

340. Franchising na 1 januari 2021: Titel 16, Boek 7 BW geïntroduceerd

MR. DRS. T.S. JANSEN EN MR. A. SPAARGAREN

Na een lange aanloop heeft de Tweede Kamer op 16 juni 2020 de Wet franchise aangenomen. Op 30 juni 2020 volgde de Eerste Kamer. De Wet franchise treedt op 1 januari 2021 in werking. De Wet franchise introduceert voorschriften omtrent de inhoud van de franchiseovereenkomst, informatieverplichtingen en gedragsnormen.

Inleiding

Vanaf de jaren 70 van de vorige eeuw heeft franchise in Nederland een hoge vlucht genomen als bedrijfsmodel. In 1975 waren er 57 franchiseketens in Nederland. In 1980 waren dat er 110 en in 1990 zelfs al 302. Vandaag de dag is franchise van groot belang voor de Nederlandse economie. Het betreft circa 920 franchiseformules, met ruim 34.340 franchisevestigingen. Hiermee zijn meer dan 370.000 arbeidsplaatsen en een jaarlijkse omzet van ruim € 38 miljard gemoeid. Franchise heeft zich tot deze economische factor van belang ontwikkeld, zonder een bijzondere wettelijke regeling van de franchiseovereenkomst, maar met de 'vrijheid in gebondenheid' die het algemene verbintenissenrecht bood: partijen hebben contractsvrijheid, maar zijn ook verplicht zich de gerechtvaardigde belangen van hun wederpartij aan te trekken.¹

Dat verandert per 1 januari volgend jaar. Na een lange aanloop – door onderzoek door het Economisch Instituut

voor het Midden en Kleinbedrijf (EIM) naar de franchisesector,² aanhoudende berichten in diverse media over 'misstanden' in de franchisesector,³ mislukte zelfregulering middels de Nederlandse Franchise Code (NFC) die draagvlak ontbeerde,⁴ de ondertussen gebruikelijke internetconsultatie⁵ en het op 12 december 2019 verkregen advies van de Raad van State⁶ – heeft de Tweede Kamer op 16 juni 2020 met een tweetal amendementen de Wet franchise

¹ Vgl. HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*); HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565, r.o. 3.5 (*Vodafone/ETC*); Conclusie van A-G mr. W.L. Valk bij: HR 24 februari 2017, NJ 2018/12 (*Street-One*); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/14; en art. 6:2 en 248 BW.

² *Rapport 'Franchiseketens, Marktaandeel en continuïteit'*, EIM 2009, <https://www.rndweb.nl/cms/files/2017-12/eindrapport-franchiseketens-marktaandeel-en-continuïteit-eim-2009.pdf>.

³ Vgl. MvT bij Wet franchise, p. 3 en de aldaar onder voetnoten 5 en 6 aangehaalde bronnen. Vgl. tevens de NV, p. 4 en de aldaar aangehaalde bronnen en nieuwsartikelen. Gebleken is dat deze 'misstanden' bepaald nuancering behoeven. Franchisenemers die deze 'misstanden' voorlegden aan de civiele rechter vingen bot. Zo is in rechte niet komen vast te staan dat: (i) de franchisegever van de OP=OP Voordeelshop-formule aan zijn franchisenemers niet-marktconforme prijzen in rekening heeft gebracht, vgl. Rb. Noord-Nederland 9 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4271; (ii) het nieuwe huurconditiestelsel negatief zou hebben uitgepakt voor de franchisenemers van de Bakker Bart-formule of dat aan de franchisenemers een te hoge groothandelsmarge over deegwaren in rekening zou zijn gebracht, vgl. Rb. Gelderland 11 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1387; en (iii) de franchisenemers van de Top 1 Toys-formule gedwaald zouden hebben door de voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst door de franchisegever verschaft prognoses, vgl. Rb. Noord-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1101.

⁴ *De Nederlandse Franchise Code*. Te raadplegen via https://www.franchise.nl/Portals/0/Nederlandse%20Franchise%20Code_1.pdf.

⁵ Op 12 december 2018 werd een voorstel tot Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst in consultatie gebracht. Hierop zijn vele zienswijzen ingediend, veelal bestaande uit korte ongemotiveerde steunbetuigingen van franchisenemers tot zeer uitvoerige en gedetailleerde kritische commentaren van of namens franchisegevers. De door de auteurs ingediende zienswijze is te raadplegen op: www.wetfranchise.legal.

⁶ Voorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise) Te raadplegen via <https://www.raadvanstate.nl/@116698/w18-19-0234-iv/>.

aangenomen⁷ en op 30 juni 2020 volgde de Eerste Kamer. De Wet franchise treedt op 1 januari 2021 in werking.

Toepassingsgebied en overgangsrecht

De Wet franchise introduceert een nieuwe Titel (16) in Boek 7 BW (art. 7:911-922 BW) en daarmee een nieuwe bijzondere overeenkomst: de franchiseovereenkomst. Een afzonderlijke definitie van het begrip ‘franchise’ bevat de Wet franchise niet.⁸ Volgens de MvT zou een dergelijke definitie door het samenstel van zeer uiteenlopende elementen wetgevingstechnisch niet werkbaar en bruikbaar zijn. De separate elementen van het begrip franchise – ‘franchiseovereenkomst’, ‘franchiseformule’, ‘franchisegever’ en ‘franchisenemer’ – zijn wel gedefinieerd (art. 7:911 lid 2 BW). Zoals bij alle bijzondere overeenkomsten is bepalend voor de vraag of sprake is van een franchiseovereenkomst niet de kwalificatie, benaming of titel die partijen voor hun overeenkomst hanteren, maar de feitelijke inhoud van hun onderlinge relatie.⁹ Wanneer sprake is van een overeenkomst *‘waarbij de franchisegever aan een franchisenemer tegen vergoeding het recht verleent en de verplichting oplegt om een franchiseformule op de door de franchisegever aangegeven wijze te exploiteren voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten’*, dan kwalificeert deze als franchiseovereenkomst in de zin van art. 7:911 lid 1 BW en is Titel 16 van toepassing.

Wet franchise niet te omzeilen bij Nederlandse franchisenemers

Voor de partijen bij een franchiseovereenkomst gelden dus per 1 januari 2021 al de met de Wet franchise in Titel 16, Boek 7 geïntroduceerde voorschriften omtrent de inhoud van de franchiseovereenkomst (vgl. art. 7:920 omtrent goodwill en non-concurrentie en art. 7:921 BW omtrent instemming van franchisenemers), informatieverplichtingen (art. 7:913 – 7:918 BW) en gedragsnormen (art. 7:912, 7:919 en 7:921 BW) die wij in de volgende 3 hoofdstukken nader bespreken. Enige uitzondering van de directe werking per 1 januari 2021 betreft vóór die datum gesloten franchiseovereenkomsten. Op dergelijke overeenkomsten worden de hierna te bespreken art. 7:920 en art. 7:921 BW pas twee jaar na inwerkingtreding, dus op 1 januari 2023, van toepassing. Overigens geldt Titel 16 Boek 7 onverkort,

ook (of misschien wel juist) voor na 1 januari 2021 te sluiten franchiseovereenkomsten.

Ten aanzien van in Nederland gevestigde franchisenemers kan niet ten nadele van de Wet franchise afgeweken worden. Dit ongeacht het recht dat op de franchiseovereenkomst van toepassing is. Met betrekking tot in Nederland gevestigde franchisenemers kan de Wet franchise dus niet omzeild worden door in de franchiseovereenkomst een rechtskeuze voor een buitenlands rechtsstelsel op te nemen. In die zin krijgt de Wet franchise een bijzonder dwingend karakter voor in Nederland gevestigde franchisenemers. Afwijking van de Wet franchise is daarentegen wel toegestaan ten nadele van buiten Nederland opererende franchisenemers, ook indien op de franchiseovereenkomst Nederlands recht van toepassing is verklaard.¹⁰

Voorschriften omtrent de inhoud van de franchiseovereenkomst

In de vanaf 1 januari 2021 te sluiten franchiseovereenkomsten moet een goodwillregeling opgenomen zijn (art. 7:920 lid 1 BW). In ieder geval moet de franchiseovereenkomst bepalen op welke wijze wordt vastgesteld: 1° of goodwill aanwezig is in de onderneming van de franchisenemer; 2° zo ja, welke omvang deze heeft; en 3° in welke mate deze aan de franchisegever toe te rekenen is. Ook moet de franchiseovereenkomst bepalen op welke wijze goodwill die redelijkerwijs toe te rekenen is aan de franchisenemer bij beëindiging van de franchiseovereenkomst aan de franchisenemer wordt vergoed, indien de franchisegever de franchiseonderneming zelfstandig voortzet of daarvoor een nieuwe franchisenemer aangetrokken wordt.

