

De Nederlandse Franchise Code en Wet Acquisitiefraude – waarheen leidt de weg?

Franchise is tegenwoordig niet meer weg te denken uit de Nederlandse winkelstraten. Franchiseformules als Albert Heijn, HEMA, McDonald's, Jamin, Bakker Bart, Bruna en Etos zijn in nagenoeg elke stad wel te vinden. Maar er zijn nog veel meer formules actief in Nederland – ruim 750. Volgens informatie van de Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) is het aantal franchisevestigingen in Nederland de afgelopen jaren gestegen, alsook het aantal personen dat werkzaam is binnen franchising.¹ Gezien deze populariteit is het mijns inziens dan ook zeer terecht dat de BMM-redactie heeft besloten een themanummer over franchise te maken.

De andere artikelen in dit nummer zullen nader ingaan op de hechte verwevenheid tussen intellectuele eigendomsrechten en de samenwerking die franchise inhoudt. Mij is door de BMM-redactie gevraagd jullie – de lezers – bij te praten over enkele actualiteiten binnen de franchisebranche. In dat kader ga ik graag in op de Nederlandse Franchise Code en wat de Wet Acquisitiefraude nu voor franchise betekent. Dit zijn weliswaar aanzienlijk minder IE-gerelateerde onderwerpen dan de titel van dit tijdschrift doet rechtvaardigen, maar desalniettemin hoop ik dat het net zo interessant is.

Definitie van franchise

Op het risico af dat een en ander al aan de orde is gekomen in een van de andere artikelen in dit themanummer, is het goed om stil te staan bij 'franchise' als begrip. Wat bedoelen we daarmee? Zoals een wijze vrouw al eerder opmerkte, kent franchising vele verschijningsvormen, waardoor een omschrijving niet eenvoudig is te geven.² Desondanks zijn er diverse elementen aan te wijzen die op enigerlei wijze in elke franchisesamenwerking terug te vinden zijn. Zonder te pretenderen volledig te zijn, hier enkele in het oog springende elementen³:

- Het betreft een commerciële samenwerking tussen juridisch en economisch zelfstandige ondernemers, te weten een franchisegever en een franchisenemer;
- De samenwerking draait om een zakelijk concept (de franchiseformule) die door de franchisegever is uitgedacht en opgebouwd;
- De franchisenemer mag tegen een bepaalde vergoeding (franchise *fee*) gebruik maken van

dit voornoemde concept. De afspraken worden vastgelegd in een franchiseovereenkomst;

- Uitgangspunt bij franchise is 'uniformiteit': alle franchisenemers dienen hun gefranchiseerde onderneming op precies dezelfde – door de franchisegever bepaalde – manier te exploiteren. Dat betekent in de praktijk niet alleen het aanbieden van dezelfde producten en diensten, maar ook het gebruik van dezelfde winkel-inrichting, (handels)naam, merken, *et cetera*;
- In tegenstelling tot veel reguliere distributieovereenkomsten betreft franchise een zeer nauwe samenwerking tussen de franchisegever en franchisenemer, waarbij de franchisegever voortdurende ondersteuning en bijstand verleent aan de franchisenemer.

Het moge op grond van het voorgaande overigens duidelijk zijn dat franchising en IE-rechten onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. De franchisegever verstrekt via de franchiseovereenkomst namelijk een licentie aan de franchisenemer om gebruik te mogen maken van zijn IE-rechten. Ik verwijs voor een verdere toelichting op deze materie korthedshalve naar de andere artikelen in dit themanummer.

