

Azië-Pacific

Bangkok
Beijing
Brisbane
Hanoi
Ho Chi Minhstad
Hong Kong
Jakarta
Kuala Lumpur*
Manila*
Melbourne
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Taipei
Tokyo
Yangon

**Europa, Midden-
Oosten & Afrika**

Abu Dhabi
Almati
Amsterdam
Antwerpen
Bahrein
Bakoe
Barcelona
Berlijn
Boedapest
Brussel
Cairo
Casablanca
Djedda*
Doha
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt
Genève
Istanbul
Johannesburg
Kiev
Londen
Luxemburg
Madrid
Milaan
Moskou
München
Parijs
Praag
Riyad*
Rome
Sint Petersburg
Stockholm
Warschau
Wenen
Zurich

Amerika

Bogota
Brazilië**
Buenos Aires
Caracas
Chicago
Dallas
Guadalajara
Houston
Júárez
Lima
Mexico Stad
Miami
Monterrey
New York
Palo Alto
Porto Alegre**
Rio de Janeiro**
San Francisco
Santiago
São Paulo**
Tijuana
Toronto
Valencia
Washington, DC

* Gelieerde Kantoren
** In samenwerking met
Trench, Rossi e Watanabe
Advogados

10 mei 2017

Internetconsultatie wettelijke verankering gedragscode franchise

L.S.

Naar aanleiding van de internetconsultatie wettelijke verankering gedragscode franchise, maken wij graag de volgende opmerkingen:

A| Opvallend is dat artikel 7:399g lid 2 van huidige concept wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchising) (het "**Voorstel**") gebruik maakt van het principe "*pas toe of leg uit*".

Naar onze mening kleven hieraan een aantal bezwaren:

- De ingangsvoorwaarde voor de toepassing van een dergelijk principe is dat een heldere regeling wordt gebruikt die voor partijen gemakkelijk toepasbaar is. Partijen zouden eenvoudig moeten kunnen toetsen waar de overeenkomst strijd zou opleveren met de regeling. Naar onze mening leent de huidige Nederlandse Franchise Code ("NFC") zich hier niet goed voor. De wollige wijze waarop sommige bepalingen van de NFC zijn geschreven maken dat zelfs standaardbepalingen in franchiseovereenkomsten mogelijk strijd kunnen opleveren met de NFC. Eén van de meest sprekende voorbeelden is dat partijen "redelijkheid en billijkheid" dienen te betrachten. Op zich is dit een nobel streven, maar in de praktijk is het onduidelijk wat hiermee wordt bedoeld. Een aantal andere voorbeelden daarvan worden genoemd in paragraaf C hieronder. Omdat als sanctie de vernietigbaarheid geldt, creëert de NFC in combinatie met voornoemd principe daarmee aanzienlijke rechtsonzekerheid voor partijen;
- Bovendien dient de afwijking niet alleen te worden uitgelegd, maar die uitleg moet ook "deugdelijk" zijn (zie o.a. pagina's 11, 12, 14 en 35 van het Voorstel). Het lijkt daarmee kennelijk de bedoeling dat alleen mag worden afgeweken als dat op objectieve gronden zou zijn gerechtvaardigd. Dit strookt niet met een principe van gaat er van "*pas toe of leg uit*". Een dergelijke eis van deugdelijke uitleg creëert veel rechtsonzekerheid ten aanzien van de afdwingbaarheid van afwijkingen van de NFC in de franchisecontracten. Afwijkingen zullen in de regel gelden als potentieel onduidelijk/ondeugdelijk en zijn daarmee potentieel vernietigbaar, totdat een rechter zich hierover heeft uitgesproken. De facto zullen alle franchisegevers zich genoodzaakt zien om zo min mogelijk wijzigingen toe te passen. Dit effect strookt juist niet met een principe van gaat er van "*pas toe of leg uit*". De rechtspraktijk is er meer

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is statutair gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34208804.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is lid van Baker & McKenzie International, een Zwitserse Verein. Wij verwijzen naar <http://www.bakermckenzie.com/nl/netherlands/generalconditions/>.

bij gebaat om de rechten en verplichtingen van partijen te categoriseren als dwingend recht of regelend recht.

- Daarnaast lijkt de toepassing van een dergelijk principe eerder thuis te horen bij start-ups en ontwikkelende franchise formules. Echter, een dergelijke regeling past niet bij reeds uitontwikkelde en uitgekristalliseerde (internationale) franchiseconcepten. Deze regeling zou dergelijke franchise concepten in Nederland onredelijk beïnvloeden.

B| Daarnaast is de toepassing van de NFC is afhankelijk gemaakt van de toepasselijkheid van het Nederlandse recht. Het risico bestaat dat wanneer de markt de bepalingen van de NFC te stringent / onpraktisch acht, partijen in internationale verhoudingen eerder zullen kiezen om de overeenkomst door een ander rechtsstelsel te laten beheersen welke (nog) minder zekerheden voor de franchisenemer biedt.

