

Franchise & Recht

Een overzicht door Ludwig & Van Dam, franchiseadvocaten

De basis van een franchiserelatie is de franchiseovereenkomst. Hierin staan een aantal voorwaarden waaraan partijen zich moeten houden. In de franchiseovereenkomst zijn de rechten en verplichtingen tussen partijen over en weer vastgelegd. Naast de algemene regelgeving die voortvloeit uit het verbintenissenrecht is er diverse specifieke regelgeving van toepassing op franchiserelaties, bijvoorbeeld huurrecht, mededingingsrecht, productaansprakelijkheid intellectuele eigendoms kwesties. Voorts dient rekening te worden gehouden met een eventuele verkapte werkgevers/werknemersrelatie (fictief dienstbetrekkingsrisico). Daarnaast is de Europese Erecode inzake Franchising in het leven geroepen; een samenstel van voorwaarden waaraan de franchisegever en de franchisenemer zich dienen te houden. Franchisegevers die lid zijn van de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) zijn verplicht om aan hun franchisenemers een exemplaar van de Erecode uit te reiken en zich aan de Erecode te houden. Over hoe partijen zich in de fase voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst tegenover elkaar dienen te gedragen is de laatste jaren een aantal normen geformuleerd. Ook ná contractsluiting hebben partijen specifieke verantwoordelijkheden jegens elkaar. In dit relaas wordt dieper ingegaan op deze zaken, in de hoop dat u er uw voordeel mee kunt doen.

De pré-contractuele fase

Prognoses

De franchisegever is verplicht om de kandidaat-franchisenemer in de fase voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst juist en volledig te informeren. Immers, mede op basis van die informatie besluit de franchisenemer al dan niet de franchiseovereenkomst te ondertekenen. Een franchiseovereenkomst heeft zeer verstrekkende consequenties en dat besluit dient men weloverwogen te nemen.

De Erecode bepaalt dat de franchisegever “financiële ramingen c.q. prognoses indien beschikbaar” aan de franchisenemer ter hand moet stellen en dat “de cijfers of de verwachte inkomsten voor de individuele franchisenemers (.....) objectief en niet misleidend mogen zijn”. In de praktijk is dit één van de belangrijkste verplichtingen van de franchisegever. Aan de hand van jurisprudentie is de norm geformuleerd dat een franchisegever jegens de franchisenemer aansprakelijk kan zijn voor onjuist geprognoseerde gegevens. Hier kan bijvoorbeeld sprake van zijn als de prognose gebaseerd is op verkeerde uitgangspunten en aan negatieve effecten is voorbijgegaan die wel bij de prognose betrokken hadden moeten worden, terwijl het de franchisenemer aan de hand van de mededelingen van de franchisegever of anderszins niet duidelijk was of behoefde te zijn dat de prognose geen realistisch beeld schetste. Zelfs wanneer een franchisenemer aandringt op een te rooskleurige prognose en de franchisegever aan dat verzoek gevolg geeft, kan dat de franchisegever niet altijd ontslaan van deze aansprakelijkheid. In 2016 en 2017 is deze leer in diverse uitspraken van verschillende rechters nadrukkelijk bevestigd.

Haalbaarheidsonderzoek

Aan prognoses dient daarom een grondig voorbereid en goed uitgevoerd vestigingsplaats- en marktonderzoekten grondslag te liggen. Dit wordt ook wel het “haalbaarheidsonderzoek” genoemd. Een haalbaarheidsonderzoek dient in ieder geval te bestaan uit een onderzoek naar de lokale concurrentiepositie, de demografische- en inkomentechnische opbouw van het klantenpotentieel, alsmede de voorzienbare marktontwikkeling in de hele branche. Deze vereisten kunnen per situatie nog worden aangevuld. Het is dus voor potentiële franchisenemers zaak vóór contractsluiting na te



gaan in hoeverre de franchisegever aan deze vereisten heeft voldaan. Franchisegevers die met franchisenemers willen contracteren, doen er goed aan zich tijdig van een dergelijk haalbaarheidsonderzoek te voorzien. Het spreekt vanzelf dat zowel de franchisenemer als de franchisegever er alle belang bij hebben dat het de franchisenemer goed gaat. Juist hier geldt dat een goede voorbereiding het halve werk is.

De franchiseovereenkomst

Hoewel een franchiseovereenkomst dient te worden aangepast aan de aard van de bedrijvigheid waarop de franchiseactiviteiten betrekking heeft, worden een aantal zaken in vrijwel elke franchiseovereenkomst opgenomen:

Partijnamen en begripsomschrijvingen

Er mag geen twijfel bestaan over welke partijen de franchiseovereenkomst aangaan. Ook dient de aard van de franchiseformule ondubbelzinnig uit de franchiseovereenkomst te blijken.

Rayonexclusiviteit

Hierin wordt een bepaalde regio exclusief aan de franchisenemer toegewezen. Dit hoeft niet bij alle franchiseformules het geval te zijn.



Rechten en verplichtingen over en weer – de geldelijke vergoedingen

Onontbeerlijk is een overzicht van de rechten en de verplichtingen die beide partijen aan de franchiseovereenkomst kunnen ontleen, alsmede een exacte vastlegging van hetgeen de franchisenemer in ruil voor de verkregen rechten verschuldigd is aan de franchisegever. Dit wordt ook wel de franchisevergoeding genoemd.

Zelfstandig ondernemerschap

Buiten twijfel dient te staan dat de franchisenemer zelfstandig ondernemer is om te voorkomen dat de franchisenemer door de bedrijfsvereniging/uitvoeringsinstelling of de fiscus als werknemer wordt aangemerkt, hetgeen voor beide partijen een verplichting tot afdracht van sociale verzekeringspremies kan impliceren. Om te beoordelen of er sprake is van zelfstandigheid of dat er mogelijk een verkapte werkgevers/werknemersrelatie bestaat (fictieve dienstbetrekking) dient aan de hand van concrete wetgeving (beleidsregels) en jurisprudentie te worden vastgesteld. Ook kan dat leiden tot het vervallen van diverse fiscale aftrekmogelijkheden. Uit zowel de franchiseovereenkomst als de feitelijke situatie dient de zelfstandigheid van de franchisenemer te blijken. Toetsing vooraf door fiscus of bedrijfsvereniging is mogelijk en in veel gevallen aan te raden.

Exclusieve afnameverplichting/non-concurrentiebeding/prijsbinding

Veel franchiseorganisaties kennen het gebruik dat de producten en/of diensten in kwestie geheel of gedeeltelijk worden betrokken bij de franchisegever of bij door de franchisegever aangegeven derden. Een beding met betrekking tot deze verplichting dient in overeenstemming te zijn met het mededingingsrecht. Per franchiseconstructie dient beoordeeld te worden hoe dit het beste is vorm te geven en wat de mogelijkheden zijn. Het jongste mededingingsrecht kent voor franchiseorganisaties thans de mogelijkheid met de franchisenemer overeen te komen dat deze de producten en/of diensten in kwestie voor van tevoren door de franchisegever aangegeven maximum-consumentenprijzen zal verkopen. Aan dit beding zijn echter wel een aantal voorwaarden verbonden.

Naast de afname van producten zal de franchisegever ervoor willen zorgen dat de franchisenemer de franchiseorganisatie zowel tijdens als na afloop van de franchiseovereenkomst geen concurrentie aandoet. Het is mogelijk daaromtrent binnen een zekere bandbreedte bepalingen in de franchiseovereenkomst op te nemen. Ook die bepalingen mogen niet in strijd zijn met de Nederlandse en Europese mededingingsregels. Het verdient aanbeveling dit voorafgaand aan contractsluiting zorgvuldig na te gaan.

Duur/looptijd

Het is gebruikelijk is dat franchiseovereenkomsten worden aangegaan voor een periode van vijf jaar. De Erecode gaat ervan uit dat een franchisenemer binnen de overeengekomen looptijd van de franchiseovereenkomst zijn investeringen volledig moet kunnen afschrijven dan wel terugverdienen.



Vaak is een looptijd van vijf jaar daarvoor te kort. In de praktijk wordt dit opgelost door de franchiseovereenkomst met nog eens vijf jaar te verlengen. Het kan echter zijn dat dit om mededingingsrechtelijke redenen in de weg staat aan het non-concurrentiebeding en de exclusieve afnameverplichting. Het is daarom verstandig om dit van tevoren te controleren. Overigens kan mede in dat kader ook worden overwogen de Nederlandse Franchise Code op de relatie van toepassing te laten zijn.

Handboek

Meestal zal een franchisegever een eigen handboek hebben waarin de formules tot in detail beschreven is. In de franchiseovereenkomst kan worden bepaald dat het handboek deel uitmaakt van de overeenkomst. In het handboek worden vaak rechten en verplichtingen van partijen opgenomen. Net zomin als de franchiseovereenkomst eenzijdig kan worden gewijzigd, geldt dat ook voor het handboek voor zover de wijzigingen van ingrijpende aard zijn. Tot slot: het handboek mag niet in strijd zijn met de franchiseovereenkomst.

Overdrachtsregeling

In de franchiseovereenkomst dient een adequate regeling te zijn opgenomen voor het geval de franchisenemer zijn bedrijf wenst te verkopen aan een derde. Een belangrijke vraag is of de koper dan ook franchisenemer dient te worden en dient te voldoen aan de selectiecriteria van de franchisegever. Diverse opties zijn in dit verband mogelijk. Er dient in elk geval voor te worden gewaakt dat geen der partijen ten opzichte van de andere in een nadelige positie komt te verkeren als gevolg van de overdrachtsregeling.

Beëindigingsgronden - schadevergoeding

In de overeenkomst dient een sluitende regeling te worden opgenomen voor het geval één der partijen de overeenkomst niet behoorlijk nakomt, failliet gaat of anderszins niet meer in staat is zijn verplichtingen na te komen. De redenen waarom tot ontbinding van de overeenkomst kan worden overgegaan dienen voor beide partijen zoveel mogelijk hetzelfde te zijn. Verder mag niet te lichtvaardig tot beëindiging van de franchiseovereenkomst worden overgegaan. In de praktijk komen nog wel eens vergaande constructies voor. Het verdient sterk aanbeveling voorafgaand aan contractsluiting de beëindigingsregeling zorgvuldig te bestuderen. Dat geldt ook voor in de overeenkomst opgenomen regelingen betreffende de situaties waarin partijen van elkaar schadevergoeding kunnen vorderen.

Geschillenbeslechting

Tot slot dient in de franchiseovereenkomst te worden opgenomen welke (gerechtelijke) instantie bevoegd is te oordelen over eventuele geschillen tussen partijen. Daarbij kan onder andere worden gekozen voor de burgerlijke rechter of bemiddeling.

Afscheidingsregelingen

Bij een eventuele drastische wijziging van de franchiseformule kunnen franchisenemers er onder omstandigheden voor kiezen de franchiseformule te verlaten en op andere wijze hun bedrijf voort te zetten, indien de franchiseovereenkomst deze mogelijkheid biedt. Partijen doen er verstandig aan te anticiperen op een dergelijke situatie in hun franchiseovereenkomst.

Verkoop van het bedrijf van de franchisenemer

Naast de gebruikelijke overdrachtsregeling in een franchiseovereenkomst kunnen franchisegever en franchisenemer er voor kiezen van tevoren nadere en soms gedetailleerde criteria op te nemen in de franchiseovereenkomst die de verkoop van het bedrijf van de franchisenemer kunnen vergemakkelijken. Op deze wijze kan van tevoren de waarde worden bepaald die reële overdracht mogelijk maakt, met inbegrip van de belangen van de franchiseorganisatie en financierbaarheid van het bedrijf in kwestie. Daarbij dient ook stil te worden gestaan bij de winstverwachting voor de verkrijgende franchisenemer. Wanneer partijen vooraf een dergelijke regeling overeenkomen, en deze opnemen in de franchiseovereenkomst, kan overdracht van het bedrijf van de franchisenemer in de praktijk soepel en harmonieus verlopen.

Algemeen

Het bovenstaande is geen uitputtende opsomming van onderwerpen die in de franchiseovereenkomst dienen te worden geregeld. De genoemde onderwerpen zijn echter wel essentieel en mogen in beginsel niet ontbreken. Bovendien dient de franchiseovereenkomst up-to-date te worden gehouden in verband met zich wijzigende wetgeving en nieuwe inzichten in de praktijk. De franchisegever zou er dan ook goed aan doen zijn franchiseovereenkomst geregeld te laten toetsen. Een franchisenemer dient zich er vóór contractsluiting van te vergewissen dat de hem voorgelegde franchiseovereenkomst van recente datum is en voldoet aan de inzichten en vereisten van dat moment.

De uitvoering van de franchiseovereenkomst - zorgplicht

Zeer recente uitspraken leren dat de franchisegever zelfstandig verplicht is de franchisenemer actief advies en bijstand te verlenen. Dit geldt in versterkte mate als de franchisegever onjuiste informatie heeft verschaft in de fase voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst en de franchisenemer daardoor, of door andere oorzaken, in een ongunstiger situatie belandt dan mocht worden verwacht.

Een franchisenemer die de hier beschreven problemen ziet ontstaan, dient dit in een zo vroeg mogelijk stadium aan zijn franchisegever te berichten. De franchisegever dient er dan alles aan te doen om het tij te keren. Slaagt een franchisegever er in om de problemen adequaat de baas te worden, dan zal deze niet snel aansprakelijk zijn. Daarbij kan worden gedacht aan intensieve begeleiding, eventueel financiële compensatie en in extreme gevallen zelfs het uitkopen van de franchisenemer. Doet de franchisegever niets of aantoonbaar

onvoldoende, dan loopt hij het risico met succes aansprakelijk te worden gehouden voor de gedeerde inkomsten en geleden verliezen van de franchisenemer. Dat is echter bepaald geen wet van Meden en Perzen. Zaken lopen nogal eens stuk op onvoldoende bewijsmateriaal of aanmerkelijke eigen schuld van de franchisenemer, al doet dat niets af aan de zorgplicht van een franchisegever en de noodzaak goede haalbaarheidsonderzoeken te doen.

Ten slotte

Zoals uit het voorgaande blijkt, komt er bij het aangaan van een franchiserelatie nogal wat kijken. Niettemin hoeft het optuigen en uitbouwen van een franchiseovereenkomst niet problematisch te zijn. Partijen dienen hun huiswerk goed te doen. De franchisegever dient, indien mogelijk, een heldere en onderbouwde prognose te verstrekken. De franchisenemer van zijn kant dient zich volledig en adequaat in te zetten voor zijn onderneming, zijn kosten in de hand te houden, eventuele problemen tijdig te melden aan zijn franchisegever en zelf natuurlijk het nodige te doen.

Indien franchisegever en franchisenemer te werk gaan zoals hierboven omschreven kan er weinig fout gaan. Is dat toch het geval, dan dient een voor beide partijen aanvaardbare oplossing te worden gezocht. Een dergelijke aanpak is voor de betere franchisegever overigens heel gebruikelijk.

Theodoor Ludwig en Derk van Dam

Rotterdam, maart 2018

Ludwig & Van Dam advocaten is het grootste in franchise- en andere samenwerkingsverbanden gespecialiseerde advocatenkantoor in Nederland. Sinds jaar en dag is zij marktleider in haar vakgebied. Het kantoor kent naast een gespecialiseerde adviespraktijk, waarbij franchiseorganisaties worden begeleid bij de opzet daarvan alsmede bij reorganisaties, een uitgebreide procespraktijk, waarbinnen conflicthantering op diverse niveaus plaatsvindt. Dit kan variëren van bemiddeling (mediation) tot en met procederen voor franchisegevers en franchisenemers, al dan niet in groepsverband. Daarnaast begeleidt het kantoor diverse ketens die vanuit het buitenland op de Nederlandse markt actief worden en begeleidt tevens Nederlandse ketens die op buitenlandse markten hun activiteiten nader ontplooiën.

Voor informatie:

Ludwig & Van Dam franchiseadvocaten
Parklaan 44, 3016 BC Rotterdam
Telefoon: 010 - 2415777, fax 010 - 2415770
www.ludwigvandam.nl
e-mail: info@ludwigvandam.nl

LUDWIG & VAN DAM
franchiseadvocaten

