

Van der Sluijs De Retailjurist  
Mr A.J.J. van der Sluijs  
Cornelis Schellingerlaan 48  
3703 SH Zeist  
Handelsregisternummer: 30280921

Plaats: Zeist  
Datum: 31 januari 2019  
Betreft: **VOORONTWERP FRANCHISEWET**  
Uw kenmerk:

T: 030-6910606  
M: 06-11367060  
E: [hansvandersluijs@retailjuristen.nl](mailto:hansvandersluijs@retailjuristen.nl)

Beste lezers,

### Inleiding

Vanwege mijn dagelijkse bezigheid met franchise, heeft het voorontwerp franchisewet mijn nieuwsgierigheid gewekt. Mijn eigen ervaring met franchise gaat alweer even terug. Een kwart eeuw om precies te zijn, ja, de tijd vliegt. Indertijd was nog betrekkelijk weinig bekend over franchise. Je wist van het bestaan van die grote gele M, maar dan had je het wel zo ongeveer gehad. En tijdens de studie werd het onderwerp ook nauwelijks aangestipt.

Toen ik in '94 dan ook in aanraking kwam met franchise, was ik nog behoorlijk bleu. Eigenlijk kwam ik niet gek veel verder dan dat het een samenwerkingsverband was, waarbij een concept in gebruik werd gegeven en dat dat een ondernemer in de dagelijkse gang van zaken heel veel tijd (en geld) scheelde, zodat de ondernemer zich hoofdzakelijk kon richten op hetgeen die leuk vond, namelijk ondernemen.

Wel, de leerschool was pittig, maar ook zeer leerzaam. Men leert immers meer van fouten, dan van wat goed gaat. De franchiseorganisatie was indertijd ook, net als ik toen op dit onderwerp, behoorlijk nieuw, en dat was aan alles te merken. Een marketingmachine, maar te weinig oog voor de franchisenemers die de diensten en producten in de markt moesten zetten. Begeleiding was er niet, coaching ook niet en iedereen was gek, behalve de franchisegever zelf uiteraard, die was geniaal (vond-ie). En er moest voor dat alles ook flink betaald worden. Na enkele jaren was de gekkigheid wel voldoende en hebben we, toch nog, in goed onderling overleg afscheid van elkaar genomen. Je kan wel ruzie (blijven) maken, maar daar wordt, behalve de usual suspects, echt helemaal niemand beter van.

Na verloop van tijd ben ik als bedrijfsjurist terecht gekomen bij een van de grootste inkooporganisaties. Het betrof een ledenorganisatie met veel bekende formules. Het "f"-woord was beladen, geen probleem, dan werd het gewoon een samenwerkingsverband genoemd. Vanwege het ledenkarakter had je een wat afwijkende dynamiek in vergelijking met gebruikelijke franchiseorganisaties. De leden voelden zich vanwege de ledenorganisatie meer eigenaar dan "franchisenemer", in de samenwerkingsovereenkomsten "ondernemers" genaamd om het "f"-woord te voorkomen. Dat betekende in de praktijk vaak wel dat aansturing niet altijd vanzelfsprekend was, de ondernemer wist het vaak zelf wel beter (dacht-ie althans). Laat staan als er iets aan het concept gewijzigd moest worden. Ondanks dat kwamen echte moeilijke of zware discussies, laat staan procedures, nauwelijks voor. Als franchisegever heb je er namelijk meer aan om de lieve vrede te bewaren, daar is over het algemeen iedereen meer bij gebaat.

De laatste 8 jaren ben ik als zelfstandig gevestigd bedrijfsjurist werkzaam, met franchise als veruit het belangrijkste aandachtspunt en heb ondertussen veel gezien van en ervaren met franchise. Een heel mooi samenwerkingsmodel wat mij betreft. Het voorontwerp heb ik dan ook bekeken met de bril van franchisenemer, (medewerker van) franchisegever en als zelfstandig gevestigde (externe) "collega" (waarbij ik zowel franchisenemers als franchisegevers adviseer), aangezien ik nauwe betrokkenheid bij mijn klanten belangrijk vind. Kortom, vanuit alle relevante hoeken.

### Voorontwerp

En daar ligt dan het voorontwerp van de franchisewet, neergelegd in een overzichtelijk aantal artikelen en waarop, helaas in een zeer kort tijdsbestek, gereageerd kan worden. Dat korte tijdsbestek is jammer, want gelet op het aantal formules, franchisenemers en het maatschappelijke belang van franchise, zou daar best wat meer tijd voor ingeruimd hebben mogen worden. Daar komt bij dat het moment waarop het voorontwerp voor consultatie is aangeboden, de feestdagen, ook bijzonder ongelukkig was. Maar goed, niet klagen, dat gebeurt jammer genoeg al te vaak. Hopelijk wordt voor het vervolg wat meer tijd ingeruimd.

Omdat het burgerlijk wetboek slechts enkele benoemde overeenkomsten kent, is een nieuwe benoemde overeenkomst best bijzonder. Daar zou een goede reden voor hebben moeten bestaan. De memorie van toelichting geeft als reden de intrinsiek ongelijkwaardige relatie, waarbij de franchisegever diens overwicht inzet, die tot onredelijke en onwenselijke situaties leidt voor een franchisenemer, uitmondend in het niet zonder kleerscheuren uit een "ongezonde" franchiserelatie stappen. De toon is daarmee gezet, en gelet op de praktijk een nogal valse toon. Met dat laatste heb ik niet beoogd om iemand voor het hoofd te stoten, maar ik ben nu eenmaal niet zo diplomatiek aangelegd, waarvoor excuses.

Verder laat het zien dat de opstellers kennelijk niet goed begrijpen wat franchise in de praktijk echt inhoudt. De door de opstellers geschetste problematiek behelst een erg theoretisch verhaal, terwijl de praktijk een veel genuanceerder beeld laat zien. Het is niet enkel een een-op-een relatie tussen een franchisenemer en een franchisegever, maar het gaat veel verder dan dat. De franchisegever heeft een concept bedacht en daarbij willen (kennelijk) zelfstandig ondernemers zich aansluiten, bijvoorbeeld omdat ze zichzelf melden, of door franchisegever geworven worden of anderszins. Niemand die ze dwingt om van het concept gebruik te maken.

De franchisegever moet dan, wanneer de franchisegever zijn concept aan derden in gebruik wil geven, wel ervoor zorgdragen dat zijn geesteskindje (én in de meeste gevallen tevens eigendom, maar masterfranchise komt uiteraard ook voor) goed wordt gebruikt en dat de ondernemers die gebruik maken van het concept, dit niet alleen jegens de franchisegever op correcte wijze doen, maar, en zeker niet minder belangrijk, ook jegens diens collega-franchisenemers. De franchiserelatie is dus inderdaad, maar dan wel om voornoemde redenen, ongelijkwaardig en die relatie kan niet anders dan ongelijkwaardig zijn. Hoeveel schepen komen goed aan met meerdere kapiteins? En komen ze in dat geval op tijd aan op het juiste eindpunt, en wie mag die tijdigheid en dat eindpunt dan bepalen?

Jullie kennen ongetwijfeld allemaal wel de opmerking dat Nederland miljoenen bondscoaches heeft, en al helemaal wanneer er een EK of WK gespeeld moet worden of wedstrijden om zich daarvoor te kwalificeren. Iedereen denk het beter te weten, maar eigenlijk weten we allemaal wel beter. Vanaf de zijkant kan je immers nooit alles zien en het gros van de toeschouwers heeft het spel op een dergelijk niveau zelf nooit beoefend.

Het wetsontwerp laat ook zien dat er met name vanaf de zijkant naar franchise is gekeken, en dan met name naar "overtredingen". Helaas bestaat bij de franchise nog geen VAR, zodat het niet mogelijk is om direct te kunnen constateren of er überhaupt wel sprake is van een overtreding of een schwalbe.

Overigens pretendeer ik niet dat ikzelf alles doorheb of de waarheid in pacht heb, maar juist omdat ikzelf alle rollen bij franchise vervuld heb, kan ik daar in ieder geval in praktisch juridische en inhoudelijke zin wel wat over schrijven, alles uit het hiernavolgende is op mijn eigen ervaringen met franchise gebaseerd. Maak daar gebruik van zou ik zeggen.

De memorie van toelichting vermeldt verder dat de “problemen zich overigens niet in grote aantallen rechtszaken uiten, maar het relatief geringe aantal rechtszaken tussen franchisegevers en -nemers blijkt geen betrouwbare indicator te zijn voor het werkelijke aantal conflicten.” En ongefundeerde onderbuikgevoelens zijn kennelijk wel een betrouwbare indicator? Zo lust ik er nog wel een paar, dank je de koekoek, da’s natuurlijk geen manier van doen van echt onderzoek of om een basis te leggen voor een wetsontwerp.

Wanneer je op rechtspraak.nl onder uitspraken zoekt op de zoekterm “franchise” in de jaren 2017 en 2018, kom je respectievelijk 174 en 90 uitspraken tegen, en dan heb ik het nog niet eens over de inhoud van die zaken (alleen dat er in ieder geval 1 keer de term “franchise” in de uitspraak wordt genoemd), noch wie er uiteindelijk in het gelijk is gesteld. Met alle respect, maar die aantallen in relatie tot alle andere gepubliceerde uitspraken stellen gewoon niks voor. En dat er weinig is gepubliceerd, sluit ook aan bij mijn eigen praktijkervaring: natuurlijk bestaan er discussies in franchiserelaties, maar binnen welke relaties bestaan er geen discussies? Bovendien zijn discussies helemaal niet verkeerd en is voor een formule een kritische franchisenemer (mits die niet enkel het eigen belang nastreeft) juist heel fijn en noodzakelijk, zelfs als dat voor de franchisegever veel extra tijd kost. Zelf maak ik dan ook nauwelijks problemen mee die uitmonden in een juridische procedure.

Ik krijg uit de memorie van toelichting dan ook sterk de indruk dat de “problemen” fors uit de context worden gehaald en al helemaal niet op de juiste waarde worden geschat. En dat heeft, excusez le mot, een draak van een wetsontwerp opgeleverd.

Moet franchise dan niet in de wet verankerd worden? Op zich is er helemaal niks tegen een wettelijke verankering, maar zorg er dan wel voor dat er een wet komt die recht doet aan de praktijk, recht doet aan de positie van partijen, die partijen ook kunnen naleven, die niet op meerdere manieren uit te leggen is en waaraan de praktijk dan ook echt wat aan heeft. Het wetsontwerp dat nu voor ligt, voldoet daar naar mijn mening niet aan en dat zal ik in het navolgende, zonder uitpuddend te zijn overigens (daarvoor is het gegeven tijdsbestek te kort), toelichten aan de hand van de artikelen van het wetsontwerp.

### **Artikelsgewijs**

#### **Artikel 7:911 BW Definities**

Hier hebben de opstellers wat mij betreft prima werk geleverd, de gedefinieerde termen worden in franchise gebruikt en de definities zoals die zijn opgenomen zijn leesbaar en begrijpelijk en sluiten dan ook goed aan bij de (rechts-)praktijk.

Wel een opmerking over de knowhow: uiteraard rust daar wel auteursrecht op, maar in de praktijk maak je maar al te vaak mee dat er nogal makkelijk dingen gekopieerd worden en is het zeer lastig om daar wat aan te doen. En juist dat maakt het weer moeilijk voor een franchisegever om in de precontractuele fase aan een kandidaat-franchisenemer alles ter zake van de knowhow te verstrekken (zoals handboeken en andere gegevensdragers waarin of waarop die knowhow is vastgelegd). Je kan dan wel een geheimhoudingsovereenkomst laten ondertekenen (alhoewel het wetsontwerp niet toelaat dat een kandidaat-franchisenemer voor het ondertekenen van de franchiseovereenkomst investeringen pleegt, daarover later meer, en voor het ondertekenen van een geheimhoudingsovereenkomst zal een verstandige kandidaat-franchisenemer zich laten adviseren en dus zullen er kosten gemaakt moeten worden). En dan moet een franchisegever die knowhow ook nog eens verstrekken op een duurzame gegevensdrager. Dat is echt vragen om problemen voor de franchisegever.

#### **Artikel 7:912 BW Goed franchisegever-goed franchisenemer**

Op zich heb ik niet zoveel op tegen om op te nemen dat partijen zich goed tegen elkaar hebben te gedragen, maar dit zou eigenlijk volstrekt normaal moeten zijn en biedt het BW al elders voldoende handvatten om hier wat mee te doen. Een overbodige bepaling, maar kan weinig kwaad.

#### **Artikel 7:913 BW Verplichting om benodigde Informatie te verstrekken**

Ook hierover is in het BW en jurisprudentie al het nodige geregeld, geschreven en geoordeeld. Om het nu op 1 plaats nogmaals goed vast te leggen, is dan ook prima. Het stuit wat mij betreft op geen enkel probleem dat

partijen aan elkaar de informatie moeten verstrekken, die partijen nodig hebben om uiteindelijk te kunnen bepalen of ze met elkaar verder willen (lees: een franchiseovereenkomst en franchiserelatie aangaan).

Alleen wordt hier aangegeven dat dit verstrekken dient te gaan onder gebruikmaking van een duurzame gegevensdrager. Voor het achteraf kunnen aantonen dat niet alle vereiste informatie is verstrekt, dan wel dat de verstrekte informatie niet juist/volledig was, is dat te begrijpen, maar voor (wederom) de bescherming van de knowhow een lastig punt. Franchisegevers vinden het prima om alles waar de kandidaat-franchisenemer om vraagt te verstrekken. Maar om dit nou, zonder dat er zekerheid is dat die franchiseovereenkomst ook daadwerkelijk gaat komen, juist ook de belangrijkste informatie, op een duurzame gegevensdrager te moeten verstrekken, gaat te ver. Een alternatief zou kunnen zijn dat een kandidaat-franchisenemer, net zo vaak als gewenst, via een afgeschermd internetpagina, toegang krijgt tot de benodigde informatie (waaronder ook de knowhow). Dit voorkomt echter nog steeds niet dat de kandidaat-franchisenemers foto's van het beeldscherm kan maken, zodat inzage ten kantore van de franchisegever de voorkeur heeft.

#### Artikel 7:914 BW Bedenktijd

Bezint eer ge begint is een heel goed uitgangspunt, dus heel goed nadenken over wat je wilt en dan ook de consequenties daarvan erbij betrekken is zeer verstandig. Het zou eigenlijk niet eens opgenomen hoeven moeten worden, maar goed, prima. Wel een lastig praktisch puntje is 2.c.: een kandidaat-franchisenemer mag niet worden aangezet tot het doen van betalingen of investeringen die, direct of indirect, samenhangen met en vooruitlopen op de nog te sluiten franchiseovereenkomst. Dit zou betekenen dat enkel de franchisegever in de mogelijke franchiserelatie moet investeren, terwijl er ook voor de franchisegever geen enkele zekerheid bestaat dat die franchiserelatie daadwerkelijk tot stand komt. Dat lijkt mij geen evenwichtige regeling. Niemand dwingt partijen om met elkaar in overleg te gaan, en als partijen toch met elkaar in overleg willen gaan, zal dat voor beide partijen kosten met zich meebrengen en mogelijk zelfs investeringen. Uiteraard zullen die kosten en investeringen wel met de grootste zorgvuldigheid en voorzichtigheid moeten worden gemaakt/gedaan en het spreekt voor zich dat dit in goed overleg moet plaatsvinden.

Zo komt het in de praktijk regelmatig voor dat een franchisegever, al dan niet reeds in gesprek met een kandidaat-franchisenemer, een locatie huurt, om die vervolgens in het kader van de franchiseformule onder te verhuren. Zeker wanneer dit huren in overleg met of zelfs op initiatief van een kandidaat-franchisenemer geschiedt, zou een kandidaat-franchisenemer zich niet zomaar moeten kunnen terugtrekken (en dat kan om veel redenen en zeker niet allemaal om redelijke redenen) om de franchisegever vervolgens met een gehuurd pand zonder franchisenemer te laten zitten. Ook al is in 7:912 BW dan opgenomen dat partijen zich goed jegens elkaar hebben te gedragen, door het nu expliciet op te nemen dat van een kandidaat-franchisenemer geen betalingen of investeringen mag worden gevraagd, kan de kandidaat-franchisenemer zich op dit vlak kennelijk wel als een niet-goed gedragend franchisenemer opstellen. En om dan maar van de franchisegever te verlangen dat die pas activiteiten op het vlak van huren locaties onderneemt wanneer alles definitief met een kandidaat-franchisenemer is geregeld, brengt met zich mee dat de franchisegever interessante locaties aan zich voorbij moet laten gaan. Dat werkt gewoon zo niet, of we dat nou leuk/gewenst vinden of niet. 2.c zou dan ook aangepast moeten worden en wel in die zin, dat van partijen in de onderhandelingsfase verwacht mag worden bereid te zijn om in elkaar te investeren en kosten ten behoeve van elkaar te maken, maar dat die te plegen investeringen en te maken kosten uitsluitend in goed overleg en gebaseerd op de onderling verstrekte informatie zullen worden vastgesteld. Je zou desnoods ook nog kunnen denken aan een voorschot op de entreevergoeding, (die dan vervolgens, nadat de franchiseovereenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen, met de entreevergoeding wordt verrekend. De mogelijkheid om in de precontractuele fase een voorovereenkomst te kunnen aangaan, waarin onder andere zou kunnen worden vastgelegd welke informatie wordt verstrekt, hoe die mag worden gebruikt en welke kosten er zowel tijdens de precontractuele fase gemaakt moeten worden als tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst (inclusief te plegen investeringen), waarbij een voorschot met een eventuele entreevergoeding verrekend mag worden, moet dan ook worden toegevoegd aan de franchisewet.

#### Artikel 7:915 BW Inhoud voorafgaand aan franchiseovereenkomst te verstrekken informatie

Hoewel het zowel volstrekt logisch als wenselijk en noodzakelijk is dat partijen voorafgaand alle informatie verstrekken die nodig is om een afgewogen beslissing te kunnen nemen met betrekking tot het aangaan van de franchiserelatie (lid 1.), is met name de verplichting tot het verstrekken van alle benodigde informatie over de financiële posities een lastige. Het is voor een kandidaat-franchisenemer uiteraard gewenst dat die weet dat de franchisegever niet op korte termijn zal kunnen omvallen, net zoals het voor een franchisegever wenselijk is om te weten dat de kandidaat-franchisenemer in staat is om voldoende middelen bij elkaar te kunnen krijgen om de formule op de juiste wijze te kunnen exploiteren. Maar welke financiële informatie is daartoe toereikend? Deze bepaling is dan ook vragen om problemen en is voer voor adviseurs om procedures te gaan starten.

Lid 2 brengt ook de nodige aandachtspuntjes met zich mee.

Zo zal het verstrekken van financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie (letter b.) niet in alle gevallen mogelijk zijn. Bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een geheel nieuwe locatie, waarop nog nooit de formule is geëxploiteerd of waarbinnen een redelijk kring eromheen ook nog nooit de formule is geëxploiteerd.

Hooguit zou er een marktonderzoek gepleegd kunnen zijn (bijvoorbeeld in het kader van een witte-vlekkenplan), maar dan nog zegt een dergelijk onderzoek betrekkelijk weinig. Kleine leugens, grote leugens en statistieken zei al lang geleden mijn aardrijkskundedocent.

Een dergelijk marktonderzoek (en in het vervolg daarvan ook nog vaak een exploitatiebegroting) lijkt in de praktijk echter adviseurs wel vaak een stok te bieden om de franchisegever mee te slaan. Behoudens het geval dat franchisegever willens en wetens de kandidaat-franchisenemer foute informatie heeft verstrekt, is dat natuurlijk volstrekt onterecht, maar brengt wel met zich mee dat aan het eind van dat liedje enkel de adviseurs er wijzer op zijn geworden. Dat moeten we dus voorkomen.

Het verstrekken van een concept-franchiseovereenkomst is normaal, maar het verstrekken van het handboek (zie letter c.) gaat te ver, aangezien in het handboek juist de knowhow is opgenomen. Een samenvatting of een overzicht op basis van steekwoorden zou toereikend moeten zijn, al helemaal wanneer er ten kantore van de franchisegever inzage in het handboek is verleend (en het stuit op geen enkel probleem als daarbij een adviseur van de kandidaat-franchisenemer aanwezig is). De overige in dit artikel genoemde te verstrekken informatie lijkt mij voor de praktijk prima in te vullen. Wel heb ik enige moeite dat de opsomming dwingend is opgeschreven. Wanneer er in dat geval niet volledig is voldaan aan de opsomming (bijvoorbeeld omdat het gewoon niet voorhanden is), biedt dat, zeker voor de minder praktisch ingestelde jurist, een stok(je) om te gaan slaan en om wanprestatie te gaan roepen, ongeacht of er feitelijk schade is ontstaan. Die opsomming zou dan ook meer indicatief moeten zijn in plaats van dwingend. Dat er bij AMvB nadere regels gesteld kunnen worden maakt mij niet geruster.

#### Artikel 7:916 BW Inhoud tijdens looptijd franchiseovereenkomst te verstrekken informatie

Dit betreft met name de informatie die nodig is om in te schatten of de franchiseovereenkomst wel daadwerkelijk de looptijd zal kunnen volmaken en wat er zowel tijdens de looptijd als na afloop van de franchiseovereenkomst mogelijk zal kunnen wijzigen aan de formule en de afgeleide formule (waarmee bijvoorbeeld een webshop is bedoeld, of eigen winkels van franchisegever). Op zich stuit het uiteraard op geen problemen dat van partijen verwacht mag worden dat zij elkaar goed blijven informeren (ook bijvoorbeeld nodig om vergoedingen vast te kunnen stellen, of te controleren of de formule goed wordt gebruikt). Maar ook hier wordt weer te veel ruimte opengelaten of partijen zich wel voldoende aan de informatieplicht hebben gelaten: wanneer zal een wijziging van de financiële positie zodanig zijn, dat daardoor de franchiseovereenkomst niet of ongewijzigd kan worden voortgezet? Wat is een aanzienlijke invloed, en hoe is die te meten?

#### Artikel 7:917 BW AMvB

Door het opnemen van de mogelijkheid om toch nog een AMvB te kunnen gebruiken om nadere eisen aan de aard, inhoud en wijze van te verstrekken informatie te kunnen stellen, maken de opstellers op voorhand al duidelijk dat het kennelijk toch niet zo eenvoudig is om de spelregels ter zake van te verstrekken informatie voor eens en voor altijd eenduidig vast te leggen. En dat is dan ook precies de reden waarom franchisegevers moeite hebben met de verplichting om zo ongeveer volledig met de billen bloot te moeten gaan tijdens de onderhandelingsfase, aangezien juist dat voer voor procedures oplevert. Het verstrekken van juiste informatie, toereikend om een afgewogen beslissing te kunnen nemen en om inzage te krijgen in wat er van je verwacht wordt indien je van een formule

gebruik wil maken, helemaal goed, maar dat kan niet ertoe leiden dat een franchisegever zijn hele ziel en zaligheid moet prijsgeven, wellicht zelfs ongemerkt aan een concurrent.

#### Artikel 7:918 BW Verlenen bijstand door franchisegever

Prima, ik ken geen franchiseovereenkomst waar een dergelijke verplichting voor een franchisegever niet is opgenomen. En misschien daarom wel een overbodige bepaling.

#### Artikel 7:919 BW Verplichte onderwerpen in franchiseovereenkomst (goodwill/afname/concurrentiebeding/wijziging)

*Lid 1* bevat de verplichting om in de franchiseovereenkomst op te nemen welke goodwill aanwezig is in de franchiseonderneming (letter a.), hoe de goodwill redelijkerwijs aan franchisenemer is toe te rekenen (letter b.) en dat er tenminste jaarlijks overleg plaatsvindt tussen partijen (letter c.). Letter c. is een volstrekt logische bepaling en werkt zo bij alle franchiseformules die ik adviseer.

De goodwill is echter iets nieuws. Wat voor ogen gehouden moet worden, is dat de formule eigendom is van franchisegever (althans, wanneer geen sprake is van masterfranchise) en dat het franchisegever is die het concept ontwikkeld heeft en daarin heeft geïnvesteerd. Dat er, nadat franchisegever het door hemzelf ontwikkelde concept kennelijk zodanig aantrekkelijk is dat derden erin geïnteresseerd zijn geraakt om ook van dat concept (en daarmee formule geworden) gebruik te kunnen maken, vervolgens op basis van een franchiseovereenkomst een onderneming op basis van de formule te exploiteren, brengt niet mee dat franchisenemer vervolgens recht heeft op goodwill. Immers, waarom wil een franchisenemer gebruik maken van een formule? Om op diverse onderwerpen ontzorgd te worden, niet zelf het wiel te hoeven uitvinden en in de verwachting dat franchisenemer door het gebruik maken van de formule meer omzet en winst zal kunnen maken, dan wanneer franchisenemer met zijn eigen onderneming zonder franchise was doorgegaan of een onderneming zonder formule was gestart.

De "goodwill" zit dan al feitelijk in de betere exploitatie.

Dat laat uiteraard onverlet dat wanneer een franchisenemer zijn onderneming wil verkopen, dat de franchisenemer graag een zo hoog mogelijke koopprijs wil ontvangen, ongeacht of de koper nou franchisegever is, of een derde. Een ander onderscheid is dat of de verkoop van de onderneming geschiedt onder voortzetting van de formule, of juist zonder formule.

Wanneer een franchisenemer diens onderneming aan de franchisegever wil verkopen, bestaat er op zich een belangentegenstelling: een zo hoog mogelijke koopprijs voor franchisenemer versus een marktconforme koopprijs voor franchisegever (aangezien franchisegever op zijn beurt de onderneming door wil verkopen aan een opvolgend franchisenemer, die niet een te hoge koopprijs voor de onderneming kan betalen, aangezien dit mogelijk niet gefinancierd wordt of niet binnen een redelijke termijn kan worden terugverdiend, met als mogelijk risico een voortijdig einde). Overigens wordt in franchiseovereenkomsten vaak een voorkeursrecht opgenomen, waarbij franchisenemer diens onderneming eerst aan franchisegever dient aan te bieden en waarin tevens is bepaald wat er gebeurt indien franchisegever al dan niet gebruik maakt van diens voorkeursrecht.

Wanneer het goed is geregeld (en prima om daar wettelijke spelregels aan te verbinden), is dan tevens opgenomen dat wanneer franchisegever en franchisenemer er niet uitkomen binnen een afgesproken termijn, dat franchisenemer vrij is om diens onderneming aan derden aan te bieden. En in dat laatste geval kan franchisenemer natuurlijk elke koopprijs vragen.

In alle gevallen (verkoop aan franchisegever, opvolgend franchisenemer, derde zonder formule) komt in de praktijk de koopprijs normaliter tot stand tijdens de gebruikelijke onderhandelingen, waarbij diverse wijzen van waardering van de onderneming gehanteerd kunnen worden en waarbij uiteindelijk de koop tot stand komt tegen een prijs waarmee koper en verkoper kunnen leven. Dat een deel van de koopprijs mogelijk goodwill wordt genoemd, is dan aan partijen.

Een andere situatie is dat de franchiseovereenkomst eindigt. Dat kan meerdere redenen hebben, zoals bijvoorbeeld een toerekenbare tekortkoming, geen verlenging willen aangaan of gewoon willen stoppen (bijvoorbeeld wegens pensionering). In dergelijke situaties kan geen sprake zijn van goodwill: de franchiseonderneming gaat in het vervolg verder zonder formule, of wordt gestaakt en in beide situaties kan niet van een franchisegever geveerd worden om een goodwill daarvoor te betalen, zelfs niet wanneer het eindigen van de franchiseovereenkomst wordt geïnitieerd door franchisegever. Wanneer een franchisenemer telkens keurig de gemaakte afspraken nakomt, zal een franchisegever eigenlijk nooit de franchiseovereenkomst willen beëindigen of niet willen verlengen, dat heb ik althans nog nooit meegemaakt.

Faillissement als reden voor het beëindigen laat ik buiten beschouwing, alhoewel ik als bedrijfsjurist heb meegemaakt dat een curator zich bij het uit de boedel kopen van de onderneming door franchisegever goodwill heeft willen laten toekomen. Absurd wat mij betreft, maar helaas ook de realiteit.

Om discussies over goodwill te voorkomen, zou het dan ook verstandig zijn om goodwill uit de wet te schrappen. Het wel opnemen zal uiteindelijk uitsluitend tot ellenlange discussies en daarbij behorende procedures leiden en voegt aan de dagelijkse franchisepraktijk niks zinnigs toe.

*Lid 2* behelst een afnameverplichting. Prima dat is opgenomen dat in een dergelijk geval wel sprake dient te zijn dat dit tegen in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden moet gelden. Ik denk dat de opstellers vergeten zijn om naast voorwaarden tevens condities op te nemen (bijvoorbeeld kortingspercentages, inkooprijzen), maar vermoedelijk is er geen onderscheid tussen voorwaarden en condities beoogd. Misschien wel verstandig om dit toch nog op te nemen.

*Lid 3* behelst een non-concurrentiebeding bij einde franchiseovereenkomst en die sluit aan bij artikel 5 lid 3 Groepsvrijstelling en zoals het eigenlijk al sinds jaar en dag (door mij in ieder geval) in franchiseovereenkomsten wordt opgenomen.

*Lid 4* regelt de wijziging van de franchiseovereenkomst met aanzienlijke gevolgen voor de exploitatie en dan met name de invloed van franchisenemers daarop. Hoewel het volstrekt logisch en verstandig is om franchisenemers bij een voorgenomen wijziging te betrekken, ongeacht of het gaat over kleine gevolgen of grote (aanzienlijke) gevolgen, gaat het mijns inziens veel te ver om in plaats van advies zelfs de toestemming van (een groot deel van) de franchisenemers nodig te hebben. Waaraan voorbijgegaan wordt is namelijk dat de formule gewoon van franchisegever is en van franchisegever wordt nota bene (terecht) verwacht dat die de formule blijft ontwikkelen en daarin blijft investeren.

Verder moet adequaat in concurrentie met anderen getreden kunnen worden en dat verhoudt zich niet met ellenlange overleggen zonder dat geacteerd kan worden op hetgeen de markt op enig moment vraagt. De instemming zal dan ook tot grote problemen gaan leiden en dat is ongewenst. Dat in individuele gevallen (wanneer een franchisenemer bijvoorbeeld net het hoofd boven water kan houden) rekening kan worden gehouden met bijzondere omstandigheden en dat de betreffende franchisenemer enig respijt krijgt (of anderszins afspraken gemaakt worden) om de wijziging later of aangepast te mogen doorvoeren is trouwens ook een gebruikelijke bepaling in een franchiseovereenkomst, althans in de franchiseovereenkomsten die ik opstel of ter beoordeling voorgelegd krijg.

#### Artikel 7:920 BW Plannen franchisegever die grote invloed hebben op exploitatie franchisenemers

Dit artikel regelt de situatie dat een franchisegever bijvoorbeeld besluit om met een webshop te starten. Aangezien dit zeker een grote invloed kan hebben op de exploitatie van franchisenemers, is het toestemming moeten verkrijgen (op dezelfde wijze en in dezelfde verhouding als geregeld in 7:919 lid 4) ook in een dergelijke situatie niet gewenst. Vanwege de over het algemene forse te plegen investering zullen franchisenemers hiermee niet snel instemmen, terwijl het voor de formule wel van groot belang is (al zal dit belang zich over het algemeen, juist vanwege die forse investeringen, pas in de iets verdere toekomst, laten blijken, de kosten gaan in een dergelijk geval echt voor de baten uit).

Beter zou het zijn geweest dat niet wordt opgenomen dat franchisenemers toestemming moeten verlenen, maar dat franchisegever eerst een soort “nul-meting” moet uitvoeren, zodat eventuele dalingen van de (individuele) omzetten vastgesteld kunnen worden en dat over die dalingen dan bij voorbaat afspraken gemaakt kunnen/moeten worden. En als franchisenemers mee-investeren, zou een afspraak gemaakt moeten worden over een vergoeding inzake de via de webshop gerealiseerde omzet. Slagvaardigheid moet in ieder geval altijd mogelijk blijven.

#### Artikel 7:921 Dwingend recht

Dit artikel laat duidelijk zien wie de zwakkere partij (in de ogen van de opstellers althans) is en wiens belangen het best verdedigd moeten worden. Een dergelijke bepaling is ook opgenomen in het huurrecht en het arbeidsrecht, maar het huurrecht en arbeidsrecht betreffen echt andere verhoudingen (Is het dan ook de bedoeling dat de kantonrechter de absoluut bevoegde rechter wordt inzake franchisegeschillen? Dat zou wel een zinvolle aanpassing zijn, omdat dan veel theoretisch geleuter voorkomen wordt en gediscussieerd kan worden waarover het echt dient te gaan). Weliswaar moet de franchisegever een zwaardere rol in de franchisere relatie innemen dan een franchisenemer, maar daar bestaan (zie eerder) goede redenen voor. Artikel 7:921 zou mijns inziens dan ook geschrapt moeten worden.

#### Enkele ontbrekende onderwerpen

Wanneer de wetgever het dan toch gewent acht om een wettelijke regeling te maken, maak die regeling dan gelijk compleet. Zo mis ik bijvoorbeeld de mogelijkheid dat binnen een franchiseverband het mogelijk wordt om niet enkel adviesprijzen te adviseren, maar dat het franchiseverband ook, net als het grootwinkelbedrijf, de mogelijkheid krijgt om landelijk te hanteren prijzen voor te schrijven. Dit wordt op dit moment door het mededingingsrecht weliswaar verboden (behoudens enkele acties met beperkte assortimenten), maar als je er nuchter naar kijkt, is dat eigenlijk vreemd. Waarom mag een grootgrutter bepalen dat in heel Nederland de prijs van een liter melk € 1 is, en mag een franchisegever dit niet voorschrijven voor zijn franchisenemers? We hebben toch altijd onze mond zo vol met het “level playing field”?

Verder mis ik een regeling waarbij op grond van de franchisewet een koppeling tussen franchiseovereenkomst en huurovereenkomst kan worden gelegd. Daarbij zijn zowel franchisenemer als franchisegever gebaat. Voor die koppeling moeten franchisegever en franchisenemer daarvoor nu telkens naar de kantonrechter om een verzoek daartoe in te dienen en dat kan zeer eenvoudig in de wet geregeld worden (bijvoorbeeld door middel van een extra beëindigingsgrond in artikel 7:296 BW). Dat scheelt tijd en geld voor franchisegever en franchisenemer en iedereen weet hoe druk de rechters zijn.

#### Conclusie

Hoe sympathiek de poging ook moge zijn, het voorontwerp heeft echt nog zeer veel aanpassingen nodig om uiteindelijk voor de praktijk van wezenlijke toevoeging te zijn. Nu worden er hoofdzakelijk problemen veroorzaakt en dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn. Ook voor het wetsontwerp geldt dan ook “bezint eer ge eraan begint.”

Met vriendelijke groet,  
Van der Sluijs De **Retail**jurist

Hans van der Sluijs