

Vergaderjaar 2019–2020

35 392

Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel treft een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst (hierna ook: overeenkomst). Franchise is een systeem voor de afzet van goederen of diensten, gebaseerd op een hechte en voortdurende samenwerking tussen juridisch en financieel zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen: de franchisegever en zijn individuele franchise-nemer(s). De franchisegever verleent daarbij aan individuele franchise-nemers het recht en legt hen de verplichting op om een bedrijf te exploiteren volgens het concept van de franchisegever. Zo kan de franchisegever een franchiseformule zeer breed, ook internationaal, invoeren onder zelfstandige ondernemers die het ondernemersrisico dragen. Franchisenemers kunnen binnen een gezonde franchiserelatie profiteren van de naamsbekendheid en het succes van de franchiseformule, ontstaan door de opzet van de formule door de franchisegever en de wijze van exploitatie door andere franchisenemers. Beide partijen hebben baat bij een goed ontwikkelde formule en een succesvolle exploitatie daarvan.

In Nederland zijn circa 870 franchiseformules actief, met ruim 34.200 franchisevestigingen. Franchiseondernemingen verschaffen werk aan ruim 375.000 mensen en de jaarlijkse omzet ligt ruim boven € 55 miljard¹. De franchisector is daarmee van aanzienlijk belang voor de Nederlandse economie. Franchise komt in veel branches voor, met zwaartepunten in de detailhandel, zowel food als non-food, dienstverlening en zorg, en kent veel verschijningsvormen. Deze variëren van «soft franchise», waarbij de franchisenemer binnen de franchiseformule veel vrijheid heeft om zijn activiteiten zelf in te vullen (door bijvoorbeeld een eigen selectie te maken

¹ Cijfers NFV 2019 waarin voor het eerst ook de automotive sector als franchise wordt meegeteld. Panteia komt in het onderzoek «De economische impact van franchisenemers» (februari 2018) in opdracht van Bovag en Vakcentrum tot vergelijkbare waarden en spreekt van ruim 1.000 franchiseformules met een totaal van ruim 33.000 vestigingen, een gezamenlijke omzet van 53,5 en 331.800 werkzame personen.

uit een breed assortiment dat binnen de formule beschikbaar is), tot «hard franchise» waarbij de bedrijfsvoering tot in het kleinste detail wordt voorgeschreven door de franchisegever. Bij «hard franchise» wordt de franchisenemer in hoge mate «ontzorgd» en in ruil daarvoor levert hij een deel van de bewegingsvrijheid in zijn ondernemerschap in. Dit wetsvoorstel ziet op alle soorten franchise, ongeacht de typering die partijen zelf aan hun samenwerking geven.

Binnen de franchiserelatie bestaat van nature een zeker overwicht bij de franchisegever ten opzichte van de franchisenemer. Dit overwicht vloeit vooral voort uit zijn positie als rechthebbende op de franchiseformule. De franchisenemer is formeel weliswaar een zelfstandige ondernemer, maar in de praktijk is hij relatief afhankelijk van de franchisegever, doordat de franchisegever de bepalende factor is wat betreft de franchiseformule en de verdere koersbepaling. De franchiserelatie is in zekere zin intrinsiek ongelijkwaardig. Dat is op zich niet problematisch, maar in de praktijk blijkt regelmatig dat de manier waarop de franchisegever het overwicht inzet, tot onredelijke en onwenselijke situaties kan leiden voor de franchisenemer. Dit kan zich zelfs voordoen bij franchisenemers met een substantiële franchiseonderneming of multi-franchisers (die meerdere franchiseondernemingen exploiteren). Bij het sluiten van de franchise-overeenkomst en tijdens de looptijd ervan ontbreekt bijvoorbeeld de nodige transparantie over informatie die essentieel is voor de franchisenemer om de franchiseonderneming op een evenwichtige en succesvolle wijze te kunnen drijven. Daarnaast kan een franchisenemer door een -vaak voorkomend- beding van de franchisegever tot eenzijdige wijziging van diverse afspraken in de franchiseovereenkomst geconfronteerd worden met geleidelijke uitholling van zijn mogelijkheden om zijn onderneming op een winstgevende manier te drijven. In het ongunstigste geval belandt deze dan in een contractuele relatie waarbinnen hij weinig of geen kans (meer) heeft om een redelijk inkomen te verdienen maar waar hij ook niet zonder aanzienlijke schade weer uit kan. Dit leidt in de praktijk tot onwenselijke situaties².

Met het oog op het belang van franchise voor de Nederlandse economie en de hiervoor vermelde knelpunten, voorziet het regeerakkoord³ in «aanvullende wetgeving op het gebied van franchise om de positie van franchisenemers in de pre-competitieve fase te versterken». Dit wetsvoorstel geeft hieraan uitvoering, uitgaand van de uitleg die is gegeven⁴ aan het begrip «pre-competitieve fase». Dit betreft vier deelgebieden van de samenwerking tussen franchisegevers en franchisenemers die cruciaal zijn voor evenwichtigere franchiseverhoudingen, te weten: de precontractuele uitwisseling van informatie, de tussentijdse wijziging van een lopende franchiseovereenkomst, de beëindiging van de franchisesamenwerking en het overleg tussen de franchisegever en zijn

² Onder andere in het FD: <https://fd.nl/ondernemen/1265844/de-franchiser-en-de-webwinkel-houden-niet-van-elkaar>; <https://fd.nl/ondernemen/1265507/hema-torpedeert-eigen-franchiseorganisatie>; <https://fd.nl/ondernemen/1233310/sommige-bart-smit-winkels-zijn-een-bloedbad>; <https://fd.nl/ondernemen/1228878/franchisers-intertoys-boos-over-concurrentie-in-hun-webshop>; <https://fd.nl/ondernemen/1166537/bruna-zet-franchiser-voor-het-blok>; <https://fd.nl/ondernemen/1138740/winkelformules-trekken-de-teugels-aan>; <https://fd.nl/ondernemen/1116890/rechtszaken-franchisenemers-zijn-slechts-topje-van-ijsberg>; <https://fd.nl/ondernemen/1112405/conflict-tussen-blokker-en-franchisenemer-voor-rechter-uitgevochten>; <https://fd.nl/ondernemen/1110440/de-bakkers-van-bart-zijn-het-beu>; <https://fd.nl/ondernemen/1093807/demenselijke-maat-en-het-ondernemerschap-verdwijnen-uit-de-supermarktbranche>; <https://fd.nl/frontpage/ondernemen/1085218/franchisenemers-doen-aangifte-van-oplichting-tegen-moederbedrijven>; <https://fd.nl/frontpage/ondernemen/901228/franchisenemers-dagen-albert-heijn-voor-de-rechter>; https://fd.nl/frontpage/Print/krant/Pagina/Opinie__dialoog/885321/gevoel-van-onbalans-binnen-franchise-noopt-tot-efficiëntere-inzet-middelen.

³ *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017 – 2021, p. 35.

⁴ Kamerstukken II 2017/18, 31 311, nr. 206.

franchisenemers. Het wetsvoorstel is daarmee van bredere aard dan dat dit enkel betrekking zou hebben op de precontractuele fase. Daarbij is het streven naar een zodanig evenwicht tussen bescherming en contractvrijheid dat er ruimte blijft voor innovatie.

2. Voorgeschiedenis en aanleiding

2.1 Problemen in de franchisesector

Voorgeschiedenis onderzoek franchisesector

In 2009 heeft de toenmalige Minister van Economische Zaken opdracht gegeven aan het Economisch Instituut voor het Midden en Kleinbedrijf (hierna: EIM) om onderzoek te doen naar de franchisesector. In het rapport werd geconcludeerd dat de franchisesector over het geheel genomen goed functioneert, althans wat betreft groei van vestigingen en omzet. In vergelijking met het midden- en kleinbedrijf (hierna: mkb) als geheel is sprake van sterkere groei van aantallen vestigingen en van omzetten binnen franchiseketens dan daarbuiten. De hoofdconclusie van het rapport luidde: «(...) dat er op macro-economisch niveau geen aanwijzingen zijn voor misstanden binnen franchiseketens. Franchiseketens zijn juist in opkomst. Op microniveau zijn er echter wel aanwijzingen voor conflicten tussen franchisegever en franchisenemers, en een asymmetrische verdeling van macht binnen de relatie franchisegevers en franchisenemers». Verder vermeldt het rapport een te groot verschil in verwachtingen tussen franchisenemer en -gever, onvoldoende proces- en organisatorische ondersteuning en begeleiding vanuit de franchisegever, alsmede een selectie van franchisenemers die niet goed in het concept passen doordat de selectie van goede ondernemers te licht wordt opgevat. Het onderzoek onderkende dat er problemen zijn, maar achtte het invoeren van wetgeving over franchise op dat moment een te zwaar middel in het licht van de toen nog relatief beperkt geachte omvang daarvan⁵. Dit was de situatie van ruim tien jaar geleden.

Ofschoon in de meeste ketens franchisegevers en -nemers toen en ook nu in goed overleg samenwerken en beide voordeel daarvan hebben, blijken de destijds al gesignaleerde problemen toch hardnekkig. In de jaren na het EIM-onderzoek hebben juist de in het EIM-rapport genoemde knelpunten in de franchisesector een rol gespeeld in de aanhoudende berichten in diverse media over misstanden in de franchisesector en zijn daarover meermaals Kamervragen⁶ gesteld. De kern van de knelpunten wordt gevormd door de in paragraaf 1 al aangestipte ongelijkwaardigheid in de franchiserelatie. De voorbeelden van onwenselijke overeenkomsten en gedragingen zijn afkomstig uit de volle breedte van de markt, van retail in food en non-food tot technische, administratieve, persoonlijke en financiële dienstverlening. Op basis daarvan beantwoordt de regering thans de vraag omtrent de noodzaak van regulering door de wetgever wél bevestigend.

⁵ *Franchiseketens, Marktaandeel en continuïteit*, EIM 2009, <https://www.rndweb.nl/cms/files/2017-12/eindrapport-franchiseketens-marktaandeel-en-continuïteit-eim-2009.pdf>

⁶ Zie o.m. de volgende sets Kamervragen: vragen van de leden Van Kent en Laçin (beiden SP) aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over een tankstationhouder die af wil van zijn «wurgcontract» van 25 april 2019, Aanhangsel Handelingen II 2018/19, nr. 3395; vragen van het lid Mei Li Vos (PvdA) aan de Ministers van Economische Zaken en van Veiligheid en Justitie over de onwil bij OM en FIOD om frauderende franchisegevers aan te pakken van 23 juni 2016, Aanhangsel Handelingen II 2015/16, nr. 2286; vragen van het lid Mei Li Vos (PvdA) aan de Ministers van Economische Zaken en van Veiligheid en Justitie over knelpunten voor franchisenemers van 7 februari 2014, Aanhangsel Handelingen II 2013/14, nr. 1379.

De problemen uiten zich overigens niet in grote aantallen rechtszaken. Het relatief geringe aantal rechtszaken tussen franchisegevers en -nemers is geen betrouwbare indicator voor het werkelijke aantal conflicten. Vooral franchisenemers zijn zeer terughoudend met het uiten van bezwaren en het stellen van eisen, vanwege hun relatief grote afhankelijkheid van de werkrelatie met de franchisegever. Daarnaast hebben franchisenemers in conflictsituaties niet altijd de middelen om de gang naar de rechter te bekostigen en beschikken zij vaak niet over een rechtsbijstandspolis die de proceskosten voor de franchisenemer als eisende partij zou kunnen dekken⁷. De rechtszaken die wel worden gevoerd, maken zichtbaar dat het beschikbare wettelijke instrumentarium regelmatig tekort schiet om de franchisenemer te beschermen⁸. Leerstukken zoals dwaling (6:228 BW) of bedrog (3:44, derde lid, BW) bieden in de praktijk veelal geen soelaas omdat het voor een franchisenemer moeilijk blijkt om aan de vereiste bewijslast te voldoen. Zo zal een beroep op dwaling pas kunnen slagen wanneer een gedupeerde franchisenemer aantoont dat de franchisegever bepaalde onjuiste of misleidende informatie heeft verstrekt of juist essentiële informatie heeft verzwegen, en dat geen overeenkomst zou zijn aangegaan indien de franchisenemer over de (juiste) informatie zou hebben beschikt. Bij bedrog dient de opzet te worden aangetoond (opzettelijke onjuiste mededeling, opzettelijk verzwijgen van een feit of andere kunstgreep).

Daarnaast speelt een rol dat de franchisenemer (mede vanwege de wijze waarop de franchisegever de franchiseovereenkomst heeft geredigeerd) er niet in slaagt om de concrete feitelijke gedraging van de franchisegever die schadelijke gevolgen heeft voor de franchisenemer (bijvoorbeeld het niet verstrekken van relevante informatie) terug te voeren tot een concrete verplichting in de franchiseovereenkomst in de nakoming waarvan de franchisegever dan tekort zou zijn geschoten. Een voorbeeld ter illustratie. In sommige gevallen betrekken de verschillende franchisenemers binnen een keten handelswaar van «hun» franchisegever, terwijl die franchisegever zelf ook eigen filialen exploiteert en de betreffende handelswaar verkoopt. Het kan bijvoorbeeld gaan om sla of bloemen, die af en toe in de aanbieding gaan (bijvoorbeeld tweede gratis). De franchiseovereenkomst kan dan een verplichting voor de franchisegever bevatten tot levering van deze aanbiedingsproducten, maar daarbij kan bepaald zijn dat de franchisegever de verdeling van deze beperkt beschikbare handelswaar tussen de eigen filialen en de diverse franchisenemers zelfstandig bepaalt. Door de wijze waarop die verdeling feitelijk plaatsvindt, kan de franchisenemer wezenlijk worden benadeeld. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de franchisegever de leveringen van beperkt beschikbare aanbiedingen ongelijkmatig over zijn afzetpunten verdeelt door grotere hoeveelheden aan zijn eigen filialen te leveren dan aan de franchisenemers. Ook komt het voor dat de franchisegever de beperkt beschikbare aanbiedingsproducten eerst aan andere franchisenemers levert, zodat er geen aanbiedingsproducten meer over zijn op het moment dat levering aan een specifieke franchisenemer zou plaatsvinden, of dat deze franchisenemer enkel de laatste, dan nog slechts zeer beperkt houdbare aanbiedingsproducten geleverd krijgt.

⁷ Illustratief voor de slepende aard van franchiseconflicten, zelfs als de franchisenemer in het gelijk wordt gesteld, is bijvoorbeeld HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311, RvdW 2017/340 (Berenson/Street-One).

⁸ <https://fd.nl/ondernemen/1156914/rechter-stelt-franchisers-biretco-in-ongelijk>, Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 15-06-2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3723, Rechtbank Rotterdam, 29-10-2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG3797, Gerechtshof Den Haag, 12-04-2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:872.

In de praktijk komt het voor dat een franchisegever dergelijke strategieën toepast om de franchisenemers ertoe te bewegen om op een ander vlak binnen de franchiserelatie mee te werken aan een beperking van de rechten van een franchisenemer, of om kritische geluiden vanuit een franchisenemer te doen ophouden. De levering wordt dan ingezet als (oneigenlijk) pressiemiddel. Indien de franchisenemers hun klanten hierdoor steeds niet de gepropageerde aanbiedingsproducten kunnen bieden of enkel de minder florissante restpartijen, hindert dit de franchise-nemer, leidt dit tot klantontevredenheid en aldus tot schade bij de franchisenemer. Hoewel dergelijk gedrag aan franchisegeverszijde op zichzelf genomen niet oorbaar lijkt, blijkt dit echter niet altijd als tekort-koming in de nakoming te kunnen worden gekwalificeerd. Dat hangt zeer af van de redactie van de overeenkomst en de precieze werkwijze van de franchisegever.

Dit alles ontmoedigt franchisenemers op voorhand om de stap naar de rechter te maken; indien een eventuele procedure een lange (financiële) adem vergt en een procedure hoogstwaarschijnlijk schade toebrengt aan de onderlinge franchiserelatie, is een franchisenemer niet snel geneigd om te gaan procederen, zeker wanneer de kans van slagen relatief gering te achten is. Dit illustreert de noodzaak om door middel van een lex specialis meer handvatten te bieden die op voorhand de onderlinge rechten en plichten transparanter maken. Enerzijds kunnen daardoor conflicten mogelijk worden voorkomen en anderzijds wordt de kans van slagen van procedures van de zijde van de franchisenemer erdoor vergroot. Dit laatste kan uiteindelijk ook weer leiden tot grotere bereidheid van de franchisegever om bepaalde conflicten niet door de rechter te laten beslechten, maar onderling tot een oplossing te komen die, anders dan thans het geval zal zijn vanwege de minder sterke onderhandelingspositie van de franchisenemer, ook voor de franchisenemer daadwerkelijk bevredigend zal zijn.

Zelfregulering biedt onvoldoende oplossing

Het feit dat de Nederlandse Franchise Vereniging (hierna: NFV)⁹ al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw een gedragscode (erecode) hanteert – een Nederlandse vertaling van de Europese Erecode van de Europese Franchise Federatie (hierna: EFF) – heeft het (voort)bestaan van de problemen kennelijk niet tegen kunnen gaan. Dit houdt verband met het feit dat deze gedragscode beknopt en vrij algemeen is geformuleerd. Daar komt bij dat franchisegevers die formeel aangesloten zijn bij de NFV, deze code niet altijd toepassen en de NFV dit ook niet effectief af kan dwingen. Bovendien wordt deze code door de rechtspraak niet of nauwelijks benut als een inhoudelijk referentiepunt bij het beoordelen van geschillen, met name vanwege het globale en niet-bindende karakter. Ter illustratie zij gewezen op de uitspraak¹⁰ in het geschil tussen de IJsvogel Groep en een franchisenemer van haar Pets Place-formule waarin is overwogen dat de Erecode geen in rechte afdwingbare verplichtingen behelst en dat de Erecode hooguit de status van een fatsoensnorm heeft. Op basis daarvan is geconcludeerd dat de Erecode buiten beschouwing moest blijven waar het ging om beantwoording van de vraag of de franchisegever tekort is geschoten in de nakoming van de franchiseovereenkomst. Ook volgens de Hoge Raad¹¹ kunnen de in de Europese Erecode neergelegde afspraken niet zonder meer worden aangemerkt als «in Nederland levende rechts-

⁹ Bij de NFV zijn ongeveer 200 franchisegevers aangesloten, ongeveer een kwart van de in Nederland actieve formules. Zie <https://www.nfv.nl/>.

¹⁰ Rechtbank Noord-Nederland, 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7307.

¹¹ Hoge Raad, 21 september 2018, ov. 3.3.3., ECLI:NL:HR:2018:1696.

overtuigingen». Zelfregulering via de Erecode heeft daarmee tot dusver niet geleid tot een oplossing voor de genoemde knelpunten.

Om tot een nadere duiding te komen van de problemen is door het Ministerie van Economische Zaken in 2014 een groot aantal gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers van franchisegevers en franchise-nemers, met gespecialiseerde juristen en met dienstverleners die in de franchisesector actief zijn. In die gesprekken is van franchisegeverszijde door de NFV en door een aantal grote individuele franchisegevers aangevoerd dat de gesignaleerde situaties niet meer zijn dan incidenten. Daarbij viel op dat dit signaal ook werd afgegeven door franchisegevers die op dat moment al bij herhaling door hun franchisenemers in rechte betrokken waren. Van franchisenemerszijde werden door individuele franchisenemers (zowel relatief grote als mkb'ers), Vakcentrum, Bovag, advocaten en zakelijk adviseurs¹², juist minder goede ervaringen als hiervoor beschreven naar voren gebracht. Er zijn veel concrete voorbeelden verstrekt en er is inzage gegeven in documentatie waarmee het bestaan van de in paragraaf 1 bedoelde, voor de franchisenemer ongunstige, contractuele voorbehouden en het schadelijke effect ervan aannemelijk zijn gemaakt. Deze interviews hebben het beeld bevestigd, dat in eerste instantie in de media naar voren is gekomen¹³.

2.2 De Nederlandse Franchise Code

Na de initiële verkenning van de problemen in 2014 is op 8 september 2014 een plenaire bijeenkomst gehouden met een grote groep belanghebbenden waaronder alle relevante koepels en verenigingen zowel van franchisenemers als van franchisegeverszijde. Daarbij hebben de aanwezigen zich unaniem uitgesproken voor het opstellen van een nieuwe gedragscode die houvast kan bieden aan de sector voor het op correcte en evenwichtige wijze inrichten van de onderlinge samenwerking. Deze biedt tevens een inhoudelijk beoordelingskader voor geschillenbeslechting in franchiserelaties.

Om de sector te faciliteren, heeft de toenmalige Minister van Economische Zaken een procedurevoorstel gedaan en logistieke ondersteuning geboden aan een schrijfcommissie vanuit de sector, die gewerkt heeft aan de totstandkoming van een gedragscode: de Nederlandse Franchise Code («NFC»). De NFC is op 17 februari 2016 aan de toenmalige Minister van Economische Zaken aangeboden¹⁴. Deze heeft bij die gelegenheid nogmaals aangedrongen op een spoedige en vrijwillige implementatie van de gedragsnormen uit de NFC over de volle breedte van de franchise-sector, en op het oprichten van een sectorbreed platform van franchisegevers en franchisenemers voor onderlinge geschilbeslechting. In de loop van 2016 is echter duidelijk geworden dat de sector niet bij machte was om gevolg te geven aan deze oproep.¹⁵ Daarnaast hadden de franchisepartijen nog geen voortgang geboekt met het inrichten van een neutraal platform dat zou moeten voorzien in onderlinge geschilbeslechting.

¹² In 2017 is het Franchisenemers Netwerk Nederland opgericht waarin de meeste van deze partijen nu samenwerken en dat inmiddels ruim 20.000 franchisenemers vertegenwoordigt.

¹³ Zie in diezelfde zin ook <https://franchiseplus.nl/artikel/daar-is-hij-weer>. De geschetste situatie is overigens niet uniek voor Nederland. Onderzoek in opdracht van het Europees parlement bevestigt dat franchisenemers deze problemen ook ervaren in andere landen waar franchise niet of nauwelijks gereguleerd is, https://ueapme.com/IMG/pdf/FRANCHISING_study_Europese_IMCO_Committee.pdf.

¹⁴ Kamerstukken II 2015/16, 31 311, nr. 165.

¹⁵ Tot dezelfde conclusie komt ook J.C. Bezemer (oud-bestuurslid NFV); <https://fd.nl/opinie/1138777/franchising-verdient-evenwichtige-regelgeving>

Daarop is in april 2017 een voorontwerp van een wet strekkende tot verankering van de NFC in consultatie gebracht. Dit ontwerp bevatte de verplichting om de NFC na te leven, maar liet ruimte om van de NFC af te wijken, mits die afwijking deugdelijk was gemotiveerd («*comply-or-explain*»). Op deze manier zou rekening kunnen worden gehouden met de grote diversiteit op het gebied van franchise¹⁶. Op dit voorontwerp zijn 703 reacties van belanghebbenden ontvangen, waarvan 95% van ondernemers (franchisegevers en -nemers), met hun koepels en belangenverenigingen. De ingekomen reacties zijn voor 83% afkomstig van franchisenemers en hun vertegenwoordigers en deze reacties waren nagenoeg zonder uitzondering positief over het wetsvoorstel. Tekenend is wel dat meer dan 300 van deze reacties van franchisenemers niet-openbaar waren. In de reactie zelf werd veelal uitgelegd dat dit was gedaan uit vrees voor (schade aan de relatie met) de franchisegever. Van de ontvangen reacties kwam 12% van franchisegevers en hun vertegenwoordigers; deze waren overwegend negatief of kritisch. De meeste franchisegevers gaven aan een voorkeur te hebben voor een regeling bij formele wetgeving, in plaats van verankering van een gedragscode.

Dit alles heeft bijgedragen aan het inslaan van een andere weg. Het kabinet Rutte III heeft in het Regeerakkoord het voornemen opgenomen om voor franchise over te gaan tot wetgeving in formele zin. Dit wetsvoorstel vormt daarvan de weerslag.

3. Hoofdpijnen wetsvoorstel

3.1 De franchiserelatie

Het regeerakkoord vraagt om wetgeving op het gebied van franchise om de positie van franchisenemers in de pre-competitieve fase te versterken. Hiertoe wordt in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) een nieuwe Titel 16 over de franchiseovereenkomst geïntroduceerd (artikelen 7:911–922 BW). Deze heeft in de eerste plaats betrekking op informatieverstrekking, vooral door de franchisegever aan de franchisenemer, zowel voorafgaand aan als na de sluiting van de franchiseovereenkomst. Daarnaast ziet de regeling op tussentijdse wijzigingen van de overeenkomst, beëindiging van de samenwerking (specifiek goodwill en non-concurrentie) en het overleg tussen partijen.

In het wetsvoorstel staat centraal dat partijen zich gedragen als «goed franchisegever» en «goed franchisenemer» (artikel 7:912 BW). Dit basisprincipe bestrijkt niet alleen de aanloop naar de franchiserelatie, maar ook de franchiserelatie als zodanig. Het veronderstelt, vergelijkbaar met het uitgangspunt van zich gedragen als «goed werkgever» of «goed huurder», een optreden jegens elkaar in redelijkheid en zorgvuldigheid, waarbij 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.

Wanneer deze belangen onderling (lijken te) botsen, veronderstelt dit principe dat partijen het gesprek met elkaar aangaan en zich inspannen om te komen tot een wederzijds bevredigende oplossing. Daarbij dient de franchisenemer zich constructief op te stellen en ook mee te denken in het belang van de franchiseketen. Bij de werving en selectie van nieuwe franchisenemers betekent goed franchisegeverschap dat de franchisegever zich niet uitsluitend mag laten leiden door zijn eigen belang bij het uitbreiden van zijn formule, maar ook oog moet hebben voor de belangen van zijn (toekomstige) franchisenemer. Het uitgangspunt van met elkaar

¹⁶ <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/details>.

omgaan in goed franchisegeverschap en goed franchisenemerschap wordt deels geconcretiseerd in de vorm van meer specifieke informatie- en overlegverplichtingen.

In diverse bepalingen worden aan partijen verplichtingen opgelegd voor zover zij «redelijkerwijs» in staat zijn deze te vervullen. In de context van dit wetsvoorstel is daarmee beoogd ruimte te geven voor een weging van de omstandigheden van het geval, zoals het type formule, de omvang van de betrokken ondernemingen in absolute zin en relatief ten opzichte van elkaar. Dit is noodzakelijk om recht te doen aan de grote verscheidenheid van ondernemingen die van franchise gebruik maken om hun samenwerking vorm te geven. Deze benadering wordt meer effectief geacht dan de tijdens de consultatie voorgestelde inperking van de toepasselijkheid van de wet tot enkel de «kleine» franchisenemers (zie hierna, paragraaf 9).

3.2 Informatieverstrekking (artikelen 7:913-917 BW)

Een belangrijk oogmerk van het wetsvoorstel is versterking van de informatiepositie van de franchisenemer, voorafgaand aan en tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst. Het voorstel bevat daartoe een opsomming van diverse onderwerpen waarover de franchisenemer in ieder geval tijdig en specifiek geïnformeerd moet worden. Dit laat de verplichting van de franchisegever onverlet om de franchisenemer ook tijdig te informeren over overige zaken die niet al onder de opgesomde onderwerpen vallen, maar die redelijkerwijs wel van belang zijn met het oog op het aangaan en de uitvoering van de franchiseovereenkomst. De franchisenemer heeft zelf ook een informatieplicht en moet bijvoorbeeld openheid van zaken geven over zijn financiële situatie, zodat de franchisegever kan inschatten of hij de noodzakelijke investeringen zal kunnen doen. De wettelijke informatieplicht van de franchisenemer is minder geprononceerd dan de informatieplicht van de franchisegever, die zijn wensen inzake de van de franchisenemer te ontvangen informatie immers in de (concept)overeenkomst kan opnemen.

Een controversieel onderdeel van de precontractuele informatie is vaak de prognose van te verwachten omzetten dan wel bedrijfsresultaten. De onderhavige regeling verplicht niet tot het verstrekken van een prognose (en beoogt dus ook niet af te wijken van de rechtspraak ter zake¹⁷), maar staat daaraan ook niet in de weg. Wel omvat de regeling een verplichting tot het verstrekken van historische financiële vestigingsplaatsgegevens voor zover deze redelijkerwijs beschikbaar zouden moeten zijn. De wettelijke borging van de precontractuele informatieverstrekking strekt vooral ter bescherming van de belangen van de franchisenemer. Het moet bijdragen aan bewustwording en de beschikbaarheid voor de franchisenemer van de juiste informatie borgen, zodat hij niet instemt met een franchiseovereenkomst waarvan hij de inhoud en uitwerking van de opgenomen verplichtingen, evenals de risico's die hij in zijn bedrijfsvoering als franchisenemer kan lopen, onvoldoende kan overzien. Hiertoe is een termijn van beraad van vier weken ingebouwd tussen het moment van ontvangst van alle relevante informatie en het moment van het sluiten van de franchiseovereenkomst (art. 7:914 BW). Gedurende die termijn mag de conceptfranchiseovereenkomst niet worden gewijzigd ten nadele van de franchisenemer. Ook mogen in die vier weken, voorafgaand aan de beoogde ondertekening van de overeenkomst, onder meer geen investeringen of andere betalingen met het oog op de aanstaande franchiserelatie van de franchisenemer worden gevraagd. Op deze manier biedt de termijn van beraad de franchisenemer gelegenheid om de ontvangen informatie te bestuderen en daarover zo nodig deskundig

¹⁷ Rechtbank Noord-Nederland, 15-01-2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:173.

advies in te winnen, zonder druk te hoeven ervaren om alvast (veelal niet of moeilijk omkeerbare) stappen te zetten vooruitlopend op de verwachte totstandkoming van de franchiseovereenkomst. Beide partijen kunnen deze tijd benutten om zich goed te oriënteren op hun toekomstige samenwerking. De bepaling is geïnspireerd door de Belgische wetgeving ter zake¹⁸. In de artikelsgewijze toelichting is dit nader uitgelegd.

Tegenover de informatieplicht van de franchisegever staat ook een onderzoeksplicht van de franchisenemer (art. 7:915 BW). Hij wordt geacht de *standstill* te benutten voor zijn eigen onderzoek waarbij hij eventueel ook deskundige ondersteuning kan betrekken. Deze bepaling benadrukt de eigen verantwoordelijkheid van de franchisenemer om te voorkomen dat hij op basis van onjuiste, te rooskleurige aannames een overeenkomst aangaat. Met andere woorden, om te voorkomen dat hij dwaalt. Krachtens het algemeen verbintenissenrecht kan het niet of onvoldoende doen van onderzoek door de dwalende, een beroep op dwaling in de weg staan. Naar vaste rechtspraak zullen redelijkheid en billijkheid zich er doorgaans tegen verzetten dat de dwaling voor rekening van de dwalende komt, indien deze vertrouwde op mededelingen van de wederpartij. Maar op basis van zijn onderzoeksplicht zal de franchisenemer zich in ieder geval moeten verdiepen in de informatie die hij ontvangen heeft en deze aan een kritische beschouwing onderwerpen. Het feit dat de franchisegever op basis van dit wetsvoorstel specifieke informatieplichten heeft, maakt dat van de franchisenemer mag worden verlangd dat hij kennis neemt van de overgelegde informatie. Voorkomen moet worden dat de franchisenemer te lichtvaardig achterover leunt na ontvangst van de informatie, door zonder meer te vertrouwen op deze informatie en deze niet in onderlinge samenstelling te bestuderen. Aldus ondersteunt de onderzoeksplicht de doelstelling van het wetsvoorstel om de franchisenemer in een sterkere informatiepositie te brengen. Het benoemen van de onderzoeksplicht van de franchisenemer beoogt derhalve veeleer een norm te stellen voor een actieve opstelling van de franchisenemer jegens de franchisegever, dan zijn rechtspositie ten opzichte van de franchisegever anders te maken dan die nu op basis van bestaande regelgeving en rechtspraak is.

3.3 De franchiseovereenkomst

Naast algemene informatieverplichtingen omvat het wetsvoorstel een inhoudelijke regeling van twee onderwerpen waarbij zich in de praktijk veel problemen voordoen, te weten vergoeding voor goodwill bij beëindiging van de franchiserelatie en het non-concurrentiebeding.

Wat betreft de beëindiging blijken er in de praktijk clausules te zijn op grond waarvan de franchisenemer verplicht wordt om zijn onderneming bij het einde van de franchiseovereenkomst te verkopen aan de franchisegever onder voor de franchisenemer zeer ongunstige voorwaarden, bijvoorbeeld zonder vergoeding van door hem opgebouwde goodwill. Dit kan grote gevolgen voor de franchisenemer hebben, zoals substantieel vermogensverlies of zelfs een faillissement. Ondertussen kan de betreffende franchiseketen intact blijven doordat de franchisegever, wellicht onder dezelfde bezwarende voorwaarden en daardoor met dezelfde risico's, eenvoudigweg een nieuwe franchisenemer aantrekt die de betreffende vestiging gaat exploiteren. Dergelijke praktijken zijn maatschappelijk en economisch gezien onwenselijk. Om dit tegen te gaan, is in het wetsvoorstel de verplichting verankerd om in de franchiseovereenkomst te voorzien in een vergoeding van opgebouwde goodwill, voor zover die in redelijkheid aan de franchisenemer toe te rekenen is.

¹⁸ Titel 2 van het boek X van het Wetboek van economisch recht, artikel X.27 WER.

Uiteraard betreft deze bepaling alleen de situatie dat de franchisegever, voor zichzelf of met het oog op overdracht aan een nieuwe franchise-nemer, de franchiseonderneming overneemt. Neemt een nieuwe franchisenemer de zaak van de vertrekkende franchisenemer over, dan maakt goodwill impliciet of expliciet deel uit van de overnameprijs die tussen deze partijen bedongen wordt.

Post-contractuele non-concurrentiebedingen, waarbij de franchisenemer wordt beperkt om na afloop van de franchiserelatie bepaalde activiteiten uit te oefenen, zijn soms veel ruimer geformuleerd dan noodzakelijk zou zijn voor de bescherming van de knowhow binnen de franchiseformule. In het wetsvoorstel wordt de reikwijdte van dergelijke bedingen beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor bescherming van de knowhow, concurrerende goederen of diensten, een periode van een jaar na afloop van de franchiseovereenkomst en het geografische gebied waarbinnen de franchisenemer de formule mocht exploiteren.

3.4 Overleg en instemming

Voorts voorziet het wetsvoorstel in overleg (artikelen 7:916, derde lid, en 7:921 BW). Primair ziet dit op de onderlinge afstemming van activiteiten tussen franchisegever en -nemer, omdat zij in samenwerking de markt bewerken. Verder vormt dit overleg de opmaat voor instemming door de franchisenemers wanneer de franchisegever wijzigingen in de franchiseformule of invoering van een afgeleide formule beoogt die bepaalde financiële gevolgen hebben of kunnen hebben voor een franchisenemer, die de vooraf daarvoor vastgestelde drempelwaarden van de franchisegever te boven gaan.

Uiteraard is het nuttig dat de franchisegever een mate van ruimte heeft voor eigenmachtig handelen om slagkracht te hebben bij het onderhoud en de verdere ontwikkeling van de franchiseformule. Bepaalde beleidswijzigingen kunnen echter zulke aanzienlijke gevolgen hebben voor de exploitatie door een franchisenemer, dat het vanuit goed franchisegeverschap bezien niet meer dan redelijk is als daarover vooraf het gesprek wordt aangegaan met de betrokken franchisenemer(s). Bij de bepaling van de hoogte van de bedoelde drempelwaarden dient met inachtneming van goed franchisegever- en franchisenemerschap bekeken te worden welke ruimte de franchisegever zich zal voorbehouden voor eigenmachtig handelen ter borging van de nodige slagkracht, en boven welke drempelwaarden vooraf redelijkerwijs overleg en instemming gewenst is. In de gevallen dat instemming vereist is, kan per geval actief onderzocht worden hoe eventueel nadelige gevolgen gemitigeerd of zelfs voorkomen kunnen worden, waardoor de franchisenemer kan instemmen met de plannen van de franchisegever.

De keuze is aan de franchisegever of hij in het gegeven geval liever zijn voornemen aan alle franchisenemers voorlegt om van de meerderheid van hen instemming te verkrijgen, of alleen aan individuele franchisenemers die daadwerkelijk geconfronteerd zijn of worden met de betreffende financiële gevolgen. Dat laatste ligt bijvoorbeeld voor de hand als hij met één of enkele franchisenemer(s) een pilot wil doen, en de groep getroffen of te treffen franchisenemers aldus wezenlijk beperkter is dan het totale aantal franchisenemers binnen de keten. Voor instemming en draagvlak kan de franchisegever veel baat hebben bij een goed georganiseerd overleg van en met zijn franchisenemers via bijvoorbeeld een vertegenwoordigingsmechanisme, vooral als instemming van meerdere franchisenemers verkregen moet worden. Indien bijvoorbeeld gekozen is voor een formele franchisenemersvereniging kunnen de statuten erin voorzien dat instemming van het bestuur van deze vereniging, met de in

de statuten voor besluitvorming bepaalde meerderheid, alle franchise-nemers bindt die bij deze vereniging zijn aangesloten. Dit komt tegemoet aan de door franchisegevers vaak geuite wens om slagvaardig te kunnen handelen.

3.5 Niet-naleving en geschillen

De voorgestelde regels over informatieverstrekking, overleg, de inhoud van bepaalde elementen in de franchiseovereenkomst en over de wijze waarop partijen voorafgaand aan en tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst met elkaar om dienen te gaan, strekken ertoe spanningen en conflicten te voorkomen en de onderlinge verhoudingen meer in balans te brengen. Daarnaast is beoogd om, mocht het onverhoopt toch tot een geschil komen, bij de beslechting daarvan concretere handvatten te bieden die recht doen aan het bijzondere karakter van een franchisere-relatie. Vaak zullen deze geschillen afgewikkeld worden via acties uit wanprestatie of onrechtmatige daad. Voor zover er andere (rechts)gevolgen zijn van handelen in strijd met de nu voorgestelde regels wordt dit in de artikelsgewijze toelichting nader beschreven.

4. Verhouding tot andere regelgeving

4.1 Verhouding met het algemeen overeenkomstenrecht

De franchiseovereenkomst is een overeenkomst in de zin van artikel 6:213, eerste lid, BW. Het algemene overeenkomstenrecht is op de franchiseverhouding van toepassing, voor zover althans de regels uit dit wetsvoorstel, die een *lex specialis* vormen, niet anders bepalen. Bijgevolg worden de rechtsgevolgen van een franchiseovereenkomst mede bepaald door de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248, eerste lid, BW).

Bij problemen bij de nakoming van een franchiseovereenkomst kan, naast tekortkoming in de nakoming en/of onrechtmatige daad, in sommige gevallen ook worden teruggevallen andere civielrechtelijke leerstukken, zoals dwaling (art. 6:228 BW), bedrog (art. 3:44 BW) of acquisitiefraude (art. 6:194, leden 2 en 3 BW), uiteraard met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Deze leerstukken boden de franchise-nemer in het verleden niet altijd uitkomst, vanwege de strikte eisen voor toepassing van deze leerstukken en de relatief zware bewijslast die op hem rust, terwijl de voor de bewijsvoering benodigde informatiepositie van de franchisenemer, zoals opgemerkt, juist sterk te wensen overlaat. De bepalingen in dit wetsvoorstel komen hieraan tegemoet.

4.2 Mededingingsrecht

Naast het BW biedt ook het (Nederlandse en Europese) mededingingsrecht de nodige kaders voor de franchisere-relatie en de franchiseovereenkomst. Het kartelverbod (art. 6 Mededingingswet; hierna: Mw) en het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel zijn hierbij vooral van belang. Ingevolge het kartelverbod zijn prijsafspraken tussen ondernemingen, marktafbakeningen en gedwongen afnameverplichtingen niet, dan wel slechts in bijzondere gevallen toegestaan, omdat zij vrijwel altijd de mededinging beperken. Lichtere afspraken zoals samenwerkingsovereenkomsten, gedragscodes en specialisatieovereenkomsten kunnen eveneens een mededingingsbeperkend effect hebben.

Bij het sluiten van franchiseovereenkomsten zal er voor gewaakt moeten worden dat de afspraken niet in strijd komen met het kartelverbod. Bepaalde activiteiten door samenwerkingsverbanden – waaronder de franchisere-relatie te rekenen valt – zijn vrijgesteld van het kartelverbod in

het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel. Het gaat daarbij om afspraken over prijzen bij reclameacties of de verplichte afname van goederen bij bepaalde leveranciers. Het spreekt voor zich dat dit wetsvoorstel niet de strekking kan hebben ondernemingen aan te zetten tot afspraken die op grond van de Mededingingswet niet zijn toegestaan.

Het Nederlandse mededingingsrecht sluit aan bij het Europese mededingingsrecht en beoogt niet strenger of soepeler te zijn. In het verlengde hiervan bepaalt artikel 12 Mw dat het kartelverbod niet geldt voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen waarvoor artikel 101, eerste lid, van het EU-Verdrag (het Europeesrechtelijke kartelverbod) krachtens een Europese vrijstellingsverordening buiten toepassing is verklaard. Voor franchise zijn dan met name de Groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten¹⁹ en de bijbehorende Richtsnoeren²⁰ van belang. Deze mededingingsrechtelijke regels strekken ter borging van effectieve concurrentie. Dit wetsvoorstel heeft een andere strekking: versterking van de positie van de franchisenemer ten opzichte van de franchisegever. De beide regimes staan derhalve los van elkaar en zijn dan ook afzonderlijk van elkaar van toepassing op de franchiserelatie. In de artikelsgewijze toelichting op de bepaling betreffende het non-concurrentiebeding is nader ingegaan op de verhouding met het mededingingsrecht.

4.3 Verhouding tot Europees recht

Franchising zoals dat binnen de relatie franchisegever en franchisenemer vorm krijgt, is aan te merken als een economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Daarmee kwalificeert franchising als dienst in de zin van artikel 4, onderdeel 1, van de dienstenrichtlijn²¹. Dit wordt nog verder ondersteund door het arrest Visser Vastgoed Beleggingen²² waaruit blijkt dat economische activiteiten die verband houden met de verkoop van goederen (o.a. retail) binnen het toepassingsbereik van de dienstenrichtlijn vallen.

De franchisegever is in termen van deze richtlijn de dienstverrichter, de franchisenemer is de afnemer. De onderhavige wettelijke regeling bevat eisen in de zin van artikel 4, onderdeel 7, van de dienstenrichtlijn. Deze eisen zijn van toepassing zowel in situaties waarbij de dienstverrichters in Nederland zijn gevestigd, als in situaties waarbij sprake is van grensoverschrijdende dienstverrichtingen. Dit voorstel zal dan ook overeenkomstig artikel 39, vijfde lid, van de dienstenrichtlijn door Nederland genotificeerd worden bij de Europese Commissie.

Bij de toetsing van deze wettelijke eisen aan de criteria van artikel 16, eerste en derde lid, van de dienstenrichtlijn kan allereerst worden geconstateerd dat de wettelijke eisen non-discriminatoir zijn. De eisen maken geen onderscheid naar nationaliteit, vestigingsplaats, branche, grootte van de franchiseketen of anderszins en zijn derhalve niet-discriminerend.

¹⁹ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU 2010, L 102).

²⁰ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Europese Commissie, 2010/C 130/01.

²¹ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376).

²² Zie de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 4 december 2018, Kamerstukken II 2018/19, 31 579, nr. 26, waarin nader ingegaan wordt op de betekenis van dat arrest.

De eisen zijn gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang, in het bijzonder de redenen van openbare orde zoals opgesomd in artikel 16, eerste en derde lid, en zoals nader toegelicht in overweging 41 van de dienstenrichtlijn.

Zoals in de inleiding al is opgemerkt, is franchise van aanzienlijk belang voor de Nederlandse economie. Franchise draagt bij aan het sociale weefsel van de samenleving, gelet op het aantal franchiseformules dat in Nederland actief is binnen zeer uiteenlopende branches, het aantal franchisevestigingen, het aantal werknemers in franchiseondernemingen en gelet op de op basis van franchise gegenereerde omzet.

Uit het in paragraaf 2.1 genoemde EIM-rapport uit 2009 is naar voren gekomen dat franchisenemers zich in een relatief zwakke, kwetsbare positie bevinden ten opzichte van de franchisegevers. Risico's van een verkeerde aanpak en koers(wijziging) worden primair en voluit gevoeld door de franchisenemer. Er is sprake van een structurele onevenwichtigheid in de machtsverhoudingen tussen franchisegever en franchisenemer, die in de praktijk in diverse gevallen blijkt te leiden tot zeer onwenselijke gedragingen die voortvloeien uit een positie van economische afhankelijkheid. Dit wordt in de aanhoudende berichten in diverse media bevestigd. Zie ook paragraaf 2.1 van deze toelichting. De bestaande Europese Erecode heeft deze in diverse situaties te ver doorgeslagen onbalans niet kunnen wegnemen, noch een nationale franchisecode, zelfs in het licht van de beoogde wettelijke verankering ervan. De gesignaleerde problematiek en het fundamentele belang van bescherming van de afhankelijke en daarmee zwakkere partij in de franchiserelatie, wordt ook in andere landen onderkend en heeft ook in bijvoorbeeld België al geleid tot nationale regelgeving op het gebied van franchise die op onderdelen zeer vergelijkbaar is met de in dit wetsvoorstel vervatte regelgeving. Ook binnen de Europese Unie is aandacht voor de genoemde problemen. Daar wordt momenteel gepleit voor ontwikkeling van richtsnoeren op het gebied van franchising, wijziging van de mededingingsrechtelijke kaders rond franchising en mogelijke invoering van specifieke Europese regelgeving die moet leiden tot het vergroten van het vertrouwen in franchising, borging van precontractuele «nethed» tussen partijen onderling en het opleggen van rechten en verplichtingen²³.

Het feit dat aldus binnen (en buiten) Europa al vorm wordt gegeven aan het tegengaan van structurele onevenwichtigheden binnen de machtsverhoudingen tussen de franchisepartijen, illustreert dat hier een fundamenteel belang aan de orde is dat bescherming behoeft. Het bij wet ingrijpen in de contractuele verhoudingen tussen de franchisegever en de franchisenemer – door met name versterking van de informatiepositie van de franchisenemer voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst en tijdens de looptijd daarvan, en versterking van de mogelijkheden om gehoord te worden bij besluiten van de franchisegever met ingrijpende financiële gevolgen voor de franchisenemer – draagt bij aan een gezonder economisch «werkklimaat» voor de franchisenemers; door de in het wetsvoorstel vervatte uniforme kaders worden franchisenemers

²³ Rapport « Franchising », April 2015, Policy Department Economic and Scientific Policy (EP) t.b.v. het Internal Market and Consumer Protection Committee (IMCO), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU\(2016\)578978_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU(2016)578978_EN.pdf). Abstract: «*[This document] presents the evolution of franchising regulation in the European Union and comparative analysis of franchising regulation in selected legal systems. It identifies problems in the area of franchising and indicates the impact of the EU rules on functioning of the franchising. Recommendations indicate at a need for a profound review of market conditions in the EU and corrective legislative and regulatory actions.*»; Verslag over de werking van franchising in de detailhandel (2016/2244(INI)), 17-05-2017, Commissie interne markt en consumentenbescherming (IMCO) met ontwerp-resolutie van het Europees parlement over de werking van franchising in de detailhandel, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0199_NL.html#top.

beter in staat gesteld om zich ten aanzien van hun franchiseonderneming voor te bereiden op en uitvoering te geven aan ontwikkelingen die vanuit de franchisegever worden geïnitieerd.

Bovendien is regelgeving om meer balans te brengen in de onderlinge machtsverhoudingen noodzakelijk, omdat de ongewenste situaties die voortvloeien uit die onbalans niet alleen de betrokken ondernemingen, maar ook de werking of de structuur van de markten ongunstig kan beïnvloeden. Zo blijkt in de praktijk dat gebrekkige en niet tijdige communicatie en informatie vanuit de franchisegever bij de franchise-nemer als economisch afhankelijke partij steeds tot weerstand en wantrouwen jegens de franchisegever leidt, en de franchisegever vervolgens eenzelfde wantrouwen en weerstand ervaart door een non-coöperatieve houding van de franchisenemer. Aldus ontstaat een vicieuze cirkel of zelfs een neerwaartse spiraal waarbij beide partijen het gevoel hebben dat de andere partij enkel en alleen op diens eigen belangen let, over de rug van de ander. Een dergelijke dynamiek binnen franchiseketens kan schadelijk zijn voor de marktstructuur of marktwerking.

Het betreft hier een algemeen economisch belang dat langs deze weg bescherming behoeft, zoals dit belang ook reeds bescherming geniet via het mededingingsrecht; het mededingingsrecht dat op zijn beurt eveneens franchise reguleert en dat een recht is dat onder de economische openbare orde valt (zie in die zin, GEA, 8 juli 2008, zaak T-54/03, Lafarge tg/ Commissie en Raad, § 718 en GEA, 12 juli 2011, zaak T-113/07, Toshiba Corp tg/Commissie, § 281). In het verleden hiervan draagt deze regelgeving bij aan de door de Unie gestelde doelen tot verzekering van een goede, gezonde marktwerking, de noodzaak om verstoringen van het economisch leven te vermijden en om eerlijke handelspraktijken te waarborgen.

De wettelijke eisen als zodanig zijn bovendien evenredig. Het merendeel van de wettelijke verplichtingen ziet op transparantie door precontractuele informatieverschaffing en informatieverstrekking tijdens de looptijd. Op deze wijze kan de franchisenemer beoordelen waarmee hij zich inlaat en met welke aankomende, door de franchisegever geïnitieerde ontwikkelingen hij rekening moet houden en waarover hij eventueel in gesprek wil met de franchisegever, gelet op de verwachte gevolgen voor zijn eigen franchiseonderneming. Daarnaast bieden de eisen handvatten voor de franchisenemer om tijdens de looptijd tot op zekere hoogte te kunnen verifiëren of de franchisegever zich als goed franchisegever gedraagt en bijvoorbeeld niet meer bijdragen verlangt dan redelijkerwijs nodig en gerechtvaardigd ter dekking van bepaalde kosten. Daarbij wordt het echter verder aan partijen gelaten om desgewenst en voor zover mogelijk actie te ondernemen op basis van deze informatie. Deze eisen gaan niet verder dan het doel waarvoor ze zijn gesteld, ze grijpen niet in in de contractsvrijheid en sluiten aan bij het soort eisen dat in andere landen op het gebied van franchise worden gesteld.

Daarnaast is een instemmingsregeling opgenomen om te borgen dat franchisenemers een stem jegens de franchisegever hebben als het gaat om vanuit de franchisegever geïnitieerde ontwikkelingen die niet in de franchiseovereenkomst worden verwerkt (waarvoor hoe dan ook instemming vereist zou zijn), en die daadwerkelijke financiële gevolgen hebben voor de franchisenemers (bijvoorbeeld doordat investeringen of bijdragen verlangd worden). De drempel waarboven de financiële gevolgen dusdanig groot worden geacht dat instemming van de franchisenemer vereist is, wordt contractueel bepaald. In die zin wordt contractsvrijheid gerespecteerd en wordt per type franchise, per branche en per keten ruimte gelaten voor maatwerk. Voor zover in een concreet geval instemming vereist is gelet op de drempelwaarde, wordt het

vervolgens aan partijen gelaten om te bezien op welke manier zij tot overeenstemming komen. Op deze wijze gaat ook deze eis niet verder dan het doel waarvoor deze is gesteld en wordt de contractsvrijheid zoveel mogelijk gerespecteerd.

De inhoudelijke eisen die verder aan de franchiseovereenkomst als zodanig worden gesteld, zijn beperkt in aantal. Concreet betreft dit de verplichting om een regeling te treffen voor *goodwill* in het geval van overname van een franchiseonderneming door de franchisegever en een kader voor de toelaatbare afspraken omtrent non-concurrentiebedingen dat aansluit bij de Groepsvrijstellingsverordening. In beide gevallen geldt contractvrijheid voor de concrete uitwerking van afspraken binnen het gegeven kader.

Europeesrechtelijk is tevens het mededingingsrecht van belang. In paragraaf 4.2 zijn de nationale mededingingsrechtelijke kaders besproken. Indien sprake is van (mogelijke) beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten, is het Europese mededingingsrecht mede van toepassing. Het Europeesrechtelijk kartelverbod is vervat in artikel 101, eerste lid, van het VWEU. Het verbiedt alle samenwerking tussen ondernemingen die de mededinging op de markt (merkbaar) beperkt, voor zover de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed. Franchising is een vorm van samenwerking, die met name verticale beperkingen van de mededinging kent. Indien echter voldaan wordt aan de voorwaarden vervat in de Groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten, worden deze afspraken geacht niet in strijd te zijn met het kartelverbod (zowel nationaal als Europees).

5. Regulering in andere landen

In sommige landen is sprake van strenge en gedetailleerde regelgeving voor franchise. Zowel in Australië als in de VS is sprake van stringente regelgeving voor de franchisesector, waarmee problemen zoals die zich de laatste jaren in Nederland hebben voorgedaan, zijn verminderd. Zo kent Australië een zeer uitvoerige franchiseregelgeving en overheidstoezicht op de naleving daarvan. De Australische Franchise Code of Conduct is opgesteld door de Australian Competition and Consumer Commission (vergelijkbaar met de Autoriteit Consument en Markt in Nederland), die ook boetes kan opleggen alsmede juridische procedures kan aanspannen tegen partijen die de Code of Conduct overtreden. In de VS heeft de precontractuele informatieplicht een prominente plaats in de (federale) regelgeving. Daarnaast kennen diverse staten een registratieverplichting voordat franchise-aanbiedingen in die staat mogen worden gedaan, en vaak ook overheidstoezicht op de inhoud van deze aanbiedingen.

Voor zover er binnen de EU sprake is van nationale regulering van franchise, ligt de nadruk, evenals in de VS, op precontractuele informatieplichten. Dit geldt in Frankrijk, Spanje, Italië, Roemenië, Zweden, Estland, Letland en België. Er zijn ook landen waarin helemaal niets is geregeld.

In de Nederlandse situatie is er nu behoefte aan een systeem dat ook de franchisesamenwerking zelf enigszins normeert. Dit hangt vooral samen met het bestaan van eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in franchiseovereenkomsten en met verschillen van inzicht in de markt over de mate waarin franchisenemers betrokken dienen te worden bij besluiten die op hun bedrijfsvoering een groot effect kunnen hebben. Omdat franchiseovereenkomsten vooral onder regie van de franchisegever tot stand komen, waarbij niet in de gewenste mate rekening blijkt te worden gehouden met de belangen van alle betrokkenen, is wetgeving noodzakelijk.

Overwogen is of de ACM een rol zou moeten krijgen als handhaver op het gebied van franchise. De regering acht dit prematuur. Dit wetsvoorstel moet een goede franchisesamenwerking bevorderen en daarbij zoveel mogelijk ruimte laten voor ondernemerschap en contractvrijheid. Handhaving van overheidswege ligt dan niet voor de hand. Verder heeft de ACM tot dusver uitsluitend een taak vanuit mededingingsperspectief op het gebied van samenwerking tussen bedrijven. Overigens wordt wel de discussie gevoerd over een bredere rol voor de ACM in de voedselketen. Inzet van ACM op het gebied van franchise kan op termijn, indien daaraan behoefte mocht zijn, een onderdeel vormen van deze bredere discussie.

6. Gevolgen

Dit wetsvoorstel schept de kaders voor een meer evenwichtige verhouding tussen de belangen van de franchisegever en die van de franchisenemer, waarbij beide voldoende ruimte houden om als ondernemer te kunnen voorzien in hun inkomsten. Een goede en evenwichtige samenwerking is in beider voordeel, want zij draagt bij aan een sterke en gezonde formule, en daarmee aan een gezonde Nederlandse economie. Ook wordt de relatie tussen franchisegever en -nemer verder gestructureerd, bijvoorbeeld in de vorm van een passende overlegstructuur die de franchisegever in staat stelt effectief overleg te voeren met zijn franchise-nemers. Dit kan langdurige patstellingen voorkomen, bijvoorbeeld doordat de hele keten moet wachten op afronding van individueel overleg met franchisenemers. Regulering leidt er voor franchisegevers toe dat eenduidig is wat zij van hun franchisenemers mogen vragen en biedt ook een gelijk speelveld voor de franchisegevers onderling. De inzet van beide partijen, transparantie inzake inhoud en strekking van wederzijdse plichten alsmede over plannen en ontwikkelingen van de franchiseformule, zijn essentieel voor een exploitatie van de franchiseformule die voor beide partijen succesvol is.

Het wetsvoorstel is bewust kaderstellend, opdat het in allerlei sectoren en voor diverse typen franchise gebruikt kan worden. Het bevat basiselementen die in elke franchiserelatie voor een goede samenwerking van belang zijn. Regulering van franchise biedt veel kleine ondernemers en starters de kans om hun onderneming goed geïnformeerd volgens een beproefde formule op te zetten.

Het is niet uitgesloten dat als gevolg van de nu voorgestelde regulering sommige franchisegevers er de voorkeur aan geven om hun markt te bedienen via eigen filialen en niet meer in samenwerking met franchisenemers. Dit betekent dat men de benodigde investeringen volledig voor hun eigen rekening zal moeten nemen, maar in ruil daarvoor meer zeggenschap heeft en de winst uit de filialen niet zal hoeven delen. De Nederlandse economie wordt naar verwachting niet noemenswaardig beïnvloed door een eventuele uitwisseling tussen filialen en franchiselocaties.

7. Uitvoering en handhaving

Wanneer franchisegever en franchisenemer onderling niet slagen in de oplossing van eventuele geschillen, zal eventueel een gang naar de rechter volgen. Met het oog hierop is aan de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) advies gevraagd over het voorontwerp, zoals dat eind 2018 in consultatie is gebracht. De Rvdr heeft ten aanzien van dat voorontwerp aangegeven geen zwaarwegende bezwaren te hebben. De Rvdr stelt een verschuiving in het krachtenveld te verwachten en daarmee ook een toename van het aantal procedures, met name van de zijde van franchise-

gevers in situaties waarin hun positie meer onder druk komt te staan. Niettemin verwacht de Rvdr dat na een initiële toename het aantal zaken gering blijft, zodat de werklastgevolgen voor de rechtspraak niet substantieel worden geacht.

8. Regeldruk

De te verwachten regeldrukeffecten van de verplichtingen die uit dit wetsvoorstel voortvloeien, worden in deze paragraaf kwantitatief en kwalitatief beschreven. Naast eenmalige kennisnamekosten, is er sprake van regeldrukkosten als gevolg van wederzijdse informatie- en overlegverplichtingen van franchisegevers en -nemers, zowel in de precontractuele fase als tijdens de looptijd van de overeenkomst.

ATR heeft over het voorstel geadviseerd en ten opzichte van de consultatieversie enkele verbeteringen in de lastenberekening en toelichting aanbevolen. Die zijn in deze tekst verwerkt. Zo is onder andere een passende overgangstermijn opgenomen en is toegelicht welke bepalingen al meteen werken, los van die overgangstermijn. De principes van goed franchisegever en -nemerschap en enkele andere kernbegrippen zijn nader uitgewerkt en waar nodig van voorbeelden voorzien. Conform het advies zal te zijner tijd worden gezorgd voor communicatie richting de sector en verspreiding van best practices.

In Nederland zijn 870 franchisegevers en ongeveer 34.200 franchise-nemers actief²⁴. De totale groep franchisegevers en -nemers bestaat voor ongeveer 60% uit mkb'ers, 30% valt in de categorie microbedrijf en 10% is zelfstandige zonder personeel. Voor het berekenen van de regeldrukkosten wordt uitgegaan van de tijdsbestedingstabel en de tabel met standaarduurtarieven die is opgenomen in het Handboek Meting Regeldrukkosten.

8.1. Kennisname eenmalig

Zowel franchisegevers als franchisenemers hebben tijd nodig voor het doornemen van het nieuwe wettelijke kader en om de impact hiervan op de eigen organisatie te kunnen bepalen. Voor de kosten per uur bij de ondernemers is uitgegaan van een gemengd uurtarief (€ 57), gebaseerd op de tarieven voor leidinggevenden en managers, hoogopgeleide medewerkers en administratief personeel, conform het Handboek Meting Regeldrukkosten.

De tijd die franchisenemers kwijt zijn aan kennisname van het nieuwe franchiseregime zal naar schatting variëren van minimaal 20 minuten tot maximaal 60 minuten (gemiddeld 40 minuten). Voor 34.200 franchise-nemers komen de geschatte totale eenmalige kennisnamekosten uit op € 1.299.600. De franchisegever zal tussen 20 minuten en twee uur (gemiddeld 70 minuten) besteden aan kennisname omdat met name in grotere organisaties verschillende organisatieniveaus betrokken kunnen zijn. De geschatte kennisnamekosten voor 870 franchisegevers komen uit op € 57.855.

Ingeschat wordt dat ruwweg twee derde van de franchisegevers externe juridische expertise inhuurt om geïnformeerd te worden over de regelgeving. Het uurtarief van juristen varieert grofweg tussen € 80 en € 150 (gemiddeld € 115) en er wordt uitgegaan van een tijdsbesteding van 2 uur. De eenmalige kosten voor franchisegevers voor het inschakelen van juridische ondersteuning komen uit op € 133.400.

²⁴ Franchise Statistiek 2019, Nederlandse Franchise Vereniging.

Over het geheel leidt dit wetsvoorstel tot € 1.490.855 aan kennisnamekosten, waarvan € 1.299.600 bij franchisenemers en € 191.255 bij franchisegevers.

8.2 Precontractuele informatieverplichtingen eenmalig

Het wetsvoorstel bevat verplichtingen voor franchisegevers en franchisenemers inzake de informatie en de documentatie die zij elkaar tijdig moeten verstrekken voorafgaand aan de beoogde sluiting van een franchiseovereenkomst. Dit leidt tot regeldrukkosten.

Alle franchisegevers zullen hun documentatie en modelovereenkomst moeten controleren aan de hand van de eisen van het wetsvoorstel. Dit kost naar verwachting 3 tot 5 uur (gemiddeld 4 uur) per franchisegever. Naar schatting zal 1/3 van de franchisegevers de processen met betrekking tot de informatievoorziening in de precontractuele fase strakker moeten gaan organiseren en beter documenteren. Dit kost naar verwachting 4 tot 6 uur (gemiddeld 5 uur) per franchisegever. Daarnaast zal 2/3 van de franchisegevers naar schatting € 3.000 tot € 5.000 (gemiddeld € 4.000) aan externe juridische diensten gaan besteden. De eenmalige kosten van precontractuele informatieverplichtingen komen daarmee uit op € 2.601.010 voor franchisegevers.

8.3 Informatieverplichtingen nieuwe contracten jaarlijks

In de afgelopen jaren is een netto aanwas vastgesteld van ongeveer 225 franchisenemers per jaar. Geschat wordt dat deze aanwas wordt veroorzaakt door gemiddeld 675 nieuwe franchisenemers per jaar die toetreden en 450 franchisenemers die uittreden over het geheel van de markt. Bij het contracteren van een nieuwe franchisenemer zal de franchisegever zijn standaarddocumentatie moeten actualiseren en aanvullen met specifieke gegevens over het vestigingspunt. Aangenomen wordt dat de franchisegever hier per keer 4 uur aan besteedt. Dit leidt tot structurele kosten ter hoogte van € 153.900.

Nieuwe contracten vereisen ook overleg tussen beide partijen. Afhankelijk van de complexiteit van de vast te stellen overeenkomst en de benodigde informatie kunnen meerdere gesprekken nodig zijn. De inschatting is dat er 1 tot 3 gesprekken van 1,5 uur nodig zullen zijn. Dit leidt tot eenmalige kosten van € 230.850 gelijkelijk verdeeld over franchisegever en franchisenemer.

Ook de aspirant-franchisenemer heeft informatieverplichtingen richting de franchisegever en zal naar verwachting 2 uur besteden aan het verzamelen van gegevens. De daarmee gemoeide kosten zijn € 76.950. Voorts wordt aangenomen dat ook de toekomstige franchisenemer zich juridisch laat bijstaan en daarvoor gemiddeld € 1.000 aan kosten maakt. Hiermee is in totaal € 675.000 gemoeid.

Over het geheel leiden de informatieverplichtingen in verband met nieuwe contracten jaarlijks tot € 1.136.700 aan kosten, waarvan € 269.325 voor franchisegevers en € 867.375 voor franchisenemers.

8.4 Informatieverplichtingen tijdens looptijd contract, jaarlijks

Voor zowel franchisegevers als franchisenemers vloeien structurele kosten voort uit de verplichting om elkaar tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst wederzijds van relevante informatie te (blijven) voorzien.

Dit gaat dan vooral om voornemens van de franchisegever tot wijzigingen van de formule of exploitatie van een afgeleide formule. Daarover dient overleg plaats te vinden met het oog op verkrijgen van instemming van de franchisenemers, voor zover de voorgestelde aanpassingen in financieel effect de drempelwaarden te boven gaan die de franchisegever in het contract heeft vastgelegd. Aannemelijk is dat de franchisegever die grenswaarden voldoende ruim zal bepalen om daar slechts bij uitzondering overheen te gaan. Ingeschat wordt dat dit zich jaarlijks bij een tiende van de formules voordoet en 87 franchisegevers en 3.420 franchisenemers raakt.

De tijd die gemoeid is met het verzamelen en bewerken van relevante informatie kan variëren van 20 minuten in eenvoudige situaties, tot 120 minuten in complexe situaties (gemiddeld 70 minuten). Aan het aanschrijven van zijn franchisenemers en het voorbereiden van overleg besteedt de franchisegever gemiddeld 2 uur. Daarnaast zullen met name franchisegevers externe juridische expertise inhuren. De kosten hiervoor worden geschat op gemiddeld € 2.000. In totaal is hiermee voor 87 franchisegevers € 189.704 gemoeid.

Bij deze aanpassingen zal, al of niet via het vertegenwoordigende overleg, gesproken worden tussen de franchisegevers en de 3420 franchisenemers die dit betreft, waarmee voor ieder van de partijen een uur gemoeid is, ofwel voor beide € 194.940.

Daarnaast besteden ook de franchisenemers tijd aan informatievergaring, variërend van 20 minuten tot 2 uur (gemiddeld 70 minuten) en wint de helft van hen juridisch advies in voor gemiddeld € 1.000 wat in totaal € 1.937.430 aan kosten veroorzaakt.

Voor het verplichte jaarlijkse overleg tussen franchisegever en franchise-nemer is 2 uur per partij gerekend, wat in totaal € 3.992.850 aan kosten veroorzaakt, waarvan € 94.050 voor franchisegevers.

De overlegverplichtingen leiden jaarlijks in totaal tot € 6.509.864 aan kosten waarvan € 478.694 voor rekening komt van franchisegevers en € 6.031.170 van franchisenemers.

8.5 Informatieverplichtingen rond beëindiging van de samenwerking

Wanneer de samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer op haar eind loopt, zullen partijen zich moeten beraden over een eventuele overname van de franchiseonderneming door de franchisegever of door een derde. In dat kader zal overleg plaatsvinden en onderzoek worden gedaan naar een mogelijke *goodwill* afrekening. Geschat wordt dat jaarlijks over alle formules tezamen 450 franchisenemers uittreden. Verondersteld wordt dat dit in de helft van de gevallen leidt tot een overname door de franchisegever en in de andere helft van de gevallen tot overname door een derde. Natuurlijk is ook nog denkbaar dat een onderneming gewoon sluit. In dat geval zijn zeker geen hogere lasten te verwachten, zodat hiervoor geen afzonderlijke inschattingen zijn gemaakt.

Voor onderzoek en overleg besteden zowel de stopper (450 franchise-nemers) als de overnemer (225 franchisegevers en 225 nieuwe franchise-nemers) 4 uur. De franchisegever zal zich in deze situaties juridisch laten bijstaan (€ 1.000 x 225) vanwege de goodwillbepaling. Deze verplichtingen leiden jaarlijks in totaal tot € 430.200 aan kosten waarvan € 276.300 aan voor franchisegevers en € 153.900 voor franchise-nemers.

9. Advies en consultatie

Het wetsvoorstel is, zoals beschreven in paragraaf 2, voortgekomen uit een traject van verkenning, zelfregulering en beleidsontwikkeling waarbij van meet af aan een groot aantal mkb-ondernemers rechtstreeks of via hun koepels bij betrokken is geweest. Daardoor is het belang van praktische bruikbaarheid van de regelgeving voor het mkb afdoende gewaarborgd zonder dat er een specifiek mkb-panel is geraadpleegd.