Daarnaast stelt de Wet franchise vereisten aan een non-concurrentiebeding (art. 7:920 lid 2 BW). Een non-concurrentiebeding is slechts geldig als het op schrift is gesteld en de duur van een jaar na het einde van de franchiseovereenkomst niet overschrijdt. Daarnaast moet de door het non-concurrentiebeding opgelegde beperking (i) enkel betrekking hebben op goederen en diensten die concurreren met de goederen of diensten waarop de franchiseovereenkomst betrekking heeft; (ii) onmisbaar zijn om de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow te beschermen; en (iii) geografisch niet ruimer zijn dan het gebied waarbinnen de franchisenemer de franchiseformule op grond van de franchiseovereenkomst heeft geëxploiteerd. Een beding in strijd met de in art. 7:920 BW neergelegde goodwill- en concurrentiebepaling is nietig (vgl. art. 7:922 BW).

Met art. 7:921 BW introduceert de Wet franchise een hierna meer in detail te bespreken instemmingsrecht van de franchisenemer(s). Kort gezegd komt instemming van de franchisenemer(s) aan de orde, indien de franchisegever voornemens is zijn franchiseformule te wijzigen of een afgeleide formule te introduceren en in dat verband een inves-

7 Het eerste amendement voorziet in een evaluatiemoment van de Wet franchise binnen 5 jaar na inwerkingtreding daarvan (vgl. art. 11a wetsvoorstel). Het tweede amendement is neergelegd in art. 7:922 BW en houdt in dat niet ten nadele van in Nederland gevestigde franchisenemers van de Wet franchise afgeweken kan worden. Dit ongeacht het recht dat op de franchiseovereenkomst van toepassing is verklaard.

8 De Wet franchise maakt (dus) ook geen onderscheid tussen hard franchise en soft franchise. Een onderscheid naar typen franchise achtte de wetgever onnodig (vgl. NV, p. 2). Door het gebruik van open normen en door verplichtingen aan partijen op te leggen voor zover zij ‘redelijkerwijs’ in staat zijn deze te vervullen, biedt de Wet franchise ruimte maatwerk per type franchise (vgl. NV, p. 2 en 12).

9 Vgl. MvT, p. 22 en 23.

10 Vgl. Amendement van de leden Palland en Aartsen t.v.v. nr. 10 over dwingendrechtelijk karakter alleen voor in Nederland gevestigde franchisenemers (35392-11), neergelegd in art. 7:922 BW.

VOORAFGAAND, ten minste vier weken voorafgaand aan sluiten franchiseovereenkomst (art. 7:913 BW):	TIJDENS de franchiseovereenkomst (art. 7:916 BW):
1 Ontwerp van de franchiseovereenkomst <input type="checkbox"/>	1 Informatie over voorgenomen wijzigingen van overeenkomst <input type="checkbox"/>
2 Inhoud en strekking van door franchisenemer te betalen vergoedingen, opslagen of andere financiële bijdragen en verlangde investeringen <input type="checkbox"/>	2 Informatie over door de franchisegever van de franchisenemer verlangde investeringen <input type="checkbox"/>
3 Wijze waarop en frequentie overleg tussen franchisegever en franchisenemer <input type="checkbox"/>	3 Kennisgeving van een besluit tot gebruik , rechtstreeks door de franchisegever of via derden, van een afgeleide formule, met inbegrip van een duiding van de inhoud van de strekking van de desbetreffende afgeleide formule <input type="checkbox"/>
4 Contactgegevens van vertegenwoordigend orgaan van franchisenemers, indien aanwezig <input type="checkbox"/>	4 Informatie waarvan franchisegever weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze van belang is voor het uitvoeren van de franchiseovereenkomst door de franchisenemer <input type="checkbox"/>
5 Mate waarin en wijze waarop franchisegever in concurrentie met franchisenemer kan treden, al dan niet via afgeleide formule <input type="checkbox"/>	5 Jaarlijks infomeren in hoeverre de opgeslagen of andere financiële bijdragen in het voorafgaande boekjaar de beoogde kosten of investeringen dekken <input type="checkbox"/>
6 Mate waarin, wijze waarop en frequentie waarmee franchisenemer kennis kan nemen van omzetterelateerde gegevens die franchisenemer betreffen of voor bedrijfsvoering van belang zijn <input type="checkbox"/>	6 Tenminste eenmaal per jaar overleg tussen de franchisegever en franchisenemer <input type="checkbox"/>
7 Informatie over de financiële positie van de franchisegever <input type="checkbox"/>	
8 Financiële gegevens met betrekking tot beoogde locatie van de franchiseonderneming, of, bij gebreke daaraan, financiële gegevens van een of meer door de franchisegever vergelijkbaar geachte ondernemingen of ondernemingen, waarbij de franchisegever duidelijk maakt op welke gronden hij deze vergelijkbaar acht <input type="checkbox"/>	
9 Alle overige informatie waarvan de franchisegever weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze van belang is voor het sluiten van de franchiseovereenkomst <input type="checkbox"/>	

