Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Artikel

Het Wetsvoorstel franchise: verbeterd, maar nog steeds werk aan de winkel

Prof. mr. H.N. Schelhaas en mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

Het zat er al een tijdje aan te komen: het in februari jl. uitgebrachte Wetsvoorstel franchise. Daar waren twee eerdere wetgevende avances en een regeerakkoord voor nodig: eerst een weinig levensvatbaar wetsvoorstel uit 2017 dat er louter toe strekte een bekritiseerde gedragscode tot wet te verheffen,[1] toen een regeerakkoord waarin het voornemen besloten lag om een franchisewet op te stellen,[2] en vervolgens in december 2018 een voorontwerp voor een dergelijke nieuwe wet.[3] Dat is de voedingsbodem geweest voor het op 11 februari 2020 uiteindelijk gepubliceerde Wetsvoorstel franchise.[4] Waarom werd wetgeving dan zo noodzakelijk geacht? Omdat de noodzaak werd gevoeld om de positie van de franchisenemer te versterken.[5]

Het voorontwerp uit 2018 vormde de blauwdruk voor het thans aanhangige wetsvoorstel. Dat voorontwerp werd vanuit franchisenemerszijde gesteund, door franchisegevers zeer kritisch bejegend[6] en in de literatuur kritisch ontvangen,[7] ook door ons in dit tijdschrift.[8] In het huidige wetsvoorstel is in vergelijking met het voorontwerp een aantal punten aangepast, zoals de reikwijdte van de voorgestelde goodwillvergoeding, de introductie van een onderzoeksplicht aan de zijde van de franchisenemer, en een beperking van het goedkeuringsvereiste bij wijziging van de franchiseformule,[9] maar zijn ook belangrijke onderdelen uit het voorontwerp ongewijzigd gebleven. In deze bijdrage onderwerpen wij het wetsvoorstel aan een kritische blik. Daartoe schetsen wij eerst de contouren van het wetsvoorstel en beschrijven wij welke mechanismen de wetgever nodig acht om de positie van de franchisenemer te versterken (par. 2). Op een aantal belangrijke onderwerpen daarvan, dat afwijkt van de bestaande rechtspraktijk en waar wij eerder ook het vizier op richtten,[10] gaan wij vervolgens dieper in: de rechtvaardiging van het wetsontwerp

* Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat in Nieuwkoop en Aalsmeer onder de naam facily LAW advocatuur en adviseur bij La Gro Geelkerken Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Conceptwetsvoorstel wettelijke verankering gedragscode franchise van 12 april 2017, gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl/franchise/details, waarover o.m. M. de Koning, Het 'wettelijke haakje' van de Nederlandse Franchise Code, NJB 2017/18, p. 1251-1258.
2. Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017-2021, p. 35.
3. Voorontwerp Wet franchise van 12 december 2018, gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl/wet_franchise.
4. Kamerstukken II 2019/20, 35392, 2 (Voorstel van wet). De titel zal bestaan uit twaalf inhoudelijke artikelen: art. 7:911 tot en met 7:922 BW.
5. Voor het huidige wetsvoorstel zie Kamerstukken II 2019/20, 35392, 3 (MvT), p. 2-7. Voor het voorontwerp zie www.internetconsultatie.nl/wet_franchise. Dit meest recente voorontwerp voor de Wet Franchise uit december 2018 duiden wij in dit artikel aan met Voorontwerp.
6. De internetconsultatie van het Voorontwerp leverde liefst 572 reacties op van franchisegevers, -nemers, wetenschap en praktijk, waarvan de franchisenemers over het algemeen positief waren en franchisegevers over het algemeen negatief; vgl. MvT, p. 20. De openbare reacties – 362 in getal – zijn op internet raadpleegbaar: www.internetconsultatie.nl/wet_franchise.
7. Zie bijv. T. de Mönnink, Franchise, begin met het waarom, ORP 2018/3; M. de Koning. Het 'wettelijk haakje' van de Nederlandse Franchise Code, Handig (aan)gehaakt of toch liever iets zelf breien?, NJB 2017/967, afl. 18, p. 1251 e.v.
8. H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Het Voorontwerp Franchise: strike two voor de wetgever, Contracteren 2019/1, p. 3-14.
9. De Afdeling Wetgeving van de Raad van State oordeelde zelfs dat het wetsvoorstel 'aanzienlijk' van het Voorontwerp verschilde: www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@119965/samenvatting-advies-franchise regels, geraadpleegd op 11 april 2020.
10. Omdat een deel van deze onderwerpen ongewijzigd is gebleven en wij daar ten aanzien van het Voorontwerp al kritiek op hebben geuit, ont-

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

(par. 3), de precontractuele informatie- en onderzoeksplicht en de daaraan gekoppelde standstillperiode (par. 4) en de beoogde goodwillvergoeding voor de franchisenemer (par. 5). Het bestek van deze bijdrage laat het niet toe om *alle* onderwerpen diepgaand te analyseren, maar wij stippen ze in de navolgende paragraaf wel aan.

2. De contouren van het wetsvoorstel

2.1 Het wetsvoorstel in vogelvlucht

In het regeerakkoord van 2017 werd het voornemen om tot wetgeving op het gebied van franchise over te gaan gemotiveerd door te wijzen op de noodzaak 'om de positie van franchisenemers in de pre-competitieve fase te versterken'. De regering was het vooral te doen om de precontractuele fase, maar daar is het wetsvoorstel niet toe beperkt gebleven. De wetgever achtte ook andere mechanismen in de contractuele en postcontractuele fase nodig om de positie van de franchisenemer te verstevigen.[11] Wij geven een korte *tour d'horizon* van de elementen van het wetsvoorstel, dat beoogt een 16e titel aan Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) toe te voegen.

In de eerste plaats stelt het wetsvoorstel voorop dat partijen zich jegens elkaar als goed franchisegever en franchisenemer moeten gedragen (ontwerpart. 7:912 BW). Dit voorschrift is geïnspireerd op de wettelijke verplichting zich als goed werkgever en goed huurder te gedragen. In de context van franchise betekent dit volgens de memorie van toelichting (MvT) onder meer dat 'de franchisegever zich naast zijn eigen belang rekenschap geeft van zowel de belangen van de keten als geheel, als van de individuele belangen van de franchisenemer'. Verder mag hij zich bij de werving van nieuwe franchisenemers niet uitsluitend door zijn eigenbelang laten leiden, maar moet hij ook oog hebben voor het belang van de franchisenemer, is hij gehouden de franchiseformule te ontwikkelen en innoveren, en heeft hij zich ook bij met de franchiseovereenkomst samenhangende overeenkomsten zoals huurovereenkomsten redelijk te gedragen.[12] De consequentie van het centrale gedragsvoorschrift voor de franchise*nemer* beperkt zich in de MvT tot de verplichting om zich constructief op te stellen als de belangen van partijen botsen, om de franchiseformule te ondersteunen en daar medewerking aan te verlenen.[13]

Vervolgens wijdt het wetsvoorstel een aantal artikelen aan de precontractuele informatieverplichting die op beide partijen rust, maar die vooral voor de franchisegever vergaand wettelijk wordt ingevuld, en aan de hiermee verband houdende algemene onderzoeksplicht van de franchisenemer.[14] Wij gaan daar in paragraaf 4 nader op in.

In de derde plaats wordt ook ná de contractssluiting een informatieplicht geïntroduceerd,[15] die louter voor de franchisegever geldt: hij moet informatie verschaffen over onder meer voorgenomen contractswijzigingen, verlangde investeringen, een mogelijk gebruik van een afgeleide franchiseformule en alle informatie 'waarvan de franchisegever weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze van belang is met het oog op het uitvoeren van de franchiseovereenkomst door de franchisenemer'. Daar wordt een verplicht jaarlijks overleg tussen franchisenemer en -gever aan gekoppeld.

Een vierde wettelijk mechanisme dat de positie van de franchisenemer beoogt te beschermen is de verplichting voor de franchisegever om de franchisenemer bijstand en commerciële en technische ondersteuning te verlenen 'die redelijkerwijze en in relatie tot de aard en de strekking van de franchisenemer verwacht mag worden'.[16] Wat deze verplichting precies inhoudt, is niet op voorhand duidelijk, maar uit de MvT is wel af te leiden dat dit potentieel verstrekkend kan zijn: de verplichting ziet niet alleen op praktische en technische bijstand, maar ook op 'advisering en begeleiding bij commerciële problemen bij de franchisenemer'.[17]

Ook verstrekkend voor de franchisegever is het in het wetsvoorstel opgenomen vijfde mechanisme dat de franchisenemer beoogt te beschermen: bij voorgenomen wijzigingen in de franchiseformule die – kortweg – niet-geprognosticeerde financiële gevolgen hebben voor de franchisenemer, moet de franchisegever de voorafgaande toestemming van de meerderheid van de franchisenemers of de getroffen franchisenemers verkrijgen.[18] Deze inmenging in de bedrijfsvoering van de franchisegever wordt wel enigszins verzacht: toestemming is alleen nodig als de financiële gevolgen van een wijziging in de franchiseformule hoger zijn dan een in de franchiseovereenkomst tevoren opgenomen drempelbedrag.[19] Dat achten wij een zinvolle toevoeging, die een normale bedrijfsvoering of nieuwe initiatieven voor de franchisegever niet geheel beperkt. Het maakt het bijvoorbeeld mogelijk om binnen een financiële bandbreedte de voor een franchiseformule noodzakelijke maar voor individuele franchisenemers mogelijk enigszins nadelige maatregelen door te voeren.

komen wij er niet aan om een deel van onze eerdere bezwaren nogmaals, zij het in verkorte vorm, naar voren te brengen.

