

Minister van Economische Zaken
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

La Gro

Advocaten

WWW.LAGROLAW.NL

OFFICIAL PARTNER OF

 ERASMUS SCHOOL OF LAW
ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Via internetconsultatie

datum : 2 mei 2017
ons dossier : JS/internetsconsultatie franchise
inzake : Wetsvoorstel Franchise
uw referentie :
e-mail : jspanjaard@lagrolaw.nl
telefoon : 0172-503250

Prins Bernhardlaan 35
Postbus 155
2400 AD Alphen aan den Rijn
T 0172-503250
F 0172-503200

Excellentie,

Met veel belangstelling nam ik kennis van het wetsvoorstel voor een franchisewet (hierna: "wetsvoorstel") en van de daaraan gehechte memorie van toelichting (hierna: "MvT").¹ Ik zal in deze brief hoofdzakelijk ingaan op het wetsvoorstel; de Nederlandse Franchise Code (hierna: "NFC"), waarop het wetsvoorstel geënt lijkt te zijn, zal ik niet in extenso bespreken. De NFC lijkt een voldongen feit te zijn en het wetsvoorstel laat weinig ruimte voor de suggestie dat de inhoud van de NFC wordt teruggekomen. Echter, gelet op de koppeling tussen wetsvoorstel en de NFC is het onvermijdelijk dat de NFC mede figureert in deze reflectie op het wetsvoorstel.

Ik bespreek het wetsvoorstel onderwerpsgewijs, waarbij ik niet noodzakelijk de volgorde van het wetsvoorstel aanhoud.

1. Is franchisewetgeving noodzakelijk?

- 1.1. Nederland telt zo'n 750 franchiseformules - winkels, horeca en dienstverleners - met 30.000 franchisezaken en 280.000 werknemers die tezamen goed zijn voor een jaarmzet van 31 miljard euro. Franchise wordt in diverse branches aangetroffen; van detailhandel tot motorbrandstoffen. De franchisesector draait, aldus de MvT, goed en partijen binnen de sector lijken doordrongen van de omstandigheid dat samenwerking wederzijds profijtelijk is. In het zogeheten EIM-

¹ Ondergetekende is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn, buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden en honorair universitair docent aan de Universiteit Utrecht. Deze brief is op persoonlijke titel geschreven en bevat onderdelen van een artikel dat in Contracteren 2017/3 zal verschijnen.

rapport uit 2009 is dan ook vastgesteld dat de sector als zodanig goed draait.² Dat er enkele rotte appels in de mand liggen, maakt dat niet anders.

- 1.2. (Voormalig) Kamerlid Mei Li Vos heeft op 7 februari 2014 Kamervragen gesteld over knelpunten in de franchisesector. Deze knelpunten zagen met name over de plichten die een franchisenemer op zich neemt in het kader van een franchiseovereenkomst. Met name de dwingend voorgeschreven formule en de exclusiviteit – zowel wat betreft het gebied waar hij actief mag zijn als de verplichting tot exclusieve afname bij de franchisegever – staan aan een ontplooiing in de weg, aldus de MvT.³
- 1.3. Ook werd gesignaleerd dat franchisenemers verstreckende investeringen en andere verplichtingen aangaan voordat de franchiseovereenkomst is gesloten, zonder uitvoerig onderzoek te doen naar de verplichtingen die zij in het kader van de franchiseovereenkomst op zich nemen. Tot slot wordt gewag gemaakt van malversaties van zich als bonafide franchisegevers profilerende partijen, die niet bonafide blijken te zijn. Deze malversaties zijn misleidende of frauduleuze handelspraktijken.
- 1.4. De vraag die bij mij rees, is of de genoemde misstanden daadwerkelijk zo erg zijn. Natuurlijk, iedere misstand is er één teveel, maar de ervaring leert dat het volledig uitbannen van misstanden niet mogelijk is. Statistische gegevens in de brief van Kamerlid Vos van 7 februari 2014 ontbreken en ook in het EIM-rapport wordt slechts in algemeenheden gesproken van onduidelijkheden.
- 1.5. Daarbij komt dat het wetsvoorstel en de NFC geen oplossing bieden tegen misleidende of frauduleuze handelspraktijken en dat de overige knelpunten evenmin in het wetsvoorstel en/of de NFC worden aangepakt. Om een voorbeeld te geven: de franchisezaak van 2016 betrof de procedure tussen Albert Heijn en haar franchisenemers over (onder meer) de opbrengsten van de AH Bonus. De insteek van de franchisenemers was dat zij mochten meeprofiteren, ook al was daar in de franchiseovereenkomst niets over afgesproken. Een kwestie van contractsfatsoen, meenden zij.⁴ De rechtbank wees de vordering af: het gaat in het contractenrecht om contractsvrijheid en het daaraan gekoppelde beginsel dat afspraken moeten worden nagekomen. Waar geen afspraken zijn gemaakt over de AH Bonus, kunnen de franchisenemers daar geen aanspraak op maken.⁵
- 1.6. Het andere knelpunt – exclusiviteit – wordt in de NFC erkend als valide. Dat is ook logisch. Franchiseformules – en distributierelaties, het neefje van de franchise – worden immers dikwijls beheerst door exclusiviteit. Als een winkel in

² MvT, p. 5-6.

³ MvT, p. 6.

⁴ Waarbij juridisch een beroep werd gedaan op het arrest Baris/Riezenkamp (HR 15 november 1957, NJ 1958/67): bij de totstandkoming en uitvoering van een overeenkomst moet een partij zich niet uitsluitend haar eigen belangen aantrekken, maar ook rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van haar contractspartner.