Nederlandse Franchise Code

Juridisch en zelfstandig ondernemers

Een element dat opvalt in bovengenoemd overzicht is dat de franchisegever en franchisenemer juridisch en economisch zelfstandig ondernemers zijn. Die kwalificatie doet vermoeden dat er tussen de franchisegever en de franchisenemer(s) sprake is van gelijkwaardigheid. Een vermoeden dat in de rechtspraak soms als uitgangspunt werd genomen⁴, maar in de praktijk blijkt deze gelijkwaardigheid veelal afwezig te zijn. De franchisegever bezit immers een monopoliepositie op het gebied van het verlenen van het recht om van de franchiseformule gebruik te mogen maken. Ook is hij monopolist op het gebied van kennis over het rendement van de ondernemers die van de franchiseformule gebruik maken. Er is dan ook diverse rechtspraak voorhanden, waaruit blijkt dat de rechter zich realiseert dat gelijkwaardigheid tussen franchisegever en franchisenemer in de praktijk veelal afwezig is.⁵

1 <http://www.nfv.nl/userfiles/NFV%20Franchise%20statistiek%202016.pdf>

2 L.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbepaalde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015. Randnummer 138.

3 <http://www.nfv.nl/voorwaarden%20franchising/>

4 Zie o.a.: Rb. Middelburg 11 september 2001, ECLI:NL:RBMID:2001:AE0756 (*Verkeersrijkschool A*) en CrvB 26 februari 1998, ECLI:NL:CRVB:1998:AA8795 (*DOOR*).

5 Zie o.a.: Rb. Utrecht 20 oktober 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AR4485 (*Bruna*) en Rb. Den Haag 5 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1474 (*Olympia*).

Ongelijkwaardigheid in de precontractuele fase

Zoals ik in een eerder artikel in het Nederlands Juristenblad al opmerkte⁶, is deze ongelijkwaardigheid tussen franchisegever en franchisenemer al evident in de precontractuele fase. In tegenstelling tot de franchisegever heeft een (kandidaat) franchisenemer immers niet de beschikking over allerlei relevante informatie, zoals de omzetgegevens binnen de formule, rendement en dergelijke. Ook weet een (kandidaat)franchisenemer niet met hoeveel andere ondernemers er door de franchisegever de afgelopen jaren is gecontracteerd en – niet onbelangrijk – hoeveel daarvan nog actief zijn. Een (kandidaat)franchisenemer is voor dergelijke informatie aangewezen op de franchisegever. Ook uit voornoemde ongelijkwaardigheid zich doordat een (kandidaat)franchisenemer maar beperkt ruimte zal hebben om te onderhandelen over de franchiseovereenkomst. Er ligt immers al een overeenkomst klaar die gebruikt wordt bij het contracteren van alle franchisenemers en waarover dus beperkt (of zelfs niet) kan worden onderhandeld door een (kandidaat)franchisenemer.

Ongelijkwaardigheid in de (post)contractuele fase

Is de franchiseovereenkomst eenmaal getekend dan zet de ongelijkwaardigheid tussen franchisegever en franchisenemer zich voort, omdat de franchiseovereenkomst eenzijdig is opgesteld door de franchisegever. In het document zullen dus primair diens belangen zijn gewaarborgd, veelal ten nadele van de franchisenemer.⁷ Door ondertekening van de franchiseovereenkomst geeft de franchisenemer ook een wezenlijk gedeelte van zijn autonomie in zijn onderneming prijs. Een franchisenemer kan tijdens de samenwerking met de franchisegever immers niet eenzijdig besluiten om af te wijken van het concept, bijvoorbeeld door een ander (maar beter verkopend) assortiment te gaan voeren of een andere (mooiere) winkelinrichting te gebruiken. Een franchisenemer is dan ook economisch afhankelijk van het (eerder door de franchisegever bedachte) te franchisen concept voor het succes van zijn eigen onderneming. Ook is de franchisenemer voor zijn zakelijke succes afhankelijk van de (verdere) inspanningen van de franchisegever om de formule te blijven innoveren en succesvol te laten blijven.

Komt de samenwerking op enig moment tot een einde, dan zal in veel gevallen de ex-franchisenemer gebonden zijn aan een postcontractueel relatie- en non-concurrentiebeding. Naar gelang de inhoud van dergelijke bedingen kan de ex-franchisenemer daardoor bepaalde activiteiten enige tijd niet ontplooiën.