Figuur 1

tering, vergoeding, opslag of andere financiële bijdrage van zijn franchisenemer verlangt of een omzetterderving voorziet, die uitstijgt boven een in de franchiseovereenkomst overeengekomen niveau. Uit art. 7:921 lid 2 BW volgt dat indien de bepaling van het drempelniveau van de financiële gevolgen voor franchisenemers in de franchiseovereenkomst ontbreekt *altijd* voorafgaande instemming vereist is, ongeacht de omvang van de verlangde investering, financiële bijdrage, kosten of omzetterderving. Franchisegevers doen er daarom goed aan de in art. 7:921 lid 1 sub a-d BW bedoelde niveaus in de franchiseovereenkomst op te nemen. Uit de MvT volgt dat bij bepaling van de hoogte daarvan de normen van goed franchisegever- en goed franchisenemerschap in acht genomen moeten worden. Er zal dus een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van flexibiliteit van de franchiseformule om snel op marktontwikkelingen te kunnen inspelen en het belang van de franchisenemer om niet met onverwachte grote financiële verplichtingen te worden geconfronteerd.

Zoals hiervoor gezegd, treden art. 7:920 en art. 7:921 BW voor op 1 januari 2021 bestaande franchiseovereenkomsten pas twee jaar nadien in werking, dus op 1 januari 2023.

Flinke uitdaging om standaard franchiseovereenkomst voor 1 januari 2021 aan te passen

Na 1 januari 2021 te sluiten franchiseovereenkomsten moeten echter direct aan Titel 16, Boek 7 BW voldoen. Wij voorzien een flinke uitdaging voor franchiseorganisaties om hun (nieuw te sluiten) modelfranchiseovereenkomst voor 1 januari 2021 op de wet aan te passen. In franchiseverhoudingen is immers dikwijls afgesproken dat wijziging van de model franchiseovereenkomst in overleg met een vertegenwoordigend orgaan van de franchisenemers plaats-

vindt. Art. 7:920 en 921 BW nopen tot aanpassing van de modelfranchiseovereenkomst op het gebied van goodwill, non-concurrentie en instemming. Niet bepaald onderwerpen waarover weinig debat tussen franchisegevers en -nemers te verwachten is, nu de belangen van franchisegevers en franchisenemers ten aanzien van deze aspecten niet steeds parallel lopen. De zes maanden tussen het aannemen van de Wet franchise op 30 juni 2020 en de inwerkingtreding daarvan op 1 januari 2021 lijkt daartoe (veel te) kort.

Informatieverplichtingen

Een belangrijk oogmerk van de Wet franchise is de versterking van de informatiepositie van de franchisenemer, zowel voorafgaand als tijdens de franchiseovereenkomst. De Wet franchise bevat daartoe een opsomming van diverse onderwerpen waarover de franchisenemer in ieder geval tijdig en specifiek geïnformeerd moet worden (art. 7:913-7:917 BW):

Deze informatie moet op een dusdanige wijze worden verstrekt dat ongewijzigde raadpleging in de toekomst mogelijk is. Ook moet de informatie zodanig geformuleerd en vormgegeven zijn dat de franchisenemer een weloverwogen besluit kan nemen (vgl. art. 7:917 lid 1 en lid 2 BW). Bij algemene maatregel van bestuur kunnen eventueel nog nadere regels worden gesteld over de aard, inhoud en wijze van verstrekking van de informatie (art. 7:918 BW).

Uit figuur 1 volgt dat de franchisegever enkel verplicht is historische financiële gegevens met betrekking tot de beoogde locatie van de franchiseonderneming te verstrekken, geen prognose van de mogelijk in de toekomst door een franchisenemer op de beoogde locatie te realiseren omzet of winst.¹¹ Het thans geldende recht, dat uit de rechtsver-

¹¹ Vgl. NV, p. 16.

houding tussen partijen bij een franchiseovereenkomst geen rechtsplicht voortvloeit om een prognose te verschaffen,¹² verandert op dit punt dus niet.¹³

In geschillen veelvuldig beroep op schending informatieverplichtingen te verwachten

Art. 7:913 lid 4 BW en 7:916 lid 1 onder d BW verdienen afzonderlijke bespreking. Art. 7:913 lid 4 BW verplicht de franchisegever voorafgaand aan de franchiseovereenkomst ‘*alle overige informatie waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze van belang is voor het sluiten van de franchiseovereenkomst*’ aan de beoogd franchisenemer te verstrekken. Art. 7:916 lid 1 onder d BW verplicht de franchisegever daarnaast gedurende de franchiseovereenkomst ‘*tijdig de overige informatie waarvan de franchisegever weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze van belang is met het oog op het uitvoeren van de franchiseovereenkomst door de franchisenemer*’ aan de franchisenemer te verstrekken. Wij voorzien dat in toekomstige geschillen veelvuldig een beroep zal worden gedaan op deze bepalingen om te betogen dat de franchisegever voorafgaand aan het aangaan van, of gedurende, de franchiseovereenkomst heeft nagelaten informatie te verschaffen waarvan het belang met de kennis van het geschil dat nadien is ontstaan evident is. Om deze *hindsight bias* te weerspreken dienen (de advocaten van) franchisegevers de toenmalige omstandigheden te (kunnen) reconstrueren om aan te tonen dat de litigieuze informatie toentertijd niet beschikbaar was of dat het belang van de franchisenemer bij kennisname daarvan toentertijd helemaal niet kenbaar was (gemaakt) voor de franchisegever. Een goed gedocumenteerd dossier (hetgeen art. 7:917 lid 1 BW impliceert) helpt in dergelijke discussies, in het bijzonder wanneer deze een checklist of ander document bevat waaruit de toentertijd beschikbare informatie blijkt, de overwegingen om bepaalde informatie wel of niet te verschaffen of op te vragen, en er blijk van geeft dat partijen hebben besproken of en in hoeverre er voldoende is geïnformeerd om de franchiseovereenkomst aan te gaan of uit te voeren.

Overigens is de informatieverzorging geen eenrichtingsverkeer. Uit art. 7:913 lid 1 BW vloeit de verplichting van de beoogd franchisenemer voort om de franchisegever tijdig informatie over zijn financiële positie te verschaffen, ‘*voor zover deze redelijkerwijs van belang is voor het sluiten van de franchiseovereenkomst*’. Ook rust op de franchisenemer

een bijzondere onderzoeksplicht. Art. 7:915 BW verplicht een franchisenemer om binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid de nodige maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen een franchiseovereenkomst aangaat. Deze bepaling beoogt te voorkomen dat de franchisenemer te lichtvaardig vertrouwt op mededelingen van de franchisegever. Daarbij mag van de franchisenemer een kritische grondhouding worden verwacht. Onder omstandigheden kan dit meebrengen dat de franchisenemer extern advies inwint bij brancheorganisaties of (andere) deskundigen.¹⁴ De meerwaarde van de in Titel 16 Boek 7 geïntroduceerde regeling van mededelingsplicht van franchisegever en onderzoeksplicht van franchisenemer boven het geldend recht, meer in het bijzonder het leerstuk van dwaling (art. 6:228 e.v. BW), wordt gezien in de duidelijkheid van de wederzijdse verplichtingen op grond van de franchiseovereenkomst.¹⁵ Daarnaast zou het leerstuk van dwaling ‘*in de franchisepraktijk een onvoldoende bruikbaar en effectief instrument*’ zijn.¹⁶ Franchisenemers slagen er in de praktijk vaak niet in om aan te tonen dat de franchisegever bepaalde onjuiste of misleidende informatie heeft verstrekt of juist essentiële informatie heeft verzwegen, en dat de franchisenemer bij een juiste voorstelling van zaken geen (of een andere) overeenkomst aangegaan zou zijn. Een eventuele schending van de wettelijke informatieverplichtingen door de franchisegever kan de franchisenemer op zichzelf al als een onrechtmatige daad aanmerken. Aldus biedt de Wet franchise de franchisenemer ‘*een wat sterkere rechtspositie*’.¹⁷ Wij vinden het positief dat de toelichting op de Wet franchise expliciet benoemt dat de onderzoeksplicht van franchisenemers onder omstandigheden met zich mee kan brengen dat de franchisenemer extern advies inwint voordat hij een franchiseovereenkomst aangaat. Ons inziens is een bron van veel franchisegeschillen wellicht niet zozeer gelegen in de al dan niet aanwezigheid van dwaling, maar (ook) in een misperceptie van franchisenemer(s) omtrent hun ondernemerschap.

Gedragshnormering

De Wet franchise introduceert de nieuwe norm dat franchisegever en franchisenemer zich tegenover elkaar moeten gedragen als ‘goed franchisegever’ en ‘goed franchisenemer’ (art. 7:912 BW). De formulering sluit aan bij de terminologie ten aanzien van goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW), goed huurder (art. 7:213), goed pachter (art. 7:347 BW), goed bewaarder (art. 7:602 BW) en goed werkgever- en werknemerschap (art. 7:611 BW). In de MvT wordt een parallel getrokken met de relatie tussen huurder en verhuurder en werkgever en werknemer.¹⁸ Ook bij franchise zou het gaan om een rechtsverhouding waarbij de ene partij

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

13 Vgl. NV, p. 16. Dit geldt ook voor de uit de jurisprudentie voortvloeiende lijn voor als de franchisegever wel een, al dan niet door hemzelf opgestelde, prognose verstrekt, terwijl de franchisegever weet, althans behoort te weten, dat deze ernstige fouten bevat.

14 Vgl. NV, p. 17.

15 Vgl. NV, p. 17.

16 Vgl. NV, p. 24.

17 Vgl. NV, p. 25.

18 Vgl. MvT, p. 7 en p. 27.

(franchisenemer) in de regel een duidelijk minder sterke onderhandelingspositie heeft ten opzichte van de andere partij (franchisegever) en waarbij die minder sterke partij bescherming (via het BW) behoeft.¹⁹

Het komt ‘er op neer dat de franchisegever en de franchisenemer zich jegens elkaar redelijk en billijk hebben te gedragen.’²⁰ Dit artikel zou dan ook concreet voor de partijen bij de franchiseovereenkomst verwoorden wat in art. 6:2 en art. 6:248 BW meer in algemene zin is geregeld, namelijk dat de rechtsverhouding tussen contractanten wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. tevens art. 3:12 BW).²¹ De zelfstandige meerwaarde van art. 7:912 BW is er onder meer in gelegen dat de op het gebied van franchise relevante verhoudingen en ontwikkelingen in de beoordeling meegenomen kunnen worden.²² Gelet op het dynamische en veelzijdige karakter van franchise, is het volgens de MvT cruciaal dat deze elementen een rol (kunnen) spelen bij de beoordeling van de onderlinge gedragingen.²³

Investeringen in formule-ontwikkeling en -onderhoud ontmoedigd

Het artikel heeft een normerende functie. Goed franchisegever- en goed franchisenemerschap ‘zal in essentie blijken uit de afwezigheid van ongewenst gedrag’.²⁴ Goed franchisegever- en goed franchisenemerschap is namelijk ‘gedrag dat bijdraagt aan de optimale behartiging, binnen de franchiserelatie, van de belangen van beide partijen’.²⁵ Wat van beide partijen wordt geëist, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval, waaronder het type franchiseformule, de branche waarin partijen actief zijn, de grootte van de franchiseketen, de ervaring van de franchisegever en de franchisenemer 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).²⁶ Overigens heeft dit artikel ook uitstraling op de precontractuele fase.²⁷ De open norm van goed franchisegever- en goed franchisenemerschap moet in de praktijk (nader) ingevuld worden. Deze invulling wordt in de MvT expliciet overgelaten aan de rechter.²⁸ Het is op voorhand moeilijk te voorspellen hoe dit uitpakt. Als gekeken wordt naar het arbeidsrecht, dat in art. 7:611 BW ook een wettelijke bepaling kent die beide partijen verplicht tot ‘goed werkgever/werknemerschap’, leert de praktijk dat regelmatig een beroep op dit artikel wordt gedaan. Zowel door de werkgever als door de

werknemer. In feite fungeert het artikel als een vangnetbepaling voor kwesties die niet geregeld zijn in een specifieke bepaling van het arbeidsrecht (Titel 10, Boek 7 BW) of in de arbeidsovereenkomst. Het lijkt telkens aan te komen op de omstandigheden van het geval, waardoor een algemene invulling van de norm ‘goed werkgever/werknemerschap’ lastig te geven is. Op de grondslag van art. 7:611 BW is in de rechtspraak ondertussen wel een flink aantal normen geïntroduceerd in de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, welke naar hun aard *per analogiam* ook in de rechtsverhouding tussen franchisegever en franchisenemer toepassing zouden kunnen vinden op de grondslag van art. 7:912 BW. Wij noemen de volgende:

- Art. 7:611 BW wordt benut om een wijziging in de arbeidsovereenkomst aan te brengen. Titel 7.10 BW kent geen eigen regeling voor de aanpassing van de arbeidsovereenkomst aan gewijzigde omstandigheden, indien de arbeidsovereenkomst niet voorziet in een wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW. Van de mogelijkheid om dit op grond van art. 6:258 BW aan de rechter voor te leggen wordt weinig gebruikgemaakt.²⁹
- In dat kader brengt art. 7:611 BW, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.³⁰
- Als uitgangspunt geldt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW gehouden is na twee jaar arbeidsongeschiktheid (mits geen loonsanctie is opgelegd) in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. Hiermee wordt de praktijk van de zogeheten ‘slapende dienstverbanden’ tegengegaan, tenzij de werkgever bijvoorbeeld een gerechtvaardigd belang bij instandhouding heeft.³¹
- Ook de werknemer is op grond van art. 7:611 BW verplicht zich als goed werknemer te gedragen. De verbintenis die de werknemer heeft aangegaan, is een inspanningsverbintenis: hij moet zijn best doen om de aanvaarde arbeid zo goed mogelijk te verrichten. De laatste jaren bestaat in literatuur en jurisprudentie toenemende aandacht voor de normering van het gedrag van de werknemer. Daarbij gaat het om informatieverplichtingen, zorg voor aan de werkgever toebehorende goederen, geheimhouding, non-concurrentie, het verrichten van nevenwerkzaamheden, gedrag tijdens ziekte, functioneren, wangedrag, verrichten van overwerk, wijziging van arbeidsvoorwaarden, misbruik van

19 Vgl. NV, p. 39.

20 Vgl. NV, p. 38.

21 Vgl. MvT, p. 28.

22 Vgl. MvT, p. 26.

23 Vgl. MvT, p. 28.

24 Vgl. NV, p. 38.

25 Vgl. NV, p. 38.

26 Vgl. MvT, p. 27.

27 Vgl. MvT, p. 7.

28 Vgl. MvT, p. 28.

29 Vgl. Asser/Heerma van Voss, 7-V 2015/60.

30 Vgl. HR 26 juni 1998, NJ 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*), r.o. 3.4 en HR 11 juli 2008, NJ 2011/185 (*Stoof/Mammoet*).

31 Vgl. HR 8 november 2019, RvdW 2019/1132, ECLI:NL:HR:2019:1734 (*Xella*).



Figuur 2

bevoegdheden en de plicht om te werken aan eigen ‘employability’, zoals het volgen van scholing.³²

Naast het normatieve kader van gedragingen als goed franchisegever/franchisenemer introduceert de Wet franchise met art. 7:921 BW een instemmingsrecht van de franchisenemer(s). Schematisch weergegeven ziet dit in art. 7:921 BW neergelegde instemmingsrecht er als volgt uit:

Het per 1 januari a.s. geldende instemmingsrecht is een sterk geclausuleerde versie van het in consultatie gebrachte concept daarvoor. Uit de bedoeling van de wetgever om het toepassingsbereik van het instemmingsrecht te beperken zou kunnen worden afgeleid dat de voorwaarden waaronder het instemmingsrecht geldt, restrictief moeten worden opgevat en toegepast. Voor de praktijk lijkt dit een relevante overweging, omdat vooral discussie te verwachten is over de vraag of een bepaald voornemen instemming vereist(e). Bijvoorbeeld of een wijziging van de franchiseformule *zonder* gebruikmaking van een contractueel wijzigingsbeding toestemming vereist of in hoeverre een achteraf gebleken omzetzijding op het moment dat het voornemen bestond voor de franchisegever te voorzien was. Het belang van het antwoord op deze vragen is evident. Indien de franchisegever zonder de vereiste voorafgaande instemming

een plan doorzet en dit leidt tot schade van franchisenemers ‘*dan kan dat neerkomen op een onrechtmatige daad waarvoor de franchisegever schadeplichtig is*’.³³ Indien de in art. 7:921 lid 1 sub a-d BW bedoelde niveaus in de praktijk laag worden gesteld, voorzien wij dat het instemmingsrecht investeringen van franchisegevers in formuleontwikkelingen en -onderhoud zal ontmoedigen. Economisch rationeel handelend, zal instemming slechts worden gegeven, indien deze op korte termijn tot verbetering van de positie van franchisenemer(s) leidt. Op deze wijze zullen franchisenemer(s) het instemmingsrecht benutten om een deel van het rendement op de investering van de franchisegevers in de formulewijziging naar zich toe te trekken of het financiële risico daarvan op de franchisegever af te wentelen. De wetgever hintte daar al op waar hij in de nota naar aanleiding van het verslag stelde dat indien aan instemming ‘*niet de voorwaarde is verbonden dat achteraf ketenbreed wordt gezien of franchisenemers schade hebben geleden en er geen afspraken zijn omtrent vergoeding van die schade*’ geen schadeverhaal mogelijk is.³⁴ Specifieke investeringen in de formule worden zo ontmoedigd. Ze zouden immers minder, of wellicht niet renderen in vergelijking met de situatie waarin de franchisegever uitsluitende zeggenschap over zijn formule heeft. Daarnaast zouden lage niveaus ertoe leiden dat snelle aanpassingen van de franchiseformule tot het verleden zullen behoren.

32 Vgl. Asser/Heerma van Voss, 7-V 2015/61.

33 Vgl. NV, p. 23.

34 Vgl. NV, p. 23.

Ter afsluiting

Uit de voorgaande hoofdstukken volgt dat er met de Wet franchise veel gaat veranderen in de franchisector. Art. IIa Wet franchise, ingevoerd na amendement, voorziet in een evaluatiemoment binnen 5 jaar na inwerkingtreding van de Wet franchise. Specifiek moet aan de orde komen *‘de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk, waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan de effecten van deze wet op de groei van de franchisector, de ruimte voor innovatie en de samenwerking binnen die sector’* (vgl. art. IIa).

Gaan buitenlandse franchisegevers aan Nederland voorbij?

Rechtseconomisch onderzoek naar de invoering van franchisewetgeving in de Amerikaanse staat Iowa in 1992³⁵ bevestigt het belang van een dergelijke evaluatie. De in Iowa geïntroduceerde wetgeving had een beperktere strekking dan de in dit artikel besproken Wet franchise. Deze voorzag (enkel) in een dwingendrechtelijke beperking van de bevoegdheid tot beëindiging van franchiseovereenkom-

sten door franchisegevers. Invoering van deze wetgeving resulteerde in een daling van het aantal franchisevestigingen³⁶ per inwoner van de staat Iowa met 44% ten opzichte van de pre-wetgeving situatie.³⁷ Daarnaast nam de werkgelegenheid in de franchisector van Iowa met 6% af.³⁸ De ervaring in Iowa leert dat de evaluatie van de Wet franchise dus in het bijzonder zou moeten zien op de vraag of Nederlandse franchisegevers na 1 januari 2021 vaker voor filialen kiezen, en daarmee of het aantal franchisevestigingen in Nederland is gedaald. Daarnaast roept art. 7:922 BW (ten aanzien van Nederlandse franchisenemers mag niet ten nadele van de Wet franchise afgeweken worden) de vraag op in hoeverre buitenlandse franchisegevers aan Nederland voorbij zullen gaan.³⁹

Dit artikel is afgesloten op 11 september 2020.

Over de auteurs

Mr. dr. T.S. (Timo) Jansen

Advocaat te Amsterdam bij Lexence N.V.

Mr. A. (Anne) Spaargaren

Advocaat te Amsterdam bij Lexence N.V.

35 J. Klick, B. Kobayashi & L. Ribstein, 'The Effect on Contract Regulation: The Case of Franchising', George Mason Law & Economics Research Paper No. 07-03, 2006.

36 De onderzochte dataset betrof franchisevestigingen van Burger King, Dunkin' Donuts, Domino's Pizza en KFC.
37 In de onderzoeksperiode daalde het totaal aantal restaurants in Iowa met 27%, waaruit volgt dat de afname van het aantal in franchise gegeven restaurants niet werd goedgehaakt door als filiaal gedreven restaurants, vgl. J. Klick, B. Kobayashi & L. Ribstein, 'The Effect on Contract Regulation: The Case of Franchising', George Mason Law & Economics Research Paper No. 07-03, 2006, p. 13.
38 J. Klick, B. Kobayashi & L. Ribstein, 'The Effect on Contract Regulation: The Case of Franchising', George Mason Law & Economics Research Paper No. 07-03, 2006, p. 18.
39 De in dit artikel genoemde documenten en bronnen zijn te raadplegen op www.wetfranchise.com.