

Het ‘wettelijk haakje’ van de Nederlandse Franchise Code

Handig (aan)gehaakt of toch liever zelf iets breien?

Martine de Koning¹

Het wetsvoorstel dat de Nederlandse Franchisecode van een wettelijke ‘haakje’ voorziet, doet dat door aan Boek 7 BW een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst toe te voegen die een wettelijke basis biedt om bij AMvB een gedragscode aan te wijzen tot nadere invulling van de regels. Los van de inhoud van de code, roept het op deze wijze creëren van een ‘benoemde overeenkomst’ in het privaatrecht principiële vragen op. Komt dit wetsvoorstel de kwaliteit van regelgeving ten goede en is het de beste oplossing voor de branche? In dit artikel wordt de staatsrechtelijke en privaatrechtelijke context onderzocht en wordt de mogelijkheid van een standaardregeling in de zin van artikel 6:214 BW nader bekeken. Ook wordt het wetsvoorstel vergeleken met de wettelijke verankering van de corporate governance code.

Introductie van de franchise code en het voorstel tot wettelijke verankering

De Nederlandse Franchise Code² (de code), zelfregulering voor de franchisebranche, is door franchisenemers warm onthaald. Franchisegevers hebben kritiek geuit op het totstandkomingsproces en de inhoud van de code. Naast precontractuele informatieverplichtingen beschrijft de code elementen van de franchiseovereenkomst, verplichtingen van de franchisegever, de rol van een franchiseraad en uitbreiding en beëindiging van de relatie. Franchisegevers menen dat zij niet zijn gehoord in het proces, dat de code de contractsvrijheid teveel inperkt en geen recht doet aan de aard van franchise waarin de franchisegever eigenaar is van de formule en de uniformiteit en kwaliteit bewaakt.³ De Nederlandse Franchise Vereniging (NFV) heeft de code afgewezen.⁴

Vanwege de weigering van (grotere) franchisegevers om de code toe te passen, heeft minister Kamp in het najaar van 2016 aangekondigd de code wettelijk te verankeren.⁵ Op 12 april jl. is het wetsvoorstel gepubliceerd.⁶ De komende zes weken staat de mogelijkheid open om hierop te reageren.⁷

Het wetsvoorstel voegt aan Boek 7 BW een bijzondere regeling voor de franchiseovereenkomst toe die een wettelijke basis biedt om bij AMvB een gedragscode aan te wijzen tot nadere invulling van de regels.⁸ Het voorstel definieert begrippen zoals ‘franchiseformule’, ‘franchisegever’, ‘franchisenemer’ en ‘franchiseovereenkomst’.⁹ Zodra de code bij AMvB is aangewezen wordt de code verbindend voor de branche.¹⁰ De basis is ‘*pas toe of leg uit*’. Er gelden eisen aan de vorm en inhoud van de motivatie, bij gebreke waarvan de franchisenemer het contract(sbeding) kan vernietigen.¹¹ Het wetsontwerp beschrijft slechts kort welke

Auteur

1. Mr. M. de Koning is advocaat te Amsterdam bij Kennedy Van der Laan. De auteur dankt prof. mr. dr. T.H.M. van Wechem, mr. C. Christiaans en mr. drs. J.H.A. van der Grinten voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

Noten

2. www.denederlandsefranchisecode.nl.
3. *Kamerstukken II 2015/16*, 31311, 153; zie reacties van HEMA en Domino's pizza van van franchisenemers van o.a. Jumbo, Albert Heijn en Coop; www.vakcentrum.nl/stream/consultatieversie-nederlandse-franchise-code.pdf.

chise-code.pdf.

4. www.nfv.nl/nieuws/134/wat-wordt-uw-reactie-in-een-consultatie-wetgeving-nederlandse-franchise-code/.
5. *Kamerstukken II 2016/17*, 32637, 267, p. 24.
6. www.internetconsultatie.nl/franchise.

7. Het ministerie zendt verplicht alle consultaties aan de Raad van State.

8. Art. 339g lid 1 BW.
9. Art. 339f sub a-e BW.
10. Art. 339g lid 2 BW.
11. Art. 339g lid 2, 3 en 4 BW.



elementen de gedragscode moet bevatten.¹² Overeenkomsten gesloten voor de inwerkingtreding van de wet moeten uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding zijn aangepast.¹³

Los van de inhoud van de code, roept het op deze wijze creëren van een 'benoemde overeenkomst' in het privaatrecht principiële vragen op. Komt dit wetsvoorstel de kwaliteit van regelgeving ten goede en is het de beste oplossing voor de branche? Ik onderzoek de staatsrechtelijke en privaatrechtelijke context, waaronder de mogelijkheid van een standaardregeling in de zin van artikel 6:214 BW. Ik vergelijk dit wetsvoorstel met de wettelijke verankering van de corporate governance code en rond af met een conclusie.

Is de franchise code op dit moment verbindend?

De code gaat uit van '*pas toe of leg uit*', maar de tekst lijkt gericht op verbindendheid.¹⁴ Omdat het om zelfregulering gaat zijn de gevolgen van het niet naleven (al dan niet met '*uitleg*') op dit moment niet duidelijk. Hoewel de A-G mr. W.L. Valk in de recente zaak *Street One* een aantal malen verwijst naar de code, betreft de Hoge Raad de code niet in zijn oordeel.¹⁵ De code kwam eenmaal in lagere (ongepubliceerde) rechtspraak zijdelings aan de orde.¹⁶ Vanuit het contractenrecht lijkt het voor de hand te liggen de code niet als onderdeel van de overeenkomst tussen partijen te beschouwen als deze niet door hen van toepassing is verklaard.¹⁷ Mogelijk treedt de code dan langs de band van redelijkheid en billijkheid binnen in de rechtsverhouding tussen partijen. De weg hiervoor lijkt door de Conclusie van de A-G in de zaak *Street One* uitdrukkelijk open te liggen.

Waarom geen standaardregeling in de zin van het BW?

