

FRANCHISEWET NU

Inleiding

Vorig jaar schreef ik al over de komende Franchisewet met de titel ‘Franchisewet, nu of nooit’. Sindsdien is een aangepast wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gebracht en hebben de Tweede Kamerleden in ieder geval een algemeen goedkeurend geluid laten horen¹.

Toch zijn er ook kritische vragen gesteld. Sommige vragen zijn te herkennen als uitingen van de niet aflatende lobby van franchisegever en franchisenemers. Er komt evenwel altijd een moment dat de ‘waarom’ vragen niets meer opleveren, als vragen niet duidelijker kunnen worden beantwoord. Het lijkt erop dat dit moment is aangebroken, met de beantwoording door Staatssecretaris Mona Keijzer mede namens de Minister van Rechtsbescherming Sander Dekker op 30 april 2020.

Open normen

Het wetsvoorstel biedt kaders waarbinnen partijen afspraken moeten maken, “*opdat de samenwerking recht doet aan de belangen van beide partijen*”, aldus de Staatssecretaris. De kaders laten de contractsvrijheid grotendeels ongemoeid, terwijl wel meer bescherming wordt geboden aan de franchisenemers. En om het stelsel voor alle partijen de nodige ruimte te geven voor maatwerk, worden open normen geïntroduceerd.

De open normen, zoals ‘redelijkerwijs’, ‘tijdelijk’, ‘goed franchisegeverschap’ en ‘goed franchisenemerschap’ maken het wetsvoorstel passend en toepasbaar voor elke franchiserelatie². Open normen zijn een vast onderdeel van civielrechtelijke wet- en regelgeving. Het is de enige manier om partijen in een rechtsrelatie tot redelijkheid te verplichten onder alle omstandigheden van het geval. Open normen wegen niet alleen de gedragingen en bedoelingen van partijen, maar ook de relevante verhoudingen en ontwikkelingen.³ Hoewel nieuwe open normen aanvoelen als een online gekochte spijkerbroek, ongepast en ongedragen, en dus onzeker, zal het gebruik ervan gaan zorgen voor beter passende rechtsontwikkeling in franchise⁴.

Transparantie

Het wetsvoorstel zet primair in op transparantie. De franchisenemer moet weten waar hij aan begint, voordat hij er aan begint. Het wetsvoorstel zorgt duidelijk voor een versterking van de informatiepositie van de franchisenemers⁵. Met name de precontractuele informatieverplichting voor de franchisegever is zwaar. Maar de beoogd franchisenemer zal binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid ook zelf de nodige maatregelen moeten treffen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen overgaat tot het sluiten van de franchiseovereenkomst. Voor juridische fijnslippers is de vraag relevant of

¹ Verslag vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat, d.d. 16 maart 2020, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 35 392, nr. 6.

² Ook in het geval van franchiserelaties in sectoren met specifieke regelgeving, zoals de zorg en de Financiële dienstverlening. De vraag is onder meer gesteld hoe om te gaan met het instemmingsrecht in het geval van aanwijzingen door de AFM. Het wetsvoorstel lijkt dit niet in de weg te staan. Zie ook een toelichting ten aanzien van het gebruik van open normen de memorie van toelichting Wetsvoorstel, pg. 8.

³ memorie van toelichting Wetsvoorstel pg. 28.

⁴ Zie ook Coen E. Drion, *Open normen en het belang van de waarom-vraag*. NJB 2017/1979.

⁵ Artikelen 913, 914, 916 en 917 van het wetsvoorstel zien specifiek op de informatieplicht. Artikel 918 laat de mogelijkheid om bij AMvB nadere regels te stellen over de informatieplicht.

franchisenemers met het wetsvoorstel gemakkelijker een beroep op dwaling zal toekomen. Eerder werd in de toelichting op het wetsvoorstel gewezen op de vaste rechtspraak dat:

“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 (...) de onderzoekplicht van de franchisenemer veeleer een norm is voor een actieve opstelling dan een verandering van zijn rechtspositie.”

Maar in de beantwoording van de Staatssecretaris valt ook te lezen:

“In dit kader wordt nog opgemerkt dat indien de franchisenemer niet aan zijn onderzoekplicht ex artikel 7:915 BW heeft voldaan, de kans van slagen van een eventueel beroep door de franchisenemer op dwaling, zeer klein moet worden geacht. Dit sluit overigens aan op de ontwikkelingen in de jurisprudentie rond het leerstuk van dwaling, waarbij een partij niet zonder meer geheel mag vertrouwen op de juistheid van de aan hem verstrekte informatie en een zekere kritische grondhouding wel wordt verwacht.”

Uit de rechtspraak over dwaling volgt dat niet te spoedig voorrang aan de onderzoekplicht boven de mededelingsplicht moet worden gegeven⁶ en dat schending van de onderzoekplicht niet schending een zwaarderwegende mededelingsplicht uitsluit⁷. En dat pas wanneer is vastgesteld dat aan de informatieplicht is voldaan, extra gewicht mag worden gegeven aan de eigen onderzoekplicht.⁸

Het wetsvoorstel verzwart de informatieplicht van de franchisegever en biedt de franchisenemer daarmee meer situaties om een informatiegebrek aan de kaak te stellen. Het wetsvoorstel bepaalt welke informatie verplicht moet worden verschaft. Hoewel van een garantie op juistheid niet kan worden gesproken⁹, lijkt uit het wetsvoorstel wel een vergaande inspanningsplicht voort te vloeien om de te verstrekken informatie niet alleen tijdig¹⁰ en begrijpelijk¹¹, maar ook correct te verschaffen. Ook wanneer de franchisegever de informatie in eerste instantie niet heeft, maar die redelijk gemakkelijk wel zal kunnen krijgen.¹² Ten behoeve van een goede wilsvorming kunnen in redelijkheid eventuele tekorten aan informatie van een partij worden weggenomen, door de andere ermee te belasten.¹³

Met het wetsvoorstel zal een franchisegever in ieder geval minder snel succesvol kunnen stellen dat de door hem verstrekte informatie te algemeen van aard is geweest voor een beroep op dwaling óf dat de franchisenemer de juistheid van de verstrekte informatie zelf had kunnen en moeten nagaan.¹⁴

⁶ Zie o.m. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541 en HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629.

⁷ Zie zo ook Rb. Rotterdam, 6 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9004.

⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 11-02-2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:467.

⁹ Die garantie vloeiende wel voort uit artikel 3.6 onder d NFC.

¹⁰ Artikel 914 van het wetsvoorstel bepaalt dat de precontractuele informatie ten minste vier weken voor het sluiten van de overeenkomst dient te worden verstrekt.

¹¹ Uit de toelichting op het wetsvoorstel volgt dat de franchisegever verplicht is om de informatie duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnige wijze te verstrekken, waarbij is aangesloten op de gemiddelde franchisenemer binnen de formule. De toelichting beveelt zelfs een leeswijzer aan. Zie memorie van toelichting, pg. 42.

¹² Dit zal uiteraard afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval (zie bijvoorbeeld HR 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2987), maar een negatief antwoord van de franchisegever zal ten aanzien van de in het wetsvoorstel geduide informatie zal niet te snel moeten worden aangenomen.

¹³ Men denke hier bijvoorbeeld aan de onderzoekplicht van de werkgever bij eigen (onbedoelde) ontslagname van een werknemer. Anders, Jansen, Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, 4 april 2012, pg. 34.

¹⁴ Maar ook deze aanname is een invulling van een open normering, zo blijkt ook uit de toelichting op het wetsvoorstel: “(...) Daarnaast wordt door het criterium ‘beschikbaar’ doorgaans minder van het in dit lid

Instemmingsrecht

Vragen zijn ook gesteld naar het instemmingsrecht van franchisenemers dat in het wetsvoorstel is opgenomen¹⁵. In het wetsvoorstel is dat recht gekoppeld aan financieel belangrijke besluiten, maar welke dat zijn zullen partijen samen mogen bepalen. Dat gaat waarschijnlijk leiden tot wat hachelijke uurtjes aan de onderhandelingstafel. Daarop zullen dan in ieder geval de vragen liggen: hoe te handelen wanneer gevolgen niet goed zijn in te schatten; en hoe wanneer een besluit onverwacht tot grensoverschrijding leidt. Kamerleden hebben zich afgevraagd of daartoe niet ook of beter een achteraf-oplossing als alternatief voor het instemmingsrecht zou kunnen worden afgesproken. Ook om – en misschien is het daarom te doen – ‘innovatieve’ besluiten niet onwenselijk te vertragen. Maar een achterafoplossing kan geen alternatief opleveren voor instemmingsrecht, juist omdat het achteraf is. Instemming gaat in de eerste plaats niet om een financiële verantwoording van de gevolgen van besluiten van de franchisegever, maar om werkelijke betrokkenheid bij de besluitvorming.

Met het aannemen van instemmingsrecht is geen sprake van controleverlies door de franchisegever, maar van de plicht tot samenwerking tot en bij belangrijke besluiten. Het is waar dat franchisenemers zich voornamelijk bezighouden met de exploitatie van hun bedrijf onder de franchiseformule, maar zij kunnen en willen ook bijdragen aan de versterking van de franchiseformule.

Het is goed voor te stellen dat de franchisegever afsprekt met de franchisenemers om alle besluiten met financiële gevolgen voor franchisenemers te voorzien van een gemotiveerde, doorgerekende en controleerbare begroting. Als daaruit controleerbaar geen grensoverschrijding volgt, zal niet om instemming worden gevraagd. Mocht later wel een grensoverschrijding blijken, dan zal de franchisegever tot compensatie moeten overgaan. Maar kunnen franchisegevers dan geen ‘pilots’ meer doen zonder instemming? Nou nee, logischerwijs niet als de franchisegever daartoe een investering verlangt, een betaling eist, kosten toerekent of daarmee derving oplevert aan franchisenemers boven het samen afgesproken niveau.

Als de franchisegever er – in de overgangsfase van twee jaar¹⁶ – niet in slaagt om met de franchisenemers tot een akkoord te komen over de financiële instemmingsdrempel(s), dan leidt het wetsvoorstel er in eerste instantie toe dat de franchisegever steeds ieder besluit voor instemming zal moeten voorleggen. Overigens is niet uitgesloten dat alsdan eenzijdig een drempel zal worden opgevoerd. In de memorie van toelichting is opgenomen dat de drempel niet dusdanig hoog mag zijn dat deze de factor illusoir wordt. Waarschijnlijk zullen de open normen van ‘goed franchisegeverschap’ en ‘goed franchisenemerschap’ hun rol hierbij goed kunnen gaan spelen. Wellicht ook artikel 6:240 BW. Die bepaling regelt dat een representatieve franchisenemersvereniging een preventieve toetsing van de drempelbepaling

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 in het domein van de beoogd franchisenemer dan van de franchisegever ligt, mede in het licht van de onderzoekplicht van de beoogd franchisenemer als verwoord in artikel 7:915”. Zie memorie van toelichting pg. 33.

¹⁵ Het wetsvoorstel regelt in artikel 921 een voorwaardelijk instemmingsrecht voor franchisenemers bij bepaalde voorgenomen wijzigingsbesluiten.

¹⁶ Het wetsvoorstel bepaalt dat in Titel 8 van de Overgangswet zal worden geregeld dat artikelen 920 en 921 van toepassing zullen zijn op vóór inwerkingtreding van de wet gesloten franchiseovereenkomsten twee jaar na dat moment.

kan vragen aan het Gerechtshof Den Haag er vanuit gaande dat een standaard bepaling in een franchiseovereenkomst kwalificeert als een algemene voorwaarde. Het Gerechtshof kan dan onder andere de drempelbepaling onredelijk bezwarend verklaren, zodat gebruik ervan vernietigbaar is. De regeling geeft extra gewicht aan de onderhandelingstafel¹⁷.

Uiteindelijk gaat het erom dat de franchisegever en de franchisenemers een bepaald evenwicht ontwikkelen in overleg. Bij de franchisegever die de grenzen op zoekt, zal men misschien met geslepen messen aan de onderhandelingstafel zitten. Bij de franchisegever die transparant, evenwichtig en goed voorbereid aan tafel gaat, misschien met opgestroopte mouwen en zelfs in vertrouwen achterover geleund.

Het wetsvoorstel legt een behoorlijke druk op bepaling en implementatie van een evenwichtige overlegstructuur waarin het instemmingsrecht kan worden uitgeoefend.

Uitgangspunt om te komen tot een werkbaar overleg zal steeds zijn dat collectieve wijzigingsbesluiten snel genoeg en zorgvuldig genoeg op uniforme wijze zullen worden doorgevoerd en uitgevoerd op basis van een optimaal draagvlak onder de franchisenemers.

Daarbij valt niet uit het oog te verliezen dat het proces voldoende ruimte aan franchisenemers moet bieden om werkelijk en wezenlijk mee te denken.

In een eerder artikel wees ik op de immense druk die besturen van franchisenemersverenigingen kunnen ervaren, opgelegd door de franchisegever enerzijds én de achterban in de vereniging anderzijds. Die druk heeft vaak geleid tot onduidelijke afspraken, uitgangspunten of zelfs alleen uitgesproken verwachtingen en waarschuwingen met ingewikkelde rechtszaken tot gevolg. Die druk zal blijven bestaan, maar met één cruciaal verschil. Het wetsvoorstel legitimeert uiteindelijk de aanwezigheid van het franchisenemersbestuur aan de onderhandelingstafel. Dat zal lekkerder zitten én de onderhandeling eerder laten starten vanuit een goed uitgewerkte propositie. Dat zal het overleg ten goede komen.

Het wetsvoorstel geeft versterking van de positie van de franchisenemers die wel de eigen verantwoordelijkheid ook daadwerkelijk zullen moeten nemen. Dat is niet zo maar een recht, maar dus ook een plicht. Franchisenemers doen er wijs aan om snel op een professionele manier aan het werk te gaan met het voorgestelde instemmingsrecht. Het gaat uiteindelijk niet zo mogen zijn dat een gebrek aan kennis en kunde bij franchisenemers deugdelijke, evenwichtige en goed onderbouwde en innovatieve besluiten van de franchisegever in de weg zit.

Vakcentrum Bedrijfsadvies, mr. Jurry Teunissen
Mei 2020

¹⁷ Zie de lezenswaardige beschouwing van Dolphijn, “Collectieve acties van franchisenemers”, *Contracteren*, 2020 I, nr. 1.