⁵ Rb Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360, NTHR 2017/1, p. 29 (VAHF c.s./Albert Heijn).

een bepaalde formule moet worden geëxploiteerd, omdat juist die formule commerciële kracht geeft, is het in het belang van beide partijen – zowel franchisenemer als franchisegever – dat de formule strikt wordt nageleefd en dat de franchisenemer zich daartoe exclusief aan de franchisegever verbindt. Ik denk dat niemand een Burger King Whopper in de McDonald's verwacht naast de Big Mac. Exclusiviteit is in het kader van distributie- en franchiseovereenkomsten ook expliciet erkend in het Europese (en daarmee Nederlandse) mededingingsrecht.⁶ Het mededingingsrecht bevat voldoende handvatten om al te onredelijk bezwarende concurrentiebeperkingen tegen te gaan, met als ultieme sanctie het vervallen van de exclusiviteit.⁷

- 1.7. De NFC biedt dus niet direct een oplossing voor de in het EIM-rapport gesignaleerde knelpunten. De NFC gaat uitsluitend in op precontractuele werving en informatie en “goed huisvaderschap” bij de uitvoering van de franchiseovereenkomst. De normen die in dit kader zijn geformuleerd zijn evenwel nogal open en weinig concreet.
- 1.8. Daarbij komt dat naast de precontractuele informatieplichten die volgens de NFC op de franchisegever rusten, op de franchisenemer een verstrekkende onderzoeksplicht rust. Artikel 3.7 van de NFC bepaalt in dit kader: “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 met inachtneming van artikel 4.3 (laten) toetsen op financiële juistheid en haalbaarheid. De franchisegever dient de franchisenemer niet te beperken in de mogelijkheid onafhankelijk advies of een second opinion on te winnen.”
- 1.9. Deze onderzoeksplicht benadrukt juist het knelpunt dat franchisenemers halsoverkop een overeenkomst aangaan. Juist onder het wetsvoorstel zullen franchisenemers mogelijk slechter af zijn. De NFC gaat uit van een eigen *due diligence* plicht van de franchisenemer in spé. Daarbij past het uitgangspunt dat de franchisenemer de eigen schade moet dragen, indien hij tijdens de *due diligence* niet ontdekt wat hij achteraf had behoren te ontdekken (namelijk dat de exploitatie niet meevalt) en zich bovendien niet op dwaling kan beroepen. Dit is door de Hoge Raad in het Hoog Catharijne-arrest uit 1995 al bevestigd.⁸ In dat kader speelde dat de koper tijdens de *due diligence* onderzoeken de lening in de erfpachtconstructie die op het Hoog Catharijne Winkelcentrum rustte, niet te doorgronden. Deze dwaling diende evenwel voor eigen rekening en risico te blijven.

⁶ Vgl. de in artikel 7:399f onder a, 2^e BW genoemde groepsvrijstellingsverordening 330/2010 (PbEU 2010 L102).

⁷ Vgl. in dit kader HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347

(BP/Benschop): de sanctie op een te lange exclusiviteit was het wegvallen van de exclusiviteit.

⁸ HR 22 december 1995, NJ 1996/300 (Hoog Catharijne). Nader over dit onderwerp: H.H. Kersten, “Het *due diligence* onderzoek”, O&F 2003/58, p. 28-35.

- 1.10. Een dergelijke onderzoeksplicht aannemen voor de dwalende strook naar mijn mening ook met het zelfstandig ondernemerschap dat van de franchisenemer verwacht mag worden. Echter, ook voor de franchisegever is het geen loterij zonder neten. De franchisegever dient ofwel omzetprognoses af te geven ofwel gemotiveerd aan te geven, waarom hij geen omzetprognoses afgeeft.⁹ Datzelfde geldt met betrekking tot de verplichting om historische gegevens over te leggen indien de franchiselocatie eerder al geëxploiteerd is, alsook de reden mee te delen van het eindigen van die eerdere franchiserelatie. Eerst dan kan franchisenemer een gefundeerde keuze maken, of hij nader onderzoek wil verrichten of überhaupt geen interesse meer heeft in deelname aan de franchiseformule. Dit is ook het uitgangspunt van het wetsontwerp dat op dit punt in het ontwerpartikel 7:399g lid 2 BW verplicht tot “toepassen of uitleggen”: ofwel de franchisegever past de NFC toe, ofwel hij geeft gemotiveerd aan dat en waarom hij de NFC niet toepast.
- 1.11. Echter, de omstandigheid dat de franchisegever volgens de toelichting op artikel 3.6.d van de NFC in beginsel moet instaan voor de door hem verstrekte gegevens knelt wel. Deze verplichting in de NFC gaat verder dan het arrest Paalman/Lampenier, omdat de aansprakelijkheid in beginsel ook lijkt te gelden voor prognoses die door derden zijn opgesteld en ook indien de franchisegever niet weet van de fouten die daarin staan. Daarnaast kan de vraag worden gesteld, wat de waarde is van deze verplichting, indien de franchisenemer diezelfde gegevens toch moet onderzoeken. Conflicterende normen liggen op de loer: de franchisenemer zal de franchisegever houden aan zijn uit de NFC voortvloeiende garantie¹⁰; de franchisegever zal zijn franchisenemer fijntjes wijzen op de onderzoeksplicht. Het is – ook gelet op de arresten Offringa/Vinck en Hoog Catharijne – onduidelijk waar de spreekwoordelijke bijl zal vallen. Wellicht dat de door Van Wechem gesignaleerde communicerende vaten (tussen mededelings- en onderzoeksplicht) hier soelaas kunnen bieden.¹¹
- 1.12. Overigens lijkt de onderzoeksplicht in de lagere rechtspraak die naar aanleiding van due diligence onderzoek is gewezen op te houden waar de verkopende partij (vertaald naar franchisesituaties: de franchisegever) niet de juiste of niet volledige gegevens ter beschikking stelt.¹² In dat geval komt de koper (of in de onderhavige situatie: de franchisenemer) wel een beroep op dwaling toe.
- 1.13. Het resterende knelpunt – contractuele onevenwichtigheid – is een gevolg van vraag en aanbod. Hoe we het ook wenden of keren: de franchisegever heeft iets (een formule) dat de franchisenemer wil. Hij is bereid zich daarvoor aan de franchisegever te conformeren. Dat is een kwestie van vraag en aanbod, waarbij

⁹ Vgl. voor consumentenovereenkomsten artikel 6:230m lid 1 onder k BW. Uit ontwerpartikel 7:399g BW volgt hetzelfde.

