

wet- en regelgeving

Het wetsvoorstel franchise: Broodnodig of de wereld op zijn kop?

Introductie van de franchise code en het voorstel tot wettelijke verankering

mr. Martine de Koning

Op 12 april jl. heeft minister Kamp van Economische Zaken een wetsontwerp gepubliceerd, waarmee de Nederlandse Franchise Code ("NFC") wettelijk wordt verankerd. De Minister wil de positie van de franchisenemer versterken en de belangen van franchisegevers en franchisenemers meer in balans brengen.

De NFC is zelfregulering. Bij zelfregulering stellen belanghebbenden in een bepaalde sector zelf een regeling op. Dat is hier op verzoek en onder begeleiding van het ministerie ook gebeurd. Normaliter zijn dergelijke regels niet verbindend. Met andere woorden, partijen mogen ervan afwijken.

Franchisenemers hebben de NFC met open armen ontvangen. Veel franchisegevers voelden zich echter niet gehoord in het proces, ook niet nadat wijzigingen zijn aangebracht voortvloeiend uit de consultatie. Zij zijn van mening dat de NFC zich niet verhoudt met elementaire principes zoals contractsvrijheid en geen recht doet aan hun belangen. Ook de Nederlandse Franchise Vereniging heeft zich van de NFC gedistantieerd. Vanwege de weigering van veel franchisegevers de code op hun overeenkomsten van toepassing te verklaren, heeft minister Kamp in het najaar van 2016 aangekondigd de NFC wettelijk te gaan verankeren.

Het wetsvoorstel voegt aan boek 7 BW een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst toe die een wettelijke basis biedt om bij AMvB een gedragscode aan te wijzen tot nadere invulling van de regels.¹ Het voorstel definieert begrippen zoals 'franchiseformule', 'franchisegever', 'franchisenemer' en 'franchiseovereenkomst'.² Zodra de code bij AMvB is aangewezen, is de code van toepassing in de branche.³ De basis is 'pas toe of leg uit'. Er gelden eisen aan de vorm en inhoud van de motivatie, bij gebreke waarvan de franchisenemer het contract(sbeding) kan vernietigen.⁴

1 Art 339g lid 1.

2 Art. 339f sub a-e.

3 Art 339g lid 2.

4 Art 339g leden 2, 3 en 4.

Het wetsontwerp beschrijft slechts kort welke elementen de gedragscode moet bevatten.⁵ Overeenkomsten gesloten voor de inwerkingtreding van de wet moeten uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding zijn aangepast.⁶

Consultatie

Inmiddels is de consultatie gesloten en zijn er 359 reacties ingediend. De meeste reacties zijn positief, maar bevatten nauwelijks een motivering. Toch nog steeds een heel aanzienlijk deel is kritisch of zelfs uitgesproken negatief, vaak met veel redenen omkleed. Het is opvallend dat veel academici, advocaten en doorgaans neutrale belangenorganisaties zoals de American Chamber of Commerce, de IFA, de DFA en de NFV⁷, zich uiterst kritisch hebben uitgelaten over het wetsvoorstel. Naast meer voor de handliggende punten hebben zij de te verwachten negatieve impact op de Nederlandse economie benadrukt.

Wat is het doel van zelfregulering en waarom werkt het (of niet)?

Bij zelfregulering kunnen zich drie problemen voordoen: gebrek aan legitimiteit, representativiteit en inspraak van alle betrokkenen, en gebrek aan toezicht op het resultaat of juridisch bindende kracht.⁸ Daarnaast zijn, van minder principieel karakter, ook als mogelijke nadelen onderkend daling van kwaliteit van regulering, onnodige verschillen in regelgeving en toenemende uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties.⁹ Een wettelijke verankering neemt problemen rondom toezicht en juridisch bindende kracht doorgaans weg. Bezwaren gelegen in de legitimiteit, representativiteit en/of inspraak van betrokkenen worden daardoor echter niet zonder meer weggenomen. Voorts kan de kwaliteit en consistentie van de regelgeving tekortschieten.

