

Inleiding:

Franchise is een samenwerking tussen twee juridisch en financieel zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen op basis van vrijwilligheid, waarbinnen iedere partij een eigen rol en verantwoordelijkheid heeft. Het doel en relevantie van franchisewetgeving in de precontractuele fase is om ondernemers die voornemens zijn zich aan te sluiten bij een franchiseformule, enerzijds goed te informeren over de feiten en historie van (de omvang van) die franchiseformule, anderzijds duidelijkheid te verschaffen over de wederzijdse (financiële) rechten en plichten gedurende én na afloop van de franchiserelatie. Met de verstrekte informatie en kennis kan een potentiële franchisenemer een weloverwogen zakelijke afweging maken of de franchiseformule past bij zijn beoogde bedrijfsexploitatie zodat hij bewust kiest om de franchiserelatie wel of niet aan te gaan.

De precontractuele fase moet dus enerzijds waarborgen dat de potentiële franchisenemer voor het sluiten van de franchiseovereenkomst adequaat wordt geïnformeerd en anderzijds dat de potentiële franchisenemer zich door eigen onderzoek ervan vergewist dat hij weet wat zijn rechten en plichten zijn op het moment dat hij zich aansluit bij de franchiseorganisatie.

Onderstaande definities cq. tekstvoorstellen zijn gebaseerd op Europese en nationale jurisprudentie, de Europese Ere Code Franchising, de Belgische wetgeving, de Nederlandse Franchise Code en de alternatieve Franchise Code zoals opgesteld door de Vereniging voor Distributie-, Franchise- en Agentuurrecht (Vereniging DFA). In het geval dat gebruik is gemaakt van één bron wordt in een noot de vindplaats genoemd, in alle andere gevallen is een combinatie van voornoemde bronnen gebruikt.

Daar waar er gesproken wordt over “hij” kan tevens “zij” worden gelezen.

De NFV zou in overweging willen geven om in ieder geval de definities in de wettekst op te nemen in plaats van in een AMvB zodat een ondernemer kan beoordelen of zijn bedrijfsvoering zich als franchise kwalificeert.

1. Definities:

a. Franchise¹:

Franchising is een systeem voor de afzet van goederen en/of diensten en/of de toepassing van technologie, gebaseerd op een hechte en voortdurende samenwerking tussen juridisch en financieel zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen, de franchisegever en zijn individuele franchisenemers. De franchisegever verleent daarbij aan zijn individuele franchisenemers het recht en legt hen de verplichting op om een bedrijf voor eigen rekening en risico te exploiteren volgens het concept van de franchisegever.

Gedurende de looptijd van een schriftelijke franchiseovereenkomst, die voor dit doel tussen partijen is gesloten, heeft de individuele franchisenemer het recht en de plicht om tegen directe of indirecte

¹ Dit is de door de Hoge Raad gehanteerde definitie van franchise ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (Paalman/Lampenier), alsmede wordt deze definitie ook in lagere rechtcolleges gebruikt. zie o.a. ECLI:NL:RBOVE:2016:2172, par 7.3 (Speeleiland Tholen/Otto Simon) H1, art 1.5, ECLI:RBNHO:2016:9360 onder 4.10 (Albert Heijn/VAHFR). Deze definitie wordt tevens gehanteerd in de Nederlandse versie van de Europese Erecode inzake franchising, www.nfv.nl/userfiles/NFV%20Europese%20Erecode%202016.pdf.

financiële vergoeding gebruik te maken van de handelsnaam en/of het handelsmerk en/of het dienstmerk van de franchisegever, de knowhow*, de zakelijke en technische methoden, de werkwijze en andere zaken die industrieel en/of intellectueel eigendom zijn van de franchisegever, ondersteund door voortdurende commerciële en technische hulp door de franchisegever.

* "Knowhow"² is een geheel van niet geötrooide praktische kennis, die voortvloeit uit ervaring van en onderzoek door de franchisegever en die geheim, wezenlijk en bepaald is.