Hoewel tot op heden ongebruikt, bepaalt artikel 6:214 BW dat een overeenkomst behalve aan wettelijke bepalingen

ook is onderworpen aan een standaardregeling, wanneer voor de relevante bedrijfstak of het beroep voor zodanige overeenkomst een standaardregeling geldt.¹⁸ De soorten overeenkomsten waarvoor standaardregelingen kunnen worden vastgesteld en de relevante bedrijfstak of het beroep, worden bij AMvB aangewezen. De ratio is dat het de voorkeur kan verdienen, de regeling van een bepaalde overeenkomst aan belanghebbenden over te laten.¹⁹ Het BW bevat dus eigenlijk al een wettelijk haakje waaraan de code zou kunnen worden opgehangen. Er gelden bepaalde eisen. Volgens de Wet Commissies Standaardregelingen wijst de Minister van Justitie de commissie aan en bestaat deze voor twee derde uit belanghebbenden, dat wil zeggen vertegenwoordigers van personen die als partij bij desbetreffende overeenkomsten plegen op te treden. Hij bepaalt, na overleg met de relevante ministers, bij ministeriële regeling welke representatieve organisaties leden van de commissies kunnen voordragen, en het aantal leden dat ieder van deze organisaties kan voordragen. Dan benoemt hij de leden van de commissie, en uit hun midden de voorzitter.²⁰

Als we kijken naar het traject dat de code heeft doorlopen, valt op dat een schrijfcommissie is benoemd door minister Kamp, en niet de Minister van Justitie. Ook aan andere vereisten is niet voldaan. De commissie bestaat uit vier leden, en niet alle leden zijn belanghebbende,²¹ waardoor geen twee derde belanghebbende is. Er is niet bij ministeriële regeling bepaald welke representatieve organisaties leden van de commissie kunnen voordragen. Relevante organisaties hebben geen lid aangedragen. Het bestuur van de NFV bijvoorbeeld is wel betrokken geweest bij de aanwijzing van de leden van de schrijfgroep aan franchisegeverszijde, maar zonder mandaat van de leden. De betreffende leden van de schrijfgroep hebben op persoonlijke titel geacteerd. Ook aan de toepasselijke vereisten van de Awb lijkt niet te zijn voldaan.²²

Een standaardregeling mag niet van dwingend recht afwijken en partijen mogen er bij overeenkomst van afwijken.²³ Omdat standaardregelingen geen dwingende voorschriften bevatten, kunnen zij niet rechtstreeks worden aangewend ter bestrijding van onereuze voorwaarden. Een standaardregeling kan voor afwijking een bepaalde vorm (maar niet zoals de code ook eisen aan de inhoud van de motivatie) voorschrijven. In de literatuur werd opgemerkt dat aan afwijking van een standaardregeling veelal geen behoefte zal bestaan. Ware het anders, dan zou de regeling niet aan haar doel beantwoorden.²⁴ Draagvlak wordt aanwezig verondersteld bij een standaardregeling. Ook in die zin is de standaardregeling niet geschikt voor het doel dat de minister wil bereiken, onwillige franchisegevers forceren de code na te leven.

Dat is jammer, want destijds is over het herziene BW lang en goed nagedacht en er is bewust een specifieke wettelijke basis gecreëerd voor zelfregulering van privaatrechtelijke onderwerpen. Het wetsvoorstel schuift deze optie zonder uitleg ter zijde en creëert een andere wettelijke basis, die wél dwingende voorschriften in de zelfregulering toestaat terwijl wordt erkend dat draagvlak bij een aantal grote franchisegevers ontbreekt.²⁵

Het wetsvoorstel nader bezien: wat is een 'delegatiebepaling'?

Het primaat van de wetgever wordt zo uitgelegd dat een zelfstandige AMvB alleen in uitzonderlijke situaties en bij wijze van tijdelijke voorziening aanvaardbaar is.²⁶ Een AMvB die de franchisecode van toepassing verklaart heeft op grond van het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag nodig.²⁷ Het grondwettelijk verbod tot delegatie²⁸ geldt niet voor privaatrechtelijke regels en geschilbeslechting.²⁹ De minister kiest dus terecht voor een voorstel van wet en mag daarin 'delegatie' naar lagere regelgeving toepassen.

Het wetsvoorstel is een formele wet en moet het normale wetgevingstraject doorlopen. De parlementaire behandeling van een delegatiebepaling zal gaan over de reikwijdte en inhoud van die bepaling, en niet over de inhoud van de AMvB (en de code). Het 'primaat van de wetgever' staat daarbij voorop.³⁰

Wanneer doorstaat een delegatiebepaling deze toets?³¹ Het uitgangspunt is dat de wetgever zelf de (rechtspolitieke) keuze over de inhoud van het recht in

wettelijke regelingen dient te maken, en dit niet wordt overgelaten aan het bestuur. De hoofdelementen moeten in een wet in formele zin worden aangelegd. Dit zijn in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling. Veelal behoren ook de voornaamste duurzame normen daartoe. Het kan vanuit het oogpunt van toegankelijke regelgeving beter zijn om in een wet geen materiële normen op te nemen, maar dit aan de lagere wetgever over te laten. Per onderdeel moet worden bekeken of de regels zo gewichtig zijn dat de volksvertegenwoordiging rechtstreeks bij de vaststelling moet worden betrokken.³²

De code gaat uit van 'pas toe of leg uit', maar de tekst lijkt gericht op verbindendheid

Het grote verschil in de totstandkoming van een AMvB ten opzichte van een formele wet is de afwezigheid van de parlementaire behandeling.³³ Dit komt de snelheid en flexibiliteit van de regels ten goede, maar heeft vanuit het oogpunt van democratische controle minder de voorkeur. Het parlement heeft parlementaire controle-instrumenten die kunnen worden ingezet, met als zwaarste middel een motie van wantrouwen. Maar dit is indirect. Er is geen debat, geen stemming en geen recht van amendement. En controle kan pas achteraf plaatsvinden, nadat de AMvB is bekendgemaakt (tenzij een voorhangprocedure wordt gehanteerd).³⁴

Beter kort (aan)haken of zelf iets nieuws breien?

De vraag is of de weg die de minister kiest, de code verbindend verklaren via een AMvB die hangt onder een tamelijk korte delegatiebepaling, niet te kort door de bocht gaat en of andere opties beter zijn. Ik denk aan het meer in detail uitwerken van de materiële normen in het wetsvoorstel of een nieuwe code ontwikkelen die als stan-

12. Art. 339g lid 1 sub a-g BW.

13. Art. 209 BW.

14. Franchise code, p. 3.

15. Conclusie A-G, 4 november 2016, 24 februari 2017, 2.1 en 2.2; HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:311 (*Street One*).