Franchisegevers hebben vroeg in het proces aan minister Kamp aangegeven dat het de code aan duidelijkheid, evenwichtigheid en draagvlak ontbreekt.¹⁰ Franchisegevers herkennen zich niet in de verhalen over misstanden, en onderbouwing daarvan ontbreekt in de toelichting op de franchise code (alook de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel). Buitenlandse franchisegevers zijn mogelijk onvoldoende in staat gesteld om te reageren. Er was geen

5 Art 339g lid 1 sub a-g.

6 Art 209.

7 NB: de NFV behartigt de belangen van 'franchise' in Nederland en niet van franchisegevers of franchisenemers.

8 Zie J.B.M. Vranken, *Asser-Vranken Algemeen Deel ****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 89.

9 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', *Opmerkingen bij het preadvies van Prof. Mr. I Giesen*, NJB 2007, 1109.

10 *Reactie van HEMA op de consultatieversie*.

Engelse vertaling beschikbaar, hoewel de NFV daarom had gevraagd, en er heeft slechts één buitenlandse franchisegever gereageerd in de consultatie.¹¹ Het is dus mogelijk dat er gebreken kleven aan het totstandkomingsproces en de evenwichtigheid en kwaliteit van de regels. Zelfregulering werkt goed als er draagvlak voor is. Dan werkt het meestal ook prima zonder wettelijke verankering. Bij onvoldoende draagvlak stuit het afdwingen van naleving mogelijk op staats- en privaatrechtelijke bezwaren.

Wat staat er nu eigenlijk in de Nederlandse Franchise Code?

De code wijkt op punten af van het contractenrecht en de jurisprudentie:

- De code bevat een definitie van franchise die afwijkt van de in Paalman/Lampenier¹² door de Hoge Raad gehanteerde definitie en van de definitie in de Europese Erecode Franchising.¹³ Het wetsvoorstel introduceert definities die beter aansluiten bij bestaand recht, waarbij ik ervan uit ga dat de onduidelijke definities van de code geen rol meer spelen. De uitgebreide definities van het wetsvoorstel passen overigens niet goed in het stelsel van ons BW. Reguliere merklicenties (*manufacturing* of *'bottling'* licenties voor frisdrank bijvoorbeeld) lijken bovendien nu onder de reikwijdte van het franchise-begrip te vallen, terwijl dit toch echt andersoortige overeenkomsten zijn dan franchiseovereenkomsten en dit dus niet de bedoeling kan zijn geweest.
- De code bevat, zoals gebruikelijk in ons contractenrecht, 'open normen'. De vraag is of voldoende duidelijk is wat de franchisegever moet doen of laten om aan de normen te voldoen.¹⁴ De tekst van de code leest soms als een toelichting, en soms bevat de toelichting passages die zijn geformuleerd als harde verplichtingen, wat verwarring schept. Verplichtingen over eenzelfde onderwerp staan regelmatig verspreid over twee of meer plaatsen. Dit komt de kwaliteit en helderheid van regelgeving niet ten goede.

- De franchisegever mag geen nieuwe formule als franchise uitrollen. Hij moet de formule eerst een redelijke periode aantoonbaar met succes hebben toegepast.¹⁵ Deze verplichting is in lijn met de (onlangs herziene) Europese Franchisecode.¹⁶ De verplichting doet weinig recht aan de verschillen in formules of bijvoorbeeld het model van *master franchise*.
- De franchisegever moet zich maximaal inspannen om de kracht en voordelen van de franchiseformule verder te ontwikkelen. Volgens de toelichting mag hij geen concurrerende afgeleide of secundaire formules naast elkaar exploiteren.¹⁷ Waarom zou een goed lopende formule te allen tijde verder ontwikkeld moeten worden, en wat is er tegen afgeleide of secundaire formules zolang dit de reputatie, herkenbaarheid of het succes van de primaire formule niet schaadt?¹⁸
- Hoewel in Paalman/Lampenier is bepaald "*Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen [...] vloeit niet de algemene regel voort dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de verwachten omzet of omtrent de winstverwachting*"¹⁹, bepaalt de code -overigens in lijn met lagere rechtspraak²⁰- dat 'bij voorkeur'²¹ een zorgvuldig en transparant onderbouwde omzet- en kostenprognose wordt verstrekt.²² Paalman/Lampenier wordt soms wel uitgelegd als een vrijbrief aan franchisegevers totdat hun bekendheid met fouten in een prognose kunnen worden bewezen. In *Street One* verduidelijkt de Hoge Raad dat dit nooit is bedoeld. Paalman/Lampenier ging over een door een derde opgemaakte prognose. Als de franchisegever de prognose zelf maakt kan hij aansprakelijk zijn voor onzorgvuldig handelen van hemzelf of degenen die op de voet van 6:170-172 BW onder zijn verantwoordelijkheid vallen.²³ Een andere op-

11 Opm. 3 van de NFV en respons van vakvereniging voor juristen DFA (Distributie, Franchising en Agentuur) op de consultatieversie; DFA heeft een eigen franchisecode gepubliceerd <http://www.vereniging-dfa.nl/wp-content/uploads/pdf/dfa-gedragscode-franchise-19-november-2015.pdf>.

12 HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (Paalman / Lampenier); EU Regulation 4087/88; Rechtbank Overijssel 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2172, par. 7.3. (SpeeileilandTholen/Otto Simon); H1, art. 1.5.

13 <http://www.nfv.nl/userfiles/NFV%20Europese%20Erecode%202016.pdf>.

14 Art. 2.1 franchise code 'voortdurende' verplichting, art. 2.3 sub h-i 'onredelijke gronden', art. 2.5 sub a 'noodzakelijke' informatieverschaffing, art. 3.1 'redelijk' onderzoek.

15 H2, art. 2.3a franchisecode.

16 Art. 2.2. Europese Erecode Inzake Franchising (oude versie en versie 2016).

17 H2, Art. 2.3c Franchisecode; zie ook toelichting op art. 1.2.

18 J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

19 HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (Paalman / Lampenier), r.o. 3.3.3.

20 HR februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0868, Prg. 1996/3359; Hof Arnhem 31 augustus 1999, NJ 2000 / 708, r.o. 7.2-7.6; Rb. Noord-Holland, 3 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11564, r.o. 4.6-4.8; Rb. Arnhem, 15 juni 2011, Prg 2011/2016, r.o. 4.7-4.1.

21 MvT p. 30. De Memorie van Toelichting acht het niet verstrekken van een prognose 'onwenselijk' en een 'rode vlag'.

22 Art 3.6 sub d franchise code.

23 Arrest Hoge Raad (*Street One*), 24 Februari 2017, 15/04399, onder 5.3, de A-G licht onder 2.5 nog toe dat het om negatief contractbelang gaat, niet winstderiving.

vatting past volgens de A-G ook niet bij de huidige rechtsopvattingen. De A-G is van oordeel dat, in afwijking van de toelichting in de NFC op dit punt, de stelling dat de franchisegever zou moeten instaan voor de deugdelijkheid van de prognose, echt een brug te ver is.²⁴

- Partijen moeten redelijkheid en billijkheid in acht nemen bij beslissingen over verlenging en beëindiging van de franchiseovereenkomst.²⁵ Beëindiging is volgens de toelichting in beginsel mogelijk, 'maar' daarbij moeten de belangen van beide partijen in redelijkheid gewogen worden. In Ronde Venen/Stedin²⁶ staat de mogelijkheid een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen met een redelijke opzegtermijn voorop, en kunnen omstandigheden een zwaarwegende grond vereisen. Er is geen 'maar' in bestaande jurisprudentie te bekennen, en het is de vraag wat dit betekent. De toelichting bij artikel 2.2²⁷ roept de vraag op of een verscherping van de norm ten opzichte van rechtspraak is bedoeld.
- De franchisenemer mag uitsluitend worden verplicht tot het sluiten van overeenkomsten met derden voorzover die in 'direct verband' staan met de uitvoering van de franchiseformule. Franchisegevers vrezen dat zij (indirect) gerelateerde diensten niet meer mogen voorschrijven. Hoe verhoudt zich dit tot de toename en het bewezen succes van 'hard' en 'full-format' franchiseformules?²⁸
- De franchisegever mag het sluiten van een tweede of volgende franchiseovereenkomst met een franchisenemer niet op onredelijke gronden weigeren.²⁹ De franchisegever zal liever zelf de meest geschikte franchisenemer per vestiging selecteren.³⁰ De franchisegever moet tevoren aan de franchisenemer een maximaal aantal vestigingen dat hij niet wil overschrijden doorgeven.³¹ De franchisegever kan hier ingeklemd raken tussen zijn verantwoordelijkheid het netwerk te ontwikkelen en de kwaliteit te bewaken en verplichtingen om nieuwe overeenkomsten niet op onredelijke gronden te weigeren.