11. In de MvT, p. 2 wordt aangegeven dat op vier deelgebieden de positie van de franchisenemer moet worden versterkt: (1) precontractuele informatievoorziening, (2) tussentijdse wijziging van franchiseovereenkomsten, (3) beëindiging van de franchiserelatie, en (4) overleg tussen franchisegever en -nemer.
12. MvT, p. 7 en 27.
13. MvT, p. 7 en 27.
14. Ontwerpart. 7:913-915 BW.
15. Ontwerpart. 7:916 BW.
16. Ontwerpart. 7:919 BW.
17. MvT, p. 41. Wij verwachten dan ook dat veel rechtspraak nodig is om deze verplichting in te vullen: zie bijv. al Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8873 (Kop en Schouders/Five P).
18. Ontwerpart. 7:921 BW, waarover ten aanzien van de bepaling in het Voorontwerp nader A.W. Dolphijn, De franchisenemersvereniging en de binding van franchisenemers, Contracteren 2019/1, p. 25 e.v.
19. Het voorontwerp ontbeerde deze verzachting: MvT, p. 21.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Tot slot wordt de contractsvrijheid van de franchisegever bij het einde van de franchiseovereenkomst op twee manieren beperkt: indien de franchiseovereenkomst eindigt, zijn partijen niet zomaar van elkaar bevrijd, maar moet de franchisegever aan de franchisenemer in beginsel een goodwillvergoeding uitkeren[20] (zie nader hierna, par. 5). Verder wordt het vaak voorkomende non-concurrentiebeding in franchiseovereenkomsten wettelijk beperkt: de franchisegever mag de franchisenemer slechts binnen welomschreven grenzen beperken om concurrerende activiteiten te ontplooien.[21]

Deze door het wetsvoorstel voorziene zeven mechanismen ter versterking van de positie van de franchisenemer bouwen voor een deel voort op algemene contractenrechtelijke beginselen: in het kader van het dwalingsleerstuk (art. 6:228 BW) bestaan bijvoorbeeld al informatieplichten, is sprake van een onderzoeksplicht, en ook het idee dat contractspartijen rekening moeten houden met elkaars belangen is stevig verankerd in het contractenrecht.[22] Maar het wetsvoorstel beoogt verder te gaan dan de normale contractenrechtelijke mechanismen en bevat tevens een aantal fundamenteel nieuwe elementen, zoals de goodwillvergoeding en de instemmingsverplichting bij een wijziging van de franchiseformule. Een deel van die voorschriften beperkt de contractsvrijheid aanzienlijk, mede omdat het gaat om (semi)dwingend recht,[23] en dus betekent een en ander dat bestaande franchiseformules moeten worden aangepast. Daarmee is de vraag naar het overgangsrecht van belang: met ingang van wanneer moeten de franchiseovereenkomsten anders worden vormgegeven?

2.2 Overgangsrecht

Het huidige wetsvoorstel volgt het uitgangspunt dat wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek onmiddellijke werking hebben, voor zowel bestaande als nog te sluiten overeenkomsten (art. 68a Overgangswet), maar maakt daar een uitzondering op voor de bepalingen over de goodwillvergoeding en non-concurrentie (ontwerpart. 7:920 BW) en het instemmingsvereiste voor wijzigingen in de franchiseformule (ontwerpart. 7:921 BW). Deze bepalingen hebben ten aanzien van franchiseovereenkomsten die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe franchisewet worden gesloten pas twee jaar na de inwerkingtreding van de wet werking. De MvT motiveert deze uitgestelde werking door erop te wijzen dat juist déze artikelen nopen tot een wijziging van de franchiseovereenkomst en het een 'onevenredige belasting voor het bedrijfsleven' zou opleveren als over alle franchiseovereenkomsten waarin (terecht) geen rekening is gehouden met deze nieuwe wetsbepalingen, zou moeten worden heronderhandeld.[24] Voor andere bepalingen vind de wetgever onmiddellijke werking gerechtvaardigd, omdat die niet zozeer nopen tot aanpassing van contracten, maar zien op feitelijk gedrag, en het ter bescherming van de franchisenemer nodig wordt geacht om de franchisewet zo snel mogelijk in te voeren.[25]

Mede omdat franchiseovereenkomsten veelal voor de duur van vijf jaar gesloten plegen te worden, vinden wij uit het uitgangspunt van onmiddellijke werking en uitgestelde werking van twee jaar voor de hiervoor vermelde bepalingen te kort en feitelijk onwerkbaar. Deze overgangsregeling betekent immers dat franchiseovereenkomsten die niet lang voor invoering van de wet zijn gesloten, tussentijds opengebroken moeten worden. In de meeste gevallen voorziet het contract niet in een tussentijdse opzegbepaling, en ook de wettelijke grondslagen – artikel 6:248 of 6:258 BW – geven beperkte mogelijkheden om een franchiseovereenkomst tussentijds te beëindigen en vervolgens aan te passen aan een nieuwe wet, die fundamenteel nieuwe elementen introduceert. Het risico bestaat dan ook dat een franchisegever met een deels vernietigbaar contract achterblijft, voor zover het contract plots strijdig blijkt met een tussentijds ingevoerde nieuwe semidwingende wet. In het eerste voorontwerp was nog bepaald dat de wet voor nieuwe overeenkomsten onmiddellijk zou gelden en voor bestaande overeenkomsten een *terme de grâce* van vijf jaar zou hebben. Een dergelijke overgangsregeling vinden wij, gelet op de vele en fundamentele afwijkingen van de bestaande rechtspraktijk en een gebruikelijke looptijd van franchisecontracten van vijf jaar, ook voor het onderhavige wetsvoorstel beter werkbaar en realistischer.

3. De ratio legis, het gebrek aan kwantitatief onderzoek en overige onderbouwing

3.1 Waarom categorale bescherming voor franchisenemers?

Uit het voorgaande overzicht blijkt duidelijk dat de wet berust op de gedachte dat de franchisenemer in vergaande mate moet worden beschermd: het is vooral de franchisegever die aan banden wordt gelegd. De wetgever legt aan deze beschermingsnoodzaak de 'intrinsiek ongelijkwaardige' franchiserelatie ten grondslag die 'tot onredelijke en onwenselijke situaties kan leiden voor de franchisenemer'.[26] Voor het overige is de onderbouwing van het wetsvoorstel weliswaar uitgebreider dan de eerdere voorontwerpen, maar nog steeds summier.[27] Het

20. Ontwerpart. 7:920 lid 1 BW.
21. Ontwerpart. 7:920 lid 2 BW. Vgl. Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360, NTHR 2017/1, p. 29 (VAHF c.s./Albert Heijn).
22. Vgl. al HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp).
23. Ontwerpart. 7:922 BW: van de meeste artikelen kan niet ten nadele van de franchisenemer worden afgeweken, en een beding dat tegen de wettelijke non-concurrentie en goodwillbepalingen ingaat is zelfs nietig.
24. MvT, p. 51.
25. MvT, p. 50-51.
26. MvT, p. 2 en op p. 3 wordt herhaald dat de kern van het voorstel wordt gedragen door de ongelijkwaardigheid in de franchiserelatie.
27. Daarover H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, 'Het wetsvoorstel franchise: better think twice!', Contracteren 2017, p. 107 en Schelhaas & Spanjaard 2019, p. 1-5.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

besluit om een nieuwe franchisewet tot stand te brengen staat inmiddels vast en kritiek op de summiere onderbouwing daarvan maakt dat niet anders. Toch stippen wij nog[28] een aantal kanttekeningen aan bij de *ratio legis* van het wetsvoorstel, omdat dit duidelijk maakt dat menig onderdeel van het wetsvoorstel niet goed overdacht lijkt.