16. <https://denationalefranchisegeids.nl/franchisenieuws/rechter-laet-nederlandse-franchise-code-vooralsnog-buiten-toepassing/#.WDbaaJl6ql.linkedin>.

17. Hof Amsterdam 14 maart 2017, (200.164.383/01; C/15/210239/HAZA 14-25) (*Albert Heijn/Van Gameren*), nr. 3.4; Rb. Noord-Holland 29 november 2013, ECLI:RBNNE:2013:7307, r.o. 5.15.

18. Een standaardregeling vormt recht in de

zin van art. 79 RO.

19. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/512.

20. Art. 1 lid 1 en 2, resp. art. 2 en 3 Wet Commissies Standaardregelingen.

21. Brief van 17 februari 2016, ref.: SCN-FC/b16.014.

22. Art. 7 jo. afdeling 3.4 Awb en art. 6 Wet Commissies Standaardregelingen, denk aan tijdsplanning en hoe is omgegaan met afwijkende gevoelens.

23. Art. 6:214 lid 4 en 5 BW.

24. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** 2010/512, nr. 513.

25. MvT, o.a. p. 10; deze franchisegevers

hebben grote aantallen vestigingen.

26. Aanwijzing 21 Aanwijzing voor de regelgeving; F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, ISBN: 9027144346.

27. Art. 42, 89 Gw.

28. Zo hebben 'bij wet', 'krachtens wet', en vervoegingen van het werkwoord 'regelen' een andere betekenis.

29. Art. 107 Gw.

30. J.M. Polak, *Orde in de regelgeving*, eindrapport cie wetgevingsvraagstukken, 1985, Sdu.

31. Broeksteeg, in: *T&C Grondwet*, 2015,

art. 89 Gw, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2015); aanwijzing 22 van de Aanwijzing voor de Regelgeving.

32. Toelichting bij aanwijzing 22 van de Aanwijzing voor de regelgeving.

33. Art. 4 lid 2 sub s Reglement van orde voor de ministerraad; art. 73 Gw jo. art. 15 Wet op de Raad van State; art. 90-93

Reglement van orde Tweede Kamer; art. 83 en 85 Gw.

34. Bij gecontroleerde delegatie (voorhangprocedure) wordt het parlement vooraf op de hoogte gesteld alvorens een AMvB in werking treedt.

Een bezwaar gelegen in de legitimiteit, representativiteit en/of inspraak van betrokkenen wordt niet weggenomen

daardregeling kan worden aangewezen. De normen kunnen integraal in Boek 7 BW worden opgenomen.³⁵ En toepassing van zelfregulering kan ook aan de sector en rechtspraak over worden gelaten.³⁶

Totstandkomingsproces van de franchise code: zelfregulering

Bij zelfregulering kunnen zich drie problemen voordoen: gebrek aan legitimiteit, representativiteit en inspraak van alle betrokkenen, en gebrek aan toezicht op het resultaat of juridisch bindende kracht.³⁷ Daarnaast zijn, van minder principieel karakter, ook als mogelijke nadelen onderkend daling van kwaliteit van regulering, onnodige verschillen in regelgeving en toenemende uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties.³⁸ Een 'wettelijk haakje' neemt problemen rondom toezicht en juridisch bindende kracht doorgaans weg. Een bezwaar gelegen in de legitimiteit, representativiteit en/of inspraak van betrokkenen wordt niet weggenomen. Voorts kunnen de kwaliteit en consistentie van de regelgeving tekortschieten.

Franchisegevers hebben vroeg in het proces een 'brandbrief'³⁹ aan minister Kamp gestuurd om aan te geven dat het de code aan duidelijkheid, evenwichtigheid en draagvlak ontbreekt.⁴⁰ Jumbo geeft aan: *'De concept Code is niet geschikt om als franchisecode de branche te binden en doet geen recht aan een op zich zelf succesvolle samenwerkingsvorm.'*⁴¹ Franchisegevers herkennen zich niet in de verhalen over misstanden, en onderbouwing daarvan ontbreekt in de toelichting op de franchise code (alook de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel). Buitenlandse franchisegevers zijn mogelijk onvoldoende in staat gesteld om te reageren. Er was geen Engelse vertaling beschikbaar, ondanks dat de NFV daarom had gevraagd, en er heeft slechts één buitenlandse franchisegever gereageerd in de consultatie.⁴² Het is dus mogelijk dat er gebreken kleven aan het totstandkomingsproces en de evenwichtigheid en kwaliteit van de regels.

Inhoud van de materiële regels van de franchise code

De code is *'een richtinggevend kader waarin moderne en breed gedragen opvattingen over goed franchisenemer- en franchisegeverschap zijn opgenomen in de vorm van gedragsnormen. Deze geven onder meer een nadere invulling aan de over en weer door franchisegevers en -nemers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid voorafgaand aan, tijdens en na beëindiging van de franchiserelatie.'*⁴³

In de eerste zin geen verrassingen. Nu jurisprudentie reeds invulling geeft aan de redelijkheid en billijkheid, is de vraag wat de tweede zin precies beoogt.⁴⁴

De code kijkt inderdaad op punten af van het contractenrecht en jurisprudentie:

- De code bevat een definitie van franchise die afwijkt van de in *Paalman/Lampenier*⁴⁵ door de Hoge Raad gehanteerde definitie en van de definitie in de Europese Erecode Franchising.⁴⁶ Nu het wetsvoorstel definities introduceert die beter aansluiten bij bestaand recht, ga ik ervan uit dat de definities van de code geen rol meer spelen.

- De code bevat, zoals gebruikelijk in ons contractenrecht, 'open normen'. De vraag is of voldoende duidelijk is wat de franchisegever moet doen of laten om aan de normen te voldoen.⁴⁷ De tekst van de code leest soms als een toelichting, en soms bevat de toelichting harde verplichtingen. Verplichtingen over eenzelfde onderwerp staan regelmatig verspreid over twee of meer plaatsen. Dit komt de kwaliteit en helderheid van de regelgeving niet ten goede.

- De franchisegever mag geen nieuwe formule als franchise uitrollen. Hij moet de formule eerst een redelijke periode aantoonbaar met succes hebben toegepast.⁴⁸ Deze verplichting is in lijn met de (onlangs herziene) Europese Franchisecode.⁴⁹ De verplichting doet weinig recht aan de verschillen in formules of bijvoorbeeld het model van *master franchise*.

