

HET WETSVOORSTEL “WET FRANCHISE” **CONSULTATIE**

Van : BASE Advocaten
Mrs. J.M.J. Arts, T.B.M. Faaij en E. de Jong.
Datum : 29 januari 2018

1. INHOUDSOPGAVE

1. INHOUDSOPGAVE
2. INLEIDING
3. INHOUD WETSVOORSTEL
 - 3.1 Kern: goed franchisegever en goed franchisenemer (7:912 BW)
 - 3.2 Informatieverplichtingen bij totstandkoming franchiseovereenkomst (7:913 t/m 915 BW)
 - 3.3 Informatieverplichtingen tijdens de franchiseovereenkomst (7:916 t/m 919 BW)
 - 3.4 Regels voor inhoud en einde van de franchiseovereenkomst (7:919 BW)
 - 3.4.1 Goodwill, overleg, non-concurrentie en exclusieve afname (7:919 leden 1 t/m 3 BW)
 - 3.4.2 Wijzigen van de franchiseovereenkomst (7:919 lid 4 en 7:920 BW).
Individueel of collectief
4. VARIA
5. AANBEVELINGEN

2. INLEIDING

Consultatie wetsvoorstel Wet Franchise

1. Dit memo gaat in op het Wetsvoorstel Franchise in het kader van de consultatie. Het wetsvoorstel volgt op het eerder ingetrokken wetsvoorstel van voormalig minister Kamp, waarbij via de wet de mogelijkheid zou worden geschapen om bij algemene maatregel van bestuur (AMvb) een gedragscode (doel was de Nederlandse Franchise Code (NFC)) aan te wijzen waaraan de franchisebranche zich moest houden. De gedragscode zelf, de NFC, kwam opvallend genoeg niet in de wet, maar werd dus via een aanwijfsconstructie toch min of meer tot wet verheven. Op deze constructie, alsook op de inhoud van de NFC is ons inziens terecht de nodige kritiek gekomen. Dit alles heeft

volgens de staatssecretaris Keijzer geleid tot het inslaan van een andere weg en wel in de vorm van een echte franchisewet met daarin de materiele normen voor franchise. De franchiseovereenkomst wordt een benoemde overeenkomst in boek 7 BW tussen de andere benoemde overeenkomsten (zoals bijv. huur en de arbeidsovereenkomst). Dit betekent dat het deel gaat uitmaken van de gelaagde structuur van het BW en dat is een goede ontwikkeling. Doel van het wetsvoorstel is vooral om de positie van de franchisenemer te verbeteren. In dat kader is de toon van met name de toelichting nogal negatief. Het lijkt erop alsof er meer mis dan goed gaat in de franchisebranche. Dat lijkt niet gebaseerd op empirisch onderzoek, maar volgt (vooral) uit interviews die het ministerie heeft gehouden. Wat daar ook van zij, het wetsvoorstel is een feit. Om de positie van de franchisenemer te verbeteren bevat het voorstel een aantal regels die met name de informatiepositie van de franchisenemer moeten verbeteren zowel voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst als gedurende de looptijd ervan (par. 3.2 en 3.3). Het voorstel bevat ook een aantal regels die specifiek zien op de inhoud van (onderdelen) van de franchiseovereenkomst (par. 3.4.1). Tot slot introduceert het voorstel ook een belangrijke mogelijkheid tot het (collectief) wijzigen van alle franchiseovereenkomsten (par. 3.4.2). Dit memo is niet bedoeld als een uitputtende reactie op het voorstel.

Rol NFC?

2. Wij beginnen waar het vorige wetsvoorstel eindigde, namelijk met de NFC. De NFC was het middelpunt (zij het verborgen in een Amvb) van het vorige wetsvoorstel. Maar wat is zijn rol nu? Het wetsvoorstel zegt daar niets over. Dat zou wel verstandig zijn omdat het wetsvoorstel qua normen grotendeels aansluit bij de NFC. Veel van de nu geïntroduceerde informatieverplichtingen zijn bijvoorbeeld nagenoeg letterlijk terug te vinden in de NFC. Maar geldt de toelichting op de NFC daarmee ook deels als toelichting op dit wetsvoorstel? Het staat er niet. Moeten we het dus alleen doen met de memorie van toelichting? In dit kader is van belang dat de Hoge Raad onlangs bepaalde dat een andere code, namelijk de al sinds de jaren '70 toegepaste Europese Erecode (EFF), *niet* zonder meer kan worden aangemerkt als "*in Nederland levende rechtsovertuigingen*" als bedoeld in artikel 3:12 BW. Dan lijkt dat óók voor de NFC te gelden. Die code is er pas sinds 2017 en bovendien heeft de wetgever het wetsvoorstel, waarbij de NFC zou worden ingevoerd, recent ingetrokken. Dat pleit tegen de stelling dat de NFC (anders dan de EFF) wél tot de in Nederland levende rechtsovertuigingen zou behoren. Maar dat rijmt weer moeilijk met het feit dat veel van de NFC letterlijk terugkomt in het voorliggende wetsvoorstel. Het lijkt ons goed als de wetgever hieraan in de MVT expliciet aandacht geeft.¹

¹ Zie ook ons blogje hierover op www.baseadvocaten.nl

3. INHOUD WETSVOORSTEL

3.1 Kern: goed franchisegever en goed franchisenemer (7:912 BW)

3. Franchisegever en franchisenemer moeten zich jegens elkaar als goed franchisegever respectievelijk goed franchisenemer gedragen.² Dit zijn open begrippen die helpen bij de invulling wat in een concreet geval van een franchisegever en franchisenemer verwacht mag worden. Dit wordt deels in de daaropvolgende artikelen uitgewerkt. De toelichting verwijst voor de invulling van deze open begrippen overigens expliciet naar artikel 3:12 BW. Dat maakt het extra interessanter om van de wetgever te horen hoe zij in dit kader aankijkt tegen de NFC (zie ook hiervoor). Het artikel heeft een normerende restfunctie in het geval zich tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst omstandigheden voordoen die niet (in detail) zijn geregeld in de franchiseovereenkomst of in de wet.³ In de toelichting is te lezen wat de wetgever in ieder geval onder deze normen schaaft.

