


Het recht in de winkelstraat

In de rubriek Buitennichig wordt aandacht besteed aan bijzondere rechtsgebieden en beoefenaars daarvan. Deze keer het franchiserecht.



Wie door een gemiddelde winkelstraat loopt, heeft niet altijd het besef dat er achter de gevels een geheel-eigen juridisch regime schuilt. Het franchiserecht houdt zich bezig met bedrijfsconcepten, winstprognoses, huur- en mededingingskwesties en contracten binnen winkelketens. "Ik vind het eervol om voor deze ondernemers op te treden", zegt franchiseadvocaat Theodoor Ludwig.

door **Michel Knapen** foto's **Geert Snoeijer**

‘Het recht ligt op straat’ – de gevleugelde uitdrukking van een jurist die wil aangeven dat hij geen wereldvreemde kamergeleerde is maar vooral midden in de samenleving opereert. In het geval van Theodoor Ludwig moet dat iets worden genuanceerd: het recht ligt vooral in de winkelstraat. Want de Hema’s, Starbucks, Hypothekers en Bakkerijen Bart, ketens waarlangs we op koopzondagen slenteren, zijn een dankbaar object voor franchisejuristen. Het franchiserecht behoort tot de uithoeken van het Nederlandse recht (op de universiteit wordt het meestal genegeerd) maar staat tevens midden in het bedrijfsleven. Dat ontdekte Ludwig toen hij als beginnend advocaat eens een franchisezaak kreeg. Dat bepaalde zijn verdere loopbaan in de advocatuur. “Boeiend”, herinnert hij die zaak nog. En: “Het is echt mensenwerk.” Hij deed nog een franchisezaak, en nog één, “en voor je het weet zit je er goed in”. Vijftien jaar geleden begon hij met Derk van Dam een eigen kantoor, dat direct werd geëxpositioneerd als een franchisekantoor. Nu heeft Ludwig & Van Dam in Rotterdam acht advocaten in dienst die niets anders doen dan franchiserecht, en noemt zich ‘marktleider sinds 1996’. Cliënten zijn grote franchisegevers, individuele franchisenemers en verenigingen van franchisenemers. “Ik vind het eerzaam om voor deze cliënten te mogen optreden”, bekent Ludwig.

Enorme reikwijdte

In het franchiserecht (franchise wordt op z’n Engels uitgesproken en betekent letterlijk ‘vrijstelling’) komen twee partijen samen. De franchisegever heeft een bepaald bedrijfsconcept ontwikkeld dat hij ter beschikking stelt aan anderen: de franchisenemer. Deze gaat het concept op een bepaalde locatie uitvoeren. Zo’n concept is bijvoorbeeld de Hema, Albert Heijn of Pearl – bijna alle zaken die in een winkelketen passen. “Maar het franchiserecht is niet alleen van toepassing op de detailhandel”, verduidelijkt Ludwig. “Ook de zorg, de fastfood-sector (McDonald’s), de kinderopvang en de (financiële) dienstverlening kennen voorbeelden van franchises. Eigenlijk komt het in iedere sector van het bedrijfsleven – en daarbuiten – wel voor. Daarom heeft het franchiserecht een enorme reikwijdte.”

Des te opvallender is het dat het franchiserecht nog steeds een niche is en dat er in Nederland zo weinig gespecialiseerde franchiseadvocaten zijn. Ludwig schat hun aantal op vijf, afgezien van kantoorgenoten. Die kunnen pas sinds januari 2011 lid worden van een specialisatievereniging, want toen werd de DFA opgericht, een club voor juristen die zich bezighouden met distributie, franchise en agentuur. Ludwig zit in de juridische commissie van Nederlandse Franchise Ver-

eniging. Franchisejuristen lezen gespecialiseerde periodieken zoals *Franchise Plus*, de *Nationale Franchise- en Formulebrief*, *Franzine* en de *Nationale Franchisekrant*.

Twee vakgebieden

In het franchiserecht komen niet alleen twee partijen samen, maar ook twee vakgebieden: de bedrijfseconomie en het recht. Want iedere franchiseafspraken begint met de bedrijfseconomische prognoses voor een zaak in een keten op een nieuwe locatie. Als de zaak eenmaal loopt, dan kunnen typisch juridische onderwerpen zich voordoen: dwaling, onrechtmatige daad, wanprestatie, onvoorziene omstandigheden. Daar dwars doorheen lopen de emoties van ondernemers, machtsverhoudingen tussen de franchisegever en franchisenemer, de verdeling van bedrijfseconomische en juridische risico’s, de zorgplicht van de franchisegever en de onderzoeksplicht van de franchisenemer. Het is bijna alles privaatrecht wat de klok slaat voor de franchisejurist: contractenrecht, ondernemingsrecht, huurrecht.

“GOUDEN BERGEN BELOVEN MAG NIET, ZO HEEFT DE RECHTSPRAAK WEL GELEERD”

Veel van deze onderwerpen kwamen samen in de eerste grote franchisezaak die Ludwig als jong advocaat deed. “Een franchisegever stelde zijn bedrijfsconcept beschikbaar en berekende de prognoses: hoeveel omzet en winst kan een franchisenemer op een bepaalde locatie behalen. Een franchisenemer stapte op basis daarvan in en probeerde bij de bank de financiering rond te krijgen. Achteraf bleek dat de prognoses veel te rooskleurig waren. De franchisegever had gouden bergen beloofd maar kon dat niet waarmaken. Aan de andere kant: de franchisenemer had zich aan die prognoses gecommitteerd. De vraag is dan wie er opdraait voor de schade.”

Beide partijen hebben hun rol en verantwoordelijkheid. “De franchisenemer is een zelfstandige ondernemer, die een eigen onderzoeksplicht heeft en moet nagaan of de financiële ramingen wel kunnen kloppen. Maar de franchisegever heeft een vergaande zorgplicht, wat inhoudt dat zijn verwachtingen toch min of meer moeten uitkomen. Gouden bergen beloven mag niet, zo heeft de rechtspraak wel geleerd. Gaat het mis, dan zit de franchisenemer er financieel helemaal in, wat emotioneel ingrijpend is. Verder zijn er altijd grote belangen mee gemoeid.”

Het probleem voor de franchisenemer is dat zijn onderzoeksplicht wordt beperkt door de grenzen van het bedrijfsconcept: dat en alleen dat mag hij uitvoeren. Iedere andere ondernemer is niet gebonden aan een eerder ontwikkeld concept en kan dat gedurende de rit bijstellen, afhankelijk van de markt. Ludwig: "Een franchisenemer heeft die vrijheid niet: gaat het gedurende de franchiseovereenkomst niet goed genoeg, dan mag de franchisenemer niet zelfstandig besluiten het assortiment aan te passen of de winkel een nieuw uiterlijk te geven. Om die reden heeft de franchisegever een grote verantwoordelijkheid, óók voor het succes van de franchisenemer. De jurisprudentie heeft uitgemaakt dat de franchisegever verantwoordelijk is voor de juistheid van

de ramingen. En omdat de franchisegever in deze de sterke partij is (je kunt het zien als het 'hoofdkantoor') die tegenover de kleine filiaalhouders staat, wordt de franchisenemer in het recht daarom goed beschermd. Als een soort compensatie voor de machtsverschillen."

Bedrijfsformule

Een groot deel van Ludwigs activiteiten zit in het opstellen van contracten tussen franchisegevers en -nemers. In de meeste gevallen gaat het daarna goed tussen beide partijen en doet het contract z'n werk. Dat wil niet zeggen dat Ludwig alleen die eerste keer met partijen onderhandelt. "Situaties kunnen wijzigen, regelgeving kan veranderen, dus contracten moeten worden herzien. We zitten regelmatig aan tafel."

Lastiger wordt het als contracten moeten worden ontbonden, als een partij van de ander af wil. "In het voortraject kun je bijvoorbeeld een reallocatie voorstellen. In dat geval probeer je de franchisegever zover te krijgen dat hij de franchisenemer een nieuwe locatie aanbiedt. Vaak is dat nodig, omdat het huidige pand in een winkelcentrum zit dat verouderd is geraakt. Werkt de franchisegever onvoldoende mee, dan kan de overeenkomst uiteindelijk worden ontbonden en moet er soms schadevergoeding worden betaald."

Dat is een van de risico's die partijen aangaan: een bedrijfsformule kan uitgewerkt raken. "Niet alleen de verwachtingen van de franchisegever moeten kloppen – anders kan de franchisenemer hem erop aanspreken – maar de franchisegever moet ook voldoende innovatief zijn. Hij moet zorgen dat de collectie op orde blijft en dat de winkel regelmatig wordt gestyled. Gebeurt dat niet, dan zal de zaak minder goed gaan lopen, waar de franchisenemer weinig aan kan doen. Het is een inspanningsverplichting van de franchisegever om te zorgen dat het concept voldoende meegaat in de tijd."