Verder is het voorstel gepubliceerd voor internetconsultatie. Op de internetconsultatie zijn 572 reacties ontvangen, waaronder ruim 400 onverkort positieve reacties van individuele franchisenemers. Ruim de helft van hen (220) verwijst naar de inbreng van het Vakcentrum²⁵. De franchisenemers uit de automobielsector, zowel Bovag als een twintigtal merkdealerverenigingen, spreken steun uit voor het wetsvoorstel dat zij beschouwen als zeer relevant voor de sector.

Van franchisegevers en hun koepels komen ruim 100 reacties, overwegend afhoudend of kritisch en veelal aanhakend bij de reactie van de NFV. Tot slot zijn er ongeveer 40 deels kritisch en deels positieve reacties ontvangen van advocatenkantoren en andere (juridische) dienstverleners.

Opmerkelijk is dat bijna 200 reacties niet openbaar zijn gegeven²⁶. Zeer overwegend betrof dit instemmende reacties door franchisenemers. Incidenteel is een reden gegeven voor het niet openbaar reageren. In die gevallen werd verwezen naar vrees voor de reactie van de franchisegever bij kennisneming van de instemmende reactie van zijn franchisenemer, en de mogelijke repercussies voor de franchiserelatie.

Door of namens franchisegevers is frequent aangevoerd dat er gebrek zou zijn aan nut en noodzaak voor de voorgestelde regeling, omdat er geen sprake zou zijn van systematische conflicten of knelpunten in de samenwerking. Nadere onderbouwing van de noodzaak van regelgeving is in de paragrafen 1 en 2 gegeven, en is ook in paragraaf 4.3 terug te vinden. Door enkele partijen is in de consultatie aangevoerd dat nationale regelgeving overbodig zou zijn omdat er nagedacht wordt over Europese regelgeving. De ontwikkelingen in Europa zijn echter nog zeer pril en ongewis. Het staat nog niet vast of, en zo ja, in welke vorm er Europese regulering voor franchising zal komen. Zelfs wanneer daar met grote voortvarendheid aan zou worden gewerkt, zal het nog vele jaren duren voordat er sprake is van een in Nederland geïmplementeerd Europees kader dat franchisenemers enig soelaas kan bieden. De regering wil en kan daar, gelet op de ook in Europees verband onderkende problematiek, niet op wachten.

Naar aanleiding van de ontvangen reacties is het wetsvoorstel op veel punten aangepast, onder andere bij de definities. De definitie van «handboek» en de verplichte verstrekking daarvan in een bewaarbaar format in het kader van de precontractuele informatie is vervallen op aandringen van franchisegevers. Anderzijds is de definitie van «afgeleide formule» gehandhaafd, ondanks de kritiek die daarop door sommige franchisegevers is gegeven, omdat dit een noodzakelijk onderdeel van de

²⁵ Zie de reactie in de internetconsultatie van het Vakcentrum van 31 januari 2019, te raadplegen op www.internetconsultatie.nl/wet_franchise.

²⁶ Dit komt overeen met het beeld in consultatie van het eerdere voorontwerp dat strekte tot wettelijke verankering van de NFC. Hierbij zijn van de ruim 700 reacties ruim 300 niet-openbaar gegeven. In diverse gevallen werd dit uitdrukkelijk toegelicht met de vrees voor represailles of schade aan de werkrelatie met de franchisegever.

regeling is en niet gemist kan worden om de regeling de beoogde beschermende werking te geven. De precontractuele informatieverplichtingen zijn preciezer geformuleerd om tegemoet te komen aan de vrees van franchisegevers dat onvoldoende zekerheid kan worden verkregen wanneer op behoorlijke wijze aan de betreffende informatieverplichting is voldaan. Ook is de informatieplicht op verschillende punten geclausuleerd tot informatie die in redelijkheid beschikbaar zou moeten zijn bij de verstreckende partij.

De verplichtingen ten aanzien van de inhoud van de franchiseovereenkomst zijn ingeperkt. De bepaling die inhoudelijke voorwaarden stelde aan de vormgeving van verplichte afnamebedingen, is vervallen. In plaats daarvan is een informatieverplichting ingevoegd op basis waarvan de franchisenemer inzicht kan verkrijgen in hoeverre de van hem gevraagde of te vragen bijdragen de kosten dekken waarvoor de franchisegever deze bijdragen heeft gevraagd. Zo wordt transparant hoe deze kosten en gevraagde bijdragen zich tot elkaar verhouden. De bepaling over goodwill is verduidelijkt en de werking is beperkt tot de situatie waarin de franchisegever degene is die de franchiseonderneming na beëindiging van de franchiserelatie overneemt. De bepaling over non-concurrentiebeding sluit wat betreft de formulering nauwer aan op de equivalente bepaling in de Groepsvrijstellingsverordening²⁷.

De bepaling die de franchisegever verplicht om in bepaalde situaties instemming te verkrijgen van de franchisenemers voor voorgenomen aanpassingen in de formule of exploitatie van een afgeleide formule, is aangepast. De bepaling brengt nu expliciet tot uitdrukking dat de franchisegever grenswaarden kan bepalen waarbinnen hij zonder overleg wijzigingen kan doorvoeren. Voor wijzigingen die de overeengekomen drempel te boven gaan, is instemming van de meerderheid van de franchisenemers vereist. Het voorgestelde alternatief om de franchisenemer die niet kan leven met een voorgestelde aanpassing een exitmogelijkheid te bieden, kan weliswaar in sommige gevallen soelaas bieden, maar levert ook (te) vaak een onbevredigende oplossing en miskent het gerechtvaardigde belang van de franchisenemer bij continuïteit in zijn bedrijfsvoering. Dat belang kan door een verplichting van instemming (en daarmee onvermijdelijk ook overleg) effectiever gediend worden. Dit laat onverlet dat een franchisenemer in overleg met een franchisegever alsnog kan besluiten tot opzegging van de franchiserelatie.

Waar mogelijk zijn redactionele voorstellen die beogen de formuleringen meer in lijn te brengen met terminologie waar franchisegevers en franchisenemers zich in herkennen, overgenomen. Dit betreft bijvoorbeeld de definities van franchiseformule en franchiseovereenkomst.

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 zijn²⁸, is dit niet overgenomen. De suggestie om in het

²⁷ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU 2010, L 102).

²⁸ Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBAMS:2018:5098 (HEMA), ECLI:NL:RBNHO:2016:9360 (AH).

geheel geen dwingend recht toe te passen, is niet overgenomen omdat dit de beoogde beschermende werking van het wetsvoorstel voor franchise-nemers zou wegnemen.

Tot slot is door verschillende partijen de suggestie gedaan om de kantonrechter bevoegd te maken om franchisezaken te berechten. Dit zou de kosten van procedures verlagen en zo de toegang tot rechtspraak met name voor franchisenemers vergroten. Dit doet evenwel geen recht aan de complexiteit en de soms zeer grote financiële belangen die met franchisezaken gemoeid zijn. De rechtbank is hiervoor beter toegerust. De wettelijke regeling van franchise wordt op zichzelf wel verondersteld bij te dragen aan een hogere mate van voorspelbaarheid van de uitkomsten van eventuele rechtszaken. Dit is voor alle betrokkenen gunstig.

II. ARTIKELEN

ARTIKEL I

Door middel van artikel I wordt een nieuwe titel «Franchise» ingevoegd in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek waarin de bijzondere overeenkomsten zijn geregeld.

Artikel 7:911

Eerste lid

In het wetsvoorstel staat de duiding van «franchiseovereenkomst» centraal. Er kunnen binnen verschillende branches verschillende typen franchise worden onderscheiden: franchise betreffende de productie van goederen, de verkoop van goederen en de verlening van diensten. Daarnaast kan het in paragraaf 1 van het algemeen deel genoemde onderscheid worden gemaakt tussen zogenoemde «soft franchise» en «hard franchise». De begripsomschrijving van «franchiseovereenkomst» beoogt al deze typen franchise te dekken. Bepalend voor de vraag of sprake is van een franchiserelatie is niet de kwalificatie, benaming of titel die partijen voor hun overeenkomst hanteren, maar de feitelijke inhoud van hun onderlinge relatie. Indien die relatie alle elementen kent die de definitie «franchiseovereenkomst» (en in het verlengde daarvan «franchiseformule», «franchisegever» en «franchisenemer» als gedefinieerd in het tweede lid) in zich bergt, is deze titel op die relatie van toepassing.

Kernpunt binnen een franchiserelatie is dat de franchisegever een franchiseformule heeft (die hij op grond van goed franchisegeverschap ook dient te onderhouden en te blijven ontwikkelen) en hij de franchisenemer niet alleen het recht verleent maar ook de verplichting oplegt om de franchiseformule van de franchisegever te exploiteren op de door de franchisegever aangewezen wijze. In het verlengde daarvan is de omschrijving van «franchiseformule» essentieel.

De in de begripsomschrijving bedoelde door de franchisenemer te betalen vergoeding kan zowel een rechtstreekse betaling in geld of een andere tegenprestatie betreffen, als een meer indirecte vorm van financiële compensatie voor de exploitatie van de franchiseformule. Zo komt het voor dat een vergoeding aan de franchisegever wordt voldaan in de vorm van een opslag op de inkooprij die de franchisenemer betaalt voor goederen die hij inkoop bij de franchisegever, en die hij vervolgens in het kader van de franchiseformule op de markt brengt.

Anders dan tijdens de consultatie is bepleit, is geen afzonderlijke definitie van het begrip «franchise» of «franchising», zoals concreet is voorgesteld²⁹, ingevoerd. Hoewel de voorgestelde omschrijving gangbaar is in de praktijk, is deze als zodanig, door het samenstel van zeer uiteenlopende elementen, wetgevingstechnisch niet werkbaar en bruikbaar in de wettekst. Het begrip is in de wettekst dan ook niet gebruikt. Omdat de separate elementen van het voorgestelde begrip «franchise» op zichzelf niettemin essentieel zijn, zijn deze op een wetgevingstechnisch passende wijze in de definities van «franchiseovereenkomst», «franchiseformule», «franchisegever» en «franchisenemer» verwerkt. Deze begrippen tezamen omvatten alle elementen die in de omschrijving van «franchise» of «franchising» in bestaande zelfregulerende gedragscodes en in de praktijk te vinden zijn. De definities sluiten onderling dan ook aan en er wordt materieel ook geen verschil beoogd met de in die gedragscodes en praktijk gehanteerde begrippen.

Tweede lid

Het tweede lid bevat vier begripsomschrijvingen. Naast drie begrippen die in het eerste lid zijn gehanteerd in de omschrijving van franchiseovereenkomst («franchiseformule», «franchisegever» en «franchisenemer»), wordt ook een definitie gegeven van het begrip «franchiseformule».

Tweede lid, onderdeel a

Naar aanleiding van de consultatiereacties is de definitie van «franchiseformule» aangepast om deze meer aan te laten sluiten bij de in de praktijk gangbare uitleg van het begrip. Verduidelijkt is dat de formule niet alleen van commerciële aard dient te zijn om als franchiseformule te worden aangemerkt, maar ook van operationele en organisatorische aard. De formule dient derhalve zowel marketing elementen in zich te hebben als logistieke en bedrijfsprocessuele elementen, alsmede elementen betreffende de bedrijfsvoering. Daarnaast is benoemd dat kenmerkend voor een franchiseformule is dat deze bepalend is voor de uniforme identiteit en uitstraling van de bij een franchiseketen aangesloten franchiseondernemingen. Toepassing van de franchiseformule borgt in feite die uniformiteit.

Een franchiseformule omvat in ieder geval zowel een of meer van de in onderdeel a, onder 1°, genoemde elementen, als de onder 2° bedoelde knowhow. Dit zijn cumulatieve elementen.

Wat betreft de in onderdeel a, onder 1, genoemde elementen geldt dat veelal sprake is van een specifieke huisstijl, kenbaar door een bepaald kleurgebruik en een bepaald font voor teksten. Het gaat om uitingen die vaak in aanmerking komen voor bescherming door middel van een intellectueel eigendomsrecht naar Nederlands recht of, in voorkomend geval, naar buitenlands recht.

Daarnaast omvat het begrip «franchiseformule», zoals blijkt uit onderdeel a, onder 2, ook de kennis van de franchisegever die niet in aanmerking komt voor bescherming door middel van een intellectueel eigendomsrecht: de knowhow. In de onderhavige definitie betekent «geheim» dat de knowhow niet algemeen bekend of gemakkelijk verkrijgbaar is. Verder betekent «wezenlijk» dat de knowhow voor de franchisenemer belangrijk

²⁹ Voorgesteld door onder meer de NFV: «Franchise is een systeem voor de afzet van goederen of diensten, gebaseerd op een hechte en voortdurende samenwerking tussen juridisch en financieel zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen: de franchisegever en zijn individuele franchisenemers. De franchisegever verleent daarbij aan individuele franchisenemers het recht en legt hen de verplichting op om een bedrijf te exploiteren volgens het concept van de franchisegever.»

en nuttig is voor de exploitatie van de franchiseonderneming, en betekent «geïdentificeerd» dat de knowhow zodanig volledig beschreven is, dat kan worden nagegaan of deze aan de criteria van geheim-zijn en wezenlijkheid voldoet. De in de bepaling opgenomen omschrijving van knowhow, evenals de hiervoor weergegeven duidingen van de begrippen «geheim», «wezenlijk» en «geïdentificeerd», zijn vrijwel identiek aan de definitie van knowhow en de bedoelde nadere duidingen, opgenomen in (thans) verordening (EU) nr. 330/2010 (hierna: «EU-Groepsvrijstellingsverordening»)³⁰. Deze Europese definitie is op haar beurt de inspiratiebron geweest voor de omschrijving van knowhow in de Nederlandse Franchisecode en de Europese Erecode inzake Franchising³¹. De begripsomschrijving sluit aldus aan op de in de praktijk gangbare terminologie en uitleg.

Tweede lid, onderdeel b

In dit onderdeel is het begrip «afgeleide formule» gedefinieerd. Het gaat om een formule die bestaat uit operationele, commerciële en organisatorische elementen, en die ofwel rechtstreeks door de franchisegever zelf, ofwel via een met hem samenwerkende partij wordt gebruikt voor de productie of verkoop van producten of verlening van diensten die geheel of grotendeels dezelfde producten of diensten zijn als die waarop de franchiseformule van de franchisegever ziet. Daarnaast kenmerkt de formule zich door het feit dat deze bepalend is voor een uniforme identiteit en uitstraling van ondernemingen waar deze formule wordt toegepast. Dit hangt veelal samen met het gebruik binnen de formule van een bepaald handelsmerk of model, of een bepaalde handelsnaam, huisstijl of tekening, in combinatie met de eenvormige toepassing van bepaalde specifieke kennis en ervaring in elk van de ondernemingen waar de formule wordt gebruikt. De afgeleide formule kan een op zichzelf staande franchiseformule zijn, maar dat is niet per definitie het geval. Veeleer wordt de afgeleide formule door of vanwege een franchisegever geëxploiteerd in eigen filialen van die franchisegever of in daaraan verbonden groepsmaatschappijen.

De kern van het begrip afgeleide formule is echter niet of het al dan niet op zichzelf een franchiseformule is, maar of deze afgeleide formule in de publieke beeldvorming qua gevoel en uitstraling sterke gelijkenissen vertoont met de franchiseformule die door de betreffende franchisegever in feite naast de afgeleide formule wordt geëxploiteerd. Bepalend voor de kwalificatie «afgeleide formule» is namelijk dat die formule in de beleving van het publiek veel gelijkenissen vertoont met de franchiseformule en daardoor sterke associaties oproept met die franchiseformule. Dit door bijvoorbeeld gebruik van een zelfde of vergelijkbare huisstijl qua lettertype en kleuren, eenzelfde merknaam, of een combinatie daarvan. Het publiek zal in een dergelijk geval denken dat het om eenzelfde formule gaat, terwijl het in de praktijk om twee separate formules gaat, die beide door of vanwege de betreffende franchisegever worden gebruikt.

Ook door de manier waarop een afgeleide formule soms interacteert met de franchiseformule, kunnen dergelijke associaties met een al bestaande

³⁰ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU 2010, L 102). Voordien was die definitie al te vinden in de voorlopers van deze groepsvrijstellingsverordening, te weten verordening (EG) nr. 2790/1999 en verordening (EEG) nr. 4087/88. Deze laatste verordening was geheel toegesneden op franchiseovereenkomsten.

³¹ Op de website van de European Franchise Federation is expliciet aangegeven dat de omschrijving van het begrip «knowhow» in de Europese Erecode een bewerking is van verordening (EG) nr. 2790/1999 voor franchise (<http://www.eff-franchise.com/101/franchising-definition-description.html>)

franchiseformule ontstaan. Die interactie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een franchisegever zijn franchisenemers verplicht om online bestelde producten (in de markt gezet via een afgeleide formule in bijvoorbeeld de vorm van een webwinkel met geheel of deels dezelfde naam, kleuren en lettertype, die door of via de franchisegever is ontwikkeld of wordt gebruikt) retour te nemen van de klant. Voor die klant zijn de webwinkel en de franchiseonderneming dan al snel één of wordt in ieder geval een nauw verband verondersteld.

Formules die door een franchisegever worden opgezet naast een door diezelfde franchisegever beheerde bestaande franchiseformule, maar die een geheel eigen handelsnaam, huisstijl, et cetera kennen waardoor het publiek die formule niet met die bestaande franchiseformule associeert, worden niet gerekend tot de afgeleide formules. De eventuele omstandigheid dat de beide formules wel min of meer dezelfde diensten of producten betreffen, of op dezelfde relevante markt gericht zijn, maakt dit niet anders.

Tijdens de consultatie is vanuit franchisegevers gepleit voor het schrappen van deze definitie en van de bepalingen waarin dit begrip werd gebruikt. Nu die bepalingen echter – zij het deels in gewijzigde vorm – zijn gehandhaafd, is ook de begripsomschrijving gehandhaafd.

Tweede lid, onderdeel c

In onderdeel c wordt in de omschrijving van het begrip «franchisegever» gesproken over zowel de «rechthebbende» op als «de gebruiksgerechtigde van» een franchiseformule. Het begrip «rechthebbende» ziet op de «eigenaar» van de formule, de ontwikkelaar ervan. In veel gevallen zal de franchisegever zelf ook degene zijn die de franchiseformule als zodanig ontwikkeld heeft of die althans de daarin aanwezige intellectueel eigendomsrechten heeft overgenomen en aldus als «rechthebbende» kwalificeert. Er zijn echter ook gevallen waarin de franchiseformule door een buitenlandse (rechts)persoon ontwikkeld is, en waarin die buitenlandse formule in Nederland wordt geëxploiteerd via het zogenoemde concept van «masterfranchising». Een masterfranchisenemer is een ondernemer die in zijn hoedanigheid van franchisenemer van een franchisegever het recht heeft verkregen een franchiseformule in de zin van deze regeling te exploiteren en die dat recht vervolgens, in de hoedanigheid van franchisegever, aan andere franchisenemers verleent³². De masterfranchisenemer mag zelfstandig franchiseovereenkomsten sluiten met derden en zo de franchiseformule (doen) exploiteren. Veelal wordt een masterfranchise overeengekomen als een franchisegever besluit zijn formule in het buitenland of een andere regio te introduceren en een lokale partner nodig heeft om het netwerk op te bouwen en te managen. Deze masterfranchisenemer is veelal niet de rechthebbende op de franchiseformule, maar heeft dan van de buitenlandse franchisegever een bepaalde recht tot gebruik van de formule verkregen. Die lokale (bijvoorbeeld Nederlandse) partner (de masterfranchisenemer) is dan in relatie tot de buitenlandse franchisegever een franchisenemer, maar in relatie tot de Nederlandse franchisenemers is hij een franchisegever in de zin van onderdeel c.

Tweede lid, onderdeel d

Kenmerkend voor de in onderdeel d omschreven «franchisenemer» is dat hij de franchiseformule voor eigen rekening en risico exploiteert. Met name hierin onderscheidt de franchisenemer zich formeel van de

³² Zie ook de definitie van «masterfranchising» in de inmiddels niet meer van kracht zijnde Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten (PbEG 1988, L 359).

handelsagent die op basis van een agentuurovereenkomst op naam en voor rekening van de principaal optreedt. De voorgestelde wettelijke regeling biedt een franchisenemer op onderdelen verdergaande bescherming dan de bescherming die de handelsagent geniet op grond van Boek 7, titel 7, afdeling 4, BW. Die verdergaande bescherming van de franchisenemer is gerechtvaardigd, gelet op het grotere risico dat hij loopt door de exploitatie voor eigen rekening en risico.

Artikel 7:912

Omtrent het onderhouden van de franchiserelatie tussen franchisegever en franchisenemer wordt de algemene verplichting voor de franchisegever en de franchisenemer vooropgesteld om zich «als een goed franchisegever en een goed franchisenemer» jegens elkaar te gedragen. Deze formulering sluit aan bij terminologie van de artikelen 6:27 BW («een zorgvuldig schuldenaar»), 7:213 BW («als een goed huurder»), en 7:347 («als een goed pachter»), 7:401 BW («de zorg van een goed opdrachtnemer»), 7:602 BW («de zorg van een goed bewaarder») en 7:611 BW («als een goed werknemer en goed werkgever»).

Deze formulering drukt enigszins verkort uit dat de franchisegever en de franchisenemer zich hebben te gedragen zoals een behoorlijk persoon zich jegens een ander gedraagt. Tevens houdt deze formulering er rekening mee dat wat hier van beide partijen wordt geëist, afhangt van de omstandigheden van het geval, waaronder het type franchiseformule, de branche waarin partijen actief zijn, de grootte van de franchiseketen, de periode gedurende welke de franchisegever respectievelijk de franchisenemer al optreedt in de hoedanigheid van franchisegever respectievelijk franchisenemer (starter versus ervaren partij) en de grootte van de franchisenemer in termen van onder meer het aantal door hem gedreven franchiseondernemingen binnen dezelfde franchiseformule en de omvang van de franchiseonderneming(en).

Wat van een «goed franchisegever» en «goed franchisenemer» mag worden verwacht, hangt eveneens af van maatschappelijke ontwikkelingen. In de loop der tijd ontwikkelt de maatschappij en evolueren de normen ten aanzien van moraal en ethiek. Daarnaast kan gedrag dat in de ene feitelijke situatie aanvaardbaar moet worden geacht, een tekortkoming zijn indien een franchisegever of franchisenemer hetzelfde gedrag vertoont in een andere situatie.

Dit artikel verwoordt concreet voor de partijen bij de franchiseovereenkomst hetgeen in de artikelen 6:2 en 6:248 BW meer in algemene zin is geregeld, namelijk dat de rechtsverhouding tussen contractanten wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Daarnaast is in artikel 3:12 BW neergelegd dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.

