

Vergaderjaar 2019–2020

35 392

Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 12 december 2019 en het nader rapport d.d. 6 februari 2020, aangeboden aan de Koning door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 juli 2019, nr. 2019001456, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 12 december 2019, nr. W18.19.0234/IV, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

In het navolgende ga ik op deze opmerkingen in. De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

Bij Kabinetsmissive van 17 juli 2019, no. 2019001456, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel heeft tot doel de relatie tussen de franchisegevers en franchisenemers meer evenwichtig te maken. Daartoe wordt een regeling

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

voor de franchiseovereenkomst toegevoegd aan Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het wetsvoorstel voorziet in regels omtrent de (precontractuele) uitwisseling van informatie, de tussentijdse wijziging van een lopende overeenkomst, beëindiging van de overeenkomst en een instemmingsrecht van de franchisenemer of een meerderheid daarvan bij wijzigingen in de franchiseformule of de exploitatie van een afgeleide formule. Het oogmerk daarbij is de positie van de franchisenemer te versterken.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft opmerkingen over de onderzoeksplicht van de franchisenemer, delegatie en de Dienstenrichtlijn. In verband daarmee is aanpassing van het voorstel en de toelichting wenselijk.

1. Inleiding

Franchise is een systeem voor de afzet van goederen of diensten, gebaseerd op een hechte en voortdurende samenwerking tussen juridisch en financieel zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen: de franchisegever en zijn franchisenemer(s). De franchisegever verleent aan individuele franchisenemers het recht en legt hen de verplichting op om een bedrijf te exploiteren volgens het concept van de franchisegever. De franchisenemer draagt het ondernemersrisico, maar profiteert van de naamsbekendheid en het succes van de franchiseformule. Binnen de franchisierelatie bestaat van nature een zeker overwicht bij de franchisegever ten opzichte van de franchisenemer. Dit komt doordat de franchisenemer relatief afhankelijk van de franchisegever is, doordat de franchisegever beslist over de franchiseformule. In de praktijk blijkt dat de manier waarop de franchisegever zijn overwicht inzet, tot onredelijke en onwenselijke situaties kan leiden voor de franchisenemer². Zelfregulering heeft onvoldoende geleid tot een verandering van deze praktijk. Daarom is besloten tot wetgeving.

Het wetsvoorstel beoogt de informatiepositie van de franchisenemer, voorafgaand aan en tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst te versterken. Daartoe bevat het voorstel een opsomming van onderwerpen waarover de franchisenemer in ieder geval tijdig moet worden geïnformeerd door de franchisegever, op straffe van vernietigbaarheid van de overeenkomst. Als tegenhanger daarvan heeft de franchisenemer een onderzoeksplicht. Voorts bevat het wetsvoorstel een regeling voor de vergoeding van goodwill bij beëindiging van de franchiseovereenkomst. Tot slot wordt de reikwijdte van post-contractuele non-concurrentiebedingen beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor bescherming van de know-how en concurrerende goederen of diensten³.

2. Onderzoeksplicht franchisenemer

Op grond van het voorstel dient de franchisenemer, binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid, de nodige maatregelen te treffen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen overgaat tot het sluiten van de franchiseovereenkomst⁴. De onderzoeksplicht ziet in ieder geval op het deugdelijk bestuderen van de van de franchisegever ontvangen informatie, het zo nodig tijdig inschakelen van deskundige bijstand en eventueel het doen van navraag bij andere

² Algemeen deel van de toelichting, paragraaf 1 (Inleiding).

³ Algemeen deel van de toelichting, paragraaf 3 (Hoofdlijnen wetsvoorstel).

⁴ Artikel 915 van het voorstel.

franchisenemers binnen de keten omtrent hun ervaringen, aldus de artikelsgewijze toelichting⁵.

De formulering van dit artikel is ingegeven door de wijze waarop de onderzoeksplicht in de rechtspraak betreffende dwaling is geformuleerd:

«Voor degeen die overweegt een overeenkomst aan te gaan, bestaat tegenover de wederpartij een gebondenheid om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft (...).»⁶

Krachtens het algemeen verbintenissenrecht kan het niet of onvoldoende doen van onderzoek door de dwalende, een beroep op dwaling in de weg staan. Naar vaste rechtspraak zullen redelijkheid en billijkheid zich er echter doorgaans tegen verzetten dat de dwaling voor rekening van de dwalende komt, indien deze vertrouwd op mededelingen van de wederpartij⁷. Ingevolge het algemeen verbintenissenrecht heeft de franchisegever een mededelingsplicht en de franchisenemer een onderzoeksplicht, waarbij eerstgenoemde in het algemeen zwaarder zal wegen.