- Een verzoek tot beëindiging of tussentijdse overdracht van onderneming van de franchisenemer mag niet op onredelijke gronden worden verhinderd.³² Dit grijpt in op de contractsvrijheid, waaronder ook het vrij kunnen kiezen van een contractspartner hoort.³³
- De code bevat uitgebreide informatieplichten. Regels over voorovereenkomsten³⁴ en *disclosure* verplichtingen³⁵ zijn in veel landen gebruikelijk. Dergelijke precontractuele informatieverplichtingen werken in de praktijk prima, en vinden meestal grondslag in een formele wet.³⁶
- Er moet een structuur voor overleg met de franchisenemers zijn en de franchisegever bepaalt in overleg over welke onderwerpen deze instemmings- of adviesrecht heeft.³⁷ Voor majeure wijzigingen geeft de toelichting aan dat meer nodig kan zijn dan een gewone meerderheid van stemmen van de franchisenemers.³⁸ Als de franchisegever niet met het orgaan tot overeenstemming komt, mag hij de wijzigingen niet eenzijdig doorvoeren. Als het orgaan instemt met een majeure wijziging van de formule, maar een individuele franchisenemer niet, kan het nodig zijn hem te bevrijden van het post contractuele non-concurrentiebeding.³⁹ Deze verplichtingen gaan heel ver, en halen het initiatief weg bij de franchisegever, terwijl hij wel verantwoordelijk blijft voor de kwaliteit en uniformiteit en het succes van de formule en het netwerk van vestigingen. Deze regeling komt in het buitenland op deze manier bij mijn weten nergens voor.
- De overeenkomst is in de officiële taal van het land waar de franchisenemer is gevestigd.⁴⁰ Deze verplichting volgt niet uit rechtspraak en lijkt ook onnodig in het Nederlandse privaatrecht.
- Diverse (ook niet-kern)bepalingen mogen op grond van de code niet voor eenzijdige wijziging vatbaar zijn, waaronder bijvoorbeeld betalingsvoorwaarden, franchisevergoeding en conditiestelsel, het

24 Conclusie AG (Street One), onder 2.7.

25 Art. 2.5c en toelichting franchise code.

26 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, (Ronde Venen/Stedin), r.o. 3.5.1.

27 Toelichting art 2.2 franchise code, laatste zin.

28 <http://www.franchisenemer.nl/De-vormen-van-franchising-soft-of-hard.html>

29 H2, art. 2.3i franchisecode.

30 J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

31 Toelichting op art. 2.3 i franchise code.

32 H2, art. 2.3h franchise code.

33 J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

34 H3, art. 3.9 a-d franchise code

35 H3 art. 3.4 e.v. franchise code

36 Art. 62.3 Spaansedetailhandelsweten art. 3 van KB 201/2010; Boek X, afdeling 2 BelgischWetboek van economischrecht; M. Abell, *The Franchise Law Review*, London: Law Business Research Ltd 2016; art. 3:15 (d) BW.

37 H2, art 2.6c franchise code; Voor onderwerpen die een materieel effect hebben op de bedrijfsvoering van het collectief van franchisenemers is in beginsel instemming nodig.

38 Art. 2.6 c en h en toelichting sub h franchise code.

39 H2, art. 2.6h franchise code

40 H4, art. 4.3 franchise code.

gebruik van onderscheidende tekens, exclusiviteit en afspraken over e-commerce en (consumenten) data.⁴¹

- De code verwijst naar een geschillencommissie franchise.⁴² Uit de tekst van de code en het wetsvoorstel blijkt dat de weg naar de gewone rechter open blijft. De geschillenregeling zal naar het zich laat aanzien buiten de consultatie en parlementaire behandeling blijven omdat een geschillencommissie (nog) niet bestaat.

Voldoet de delegatiebepaling van het wetsvoorstel aan de daarvoor geldende eisen?

De delegatiebepaling luidt als volgt: *'Bij algemene maatregel van bestuur kan een gedragscode of een deel daarvan worden aangewezen, indien in die gedragscode voorschriften zijn vervat met betrekking tot:'* Vervolgens wordt een reeks onderwerpen genoemd die begint met *'werving en selectie van franchisenemers [...]'*. Voldoet deze delegatiebepaling nu aan de daaraan te stellen eisen?