- De franchisegever moet zich maximaal inspannen om de kracht en voordelen van de franchiseformule verder te ontwikkelen. Volgens de toelichting mag hij geen concurrerende afgeleide of secundaire formules naast elkaar exploiteren.⁵⁰ Waarom zou een goed lopende formule te allen tijde verder ontwikkeld moeten worden, en wat is er tegen afgeleide of secundaire formules zolang dit de reputatie, herkenbaarheid of succes van de primaire formule niet schaadt?⁵¹

- Hoewel in *Paalman/Lampenier* is bepaald *'Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen (...) vloeit niet de algemene regel voort dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of omtrent de winstverwachting.'*⁵² bepaalt de code - overigens in lijn met lagere rechtspraak⁵³ - dat 'bij voorkeur' een zorgvuldig en transparant onderbouwde omzet- en kostenprognose wordt verstrekt.⁵⁴ Dit omvat een vestigingsplaatsonderzoek en/of beschikbare historische cijfers, en een begrijpelijk onderbouwde en deugdelijke investerings- en exploitatie-begroting. Behalve dat niet alle elementen in alle formules en markten relevant zullen zijn, tot zover weinig nieuws. *Paalman/Lampenier* wordt soms wel uitgelegd als een vrijbrief aan franchisegevers totdat hun bekendheid met fouten in een prognose kunnen worden bewezen. In *Street One* verduidelijkt de Hoge Raad ten overvloede dat dit nooit is bedoeld. *Paalman/Lampenier* ging over een door een derde opgemaakte prognose. Als de franchisegever de prognose zelf maakt kan hij aansprakelijk zijn voor onzorgvuldig handelen van hemzelf of degenen die op de voet van 6:170-172 BW onder zijn verantwoordelijkheid vallen.⁵⁵ A-G Valk merkt op dat een andere opvatting ook niet past bij de huidige rechtsopvattingen omtrent de verhouding tussen franchisegever en franchisenemers, zoals die ook blijken uit de code.⁵⁶ Dit past ook bij de opmer-

king van de A-G dat er wel een zorgplicht rust op de franchisegever (precontractuele goede trouw),⁵⁷ maar geen *bijzondere zorgplicht*, zoals bijvoorbeeld banken hebben.⁵⁸ De toelichting op art. 3.6 sub d bepaalt: *Als een franchisegever een exploitatieprognose aan de franchisenemer afgeeft, dient hij in te staan voor de deugdelijkheid daarvan.* De A-G in *Street One*⁵⁹ acht dit een brug te ver: *Als dat bedoeld is zoals het er lijkt te staan, gaat de NFC uit van een op de franchisegever rustende garantieverbintenis (...). Ik meen dat een garantieverbintenis in de zojuist bedoelde zin niet voortvloeit uit de gewone regels van het verbintenisrecht. Een dergelijke garantieverbintenis wordt pas recht op het moment dat de wet dat zou gaan bepalen.* Het wetsvoorstel kan volgens mij niet deze 'wet' zijn, al was het maar omdat deze zinsnede in de toelichting van de code staat en niet in de tekst van de code zelf. Het wetsvoorstel verankert expliciet alleen de tekst en niet de toelichting.⁶⁰ Het Hof Amsterdam volgde recent dezelfde lijn als de A-G over de vraag of verstrekte prognoses ondeugdelijk waren.⁶¹ De memorie van toelichting acht het niet verstrekken van een prognose 'onwenselijk' en een 'rode vlag'.⁶² Dat klinkt strenger dan de norm ontwikkeld in rechtspraak.

– De franchisenemer mag uitsluitend worden verplicht tot het sluiten van overeenkomsten met derden voor zover die in 'direct verband' staan met de uitvoering van de franchiseformule. De vraag is of dit strenger is bedoeld dan de mededingingsrechtelijke norm in HvJ EG *Pronuptia*.⁶³ Daar is bepaald dat deze eisen toelaatbaar zijn zolang dit nodig is om de reputatie en uniformiteit van het netwerk te beschermen. Franchisegevers vrezen dat zij (indirect) gerelateerde diensten, zoals het gebruik van hetzelfde boekhoud-

systeem niet meer mogen voorschrijven. Hoe verhoudt zich dit tot de toename en het bewezen succes van 'hard' en 'full-format' franchiseformules?⁶⁴

– Partijen moeten redelijkheid en billijkheid in acht nemen bij beslissingen over verlenging en beëindiging van de franchiseovereenkomst.⁶⁵ Beëindiging is volgens de toelichting in beginsel mogelijk, 'maar' daarbij moeten de belangen van beide partijen in redelijkheid gewogen worden. Volgens *Ronde Venen/Stedin*⁶⁶ staat de mogelijkheid een duurovereenkomst voor onbe-

De memorie van toelichting acht het niet verstrekken van een prognose 'onwenselijk' en een 'rode vlag'. Dat klinkt strenger dan de norm ontwikkeld in rechtspraak

paalde tijd op te zeggen met een redelijke opzegtermijn voorop, en kunnen omstandigheden een zwaarwegende grond vereisen. Ook de toelichting bij artikel 2.2 *daarom stelt de NFC hoge eisen aan de redelijkheid en billijkheid die partijen tegenover elkaar beogen te betrachten*⁶⁷ roept de vraag op of een verscherping van de norm ten opzichte van rechtspraak is bedoeld.

– Een verzoek tot beëindiging of tussentijdse overdracht van onderneming van de franchisenemer mag

35. J.H. Kolenbrander, 'Waarom het eigenlijk best een goed idee is om van de franchiseovereenkomst een benoemde overeenkomst te maken' *NJB* 2013/2302, afl. 39, p. 2736-2741; J. Burgers, 'Reactie op artikel Kolenbrander in *NJB* van 8 november 2013', *NJB* 2014/473, afl. 9, p. 469-518; J.H. Kolenbrander, 'Naschrift', *NJB* 2014/474.

36. Voor een succesvol voorbeeld hiervan zie www.governancecodezorg.nl/.

37. Zie J.B.M. Vranken, *Asser-Vranken Algemeen Deel ****, Deventer: Kluwer 2005, nr. 89.

38. 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen bij het preadvies van prof. mr. I. Giesen', *NJB* 2007/1109.