Goed franchisegever

4. Het goed franchisegeverschap biedt onder andere een norm om het gebruik van de bevoegdheid van de franchisegever tot aanpassing en ontwikkeling van de franchiseformule te toetsen. Het brengt volgens de toelichting voor de franchisegever drie concrete verplichtingen met zich. Ten eerste moet de franchisegever zich bij de ontwikkeling van de franchiseformule rekenschap geven van de belangen van de keten als geheel, als van de eventuele individuele belangen van de franchisenemer. Ten tweede mag de franchisegever zich bij de werving en selectie van nieuwe franchisenemers niet uitsluitend laten leiden door zijn eigen belang bij het uitbreiden van de franchiseformule. Hij moet ook nagaan of de franchisenemer naast voldoende startkapitaal, ook beschikt over de vereiste ondernemersvaardigheden. Ten derde moet een goed franchisegever vooraf met de franchisenemer overleggen over bepaalde beleidswijzigingen die aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor de exploitatie door de franchisenemer. Dit laatste is verder uitgewerkt in artikel 7:919 lid 4 BW (zie hierna sub 3.4.2).

² Volgens de toelichting bestrijkt artikel 7:912 BW ook de precontractuele fase. Dat is enigszins opmerkelijk omdat de aspirant franchisenemer op dat moment nog geen franchisenemer is. Om hem toch onder het bereik van artikel 913 BW te brengen, wordt in de definitie van franchisenemer degene die voornemens is een franchiseformule voor eigen rekening en risico te exploiteren, ook (al) aangemerkt als franchisenemer.

³ In het arbeidsrecht komen dergelijke begrippen ook voor (goed werknemer-en werkgever, art. 7:611 BW). Daar worden deze normen bijvoorbeeld gebruikt om antwoord te geven op de vraag of een werkgever een verzekeringsplicht heeft voor bepaalde gedragingen van zijn werknemers.

Goed franchisenemer

5. Volgens de toelichting betekent goed franchisenemerschap ten eerste dat de franchisenemer de ontwikkeling van de franchiseformule moet ondersteunen door hieraan in redelijkheid zijn medewerking te verlenen. Ten tweede zal hij zich ten aanzien van voorgestelde wijzingen, aanpassingen en eventuele compenserende maatregelen redelijk moeten opstellen en mag hij de ontwikkelingen binnen de formule niet op onredelijke gronden blokkeren door het gebruik van zijn instemmingsrecht. De franchisenemer moet zich dus uitdrukkelijk rekenschap geven van het feit dat hij onderdeel is van een groter geheel en dat hij ook de belangen van de franchisegever en zijn mede franchisenemers moet meewegen. In zoverre lijkt goed franchisenemerschap ook horizontale werking te hebben, namelijk ook jegens zijn mede franchisenemers.

3.2 Informatieverplichtingen bij totstandkoming franchiseovereenkomst (7:913 t/m 915 BW)

Informatieverplichtingen

6. Wat een goed franchisegever en -nemer moeten doen, wordt onder andere geconcretiseerd in een aantal informatieverplichtingen. De informatieverplichtingen gelden voor én tijdens de franchiseovereenkomst en gelden voor franchisegever én franchisenemer. Deze paragraaf gaat in op de informatieverplichtingen voorafgaand aan het sluiten van een franchiseovereenkomst.

Artikel 7:913 BW. Brede algemene informatieverplichting

7. Het voorstel introduceert in artikel 7:913 BW een wel heel ruime informatieverplichting. Franchisegever en franchisenemer moeten elkaar tijdig voor het sluiten en tijdens de franchiseovereenkomst "*alle informatie*" verstrekken "*waarvan ze weten of redelijkerwijs kunnen vermoeden dat ze voor de ander van belang is of kan worden met het oog op de uitvoering van de overeenkomst*". Het artikel geeft ook expliciet aan wat het resultaat moet zijn van de informatieverschaffing, namelijk: "*dat de franchisenemer en de franchisegever op basis daarvan redelijkerwijs in staat kunnen worden geacht om de gevolgen van het sluiten van de franchiseovereenkomst, met inbegrip van de operationele en financiële gevolgen, te overzien*" (lid 3).
8. Allereerst is het opvallend dat deze ruime informatieplicht dus ook expliciet geldt voor de franchisenemer. Welke informatie moet hij de franchisegever verstrekken? Dat wordt voor de franchisenemer niet nader uitgewerkt (wel deels voor de franchisegever). Verplicht het artikel de aspirant franchisenemer bijvoorbeeld om de franchisegever voorafgaand te informeren over zijn gezondheidsgeschiedenis? Dat kan immers relevant zijn met het oog op het sluiten van de franchiseovereenkomst. Doel van de infor-

matieverplichting van de franchisegever is overigens primair om de franchisenemer ervoor te behoeden dat hij een franchiseovereenkomst sluit waarvan hij de gevolgen niet kan overzien. Het voorstel lijkt er nu vanuit te gaan dat de franchisegever vooraf alle mogelijke risico's moet benoemen en moet uitleggen om er maar voor te zorgen dat de franchisenemer geen overeenkomst aangaat waar hij later spijt van krijgt. Het voorstel lijkt zo wel enigszins uit het oog te verliezen dat franchise een vorm van ondernemen is en daar hoort ook expliciet het aangaan van risico's bij.⁴ Dat staat los van een goede informatieplicht aan de zijde van de franchisegever. Maar, als gezegd, het artikel werkt ook andersom, ook de franchisenemer moet de franchisegever behoeden voor het aangaan van een franchiseovereenkomst waarvan juist de franchisegever later spijt kan krijgen.⁵ Het is de vraag of de wederkerigheid in dit opzicht nodig is om zo expliciet in de wet op te nemen (bij huur, agentuur en een arbeidsovereenkomst gelden dergelijke wettelijke informatieplichten niet voor de kort gezegd "zwakkere" partij).