Discussie over bescherming van de franchisenemer laait op

Zoals de komeet van Halley periodiek aan de hemel verschijnt, zo wordt ook eens in de zoveel tijd in de literatuur de discussie gevoerd of de franchiseovereenkomst niet wettelijk geregeld zou moeten worden om de ongelijkwaardigheid tussen franchisegever en franchisenemer te beslechten.⁸ Vergelijk dit bijvoorbeeld met agentuur waarbij ook wetgeving is toegepast om de ongelijkheid tussen de handelsagent en principaal te ondervangen.

Eerdere discussies hebben in dit kader niet tot (concrete) vervolgstappen geleid. Dat werd anders toen Tweede Kamerleden J. Recourt en M.L. Vos eind 2013 Kamervragen stelden aan de ministers van Economische Zaken en van Veiligheid en Justitie naar aanleiding van, onder meer, eerder genoemd artikel in het Nederlands Juristenblad en enkele krantenartikelen uit die periode over vermeende structurele misstanden binnen franchising.⁹ Verdere (al dan niet terechte) negatieve berichten in de media over franchise gaven de door Recourt en Vos aangezwengelde discussie voldoende *momentum* om ditmaal niet ergens onderin een bureaula te eindigen.

Nederlandse Franchise Code

Hoewel minister Kamp van Economische Zaken aanvankelijk geen aanleiding zag om de franchiseovereenkomst wettelijk te regelen, zag hij wel gronden om toe te werken naar meer zelfregulering in de branche. Op instigatie van het Ministerie van Economische zaken is vervolgens een schrijfcommissie gevormd waarin twee afgevaardigden van de zijde van de franchisegevers en twee afgevaardigden van de zijde van de franchisenemers zitting hadden. Deze commissie werd daarbij ondersteund door twee medewerkers van het Ministerie van Economische Zaken. Het doel van deze commissie was het opstellen van nadere gedragsregels voor franchise die, onder meer, de ongelijkwaardigheid tussen franchisegever en franchisenemer zouden moeten beperken.

Een consultatieversie van deze gedragsregels – de Nederlandse Franchise Code (NFC) – is op 16 juni 2015 gepresenteerd aan de branche en de definitieve versie is op 17 februari 2016 gepresenteerd en tevens aan de minister van Economische Zaken aangeboden.¹⁰ De NFC bevat allerlei rechten en verplichtingen voor beide partijen. Zo wordt er in de NFC, onder meer, aandacht besteed aan de werving en selectie van nieuwe franchisenemers en de informatievoorziening voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst. Voor- en tegenstanders van de NFC zijn er onderling echter

6 J.H. Kolenbrander, 'Franchising – Waarom het eigenlijk best een goed idee is om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken', *NJB* 2013/2302, afl. 39, p. 2736 e.v.

7 Om enkele concrete voorbeelden te geven: boetebedingen in franchiseovereenkomsten zien over het algemeen enkel toe op gedragingen van de franchisenemer. Vaak staat er geen boete op (dezelfde) gedragingen van de franchisegever. Vaak zijn ook rechten als verrekening en opschorting contractueel uitgesloten voor franchisenemers, terwijl de franchisegever zijn rechten wel onverkort kan laten gelden.

8 Zie: Asser/Houben 7-X 2015/157. Al in 1988 bemoeide de politiek zich met dit onderwerp.

9 Tweede Kamer, vergaderjaar 2013–2014 (Vragen PvdA over misstanden in franchiseland en de mogelijke aanpassing van de franchiseovereenkomst) – 2013Z22418.

10 Zie: http://www.franchise.nl/Portals/0/Nederlandse%20Franchise%20Code_1.pdf voor de integrale tekst van de Nederlandse Franchise Code.



Aimée van Hattum

nog niet uit in hoeverre de NFC daadwerkelijk een oplossing biedt voor de franchisebranche, dan wel of het middel niet erger zal blijken te zijn dan de (al dan niet vermeende) kwalen.