Ondanks het bestaan van deze bepalingen betreffende redelijkheid en billijkheid, heeft artikel 7:912 niettemin een zelfstandige meerwaarde. Het maakt dat niet alleen de bedoelingen van partijen onderling mee kunnen worden gewogen bij de beoordeling van de juridische houdbaarheid van de gedragingen van deze partijen, maar dat ook de op het gebied van franchise relevante verhoudingen en ontwikkelingen kunnen worden meegenomen in die beoordeling. Gelet op het dynamische en veelzijdige karakter van franchise, is het cruciaal dat deze elementen een rol (kunnen) spelen bij de beoordeling van de onderlinge gedragingen. Verder heeft het artikel een normerende functie, bijvoorbeeld indien zich gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst omstandigheden hebben

voorgedaan die niet of niet in detail zijn geregeld in bijvoorbeeld de franchiseovereenkomst.

Goed franchisegeverschap behelst onder meer dat de franchisegever de franchiseformule ontwikkelt en innoveert zodat deze commercieel relevant blijft, ook voor de franchisenemers die deze formule exploiteren. Daarbij dient de franchisegever zich wel redelijk en billijk op te stellen jegens de franchisenemers en rekening te houden met de gevolgen die de ontwikkeling en innovatie van de franchiseformule voor de individuele franchisenemers kan hebben. Daarnaast kan goed franchisegeverschap vergen dat franchisenemers door middel van informatie en overleg tijdig meegenomen worden in de ontwikkelingen, zodat zij in staat zijn om zich tijdig en deugdelijk op die ontwikkelingen voor te bereiden. Voorts suggereert goed franchisegeverschap dat de franchisegever een zorgvuldig proces hanteert voor werving en selectie van franchisenemers. Immers, de franchisegever en andere franchisenemers die de betreffende franchiseformule exploiteren, kunnen negatieve gevolgen ondervinden van ondeugdelijke exploitatie van die franchiseformule door een onbekwame franchisenemer. Dit kan immers het imago en de kracht van de franchiseketen schaden en verdraagt zich zodoende ook jegens hen niet met goed franchisegeverschap.

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan «goed franchisegeverschap» ook invloed hebben op parallel met de franchiseovereenkomst verlopende rechtsbetrekkingen. Een franchisegever die tevens hoofdhuurder en onderverhuurder is van het pand waarin zijn franchisenemer een franchiseonderneming exploiteert, kan zijn beslissingen in het kader van huurovereenkomst niet geheel los zien van de franchisesamenwerking en de normen die daarbinnen voor hem gelden. Een keuze om bijvoorbeeld enerzijds de franchiseovereenkomst op te zeggen en anderzijds de onderhuurovereenkomst in stand te laten, kan in dat kader onbillijk zijn ten opzichte van zijn (ex-)franchisenemer. Dit geldt met name in combinatie met een post-contractueel non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst waardoor het de franchisenemer na beëindiging van de franchiserelatie verboden is om gedurende een bepaalde tijd op dezelfde markt actief te blijven waarop dat hij onder de franchiseovereenkomst werkzaam was.

Goed franchisenemerschap brengt mee dat de franchisenemer de ontwikkeling van de franchiseformule ondersteunt door daaraan in redelijkheid zijn medewerking te verlenen, althans deze niet op onredelijke gronden te onthouden. Daarbij dient de franchisenemer oog te hebben voor en rekening te houden met de belangen van de franchisegever en andere franchisenemers alsmede ontwikkelingen binnen en buiten de franchiseketen als geheel.

Overigens heeft dit artikel ook uitstraling op de precontractuele fase.

Artikel 7:913

Dit artikel betreft de precontractuele informatieverplichtingen van zowel de beoogd franchisenemer (eerste lid), als de franchisegever (tweede, derde en vierde lid). Partijen moeten over en weer in staat zijn om een reële inschatting te maken van de risico's die het aangaan en de uitvoering van de overeenkomst met zich brengen, en te beoordelen of, in hoeverre, en onder welke eventuele voorwaarden zij bereid zijn om die risico's aan te gaan. Om tot een dergelijke inschatting te kunnen komen, dienen partijen voldoende tijd te hebben om de verstrekte informatie tot zich te nemen. Dit artikel moet in samenhang met de artikelen 7:914 en 7:917 worden gelezen. Artikel 7:914 gaat over de termijn die door de

franchisegever in acht genomen moet worden. Artikel 7:917 gaat over de wijze waarop de franchisegever informatie moet verstrekken.

Eerste lid

Het eerste lid bevat de verplichting voor de beoogd franchisenemer om de franchisegever in de precontractuele fase tijdig informatie over de financiële positie te verstrekken, voor zover die redelijkerwijs nodig is met het oog op het sluiten van de franchiseovereenkomst. De exploitatie van de franchiseformule vergt immers zowel bij aanvang als gedurende de franchisere relatie investeringen aan de zijde van de franchisenemer. In de precontractuele fase zal de franchisenemer dan ook informatie ter beschikking moeten stellen aan de franchisegever die blijk geeft van de (te verkrijgen) financiële ruimte en dekking om dergelijke investeringen te kunnen doen.

Tweede lid

Dit lid beschrijft de informatie die de franchisegever voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst aan de beoogd franchisenemer moet verstrekken. Het uitgangspunt hierbij is dat de franchisegever in de precontractuele fase over deze informatie beschikt, en dat deze informatie zonder meer relevant is voor het sluiten van de overeenkomst.

Tweede lid, onderdeel a

Verstrekking van de ontwerpfranchiseovereenkomst in de precontractuele fase op een dusdanig tijdstip dat de franchisenemer deze overeenkomst kan (laten) beoordelen is essentieel. Zo kan de beoogd franchisenemer kennis nemen van en een oordeel vormen over de rechten en verplichtingen die de ontwerpfranchiseovereenkomst over en weer met zich brengt. Het gaat hierbij om de tekst van de overeenkomst waarover partijen reeds hebben gesproken of onderhandeld en waarvan de tekst door elk van hen als het definitieve concept wordt beschouwd, ook al is de betreffende overeenkomst nog niet ondertekend. Daarbij geldt een voorovereenkomst³³ niet als ontwerp franchiseovereenkomst. Een dergelijke overeenkomst is immers niet het eindresultaat van onderhandelingen tussen partijen over de rechten en plichten binnen een franchisere relatie.

De hier bedoelde rechten en plichten kunnen overigens ook zijn vervat in bijlagen of bepaalde addenda bij de (ontwerp)franchiseovereenkomst. Om een goed beeld te krijgen van het totaal aan rechten en verplichtingen, dient de beoogd franchisenemer ook die informatie te ontvangen in de precontractuele fase. Naar aanleiding van de consultatiereacties van de zijde van franchisegevers, is de uitdrukkelijke verplichting om zonder meer het zogenoemde handboek te verstrekken, geschrapd. In de praktijk is daarin veelal uitsluitend vrij gedetailleerde, praktische uitvoeringsinformatie opgenomen, die omvangrijk is en frequent verversd wordt. Bovendien kan het handboek aspecten omvatten die als «bedrijfsgeheim» zouden kunnen kwalificeren. Gelet hierop is precontractuele verstrekking mogelijk onnodig of ligt dit uiterst gevoelig. Een onverkorte verplichting tot precontractuele verstrekking van het integrale handboek is daarom niet opportuun geacht.

³³ De overeenkomst waarin de verplichtingen zijn opgenomen die in verband met de besprekingen over het mogelijk aangaan van een franchiseovereenkomst op de franchisegever en de franchisenemer rusten. Hierin worden veelal onder meer geheimhoudingsbepalingen opgenomen.

Tweede lid, onderdeel b

Voor de beoogd franchisenemer is het essentieel om te weten welke betalingsverplichtingen er zullen zijn op basis van de franchiseovereenkomst. Ook indien de franchisegever zich op voorhand bevoegdheden heeft voorbehouden tot eenzijdige aanpassing van geldende betalingsverplichtingen of invoering van nieuwe betalingsverplichtingen, is dit informatie die voor de beoogd franchisenemer van groot belang is om te bepalen of hij een franchiseovereenkomst wil aangaan en – bij toepasselijkheid van dergelijke gewijzigde of nieuwe betalingsverplichtingen – naar verwachting zal kunnen uitvoeren.

Dit onderdeel ziet mede op investeringen die de franchisegever van de beoogd franchisenemer verlangt of kan verlangen. De beoogd franchisenemer dient inzicht te kunnen krijgen in welke investeringen van hem (kunnen) worden gevegd, met inbegrip van (een indicatie van) de omvang daarvan. Voor zover het gaat om structurele, terugkerende investeringen, dient eveneens duidelijk te zijn op welke momenten tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst dergelijke investeringen moeten worden gedaan.

Tegen deze achtergrond is de franchisegever op grond van dit onderdeel verplicht om weer te geven welke voorschriften er zijn omtrent door de beoogd franchisenemer te verrichten betalingen. Daarbij is irrelevant of deze voorschriften in de ontwerpfranchiseovereenkomst als zodanig zijn opgenomen, in het handboek of welk ander stuk ook – alle toepasselijke voorschriften als bedoeld in dit onderdeel dienen door de franchisegever te worden weergegeven. Of de franchisegever ter uitvoering van deze verplichting een afzonderlijk overzicht, samenvatting of een zekere «financiële bijsluiter» opstelt van de betreffende voorschriften, of volstaat met een verwijzing naar de toepasselijke vindplaatsen, is aan de franchisegever, mits deze informatieverstrekking aan de minimumeisen van artikel 7:917 voldoet.

Tweede lid, onderdeel c

Onderdeel c somt een aantal onderwerpen op waarover separaat (naast verstrekking van de ontwerp franchiseovereenkomst) informatie verstrekt moet worden voorafgaand aan het aangaan van de franchiseovereenkomst. De informatie onder 1° ziet op de manier waarop het onderlinge overleg tussen franchisegever en franchisenemer plaatsvindt, en de frequentie daarvan. Het is voor een franchisenemer relevant te weten of een franchisegever een keer per jaar een overleg organiseert (hetgeen ingevolge artikel 7:916, derde lid, de minimumfrequentie is), of dat dit bijvoorbeeld elk kwartaal plaatsvindt (naast eventuele ad hoc ingelaste overleggen in het kader van een eventueel instemmingsrecht als bedoeld in artikel 7:921). Daarnaast is het nuttig om te weten of er wellicht een franchisenemersvertegenwoordiging is waarmee de franchisegever overleg heeft. Goed functionerend overleg tussen franchisegever en franchisenemers maakt een franchiseformule wendbaar en stelt de franchisegever en de franchisenemers in staat om adequaat in te spelen op ontwikkelingen in de markt. Bovendien kan het de onderlinge samenwerking versterken.

Daarnaast moeten ingevolge dit onderdeel precontractueel de contactgegevens verstrekt worden van het vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers, voor zover er een dergelijk orgaan is. Deze informatie is waardevol voor de franchisenemer omdat deze hem in staat stelt in contact te treden met vertegenwoordigers van andere reeds aan de franchiseformule verbonden franchisenemers en kennis te nemen van hun ervaringen omtrent de exploitatie van de betreffende formule. Deze contacten kunnen bijdragen aan een realistisch beeld van de dagelijkse gang van zaken binnen de formule. Ook voor de franchisegever

heeft dit voordelen. De beoogd franchisenemer kan immers een beter onderbouwde beslissing nemen om tot de franchiseformule toe te treden, en is beter voorbereid op wat hem te wachten staat en wat in de praktijk nu daadwerkelijk van hem gevraagd wordt door de franchisegever.

In het tweede lid, onderdeel c, onder 2°, gaat het om informatie over de mogelijkheden van de franchisegever om initiatieven te ontwikkelen via welke de franchisegever de facto in concurrentie treedt met (een deel van) zijn eigen franchisenemers. Gedacht kan worden aan het opzetten van een afgeleide formule (waartoe in voorkomend geval bijvoorbeeld gerekend kan worden een webwinkel met dezelfde merknaam en geheel of gedeeltelijk dezelfde huisstijl, waarop (grotendeels) dezelfde producten worden verkocht als in de franchisevestiging). Het is voor de beoogd franchisenemer van belang om voorafgaand aan het sluiten van een franchiseovereenkomst te weten of hij dergelijke potentieel concurrerende activiteiten kan verwachten. Dit geldt temeer wanneer bedacht wordt dat bijvoorbeeld afgeleide formules in de vorm van webwinkels invloed kunnen hebben op de omzet van de franchisenemer, ook binnen diens eigen exclusiviteitsgebied. Sommige franchisegevers eisen verder van hun franchisenemers dat zij online bestelde producten (in de markt gezet via de afgeleide formule) retour nemen van de klant, met de nodige kosten voor de franchisenemer van dien. De in dit onderdeel bedoelde informatie kan er toe leiden dat de beoogd franchisenemer op voorhand bedacht is op dergelijke mogelijke situaties.

Ter uitvoering van deze verplichting kan het in een concreet geval reeds voldoende zijn indien de franchisegever wijst op de bepalingen in de ontwerpfranchiseovereenkomst rond exclusiviteitsgebieden van de franchisenemer en de eventuele mogelijkheden die de franchisegever zich heeft voorbehouden tot wijziging daarvan. Indien de franchisegever expliciete bepalingen heeft opgenomen omtrent de gevolgen voor de franchisenemer van de eventuele invoering van een afgeleide formule (zoals een verplichting om kosten te dragen voor retourname binnen de franchiseonderneming van producten die via de afgeleide formule zijn gekocht), zal de franchisegever dit op grond van dit onderdeel uitdrukkelijk kenbaar moeten maken. De franchisenemer kan zo nagaan of de overeenkomst bepalingen bevat over eventuele vergoedingen voor de franchisenemers of andere maatregelen ter beperking van de nadelige gevolgen van die afgeleide formule voor de franchisenemers (zoals een andere kosten-/batensverdeling wanneer een prestatie van de franchisenemer wordt verwacht).

Het tweede lid, onderdeel c, onder 3°, betreft informatieverstrekking over eventueel in de franchiseovereenkomst opgelegde toegangsbeperkingen met betrekking tot omzetgerelateerde gegevens. Het onderdeel is opgesteld met het oog op een aantal situaties dat zich in de praktijk blijkt voor te doen. Zo komt het voor dat de franchisegever de franchisenemer aanbiedt om de boekhouding van de franchisenemer via zijn eigen boekhouder te laten doen, maar dat de franchisegever vervolgens de mogelijkheden tot kennisneming door de franchisenemer van diens eigen boekhouding beperkt. Daarnaast komt het voor dat kassasystemen, waarin informatie wordt verzameld over onder meer het soort en aantal gekochte producten dat bij de kassa's aangeslagen is en over eventuele koppelingen met klantenkaarten, door de franchisegever aan de franchisenemer worden verschaft en door de franchisegever worden beheerd. In die gevallen is de franchisenemer wat betreft de via die systemen beheerde omzetgerelateerde gegevens geheel afhankelijk van de franchisegever. Voor een franchisenemer is het van belang om dit voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst te weten en te begrijpen, om dit desgewenst ook ter discussie te kunnen stellen.

Tijdens de consultatie is betwist dat dergelijke situaties zich überhaupt voordoen in de praktijk, maar van de zijde van franchisenemers is juist de hiervoor beschreven situatie als knelpunt genoemd. Voor zover dergelijke problematische situaties zich binnen een bepaalde keten in het geheel niet voordoen, zal de hier onder 3° verplichte informatieverstrekking waarschijnlijk dan ook niet meer betekenen dan een enkele melding dat de franchisenemer zonder meer kennis kan nemen van de betreffende gegevens, gelet op het feit dat die franchisenemer zelfstandig toegang heeft tot de eigen omzet-, inkoop- en verkoopgegevens en eventuele reserves.

Derde lid

De informatieplicht in dit lid geldt in aanvulling op de informatieverplichting vervat in het tweede lid. De in het tweede lid bedoelde informatie wordt hoe dan ook geacht aanwezig te zijn bij de franchisegever. Hij dient deze informatie steeds, ongeacht het type franchise, de branche waarin de keten actief is of andere factoren, te verstrekken. In het derde lid wordt echter, gelet op het soort informatie dat de franchisegever ingevolge dit lid verplicht wordt te verstrekken, rekening gehouden met het feit dat dit type informatie niet altijd beschikbaar zal zijn bij de franchisegever. Zo wordt in dit artikellid rekening gehouden met informatie die is ondergebracht bij dochtermaatschappijen van de franchisegever of bij aan hem in een groepsmaatschappij verbonden onderneming. Daarnaast wordt door het criterium «beschikbaar» in dit lid rekening gehouden met het feit dat bijvoorbeeld bij «soft franchise» doorgaans minder van het in dit lid bedoelde type informatie bij de franchisegever beschikbaar is gelet op de aard van een dergelijke formule. Ook een startende franchisegever beschikt mogelijk (nog) niet over veel informatie omtrent de werking van zijn franchiseformule in de praktijk. Voorts wordt aldus rekening gehouden met de mogelijkheid dat in een concreet geval de informatie veeleer op het domein van de beoogd franchisenemer dan van de franchisegever ligt, mede in het licht van de onderzoeksplicht van de beoogd franchisenemer als verwoord in artikel 7:915. Indien bijvoorbeeld de beoogd franchisenemer met het oog op het sluiten van de franchiseovereenkomst zelf de locatie heeft geselecteerd ter exploitatie van de franchiseformule en zelf overgaat tot aankoop of huur van die locatie, ligt het voor de hand dat de beoogd franchisenemer in dat kader zelf een deugdelijk vestigingsplaatsonderzoek doet of heeft gedaan naar de financiële implicaties die de exploitatie van de franchiseformule op die specifieke locatie. Dit neemt niet weg dat daarnaast nog altijd bepaalde informatie door de franchisegever aangeleverd moet worden omdat er wellicht nog altijd een deel van de in dit lid beschreven informatie binnen zijn domein en invloedsfeer ligt. Zo is denkbaar is dat de franchisegever een beeld moet schetsen van het succes van de franchiseformule binnen de bestaande keten.

De betreffende clausulering in de aanhef van het derde lid is opgenomen naar aanleiding van consultatiereacties van franchisegevers die hiertoe uitdrukkelijk hebben opgeroepen.

Derde lid, onderdeel a

Dit onderdeel vormt het spiegelbeeld van artikel 7:913, eerste lid. Het verplicht de franchisegever om de franchisenemer de redelijkerwijs beschikbare en relevante informatie te verstrekken met betrekking tot zijn financiële positie (waaronder ook de solvabiliteit).

Het is voor een franchisenemer van belang om te kunnen beoordelen of de continuïteit van de franchisegever voldoende is geborgd. Een faillissement van de franchisegever kan bijvoorbeeld voor de franchisenemer verstreckende gevolgen hebben. In dit licht zal de franchisegever in

diverse gevallen kunnen volstaan met het verstrekken van de meest recente jaarrekening en het jaarverslag, of met een verwijzing naar openbare jaarstukken. In bepaalde omstandigheden kan dit echter ontoereikend zijn. Dit hangt vooral samen met het doorgaans hoge aggregatieniveau van de informatie in een jaarrekening, die potentieel ook nog geconsolideerd kan zijn (indien het gaat om een jaarrekening van het moederbedrijf van een concern, waarin de resultaten van dochterondernemingen opgenomen zijn), alsook met de mate van actualiteit van de in de jaarrekening vervatte financiële informatie. In dergelijke gevallen zal de informatie vaak onvoldoende zijn om met name de financiële risico's in te kunnen schatten die voort kunnen vloeien uit het aangaan van de franchiseovereenkomst. Er zijn dan nadere, meer precieze gegevens noodzakelijk die een beter beeld geven van de financiële positie van de franchisegever.

Derde lid, onderdeel b

Het is voor de franchisenemer van belang om een reële inschatting te kunnen maken van het eerdere en het mogelijke toekomstige financiële succes van de exploitatie van een franchiseformule op de beoogde locatie van de franchiseonderneming of in die omgeving. Gelet hierop verplicht onderdeel b tot verstrekking van financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming. Het kan daarbij gaan om gegevens over de omzet die eerder door een franchiseonderneming op die locatie is gegenereerd, maar ook om bijvoorbeeld vestigingsplaatsonderzoek, onderzoek naar de lokale koopkracht of huurprijzen. Denkbaar is echter dat op de beoogde locatie niet al eerder een franchiseonderneming werd geëxploiteerd. Ook kan het voorkomen dat enkel de vroegere franchisenemer op die locatie over onder meer de toenmalige omzetgegevens betreffende die locatie beschikt, en (vanwege contractuele afspraken onderling) de franchisegever zelf niet. De franchisegever is dan uiteraard niet in staat om historische financiële gegevens omtrent de exploitatie van een franchiseonderneming op die specifieke locatie te verstrekken. In een dergelijk geval dient de franchisegever de financiële informatie te verstrekken van een andere, door de franchisegever vergelijkbaar geachte onderneming. Het is ook mogelijk dat als op die locatie geen franchiseonderneming, maar wel een eigen filiaal van de franchisegever werd geëxploiteerd waarbinnen de franchiseformule de facto werd toegepast, de franchisegever de financiële informatie verstrekt inzake dat eigen filiaal, als vergelijkbaar te achten onderneming. Indien op de beoogde locatie echter evenmin een eigen filiaal werd geëxploiteerd, dient de franchisegever ter uitvoering van deze informatieverplichting na te gaan of er anderszins vergelijkbare ondernemingen zijn op een andere locatie (eigen filialen of franchiseondernemingen binnen de keten, in bijvoorbeeld dezelfde wijk of regio) waarvan de financiële gegevens beschikbaar zijn en betekenisvolle informatie vormen voor de beoogd franchisenemer met het oog op het sluiten en de uitvoering van de franchiseovereenkomst. Het kan ook zijn dat er naar het oordeel van de franchisegever geen enkele vergelijkbare onderneming is in de zin van dit onderdeel. Hoe dan ook dient de franchisegever jegens de franchisenemer inzichtelijk te maken dat en waarom een bepaalde onderneming vergelijkbaar wordt geacht of waarom er geen vergelijkbare onderneming aan te wijzen is. Op deze manier kan de beoogd franchisenemer de informatie die hij over die onderneming ontvangt, vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid en onderzoeksplicht beoordelen en beter op waarde schatten. Een gebrek aan een vergelijkbare onderneming en daarmee aan financiële gegevens omtrent de beoogde locatie, vormt een zeker risico voor de beoogd franchisenemer. Zo borgt dit onderdeel dat de beoogd franchisenemer een geïnformeerd besluit kan nemen over het aangaan van de franchiseovereenkomst.

In het voorgaande is uitgegaan van de veronderstelling dat de financiële gegevens over de beoogde locatie binnen het informatiedomein van de franchisegever rusten. Zoals hierboven al uiteen is gezet, is het ook denkbaar dat dergelijke financiële informatie binnen het informatiedomein van de beoogd franchisenemer ligt. Dan is de informatie redelijkerwijs niet beschikbaar te achten bij de franchisegever en hoeft de franchisegever deze informatie ook niet te verstrekken.