Tegen deze achtergrond rijst de vraag wat de onderzoeksplicht van de franchisenemer uit het voorstel toevoegt. Het wetsvoorstel brengt immers geen verandering in de rechtspositie van partijen, omdat het de algemene rechtsregel codificeert die reeds uit de jurisprudentie voortvloeit en die betrekking heeft op overeenkomsten in het algemeen. Indien codificatie van de onderzoeksplicht al wenselijk zou zijn, ligt het meer voor de hand dit in Boek 6 BW te doen.

Op grond van het voorgaande adviseert de Afdeling nader te motiveren wat de meerwaarde van de voorgenomen bepaling is. Indien deze motivering niet gegeven kan worden, adviseert de Afdeling de voorgenomen bepaling uit het wetsvoorstel te schrappen.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is in paragraaf 3.2 van het algemeen deel van de toelichting nader gemotiveerd wat de meerwaarde is van de bepaling inzake de onderzoeksplicht van de franchisenemer. Terecht constateert de Afdeling dat niet bedoeld is verandering te brengen in de rechtspositie van partijen zoals die reeds uit de jurisprudentie voortvloeit. Veeleer is met de wettelijke bepaling bedoeld een zelfstandige verplichting voor de franchisenemer te benadrukken teneinde te voorkomen dat het vertrouwen op de mededelingen van de franchisegever al te lichtvaardig plaatsvindt. De franchisenemer draagt hierin een eigen verantwoordelijkheid die in de desbetreffende onderzoeksplicht expliciet tot uitdrukking wordt gebracht.

3. Delegatie

Ingevolge het voorgestelde artikel 918 kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld omtrent aard, inhoud en wijze van verstrekking van de in de artikelen 913 en 916 bedoelde informatie. Volgens de toelichting is een delegatiebepaling wenselijk om snel in te kunnen spelen op eventuele knelpunten bij de uitvoering. De toelichting zegt echter ook dat het voorstel adequaat is en dat er op dit moment geen concrete algemene maatregel van bestuur wordt voorzien.

⁵ Toelichting bij artikel 915.

⁶ HR 21 januari 1966, ECLI:NL:PHR:1966:AC4621 (*Booy/Wisman*).

⁷ HR 5 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023 (*Baris/Riezenkamp*); Valk, in: T&C BW 2019, art. 6:228 BW, aantekening 4 onder b.

De Afdeling wijst erop dat van de bevoegdheid tot het bij algemene maatregel van bestuur vaststellen van algemeen verbindende voorschriften een terughoudend gebruik moet worden gemaakt. Vanwege de aard van de in de artikelen 913 en 916 genoemde informatieverplichtingen, ligt het voor de hand dat aan de inhoud daarvan in eerste instantie door de rechter, aan de hand van concrete gevallen, invulling zal worden gegeven. Mede gelet op het feit dat ook de regering zelf van oordeel is dat het voorstel in de huidige vorm adequaat is, is een delegatiebepaling teveel.

De Afdeling adviseert artikel 918 te laten vervallen.

De Afdeling merkt terecht op dat het in eerste instantie aan de rechter is om een nadere duiding van de informatieverplichtingen te geven. Die nadere duiding wordt dan echter steeds slechts in individuele zaken gegeven, en geldt daarmee dan ook enkel voor de in bij die betreffende zaak betrokken partijen. Daar gaat weliswaar op zichzelf reeds een zeker normerend effect van uit, maar het valt bepaald niet uit te sluiten dat de in concreto gegeven nadere duiding dusdanig relevant is voor franchisegevers en -nemers ten algemene, dat deze van algemene strekking zou moeten zijn. Dit kan dan op relatief snelle en efficiënte wijze geschieden door het tot stand brengen van een algemene maatregel van bestuur, waarin de in de jurisprudentie ontstane lijnen kunnen worden gecodificeerd. Op die manier krijgen de lijnen algemene gelding voor alle franchisegevers en -nemers waarop de algemene maatregel van bestuur van toepassing is, zonder dat zij die gelding door middel van een individuele rechtsgang hebben hoeven afdwingen. Dit is temeer van belang, nu in de praktijk is gebleken dat partijen een rechtsgang doorgaans zoveel mogelijk vermijden uit zorg of zelfs angst voor het ondermijnen van de onderlinge franchiserelatie. Daarnaast kunnen er ook ontwikkelingen in het veld bestaan die aanleiding geven om relatief snel tot nadere regulering te komen betreffende aard, inhoud en wijze van verstrekking van informatie, en aldus tot verduidelijking en rechtszekerheid ter zake te komen, waarbij niet eerst nadere duiding in de rechtspraak kan worden afgewacht. Tegen deze achtergrond wordt het bestaan van een delegatiegrondslag essentieel geacht om goed in te kunnen spelen op de ontwikkelingen binnen het dynamische franchise. De memorie van toelichting is naar aanleiding van het advies van de Afdeling aangevuld (artikelsgewijze toelichting bij artikel 7:918). Het advies van de Afdeling om artikel 918 te laten vervallen, is echter niet gevolgd.

