toont-meerderheid-van-franchisegevers-dat-voor-nfc-is/>

3. Wettelijke verankering NFC

3.1. Bijzondere overeenkomst

Het traject dat heeft geleid tot de NFC is in eerste instantie ingezet als zelfregulering. Gaandeweg is echter duidelijk geworden dat een deel van de franchisegevers zich zou blijven verzetten tegen de NFC. Omdat in deze groep juist ook ketens vertegenwoordigd waren, waarin de hierboven geschetste problematische verhoudingen met de franchisenemers speelden, is het wenselijk om de toepassing van de NFC een wettelijk kader te geven. Zo kan een brede, meer structurele en juiste toepassing van de gedragscode door franchisegevers worden geborgd die evident noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van de franchisenemers, in het bijzonder in franchiserelaties waarin franchisenemers minder sterk staan en dit schadelijke gevolgen heeft voor hun marktpositie en daarmee ook voor het economische speelveld. Wettelijke verankering van de gedragscode wordt gezien als een belangrijke factor om die schadelijke gevolgen daadwerkelijk terug te dringen. Het enkele bestaan van de gedragscode die aanzet tot transparantie en redelijk handelen van de franchisegever jegens de franchisenemer in het bijzonder, blijkt hiertoe onvoldoende. Het verzet tegen de gedragscode door bepaalde franchisegevers is onverkort aanwezig. Dit onderstreept de noodzaak tot wettelijke verankering van de gedragscode om de positie van de franchisenemer te versterken. Toepassing van de gedragscode is daarbij het uitgangspunt. Daarbij is echter onderkend dat niet alle bepalingen van de NFC onverkort op alle franchiseformules in alle branches kunnen worden toegepast. Dit is geadresseerd door in de voorgestelde regeling expliciet het 'pas toe of leg uit' beginsel te hanteren. Op basis van dat principe vormt toepassing van de gedragsnormen weliswaar het uitgangspunt, maar kunnen partijen in voorkomende gevallen besluiten een of meer van deze normen buiten toepassing te laten of daarvan af te wijken. Dit zal zich vooral voordoen met betrekking tot gedragscodevoorschriften die feitelijk niet toepasbaar zijn in een concrete situatie. Zo kan bijvoorbeeld een franchisegever die net begint met het opzetten van een keten en initieel slechts één franchisenemer heeft, nog niet voldoen aan de gedragscodeverplichting om een franchisenemersvereniging in het leven te roepen. Het buiten toepassing laten of afwijken van de gedragscode dient dan expliciet te worden overeengekomen en deugdelijk te worden onderbouwd op een voor de franchisenemer transparante wijze. Deze uitleg kan worden geboden door aan de franchiseovereenkomst, die aan een aspirant-franchisenemer wordt voorgelegd, bijvoorbeeld een bijlage te hechten, als onderdeel van de overeenkomst, die goed inzichtelijk maakt op welke onderdelen het aangeboden contract afwijkt van de NFC en waarom voor deze afwijking is gekozen. Dit helpt de aspirant-franchisenemer bij het beoordelen van de aangeboden overeenkomst.

De wettelijke verankering van de NFC wordt vormgegeven door de introductie van een nieuwe Titel 6 in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) waarin een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst wordt opgenomen. Op basis van die regeling wordt het mogelijk om bij algemene maatregel van bestuur

een gedragscode of onderdelen daarvan aan te wijzen. In eerste instantie zal dat (een deel van) de NFC 2016 zijn.

Voorgesteld wordt een eenvoudige wettelijke regeling als steun in de rug voor het gebruik van de gedragscode, met als doel om de positie van de franchisenemer te versterken en er op die manier voor te zorgen dat zowel voorafgaand aan als na het sluiten van een franchiseovereenkomst de belangen van de franchisegever en die van de (aspirant-)franchisenemer meer in balans worden gebracht. Het wetsvoorstel regelt alleen de meest essentiële elementen die daarvoor nodig zijn. Naast de noodzakelijke begripsbeschrijvingen is een aantal onderwerpen weergegeven waarover in de code voorschriften moeten zijn opgenomen, wil deze vervolgens geheel of deels in aanmerking komen om aangewezen te worden (artikel 399g, eerste lid). Om te beginnen gaat het om de werving en selectie van franchisenemers. De voorschriften daaromtrent houden bijvoorbeeld in dat franchisegevers duidelijk communiceren aan potentiële franchisenemers welke competenties, opleiding en financiële middelen nodig zijn om de franchiseformule te kunnen exploiteren. Voorts wordt een aantal onderwerpen vermeld die onderdeel uit moeten maken van de door de franchisegever aan de franchisenemer te verstrekken informatie. Hierbij gaat het vooral om allerlei financiële en andere economische gegevens op basis waarvan de potentiële franchisenemer een deugdelijk besluit kan nemen over de vraag of hij de franchiseformule gaat exploiteren of niet. Tevens zal de code betrekking hebben op het aangaan van een voorovereenkomst. Duidelijk moet zijn wat dat betekent voor met name de franchisenemer. Omdat de franchisegever en de franchisenemer een waarschijnlijk langdurige samenwerking aangaan, moet ook duidelijk zijn wat zij van elkaar kunnen verwachten gaande de rit en op welke wijze onderling overleg plaatsvindt. Tenslotte zal de code ook een regeling moeten bevatten ten aanzien van de alternatieve geschillenbeslechting.

Om het hiervoor beschreven resultaat te bereiken, is bepaald dat de franchisegever en franchisenemer de in de algemene maatregel van bestuur aangewezen gedragscode in beginsel zullen toepassen. De franchisegever en de franchisenemer kunnen afspraken blijven maken die afwijken van de gedragscode, maar dan alleen onder de voorwaarden beschreven in artikel 399g, tweede lid. Transparantie omtrent het feit dat wordt afgeweken van de gedragscode en waarom, is essentieel. Het volstaat niet wanneer duidelijk en begrijpelijk wordt bepaald dat wordt afgeweken, in de zin dat de franchisenemer snapt wat er staat. Er moet ook een “deugdelijke” motivering worden gegeven voor de afwijking, in de zin dat helder dient te zijn gemotiveerd waarom die specifieke afwijking nodig is. Met andere woorden, uitgelegd moet worden waarom een bepaald voorschrift of element uit de gedragscode in een specifieke situatie of branche niet werkbaar is. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen blijkens de voorgestelde regeling nadere regels worden gesteld over hoe de afwijking van de gedragscode zal moeten worden toegelicht en op welke manier deze motivering kenbaar dient te worden gemaakt aan de franchisenemer (artikel 399g, derde lid). Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de motivering in een bijlage bij de

overeenkomst kan worden opgenomen, zolang deze bijlage maar aan de overeenkomst is gehecht. Daarmee maakt de bijlage namelijk onderdeel uit van de overeenkomst. Aangezien de franchisegever doorgaans penvoerder is bij het opstellen van de franchiseovereenkomst, ligt het op zijn weg om de motivering op te stellen. Hij heeft hier ook belang bij, want een contractueel beding waarin van de gedragscode wordt afgeweken dat niet goed is gemotiveerd en daarmee niet voldoet aan artikel 399g, tweede lid, kan op grond van artikel 399g, vierde lid, worden vernietigd door de franchisenemer. Na een dergelijke vernietiging valt men voor het desbetreffende punt weer terug op de gedragscode.

Om zoveel mogelijk ruimte te laten aan het bedrijfsleven zelf, worden de regels van de code op zichzelf dus niet in wetgeving vastgelegd, maar wordt een gedragscode aangewezen die in beginsel moet worden toegepast. Dat biedt de partijen de mogelijkheid om zelf hun spelregels vast te leggen, zij het langs de lijnen van de gedragscode. Die spelregels behoren voor de franchisenemer geen onredelijke, onbillijke of onredelijk bezwarende gevolgen te hebben.

De aanwijzing van een gedragscode geschiedt bij algemene maatregel van bestuur. Dat maakt het ook mogelijk om, indien nodig, relatief snel een andere of een gewijzigde code aan te wijzen.

3.2. Verhouding tot andere regelgeving

De franchiseovereenkomst is een '*overeenkomst*' zoals gedefinieerd in artikel 6:213 BW; het betreft immers een meerzijdige rechtshandeling, waarbij in dit geval de franchisegever en de franchisenemer over en weer verbintenissen aangaan. Daarbij doet de franchisegever doorgaans het aanbod, dat vervolgens door de franchisenemer wordt aanvaard (artikelen 6:217 tot en met 6:225 BW). Dit betekent dat op de franchiseovereenkomst van toepassing is de algemene regeling betreffende overeenkomsten die is neergelegd in titel 5 van boek 6 van het BW. Aangezien het sluiten van een overeenkomst een rechtshandeling is, is ook de regeling van rechtshandelingen in titel 2 van boek 3 van het BW van belang. Verder schept de overeenkomst verbintenissen, waarvoor titel 1 van boek 6 van het BW een algemene regeling geeft. Van groot belang in dit verband is artikel 6:248, eerste lid, BW. Dit artikel bepaalt dat overeenkomsten niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen hebben, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

Het onderhavige wetsvoorstel treft een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst. Het is daarbij de bedoeling om de positie van de franchisenemer – die doorgaans zwakker is dan die van de franchisegever – te versterken. Om dit resultaat te bereiken is in het voorgestelde artikel 7:399g, tweede lid, BW bepaald dat de franchisegever en de franchisenemer de op basis van het eerste lid aangewezen gedragscode dienen toe te passen. Zoals opgemerkt, volgt uit artikel 6:248, eerste lid, BW dat de rechtsgevolgen van de overeenkomst – dat wil zeggen de rechten en verplichtingen van partijen – mede worden bepaald door de wet. Hieruit volgt dat artikel 399g, tweede lid, meebrengt dat de gedragscode

onderdeel wordt van de overeenkomst en dat de uit de gedragscode voortvloeiende rechten en plichten zullen moeten worden nageleefd. De franchisegever en de franchisenemer kunnen afspraken blijven maken die afwijken van de gedragscode, maar dan alleen wanneer zij een schriftelijke franchiseovereenkomst aangaan en daarin een duidelijk en begrijpelijk beding opnemen waarin is bepaald dat van de in de gedragscode opgenomen voorschriften wordt afgeweken en op welke wijze dit gebeurt, en een toelichting waarom daar in de gegeven omstandigheden voor gekozen is (artikel 399g, tweede lid). Alleen wanneer hieraan is voldaan, mag ervan worden uitgegaan dat de franchisenemer een weloverwogen beslissing heeft kunnen nemen over het aangaan van de franchiseovereenkomst die op bepaalde punten afwijkt van de binnen de franchisebranche gebruikelijke en wettelijk verankerde voorschriften.

Gelet op het voorgaande is in de volgende twee situaties sprake van overtreding van de nieuwe regeling:

- de franchisegever houdt zich niet aan de gedragscode en er is in de franchiseovereenkomst ook geen beding opgenomen waarin is bepaald dat van deze code wordt afgeweken, of
- de franchisegever houdt zich niet aan de gedragscode, want hij beroept zich op een in de franchiseovereenkomst opgenomen beding waarbij van de gedragscode wordt afgeweken, maar dit beding of de daarbij behorende motivering voldoet niet aan artikel 399g, tweede lid, dan wel de betreffende motivering ontbreekt volledig.

In de eerste situatie komt de franchisegever de gedragscode niet na en houdt hij zich dus niet aan de wet. Dit betekent ook dat hij zich niet houdt aan de verplichtingen die overeenkomstig de wet op hem rusten op basis van de gedragscode, die onderdeel uitmaakt van de franchiseovereenkomst (artikel 7:399g, tweede lid jo 6:248 BW). Er is daarmee sprake van een wanprestatie van de franchisegever (artikel 6:74 BW). De franchisenemer kan de franchisegever hierop aanspreken en hij kan – al dan niet middels een beroep op de rechter – afdwingen dat de wettelijk vastgestelde gedragscode in het vervolg wel zal worden toegepast. Ook kan de franchisenemer de schade die hij reeds heeft ondervonden doordat de franchisegever de gedragscode niet heeft nageleefd, op de franchisegever verhalen.

In de tweede situatie gaat het om een beding dat onduidelijk is geformuleerd of ondeugdelijk is gemotiveerd. Omdat het beding daarmee niet voldoet aan artikel 399g, tweede lid, kan de franchisenemer dit beding vernietigen (artikel 399g, vierde lid). Concreet betekent de vernietiging van het beding dat de franchisegever zich niet langer op het beding zal kunnen beroepen. Nu het beding door de vernietiging komt te vervallen, is de franchisegever gehouden de gedragscode toe te passen. Ook nu kan de franchisenemer de franchisegever hierop aanspreken en kan hij – al dan niet middels een beroep op de rechter – afdwingen dat de gedragscode in het vervolg zal worden nageleefd. De vernietiging heeft terugwerkende kracht (artikel 3:53 BW). Daardoor kan de franchisenemer de schade die hij reeds heeft ondervonden doordat de franchisegever de gedragscode niet heeft nageleefd, op de franchisegever verhalen.

In aansluiting op het voorgaande is nog van belang om op te merken dat artikel 399g, tweede lid, de franchisegever geen onbegrensde mogelijkheden biedt om van de gedragscode afwijkende bedingen voor te stellen. Allereerst is hier de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van belang (artikel 6:2 en 6:248 BW). Nu de voorgestelde regeling zijn basis vindt in het algemene verbintenissenrecht, speelt de redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol. In artikel 6:2 BW is – kort gezegd – bepaald dat een schuldenaar en schuldeiser verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Meer concreet houdt artikel 6:2, eerste lid, BW in dat partijen bij een verbintenis niet enkel oog dienen te hebben voor hun eigen belangen, maar ook de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van hun wederpartij in het oog moeten houden. Toepassing van de redelijkheid en billijkheid kan ertoe leiden dat de rechtsgevolgen die uit de overeenkomst voortvloeien worden ingeperkt (beperkende werking) of juist worden aangevuld (aanvullende werking). Artikel 6:248, tweede lid, BW vormt – wat betreft het overeenkomstenrecht – een nadere uitwerking van artikel 6:2, eerste lid, BW. Partijen hebben weliswaar een grote mate van contractuele vrijheid, maar op basis van art. 6:248, tweede lid, BW geldt dat een tussen partijen overeengekomen contractuele afspraak niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hieruit volgt dat wanneer in de franchiseovereenkomst in een goed geformuleerd en gemotiveerd beding wordt afgeweken van de gedragscode de rechter zou kunnen bepalen dat het beding toch niet van toepassing is, omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn voor de franchisenemer. De rechter zal de rechtsgevolgen van de overeenkomst moeten bijstellen en moeten bepalen hoe partijen zich jegens elkaar hebben te gedragen. Nu er een gedragscode is, zal het voor de rechter eenvoudiger worden om hierin een beslissing te nemen. Hij kan bepalen dat de franchisegever alsnog gehouden is om de gedragscode toe te passen.

Voorts kan ook Afdeling 6.5.3 (Algemene voorwaarden) BW nog een beperking opwerpen tegen afwijkende bedingen. Betreft de van de gedragscode afwijkende contractsbepaling een beding dat de franchisegever standaard hanteert in alle franchiseovereenkomsten die hij sluit met franchisenemers, en geeft dit beding niet de kern van de prestatie aan, dan is sprake van een algemene voorwaarde. Een dergelijk standaardbeding is vernietigbaar op basis van artikel 6:233, onderdelen a en b, BW indien:

- *“het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor [de franchisenemer]”,* of
- *“de [franchisegever] aan de [franchisenemer] niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen”.*

Op basis van artikel 6:235 BW kunnen ‘grote’ contractspartijen geen beroep doen op artikel 6:233, onderdelen a en b, BW. Het zal echter zelden voorkomen dat een franchisenemer aan te merken is als een ‘grote wederpartij’ in de zin van artikel 6:235 BW.

In paragraaf 2.1 van deze toelichting is opgemerkt dat bepaalde problemen in de franchisebranche terug te voeren zijn op misbruik van het franchise-concept voor frauduleuze of misleidende handelspraktijken. Wat betreft deze situaties kan worden opgemerkt dat franchisenemers hiervoor reeds een beroep kunnen doen op de leerstukken van dwaling (artikel 6:228 BW) en bedrog (artikel 3:44, derde lid, BW), uiteraard met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Kort gezegd, kan een franchisenemer met een beroep op deze bepalingen een franchiseovereenkomst die hij onder normale omstandigheden nimmer zou zijn aangegaan, vernietigen en zich schadeloos laten stellen. Verder zou in een voorkomend geval sprake kunnen zijn van acquisitiefraude (art. 6:194, tweede en derde lid, BW), in welk geval een franchisenemer vergoeding van de daardoor geleden schade kan vorderen. Acquisitiefraude is bovendien strafbaar gesteld.

Tenslotte wordt opgemerkt dat franchiseovereenkomsten vallen onder het mededingingsrecht. Artikel 6 van de Mededingingswet - het kartelverbod - en het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel zijn hierbij vooral van belang. Ingevolge het kartelverbod zijn prijsafspraken tussen concurrenten, marktafbakeningen en gedwongen afnameverplichtingen niet, dan wel slechts in bijzondere gevallen toegestaan. Deze afspraken zullen vrijwel altijd de mededinging beperken. Lichtere afspraken als samenwerkingsovereenkomsten, gedragscodes en specialisatieovereenkomsten kunnen eveneens een mededingingsbeperkend effect hebben. Bij het sluiten van franchiseovereenkomsten zal dan ook bewaakt moeten worden dat de afspraken niet verboden zijn door het kartelverbod. Bepaalde activiteiten door samenwerkingsverbanden – waaronder de franchiserelatie te rekenen valt – zijn krachtens artikel 15 van de Mededingingswet vrijgesteld van het kartelverbod (Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel). Het gaat daarbij om afspraken met betrekking tot maximumprijzen bij reclameacties, of verplichte afname van goederen bij bepaalde leveranciers. Het spreekt voor zich dat de aan te wijzen gedragscode niet de strekking moet hebben ondernemingen aan te zetten tot afspraken die op grond van de Mededingingswet niet zijn toegestaan. In de NFC is ook benadrukt dat de afspraken conform het mededingingsrecht moeten zijn, zoals afspraken over afname van goederen en diensten en exclusiviteit.

Het Nederlandse mededingingsrecht sluit aan bij het Europees mededingingsrecht en beoogt niet strenger of soepeler te zijn dan het Europees mededingingsrecht. In het verlengde hiervan bepaalt artikel 12 van de Mededingingswet dat het kartelverbod niet geldt voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen waarvoor artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (het Europeesrechtelijke kartelverbod) krachtens een Europese vrijstellingsverordening buiten toepassing is verklaard. Voor franchising zijn dan met name de Groepsvrijstellingsverordening

verticale overeenkomsten² en de daarbij behorende Richtsnoeren³ van belang. In paragraaf 4 zal hierop nader in worden gegaan.

4. Verhouding tot Europees recht

Voor franchising is het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van goederen van belang. De economische activiteiten van franchisegever en franchisenemer die binnen hun franchiserelatie en onder de werking van de gedragscode vallen, hebben zowel betrekking op het aanbieden van goederen als diensten. Nu de verplichting tot het toepassen van de gedragscode mede ziet op het aanbieden van diensten in de context van een franchiserelatie, is de Dienstenrichtlijn van toepassing⁴. De verplichting in de onderhavige regeling tot toepassing van de aangewezen gedragscode of gemotiveerde afwijking daarvan, is een eis in de zin van artikel 4, onderdeel 7, van de Dienstenrichtlijn. Het is immers een wettelijke bepaling die een franchisegever en een franchisenemer in acht dienen te nemen bij de toegang tot en de uitoefening van hun dienstverrichting, namelijk de uitoefening van de franchiseactiviteiten. De desbetreffende eis is een eis die van toepassing is zowel in situaties waarop de dienstverrichters in Nederland zijn gevestigd als in situaties waarbij sprake is van grensoverschrijdende dienstverrichtingen.

De eis zoals opgenomen in dit wetsvoorstel valt niet onder een van de absoluut verboden eisen zoals opgesomd in artikel 14 van de dienstenrichtlijn. Ook komt de eis niet voor in de lijst limitatief opgesomde eisen in artikel 15, tweede lid, van de dienstenrichtlijn waarvoor een beoordeling aan de hand van artikel 15, derde lid, van de dienstenrichtlijn dient plaats te vinden. De eis dient wel te worden beoordeeld aan de hand van artikel 16, eerste en derde lid, van de dienstenrichtlijn, omdat de eis de grensoverschrijdende uitoefening van een dienstenactiviteit mede afhankelijk maakt van de wettelijke verplichtingen opgenomen in dit wetsvoorstel. De eis zal dan ook overeenkomstig artikel 39, vijfde lid, van de dienstenrichtlijn genotificeerd worden.

Bij de toetsing van deze wettelijke eis aan de criteria van artikel 16, eerste en derde lid, van de dienstenrichtlijn kan allereerst worden geconstateerd dat de wettelijke eis non-discriminatoire is. De eis maakt geen onderscheid naar nationaliteit, vestigingsplaats, type branche, grootte van de franchiseketen of anderszins en is derhalve niet-discriminerend.

De eis is gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang, in het bijzonder de redenen van openbare orde zoals nader toegelicht in overweging 41 van de Dienstenrichtlijn. Uit het genoemde EIM-rapport uit 2009 is reeds naar voren gekomen dat franchisenemers zich in een vrij zwakke, kwetsbare positie bevinden ten opzichte van de franchisegevers. De franchisegever heeft veel macht om de

² Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU L 102)

³ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Europese Commissie, 2010/C 130/01

⁴ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PbEU L376.

strategie van de formule te bepalen en daarmee het lot van de franchisenemer. De bestaande Europese Erecode heeft deze onbalans niet kunnen wegnemen. Voor zover invoering van regelgeving betreffende franchising in 2009 wellicht nog een brug te ver was, is uit de aanhoudende berichten in diverse media naar voren gekomen dat de gesignaleerde problemen niet zijn afgenomen. Dit beeld werd bevestigd in de in paragraaf 2 van deze memorie beschreven gesprekken in 2014 en 2015 met franchisegevers en franchisenemers. Tegen deze achtergrond is de onderhavige wettelijke verankering van een gedragscode betreffende franchising gerechtvaardigd te achten. Dit geldt temeer nu ook binnen de Europese Unie aandacht is voor de genoemde problemen en daar momenteel gepleit wordt voor specifieke Europese regelgeving die moet leiden tot het vergroten van het vertrouwen in franchising, borging van precontractuele 'netheid' tussen partijen onderling en het opleggen van rechten en verplichtingen⁵. De onderhavige wettelijke voorschriften kunnen derhalve worden gezien als flankerende nationale maatregelen om de betrokken partijen aan te moedigen om samen te werken om de kwaliteit van de dienstverrichtingen op het gebied van franchising te verbeteren en gelijktijdig de relatie tussen de franchisegever en de franchisenemer meer in evenwicht te brengen.