Contractsvrijheid wordt een (ongeschreven) grondrecht genoemd.⁴³ In ons contractenrecht staat partijautonomie voorop.⁴⁴ Dwingende wetsbepalingen komen in het verbintenissenrecht relatief weinig voor.⁴⁵ Eén en ander noopt tot terughoudendheid en vastlegging van de dwingende regels bij voorkeur in de wet zelf, het 'primaat van de wetgever'. De regels in de code die op de contractsvrijheid en commerciële strategie van partijen ingrijpen zijn gewichtig en hadden ook gezien de onderliggende principes en systematiek van het BW meer detail verdiend in de wet zelf.

De delegatiebepaling regelt wel reikwijdte en structuur, wat vanuit staatsrechtelijke perspectief een vereiste is, maar zij benoemt slechts zeer op hoofdlijnen de onderwerpen, en geeft (wellicht met uitzondering van de *disclosure obligations*, en ook daar ontbreekt voldoende detail) geen enkele richting aan de inhoud van die regels. De regels komen blijkens het wetsvoorstel kennelijk ook niet in de AMvB zelf te staan, maar alleen in de NFC, waarnaar de AMvB verwijst. Echter, als ik de Memorie van Toelichting goed begrijp, is de reden om het op deze wijze te doen dat de regels dan sneller aangepast kunnen worden op veranderende omstandigheden in de markt. Naar ik aanneem wordt bedoeld dat dan niet opnieuw een wetsvoorstel (en

AMvB) hoeft te worden aangenomen. Maar daar schuilt ook meteen een addertje onder het gras. Dat betekent namelijk dat door de branche voorgedragen aanpassingen in de code, of zelfs een geheel nieuwe code, zich volledig aan parlementaire toetsing onttrekt. Als er nu al problemen zijn gelegen in representativiteit, zal dan bij een herziening van de code door dezelfde actoren in de markt, niet anders zijn. Dat bij wet het treffen van een regeling mogelijk wordt gemaakt die diep ingrijpt in de contractsvrijheid zonder dat de wet voldoende houvast biedt ten aanzien van de inhoud daarvan, is naar mijn mening uit staatsrechtelijk oogpunt onwenselijk en een inbreuk op de rechtszekerheid. Daarnaast creëert ook de complexiteit van *comply or explain* in de context van het Nederlandse contractenrecht, op straffe van vernietigbaarheid, rechtsonzekerheid. Het is dus de vraag of de verplichtingen in de delegatiebepaling voldoende kenbaar en voorzienbaar zijn gemaakt.

De code bevat veel open normen en voor partijen is het moeilijk in te schatten of een motivering voor een afwijking van de code wat betreft vorm en inhoud voldoet aan de eisen. Het van oorsprong Engelse *comply or explain* principe is bedoeld als *soft law*. Er mag ook echt worden afgeweken.⁴⁶ Een uitleg die niet gelijkstaat aan ontduiking van de regels zou voldoende moeten zijn. Het wetsvoorstel gaat een flinke stap verder. Ik betwijfel of dit in de praktijk gaat werken in een geval waar het draagvlak imperfect is. Het zou onwenselijk zijn als franchiseovereenkomsten tientallen extra pagina's zullen bevatten om afwijkingen van de code uiteen te zetten. Het is ook niet in het belang van franchisenemers als contracten veel langer en ingewikkelder worden of als franchisegevers vanwege de toegenomen complexiteit en regeldruk liever de vestigingen zelf gaan exploiteren.⁴⁷

Rechtsvergelijkende opmerkingen

Onder druk van het wetsvoorstel ligt het voor de hand dat internationale franchisegevers voor buitenlands recht een forum zullen gaan kiezen. Dit is ook niet uitgesloten door de code. Echter, het lijkt me niet in het belang van Nederlandse franchisenemers dat zij onderworpen raken aan het recht van Engeland (of van een staat van Amerika), en erger nog -want duurder en verder weg- procederen of arbitrerende aldaar.

41 H 4, art. 4.6d, e, g, h, i en j franchise code

42 H 5, art. 5.2.

43 J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14; Zie ook Asser Hartkamp II, nr 45a

44 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

45 Bijv. *handelsagentuur, consumentenkoop, etc.*

46 'Om het principe optimaal te laten functioneren is van essentieel belang dat de vrije keuze tussen 'comply' or 'explain' wordt gewaarborgd zonder dat de 'explain' optie een mogelijkheid voor ontduiking vormt', K de Roo, *Ars Aequi*, April 2015, 'De Corporate Governance code en het drijfzand van de open norm.' p. 262.