39. www.retailnews.nl/nieuws/mWbxWin-8QPaeVfHQoLpF2Q-2/franchisegevers-sturen-brandbrief-om-franchisecode.html; <https://fd.nl/opinie/1138777/franchising-verdient-evenwichtige-regelgeving>; <https://fd.nl/opinie/1147047/franchise-code-niet-verankeren-maar-afzinken>.

40. Reactie van HEMA op de consultatie-

versie.

41. Reactie van Jumbo op de consultatieversie, par. 2.4 en 2.5.

42. Opmerking 3 van de NFV en respons van vakvereniging voor juristen DFA (Distributie, Franchising en Agentuur) op de consultatieversie; DFA heeft een eigen franchisecode gepubliceerd www.vereniging-dfa.nl/wp-content/uploads/pdf/dfa-gedragscode-franchise-19-november-2015.pdf.

43. Franchisecode, p. 3, www.denederlandsefranchisecode.nl.

44. Reacties in de consultatieronde www.denederlandsefranchisecode.nl.

45. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (*Paalman/Lampenier*); EU Regulation 4087/88; Rb. Overijssel 8 juni 2016,

ECLI:NL:RBOVE:2016:2172, par. 7.3. (*Speeileiland Tholen/Otto Simon*); H1, art. 1.5.

46. www.nfv.nl/userfiles/NFV%20Europe-se%20Erecode%202016.pdf.

47. Art. 2.1 franchise code 'voortdurende' verplichting, art. 2.3 sub h-i 'onredelijke gronden', art. 2.5 sub a 'nodzakelijke'

informatieverschaffing, art. 3.1 'redelijk' onderzoek.

48. H 2, art. 2.3a Franchisecode.

49. Art. 2.2. Europese Erecode Inzake Franchising (oude versie en versie 2016).

50. H 2, art. 2.3c Franchisecode; zie ook toelichting op art. 1.2.

51. J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

52. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329 (*Paalman/Lampenier*), r.o. 3.3.3.

53. HR februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0868, Prg. 1996/3359; Hof Arnhem 31 augustus 1999, *NJ*

2000/708, r.o. 7.2-7.6; Rb. Noord-Holland, 3 december 2014,

ECLI:NL:RBNHO:2014:11564, r.o. 4.6-4.8; Rb. Arnhem 15 juni 2011, *Prg* 2011/2016, r.o. 4.7-4.1.

54. Art. 3.6 sub d Franchisecode.

55. Arrest HR (*Street One*), onder 5.3, de A-G licht onder 2.5 nog toe dat het om negatief contractbelang gaat, niet winstderiving.

56. De AG verwijst in 4.2 nogmaals hier-

naar.

57. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*), *NJ* 1958/67.

58. Conclusie A-G (*Street One*), onder 2.5.

59. Conclusie A-G (*Street One*), onder 2.7.

60. MvT, p. 21.

61. Hof Amsterdam 14 maart 2017, 200.164.383/01; C/15/210239/HAZA 14-25 (*Albert Heijn/Van Gameren*), nr. 3.6- 3.10 en in het bijzonder 3.7.

62. MvT, p. 30.

63. HvJ EU 28 januari 1986, C161/84 (*Pronuptia*).

64. www.franchisenemer.nl/De-vormen-van-franchising-soft-of-hard.html.

65. Art. 2.5c en toelichting Franchisecode.

66. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, (*Ronde Venen/Stedin*), r.o. 3.5.1.

67. Toelichting art. 2.2 Franchisecode, laatste zin.

Deze verplichting volgt niet uit rechtspraak en is wezensvreemd in het Nederlandse privaatrecht

niet op onredelijke gronden worden verhinderd.⁶⁸ De bewijslast ligt bij de franchisegever om aan te geven waarom een opvolgende franchisenemer niet geschikt is om de vestiging te exploiteren. Dit grijpt in op de contractsvrijheid, waaronder ook het vrij kunnen kiezen van een contractspartner hoort.⁶⁹ In het mededingingsrecht staat juist de keuzevrijheid van de franchisegever in de selectie van zijn franchisenemers centraal.⁷⁰ De franchisegever mag het sluiten van een tweede of volgende franchiseovereenkomst met een franchisenemer niet op onredelijke gronden weigeren.⁷¹ Zorgvuldige en objectieve selectie komt het succes van de formule en het netwerk als geheel ten goede. De franchisegever zal dus liever zelf de meest geschikte franchisenemer per vestiging selecteren.⁷² De franchisegever zal tevoren aan de franchisenemer een maximaal aantal vestigingen dat hij niet wil overschrijden doorgeven.⁷³ Andere artikelen van de code vragen juist van de franchisegever dat hij de formule (en dus de strategie) blijft ontwikkelen en dat hij franchisenemers in moeilijkheden helpt. De franchisegever kan ingeklemd raken tussen zijn verantwoordelijkheid en beperkingen aan zijn vrijheid om die verantwoordelijkheid in te vullen.

– Een franchisegever heeft een structuur voor overleg met de franchisenemers en bepaalt in overleg over welke onderwerpen deze instemmings- of adviesrecht hebben.⁷⁴ Voor onderwerpen die een materieel effect hebben op de bedrijfsvoering van het collectief van franchisenemers is in beginsel instemming nodig. Voor majeure wijzigingen geeft de toelichting aan dat meer nodig kan zijn dan een gewone meerderheid van stemmen van de franchisenemers.⁷⁵ Als de franchisegever niet met het orgaan tot overeenstemming komt, mag hij de wijzigingen niet eenzijdig doorvoeren. Een structuur voor overleg komt de samenwerking ten goede en kan geschillen voorkomen. Het feit dat als het orgaan tegen een wijziging is, de franchisegever ervan moet afzien, is moeilijk te verenigen met de plicht van de franchisegever om de formule verder te ontwikkelen en om reputatie, uniformiteit en kwaliteit van de formule en het netwerk te bewaken.⁷⁶ Als bepaalde franchisenemers tegenwerken, kan hij dit niet waarmaken en komt het ketenbelang in gedrang.⁷⁷ Het instemmingsrecht lijkt verder te gaan dan van een Ondernemingsraad die werknemers vertegenwoordigt.⁷⁸ Als het orgaan instemt met een majeure wijziging van de formule, maar een individuele franchisenemer niet, kan het nodig zijn hem te bevrijden van het post contractuele non concurrentiebeding.⁷⁹ Met name als het om meerdere franchisenemers gaat kan dit (reputatie)schade aan het netwerk opleveren of kosten met zich brengen die het doorvoeren van de wijziging bemoeilijken.

– ‘Disclosure’ verplichtingen⁸⁰ en regels over voorovereenkomsten⁸¹ zijn in veel landen gebruikelijk. Derge-

lijke precontractuele informatieverplichtingen werken in de praktijk prima, en vinden meestal grondslag in een formele wet.⁸² Dit is mogelijk de reden waarom het wetsvoorstel de informatieverplichtingen expliciet benoemt.

– De overeenkomst is in de officiële taal van het land waar de franchisenemer is gevestigd.⁸³ Deze verplichting volgt niet uit rechtspraak en is wezensvreemd in het Nederlandse privaatrecht. De regeling van agentuur en de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld strekken tot tamelijk vergaande bescherming van de agent respectievelijk werknemer maar vereisen geen Nederlandstalige overeenkomst. Overigens lijkt het me logisch dat de overeenkomst wordt verstrekt in een taal die de franchisenemer begrijpt. Als dit anders is, lijkt een oplossing langs de band van redelijkheid en billijkheid of dwaling mogelijk.

– Diverse (ook niet-kern)bepalingen mogen op grond van de code niet voor eenzijdige wijziging vatbaar zijn, waaronder bijvoorbeeld betalingsvoorwaarden, franchisevergoeding en conditiestelsel, het gebruik van onderscheidende tekens, exclusiviteit en afspraken over e-commerce en (consumenten)data.⁸⁴ Met name het van tijd tot tijd kunnen wijzigen van beleid over e-commerce, merkgebruik en data is van belang voor de uniformiteit en reputatie van het netwerk en raakt aan het ketenbelang.

– De code verwijst naar een geschillencommissie franchise.⁸⁵ Uit de tekst van de code en het wetsvoorstel blijkt dat de weg naar de gewone rechter als *ultimum remedium* open blijft. Het is jammer dat een geschillencommissie (nog) niet bestaat. De geschilbeslechttings-regeling zal dus buiten de consultatie en parlementaire behandeling blijven.

Contractsvrijheid

In ons contractenrecht staat partijautonomie voorop.⁸⁶ De contractsvrijheid wordt een (ongeschreven) grondrecht genoemd.⁸⁷ De contractsvrijheid vindt haar grens waar de uitoefening in een concrete situatie in conflict komt met een belang van een hogere rechtsorde. Een contract(sbeding) is nietig als het in strijd is met een dwingende wetsbepaling, goede zeden of openbare orde.⁸⁸ De term ‘wetsbepaling’ ziet op wetten in formele zin en op bepalingen die op een uitdrukkelijke delegatie door de formele wetgever berusten.⁸⁹ Strijd met lagere wetgeving kan alleen langs de band van goede zeden of openbare orde tot nietigheid leiden.⁹⁰ Dwingende wetsbepalingen komen in het verbintenissenrecht relatief weinig voor.⁹¹ Eén en ander noopt tot terughoudendheid en vastlegging van de dwingende regels bij voorkeur in de wet zelf. Het wetsvoorstel noemt wel onderwerpen maar geeft (behoudens de informatieplichten) geen invulling aan de normen.

De regels in de code die op de contractsvrijheid en commerciële strategie van partijen ingrijpen zijn gewichtig en hadden ook gezien de onderliggende principes en

systematiek van het BW meer detail verdiend in de delegatiebepaling. De delegatiebepaling voldoet wel aan de eis dat reikwijdte en structuur zijn geregeld, maar de complexiteit van 'comply or explain' in de context van het Nederlandse contractenrecht, op straffe van vernietigbaarheid, creëert rechtsonzekerheid. De code bevat veel open normen en voor partijen is het moeilijk in te schatten of een motivatie voor een afwijking van de code wat betreft vorm en inhoud voldoet aan de eisen. Het van oorsprong Engelse 'comply or explain' principe is bedoeld als 'soft law'. Er mag ook echt van worden afgeweken.⁹² Een uitleg die niet gelijkstaat aan ontduiking van de regels zou voldoende moeten zijn. Het wetsvoorstel gaat een flinke stap verder. Ik betwijfel of dit gaat werken in een geval waar het draagvlak imperfect is. Het zou onwenselijk zijn als franchiseovereenkomsten tientallen extra pagina's zullen bevatten om de redenen van afwijkingen van de code uiteen te zetten. Het is ook niet in het belang van franchise-nemers als franchisegevers liever de vestigingen zelf gaan exploiteren.⁹³

Internationale aspecten

De code bevat niets over rechts- en forumkeuze. Als de code wordt ingevoerd ligt het voor de hand dat internationale franchisegevers voor buitenlands recht en forum kiezen. Nederland plaatst zich daarmee buiten de commerciële contractrealiteit. Het is niet in het belang van Nederlandse franchise-nemers dat zij onderworpen raken aan het recht van Engeland (of van een staat van Amerika), en erger nog – want duurder en verder weg – procederen of arbitrerend aldaar.

In veel landen in Europa en in de VS zijn 'disclosure' en regels over voorovereenkomsten een gegeven.⁹⁴ Abrupte opzegging en een goodwill vergoeding zijn in veel ons omringende landen geregeld (denk aan Frankrijk, België respectievelijk Duitstalige en Zuid-Europese landen).⁹⁵ Het

verplicht instemmen van de franchisegever met nieuwe vestigingen van de franchisenemer of het moeten meewerken aan een overdracht of tussentijdse beëindiging door de franchisenemer is minder gebruikelijk. In de meeste franchisesystemen zijn koopopties inbegrepen (met redelijke prijsbepaling en voorwaarden).⁹⁶ De manier waarop de code de rol van het collectief overleg invult is naar ik heb begrepen, zelfs vrij uniek.⁹⁷

De memorie van toelichting noemt de Verenigde Staten en Australië als voorbeeld van landen waar franchise streng gereguleerd is en de sector – mede dankzij regulering – bloeit.⁹⁸ Hier wordt volgens mij een causaliteit gezien die niet bewezen is. Economische activiteit in de sector is gebaat bij duidelijke regelgeving, waaronder van 'disclosure' verplichtingen en bescherming van de franchisenemer tegen bedrog, misleiding en willekeur.⁹⁹ Inmenging in het strategische beleid van de franchisegever zoals ten aanzien van expansie, keuze van franchise-nemers en ontwikkeling van de formule is, in ieder geval in de VS, een ander onderwerp. Franchisegevers willen weten wanneer ze het goed doen en willen hun verantwoordelijkheid voor het netwerk van vestigingen als geheel kunnen nemen.