"geheim" betekent dat de knowhow niet algemeen bekend of gemakkelijk toegankelijk is: de term is niet bedoeld in de nauwe betekenis dat elke individuele component van de knowhow geheel onbekend of buiten het bedrijf van de franchisegever niet beschikbaar moet zijn;

"wezenlijk" betekent dat de knowhow veelbetekenend en nuttig is voor de franchisenemer voor het gebruik, de verkoop of doorverkoop van goederen of diensten;

"bepaald" betekent dat de knowhow voldoende gedetailleerd moet zijn beschreven om te kunnen beoordelen of hij aan de criteria inzake het geheime en wezenlijke karakter voldoet.

b. Franchiseformule³:

De door de franchisegever al dan niet onder een bepaalde naam ontwikkelde operationele, commerciële en organisatorische wijze waarop producten en/of diensten door franchisenemers worden verkocht dan wel verleend, die bepalend is voor de uniforme identiteit, reputatie en uitstraling van de franchiseketen en die in franchise wordt gegeven.

c. Franchiseovereenkomst⁴:

De door franchisegever en franchisenemer met elkaar gesloten overeenkomst ter zake van het gebruik van de franchiseformule door de franchisenemer onder de daarin opgenomen voorwaarden, inclusief de bijbehorende bijlagen.

d. Handboek⁵:

De schriftelijke (of digitale) vastlegging van de procedurele, financiële en/of operationele instructies van de franchisegever aan de franchisenemer(s) met betrekking tot de exploitatie van de franchiseketen.

e. Voorovereenkomst:

De schriftelijke vastlegging van rechten en plichten van partijen voorafgaande aan het sluiten van een franchiseovereenkomst.

² De teksten betreffende "knowhow" staan ook in de Europese Erecode "The European Code of Ethics for Franchising, versie 6 december 2016 en komen uit de GGV's (Groepsvrijstellingsverordening) 4078/88, 2790/1999 en 333/2010 met soms wat summier onderlinge verschillen. Voorbeeld: de knowhow moet volgens de definitie zijn a) geheim b) wezenlijk en c) bepaald. "Bepaald" wordt gebruikt in GGV 4078 en 2790, echter in GGV 330 is dat "geïdentificeerd". Ook in de uitwerking staat het soms net wat anders, bijvoorbeeld "veelbetekenend en nuttig" is in GGV 330 "belangrijk en nuttig". Voor "nuttig" wordt ook wel "onmisbaar" gebruikt.

³ Vakvereniging voor juristen DFA (Distributie, Franchising en Agentuur) heeft eigen franchisecode gepubliceerd: www.vereniging-dfa.nl/wp-content/uploads/pdf/dfa-gedragscode-franchise-19-november-2015.pdf.

⁴ Zie noot 3.

⁵ Zie noot 3

2. Precontractuele bepalingen

a. werving en selectie van franchisenemers door de franchisegever⁶

De franchisegever zal uitsluitend franchisenemers selecteren die in redelijkheid lijken te beschikken over de bekwaamheid, persoonlijke kwaliteiten, voldoende financiële middelen en – indien van toepassing – de benodigde opleiding(en) en/of vergunning(en) om een onderneming volgens de franchiseformule te exploiteren.

b. de voorovereenkomst⁷ (indien van toepassing)

Als de franchisegever aspirant franchisenemers verplicht tot het sluiten van een voorovereenkomst zullen de volgende (gedrags)regels worden nageleefd:

- Tijdig voorafgaand aan het tekenen van een voorovereenkomst zal de aspirant franchisenemer schriftelijke informatie ontvangen over het doel van de voorovereenkomst en, indien van toepassing, over de vergoeding die hij aan de franchisegever moet betalen om diens daadwerkelijk gemaakte kosten met betrekking tot de voorovereenkomst te dekken;
- Indien de franchiseovereenkomst wordt gesloten, wordt de hiervoor bedoelde vergoeding door de franchisegever terugbetaald of verrekend; en
- De voorovereenkomst dient bepalingen te bevatten over de duur en de beëindiging ervan. De franchisegever kan in de voorovereenkomst een concurrentieverbod en/of een geheimhoudingsclausule opnemen. De franchisenemer is verplicht iedereen die hij informeert over zijn voorgenomen samenwerking met de franchisegever te binden aan eenzelfde geheimhoudingsclausule als waaraan hij is gebonden.

