

VAN DER FELTZ

a d v o c a t e n

Ministerie van Economische Zaken
t.a.v. Zijne Excellentie de heer H.G.J. Kamp
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag

uitsluitend ingestuurd via
www.internetconsultatie.nl

Datum: 24 mei 2017

Uw ref.:

Onze ref.: 4758/mni

Van: J.A.M.A. Sluysmans en M.G. Nielen, advocaten

T: +31 (0)70 31 31 050

M:

E: sluysmans@feltz.nl, nielen@feltz.nl

Betreft: reactie internetconsultatie wettelijke verankering gedragscode franchise

Excellentie,

1. Wij hebben kennis genomen van het concept wetsvoorstel “Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de introductie van een regeling betreffende de franchiseovereenkomst (regels voor franchising)” en de memorie van toelichting daarop. Graag maken wij gebruik van de gelegenheid te reageren via de internetconsultatie.
2. Met het concept wetsvoorstel zouden twee artikelen worden toegevoegd aan boek 7 van het BW, te weten artikel 399f en artikel 399g. Artikel 399g bevat een delegatiebepaling, waarin is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur (amvb) een gedragscode wordt aangewezen over de daarin genoemde onderwerpen. De gedragscode is volgens de memorie van toelichting bedoeld als bindend document, maar gaat tegelijkertijd uit van het “pas toe of leg uit principe”, zodat een goed gemotiveerde afwijking mogelijk is. De amvb en de gedragscode zelf zijn overigens niet ter consultatie voorgelegd.
3. Deze constructie van formele wet - amvb - gedragscode is niet geheel onbekend in ons land. Het komt vaker voor dat een formele wet in algemene zin verwijst naar een amvb, waarin een norm of gedragscode verbindend wordt verklaard. De rechter ziet deze norm of gedragsregel doorgaans als uitgangspunt. In sommige gevallen is afwijking mogelijk, maar dan

Van der Feltz advocaten | Javastraat 22 2585 AN Den Haag | Postbus 85615 2508 CH Den Haag
T: +31 (0)70 31 31 050 | F: +31 (0)70 31 31 060 | E: info@feltz.nl | W: www.feltz.nl

wel zeer goed gemotiveerd. Te denken valt aan de via de Woningwet gedelegeerde NEN-normen, de via artikel 2:391 lid 5 BW bij amvb aangewezen Corporate Governance Code, en de Gids Proportionaliteit die door middel van het Aanbestedingsbesluit verbindende kracht heeft gekregen. Dat deze staatsrechtelijke constructie vaker voorkomt, neemt niet weg dat daar bezwaren tegen bestaan en ook eerder zijn geuit.¹ In het navolgende stellen wij enkele staatsrechtelijke bezwaren aan de orde.

Het primaat van de wetgever

4. Voornoemde staatsrechtelijke constructie staat op gespannen voet met het primaat van de wetgever. Uitgangspunt is dat wetgeving de regering én Staten-Generaal passeert. Met delegatie moet in het algemeen terughoudend worden omgegaan. Als van delegatie gebruik wordt gemaakt, dient de formele wet precies te omschrijven op welke onderwerpen de delegatie betrekking heeft. De voorliggende delegatiebepaling, artikel 7:399g BW, is echter zeer algemeen geformuleerd. Bovendien duidt de terminologie “bij algemene maatregel van bestuur” op een gedragscode die in de amvb staat vermeld. Aangezien de amvb niet ter inzage ligt, is onduidelijk of hieraan wordt voldaan. Mocht de amvb slechts verwijzen naar een vindplaats waar de gedragscode kan worden geraadpleegd, dan is in wezen sprake van subdelegatie, terwijl in de formele wet niet de voor subdelegatie gebruikelijke formulering “bij of krachtens” is gehanteerd. Subdelegatie is in dat geval alleen mogelijk indien de gedragscode een praktische toepassing van regels betreft die in de amvb gedetailleerd zijn omschreven.² Nogmaals geldt dat op dit moment niet kan worden vastgesteld of sprake is van subdelegatie en of de amvb aan de daarvoor geldende vereisten voldoet.

Het legaliteitsbeginsel

5. De vraag is of de gedragscode, waarvan de inhoud niet ter consultatie is voorgelegd, voldoet aan het legaliteitsbeginsel. De delegatiebepaling in artikel 7:399g BW is zo ruim geformuleerd dat marktpartijen een aanzienlijke vrijheid hebben in de verwoording van de in principe bindende gedragscode. Gezien die ruime delegatie zijn de verplichtingen uit de gedragscode in de formele wet onvoldoende kenbaar en voorzienbaar gemaakt. Dat klemt te meer aangezien de schrijfgroep voor de gedragscode geen representatieve afvaardiging is van de betrokken partijen.
6. De gedragscode dient echter wel representatief te zijn voor degenen die haar moeten volgen. Een representativiteitsvereiste voor zelfregulerende normen volgt bijvoorbeeld uit cao-rechtspraak, waarin cao-normen soms onverbindend worden verklaard voor partijen die niet

¹ Vgl. K. de Roo, “De Corporate Governance Code en het drijfzand van de open norm”, AA april 2015, p. 257; E. Steyger, “Aanbestedingswet 2012 en Europese richtlijnen: hand in hand?”, AA juni 2014, p. 436-437; M. de Koning, “Het ‘wettelijk haakje’ van de Nederlandse Franchise Code”, NJB 2017/967.

² Zie aanwijzing 28 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en HR 8 mei 1953, NJ 614 en HR 11 januari 1977, NJ 467.

bij de opstelling daarvan betrokken waren. Ook kan een representativiteitsvereiste worden afgeleid uit rechtspraak over NEN-normen, waaruit blijkt dat NEN-normen weliswaar niet gelden als algemeen verbindende voorschriften, maar wel kenbaar moeten zijn en representatief voor de betrokken partijen.³ Het aantal betrokkenen bij de schrijfgroep is zeer gering te noemen. Over de Gids Proportionaliteit in het aanbestedingsrecht is in vergelijkbare zin opgemerkt dat die niet representatief tot stand is gekomen, zodat kan worden betwijfeld of de Gids Proportionaliteit in overeenstemming is met het legaliteitsbeginsel.⁴

Procedure amvb

7. Uit de stukken bij de internetconsultatie blijkt niet of het parlement zal worden betrokken bij de totstandkoming van de amvb. Uit artikel 35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving blijkt dat in principe terughoudend moet worden omgegaan met parlementaire betrokkenheid bij amvb's, maar dat in bijzondere gevallen daaraan niet kan worden ontkomen. Parlementaire betrokkenheid kan in dit geval wenselijk zijn, gezien bovenvermelde twijfels over de legitimiteit en de representativiteit van de gedragscode. Ongeacht de voor de amvb te kiezen procedure dient op grond van artikel 73 lid 1 Grondwet de Raad van State te worden gehoord over het ontwerp van de amvb.

Afsluitend

8. Afsluitend willen wij opmerken dat wij in het voorgaande uitsluitend zijn ingegaan op een aantal staatsrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel. De materiële onderdelen van het wetsvoorstel en de nut en noodzaak daarvan, waarover reeds veel kritiek is geuit, laten wij buiten beschouwing.
9. Wij geven u in overweging het voorgaande te betrekken bij de verdere behandeling van het concept wetsvoorstel.

Met de meeste hoogachting,



J.A.M.A. Stuysmans



M.G. Nielsen

³ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393; ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2750.

⁴ E. Steyger, "Aanbestedingswet 2012 en Europese richtlijnen: hand in hand", AA juni 2014, p. 436-437.