¹⁰ Zoals ik de term “instaan voor” duid; vgl. HR 22 december 1995, NJ 1996/300 (Hoog Catharijne).

¹¹ T.H.M. van Wechem, “Medelingsplichten vs onderzoeksplichten bij overeenkomsten. Schuift de Hoge Raad in zijn vaste leer – enigszins verscholen – op naar het zwaartepunt van de onderzoeksplicht?”, NJB 2017/12, p. 804-805.

¹² Vgl. o.a. Gerechtshof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 16 oktober 2012, ECLI:GHARN:2012:BY0491 (NSC/Costa Horeca).

het de franchisenemer duidelijk moet zijn waaraan hij zich bindt en waarvan de inhoud niet onredelijk bezwarend mag zijn. Als de franchisenemer zich niet wil binden, komt geen overeenkomst tot stand. Uitgangspunt – ook van de wet – is dat franchisenemer en franchisegever zelfstandige ondernemers zijn, die ieder hun eigen belang nastreven. Het opleggen van een vergaande bescherming aan de franchisenemer zou zich slecht verhouden met het beginsel van contractsvrijheid dat het Nederlandse contractenrecht eigen is.

- 1.14. Tevens komt het mij voor dat het huidige Burgerlijk Wetboek voldoende instrumentarium biedt om het doel van de wet te verwezenlijken. Kern van het wetsvoorstel is het opleggen van de NFC. Overwogen zou kunnen worden de NFC tot een standaardregeling in de zin van artikel 6:214 BW te maken. De standaardregeling kan dan ook een bepaling bevatten gelijk aan artikel 7:399g leden 2-4 BW (vgl. artikel 6:214 lid 5 BW). Daarmee zou artikel 7:399g BW niet meer nodig zijn. De NFC geldt dan als standaardregeling branchebreed. Ook kunnen de algemenevoorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW en de dwalingsregeling van artikel 6:228 BW beter en effectiever benut worden dan thans het geval is.
- 1.15. Op basis van het vorenstaande kan de vraag worden gesteld, of franchisewetgeving überhaupt nodig is en of de NFC het geneesmiddel voor alle kwalen gaat zijn. Ik neig ernaar die vraag met “nee” te beantwoorden. Wellicht dat de impactanalyse van de wet nader vormgegeven kan worden. Onder de premisse dat het wetsvoorstel wel wordt doorgezet, merk ik nog het volgende op.
2. Rechtsvergelijking: België
 - 2.1. Hoe kan de franchisesector dan wel vorm worden gegeven? De MvT geeft er blijk van dat over de landsgrenzen is gekeken, met name in de Verenigde Staten en Australië. In de Verenigde Staten bestaat (federale) regelgeving over de precontractuele informatieplicht bij franchiseovereenkomsten. In Australië bestaat ook franchiseregelgeving.¹³ In de reactie op deze internetconsultatie van de Australische hoogleraar Buchan¹⁴ blijkt dat in Australië van 1993-1998 zelfregulering heeft bestaan, maar dat dit onvoldoende soelaas bood.
 - 2.2. Dichter bij huis bestaat ook in België regelgeving over de precontractuele informatieplicht bij commerciële samenwerkingsverbanden. Deze wet is niet beperkt tot franchiseovereenkomsten, maar strekt zich uit tot alle commerciële samenwerkingsverbanden. Op 19 december 2005 zag in België de wet betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten het licht. Deze wet is op 1 februari 2006 in werking getreden. De wet is op 31 mei 2014 geamendeerd.¹⁵ De wet is

¹³ MvT, p. 19-20.

¹⁴ <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/reactie/a0683d84-df65-4006-a1a3-2bff1d7e08ce>.

¹⁵ <http://economie.fgov.be/nl/ondernemingen/Marktreglementering/Handelspraktijken/Franchise/#.WBc8MP6QyUk>.