De franchisegever en beoogd franchisenemer doen er tegen deze achtergrond goed aan in de precontractuele fase uitdrukkelijk te bespreken welke informatie binnen wiens domein ligt en duidelijkheid te creëren over welke informatie de franchisegever ter uitvoering van de informatieverplichting in dit derde lid al dan niet zal verstrekken.

Benadrukt zij voorts dat dit onderdeel geen verplichting voor de franchisegever behelst tot verstrekking van een omzetprognose. Afwijking van de door de Hoge Raad bepaalde koers ter zake is niet beoogd³⁴. Dit laat onverlet dat het de franchisegever vrij staat uit eigen beweging een prognose te verstrekken.

In het verlengde daarvan strekt deze informatieverplichting 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 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 vanwege de zekere keuzevrijheid die in dit type franchise besloten ligt.

De informatieverplichting ziet derhalve met name op historische financiële gegevens. Bij algemene maatregel van bestuur kan nader worden gedefinieerd welke financiële informatie verstrekt moet worden (zie artikel 7:918).

Vierde lid

In het tweede en derde lid zijn concrete onderwerpen aangeduid waarover de franchisegever precontractueel informatie dient te verstrekken. Bij uitzondering kan het echter zijn dat er aanvullende informatie beschikbaar is die niet (geheel) te kwalificeren is als de informatie, bedoeld in het tweede of derde lid, maar die de beoogd franchisenemer in alle redelijkheid niet onthouden zou moeten worden met het oog op diens besluitvorming over het aangaan en de uitvoering van de franchiseovereenkomst. Om dergelijke, meer uitzonderlijke situaties te dekken, verplicht het vierde lid de franchisegever om overige informatie waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze voor de beoogd franchisenemer van belang is met het oog op het sluiten en uitvoeren van de franchiseovereenkomst, te verstrekken.

Artikel 7:914

Eerste lid

De in dit artikellid bedoelde termijn van ten minste vier weken is bedoeld als een termijn voor beraad, een standstill-periode, waarin de beoogd franchisenemer over alle informatie beschikt om tot een weloverwogen besluit te komen over het al dan niet ondertekenen van de aangeboden franchiseovereenkomst. Het biedt de beoogd franchisenemer gelegenheid om, mede ter uitvoering van zijn onderzoeksplicht ex artikel 7:915, de

³⁴ HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31, m.nt. JBMV Paalman/Lampenier); in het verlengde daarvan onder meer HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311; NJ 2018/12 m.nt. JBMV (Street-One).

ontvangen informatie te bestuderen, zich desgewenst door een deskundige te laten adviseren, en eventueel tot nadere vragen of nader overleg te komen over de inhoud en uitvoering van de beoogde franchise-overeenkomst. De bepaling is geïnspireerd door de in het Belgische recht toepasselijke standstill-bepaling³⁵, waarin eveneens gekozen is voor een (minimum)termijn van vier weken. Deze termijn blijkt op basis van de ervaringen in België adequaat, zodat er, anders dan tijdens de consultatie is bepleit, geen aanleiding is om een kortere termijn te bepalen. Voor de gevolgen van het niet naleven van deze standstill-periode wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting op artikel 7:922.

Benadrukt wordt dat deze termijn tussen het moment waarop alle relevante informatie is verstrekt en het moment van sluiten van de overeenkomst een minimumtermijn is, en dat de gestelde eis dat de informatie «tijdig» moet worden verstrekt, leidend blijft. Indien de aard, complexiteit of de omvang van bepaalde informatie zodanig is dat de franchisenemer deze informatie (in combinatie met de overige informatie die hij van de franchisegever ontvangt) redelijkerwijs niet binnen de termijn van vier weken kan doornemen en doorgronden, dient de informatie op grond van de eis van tijdige informatieverstrekking eerder aan de franchisenemer te worden verstrekt. Wat in een concreet geval onder «tijdig» moet worden verstaan, hangt af van de omstandigheden van het geval.

Tweede lid

Voorkomen moet worden dat de franchisenemer gedurende de in het eerste lid bedoelde termijn voor beraad voor verrassingen komt te staan of druk ondervindt om alsnog snel (dus binnen de minimale termijn van vier weken na ontvangst van alle informatie) tot ondertekening van de overeenkomst over te gaan.

Met het oog hierop bepaalt het tweede lid (onderdeel a) in de eerste plaats dat de franchisegever de aangeboden franchiseovereenkomst tijdens de standstill-periode niet mag wijzigen, tenzij de wijziging tot voordeel van de franchisenemer strekt.

Deze standstill-periode staat er niet aan in de weg dat partijen gedurende deze periode met elkaar overleggen over het ontwerp van de franchise-overeenkomst en tot voor de franchisenemer gunstige aanpassingen komen. Mocht de franchisegever tijdens deze termijn echter besluiten om een gewijzigd of nieuw concept franchiseovereenkomst aan de franchisenemer voor te leggen met aanpassingen ten nadele van de franchisenemer, dan geldt dat als verstrekking van nieuwe informatie die weer gedurende een periode van minimaal vier weken door de franchisenemer nader onderzocht mag worden. De termijn voor beraad begint dan opnieuw te lopen. Tijdens de consultatie is in dit verband de vrees geuit dat er op deze manier een keten van standstill-periodes ontstaat, waardoor partijen niet kunnen overgaan tot het tekenen van de franchise-overeenkomst en het starten van de exploitatie van de franchiseformule. In dit verband wordt erop gewezen dat het voor het overgrote deel in de macht van de franchisegever ligt om dit te voorkomen. Immers, indien hij ervoor zorgt dat hij de voorgeschreven informatie tijdig, duidelijk en volledig verstrekt, en daarmee ook een franchiseovereenkomst aanbiedt ter ondertekening die hij naar verwachting niet alsnog ten nadele van de franchisenemer zal hoeven aanpassen, zal die termijn niet opnieuw hoeven gaan lopen.

³⁵ Wet van 2 april 2014 houdende invoeging van boek X «Handelsagentuurovereenkomsten, commerciële samenwerkingsovereenkomsten en verkoopconcessies» in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek X in boek I van het Wetboek van economisch recht (Belgisch Staatsblad 28 april 2014, nr. 35053), artikel X.27.

In de tweede plaats expliciteert het tweede lid (onderdeel b) dat de franchiseovereenkomst gedurende de termijn voor beraad niet mag worden gesloten. Ook overeenkomsten tussen de franchisegever en de beoogd franchisenemer die onlosmakelijk verbonden zijn of moeten worden geacht met de franchiseovereenkomst, worden niet gesloten binnen de termijn voor beraad. Het gaat hierbij om overeenkomsten die niet tot stand gekomen zouden zijn buiten de context van de beoogde franchiserelatie. Deze bepaling is bijvoorbeeld van belang wanneer de franchisenemer naast de franchiseovereenkomst tevens een huurovereenkomst zou aangaan, waarbij de franchisegever direct of indirect verhuurder van het pand is waarin de franchisenemer de franchiseformule zal exploiteren. Door te bepalen dat een dergelijke huurovereenkomst niet binnen de standstill-periode getekend mag worden, wordt voorkomen dat de franchisenemer zich al zozeer committeert aan de franchisegever, dat het eventueel afzien van ondertekening van de franchiseovereenkomst na afloop van de termijn van beraad feitelijk al geen optie meer is voor de franchisenemer. Dit onderdeel beperkt zich tot overeenkomsten tussen de franchisegever en de beoogd franchisenemer. Het staat de franchisegever vrij om zelf overeenkomsten met derden te sluiten die onlosmakelijk verbonden zijn met de franchiseovereenkomst.

Naar aanleiding van de consultatie zijn overeenkomsten tussen de franchisegever en de franchisenemer tot geheimhouding van vertrouwelijke informatie die ten behoeve van (het beraad over) het sluiten van de franchiseovereenkomst is verstrekt, uitgezonderd van de standstill-bepaling. Aangenomen mag echter worden dat dergelijke overeenkomsten doorgaans gesloten worden voordat de franchisegever overgaat tot verstrekking van vertrouwelijke informatie, en daarmee voordat de standstill-periode überhaupt aanvangt. Dergelijke geheimhoudingsovereenkomsten faciliteren feitelijk de vereiste informatieverstrekking. Dit ligt anders bij andersoortige overeenkomsten die onlosmakelijk verbonden zijn te achten met de franchiseovereenkomst. Indien de franchisegever en de beoogd franchisenemer nog vóór de standstill-periode en daarmee dus zelfs vóór de vereiste informatieverstrekking bijvoorbeeld zouden overgaan tot het sluiten van een huurovereenkomst betreffende de beoogde franchiselocatie of een overeenkomst tot het doen van bepaalde investeringen door de franchisenemer, zou dit in strijd met doel en strekking van dit artikel en artikel 7:912 zijn. Het sluiten van dergelijke overeenkomsten voorafgaand aan de standstill-periode zou de betekenis en het nuttig effect van de standstill-periode (en meer ten algemene: de beoogde bescherming van franchisenemers) immers ondergraven en uithollen.

Tot slot volgt uit onderdeel c van het tweede lid dat de franchisegever de franchisenemer gedurende de termijn van beraad niet mag aanzetten tot het doen van betalingen of investeringen aan de franchisegever of aan derden, die direct of indirect samenhangen met de nog te sluiten franchiseovereenkomst. In de praktijk komt het voor dat de franchisenemer voorafgaand aan ondertekening van de franchiseovereenkomst gevraagd of gestimuleerd wordt om bepaalde investeringen te doen ten behoeve van de toekomstige exploitatie van de franchiseformule (zoals het kopen of huren van een pand). Dan wordt er bijvoorbeeld op gewezen dat de beoogd franchisenemer bij vroegtijdige ondertekening van een huurovereenkomst sneller aan de slag kan als franchisenemer, waarbij er wordt ingespeeld op sentimenten van vertrouwen, loyaliteit en mogelijke angst van de beoogd franchisenemer om bij voorbaat (nog vóór de formele aanvang van de franchiserelatie) al als «moeilijk» of «kritisch» bij de franchisegever te boek te staan. Indien de franchisenemer voorafgaand aan ondertekening overgaat tot het doen van bepaalde investeringen, kan hij zich daardoor genoodzaakt zien om de franchiseovereenkomst hoe dan

ook, ongeacht de mogelijk onredelijke inhoud en strekking daarvan, te ondertekenen om de investeringen terug te kunnen verdienen. Dit geldt met name bij grotere investeringen. Onderdeel c van dit tweede lid beoogt dit tegen te gaan.

Derde lid

Het derde lid bevat twee algemene uitzonderingen op de standstill-verplichting. In de praktijk is het niet werkbaar om de standstill-periode in acht te nemen bij het sluiten van een opvolgende franchiseovereenkomst tussen dezelfde franchisegever en -nemer betreffende dezelfde franchiseformule. Het gaat daarbij zowel om een ongewijzigde verlenging van de voorgaande overeenkomst (na ommekomst van de looptijd), als om een nieuwe overeenkomst (eveneens na ommekomst van de looptijd van de eerdere overeenkomst) die wijzigingen bevat ten opzichte van de voorgaande. Ook gaat het om de situatie dat (tijdens of na ommekomst van de looptijd van een eerdere franchiseovereenkomst) een nieuwe franchiseovereenkomst wordt gesloten tussen de franchisegever en een dochtermaatschappij van de franchisenemer of een aan hem verbonden groepsmaatschappij. Een standstill-periode verdraagt zich niet met het voortzetten van de exploitatie van de franchiseformule gedurende de onderhandelingen over het sluiten van een opvolgende franchiseovereenkomst. De franchiseonderneming kan in de praktijk immers niet stil komen te liggen wanneer er na de looptijd van de voorgaande franchiseovereenkomst nog geen beslissing over de verlenging of het sluiten van een opvolgende overeenkomst is genomen. Daarnaast is de standstill-periode niet nodig omdat de franchisenemer gelet op zijn ervaringen met de bestaande franchiseovereenkomst een weloverwogen besluit kan nemen tot het sluiten van de opvolgende overeenkomst. Gelet hierop maakt het voor de toepassing van de in onderdeel a vervatte uitzondering overigens ook niet uit of de volgende franchiseovereenkomst tussen dezelfde franchisegever en -nemer betrekking heeft op dezelfde locatie of op een andere locatie.

Onderdeel b bevat een uitzondering voor de situatie dat de franchisegever en de franchisenemer een franchiseovereenkomst hebben gesloten met betrekking tot een bepaalde locatie, en na ommekomst van de looptijd een volgende overeenkomst wordt gesloten, zij het dan niet met de betreffende franchisenemer zelf, maar met diens dochtermaatschappij of met een aan hem verbonden groepsmaatschappij. Daarbij kan het gaan om een overeenkomst betreffende dezelfde locatie, of een andere locatie. Deze uitzondering is opgenomen naar aanleiding van oproepen hiertoe tijdens de consultatie.

Artikel 7:915

In deze bepaling wordt de onderzoeksplicht voor de franchisenemer beschreven. De formulering van dit artikel is ingegeven door de wijze waarop de onderzoeksplicht in rechtspraak betreffende dwaling is geformuleerd³⁶. 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.

³⁶ Terug te voeren op HR 15 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023 (LEHR) (Baris/Riezenkamp) en HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621 (GJS) (Booy/Wisman).

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.

Artikel 7:916

Dit artikel ziet op de verplichte informatieverstrekking door de franchisegever aan de franchisenemer tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst. Beoogd is de franchisenemer tijdig de nodige transparantie te bieden omtrent bepaalde (voorgenomen) handelingen van en ontwikkelingen bij de franchisegever. Dan kan de franchisenemer zich daarop tijdig voorbereiden, bijvoorbeeld door zo nodig nadere informatie of overleg te vragen en tijdig eventueel noodzakelijke aanpassingen in de eigen bedrijfsvoering door te voeren of eventuele financiële reserveringen te doen. Voorkomen dient te worden dat de franchisenemer vanuit de franchisegever wordt overvallen door handelingen of ontwikkelingen die hem betreffen of redelijkerwijs kunnen betreffen.

Eerste lid

Ingevolge onderdeel a dient de franchisegever tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst tijdig informatie te verstrekken over een voorgenomen wijziging van de franchiseovereenkomst. De verplichting is bij de franchisegever belegd, omdat deze in de praktijk penvoerder is ten aanzien van de overeenkomst en zich vaak het recht voorbehoudt de overeenkomst op onderdelen eenzijdig te wijzigen.

Doel van deze bepaling is te borgen dat de franchisenemer op de hoogte wordt gesteld van alle aanstaande contractwijzigingen, en dat hij zich daarop kan voorbereiden en voor zover nodig daarop actie kan ondernemen, bijvoorbeeld door zijn bedrijfsvoering of administratieve processen daarop aan te passen. Of de wijziging al dan niet ingrijpend is voor de franchisenemer, is niet van belang. Immers, kleine wijzigingen kunnen een franchisenemer nopen tot het doorvoeren van aanpassingen in zijn dagelijkse praktijk. De franchisenemer heeft ook dan belang bij (tijdige) informatieverstrekking daarover.

Op grond van onderdeel b dient de franchisenemer geïnformeerd te worden over aankomende investeringen die van de franchisenemer worden geveerd. Bij aanvang van de franchiserelatie zal de beoogd franchisenemer ingevolge artikel 7:913, tweede lid, onderdeel c, al geïnformeerd moeten zijn over de verlangde investeringen. Artikel 7:916, onderdeel b, strekt ertoe om, in aanvulling daarop, tijdens de looptijd van de overeenkomst de meer ad hoc vereiste investeringen in kaart te laten brengen bij de franchisenemer, bijvoorbeeld per kwartaal. Het gaat dan niet alleen om de omvangrijke investeringen, maar ook om de minder omvangrijke. Achterliggend doel van deze bepaling is transparantie jegens de franchisenemer, zodat hij zich (tijdig) kan voorbereiden op het doen van aankomende investeringen. In de praktijk komt het echter ook voor dat partijen bij aanvang zijn overeengekomen dat de franchisenemer – al dan niet met toepassing van een bepaald overeengekomen maximumbedrag – zonder meer gehouden is op verzoek van de franchisegever tot de verlangde investering over te gaan. In een dergelijk geval is het van belang dat een franchisenemer tijdig weet dat een dergelijk investeringsverzoek eraan zit te komen en wat de aard en strekking van de betreffende investering is.

Onderdeel c ziet op de situatie dat de franchisegever besluit om zelf of via derden een afgeleide formule te gaan gebruiken. De franchisenemer dient

hierover tijdig geïnformeerd te worden en een beeld te krijgen van inhoud en strekking van de betreffende formule. Zo kan hij voor zichzelf bepalen of dit gevolgen voor zijn exploitatie van de franchiseformule heeft of kan hebben.

Een voorbeeld is de situatie dat de franchisegever van een supermarktketen voornemens is een afgeleide formule op te zetten in bijvoorbeeld de vorm van een keten van stationswinkels, waar min of meer dezelfde producten te koop zijn als in de franchisevestiging. Het komt voor dat de opzet van een dergelijke afgeleide formule door de franchisegever niet gezien wordt als een gedraging die enig effect heeft op de inhoud en strekking van de franchiseovereenkomst en dat er om die reden dus ook geen wijziging van die overeenkomst wordt geïnitieerd. De franchisenemer kan als gevolg van die afgeleide formule echter de nodige concurrentie ondervinden van – feitelijk – zijn eigen franchisegever. Tegen deze achtergrond is het voornemen van de franchisegever om tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst een dergelijke afgeleide formule op te zetten, een omstandigheid die tijdig gemeld moet worden bij de franchisenemer, zodat de franchisenemer nog de gelegenheid heeft om overleg te entameren als hij van mening is dat dit voornemen zijn belangen als franchisenemer in aanzienlijke mate raakt, of om tijdig eventuele aanpassingen in de eigen bedrijfsvoering te kunnen doorvoeren.

Onderdeel d ligt in het verlengde van artikel 7:913, vierde lid. Voor zover de franchisegever over aanvullende informatie beschikt die niet (geheel) te kwalificeren is als de informatie, bedoeld in de onderdelen a tot en met c, maar die de franchisenemer in alle redelijkheid niet onthouden zou moeten worden met het oog op de uitvoering van de franchiseovereenkomst, dient de franchisegever die informatie tijdig te verstrekken. Zo zal het doorgaans voor de franchisenemer van groot belang zijn om tijdig te vernemen dat op initiatief van de franchisegever een bepaalde praktijk gestaakt wordt, zoals het gebruik van bepaalde software of een bepaald kassasysteem. Van dergelijke wijzigingen kan de franchisenemer aanzienlijke gevolgen ondervinden binnen zijn franchiseonderneming.

Voor de bepaling van de tijdigheid van de informatieverstrekking is onder meer van belang welke invloed de materie waarover informatie verstrekt wordt, hoogstwaarschijnlijk heeft op de bedrijfsvoering en werkprocessen bij de franchisenemer. Daarbij is het aannemelijk dat bijvoorbeeld een niet ingrijpende wijziging, zoals een wijziging in een te gebruiken rekeningnummer, op kortere termijn voor invoering van de wijziging kan worden medegedeeld dan een wezenlijke uitbreiding van de aan klanten te verlenen diensten. In dat laatste geval zal de franchisenemer immers bijvoorbeeld de roosters van zijn werknemers daarop moeten aanpassen met inachtneming van alle contractverplichtingen en wettelijke verplichtingen die de franchisenemer jegens zijn werknemers heeft. Gelet op de casuïstiek rondom het begrip «tijdig» in relatie tot informatieverstrekking tijdens de looptijd, is daarvoor geen concrete minimumtermijn opgenomen die in acht genomen moet worden tussen ontvangst van de informatie door de franchisenemer en het doorvoeren van hetgeen de franchisegever beoogt of verlangt.

Tweede lid

Dit lid beoogt bij te dragen aan transparantie voor de franchisenemer omtrent de hoogte van de van hem verlangde financiële bijdragen in relatie tot de kosten die de franchisegever met de verlangde bijdragen heeft beoogd te dekken. Het biedt een aangrijpingspunt om tot op zekere hoogte te kunnen nagaan of de gevraagde bijdragen niet onredelijk hoog zijn. Ter uitvoering van deze informatieverplichting kan de franchisegever

ten aanzien van verlangde bijdragen bijvoorbeeld de marktonderzoeken of offertes weergeven op basis waarvan de franchisegever besloten heeft dat bepaalde investeringen gedaan moeten worden en wat de omvang daarvan dan moet zijn voor de hele franchiseketen. Indien de franchise-nemers in een bepaald boekjaar – bijvoorbeeld 2018 – financiële bijdragen hebben gedaan voor bijvoorbeeld nieuwe marketingactiviteiten die in 2019 worden gerealiseerd, zou de franchisegever bijvoorbeeld de onderliggende offerte van het marketingbureau waarmee de franchise-gever in zee wil of is gegaan, kunnen verstrekken ter uitvoering van deze verplichting. Deze verplichting gaat niet zover dat de franchisegever inzichtelijk moet maken dat de diverse individuele bijdragen van franchisenemer X ter dekking hebben gediend van specifieke kostenposten A, B en C binnen een bepaalde offerte.

Derde lid

In de toelichting op artikel 7:913, tweede lid, onderdeel c, onder 1°, is uiteengezet waarom overleg tussen franchisegever en zijn franchise-nemers noodzakelijk is. Gelet op dat belang is in dit derde lid uitdrukkelijk bepaald dat een dergelijk overleg ten minste één keer per jaar moet plaatsvinden.

De bepaling vormt het minimum aantal overlegmomenten tussen partijen. Voor zover bekend vindt in de praktijk reeds ten minste jaarlijks overleg plaats. Frequenter overleg kan opportuun zijn, maar op voorhand is gelet op de diversiteit binnen franchise niet te bepalen in welke gevallen dit aan de orde is. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval, door partijen zelf nader te bepalen. Duidelijk is wel dat het voeren van overleg, eventueel met een franchisenemersvertegenwoordiging, met name aan de orde zal zijn wanneer een franchisenemer ingevolge artikel 7:921 een instemmingsrecht heeft.

Op welke wijze dit overleg wordt vormgegeven, is aan partijen zelf. Zo kunnen franchisenemers zich verenigen in een franchisenemersvertegenwoordiging, en kan die vertegenwoordiging het aanspreekpunt zijn voor de franchisegever.

Artikel 7:917

Deze bepaling betreft de wijze waarop de informatie, bedoeld in de artikelen 7:913 en 7:916, verstrekt moet worden.

Eerste lid

Dit lid beoogt te borgen dat de informatie op een zodanige manier verstrekt wordt, dat die informatie toegankelijk is en blijft voor de andere partij gedurende de periode met het oog waarop de informatie verstrekt is. Dit betekent onder meer dat de tekst van de franchiseovereenkomst die wordt aangegaan voor een bepaalde of onbepaalde tijd, gedurende die tijd als zodanig toegankelijk moet zijn, en dat ingeval van tussentijdse wijzigingen van de franchiseovereenkomst ook duidelijk moet zijn welke tekst op welk moment gold. Steeds moet kunnen worden nagegaan welke verplichtingen op welk moment golden.