Het mededingingsrecht is voor franchisegevers in de EU bovendien strikter dan in bijvoorbeeld de VS en andere delen van de wereld omdat wederverkooprijzen niet afgestemd mogen worden,¹⁰⁰ wederverkoop tussen franchisenemers te allen tijde mogelijk moet zijn¹⁰¹ en – anders dan de memorie van toelichting vermeldt¹⁰² – internetverkoop door franchisenemers niet verboden mag worden.¹⁰³ Hooguit mogen er kwaliteitseisen worden gesteld aan de web-omgeving waarin de verkopen worden gedaan.¹⁰⁴ In dit opzicht geniet de franchisenemer in Europa meer vrij ondernemerschap en heeft de franchisegever sowieso al een stuk minder ruimte om zijn strategie te bepalen dan daarbuiten.

68. H 2, art. 2.3h Franchisecode.

69. J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

70. HvJ EU 28 januari 1986, C161/84 (*Pronuptia*).

71. H2, art. 2.3i Franchisecode.

72. J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14.

73. Toelichting op art. 2.3 i Franchisecode.

74. H 2, art. 2.6c Franchisecode.

75. Art. 2.6 c en h en toelichting sub h Franchisecode.

76. Hof Amsterdam, 24 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:249 (*Spare Rib Express Nederland/Spare Rib Express*); Rb. Haarlem 11 september 2014,

ECLI:NL:RBNHO:2014:9474 (*Ahold/Pollemans*), *Prg.* 2014/270, *NTHR* 2015, afl. 1, p. 45; A.J.J. van der Heijden, *Franchising*, 1999, p. 203.

77. Rb. Maastricht 14 februari 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV4718 (*BBQ Franchise*); Rb. Utrecht 30 september 2009,

ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ8991 (*Nebo makelaars*).

78. 77 M.S.J. Steenhuis, 15 februari 2017, www.kadv.nl/nl/blog/1012/100/de-bevoegdheden-van-de-franchisenemersver-tegenwoordiging-in-vergelijk-met-die-van-de-ondernemingsraad#.WKRCKtd-XYd. [linkedin](https://www.linkedin.com).

79. H 2, art. 2.6h Franchisecode.

80. H 3, art. 3.4 e.v. Franchisecode.

81. H 3, art. 3.9 a-d Franchisecode.
82. Art. 62.3 Spaanse detailhandelswet en art. 3 van KB 201/2010; Boek X, afdeling 2 Belgisch Wetboek van economisch recht; M. Abell, *The Franchise Law Review*, London: Law Business Research Ltd. 2016; art. 3:15 (d) BW.

83. H 4, art. 4.3 Franchisecode.

84. H 4, art. 4.6d, e, g, h, i en j Franchisecode.

85. H 5, art. 5.2 Franchisecode.

86. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/41.

87. J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2016, p. 14; Zie ook *Asser Hartkamp II*, nr. 45a.

88. Art. 3:40 BW; MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 192; Hijma, in: *Tekst en Commentaar* op art. 3:40 BW, aant. 3, (online, 18 januari 2017).

89. MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 192.

90. Hijma, in: *Tekst en Commentaar* op art. 3:40 BW aant. 3, (online, 18 januari 2017).

91. Bijv. handelsagentuur, consumentenkoop, enz.

92. 'Om het principe optimaal te laten functioneren is van essentieel belang dat de vrije keuze tussen 'comply' or 'explain' wordt gewaarborgd zonder dat de 'explain' optie een mogelijkheid voor ontduiking vormt', K. de Roo, *Ars Aequi*, april 2015, 'De Corporate Governance code en het drijszand van de open norm.' p. 262.

93. MvT, p. 20

94. Rosen et al, 'United States', in: *The*

Franchise Law Review, p. 622-623; Mallerio, 'France', in: *The Franchise Law Review*, p. 307; Clevenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 220-221.

95. Clevenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 227.

96. Mallerio, 'France', in: *The Franchise Law Review*, p. 312; Clevenbergh et al, 'Belgium', in: *The Franchise Law Review*, p. 227.

97. Vergelijk Rosen et al, 'United States', in: *The Franchise Law Review*, p. 632.

98. MvT, p. 19.

99. Wet Acquisitiefraude (art. 6:194 BW en art. 326d Sr).

100. Richtsnoeren nr. 48 en 223 e.v.

101. HvJ EG 28 januari 1981, C- 161/84 (*Pronuptia*).

102. MvT, p. 31.

103. HvJ EG 13 oktober 2011, C- 439/09 (*Pierre Fabre*).

104. Richtsnoeren, 52-56, m.n. 54.

Een 'haakje' werkte toch prima voor de Corporate Governance Code?

Het past wellicht om een vergelijking te maken met het 'wettelijk haakje' waarmee de Corporate Governance Code van 2003 destijds in de wet werd verankerd en hoe het daar nu mee staat.

De verplichtingen van de Corporate Governance Code met betrekking tot de inhoud van het bestuursverslag van een beursgenoteerde vennootschap¹⁰⁵ zijn via een delegatiebepaling en een AMvB in de wet verankerd.¹⁰⁶ Het wetsartikel verwijst naar *een in de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode*¹⁰⁷ en bevat niets over de inhoud van de gedragscode.¹⁰⁷ De AMvB bevat de aanwijzing van de code, de voorschriften omtrent de naleving daarvan, en benoemt het 'pas toe of leg uit' principe.¹⁰⁸ De voordracht voor de AMvB wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd ('voorhang' bepaling).¹⁰⁹

De preambule van de herziene 'corporate governance' code geeft aan dat de code breed gedragen opvattingen bevat over de governance van beursgenoteerde vennootschappen.¹¹⁰ Nieuw is het uitgangspunt van lange termijn waarde-creatie en het belang van cultuur. Voorwerp van het 'haakje' zijn slechts de bepalingen die zien op de inhoud van het bestuursverslag. De andere bepalingen van de code zijn dus niet wettelijk verankerd, en toch worden ook die bepalingen breed nageleefd en in rechtspraak gevolgd.¹¹¹

