

Bijdrage Prof. dr. E.M. Kneppers-Heijnert, hoogleraar juridische aspecten van de bedrijfskunde RU Groningen; Rondetafelgesprek Franchisecode Tweede Kamer 8 Juni 2017

Stelling 1

Elke regelgeving, wet of code is zinloos als je niet weet welk probleem je ermee oplost en voor wie.

Stelling 2:

Dit wetsontwerp en NFC zijn een remedie tegen ontwikkelingen in de markt die niet tegengehouden kunnen worden en onomkeerbaar zijn.

Stelling 3

Als er voor een Code wordt gekozen, dan niet de NFC want die is ongeschikt om het hele franchiseveld te bestrijken.

Stelling 4

Een geschillencommissie moet een onafhankelijk (overheids) orgaan zijn, bijv de ACM.

Inleiding. Wat is franchising

Franchising is een commerciële (meestal contractuele) samenwerkingsvorm tussen juridisch zelfstandige ondernemers (ondernemen voor eigen rekening en risico) waarbij de franchisegever (frg) de formule ontwikkelt en de franchisenemer(s) frn(s) het recht geeft om zijn handelsnaam en/of merk en eventueel andere onderscheidingsmiddelen te gebruiken. De frn is eveneens een ondernemer en brengt zijn kapitaal, zijn vestigingsplaats, zijn kennis en vaardigheden in en/of combinaties hiervan. Belangen van frg en frns lopen voor een groot deel parallel, maar niet overal en altijd. Ze runnen ieder hun eigen onderneming en verdienen op een andere manier geld. Er is dan ook geen sprake van gelijkheid, van een joint venture of een partnership. Er is een wederzijdse afhankelijkheid. Dat verliest het wetsvoorstel en NFC uit het oog.

Onderdeel 1 Wat is het probleem ? Nut en noodzaak van regelgeving

Er is recent niet systematisch onderzocht welke problemen er zijn en hoe groot ze zijn. Er is geen cijfermatige onderbouwing. Is er sprake van incidenten (conflicten en spanningen in samenwerkingsrelaties zullen er altijd blijven; daar helpt geen wet of code tegen) of is er systematisch iets mis? De opvattingen erover lopen uiteen. En als zich problemen voordoen in welke fase is dat dan. In de precontractuele fase, tijdens de looptijd van het contract of na afloop daarvan? Elke regelgeving, wet of code, is zinloos als je niet weet welk probleem je ermee oplost en voor wie.

In 2009 constateerde het EIM dat de franchisesector als geheel goed functioneert en dat wetgeving een te zwaar middel is. In 2009 bevond de economie zich bovendien midden in een conjuncturele crisis. Wat is er veranderd tov 2009 dat nu wetgeving wel gerechtvaardigd zou zijn?

Structureel veranderd is de opkomst van webwinkels. Online aankopen nemen een steeds grotere vlucht. Dit is met name, maar niet uitsluitend, van belang voor de detailhandel. De kappers en de uitvaartbranche, om maar 2 sectoren, te noemen, hebben daar geen last van. Daar moet je heen om geknipt te worden cq je wordt opgehaald! Toch is dit geen nieuwe ontwikkeling, alleen de techniek nl. bestellen via internet of via apps, is nieuw. Dertig jaar geleden regelde Yves Rocher al in zijn contract dat frns een

exclusief gebied toegewezen kregen, maar behield zich het recht voor om zijn produkten op andere wijze te verkopen dan via winkels namelijk via postorders. Met de nieuwe techniek wordt het distributiekanaal volwassener.

Aandachtspunten:

1. veranderende verdienmodellen

De verdienmodellen (gaan) veranderen door de toename van internetverkoop. De inbreng van de frn, met name de waarde van zijn locatie, vermindert. De win-win situatie verandert. Veranderingen in de markt zijn economische ontwikkelingen die de wetgever niet kan oplossen. Partijen, frg en frn, zullen opnieuw met elkaar moeten onderhandelen¹ wat zal leiden tot aanpassing van het contract. Daarom zijn fr. contracten (meestal) voor bepaalde tijd. Contracten voor onbepaalde tijd kunnen in beginsel te allen tijde worden opgezegd. Dit leidt tot een 2^e aandachtspunt.

2. De frn moet zich voor aanvang verdiepen in het contract en de rechten en verplichtingen die hij krijgt, zowel tijdens de looptijd als daarna. Zie voor een overzicht <https://www.accc.gov.au/publications/the-franchisee-manual>

Onderdeel 2 Inhoud en kwaliteit van de regelgeving

De MvT (par 3.1. p.12) spreekt van een voorstel tot een eenvoudige wettelijke regeling. Er worden slechts 2 artikelen voorgesteld, maar er zijn 37 pagina's toelichting nodig en uit de vele reacties blijkt dat heel veel onduidelijk blijft en tegenstrijdig is.