opgenomen in het Wetboek Economisch Recht ("WER").¹⁶

- 2.3. De wet verplicht de franchisegever om één maand voor het sluiten van de overeenkomsten een conceptovereenkomst, alsmede een afzonderlijk document met informatiegegevens over de belangrijkste bepalingen van de overeenkomst aan zijn franchisenemer in spe te verstrekken. Vervolgens moet de bedenktijd van een maand worden gegeven, tijdens welke periode geen verbintenis mag worden aangegaan en geen vergoeding, bedrag of waarborg kan worden gevraagd of betaald. Met de conceptovereenkomst wordt niet het allereerste concept bedoeld, maar het eindresultaat van eventuele onderhandelingen. De sanctie op het niet naleven van de bepalingen is nietigheid van de overeenkomst, welke nietigheid binnen twee jaar na het sluiten van de overeenkomst kan worden ingeroepen.¹⁷
- 2.4. Mertens constateert dat de Belgische wet binnen een internationale trend past, waarin steeds meer informatieplichten op de franchisegever worden gelegd.¹⁸ Onder de informatie die onder de wet moet worden verstrekt aan de franchisenemer in spé valt volgens artikel X.28 lid 2 onder g tot en met k van de WER het volgende:
- historische marktgegevens en prognose van de markt waarin de activiteiten worden uitgeoefend, vanuit algemeen en lokaal oogpunt;
 - historische gegevens en prognoses van het marktaandeel van het netwerk;
 - indien toepasselijk voor elk van de voorbije drie jaren het aantal uitbaters die deel uitmaken van het Belgische en internationale netwerk, alsmede expansie vooruitzichten van het netwerk;
 - indien van toepassing voor elk van de voorbije drie jaren het aantal commerciële samenwerkingsovereenkomsten dat is afgesloten, het aantal commerciële samenwerkingsovereenkomsten dat is beëindigd op initiatief van de persoon die het recht verleent en op initiatief van de persoon die het recht verkrijgt, alsmede het aantal commerciële samenwerkingsovereenkomsten dat niet is vernieuwd op de vervalddag;
 - de lasten en investeringen waartoe de franchisenemer in spé zich verbindt bij de aanvraag en tijdens de looptijd van de commerciële samenwerkingsovereenkomst met opgave van de bedragen en hun bestemming alsook een aflossingstermijn, het ogenblik waarop ze aangegaan zullen worden en hun lot bij beëindiging van de overeenkomst.
- 2.5. Ook in België is vooralsnog afgezien van het wettelijk regelen van de franchiseovereenkomst in zijn geheel. De hiervoor genoemde wet laat remedies voor de franchisegever onverlet, zoals het verwijt dat de franchisenemer

¹⁶ Nader over de wet en de wijzigingen in 2014: A. de Schoutheete en O. Vanden Berghe, "Le Livre X du nouveau Code de droit économique – Les nouveautés en matière d'information précontractuelle", TBH 2014/8, p. 739-756.

¹⁷ In het kader van art. 3:40 lid 2 van het Nederlandse BW zou in Nederland van vernietigbaarheid in plaats van nietigheid worden uitgegaan.

¹⁸ D. Mertens, "De nietigheid onder de wet precontractuele informatie: streng of rechtvaardig?", RBAG 2016/8-9, p. 675-683.

onvoldoende scherp heeft opgelet.¹⁹

- 2.6. Zoals blijkt, is deze verplichting een zware verplichting die op de franchisegever in spe rust en is de sanctie (nietigheid van de franchiseovereenkomst) een zware.²⁰ De Belgische regelgeving gaat derhalve veel meer uit van bescherming van de franchisenemer, waar de Nederlandse regelgeving en rechtspraak nog niet van bescherming van de franchisenemer uitgaan. De Belgische wet staat in dat opzicht diametraal op de Nederlandse rechtspraak en met name op de NFC die door de op de franchisenemer rustende controleplicht zelfs uitgesproken franchisegeveervriendelijk uitpakt.
 - 2.7. Frappant is in deze de observatie van Mertens dat de Belgische wet zich in internationaal goed gezelschap bevindt. Onder meer in Spanje, Frankrijk, enkele staten van de Verenigde Staten, een tweetal staten in Canada, Australië en Zweden bestaat franchisewetgeving die de franchisenemer beschermt.²¹ Ook in de memorie van toelichting bij het Nederlandse wetsontwerp worden de Verenigde Staten en Australië als voorbeelden genoemd van rechtstelsels met een franchisenemerbeschermende regeling.²²
 - 2.8. Daaruit kan *a contrario* worden afgeleid dat Nederland een meer geïsoleerde positie inneemt. Het huidige klimaat, vormgegeven in de rechtspraak, geeft Nederland een bepaald franchisegeveervriendelijk klimaat. Het ingediende wetsontwerp en de daaraan gekoppelde NFC brengen daar mijns inziens geen verandering in. Ook onder die regelgeving bestaat immers geen harde verplichting tot het verstrekken van omzetprognoses en marktonderzoeken. Daarnaast gaat het wetsontwerp uit van “pas toe of leg uit” en niet – zoals bijvoorbeeld in België het geval is – van de harde regel “strijd met deze bepalingen leidt tot vernietigbaarheid”.
 - 2.9. Wat mij betreft hoeft zeker niet het Belgische systeem te worden ingevoerd, hoewel dat misschien beter zou aansluiten op het EIM-rapport. Het Belgische systeem staat dermate haaks op het grondbeginsel van contractsvrijheid dat dit in Nederland geen navolging verdient.
3. Positie in de wet en wisselwerking met andere rechtsgebieden
 - 3.1. In de plaatsing van de wet in boek 7 BW kan ik me vinden. Ik vraag me alleen af, waarom gekozen is voor de artikelen 7:399f en 7:399g BW, direct aansluitend op de afdeling over pacht. Zou het niet meer voor de hand hebben gelegen te kiezen voor een van de braakliggende artikelen tussen artikel 7:468 BW (geneeskundige behandelingsovereenkomst) en 7:500 BW (reisovereenkomst)?

¹⁹ B. Ponet, “De wet betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten: zes jaar toepassing in de praktijk”, *Rechtskundig Weekblad* 2012-13/5, p. 162-175. Volgens haar blijven de bepalingen inzake wilsgebreken en eigen schuld (*culpa in contrahendo*, art. 1382 Belgisch BW) van kracht.

²⁰ Vgl. Mertens (2016) en Ponet (2012).

²¹ Mertens (2016), p. 675-676.

²² MvT, p. 19-20.

Nu wekt de wet de indruk “er tussen geformmeld” te zijn.

- 3.2. De MvT merkt terecht op dat de franchiseovereenkomst onderdeel vormt van het verbintenissenrecht en dat de boeken 3 en 6 BW van overeenkomstige toepassing zijn. Daarbij wordt in het algemeen aandacht gevraagd voor de redelijkheid en billijkheid en de algemenevoorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW.

Algemene voorwaarden

- 3.3. Tussen de contractspartijen bestaat veelal een ongelijkheid. In de regel heeft de franchisegever het voor het zeggen. Hij stelt de contracten op en de franchisenemer mag tekenen bij het kruisje. Een reële onderhandelingspositie heeft de franchisenemer niet. Dit blijkt zelfs uit de Parlementaire Geschiedenis bij afdeling 6.5.3 BW over algemene voorwaarden. Bij de vaststelling van het huidige artikel 6:231 BW, zag de wetgever zich geconfronteerd met de vraag, wat algemene voorwaarden zijn en waar deze kunnen voorkomen. Uiteraard komen algemene voorwaarden voor in het document waar de titel “algemene voorwaarden” boven prijkt, maar de wetgever onderkende ook dat veel voorkomende bepalingen in overeenkomst die meermalen worden gesloten, als algemene voorwaarden kunnen gelden. De wetgever noemde daarbij uitdrukkelijk het voorbeeld van de franchiseovereenkomst:
“Ook om andere redenen verdient het aanbeveling het toepassingsgebied van dit wetsontwerp ruim te nemen; het kan immers niet worden ontkend dat ook jegens anderen dan consumenten onereuze voorwaarden kunnen worden gehanteerd. Verwezen zij in dit verband naar H.J. Sluyter, *Standaardcontracten* (1972), p. 11 e.v., N.J. van de Sande Bakhuyzen, *W.P.N.R.* 5478 (onder 6) en Advies R.M.K. 1975, p. 14-15, alwaar bijv. worden genoemd mestcontracten voor slachtkuikens, overeenkomsten ter exploitatie van benzinepompen, inkoopvoorwaarden opgelegd aan een toeleverancier en franchising-contracten; bij deze laatste verkeert de franchise-nemer in een afhankelijke positie tegenover de franchise-gever, hetgeen leidt tot voor de nemer ongunstige wellicht onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden. Derhalve heeft het ontwerp betrekking op ieder gebruik van algemene voorwaarden, ongeacht de persoonlijke kwaliteit of rechtsvorm van gebruiker en wederpartij.”²³
- 3.4. Ook in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel voor de franchisewet wordt erkend dat bepalingen in franchiseovereenkomsten als algemene voorwaarden kunnen kwalificeren.²⁴ Ongelukkigerwijze is ervan uitgegaan dat pas sprake is van algemene voorwaarden indien de franchisegever een beding standaard hanteert in *alle* franchiseovereenkomsten. Wellicht dat lezing van artikel 6:231 onder a BW (“een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde *in een aantal* overeenkomsten te worden opgenomen”) tot nadere reflectie over het bestemmingscriterium kan leiden. De huidige norm “alle” is te zwaar.

²³ PG Boek 6, p. 1455.

²⁴ MvT, p. 15.

- 3.5. Volgens de MvT wordt beoogd dat bepalingen die in franchiseovereenkomsten voorkomen en die in strijd zijn met de NFC als onredelijk bezwarend worden beschouwd. Daarvoor is binnen artikel 6:233 onder a BW meer nodig, omdat het artikel dwingt tot een omstandighedentoets, waarbij alle omstandigheden van het geval gewogen moeten worden.²⁵ Strijd met de NFC is daar één van, maar is niet zaligmakend. Het kan bovendien afhangen van de verdere inhoud van de franchisecode en eventueel de aanwezigheid van compenserende bepalingen elders in de algemene voorwaarden.

Toerekenbare tekortkoming

- 3.6. In de MvT wordt gesteld dat het niet naleven van de NFC een toerekenbare tekortkoming oplevert, omdat de NFC uit hoofde van de wet verplichtingscheppend is.²⁶ Bedacht dient te worden dat de NFC is opgedeeld in precontractuele en contractuele verplichtingen. De precontractuele verplichtingen eindigen zodra de overeenkomst is gesloten. Eventuele precontractuele defecten kunnen dan uitsluitend worden geadresseerd via de wilsgebreken (zoals dwaling) of via de vernietigingssanctie van artikel 7:399g lid 4 (ontwerp) BW. Uitsluitend de verplichtingen uit de NFC die op de contractuele fase zien – zoals scholing, advies en bijstand en het ontwikkelen van de formule – kunnen via de bepalingen over tekortkoming worden geadresseerd. Ter verduidelijking zou dit in de MvT kunnen worden opgenomen.

Dwaling

- 3.7. De hoofdmoot in de jurisprudentie over franchiseovereenkomsten in de recente literatuur over franchiseovereenkomsten gaat over de informatieverplichting die de franchisegever naar de franchisenemer heeft. Het komt geregeld voor dat de franchisenemer de afgesproken omzetten niet haalt en dan met de beschuldigende vinger wijst naar de franchisegever en stelt dat deze hem ofwel een te rooskleurig toekomstbeeld heeft geschetst ofwel omzetprognoses ter beschikking had moeten stellen, op grond waarvan de franchisenemer in spe een gefundeerde keuze had kunnen maken om te beslissen of hij franchisenemer wilde worden of niet. Daardoor heeft de franchisenemer gedwaald, aldus de gebruikelijke positie die een procedure worden ingenomen. De norm die daarbij wordt gehanteerd is de norm die de Hoge Raad in 2002 in zijn arrest Paalman/Lampenier introduceerde.²⁷ Deze norm luidt – in het kort – dat de franchisegever niet verplicht is omzetprognoses te verstrekken. Dwaling kan eerst aan de orde zijn, als de omzetprognose wordt verstrekt en fouten bevat. In de rechtspraak die sindsdien is geweest, wordt veelal over de boeg van dwaling geoordeeld en wordt de norm uit Paalman/Lampenier ook binnen

²⁵ R.H.C. Jongeneel, “Gebondenheid” in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 136-144.