Artikel 7:915 BW. Financiële informatieverplichting

9. Artikel 7:913 BW geeft niet aan welke concrete informatie over-en weer verstrekt moet worden. Artikel 7:915 lid 1 BW voegt aan de algemene informatieplicht van partijen nog een extra informatieverplichting toe, namelijk om elkaar de "*benodigde informatie over hun financiële positie*" te verstrekken "*die redelijkerwijs van belang kan zijn voor het sluiten van de uitvoering van de overeenkomst*". Dit roept allereerst de vraag op of die verplichting niet ook al onder artikel 7:913 BW gebracht zou kunnen worden en wat de verhouding is tussen beide informatieverplichtingen. De wetgever moet oppassen met het stapelen van (niet geconcretiseerde) informatieverplichtingen. Het ziet er misschien goed en volledig uit, maar als niet goed wordt geconcretiseerd wat er gedeeld moet worden, gaat het juist onzekerheid opleveren en nodigt het uit tot het gebruik van standaardclausules dat aan de informatieverplichtingen is voldaan. En ook bij de financiële informatieplicht van artikel 7:915 lid 1 BW geldt dat deze ook expliciet voor de franchisenemer geldt. Strikt genomen moet een franchisenemer op basis van de informatieartikelen (artt. 7:913 en 915 BW) mogelijk niet alleen openheid van zaken geven over zijn gezondheid, maar ook over zijn (vroegere) schulden of eventuele faillissementen, of minder geslaagde ondernemingsactiviteiten. Doet hij dat niet, dan handelt hij in

⁴ Het artikel doet enigszins denken aan *informed consent* bij de geneeskundig behandelingsovereenkomst.

⁵ Bij alle nadruk op de behoefte van de franchisenemer aan informatie, is het wel enigszins opvallend dat de wetgever in de memorie niet heeft gerekend met kosten die de franchisenemers moeten maken in de precontractuele fase. Er wordt alleen gewag gemaakt van kosten die de franchisegevers in dit kader zullen maken (sub 8.2). Ook verderop, als het gaat om de kosten van de informatieverplichtingen welke gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst gemaakt moeten worden, schat de wetgever zelf in dat slechts de helft van de franchisenemers daarvoor kosten maakt (sub 8.4).

strijd met de wet en dat maakt hem schadeplichtig. Dat dit uiteraard ook geldt voor de tekortschietende franchisegever is begrijpelijk, maar het geldt dus ook expliciet andersom.

Concretere financiële informatieverplichting franchisegever

10. Het wetsvoorstel concretiseert de financiële informatieverplichting van de franchisegever in het tweede lid van artikel 7:915 BW. De toelichting bepaalt bijvoorbeeld dat een franchisegever niet aan zijn financiële informatieverplichting kan voldoen door te volstaan met het enkel verstrekken van een jaarverslag en jaarrekening. Artikel 7:915 lid 2 sub b BW bepaalt dat een franchisegever de “*financiële gegevens*” met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming moet verstrekken. Maar niet duidelijk is welke informatie hier concreet mee wordt bedoeld. Lid 2 sub f onder 3 bepaalt daarnaast dat de franchisegever ook informatie moet geven over “*de mate waarin (...) de franchisenemer kennis kan nemen van financiële gegevens die de franchisenemer betreffen of voor zijn bedrijfsvoering van belang zijn*”. Maar ook hier geen concretisering over welke financiële informatie bedoeld is. Juist nu het schenden van de informatieverplichtingen artikel grote gevolgen kan hebben (bijv. vernietiging, aansprakelijkheid etc.) zou het goed zijn als de wetgever zou aangeven welke financiële informatie in ieder geval verstrekt moet worden.

Prognoses?

11. Moeten er bijvoorbeeld historische omzet- en winstgegevens worden verstrekt, of marktonderzoeken? En hoe zit het met omzet-winstprognoses? Verplicht verstrekken of niet? En in dat kader is de vraag relevant of de franchisegever vervolgens moet instaan voor de juistheid ervan. De NFC kende op het punt van de juistheid van prognoses een (veel te vergaande) garantieverplichting van de franchisegever. De Hoge Raad heeft zich overigens recent opnieuw uitgelaten over prognoses en daar waar het gaat om de aansprakelijkheid van een franchisegever voor kort gezegd onjuiste prognoses, zijn eerdere onderscheid herhaald, namelijk die tussen de aansprakelijkheid van de franchisegever voor eigen prognoses en zijn eventuele aansprakelijkheid voor prognoses van door hem ingeschakelde derden.⁶ De Hoge Raad herhaalt bovendien dat er (nu) op de franchisegever *geen* verplichting rust om een prognose te verschaffen. Dan is het nu dus interessant te horen wat de wetgever daarvan vindt. Juist ook met het oog op de (ruime) informatieverplichtingen de wetgever in de artikelen 7:913 en 915 BW introduceert. Omvatten die niet (impliciet) een verplichting tot het verstrekken van prognoses al dan niet aan het begin of gedurende de franchiseovereenkomst?