Aandachtspunten:

1. De frn is ondernemer en geen zielig figuur die zich de grillen van de frg hoeft te laten aanleunen. Hij heeft immers ook iets in te brengen. Wanneer hij daar niet de vaardigheden en kennis voor heeft, moet hij geen ondernemer (willen) worden, ook niet in een franchise setting, dan wel hij moet bereid zijn zich te scholen, zich te laten voorlichten door eigen adviseurs in te schakelen, zoals een accountant, advocaat etc. Daarvoor is hij, als zelfstandige, zelf verantwoordelijk. Voorlichting vanuit de overheid (Ondernemersplein, Kamer van Koophandel) over opleidingen en cursussen is een optie. Degene die ervan overtuigd is dat hij wel aan die criteria voldoet, moet zich wel willen voegen naar de formule en daarbinnen zijn vestiging exploiteren. Als hij dat niet wil en helemaal zijn eigen gang wil gaan, moet hij een eigen zaak beginnen, los van een formule. De NFC verliest het karakter van franchising uit het oog (zie bijv art. 2.3f). Een frn is geen werknemer. Frg en frn hebben ieder hun eigen taak. De frg moet o.a. de uniformiteit bewaren en bewaken om te zorgen dat de formule voor de klant herkenbaar is en blijft. Daarvoor moet de frg toezicht (kunnen) houden (zie art. 2.3.c), maar hoe hij dit kan doen (inzage in de administratie, toegang tot het pand van de frn) is nergens geregeld. Daarnaast moet de frg de formule up to date houden en de strategie blijven ontwikkelen. Art.2.5.c is daarmee regelrecht in strijd. Art. 2.3.c dat o.m. regelt dat de frg zich maximaal in moet spannen om de kracht van de formule te behouden, ontkent dat produkten een bepaalde levenscyclus hebben en de markt zich ontwikkelt (zie sub 1).

¹ Overigens is het probleem niet tot franchising beperkt. Ook bankmedewerkers en ambtenaren bij de belastingdienst hebben de gevolgen van de opkomst van het internet en veranderingen in het distributiekanaal ondervonden.

2. Behalve bepalingen die het wezen en karakter van franchising aantasten, bevat de NFC artikelen die afwijken van- of in strijd zijn met wettelijke bepalingen, EU-regels of de eigen toelichting, strengere normen invoeren dan in de jurisprudentie, onduidelijke status van de toelichting etc. Ik verwijs naar bijdragen van diverse advocatenkantoren in de internetconsultatie.

3. De NFC bevat teveel verplichtingen waarmee de contractsvrijheid van frg en frn wordt aangetast en waarbij uit het oog verloren wordt dat het hier om professionele partijen gaat. Een dergelijke mate van invulling verhoudt zich niet met de enorme diversiteit aan franchiseformules. Denk aan nationale of internationale formules; hard of soft; groot of klein; detailhandel of dienstverlening etc.

Als er voor een Code wordt gekozen zou vastgelegd moeten worden wat de randvoorwaarden zijn waarbinnen het fr contract gesloten moet worden om tot een evenwichtige verdeling van de machtspositie van frg en frn te komen. Dit is een kwestie van wetgevingstechniek en de gebruikelijke manier van wetgeving binnen het kader van het BW. Alleen zo kan een Code algemeen toepasbaar zijn. Om deze reden voldoet de NFC niet.

4. In de wettelijke regeling is geen sprake van comply or explain, maar van comply and explain. (uitleggen hoe je het toch toepast, als je uitlegt waarom je het niet doet !). Er ontstaat grote rechtsonzekerheid omdat de frn, als aan deze bepaling niet wordt voldaan, het beding kan vernietigen (art. 3:50 e.v BW). Als de frg dit negeert, moet de frn binnen 3 jaar naar de rechter. Als deze het beding vernietigt, worden de rechtsgevolgen met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt. De frn kan geleden schade verhalen op de frg en deze kan zich niet langer op het beding beroepen.

Onderdeel 3 Staatsrechtelijk

Er is veel onduidelijkheid. Er is nog geen geschillencommissie waar het allemaal om begonnen was. Aan te bevelen is een onafhankelijke geschillencommissie in het leven te roepen. Daarbij kan gedacht worden aan de Autoriteit Consument en Markt. Zie voor Australisch voorbeeld <https://www.accc.gov.au/business/industry-codes/franchising-code-of-conduct>

Aandachtspunten:

1. Hoe kan de NFC wettelijk worden verankerd als er geen geschillencommissie is?
2. Hoe verhouden een lege wet, een onbekende AMvB en NFC zich tot elkaar? Voordeel van een Code zou zijn dat regels niet statisch zijn. Wie is bij de NFC verantwoordelijk voor evaluatie en wijziging van de bepalingen?
3. Krijgt de RvSt de gelegenheid over alle drie de onderdelen integraal te oordelen en te adviseren? En worden alle drie de onderdelen integraal aan het Parlement voorgelegd?

Eindconclusie

Alles overziende is het duidelijk dat het onverantwoord is dit wetsvoorstel, een eventueel nog volgende AMvB en deze NFC in te voeren.