²⁶ Daarbij wordt verwezen naar artikel 6:248 lid 1 BW. Dit artikel is evenwel niet nodig om tot gebondenheid te komen; de gebondenheid volgt immers al uit de artikelen 7:399f en 7:399g BW.

²⁷ HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier).

het dwalingleerstuk toegepast.²⁸

- 3.8. Van dwaling is sprake indien de dwalende een overeenkomst aangaat die hij niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan als hij over de juiste voorstelling van zaken heeft beschikt. De juiste voorstelling van zaken kan afwezig zijn, indien de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij (art 6:228 lid 1 onder a BW), indien de wederpartij heeft gezwegen waar spreken plicht was (art. 6:228 lid 1 onder b BW) of indien beide partijen over en weer van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan (art. 6:228 lid 1 onder c BW).
- 3.9. Daarbij vertaalt de lagere rechtspraak de regel zo, dat een eventueel verstrekte prognose deugdelijk dient te zijn samengesteld, wat in overeenstemming is met het recente arrest Street-One.²⁹ Een grote discrepantie tussen de geprognosticeerde omzet en de behaalde omzet betekent niet automatisch dat de prognose ondeugdelijk is.³⁰
- 3.10. Daarbij dient te worden bedacht dat het niet-halen van de geprognosticeerde omzet, evenmin automatisch betekent dat de prognose niet deugt. Op de franchisenemer rust de bewijslast dat de omzetprognose ondeugdelijk is opgesteld en dat hij daardoor heeft gedwaald. Daarbij blijkt uit lagere rechtspraak dat van de franchisenemer in spe meer en meer eigen onderzoek wordt verwacht en dat hij zich steeds minder op informatie van de franchisegever mag verlaten.³¹

²⁸ J.H. Kolenbrander, "De 'prognoseproblematiek' revisited: een korte bespreking van jurisprudentie aangaande de zorgplicht van de franchisegever", *Contracteren* 2012/4, p. 159-162. O.a. Rb Gelderland 11 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1387 (Bart's retail); Rb. Den Haag 19 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1753 (Street-One); Hof Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:455 (Tot Straks).

²⁹ Vgl. o.a. Rb Noord-Nederland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:173; Rb Limburg 26 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2557 (Multivlaai); Rb Overijssel 9 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1985 (Otto Simon); Vzr Rb Rotterdam 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8895, NJF 2014/479.

³⁰ Rb Noord-Holland 3 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11564, Prg 2015/45, NJF 2015/70 (Albert Heijn).

³¹ De zoekterm "franchise" in combinatie met "prognose" op rechtspraak.nl levert voor de periode 2013-2017 35 treffers op. Niet alle uitspraken zijn eindbeslissingen. In de eindbeslissingen valt op dat bij het niet-halen van resultaten zonder dat van onjuiste prognoses sprake is het beroep op dwaling wordt afgewezen: Rb Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7307 (IJsvoegel); Vzr Rb Rotterdam 6 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8895, NJF 2014/479; Rb Den Haag 11 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16502 (Telecombinatie/Fevami); Rb Amsterdam 28 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:416; Rb Zeeland-West-Brabant 4 maart 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:1545 (Shoebly); Rb Overijssel 13 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5020 (Bruna); Rb Noord-Holland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:718, NJF 2016/164 (Bread & Butter/FHC); Rb Gelderland 11 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1387 (Bart's retail); Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2363 (Spar/Emté); Rb Zeeland-West-Brabant 15 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3723 (Biretco); Rb Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3752 (Nu Wonen).

4. Reikwijdte wet en begrip “franchise”

- 4.1. Het wetsvoorstel is beperkt tot franchiseovereenkomsten. Zij laat andere vormen van commerciële samenwerking onverlet, zoals de handelsagentuur, consignatie, commissie en distributie. Het is mijn vrees dat partijen die onder het wetsvoorstel de regeling voor franchise teveel vinden knellen, zullen willen vluchten naar een van de andere samenwerkingsvormen, zodat zij aan de wet kunnen ontsnappen. Deze vlucht leidt dan in procedures tot kwalificatievragen: hoe moet de overeenkomst worden geduid? Is zij franchise of niet? Deze metadiscussies leiden af van waar het partijen werkelijk om te doen is: is de verplichting die wordt opgelegd redelijk?
- 4.2. Een knellend punt is de afwezigheid in artikel 7:399f BW van het begrip “franchise”. De franchiseformule wordt gedefinieerd, maar niet wat franchise zelf is. De in de NFC gebezigde definitie, die ook in het vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 16 november 2016 in de Albert Heijn-zaak wordt gebruikt, lijkt daartoe aangewezen:
“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 te exploiteren volgens het concept van de franchisegever.”
- 4.3. Hierbij zou het woord “concept” kunnen worden vervangen door “franchiseformule”.
- 4.4. Daarbij kan de vraag worden gesteld of de cumulatieve vereisten voor een franchiseformule – kort gezegd: én IE-rechten én know-how in de zin van de Groepsvrijstellingsverordening 330/2010 – niet te eng geformuleerd zijn en contractspartijen niet teveel *escapes* bieden.
- 4.5. Daarbij komt dat het begrip know-how door de koppeling met evengenoemde verordening verordeningsautonoom moet worden uitgelegd, waar de rest van de wet en de NFC nationaalrechtelijk moeten worden uitgelegd. Deze discrepantie acht ik onwenselijk: ofwel gekozen wordt voor een Haags product, of voor een Brussels product. Deze hybride figuur gaat in de rechtspraak voor teveel vraagtekens en uitglijders zorgen, is mijn inschatting.

Wel werd vernietiging toegewezen in: Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4057 (Biretco); Rb Noord-Nederland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:173; Rb Limburg 26 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2557 (Multivlaai); Rb Overijssel 9 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1985 (Otto Simon); Rb Noord-Holland 3 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11564, Prg 2015/45, NJF 2015/70 (Albert Heijn). In deze vonnissen viel op dat de prognoses ondeugdelijk waren samengesteld en vaak enige onderbouwing of gericht onderzoek ontbeerden.

- 4.6. In artikel 7:399f onder d BW vind ik de bepaling “geldelijke” vergoeding eveneens te beperkend. De vergoeding kan ook in andere vormen dan geld plaatsvinden. Daarbij laat ik dan nog de vraag of betaling in bijvoorbeeld bitcoins onder “geldelijke vergoeding” valt, rusten. Het voorstel is dan ook het woord “geldelijke” te schrappen.
- 4.7. Het begrip “voorovereenkomst” zou naar mijn mening een prominentere, van de franchiseovereenkomst geabstraheerde plaats moeten krijgen in boek 6 BW. Voorovereenkomsten³² komen niet uitsluitend in geval van franchiseovereenkomsten voor, maar ook daarbuiten. Daarbij kan worden gedacht aan overnameovereenkomsten, distributieovereenkomsten, koopovereenkomsten voor onroerende goederen en samenwerkingsovereenkomsten.
- 4.8. In dit kader wordt voorgesteld een nieuw artikellid aan artikel 6:226 BW toe te voegen dat luidt:
“Onder voorovereenkomst worden verstaan overeenkomsten waarin de verplichtingen zijn opgenomen die in verband met de onderhandelingen over het mogelijk aangaan van een al dan niet nadere overeenkomst op de partijen rusten.”
5. Verplichtingen partijen en code: artikel 7:399g BW
- 5.1. Artikel 7:399g BW sorteert geheel en al voor op de NFC, wat ook in de MvT wordt erkend. Dit heeft als gevaar, dat indien te eniger tijd blijkt dat de NFC niet meer past in de franchisebranche – bijvoorbeeld door voortschrijdend inzicht – niet alleen de gedragscode moet worden aangepast, maar ook de wet. Stel dat het besef rijst dat collectief overleg of kennis over andere franchisenemers geen issue meer zijn of in het vervolg niet meer gewerkt wordt met voorovereenkomsten, zou de wet nutteloos zijn. Een alternatief is dat de gedragscode wordt ingericht als volgt: “Collectief overleg: n.v.t.; Andere franchisenemers: n.v.t.; Voorovereenkomst: n.v.t.”. Dat zou in mijn ogen ook niet werken.
- 5.2. Voorgesteld wordt dan ook artikel 7:399g lid 1 BW als volgt te wijzigen:
“Bij algemene maatregel van bestuur kan een gedragscode of deel daarvan worden aangewezen.”
of, minder verstrekkend:
“Bij algemene maatregel van bestuur kan een gedragscode of deel daarvan worden aangewezen. Deze gedragscode kan voorschriften bevatten met betrekking tot (...)”.
- 5.3. Door bovenstaande bepaling heeft de wetgever ruimte om een gedragscode te implementeren die niet aan alle in artikel 7:399g BW gestelde voorwaarden voldoet.

³² Ook wel bekend als intentieovereenkomst, letter of intent, memorandum of understanding en heads of agreement.

NFC bevat vooral open normen

- 5.4. Artikel 7:399g BW koppelt volledig aan de NFC. Het nadeel is dat de NFC hoofdzakelijk open normen bevat. Deze normen zijn daarbij dermate onduidelijk geformuleerd dat toepassing ervan in de praktijk tot onduidelijkheid kan leiden. Denk daarbij aan het volgende: artikel 7:399 lid 1 onder b, 2^e BW noemt een omzetprognose. Daarover bepaalt artikel 3.6 onder e NFC dat “bij voorkeur” een onderbouwde prognose wordt verstrekt. De franchisenemer zal de prognose willen ontvangen; de franchisegever zal onder verwijzing naar de woorden “bij voorkeur” stellen dat hij geen prognose hoeft te verstrekken. Door de open normen in de NFC boet de wet aan kracht in.
- 5.5. Deze brief leent zich niet voor een uitgebreide bespreking van de NFC, die ik als voldongen feit beschouw. Waar nodig ben ik uiteraard bereid later de NFC in extenso te bespreken.

Pas toe of leg uit

- 5.6. Lid 2 van ontwerpartikel 7:399g BW bevat de verplichting de code toe te passen of uit te leggen waarom de code niet wordt toegepast. Indien de code niet wordt toegepast, moet dat via een duidelijk en schriftelijk beding in de franchiseovereenkomst worden opgenomen en moet een schriftelijke toelichting worden gegeven voor de reden van afwijking. Deze toelichting moet volgens de MvT “deugen”. Het is niet duidelijk hoe ver het begrip “duidelijk en begrijpelijk” gaat. Dit begrip lijkt te zijn ontleend aan de Europese rechtspraak over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.³³ Naar Europees recht moet een beding niet alleen grammaticaal en juridisch duidelijk en begrijpelijk zijn, maar ook in economisch opzicht. Doel is dat de consument aan hand van het beding een overwogen keuze kan maken over het aangaan van de overeenkomst en wat hem dat gaat kosten.
- 5.7. Bedacht dient te worden dat de franchiseovereenkomst niet een consumentenovereenkomst is en dat de norm, die is ontleend aan Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) niet één-op-één kan worden toegepast op de onderhavige situatie. Denk hierbij aan de onder 5.4 gesignaleerde onduidelijkheid in de NFC zelf. Door de prognose niet te verstrekken, kan de franchisegever stellen dat hij nog steeds aan de NFC voldoet. De franchisenemer zal daarentegen stellen dat de franchisegever niet aan de NFC voldoet en nakoming van het verstrekken van de prognose vorderen. Stelplicht en bewijslast van de stelling dat van de NFC is afgeweken rusten dan op de franchisenemer.
- 5.8. Daarnaast is de bepaling te knellend. Indien franchisenemer en franchisegever er in onderling overleg voor kiezen de NFC niet toe te passen en dat als zodanig

³³ HvJEU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:612 (VKI/Amazon); HvJEU 21 maart 2013, zaaknr. C-92/11, NJ 2013/375, TvC 2014/1 m.nt. J.H.M. Spanjaard (RWE); HvJEU 30 april 2014, zaaknr. C-26/13, NJ 2014/355 m.nt. MRM (Kásler). Vgl. naar Nederlands recht: Rb Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848 (SDB & Euribar/ABN AMRO).

in hun overeenkomst opschrijven, zal een dragende reden verder niet nodig zijn; ook niet als de franchisenemer later spijt krijgt van zijn beslissing. Daarbij komt dat dikwijls ook de franchisenemer een belang kan hebben bij afwijking van de NFC, bijvoorbeeld van de onderzoeksplicht van artikel 3.7 NFC. Een dergelijke afwijking moet niet worden gesanctioneerd.

Overgangsrecht

- 5.9. Het overgangsrecht houdt in dat bestaande contracten worden omgebouwd binnen een periode van vijf jaar inwerkingtreding van de wet. De MvT gaat uit van een kostenpost van een kleine € 900.000. Daarbij wordt uit het oog verloren dat de aanpassing veelal (mede) door advocaten worden doorgevoerd. De uurtarieven liggen een veelvoud hoger dan het bedrag van € 37 dat in de MvT wordt genoemd.

Verscholen onduidelijkheid: geschilbeslechting

- 5.10. Daarnaast bevat de NFC een geschilbeslechtingsclausule die de Geschillencommissie Franchise bevoegd maakt van geschillen kennis te nemen. Deze geschillencommissie bestaat nog niet. Een dergelijke geschilbeslechting zal arbitrage of bindend advies zijn. Daarmee wordt partijen de gang naar de overheidsrechter ontnomen. Indien partijen een forumkeuzeclausule in hun overeenkomst opnemen, zal dit een afwijking van de NFC inhouden, die een “deugdelijke” motivering behoeft. Dit lijkt mij niet correct. Een geschilbeslechtingsclausule die de gang naar de overheidsrechter aanwijst, is niet in het nadeel van de franchisenemer en mag mijns inziens niet vernietigd worden.

6. Ontbrekende items

- 6.1. Het is opvallend dat het wetsvoorstel geen onderscheid maakt naar de omvang en professionaliteit van franchisegevers en franchisenemers. Dit terwijl zich onder de franchisenemers grote en gespecialiseerde ondernemingen bevinden. Daarnaast wordt franchise in diverse branches aangetroffen, van detailhandel tot motorbrandstoffenverkooppunten.
- 6.2. Naar mijn mening dient de wet uitsluitend te gelden voor kleinere franchisenemers. In artikel 6:235 lid 1 BW is een bepaling opgenomen die hieraan voldoet. In dat kader stel ik voor dat een nieuw artikel 7:399i BW wordt voorgesteld met de inhoud:
“Op de vernietigingsgronden bedoeld in artikel 7:399g lid 4 kan geen beroep worden gedaan door
a.een franchisenemer die een rechtspersoon bedoeld in artikel 360 van Boek 2 is, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt, of ten aanzien waarvan op dat tijdstip laatstelijk artikel 403 lid 1 van Boek 2 is toegepast;
b.een franchisenemer op wie het onder a bepaalde niet van toepassing is, indien op voormeld tijdstip bij hem vijftig of meer personen werkzaam zijn of op dat tijdstip uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat bij hem

vijftig of meer personen werkzaam zijn.”

- 6.3. In detailhandelfranchise wordt dikwijls door de franchisenemer een winkel (onder)gehuurd van de franchisegever, om daar de franchiseformule te exploiteren. Een dergelijke (onder)huurovereenkomst zal aan de regeling van artikel 7:290 e.v. BW moeten voldoen. Daaronder valt artikel 7:307 BW dat aan de indeplaatsstellingsregeling contractueel in de weg staat. Dit kan knellen, omdat de franchisegever wenst dat in het huurpand uitsluitend zijn formule wordt uitgevoerd. Voorgesteld wordt daarom een nieuw artikel 7:399h BW dat inhoudt:
1. Indien de franchisenemer ter exploitatie van de franchiseformule een onroerende zaak huurt van de franchisegever of van een met de franchisegever verbonden persoon, eindigt de huurovereenkomst gelijktijdig met het eindigen van de franchiseovereenkomst.
 2. De artikelen 293, 294 en 307 van boek 7 zijn niet van toepassing indien op de huurovereenkomst artikel 290 en verder van boek 7 van toepassing is.”

7. Afronding

- 7.1. Tot een nadere toelichting op hetgeen ik in deze brief schreef, ben ik graag bereid. Daarnaast word ik graag op de hoogte gehouden van de verdere ontwikkelingen rondom deze wet.

Hoogachtend,



J.H.M. Spanjaard