47 MvT p. 20

In veel landen in Europa en in de V.S. zijn 'disclosure' en regels over voorovereenkomsten een gegeven.⁴⁸ Abrupte opzegging en een goodwillvergoeding zijn in veel ons omringende landen geregeld (denk aan Frankrijk, België respectievelijk Duitstalige en Zuid-Europese landen).⁴⁹ Het verplicht instemmen van de franchisegever met nieuwe vestigingen van de franchisenemer of het moeten meewerken aan een overdracht of tussentijdse beëindiging door de franchisenemer is ongebruikelijk. In de meeste franchisesystemen zijn koopopties inbegrepen (met redelijke prijsbepaling en voorwaarden).⁵⁰ De manier waarop de code de rol van het collectief overleg invult is naar ik heb begrepen, zelfs vrij uniek.⁵¹

De franchisenemer geniet op grond van het mededingingsrecht in Europa meer vrij ondernemerschap dan in bijvoorbeeld de V.S.. De franchisegever heeft hier een stuk minder ruimte om zijn strategie te bepalen dan daarbuiten. In de EU mogen wederverkoopprijzen niet afgestemd worden⁵², wederverkoop tussen franchisenemers moet te allen tijde mogelijk zijn⁵³ en -anders dan de Memorie van Toelichting vermeldt⁵⁴- internetverkoop mag door franchisegevers niet verboden worden.⁵⁵ Hooguit mogen er kwaliteitseisen worden gesteld aan de webomgeving waarin de verkopen worden gedaan.⁵⁶

Als het wetsvoorstel is aangenomen, is de NFC dan wel verbindend voor iedereen?

Zelfs als het wetsvoorstel in de huidige vorm wordt aangenomen, is het de vraag of de regels voor iedereen in de sector verbindend zijn. Zelfregulering die op deze wijze via een AMvB van toepassing wordt verklaard, vormt geen 'algemeen verbindend voorschrift' in de zin van de Wet op de Rechterlijke Organisatie ('RO').⁵⁷ De AMvB bevat mogelijk wel woorden van die strekking. Uitgaande van analogie met de wettelijke verankering van bijvoorbeeld de corporate governance code, is gebondenheid niet vanzelfsprekend. Juist als representativiteit onvoldoende is,

staat gebondenheid ter discussie.⁵⁸ Dit betekent bijvoorbeeld dat franchisegevers die geen deel uitmaakten van de onderhandelingen en het schrijfproces van de NFC, of degenen die zich van de uitkomst daarvan, de NFC, hebben gedistantieerd, zich heel goed op het standpunt kunnen stellen dat zij niet (d.w.z. ook niet in de zin van *comply or explain*) gebonden zijn aan de NFC. Ik denk dan bijvoorbeeld aan een aantal grote franchisegevers, de meeste franchisegevers die vanuit het buitenland op de Nederlandse markt actief zijn of die willen betreden (of formules die in het buitenland franchisevestigingen hebben). Grond daarvoor is te vinden in bijvoorbeeld rechtspraak over andere zelfreguleringsnormen, die geen recht vormen in de zin van de Wet RO. zoals NEN normen of CAO's. Normen kunnen onverbindend verklaard worden voor partijen die niet bij de opstelling betrokken waren. Ook normen die geen algemeen verbindende voorschriften zijn, moeten kenbaar en representatief zijn. Eerder zette ik al uiteen dat ik serieuze twijfels heb over de vraag of de NFC aan het representativiteitsvereiste voldoet. Als bepaalde partijen zich aan toepasselijkheid kunnen onttrekken ontstaat er wel ongelijkheid tussen franchisenemers van buitenlandse en Nederlandse partijen. Aan de andere kant is het oneerlijk om franchisegevers met een internationale strategie, die geen weet hadden van deze zelfregulering en daarin niet zij gehoord, en er met hun belang ook geen rekening is gehouden, gebonden zouden kunnen worden aan de uitkomst van een puur Nederlands 'polderonderonsje' (of eigenlijk, een 'polderonenigheidje').