Ten eerste plaatsen wij kanttekeningen bij de onderbouwing van de keuze van de wetgever om franchisenemers categoraal bescherming te bieden. Natuurlijk, de franchisenemer bevindt zich ten opzichte van de franchisegever geregeld in een zwakkere onderhandelingspositie, maar het gaat wel om commerciële partijen die er zelf voor kiezen om zelfstandig en onafhankelijk van een franchisegever deel te nemen aan het handelsverkeer. Het enkele feit dat zich een ongelijkheid in onderhandelingspositie kan voordoen, is naar onze overtuiging op zichzelf nog geen reden om ten koste van het beginsel van de contractsvrijheid,[29] in te grijpen in de afspraken die partijen maakten. De wetgever erkent dit ook,[30] maar maakt wat ons betreft niet goed duidelijk waarom de mogelijke ongelijkheid in het geval van franchise wél zo inherent problematisch is dat categorisch wettelijk ingrijpen nodig is. In de MvT wordt om te beginnen onder verwijzing naar 'aanhoudende berichten in diverse media over misstanden' gewezen op onwenselijke situaties die zich zouden voordoen,[31] zonder te expliciteren over welke misstanden het dan gaat en of het hier gaat om gedegen journalistiek onderzoek. Bij wijze van voorbeeld wordt gewezen op het ontbreken van 'de nodige transparantie' en het bestaan van een eenzijdige wijzigingsmogelijkheid door de franchisegever, waardoor onwenselijke situaties zouden ontstaan. Een en ander wordt echter niet gestaafd door data. Dat is opmerkelijk, omdat uit een in opdracht van de minister van Economische Zaken uitgebracht rapport uit 2009 naar voren komt dat de grote franchisesector[32] als zodanig goed draait, ofschoon enige knelpunten worden gesignaleerd.[33] Waarom is dan nu toch wetgeving aangewezen die als primair doel heeft het stevig versterken van de categorale positie van élke franchisenemer? Naar ons inzicht is het kwestieus om één bepaald type contractant – hier: de franchisenemer – over de hele linie aanzienlijk te beschermen, zonder dat rekenschap wordt gegeven van de vraag of deze contractant gezien zijn grootte of zwakke onderhandelingspositie die bescherming wel nodig heeft. De wetgever maakt echter doelbewust geen onderscheid tussen grote en kleine franchisenemers:

> 'Met name van de zijde van franchisegevers is aangedrongen op een beperking van het toepassingsbereik van de wettelijke regeling, zodat deze enkel nog van toepassing zou zijn op (franchiseovereenkomsten met) kleine franchisenemers. Franchisenemers die op grond van Boek 2 BW een jaarrekening publiceren of waar vijftig of meer werknemers werkzaam zijn, zouden buiten het toepassingsbereik van deze regeling moeten vallen, zo is bepleit. Omdat in de praktijk echter zowel bij grotere als kleinere franchisenemers knelpunten in de samenwerking afdoende gedocumenteerd zijn, is dit niet overgenomen.'[34]

De norm van het publiceren van de uitgebreide jaarrekening dan wel het werknemersaantal van ten minste 50 is door een van de auteurs van dit artikel in zijn internetconsultatie bij het Voorontwerp gesuggereerd en kwam niet uit de lucht vallen.[35] Het voorstel tot gebruik van die norm is rechtstreeks ontleend aan artikel 6:235 lid 1 BW, dat bepaalt dat grote wederpartijen geen beroep toekomt op vernietiging van de algemene voorwaarden wegens – kort gezegd – het verzaken van de informatieplicht door de gebruiker dan wel de onredelijk bezwarende inhoud (art. 6:233 BW). De ratio van deze bepaling is dat grote wederpartijen geacht worden voor hun eigen belangen op te kunnen komen.[36] Daarbij geldt dat ook in het geval van algemene voorwaarden de wederpartij doorgaans als de zwakkere partij wordt gezien. In zoverre lopen de rationes achter afdeling 6.5.3 BW en het wetsvoorstel gelijk.[37]

Echter, de wetgever meent dat de franchisenemer ongeacht zijn grootte bescherming verdient en baseert zich met name op twee vonnissen over franchiseovereenkomsten van Hema en Albert Heijn.[38] De reden waarom grote wederpartijen bij algemene voorwaarden geen bescherming verdienen en grote franchisenemers wel, ontgaat ons. Daarbij komt dat door het wetsvoorstel dus wordt afgeweken van artikel 6:235 lid 1 BW ten aanzien van clausules in franchiseovereenkomsten die

28. En voor het overige verwijzen wij naar onze eerdere kritiek op dit punt: Schelhaas & Spanjaard 2019, p. 1-5.
29. Volgens de MvT, p. 16 moet het wetsvoorstel 'een goede franchisesamenwerking bevorderen en daarbij zoveel mogelijk ruimte laten voor ondernemerschap en contractsvrijheid', maar anders dan te wijzen op het algemene argument van de ongelijkwaardigheid van partijen wordt niet goed gemotiveerd waarom kennelijk het beginsel van de contractsvrijheid over de hele linie geweld wordt aangedaan en op welke wijze de balans dan wordt gezocht.
30. MvT, p. 2: 'De franchiserelatie is in zekere zin intrinsiek ongelijkwaardig. Dat is op zichzelf niet problematisch (…).'
31. MvT, p. 3.
32. Nederland telt zo'n 870 franchiseformules – winkels, horeca en dienstverleners – met 34.200 franchisevestigingen en 375.000 werknemers, die tezamen goed zijn voor een jaaromzet van ruim 55 miljard euro. Zie MvT, p. 1.
33. Rapport van het Economisch Instituut voor het Midden en Kleinbedrijf (EMI): zie MvT, p. 3.
34. Kamerstukken II 2019/20, 35392, 3 (MvT), p. 21.
35. www.internetconsultatie.nl/wet_franchise/reactie/5c43b347-5497-4d52-976b-c7cd84126470, par. 9.3. Terzijde zij opgemerkt dat Spanjaard in zijn praktijk voor zowel franchisenemers als franchisegevers optreedt, zodat de eerste volzin al selectief geïnterpreteerd lijkt.
36. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1631.
37. Sterker nog, in de Parlementaire Geschiedenis van Boek 6 werd opgemerkt dat algemene voorwaarden met name voorkomen in branches waar met gestandaardiseerde contracten wordt gewerkt. De franchiseovereenkomst werd expliciet genoemd.
38. Rb. Amsterdam 18 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5098 (HEMA); Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360, NTHR 2017/1, p. 29 (VAHF c.s./Albert Heijn). Dit laatste vonnis is inmiddels bekrachtigd door het Hof Amsterdam: Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2618, RCR 2019/78 (VAHF c.s./Albert Heijn).

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

als algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231 onder a BW kunnen worden aangemerkt, maar die ook onder de reikwijdte van de (aankomende) Wet franchise worden bestreken. Wij denken hierbij aan een te uitgebreid standaardconcurrentiebeding dat op de voet van ontwerpartikel 7:920 jo. 7:922 BW nietig wordt, of een vaak voorkomende bepaling in de franchiseovereenkomst op grond waarvan bij beëindiging van de franchiseovereenkomst nimmer een vergoeding van goodwill wordt betaald. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting reflecteren hier niet op en dat achten wij een gemis.

Kortom, de wetgever kiest ervoor om de franchisenemer – groot of klein, sterk of zwak – over de hele linie te beschermen en daarmee inbreuk te maken op de contractsvrijheid, waar in andere regelingen – zoals afdeling 6.5.3 BW en de daaronder gewezen rechtspraak – fijnmaziger wordt gedifferentieerd. Wat ons betreft is niet duidelijk welke goede redenen daarvoor bestaan.[39] Het gebrek aan inzicht in deze keuze en ook de afwezigheid van een wezenlijk debat over de algemene voorwaardenregeling betekenen onder meer dat een moeilijk te begrijpen verschil bestaat tussen algemene voorwaarden in franchiserelaties versus andere contractuele verhoudingen.

3.2 Biedt het bestaande wettelijke kader echt onvoldoende steun?

Ons tweede bezwaar is gericht tegen het niet nader gekwantificeerde argument van de wetgever dat wetgeving nodig is omdat een rechtsgang voor franchisenemers onvoldoende oplossing biedt.[40] Wat ons betreft geeft (de toelichting op) het wetsvoorstel echter onvoldoende aan waarom en in hoeverre het bestaande wettelijke kader, in de vorm van de regelingen over dwaling en algemene voorwaarden,[41] onvoldoende zou zijn om de gestelde problemen op te lossen. Deze leerstukken worden in de (veelal lagere) jurisprudentie in relatie tot franchise weliswaar menigmaal niet volledig benut, maar naar onze mening ligt dat niet zozeer aan het wettelijk kader, maar meer aan de wijze waarop wordt geprocedeerd.[42] De toelichting geeft slechts in algemene bewoordingen aan dat de bewijslast bij dwaling en bedrog te hoog zou zijn en dat dit aan procedures in de weg zou staan. Niet wordt toegelicht waarom en in welke zin de bewijslast precies te hoog is. Dat zou naar onze mening bij een contractenrechtelijk zodanig belangrijk leerstuk als dwaling op zijn minst toch mogen worden verwacht. Het dwalingsleerstuk raakt aan de kern van het contractenrecht, voorziet in een balans tussen informatie- en onderzoeksverplichtingen om zo bescherming te bieden en tegelijkertijd niet te veel afbreuk te doen aan het beginsel van de contractsvrijheid, en is (daardoor) in literatuur en rechtspraak uitgebreid uitgekristalliseerd.[43] Ook in de franchiserechtspraak wordt het leerstuk al sinds het Paalman/Lampenier-arrest uit 2002 toegepast. Meer reflectie van de wetgever op dit leerstuk en de beweerde tekortkomingen daarvan had verwacht mogen worden. De wetgever verwijst ter adstructie van zijn stelling weliswaar naar een drietal uitspraken,[44] maar in geen daarvan gaf de rechter aan dat hij een gebrek aan concrete regelgeving bespeurde en daardoor niet een rechtvaardig oordeel kon vellen. Integendeel, in de betreffende procedures ging het om de vraag of sprake was van dwaling en of de door de franchisegever verstrekte informatie onjuist was. Die beoordeling vond plaats aan de hand van de dwalingsmaatstaf van artikel 6:228 BW. In elk van de procedures werd geoordeeld dat de drempel van dwaling op inhoudelijke gronden niet gehaald werd. Toepassing van het wetsvoorstel zou naar onze indruk overigens niet tot een andere uitkomst leiden, zoals we hierna nader zullen toelichten. Mogelijk is het onsuccesvolle verloop van de procedures veelal te wijten aan het onvoldoende uitonderhandelen van de juridische positie van de franchisenemer, maar de bestaande wet- of regelgeving en de daarin besloten liggende bewijslast zijn daar niet debet aan. Wij kunnen ons dan ook helaas niet aan de indruk onttrekken dat de wetgever op dit punt meer vanuit een doelredenering – wetgeving moet worden geëntameerd – heeft gereageerd dan op basis van wetenschappelijk onderzoek en statistische onderbouwing.

Ook overigens hadden de toelichting en onderbouwing van het wetsvoorstel uitgebreider gekund. Zo wordt buitenlandse wetgeving op het gebied van franchise weliswaar genoemd,[45] maar nauwelijks geanalyseerd, hoewel in een aantal rechtsstelsels specifieke wetgeving over franchiseovereenkomsten bestaat en daar lering uit had kunnen worden getrokken.[46] Opvallend is verder dat in het wetsontwerp niet wordt teruggegrepen op rechtsgeleerde literatuur over franchise, met als gevolg dat moeilijk kan worden bezien wat bij een aantal belangrijke nieuwe mechanismen de afweging van de wetgever is geweest.

3.3 Slotsom

Kortom, de onderbouwing van de *ratio legis* en dus de rechtvaardiging van het wetsvoorstel, alsmede de mate van dialoog met de bestaande (rechts)praktijk vinden wij nog steeds te summier, hoewel in vergelijking met het Voorontwerp de onderbouwing is uitgebreid. Het weinig solide fundament voor wetgeving is minst genomen opmerkelijk, juist omdat de wet in de relatie tussen twee commerciële partijen in belangrijke mate inbreuk maakt op het centrale beginsel van de contractsvrijheid.[47]

39. Zie o.m. H.N. Schelhaas, Commerciële contractanten – consistenter differentiëren (oratie EUR), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 17-21 en ten aanzien van het eerste voorontwerp p. 12-13.
40. MvT, p. 4-5.
41. MvT, p. 4-5. 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 art. 6:228 BW) wordt in de MvT verder niet ingegaan.
42. Vgl. het artikel van J.H.M. Spanjaard, Dwalen over franchise, Contracteren 2017/3.
43. Asser/Sieburgh 6-III 2018/228 e.v.
44. MvT, p. 2-4, met name ook de voetnoten 2 en 8.
45. MvT, p. 15-16.
46. Zie ons eerdere bezwaar: Schelhaas & Spanjaard 2019, p. 5.
47. Vergelijkbaar: M. de Koning, Het wetsvoorstel Franchise – Bezint eer ge begint, NJB 2019/4, p. 262-264. In de MvT, p. 5-7 wordt er overigens

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Daarvoor had een steviger rechtvaardiging verwacht mogen worden. Dat betekent dat het ook moeilijk is om te bezien voor welke veronderstelde misstanden een wettelijke oplossing moet komen, en welke wettelijke oplossing gerechtvaardigd en proportioneel is. Voor welk concreet probleem beoogt de wet nu precies een oplossing te bieden?

Tegen deze achtergrond lichten wij in het navolgende twee centrale nieuwe elementen van het wetsvoorstel eruit en bezien wij of die gerechtvaardigd zijn: de voorgestelde bepalingen voor de precontractuele fase (par. 4) en het voorstel ten aanzien van de goodwillvergoeding bij het einde van de franchiseovereenkomst (par. 5).

4. Het wetsvoorstel ten aanzien van de precontractuele fase

4.1 De reikwijdte van de precontractuele informatieplicht

Zoals hiervoor al kort toegelicht, wordt in het in 2017 gesloten regeerakkoord vooral opgeroepen om de positie van de franchisenemer in de precontractuele fase te versterken. Hoewel het wetsvoorstel zich daartoe niet beperkt, vormt deze precontractuele fase wel een belangrijke pilaar van het wetsvoorstel. De voorschriften ten aanzien van deze precontractuele fase zijn vooral gericht op informatieverplichtingen, die met name op de franchisegever rusten.[48] Ook tijdens de looptijd van het contract bestaat een – louter voor de franchisegever – geldende informatieplicht.[49] Meer in het algemeen stellen wij vast dat informatieverstrekking de kern van het wetsvoorstel vormt: van de twaalf artikelen die de wet telt, zijn vijf artikelen gewijd aan informatieverstrekking.[50]

Krachtens ontwerpartikel 7:913 lid 1 BW dient in de eerste plaats de franchisenemer informatie te verschaffen over zijn financiële positie 'voor zover deze redelijkerwijs van belang is voor het sluiten van de franchiseovereenkomst'. Volgens de toelichting moet dit ertoe leiden dat de franchisegever kan inschatten of de franchisenemer de noodzakelijke investeringen kan dragen.[51] Dat is een voorstelbare verplichting, die in de praktijk natuurlijk al wordt nageleefd: de franchisegever zal niet snel een contractuele verbintenis aangaan met een franchisenemer van wie hij de financiële gegoedheid niet weet. Spannender is daarom de informatieverplichting die op de franchisegever zal komen te rusten.[52] Die informatieverplichting is uitgebreider dan die van de franchisenemer, omdat – zoals de toelichting terecht opmerkt – de franchisegever simpelweg contractueel de voor hem noodzakelijke informatie zal eisen.[53] Maar de hoeveelheid informatie die de franchisegever volgens het wetsvoorstel moet verschaffen, is in vergelijking met het Voorontwerp weliswaar iets teruggeschroefd,[54] maar nog steeds veelomvattend. Hij moet krachtens ontwerpartikel 7:913 BW namelijk tijdig openheid of informatie geven over de volgende punten:

1. het ontwerp van de franchiseovereenkomst, inclusief bijlagen (lid 1 sub a);
2. een weergave van inhoud en strekking van voorschriften betreffende door de franchisenemer te betalen vergoedingen, opslagen of andere financiële bijdragen (lid 1 sub b);
3. de wijze waarop en de frequentie van overleg tussen franchisenemers en franchisegever (lid 2 sub c);
4. de mate waarin en de wijze waarop de franchisegever in concurrentie kan treden met de franchisenemer (lid 2 sub c);
5. de mate waarin, de frequentie waarmee en de wijze waarop de franchisegever kennis kan nemen van omzetgerelateerde gegevens die voor (de bedrijfsvoering van) de franchisenemer van belang kunnen zijn (lid 2 sub c);
6. de financiële positie van de franchisegever en zijn dochter- en groepsmaatschappijen voor zover redelijkerwijs van belang voor het sluiten van de franchiseovereenkomst (lid 3 sub a);
7. financiële gegevens over de beoogde locatie van de franchisegever of, als die er niet is, over één of meer vergelijkbare ondernemingen, waarbij de franchisegever moet aangeven waarom deze onderneming vergelijkbaar is (lid 3 sub b);
8. alle overige punten waarvan de franchisegever weet of redelijkerwijze kan vermoeden dat deze van belang zijn voor het sluiten van de franchiseovereenkomst (lid 4).[55]

De onderwerpen waarover informatie moet worden verschaft, zijn niet nieuw en lijken rechtstreeks te zijn ont-

nog op gewezen dat de vorm van regulering – formele wetgeving – nodig wordt geacht omdat zelfregulering – en meer specifiek de Nederlandse Franchise Code – weinig succesvol is gebleken.

48. Benadrukt in de MvT op p. 8 e.v.
49. Ontwerpart. 7:916 BW.
50. Te weten: de ontwerpart. 7:913 tot en met 7:917. Daarnaast zijn bepalingen gewijd aan de tussentijdse wijziging en beëindiging van franchiseovereenkomsten en aan overleg tussen franchisenemer en -gever: MvT, p. 2.
51. MvT, p. 8.
52. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om de schadevergoeding in verband met geschonden informatieplichten te bespreken, wat naar nationaal recht al een flinke puzzel op zou leveren: speelt in dat geval de norm van het arrest CBB/JPO (HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, NJ 2005/467) of een andere norm? In geval van internationale franchise zal de schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen over de boeg van art. 12 van de Rome II Verordening verlopen en mogelijk nog complexer worden.
53. MvT, p. 8.
54. Zie over die informatieverplichtingen Schelhaas & Spanjaard 2019, p. 6. Zo wordt in het huidige wetsvoorstel niet meer verplicht gesteld om informatie te geven over naam, contactgegevens, identiteit van de natuurlijke persoon die namens de franchisegever optreedt, en de contactgegevens en overzicht van andere franchisenemers (art. 915 lid 2 sub a en d Voorontwerp), en is ook de brede verplichting om de onderbouwing te verschaffen 'van beslissingen van de franchisegever die aanzienlijke financiële gevolgen kunnen hebben voor de franchisenemer' (art. 7:915 lid 4 Voorontwerp) iets ingedamd.
55. In het laatste voorontwerp rustte ook op de franchisenemer een dergelijke algemene informatieplicht: art. 7:913 lid 1 Voorontwerp.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

leend aan artikel 3.6 van de Nederlandse Franchise Code en de Belgische franchiseregeling.[56] Wat ons betreft zijn vooral de punten 5 tot en met 8 vergaand en is de omschrijving van de precieze informatie die moet worden verstrekt nog steeds te vaag,[57] zodat zulks aanleiding zal geven tot discussie. Want wanneer zijn omzetgegevens precies relevant voor de bedrijfsvoering van de franchisenemer, en waarom moet de financiële positie van niet alleen de franchisegever maar ook van zijn dochter- en groepsmaatschappijen precies worden verschaft? En wat wordt dan verstaan onder 'de' financiële positie? Is dat dan alleen de jaarrekening van de verschillende bedrijven? Volledige openlegging van de financiële boekhouding gaat wat ons betreft in ieder geval veel te ver en is gezien de concurrentiepositie en het belang aan geheimhouding in dit verband wat ons betreft niet aan de orde en schiet zijn doel voorbij. Ook de vangnetbepaling dat alles moet worden verstrekt waarvan de franchisegever weet of redelijkerwijze kan vermoeden dat het van belang is voor het sluiten van de franchiseovereenkomst, is potentieel vergaand en zal aanleiding geven tot discussie. Een ander kritiekpunt op deze bepaling is dat niet geheel duidelijk is wat de consequentie is van de mogelijke niet-nakoming van deze informatieverplichtingen. Daar gaan we in paragraaf 3.4.3 nader op in. Tot slot vragen wij ons voorzichtig af of deze precontractuele informatieverplichting (en de daaraan gekoppelde standstillbepaling) de franchisenemer daadwerkelijk beschermt. De wetgever geeft immers aan dat zijn belangrijkste drijfveer het voorkomen van onoorbare contractsinhoud is. Zou een systeem analoog aan de artikelen 6:233, 6:236 en 6:237 BW dan niet veel meer soelaas bieden? Wij herhalen onze suggestie in onze bijdrage in *Contracteren* 2019/1 dat andere instrumenten, zoals de toetsing van onredelijk bezwarende clausules of een preventieve toetsing van contractsbedingen zoals in het pachtrecht, onderzocht dienen te worden.

Het wetsontwerp bepaalt tevens op welke wijze deze informatie moet worden verstrekt (ontwerpart. 7:917 BW): op een wijze dat de informatie in de toekomst nog kan worden geraadpleegd. In het voorontwerp was de optie nog meegegeven dat de informatie schriftelijk of op een duurzame gegevensdrager moest zijn opgenomen, maar die eis is wat ons betreft terecht vervallen: het gaat hier om de archieffunctie van de verstrekte informatie en het is dan voldoende dat op elk gewenst moment kan worden nagegaan welke verplichting wanneer geldt, of dat nu op een duurzame gegevensdrager is of via een ander medium.[58] Verder bepaalt het tweede lid dat de informatie zodanig moet worden weergegeven dat de franchisenemer 'redelijkerwijze de gevolgen van het aangaan van de franchiseovereenkomst kan overzien'. In de toelichting wordt aangegeven dat hier het perspectief geldt van 'de gemiddelde franchisenemer binnen de betreffende keten, in de betreffende branche'.[59] Het gaat dus om een geobjectiveerde 'maatman'.[60] Dat is wat ons betreft terecht, want dat voorkomt dat elke onvoorzichtige franchisenemer wordt beschermd.

4.2 Geen verplichting om prognoses te verschaffen

In rechtspraak en literatuur over franchiserelaties 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.[61] In het Voorontwerp was (ons) niet geheel duidelijk of uit de informatieverplichtingen een prognoseplicht voortvloeide,[62] maar de wetgever bevestigt in de MvT dat zulks niet het geval is en dat het wetsvoorstel niet beoogt af te wijken van de rechtspraak van de Hoge Raad over dit onderwerp.[63] Wij juichen deze duidelijkheid toe. De Nederlandse rechtspraak neemt tot op heden inderdaad aan dat op de franchisegever geen prognoseplicht rust. In zijn arrest Paalman/Lampenier verwoordde de Hoge Raad dat als volgt:

56. Art. X.28 lid 2 onder g tot en met k van het Belgische Wetboek van Economisch Recht (WER). Zie daarover nader Schelhaas & Spanjaard 2019, p. 6.
57. De informatieverplichtingen (MvT, p. 21) zijn weliswaar iets ingekaderd in vergelijking tot het voorontwerp (zo hoeft niet alle informatie die van belang is voor de franchiserelatie te worden verschaft, maar alleen die informatie waarvan partijen weten of redelijkerwijze vermoeden dat het van belang is), maar dat blijft een open norm die tot discussie gaat leiden.
58. MvT, p. 39-40.
59. MvT, p. 40.
60. 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 Den Bosch 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'); 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 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').
61. 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 (IJsvogel); 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 (Shoeby); 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 Den Bosch 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 Den Bosch 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).
62. P.S. Bakker, Het wetsvoorstel franchise, ORP 2019/7, p. 8-9 concludeerde al dat dat niet het geval was.
63. MvT, p. 8 en 33.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> '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.'[64]

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.'[65]

In de MvT bij het wetsvoorstel wordt onderstreept dat de mogelijkheid om toch prognoses te verstrekken, wordt vrijgelaten. Bedacht dient te worden dat het verstrekken van prognoses een zeker risico voor de franchisegever in zich bergt. Uit het hiervoor al aangehaalde Albert Heijn-arrest[66] volgt immers dat *als* prognoses worden verschaft, de franchisegever aansprakelijk *kan* zijn voor fouten in prognoserapporten. Kortom, *als* de franchisegever ervoor kiest om toch prognoses te verstrekken, dan bestaat naar huidig recht een reëel aansprakelijkheidsrisico en daar brengt de nieuwe franchisewet geen verandering in.
Het uitgangspunt dat geen prognose*plicht* bestaat, vinden wij redelijk. De vraag of de exploitatie van een nieuw te exploiteren onderneming rendabel is, behoort in algemene zin tot het ondernemersrisico van de exploitant. Dat betekent dat prognoses over een te exploiteren onderneming in beginsel in het onderzoeksdomein van de startende ondernemer behoren te liggen en dat het niet tot de verantwoordelijkheid van de franchisegever behoort om dat te doen.

4.3 De reikwijdte van de informatieverplichting en de rol van het dwalingsleerstuk

Het wetsontwerp bevat geen sancties op het niet voldoen aan de informatieverplichting. Deze moeten daarom in het algemene contractenrecht en met name in het dwalingleerstuk en de tekortkoming worden gezocht. Een geslaagd beroep op dwaling leidt tot vernietigbaarheid van de franchiseovereenkomst (art. 6:228 BW), terwijl het bestaan van een (toerekenbare) tekortkoming recht geeft om de overeenkomst te ontbinden of schadevergoeding te vorderen (art. 6:265 of art. 6:74).[67]
Wat betreft het beroep op dwaling is in het wetsontwerp een ten opzichte van het Voorontwerp nieuw artikel 7:915 BW opgenomen, op grond waarvan de franchisenemer binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid:

> 'de nodige maatregelen [moet treffen] om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen overgaat tot het sluiten van de franchiseovereenkomst'.

Het artikel is ingevoerd naar aanleiding van opmerkingen in de internetconsultatie en dient er volgens de toelichting toe om de eigen verantwoordelijkheid van de franchisenemer te benadrukken:

> 'In het verlengde van de consultatiereacties is de verankering in de wet van een onderzoeksplicht aangewezen geacht om de eigen verantwoordelijkheden die de franchisenemer als zelfstandig ondernemer jegens de franchisegever heeft, te benadrukken, en als een tegenhanger voor de informatieverplichtingen van de franchisegever.'[68]

Hoewel de redactie van het artikel niet heel duidelijk is (wat zijn precies de te treffen maatregelen?), gaat het dus om een onderzoeksplicht, die een tegenhanger vormt van de informatieplicht van de franchisegever. Onduidelijk is echter hoe ver dit gaat en welke de grenzen van redelijkheid en billijkheid zijn. Blijkens de MvT beoogt de wetgever aan te sluiten bij de norm die thans voor dwaling op de voet van artikel 6:228 BW geldt. Hij zegt daarover:

> 'De formulering van dit artikel is ingegeven door de wijze waarop de onderzoeksplicht in rechtspraak betreffende dwaling is geformuleerd. Tot de maatregelen die de beoogd franchisenemer in het kader van zijn onderzoeksplicht dient te treffen, kunnen in ieder geval worden gerekend het deugdelijk bestuderen van de van de franchisegever ontvangen informatie, het zo nodig tijdig inschakelen van deskundige bijstand, en eventueel het doen van navraag bij andere franchisenemers binnen de keten omtrent hun ervaringen met de exploitatie van de betreffende franchiseformule.'

Dit is een niet-limitatieve lijst. De formulering van de onderzoeksplicht lijkt aan te sluiten bij de omschrijving

64. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31, m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier), r.o. 3.3.3.
65. 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.
66. 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.
67. Vgl. Schelhaas & Spanjaard 2017, p. 113-115; Spanjaard 2017, p. 93-94.
68. MvT, p. 37.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van de onderzoeksplicht bij dwaling uit het Renteswap-arrest:

> 'De wederpartij moet zich van haar kant redelijke inspanningen getroosten om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert. Van haar mag daarom in ieder geval worden verlangd dat zij kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst en van voorafgaand aan het sluiten daarvan verstrekte brochures en andere schriftelijke informatie, en dat zij deze stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid bestudeert. Ook mag van haar worden verlangd dat zij aandachtig kennisneemt van een eventuele mondelinge toelichting. Indien de genoemde stukken, ook na een eventuele mondelinge toelichting, onduidelijkheden bevatten, mag van haar worden verlangd dat zij daarover vragen stelt. Daarbij geldt dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen.'[69]

Volgens de toelichting bij het Wetsontwerp franchise moet de franchisenemer dus de van de franchisegever verkregen documenten deugdelijk bestuderen, bijstand inschakelen en navraag doen bij andere franchisenemers, en haakt dit aan bij de onderzoeksplicht die bij dwaling geldt.[70] De toelichting bij het wetsontwerp en de gekozen formulering in het wetsvoorstel sluiten echter niet naadloos aan op het bestaande dwalingskader.

Dat bestaande dwalingskader (art. 6:228 BW) gaat ervan uit dat dwaling kan ontstaan als gevolg van (a) een mededeling van de wederpartij, (b) het niet informeren van de dwalende, of (c) wederzijdse dwaling. Bij franchiseovereenkomsten zal het met name gaan om de categorie a of b. In alle gevallen vergt de vraag of gedwaald is, een casuïstisch onderzoek, waarbij wederzijdse deskundigheid een grote rol speelt.[71] Ten aanzien van de vraag of de wederpartij de dwalende had moeten inlichten (art. 6:228 lid 1 sub a BW), geldt dat het wetsvoorstel de informatieverplichting wettelijk inkadert met de in ontwerpartikel 7:913 BW opgenomen lijst. Voor andere informatie is het vaste rechtspraak dat *als* op de wederpartij een inlichtingenplicht rust, zij zich niet kan verweren met het argument dat de dwalende zelf maar beter onderzoek had moeten doen: in beginsel gaat een informatieplicht dus voor een onderzoeksplicht.[72] Wat betreft de informatieplicht bij dwaling (art. 6:228 sub a BW) is het heersende leer dat in beginsel mag worden vertrouwd op de juistheid van de gedane mededelingen.[73] Hoe werkt dat dan in het kader van de franchiseovereenkomst uit?

Duidelijk is dat de informatieplicht van de franchisegever niet zover gaat dat prognoses moeten worden verschaft (zie hiervoor, par. 4.2). Maar de franchisenemer moet wel voldoende informatie ter beschikking worden gesteld om een afgewogen oordeel te kunnen maken over de vraag of de exploitatie voor hem voldoende rendabel zal kunnen zijn. Dat volgt uit de informatie die krachtens ontwerpartikel 7:913 BW op tafel moet worden gelegd over de inhoud van vergoedingen, opslagen, financiële bijdragen, gegevens met betrekking tot de beoogde locatie en alle overige informatie die van belang is voor het sluiten van de franchiseovereenkomst. Uit de omstandigheid dat (terecht) geen prognoseplicht geldt, volgt dat de franchisenemer zélf het eigenlijke onderzoek moet verrichten naar de financiële haalbaarheid van zijn onderneming, waaronder naar de omvang en (omzet)potentie van de markt waarin hij actief wil zijn. Zo nodig moet hij deskundigen inschakelen.[74] De franchisenemer mag in principe uitgaan van de juistheid van de informatie die hem is verstrekt,[75] maar hij mag in de woorden van de MvT niet 'te lichtvaardig achterover [leunen] na ontvangst van de informatie door zonder meer te vertrouwen op deze informatie en deze niet in onderlinge samenstelling te bestuderen'.[76] Hij moet dus de verstrekte informatie deugdelijk bestuderen,[77] hetgeen overeenstemt met het Hoog Catharijne-arrest uit 1995 ten aanzien van verstrekte informatie bij een overname.[78] Dat ondersteunen wij, want het is de verantwoordelijkheid van de franchisenemer om een eigen afweging te maken of hij de franchiseovereenkomst aangaat en ondernemersrisico wil lopen. Daar past een actieve houding bij. In lijn met enige (lagere) rechtspraak[79] ten aanzien van due diligence-onderzoek bij overnames denken wij wel dat als de franchisegever niet de juiste of niet volledige gegevens ter

69. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RvdW 2019/786 (Renteswap), r.o. 3.5.4.
70. Volgens de MvT, p. 9 beoogt het voorgestelde nieuwe artikel ook niet de rechtspositie van de franchisenemer te veranderen, in vergelijking tot bestaande regelgeving en rechtspraak.
71. Zie bijv. HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RvdW 2019/786 (Renteswap), r.o. 3.5.3 ten aanzien van financiële producten: 'Op degene die een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben, zal in het algemeen een mededelingsplicht rusten om redelijkerwijs te voorkomen dat die wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken.'
72. Zie HR 10 april 1998, NJ 1998/666 (Offringa/Vinck) en Asser/Sieburgh 6-III 2018/230, hoewel uitzonderingen mogelijk zijn (o.m. HR 14 november 2008, NJ 2008/588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen).
73. Asser/Sieburgh 6-III 2018/228.
74. 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. Dit past ook bij de mededelingsplicht in het kader van dwaling: de wederpartij moet de dwalende inlichten ten aanzien van hetgeen zij wist of *behoorde te weten*: HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424, JOR 2016/53, m.nt. Dammingh (Van der Valk/Inbev).
75. Asser/Sieburgh 6-III 2018/6228.
76. MvT, p. 9.
77. Expliciet MvT, p. 36: de franchisenemer moet de informatie van de franchisegever 'deugdelijk bestuderen'.
78. HR 22 december 1995, NJ 1996/300 (Hoog Catharijne). Nader over dit onderwerp o.a. M. Brink, Due Diligence – een beschouwing over het due diligence onderzoek (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
79. Vgl. o.a. Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY0491 (NSC/Costa Horeca).

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

beschikking stelt, een beroep op dwaling nog altijd open kan staan.

De omstandigheid dat het wetsontwerp thans benadrukt dat niet alleen een vergaande informatieverplichting op de franchisegever rust, maar dat ook van de franchisenemer onderzoek kan worden verwacht, getuigt wat ons betreft van een evenwichtige rolverdeling bij het aangaan van ook franchiseovereenkomsten. Wij juichen in zoverre dan ook de introductie van dit artikel 7:915 BW toe, zij het dat het artikel niet uitblinkt in helderheid en dat de precieze reikwijdte en de precieze wisselwerking tussen mededelings- en onderzoeksplicht nog in de rechtspraak moeten worden uitgekristalliseerd.

4.4 Standstillperiode ten aanzien van de verstrekte informatie

Ontwerpartikel 7:914 BW bepaalt verder dat de informatie uiterlijk vier weken voor het sluiten van de overeenkomst moet worden verstrekt. Tijdens deze termijn van vier weken mag de franchisegever (1) de conceptovereenkomst niet wijzigen, tenzij een wijziging tot voordeel van de franchisenemer strekt, (2) de franchiseovereenkomst niet sluiten, en (3) ook geen betalingen en investeringen afdwingen die betrekking hebben op de franchiseovereenkomst.[80] Volgens de wetgever biedt deze 'standstillperiode' de franchisenemer de gelegenheid de ontvangen informatie te bestuderen en daarover zo nodig deskundig advies in te winnen.[81] Deze bepaling heeft ten aanzien van het voorontwerp geen wezenlijke verandering ondergaan en is volgens de toelichting[82] geïnspireerd op het Belgische recht.[83] Ook daar geldt een vergelijkbare standstillperiode, waarbij één maand voor het sluiten van de overeenkomsten een conceptovereenkomst, alsmede een afzonderlijk document met informatiegegevens over de belangrijkste bepalingen van de overeenkomst aan de beoogd franchisenemer moeten worden verstrekt. In die periode mag geen verbintenis worden aangegaan en kan geen vergoeding, bedrag of waarborg worden gevraagd of betaald. Indien dit voorschrift niet wordt nageleefd, kan de overeenkomst binnen twee jaar worden vernietigd. Een belangrijk bezwaar dat in de Belgische literatuur naar voren wordt gebracht, is dat het gaat om een zware precontractuele (informatie)verplichting, waar ook een zwaar rechtsgevolg aan is verbonden (nietigheid van de franchiseovereenkomst).[84]

Datzelfde kritiekpunt kan ook ten aanzien van het Nederlandse wetsvoorstel naar voren worden gebracht. Ook hier is het gevolg van het niet nakomen van zowel de standstillperiode als de informatieverplichting de mogelijke vernietiging van de franchiseovereenkomst, of onderdelen daarvan. Krachtens ontwerpartikel 7:922 lid 1 BW is de nieuwe franchisewet van (semi)dwingend recht,[85] en het niet (volledig) verschaffen van relevante informatie op grond van het dwalingsleerstuk kan tot vernietigbaarheid leiden. Juist omdat de informatieverplichting open normen bevat, waarvan niet op voorhand duidelijk is waartoe die strekken (zie hiervoor, par. 4.1), kan gerede discussie ontstaan of voldoende informatie is verstrekt. Het voorschrift dat de franchisegever 'alle overige informatie waarvan hij weet of redelijkerwijze kan vermoeden dat deze van belang is voor het sluiten van de franchiseovereenkomst' moet verstrekken (ontwerpart. 7:913 lid 4 BW), nodigt uit tot discussie, en al helemaal met de *benefit of hindsight*. Omdat de franchiseovereenkomst nog gedurende de verjaringstermijn van drie jaar (art. 3:52 BW) kan worden vernietigd, kunnen de gevolgen groot zijn. Enerzijds omdat drie jaar na het sluiten van de franchiseovereenkomst, of na het ontdekken van de mogelijke dwaling, moet worden beoordeeld of écht alle informatie is verstrekt, en anderzijds omdat bij een geslaagde vernietiging van de overeenkomst alle prestaties op grond van die overeenkomst onverschuldigd zijn verricht. Als een franchiseovereenkomst langere tijd heeft voortgeduurd, is het bijna onmogelijk om te bepalen of en in hoeverre de prestaties kunnen worden teruggedraaid. Een keiharde sanctie dus, ten aanzien van soms onzekere informatieverplichtingen. Dat is een goed recept voor juridische procedures.

En ander punt waar de ontwerptekst niet duidelijk over is, is ten aanzien van de vraag of algemene voorwaarden die in een apart document naast de schriftelijke franchiseovereenkomst zijn bedongen, ook onder de standstillperiode vallen.[86] Indien de algemene voorwaarden een bijlage bij de franchiseovereenkomst vormen en zo een expliciete eenheid vormen met de franchiseovereenkomst, vallen zij waarschijnlijk onder de standstillperiode en moeten ze dus tevoren worden verstrekt. Dát algemene voorwaarden voor of ten tijde van de contractssluiting moeten worden verstrekt, volgt al uit artikel 6:233 sub a jo. 6:234 BW, maar de termijn van vier weken voorafgaande aan het moment dat de franchiseovereenkomst wordt gesloten, is wél nieuw.[87] Sinds het Appingedam-arrest van het Hof van Justitie

80. De standstillperiode geldt overigens niet als het gaat om een opvolgende franchiseovereenkomst tussen dezelfde franchisenemer en -gever: zie ontwerpart. 7:914 lid 3.
81. MvT, p. 8 en p. 33-34.
82. MvT, p. 8.
83. Art. X.27 van de Belgische WER, waarover nader ons eerdere artikel (Schelhaas & Spanjaard 2019, p. 10-11) en 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.
84. Vgl. Mertens 2016, p. 675-683; Ponet 2012, p. 162-175.
85. In het kader van art. 3:40 lid 2 BW wordt in Nederland van vernietigbaarheid in plaats van nietigheid uitgegaan.
86. Op grond van het bestemmingscriterium van art. 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.
87. Ook de wijze van verstrekking loopt niet (helemaal) synchroon: waar art. 6:234 BW uitgaat van de feitelijke terhandstelling van de algemene voorwaarden, is het volgens ontwerpart. 7:917 BW voldoende dat de informatie 'ongewijzigd toegankelijk [wordt gemaakt] voor toekomstige raadpleging'.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van de Europese Unie[88] zou echter kunnen worden betoogd dat 'franchise' mede als een dienst in de zin van artikel 6:230a BW moet worden beschouwd.[89] Bij diensten is het in beginsel voldoende dat algemene voorwaarden 'gemakkelijk elektronisch toegankelijk [zijn] op een door de dienstverrichter meegedeeld adres' (art. 6:230c BW).[90] Dat moet tijdig vóór de contractssluiting geschieden (art. 6:230e BW). Het Wetsvoorstel franchise zal er echter toe leiden dat dit bij franchise anders is en dat algemene voorwaarden vier weken voor de contractssluiting moeten worden verstrekt, althans als ze inderdaad onder de noemer 'bijlagen' in de zin van ontwerpartikel 7:913 BW vallen. 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 6:230c 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 de franchiseovereenkomst immers vier weken *voor* het sluiten van de franchiseovereenkomst zijn vervuld. De wetgever geeft zich van dit punt geen rekenschap.

Op twee punten zou dit deel van het wetsvoorstel wat ons betreft kunnen worden aangepast om de regels beter werkbaar en evenwichtiger te maken. In de eerste plaats door de termijn waarop een beroep kan worden gedaan op het niet-naleven van de standstillperiode of de informatieverplichting te bekorten, of daar een welomschreven korte verval- of klachtplicht van een paar weken aan te koppelen. De positie van de franchisegever wordt bij een late vernietiging immers per definitie vergaand aangetast, en de combinatie van niet helder omschreven informatieverplichtingen en de ingrijpende consequenties van de vernietiging van de franchiseovereenkomst enige jaren nadat zij is afgesloten, leidt er wat ons betreft toe dat het wetsvoorstel uitgaat van een (te) ingrijpende en menigmaal buitenproportionele sanctie.[91] Het verkorten van termijnen lijkt ons een beter bewandelbaar pad dan de suggestie in de MvT dat een talmende franchisenemer geconfronteerd kan worden met artikel 3:13 BW en hem misbruik van recht kan worden verweten.[92] Dat leerstuk wordt immers (zeer) terughoudend toegepast.

In de tweede plaats kan worden overwogen om analoog aan artikel 3:53 lid 2 BW de sanctie op het niet nakomen van de verschillende verplichtingen te differentiëren. Zo schrijft artikel 3:53 lid 2 BW voor dat als de reeds ingetreden rechtsgevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, de rechter desgevraagd geheel of ten dele de werking aan een vernietiging kan ontzeggen. Wij kunnen ons voorstellen dat het niet nakomen van de verplichting om informatie te verschaffen over de frequentie van overleg tussen partijen op een andere wijze gesanctioneerd zou moeten worden dan het niet of onjuist verstrekken van essentiële financiële gegevens.

5. De wetgever persisteert: goodwillvergoeding

In het Voorontwerp was het idee van een goodwillvergoeding bij het einde van de franchiseovereenkomst al gelanceerd. Wij waren daar kritisch over, onder meer omdat niet altijd goodwill aan de franchisenemer kan worden toegerekend, en goodwill moeilijk te berekenen is, mede gezien de moeizame ervaringen bij de regeling voor goodwill bij agentuur (art. 7:442 BW).[93] Het wetsvoorstel persisteert bij het idee dat goodwill zal moeten worden vergoed, en maakt ook duidelijk dat niet kan worden aangesloten bij de specifieke regeling bij agentuur (art. 7:442 BW).[94] Wel is het wetsvoorstel in die zin verbeterd dat specifieker is bepaald dat niet onder alle omstandigheden een verplichting bestaat om een vergoeding te betalen voor goodwill.

Om deze in het Wetsvoorstel franchise opgenomen goodwillvergoeding goed te kunnen duiden, is het van belang om te beseffen dat een dergelijke verplichting thans bij een franchiserelatie niet geldt en ook niet bij meer algemene *distributie*-relaties.[95] 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 goodwill.[96] Het gaat hier om de vergoeding van de schade als gevolg van een (voortijdige) beëindiging van de duurovereenkomst of als een de-investeringsvergoeding omdat de investeringen ondanks het in acht nemen van een correcte opzegtermijn niet konden worden terugverdiend.[97]

88. HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44.
89. In gelijke zin: Kamerstukken II 2019/20, 35392, 4 (advies RvS).
90. HvJ EU 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.
91. Analoog aan art. 6:89 BW, op grond waarvan binnen bekwame tijd na het niet adequaat nakomen van verbintenissen moet worden geklaagd, bij gebreke waarvan alle contractuele remedies komen te vervallen.
92. MvT, p. 49-50.
93. Schelhaas & Spanjaard 2019, p. 12-13.
94. MvT, p. 44.
95. Vgl. de noot van Stein onder HR 21 juni 1991, NJ 1991/742, m.nt. PAS (Mattel/Borka). Dit maakt het onderscheid tussen franchise- en generieke distributieovereenkomsten belangrijk. Nader over dit onderwerp o.a. J.H.M. Spanjaard, Distributie: enkele beschouwingen, Bb 2019/21, p. 304; T. de Mönnink & J.W.B. van Till, Valt exclusieve of selectieve distributie ook onder de aankomende franchisewet?, NJB 2020/17, p. 1239-1246.
96. Waarbij naar Nederlands recht de vraag kan worden gesteld of de goodwillvergoeding van art. 7:442 BW een schadevergoedingsvordering is.
97. HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (Goglio/SMQ); HR 21 juni 1991, NJ 1991/742, m.nt. PAS (Mattel/Borka). Nader over dit onderwerp o.a. H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Boilerplates: beëindigingsbedingen zijn helemaal het einde, of toch niet?, Contracteren 2018/2, p. 46-53.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Ontwerpartikel 7:920 lid 1 BW beoogt hier verandering in te brengen en bepaalt:

> 'De franchiseovereenkomst bepaalt in ieder geval:
> a. de wijze waarop wordt vastgesteld:
> 1. of goodwill aanwezig is in de onderneming van de franchisenemer;
> 2. zo ja, welke omvang deze heeft, en
> 3. in welke mate deze aan de franchisegever is toe te rekenen;
> b. op welke wijze goodwill die redelijkerwijs is toe te rekenen aan de franchisenemer bij beëindiging van de franchiseovereenkomst aan de franchisenemer wordt vergoed, indien de franchisegever de franchiseonderneming van de betreffende franchisenemer overneemt om deze onderneming zelfstandig voort te zetten, danwel over te dragen aan een derde met wie de franchisegever een franchiseovereenkomst sluit.'

Het wetsvoorstel wijkt in zoverre van het Voorontwerp af dat het *bestaan* van goodwill niet langer als voldongen feit wordt beschouwd. De gekozen bewoordingen 'de wijze waarop vastgesteld wordt welke goodwill aanwezig is in de franchiseonderneming' in het Voorontwerp tegenover 'of goodwill aanwezig is in de onderneming van de franchisenemer' in het wetsvoorstel duiden hier op. Ook de MvT benadrukt meer dan het Voorontwerp dat het bestaan van goodwill geen uitgemaakte zaak is en dat die soms nihil kan zijn.[98] Ook onderstreept de MvT terecht dat bij 'hard franchise', waarbij de franchisenemer weinig keuzevrijheid heeft en een hoge mate van uniformiteit in formules en producten geldt, 'de goodwill voor een belangrijk deel toe te rekenen [zal] zijn aan de franchiseformule en dus aan de franchisegever'.[99] Dat is een zinvolle toelichting, die wat ons betreft overeenkomt met de realiteit. Verder is aan het wetsvoorstel de bepaling toegevoegd dat de franchisegever *geen* goodwillvergoeding verschuldigd is in de situatie dat de franchisenemer zelf zijn opvolger selecteert en zijn onderneming aan die opvolger overdoet.[100] De goodwillvergoeding is dus uitsluitend aan de orde indien de franchisegever het vestigingspunt overneemt, al dan niet met de bedoeling zelf een nieuwe franchisenemer te benoemen. Dat lijkt ons terecht, omdat alleen in die situatie eventuele goodwill ook ten gunste van de franchisegever komt.

Maar meer in het algemeen vragen wij ons af of zo'n goodwillvergoeding überhaupt wenselijk is. Het vertrekpunt zou wat ons betreft moeten zijn dat de franchisegever en -nemer onafhankelijke partijen zijn die ieder voor eigen rekening en risico deelnemen aan het handelsverkeer. Anders dan bij agentuur, waar ook een goodwillvergoeding geldt, handelt de franchisenemer voor eigen rekening en risico en wijkt daarmee af van de agent, die in beginsel voor rekening en risico van de principaal handelt. Verder denken wij nog steeds dat het zowel bij soft franchise als bij hard franchise moeilijk is vast te stellen of het succes van een franchiseonderneming aan de franchisenemer of de franchiseformule valt toe te schrijven.[101] Het zal daarom naar onze inschatting bijzonder moeilijk zijn om aan te geven in hoeverre goodwill aan de franchisegever of -nemer is toe te schrijven. Een contractuele regeling op dit punt, waar het wetsvoorstel toe verplicht, zal vermoedelijk óf tot complexe discussies leiden óf tot onvoldoende tevredenheid bij de franchisenemer als bij beëindiging van de franchiseovereenkomst moet worden afgerekend en blijkt dat hij te snel heeft ingestemd met een lage vergoeding.

Daar komt bij dat de dreiging van hoge goodwillvorderingen bij het einde van de franchiserelatie de franchisegever (financieel) beperkt in zijn bedrijfsvoering ten aanzien van de gehele franchiseketen. Wat ons betreft is het dus een drastische maatregel, waarvan eerst had moeten worden onderzocht wat de noodzaak en effecten zijn. Wij voorspellen dat de huidige vormgeving van deze goodwillverplichting en de lastige bepaalbaarheid van bestaan, hoogte en toerekening van goodwill leiden tot juridische procedures. Daarnaast vragen wij ons af of het beperken van een postcontractueel concurrentiebeding, zoals is neergelegd in ontwerpartikel 7:920 lid 2 BW, niet voldoende is. Wat ons betreft zijn de twee bepalingen communicerende vaten. Indien partijen afzien van het opleggen van een concurrentiebeding en de franchisenemer na het einde van de franchiseovereenkomst concurrerende activiteiten met de bestaande klantenkring mag ontplooien, zou zich dat wat ons betreft moeten vertalen in minder of geen goodwillvergoeding.[102] Tot slot is ons niet duidelijk of de wettekst verplicht tot een goodwillvergoeding als de franchiseovereenkomst wordt ontbonden of opgezegd (en dus beëindigd) door een tekortkoming aan de zijde van de franchisenemer, waarop de franchisegever de franchiseonderneming zelf voortzet of door een derde laat voortzetten. In een dergelijk geval zetten wij vraagtekens bij de gerechtvaardigdheid van een goodwillvergoeding aan de wanpresterende franchisenemer.

Hoewel de goodwillbepaling is uitgebreid in vergelijking met het Voorontwerp, en terecht enige beperkingen kent, bevat de bepaling nog te veel open eindjes die zowel in de precontractuele fase als bij afwikkeling van de franchiseovereenkomst tot flinke discussies kunnen leiden.

6. Afronding

Het is duidelijk dát het Burgerlijk Wetboek binnenkort wordt aangevuld met een nieuwe titel over de franchiseovereenkomst. Dat de onderbouwing ten aanzien van de noodzaak daarvoor wankel is, verandert daar niets aan. Maar het feit dat de verschillende elementen die het

98. MvT, p. 42-43.
99. MvT, p. 43.
100. MvT, p. 43.
101. Zo ook MvT, p. 42-44.
102. Vgl. ook HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935, NJ 2017/227 (Prijsvrij/Corendon).

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

wetsvoorstel introduceert onvoldoende worden gesubstantieerd, betekent dat het wetsvoorstel op een aantal punten vragen oproept. Waarom worden bijvoorbeeld precontractuele informatieplichten in de wet opgenomen, en in hoeverre verschillen die van de informatieverplichtingen die bij dwaling gelden? En waarom is het nodig om een nauwelijks ingevulde verplichting tot het betalen van goodwill bij de beëindiging van de franchiserelatie op te nemen, en hoe wordt de omvang van de goodwill berekend? Verder plaatsen wij vraagtekens bij de vergaande sanctie op het niet nakomen van informatieverplichtingen en de standstillperiode. Een algemeen bezwaar is verder dat het uitgangspunt dat de grondslag vormt voor het wetsvoorstel – de beschermingsnood van de franchisenemer – heeft geleid tot een onevenwichtige regeling, die met name veel plichten aan de franchisegever oplegt. In de toelichting bij het wetsvoorstel en in de bepalingen die in het voorstel zijn opgenomen, zien wij niet dat zichtbaar rekenschap is gegeven van de gerechtvaardigde positie van de franchisegever en van zijn belang om een franchiseformule economisch rendabel te maken en te houden.

Wel is het wetsvoorstel naar onze mening op een aantal punten verbeterd ten opzichte van de eerdere wetgevingsinitiatieven. Zo is de onderzoeksplicht van de franchisenemer van toegevoegde waarde, is het een winstpunt dat er geen prognoseplicht bestaat, getuigt het van realiteitszin dat niet *altijd* sprake kan zijn een goodwillvergoeding, en is het ook van toegevoegde waarde dat niet bij elke wijziging in de franchiseformule toestemming van de franchisenemers moet worden verkregen, maar alleen als de negatieve financiële consequenties daarvan buiten een tevoren overeengekomen bandbreedte vallen.

Kortom, het wetsvoorstel is wat ons betreft verbeterd ten opzichte van de eerdere ontwerpen, maar er is nog steeds wel werk aan de winkel.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002003