No.W18.19.0234/IV 's-Gravenhage, 12 december 2019

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

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 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 franchiserelatie 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 franchisenemer.[[1]](#footnote-1) 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 diensten.[[2]](#footnote-2)

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 franchiseovereenkomst.[[3]](#footnote-3) 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 franchisenemers binnen de keten omtrent hun ervaringen, aldus de artikelsgewijze toelichting.[[4]](#footnote-4)

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 (…).”[[5]](#footnote-5)

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 vertrouwde op mededelingen van de wederpartij.[[6]](#footnote-6) 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.

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.

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.

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 Dienstenrichtlijn[[7]](#footnote-7) valt.[[8]](#footnote-8) In de toelichting wordt onderkend dat het voorstel ‘eisen’ bevat, als bedoeld in artikel 4, onderdeel 7 van de richtlijn.[[9]](#footnote-9) 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.

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 Unierecht,[[10]](#footnote-10) 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 samenleving.[[11]](#footnote-11) 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.

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,

1. Algemeen deel van de toelichting, paragraaf 1 (Inleiding). [↑](#footnote-ref-1)
2. Algemeen deel van de toelichting, paragraaf 3 (Hoofdlijnen wetsvoorstel). [↑](#footnote-ref-2)
3. Artikel 915 van het voorstel. [↑](#footnote-ref-3)
4. Toelichting bij artikel 915. [↑](#footnote-ref-4)
5. HR 21 januari 1966, ECLI:NL:PHR:1966:AC4621 (*Booy/Wisman*). [↑](#footnote-ref-5)
6. 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. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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). [↑](#footnote-ref-7)
8. Algemeen deel van de toelichting, paragraaf 4.3 (“Verhouding tot Europees recht”). [↑](#footnote-ref-8)
9. Onder eisen wordt, onder meer, verstaan “elke verplichting […] voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke bepalingen”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Dit begrip is gebaseerd op artikel 52 VWEU, die ingevolge artikel 62 VWEU ook van toepassing is op het vrij verkeer van diensten. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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. [↑](#footnote-ref-11)