

Artikel

Het Voorontwerp Franchise: strike two voor de wetgever

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

1. Inleiding

Op 12 december 2018 publiceerde de wetgever op www.internetconsultatie.nl het nieuwe Voorontwerp voor de Wet franchise, dat als primair doel heeft het versterken van de positie van de franchisenemer.¹ Dit Voorontwerp vervangt een eerdere versie, die door ons kritisch is besproken in *Contracteren* 2017/3.² Het eerdere wetsontwerp beoogde vooral een wettelijk haakje te bieden om een eerder tot stand gekomen gedragscode, de Nederlandse Franchise Code (NFC), te verankeren. In het kort betoogden wij dat een voor de Nederlandse economie zo belangrijke branche als franchise in wetgevend opzicht niet kan worden afgescheept met een wettelijk haakje om een binnen de branche lang niet unaniem gedragen gedragscode tot wet te verheffen. Daarbij had de wetgever zijn *ratio legis* voor dit wetsontwerp – vermeende misstanden in de franchise – wat ons betreft niet gekwantificeerd en miste het wetsontwerp daarom fundament. Wij concludeerden dat de wetgever een meer uitgedachte wet zou moeten formuleren.

Met de publicatie van het recente Voorontwerp heeft de wetgever dat deels gedaan. Het Voorontwerp voorziet in de implementatie in het Burgerlijk Wetboek (BW) van

een nieuwe titel 16 over franchise, net na de titel over de vaststellingsovereenkomst. De titel bestaat uit elf inhoudelijke artikelen over de franchiseovereenkomst (de ontwerp-art. 7:911 tot en met 7:921 BW). Op het moment van het schrijven van dit artikel³ was de internetconsultatie nog niet gesloten.

In dit artikel bespreken we het Voorontwerp niet integraal, maar staan wij in de eerste plaats stil bij enige kritiekpunten die we ten aanzien van het vorige wetsontwerp formuleerden en bezien wij of het Voorontwerp wat dat betreft verbeterd is. Daarnaast bespreken we de relevante jurisprudentie sinds het vorige voorontwerp en de wijze waarop het meest recente wetsontwerp met die jurisprudentie omgaat. Verder selecteerden wij twee belangrijke onderwerpen die in het Voorontwerp aan de orde komen en afwijken van de bestaande (rechts)praktijk:

- de precontractuele informatieplicht en de standstill-periode (ontwerpart. 7:914 en 7:915);
- de beoogde goodwillvergoeding (ontwerpart. 7:919).

Andere elementen van het Voorontwerp – zoals een postcontractuele informatieplicht,⁴ een verplicht overleg tussen franchisegever en vertegenwoordigers van franchisenemers,⁵ verplichte voorafgaande instemming van (een deel van) de franchisenemers bij een wijziging van de franchiseformule ‘die aanzienlijke gevolgen heeft of kan hebben voor de exploitatie van de franchiseformule door de franchisenemer’,⁶ en de beperking van de franchisegever om concurrerende activiteiten te ont-

3

* 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 bij La Gro Geelkerken Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. www.internetconsultatie.nl/wet_franchise. Dit meest recente Voorontwerp voor de Wet Franchise uit december 2018 duiden wij in dit artikel aan met ‘Voorontwerp’.

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

3. Dit artikel werd afgesloten op 24 januari 2019.

4. Ontwerpart. 7:916.

5. Ontwerpart. 7:919 lid 1, waarover nader A.W. Dolphijn in deze editie van *Contracteren*.

6. Ontwerpart. 7:920 en 7:919 lid 4 ten aanzien van de wijziging van de franchiseovereenkomst zelf.

plooien⁷ – laten wij, gezien het beperkte bestek van deze bijdrage, rusten.

Omdat het Voorontwerp op bepaalde onderwerpen gelijkkluidend is aan het vorige wetsontwerp en onze kritiek daarop overeind blijft, zien wij ons genoodzaakt om her en der onze eerdere kritiek te herhalen.

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

2.1 De ratio legis

De eerste vraag is natuurlijk waarom de franchise-overeenkomst een nieuwe wettelijke regeling behoeft. Wat is dus de *ratio legis*? Weliswaar is duidelijk dat de regeling de franchisenemer wil beschermen en dat daartoe met semidwingendrechtelijke bepalingen⁸ de contractsvrijheid wordt beperkt,⁹ maar voor het overige is de onderbouwing van dit Voorontwerp net als de eerdere poging summier.¹⁰ Wij ontkennen natuurlijk niet dat de franchisenemer zich ten opzichte van de franchisegever geregeld in een zwakkere onderhandelingspositie kan bevinden, maar wijzen er in dit verband op dat het gaat om commerciële partijen die er zelf voor kiezen om deel te nemen aan het handelsverkeer. In een dergelijke B2B-relatie is een belangrijk uitgangspunt het beginsel van de partijautonomie en contractsvrijheid, omdat partijen zelf invulling moeten kunnen geven aan de inhoud van hun commerciële afspraken. Het enkele feit dat een van deze partijen zwakker is dan de ander, is nog geen reden om in te grijpen op deze fundamentele beginselen, omdat enige ongelijkheid tussen contractspartijen inherent is aan het handelsverkeer. Als de wetgever er dan voor kiest om een bepaald soort contractant, zoals de franchisenemer, te beschermen en daarmee inbreuk te maken op de contractsvrijheid, moeten daar goede en onderbouwde redenen voor bestaan.¹¹ Die lezen wij niet terug in de memorie van toelichting (MvT). Daarin wordt volstaan met de niet nader onderbouwde opmerking dat de franchisenemer in de praktijk afhankelijk is van de franchisegever, gevolgd door de evenmin gesubstantieerde opmerking dat 'in de praktijk (...) regelmatig [blijkt] dat de manier waarop de franchisegever het overwicht inzet, tot onredelijke en

onwenselijke situaties leidt voor de franchisenemer'.¹² Vervolgens wordt bij wijze van voorbeeld gewezen op het ontbreken van 'de nodige transparantie' en het bestaan van een eenzijdige wijzigingsmogelijkheid door de franchisegever. Een en ander wordt echter niet gestaafd door data. Tot slot wordt nog gerefereerd aan 'aanhoudende berichten in diverse media over misstanden', zonder te expliciteren over welke media en misstanden het dan gaat en of het hier gaat om gedegen journalistiek onderzoek. De verwijzing in de MvT naar in 2014 gevoerde gesprekken waaruit van de zijde van (louter) de franchisenemers werd gewezen op schadelijke ervaringen, is evenmin gespecificeerd. De MvT concludeert:

'Deze interviews hebben het verontrustende beeld hieromtrent bevestigd, dat in eerste instantie in de media naar voren is gekomen.'¹³

In onze bijdrage over het vorige voorontwerp betoogden we al dat de *ratio legis* wankel was en nauwelijks werd onderbouwd. Onze bezwaren blijven wat dat betreft dus overeind.

Vertretpunt is dat de franchisebranche groot is¹⁴ en dat uit een in opdracht van de minister van Economische Zaken uitgebracht rapport uit 2009 naar voren komt dat de sector als zodanig goed draait, ofschoon enige knelpunten worden gesignaleerd.¹⁵ Waarom is dan nu toch wetgeving aangewezen, die als primair doel heeft het stevig versterken van de positie van de franchisenemer? Kort samengevat rechtvaardigt de wetgever het Voorontwerp dus door te wijzen op onevenwichtigheid in de franchiserelatie, op 'onwenselijke situaties' en op in diverse media gemelde 'knelpunten en misstanden'. De toelichting bij het Voorontwerp bevat echter geen statistische gegevens en bevat louter algemeenheden. Waar leidt die onevenwichtigheid dan toe, om welke onwenselijke situaties gaat het precies, en waar bestaan die knelpunten en misstanden dan uit? Het antwoord op die vragen is noodzakelijk om te bepalen of de misstanden in de branche dermate erg zijn dat wetgeving noodzakelijk is. Is wetgeving een proportioneel instrument of moeten 'de goeden' al te zeer onder 'de kwaden' lijden? Net als bij het eerdere voorontwerp dat de NFC een wettelijke status gaf, wordt de noodzaak tot regelgeving naar onze mening te zeer op louter *veronderstelde* misstanden geënt, zonder dat daar een gedegen kwantitatief onderzoek aan ten grondslag ligt. Daardoor wordt de legitimatie van de wet wankel en wordt evenmin duidelijk voor welk concreet probleem de wet precies een oplossing beoogt te bieden.

Die legitimatie volgt evenmin uit de reacties op het vorige voorontwerp. De MvT verwijst wel in algemene zin

7. Ontwerpart. 7:919 lid 3. Vgl. Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360, NTHR 2017/1, p. 29 (VAHF c.s./Albert Heijn).

8. Art. 7:921: van de bepalingen kan niet ten nadele van de franchisenemer worden afgeweken.

9. Naast de onderwerpen die wij in deze bijdrage bespreken, wijzen wij ook op de bepaling dat een beding dat verplicht tot afname van goederen of diensten door de franchisenemer pas 'geldig' is indien voor deze verplichting 'in het handelsverkeer gebruikelijke voorwaarden gelden' (art. 7:919 lid 2 Voorontwerp).

10. Daarover: Schelhaas & Spanjaard 2017, p. 107.

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

12. MvT, p. 1.

13. MvT, p. 3-4.

14. Nederland telt zo'n 825 franchiseformules – winkels, horeca en dienstverleners – met 30.950 franchisezaken en 300.000 werknemers, die tezamen goed zijn voor een jaaromzet van ruim 30 miljard euro. Zie MvT, p. 1 en 11.

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

naar die reacties, waar wordt vermeld dat ‘de meeste franchisegevers in hun reactie op de internetconsultatie bij het vorige voorontwerp aangaven een voorkeur te hebben voor een regeling bij formele wetgeving, in plaats van verankering van een gedragscode’.¹⁶ Maar hiermee hebben de franchisegevers ons inziens louter aangegeven liever een *formele* inhoudelijke regeling te zien dan een wettelijk haakje om een gedragscode tot wet te verheffen, en hebben zij hiermee geenszins te kennen gegeven dat zij zich konden vinden in de aannahme van de wetgever dat sprake is van misstanden, dat wetgeving noodzakelijk is en gedragen wordt door bewezen misstanden.

Tot slot geeft (de toelichting op) het Voorontwerp onvoldoende aan waarom en in hoeverre het bestaande wettelijke kader, in de vorm van de regelingen over dwaling en algemene voorwaarden,¹⁷ onvoldoende zou zijn om de gestelde problemen op te lossen. Deze leerstukken komen in de (veelal lagere) jurisprudentie weliswaar menigmaal onvoldoende uit de verf, maar naar onze mening ligt dat niet zozeer aan het wettelijke kader, maar meer aan de wijze waarop wordt geprocedeerd.¹⁸

Concluderend vinden wij het teleurstellend dat een vergaand Voorontwerp voor een wet dat in belangrijke mate inbreuk maakt op de contractsvrijheid tussen commerciële partijen, in wezen geen substantiële rechtvaardiging of onderbouwing kent.¹⁹

2.2 Overige onderbouwing

Ook op andere punten vinden wij de toelichting bij het Voorontwerp beperkt. Zo wordt buitenlandse wetgeving op het gebied van franchise weliswaar genoemd,²⁰ maar niet geanalyseerd. Dat is een gemiste kans, juist omdat het gaat om een belangrijk contractstype dat in heel Europa voorkomt en ten aanzien waarvan in een aantal jurisdicties specifieke wettelijke bepalingen gelden. Rechtsvergelijking zou helpen om het nut van bepaalde wettelijke innovaties te beproeven. Verder wordt niet of nauwelijks ingegaan op recente rechtspraak op het gebied van franchise, hoewel de Hoge Raad de afgelopen twee jaar twee inhoudelijke arresten heeft gewezen over franchise²¹ en het Voorontwerp hier op onderdelen lijn-

recht tegen ingaat. Het is merkwaardig dat de toelichting daar geen aandacht aan besteedt en dus ook niet aangeeft om welke reden van de koers van de Hoge Raad wordt afgeweken. Ook specifieke reacties op het vorige voorontwerp en rechtsgeleerde literatuur, zoals de Asser-bewerking door Houben, noemt de MvT niet.²² Sterker nog, in de MvT komt in het geheel geen (deugdelijke) bronvermelding voor. Dat heeft tot gevolg dat het menigmaal moeilijk is om vast te stellen wat de wetgever bedoelt. Zulks staat in schril contrast tot bijvoorbeeld de parlementaire geschiedenis bij de Boeken 3, 5, 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarin uitgebreid rechtspraak, literatuur en buitenlandse wetgeving worden geanalyseerd. Wat ons betreft mag een dergelijke zorgvuldige handelswijze ook hier van de wetgever worden verwacht, onder meer omdat op deze wijze getoetst kan worden of de wetgever zijn afwegingen op inhoudelijke goede gronden heeft gebaseerd, en ook omdat zo nader inzicht kan worden verkregen over de afweging van de wetgever en over de (gewenste) invulling van wettelijke bepalingen.

2.3 Slotsom: gebrekkige onderbouwing

Kortom, ten aanzien van de onderbouwing van de *ratio legis* en dus de rechtvaardiging van het Voorontwerp, alsmede ten aanzien van de dialoog met de bestaande (rechts)praktijk, is het voorstel wat ons betreft te summier. Hierdoor is het geregeld niet duidelijk wat de wetgever bedoelt, is evenmin duidelijk voor welk bewezen probleem wetgeving nodig is, en kan ook niet worden nagegaan of de radicale inbreuk die het Voorontwerp op de contractsvrijheid wil maken en de vergaande bescherming die de franchisenemer wordt geboden nodig en/of proportioneel zijn. Naar ons idee verdient het onderwerp ‘bescherming van de zwakkere commerciële contractspartij’ waar het de wetgever kennelijk om te doen is weliswaar oprechte aandacht,²³ maar dan wel onderbouwd, met een overkoepelende visie, en niet als onderdeel van (haastige?) besluitvorming.²⁴ Na deze inleidende beschouwing gaan wij in op de inhoud van het Voorontwerp.

16. MvT, p. 4-5.

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

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

19. Vergelijkbaar: M. de Koning, *Het wetsvoorstel Franchise – Bezint eer ge begint*, NJB 2019/4, p. 262-264.

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

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

Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?, Contracteren 2017/3, p. 77-82.