Al deze problemen hadden kunnen worden vermeden als de minister een standaardregeling had gefaciliteerd in de zin van artikel 6:214 BW. Dit artikel bepaalt dat een overeenkomst behalve aan wettelijke bepalingen ook is onderworpen aan een standaardregeling, wanneer voor de relevante bedrijfstak of beroep voor zodanige overeenkomst een standaardregeling geldt. De soorten overeenkomsten waarvoor standaardregelingen kunnen worden vastgesteld en de relevante bedrijfstak of het beroep, worden bij AMvB aangewezen. De ratio is dat het de voorkeur kan verdienen, de regeling van een bepaalde overeenkomst aan belanghebbenden over te laten.⁵⁹ Het BW bevat dus eigenlijk al een wettelijke basis (een delegatiebepaling) waaraan de code zou kunnen worden opgehangen. En deze basis is een veel betere. Een standaardregeling vormt recht in de zin van art. 79 Wet RO. Er gelden bepaalde eisen die representativiteit en andere aspecten die van belang zijn waarborgen. Volgens de Wet Commissies Standaardregelingen wijst de minister van Justitie de commissie aan en bestaat deze voor twee derde uit belanghebbenden, dat wil zeg-

48 Rosen et al, 'United States', in: *The Franchise Law Review*, p. 622-623; Mallerio, 'France', in: *The Franchise Law Review*, p. 307; Clevenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 220-221.

49 Clevenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 227.

50 Mallerio, 'France', in: *The Franchise Law Review*, p. 312; Clevenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 227.

51 Vgl. Rosen et al, 'United States', in: *The Franchise Law Review*, p. 632.

52 Richtsnoeren nr. 48 en 223 e.v.

53 HvJ EG 28 januari 1981, nr. C-161/84 (*Pronuptia*).

54 MvT p. 31.

55 HvJEG 13 oktober 2011, nr. C-439/09 (*Pierre Fabre*).

56 Richtsnoeren, 52-56, m.n. 54

57 Art. 79 Wet RO

58 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393

59 A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/512.

gen vertegenwoordigers van personen die als partij bij desbetreffende overeenkomsten plegen op te treden. De minister van Justitie bepaalt, na overleg met de relevante ministers, bij ministeriële regeling welke representatieve organisaties leden van de commissies kunnen voordragen, en het aantal leden dat ieder van deze organisaties kan voordragen. Dan benoemt hij de leden van de commissie, en uit hun midden de voorzitter.⁶⁰

Als we kijken naar het traject dat de code heeft doorlopen, valt op dat aan de meeste van de genoemde eisen niet is voldaan. De minister van Veiligheid en Justitie was tot voor kort in het geheel niet betrokken, en de schrijfcommissie van de NFC voldoet niet aan de eisen. Omdat standaardregelingen geen dwingende voorschriften kunnen bevatten⁶¹, en een standaardregeling weliswaar voor afwijking een bepaalde vorm kan voorschrijven maar niet zoals de code ook eisen aan de inhoud van de motivatie stelt op straffe van vernietigbaarheid, is een standaardregeling ook eigenlijk geen echte oplossing voor wat de minister wil, de franchisegevers dwingend tot het naleven van bepaalde voorschriften die diep ingrijpen op de overeenkomsten tussen franchisegevers en franchisenemers.

Conclusie

Hoe dan wel verder? Als de minister dwingende voorschriften wil opleggen, en hij beter uitlegt waarom dit nodig is, kan hij een nieuw wetsvoorstel met regels van dwingend en regelend recht indienen met een integrale regeling van 'de franchiseovereenkomst'. Na een volle parlementaire toetsing kan dit worden toegevoegd in boek 7 BW. De inhoud en complexe opzet van het thans voorliggende wetsvoorstel, roept teveel vragen op om in deze vorm te kunnen worden aangenomen en geïmplementeerd. Juist franchisenemers zijn gebaat met heldere regels en rolduidelijkheid. Het wetsvoorstel creëert rechtsonzekerheid en wat betreft rolduidelijkheid de wereld op zijn kop, en daar heeft niemand iets aan. ●

Martine de Koning is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam en hoofd van het Team Commercial. Zij houdt zich bezig met geschillen, advies en contracten op het gebied van franchise, distributie, agentuur en het EU en Nederlandse mededingingsrecht. E-mail: martine.de.koning@kvdl.com.

⁶⁰ Art. 1 leden 1 en 2, resp. art. 2 en 3 Wet Commissies Standaardregelingen.

⁶¹ 6:214 leden 4 en 5 BW