De wettelijke eis is evenredig te achten doordat niet de concrete verplichtingen die in de code zijn vervat wettelijk worden vastgelegd, maar ruimte wordt geboden om een door partijen zelf tot stand gebrachte gedragscode toe te passen of, in voorkomend geval, gemotiveerd daarvan af te wijken. Binnen deze kaders kunnen franchisegever en -nemer optimaal gebruik blijven maken van hun verdere contractsvrijheid en tot maatwerk komen voor de betreffende branche en in het betreffende geval, terwijl daarbij tegelijkertijd de belangen van franchisenemers in de in essentie onevenwichtige relatie tussen franchisegever en franchisenemer worden geborgd.

Binnen het Europese recht zijn naast het vrij verkeer van diensten uiteraard ook het vrij verkeer van vestiging en het vrij verkeer van goederen van belang. Indien echter gekeken wordt naar het zwaartepunt van de economische activiteiten binnen de franchiserelatie tussen franchisegever en franchisenemer, moet worden vastgesteld dat dit zwaartepunt veelal ligt bij de elementen die verband houden met het vrij verkeer van diensten. De onderhavige wettelijke eis dient dan ook vooral gezien te worden in het licht van de beginselen van het vrij verkeer van diensten.

Europeesrechtelijk is tevens het mededingingsrecht van belang. In paragraaf 3.2 van deze memorie zijn de nationale mededingingsrechtelijke kaders besproken. Indien sprake is van (mogelijke) beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten, is het Europese mededingingsrecht mede van toepassing. Dit heeft directe werking in lidstaten en heeft voorrang op het nationale mededingingsrecht.

Het Europeesrechtelijk kartelverbod is vervat in artikel 101, eerste lid, van het VWEU. Het verbiedt alle samenwerking tussen ondernemingen die de mededinging op de markt (merkbaar) beperkt, voor zover

⁵ "Legal perspective of the regulatory framework and challenges for franchising in the EU", 2016, Directorate General for Internal Politics, Policy Department A: Economic and Scientific Policy ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587317/IPOL_STU\(2016\)587317_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587317/IPOL_STU(2016)587317_EN.pdf))

de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed. Franchising is een vorm van samenwerking, die met name verticale beperkingen van de mededinging kent. Indien echter voldaan wordt aan de voorwaarden vervat in de Groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten, worden deze afspraken geacht niet in strijd te zijn met het kartelverbod (zowel nationaal als Europees). Zoals ook in de vorige paragraaf ten aanzien van het nationale mededingingsrecht al is aangegeven, geldt ook in het licht van het Europees mededingingsrecht dat de aan te wijzen gedragscode als zodanig er niet toe mag aanzetten dat afspraken tot stand komen die niet verenigbaar zijn met het mededingingsrecht. Naleving van de code dient derhalve mee te brengen dat voldaan wordt aan de voorwaarden van de Groepsvrijstellingsverordening verticalen en dat onder meer het kartelverbod niet wordt overtreden.

5. Regulering in andere landen

In sommige landen is sprake van strenge en gedetailleerde regelgeving voor franchising. Dit leidt niet, zoals door sommige franchisegevers wordt betoogd, tot het verdwijnen van franchising als businessmodel in de betreffende markten.

In Nederland draagt de franchisesector ongeveer 3,6% bij aan het BNP⁶. Dat is meer dan het Europese gemiddelde van bijna 1,9% van het BNP. In de VS draagt franchising bijna 6% bij aan het BNP en in Australië zelfs 10,8%. Zowel in de VS als in Australië is sprake van stringente regelgeving voor de franchisesector, waarmee problemen zoals die zich de laatste jaren in Nederland hebben voorgedaan, worden verminderd. Deze stringente regelgeving lijkt dan ook geen afbreuk te doen aan de economische kracht van franchising, maar deze juist te versterken.

Uit recent onderzoek in opdracht van het Europees Parlement blijkt dat juist in de landen met zeer uitgebreide en strenge regulering (VS en Australië), franchise een veel hoger percentage aan het BNP bijdraagt dan in Europa. Regulering lijkt de sector in economische zin dus goed te doen.

In de VS heeft de precontractuele informatieplicht een centrale plaats in de (federale) regelgeving. Daarnaast is in diverse staten sprake van een registratieverplichting voordat franchise-aanbiedingen in de betreffende staat mogen worden gedaan en veelal ook van overheidstoezicht op de inhoud van aanbiedingen.

Voor zover er binnen de EU sprake is van nationale regulering van franchise, ligt de nadruk, net als in de VS, op de precontractuele informatieplicht. Dit geldt in Frankrijk, Spanje, Italië, Roemenië, Zweden, Estland, Letland en België.

Australië kent een zeer uitvoerig stelsel van franchiseregulering en overheidstoezicht op de naleving daarvan. De Australische Franchise Code of Conduct is opgesteld door de Australian Competition and

⁶ Het BNP in 2014 is becijferd op 880 miljard. De omzet in de franchisesector in 2014 is volgens de NFV gesteld op 31,6 miljard, zie [Franchise monitor 2016](#).

Consumer Commission (vergelijkbaar met ACM in Nederland) die ook boetes kan opleggen of gerechtelijke procedures kan aanspannen tegen partijen die de Code of Conduct overtreden.

6. Gevolgen van de regeling

Verplichte toepassing van een gedragscode als de NFC draagt bij aan een meer evenwichtige verhouding tussen de belangen van de franchisegever en die van de franchisenemer, waarbij zowel de franchisegever als de franchisenemer voldoende ruimte behouden om als ondernemer te voorzien in hun inkomsten. Een goede en evenwichtige samenwerking is in beider voordeel want zij draagt bij aan een sterke en gezonde formule en daarmee ook aan een gezonde Nederlandse economie. De NFC is zodanig dat hij in allerlei sectoren gebruikt kan worden. Hij bevat de elementen die in elke franchiserelatie voor een goede samenwerking van belang zijn. Door het principe van toepassen of uitleggen, is er ruimte voor afwijken van de code, mocht dat in de rede liggen als gevolg van een specifiek kenmerk van een bepaalde franchiseformule binnen een bepaalde branche.

De algemene principes die in de code zijn opgenomen, staan innovatie in de verschillende franchisesectoren niet in de weg. Sterker nog, de NFC stimuleert juist verdere ontwikkelingen, nu hij voorziet in een verplichting voor zowel de franchisegever als de franchisenemer om elkaar informatie te verschaffen die nodig is voor het versterken en verder ontwikkelen van de franchiseformule.

Toepassing van een code over de volle breedte van de franchising biedt veel kleine ondernemers en starters de kans om goed geïnformeerd volgens een beproefde formule hun onderneming op te zetten. De franchisegevers zullen conform de code een deugdelijke ondersteuning bieden. Verder voorziet de franchisegever de franchisenemer van commerciële, operationele en logistieke ondersteuning. De franchisenemer zal zelf ook moeten investeren in het volgen van de door de franchisegever geboden opleidingen. Hij zal zich als zelfstandig ondernemer ook sterk moeten maken voor een gezonde ontwikkeling van zijn franchiseonderneming en zijn bijdrage moeten leveren aan het onderhouden van de gemeenschappelijke identiteit en reputatie. Gebruik van de code leidt er voor franchisegevers toe dat eenduidig is wat zij van hun franchisenemers mogen vragen. De code leidt daarmee ook tot een gelijk speelveld voor de franchisegevers.

Het is denkbaar dat als gevolg van de strengere regulering sommige franchisegevers er de voorkeur aan geven om hun markt te bedienen middels eigen filialen en niet meer in samenwerking met franchisenemers. Dit betekent dat ze de benodigde investeringen volledig voor hun eigen rekening zullen moeten nemen, maar in ruil daarvoor meer zeggenschap hebben en de ondernemingswinst uit de filialen niet zullen hoeven delen. Vooralsnog zijn er geen indicaties dat dit met de invoering van de voorgestelde regeling op grote schaal zal gaan gebeuren.

7. Uitvoering en handhaving

Op grond van de voorgestelde wettelijke regeling kan bij algemene maatregel van bestuur een gedragscode geheel of gedeeltelijk worden aangewezen. Deze wettelijke regeling vermeldt welke voorschriften in de gedragscode dienen te zijn vervat, wil deze voor gehele of gedeeltelijke aanwijzing in aanmerking komen. Zo wordt inzichtelijk welke aspecten van de franchise samenwerking expliciet aan de orde dienen te komen in de overeenkomst(en) tussen franchisegever en franchisenemer. Partijen passen de aan te wijzen gedragscode toe, tenzij de franchiseovereenkomst een duidelijk en begrijpelijk schriftelijk beding en een daarbij aansluitende schriftelijke (en deugdelijke) motivering omvat.

Beoogd wordt de NFC als gedragscode aan te wijzen. De NFC bevat voorschriften met een toelichting. De eventuele aanwijzing van de code ziet alleen op de voorschriften. Wel is het zo dat de toelichting in veel gevallen een aanbeveling geeft voor de inhoudelijke invulling en wijze van toepassing van de codevoorschriften.

De NFC bevat informatieverplichtingen die van toepassing zijn voorafgaand aan het aangaan van een nieuwe of gewijzigde franchiseovereenkomst en bij verlenging van lopende franchiseovereenkomsten. Het primaire effect hiervan is dat een (aspirant-)franchisenemer aan de hand van de code beter in staat gesteld wordt om te beoordelen of een aangeboden overeenkomst evenwichtig en volledig is en welke risico's er verbonden zijn aan het aangaan van de franchiseovereenkomst of het accorderen van voorgestelde wijzigingen.

Uitvoering van de bepalingen omtrent de inrichting van de overeenkomst en de motivering van eventuele afwijkingen van de NFC, alsmede de op grond van de NFC vereiste inrichting van een adequate overlegstructuur binnen de franchiseketen, is in beginsel opgedragen aan de franchisegever. De franchisegever is in de regel penvoerder van de overeenkomst en speelt een beslissende rol bij de inrichting van overlegstructuren.

Wanneer de franchisegever zich niet houdt aan de gedragscode en deze afwijking heeft vervat in een beding in de franchiseovereenkomst, kan het desbetreffende afwijkende beding op initiatief van de franchisenemer worden vernietigd indien dit beding of de vereiste motivering van de afwijking niet voldoet aan artikel 399g, tweede lid, of indien de desbetreffende motivering geheel ontbreekt. De voorgestelde wettelijke regeling bepaalt namelijk dat een dergelijk beding vernietigbaar is. Indien de franchisegever de gedragscode niet in acht neemt en deze afwijking ook niet in de vorm is gegoten van een duidelijk en begrijpelijk beding in de franchiseovereenkomst, is sprake van wanprestatie van de franchisegever. In al deze gevallen kan de franchisenemer – eventueel via een gerechtelijke procedure – de franchisegever dwingen tot toepassing van de gedragscode. Daarnaast kan de franchisenemer de geleden schade die is

veroorzaakt door het niet-naleven van de gedragscode door de franchisegever, op de franchisegever verhalen.

8. Regeldruk en financiële gevolgen

Zoals aangegeven zijn er in Nederland naar schatting gemiddeld 750 franchisegevers en ongeveer 30.200 franchisenemers. Deze franchisegevers en franchisenemers zijn actief binnen de detailhandel (food en non-food), horeca, zorg en uitzendbranche. Deze groep franchisegevers en franchisenemers bestaat voor ongeveer 60% uit mkb'ers, 30% valt in de categorie microbedrijf en 10% is zelfstandige zonder personeel.

Informatieverschaffing

De verplichting in de aan te wijzen gedragscode voor primair franchisegevers en deels ook franchisenemers om de andere partij zowel in de precontractuele fase als gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst de nodige informatie te verschaffen, vloeit over het algemeen in wezen ook al voort uit (de werking van) het algemene contractenrecht, zoals artikel 6:248 BW, maar meer specifiek bijvoorbeeld ook uit artikel 6:194 BW. Daarmee leidt de verplichting van de informatieverschaffing zelf niet tot extra kosten.

Aanpassen contracten

Het voorgestelde artikel 7:399g verplicht tot het toepassen dan wel deugdelijk gemotiveerd afwijken van de aan te wijzen gedragscode en regelt de gevolgen indien dat niet gebeurt. Concrete verplichtingen zoals die neergelegd zijn in de aan te wijzen gedragscode, zijn hierin niet vervat. De verplichting om de aan te wijzen gedragscode toe te passen, althans een afwijking daarvan deugdelijk te motiveren, kan niettemin op zichzelf reeds gevolgen hebben voor de regeldruk voor zowel franchisegevers als franchisenemers. Deze verplichtingen dwingen deze partijen immers om onderling goede afspraken te maken over met name overleg, informatievoorziening en ondersteuning, om zo tot toepassing van de code te kunnen komen of tot een deugdelijke onderbouwing van de redenen tot afwijking. De door partijen gehanteerde franchiseovereenkomsten dienen hierop te worden aangepast of ingericht. De kosten die gemoeid zijn met de naleving van deze verplichtingen (die bij een keuze voor toepassing van de code tevens de kosten omvatten voor naleving van de in de gedragscode zelf opgenomen verplichtingen) worden tot de inhoudelijke nalevingskosten gerekend. Deze liggen hoofdzakelijk bij de franchisegevers.

Alle contracten tussen franchisegevers en franchisenemers dienen in lijn te zijn met de gedragscode, en afwijkingen van de code moeten schriftelijk worden gemotiveerd. Het voert echter te ver om te eisen dat alle lopende franchiseovereenkomsten van de een op de andere dag (na inwerkingtreding van de

onderhavige wettelijke regeling) ofwel in lijn zijn met de gedragscode, ofwel dat hiervan overeenkomstig de eisen van artikel 399g, tweede lid, wordt afgeweken. Daarom wordt op basis van het overgangsrecht in dit wetsvoorstel aangehaakt bij natuurlijke momenten van verandering in de nu reeds bestaande franchiserelaties. Binnen die relaties geldt de nieuwe wettelijke franchisetitel in beginsel vanaf het moment dat een nieuwe overeenkomst wordt aangegaan na ommekomst van de looptijd van de bestaande franchiseovereenkomst, of na een wijziging die op basis van onderhandelingen tussen partijen tot stand is gekomen, doch in ieder geval uiterlijk vijf jaar na het tijdstip van inwerkingtreding van de franchisetitel.

Een groot deel van de contractsbepalingen is gelijk in alle contracten die een franchisegever hanteert. Dit brengt mee dat een enkele aanpassing in dit standaarddeel eenmalig hoeft te worden doorgevoerd om vervolgens te worden toegepast in meerdere individuele overeenkomsten tussen een franchisegever en zijn franchisenemers. Dit beperkt de met de aanpassing gemoeide kosten.

Enkele franchisegevers hebben inmiddels al ervaring opgedaan met het in lijn brengen van bestaande franchiseovereenkomsten met de NFC. De tijdsbesteding voor het in lijn brengen van een contract met de NFC bedroeg daarbij maximaal 8 uur. Bij het doorvoeren van aanpassingen in het standaarddeel van een overeenkomst wordt de tijdsbesteding ingeschat op ongeveer een half uur per aan te passen contract. Bij toepassing van een standaarduurtarief van € 37 worden de kosten ingeschat op €222.000,- voor de eerste aanpassing van het standaarddeel van het contract ($750 \text{ contracten} * 8 \text{ uur} * €37$) en daarnaast €558.700,- voor de individuele aanpassingen die vervolgens nog nodig zijn tussen franchisegevers en hun individuele franchisenemers ($30.200 \text{ contracten} * 0.5 \text{ uur} * €37$). Het aanpassen van alle franchiseovereenkomsten leidt dus tot eenmalige nalevingskosten voor de franchisegevers van in totaal €780.700.

De meerkosten voor het verplicht formuleren van een deugdelijke onderbouwing in de vorm van een bijlage aan het contract in het geval van de betreffende gedragscode wordt afgeweken, wordt ingeschat op ($4 \text{ uur} * €37$) €148,- per contract. Vooralnog is onduidelijk in hoeveel specifieke situaties franchisegevers er daadwerkelijk voor zullen kiezen om gemotiveerd af te wijken van de aan te wijzen gedragscode. De totale eenmalige nalevingskosten voor de franchisegever als gevolg van deze verplichting zijn dan ook niet goed vooraf in te schatten.

De franchisenemer moet kennis nemen van de nieuwe overeenkomst, deze toetsen aan de gedragscode en eventuele gemotiveerde afwijkingen van de gedragscode beoordelen, alvorens te besluiten de nieuwe overeenkomst te sluiten. De kosten voor een franchisenemer voor het vernieuwen van een contract in relatie tot het van toepassing worden van de franchiseregeling worden op basis hiervan ingeschat op ($2 \text{ uur} * €37$) €74,-. De totale kosten voor de 30.200 franchisenemers bedragen €2.234.800.

Tussentijdse wijzigingen contracten en verlenging na afloop van de looptijd

Een van de partijen (of beiden) kunnen aanleiding zien om de franchiseovereenkomst tussentijds te wijzigen. Indien in een lopende franchiseovereenkomst is bepaald dat de franchisegever de mogelijkheid heeft om de overeenkomst tussentijds eenzijdig te wijzigen en een dergelijke wijziging binnen vijf jaar na inwerkingtreding van de franchiseregeling wordt doorgevoerd, dan is de franchiseregeling in dat geval nog niet van toepassing. Deze wordt dan pas van toepassing vijf jaar na haar inwerkingtreding, of zoveel eerder als de contractperiode afloopt en partijen besluiten een nieuwe overeenkomst aan te gaan.

In het geval de franchisegever of de franchisenemer de lopende franchiseovereenkomst tussentijds wil wijzigen, maar het niet om een in de overeenkomst voorziene eenzijdige wijziging gaat, zullen partijen met elkaar in overleg treden over de wijziging en zullen zij uiteindelijk een nieuwe franchiseovereenkomst moeten sluiten. Daarop is de franchiseregeling direct van toepassing. Partijen zullen dan moeten voldoen aan de nieuwe franchiseregeling. Wat betreft de tijdsbesteding en de kosten wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt in de paragraaf 'Aanpassen contracten'.

Indien partijen na afloop van de contractperiode (doorgaans vijf jaar) besluiten de samenwerking voort te zetten, zullen zij een nieuwe overeenkomst aangaan, ook al komt een verlenging in de praktijk inhoudelijk vaak neer op een voortzetting van de lopende overeenkomst. Dan geldt dat partijen zullen moeten voldoen aan de nieuwe franchiseregeling.

Een inschatting van de totale structurele kosten gemoeid met kennisneming van de nieuwe overeenkomsten de totale nalevingskosten als gevolg van het tussentijds wijzigen van contracten is moeilijk te maken. Er zijn vooralsnog geen inschattingen of cijfers voorhanden over het aantal contracten dat jaarlijks wordt aangepast of vernieuwd.

Het voorgaande illustreert dat in alle bovenstaande scenario's uiteindelijk de kosten worden gemaakt als beschreven onder 'Aanpassen contracten', maar dat het moment waarop die kosten in een individuele franchiserelatie daadwerkelijk gemaakt worden per geval kan verschillen. Zo kunnen in het ene geval de kosten voor aanpassing van het franchisecontract gemaakt moeten worden in het kader van een tussentijdse wijziging die op basis van onderhandelingen tot stand is gekomen, en worden deze in een ander geval pas gemaakt op het moment dat de looptijd van de franchiseovereenkomst is verstreken en partijen de overeenkomst feitelijk willen verlengen. Het gaat dan in feite om eenmalige nalevingskosten. Structurele nalevingskosten die voortvloeien uit de onderhavige wettelijke franchiseregeling doen zich voor indien wijzigingen worden doorgevoerd in de franchiseovereenkomst die afwijken van de gedragscode en aldus een motivering behoeven, of indien sprake is van een wijziging van feiten of omstandigheden die maken dat een gegeven motivering van een afwijking van de gedragscode niet langer houdbaar is. Op voorhand is echter onbekend hoe vaak de hier bedoelde wijzigingen zich zullen voordoen, zodat de omvang van de onderhavige structurele nalevingskosten niet goed is in te schatten.

Overleg

Gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst zal structureel overleg plaatsvinden tussen franchisegever en franchisenemer. Dat kan in de vorm van individuele gesprekken tussen de franchisegever en de franchisenemer, maar ook tussen de franchisegever en een eventueel collectief van franchisenemers die dezelfde formule exploiteren. Een dergelijk collectief van franchisenemers kan ook de belangen van individuele franchisenemers behartigen in een overlegmodel met de franchisegever. Hiermee vervalt voor een individuele franchisenemer hoogstwaarschijnlijk het individuele gesprek. De winst in tijd van het vervallen van het individuele gesprek zal ongeveer gelijk zijn met de tijd die zal worden gestoken in de deelname aan het collectief.

In de toelichting bij de algemene maatregel van bestuur waarbij een gedragscode wordt aangewezen, zullen de verdere regeldrukeffecten die samenhangen met de inhoud van die specifieke gedragscode nader worden beschreven. Structurele nalevingskosten die in dat kader aan de orde zouden kunnen komen zijn bijvoorbeeld kosten gemoeid met de naleving van informatieverplichtingen die in de aangewezen gedragscode zijn opgenomen, maar dan steeds slechts voor zover het verstrekken van de betreffende informatie niet reeds anderszins vaste praktijk is.

Small Business Act

De wettelijke regeling en de NFC sluiten uitstekend aan bij het principe van “Denk eerst klein”, zoals dat door de Europese Commissie in het kader van de Small Business Act is gepresenteerd. Juist vanuit de gedachte dat er niet te veel obstakels moeten zijn voor starters en kleine ondernemingen is het verplicht toepassen van een aangewezen gedragscode winst. Immers, er ligt daarmee een set regels vast die de franchisenemer houvast biedt bij het aangaan van een franchiserelatie. Dit kan de franchisenemer bescherming bieden tegen eventueel misbruik van de machtsverhoudingen door de franchisegever, of er in ieder geval aan bijdragen dat de onevenwichtigheid in de verhoudingen wordt gereduceerd en risico's voor de franchisenemer op voorhand beter zichtbaar en inzichtelijk zijn. Met name voor de kleine, qua marktpositie en -macht veelal zwakkere franchiseondernemers betekent dit een eerlijke(r) kans om hun ondernemingen bloeiend te maken. Succesvolle franchiseondernemingen dragen vervolgens ook bij aan meer succes voor de formule. Overigens geldt ook voor een startende franchisegever dat de code houvast biedt voor het adequaat inrichten van de franchiseformule en de bijbehorende overeenkomsten.

9. Advies en consultatie

[PM]

II. ARTIKELEN

Artikel I

Artikel 399f

Artikel 399f bevat begripsomschrijvingen. Voor een aantal van deze omschrijvingen is aansluiting gezocht bij de begripsbepalingen in verordening (EEG) nr. 4087/88 inzake de toepassing van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten (hierna: verordening nr. 4087/88)⁷. Deze verordening bevatte namelijk onder meer omschrijvingen van de begrippen 'franchise', 'franchiseovereenkomst' en 'knowhow'. Afgezien van de definitie van 'knowhow' zijn deze overige definities niet opgenomen in de thans geldende opvolger van verordening nr. 4087/88, zijnde verordening (EU) nr. 330/2010 (hierna: 'vrijstellingsverordening')⁸. Ook komen zij niet voor in een andere Europeesrechtelijke verordening of richtlijn. Wel zijn de elementen van de destijds in verordening nr. 4087/88 opgenomen definities nog altijd terug te vinden in de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie⁹. Daarnaast is voor de formulering van de begripsomschrijvingen gekeken naar de omschrijving van franchising in de in het algemeen deel van deze toelichting genoemde NFC en de Europese Erecode Inzake Franchising.

Onderdeel a

Uit de omschrijving van het begrip 'franchiseformule' in onderdeel a volgt dat een franchiseformule in de eerste plaats bestaat uit een brede combinatie van merken, tekeningen, vormgeving en uitvindingen op technische processen of producten, die veelal in aanmerking komen voor bescherming door middel van een intellectueel eigendomsrecht. Daarnaast omvat de 'franchiseformule' ook de kennis van de franchisegever die niet in aanmerking komt voor bescherming door middel van een intellectueel eigendomsrecht (knowhow). Het begrip knowhow is als gezegd gedefinieerd in de Vrijstellingsverordening. Dit specifieke begrip is in de voorgestelde regeling opgenomen teneinde wat betreft de uitleg van dit begrip goed aan te kunnen sluiten bij de uitleg van dit begrip door het Hof van Justitie van de Europese Unie. Daarnaast is het een uiterst gangbare term bij franchisegevers en franchisenemers.

De in de vrijstellingsverordening opgenomen begripsomschrijving van knowhow bestaat uit een combinatie van elementen waarin het gehele uiterlijk en de uitstraling van een franchisevestiging tot uitdrukking komt. Het gaat daarbij onder meer om het gebruik van beeldmerken, bepaalde kleuren, de

⁷ Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten (PbEG L359)

⁸ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU L 102)

⁹ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Europese Commissie, 2010/C 130/01

inrichting (waaronder ook de vormgeving, hoogte en positionering van schappen), de muziek die te horen is of zelfs de geur in de winkel.

Wat betreft de knowhow, de niet voor bescherming via intellectuele eigendomsrechten in aanmerking komende praktische kennis die voortvloeit uit ervaring van en onderzoek door de franchisegever, gaat het blijkens de definitie in de Vrijstellingsverordening steeds om knowhow die belangrijk en nuttig (wezenlijk) is voor de franchisenemer bij de afzet van de goederen of diensten waar de franchiseformule op ziet. Bovendien is deze voldoende bepaald en niet algemeen bekend of gemakkelijk verkrijgbaar (geheim). Dergelijke knowhow kan door een geheimhoudingsverklaring of geheimhoudingsbeding of, meer indirect, via een non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst worden beschermd. Zoals ook uit de definitie van 'knowhow' in de vrijstellingsverordening blijkt, impliceert de term 'geheim' dat de knowhow als geheel of wat de precieze samenhang en onderlinge verhouding van de verschillende componenten betreft niet algemeen bekend of gemakkelijk toegankelijk is. Die term is niet bedoeld in de enge zin dat elke individuele component van de knowhow geheel onbekend of buiten het bedrijf van de franchisegever niet gemakkelijk toegankelijk moet zijn.

De term 'wezenlijk' impliceert in relatie tot franchising dat de knowhow informatie betreft die belangrijk en nuttig is voor de productie of verkoop van goederen of de verrichting van diensten aan eindgebruikers. Gedacht kan worden aan informatie over de manier waarop goederen voor de verkoop worden gepresenteerd, de verwerking van goederen in verband met de verrichting van diensten, de methoden van contact met klanten, de administratie en het financieel beheer.

Dat de knowhow tevens 'bepaald' is, impliceert dat de knowhow voldoende gedetailleerd moet zijn beschreven om te kunnen beoordelen of deze aan de criteria inzake het geheime en wezenlijke karakter voldoet. De beschrijving van de knowhow wordt doorgaans opgenomen in het zogenoemde handboek dat (eenzijdig) door de franchisegever wordt opgesteld en aan de franchisenemer ter beschikking wordt gesteld.

Onderdeel b

In onderdeel b wordt in de omschrijving van het begrip 'franchisegever' gesproken over 'rechthebbende' van een franchiseformule. Dit vrij ruime begrip maakt dat ook de zogenoemde masterfranchisenemer onder de omschrijving van 'franchisegever' valt. Een masterfranchisenemer is een ondernemer die in zijn hoedanigheid van franchisenemer van een franchisegever het recht heeft verkregen een franchiseformule in de zin van deze regeling te exploiteren en die dat recht vervolgens, in de hoedanigheid van franchisegever, aan andere franchisenemers verleent. De term masterfranchising werd in Verordening nr. 4087/88 gedefinieerd als 'een overeenkomst tussen twee ondernemingen waarbij de ene, de franchisegever, de andere, de masterfranchisenemer, tegen rechtstreekse of indirecte geldelijke vergoeding het recht verleent een franchise te exploiteren ten einde franchiseovereenkomsten te sluiten met derden, de franchisenemers'. De masterfranchisenemer mag franchiseovereenkomsten sluiten met

derden en zo de franchise exploiteren. Veelal wordt een masterfranchise overeengekomen als een franchisegever besluit zijn formule in het buitenland of een andere regio te introduceren en een lokale partner nodig heeft om het netwerk op te bouwen en te managen. Die lokale (bijvoorbeeld Nederlandse) partner is dan in relatie tot de buitenlandse franchisegever een franchisenemer, maar in relatie tot de Nederlandse franchisenemers is hij een franchisegever in de zin van het onderhavige artikel.

Onderdeel c

Kenmerkend voor de in onderdeel c omschreven 'franchisenemer' is dat hij de franchiseformule geheel voor eigen rekening en risico exploiteert. Met name hierin onderscheidt de franchisenemer zich van handelsagent die op basis van een agentuurovereenkomst op naam en voor rekening van de principaal optreedt.

Onderdeel d

Onderdeel d omschrijft het begrip 'franchiseovereenkomst'. Er kunnen binnen verschillende branches verschillende typen franchising worden onderscheiden: franchising betreffende de productie van goederen, de verkoop van goederen en de verlening van diensten. De begripsomschrijving beoogt al deze typen franchising te dekken. Bepalend voor de vraag of sprake is van een franchiserelatie is niet de kwalificatie of benaming die partijen hanteren, maar de feitelijke inhoud van hun onderlinge samenwerking. Essentieel daarbij is dat de franchisenemer het recht wordt verleend om een franchiseformule te exploiteren op de door de franchisegever aangewezen wijze. De (gedetailleerde) beschrijving van de door de franchisegever aangewezen wijze van exploitatie van de franchiseformule is veelal vervat in het ook hierboven reeds genoemde handboek dat de franchisegever aan de franchisenemer verstrekt.

De in de begripsomschrijving genoemde geldelijke vergoeding kan zowel een rechtstreekse geldelijke betaling betreffen, als een meer indirecte vorm van financiële compensatie voor de exploitatie van de franchiseformule. Zo komt het voor dat een vergoeding door de franchisenemer aan de franchisegever wordt voldaan in de vorm van een opslag op de inkoopprijs die de franchisenemer betaalt voor goederen die hij inkoopt bij de franchisegever en die hij vervolgens in het kader van de franchiseformule op de markt brengt. De franchiseovereenkomst kan ook inhouden dat de franchisegever de franchisenemer gedurende de looptijd van de overeenkomst bepaalde commerciële of technische bijstand verleent. Zo kan de franchisegever bijvoorbeeld reclamemateriaal aan de franchisenemer verstrekken of kan hij uitleg geven over het te gebruiken kassasysteem.

Onderdeel e

In dit onderdeel is het begrip 'voorovereenkomst' gedefinieerd. Het komt geregeld voor dat een dergelijke overeenkomst wordt afgesloten tussen de franchisegever en de aspirant-franchisenemer in de fase dat zij verkennende gesprekken met elkaar voeren met het oog op het mogelijk aangaan van een

franchiseovereenkomst. Veelal bevat de voorovereenkomst geheimhoudingsclausules, zodat concurrentiegevoelige informatie vertrouwelijk met de aspirant-franchisenemer kan worden gedeeld. Verder komt het voor dat de voorovereenkomst bepalingen bevat over de verdeling van de kosten die in de aanloop naar het daadwerkelijk aangaan van de franchiseovereenkomst worden of zijn gemaakt.

Artikel 399g

Eerste lid

Het eerste lid maakt mogelijk om een gedragscode, of een deel daarvan, aan te wijzen en daarmee de toepassing ervan wettelijk te verankeren. De elementen en voorschriften die een gedragscode als zodanig zal moeten bevatten om vervolgens voor aanwijzing in aanmerking te komen, zijn beschreven in de onderdelen a tot en met g. De eerder genoemde NFC bevat al deze elementen en voorschriften. De adressering van al deze elementen en voorschriften in de NFC heeft als doel de thans onder druk staande positie van de (aspirant-) franchisenemer te versterken en aldus de belangen van de franchisegever en die van de (aspirant-)franchisenemer meer in balans te brengen.

Eerste lid, onderdeel a

Op grond van het eerste lid, onderdeel, a, wordt met het oog op de balans tussen de belangen van de franchisegever en die van de franchisenemer voorgeschreven dat de gedragscode voorschriften bevat betreffende de werving en selectie van franchisenemers. Beoogd is te borgen dat de franchisegever bij het selecteren van franchisenemers tot uitgangspunt neemt dat zij de noodzakelijke ondernemerscapaciteiten hebben. Het is niet wenselijk dat personen als franchisenemer worden gecontracteerd die eenvoudigweg niet in staat zijn om de voor- en nadelen van het aanbod dat de franchisegever hen doet, goed te beoordelen. In de eerste plaats bestaat het reële risico dat de betreffende franchisenemer die zonder ondernemerservaring aan de slag gaat, diep in de schulden terecht komt. Daarnaast kunnen ook andere franchisenemers die de betreffende franchiseformule exploiteren negatieve gevolgen ondervinden van slecht franchisenemerschap bij een andere vestiging. Dit kan immers het imago en de kracht van de franchiseketen schaden.

Eerste lid, onderdeel b

Het eerste lid, onderdeel b, ziet op gedragscodevoorschriften betreffende informatie die door de franchisegever aan de aspirant-franchisenemer moet worden verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst. De aan te wijzen gedragscode dient voor zover mogelijk op relatief concreet niveau aan te geven welke essentiële of praktische informatie tijdig voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst door de franchisegever aan de aspirant-franchisenemer moet worden verstrekt. Indien de franchisegever overeenkomstig het tweede lid van het onderhavige artikel de gedragscode toepast en aldus tijdig de nodige informatie aan de aspirant-franchisenemer verstrekt, leidt dat ertoe dat

de franchisenemer beter dan voorheen in staat zal zijn om een geïnformeerd besluit te nemen over het al dan niet aangaan van de voorgelegde overeenkomst. De franchisenemer zal de voorwaarden, restricties en eventuele risico's die aan exploitatie van de betreffende franchiseformule verbonden zijn, immers beter kunnen beoordelen en de levensvatbaarheid van de franchisevestiging beter kunnen inschatten.

Onder 1° tot met 6° zijn de soorten informatie benoemd die op grond van de aan te wijzen gedragscode in ieder geval tijdig voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst aan de franchisenemer zouden moeten worden verstrekt.

De onder 1° bedoelde informatie betreffende de positie van de franchisegever dient de franchisenemer in staat te stellen om te beoordelen of bijvoorbeeld een faillissement van de franchisegever dreigt. Een faillissement van de franchisegever kan voor de franchisenemer verstrekende gevolgen hebben. Zijn bevoorrading kan bijvoorbeeld vastlopen, wanneer die via de franchisegever loopt, of het aanvankelijke recht tot gebruik van de franchiseformule kan in gevaar komen of onder druk komen te staan. Onder 2° gaat het om informatie over de te verwachten omzet, de benodigde investeringen en de te verwachten kosten. Deze informatie zou de aspirant-franchisenemer redelijkerwijs in staat moeten stellen om in te schatten of de exploitatie van de desbetreffende franchiseformule voldoende rendabel kan zijn binnen een bepaalde tijd (eventueel in vergelijking met de mogelijke rendabiliteit van de exploitatie van een andere franchiseformule), uitgaande van de dan bekende marktomstandigheden. Wanneer in de praktijk een vooraf gegeven prognose niet haalbaar blijkt, kan dit als grond dienen ter onderbouwing van de stelling dat de franchisenemer op basis van onjuiste informatie de overeenkomst is aangegaan. Ook het geheel achterwege blijven van een prognose van omzet en exploitatiekosten is zeer onwenselijk te achten en moet door een aspirant-franchisenemer worden beschouwd als een duidelijke rode vlag. Duidelijkheid vooraf over dergelijke gegevens, alsook over de verdeling van kosten en baten tussen franchisegever en franchisenemer, kan conflicten en financiële problemen aan franchisenemerszijde voorkomen of in ieder geval beperken.

Onder 3° gaat het om informatie die de franchisegever dient te verstrekken over de voorgenomen plaats van exploitatie van de franchiseformule in het geval dat hij die plaats aanwijst of de franchiseformule al eerder op die plaats is geëxploiteerd. Het begrip plaats dient hier ruim te worden opgevat. Ook indien binnen hetzelfde rayon, maar op een andere locatie binnen dat rayon, een vestiging met franchiseformule werd geëxploiteerd, zal de franchisegever op grond van de aan te wijze code de onderhavige informatieverplichting hebben.

Op grond van die informatie kan de aspirant-franchisenemer de geschiktheid van die voorgenomen plaats van exploitatie beoordelen. De gedachte is dat indien de franchisegever zelf een plaats van exploitatie aanwijst, hij daaraan voorafgaand onderzoek zal hebben gedaan naar de geschiktheid van die plaats voor exploitatie van de betreffende franchiseformule. Die informatie kan de aspirant-franchisenemer gebruiken om de geschiktheid van die plaats zelf te beoordelen. Indien de

franchiseformule al eerder op die plaats is geëxploiteerd, zal de franchisegever over exploitatiecijfers beschikken op grond waarvan de aspirant-franchisenemer een inschatting zal kunnen maken over de geschiktheid van die plaats voor exploitatie van de franchiseformule in de toekomst. Onderdeel 3° heeft een zekere overlap met het hiervoor beschreven onderdeel 2°, omdat de plaats van exploitatie veelal invloed zal hebben op de te verwachten omzet, de benodigde investeringen en de te verwachten kosten. De onder 4° bedoelde informatie betreffende andere franchisenemers is zeer waardevol voor de (aspirant-)franchisenemer omdat deze hem in staat stelt in contact te treden met andere reeds aan de formule verbonden franchisenemers en kennis te nemen van hun ervaringen. Deze contacten kunnen bijdragen aan een realistisch beeld van de dagelijkse gang van zaken binnen de formule. Ook voor de franchisegever heeft dit voordelen. De aspirant-franchisenemer kan immers een beter onderbouwde beslissing nemen om tot de formule toe te treden en is beter voorbereid op wat hem te wachten staat en wat in de praktijk nu daadwerkelijk van hem gevraagd wordt door de franchisegever. Veelal blijkt het geen goed teken wanneer de franchisegever een aspirant-franchisenemer weigert contactinformatie te geven van reeds aan de formule verbonden franchisenemers.

Vanzelfsprekend dient de verstrekking van gegevens betreffende de andere franchisenemers plaats te vinden overeenkomstig de toepasselijke regelgeving ter bescherming van persoonsgegevens.

Ten aanzien van de onder 5° aangeduide informatie betreffende distributiekanaalen geldt dat het voor de franchisenemer van groot belang is om helderheid te hebben over de mogelijkheden die hij in dit opzicht heeft. Zo dient bijvoorbeeld duidelijk te zijn of de franchisenemer zijn franchiseonderneming ook via online verkoop mag exploiteren en zo ja, onder welke voorwaarden en met welke ondersteuning of betrokkenheid van de franchisegever, of dat de franchisegever dit kanaal aan zichzelf heeft voorbehouden.

Over de onder 6° bedoelde informatie over het collectief overleg tussen franchisegever en franchisenemers die de franchiseformule exploiteren (ook wel: de overlegstructuur), kan worden opgemerkt dat goed functionerend overleg tussen franchisegever en franchisenemers een franchiseformule wendbaar maakt en de franchisegever en de franchisenemers in staat stelt om adequaat in te spelen op ontwikkelingen in de markt. Het is dan ook van belang dat de aan te wijzen gedragscode bepaalt dat de aspirant-franchisenemer voorafgaand aan de eventuele totstandkoming van een franchiseovereenkomst wordt geïnformeerd over het al dan niet bestaan van een overlegstructuur tussen de franchisegever en een collectief van alle franchisenemers die de desbetreffende franchiseformule exploiteren, en over hoe een dergelijke franchisenemerscollectief dan bijvoorbeeld functioneert. Dit wordt geborgd door het onderhavige onderdeel. Het desbetreffende gedragscodevoorschrift zou ook tot duidelijkheid kunnen leiden voor de franchisenemer ten aanzien van de vraag of iedere franchisenemer automatisch lid is van dit collectief, of er kosten aan zijn verbonden, hoe de besluitvorming binnen de vereniging geregeld is, of de franchisegever er zelf al dan niet een rol in

speelt en of de franchisegever de vereniging een adviesrecht of een instemmingsrecht heeft gegeven bij besluiten die de hele franchiseketen raken.

Overigens dient de gedragscode niet alleen voorschriften te bevatten over de tijdige informatieverstrekking over de overlegstructuur voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst (waarop dit onderdeel 6° ziet), maar ook over de overlegstructuur zelf. Dit laatste wordt geborgd door onderdeel e van het onderhavige eerste lid.

Eerste lid, onderdeel c

De gedragscode moet ingevolge onderdeel c tevens betrekking hebben op de verplichtingen van de franchisegever en de aspirant-franchisenemer in de precontractuele fase. Veelal gaan de franchisegever en de aspirant-franchisenemer een zogenoemde voorovereenkomst aan. Hier is in de artikelsgewijze toelichting op het voorgestelde artikel 399f, onderdeel e, reeds ingegaan. Het is van belang te achten dat de aan te wijzen gedragscode voorschriften bevat over de voorovereenkomst die eventueel gesloten wordt, nu dergelijke voorschriften eraan kunnen bijdragen dat de aspirant-franchisenemer zich bewust wordt van de precieze inhoud en strekking van de voorovereenkomst. Zo zal een aspirant-franchisenemer in de praktijk met name alert moeten zijn ten aanzien van voorovereenkomsten die aanmerkelijk verder gaan dan die waarin enkel geheimhoudingsclausules zijn vervat. Indien bijvoorbeeld in de voorovereenkomst een boetebeding is gekoppeld aan het alsnog afzien van het sluiten van de franchiseovereenkomst, kan een dergelijke voorovereenkomst ongewenste gevolgen hebben voor de aspirant-franchisenemer. Risico's zijn er ook indien de voorovereenkomst het de aspirant-franchisenemer verbiedt of anderszins onmogelijk maakt om intussen ook met een andere franchisegever in onderhandeling te gaan. Een aspirant-franchisenemer kan zich op deze manier niet goed oriënteren, vergelijkingen maken en tot een weloverwogen keuze komen.

Eerste lid, onderdeel d

Ook tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst is het van belang dat partijen elkaar over en weer informeren over essentiële zaken die de bedrijfsvoering door de franchisegever en de franchisenemer raken. Onderdeel d van dit eerste lid borgt dat de aan te wijzen gedragscode ook voorschriften bevat over het verstrekken van informatie over feiten en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de exploitatie van de franchiseformule. Daarbij kan ook gedacht worden aan eenzijdige wijzigingen in de franchiseovereenkomst die in de overeenkomst zijn voorzien. Wijzigingen in het assortiment, de winkelindeling of het kleurgebruik kunnen het succes van de franchiseformule bijvoorbeeld in positieve of negatieve zin beïnvloeden. Tijdige informatieverstrekking stelt de franchisenemer in staat om zich zo goed mogelijk voor te bereiden op die eenzijdige wijzigingen in de overeenkomst of in andere feiten en omstandigheden. Het is mogelijk dat de franchisegever reden heeft om de overeenkomst tussentijds te willen aanpassen, maar dat de overeenkomst niet voorziet in een dergelijke aanpassingsmogelijkheid. In dat geval kan de franchisegever een aanpassing van de overeenkomst alleen bewerkstelligen door een

nieuwe overeenkomst te sluiten met de franchisenemer. Hierover zullen de franchisegever en de franchisenemer dan weer in onderhandeling moeten treden en de franchisegever zal in dat kader de bepaling in de gedragscode waarin uitvoering wordt gegeven aan de precontractuele informatieverplichting, bedoeld in onderdeel b, moeten nakomen.

Eerste lid, onderdeel e

Onderdeel e borgt dat de aan te wijzen gedragscode eveneens voorschriften bevat over het collectief overleg tussen franchisegever en franchisenemers die de franchiseformule exploiteren. Het belang van goed functionerend overleg tussen franchisegever en franchisenemers is in de toelichting op onderdeel b onder 6° al kort besproken. De gedragscode kan bepalen dat franchisegever zich ervoor inzet dat er een franchisenemerscollectief tot stand wordt gebracht, zodat de franchisegever collectief overleg kan voeren met zijn franchisenemers en dat de franchisenemers inspraak kunnen hebben in zaken die de exploitatie van de franchiseformule aangaan. Het is daarbij dan wel van belang dat de gedragscode ertoe bijdraagt dat dit collectieve overleg zodanig wordt vormgegeven dat besluitvorming vlot en met in achtneming van de collectieve belangen van de franchisenemers verloopt; deze zou niet door individuele leden op oneigenlijke gronden moeten kunnen worden tegengehouden.