De code mag een succes worden genoemd. Vaak wordt verwezen naar het draagvlak voor de code en het belang om dit in herzieningsrondes niet te verliezen.¹¹² Een korte analyse leert dat diverse bepalingen een nadere invulling zijn van de reeds in Boek 2 BW aan beursgenoteerde vennootschappen opgelegde verplichtingen. Een enkel controversieel onderwerp was reeds gebaseerd op een ander artikel in de formele wet.¹¹³ In 2013 werd gesignaleerd dat de overlap op sommige punten tussen de code en de wet onduidelijkheden kon veroorzaken en dat de regels te gedetailleerd zijn. In de herziene code is aandacht besteed aan deze feedback. Het 'pas toe of leg uit' principe wringt soms met de Nederlandse praktijk. Het principe past als het ware niet goed in ons rechtssysteem. Het gevaar bestaat dat rechters draagvlak voor de normen veronderstellen, wat niet altijd zo is. Dit moet per norm of *best practice* worden beoordeeld,¹¹⁴ en doet ook tekort aan de mogelijkheid af te wijken. De normen van de code hebben door het risico van strijd met de wet de neiging te verworden tot 'comply' of 'comply'.¹¹⁵ Sommige marktpartijen drongen bij de herziening aan op een 'pas toe en leg uit'¹¹⁶ principe.

Met alle nuances, is deze code een voorbeeld van zelfregulering waarvan een deel met een geslaagd 'haakje' is verankerd in de wet. Het belangrijkste verschil met de franchise code is dat er weinig kritiek was op het totstandkomingsproces en de inhoud. De context van Boek 2 BW is ook anders, het regelt hoe vennootschappen maatschappelijk verantwoording afleggen. Dit is niet te vergelijken met de relatie tussen twee professionele partijen in het verbintenissenrecht. In de praktijk leidt de verankering wel tot een keurslijf, omdat de partij die afwijkt risico loopt en rechters de neiging hebben de code (verankerd of niet) toe te passen.

Conclusie

Zelfregulering werkt als er draagvlak voor is, en dan werkt het meestal ook prima zonder wettelijke verankering. Bij onvoldoende draagvlak stuit het afdwingen van naleving mogelijk op staats- en privaatrechtelijke bezwaren.

Op basis van het legaliteitsbeginsel moet een delegatiebepaling tenminste de hoofdelementen en de reikwijdte en structuur van de regeling bevatten. Vanwege de complexiteit en het imperfecte draagvlak van de code meen ik dat de materiële regels van de franchisecode het primaat van de wetgever verdienen. Om democratische legitimatie te verbeteren had de minister een uitgebreidere delegatiebepaling kunnen voorstellen waarin niet slechts onderwerpen benoemd worden maar ook een richting voor de invulling daarvan. Een 'voorhang' bepaling zou toegevoegde waarde hebben gehad. Het Engelse 'pas toe of leg uit' principe is 'soft law', leent zich niet goed voor de straf van vernietigbaarheid, en is eigenlijk minder geschikt om onwillige partijen tot naleving te dwingen. Dit levert onduidelijkheid op en het risico bestaat dat het polarisatie tussen partijen in de markt in de hand werkt in plaats van vermindert. Vanuit wetssystematiek had het beter gepast de code als standaardregeling in de zin van artikel 6:214 BW aan te wijzen. Omdat niet aan de bij wet gestelde totstandkomingsvereisten is voldaan en een standaardregeling geen dwingend recht kan bevatten, is dit geen optie.

Hoe dan wel verder? Nieuwe zelfregulering kan worden ontworpen die aan de eisen van een standaardregeling voldoet en als zodanig kan gaan functioneren. Als de minister dwingende voorschriften wil opleggen, kan hij een nieuw wetsvoorstel met regels van dwingend en regelend recht indienen met een integrale regeling van 'de franchiseovereenkomst'. Na een volle parlementaire toetsing kan dit worden toegevoegd in Boek 7 BW. Hoe dan ook, beter iets nieuws breien dus, in plaats van (aan)haken bij wat er al is. ●

¹⁰⁵. Coderegels die niet op art. 2:391 lid 5 BW steunen, kunnen wel op basis van een andere rechtsgrond het karakter van een bindende regel hebben (bijv. art. 2:8 BW).

¹⁰⁶. Besluit van 23 december 2004.

¹⁰⁷. Art. 2:391 lid 4 en 5 BW.

¹⁰⁸. Art. 2 en 3 van het besluit van 23 december 2004.

¹⁰⁹. Art. 2:391 lid 5 en 6 BW.

¹¹⁰. www.mccg.nl/; De herziene code is

gepubliceerd op 8 december 2016 en kwam tot stand m.m.v. VNO-NCW, VEVO, Eumedion, VEB, FNV, CNV en Euronext en moet nog in wet worden verankerd.

¹¹¹. HR 21 februari 2003, NJ 2003/182 (HfG) r.o. 4.2; HR 13 juli 2007,

ECLI:NL:HR:2007:BA7970 (ABN AMRO) r.o. 4.4-4.8; HR 14 september 2007,

ECLI:NL:HR:2007:BA4888 (Versatel), r.o. 4.4.3.

¹¹². S. Rietveld & M. Cremers, 21 juni 2016, 'Herziening van de corporate governance code: een overzicht van wijzigingen', *Ondernemingsrecht* 2016/68.

¹¹³. Wetsvoorstel (34435), aanvaard op 7 februari 2017 door de Eerste kamer.

¹¹⁴. Asser/*Van Soline & Nieuwe Weme 2-Ila* 2013/38, 'Corporate Governance Code; rechtskarakter'; de code is geen recht in de zin van art. 79 RO.

¹¹⁵. K. de Roo, 'De Corporate Governance code en het drijfzand van de open norm', *Ars Aequi*, april 2015, p. 265.

¹¹⁶. T. van Wijngaarden & F. Sax, 'De herziene Corporate Governance Code: wat zijn de belangrijkste wijzigingen', *JutD*, 20 januari 2017, 2017-02, onder 'afsluitende opmerkingen'.