4. Dienstenrichtlijn

Zoals in de Europeesrechtelijke paragraaf van de toelichting wordt opgemerkt, is franchising een economische activiteit, die als «dienst» onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn⁸ valt⁹. In de toelichting wordt onderkend dat het voorstel «eisen» bevat, als bedoeld in artikel 4, onderdeel 7 van de richtlijn¹⁰. Aangezien ook sprake kan zijn van grensoverschrijdende franchising, moeten deze eisen voldoen aan artikel 16 van de Dienstenrichtlijn. In de toelichting wordt dit onderkend en wordt opgemerkt dat het voorstel overeenkomstig de Dienstenrichtlijn bij de Europese Commissie wordt genotificeerd. Mede met het oog daarop, merkt de Afdeling het volgende op.

⁸ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376).

⁹ Algemeen deel van de toelichting, paragraaf 4.3 («Verhouding tot Europees recht»).

¹⁰ Onder eisen wordt, onder meer, verstaan «elke verplichting [...] voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke bepalingen».

De rechtvaardiging voor de wettelijke eisen wordt gezocht in redenen van openbare orde. De Afdeling merkt op dat het begrip «openbare orde» afkomstig is uit het primaire Unierecht¹¹, waarbij, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie, sprake moet zijn van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving¹². In de toelichting wordt in algemene termen opgemerkt dat sprake is van structurele onevenwichtigheid in de machtsverhoudingen tussen franchisegever en franchisenemer. Daarbij heeft laatstgenoemde een zwakke positie. Uit deze toelichting wordt echter niet duidelijk in hoeverre deze omstandigheden ook een openbare-orde-belang als bedoeld in de Dienstenrichtlijn opleveren. Ook wordt niet voor de verschillende in het voorstel opgenomen eisen gespecificeerd waarom deze noodzakelijk zijn voor dit openbare-orde-belang.

De Afdeling adviseert om de toelichting met inachtneming van voorgaande aan te vullen.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is paragraaf 4.3 van de memorie van toelichting aangevuld. Daarin is nader uiteen gezet in welke zin sprake is van een openbare-orde-belang dat geldt als rechtvaardiging voor de wettelijke eisen in het voorstel. Verduidelijkt is dat franchise van aanzienlijk belang is voor de Nederlandse economie en het sociale weefsel van de samenleving, en dat de problematiek op het gebied van franchise niet alleen ook in andere landen ervaren wordt, maar daar ook aanleiding geeft tot invoering van regelgeving, zoals in België. Ook op Europees niveau ontwikkelt zich een koers in die richting. Het meer in balans brengen van de onderlinge machtsverhouding is in het algemene economische belang en geldt aldus als een fundamenteel belang van openbare orde dat bescherming behoeft. Het hier bedoelde algemene economisch belang, zoals dat ook door het mededingingsrecht beschermd wordt, is van openbare orde en de bescherming daarvan draagt bij aan de door de Unie gestelde doelen tot verzekering van een goede, gezonde marktwerking, de noodzaak om verstoringen van het economische leven te vermijden en om eerlijke handelspraktijken te waarborgen. Anders dan geadviseerd, is hierbij geen specificatie per wettelijke eis gehanteerd, omdat het hier bij de beoordeling van de openbare orde als dwingende reden van algemeen belang ter rechtvaardiging van het aannemen van wettelijke eisen juist gaat om het samenstel van die eisen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

5. Overige wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om een redactionele wijziging aan te brengen in de memorie van toelichting, die niet het gevolg is van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State. In paragraaf 9 is namelijk de zin gewijzigd waarin gerefereerd werd aan een vereiste van een gekwalificeerde meerderheid van franchisenemers. Abusievelijk sloot

¹¹ Dit begrip is gebaseerd op artikel 52 VWEU, die ingevolge artikel 62 VWEU ook van toepassing is op het vrij verkeer van diensten

¹² Zie randnummer 41 van de considerans bij de Dienstenrichtlijn. Het Hof van Justitie EU geeft aan de reikwijdte van dit begrip in zijn rechtspraak een strikte uitleg. Vgl. onder andere HvJ 21 januari 2010, *Commissie/Duitsland*, zaak C-546/07, ECLI:EU:C:2010:25, punt 49.

de toelichting op dit punt niet aan op de wettekst, waarin naar aanleiding van de consultatie niet langer een gekwalificeerde meerderheid vereist was, maar een «gewone» meerderheid.

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer