

Franchising

Waarom het eigenlijk best een goed idee is om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken

Jan-Willem Kolenbrander¹

Zoals bekend, kan in Nederland een overeenkomst ‘benoemd’ of ‘onbenoemd’ zijn. Is een bepaald soort overeenkomst tussen partijen specifiek in de wet geregeld, dan betreft het een zogenaamde ‘benoemde overeenkomst’ en gelden er specifieke wettelijke bepalingen. Is een soort overeenkomst niet specifiek in de wet geregeld, dan is er sprake van een zogenaamde ‘onbenoemde overeenkomst’ waarvoor het algemene contractenrecht geldt. Een franchiseovereenkomst is een dergelijke onbenoemde overeenkomst waarvoor in Nederland geen specifiek wettelijk regiem geldt, maar enkel het algemene contractenrecht. Het is, gezien de populariteit van franchising, echter de vraag of het niet verstandiger zou zijn om alsnog een benoemde overeenkomst van de franchiseovereenkomst te maken. In dit artikel wordt kort besproken waarom dat eigenlijk best een goed idee is.

Wetssystematiek van (on)benoemde overeenkomsten

In Nederland wordt het uitgangspunt gehanteerd van de contractsvrijheid. Dat houdt in dat partijen in staat zijn om – binnen bepaalde grenzen² – met elkaar af te spreken wat zij al dan niet met elkaar willen afspreken.³ De onbenoemde overeenkomst past prima bij dit uitgangspunt. Desalniettemin heeft de Nederlandse wetgever in diverse gevallen gemeend dat het wenselijk was om nadere bepalingen terzake bepaalde soorten overeenkomsten specifiek (‘benoemd’) in de wet op te nemen.⁴ Zo constateerde de wetgever dat bij met name alledaagse overeenkomsten, zoals koopovereenkomsten, partijen doorgaans alleen de hoofdlijnen expliciet met elkaar bespreken. Partijen regelen dan niet de soms zeer belangrijke details buiten deze hoofdlijnen. Hierdoor kan rechtsonzekerheid ontstaan tussen partijen, omdat bepaalde zaken niet of niet duidelijk zijn afgesproken. Deze onduidelijkheden kunnen vervolgens vaak niet gemakkelijk ingevuld worden aan de hand van de bedoelingen van partijen, dan wel door de redelijkheid en billijkheid. Door aanvullende wettelijke bepalingen van alledaagse overeenkomsten op te nemen in het wetboek kan dergelijke rechtsonzekerheid idealiter zoveel mogelijk voorkomen worden.

Een andere reden om bepaalde soorten overeenkomsten specifiek op te nemen in de wet is er in gelegen dat de wetgever bescherming wil bieden aan bepaalde groepen personen. Aldus de wetgever verkeren deze bepaalde groepen personen in een zwakkere positie dan de andere contractspartij, bijvoorbeeld vanwege de genoten opleiding, de financiële draagkracht, specifieke kennis van

zaken of hun economische positie. Daardoor kunnen deze personen minder weerstand bieden tegenover de andere (en sterker geachte) contractspartij, zodat eerdergenoemde contractsvrijheid in het gedrang zou kunnen komen.

Op grond van de aard en inhoud van de overeenkomsten die de wetgever al heeft benoemd in de wet, is het helder dat zij hierbij voornamelijk gedacht heeft aan de bescherming van zwakkere particuliere personen. Denk daarbij aan personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, zoals een huurder, werknemer, patiënt of consument. De wetgever heeft echter ook oog gehad voor de bescherming van ‘professionele’ partijen, zoals in het geval van een bedrijfsmatig handelende verkoper, de beroeps- of bedrijfsmatig handelende opdrachtnemer, alsmede de handelsagent. Ook bij dergelijke professionele partijen kan er volgens de wetgever dus sprake zijn van ongelijkwaardigheid en een noodzaak bestaan om hen te beschermen.

De franchiseovereenkomst nu

De franchiseovereenkomst is door de Nederlandse wetgever een ‘onbenoemde’ overeenkomst gelaten, hoewel de franchiseovereenkomst op zich relatief eenvoudig te kwalificeren is.⁵ Ook is de franchiseovereenkomst gemakkelijk af te scheiden van andere soortgelijke commerciële overeenkomsten. Zo verschilt de franchiseovereenkomst van de distributieovereenkomst, omdat bij deze laatste overeenkomst de nadruk ligt op de wederverkoop van bepaalde producten aan derden en minder op de intensieve samenwerking tussen partijen. Franchising verschilt daarnaast van agentuur, omdat een handelsagent enkel

op naam en voor rekening van zijn opdrachtgever (de principaal) overeenkomsten met derden sluit. Een franchisenemer zal juist op eigen naam en voor eigen rekening met klanten contracteren. De wetgever wilde echter voorkomen dat het burgerlijk wetboek een te omvangrijk document zou worden en heeft om die reden enkel de soorten overeenkomsten willen benoemen in de wet die in de praktijk veel voorkomen en waarvoor een aantoonbare behoefte was voor aanvullende wetgeving.⁶

Alhoewel franchising in Nederland met name na de Tweede Wereldoorlog een enorme vlucht heeft genomen, denk bijvoorbeeld aan franchiseformules als Febo, Bruna en HEMA, is er nimmer behoefte gevoeld door de wetgever aan aanvullende wetgeving. Die situatie bestaat feitelijk tot op de dag van vandaag. Dat houdt dus in dat er geen speciale wettelijke vereisten bestaan waaraan een franchiseovereenkomst dient te voldoen, behoudens het algemene contractenrecht. Partijen die willen gaan franchisen zijn dus vrij om met elkaar te contracteren zonder zich al teveel te bekommeren om specifieke wettelijke vereisten. Het is echter de vraag of dat nog steeds wenselijk is.

Partijen die willen gaan franchisen zijn vrij om met elkaar te contracteren zonder zich al teveel te bekommeren om specifieke wettelijke vereisten

Redenen om de franchiseovereenkomst benoemd te maken

Populariteit van franchisen

De tijden zijn ondertussen aanzienlijk veranderd terzake franchising als commerciële samenwerkingsvorm. Het is

Auteur

1. Mr. J.H. Kolenbrander is advocaat bij De Clercq Advocaten Notarissen te Leiden en gespecialiseerd in franchise en franchise gerelateerde problematiek. Met dank aan Maarten van Buuren, advocaat-partner bij De Clercq Advocaten Notarissen.

Noten

- Denk daarbij bijvoorbeeld aan de grenzen van de goede zeden en de openbare orde, zoals bedoeld in art. 3:40 lid 1 BW of dwingendrechtelijke vormvoorschriften, zoals bedoeld in art. 3:39 BW. Ook kan een afspraak ongeoorloofd zijn, omdat het in strijd is met dwingendrechtelijke regels, zoals bijvoorbeeld de Mededingingswet.
- Het 'open contractensysteem' is één van

de uitgangspunten van het Burgerlijk Wetboek, aldus het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van E.M. Meijers, Toelichting, vierde gedeelte (Boek 7), Staatsuitgeverij- en drukkersbedrijf Den Haag, 1972, p. 2.

4. Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van E.M. Meijers, Toelichting, vierde gedeelte (Boek 7), Staatsuitgeverij- en drukkersbedrijf Den Haag 1972, p. 829 e.v.

5. Er zijn diverse omschrijvingen van franchise. In r.o. 3.4 van Rb. Breda 21 december 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU9904 (*The Company*) noemt de rechter bijvoorbeeld het bestaan van een winkelformule, de verplichting om volgens een bepaalde huisstijl een onderneming te exploiteren, de assistentie van de zijde van de franchisege-

een zeer succesvolle vorm van samenwerking gebleken die ook in het huidige economische klimaat steeds populairder wordt in Nederland.⁷ Sterker nog, juist door het economische klimaat ervaren veel startende ondernemers dat het gemakkelijker is om zich aan te sluiten bij een reeds bewezen franchiseformule dan voor zichzelf te beginnen. Het gevolg van deze populariteit is dat steeds meer (rechts)personen te maken hebben, of te maken zullen krijgen, met een franchiseovereenkomst. Reeds dat element zou kunnen billijken dat er in het Burgerlijk Wetboek alsnog ruimte wordt vrijgemaakt voor de franchiseovereenkomst, bijvoorbeeld in een aparte titel in Boek 7.

Ongelijkwaardigheid tussen franchisegever en franchisenemer

Daarbij blijkt uit de rechtspraak dat er wel degelijk behoefte bestaat aan aanvullende wetgeving bij franchising, met name ten aanzien van de bescherming van de franchisenemer. Een rechtvaardiging voor een dergelijke wettelijke bescherming is mede gelegen in de ongelijkwaardigheid van de betrokken contractspartijen. Hoewel het uitgangspunt van franchising is dat de franchisegever en haar franchisenemers gelijkwaardig zouden zijn,⁸ blijkt uit de praktijk dat er van echte gelijkwaardigheid doorgaans weinig sprake is.⁹ Zoals hierna zal worden toegelicht, manifesteert deze ongelijkwaardigheid zich op diverse manieren.

Voornoemde ongelijkwaardigheid tussen de franchisegever en een franchisenemer is feitelijk al evident in de precontractuele fase. In tegenstelling tot de franchisegever heeft een kandidaat-franchisenemer tijdens de onderhandelingen doorgaans niet de beschikking over alle relevante informatie, zoals de omzetgegevens van de formule en het rendement van de diverse winkels. Ook weet een kandidaat-franchisenemer niet met hoeveel franchisenemers de franchisegever de laatste jaren een franchiseovereenkomst heeft gesloten en hoeveel daarvan nog actief zijn. De ervaring leert dat er nog (te) vaak zaken fout gaan, omdat de franchisegever al dan niet bewust onjuiste, dan wel onvolledige, informatie verstrekt aan een kandidaat, bijvoorbeeld om deze over 'de streep' te trekken.¹⁰

ver en de geldelijke vergoeding voor de deelname aan de formule. Zie ook de website van de Nederlandse Franchise Vereniging (www.nfv.nl/voorwaarden%20franchising/).

6. Groene Serie Bijzondere Overeenkomsten, regeling Boek 7 BW, aantekening 2, Kluwer 2013.

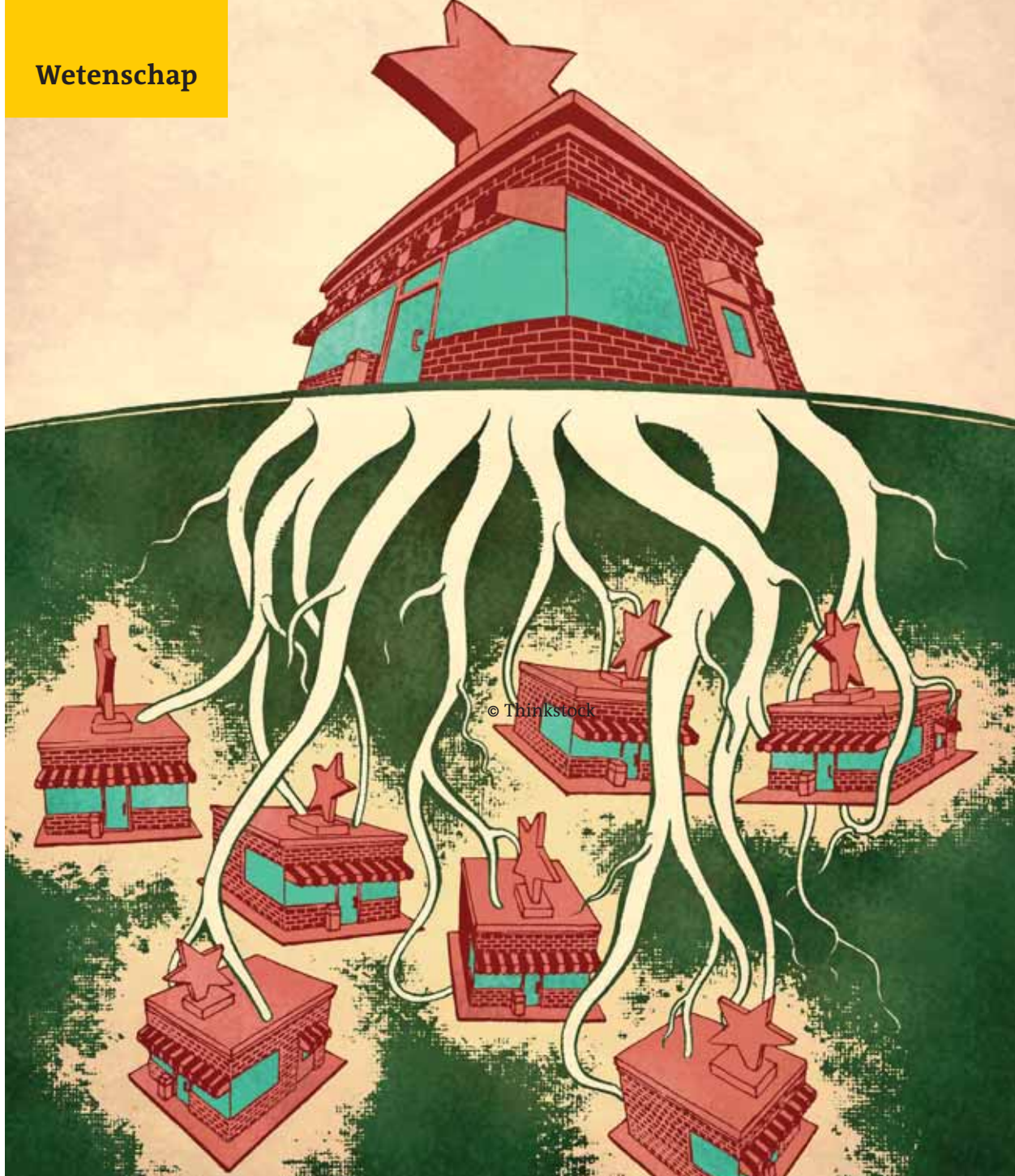
7. In 1997 waren er 360 franchiseformules in Nederland actief. In 2012 is dat aantal gestegen naar 769 formules. Verder blijkt dat franchise-gedreven ondernemingen de ten gevolge van de crisis ontstane omzettingen in 2012 goed hebben weten te beperken ten opzichte van de rest van de branche (bron: NFV).

8. Zie bijvoorbeeld de overwegingen in CRvB 26 februari 1998,

ECLI:NL:CRVB:1998:AA8795 (*Indoor Training*) waar wordt opgemerkt door de rechter dat bij een franchiseverhouding in beginsel gelijkwaardigheid wordt verondersteld.

9. Zie in dat opzicht Rb. Utrecht 20 oktober 2004, 160044/HAZA 03-746, ECLI:NL:RBUTR:2004:AR4485 (*Bruna*), waar door de rechter uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat de verhouding tussen een franchisegever en franchisenemer wel degelijk ongelijkwaardig is.

10. Voor verdere informatie aangaande dit onderwerp, zie: J.H. Kolenbrander, 'De prognoseproblematiek revisited: een korte bespreking van jurisprudentie aangaande de zorgplicht van de franchisegever', *Contracten*, december 2012/4.



© Thinkstock

Een complicerende factor daarbij is dat het over het algemeen uitermate lastig is voor een kandidaat-franchisenemer om de verkregen informatie op deugdelijkheid te controleren. Die belemmering heeft een praktische kant ('hoe kan ik de juiste aanvullende informatie verkrijgen om één en ander te controleren?') maar ook een emotionele kant ('wil ik nu al overkomen als een té kritische c.q. lastige franchisenemer?'). De *'kritische grondhouding'*¹¹ die sommige rechters van een kandidaat-franchisenemer in dat kader verlangen is in de praktijk dan ook niet gemakkelijk aan te nemen door kandidaat-franchisenemers.

Daarnaast is er sprake van ongelijkwaardigheid in de precontractuele fase, omdat een kandidaat-franchisenemer beperkte ruimte zal hebben om met de franchisegever te onderhandelen over de uiteindelijke inhoud van de franchiseovereenkomst. Wenst een kandidaat-franchisenemer niet onder de voorwaarden van de franchisegever te contracteren, dan zal dat doorgaans tot gevolg hebben dat de betreffende kandidaat op zoek kan gaan naar een andere

franchiseformule. Een kandidaat-franchisenemer zal echter de juridische implicaties van de te sluiten franchiseovereenkomst niet (volledig) kunnen overzien. Het is uiteraard mogelijk dat hij daarvoor een jurist in de arm neemt, doch de te maken kosten zullen voor een beginnende ondernemer vaak een belemmering vormen om dat te doen.

Deze ongelijkwaardigheid zet zich voort als de franchiseovereenkomst eenmaal is getekend, omdat de inhoud van de franchiseovereenkomst doorgaans eenzijdig zal zijn opgesteld door de franchisegever. Daardoor zullen de belangen van de franchisegever eerder gewaarborgd zijn dan de belangen van een franchisenemer. In het geval van 'hard' franchise¹² komt een franchisenemer voorts in het keurslijf van de franchiseformule terecht en is hij volledig gebonden aan het franchiseconcept. Een franchisenemer kan gedurende de franchise dan niet 'ineens' besluiten om van dit concept af te wijken, bijvoorbeeld door een ander (maar beter verkopend) assortiment te gaan voeren of een andere (maar in zijn ogen mooiere)

winkelinrichting te gebruiken. De franchisenemer is derhalve economisch afhankelijk van het eerder door de franchisegever bedachte concept voor het succes van zijn eigen onderneming. Ook is een franchisenemer in een grote mate afhankelijk van de inspanningen die de franchisegever doet om de formule te innoveren en succesvol te laten blijven. Op het voorgaande kan een franchisenemer over het algemeen beperkt invloed uitoefenen.

Gemakkelijk uit een franchiseformule stappen is er voor een franchisenemer vaak ook niet bij, onder meer vanwege de vaak langlopende (contractuele) verplichtingen die hij op zich heeft genomen. Dat betreft in eerste instantie uiteraard de franchiseovereenkomst zelf, welke doorgaans is gesloten voor een periode van vijf jaren en dus niet zomaar voortijdig kan worden beëindigd. Een postcontractueel non-concurrentiebeding belet een vertrekkende franchisenemer verder dat hij zijn activiteiten onverkort binnen een bepaalde regio kan voortzetten, zodat er naar alternatieven moet worden gezocht voor inkomsten.¹³ Denk echter ook aan verplichtingen jegens derden, zoals de huisbankier en de verhuurder van de bedrijfsruimte. Verder zullen de eerder door een franchisenemer gedane investeringen bij een voortijdige beëindiging van de franchise in beginsel waardeloos worden. Een voortijdig afscheid van de franchiseformule is doorgaans dan ook geen prettig vooruitzicht voor een franchisenemer. Kortom, een franchisenemer bevindt zich in een afhankelijke positie ten opzichte van zijn franchisegever en is daarmee alles behalve gelijkwaardig te noemen.¹⁴

Wettelijke regelingen terzake franchise

Zoals in de inleiding van dit artikel reeds is aangegeven, bestaat er geen speciale wetgeving terzake franchising in Nederland. Er bestaan in Nederland dus geen specifieke regels om bijvoorbeeld de hiervoor genoemde ongelijkwaardigheid tussen de franchisegever en een franchisenemer te ondervangen. Dat is hetzelfde in onder andere Duitsland, Oostenrijk, Polen, Griekenland, Portugal, Finland en Engeland. Juridische vraagstukken omtrent franchise worden daar, net als in Nederland, beoordeeld aan de hand van de aldaar geldende algemene wetgeving en rechtspraak.

Anders is het echter in landen zoals Frankrijk, België, Spanje en Italië waar wel sprake is van specifiek op de franchisepraktijk toegespitste wetgeving. Deze wetgeving ziet met name toe op de precontractuele fase en de informatie die de franchisegever voorafgaand aan het tekenen van de franchiseovereenkomst al dan niet dient te verschaffen aan kandidaat-franchisenemers.

Frankrijk heeft in dat opzicht een voortrekkersrol, want zij is het eerste Europese land met specifieke wetge-

De franchisenemer is economisch afhankelijk van het door de franchisegever bedachte concept voor het succes van zijn eigen onderneming

ving terzake franchise.¹⁵ Op grond van deze wetgeving dient een Franse franchisegever onder andere ruim een maand voor het tekenen van de franchiseovereenkomst bepaalde informatie over zichzelf te verschaffen aan een kandidaat-franchisenemer, zoals over de grootte van het kapitaal, de aard van de activiteiten, de grootte van het netwerk en de identiteit van de bestuurders. De verstrekte informatie moet verder compleet en naar waarheid zijn, zodat een kandidaat-franchisenemer daarop zonder meer kan afgaan. Voldoet de franchisegever niet aan voornoemde verplichtingen, dan heeft een franchisenemer de mogelijkheid om de franchiseovereenkomst te vernietigen.

Bij het opstellen van deze wetgeving heeft de Franse wetgever zich duidelijk laten inspireren door de situatie in de Verenigde Staten waar sinds jaar en dag al diverse specifieke regelgeving bestaat terzake van franchising, zoals onder meer de zogenaamde 'Franchise Rule'.¹⁶ Deze wet verplicht de franchisegever om uiterlijk 14 dagen voor het tekenen van de franchiseovereenkomst een zogenaamd 'Franchise Disclosure Document' (FDD) aan een kandidaat-franchisenemer te verstrekken. In dit FDD dient informatie opgenomen te worden over onder andere lopende rechtszaken tegen de franchisegever, de omvang van de te maken investeringen door de kandidaat, de fee-structuur van de formule en de aard en omvang van de verplichtingen die op een franchisenemer rusten. Dit FDD moet jaarlijks worden geactualiseerd door de franchisegever.

In België is er sinds 1 februari 2006 een franchise-wet van kracht welke een kandidaat-franchisenemer, net als in Frankrijk, in de precontractuele fase bescherming moet bieden tegen onjuiste, dan wel onvolledige, informatie van de zijde van de franchisegever.¹⁷ De Belgische wetgever was van mening dat de afhankelijkheid van een franchisenemer en de eenzijdig opgestelde franchiseovereenkomsten 'essentiële problemen'¹⁸ waren binnen de Belgische franchisepraktijk die opgelost moesten worden. Op grond van voornoemde franchise-wet dient de fran-

11. Zie r.o. 4.4 van Rb. 's-Gravenhage 19 september 2012,

ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1753 (*Street-One*).

12. Franchise wordt doorgaans ingedeeld in 'hard' en 'soft' franchise. Is er sprake van 'hard' franchise dan heeft een franchisenemer weinig speelruimte om beslissingen te nemen over de wijze waarop de exploitatie van de franchise moet worden uitgevoerd. Bij 'soft' franchise is die vrijheid meer aanwezig. De meeste bekende internationale fran-

chiseformules zijn overigens 'hard' franchise.

13. Voor verdere informatie aangaande het non-concurrentiebeding, zie: J.H. Kolender, 'Niet onaantastbaar: het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst', *Contracteren*, september 2013/3.

14. Een interessant detail in dat opzicht is dat de term 'franchise' kennelijk zijn oorsprong vindt in het Angelsaksische woord 'franc' dat 'vrij' betekent.

15. Op 31 december 1989 is de zogenaamde 'Wet Doubin' ingevoerd in Frankrijk waarin de informatieverplichtingen van de franchisegever in de precontractuele fase jegens een kandidaat-franchisenemer worden bepaald. In een aanvullend decreet van 1991 is nader vastgesteld door de Franse wetgever wat de precieze aard en omvang van de door de franchisegever te verstrekken informatie is.

16. Deze federale wet heet voluit: 'Dis-

sure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures', 16 CFR Part 436.

17. Wet van 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten (BS 18.01.2006).

18. Wetsvoorstel houdende regeling van de franchise-overeenkomst, wetgevingsstuk nr. 3-1192/1.

chisegever in België onder meer tenminste één maand vóór het tekenen van de definitieve franchiseovereenkomst bepaalde informatie aan een kandidaat-franchisenemer te verstrekken, zoals bijvoorbeeld het concept van de te tekenen franchiseovereenkomst. Ook dient de franchisegever tijdig inzicht te verschaffen in de *fee*-structuur van de formule en de door een franchisenemer te maken investeringen. Voorts dient er door de franchisegever informatie verschaft te worden over de financiële vooruitzichten van de markt waarop een franchisenemer zijn activiteiten zal ontplooiën, zowel vanuit algemeen als lokaal oogpunt. Wordt niet (tijdig) door de franchisegever voldaan aan deze uitgebreide informatieplicht, dan kan een franchisenemer op een later moment de nietigheid van de franchiseovereenkomst inroepen.

In Spanje en Italië bestaat wetgeving terzake franchising die in grote mate vergelijkbaar is met de wetgeving in Frankrijk en België.

Aangezien de Verenigde Staten de bakermat vormen als het gaat om specifiek op franchise toegespitste wetgeving is het zinvol om te inventariseren of dergelijke wetgeving de Amerikaanse franchisenemers nu ook daadwerkelijk helpt. Aldus mr. Jennifer Debrow¹⁹ is er bij franchise inderdaad sprake van *'unequal levels of knowledge and bargaining power'* tussen de franchisegever en een franchisenemer. De verplichting aan de zijde van de franchisegever om eerdergenoemd FDD te verstrekken, helpt volgens Debrow om deze ongelijkheid weg te nemen. Hierdoor is een kandidaat-franchisenemer beter in staat om een *'informed decision'* te maken om al dan niet franchisenemer te worden. Wel merkt Debrow op dat de in de Verenigde Staten bestaande informatieplicht *'excessive'* kan uitpakken. Zo telt een FDD soms vele honderden pagina's aan tekst, zodat het een last is voor de franchisegever om dit document op te stellen en jaarlijks te onderhouden. Voor een kandidaat-franchisenemer is het daarentegen problematisch om uit een dergelijk omvangrijk document de relevante informatie te destilleren, waarmee het FDD zijn doel feitelijk voorbij schiet.

Voorstel voor nieuwe wetgeving in Nederland terzake franchise

Ter zake de precontractuele fase

In Nederland zou een wettelijke informatieplicht van de franchisegever, zoals die thans bestaat in Frankrijk en België, niet misstaan, omdat uit de praktijk blijkt dat de precontractuele fase juist die fase is waarin de positie van een kandidaat-franchisenemer het zwakst is. Door de franchisegever te verplichten om op voorhand bepaalde wezen-

lijke informatie te verschaffen aan een kandidaat, zal de franchisegever haar formule minder gemakkelijk beter voor kunnen doen dan daadwerkelijk het geval is. Een kandidaat-franchisenemer zal verder een completer beeld verkrijgen van wat de betreffende franchise nu daadwerkelijk inhoudt, zowel juridisch als economisch, waardoor ook een betere afweging kan worden gemaakt om al dan niet de franchiseovereenkomst te ondertekenen.

Een wettelijke verplichting tot het verstrekken van informatie maakt het uiteraard niet gemakkelijker voor een kandidaat-franchisenemer om de juistheid van de verkregen informatie vast te stellen. Wel is zonder meer te verwachten dat de franchisegever, vanwege de juridische implicaties als zij niet deugdelijk aan haar wettelijke verplichtingen voldoet, zorgvuldiger te werk zal gaan bij het werven van franchisenemers.

In diverse jurisprudentie is reeds uitgemaakt dat de franchisegever jegens een kandidaat-franchisenemer een bepaalde zorgplicht heeft ten aanzien van het verstrekken van deugdelijke informatie voorafgaand aan het tekenen van de franchiseovereenkomst. Deze zorgplicht ziet met name toe op de situatie dat de franchisegever een exploitatieprognose²⁰ verstrekt aan een kandidaat-franchisenemer. Echter, de lagere rechtspraak en de Hoge Raad lijken elkaar nog niet definitief gevonden te hebben indien gevraagd naar de aard en omvang van deze zorgplicht. Zo heeft de Hoge Raad²¹ bepaald dat de franchisegever onrechtmatig handelt als zij weet dat de verstrekte exploitatieprognose ernstige fouten bevat, maar de kandidaat daarop niet opmerkzaam heeft gemaakt. Lagere rechters gaan echter vaak uit van een bijzondere zorgplicht die rechtstreeks voortvloeit uit de franchiseovereenkomst zelf en die met zich meebrengt dat de verstrekte exploitatieprognose dient te berusten op een grondig en zorgvuldig uitgevoerd markt- en vestigingsplaatsonderzoek. Is de exploitatieprognose niet terug te voeren op een dergelijk grondig onderzoek, dan is de franchisegever toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen en in beginsel aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade.²² Terwijl de Hoge Raad dus de nadruk legt op hetgeen de franchisegever al dan niet wist, leggen rechtbanken de nadruk op de (on)deugdelijkheid van de exploitatieprognose zelf. Deze verschillende interpretaties van dezelfde zorgplicht binnen de rechterlijke macht zorgt voor rechtsonzekerheid, welke kan worden weggenomen door een duidelijke codificatie van deze zorgplicht in de wet.

Andere punten van aandacht

Naast de precontractuele fase zijn er diverse andere zaken omtrent franchising te bedenken die ook wettelijk geregeld zouden kunnen worden in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Zo zou een bepaling opgenomen dienen te worden dat een franchiseovereenkomst enkel schriftelijk rechtsgeldig tot stand kan komen. Aangezien een franchiseovereenkomst over het algemeen bedoeld is om voor langere termijn diverse verregaande rechten en verplichtingen over en weer te scheppen, heeft een mondelinge franchiseovereenkomst geen plaats in de huidige rechtspraktijk. Situaties waarbij een mondelinge franchiseovereenkomst wordt aangenomen door de rechter,²³ met alle bewijstechnische perikelen van dien, zijn dan van de baan, hetgeen de rechtszekerheid van partijen ten goede komt.

Terwijl de Hoge Raad de nadruk legt op hetgeen de franchisegever al dan niet wist, leggen rechtbanken de nadruk op de (on)deugdelijkheid van de exploitatieprognose zelf

Een andere nuttige wettelijke regeling zou de codificatie betreffen van de zorgplicht van de franchisegever terzake ondersteuning en bijstand. Deze zorgplicht ziet er op toe dat de franchisegever een franchisenemer gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst voortdurende commerciële en technische ondersteuning moet verstrekken. Dit wordt als een wezenlijk onderdeel van de franchise samenwerking beschouwd.²⁴ Hoewel voornoemde zorgplicht reeds is verankerd in vaste jurisprudentie²⁵ kan het zeker geen kwaad om deze zorgplicht ook op te nemen in een wettelijke bepaling. Hierdoor is het immers voor beide partijen duidelijk dat deze zorgplicht bestaat en dat daar ook actief naar gehandeld dient te worden door de franchisegever.

Er kan verder betoogd worden dat het in het geval van franchise reëel is om, net als in het geval van agentuur, een wettelijke bepaling op te nemen terzake de bevoegdheid van de civiele rechter. Hierdoor moet het mogelijk worden dat in het geval van een gerechtelijke procedure mede de rechter van de plaats waar een franchisenemer gewoonlijk zijn arbeid verricht (vaak: waar zijn onderneming is gevestigd) bevoegd is om kennis te nemen van het geschil. Hierdoor krijgt een franchisenemer de keus om te procederen voor de rechter binnen wiens rechtsgebied hij zelf actief is, dan wel voor de rechter van de plaats waar de franchisegever is gevestigd. Een dergelijke wettelijke bepaling kan een franchisenemer tijd (en reis)kosten besparen als hij juridische stappen wenst te nemen tegen zijn franchisegever. Eveneens vergroot het de mogelijkheden voor een franchisenemer als kleine ondernemer om zijn recht te halen, met name als de franchisegever in een andere provincie is gevestigd. Het voorgaande zal wel een aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vergen, met name art. 108 lid 2 BRv, teneinde te voorkomen dat een forumkeuzebeding in de franchiseovereenkomst alsnog voornoemde keuzemogelijkheid frustreert.

Voorkomen dient uiteraard te worden dat een in Nederland opererende franchisenemer niet de (volledige) voornoemde wettelijke bescherming verkrijgt, omdat het recht van een ander land op de franchiseovereenkomst van toepassing wordt verklaard. Om die reden zou aanvullend in de wet opgenomen dienen te worden dat een franchisenemer die voornamelijk in Nederland zijn onderneming exploiteert onverkort aanspraak kan maken op de bescherming die de Nederlandse wet biedt, ongeacht het recht dat partijen contractueel van toepassing hebben verklaard op de franchiseovereenkomst.

Bij het opstellen van wettelijke bepalingen terzake van franchise dient een balans gevonden te worden waarbij niet alleen geprobeerd wordt om de ongelijkwaardigheid tussen een franchisenemer en de franchisegever zoveel mogelijk weg te nemen maar ook om het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever te respecteren dat contractspartijen bij het contracteren niet onnodig moeten worden belemmerd. De 'Europese Erecode inzake Franchise'²⁶ kan bij het bepalen van die balans behulpzaam zijn. Deze Erecode is in de jaren zeventig van de vorige eeuw tot stand gekomen door toedoen van de Europese Commissie en de Europese Franchise Federatie. Kort samengevat benoemt deze Erecode hoe partijen in een franchiserelatie zich jegens elkaar dienen te gedragen, zowel voorafgaand als tijdens de looptijd van de franchise. Hoewel de Erecode bepaalde hedendaagse juridische onderwerpen, zoals e-commerce en sociale media, niet specifiek benoemt, is zij toch zonder meer bruikbaar te noemen als uitgangspunt voor een nog op te stellen Nederlandse franchisewet. Op dit moment is de Erecode echter geen volwaardig alternatief voor een dergelijke wettelijke regeling, omdat de Erecode – behoudens een situatie dat deze uitdrukkelijk van toepassing wordt verklaard op de franchiseovereenkomst – juridische status ontbeert.²⁷ Nadere regelgeving is dan ook noodzakelijk om de ongelijkwaardigheid tussen de franchisegever en franchisenemer weg te kunnen nemen.

Conclusie(s)

De franchiseovereenkomst is een alledaags verschijnsel geworden in Nederland waarmee steeds meer (rechts)personen te maken hebben of op enig moment te maken zullen krijgen. Gezien de in de praktijk bestaande ongelijkwaardigheid tussen de franchisegever en een franchisenemer kan er betoogd worden dat er een behoefte bestaat aan aanvullende wetgeving om die ongelijkwaardigheid weg te nemen. Er is dan ook voldaan aan de criteria die de Nederlandse wetgever heeft gesteld om een overeenkomst op te kunnen nemen in de wet en 'benoemd' te maken. Met name ten aanzien van de precontractuele fase zijn diverse wettelijke bepalingen goed denkbaar, maar ook zijn er allerlei bepalingen op te stellen die hun nut zullen bewijzen gedurende de looptijd van de franchise. Als gevolg van deze wettelijke bepalingen zal franchise als geheel beter kunnen worden, hetgeen positief is voor de gehele branche. Het wachten is nu op de wetgever. ●

19. Jennifer C. Debrow is advocate bij Gray Plant Mooty te Minneapolis, Verenigde Staten. Dit advocatenkantoor heeft één van de grootste franchisepraktijken in Amerika. De citaten in dit artikel betreffen antwoorden op vragen van de schrijver.

20. Een exploitatieprognose is een voorspelling van de omzet en het resultaat die redelijkerwijs verwacht kunnen worden als een kandidaat-franchisenemer op een bepaalde locatie gaat franchisen. Een exploitatieprognose doet doorgaans voor een periode van 3 tot 5 jaar een voorspelling.

21. Zie r.o. 3.4 van HR 25 januari 2002, NJ 2003/31, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (*Paalman*).

22. Zie o.a. Rb. Breda d.d. 14 april 1998, Prg. 1998/4967,

ECLI:NL:RBBRE:1998:A19699 (*Aviti vs. Kinderparadijs*), Rb. Arnhem 18 juni 1999, Prg. 1999/5211,

ECLI:NL:RBARN:1999:A19915 (*Brown Fashion*), Rb. Den Bosch 15 juni 2001, 12254 HA-ZA 97-0477 (*La Venezia*), Rb. Dordrecht 8 augustus 2007,

ECLI:NL:RBDOR:2007:BB2204 (*Top1Toys*),

Rb. Arnhem 15 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR0232 (*Readshop*) en Rb. Den Bosch 29 mei 2013,

ECLI:NL:RBOBR:2013:CA1429 (*KSC*).

23. Rb. Breda 27 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ2695 (*Ballorig*).

24. Zie onder meer punt 189 van de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen (2010/c 130/01): 'Naast de licentie voor intellectuele-eigendomsrechten verstrekt de franchisegever de franchisenemer gewoonlijk gedurende de looptijd van de overeenkomst commerciële

of technische bijstand. De licentie en de bijstand vormen integrerende bestanddelen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept'.
25. Zie noot 20 en Rb. Rotterdam 16 februari 2011, 329970 / HA ZA 09-1249 (*Bandolera*).

26. Voor de Nederlandse tekst van deze Erecode wordt korthedshalve verwezen naar de website van de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV): http://www.nfv.nl/files/europese_erecode.pdf.

27. Rb. Breda 9 februari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BZ2618 (*Setpoint*).