⁶ Hoge Raad, 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, met name r.ov. 3.3.2

Concurreren met eigen franchisenemers

12. Een belangrijke informatieverplichting van de franchisegever aan de aspirant-franchisenemer volgt uit artikel 7:915 lid 2 sub f onder 2 BW. De franchisegever dient informatie te verschaffen over de mogelijkheden van de franchisegever om initiatieven te ontwikkelen via welke hij de facto in concurrentie treedt met (een deel van) zijn eigen franchisenemers. Te denken valt aan de plannen van een franchisegever om een landelijke website met webwinkel te exploiteren. Deze materie, door de franchisegever geëxploiteerde landelijke webwinkels, heeft in de afgelopen jaren tot meerdere geschillen geleid.⁷ Deze geschillen richten zich vooral op de vraag of de franchisegever hiermee in strijd handelt met afspraken aangaande rayonexclusiviteit in de betreffende franchiseovereenkomsten. Immers, een webwinkel is geen fysieke winkel, maar verkopen via webwinkels kunnen de grenzen van de (exclusieve) rayons wel overschrijden. Is het straks zo dat een franchisegever die voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst melding maakt van zijn plannen om (eventueel) in de toekomst via een webwinkel te concurreren met zijn franchisenemers, per definitie niet meer in strijd handelt met de (geest en bedoeling van de) franchiseovereenkomst? Dat lijkt ons niet. Dat hangt van meer af, waaronder de formulering van de rayonexclusiviteit. Het is overigens verstandig als in de franchiseovereenkomst al meteen afspraken worden gemaakt over de mogelijkheid van een webwinkel en hoe de opbrengsten daaruit verdeeld worden, of wat daarbij de uitgangspunten zullen zijn.

Vier weken beraad. *Stand still*

13. Ter bescherming van de franchisenemer is in het wetsvoorstel in artikel 7:914 BW een *termijn van beraad* van vier weken opgenomen bij het aangaan van een franchiseovereenkomst. Gedurende die periode, die begint op het moment van ontvangst van “*alle relevante informatie*” en duurt tot het sluiten van de franchiseovereenkomst, mag de conceptfranchiseovereenkomst en alle daarmee onlosmakelijk verbonden overeenkomsten, niet worden gewijzigd ten nadele van de franchisenemer. Ook mogen in die vier weken, voorafgaand aan de beoogde ondertekening van de overeenkomst, onder meer geen investeringen of andere betalingen van de franchisenemer worden gevraagd. Op deze manier biedt de termijn van beraad de franchisenemer gelegenheid om de ontvangen informatie te bestuderen en daarover zo nodig deskundig advies in te winnen, zonder druk te hoeven ervaren. De *stand still* geldt uitdrukkelijk niet als er eenmaal een franchiseovereenkomst is die vervolgens wordt gewijzigd, of verlengd (lid 3). Wij zouden de wetgever willen adviseren het aanvangstijdstip concreter te maken – “*alle relevante informatie*” is te onbepaald. Dat gaat al snel tot onduidelijkheid leiden.

⁷ Zie bijvoorbeeld of Den Haag, 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3720 (Kruidvat).

14. Los daarvan voorzien wij praktische problemen voor grote franchisegevers die per jaar meerdere franchisenemers contracteren. Het wetsvoorstel verbiedt immers om gedurende de termijn van beraad de concept-franchiseovereenkomst te wijzigen. Indien de franchisegever in één jaar bijvoorbeeld tien franchisenemers contracteert, wordt hij geconfronteerd met een (in het slechtste geval) een termijn van beraad van 40 weken. Hierdoor kan een franchisegever ook in de knoop raken met collectieve veranderingen die hij door moet voeren binnen de franchiseformule. Franchisegevers zullen zo'n lange termijn *stand still* termijn per jaar willen voorkomen. Het zou ertoe kunnen leiden dat franchisegevers moeten gaan werken met bijvoorbeeld vaste instapmomenten voor franchisenemers. Dat lijkt niet de bedoeling.

3.3 Informatieverplichtingen tijdens de franchiseovereenkomst (7:916 t/m 919 BW)

Informatieverplichtingen tijdens de franchiseovereenkomst

15. De hiervoor al besproken algemene informatieverplichting van artikel 7:913 BW geldt, als gezegd, niet alleen voorafgaand aan de franchiseovereenkomst, maar ook tijdens de looptijd ervan. Ook dan moeten franchisegever én franchisenemer elkaar tijdig informatie verstrekken over feiten en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op uitvoering van de franchiseovereenkomst. Uit de toelichting volgt dat ook deze verplichting met name in het belang van de franchisenemer is opgenomen. Volgens de wetgever worden franchisenemers in de praktijk vaak niet (tijdig) ingelicht door de franchisegevers over bijvoorbeeld voorgenomen wijzigingen in de formule.

Artikel 7:916 lid 1 sub a

16. Artikel 7:916 BW concretiseert ten dele welke informatie *in ieder geval* relevant wordt geacht en om die reden *tijdens* de looptijd van de franchiseovereenkomst verstrekt moet worden. Zo moeten franchisegever en franchisenemer elkaar op grond van dit artikel informeren over wijzigingen in de eigen financiële positie die zodanig zijn dat de franchiseovereenkomst niet langer of niet onder dezelfde voorwaarden kan worden voortgezet (lid 1 sub a BW). Onduidelijk is welke wijzigingen er onder het bereik van deze bepaling vallen. Volgens de memorie van toelichting kan hierbij in ieder geval gedacht worden aan het melden van surseance van betaling. Dat lijkt ons wat laat (zowel ingeval van een surseance van de franchisegever als van de franchisenemer). Wat heb je aan zo'n mededeling? Voor franchisegever als franchisenemer zal gelden dat men dan wel graag eerder had willen weten dat het financieel niet goed ging. Ook hier wreekt zich dat de informatieverplichting erg open is geformuleerd. Men kan het er moeilijk mee oneens zijn (wie wil er nu niet tijdig geïnformeerd worden?), maar de moeilijkheid zit ook hier in de vraag wat dan precies wanneer gedeeld moet worden. Het te vroeg delen van financiële tegenvallers kan ook tot onnodige paniek leiden (bijv. bij banken, of toeleveranciers).

Artikel 7:916 lid 1 sub b

17. Omdat niet alle wijzigingen ertoe leiden dat de franchiseovereenkomst aangepast zou moeten worden, bepaalt artikel 7:916 lid 1 sub b dat franchisegever en franchisenemer elkaar *ook* moeten informeren indien ze een bepaalde *handeling of gedraging* beogen die weliswaar niet leidt tot een wijziging van de franchiseovereenkomst, maar niettemin wel een aanzienlijke invloed heeft of kan hebben op de exploitatie van de franchiseformule door de franchisenemer. Wat bedoelt de wetgever hier? De toelichting geeft als voorbeeld dat een franchisegever de franchisenemer zal moeten melden indien hij een afgeleide formule wil opzetten die mogelijk met de franchiseformule zal concurreren. Maar valt dit niet (ook) al onder de algemene informatieplicht van artikel 7:913 BW? De potentiële reikwijdte van artikel 7:916 lid 1 sub b, is overigens erg groot omdat het zo ruim is geformuleerd. Door zijn formulering heeft het ook betrekking op *feitelijke* gedragingen. Dus ook op feitelijke gedragingen van franchisenemers. Men kan zich bijvoorbeeld afvragen welke feitelijke gedragingen weliswaar *niet* leiden tot een wijziging van de franchiseovereenkomst, maar daarop wel van invloed kunnen zijn. Het beoefenen van een gevaarlijke sport door een franchisenemer? Moet de franchisegever daarover worden ingelicht? Toegegeven dat dit voorbeeld wellicht vergezocht lijkt en dat wij ook niet verwachten dat de informatieverplichting zo ver reikt, maar ons punt is dat juist in een conflictsituatie deze open geformuleerde verplichtingen en begrippen (te) weinig houvast bieden en juist voer voor discussies opleveren.

Beoogde wijzigingen franchiseovereenkomst

18. Lid 2 van artikel 7:916 BW bevat specifieke informatieverplichtingen voor de franchisegever. Het verplicht de franchisegever om de franchisenemer tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst informatie te verstrekken over een beoogde wijziging van de franchiseovereenkomst. Doel is te borgen dat de franchisenemer weet heeft van alle beoogde wijzigingen in de franchiseovereenkomst. Dat is uiteraard redelijk. De informatieplicht ziet overigens op *alle* beoogde wijzigingen, dus ook op beoogde wijzigingen die geen *aanzienlijke gevolgen* hebben voor de exploitatie van de formule. Op dergelijke grote wijzigingen ziet specifiek artikel 9:919 lid 4 BW (zie hierna par. 3.4.2).
19. Op grond van het artikel 7:916 lid 2 sub b moet de franchisegever de franchisenemer tijdens de looptijd van de overeenkomst ook informatie verstrekken over investeringen die van de franchisenemer worden gevegd. Die informatie moet de franchisegever overigens ook al bij aanvang van de franchiserelatie verstrekken (art. 7:915 lid 2 sub f onder 5 BW). In aanvulling daarop moet de franchisegever straks dus ook periodiek, de toelichting stelt per kwartaal, tijdens de looptijd van de overeenkomst de meer ad hoc vereiste investeringen, in kaart brengen.

Nadere regels bij AMvb? Beter nu.

20. Artikel 7:917 BW bepaalt dat bij Amvb nadere regels kunnen worden gesteld over de aard, inhoud en wijze van verstrekking van bepaalde informatie. Het gaat hierbij om de informatie als bedoeld in de artikelen 7:913, 7:915 en 7:916 BW. Wat ons betreft zou het goed zijn om die concretisering nu al aan te brengen. Een ander punt is de vraag of de Kamer bij een Amvb wel voldoende invloed heeft. Wordt de AMvb voorgehangen bij de Kamer?

3.4 Regels voor inhoud en einde van de franchiseovereenkomst (7:919 BW)

21. Het wetsvoorstel geeft ook regels die betrekking hebben op een aantal veelvoorkomende bepalingen in franchiseovereenkomsten, zoals bepalingen over het overleg tussen franchisegever en franchisenemer, over exclusieve afnamebedingen en over non-concurrentiebedingen. Daarnaast geeft het wetsvoorstel ook regels over de (eventuele) goodwillvergoeding aan het einde van de franchiseovereenkomst. Tot slot bevat het wetsvoorstel ook regels hoe franchiseovereenkomsten (collectief) gewijzigd kunnen worden. In paragraaf 3.41. bespreken wij eerst de voorgestelde bepalingen over goodwill, overleg, non-concurrentie en verplichte afnamebedingen. In paragraaf 3.4.2 gaan we in op de voorgestelde regels rondom (collectieve) wijziging van franchiseovereenkomsten.

3.4.1 Goodwill, overleg, non-concurrentie en exclusieve afname (7:919 leden 1 t/m 3 BW)

Artikel 7:919 lid 1 sub a en b BW. Goodwill

22. Het wetsvoorstel eist dat in de franchiseovereenkomst afspraken worden opgenomen over (a) de wijze waarop vastgesteld wordt welke goodwill aanwezig is in de onderneming en (b) dat en hoe goodwill die redelijkerwijs is toe te rekenen aan de franchisenemer aan hem wordt vergoed bij het einde van de franchiseovereenkomst. Het is moedig dat de wetgever dit onderwerp oppakt, maar het zal in de praktijk niet meevalen. De vraag of en in hoeverre er goodwill bestaat die aan de franchisenemer is toe te rekenen (en voor vergoeding in aanmerking komt), heeft in de afgelopen jaren tot meerdere geschillen geleid, vaak zonder succes voor de franchisenemer.⁸ Hoe bepaalt men de goodwill die is toe te rekenen aan de inspanningen van de franchisenemer? En welke goodwill zit in de formule zelf? Zeggen dat partijen daar iets over moeten opnemen zonder inhoudelijk op deze problematiek in te gaan, brengt de praktijk weinig verder. Kunnen partijen bijvoorbeeld vooraf afspreken dat er aan het einde van de looptijd

⁸ Hof Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3900.

geen goodwill door de franchisenemer is opgebouwd omdat men vooraf overeenkomt dat alle goodwill geacht wordt aan de formule te kleven? Dit lijkt met name bij “hard franchise” niet ondenkbaar. Maar of dat de bedoeling is van de wetgever is twijfelachtig.

23. Volgens de toelichting zijn de bepalingen overigens vooral (ook) bedoeld om de onderhandelingspositie van franchisenemers bij het verlengen van de franchiseovereenkomst sterker te maken. Door te bepalen dat de aan de hem toe te rekenen goodwill vergoed moet worden bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, heeft de franchisenemer meer ruimte om af te zien van ondertekening van een nieuwe (voor hem nadeligere) franchiseovereenkomst. Of dat zo is, zal natuurlijk helemaal afhangen van de vraag of goodwill aan hem is toe te rekenen en hoe die dan berekend wordt. Daarop geeft het voorstel noch de toelichting antwoord. De toelichting geeft wel aan dat ingeval na beëindiging van de franchiseovereenkomst, de betreffende locatie door een nieuwe franchisenemer wordt overgenomen (met instemming van de franchisegever), het deze nieuwe franchisenemer is die de oude franchisenemer de eventuele goodwill moet vergoeden.

Artikel 7:919 lid 1 sub c BW. Overleg

24. Het wetsvoorstel benadrukt terecht het belang van periodiek overleg tussen de franchisegever en de franchisenemer en bepaalt dat een dergelijk overleg tenminste één keer per jaar moet plaatsvinden (art. 7:919 lid 1 sub c BW). Op welke wijze dit overleg wordt vormgegeven, is aan partijen zelf. Uit het wetsvoorstel en toelichting volgt niet of er ook afzonderlijk met franchisenemers overleg moet worden gevoerd als de franchisenemers vertegenwoordigd zijn in een franchisenemersvertegenwoordiging.

Artikel 7:919 lid 2 BW. Verplichte afnamebedingen

25. Het wetsvoorstel geeft ook inhoudelijke regels ingeval franchiseovereenkomsten verplichte afnamebedingen bevatten. Problemen die zich hierbij voordoen zijn bijvoorbeeld het baseren van afnameverplichtingen op te hoog ingeschatte omzetten en het vasthouden aan gekwantificeerde afnameverplichtingen bij algemene verslechtering van economische omstandigheden. Het wetsvoorstel bepaalt dat deze contractuele verplichtingen niet verder mogen gaan dan wat in het handelsverkeer gebruikelijk is (artikel 7:919 lid 2 BW). Het wetsvoorstel biedt echter geen handvaten hoe bepaald kan worden wat in het handelsverkeer gebruikelijk is. Dat zal nog best lastig kunnen zijn omdat deze afnameverplichtingen zich onderling (vanwege hun vertrouwelijkheid) moeilijk laten vergelijken. De toelichting stelt overigens dat dit vereiste niet betekent dat de franchisegever voor de betreffende producten dezelfde prijs moet rekenen als een willekeurige groothandelaar in rekening brengt aan een willekeurige detaillist. Nu dit soort bedingen veel voorkomen zou het goed zijn als hier meer aandacht aan besteed

zou worden. Dit geldt te meer nu volgens het wetsvoorstel een afnamebeding dat niet voldoet aan hetgeen in het handelsverkeer gebruikelijk is, ongeldig is. Dat betekent dat gedane betalingen achteraf onverschuldigd zijn en in beginsel terugbetaald moeten worden, althans (wellicht) alleen voor zover de betaling het in het handelsverkeer gebruikelijke bedrag te boven ging.

Artikel 6:919 lid 3 BW. Non-concurrentiebeding

26. Vrijwel alle franchiseovereenkomsten bevatten concurrentiebedingen. Een dergelijk beding bepaalt (veelal) dat het de franchisenemer één of meerdere jaren na afloop van de franchiseovereenkomst niet is toegestaan om een vergelijkbare (concurrerende) onderneming te exploiteren. In de praktijk wordt er veel geprocedeerd over de inhoud en uitleg van (onredelijke) concurrentiebedingen.⁹ De duur en de geografische reikwijdte van het concurrentiebeding binnen franchise worden door het wetsvoorstel aan banden gelegd. Het wetsvoorstel bepaalt dat de werkingsduur van het beding maximaal één jaar mag bedragen (art. 7:919 lid 3 BW). Daarnaast mag de uit het beding voortvloeiende beperking geografisch gezien niet verder reiken dan het contractuele exclusiviteitsgebied waarbinnen de franchisenemer tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst actief was. Op dit punt komt de wetgever dus (wel) met expliciete en duidelijke regels. Wij vragen ons echter wel af of in alle gevallen gezegd kan worden dat een concurrentieverbod van maximaal één jaar redelijk is. Zou dat niet afhankelijk moeten zijn van de duur van de franchiserelatie? Opgemerkt zij dat in de franchiseovereenkomst niet ten nadele van de franchisenemer van artikel 7:919 lid 3 BW kan worden afgeweken.

3.4.2 Wijzigen van de franchiseovereenkomst (7:919 lid 4 en 7:920 BW). Individueel of collectief

27. Het wetsvoorstel introduceert een mogelijkheid dat franchisenemers tegen hun wil gebonden kunnen raken aan wijzigingen in hun overeenkomsten. Hierbij is een grote rol toebedeeld aan het vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers. Gezien de potentiële impact staan wij wat langer stil bij deze voorstellen.

Klassieke instemming of twee-derde stemmen gelden

28. Artikel 919 lid 4 bevat een van de meest in het oog springende elementen van het wetsvoorstel, namelijk een regeling tot aanpassing van de franchiseovereenkomst als het gaat om een “*wijziging die aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben voor de exploitatie van de franchiseformule door de franchisenemer*”. Als van zo’n wijziging sprake

⁹ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem van 3 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3128.

ke is, kan de instemming van de franchisenemer straks op twee manieren verkregen worden, namelijk: (i) op de klassieke manier door wilsovereenstemming tussen de franchisegever en elke individuele franchisenemer, of (ii) via een “stemming”, waarbij de wijziging akkoord is voor iedereen als een twee-derde meerderheid van “*het vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers*” met de wijziging instemt.

Zware- en lichte wijzigingsvoorstellen

29. Hier passen een aantal opmerkingen. Allereerst dat deze instemmingsregels alleen gelden bij wijzigingsvoorstellen die “*aanzienlijke gevolgen*” hebben of kunnen hebben voor franchisenemers. Het moet dus gaan om zware wijzigingsvoorstellen, niet om lichte wijzigingsvoorstellen. Bij die laatste categorie zijn eenzijdige wijzigingsbedingen (dus) nog toegestaan (waarvan de toelaatbaarheid primair door de artt. 6:2 en 6:248 BW wordt bepaald). Vraag is natuurlijk wat zware wijzigingsvoorstellen zijn? Daarop geeft het wetsvoorstel geen antwoord omdat dat volgens de toelichting onder andere per branche, type franchise en per grootte van de franchiseketen verschilt (MvT, p. 8). Verderop in de memorie lijkt de wetgever te doelen op voorstellen die “*opzet en aard*” van de dienstverlening door de franchisenemer raken waardoor de franchisenemer zich niet meer “*herkent*” in de keten. Dat laatste is wel erg subjectief. Wij denken dat het verstandig is als de wetgever zou aangeven, al dan niet in de wet of in de toelichting, welke soort beslissingen in de regel aanzienlijke gevolgen (kunnen) hebben. Dat voorkomt onduidelijkheid op dit belangrijke punt.

Standaardbepaling

30. Het ligt voor de hand dat franchisegevers in hun standaard-franchiseovereenkomst opnemen welke (eventuele) wijzigingsvoorstellen beantwoorden aan het “*aanzienlijke gevolgen*” criteria (en dus zware wijzigingsvoorstellen zijn). Dan is duidelijk wanneer instemming ook via “*meeste stemmen gelden*” kan worden verkregen. Ook hierom is een toelichting van de wetgever welkom omdat anders het gevaar bestaat dat een (kwaadwillende) franchisegever dit criterium in zijn contracten heel beperkt uitlegt (bijv. dat wijziging x wordt geacht geen aanzienlijke gevolgen te hebben). Het is natuurlijk de vraag of dat kan gezien het dwingendrechtelijke karakter van de regeling (art. 7:921 BW), maar discussies zouden indien mogelijk zo veel mogelijk voorkomen moeten worden. Overigens wordt nergens toegelicht waarom voor twee derde is gekozen en niet voor een gewone meerderheid of een zwaardere meerderheid (bijv. 75%).

Meeste stemmen gelden?

31. Voor zover ons bekend is de voorgestelde regeling een unicum in het privaatrecht omdat het ertoe leidt dat dat binnen een groep contractanten (franchisenemers) via een meerderheidsstemming wijzigingen kunnen worden doorgevoerd in hun individuele

contractuele relaties.¹⁰ In de toelichting wordt aan de dogmatiek hierachter geen aandacht aan besteed. Ten onrechte wat ons betreft, maar er wordt ook geen aandacht besteed aan de praktische uitwerking. Dat kan problemen opleveren.

Vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers. Wat is dat?

32. Want wat is een vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers? Wie zijn dat? De wet zwijgt. Het instellen van een vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers wordt bovendien niet verplicht gesteld, omdat de meerwaarde nihil kan zijn bij kleine formules of bij soft franchise, aldus de wetgever. Dat kan zo zijn, maar overtuigt niet. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld bij de ondernemingsraad. Die heeft ook niet in alle gevallen een meerwaarde. Juist daarom heeft de wetgever criteria gegeven wanneer een ondernemingsraad verplicht is. Dat zou ook bij franchise kunnen. Is dat onderzocht? Zou een vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers (zeker gezien haar rol in overleggen en bij wijzigingen) niet verplicht moeten zijn vanaf een bepaalde omvang van de keten? Daarbij zou bijvoorbeeld gekeken kunnen worden naar aantallen vestigingen in combinatie met omzet.

One man, one vote? Interne besluitvorming.

33. En hoe zit het met de interne regels voor dergelijke vertegenwoordigende organen? Zijn dat verenigingen? Of kan het ook een eenvoudig informeel overlegverband zijn? En kunnen die ook ad hoc worden ingesteld? Per voorgestelde wijziging? En hoe zit het met het stemrecht? Geldt *one man, one vote*? Of kan (en mag) er in de (franchise-overeenkomsten?) gedifferentieerd worden naar omzet of duur van de franchise-nemerschap? Zouden grote vestigingen bijvoorbeeld meer zeggenschap verdienen dan kleine vestigingen? Juist nu de wet de mogelijkheid in het leven roept dat franchisenemers tegen hun zin in wijzigingen opgedrongen kunnen krijgen (via twee-derde meerderheid van hun collega's), zouden wij (minimale) regels verwachten over de organisatie en werkwijze van dit orgaan. Hoe wordt het samengesteld, hoeveel leden (ten opzichte van het totaal aantal franchisenemers) moet het minimaal hebben, hoe worden de vertegenwoordigers gekozen, hoe vaak moeten zij overleggen, etc.?

Een voorbeeld. Stel er zijn 100 filialen van supermarktketen X waarvan er 25 door de franchisegever in eigen beheer worden gevoerd. Stel dat de resterende 75 filialen door 75 franchisenemers worden gerund en er van hen 60 lid zijn van een samenwerkingsverband. X stelt een wijziging voor waar 40 van de 60 leden van het samenwerkingsverband voor stemmen. In die vergadering is dan twee-derde voor, maar gemeten naar de groep van 75, geldt dat de meerderheid slechts 40 bedraagt (ervan uitgaande dat 15 niet-leden eveneens tegen zijn). Maar wat nu als ter vergadering slechts 21 leden waren komen opdagen en er 14 van hen hadden voor-

¹⁰ Het lijkt ergens nog het meeste op het wijzigingen van individuele arbeidsovereenkomsten als gevolg van collectieve cao-afspraken.

gestemd? Geldt dan nog steeds dat de wijziging voor alle 75 franchisenemers geldt? En tot slot. Als de 75 filialen nu gerund worden door 50 franchisenemer omdat er een aantal zijn met meerdere filialen, hadden alle franchisenemers die lid waren dan een even zware stem?

