

## wet- en regelgeving

# Het wetsvoorstel franchise: een nuancering

mr. C.T. (Cornelis) Klepper

In F&R september 2017, nr. 6 schreef mr. Martine de Koning een lezenswaardig artikel over het wetsvoorstel franchise, waarin de NFC wettelijk wordt verankerd. Naar aanleiding van haar artikel wil ik enkele tegenwerpingen inbrengen die tezamen een nuancering op haar artikel vormen. De koning behandelt in haar artikel de totstandkoming van de NFC en het wetsvoorstel, de valkuilen bij zelfregulering, de inhoud van de NFC, de delegatiebepaling van het wetsvoorstel, een rechtsvergelijking en de vraag of de NFC wel verbindend is oor iedereen wanneer het wetsvoorstel is aangenomen. Hierna wil ik ingaan op twee onderdelen: de delegatiebepaling en de verbindendheid.

### Delegatie: contractsvrijheid en bescherming

De Koning stelt dat contractsvrijheid een (ongeschreven) grondrecht wordt genoemd. Partijautonomie staat in ons contractenrecht dan ook voorop, en bepalingen van dwingend recht komen relatief weinig voor in het verbintenisrecht. Die uitgangspunten nopen volgens De Koning tot terughoudendheid en vastlegging van de dwingende regels in de wet zelf; het 'primaat van de wetgever'. Terecht wijst De Koning daarbij op het gebrek aan parlementaire toetsing bij wijzigingen in de NFC. Tot zover volg ik De Koning.

Echter, vervolgens blijft onbesproken of de inbreuk die op de contractsvrijheid wordt gemaakt door het wetsvoorstel, legitiem is. Contractsvrijheid is steeds het uitgangspunt waar het gaat om partijen die min of meer gelijk aan elkaar zijn. In die situatie ligt het voor de hand dat partijen een vergaande mate van vrijheid hebben in de afspraken die zij onderling maken. Een en ander wordt uiteraard begrensd door de vangnetten van openbare orde en strijd met de wet. Wanneer echter geen sprake is van gelijkwaardige partijen, ligt een inbreuk op de contractsvrijheid alleszins voor de hand. Zouden werknemers niet worden beschermd in hun arbeidsovereenkomsten, dan zouden er ongetwijfeld werkgevers zijn die werknemers decennialang tijdelijke contracten zonder zekerheid zouden aanbieden. Evenzo geldt dat de kwalijke praktijken van huisjesmelkers ertoe hebben geleid dat in het huurrecht een vergaande bescherming van de huurders tot stand is gekomen.

Een inbreuk op de contractsvrijheid kan dus heel nuttig en zelfs noodzakelijk zijn. Mijns inziens is dat ook het geval bij

de wettelijke verankering van de NFC. Natuurlijk ontkennen de franchisegevers dat sprake is van misstanden; volgens hen is bescherming van de franchisenemers overbodig. Deze stellingname lijkt mij echter meer door de (on)wenselijkheid van dwingende wetgeving te worden ingegeven dan door een objectieve observatie. Gelukkig gaat het vaak goed in franchiseland, maar de recente berichtgeving over diverse rechtszaken binnen franchiseverhoudingen laat wel zien dat het meer dan eens mis gaat. Heel vaak trekt de franchisenemer daarbij aan het kortste eind, simpelweg omdat de contracten in het voordeel van de franchisegever zijn opgesteld. Dat de franchisenemers bescherming behoeven, vind ik daarom niet zo'n gekke gedachte.

### Verbindendheid

De Koning werpt de volgende vraag op: 'Als het wetsvoorstel is aangenomen, is de NJC dan wel verbindend voor iedereen?'

Haar antwoord op deze vraag is dat dit erg twijfelachtig is. Blijkens de jurisprudentie over het begrip 'algemeen verbindend voorschrift' (als in onder andere art. 79 Wet RO) zou de NFC geen 'algemeen verbindende voorschriften' bevatten. Dit, in combinatie met het feit dat de representativiteit volgens haar onvoldoende is, zou ertoe leiden dat bepaalde franchisegevers zich heel goed op het standpunt kunnen gaan stellen (wanneer zowel de wet als de AMvB van kracht zijn) dat de NFC niettemin hen niet bindt. De Koning verwijst daarbij naar het arrest HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393.

Het betoog overtuigt mij allerminst. Immers, wanneer de regering bevoegdlijk een bepaald normenkader verbindend verklaart, dan is de sector immers gebonden.

De Hoge Raad onderschrijft dit juist ook in genoemd arrest. Het arrest had betrekking op NEN-normen. In het Bouwbesluit wordt meermalen naar deze normen verwezen, terwijl deze niet afkomstig zijn van een bestuursorgaan. In die procedure stond de vraag centraal of deze normen gelden als 'algemeen verbindende voorschriften' (als bedoeld in onder meer de Bekendmakingswet). Dat was niet het geval, maar dat doet volgens de Hoge Raad niet af aan het bindend karakter ervan. Zie r.ov. 3.12:

'Het hof heeft, met juistheid, geoordeeld dat er algemeen geldende normen zijn die niet tevens 'algemeen verbindend voorschrift' zijn in de zin van de Bekendmakingswet, en dat het in deze zaak om zodanige normen gaat [...]'

Enkele maanden tevoren had de Afdeling Bestuursrecht-spraak (d.d. 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2750) hetzelfde geoordeeld, zie r.ov. 2.4.5:

Dat NEN-normen, voor zover daarnaar in het Bouwbesluit 2003 wordt verwezen, geen vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften als bedoeld in *artikel 89, vierde lid*, van de Grondwet zijn, neemt niet weg dat de kenbaarheid daarvan niet-temin verzekerd dient te zijn, daar deze NEN-normen door de verwijzing ernaar in het Bouwbesluit 2003 wel naar buiten werkende, de burgers bindende regels zijn. De wetgever heeft door middel van *artikel 3* van de Woningwet de bindende kracht van deze normen bepaald. Blijkens de Memorie van Toelichting bij dit artikel 3 (Herziening van de Woningwet, Kamerstukken II, 1986/87, 20 066, nr. 3, p. 38) moet aan de in die normen gestelde eisen bij het bouwen worden voldaan.

Hetzelfde karakter heeft dan ook de NFC: het mogen dan geen 'algemeen verbindende voorschriften' zijn, maar de code is (wanneer de regering bij AMvB daartoe bevoegdelyk besluit) wel degelijk bindend. De mate van representativiteit of draagvlak kan daar dan niet aan afdoen.

Met De Koning meen ik dat het wetsvoorstel gefinetuned kan worden. Echter, dat doet op zichzelf niet af aan het bindend karakter van de NFC.

*Mr. C.T. (Cornelis) Klepper is advocaat bij BVD advocaten te Hardinxveld-Giessendam. Hij houdt zich bezig met ondernemingsrecht waarbij het franchiserecht zijn specifieke aandacht heeft. E-mail: klepper@bvd-advocaten.nl*

## Naschrift

mr. M. (Martine) de Koning

Mijn interesse heb ik de reactie van mr. C.T. Klepper op mijn artikel in Franchise en Recht 'Het wetsvoorstel Franchise, broodnodig of de wereld op zijn kop' gelezen. Ik dank de redactie dat zij mij in de gelegenheid stelt om een aantal slotopmerkingen te maken.

### Recente ontwikkelingen

Allereerst is het van belang dat de nieuwe regering in het regeerakkoord<sup>1</sup> heeft opgemerkt 'Er komt aanvullende wetgeving op het gebied van franchise om de positie van franchisenemers in de pre-competitieve fase te versterken.' Voorts is op de website van de internetconsultatie van het

wetsvoorstel franchise te lezen over het wetsvoorstel dat 'met het oog op de vermelding van franchise in het regeerakkoord, [...] de lopende activiteiten op dat gebied vooralsnog worden aangehouden.'<sup>2</sup> In de markt heeft men dit zo verstaan dat de regering het wetsvoorstel niet onverkort wil overnemen van de vorige regering. De term 'precompetitief' in het regeerakkoord roept wel vragen op; het ligt voor de hand dat 'precontractueel' is bedoeld. Dit zou kunnen duiden op de intentie een nieuw wetsvoorstel op het vlak van 'disclosure'-verplichtingen' te ontwikkelen. Zoals ik eerder heb opgemerkt zou dit prima passen in het Burgerlijk Wetboek. Ook in enkele andere Europese landen zijn er 'disclosure' verplichtingen van toepassing op het uitonderhandelen van franchiseovereenkomsten. Uiteraard moet de mate van detail en inhoud proportioneel zijn en een balans vinden tussen belangen van franchisegevers- en nemerszijde. Ik geloof niet dat er vanuit franchisesegeverszijde veel bezwaar is tegen het introduceren van dergelijke informatieplichten.

Voor zover het wetsvoorstel en de NFC nog relevant zijn, het volgende.

### Contractsvrijheid

In het eerste deel van zijn reactie kan ik de heer Klepper grotendeels volgen. Ik ben het eens met zijn stelling dat een inbreuk op de contractsvrijheid nuttig en soms zelfs noodzakelijk kan zijn. De heer Klepper trekt hier een vergelijking met het arbeidsrecht, maar dat gaat wat (te) ver. Mijn opmerkingen gaan over contracten tussen zelfstandig opererende ondernemingen. Niet over werknemers, huurders of consumenten. Niet voor niets wijkt de huurbescherming van ondernemingen af van de huurbescherming die privépersonen genieten. En niet voor niets gelden er voor consumenten andere regels over koop dan voor ondernemingen. Dat wil niet zeggen dat een inbreuk op de contractsvrijheid in contracten tussen onafhankelijke ondernemingen niet gepast kan zijn, en inderdaad is dit juist relevant als de ene partij een stuk sterker en machtiger is dan de andere. In het geval van franchise is het alleen niet altijd zo dat de franchisegever altijd de sterkere partij is. Juist bij een zogeheten 'master franchise'<sup>3</sup>, maar soms ook daarbuiten, gaat het aan franchisenemerszijde om grote, machtige spelers in de markt, die vaak meer kennis en expertise van de lokale markt hebben dan de (buitenlandse) franchisegever. Bij grote formules gaat het om partijen met aanzienlijke financiële armslag. Natuurlijk zijn er ook veel gevallen waarin dit andersom is, maar het is zaak om zin en onzin van elkaar te scheiden. Wat ontbreekt in het wetsvoorstel franchise en de memorie van toelichting (en

<sup>1</sup> Gepubliceerd op 10 Oktober 2017 <https://www.kabinetshandelingen.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst>

<sup>2</sup> <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/berichten>

<sup>3</sup> waarbij –heel in het kort– de franchisenemer is aangesteld om weer andere franchisenemers te zoeken en aan te stellen.