Status Nederlandse Franchise Code?

Eén van de prangende vragen van de franchisebranche over de NFC is welke juridische status daaraan gekoppeld kan worden. Immers, ondanks alle tijd en moeite die er door diverse personen en instellingen in is gestoken om deze erecode te realiseren, blijven het gedragsregels en betreft het (dus) geen rechtens afdwingbare wetgeving. En daarmee lijkt de NFC feitelijk gelijkgeschakeld te kunnen worden met de reeds in 1972 opgestelde Europese Erecode inzake Franchising (EEF)¹¹. Uit de inleiding van de NFC blijkt overigens ook dat de EEF als één van de inspiratiebronnen voor de NFC heeft gediend. Van deze EEF heeft de rechter al eerder bepaald dat deze niet in rechte afdwingbaar is, maar dat het louter gedragsregels betreffen.¹²

Waarheen leidt de weg?

Gezien de kritiek op de inhoud en de wijze van totstandkoming van de NFC vanuit, onder meer, de kant van de belangenvereniging van franchisegevers in Nederland (de Nederlandse Franchise Vereniging – NFV) is niet te verwachten dat de NFC op korte termijn massaal in de franchisebranche toegepast zal gaan worden. Aldus de NFV zijn de bezwaren op de consultatieversie vanuit de kant van de franchisegevers in onvoldoende mate verwerkt in de definitieve versie van de NFC. Dat gebrek aan

draagkracht kan er gemakkelijk toe leiden dat de NFC – net als de EEF eerder – een papieren tijger dreigt te gaan worden. Wat interessant is om op te merken, is dat de EEF juist *wel* voldoende draagkracht had vanuit de branche, maar uiteindelijk toch niet tot rechtens afdwingbare spelregels heeft geleid. Anders gezegd: wel of geen draagkracht binnen de branche – voor het eindresultaat maakt het uiteindelijk kennelijk toch weinig uit.

Ondanks eerdere terughoudendheid om wetgeving toe te passen, heeft minister Kamp begin oktober 2016 aan de Tweede Kamer laten weten dat hij de NFC toch wettelijk wil gaan regelen. Medio 2017 zou daarvoor een wetsvoorstel ingediend kunnen worden. Mogelijk wil de minister daarmee voorkomen dat de NFC inderdaad een papieren tijger wordt en dat alle tijd en moeite die (onder meer) door het Ministerie van Economische Zaken zijn besteed aan dit dossier waardeloos zullen blijken.

De verwachting is dat er in dit wetsvoorstel ook nadere aandacht wordt besteed aan geschillenbeslechting tussen franchisegevers en franchise-nemers. Eerder werd in dat kader gesproken over een Geschillencommissie Franchise waar franchisegevers en franchisenemers op een laagdrempelige en betaalbare manier hun geschillen kunnen beslechten. Dat dergelijke geschillencommissies vaak gefinancierd worden vanuit de branche zelf (lees: de franchisegevers) zal uiteraard nog een puntje van discussie kunnen gaan worden, omdat

11 Zie: <http://www.nfv.nl/userfiles/image/europese%20erecode.pdf> voor de integrale tekst van de Europese Erecode inzake Franchising.

12 Zie: o.a. Rb. Noord-Holland 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7307 (*Pet's Place*).

de NFV zich al negatief heeft uitgesproken over de NFC.

Totdat duidelijker is *of* (en zo ja – *hoe*) de NFC in de Nederlandse wet verankerd zal gaan worden, is het voor de branche – meer specifiek: franchisegevers – uiteraard onbegonnen werk daar nu al op te gaan anticiperen, bijvoorbeeld door hun franchiseovereenkomsten preventief aan te passen. Het wachten is dus op het wetsvoorstel waarmee de minister naar eigen zeggen dit jaar de branche zal gaan verblijden dan wel verrassen. En tot die tijd zal het op dit punt ‘business as usual’ blijven.