Eerste lid, onderdeel f

Verder dient de aan te wijzen gedragscode in gevolge onderdeel f van dit eerste lid voorschriften te bevatten betreffende alternatieve geschilbeslechting tussen franchisegever en franchisenemer. Voorschriften hieromtrent in de gedragscode kunnen ertoe bijdragen dat de franchisenemer sterker staat wanneer er zich een geschil voordoet met de franchisegever. Mocht de franchisegever willen afwijken van de voorschriften in de gedragscode, dan zal hij daartoe een expliciet beding moeten opnemen in de franchiseovereenkomst en zal hij deze afwijking moeten motiveren (artikel 399g, tweede lid). Dat maakt dat onderdeel f ertoe leidt de (aspirant) franchisenemer op zijn minst meer bewust is van zijn positie tegenover de franchisegever bij een eventueel geschil.

De gang naar de rechter in geval van een geschil zal in de praktijk als een 'ultimum remedium' worden beschouwd. Zeker gelet op de afhankelijkheidsrelatie die de franchisegever en de franchisenemer ten opzichte van elkaar hebben, ligt het voor de hand dat partijen zullen proberen om in goed overleg en met aandacht voor elkaars gerechtvaardigde belangen, conflicten zoveel mogelijk buiten rechte op te lossen. Het komt nu echter nog geregeld voor dat in de franchiseovereenkomst bepalingen over geschilbeslechting staan die het bereiken van een oplossing via een alternatieve geschilbeslechtingsmethode eerder in de weg staan dan ondersteunen. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan zeer kostbare arbitrageprocedures die naar buitenlands recht of in het buitenland dienen te worden gevoerd. Het is zaak dat dit verandert en dat het voor de (aspirant-) franchisenemer buitengerechtelijke geschiloplossingsmethoden beschikbaar zijn en dat het hem duidelijk is hoe hij bij

eventuele geschillen hiervan gebruik kan maken. Idealiter wordt ingeval van een geschil een overlegmodel toegepast, zoals mediation.

Eerste lid, onderdeel g

Dit onderdeel ziet op voorschriften in de aan te wijzen gedragscode over eventuele bedingen in de franchiseovereenkomst betreffende afnameverplichtingen (onder 1°), non-concurrentie (onder 2°) en het recht van de franchisegever tot eenzijdige wijziging of opzegging van de franchiseovereenkomsten de wijze waarop van dit recht gebruik kan worden gemaakt (onder 3°). Gedragscodevoorschriften over dergelijke bedingen in een franchiseovereenkomst kunnen bijdragen aan versterking van de positie van de franchisenemers.

Als er bijvoorbeeld sprake is van een verplichte minimale afname van goederen, houdt dit het risico in dat de franchisenemer bij tegenvallende omzet zijn kosten niet kan beheersen. Non-concurrentiebedingen kunnen de franchiseovereenkomst maken tot een 'fuik' waar de franchisenemer niet zonder, soms zware, financiële consequenties weer uit kan. Uiteraard heeft de franchisegever een gerechtvaardigd belang om niet meteen na afloop van een franchiserelatie volop beconcurrereerd te kunnen worden door een ex-franchisenemer. Hierbij dient echter een gezond evenwicht bereikt te worden tussen de belangen van beide partijen en de franchisenemer dient een zeer duidelijk beeld te hebben van de werking en gevolgen van non-concurrentiebedingen. Zeker wanneer de franchisenemer gevestigd is in een pand dat hij in eigendom heeft, is waakzaamheid geboden. Een non-concurrentiebeding kan er dan bijvoorbeeld toe leiden dat hij in zijn eigen pand zijn bedrijf gedurende een bepaalde periode niet kan uitoefenen na afloop van een franchiserelatie.

Verder heeft de (aspirant-) franchisenemer belang bij duidelijkheid over de mogelijkheden tot tussentijdse wijziging en beëindiging van de franchiseovereenkomst en de wijze waarop dit moet plaatsvinden. Het is niet ongebruikelijk dat de franchisegever zich het recht voorbehoudt om de overeenkomst of onderdelen daarvan eenzijdig te wijzigen of te beëindigen. Dit kan voor de franchisenemer verstrekken gevolgen hebben.

Het onderhavige onderdeel draagt bij aan de informatiepositie van de franchisenemer, zodat deze de risico's verbonden aan de hier bedoelde bedingen beter kan identificeren.

Tweede lid

Het tweede lid van artikel 399g schrijft voor dat de franchisegever en de franchisenemer de aangewezen gedragscode toepassen, tenzij met een duidelijk en begrijpelijk schriftelijk beding in de overeenkomst wordt afgeweken van de gedragscode en schriftelijk gemotiveerd wordt waarom die afwijking nodig is. Dit artikellid geeft uitdrukking aan het principe 'pas toe of leg uit', dat voor de nog aan te wijzen gedragscode zal gelden. Van de franchisegever en de franchisenemer wordt verwacht dat zij de principes en bepalingen van de gedragscode naleven. Dat is het uitgangspunt. Daarbij is echter onderkend dat niet

alle bepalingen van de gedragscode onverkort op alle franchiseformules in alle branches kunnen worden toegepast. Dit is geadresseerd door het mogelijk te maken om in voorkomende gevallen af te wijken van de gedragscode. Dit zal zich vooral voordoen met betrekking tot gedragscodevoorschriften die feitelijk niet toepasbaar zijn in een concrete situatie. Zo kan bijvoorbeeld een franchisegever die net begint met het opzetten van een keten en initieel slechts één franchisenemer heeft, nog niet voldoen aan de gedragscodeverplichting om een franchisenemersvereniging in het leven te roepen.

Afwijking van de gedragscode is enkel toegestaan indien deze afwijking expliciet tot uitdrukking wordt gebracht in een duidelijk en begrijpelijk beding in de franchiseovereenkomst waarin uiteengezet wordt dat van de gedragscode wordt afgeweken en op welke wijze dit gebeurt en de overeenkomst voorts een schriftelijke motivering omvat waarin uiteengezet wordt om welke redenen wordt afgeweken van de gedragscode. Indien de franchisegever zich niet houdt aan de gedragscode en er is in de franchiseovereenkomst ook geen beding opgenomen waarin is bepaald dat en op welke wijze van de gedragscode wordt afgeweken, of een motivering van de afwijking ontbreekt, dan handelt de franchisegever in strijd met de wet. Dit betekent ook dat hij zich niet houdt aan de verplichtingen die overeenkomstig de wet op hem rusten op basis van de gedragscode die onderdeel uitmaakt van de overeenkomst (artikel 7:399g, tweede lid, jo 6:248 BW). Er is daarmee sprake van een wanprestatie van de franchisegever (art. 6:74 BW). De franchisenemer kan de franchisegever hierop aanspreken en hij kan – al dan niet middels een beroep op de rechter – afdwingen dat de wettelijk vastgestelde gedragscode in het vervolg wel zal worden toegepast. Ook kan de franchisenemer de schade die hij reeds heeft ondervonden doordat de franchisegever de gedragscode niet heeft nageleefd, op de franchisegever verhalen.

Indien de franchisenemer ter afwijking van de gedragscode een duidelijk en schriftelijk beding in de overeenkomst opneemt, kan hij voor de motivering van de afwijking niet volstaan met een motivering die duidelijk en begrijpelijk is voor de franchisenemer in de zin dat hij snapt wat er staat. De motivering moet ook “deugen”, in de zin dat hieruit moet blijken waarom ervoor is gekozen om van de gedragscode af te wijken. Het aangevoerde argument voor de afwijking dient inhoudelijk redelijkerwijs ter rechtvaardiging van de afwijking te kunnen dienen en inzichtelijk te maken waarom toepassing van de gedragscode in de specifieke situatie niet werkbaar is. Het argument dient de afwijking te kunnen dragen. Indien bijvoorbeeld een afwijking van een verplichting van de franchisegever tot het bieden van een aanvangsopleiding aan de franchisenemer gemotiveerd wordt met het enkele argument dat een dergelijke opleiding niet nodig is, is deze motivering niet deugdelijk. Weliswaar is deze duidelijk in de zin van eenduidig, maar deze motivering biedt de franchisenemer geen inzicht in waarom de opleiding niet nodig is. Dit behoeft nadere uitleg, bijvoorbeeld door aan te geven dat de franchisenemer op andere wijze al geheel ingevoerd wordt of is in de materie die onderwerp van die aanvangsopleiding zou zijn.

Vanzelfsprekend kan niet algeheel worden afgezien van de toepassing van de gedragscode, of gekozen worden voor een zeer algemene afwijkingsgrond zoals 'de aard van de branche', zonder een nadere concretisering waarbij een relatie wordt gelegd met de inhoud, strekking en uitwerking van de betreffende franchiseformule binnen die branche of met de betreffende franchisenemer. Ook zal geconcretiseerd moeten worden van welke specifieke voorschriften in de code wordt afgeweken en waarom. Om er geen enkele twijfel over te laten bestaan dat binnen een concrete franchiserelatie tussen de franchisegever en de franchisenemer slechts gemotiveerd van onderdelen van de gedragscode kan worden afgeweken, bepaalt de wettekst dit expliciet.

De verantwoordelijkheid om een deugdelijke schriftelijke motivering tot stand te brengen, ligt in de praktijk primair bij de franchisegever. Hij is immers vrijwel altijd degene die de franchiseovereenkomst opstelt of doet opstellen en is dus feitelijk penvoerder. De franchisenemer heeft doorgaans niet of nauwelijks invloed op de inhoud van de franchiseovereenkomst. Indien echter in voorkomend geval de (aspirant-)franchisenemer een afwijking van de gedragscode wenselijk acht, zal dit verzoek bij de penvoerende franchisegever kunnen worden neergelegd en kan in onderling overleg een motivering van deze afwijking worden geformuleerd. In de meerderheid van de gevallen zal het echter gaan om afwijkingen op initiatief van de franchisegever die in beginsel ten nadele van de franchisenemer zullen zijn, bijvoorbeeld indien de afwijking inhoudt dat bepaalde informatie niet door de franchisegever aan de franchisenemer kan worden verstrekt.

Het feit dat een afwijking van de gedragscode schriftelijk en deugdelijk gemotiveerd dient te worden, draagt naar verwachting bij aan de bewustwording bij de franchisenemer.

Derde lid

Het derde lid biedt de mogelijkheid om nadere voorschriften te stellen omtrent de vormgeving en kenbaarheid van de motivering van afwijkingen van de gedragscode. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een expliciete verplichting om deze motivering in ieder geval in een bijlage bij de franchiseovereenkomst op te nemen (die ook onderdeel van de overeenkomst is) en deze bijlage deel te laten uitmaken van de precontractuele informatie die tijdig beschikbaar moet worden gesteld, voorafgaand aan het sluiten of wijzigen van een franchiseovereenkomst.

Vierde lid

Het vierde lid schetst de mogelijke gevolgen voor het geval dat met een beding in de franchiseovereenkomst van de gedragscodevoorschriften wordt afgeweken, maar daarbij de voorschriften van het tweede lid niet worden nageleefd. Ten eerste kan het gaan om het geval dat het beding waarbij wordt afgeweken niet duidelijk en begrijpelijk is. Ten tweede kan zich het geval voordoen dat weliswaar een duidelijk en begrijpelijk beding in de overeenkomst is opgenomen, maar dat daarvoor een duidelijke en begrijpelijke (deugdelijke) motivering ontbreekt. In beide gevallen kan het betreffende afwijkende

beding worden vernietigd. Concreet betekent de vernietiging van het beding dat de franchisegever zich niet langer op het beding zal kunnen beroepen. Nu het beding door de vernietiging komt te vervallen, is de franchisegever gehouden de gedragscode toe te passen.

Een voorbeeld kan dit illustreren. De NFC verplicht de franchisegever ertoe de franchisenemer een toegespitste aanvangsopleiding te bieden. Een dergelijke opleiding is essentieel voor een onderneming waar de franchisenemer voor de producten of diensten die hij aan zijn klanten gaat verkopen bepaalde bij de formule behorende grondstoffen moet gebruiken. De franchisenemer zal dan veelal specifieke kennis behoeven over deze materialen en hun juiste toepassing. Gedacht kan worden aan een schoonheidssalon waar door de franchisegever geleverde verzorgingsproducten worden gebruikt voor behandelingen die de klanten ondergaan.

Het komt echter voor dat een franchiseovereenkomst dan toch bepaalt dat een franchisenemer zelf voor zijn eigen vakkennis zorgt (en aldus geen enkele aanvangsopleiding ontvangt). Dit vormt een afwijking van de NFC. Als deze niet deugdelijk is gemotiveerd, is de franchisenemer op grond van het onderhavige vierde lid gerechtigd om dit afwijkende beding te vernietigen. Het beding is immers in strijd met de wet. Het gevolg van de vernietiging is dan dat partijen ook op dat punt terugvallen op de code en dat de franchisegever alsnog gehouden is een aanvangsopleiding aan te bieden.

Ook indien een franchisegever een franchisenemer bijvoorbeeld verplicht om – in afwijking van een gedragscode - bepaalde goederen of diensten af te nemen van een specifieke aanbieder, zonder deugdelijke schriftelijke uiteenzetting van de achtergronden en redenen daartoe, kan de franchisenemer zich van dit dwingende beding bevrijden door de vernietigbaarheid van dit beding in te roepen. Ook in dat geval vallen partijen terug op de code.

Het vernietigbaar maken van het betreffende afwijkende beding in de franchiseovereenkomst sluit aan bij het systeem van het Burgerlijk Wetboek. De franchisenemer kan op grond van artikelen 3:50 en 3:51 BW via een buitengerechtelijke verklaring (bijvoorbeeld door een brief te sturen aan de franchisegever) respectievelijk een vordering tot vernietiging bij de rechter het beding geheel of gedeeltelijk vernietigen. Een gang naar de rechter zal nodig zijn als de franchisegever de buitengerechtelijke vernietiging betwist of bijvoorbeeld geheel negeert. Een vordering tot vernietiging verjaart drie jaar nadat de bevoegdheid tot vernietiging ten dienste van (in dit geval) de franchisenemer is komen te staan (artikel 3:52 BW). Bij een succesvolle vernietiging worden de rechtsgevolgen met terugwerkende kracht tot het tijdstip van het verrichten van de rechtshandeling ongedaan gemaakt (artikel 3:53 BW). Daardoor kan de franchisenemer de schade die hij reeds heeft ondervonden doordat de franchisegever de gedragscode niet heeft nageleefd, op de franchisegever verhalen.

De franchisegever zal zich bovendien niet langer op het beding kunnen beroepen omdat het feitelijk is vervallen. Hij is gehouden de gedragscode toe te passen. De franchisenemer kan de franchisegever - al dan niet middels een beroep op de rechter – dwingen dit in het vervolg ook daadwerkelijk te doen.

Het is aan de franchisenemer om te besluiten of hij daadwerkelijk overgaat tot (gehele of gedeeltelijke) vernietiging van het afwijkende beding. Er zijn situaties denkbaar waarin het voor de franchisenemer wellicht niet opportuun is om een van de gedragscode afwijkend beding, dat onduidelijk of onbegrijpelijk is of ondeugdelijk gemotiveerd, te vernietigen. Indien de franchisegever bijvoorbeeld een aanvangsopleiding aanbiedt die voor de franchisenemer wel interessant is, maar die – strijdig met de gedragscode - onvoldoende is toegespitst op de franchiseactiviteiten van de franchisenemer, is vernietiging van het beding waarin deze opleiding is vastgelegd voor de franchisenemer niet zonder meer de meest voor de hand liggende keuze. De franchisenemer kan er voor kiezen het beding in stand te laten.

Artikel II

Artikel II betreft het overgangsrecht. Voorgesteld wordt aan de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: Overgangswet) een artikel toe te voegen op grond waarvan Titel 6 van Boek 7 op overeenkomsten die zijn gesloten vóór het tijdstip van inwerkingtreding van die titel pas vijf jaar na dat tijdstip van toepassing wordt.

Op wijzigingen in het BW is de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: Overgangswet) van toepassing. Op grond van artikel 68a Overgangswet geldt als uitgangspunt dat de wijzigingen in het BW na hun inwerkingtreding direct van toepassing worden op lopende overeenkomsten. Zou dit overgangsrecht worden toegepast op de voorgestelde franchiseregeling, dan zou dit tot gevolg hebben dat de franchiseregeling op het moment van haar inwerkingtreding ook direct van toepassing zou worden op lopende franchiseovereenkomsten (dat wil zeggen: op overeenkomsten die zijn gesloten voorafgaand aan de inwerkingtreding van de nieuwe franchiseregeling). Directe toepassing van de franchiseregeling op lopende franchiseovereenkomsten zou echter leiden tot praktische problemen. Dit zou immers betekenen dat franchisegevers en franchisenemers zich ook bij lopende franchiseovereenkomsten met ingang van het tijdstip van inwerkingtreding van de franchiseregeling zouden moeten houden aan de aangewezen franchisecode, tenzij de franchiseovereenkomst een afwijkingsbepaling met aansluitende motivering bevat die voldoet aan artikel 399g, tweede lid. Partijen zullen daar bij het sluiten van hun overeenkomst doorgaans geen rekening mee hebben kunnen houden. Het is dan ook goed voorstelbaar dat veel lopende franchiseovereenkomsten niet volledig zullen voldoen aan de gedragscode en ook geen afwijkingsbepaling met aansluitende motivering zullen omvatten. Bij al die franchiseovereenkomsten zou dan direct sprake zijn van handelen in strijd met de wet (art. 399g, tweede lid). Dit betekent dat indien een franchisegever bijvoorbeeld de in de gedragscode opgenomen informatieplichten niet naleeft, hij vanaf de inwerkingtreding van de franchiseregeling direct zou kunnen worden geconfronteerd met een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie in verband met het niet naleven van de code. De enige

manier waarop de franchisegever een dergelijke claim zou kunnen voorkomen, is dat hij voor de inwerkingtreding van de franchiseregeling opnieuw met de franchisenemer om de tafel zou gaan zitten om de lopende franchiseovereenkomst aan te passen. Kortom, over alle lopende franchiseovereenkomsten die niet al in overeenstemming zijn met de gedragscode zou voorafgaand aan de inwerkingtreding van de franchiseregeling opnieuw moeten worden onderhandeld. Dit zou een onevenredige belasting voor het bedrijfsleven opleveren. Daarom is ervoor gekozen om van artikel 68a Overgangswet af te wijken.

Met de in artikel 209 voorgestelde overgangsbepaling wordt de franchiseregeling op lopende overeenkomsten pas vijf jaar na inwerkingtreding van die regeling van toepassing. Voor de overgangperiode van vijf jaar is aangesloten bij de meest gangbare duur van een franchiseovereenkomst. Op deze manier zal in de meeste gevallen door natuurlijk verloop van de contractduur de franchiseregeling van toepassing worden. Veelal zal namelijk binnen de overgangperiode van vijf jaar de looptijd van de overeenkomst verstrijken en een nieuwe overeenkomst moeten worden gesloten. Daarbij kan dan ook rekening worden gehouden met de nieuwe wetgeving. Indien echter een lopende overeenkomst een langere looptijd heeft dan vijf jaar, dan is het redelijk dat de franchiseregeling vijf jaar na haar inwerkingtreding ook op die overeenkomst van toepassing wordt. Partijen hebben dan immers voldoende tijd gehad om, voor zover nodig, hun overeenkomst in overeenstemming te brengen met de wettelijke regeling. Bovendien wordt hiermee – in het belang van de franchisenemer – voorzien in een maatregel om te voorkomen dat ‘kwaadwillende’ franchisegevers hun sterkere onderhandelingspositie gebruiken om in de aanloop van de inwerkingtreding van deze regeling een veel langere contractduur af te dwingen dan de gebruikelijke vijf jaar om op die manier de toepassing van de nieuwe regeling onevenredig lang uit te stellen.

Voor overeenkomsten met een langere looptijd dan vijf jaar geldt dus dat deze na afloop van de overgangperiode van vijf jaar in overeenstemming moeten zijn met de aangewezen code. Is dat niet het geval dan zullen partijen om tafel moeten gaan zitten om nieuwe afspraken te maken die voldoen aan de voorgestelde franchiseregeling. Partijen dienen dan bij het sluiten van een nieuwe overeenkomst geheel aan te sluiten bij de aangewezen franchisecode of hiervan onder de strikte voorwaarden van het voorgestelde art. 7:399g, tweede lid, BW, af te wijken. Indien een overeenkomst een looptijd heeft van vijf jaar, maar bepaalt dat deze stilzwijgend wordt verlengd, dan geldt ook voor deze overeenkomst dat daarop na de overgangperiode van vijf jaar de franchiseregeling van toepassing wordt.

Is in een lopende franchiseovereenkomst bepaald dat de franchisegever de mogelijkheid heeft om de overeenkomst tussentijds eenzijdig te wijzigen en past hij dit recht toe binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van de nieuwe franchiseregeling, dan is die regeling in dat geval nog niet van toepassing. Immers, deze wijziging betreft een aanpassing van de contractvoorwaarden die reeds bij de

contractsluiting was voorzien en leidt daarmee dus niet tot een nieuwe contractsluiting. Willen de franchisegever of de franchisenemer daarentegen een wijziging aanbrengen in een lopende franchiseovereenkomst, maar voorziet die overeenkomst niet al in de mogelijkheid om dit tussentijds te doen, dan zullen zij hiervoor een nieuwe gewijzigde franchiseovereenkomst moeten sluiten. Zo kan het zijn dat in de oorspronkelijke overeenkomst is geregeld dat de franchisegever een vast bedrag aan kosten aan de franchisenemer doorberekent in verband met door de franchisegever aan de franchisenemer geleverde diensten. Als dan in de praktijk blijkt dat de met die geleverde diensten gemoeide kosten veel hoger zijn dan voorzien, kunnen partijen met elkaar om de tafel gaan zitten om hun afspraken nog eens onder de loep te nemen en afspreken dat de franchisegever in het vervolg een hoger bedrag doorberekent. Met het maken van deze afspraken sluiten partijen een nieuwe overeenkomst. Daarop is de franchiseregeling direct van toepassing en dan zullen partijen daarbij moeten voldoen aan de nieuwe franchiseregeling.

De Minister van Economische Zaken,

De Minister van Veiligheid en Justitie,