

## **Duits of Nederlands Recht? – Een Keuze die kennis vereist**

Duitsland is een van de grootste handelspartners van Nederland voor export en import. Daarbij wordt wel gebruikt gemaakt van franchiseketens. Franchising werd in de jaren '60 op de Duitse en Nederlandse markt geïntroduceerd en veranderde binnen korte tijd het gezicht van de markt voor het midden- en kleinbedrijf. Bekende franchiseketens in Duitsland zijn OBI (bouwmarkten), Foto Quelle (fotoartikelen), TUI/First (reisbureaus). In Nederland staan de namen Albert Heijn en HEMA voor franchising en wereldwijd kennen wij allemaal het McDonald's-systeem.

### *Over de grens*

Franchising leent zich goed voor het exploiteren van buitenlandse markten. De franchiseformule is gemaakt voor de overdracht van economisch know-how naar een ander bedrijf op een andere plaats, ook over de grens. Indien een Nederlandse franchisegever met een reeds bestaande franchiseketen de Duitse markt op wil, wordt hij echter geconfronteerd met veel kosten en risico's. De kosten liggen in de werving en opzet van nieuwe franchisenemers in Duitsland besloten. Ook het nodige marktonderzoek brengt kosten met zich. Verder betekent het een risico om de franchiseformule letterlijk en economisch naar het Duits te vertalen. Wat in Nederland bekend en gewild is, is niet noodzakelijk in Duitsland een succes. Daarbij komt dat Duitsland een groot land is waar ook binnen het land zelf grote cultuurverschillen bestaan. Een Münchener houdt niet van hetzelfde als een Hamburger.

### *Verschillende regelgeving*

Daarbij vloeit ook nog een risico voort uit de verschillen in de regelgeving. Het buitenlandse recht en het gebrek aan vertrouwdheid ermee kan een belemmering voor het uitbreiden van een franchiseketen vormen. Weliswaar heeft de opening van de markten binnen de Europese Unie tot een zekere mate van harmonisatie en versoepeling geleid. De Europese Commissie in haar hoedanigheid als Europees Kartelbureau houdt er toezicht op, dat de handel met producten en diensten binnen de Europese Unie niet wordt belemmerd. Dit neemt echter niet weg dat de toegang tot een buitenlandse markt niet alleen kennis van zaken vereist maar ook kennis van recht. Zijn er vergunningen vereist? Zijn er heffingen of belasting verschuldigd? Welk recht is van toepassing op de met een franchisenemer gesloten overeenkomsten? Het Duitse, het Nederlandse, of bestaat er een internationaal recht? Mag ik kiezen en zo ja, welke keuze verdient aanbeveling?

### *Welke recht is van toepassing?*

Welke recht op de franchiseovereenkomst van toepassing is hangt in beginsel af van de plaats waar de franchisepartijen gevestigd zijn. De franchisegever kan een dochtermaatschappij of andere zelfstandige vestiging in Duitsland beginnen, welke als masterfranchisegever overeenkomsten met Duitse franchisenemers afsluit. Dan is er sprake van een zuiver nationale constellatie en is het Duitse recht zonder meer van toepassing. Maar wat als de franchisegever in Nederland is gevestigd en van daar uit franchiseovereenkomsten met Duitse ondernemers afsluit? Welke recht is dan van toepassing?

De wetgever kijkt in beginsel naar de partij die de kenmerkende prestatie verricht. "Kenmerkend" dient in dit kader te worden begrepen als een verschil maken tussen een soort overeenkomst en een ander soort overeenkomst. In een koopovereenkomst is de kenmerkende prestatie de levering van goederen en in een huurovereenkomst is het de terbeschikkingstelling van het afgehuurde pand. Maar wat is nu de kenmerkende prestatie bij een franchiseovereenkomst? Het ter beschikking stellen van een franchiseformule zou je kunnen zeggen. Maar ook de wijze waarop de franchisenemer deze formule als zelfstandige ondernemer naleeft, is kenmerkend voor een franchiseovereenkomst en levert bijvoorbeeld het verschil op tussen de franchisenemer en de handelsagent. Ook bestaat de franchiseovereenkomst vaak uit meer onderdelen dan de franchiseformule en de naleving daarvan. Vaak worden leveringsverplichtingen en

huurovereenkomsten opgenomen. Dit schept onzekerheid, die wederom in een kostbaar procesrisico kan resulteren.

#### *Go shopping if you know how*

Voor de meest voorkomende gevallen bestaat de mogelijkheid om in de overeenkomst een rechtskeuze te maken. Een Nederlandse franchisegever die met een franchisenemer in Duitsland een franchiseovereenkomst sluit, kan hierin een clausule opnemen waarin hij voor het Nederlandse recht kiest. Een rechtskeuze geeft in beginsel zekerheid over het toepasselijke recht.

Hoe echter een keuze te maken indien de voordelen en nadelen van het een of ander niet bekend zijn? Wie hiervan op de hoogte is, kan door een rechtskeuze "shoppen". Hij kan mogelijk de nadelen van het ene recht ontduiken en gebruik maken van de voordelen van een ander recht.

#### *Enige valkuilen*

Een rechtskeuze beschermt echter niet tegen alle valkuilen en bijzonderheden van het Duits recht. De keuzevrijheid heeft grenzen, bijvoorbeeld indien het gaat om overdracht van onroerend goed of indien het publiekrecht of arbeidsrecht betreft.

#### *Vergunningen*

De Duitse franchisenemer moet dezelfde vergunningen aanvragen als andere Duitse bedrijven (Gewerbe- of Gaststättenerlaubnis). Daarbij geldt in Duitsland in beginsel de vrijheid van beroep en bedrijf. De aangifte van het bedrijf dient slechts ter controle.

#### *Inschrijving in het handelsregister*

De franchisenemer is tevens verplicht om zijn bedrijf onder zijn eigen handelsnaam in het handelsregister in te schrijven. Een inschrijving onder de naam van de franchisegever is, anders dan in Nederland, niet voldoende en mag ook in het rechtsverkeer door de franchisenemer niet als handelsnaam worden gebruikt. De naam van de franchisenemer moet altijd naast die van de franchisegever duidelijk worden gesignaleerd. Gebeurt dit niet en worden alle contracten onder de handelsnaam van de franchisegever gesloten, wordt de franchisegever ook als contractspartij beschouwd en kan hieruit rechtstreeks worden aangesproken.

Indien de Nederlandse franchisegever ervoor kiest een filiaal van zijn eigen bedrijf in Duitsland op te richten, hoeft dit filiaal geen eigen rechtspersoon of vennootschap te zijn; het filiaal is dan gewoon een onderdeel van de Nederlandse franchisegever. Toch dient de franchisegever dit filiaal in het handelsregister als zodanig in te schrijven. Voldoet hij hieraan niet, dan geldt zijn filiaal volgens het Duits recht als een vennootschap onder firma met als gevolg de persoonlijke aansprakelijkheid van alle personen die als vennoten kunnen worden aangemerkt.

#### *De franchisenemer als werknemer*

Een andere valkuil kan vanuit het arbeidsrecht dreigen. Het idee van franchising heeft altijd de zelfstandigheid van de franchisenemer als uitgangspunt. Indien de franchisenemer echter door de franchiseovereenkomst, een handboek en bijkomende richtlijnen en instructies zodanig in zijn vrije bedrijfsuitoefening wordt beperkt, dat hij bij wijze van spreken een "loonslaaf in eigen bedrijf" is, zal hij door de kantonrechter als werknemer kunnen worden beschouwd. Dit is met name aannemelijk indien de franchisenemer weinig eigen kapitaal inbrengt en zijn bedrijf zich beperkt tot een koelwagen, zoals bij de diepvrieslevensmiddelketens Eismann of Bofrost. De franchiseovereenkomst wordt dan aangemerkt als arbeidsovereenkomst, welke - ongeacht een rechtskeuze - naar Duits recht wordt beoordeeld, omdat de werkzaamheden in Duitsland worden uitgevoerd. De franchisenemer heeft dan recht op loon en vakantie en de franchisegever is verplicht om de inkomstenbelasting en de sociale premies af te dragen. De franchisenemer wordt als werknemer tevens beschermd tegen onredelijk ontslag. Daartegenover is de bescherming van een franchisenemer tegen opzegging van de franchiseovereenkomst tamelijk beperkt. Zo oordeelde het Bundesgerichtshof (de Duitse Hoge Raad) reeds in

1986 dat de fastfood-keten McDonald's een franchiseovereenkomst per direct mocht beëindigen omdat de franchisenemer zich herhaaldelijk niet aan de in het handboek voorgeschreven grilltemperatuur voor hamburgers had gehouden. Indien een arbeids-overeenkomst zou zijn aangenomen, dan zou dat wellicht stukken moeilijker zijn geweest.

#### *De franchisenemer als consument*

De franchisenemer wordt door de rechtspraak onder bepaalde omstandigheden tevens als consument beschouwd. Dit is raar omdat de franchisenemer in de uitoefening van een bedrijf handelt en daarom als ondernemer aan te merken valt. Indien de franchisenemer op het tijdstip van het sluiten van de franchiseovereenkomst echter nog geen bedrijf uitoefent, geldt hij als starter (Existenzgründer). Indien een starter zich in een franchiseovereenkomst verplicht om gedurende de franchiserelatie regelmatig goederen van de franchisegever af te nemen, wordt dit beschouwd als een consumentenkrediet in de zin van de wet. De verplichting moet dan op schrift worden gesteld. De franchisenemer heeft tevens het recht om de franchiseovereenkomst binnen een termijn van twee weken na ondertekening te ontbinden. De franchisegever moet de franchisenemer informeren over zijn recht tot ontbinding. Zonder deze mededeling vervalt het recht tot ontbinding niet en blijft de franchisenemer ook na afloop van een termijn van twee weken gerechtigd tot ontbinding.

#### *Keuze van de bevoegde rechter*

Een rechtskeuze kan weliswaar tot op zekere hoogte vastleggen welke recht op de franchiseovereenkomst van toepassing is. Een rechtskeuze geeft echter niet tegelijkertijd ook de bevoegde rechter aan. Vaak wordt in de algemene voorwaarden de bevoegde rechter bij de zetel van de franchisegever aangewezen. Dit is echter niet altijd geldig omdat over een dergelijke keuze uitdrukkelijke overeenstemming moet worden bereikt. Algemene voorwaarden zijn hiervoor onvoldoende. In het algemeen dient een persoon bij die rechter te worden gedagvaard waar die persoon zijn/haar woonplaats c.q. zetel heeft. Dit betekent dat een Duitse franchisenemer uit Berlijn door zijn Nederlandse franchisegever uit Rotterdam voor de Berlijnse rechter moet worden gedagvaard. Dit geldt ook wanneer de franchiseovereenkomst geheel naar Nederlands recht dient te worden beoordeeld.

Het spreekt vanzelf dat hierdoor de kosten van een procedure aanzienlijk verhoogd kunnen worden. Maar het kan ook voordelen opleveren. Indien bijvoorbeeld de Nederlandse rechter in Rotterdam er om bekend staat bijzonder strikt tegen franchisegevers op te treden en dit in het verleden ook reeds aan de betrokkene franchisegever heeft laten merken, kan een andere rechter wenselijk zijn. Ook zal de Nederlandse rechter eerder geneigd zijn om de Nederlandse rechtspraak op te volgen, ook al is hij niet hieraan gebonden. De Duitse rechter zal hier mogelijk in bepaalde gevallen een ander standpunt in kunnen nemen, voor zover er niet sprake is van een eenduidige heersende leer of rechtspraak in Nederland.

#### *Grensoverschrijdend advies*

Het starten van een franchiseketen in Duitsland is een grensoverschrijdende investering, welke - ongeacht een rechtskeuze - kennis van zowel het Duits en het Nederlandse recht vereist. Het is daarom zaak om vooraf een juridisch advies te vergaren dat eveneens niet aan de Duits-Nederlandse grens eindigt.

*Rechtsanwältin en advocaat Dr. mr. Annika Schimansky*  
*Duits-Nederlandse rechtspraktijk, Zutphen, [www.schimansky.nl](http://www.schimansky.nl)*

---

Annika Schimansky is rechtsvergelijkend gepromoveerd op de franchiseovereenkomst naar Nederlands en Duits recht en is als Rechtsanwältin en advocaat met eigen kantoor werkzaam.