Wet Acquisitiefraude

Nieuwe wetgeving

Een andere ontwikkeling in de franchisebranche is de Wet van 29 maart 2016 ter zake van acquisitiefraude.¹³ Op grond van deze wet is artikel 6:194 Burgerlijk Wetboek (BW) aangevuld met twee nieuwe leden en is er een nieuw artikel 326d toegevoegd aan het Wetboek van Strafrecht. Ik zal in dit artikel enkel ingaan op de civielrechtelijke kant van deze wetswijziging, te weten artikel 6:194 BW. Deze wijzigingen zijn per 1 juli 2016 van kracht geworden.¹⁴

Artikel 6:194 BW is te vinden in Afdeling 4 van Titel 3 van Boek 6 BW. In deze afdeling is nader uitgewerkt wat gekwalificeerd kan worden als misleidende reclame en wat vervolgens (eventueel) kan leiden tot een actie uit onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. In het oorspronkelijke artikel 6:194 BW was enkel geregeld dat een beroepsmatig handelende (rechts)persoon onrechtmatig handelt als hij misleidende mededelingen doet over de goederen en diensten die hij levert aan een ander die eveneens handelt in de uitoefening van zijn bedrijf. Artikel 6:194 BW is dus bedoeld voor mededelingen die een zelfstandig ondernemer aan een andere zelfstandig ondernemer doet.

Per 1 juli 2016 is onder meer aan artikel 6:194 BW toegevoegd dat er in ieder geval sprake is van een misleidende mededeling als er – kort samengevat – door de mededelende partij essentiële informatie wordt achtergehouden, dan wel (te) laat wordt verstrekt, terwijl deze informatie nodig was voor de andere partij om een (geïnformeerd) besluit over de betreffende transactie te kunnen nemen en waardoor een besluit over een overeenkomst wordt genomen (of kan worden genomen) die anders niet zou zijn genomen.

Omkering bewijslast

Is er sprake van een vordering inzake artikel 6:194 BW, dan bepaalt artikel 6:195 BW dat de bewijslast

aan zien van de onrechtmatigheid en toerekenbaarheid wordt omgekeerd. Normaal legt artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv.) de stelplicht en bewijslast bij diegene die zich erop beroept dat een ander onjuiste mededelingen heeft gedaan. Is er echter sprake van een feitenstelsel dat onder artikel 6:194 BW te scharen valt, dan is het op grond van artikel 6:195 BW aan diegene die de mededeling heeft gedaan om te bewijzen dat deze mededeling juist en volledig is geweest. Artikel 6:195 BW voorziet dus in een verlichting van de bewijslast voor een ondernemer die zich op het standpunt stelt dat er door de andere partij onjuiste of onvolledige mededelingen zijn gedaan. Daarnaast bepaalt lid 2 van artikel 6:195 BW dat, indien er sprake is van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:194 BW, er ook aansprakelijkheid bestaat voor die mededeling.

Exploitatieprognoses bij franchise

Een (zeer) regelmatig terugkerend thema in geschillen tussen franchisegevers en franchise-nemers betreft de zogenaamde ‘prognose-problematiek’. Kort gezegd, komen dergelijke geschillen er op neer dat de franchisegever voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst een exploitatieprognose heeft verstrekt. Deze prognose geeft een gedetailleerde voorspelling van wat de franchisegever denkt dat de (kandidaat)franchisenemer zou kunnen behalen aan omzet en resultaat als hij of zij zou toetreden tot de betreffende franchiseformule.

De rol van een exploitatieprognose voor het aangaan van een franchiseovereenkomst moet niet onderschat worden. Immers, hoe leuk of hip een franchiseformule ook is, er moet uiteraard door de franchisenemer ook geld verdiend kunnen worden door deel te nemen aan die franchise. Voor een (kandidaat)franchisenemer zal een prognose door-gaans dan ook veel gewicht in de schaal leggen bij het nemen van de beslissing om wel of geen franchisenemer te worden. Daarnaast zal de huisbankier van de (kandidaat)franchisenemer op voorhand willen weten hoe de financiële verwachtingen zijn van de te starten franchise.