C| De NFC is niet eenvoudig toepasbaar door (i) afwijkende definities, (ii) open normen, (iii) wollig taalgebruik, en (iv) bepalingen die niet internationaal gangbaar zijn:

AD (i): De NFC bevat definities die afwijken van de definities die gehanteerd worden in het Voorstel, waaronder de definities voor:

- franchiseformule;
- franchisegever;
- franchisenemer;
- franchiseovereenkomst;
- knowhow.

Gezien de sanctie van vernietigbaarheid, is het essentieel voor de rechtszekerheid dat de definities tussen het Burgerlijk Wetboek en de NFC synchroniseren.

AD (ii): De NFC bevat een aantal concepten die niet nader zijn gedefinieerd en daardoor onduidelijk zijn en niet makkelijk toepassing vinden, waaronder:

- de collectiviteit, de uniformiteit, het zelfstandig ondernemerschap van zowel franchisegever als -nemer (zie artikel 2.1 NFC);
- Partijen handelen jegens elkaar in "redelijkheid en billijkheid" (zie o.a. artt. 2.1 en 2.2 NFC). Alhoewel wordt terugverwezen naar wet en rechtspraak, is het voor de praktijk niet duidelijk wat dit precies inhoudt.

AD (iii): De NFC bevat wollig taalgebruik waarvan de betekenis juridisch niet eenduidig is, en daardoor niet gemakkelijk toepasbaar is in de praktijk:

- franchisegever en franchisenemer streven naar een "*evenwichtige samenwerking*" (zie artikel 2.1 NFC)
- franchisegever en franchisenemer lossen klachten, grieven en geschillen binnen dit kader op via "*oprechte, redelijke en rechtstreekse communicatie en onderhandeling*" (zie artikel 2.1 NFC)
- franchisegever dient zich "*maximaal in te spannen*" om de kracht en voordelen van de franchiseformule verder te ontwikkelen, te behouden, etc. (zie artikel 2.3c NFC)

AD (iv): De NFC bevat bepalingen die volstrekt niet stroken met de internationaal gangbare franchise praktijk, waaronder:

- dat een franchisegever een verzoek tot beëindiging of tussentijdse overdracht van de onderneming van de franchisenemer niet op onredelijke gronden te verhinderen (zie artikel 2.3h NFC). Het gevolg is dat een franchisegever mogelijk gedwongen wordt om met een franchisenemer te blijven werken, waardoor de contractsvrijheid en rechtszekerheid aanzienlijk wordt aangetast;
- dat een franchisegever het sluiten van een tweede of volgende franchiseovereenkomst met een bestaande franchisenemer niet op onredelijke gronden te weigeren (zie art. 2.3i NFC). Het gevolg is dat een franchisegever mogelijk gedwongen wordt om met een franchisenemer te blijven werken, waardoor de contractsvrijheid en rechtszekerheid aanzienlijk wordt aangetast.

D| Met inachtneming van bovenstaande is naar onze mening de sanctie van vernietigbaarheid van artikel 7:399g lid 4 te zwaar.

- Zoals het Voorstel al aangeeft, bevat het Burgerlijk Wetboek reeds een aantal mechanismen om onredelijke contractvoorwaarden buiten toepassing te laten, op basis van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), en op basis van onredelijke bezwarendheid van algemene voorwaarden (art. 6:234 e.v. BW). Deze regelingen bieden een rechter reeds de mogelijkheid (al dan niet in combinatie met de NFC) om onredelijke bepalingen buiten toepassing te laten - zonder dat een wettelijke verankering van de NFC überhaupt nodig is.
- Door de huidige systematiek van het Voorstel wordt de drempel enerzijds verlaagd naar "*strijd met de redelijkheid en billijkheid*" (in plaats van dat de bepaling "*naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar*" zou moeten zijn), en anderzijds wordt de bepaling vernietigd (met terugwerkende kracht) in plaats van dat de betreffende bepaling buiten toepassing wordt gelaten. Dit is een buitengewoon sterke bescherming, en daarmee een inbreuk op de contractsvrijheid.
- Dit is een bescherming die in het Burgerlijk Wetboek slechts bij hoge uitzondering alleen wordt toegepast bij agenten en bij werknemers. Deze bescherming gaat daarbij verder dan de bescherming van agenten, en komt dicht in de buurt van de bescherming die werknemers genieten. Wij zien geen gronden noch in de praktijk noch in de rechtstheorie die een dergelijke bescherming voor een franchisenemer rechtvaardigen.

Hoogachtend,

Mr M.W. Bijloo
Mr Drs F.M.W.A. Harms

Advocaten bij Baker & McKenzie Amsterdam N.V.