Verduidelijking op dit punt nodig

34. Uiteraard zijn niet alle uitzonderingen en eventualiteiten in de wet te vangen, maar dit eenvoudige voorbeeld laat wel zien hoe snel besluitvorming bij meerderheid vragen kan oproepen. Vragen die al snel tot geschillen kunnen leiden. De civiele rechter op wiens bordje die geschillen in de regel terechtkomen, zal de “vertegenwoordigende waarde” van het vertegenwoordigend orgaan en de kwaliteit van zijn besluitvorming zeker meewegen bij de aanvaardbaarheid van de gebondenheid van de nee-stemmers en van de franchisenemers die niet in dat orgaan vertegenwoordigd zijn. Wellicht kan de WOR op dit punt als inspiratie dienen. Die wet kent regels voor de instelling van een ondernemingsraad en kent hem advies- en instemmingsrechten toe, alsook regels over toegang tot de rechter, zowel voor de ondernemer als hij geen instemming krijgt, maar ook voor de ondernemingsraad als haar advies bijvoorbeeld in de wind geslagen wordt.¹¹

Artikel 7:920 BW – afgeleide formule

35. Dit artikel lijkt op artikel 7:919 lid 4 BW, maar heeft specifiek betrekking op voorgenomen *handelingen* met betrekking tot de franchiseformule of *afgeleide formule*, die *niet* leiden tot een wijziging in de franchiseovereenkomst. Ook dan gelden de hiervoor besproken instemmingsregels. Doel is te voorkomen dat een franchisegever een afgeleide formule ontwikkelt die evengoed aanzienlijke gevolgen kan hebben op de franchiseformule van de franchisenemer. Ook dan geldt dat hij voor een dergelijke handeling twee-derde instemming nodig heeft. Wij vragen ons af of “handeling” wel voldoende duidelijk is en bovendien of zich hier niet snel samenloopproblemen voordoen tussen het vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers en die van de (eventuele) franchisenemers van de afgeleide formule. Moeten beide met twee-derde instemmen? Conflicten lijken snel geboren.

¹¹ Zie hierover ook ons artikel: “Geschillenbeslechting in franchise, een verkenning”, in *Franchise & Recht*, jaargang 4, December 2018, nr. 9

4. VARIA

Inwerkingtreding

36. Artikel II van het wetsvoorstel bepaalt dat de wet na een nog te bepalen termijn ook van toepassing wordt op nu al lopende franchiseovereenkomsten. Wat die termijn wordt is nog onduidelijk. Artikel III bepaalt de verschillende artikelen ook op verschillende momenten in werking kunnen treden. Het wetsvoorstel zal met haar (dwingende) regels grote invloed hebben op lopende franchiseovereenkomsten. Die moeten gecontroleerd worden en zo nodig aangepast. Dat vergt tijd. De termijn van artikel II zou daar rekening mee moeten houden. Ook moet in een vroeg stadium bekend zijn, of en zo ja, welke artikelen de staatssecretaris eerder in werking zou willen laten treden.

Geschilbeslechting?

37. Hoewel de staatssecretaris de branche had uitgenodigd om te komen met ideeën over geschilbeslechting, bevat het wetsvoorstel daarover geen regels. Welke regels hadden hier een plek kunnen krijgen? Dat is lastig. *Het* franchisegeschil bestaat niet. Had er een laagdrempelige wettelijke geschillenregeling moeten komen? Dan zou men toch eerst moeten identificeren welke soort geschillen daarvoor in aanmerking zouden komen. Dat zullen zeker niet alle soorten geschillen zijn. Wat wij wel zouden willen adviseren is een regeling voor het geval er geschillen ontstaan over wijzigingen in franchiseovereenkomsten via het nieuw voorgestelde artikel 7:919 lid 4 BW (meeste stemmen gelden). Het is in niemands belang als er lang onduidelijkheid zou bestaan over de rechtsgeldigheid van een wijziging die het gevolg is van een twee derde meerderheidsbesluit. Een procedure hierover bij de civiele rechter kan jaren duren. Eerder hebben wij onze gedachten al laten gaan over geschilbeslechting in franchise en hebben toen suggesties gedaan voor op de WOR gebaseerde geschillenbeslechting.¹²

5. AANBEVELINGEN

38. Bij de verdere behandeling van het voorstel zouden wij de volgende aandachtspunten willen meegeven:
1. Rol/status NFC verduidelijken.
 2. Verder concretiseren van de (algemene) informatieplichten en op hun onderlinge verhouding (bijv. artt. 7:913 lid 1 en 7:915 lid 1 BW en 7:916 lid 1 sub a en b BW). Niet (later) via een AMvb doen.

¹² Zie voetnoot 10.

3. Wat betekent het voor de franchisenemer dat de informatieplichten ook voor hem gelden?
4. Duidelijker aangeven wanneer de stand still periode aanvangt (art. 7:914 lid 2 BW).
5. Handvatten bieden hoe goodwill vastgesteld kan worden en of deze (deels) aan een franchisenemer is toe te rekenen. Dat geldt ook voor de vraag hoe bepaald kan worden wat gebruikelijk is in het handelsverkeer als het om verplichte afdnamebedingen gaat. Welke gezichtspunten moet de praktijk daarbij in ogenschouw nemen?
6. Doorvoeren van wijzigingen via twee derde meerderheid in een vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers. Regels geven voor de instelling en werkwijze van zulke organen en zo nodig ook aandacht besteden aan een bijzondere rechtsgang voor eventuele conflicten op dit

Contactpersoon in dit dossier is mr. J.M.J. Arts
BASE Advocaten B.V., Zeemansstraat 7, 3016 CN Rotterdam
T: 010 - 275 99 11 • F: 010 - 275 99 10 • E: joris.arts@baseadvocaten.nl