Naast het belang van de (kandidaat)franchisenemer om op voorhand te weten waar deelname aan een franchiseformule toe leidt, heeft de franchisegever op zijn beurt ook belang bij het verstrekken van een (positieve) prognose. Een twijfelende (kandidaat) franchisenemer kan door een positieve prognose immers over de spreekwoordelijke streep worden getrokken.

Een franchisegever is trouwens niet verplicht om een exploitatieprognose te verstrekken aan een

13 Wet van 29 maart 2016 tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het tegengaan van acquisitiefraude door het doen van misleidende mededelingen jegens diegenen die handelen in de uitoefening van hun beroep, bedrijf of organisatie en wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van acquisitiefraude.

14 Besluit van 13 juni 2016, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 29 maart 2016 tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het tegengaan van acquisitiefraude door het doen van misleidende mededelingen jegens diegenen die handelen in de uitoefening van hun beroep, bedrijf of organisatie en wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van acquisitiefraude (Stb. 2016, 133).

(kandidaat)franchisenemer.¹⁵ Dat is slechts anders in het geval van bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld als een verplichting daartoe in de franchiseovereenkomst is opgenomen. Op grond van de Nederlandse Franchise Code is de franchisegever overigens ook niet verplicht een exploitatieprognose te verstrekken.¹⁶

Wordt er *wel* een exploitatieprognose verstrekt door de franchisegever, dan dient deze prognose op grond van lagere rechtspraak te berusten op een grondig en zorgvuldig uitgevoerd markt- en vestigingsplaatsonderzoek.¹⁷

Paalman en Street One arresten van de Hoge Raad
Het standaardarrest over prognoseproblematiek betreft het 'Paalman'-arrest.¹⁸ In deze kwestie ageerde een franchisenemer bij zijn franchisegever tegen ondeugdelijke prognoses die ten behoeve van de franchisegever door een derde partij waren opgesteld. Aldus de Hoge Raad handelt een franchisegever in een dergelijke situatie onrechtmatig als **a**) hij een prognose verschaft, die **b**) fouten bevat, terwijl **c**) de franchisegever wist van deze fouten, maar hij **d**) de kandidaat-franchisenemer daarop niet attent heeft gemaakt. Is daar sprake van, dan dient de franchisegever de door de franchisenemer geleden schade te vergoeden.

Wat eveneens uit dit arrest voortvloeit (hoewel de franchisenemer daarop zelf geen beroep had gedaan), is dat een franchisenemer in het geval van een prognose die fouten bevat een beroep kan doen op dwaling ex artikel 6:228 BW. Op die manier kan de franchiseovereenkomst worden vernietigd, ongeacht of de fouten in de prognose aan de franchisegever zelf of een derde zijn te wijten. De franchisenemer heeft immers onder een onjuiste (misleidende) voorstelling van zaken een overeenkomst gesloten.

Hoewel de overwegingen van de Hoge Raad in het 'Paalman'-arrest louter toezagen op een situatie dat de franchisegever de prognose had laten opstellen door een *derde partij*, is dit arrest de afgelopen 15 jaar ook structureel toegepast in rechtszaken waarbij de franchisegever *zelf* de prognose had opgesteld. Ten onrechte, blijkt uit het recente 'Street One'-arrest van de Hoge Raad.¹⁹ In r.o. 5.3 van dat arrest laat de Hoge Raad er geen twijfel over bestaan dat een franchisegever al aansprakelijk kan zijn voor zelf opgestelde prognoses als **a**) hij een prognose verschaft, die **b**) fouten bevat. Het is in die situatie dus niet nodig dat de franchisegever wist van deze fouten. Bepalend voor de aansprakelijkheid is of de onzorgvuldigheid van de franchise-

gever heeft geleid tot de fouten in de prognoses. En dat is dus een lagere drempel, dan zoals die is geformuleerd in 'Paalman'.

