



Minister van Economische Zaken en Klimaat
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

Via internetconsultatie

datum: 30 januari 2019
ons JS/internetconsultatie franchise
dossier:
inzake: Wetsvoorstel franchise
uw
referentie:
e-mail: j.spanjaard@lgga.nl
telefoon: 0172-503250

Prins Bernhardlaan 35
2404 NE Alphen a/d Rijn

Postbus 155
2400 AD Alphen a/d Rijn

T: 0172-503250
F: 0172-503200
I: www.lagrogeelkerken.nl
KvK 73391158

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. Het huidige wetsvoorstel is gekomen, nadat een eerder wetsvoorstel onder meer in de rechtsgeleerde literatuur kritisch is besproken.² Ik stel voorop dat ik aanmoedig dat het huidige wetsvoorstel een voldragen regeling over franchise is in plaats van een wettelijk haakje om de Nederlandse Franchise Code (“NFC”) legitimatie te geven, zoals het eerdere wetsvoorstel. Concluderend meen ik

¹ Ondergetekende is advocaat bij La Gro Geelkerken Advocaten in Alphen aan den Rijn, honorair universitair docent aan de Universiteit Utrecht en buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden. Deze brief is op persoonlijke titel geschreven en bevat onderdelen van een artikel dat ik samen met prof. mr. dr. H.N. Schelhaas heb geschreven en dat in *Contracteren* 2019/1 zal verschijnen.

² Zonder volledigheid na te streven wordt verwezen naar o.a. H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, “Het wetsvoorstel franchise: better think twice!”, *Contracteren* 2017/3, p. 105-115; H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren* (oratie EUR), Den Haag: BJu 2018, p. 17-21 en ten aanzien van het eerste Voorontwerp p. 12-13; M. de Koning, “Het ‘wettelijk haakje’ van de Nederlandse Franchise Code”, *NJB* 2017/18, p. 1251-1257; T. de Mönnink, “Franchise: begin met het waarom”, *ORP* 2018/87, p. 28-34.

echter, dat ook bij het huidige wetsvoorstel de onderbouwing voor het “waarom” ontbreekt en dat met name in de bescherming van franchisenemers wordt doorgeschoten.

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

1. Is franchisewetgeving noodzakelijk?

- 1.1. De franchisebranche is groot. Nederland telt zo'n 825 franchiseformules – winkels, horeca en dienstverleners – met 30.950 franchisezaken en 300.000 werknemers, die tezamen goed zijn voor een jaaromzet van ruim 30 miljard euro.³ In een in opdracht van de minister van Economische Zaken uitgebracht rapport uit 2009 komt naar voren dat de sector als zodanig goed draait, ofschoon enige knelpunten worden gesignaleerd.⁴ Waarom is dan nu toch wetgeving aangewezen, die als primaire doel heeft het versterken van de positie van de franchisenemer?
- 1.2. De onderbouwing van de *ratio legis* is – net als in het eerdere voorontwerp – summier. Het gaat in franchise om commerciële partijen die ieder onafhankelijke ondernemers zijn die voor eigen rekening en risico acteren.⁵ In een dergelijke B2B-relatie geldt als uitgangspunt de contractsvrijheid, omdat partijen zelf invulling moeten kunnen geven aan de inhoud van hun commerciële afspraken. Het enkele feit dat één van deze partijen zwakker is dan de ander, is op zichzelf nog geen reden om in te grijpen in het fundamentele beginsel van de partij-autonomie, omdat enige ongelijkheid inherent is aan het commerciële rechtsverkeer.⁶
- 1.3. In de memorie van toelichting (“MvT”) wordt volstaan met de niet nader onderbouwde opmerking dat de franchisenemer in de praktijk afhankelijk is van de franchisegever, gevolgd door de evenmin gesubstantieerde opmerking dat “in de praktijk (...) regelmatig [blijkt] dat de manier waarop de franchisegever het overwicht inzet, tot onredelijke en onwenselijke situaties leidt voor de franchisenemer”.⁷ Vervolgens wordt bij wijze van voorbeeld gewezen op het ontbreken van “de nodige transparantie” en het bestaan van een eenzijdige wijzigingsmogelijkheid door de franchisegever. Een en

³ MvT, p. 1 en 11;

⁴ Rapport van het Economisch Instituut voor het Midden en Kleinbedrijf (EMI): zie MvT bij het eerste voorontwerp, p. 1-5.

⁵ Ontwerpartikel 911 onder d.

⁶ Zie o.m. H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren* (oratie EUR), Den Haag: BJU 2018, p. 17-21 en ten aanzien van het eerste Voorontwerp p. 12-13.

⁷ MvT, p. 1.

ander wordt echter niet gestaafd door data. Tot slot wordt nog gerefereerd aan “aanhoudende berichten in diverse media over misstanden”, zonder te expliciteren over welke media en misstanden het dan gaat en of het hier gaat om gedegen journalistiek onderzoek.

- 1.4. De verwijzing in de MvT naar in 2014 gevoerde gesprekken waaruit van de zijde van (louter) de franchisenemers werd gewezen op schadelijke ervaringen, is evenmin gespecificeerd. De MvT concludeert:
“Deze interviews hebben het verontrustende beeld hieromtrent bevestigd, dat in eerste instantie in de media naar voren is gekomen.”⁸
- 1.5. In mijn reactie op het vorige voorontwerp gaf ik al dat de *ratio legis* wankel was en nauwelijks werd onderbouwd, wat ook in het artikel in *Contracteren* over het vorige voorontwerp terugkwam.⁹ De bezwaren blijven wat dat betreft dus overeind.
- 1.6. Kort samengevat rechtvaardigt de wetgever het voorontwerp dus door te wijzen op onevenwichtigheid in de franchiserelatie, op ‘onwenselijke situaties’ en op in diverse media gemelde ‘knelpunten en misstanden’. De toelichting bij het voorontwerp bevat echter geen statistische gegevens en bevat louter algemeenheden. Waar leidt die onevenwichtigheid dan toe, om welke onwenselijke situaties gaat het precies, en waar bestaan die knelpunten en misstanden dan uit? Het antwoord op die vragen is noodzakelijk om te bepalen welke wettelijke regels nodig zijn. De vraag rijst eveneens of de misstanden in de branche dermate erg zijn dat wetgeving noodzakelijk is. Is wetgeving een proportioneel instrument of moeten ‘de goeden’ al te zeer onder ‘de kwaden’ lijden? Net als bij het eerdere voorontwerp dat de NFC een wettelijke status gaf, wordt de noodzaak tot regelgeving naar onze mening te zeer op louter *veronderstelde* misstanden geënt, zonder dat daar een gedegen kwantitatief onderzoek aan ten grondslag ligt. Daardoor wordt de legitimatie van de wet wankel en wordt evenmin duidelijk voor welk concreet probleem de wet precies een oplossing beoogt te bieden.
- 1.7. Die legitimatie volgt evenmin uit de reacties op het vorige voorontwerp. De Memorie van Toelichting verwijst wel in algemene zin naar die reacties, waar wordt vermeld dat “de meeste franchisegevers in hun reactie op de internetconsultatie bij het vorige voorontwerp aangaven een voorkeur te hebben voor een regeling bij formele

⁸ MvT, p. 3-4.

⁹ H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, “Het wetsvoorstel franchise: better think twice!”, *Contracteren* 2017/3, p. 105-115

wetgeving, in plaats van verankering van een gedragscode".¹⁰ Maar hiermee hebben de franchisegevers ons inziens louter aangegeven liever een *formele* regeling te zien dan een wettelijk haakje om een gedragscode tot wet te verheffen, en hebben zij hiermee geenszins te kennen gegeven dat zij zich konden vinden in de aannahme van de wetgever dat sprake is van misstanden, dat wetgeving noodzakelijk is en gedragen wordt door bewezen misstanden.¹¹

- 1.8. Tot slot geeft de (de toelichting op het) voorontwerp onvoldoende aan waarom en in hoeverre het bestaande wettelijke kader, in de vorm van de regelingen over dwaling en algemene voorwaarden,¹² onvoldoende zou zijn om de gestelde problemen op te lossen. Deze leerstukken komen in de (veelal lagere) jurisprudentie weliswaar menigmaal onvoldoende uit de verf, maar naar onze mening ligt dat niet zozeer aan het wettelijk kader, maar meer aan de wijze waarop wordt geprocedeerd.¹³ Kortom, de acute noodzaak van wetgeving is niet onderbouwd.

2. Rechtsvergelijking

- 2.1. Ook op andere punten is de toelichting bij het voorontwerp beperkt. Zo wordt het bestaan van buitenlandse wetgeving op het gebied van franchise weliswaar genoemd,¹⁴ maar niet geanalyseerd. Dat is een gemiste kans, juist omdat het gaat om een belangrijk contractstype dat in heel Europa voorkomt en ten aanzien waarvan in een aantal jurisdicties specifieke wettelijke bepalingen gelden. Rechtsvergelijking zou helpen om het nut van bepaalde wettelijke innovaties te beproeven.
- 2.2. Verder wordt niet of nauwelijks ingegaan op recente rechtspraak op het gebied van franchise, hoewel de Hoge Raad de afgelopen twee jaar twee inhoudelijke arresten heeft gewezen over franchise.¹⁵ Het voorontwerp gaat op onderdelen lijnrecht in tegen

¹⁰ MvT, p. 4-5.

¹¹ Houben, Sterk & Devilee 2014, p. 247-248 en 250.

¹² De MvT, p. 6 vermeldt in algemene bewoordingen dat franchiseovereenkomsten aan het algemene overeenkomstenrecht zijn onderworpen en dat, omdat dit hoofdzakelijk regelend recht betreft, er '(...) veel vrijheid [bestaat] om franchiseovereenkomsten naar eigen inzicht in te richten. Doorgaans neemt de franchisegever hierbij het initiatief.' Op het feit dat van een aantal van de wettelijke controlemechanismen maar beperkt kan worden afgeweken (zoals bij art. 6:233 sub a, art. 6:248 of de dwalingsregeling ex 6:228) wordt in de MvT verder niet ingegaan.

¹³ Vgl. het artikel van J.H.M. Spanjaard, Dwalen over franchise, *Contracteren* 2017/3.

¹⁴ MvT, p. 10. Er zijn slechts 241 woorden aan het bestaan van buitenlandse wetgeving gewijd.

¹⁵ HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, *NJ* 2018/12 m.nt. JBMV (Street-One) en HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, *NJ* 2018/398, *JOR* 2018/321 m.nt. Brouwer (Albert Heijn). Over het Street-One arrest verscheen o.a. M. Raas en R.B. Musters, "Franchiseprognoses volgens de

deze recente rechtspraak. Het is merkwaardig dat de toelichting daar geen aandacht aan besteedt en dus ook niet aangeeft om welke reden van de koers van de Hoge Raad wordt afgeweken.

- 2.3. Ook specifieke reacties op het vorige voorontwerp en rechtsgeleerde literatuur, zoals de Asser-bewerking door Houben, worden niet genoemd in de Memorie van Toelichting.¹⁶ Sterker nog, in de Memorie van Toelichting komt in het geheel geen (deugdelijke) bronvermelding voor. Dat heeft tot gevolg dat het menigmaal onmogelijk is om na te gaan wat de wetgever bedoelt. Dat staat in schril contrast tot bijvoorbeeld de Parlementaire Geschiedenis bij de boeken 3, 5, 6 en 7 BW, waarin de wetgever uitgebreid de rechtspraak, rechtsliteratuur en buitenlandse wetgeving analyseerde. Ik vind dat een dergelijke zorgvuldige handelwijze ook hier van de wetgever mag worden verwacht, onder meer omdat op deze wijze getoetst kan worden of de wetgever zijn afwegingen op inhoudelijke goede gronden heeft gebaseerd, en ook omdat op zo nader inzicht kan worden verkregen over de afweging van de wetgever en over de invulling van wettelijke bepalingen.

3. Artikel 911: definities

- 3.1. 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?
- 3.2. 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

zaak Street-One: aansprakelijkheid halverwege Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?”, *Contracteren* 2017/3, p. 77-82.

¹⁶ Asser-Houben 7-X, Onbenoemde overeenkomsten, 2015.

aan zijn individuele franchisenemers het recht en legt hen de verplichting op om een bedrijf te exploiteren volgens het concept van de franchisegever.”

- 3.3. 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. Daarbij komt dat het begrip know-how door de koppeling met evengenoemde verordening verordeningsautonoom moet worden uitgelegd, waar de rest van de wet 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.
- 3.4. Datzelfde geldt voor de term “duurzame gegevensdrager”, die uit het Europese recht is ontleend, met name uit consumentenbeschermingsregelingen.¹⁷ Expliciet wordt verwezen naar rechtspraak van het HvJ EU: het gaat om ieder medium waarmee de ontvanger eenduidig de informatie in bezit kan krijgen en houden.¹⁸ Dat betekent dat een hyperlink niet een duurzame gegevensdrager is, maar een e-mail waarin de informatie is weergegeven wel.
- 3.5. Bemoedigend vind ik dat de term “geldelijke” bij vergoeding niet terugkomt, zodat de tegenprestatie ook uit de voorgeschreven afname van goederen kan bestaan, zoals in de motorbrandstoffenbranche gebruikelijk is.

4. Artikel 912: goed franchisegeverschap en goed franchisenemerschap

- 4.1. Artikel 912 bepaalt dat franchisegever en -nemer zich als goed franchisegever respectievelijk -nemer jegens elkaar moeten gedragen. De bepaling is rechtstreeks ontleend aan artikel 7:611 BW, dat in arbeidsverhoudingen een soortgelijke wederzijdse zorgplicht op zich neemt.

¹⁷ Zie MvT, p. 18. Art. 7:911 sub h: “hulpmiddel dat de franchisenemer dan wel de franchisegever in staat stelt om aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde weergave van de opgeslagen informatie mogelijk maakt”.

¹⁸ HvJEU 5 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:419 (Content Services), r.o. 42. De MvT, p. 18 noemt verder als voorbeelden van duurzame gegevensdragers: papier, usb-sticks, dvd's, geheugenkaarten en harde schijven.

4.2. Op zichzelf is een dergelijke norm aangewezen. Zij is bovendien alom bekend in boek 7 BW. Soortgelijke bepalingen zijn vervat in het al genoemde artikel 7:611 BW. Ook de artikelen 7:213 BW (goed huurderschap), 7:347 BW (goed pachterschap), 7:401 BW (zorgplicht opdrachtnemer) en 7:602 BW (zorgplicht bewaarnemer). Het betreffen open normen, waarbij de vraag kan worden gesteld of toepassing van artikel 6:248 BW – partijen zijn bij het uitvoeren van overeenkomsten jegens elkaar gehouden de eisen van redelijkheid en billijkheid in acht te nemen – niet tot hetzelfde resultaat leidt. Kortom, de acute noodzaak voor dit artikel lijkt te ontbreken, maar gelet op de veelvoorkomendheid van dergelijke normen in boek 7 BW kan handhaving geen kwaad.

5. Artikel 913, 915, 916 en 917: informatieverstrekking

5.1. Artikel 913 verplicht partijen elkaar tijdig – zowel voor het sluiten als tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst – alle informatie waarvan ze weten of redelijkerwijze kunnen vermoeden dat deze voor de andere van belang is, te verstrekken. De informatie moet op een duurzame gegevensdrager¹⁹ ter beschikking worden gesteld op zodanige wijze dat partijen redelijkerwijze in staat worden geacht de gevolgen van het sluiten van de franchiseovereenkomst – ook in financiële en operationele zin – te overzien.

5.2. Daaronder valt in ieder geval (wederkerig) inzicht in de eigen financiële positie.²⁰ Op de franchisegever rusten daarnaast nog aanvullende informatieplichten.

Precontractueel zijn dat volgens artikel 915 lid 2:

- naam en contactgegevens en gegevens over de persoon die namens de franchisegever optreedt, indien deze een rechtspersoon is;
- financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming;
- de conceptovereenkomst inclusief alle bijlagen, handboeken en daarmee vergelijkbare documenten;
- de contactgegevens en een overzicht van de locaties van andere franchiseondernemingen;
- de contactgegevens van het vertegenwoordigende orgaan van franchisenemers, indien aanwezig;
- informatie over (1) de wijze waarop en de frequentie waarmee het overleg tussen de

¹⁹ Zie hiervóór alinea 3.4.

²⁰ Artikel 915 lid 1 en artikel 916 lid 1.

franchisegever en de franchisenemers plaatsvindt, (2) de mate waarin en de wijze waarop de franchisegever in concurrentie kan treden met de franchisenemer, (3) de mate waarin, frequentie waarmee en wijze waarop de franchisenemer kennis kan nemen van financiële gegevens die de franchisenemer betreffen of voor zijn bedrijfsvoering van belang zijn, (4) de onderbouwing van beslissingen van de franchisegever die aanzienlijke financiële gevolgen kunnen hebben voor de franchisenemer en (5) de bij de franchisenemer benodigde investeringen.

- 5.3. Gedurende de looptijd komen daar volgens artikel 916 leden 1 en 2 bij:
- beoogde handelingen of gedragingen die niet leiden tot wijziging van de franchiseovereenkomst voor zover deze de franchisformule of een afgeleide formule betreffen en aanzienlijke invloed kunnen hebben op de exploitatie van de franchiseformule door franchisenemer;
 - beoogde wijzigingen in de overeenkomst;
 - door franchisegever van de franchisenemer gevraagde investeringen.
- 5.4. De onderwerpen waarover informatie moet worden verschaft, zijn niet nieuw en lijken rechtstreeks te zijn ontleend aan artikel 3.6 van de NFC.²¹ Ook het Belgische recht schrijft voor dat over grosso modo dezelfde onderwerpen informatie moet worden verschaft.²²
- 5.5. De vraag is, welke toegevoegde waarde de artikelen 915 en 916 naast het begrip “alle” in artikel 913 hebben. Ik ga ervan uit dat de bedoeling is dat artikel 913 de kapstok is en de artikelen 915 en 916 een nadere invulling vormen. Voor artikel 917 bestaat naast artikel 913 nog nauwelijks een rol.
- 5.6. Ik ga ervan uit dat de activiteiten van de franchisegever onder de franchiseovereenkomst kwalificeren als een dienst in de zin van artikel 6:230a BW en de Dienstenrichtlijn (Richtlijn EG/2006/123).²³ In dat kader zou een verwijzing naar artikel 6:230b BW in artikel 915 niet hebben misstaan.
- 5.7. De vraag of een overzicht van andere franchisevestigingen compliant is met privacywetgeving, waaronder de AVG, laat ik rusten, maar zou nader onderzoek

²¹ Zie art. 3.6 NFC.

²² Artikel X.28 lid 2 WER (Belgisch Wetboek Economisch Recht).

²³ Distributie- en detailhandel zijn immers ook diensten in de zin van de Dienstenrichtlijn, aldus HvJEU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44 (Amersfoort/X en Visser/Appingedam). Vgl. J.H.M. Spanjaard, Detailhandelaren en leveranciers in distributieland treden toe tot Walhalla van de Dienstenrichtlijn, *Contracteren* 2018/2, p. 61-67.

vergen.

- 5.8. Meest in het oog springend is de precontractuele verplichting informatie te verstrekken over “financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming”. Dit doet denken aan de omzetprognose.
- 5.9. In rechtspraak en literatuur over franchise-relaties wordt regelmatig gediscussieerd over de vraag of de franchisegever ook prognoses over de omzet aan de franchisenemer moet verschaffen, en wat de consequenties zijn als die prognoses niet accuraat blijken.²⁴ Art. 7:915 BW maakt dit niet expliciet duidelijk, maar uit de MvT bij art. 7:915 lid 2 onder b (‘financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming’) lijkt wel te volgen dat ook deze omzetprognoses aan de franchisenemer ter beschikking moeten worden gesteld:

“Het is voor de franchisenemer van belang om een beeld te hebben van het eerdere en het mogelijke toekomstige financiële succes van de exploitatie van de betreffende franchiseformule op de beoogde locatie van de franchiseonderneming of in die betreffende omgeving. Gelet hierop verplicht onderdeel b tot verstrekking van financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming. Daarbij moet het begrip ‘locatie’ ruim worden opgevat, in die zin dat hiermee niet enkel het beoogde specifieke adres van de franchiseonderneming wordt bedoeld, maar ook de wijk of de regio waarin die onderneming zal worden geëxploiteerd.

Deze informatieverplichting strekt niet zover dat de te verstrekken informatie over een locatie een bepaalde garantie moet omvatten op het behalen van een bepaalde omzet of een bepaald bedrijfsresultaat. Het behalen van bepaalde resultaten is veelal

²⁴ Zie naast de arresten Paalman/Lampenier en Albert Heijn in de lagere rechtspraak o.a. 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); 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).

van veel méér factoren afhankelijk dan louter de locatie. Met name bij ‘soft franchise’ is bijvoorbeeld de eigen, individuele aanpak van de franchiseondernemer in de exploitatie van de franchiseformule van wezenlijke invloed op de resultaten die hij kan behalen.”²⁵

- 5.10. De verwijzing naar informatie over “het eerdere en het mogelijke toekomstige financiële succes” lijkt te duiden op een prognoseplicht. Dat is opmerkelijk omdat de Nederlandse rechtspraak tot op heden aanneemt dat op de franchisegever juist *geen* prognoseplicht rust. In zijn arrest Paalman/Lampenier verwoordde de Hoge Raad dat als volgt:

“Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, vloeit niet de algemene regel voort dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of omtrent de winstverwachting.”²⁶

- 5.11. Deze rechtsoverweging werd herhaald in het Albert-Heijn-arrest van 21 september 2018:

“Zoals is geoordeeld in HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier), vloeit uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, niet de algemene regel voort dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of omtrent de winstverwachting, zij het dat de bijzondere omstandigheden van het geval een zodanige verbintenis wel kunnen meebrengen. Uit de enkele omstandigheid dat de franchisegever bij de onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst aan de franchisenemer een rapport over de te verwachten omzet en de te verwachten winst heeft verschaft, kan niet worden afgeleid dat een daartoe strekkende verbintenis op eerstgenoemde rustte.”²⁷

- 5.12. De wetgever geeft niet aan of en in hoeverre het voorontwerp beoogt af te wijken van de rechtspraak over prognoses en wijdt geen woord aan de bestendige rechtspraak op dit punt. Als uit artikel 7:915 lid 2 BW inderdaad zou volgen dat een verplichting

²⁵ MvT, p. 24.

²⁶ HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier), r.o. 3.3.3.

²⁷ HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, NJ 2018/398, JOR 2018/321 m.nt. Brouwer (Albert Heijn), r.o. 3.3.2.

bestaat om prognoses te verstrekken, dan vormt dat een mijns inziens ongewenste stijlbreuk met de bestaande praktijk. Als prognoses worden verstrekt, dan bestaat een aansprakelijkheidsrisico. Bovendien rijst natuurlijk de vraag of de rechtspraak over de aansprakelijkheid voor prognoses onverkort geldt, ook al ging die rechtspraak ervan uit dat een dergelijke verplichting niet bestond.²⁸

- 5.13. Ik betwijfel de noodzaak en wenselijkheid van een op de franchisegever rustende algemene prognoseplicht. De vraag of de exploitatie van een nieuw te exploiteren onderneming rendabel is, behoort immers in algemene zin tot het ondernemersrisico van de exploitant. Dat betekent dat prognoses over een te exploiteren onderneming van in beginsel tot het onderzoeksdomein van de startende ondernemer behoort te liggen. Het is niet goed in te zien waarom dat in een franchise-relatie radicaal anders is of zou moeten zijn. De franchisenemer wil immers een onderneming starten om daar revenuen mee te behalen en het is zijn keuze om dat al dan niet te doen. Natuurlijk, hem moet voldoende informatie worden verschaft om een afgewogen oordeel te kunnen maken over de vraag of de exploitatie voor hem voldoende rendabel zal kunnen zijn, maar het is geen evenwichtige situatie om hem alle gegevens te laten verstrekken, waarbij in menig geval eigen onderzoek nodig zal zijn.
- 5.14. Dat sluit aan bij de lijn die de Hoge Raad heeft ingezet met betrekking tot de mededelingsplicht bij het dwalingsleerstuk (art. 6:228 lid 1 sub b BW): de wederpartij moet de dwalende inlichten omtrent zij wist of *behoorde te weten*. In het Van der Valk/Inbev-arrest oordeelde de Hoge Raad immers dat de term 'behoren te weten' niet zover gaat dat de wederpartij van de dwalende zich eerst zelf moet laten voorlichten om zodoende de dwalende voor te lichten.²⁹ In het kort ging het om het volgende. Inbev verhuurde aan Van der Valk een horecagelegenheid in voorheen een casino. Krachtens het bestemmingsplan was toegestaan dat in het gehuurde een speelcasino werd geëxploiteerd met daarbij behorende ruimte ten behoeve van horeca. Van der Valk wilde echter een zelfstandig Italiaans restaurant in de horecagelegenheid exploiteren. Dat bleek op basis van het bestemmingsplan niet toegestaan. Van der Valk sprak vervolgens Inbev aan op grond van dwaling. Het hof oordeelde daartoe dat Inbev als professionele partij had behoren te weten van de afwijkende bestemming van Van der Valk en van de mogelijke problemen die dat voor Van der Valk zou

²⁸ Vgl. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier) en HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, NJ 2018/12 m.nt. JBMV (Street-One): het verstrekken van een prognose waarvan de franchisegever weet dat deze fouten bevat zonder de franchisenemer erop te wijzen dat de prognose niet klopt, kan onrechtmatig zijn jegens de franchisenemer.

²⁹ HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424, JOR 2016/53, m.nt. Dammingh (Van der Valk/Inbev).

opleveren. De Hoge Raad zet een streep door dit oordeel, onder meer omdat een verplichting tot 'preventief' inlichten niet te snel mag worden aangenomen, en van een 'behoren in te lichten' in het algemeen slechts sprake zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was.³⁰ De Hoge Raad vervolgt dat zo'n inlichtingenplicht ook kan bestaan "indien de wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent gedwaald wordt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn".

5.15. Hieruit vloeit mijns inziens de hoofdregel dat een persoon die een onderneming wil oprichten, geacht mag worden onderzoek te doen naar de financiële haalbaarheid van zijn onderneming. Daarbij past ook een onderzoek naar de omvang en (omzet)potentie van de markt waarin hij actief wil zijn.³¹ Dit uitgangspunt is in het arrest Inbev/Van der Valk neergelegd.³² Dat kan onder omstandigheden anders zijn, als bijvoorbeeld in een concreet geval een specifieke omstandigheid invloed heeft op de winstkansen en die aan de franchisegever als deskundige partij bekend is of had moeten zijn. Dit vormt wat mij betreft de rolverdeling bij het aangaan van ook franchiseovereenkomsten. Een algemene prognoseplicht verhoudt zich niet goed met het voorgaande en zou wat mij betreft niet als regel aan de franchisegever moeten worden opgelegd.

5.16. De consequenties van het niet-naleven van de informatieverplichting uit het voorontwerp (art. 7:915) zijn lastig te bepalen. De ontwerptitel 16 bevat namelijk geen sancties op het niet voldoen aan de informatieverplichting. Deze moeten daarom in de boeken 3 en 6 BW, en met name in de leerstukken dwaling en toerekenbare tekortkoming, worden gezocht.³³ Wat betreft het beroep op dwaling is de vraag relevant of de in de NFC opgenomen verplichting voor de franchisenemer om alle van de franchisegever ontvangen informatie te onderzoeken, ook onder het voorontwerp geldt. Zeker in het kader van de hierna te bespreken "stand still" zou een onderzoeksplicht van de franchisenemer passen.

³⁰ De Hoge Raad verwijst hierbij naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 909,

³¹ Vgl. ook HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2587, NJ 1998/493 (Briljant Schreuders/ABP): het achterblijven van omzet bij verwachtingen van de ondernemer komt in beginsel voor rekening en risico van de ondernemer.

³² En overigens in het verwijzingsarrest van het Hof 's-Hertogenbosch bevestigd: Hof Den Bosch 29 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5317, NJF 2017/27 (Van der Valk/Inbev).

³³ Vgl. Schelhaas & Spanjaard (2017), p. 113-115 en J.H.M. Spanjaard, "Dwalen over franchise", *Contracteren* 2017/3, p. 93-94 .

- 5.17. De onderzoeksplicht à la artikel 3.7 van de NFC zou een rem kunnen zetten op een geslaagd beroep op dwaling.³⁴ Het voorontwerp bevat deze onderzoeksverplichting niet, zodat de gangbare lijn over dwaling – kort door de bocht: door de wederpartij van de dwalende gedane mededelingen hoeven door de dwalende niet te worden onderzocht op juistheid – relevant zal zijn. Sinds het arrest Offringa/Vinck is het vaste rechtspraak dat informatie die de wederpartij heeft verschaft, niet meer door de dwalende behoeft te worden onderzocht.³⁵ Deze regel is herhaald in het arrest L.E. Beheer/Stijnman.³⁶
- 5.18. Betekent dit dan dat, zodra de franchisegever op grond van de wettelijke verplichting daartoe informatie heeft verschaft, de onderzoeksverplichting van de franchisenemer helemaal is uitgespeeld? Gezien de omvang van de informatieplicht die in het voorontwerp is opgenomen, zou dat de franchisenemer in een gouden zetel plaatsen en het ondernemersrisico die bij de exploitatie van een onderneming nu eenmaal rust, behoorlijk uitkleden. De franchisenemer kan rustig afwachten welke informatie hem wordt verschaft op het gebied van de financiële positie van de franchisegever die ‘redelijkerwijze van belang is of kan zijn’ (artikel 915 lid 1) alsmede de financiële gegevens inclusief prognoses met betrekking tot beoogde franchisevestiging (artikel 915 lid 2 sub b). Die informatie zou hij dan niet behoeven te onderzoeken, en bij achteraf gebleken gebreken kan hij de franchiseovereenkomst eenvoudig vernietigen op grond van dwaling.
- 5.19. Naast het verstrekken van de informatie door de franchisegever zou een “leesplicht” voor de franchisenemer moeten bestaan. Als de franchisenemer de verstrekte informatie niet leest of niet adequaat analyseert dan dient dat voor rekening en risico van de franchisenemer te blijven, althans als de informatie juist is en op duidelijke en begrijpelijke wijze is gepresenteerd.³⁷ Een vergelijkbare oordeel heeft de Hoge Raad in het Hoog Catharijne-arrest uit 1995 gegeven ten aanzien van verstrekte informatie bij een overname.³⁸ In dat arrest doorgrondde de koper tijdens de due diligence-onderzoeken de lening in de erfpachtconstructie die op het Hoog Catharijne

³⁴ Vgl. J.H.M. Spanjaard, “Dwalen over franchise”, *Contracteren* 2017/3, p. 97.

³⁵ HR 10 april 1998, *NJ* 1998/666 (Offringa/Vinck).

³⁶ HR 16 juni 2000, *NJ* 2001/559 (L.E. Beheer/Stijnman).

³⁷ Vgl. ontwerpartikel 7:913. Daarbij komt het ons voor dat – in lijn met de norm van ontwerpartikel 7:912 dat de franchisenemer zich als goed franchisenemer moet gedragen – de toetsnorm voor de begrijpelijkheid is dat een redelijk handelend, redelijk bekwaam franchisenemer de informatie moet kunnen begrijpen.

³⁸ HR 22 december 1995, *NJ* 1996/300 (Hoog Catharijne). Nader over dit onderwerp onder meer M. Brink, *Due Diligence – een beschouwing over het due diligence onderzoek* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2^e druk 2011.

Winkelcentrum rustte, niet. Deze dwaling diende evenwel voor eigen rekening en risico te blijven omdat de informatie in beginsel op tafel lag. Overigens wordt die onderzoeksplicht in de lagere rechtspraak over due diligence-onderzoek wel beperkt indien de verkopende partij (vertaald naar franchisesituaties: de franchisegever) niet de juiste of niet volledige gegevens ter beschikking stelt.³⁹ In zo'n geval wordt wel geoordeeld dat de koper (of in de onderhavige situatie: de franchisenemer) wel een beroep op dwaling toekomt. Dat is ook in franchiserelaties een zinvolle aanvulling op de omvangrijke informatieverplichting.

5.20. Artikel 913 lid 3 verplicht om de informatie zodanig te formuleren, vorm te geven en te rangschikken dat de franchisenemer redelijkerwijze de gevolgen van het aangaan van de franchiseovereenkomst kan overzien. Dat is een open norm, waar de wet en de MvT nauwelijks enige verdere sturing aan geven, behalve dan dat dit niet alleen geldt voor de overeenkomst zelf, maar ook wat betreft 'de operationele en financiële gevolgen'.⁴⁰ De norm lijkt rechtstreeks ontleend aan artikel 5 van Richtlijn 93/13 (Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) dat bepaalt dat informatie aan de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze ter beschikking moet worden gesteld. Daaronder wordt verstaan dat informatie niet alleen juridisch en grammaticaal duidelijk en begrijpelijk is, maar ook in economisch opzicht: de consument moet weten wat het aangaan van de overeenkomst hem gaat kosten.

5.21. Uit de toelichting wordt verder niet geheel duidelijk of het om een subjectieve norm gaat ten aanzien van elke concrete franchisenemer. De MvT meldt enkel dat de franchisegever bij het verstrekken van de informatie rekening moet houden met de branche, het type franchise en het type franchisenemer waar hij mee van doen heeft.⁴¹

5.22. Ik bepleit dan ook dat het zou moeten gaan om een geobjectiverde norm, waarbij het gaat om een 'maatman'⁴² franchisenemer. Dat voorkomt ook dat elke onvoorzichtige

³⁹ Vgl. o.a. Gerechtshof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 16 oktober 2012, ECLI:GHARN:2012:BY0491 (NSC/Costa Horeca).

⁴⁰ MvT, p. 21.

⁴¹ MvT, p. 21.

⁴² Ook in het consumentenrecht wordt uitgegaan van een 'maatman' consument, zodat niet elke onoplettende consument onder de bescherming van het consumentenrecht valt. Zie bijv. art. 6:193b BW (oneerlijke handelspraktijken), waar het gaat om de 'gemiddelde consument'. Deze norm is ook terug te vinden in de rechtspraak over vergissingen bij het aanbieden van LCD-tv's en hoogslapers: Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC2420, NJF 2008/79 (Postwanorder/Otto), r.o. 4.16 ("Bij de beantwoording van deze vraag moet uitgegaan worden van een gemiddelde consument, dat wil zeggen een gemiddeld geïnformeerde consument.") en Vzr Rb Zeeland-West-Brabant 2 oktober 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:6239, NJ 2018/203 (AMC/Leen Bakker), r.o. 3.13 ("Daarom zal bij het beantwoorden van de vraag of de consumenten er onder de

franchisenemer wordt beschermd, hetgeen de belangen van franchisenemer en franchisegever beter in balans brengt. Naar mijn mening mag van de franchisenemer meer financieel-economische kennis worden verwacht dan van een consument en zouden dus ook minder hoge eisen aan de economische duiding moeten worden gesteld.

5.23. Mijn voorstel zou zijn in ieder geval 915 lid 2 onder b in te trekken en in artikel 913 het begrip “alle” te laten vallen. Bij het meermalen gebruikte begrip “redelijkerwijs” moet worden aanvaard dat dit een open norm is, die voor veel discussie en daarmee rechtsonzekerheid zal zorgen.

6. Artikel 914: stand still

6.1. Artikel 914 bepaalt dat de informatie uiterlijk 4 weken voor het sluiten van de overeenkomst moet worden verstrekt. Tijdens deze termijn mag de franchisegever (i) de conceptovereenkomst niet wijzigen, tenzij een wijziging tot voordeel van de franchisenemer strekt, (ii) de franchiseovereenkomst niet sluiten en (iii) ook geen betalingen en investeringen afdwingen die betrekking hebben op de franchiseovereenkomst van de franchisenemer. Volgens de wetgever biedt deze termijn van beraad – wij geven de voorkeur aan de Engelse term “stand still” omdat de wet niet uitnodigt tot beraad – de franchisenemer de gelegenheid de ontvangen informatie te bestuderen en daarover zo nodig deskundig advies in te winnen.

6.2. Hoewel de toelichting hier niet over rept, lijkt deze bepaling geïnspireerd te zijn door artikel X.27 van de Belgische WER.⁴³ De Belgische wet verplicht om één maand (de Nederlandse tekst houdt het op vier weken) 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

gegeven omstandigheden redelijkerwijs van uit mochten gaan dat de prijs van € 24,00 of € 85,34 juist was, uitgegaan worden van een gemiddeld geïnformeerde consument.”).

⁴³ Nader over de wet o.a. A. de Schoutheete & 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; D. Mertens, *De nietigheid onder de wet precontractuele informatie: streng of rechtvaardig?*, *RBAG* 2016/8-9, p. 675-683; B. Ponet, *De wet betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten: zes jaar toepassing in de praktijk*, *Rechtskundig Weekblad* 2012/5, p. 162-175..

conceptovereenkomst wordt niet het allereerste concept bedoeld, maar het eindresultaat van eventuele onderhandelingen. De sanctie op het niet naleven van de bepalingen – zowel het verstrekken van de informatie zelf als het niet naleven van de stand still-periode – is naar Belgisch recht nietigheid van de overeenkomst, welke nietigheid binnen twee jaar na het sluiten van de overeenkomst kan worden ingeroepen.⁴⁴ Mertens constateert dat de Belgische wet binnen een internationale trend past, waarin steeds meer informatieplichten op de franchisegever worden gelegd.⁴⁵ Het gaat hier om een zware (informatie)verplichting die op de franchisegever in spe rust, terwijl de sanctie (nietigheid van de franchiseovereenkomst) eveneens zwaar is.⁴⁶ In de Memorie van Toelichting ontbreekt echter elke reflectie op deze thematiek en de toepassing van de wet in de Belgische rechtspraak. Dat is jammer, want Belgische ervaringen zouden meer inzicht kunnen verschaffen in de werkbaarheid van de stand still-periode en van de (reikwijdte van) eendimensionale informatieverplichtingen.

- 6.3. Naar Nederlands recht zal de sanctie op het niet-inachtnemen van een mogelijke stand still-periode de vernietigbaarheid van de overeenkomst zijn. De stand still-periode is immers een wettelijk vormvoorschrift en het niet-naleven van het vormvoorschrift wordt op grond van artikel 3:39 BW gesanctioneerd met nietigheid. Omdat ontwerpartikel 7:921 bepaalt dat niet ten nadele van de franchisenemer van de titel mag worden afgeweken, is op grond van art. 3:40 lid 2 echter niet de nietigheid maar de vernietigbaarheid het gevolg.⁴⁷ Op voet van artikel 6:226 BW strekt deze nietigheidssanctie zich ook uit over intentieovereenkomsten en voorovereenkomsten die aan de franchiseovereenkomst vooraf gaan.
- 6.4. Deze zware en definitieve sanctie knelt, met name omdat de informatieverplichting open normen bevat en dus niet aanstonds voor franchisegever en -nemer duidelijk is, welke informatie concreet moet worden verstrekt. In zo'n geval is vernietiging van de franchiseovereenkomst een heel strenge sanctie. Dat klemt te meer omdat art. 3:52 bepaalt dat de verjaringstermijn van een dergelijke nietigheidsactie drie jaar is. Het vernietigen van een franchiseovereenkomst die al drie jaar wordt uitgevoerd kan praktisch lastig zijn.

⁴⁴ In het kader van art. 3:40 lid 2 van het Nederlandse BW zou in Nederland van vernietigbaarheid in plaats van nietigheid worden uitgegaan.

⁴⁵ D. Mertens, De nietigheid onder de wet precontractuele informatie: streng of rechtvaardig?, *RBAG* 2016/8-9, p. 675-683.

⁴⁶ Vgl. Mertens 2016 en Ponet 2012.

⁴⁷ Zie ook met zoveel woorden MvT, p. 36.

- 6.5. De wisselwerking met andere regelingen is eveneens complex. Zo maakt het voorontwerp niet duidelijk of algemene voorwaarden die in een apart document zijn opgenomen, naast de schriftelijke franchiseovereenkomst, ook onder de stand still-periode vallen.⁴⁸ Indien de algemene voorwaarden een bijlage bij de franchiseovereenkomst vormen en als zodanig een expliciete eenheid vormen met de franchiseovereenkomst, vallen zij waarschijnlijk onder de stand still-periode. Echter, zeker sinds het Appingedam-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie⁴⁹ zou kunnen worden betoogd dat 'franchise' mede als een dienst in de zin van art. 6:230a moet worden beschouwd, zodat de franchisegever niet verplicht is om de algemene voorwaarden conform art. 6:234 te verstrekken, maar ook aan zijn informatieplicht uit hoofde van artikel 6:233 onder b BW kan voldoen op de wijzen voorzien in artikel 6:230c BW.⁵⁰ Dan is voldoende dat ze voor de franchisenemer 'gemakkelijk elektronisch toegankelijk [zijn] op een door de dienstverrichter meegedeeld adres'. Maar als de algemene voorwaarden onder de noemer "daarmee vergelijkbare documenten" in de zin van artikel 915 lid 2 onder c vallen, dan vallen ze onder stand-still periode en moeten ze vier weken voor de contractssluiting worden verstrekt. Een dergelijke benadering strookt wat ons betreft met de gedachte van de wetgever dat de franchisenemer voorafgaande aan het sluiten van de franchiseovereenkomst moet weten waar hij contractueel aan toe is. De rechten en verplichtingen vervat in algemene voorwaarden behoren stellig daartoe. Echter, dat brengt mee dat de artikelen 6:234 en 6:230e BW moeten wijken, voor zover bepaald is dat aan de informatieplicht "voor of bij het sluiten van de overeenkomst" (c.q. de aanvang van de dienst bij gebreke van een schriftelijke overeenkomst) moet zijn voldaan. De informatieplicht moet bij franchiseovereenkomst immers vier weken voor het sluiten van de franchiseovereenkomst zijn vervuld. De wetgever geeft van dit punt geen rekenschap.
- 6.6. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de stand still-periode daadwerkelijk wordt gebruikt voor nader onderzoek; zeker omdat op de franchisenemer niet de (wettelijke) verplichting rust de informatie die hij van de franchisegever ontvangt te onderzoeken. Hierboven betoogde ik dat toepassing van het dwalingsleerstuk – met name het Hoog

⁴⁸ Op grond van het bestemmingscriterium van artikel 6:231 BW zal een groot deel van de franchiseovereenkomst stellig ook als algemene voorwaarden worden gekwalificeerd. Het gaat immers om bepalingen die zijn opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden gebruikt en niet kernbeding zijn.

⁴⁹ HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44.

⁵⁰ HvJEU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44 (Amersfoort/X en Visser/Appingedam). Vgl. J.H.M. Spanjaard, Detailhandelaren en leveranciers in distributieland treden toe tot Walhalla van de Dienstenrichtlijn, *Contracteren* 2018/2, p. 61-67.

Catharijne-arrest – daartoe wel zou moeten dwingen, maar vaststaand is dat allerm minst. Dat draagt het risico in zich dat de stand still verwordt tot een contractueel hoepeltje waar doorheen gesprongen moet worden. Daarmee zou de beschermingsgedachte op de tocht komen te staan.⁵¹

- 6.7. Daarbij komt dat een periode van vier weken knellend is. Een periode van twee weken, zoals voor koop of afstand door consumenten geldt op de voet van artikel 6:230o BW, lijkt afdoende. De bedenktijd bij de koop van een woning door de consument van drie werkdagen, zoals bedoeld in artikel 7:2 BW, lijkt mij te kort.
7. Artikel 918: bijstandsplicht
 - 7.1. Artikel 918 verplicht de franchisegever tot het verlenen van commerciële en technische ondersteuning die redelijkerwijs nodig zijn voor de franchisenemer om de franchiseformule te kunnen exploiteren.
 - 7.2. Nog afgezien van de open normen die dit artikel bevat, leest het als een motie van wantrouwen aan het adres van de franchisenemer. Het lijkt of de franchisenemer inherent niet in staat moet worden gebracht om zelfstandig van zijn onderneming een succes te maken. Hij heeft daartoe de hulp van de franchisegever nodig.
 - 7.3. Bovendien veronderstelt het artikel dat de franchisegever over voldoende expertise beschikt om de bijstand te verlenen. Met name bij heel softe franchise zal dat dikwijls niet het geval zijn. Dit artikel zou beter kunnen worden geschrapt. De onderliggende norm – die al voorkomt uit het arrest Baris/Riezenkamp – zou verplaatst kunnen worden naar het zorgplichtartikel 912.
8. Artikel 919 en 920: goodwill, concurrentiebeding en exclusiviteit
 - 8.1. Artikel 919 is een controversieel artikel. Niet alleen worden radicaal nieuwe begrippen geïntroduceerd (goodwill, non-concurrentie), maar ook lijken de bepalingen mededingingsrechtelijk te schuren.

⁵¹ Prof. Schelhaas en ik doen in ons artikel voor *Contracteren* nog de suggestie dat wellicht een radicalere oplossing onderzocht zou kunnen worden: toetsing aan de hand van een “zwarte of grijze lijst” analoog aan de artikelen 6:236 en 6:237 BW, dan wel oneerlijke handelspraktijken in de zin van artikel 6:193a e.v. BW of preventieve toetsing zoals in het pachtrecht. Deze opties laat ik hier rusten. Zie nader: H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, “Wetsvoorstel franchise: strike two voor de wetgever”, te verschijnen in *Contracteren* 2019/1 (omstreeks maart 2019).

- 8.2. De goodwillvergoeding doet denken aan de agentuurregeling, waar op grond van artikel 7:442 BW de agent na het einde van de agentuurrelatie onder omstandigheden aanspraak kan maken op vergoeding van de opgebouwde goodwill. Deze vergoeding kan maximaal de gemiddelde provisievergoeding over één jaar bedragen. Voor de berekening van de goodwillvergoeding dient op alle omstandigheden van het geval acht te worden geslagen en vindt een gelaagde toets plaats.⁵²
- 8.3. Ten aanzien van de beëindiging van *distributierelaties* geldt uitdrukkelijk niet de verplichting voor de leverancier aan de distributeur om een goodwillvergoeding te betalen.⁵³ Datzelfde geldt thans nog voor franchiseovereenkomsten. Weliswaar bestaat de mogelijkheid van schadeplichtigheid bij de beëindiging van duurovereenkomsten op de voet van artikel 6:248 BW, maar die schadevergoeding is geen vergoeding van goodwill⁵⁴ maar veeleer een vergoeding voor de schade als gevolg van een (voortijdige) beëindiging van de duurovereenkomst of als een de-investeringsvergoeding omdat de investeringen ondanks het inacht nemen van een correcte opzegtermijn niet konden worden terugverdiend.⁵⁵
- 8.4. Het wetsvoorstel breekt nadrukkelijk met deze praktijk. Echter, de onderbouwing ontbreekt. In de memorie van toelichting suggereert de wetgever dat partijen in een contractuele bepaling kunnen opnemen, hoe de goodwill wordt berekend. De wetgever heeft bij de goodwillbepaling vooral het oog op soft franchise,⁵⁶ waarbij volgens de wetgever het succes van de franchiseonderneming in belangrijke mate bepaald wordt door de aanpak van de franchisenemer.⁵⁷ Kwantitatieve onderbouwing op dit punt ontbreekt echter.

⁵² HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865, NJ 2014/332 (T-mobile); HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935, NJ 2017/227 (Prijsvrij/Corendon) en H.E. Urlus, "De gevolgen van beëindiging van agentuurovereenkomsten (vertraagd) verduidelijkt", *Contracteren* 2013/1, p. 8-15.

⁵³ Vgl. de noot van Stein onder HR 21 juni 1991, NJ 1991/742 m.nt. PAS (Mattel/Borka).

⁵⁴ Waarbij naar Nederlands recht de vraag kan worden gesteld of de goodwillvergoeding van artikel 7:442 BW een schadevergoedingsvordering is.

⁵⁵ HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ) en HR 21 juni 1991, NJ 1991/742 m.nt. PAS (Mattel/Borka). Nader over dit onderwerp o.a. H.N. Schelhaas en J.H.M. Spanjaard, "Boilerplates: Beëindigingsbedingen zijn helemaal het einde, of toch niet?", *Contracteren* 2018/2, p. 46-53.

⁵⁶ Dit is de vorm van franchise waarbij de franchisenemer binnen de formule meer vrijheid heeft om zijn onderneming vorm te geven. Hard franchise is de tegenhanger van soft franchise en geeft amper vrijheid aan de franchisenemer om eigen initiatieven te ontplooiën. Vgl.

<https://denationalefranchisegids.nl/franchise-wiki/algemene-begrippen/soft-franchise/>.

⁵⁷ MvT, p. 30.

- 8.5. Indien vaststaat dat sprake is van opgebouwde goodwill door de franchisenemer – de wetgever erkent de mogelijkheid dat deze door onderpresteren van de franchisenemer nihil kan zijn – dient deze te worden vergoed als de goodwill kan worden toegekend aan de franchisenemer. Daarbij treedt hoe dan ook de discussie op of het gaat om “de vent” of “de tent”. De franchisenemer zal stellen dat zijn inspanningen hebben geleid tot de hoge omzetten en dat een compensatie bij het einde van de franchiseovereenkomst op haar plaats is. De franchisegever zal stellen dat het succes vooral te danken is aan de inherente waarde van de franchiseformule en los staat van de inspanningen van de franchisenemer. Het zal dus moeilijk, zo niet onmogelijk zijn om aan te geven welk deel van de goodwill aan de franchisenemer is toe te schrijven en welke vergoeding hij daarvoor dient te ontvangen. Daar komt bij dat dergelijke goodwillvergoedingen de vrijheid van de franchisenemer om zijn franchiseformule vorm te geven zoals hij dat in het algemeen belang gerechtvaardigd acht, beperkt.
- 8.6. Kan niet worden volstaan met de non-concurrentiebepaling van artikel 919 lid 3? Deze non-concurrentiebepaling is in lijn met de Groepsvrijstellingsverordening 330/2010 en lijkt op mededingingsrechtelijke gronden toelaatbaar. De bepaling welke geografische reikwijdte de bepaling heeft, kan in de praktijk voor hoofdbreken zorgen, met name indien tussentijds uitbreiding of inperking van het aan de franchisenemer toegewezen rayon plaatsvindt. Daarmee houdt het wetsvoorstel onvoldoende rekening.
- 8.7. Minder welwillend sta ik tegenover de exclusiviteitsbepaling, die inhoudt dat voor de afnameverplichting de in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden gelden. Deze bepaling vormt niet alleen een ontoelaatbare inbreuk op de partij-autonomie, zij lijkt ook op mededingingsrechtelijke gronden ontoelaatbaar. Zij werkt onderling afgestemde feitelijke gedragingen dan wel ondernemersafspraken – beide verboden op grond van artikel 6 Mw – in de hand. Artikel 919 lid 2 dient te worden geschrapt. Excessen kunnen over de boeg van artikel 912 en artikel 6:248 lid 2 BW worden geadresseerd.
- 8.8. Datzelfde geldt voor het wijzigingsbeding van artikel 919 lid 4 en 920: ook deze bepalingen vormen een mijns inziens ontoelaatbare inbreuk op de partij-autonomie en verdient geen navolging. De achtergrond is helder: Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360, *NTHR* 2017/1, p. 29 (VAHF c.s./Albert Heijn). Echter, het is onvermijdelijk dat franchisegevers andere kanalen willen aanboren naast de franchiseondernemingen en inherent aan innovatie dat de franchisenemer – die geen investeringen terzake draagt – daarvan niet meeprofiteert. Zeker in geval van omnichannel marketing geldt de franchisenemer als apart kanaal naast de door de

franchisegever geëxploiteerde online kanalen.

- 8.9. Het goedkeuringsvereiste dat de wet beoogt in te bouwen, zet een rem op initiatieven van de franchisegever. Bovendien kan het de franchiseconstructie als zodanig uithollen. Indien de franchisegever meent dat een online kanaal hem meer oplevert dan franchisekanalen kunnen, kan dat reden vormen de franchiseactiviteiten af te stoten.
- 8.10. Verder vraag ik op deze plek aandacht voor de omstandigheid dat juist de geschillen met franchisenemers voor de eigenaar van Hema belemmerend werkten om de aandelen in Hema te verkopen. Het wetsvoorstel vormt op dit punt eerder een rem dan een versnelling en kan de artikelen 919 lid 4 en 920 zouden daarom moeten worden ingetrokken. Het onderliggende probleem kan over de boeg van artikel 912 worden geadresseerd: de franchisegever die alles naar zich toe wil trekken en daarmee de broodwinning van de franchisenemers willens en wetens uitholt, verzaakt de op hem rustende zorgplicht.

9. Wat het wetsvoorstel niet regelt

- 9.1. Het huidige voorontwerp bevat geen bepaling over overgangsrecht. In het vorige voorontwerp stond nog de bepaling dat de wet voor nieuwe overeenkomsten onmiddellijk geldt en voor bestaande overeenkomsten een terme de grâce van vijf jaar kent. Een dergelijke overgangsregeling komt ons, gelet op de vele en fundamentele afwijkingen van de bestaande rechtspraktijk – ook voor het onderhavige voorontwerp dienstig voor.
- 9.2. 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.
- 9.3. 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 7:911 lid 2 BW wordt voorgesteld (waarbij de huidige bepaling lid 1 wordt) met de inhoud:
“Deze titel is niet van toepassing op:

- 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.”

- 9.4. 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 7:920 BW (dat het huidige artikel 920 vervangt) 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.”

10. Afronding

- 10.1. 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 dit wetsvoorstel.

Met vriendelijke groet,



J.H.M. Spanjaard