22. Asser-Houben 7-X, *Onbenoemde overeenkomsten*, 2015.

23. Vgl. J.H. Kolenbrander, *Waarom het eigenlijk best een goed idee is om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken*, NJB 2013/39, p. 2736-2741; Schelhaas 2018.

24. Regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’, p. 35, gepubliceerd op: www.kabinetsformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst, laatst geraadpleegd op 28 januari 2019. Zie voorts brief staatssecretaris Keijzer aan Tweede Kamer d.d. 23 mei 2018, kenmerk DGBI-O / 17198897, waarin het wetsvoorstel voor ‘najaar 2018’ werd aangekondigd, en brief minister en staatssecretaris Economische Zaken d.d. 15 november 2018, kenmerk BBR / 18259997, waarin het wetsvoorstel voor het vierde kwartaal van 2018 werd aangekondigd.

3. Noviteit 1: precontractuele fase en standstillperiode

3.1 De reikwijdte van de precontractuele informatieplicht

De kern van het Voorontwerp is de introductie van een informatieplicht die voornamelijk op de franchisegever rust. Als het probleem bij franchise vooral in gebrekkige informatievoorziening zou schuilen, dan is in algemene zin een precontractuele informatieplicht een goed initiatief. De voorgestelde informatieverplichting is wat ons betreft echter niet in balans. Wij lichten dat toe.

Van de elf artikelen die de wet telt, zijn vijf artikelen gewijd aan informatieverstrekking.²⁵ Daarvan zijn drie artikelen gewijd aan *precontractuele* informatie die moet worden verstrekt. Ontwerpartikel 7:915 BW bepaalt over welke onderwerpen voorafgaande aan de contractsluiting in ieder geval informatie moet worden verstrekt. Het betreft:

- informatie over de eigen financiële positie die ‘redelijkerwijze van belang is of kan zijn voor het sluiten en de uitvoering van de overeenkomst’ (lid 1);
- naam en contactgegevens en gegevens over de persoon die namens de franchisegever optreedt, indien deze een rechtspersoon is;
- financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming;
- de conceptovereenkomst inclusief alle bijlagen, handboeken en daarmee vergelijkbare documenten;
- de contactgegevens en een overzicht van de locaties van andere franchiseondernemingen;
- de contactgegevens van het vertegenwoordigende orgaan van franchisenemers, indien aanwezig;
- informatie over (1) de wijze waarop en de frequentie waarmee het overleg tussen de franchisegever en de franchisenemers plaatsvindt, (2) de mate waarin en de wijze waarop de franchisegever in concurrentie kan treden met de franchisenemer, (3) de mate waarin en de frequentie waarmee en wijze waarop de franchisenemer kennis kan nemen van financiële gegevens die de franchisenemer betreffen of die voor zijn bedrijfsvoering van belang zijn, (4) de onderbouwing van beslissingen van de franchisegever die aanzienlijke financiële gevolgen kunnen hebben voor de franchisenemer, en (5) de bij de franchisenemer benodigde investeringen.

De verplichting om informatie over de eigen financiële positie te verstrekken is wederkerig. De overige informatieverplichtingen rusten uitsluitend op de franchisegever.

De onderwerpen waarover informatie moet worden verschaft, zijn niet nieuw en lijken rechtstreeks te zijn ontleend aan artikel 3.6 van de NFC.²⁶ Ook het Belgische recht schrijft voor dat over *grosso modo* dezelfde onder-

werpen informatie moet worden verschaft. Zie artikel X.28 lid 2 onder g tot en met k van het Belgische Wetboek Economisch Recht (WER), waaruit volgt dat onder de informatie die onder de wet moet worden verstrekt aan de franchisenemer in spe het volgende valt:

- historische marktgegevens en prognose van de markt waarin de activiteiten worden uitgeoefend, vanuit algemeen en lokaal oogpunt;
- historische gegevens en prognoses van het marktaandeel van het netwerk;
- indien toepasselijk: voor elk van de voorbije drie jaren het aantal uitbaters die deel uitmaken van het Belgische en internationale netwerk, alsmede expansievooruitzichten van het netwerk;
- indien van toepassing: voor elk van de voorbije drie jaren het aantal commerciële samenwerkingsovereenkomsten dat is afgesloten, het aantal commerciële samenwerkingsovereenkomsten dat is beëindigd op initiatief van de persoon die het recht verleent en op initiatief van de persoon die het recht verkrijgt, alsmede het aantal commerciële samenwerkingsovereenkomsten dat niet is vernieuwd op de vervalddag;
- de lasten en investeringen waartoe de franchisenemer in spe zich verbindt bij de aanvraag en tijdens de looptijd van de commerciële samenwerkingsovereenkomst met opgave van de bedragen en hun bestemming, alsook een aflossingstermijn, het ogenblik waarop ze aangegaan zullen worden en hun lot bij beëindiging van de overeenkomst.

De onderwerpen die het Voorontwerp onder de informatieverplichting brengt, moeten blijkens ontwerpartikel 7:913 BW op duidelijke en begrijpelijke wijze worden verstrekt, schriftelijk of op een duurzame gegevensdrager. Wat betreft de duurzame gegevensdrager – die ook in artikel X.28 WER wordt genoemd – wordt aansluiting gezocht bij Europese consumentenrichtlijnen waar dit begrip evenzeer voorkomt.²⁷ Expliciet wordt verwezen naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU): het gaat om ieder medium waarmee de ontvanger eenduidig de informatie in bezit kan krijgen en houden.²⁸ Dat betekent dat een hyperlink niet een duurzame gegevensdrager is, maar een e-mail waarin de informatie is weergegeven wel.

3.2 Een verplichting 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

25. Te weten: de ontwerpart. 7:913 tot en met 7:917.

26. Zie art. 3.6 NFC.

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

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

als die prognoses niet accuraat blijken.²⁹ Ontwerpartikel 7:915 BW maakt dit niet expliciet duidelijk, maar uit de MvT bij ontwerpartikel 7:915 lid 2 onder b ('financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming') lijkt te volgen dat ook deze omzetprognoses aan de franchisenemer ter beschikking moeten worden gesteld:

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

Deze informatieverplichting strekt niet zover dat de te verstrekken informatie over een locatie een bepaalde garantie moet omvatten op het behalen van een bepaalde omzet of een bepaald bedrijfsresultaat. Het behalen van bepaalde resultaten is veelal van veel méér factoren afhankelijk dan louter de locatie. Met name bij "soft franchise" is bijvoorbeeld de eigen, individuele aanpak van de franchiseondernemer in de exploitatie van de franchiseformule van wezenlijke invloed op de resultaten die hij kan behalen.³⁰

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

'Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst,

29. 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 (Shooby); 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).

30. MvT, p. 24.

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.³¹

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.³²

De wetgever geeft niet aan in hoeverre en om welke reden het Voorontwerp beoogt af te wijken van de rechtspraak over prognoses en wijdt geen woord aan de bestendige rechtspraak op dit punt.³³ Als uit artikel 7:915 lid 2 BW inderdaad volgt dat een verplichting bestaat om prognoses te verstrekken, dan levert dat tegen de achtergrond van de bestaande rechtspraak over de aansprakelijkheid voor onjuiste prognoses interessante vragen op. Uit het hiervoor al aangehaalde Albert Heijn-arrest³⁴ volgt immers dat *als* prognoses worden verschaft, de franchisegever aansprakelijk *kan* zijn voor fouten in prognoserapporten. Gaat het om een rapport dat door een derde is uitgevoerd, dan is de franchisegever aansprakelijk indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam heeft gemaakt. Gaat het om een onderzoek naar prognoses dat de franchisegever zelf, of een persoon voor wie hij aansprakelijk is, heeft uitgevoerd en de resultaten daarvan aan zijn wederpartij heeft verstrekt, dan kan in de bewoordingen van de Hoge Raad

'(...) ook sprake zijn van onzorgvuldig handelen zonder dat de franchisegever (of de persoon voor wie hij aansprakelijk is) weet dat het rapport fouten bevat, en wel indien onzorgvuldigheid van de franchisegever (of van de persoon voor wie hij aansprakelijk is) heeft geleid tot de fouten in het rapport'.

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

32. 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.

33. Voor een vergelijkbare klacht: De Koning 2019, p. 262-264.

34. 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.

Kortom, *als* de franchisegever ervoor kiest om prognoses te verstrekken, dan bestaat naar huidig recht een reëel aansprakelijkheidsrisico. Als uit artikel 7:915 lid 2 Voorontwerp inderdaad een verplichting voortvloeit om prognoses te verstrekken, dan rijst natuurlijk de vraag of de bestendige rechtspraak over de aansprakelijkheid voor onjuiste prognoses onverkort blijft gelden, ook al gaat die rechtspraak ervan uit dat een dergelijke verplichting juist niet bestaat.³⁵ Ook dan lijkt het ons voor de hand te liggen dat de franchisegever aansprakelijk kan worden gesteld indien hij weet dat prognoserapporten fouten bevatten en hij daar de franchisenemer niet van verwittigt. Maar wat is rechtens als de franchisegever dat niet wist? Wat ons betreft is aansprakelijkheid in een dergelijk geval niet altijd te rechtvaardigen, temeer als de franchisegever als uitgangspunt verplicht zou zijn om prognoses te verstrekken. En moet dan nog steeds onderscheid worden gemaakt tussen prognoserapporten van derden of van de franchisegever zelf? De wetgever had wat ons betreft deze belangrijke rechtspraak op het punt van het verschaffen van prognoses en de daarmee samenhangende aansprakelijkheidsvraag moeten adresseren en duidelijk moeten maken of deze rechtspraak ook onder het Voorontwerp nog steeds leidend is. De MvT zwijgt echter.

Wij betwijfelen overigens ook de noodzaak en wenselijkheid van een op de franchisegever rustende algemene prognoseplicht. De vraag of de exploitatie van een nieuw te exploiteren onderneming rendabel is, behoort immers in algemene zin tot het ondernemersrisico van de exploitant. Dat betekent dat prognoses over een te exploiteren onderneming in beginsel tot het onderzoeksdomein van de startende ondernemer behoort te liggen. Wij zien niet goed in waarom dat in een franchiserelatie radicaal anders is of zou moeten zijn. De franchisenemer wil immers een onderneming starten om daar revenuen mee te behalen, en het is zijn keuze om dat al dan niet te doen. Natuurlijk, hem moet voldoende informatie worden verschaft om een afgewogen oordeel te kunnen maken over de vraag of de exploitatie voor hem voldoende rendabel zal kunnen zijn, maar het is wat ons betreft onevenwichtig als de franchisegever alle gegevens aangaande prognoses moet verstrekken, temeer daar in menig geval eigen onderzoek nodig zal zijn. Dat sluit aan bij de lijn die de Hoge Raad heeft ingezet met betrekking tot de precontractuele mededelingsplicht bij het dwalingsleerstuk (art. 6:228 lid 1 sub b BW): de wederpartij moet de dwalende inlichten ten aanzien van hetgeen zij wist of *behoorde te weten*. In het Van der Valk/Inbev-arrest oordeelde de Hoge Raad immers dat de term ‘behoren te weten’ niet zover gaat dat de wederpartij van de dwalende zich eerst zelf moet laten voorlichten om zodoende de dwalende voor te

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

lichten.³⁶ In het kort ging het om het volgende. Inbev verhuurde aan Van der Valk een horecagelegenheid in voorheen een casino. Krachtens het bestemmingsplan was het toegestaan dat in het gehuurde een speelcasino werd geëxploiteerd met daarbij behorende ruimte ten behoeve van horeca. Van der Valk wilde echter een zelfstandig Italiaans restaurant in de horecagelegenheid exploiteren. Achteraf bleek dat op basis van het bestemmingsplan niet toegestaan. Van der Valk sprak vervolgens Inbev aan op grond van dwaling. Het hof oordeelde dat Inbev als professionele partij had behoren te weten van de afwijkende bestemming van der Valk en van de mogelijke problemen die dat voor Van der Valk zou opleveren. De Hoge Raad vernietigt dit oordeel, onder meer omdat een verplichting tot ‘preventief’ inlichten niet te snel mag worden aangenomen, en dat van een ‘behoren in te lichten’ in het algemeen slechts sprake kan zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was.³⁷ De Hoge Raad vervolgt dat zo’n inlichtingenplicht ook kan bestaan ‘indien de wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent gedwaald wordt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn’. *Mutatis mutandis* distilleren wij hieruit³⁸ de hoofdregel dat een persoon die een onderneming wil oprichten, geacht mag worden onderzoek te doen naar de financiële haalbaarheid van zijn onderneming. Daarbij past ook een onderzoek naar de omvang en (omzet)potentie van de markt waarin hij actief wil zijn.³⁹ Dat kan onder omstandigheden anders zijn, bijvoorbeeld als in een concreet geval een specifieke omstandigheid invloed heeft op de winstkansen en die aan de franchisegever als deskundige partij bekend is of had moeten zijn, of als de franchisenemer aan de franchisegever verzoekt om specifieke gegevens te verstrekken die nodig zijn om prognoses te berekenen. Dit vormt wat ons betreft een evenwichtige rolverdeling bij het aangaan van ook franchiseovereenkomsten. Een algemene prognoseplicht verhoudt zich niet goed met het voorgaande en zou wat ons betreft niet als regel aan de franchisegever moeten worden opgelegd.

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

De consequenties van het niet naleven van de precontractuele informatieverplichting uit het Voorontwerp (art. 7:915) zijn lastig te bepalen. Ontwerptitel 16 bevat namelijk geen sancties op het niet voldoen aan de informatieverplichting. Deze moeten daarom in de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek, en met name in de

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

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

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

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

leerstukken dwaling en toerekenbare tekortkoming, worden gezocht.⁴⁰ Wat betreft het beroep op dwaling is de vraag relevant of de in de NFC opgenomen verplichting voor de franchisenemer om alle van de franchisegever ontvangen informatie te onderzoeken, zou moeten gelden. Dit zou een rem kunnen zetten op een geslaagd beroep op dwaling.⁴¹ Het Voorontwerp bevat deze onderzoeksverplichting niet, zodat de gangbare lijn over dwaling – kort door de bocht: door de wederpartij van de dwalende gedane mededelingen hoeven door de dwalende in beginsel niet te worden onderzocht op juistheid – relevant zal zijn. Sinds het Offringa/Vinck-arrest is het vaste rechtspraak dat informatie die de wederpartij heeft verschaft, niet meer door de dwalende behoeft te worden onderzocht.⁴² Deze regel is herhaald in het L.E. Beheer/Stijnman-arrest.⁴³ Betekent het Voorontwerp dan dat, zodra de franchisegever op grond van de wettelijke verplichting daartoe informatie heeft verschaft, de onderzoeksverplichting van de franchisenemer helemaal zou zijn uitgespeeld? Gezien de omvang van de informatieplicht die in het Voorontwerp is opgenomen, zou dat de franchisenemer in een gouden zetel plaatsen en het ondernemersrisico dat bij de exploitatie van een onderneming nu eenmaal bestaat, behoorlijk uitkleden. De franchisenemer kan rustig afwachten welke informatie hem wordt verschaft, bijvoorbeeld ten aanzien van de financiële positie van de franchisegever die ‘redelijkerwijze van belang is of kan zijn’ (art. 7:915 lid 1 Voorontwerp), alsmede de financiële gegevens inclusief prognoses met betrekking tot beoogde franchisesteviging (art. 7:915 lid 2 sub b Voorontwerp). Die veelomvattende informatie zou hij dan in beginsel niet behoeven te onderzoeken, en bij achteraf gebleken gebreken kan hij de franchiseovereenkomst eenvoudig vernietigen op grond van dwaling.

Dat is een vergaande consequentie en naar ons idee zou daarom een andere route moeten worden gekozen die de belangen van franchisenemer en -gever beter in balans brengt. Naast het verstrekken van informatie door de franchisegever zou naar onze mening een ‘leesplicht’ voor de franchisenemer moeten bestaan. Als de franchisenemer de verstrekte informatie niet leest of niet adequaat analyseert, dan dient dat voor rekening en risico van de franchisenemer te blijven, althans als de informatie juist is en op duidelijke en begrijpelijke wijze is gepresenteerd.⁴⁴ Een vergelijkbaar oordeel heeft de Hoge Raad in het Hoog Catharijne-arrest uit 1995 gegeven ten aanzien van verstrekte informatie bij een over-

name.⁴⁵ In dat arrest doorgrondde de koper tijdens de due diligence-onderzoeken de lening in de erfpachtconstructie die op het Hoog Catharijne Winkelcentrum rustte, niet. Deze dwaling diende evenwel voor eigen rekening en risico te blijven omdat de informatie in beginsel op tafel lag, maar de koper dat kennelijk niet (adequaat) had onderzocht. Overigens wordt die onderzoeksplicht in de lagere rechtspraak over due diligence-onderzoek wel beperkt indien de verkopende partij (vertaald naar franchisesituaties: de franchisegever) niet de juiste of niet volledige gegevens ter beschikking stelt.⁴⁶ In zo’n geval wordt wel geoordeeld dat de koper (of in de onderhavige situatie: de franchisenemer) wel een beroep op dwaling toekomt. Een en ander is wat ons betreft ook in franchiserelaties een zinvolle aanvulling op de omvangrijke informatieverplichting.

Verder wijzen wij erop dat ontwerpartikel 7:913 lid 3 verplicht om de informatie zodanig te formuleren, vorm te geven en te rangschikken dat de franchisenemer redelijkerwijze de gevolgen van het aangaan van de franchiseovereenkomst kan overzien. Dat is een open norm, waar de wet en de MvT nauwelijks enige verdere sturing aan geven, behalve dan dat dit niet alleen geldt voor de overeenkomst zelf, maar ook wat betreft ‘de operationele en financiële gevolgen’.⁴⁷ Uit de toelichting wordt verder niet geheel duidelijk of het om een subjectieve norm gaat, die moet worden toegepast op elke individuele concrete franchisenemer. De MvT meldt enkel dat de franchisegever bij het verstrekken van de informatie rekening moet houden met de branche, het type franchise en het type franchisenemer waar hij mee van doen heeft.⁴⁸ Mocht worden bedoeld dat rekening moet worden gehouden met de concrete franchisenemer in een specifiek geval, dan zou dat ruimte geven voor het betoog dat de informatie voor een bepaalde, bijvoorbeeld niet heel prudente, franchisenemer subjectief niet duidelijk was, ook al is de informatie objectief gezien duidelijk en begrijpelijk. Dat zou de kans op procedures op dit punt vergroten. Wij bepleiten dan ook dat een geobjectiveerde norm zou moeten gelden, waarbij het gaat om een ‘maatman’⁴⁹ franchisenemer. Dat voorkomt dat elke onvoorzichtige franchisenemer wordt

40. Vgl. Schelhaas & Spanjaard 2017, p. 113-115; Spanjaard 2017, p. 93-94.

41. Vgl. Spanjaard 2017, p. 97.

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

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

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

45. 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.

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

47. MvT, p. 21.

48. MvT, p. 21.

49. 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

beschermd, hetgeen de belangen van franchisenemer en franchisegever beter in balans brengt.

3.4 Standstillperiode ten aanzien van de verstrekte informatie

Ontwerpartikel 7:914 bepaalt verder dat de informatie uiterlijk vier weken voor het sluiten van de overeenkomst moet worden verstrekt. Tijdens deze termijn 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 van de franchisenemer. Volgens de wetgever biedt deze termijn van beraad – wij geven de voorkeur aan de Engelse term ‘standstill’ omdat de wet niet uitnodigt tot beraad – de franchisenemer de gelegenheid de ontvangen informatie te bestuderen en daarover zo nodig deskundig advies in te winnen.

Hoewel de toelichting hier niet over rept, lijkt deze bepaling geïnspireerd te zijn door artikel X.27 van de Belgische WER.⁵⁰ De Belgische wet verplicht om één maand (de Nederlandse tekst houdt het op vier weken) voor het sluiten van de overeenkomsten een conceptovereenkomst, alsmede een afzonderlijk document met informatiegegevens over de belangrijkste bepalingen van de overeenkomst aan zijn franchisenemer in spe te verstrekken. Vervolgens moet de bedenktijd van een maand worden gegeven, tijdens welke periode geen verbintenis mag worden aangegaan en geen vergoeding, bedrag of waarborg kan worden gevraagd of betaald. Met de conceptovereenkomst wordt niet het allereerste concept bedoeld, maar het eindresultaat van eventuele onderhandelingen. De sanctie op het niet naleven van de bepalingen – zowel het verstrekken van de informatie zelf als het niet naleven van de standstillperiode – is naar Belgisch recht nietigheid van de overeenkomst, welke nietigheid binnen twee jaar na het sluiten van de overeenkomst kan worden ingeroepen.⁵¹ Mertens constateert dat de Belgische wet binnen een internationale trend past, waarin steeds meer informatieplichten op de franchisegever worden gelegd.⁵² In de Belgische literatuur wordt er wel op gewezen dat het gaat om een zware precontractuele (informatie)verplichting, waar ook een zwaar rechtsgevolg aan is verbonden (nietigheid van de franchiseovereenkomst).⁵³ In de memorie van toelichting ontbreekt elke reflectie op deze thematiek en de toepassing van de wet in de Belgische rechtspraak.

mochten gaan dat de prijs van € 24,00 of € 85,34 juist was, uitgegaan worden van een gemiddeld geïnformeerde consument’).

50. Nader over de wet o.a. A. de Schoutheete & O. Vanden Berghe, *Le Livre X du nouveau Code de droit économique – Les nouveautés en matière d’information précontractuelle*, TBH 2014/8, p. 739-756; D. Mertens, *De nietigheid onder de wet precontractuele informatie: streng of rechtvaardig?*, RBAG 2016/8-9, p. 675-683; B. Ponet, *De wet betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten: zes jaar toepassing in de praktijk*, Rechtskundig Weekblad 2012/5, p. 162-175.

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

52. Mertens 2016, p. 675-683.

53. Vgl. Mertens 2016, p. 675-683; Ponet 2012, p. 162-175.

Dat is een gemiste kans, want Belgische ervaringen zouden meer inzicht kunnen verschaffen in de werkbaarheid van de standstillperiode en van de (reikwijdte van) eendimensionale informatieverplichtingen.

Naar Nederlands recht zal de sanctie op het niet in acht nemen van een mogelijke standstillperiode de vernietigbaarheid van de overeenkomst zijn. Hoewel goed pleitbaar is dat de standstillperiode een wettelijk vormvoorschrift is waarvan niet-naleving in nietigheid resulteert (art. 3:39 BW), maakt de MvT duidelijk dat artikel 3:40 lid 2 BW (strijd met de wet) van toepassing is. Omdat ontwerpartikel 7:921 bepaalt dat alleen niet *ten nadele van* de franchisenemer van de titel mag worden afgeweken, strekt de bepaling ter bescherming van slechts een der partijen en is vernietigbaarheid de juiste sanctie.⁵⁴ Op voet van artikel 6:226 BW strekt een en ander zich ook uit over intentieovereenkomsten en voorovereenkomsten die aan de franchiseovereenkomst voorafgaan.

Vernietiging is een zware sanctie, met name omdat de informatieverplichting open normen bevat (wat is bijvoorbeeld informatie die ‘redelijkerwijze van belang is of kan zijn’ uit art. 7:915 Voorontwerp?) en dus niet aanstonds voor franchisegever en -nemer duidelijk is welke informatie concreet moet worden verstrekt. Dat klemt temeer omdat artikel 3:52 BW bepaalt dat de verjaringstermijn van een dergelijke nietigheidsactie drie jaar is. Het vernietigen van een franchiseovereenkomst die al drie jaar wordt uitgevoerd, kan praktisch lastig zijn. Wij kunnen ons echter voorstellen dat de (analoge werking van de) klachtplicht uit artikel 6:89 BW goede diensten kan bewijzen indien de informatieplicht niet adequaat⁵⁵ wordt nageleefd: in een dergelijk geval moet de franchisenemer zich snel beklagen. Daarnaast kan artikel 3:53 lid 2 BW in een dergelijk geval dienstdoen. Dat artikellid bepaalt dat indien 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.

Het Voorontwerp maakt overigens niet duidelijk of algemene voorwaarden die in een apart document naast de schriftelijke franchiseovereenkomst zijn opgenomen, ook onder de standstillperiode vallen.⁵⁶ 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 contractsluiting moeten worden verstrekt, volgt al uit artikel 6:233 sub a jo. 6:234 BW, maar de termijn van vier weken voorafgaande aan de

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

55. De klachtplicht heeft geen werking indien een overeenkomst in het geheel niet wordt nagekomen.

56. 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.

contractsluiting is wél nieuw. Sinds het Appingedam-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie⁵⁷ zou echter kunnen worden betoogd dat ‘franchise’ mede als een dienst in de zin van artikel 6:230a BW moet worden beschouwd. 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).⁵⁸ Het Voorontwerp franchise leidt er echter toe dat dit bij franchise anders is en dat algemene voorwaarden vier weken voor de contractsluiting moeten worden verstrekt, althans als ze inderdaad onder de noemer ‘daarmee vergelijkbare documenten’ in de zin van ontwerpartikel 7:915 lid 2 onder c 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 franchiseovereenkomst immers vier weken voor het sluiten van de franchiseovereenkomst zijn vervuld. De wetgever geeft zich van dit punt geen rekenschap.

3.5 Lijst met verboden gedragingen of preventieve toetsing, in plaats van een standstillperiode?

3.5.1 De effectiviteit van de standstillperiode

Het doel van de wetgever met deze standstillperiode is dat zij geldt ‘als een termijn van beraad (...) waarin de franchisenemer alle informatie tot zich door kan laten dringen en tot een weloverwogen besluit kan komen over het al dan niet ondertekenen van de aangeboden franchiseovereenkomst’.⁵⁹ Wij zijn er niet zeker van of deze periode inderdaad dat effect zal hebben en of dit inderdaad leidt tot beter overwogen besluitvorming door meer onderzoek en/of het inschakelen van juridische expertise. Een dergelijke periode kan ook verworpen tot een formele contractuele hoepel waar doorheen gesprongen moet worden.

Wij vragen ons af of het eigenlijke doel van de wetgever met de standstillperiode niet in wezen is gelegen in het beschermen van de franchisenemer als zwakkere partij tegen onredelijke contractsbedingen. In dat geval staan ook andere, effectievere opties open. Wij schetsen hier bij wijze van voorbeeld twee andere mogelijkheden, waarbij wij aantekenen dat die net als de standstillperiode inbreuk maken op de contractsvrijheid. Voor een dergelijke inbreuk op de contractsvrijheid tussen

ondernemers moeten natuurlijk wel goede redenen bestaan. Hiervoor hebben wij aangegeven dat de *ratio legis* beperkt wordt onderbouwd, hetgeen ook meer specifiek geldt voor de *standstill*-periode en de door ons besproken opties.

3.5.2 Toetsing van onredelijk bezwarende bedingen of oneerlijke handelspraktijken

Een eerste mogelijkheid om de franchisenemer te beschermen tegen een onredelijke contractsinhoud kan bestaan uit het opstellen van een lijst van onredelijk bezwarende bedingen die ofwel over de boeg van artikel 6:233 onder a BW kan worden getoetst, ofwel als een oneerlijke handelspraktijk wordt beschouwd. In dit kader dient bedacht te worden dat grote delen van franchiseovereenkomsten als algemene voorwaarden worden beschouwd, omdat zij in de regel zijn opgesteld om meermalen te worden gebruikt. Zij voldoen daarmee aan het bestemmingscriterium van artikel 6:231 BW. Dit betekent dat bedingen in franchiseovereenkomsten in principe⁶⁰ onderworpen zijn aan artikel 6:233 onder a BW, zodat moet worden getoetst of een beding in een franchiseovereenkomst onredelijk bezwarend is.⁶¹ De stelplicht en bewijslast ter zake rusten op de franchisenemer.⁶² Als vaststaat dat met name van bepaalde bedingen in franchiseovereenkomsten misbruik wordt gemaakt door de franchisegever, dan zou analoog aan consumententransacties een lijst kunnen worden opgesteld met bedingen die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn.⁶³

Ook zouden bepaalde handelspraktijken van franchisegevers als oneerlijk en daarmee als vernietigbaar kunnen worden bestempeld.⁶⁴ Hiervoor kan inspiratie worden geput uit de conceptrichtlijn over oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de voedselvoorzieningsketen.⁶⁵ Deze conceptrichtlijn merkt onder meer als verboden handelspraktijken aan:

- een betalingstermijn voor bederfelijke waren van meer dan dertig dagen vanaf ontvangst van de factuur c.q. levering;
- eenzijdige en met terugwerkende kracht wijziging van de volumes, kwaliteit en prijs mogelijk maken;
- annulering van bestellingen op zodanig korte termijn dat niet redelijkerwijs kan worden verwacht

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

58. 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.

59. MvT, p. 21.

60. Tenzij de partij die zich beroept op het onredelijke karakter van het beding als een grote partij in de zin van art. 6:235 BW moet worden beschouwd.

61. Nader over inhoudstoetsing o.a. R.H.C. Jongeneel & C.M.D.S. Pavillon, *Algemene vernietigingsgronden; de open norm*, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2017, p. 151-181.

62. Vgl. HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, NJ 2013/431 (Van Marrum/Wolff).

63. Hetzij in de algemene voorwaarden regeling, hetzij als toevoeging in ontwerpart. 7:921 BW.

64. Analoog aan art. 6:193c BW.

65. COM (2018) 173; nader over deze conceptrichtlijn: W.H. van Boom, *Handelspraktijken van supermarkten tegenover leveranciers*, *TvC* 2018/6, p. 277-283.

dat de leverancier een alternatief kan vinden voor het verhandelen of het gebruik van die producten.⁶⁶

Wij tekenen hierbij nogmaals aan dat ook deze route een inbreuk vormt op de contractsvrijheid en dat daar dus goede gronden voor moeten bestaan.

3.5.3 Preventieve toetsing zoals in het pachtrecht

Verder wijzen wij op een mogelijkheid tot preventief toetsen, analoog aan de goedkeuringsprocedure in het pachtrecht. Artikel 7:318 BW bepaalt dat de pachtovereenkomst, evenals de overeenkomst tot wijziging en de overeenkomst tot beëindiging van een pachtovereenkomst, de goedkeuring van de grondkamer van de rechtbank behoeven. De inzending dient plaats te vinden binnen twee maanden nadat de pachtovereenkomst is aangegaan, aldus artikel 7:321 BW. Indien de pachtovereenkomst niet ter goedkeuring wordt ingezonden, kan de verpachter geen vordering tot betaling van de pachtprijs jegens de pachter instellen en geldt de pachtovereenkomst als voor onbepaalde tijd aangegaan, zonder dat zij door partijen kan worden opgezegd, aldus artikel 7:322 BW.

Deze vorm van preventief toezicht wordt mede gebillijkt door de omstandigheid dat de verpachter doorgaans de penvoerder van de pachtovereenkomst is en ook in economisch opzicht de bovenliggende partij is. De verpachter heeft immers iets – land en/of hoeve – wat de pachter wil pachten. De preventieve toetsing⁶⁷ van de pachtovereenkomst door de grondkamer dient dus mede om het evenwicht tussen contractspartijen te waarborgen en gaat uit van de premisse dat de pachter de zwakkere partij is. Hierbij geldt als uitgangspunt dat pachter en verpachter met elkaar door moeten, maar wel een evenwichtige en duurzame relatie met elkaar moeten aangaan.

Als zou vaststaan dat een praktijk van onevenwichtige contractsvoorwaarden een wezenlijk probleem vormt bij franchiseovereenkomsten, dat om die reden een inbreuk op de contractsvrijheid in B2B-relaties nodig is en een standstillperiode in dat verband onvoldoende effectief zou blijken, dan zou ook een vorm van preventieve toetsing een mogelijkheid kunnen zijn.

4. Noviteit 2: goodwillvergoeding

Een ander nieuw element dat de wetgever presenteert, is een goodwillvergoeding bij het einde van de franchiseovereenkomst. Dat doet denken aan de agentuurregeling, waar op grond van artikel 7:442 BW de agent na het einde van de agentuurrelatie onder omstandigheden aanspraak kan maken op vergoeding van de opgebouwde goodwill. Deze vergoeding kan maximaal de gemiddelde provisievergoeding over één jaar bedragen. Voor de

66. Conceptrichtlijn, COM (2018) 173, art. 3 lid 1.

67. De grondkamer toetst aan zes in de wet geformuleerde gronden (art. 7:319 BW).

berekening van de goodwillvergoeding dient op alle omstandigheden van het geval acht te worden geslagen en vindt een gelaagde toets plaats.⁶⁸

Ten aanzien van de beëindiging van *distributie*-relaties geldt uitdrukkelijk niet de verplichting voor de leverancier aan de distributeur om een goodwillvergoeding te betalen.⁶⁹ Datzelfde geldt thans nog voor franchiseovereenkomsten. Weliswaar bestaat de mogelijkheid van schadeplichtigheid bij de beëindiging van duurovereenkomsten op de voet van artikel 6:248 BW, maar die schadevergoeding is geen vergoeding van goodwill,⁷⁰ maar veeleer een vergoeding voor de schade als gevolg van een (voortijdige) beëindiging van de duurovereenkomst of als een de-investeringsvergoeding omdat de investeringen ondanks het in acht nemen van een correcte opzegtermijn niet konden worden terugverdiend.⁷¹ Ontwerpartikel 7:919 BW beoogt hier verandering in te brengen en bepaalt:

1. ‘De franchiseovereenkomst bepaalt in ieder geval:
 - a. de wijze waarop vastgesteld wordt welke goodwill aanwezig is in de franchiseonderneming;
 - b. dat en hoe goodwill die redelijkerwijs is toe te rekenen aan de franchisenemer bij beëindiging van de franchiseovereenkomst voor vergoeding aan de franchisenemer in aanmerking komt, en
 - c. dat er ten minste jaarlijks overleg plaatsvindt tussen de franchisegever en de franchisenemer.’

Deze wetsbepaling vormt dus een breuk met het tot dusverre geldende recht ten aanzien van franchiseovereenkomsten, dat uitgaat van het beginsel dat geen goodwillvergoeding hoeft te worden betaald. De vraag is of zo’n goodwillvergoeding wenselijk is. De franchisegever en de franchisenemer zijn immers onafhankelijke partijen die ieder voor eigen rekening en risico opereren. De franchisenemer draagt het economisch risico van zijn activiteiten en wijkt daarmee af van de agent, die in beginsel voor rekening en risico van de principaal handelt. Daarbij is het de vraag of het succes van een franchiseonderneming aan de franchisenemer of de franchiseformule valt toe te schrijven. Populair gezegd komt het dan neer op de discussie of het gaat om ‘de vent’ of ‘de tent’. De franchisenemer zal stellen dat zijn inspan-

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

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

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

71. 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.

ningen hebben geleid tot de hoge omzetten en dat een compensatie bij het einde van de franchiseovereenkomst op haar plaats is. De franchisegever zal stellen dat het succes vooral te danken is aan de inherente waarde van de franchiseformule en losstaat van de inspanningen van de franchisenemer. Het zal dus moeilijk, zo niet onmogelijk zijn om aan te geven welk deel van de goodwill aan de franchisenemer is toe te schrijven en welke vergoeding hij daarvoor dient te ontvangen. Daar komt bij dat dergelijke goodwillvergoedingen de vrijheid van de franchisenemer om zijn franchiseformule vorm te geven zoals hij dat in het algemeen belang gerechtvaardigd acht, beperkt. Bij agentuurrelaties leidt de verplichting om een goodwillvergoeding te betalen bij het einde van de relatie, vaak tot hoge vorderingen. Dergelijke hoge vorderingen van individuele franchisenemers kunnen de franchisegever (financieel) zodoende beperken in zijn bedrijfsvoering ten aanzien van de gehele franchiseketen en is een drastische maatregel. De wetgever had wat ons betreft dan ook beter eerst moeten onderzoeken wat de noodzaak en effecten zijn van een dergelijke goodwillvergoeding, die vanwege de lastige bepaalbaarheid daarvan ongetwijfeld leidt tot procedures. Daarnaast vragen wij ons af of het beperken van een postcontractueel concurrentiebeding, zoals is neergelegd in ontwerpartikel 7:919 lid 3, niet voldoende is.

Uit de MvT volgt dat bij de goodwillbepaling vooral wordt bedoeld op soft franchise,⁷² waarbij volgens de wetgever het succes van de franchiseonderneming in belangrijke mate bepaald wordt door de aanpak van de franchisenemer.⁷³ Kwantitatieve onderbouwing op dit punt ontbreekt echter. Indien vaststaat dat sprake is van opgebouwde goodwill door de franchisenemer – de wetgever erkent de mogelijkheid dat deze door onderpresteren van de franchisenemer nihil kan zijn – dient deze te worden vergoed als de goodwill kan worden toegerekend aan de franchisenemer.

Naar onze mening is de goodwillbepaling onvoldoende doordacht en uitgewerkt. Daarnaast is het opmerkelijk dat in de MvT artikel 7:442 BW in het geheel niet wordt genoemd, hoewel daarin uitdrukkelijk een goodwillregeling is opgenomen en uit de toepassing van dat artikel misschien lering had kunnen worden getrokken. Tot slot is het merkwaardig dat de gerechtvaardigde beperkingen van de goodwillvergoeding bij agentuur – kort samengevat: geen goodwillvergoeding als de agentuurovereenkomst wordt beëindigd als gevolg van een tekortkoming aan de zijde van de agent, of als de agent er zelf voor kiest om de agentuurovereenkomst te beëindigen⁷⁴ – in het Voorontwerp franchise niet worden genoemd. Als al een noodzaak zou bestaan voor een goodwillvergoeding, dan zou in deze gevallen wat ons

betreft ook bij franchise geen aanspraak moeten bestaan op enige goodwill. De wet zou dat moeten expliciteren.

5. Overgangsrecht

Het huidige Voorontwerp bevat geen bepaling over overgangsrecht. In het vorige voorontwerp stond nog de bepaling dat de wet voor nieuwe overeenkomsten onmiddellijk geldt en voor bestaande overeenkomsten een *terme de grâce* van vijf jaar kent. Een dergelijke overgangsregeling komt ons, gelet op de vele en fundamentele afwijkingen van de bestaande rechtspraktijk, ook voor het onderhavige Voorontwerp dienstig voor.

6. Afronding

Wij beschouwen het Voorontwerp in die zin als stap voorwaarts dat de wetgever de handschoen heeft opgepakt en een inhoudelijk wetsontwerp heeft opgesteld, in plaats van te volstaan met een haakje om een niet door de gehele branche gedragen gedragscode wettelijk te verankeren. Ons eerdere bezwaar dat het wetsontwerp onvoldoende onderbouwd is, blijft onder het huidige voorstel echter gehandhaafd. Ook missen wij een fundamentele onderbouwing van de elementen die de wet regelt. De wetgever had meer de discussie met de rechtspraak en literatuur kunnen en moeten aangaan, met name omdat het Voorontwerp voorziet in een aantal grondige wijzigingen ten opzichte van de bestaande situatie.

Wij stonden in deze bijdrage ‘slechts’ stil bij de veelomvattende precontractuele informatieverplichting, waaronder de prognoseplicht en de standstillperiode, alsmede bij de goodwillvergoeding. Het gebrek aan fundamentele onderbouwing ook op deze punten zorgt er wat ons betreft voor dat de ideeën van de wetgever menigmaal onvoldoende uit de verf komen. Het voorstel wekt mede daardoor de indruk dat de toezegging van de staatssecretaris over de snelle publicatie van het wetsontwerp tot enige haastigheid in het afronden van het Voorontwerp en de memorie van toelichting heeft geleid. Een ander punt van kritiek formuleerden wij ten aanzien van de voorgestelde precontractuele informatieplicht. Als het bezwaar in franchiserelaties inderdaad in een gebrekkige informatievoorziening schuilt, dan is zo’n informatieplicht een goed initiatief. Wij zijn echter kritisch ten aanzien van de uitwerking daarvan. Die plicht moet wat ons betreft meer op het dwalingsleerstuk worden geënt en wij denken dat een ‘leesplicht’ van de franchisenemer de wederzijdse belangen van franchisenemer en -gever beter in balans zou brengen. Daarnaast vinden wij een algemene prognoseplicht te vergaand, omdat hiermee het exploitatierisico te veel op het bordje van de franchisegever komt te rusten. Datzelfde geldt voor het voorstel om een goodwillvergoe-

72. Dit is de vorm van franchise waarbij de franchisenemer binnen de formule meer vrijheid heeft om zijn onderneming vorm te geven. Hard franchise is de tegenhanger van soft franchise en geeft amper vrijheid aan de franchisenemer om eigen initiatieven te ontplooiën. Vgl. <https://denationalefranchisegids.nl/franchise-wiki/algemene-begrippen/soft-franchise/>.

73. MvT, p. 30.

74. Art. 7:442 lid 4 BW.

ding in de wet vast te leggen. Ook vragen wij ons af of de standstillperiode effectief zal zijn.

Wij onderstrepen dat de wetgever vanuit de (niet nader onderbouwde) premisse vertrekt dat de franchisenemer over de hele linie een hoge mate van bescherming nodig heeft. Het Voorontwerp legt daar in alle opzichten getuigenis van af. Het voorstel is daarmee eenzijdig en legt bijna louter verplichtingen op aan de franchisegever, zonder echt rekenschap te geven van zijn gerechtvaardigde belangen. Daar komt bij dat het Voorontwerp op belangrijke punten inbreuk maakt op het wezen van het contractenrecht, partijautonomie en contractsvrijheid, zonder dat goed te rechtvaardigen en de noodzaak daartoe te onderbouwen met kwantitatieve gegevens. De beschermingsgedachte van de franchisenemer wordt tegen de achtergrond van de bestaande rechtspraak verstrekkend uitgewerkt. Wij menen dan ook dat in het Voorontwerp de balans ontbreekt, zowel wat betreft onderbouwing als wat betreft inhoud. Werk aan de winkel, kortom, voor de wetgever. Maar de franchisebranche verdient dat en zij verdient ook een betere wet dan het huidige voorstel.