De stelplicht en de bewijslast van het voorgaande liggen op grond van artikel 150 Rv. bij de franchisenemer.

Artikel 6:194 BW en franchise

Hoewel de wetswijziging van artikel 6:194 BW er voornamelijk op ziet om ondernemers te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken van partijen die via misleidende contracten dure en nutteloze goederen of diensten aanbieden, werd op enig moment een link gelegd tussen artikel 6:194 BW en het verstrekken van een (vermeend) ondeugdelijke prognose door een franchisegever. In dat kader zijn door Tweede Kamerlid Vos Kamervragen gesteld, onder meer over de toepasselijkheid van artikel 6:194 BW in de franchisebranche. Een terechte vraag, want volgens de minister van Economische Zaken bestaat die toepasselijkheid ook:

"Dit is bijvoorbeeld relevant in de context van franchising. Wanneer de franchisegever als aanbieder van de overeenkomst niet voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst de juiste en volledige informatie geeft, kan de benadeelde de rechter verzoeken de overeenkomst te ontbinden.²⁰ De bewijslast omtrent de juistheid en volledigheid van de vooraf verstrekte informatie rust hierbij op de franchisegever".²¹

Op grond van voorgaande reactie van de minister lijkt er dus geen twijfel over te kunnen bestaan dat een franchisenemer in het geval van een niet-behaalde prognose zich ook kan beroepen op artikel 6:194 BW. Op grond van artikel 6:195 BW hoeft de franchisenemer enkel te stellen *dat* en *waarom* de prognose misleidend of onvolledig zou zijn – hij hoeft het niet te bewijzen. De franchisegever op zijn beurt zal moeten bewijzen dat de verstrekte prognose helemaal niet misleidend is en ook dat er geen essentiële informatie ontbreekt.

Waarheen leidt de weg?

Op grond van zowel het 'Paalman'-arrest als het 'Street One'-arrest liggen de stelplicht en de bewijslast om te bewijzen dat een prognose fouten bevat in beginsel bij de franchisenemer. Dat betekent dat de franchisenemer moet stellen en bewijzen dat er sprake is van een prognose die fouten bevat om een effectief beroep op dwaling te kunnen doen. Wil de franchisenemer naast de vernietiging van de franchiseovereenkomst ook een schadevergoeding vorderen, dan zal de franchisenemer ook moeten

15 HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (Paalman).

16 Artikel 3.6 sub d stelt immers "**bij voorkeur** een zorgvuldig en transparant onderbouwde omzet- en kostenprognose, vergezeld van een vestigingsplaatsonderzoek en/of beschikbare historische cijfers." Ik ga ervan uit dat de zinsnede "bij voorkeur" ziet op "omzet- en kostenprognose" en niet op "zorgvuldig en transparant". Daarmee zou immers door de NFC de deur opengezet worden voor niet-zorgvuldige en niet-transparante exploitatieprognoses. Verder is in de toelichting op artikel 3.6 sub d te lezen dat "**Als** een franchisegever een exploitatieprognose aan de franchisenemer

afgeeft...". Het woord "Als" lijkt een keuze voor de franchisegever aan te geven.

17 Rb. Breda 14 april 1998, Prg. 1998/4967 (Aviti/Kinderparadijs).

18 HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (Paalman).

19 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311 (Street One).

20 Waarschijnlijk bedoelt de minister hier te zeggen "vernietigen op grond van een wilsgebrek".

21 Tweede Kamer Vergaderjaar 2015 – 2016 (Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden) – 3362.

stellen en bewijzen dat de franchisegever wist van deze fouten, maar dat hij hem daarop niet attent heeft gemaakt, indien de prognose door een derde partij is opgesteld. Is de prognose opgesteld door de franchisegever zelf, dan moet de franchisenemer stellen en bewijzen dat de prognose fouten bevat die te wijten zijn aan de onzorgvuldigheid van de franchisegever. De bewijslast die daarbij hoort kan soms behoorlijk lastig liggen voor een franchisenemer, met name in het eerste geval.