c. tijdige informatievoorziening

Partijen verschaffen elkaar alle relevante informatie waarvan zij weten of behoren te weten dat die voor de andere partij van belang is bij de beoordeling van de mogelijke samenwerking.

d. De franchisegever verstrekt kandidaat-franchisenemers binnen een redelijke termijn vóór het sluiten van de franchiseovereenkomst schriftelijk:

- duidelijkheid of de franchisegever een gedragscode onderschrijft en – indien van toepassing – verstrekt de franchisegever een schriftelijke versie van de betreffende gedragscode;
- de concept franchiseovereenkomst alsmede alle daarbij behorende bijlagen. Tevens dient een toelichting op deze franchiseovereenkomst te worden verstrekt, waarin alle cruciale bepalingen (zoals duur, opzegging, beëindiging, concurrentiebedingen, afnameverplichtingen, etc.) uit de overeenkomst in begrijpelijke taal nader worden toegelicht;
- het handboek voor zover beschikbaar, eventueel slechts ter inzage indien de vertrouwelijkheid dat vereist;
- een overzicht van de financiële (franchise)vergoedingen die franchisenemer zal dienen te betalen, zodat dit voldoende inzichtelijk is voor de franchisenemer;

⁶ Zie noot 3

⁷ Nederlandse Franchise Code , art 3.9

- een overzicht van de overige financiële afspraken, zoals die gelden tussen franchisenemer en franchisegever, zodat dit voldoende inzichtelijk is voor de franchisenemer;
- algemene informatie over de franchiseformule, zoals hoe lang de franchiseformule operationeel is, een overzicht van de franchisenemers, hun vestigingen, eigen vestigingen van de franchisegever en de bijbehorende vestigingsadressen;
- op verzoek van de franchisenemer, informatie ten aanzien van de financiële positie van de franchisegever, bestaande uit de bij de kamer van koophandel of soortgelijke instantie gedeponeerde jaarrekening, voor zover aanwezig of andere financiële verslaglegging waaruit de financiële positie van de franchisegever deugdelijk blijkt;
- informatie over de overlegstructuur met franchisenemers en het al dan niet aanwezig zijn van een vereniging of overlegorgaan van franchisenemers en contactgegevens van de bestuursleden c.q. vertegenwoordigers;
- informatie over het al dan niet bestaan van andere verkoopkanalen van de producten of diensten van de franchisegever die al dan niet onderdeel uitmaken van de franchiseformule, waaronder verkoop via internet, agenten, distributeurs, verkoop via multi-brand etc., en die van directe invloed kunnen zijn op de bedrijfsvoering van de franchisenemer;
- indien er de afgelopen vijf jaar sprake is geweest van een eerdere franchisevestiging op het betreffende adres, zal de franchisegever de kandidaat-franchisenemer hieromtrent informeren; Deze informatie zal in ieder geval de historische omzetgegevens bevatten over een periode van 3 jaar of zoveel korter als op het betreffende adres de bewuste franchiseformule wordt geëxploiteerd;
- indien de franchisegever een financiële prognose verstrekt over de te exploiteren vestiging en/of de onderzoeksresultaten die aan de prognose ten grondslag liggen, bijvoorbeeld een vestigingsplaatsonderzoek, zal dit gebaseerd zijn op deugdelijke uitgangspunten;
- indien er geen financiële prognose wordt verstrekt, zal de franchisegever op verzoek van de franchisenemer, voor zover beschikbaar, geanonimiseerde financiële gegevens verstrekken over bestaande, en indien mogelijk vergelijkbare, (franchise)vestiging(en); en
- een overzicht van de (financiële) afspraken, zoals die gelden tussen franchisenemer en franchisegever bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, zodat dit voldoende inzichtelijk is voor de franchisenemer.

e. bijstand door adviseur

Franchisegever zal een kandidaat-franchisenemer wijzen op de mogelijkheid om zich te laten bijstaan door een adviseur en zal daaraan ook haar medewerking verlenen.

f. onderzoeksplicht van franchisenemer

De franchisenemer heeft een eigen verantwoordelijkheid om de haalbaarheid van de exploitatie van zijn onderneming te onderzoeken. De franchisenemer zal de informatie van franchisegever en de daarbij gehanteerde uitgangspunten en aannames (laten) toetsen op (financiële) juistheid en haalbaarheid.