Naast het contractenrecht is het mededingingsrecht een belangrijk vakgebied voor de franchiseadvocaat. "Is er wel altijd sprake van vrije concurrentie? Wat kan een filiaalhouder doen als er in 'zijn' gebied een nieuwe vestiging komt? Kunnen franchisegevers exclusiviteit van gebieden garanderen? Is er sprake van klantenverdeling? Van prijsbinding? Wat dat laatste betreft: de franchisegever mag adviseren over de prijzen van de producten, hij mag een maximumprijs aangeven maar prijzen voorschrijven mag hij niet."

Verder adviseert Ludwig over overdrachtsregelingen: of de bestaande franchiseovereenkomst – tijdens of na de franchiseperiode – kan worden overgedragen aan een ander. En er zijn vaak arbeidsrechtelijke aspecten in het geding. "Je moet voorkomen dat er een fictief dienstverband ontstaat. De franchisegever kan veel richtlijnen geven, maar dat mag niet leiden tot een gezagsverhouding. Anders krijg



je een verkapte werkgever-werknemer-relatie, met weer een geheel eigen fiscaal regime.” En steeds meer krijgt het internationaal recht vat op het franchiserecht. “Starbucks, H&M en Ben & Jerry’s zijn al in Nederland, anderen zullen volgen. De vraag is dan: welk recht is van toepassing?” Ludwig heeft regelmatig contacten met buitenlandse advocaten of werkt met hen samen.

Gemengde overeenkomst

Een veel voorkomend element in het franchiserecht is de gemengde overeenkomst, waarbij er niet alleen een franchiseovereenkomst is maar ook een huurovereenkomst. In dat geval huurt de franchisegever een pand, en verhuurt dat als hoofdhuurder weer door aan de franchisenemer. “Voor die huurrelatie moet je bij de kantonrechter een koppeling tot

**“HET FRANCHISERECHT WORDT STEEDS
INTERNATIONALER: STARBUCKS, H&M EN
BEN & JERRY’S ZIJN AL IN NEDERLAND,
ANDEREN ZULLEN VOLGEN”**

stand brengen, vóórdat de franchiseovereenkomst wordt gesloten. Daarmee kun je het franchiserecht en het huurrecht aan elkaar koppelen. Want wat gebeurt er na vijf jaar met het pand als de franchiseovereenkomst vijf jaar duurt maar de huurovereenkomst tien jaar? De franchisenemer zal er meestal niet uitgaan. Als er een koppeling tot stand is gebracht, dan weten beide partijen dat het huurcontract eindigt als de franchiseovereenkomst eindigt. Zonder koppeling is dat veel lastiger, het huurrecht is immers dwingend recht en in het franchiserecht ben je veel vrijer. Vandaar die gang naar de kantonrechter.”

De Hoge Raad legt, zo heeft Ludwig ervaren, deze overeenkomsten steeds minder uit in het voordeel van de franchisenemer. ‘Vroeger’ was het huurrecht leidend en bood het veel bescherming aan de franchisenemer. Met die gelijktijdige eindiging van beide overeenkomsten is dat veel minder.

Webshops

De toekomst van het franchiserecht zal volgens Ludwig enkele interessante ontwikkelingen laten zien, zoals de positie van de webshops. De meeste grote bedrijven hebben niet alleen filialen in de winkelstraat maar ook een eigen internet-



winkel. “Dat kost het filiaal klanten en omzet, terwijl de franchisenemer soms exclusiviteit is geboden. Het is al voorgekomen dat filialen eisten dat de hoofdvestiging met de webshop zou stoppen.”

Verder verwacht Theodoor Ludwig dat in de toekomst de zorgplicht verder wordt ingevuld, want die is nog onvoldoende uitgekristalliseerd. “Zaken over advies door en begeleiding van de franchisegever komen daarin terug, maar ook productontwikkeling. Van groot belang is welke informatie de franchisegever in de precontractuele fase moet geven aan de franchisenemer. In België is dat wettelijk geregeld via het Precontractueel Informatie Document. Daar móet bepaalde informatie worden verstrekt. Nederland loopt wat dat betreft wat achter. Hier heeft de Hoge Raad wel richting gegeven aan de hoeveelheid informatie, maar het is beter als dat via regelgeving verloopt. Dat is duidelijker voor alle partijen.” ■