Op grond van artikel 6:194 (nieuw) en 6:195 BW lijkt de route die een franchisenemer in het geval van een (vermeend) ondeugdelijke prognose moet bewandelen, gemakkelijker te zijn. De franchisenemer zal volgens de minister in principe enkel hoeven te stellen dat er sprake is van een ondeugdelijke prognose. Het tegendeel moet vervolgens gesteld en bewezen worden door de franchisegever. Op papier ziet dat er voor de franchisenemer toch aanzienlijk beter uit dan de route via 'Paalman' of zelfs 'Street One'.

Of het allemaal ook zo laagdrempelig uitpakt in de praktijk, is natuurlijk de vraag. Allereerst kan de kanttekening geplaatst worden of een franchisenemer er verstandig aan doet om zonder overtuigend bewijs van de ondeugdelijkheid van de prognose een dure en langdurige gerechtelijke procedure aanhangig te maken, daarbij enkel brullend "*franchisegever moet bewijzen!*". Ik zou persoonlijk als franchisenemer al op voorhand willen weten of er inderdaad sprake is van een ondeugdelijke prognose door, bijvoorbeeld, een deskundige in te schakelen. Is er helemaal geen sprake van een ondeugdelijke prognose, maar doffe pech, dan kan de gerechtelijke procedure ook achterwege blijven.

Daarnaast zal de franchisenemer op enig moment, hoe dan ook, toch gefundeerde stellingen moeten kunnen gaan innemen omtrent de (on)deugdelijkheid van de verstrekte prognose. Een franchisegever moet weliswaar bewijs leveren van de deugdelijkheid, maar als hij een deskundigenrapportage verstrekt waarin staat dat de prognose deugdelijk is,

dan zal de franchisenemer dat toch gemotiveerd moeten kunnen betwisten. Het is dan ook niet uit te sluiten dat het bewijs dat de franchisenemer in eerste instantie niet hoeft te leveren, alsnog geleverd moet gaan worden als de franchisegever stelt en probeert te bewijzen dat de prognose wel degelijk deugdelijk is.

De eerste vonnissen in rechtszaken omtrent prognoses en artikel 6:194 BW zijn ten tijde van het schrijven van dit artikel nog niet gepubliceerd. Het is dan ook wachten op de eerste uitspraken om te kijken hoe de rechterlijke macht omgaat met de artikelen 6:194 en 6:195 BW in het kader van prognoseproblematiek bij franchiseovereenkomsten en hoe dit het proces verandert.

Franchisegevers doen er overigens verstandig aan hierop niet te gaan zitten wachten, maar om alvast hun (precontractuele) huiswerk zeer goed te (blijven) maken, teneinde te voorkomen dat hen achteraf een verwijt kan worden gemaakt. Franchisegevers die in dat kader zo min mogelijk risico willen lopen, zullen waarschijnlijk steeds meer gaan aansturen op een situatie dat de (kandidaat)franchisenemer zelf een exploitatieprognose opstelt. Een aanpak die overigens ook goedkeuring heeft van de Nederlandse Franchise Code.²² Ook is te verwachten dat franchisegevers op grond van het 'Street One'-arrest waarschijnlijk eerder gebruik zullen maken van de diensten van derde partijen bij het opstellen van prognoses.

Kortom

Hoewel franchise als samenwerkingsvorm al vele jaren oud is, blijft zij zich ontwikkelen. En dat is uiteraard positief te noemen, omdat de franchisebranche daarmee kan inspelen op een steeds veranderende wereld. Zowel ten aanzien van de Nederlandse Franchise Code als de Wet Acquisitiefraude is het op dit moment nog afwachten hoe een en ander in de praktijk zal uitpakken, maar een ding is zeker – Franchise blijft hot!

22 Zie: de toelichting van artikel 3.6 sub d NFC: "Een alternatief is het verstrekken van de benodigde data aan de (aspirant) franchisenemer zodat hij zelf prognoses kan (laten) opstellen".