g. bezinningsperiode

Voorafgaand aan het definitief sluiten van de franchiseovereenkomst dient een bezinningsperiode in

acht te worden genomen waarin er geen wijzigingen ten nadele van de franchisenemer meer mogen worden aangebracht in de contractstukken. Deze periode dient tenminste 14 dagen te zijn. Deze bepaling is niet van toepassing op franchisenemers, met wie binnen dezelfde franchiseformule al reeds een franchiseovereenkomst is overeengekomen.

h. algemene principes

Partijen zullen zorgvuldig omgaan met de informatie – met inbegrip van de knowhow – die zij van elkaar verkrijgen en die vertrouwelijk behandelen.

Partijen zullen tijdens de onderhandelingsfase redelijkheid en billijkheid betrachten in het handelen ten opzichte van elkaar.

3. Bepaling van toepassing gedurende de duur van de franchiseovereenkomst

In geval een franchisegever met meer dan 20 franchisenemers een franchiseovereenkomst is aangegaan, creëert franchisegever een overlegstructuur. Franchisegever bepaalt in overleg met haar franchisenemers dan wel, voor zover van toepassing, met de franchisenemersvertegenwoordiging of het overlegorgaan van franchisenemers of franchisenemers adviesrecht of instemmingsrecht hebben en welke onderwerpen dit advies- of instemmingsrecht betreft.

4. Bepaling die toeziet op de beëindiging van de franchiseovereenkomst

Franchisegever en franchisenemer maken bij aanvang van de franchiseovereenkomst afspraken, zoals die gelden tussen franchisenemer en franchisegever bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, zodat dit voldoende inzichtelijk is voor de franchisenemer.

5. De franchiseovereenkomst

De franchiseovereenkomst zal duidelijk en begrijpelijk vermelden wat de rechten, plichten en verantwoordelijkheden zijn van franchisegever en franchisenemer.

De franchiseovereenkomst zal in ieder geval de volgende onderwerpen bevatten:

- een beschrijving van de franchiseformule;
- afspraken over het gebruik van de intellectuele eigendomsrechten van de franchiseformule, zoals merken, handelsnamen, logo's, domeinnamen etc.;
- een omschrijving van de door de franchisenemer al dan niet te betalen (franchise)vergoeding(en);
- een omschrijving van de producten en/of diensten die onderdeel uitmaken van de franchiseformule;
- het recht van de franchisegever om de franchiseformule aan te passen aan nieuwe of gewijzigde methoden of (markt-)omstandigheden;
- in geval van > 20 franchisenemers; de overlegstructuur tussen franchisegever en franchisenemer;
- de duur van de overeenkomst waarbij rekening zal worden gehouden met de van franchisenemer verlangde investeringen alsmede bepalingen over een eventuele verlenging en over de beëindiging van de overeenkomst;

- afspraken die toezien op de gang van zaken bij het beëindigen van de franchiseovereenkomst.

Voorts zal de franchiseovereenkomst, voor zover relevant, afspraken kunnen bevatten over:

- het bestaan van een exclusief rayon en de omvang daarvan;
- non-concurrentiebedingen;
- de voorwaarden waaronder de franchisenemer zijn franchiseonderneming eventueel mag verkopen of overdragen en de mogelijke voorkeursrechten van de franchisegever in dit opzicht;
- verkoop van producten of diensten via internet en social media;
- het beheer en gebruik van persoonsgegevens c.q. consumentendata met inachtneming van de wet- en regelgeving op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens;
- (exclusieve) afnameverplichtingen;
- de gehanteerde financiële afspraken;
- de aard en omvang van eventuele boetebepalingen;
- de overlegstructuur ter behartiging van de collectieve belangen van de franchisenemers; en
- (onder)huur van de bedrijfsruimte van waaruit de franchisenemer zijn franchiseonderneming exploiteert (al dan niet in een separate (onder)huurovereenkomst).

6. Nakoming

Ten aanzien van de nakoming van deze verplichtingen is Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek inzake het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht van toepassing.