Wat betreft het in de praktijk veelvuldig gebruikte handboek zal dit gelet op de inhoud en het doel van verstrekking doorgaans anders liggen. In het handboek zijn doorgaans zeer gedetailleerde uitwerkingen van de franchiseformule opgenomen betreffende bijvoorbeeld de positionering en inrichting van schappen, kleurgebruik, lettertype en communicatiestijl. Het schetst in feite hoe de formule op dat moment (van dag tot dag) vormgegeven moet worden. In de praktijk wordt dit handboek regelmatig geactualiseerd en geldt dit als een dynamisch document. De franchise-nemer ontvangt dan bijvoorbeeld steeds een link naar het aangepaste

handboek. Daarmee weet de franchisenemer wat er vanaf dat moment van hem gevergd wordt qua praktische uitwerking van de formule, en geldt dit tot het volgende moment van bijstelling van deze uitwerking. De informatie ((de link naar) het handboek) wordt gelet op de aard van die informatie derhalve steeds verstrekt met het doel om duidelijk te maken hoe de formule van dag tot dag vormgegeven moet worden, zodat in feite de periode waarvoor het verstrekt wordt beperkt is tot de periode vanaf vaststelling tot de eerstvolgende wijziging en vervolgens de periode tot de volgende wijziging. Dit maakt dat het gebruik van dynamische link in het licht van deze «dag tot dag-informatie» een deugdelijke wijze van informatieverstrekking kan worden geacht in de zin van dit lid.

Tweede lid

Dit tweede lid beoogt te borgen dat de te verstrekken informatie voor de gemiddelde franchisenemer binnen de betreffende keten duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig geformuleerd en vormgegeven is. De bepaling ziet zowel op de formulering als het format. De informatieverstrekking dient wat betreft deze elementen aan te sluiten op de gemiddelde franchisenemer binnen de betreffende keten, in de betreffende branche. De vormgeving en formulering van de informatie moet in de eerste plaats zodanig zijn dat de beoogd franchisenemer precontractueel een weloverwogen besluit kan nemen tot het al dan niet sluiten van een franchiseovereenkomst (op basis van de informatie ex artikel 7:913). Met name wat betreft de (ontwerp)franchiseovereenkomst zijn de in dit lid vervatte eisen omtrent de wijze van informatieverstrekking van groot belang. Op basis van de tekst van de ontwerpovereenkomst kan de beoogd franchisenemer zich op de hoogte stellen van de inhoud en strekking van de rechten en plichten die voor hem (gaan) gelden. De franchiseovereenkomst kan echter van aanzienlijke omvang zijn en kenmerkt zich doorgaans door juridisch-technische formuleringen, waarvan de strekking en uitwerking in de praktijk voor franchisenemers niet altijd duidelijk zal zijn, althans niet zonder bijstand van een juridisch adviseur. Tegen die achtergrond volgt uit dit lid dat onder meer deze informatie over rechten en plichten zodanig moet worden opgesteld en gepresenteerd dat de (gemiddelde) beoogd franchisenemer daaruit goed kan opmaken wat de belangrijke afspraken zijn en hoe deze bedoeld zijn uit te werken in de praktijk. Een leeswijzer met een voor de gemiddelde beoogd franchisenemer begrijpelijke en duidelijke uiteenzetting van de rechten en plichten en uitwerking in de praktijk kan hier bijvoorbeeld behulpzaam zijn.

Voorts moeten formulering en vormgeving zodanig zijn dat de franchisenemer op basis van informatie ex artikel 7:916 kan bepalen of aanpassingen in de bedrijfsvoering geboden zijn, of feitelijke maatregelen getroffen moeten worden. Zo vergt een door de franchisegever voorgenomen wijziging van de openingstijden van een winkelketen (tijdige) aanpassingen van de werkroosters van het personeel. Overigens doet deze laatste informatieverplichting niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van de franchisenemer om dan ook daadwerkelijk acties te nemen voor zover die – gelet op de duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige informatie van de franchisegever – redelijkerwijs nodig zijn voor een succesvolle exploitatie van de franchiseformule. Indien de franchisenemer dit nalaat terwijl hij de juiste de informatie had, komt dat voor eigen rekening en risico van de franchisenemer. Het is aan de franchisegever om te bepalen op welke manier de informatie in het licht van dit tweede lid moet worden geformuleerd, vormgegeven en gerangschikt. Daarbij zal hij redelijkerwijs rekening moeten houden met de branche waarop de franchiseketen ziet, het type franchise en het gemiddelde type franchisenemers waar hij mee van doen heeft.

Artikel 7:918

De in dit artikel vervatte delegatiegrondslag maakt het mogelijk om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen ter uitwerking van de artikelen 7:913 en 7:916. De bepalingen in deze titel zoals thans geformuleerd, worden op zichzelf reeds voldoende uitgewerkt geacht, zodat er op dit moment nog geen concrete algemene maatregel van bestuur wordt voorzien. Dit neemt niet weg dat een grondslag voor een algemene maatregel van bestuur noodzakelijk blijft. Nadat de wet in werking is getreden, kan uit de praktijk alsnog blijken dat het nodig is om nadere regels te stellen en uitwerking te geven aan de diverse bepalingen in verband met onvoorziene ontwikkelingen. Het belang van deze mogelijkheid wordt onderstreept door het feit dat thans nieuwe regels met betrekking tot franchise worden geïntroduceerd waarmee nog geen ervaringen zijn opgedaan. Nadere uitwerking bij algemene maatregel van bestuur kan dan aangewezen zijn om snel in te kunnen spelen op eventuele knelpunten bij de uitvoering. Uiteraard is het in eerste instantie aan de rechter om nadere duiding van de regels te geven. Niettemin is een delegatiegrondslag dienstig om in het gegeven geval regels of interpretaties uit jurisprudentie, danwel een nadere verbijzondering ter zake aard, inhoud en wijze van verstrekking van informatie op te nemen in een algemene maatregel van bestuur, om deze een algemeen verbindend karakter te geven. Mede gelet op de eventuele terughoudendheid van franchisenemers om over te gaan tot het voeren van juridische procedures tegen hun franchisegever, heeft dit meerwaarde. In reactie op de tijdens de consultatieronde geuite weerstand tegen een algemene maatregel van bestuur, wordt opgemerkt dat de zorg dat franchisegevers met geheel nieuwe verplichtingen geconfronteerd zullen worden, ongefundeerd is te achten. Een algemene maatregel van bestuur behelst hooguit een nadere uitwerking van de wettelijke rechten en plichten. De beweerdelijke rechtsonzekerheid die een dergelijke delegatiegrondslag zou creëren, behoeft daarom de nodige nuancering. Een algemene maatregel van bestuur beoogt door de daarin geboden nadere duiding juist bij te dragen aan rechtszekerheid voor franchisegever én franchisenemer omtrent de reikwijdte van rechten en verplichtingen, in plaats van daaraan afbreuk te doen. De grotere snelheid waarmee een algemene maatregel tot stand kan komen in vergelijking met die van een wet in formele zin is dan van belang om zo spoedig mogelijk oplossingen te kunnen bieden waar knelpunten worden ervaren.

Artikel 7:919

Eerste lid

Het verlenen van bijstand en commerciële en technische ondersteuning door de franchisegever aan de franchisenemer is een van de kernelementen van een franchiserelatie, zo is ook tijdens de consultatie door partijen onderkend. Het gaat hierbij om bijstand in bijvoorbeeld de vorm van uitleg over het te gebruiken kassasysteem of een specifieke startopleiding. Ook advisering en begeleiding bij commerciële problemen bij de franchisenemer kan tot bijstand gerekend worden. Daarnaast gaat het om commerciële en technische ondersteuning in de vorm van bijvoorbeeld het verstrekken van reclamemateriaal, software, of apparatuur (en het onderhoud daarvan). Hoewel het in de franchiserelatie om twee zelfstandige ondernemers gaat, waarbij de franchisenemer voor eigen rekening en risico de franchiseformule van de franchisegever exploiteert, is deugdelijke bijstand en ondersteuning met het oog op die exploitatie in feite onontbeerlijk. Deze stellen de franchisenemer immers in staat om (bijvoorbeeld op basis van een training) goed van start te gaan en tijdens de looptijd op de door de franchisegever gewenste en voor zijn onder-

neming commercieel meest opportune wijze de franchiseformule te exploiteren. Dit is ook in het voordeel van de franchisegever. Daarnaast biedt het de franchisenemer een vorm van borging van de deugdelijke exploitatie van de franchiseformule.

Een zekere mate van bijstand of ondersteuning zal dus in elke franchisere-relatie aanwezig zijn. De praktijk laat echter zien dat bijstand of ondersteuning niet altijd geleverd wordt wanneer dat nodig is, of dat deze zodanig summier is dat de franchisenemer er niet of nauwelijks baat bij heeft. Gelet op het belang van deugdelijke bijstand en ondersteuning bevat artikel 919 een uitdrukkelijke verplichting tot verlening daarvan. De reikwijdte van de verplichting is echter wel afhankelijk gesteld van het type franchiseformule, in navolging van hetgeen tijdens de consultatieronde naar voren is gebracht. De franchisegever is slechts verplicht om die bijstand en ondersteuning te verlenen die redelijkerwijs en in relatie tot aard en strekking van de franchiseformule verwacht mag worden. Concreet betekent dit in ieder geval dat hoe sterker een franchiseformule kwalificeert als «soft franchise», hoe beperkter de omvang, inhoud en intensiteit van de door de franchisenemer te verwachten bijstand en ondersteuning redelijkerwijs zijn, en vice versa bij «hard franchise».

Tweede lid

Dit lid is opgesteld met het oog op het feit dat de franchisegever redelijkerwijs niet in staat is om ten aanzien van elk van zijn franchisenemers te weten wanneer welk type bijstand of ondersteuning gewenst of noodzakelijk is. De franchisenemer heeft als zelfstandig ondernemer een eigen verantwoordelijkheid om aan te geven of en wanneer hij een bepaalde vorm van bijstand nodig acht. Tegen deze achtergrond bepaalt het tweede lid dat indien de franchisenemer een bepaalde vorm van bijstand of ondersteuning wenst, hij dit ook uit zichzelf kenbaar maakt aan de franchisegever. Partijen kunnen dan in onderling overleg bepalen of de door de franchisenemer gewenste bijstand of ondersteuning redelijkerwijs ook verwacht mag worden van de franchisegever (in het licht van het eerste lid) en zo ja, hoe deze dan wordt vormgegeven.

Artikel 7:920

Dit artikel stelt enkele inhoudelijke eisen aan de franchiseovereenkomst met het oog op beëindiging van de relatie tussen franchisegever en franchisenemer, en aan de wijze waarop daaraan uitvoering wordt gegeven door de franchisegever. Daarbij is een balans gezocht tussen enerzijds de contractsvrijheid die door dergelijke eisen geraakt kan worden, en anderzijds het belang van bescherming van de franchisenemer waar nodig.

Eerste lid, onderdeel a

Dit onderdeel verplicht in de eerste plaats tot het opnemen van afspraken in de franchiseovereenkomst over de manier van vaststellen van eventuele goodwill in de franchiseonderneming. Uitvoering van de verplichting tot het maken van contractuele afspraken over de manier van vaststelling van goodwill kan bijvoorbeeld leiden tot het opnemen van een concrete berekeningswijze in de franchiseovereenkomst. Indien dat bijvoorbeeld niet werkbaar wordt geacht, kan er ook voor gekozen worden om vast te leggen hoe en op welk moment in de toekomst tot bepaling van eventuele goodwill en de toerekening daarvan wordt overgegaan. Zo kan worden overeengekomen dat hiertoe op een specifiek moment voorafgaand aan de afloop van de looptijd door een door partijen aangewezen deskundige wordt ingeschakeld.

Aandachtspunten daarbij zijn onder meer in hoeverre de goodwill toe te rekenen is aan de (persoon van de) franchisenemer en in hoeverre die goodwill toegerekend moet worden aan (het succes van) de franchiseformule in het algemeen. Bij «soft franchise», waarbij de uniformiteit en naamsbekendheid van de franchiseketen doorgaans een minder grote rol speelt in de exploitatie dan bij «hard franchise» en het succes van een franchiseonderneming in belangrijke mate bepaald wordt door de aanpak van de franchisenemer, zal doorgaans een groter deel van de goodwill toe te rekenen zijn aan de franchisenemer. Bij «hard franchise», waarbij ketens veelal een relatief grote uniformiteit en naamsbekendheid hebben, zal de goodwill voor een belangrijk deel toe te rekenen zijn aan de franchiseformule en dus aan de franchisegever.

Bij de bepaling van die eventuele toerekening aan de franchisenemer wegen alle omstandigheden van het geval mee, zoals een eventuele uitbreiding van de aantallen klanten of transacties (afnemers van goederen of diensten) gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst.

Een ander aandachtspunt bij de manier van vaststellen van de goodwill is de periode waarover de goodwill moet worden berekend. Dit geldt temeer wanneer de franchisenemer gedurende zijn exploitatieperiode geconfronteerd is met een of meer overnames aan de zijde van de franchisegever en dus achtereenvolgens met verschillende franchisegevers een franchisere relatie had ter exploitatie van één bepaalde franchiseformule. De goodwill in de onderneming kan op basis van de overeengekomen wijze van vaststelling overigens ook nihil zijn, bijvoorbeeld door structureel slecht presteren van de franchisenemer.

Onderdeel a leidt naar verwachting tot meer zekerheid en duidelijkheid voor de franchisenemer over de financiële gevolgen bij eventuele beëindiging van de franchisere relatie.

Eerste lid, onderdeel b

Onderdeel b verplicht ertoe om in de franchiseovereenkomst op te nemen dat een vergoeding voor goodwill aan de franchisenemer wordt toegekend bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, voor zover is vastgesteld dat sprake is van goodwill en deze geheel of gedeeltelijk redelijkerwijs ook is toe te rekenen aan de franchisenemer. Omdat die vergoeding pas aan de orde kan zijn indien vastgesteld is dat er daadwerkelijk goodwill in de franchiseonderneming aanwezig is die is toe te rekenen aan de franchisenemer, kan deze vergoeding niet nihil zijn. De vergoedingsplicht geldt dan enkel in de situatie dat de franchisegever na beëindiging van de franchiseovereenkomst de franchiseonderneming van de betreffende franchisenemer overneemt en de franchisegever deze als eigen filiaal voortzet, of dat de franchisegever de overgenomen franchiseonderneming zelf vervolgens overdraagt aan een andere partij met wie hij een franchiseovereenkomst sluit. Alleen in deze situaties kan de franchisegever immers profijt hebben van door de vertrekkende franchisenemer opgebouwde goodwill in de franchiseonderneming, waarvoor deze franchisenemer dan een vergoeding van de franchisegever zou moeten ontvangen.

In de praktijk is het overigens niet ongebruikelijk (met name bij «soft franchise») dat de franchisenemer zelf een opvolgende franchisenemer selecteert die, na goedkeuring door de franchisegever, de betreffende franchiseonderneming overneemt. In dat geval is het doorgaans niet de franchisegever, maar de opvolgende franchisenemer die de vertrekkende franchisenemer een op basis van onderhandelingen bepaalde goodwillvergoeding betaalt. Artikel 920, eerste lid, ziet niet op die situatie.

Goodwill die gekoppeld is aan de franchiseformule als zodanig, behoeft bij beëindiging van de franchiseovereenkomst niet aan de franchisenemer te worden vergoed.

De vergoeding voor goodwill is met name van belang wanneer het einde van de looptijd van de franchiseovereenkomst in zicht komt en partijen bezien of zij hun franchiserelatie al dan niet willen voortzetten door een nieuwe franchiseovereenkomst te sluiten (hetgeen veelal ervaren wordt als verlenging van de franchiseovereenkomst). Met name als er eerder geen problemen binnen de franchiserelatie waren, zal de franchisenemer de verwachting hebben dat de relatie wordt voortgezet. De franchisegever kan eveneens voortzetting wensen, zij het dat hij dit moment wel kan aangrijpen om bepaalde voorwaarden te wijzigen ten nadele van de franchisenemer of aanvullende verplichtingen op te nemen in de nieuwe overeenkomst. Uit de praktijk blijkt dat de franchisenemer die al een aantal jaren franchisenemer is en investeringen heeft gedaan, bij een dergelijk moment van verlenging (vernieuwing) van de overeenkomst niet de vrijheid ervaart om desgewenst te weigeren om de opvolgende franchiseovereenkomst te ondertekenen. Veelal zal hij zelfs niet de discussie aan gaan met de franchisegever bij onredelijk te achten wijzigingen of aanvullingen ten opzichte van de oude overeenkomst. Dit lijkt bovendien te cumuleren bij elke volgende «verlenging» van de franchiseovereenkomst. Immers, indien de franchisenemer een nieuwe overeenkomst weigert te tekenen, of zodanige discussie met de franchisegever aangaat dat de franchisegever afziet van voortzetting van de franchiserelatie, komt er een eind aan de franchiseonderneming die hij de afgelopen jaren heeft opgebouwd en die zijn broodwinning vormt. Dit is bijzonder problematisch wanneer eventuele langlopende investeringen niet (meer) kunnen worden terugverdiend of goodwill niet wordt uitgekeerd. Dus hoewel hij formeel gezien op hetzelfde punt staat als bij aanvang van de franchiserelatie, is zijn feitelijke positie na enkele jaren franchisenemerschap anders. Er is een zekere afhankelijkheid ontstaan van de bestaande franchiserelatie. Door nu te bepalen dat de aan de franchisenemer verbonden goodwill vergoed moet worden bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, geeft dit de succesvolle franchisenemer meer ruimte om na het einde van de looptijd van de overeenkomst af te zien van ondertekening van een nieuwe franchiseovereenkomst met nieuwe bepalingen die nadelig zijn of anderszins niet of nauwelijks verteerbaar zijn voor de franchisenemer. Daarnaast kan het voor franchisegevers aanleiding vormen om met meer beleid en aandacht voor de belangen van de franchisenemer te besluiten over het al dan niet voortzetten van de franchiserelatie.

Tijdens de consultatieronde en vanuit de Raad voor de rechtspraak is overigens de vraag opgebracht waarom niet (sterker) is aangesloten bij de wijze waarop goodwill bij agentuur is geregeld, in het bijzonder wat betreft de maximering van de goodwill zoals die bij agentuur geldt. Anders dan de handelsagent bij agentuur, opereert de franchisenemer echter als zelfstandig ondernemer geheel voor eigen rekening en risico. Nu de franchisenemer vanwege de aard van franchise in vergelijking met een handelsagent grotere risico's loopt, is een maximering van de eventuele baten in de vorm van een goodwill niet wenselijk en niet passend. Ook overigens maken de verschillen naar aard tussen agentuur enerzijds en franchise anderzijds, dat het overnemen van (deze elementen van) de regeling van goodwill bij agentuur binnen franchise niet passend en niet opportuun is.

Tweede lid

Het tweede lid ziet op het post-contractuele non-concurrentiebeding. Ter bescherming van de franchisenemer in zijn positie jegens de franchisegever, zijn in dit lid voorwaarden vervat voor de geldigheid van een in de franchiseovereenkomst opgenomen non-concurrentiebeding dat betrekking heeft op het uitvoeren van werkzaamheden door de ex-franchisenemer in de post-contractuele fase. Daarbij is wat betreft de voorwaarden in de onderdelen b tot en met e van dit tweede lid uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij de voorwaarden vervat in artikel 5, derde lid, van de EU-Groepsvrijstellingsverordening.

Onderdeel a bepaalt vanuit het oogpunt van rechtszekerheid dat een non-concurrentiebeding alleen geldig is als deze schriftelijk is overeengekomen.

Onderdeel b borgt dat de beperking van de na afloop van de franchiseovereenkomst nog te verrichten werkzaamheden niet op andersoortige werkzaamheden en dus op andersoortige goederen of diensten betrekking heeft dan die waarop de franchiseovereenkomst betrekking had. Zo is een beding op grond waarvan het een franchisenemer/hypotheekadviseur (ook) verboden wordt om als pensioenadviseur werkzaam te zijn, terwijl die franchisenemer onder de franchiseovereenkomst niets met pensioenadvisering van doen had, niet geldig.

Ook onderdeel c borgt de proportionaliteit van het non-concurrentiebeding. Indien de knowhow van de franchisegever maar een vrij beperkte rol speelde binnen de franchiserelatie, zoals bij de lichte varianten van soft franchise het geval kan zijn, ontbreekt het belang en de rechtvaardiging voor de franchisegever om die knowhow jegens de franchisenemer door middel van een non-concurrentiebeding post-contractueel te beschermen.

Onderdeel d bepaalt dat de werkingsduur van het beding maximaal één jaar bedraagt, te rekenen vanaf de dag na beëindiging van de franchiseovereenkomst. Dit sluit aan bij de bestaande praktijk waarbij deze termijn veelvuldig wordt gehanteerd.

Daarnaast stelt onderdeel e een beperking aan de geografische reikwijdte van een non-concurrentiebeding in franchiserelaties. Uit dit onderdeel volgt dat de uit het non-concurrentiebeding voortvloeiende beperking tot het verrichten van bepaalde werkzaamheden geografisch gezien niet verder mag reiken dan het exclusiviteitsgebied waarbinnen de franchisenemer tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst actief was. Aldus wordt gekeken naar het gebied waarbinnen de franchisenemer binnen de kaders van zijn franchiseovereenkomst feitelijk actief was. Veelal zal dat het gebied zijn dat in de franchiseovereenkomst als exclusiviteitsgebied is aangewezen. Het wordt niet proportioneel geacht indien de geografische reikwijdte van de zeggenschap van de franchisegever na beëindiging van de franchiseovereenkomst (in de vorm van het non-concurrentiebeding) ruimer zou zijn dan tijdens de franchiserelatie.

In het kader van de consultatie zijn wisselende geluiden geuit over de houdbaarheid van in consultatie gebrachte bepaling over het non-concurrentiebeding in relatie tot het Europees mededingingsrecht. Zoals bepleit in diverse consultatiereacties, is de bepaling thans naar analogie overgenomen van artikel 5 van de EU-Groepsvrijstellings-

verordening vervatte voorwaarden³⁷. Anders dan het bepaalde in de EU-Groepsvrijstellingsverordening, gelden de voorwaarden in dit artikel 7:920, tweede lid, ongeacht het marktaandeel van de franchisegever. Aldus zou sprake zijn van Nederlands mededingingsrecht dat (ongeeoortloofd) strenger is dan het Europees mededingingsrecht, zo is in de consultatieronde betoogd. Deze benadering miskent echter dat de franchiseregelgeving in deze titel strekt tot bescherming van de franchisenemer en niet, zoals het mededingingsrecht, verzekering van effectieve concurrentie. De beide regimes staan derhalve geheel los van elkaar en conflicteren onderling niet.

Artikel 7:921

Eerste lid

Artikel 921 voorziet in een instemmingsrecht voor de franchisenemer in bepaalde, ten aanzien van de het artikel omschreven voorgenomen besluiten van de franchisegever. Het gaat hier in feite om gevallen waarin de franchisegever een wijziging in de franchiseformule wil doorvoeren of een afgeleide formule wil exploiteren, zonder dat de franchiseovereenkomst ter uitvoering daarvan wordt gewijzigd, en waardoor de franchisenemer geconfronteerd wordt met de in het eerste lid, onderdelen a, b, c of d, beschreven financiële gevolgen. De diverse elementen in deze bepaling worden hieronder nader besproken.

Wijzigingen in de franchiseformule kunnen van allerhande aard zijn. Deze kunnen betrekking hebben op het soort aangeboden goederen of diensten, de wijze van aanbieding, het verdienmodel et cetera. De wijzigingen kunnen om uiteenlopende redenen worden doorgevoerd, waaronder marktontwikkelingen, veranderingen in het consumentengedrag en mutaties in de concurrentiepositie. Om flexibel op dergelijke situaties in te kunnen spelen en de nodige armslag te hebben om de franchiseformule verder te ontwikkelen en uit te breiden, heeft de franchisegever zich veelal in de franchiseovereenkomst ten aanzien van diverse onderwerpen het recht voorbehouden om eenzijdig wijzigingen in de franchiseovereenkomst door te voeren. Door het gebruik van eenzijdige wijzigingsbedingen kunnen derhalve wijzigingen in de franchiseformule worden doorgevoerd zonder dat die nopen tot afstemming met de franchisenemer. Gelet op het belang van de franchisegever bij een zekere flexibiliteit, beoogt dit artikel niet om het gebruik van eenzijdige wijzigingsbedingen uit te bannen. Tegenover dit belang van de franchisegever bij eenzijdige wijzigingen staat echter het belang van de franchisenemer die in beginsel door een dergelijke eenzijdige besluitvorming geconfronteerd kan worden met wijzigingen in de overeenkomst en daarmee ook met wijzigingen in de franchiseformule waar hij wellicht niet achter staat, maar waar hij op voorhand, nog voordat de wijziging zich presenteerde, niettemin al mee in heeft gestemd. Dit kan met name problematisch zijn wanneer de doorvoering

³⁷ De EU-Groepsvrijstellingsverordening stelt verticale overeenkomsten die aan bepaalde voorwaarden voldoen vrij van het kartelverbod. De voorwaarden gaan onder andere over de inhoud van de overeenkomst en het marktaandeel van betrokken ondernemingen. Uit artikel 5 volgt dat de vrijstelling van toepassing is op een post-contractueel non-concurrentiebeding indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan: (a) de verplichting heeft betrekking op goederen of diensten die met de contractgoederen of -diensten concurreren; de verplichting is beperkt tot de ruimten en terreinen waar de afnemer gedurende de contractperiode werkzaam is geweest; (c) de verplichting is onmisbaar om door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen; (d) de duur van de verplichting is beperkt tot de periode van één jaar na het einde van de overeenkomst. Daarbij dient voor toepassing van de vrijstelling het marktaandeel van de leverancier onder de in artikel 3 van de EU-Groepsvrijstellingsverordening opgenomen drempelwaarde te liggen.

van de wijziging (wezenlijke) financiële implicaties heeft voor de franchisenemer.

Daarnaast komt het voor dat een voorgenomen wijziging van de franchiseformule binnen de kaders van de bestaande franchiseovereenkomst valt, met name indien verplichtingen van de franchisenemer in de overeenkomst vrij ruim of abstract omschreven zijn. Dan leidt de voorgenomen wijziging van de formule niet tot wijziging van de franchiseovereenkomst en is ook in dit geval formeel geen afstemming met de franchisenemer vereist. Ook hier geldt dat dit onwenselijk kan zijn in het licht van de financiële gevolgen die de voorgenomen wijziging van de franchiseformule voor de franchisenemer kan hebben.

Praktijkvoorbeelden van dergelijke wijzigingen in de formule zijn de invoering van nieuwe productgroepen of nieuwe af te nemen diensten, het richten van de franchiseformule op nieuwe doelgroepen en het aanboren van nieuwe marketingkanalen. Uiteraard is ook het omgekeerde denkbaar. Voorbeelden daarvan zijn het afstoten van producten, diensten, markten of marketingmiddelen.

Ook de (beoogde) invoering van een afgeleide formule door of vanwege de franchisegever leidt niet altijd tot wijziging van de franchiseovereenkomst. Dit doet zich met name voor wanneer de franchisegever zich op het standpunt stelt dat de afgeleide formule geheel los staat van de franchiseformule die door zijn franchisenemers wordt geëxploiteerd, en dat geen sprake is van enige inbreuk op de in voorkomend geval aan deze franchisenemers toebedeelde exclusiviteitsgebieden. Ook hier geldt dat de invoering van een dergelijke afgeleide formule niet per definitie problematisch is voor de franchisenemer, maar dat het dit wel kan zijn indien deze invoering wezenlijke financiële implicaties heeft voor de franchisenemer.

Tegen deze achtergrond is in artikel 921, eerste lid, een instemmingsrecht gecreëerd. Die instemming is enkel vereist voor zover de franchisegever met het oog op de hier bedoelde voorgenomen besluiten bepaalde investeringen of financiële bijdragen verlangt die uitstijgen boven een in de franchiseovereenkomst op te nemen drempelniveau, of indien de franchisegever van de franchisenemer verlangt bepaalde kosten te dragen of redelijkerwijs kan voorzien dat de uitvoering van het voornemen tot omzetzendering bij de franchisenemer leidt, en de betreffende kostenpost of de betreffende omzetzendering uitstijgt boven een in de franchiseovereenkomst op te nemen drempelniveau. Aangezien de franchisegever doorgaans penvoerder is van de franchiseovereenkomst, heeft hij enige regie op de bepaling van de hoogte van de drempel, al behoeft de drempelwaarde op zichzelf instemming van de (beoogd) franchisenemer. De drempelwaarden bieden de (beoogd) franchisenemer de nodige transparantie.

De hier bedoelde omzetzendering zal zich met name voor kunnen doen indien de franchisegever voornemens is een afgeleide formule te doen exploiteren binnen het exclusiviteitsgebied van een franchisenemer. De franchisegever treedt feitelijk dan immers in concurrentie met zijn eigen franchisenemers via de door hem of vanwege hem door derden geëxploiteerde afgeleide formule.

De in dit artikel bedoelde instemming is vereist van ofwel een (gewone) meerderheid van het totale aantal franchisenemers binnen de betreffende franchiseketen (ongeacht of elk van deze franchisenemers geconfronteerd wordt met een of meer van de in de onderdelen a, b, c of d bedoelde financiële implicaties), ofwel, naar keuze van de franchisegever, van tenminste elk van de franchisenemers die geraakt wordt door die

financiële implicaties. Het is aan de franchisegever te bepalen op welke wijze hij de instemming wenst en denkt te verkrijgen. Voor een franchisegever kan het bestaan van een franchisenemersvertegenwoordiging in dit kader voordelen bieden. Indien immers een dergelijke vertegenwoordiging voor franchisenemers binnen een franchiseketen bestaat en de aangesloten franchisenemers op basis van de statuten van het betreffende orgaan (veelal een vereniging) gebonden zijn door de besluitvorming binnen dit vertegenwoordigend orgaan, kan het voor de franchisegever efficiënt zijn om ter verkrijging van de vereiste instemming in ieder geval de instemming van dit vertegenwoordigend orgaan te verkrijgen. Indien door dat orgaan tachtig van de honderd franchisenemers worden gebonden, heeft de franchisegever op dat moment al de vereiste instemming van een meerderheid van alle franchisenemers verkregen. Indien het orgaan bijvoorbeeld minder dan de helft van alle franchisenemers binnen een keten rechtsgeldig vertegenwoordigt, is het aan de franchisegever om aanvullend de individuele instemming van de niet aangesloten franchisenemers te verkrijgen totdat een meerderheid van alle franchisenemers is bereikt. Het staat de franchisegever als gezegd echter vrij om niet in te zetten op de instemming van een meerderheid van alle franchisenemers, maar te kiezen voor instemming van de franchisenemers die, kort gezegd, door de uitvoering van het voornemen in de hierboven beschreven financiële zin geraakt zullen worden.

Tweede lid

Het eerste lid veronderstelt dat de franchiseovereenkomst een of meer van de in dat lid bedoelde drempelwaarden bevat. Op die manier kan maatwerk worden geleverd ten aanzien van de het betreffende type franchise, de betreffende branche en keten en de omvang van de franchiseondernemingen. Het is namelijk niet in algemene zin bij of krachtens wettelijk voorschrift te bepalen wanneer de omvang van onvoorziene investeringen, kosten of (potentiële) omzetzijningen dusdanig is dat redelijkerwijs niet voorbij kan worden gegaan aan de belangen van de individuele franchisenemer(s) die geraakt wordt respectievelijk worden en dat aldus, ondanks de autonomie van de franchisegever wat betreft de franchiseformule, vanuit goed franchisegeverschap betrokkenheid in de vorm van instemming van de franchisenemer gewenst is. Het verdient daarom aanbeveling om in de franchiseovereenkomst criteria (in de vorm van drempelwaarden) op te nemen ter bepaling van een kader voor de beleidsvrijheid van de franchisegever. Het gaat hierbij om een kader voor het doorvoeren van ontwikkelingen die bepaalde financiële offers van de franchisenemers vergen, maar formeel niet via de weg van een wijziging van de franchiseovereenkomst tot afstemming met de franchisenemer leiden. Een dergelijk kader kan helpen om latere discussie daarover zoveel mogelijk te voorkomen. De grenzen waarboven voorafgaande instemming vereist is, staan dan vooraf vast en bieden de (aspirant-) franchisenemers de nodige transparantie. Mochten in de franchiseovereenkomst dusdanig hoge drempelwaarden worden opgenomen dat een instemmingsrecht de facto illusoir is, strookt dit niet met het goed franchisegeverschap als vervat in artikel 7:912.

Voor zover de franchisegever er echter voor kiest om geen drempelwaarden te bepalen en de franchiseovereenkomst ter zake niets regelt, geldt ingevolge het tweede lid dat voor elk voornemen als bedoeld in het eerste lid, met de in dat lid beschreven financiële implicaties, instemming vereist is van ofwel de in het eerste lid, onder 1°, ofwel de onder 2° bedoelde franchisenemers. In dit geval is irrelevant hoe groot de financiële implicaties van de uitvoering van het voornemen zijn voor franchisenemers; ook indien de franchisegever met het oog op de

uitvoering van zijn voornemen een bijdrage van slechts één euro van een franchisenemer verlangt, is instemming vereist van de in het eerste lid bedoelde franchisenemers. Deze regeling beoogt de franchisegever aan te sporen om de drempelwaarde contractueel vast te leggen.

Artikel 7:922

Eerste lid

Ingevolge artikel 7:922 is Titel 16 – en daarop gebaseerde lagere regelgeving – van dwingend recht en kan daarvan niet ten nadele van de franchisenemer worden afgeweken. Ten voordele van de franchisenemer mag dus wel worden afgeweken. Met dit artikel wordt eventuele twijfel weggenomen over het al dan niet regelende dan wel verplichtende karakter van deze artikelen in Titel 16. Toekenning van een dwingendrechtelijk karakter aan bepalingen als deze sluit overigens aan bij de UNIDROIT franchise modelwetgeving waar in de consultatie frequent naar is verwezen door franchisegevers en juristen³⁸. In artikel 10 van deze modelwet franchise is bepaald dat van de daarin opgenomen verplichtingen niet kan worden afgeweken.

Tweede lid

Op grond van dit lid zijn bedingen in strijd met het bepaalde in artikel 7:920 BW nietig. Dergelijke bedingen worden zonder meer onwenselijk geacht.

In het verlengde hiervan ligt in dit lid, in samenhang met het eerste lid, besloten dat de sanctie op schending van de overige bepalingen van Titel 16 vernietigbaarheid is, over de boeg van artikel 3:40, tweede lid, BW. Dit geldt uiteraard niet voor die bepalingen die zich daartoe naar hun aard niet lenen, omdat zij louter betrekking hebben op feitelijk handelen. Vernietigbaarheid komt aan de orde wanneer in strijd met een dwingende bepaling een rechtshandeling tot stand komt. Zo worden de gevolgen van niet-nakoming van bijvoorbeeld de dwingende wettelijke verplichting om een termijn van vier weken in acht te nemen en zich binnen die termijn te onthouden van bepaalde gedragingen zoals is bepaald in artikel 7:914, eerste en tweede lid, bepaald door dit artikel 3:40, tweede lid, BW. Op grond van die bepaling zijn rechtshandelingen die worden aangegaan in strijd met een dwingende wetsbepaling en die uitsluitend strekt ter bescherming van één van de partijen bij een meerzijdige rechtshandeling (zoals de bepalingen in deze titel vrijwel allemaal strekken ter bescherming van de franchisenemer als partij bij de franchiseovereenkomst), vernietigbaar. Uitsluitend de franchisenemer kan zich op de vernietigbaarheid beroepen. Ingevolge artikel 3:52, eerste lid, onderdeel d, BW verjaart een rechtsovereenkomst tot vernietiging van een rechtshandeling drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan. De franchisenemer heeft dus drie jaar om bij schending van artikel 7:914 BW een vordering tot gehele of gedeeltelijke vernietiging de franchiseovereenkomst in te stellen dan wel de verjaring te stuiten. Dit neemt niet weg dat de franchisenemer een eigen verantwoordelijkheid heeft om een vermeende schending en een beroep op vernietiging binnen bekwame tijd na constatering van de vermeende schending duidelijk kenbaar te maken bij de franchisegever. Doet de franchisenemer dit niet, dan kan onder omstandigheden sprake zijn van misbruik van recht ex artikel 3:13 BW. Tegen deze achtergrond behoeven de tijdens de consultatie geuite zorgen over rechtsonzekerheid, die zou samenhangen met

³⁸ <https://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law>

die verjaringstermijn in combinatie met het gebruik van diverse open normen, de nodige nuancering. Dit temeer nu diverse open normen inmiddels geschrapt zijn en de reikwijdte van enkele bepalingen is ingeperkt. Overigens zijn er ook geen aanwijzingen dat er op het terrein van franchise problemen zijn rond de toepasselijkheid van diezelfde verjaringstermijn voor het invoeren van andere, meer «reguliere» vernietigingsgronden die het BW kent, zoals de vernietiging ex 6:228 BW (dwaling).

Los daarvan wordt aangetekend dat artikel 3:40 BW rechtshandelingen als aangrijpingspunt hanteert. Indien er geen rechtshandeling is die in strijd met een dwingende wetsbepaling is aangegaan, treft deze vernietigings-sanctie geen doel. De verplichtingen tot het verstrekken van bepaalde informatie tijdens de looptijd (artikelen 7:913 en 7:916) en bijvoorbeeld het verbod om tijdens de standstill-periode aan te zetten tot het doen van betalingen of investeringen (artikel 7:914, tweede lid, onderdeel c) betreffen veelal niet het aangaan van een rechtshandeling, maar kwalificeren veeleer als handelingen van feitelijke aard. In die gevallen zal een beroep op artikel 3:40 BW geen uitkomst bieden en ligt het meer voor de hand om schendingen van deze verplichtingen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, via de leerstukken van met name onrechtmatige daad (strijd met de wet), dwaling of wellicht bedrog of acquisitiefraude te adresseren. De kans van slagen van vorderingen uit dien hoofde is naar verwachting groter dan wanneer er geen specifieke franchiseregelgeving is. Het kan echter zijn dat een schending van een informatieverplichting er zonder meer aan bijgedragen heeft dat een rechtshandeling tot stand is gekomen die wellicht niet of niet met die inhoud tot stand zou zijn gekomen indien er géén sprake was van een schending van een informatieverplichting. In dat geval kan, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, de met de schending samenhangende rechtshandeling geheel of gedeeltelijk vernietigd worden.

Als zowel de franchisenemer als de franchisegever Nederlandse partijen zijn en de franchiseovereenkomst uitsluitend met Nederland verbonden is, brengt artikel 7:922 eveneens mee dat zij niet door middel van een rechtskeuze van de dwingendrechtelijke bepalingen in deze titel kunnen afwijken (vgl. artikel 3, derde lid, Verordening Rome I³⁹).

ARTIKEL II

Artikel II betreft het overgangsrecht. Voorgesteld is aan de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: Overgangswet) een artikel toe te voegen op grond waarvan de artikelen 7:920 en 7:921 van Titel 16 van Boek 7 op overeenkomsten die zijn gesloten vóór het tijdstip van inwerkingtreding van die titel pas twee jaar na dat tijdstip van toepassing wordt.

Op wijzigingen in het BW is de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: Overgangswet) van toepassing. Op grond van artikel 68a Overgangswet geldt als uitgangspunt dat de wijzigingen in het BW na hun inwerkingtreding direct van toepassing worden op lopende overeenkomsten. Voor zover het in Titel 16 gaat om artikelen die niet nopen tot aanpassing van lopende franchiseovereenkomsten, maar die hooguit aanpassing van feitelijk gedrag vergen, wordt toepassing van dit uitgangspunt van directe inwerkingtreding passend en wenselijk geacht, mede vanuit het oogpunt van bescherming van franchisenemers. Dit is

³⁹ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

het geval ten aanzien van elk van de artikelen van Titel 16, met uitzondering van de artikelen 7:920 en 7:921.

Directe toepassing van de artikelen 7:920 en 7:921 zou echter kunnen leiden tot praktische problemen. Dit zou immers betekenen dat ook lopende franchiseovereenkomsten reeds met ingang van het tijdstip van inwerkingtreding van de franchiseregeling in overeenstemming zouden moeten zijn met de artikelen 7:920 en 7:921. Voor zover niet al aanwezig, zou een bepaling omtrent goodwill in de franchiseovereenkomst moeten worden opgenomen die voldoet aan de eisen die in het eerste lid zijn gesteld. Daarnaast zouden eventueel in de franchiseovereenkomsten aanwezige non-concurrentiebedingen getoetst moeten worden aan artikel 7:920, tweede lid, en zou deze, bij geconstateerde ongeldigheid van het beding, geschrapt moeten worden of vervangen worden door een non-concurrentiebeding dat aan de voorwaarden, opgenomen in het tweede lid, voldoet. Bovendien zou in de franchiseovereenkomst met het oog op de regeling van het instemmingsrecht een of meer drempelwaarden opgenomen moeten worden, indien de franchisegever althans wil voorkomen dat hij overeenkomstig artikel 7:921, tweede lid, steeds instemming behoeft voor de uitvoering van de in het eerste lid bedoelde voornemens.

Partijen zullen daar bij het sluiten van hun overeenkomst doorgaans geen rekening mee hebben kunnen houden. Het is dan ook goed voorstelbaar dat veel lopende franchiseovereenkomsten niet volledig zullen voldoen aan deze bepaling. Bij al die franchiseovereenkomsten zou dan direct sprake zijn van handelen in strijd met dwingend recht (artikel 7:922). Over alle lopende franchiseovereenkomsten die niet al in overeenstemming zijn met de artikelen 7:920 en 7:921 zou voorafgaand aan de inwerkingtreding van de franchiseregeling opnieuw moeten worden onderhandeld. Dit zou een onevenredige belasting voor het bedrijfsleven opleveren. Daarom is ervoor gekozen om wat betreft artikel 920 van artikel 68a Overgangswet af te wijken.

Met de in artikel 209 voorgestelde overgangsbepaling worden de artikelen 7:920 en 7:921 op lopende franchiseovereenkomsten pas twee jaar na inwerkingtreding van die regeling van toepassing. Voor deze overgangperiode van twee jaar is aangesloten bij de gemiddelde resterende looptijd van bestaande overeenkomsten. Bij willekeurige spreiding van de data waarop een franchisere relatie is aangevangen, en uitgaande van de meest gangbare duur van een franchiseovereenkomst (vijf jaar), is de gemiddelde resterende looptijd van bestaande franchiseovereenkomsten op ieder willekeurig tijdstip namelijk tweeëneuhalf jaar. Tegen deze achtergrond, en gelet op het belang bij bescherming van de franchise-nemers, wordt de overgangsrechtelijke termijn van twee jaar passend en proportioneel geacht.

Indien binnen de overgangperiode van twee jaar de looptijd van de overeenkomst verstrijkt en een nieuwe overeenkomst moet worden gesloten, kan en moet daarbij rekening worden gehouden met de nieuwe wetgeving.

Voor franchiseovereenkomsten met een langere looptijd dan twee jaar geldt dat deze na afloop van de overgangperiode van twee jaar in overeenstemming moeten zijn met de artikelen 7:920 en 7:921. Is dat niet het geval, dan zullen partijen om tafel moeten gaan zitten om nieuwe afspraken te maken die voldoen aan de voorgestelde franchiseregeling. Partijen dienen dan bij het sluiten van een nieuwe overeenkomst geheel aan te sluiten bij de artikelen 7:920 en 7:921 (en uiteraard de overige bepalingen van Titel 16 eveneens in acht te nemen). Indien een franchiseovereenkomst een looptijd heeft van twee jaar, maar bepaalt dat deze stilzwijgend wordt verlengd, dan geldt ook voor deze overeenkomst dat

daarop na de overgangperiode van twee jaar de franchiseregeling van toepassing wordt.

Is in een lopende franchiseovereenkomst bepaald dat de franchisegever de mogelijkheid heeft om de overeenkomst tussentijds eenzijdig te wijzigen en past hij dit recht toe binnen twee jaar na de inwerkingtreding van de nieuwe franchiseregeling, dan is die regeling in dat geval nog niet van toepassing. Immers, deze wijziging betreft een aanpassing van de contractvoorwaarden die reeds bij de contractsluiting was voorzien en leidt daarmee dus niet tot een nieuwe contractsluiting. Willen de franchisegever of de franchisenemer daarentegen een wijziging aanbrengen in een lopende franchiseovereenkomst, maar voorziet die overeenkomst niet al in de mogelijkheid om dit tussentijds te doen, dan zullen zij hiervoor een nieuwe gewijzigde franchiseovereenkomst moeten sluiten. Zo kan het zijn dat in de oorspronkelijke overeenkomst is geregeld dat de franchisegever een vast bedrag aan kosten aan de franchisenemer doorberekent in verband met door de franchisegever aan de franchisenemer geleverde diensten. Als dan in de praktijk blijkt dat de met die geleverde diensten gemoeide kosten veel hoger zijn dan voorzien, kunnen partijen met elkaar om de tafel gaan zitten om hun afspraken nog eens onder de loep te nemen en afspreken dat de franchisegever in het vervolg een hoger bedrag doorberekent. Met het maken van deze afspraken sluiten partijen een nieuwe overeenkomst. Daarop is de franchiseregeling direct van toepassing en dan zullen partijen daarbij moeten voldoen aan de nieuwe franchiseregeling.

ARTIKELN III en IV

Deze artikelen bevatten de gebruikelijke bepalingen over de inwerkingtreding en de citeertitel.

Deze toelichting wordt ondertekend mede namens de Minister voor Rechtsbescherming.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer