

Artikel

Collectieve acties van franchisenemers

Mr. A.W. Dolphijn*

1. Inleiding

Als franchisenemers hun belangen jegens de franchisegever collectief organiseren, kunnen zij in beginsel materieel verdergaande bevoegdheden hebben om te ageren tegen (voorgenomen wijzigingen van) bepalingen in de modelfranchiseovereenkomst. Eendracht maakt macht!

Het collectieve actierecht van de artikelen 6:240 e.v. van het Burgerlijk Wetboek (BW) verdient hier bijzondere aandacht. Met dit collectieve actierecht kunnen belangenorganisaties namelijk opkomen tegen (voorgenomen) wijzigingen in algemene voorwaarden. In deze bijdrage zal aangevoerd worden dat dit een krachtig instrument voor georganiseerde franchisenemers kan zijn. Wel kan het botsing van belangenorganisaties van (dezelfde) franchisenemers tot gevolg hebben, en onderzocht wordt dan ook of daar wellicht een remedie voor is.

Nadat verschillende relevante ontwikkelingen op wetgevingsgebied aan de orde gekomen zijn, komt de modelfranchiseovereenkomst als set van algemene voorwaarden aan bod. Vervolgens komen de collectieve actie van de artikelen 6:240 e.v. BW door een franchisenemersorganisatie en de vergelijking met de collectieve actie van de artikelen 3:305a e.v. BW aan de orde, gevolgd door de (onwelgevallige) franchisenemersorganisatie en de mogelijke remedie van de collectieve privaatieve last. Afgesloten wordt met een conclusie.

2. Ontwikkeling op het gebied van wetgeving

Er zijn diverse voorbeelden uit de rechtspraak bekend waarbij franchisenemers collectief opkomen tegen de (voorgenomen) wijziging van de modelfranchiseovereenkomst, zoals bijvoorbeeld ter zake de formules van Domino's Pizza,¹ C1000,² Etos,³ Hema,⁴ Albert Heijn⁵ en DA.⁶ Doorgaans wordt door het collectief van franchisenemers artikel 3:305a BW in stelling gebracht. Langs die weg kan door een belangenorganisatie een collectieve vordering ingesteld worden. Er zijn diverse wetgevingstrajecten die dergelijke collectieve acties nader beogen te reguleren.

Op 10 februari 2020 is er een wetsvoorstel voor een Wet Franchise ingediend bij de Tweede Kamer,⁷ nadat er eerder een conceptwetsvoorstel ter consultatie aan het publiek voorgelegd was.⁸ Dit conceptwetsvoorstel beoogde reeds de juridische positie van franchisenemers ten opzichte van franchisegevers te beschermen en een evenwichtiger samenwerking te bevorderen tussen alle betrokkenen.⁹ In dat kader schrijft het wetsvoorstel onder meer voor dat wijzigingen in de franchiseovereenkomst van aanzienlijke aard onderworpen zijn aan instemming van de meerderheid van het vertegen-

3

* Mr. A.W. Dolphijn is advocaat te Rotterdam bij Ludwig & Van Dam advocaten.

1. Rb. Rotterdam 9 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:946 (Domino's Pizza).
2. Hof Den Bosch 12 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1668 (C1000).
3. Hof Amsterdam 22 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4972 (Etos).
4. Rb. Amsterdam 6 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1291 (Hema).
5. Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360 (Albert Heijn).
6. Rb. Gelderland 19 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3887 (DA).
7. Kamerstukken II 2019/20, 35392, 1, 2 en 3.
8. www.internetconsultatie.nl/wet_franchise.
9. H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Het Voorontwerp Franchise: strike two voor de wetgever, *Contracteren* 2019/1.

woordigend orgaan van de franchisenemers, indien aanwezig.¹⁰ Daarmee wordt de positie van een collectieve franchisenemersorganisatie jegens de franchisegever onderkend. Overigens blijft de binding van de franchisenemers aan de franchisegever door de franchisenemersvereniging om diverse redenen problematisch, zoals ik eerder beschreef.¹¹

Voorts is van belang dat het wetsvoorstel¹² tot wijziging van artikel 3:305a BW (de WAMCA) er onder meer op gericht is om één belangenorganisatie exclusief voor een groep gedupeerden bevoegd te maken om in één procedure bij de rechter vergoeding van massaschade te vorderen.¹³ Het wetsvoorstel scherpt bovendien de ontvankelijkheidseisen van belangenorganisaties aan voor wat betreft *governance*, financiering en representativiteit. De nieuwe regeling van artikel 3:305a BW is per 1 januari 2020 in werking getreden.

De voornoemde wetgevingstrajecten zien weliswaar op respectievelijk de collectieve positie van partijen zoals franchisenemers en collectieve acties, maar laten de wetsingang van de artikelen 6:240 e.v. BW buiten beschouwing, terwijl het aldaar opgenomen collectieve actierecht wel relevant kan blijven.

3. De modelfranchise-overeenkomst als algemene voorwaarden

De wetsingang van de artikelen 6:240 e.v. BW is een bijzondere. Van essentieel belang is dat een (voorgenomen) beding in algemene voorwaarden onderwerp van de rechtsstrijd is. Bij franchiseovereenkomsten is dat goed mogelijk.

Een kenmerk van franchising is dat er per franchisesysteem één franchisegever en tal van franchisenemers zijn.¹⁴ Hoewel de franchiseovereenkomsten van de verschillende franchisenemers met dezelfde franchisegever gesloten worden en er ontegenzeggelijk sprake is van een samenhangend netwerk, betreft het geen meerpartijenovereenkomst.¹⁵ Franchiseovereenkomsten zullen doorgaans zo veel mogelijk geüniformeerd zijn en derhalve bedingen bevatten die zijn opgesteld teneinde

in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen.¹⁶ Daarmee zal met een toegepast model van franchise-overeenkomst in beginsel veelal sprake zijn van een set van algemene voorwaarden.¹⁷

De gedachte is dat algemene voorwaarden doorgaans eenzijdig zijn opgesteld en dikwijls eenzijdige werking hebben, in de zin dat de bedingen geheel ten nadele van de juridische positie van de wederpartij strekken.¹⁸ In de parlementaire geschiedenis is expliciet een franchise-overeenkomst als voorbeeld van een set van algemene voorwaarden genoemd. Daarbij is overwogen dat de franchisenemer in een afhankelijke positie tegenover de franchisegever verkeert, hetgeen voor de franchisenemer leidt tot ongunstige en wellicht onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden.¹⁹ Ook in de rechtspraak wordt zulks onderkend.²⁰

Bedingen in algemene voorwaarden zijn vernietigbaar indien ze onredelijk bezwarend zijn.²¹ Wat betreft de materiële toetsingsnorm ten aanzien van algemene voorwaarden is er geen verschil tussen artikel 6:233a BW en artikel 6:248 BW.²² Bij de abstracte toetsing op grond van artikel 6:240 BW of een beding onredelijk bezwarend is, dient derhalve de maatstaf van artikel 6:233 onder a BW naar analogie toegepast te worden.²³ In de lijsten van artikel 6:236 BW en artikel 6:237 BW, alsmede de blauwe lijst uit de Richtlijn oneerlijke bedingen,²⁴ is een aantal voorbeelden te vinden van bedingen in algemene voorwaarden die onredelijk bezwarend zijn, of zouden kunnen zijn, indien tegengeworpen aan consumenten als contractuele wederpartijen.²⁵ Franchisenemers zijn evenwel niet als consumenten te kwalificeren. Een reflexwerking²⁶ ten behoeve van franchise-

10. Art. 7:921 lid 1 sub d wetsvoorstel BW

11. A.W. Dolphijn, De franchisenemersvereniging en de binding van franchisenemers, *Contracteren* 2019/1.

12. Voorstel van wet (15 november 2016) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, zie Kamerstukken II 2016/17, 34608.

13. Zie de voorgestelde (gewijzigde) art. 1018e tot en met 1018j Rv.

14. Zie voor een nadere uiteenzetting A.W. Dolphijn, De (hard) franchise-overeenkomst en zorgplicht gekwalificeerd, *WPNR* 2019/7226, p. 100 e.v.

15. T.F.E. Tjong Tjin Thai, Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten, (*Mon. BW* nr. A29), 2019/28, p. 47.

16. Overigens zullen bij collectieve acties in het algemeen vaker bedingen in algemene voorwaarden onderwerp van geschil sprake kunnen zijn, juist omdat aangevallen bedingen steeds in de overeengekomen overeenkomst met de leden van het collectief gesloten zijn.

17. Asser/Houben 7-X 2019/143.

18. Asser/Sieburgh 6-III 2018/459.

19. Kamerstukken 1981, 16983, 1-3, p. 14.

20. Zie o.a. Rb. Arnhem 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU9750; Rb. Almelo 15 september 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AY8624, r.o. 4.8; Rb. Arnhem 18 april 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5581, r.o. 4.7; Rb. Utrecht 27 februari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC5136, r.o. 4.22.

21. Art. 6:233 sub a BW. Zie ook B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: WoltersKluwer 2017, hoofdstuk 7; B. Wessels & C.M.D.S. Pavillon, *Algemene vernietigingsgronden; de open normen*, p. 155.

22. Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1620 en 1621. Er dient gekozen te worden op welke voet een beding aangevallen wordt. Zie ook HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112, r.o. 3.7 (Bramer/Colpro). Zie uitvoerig en genuanceerd: M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 159 e.v. Dit is met name van belang gelet op de rechtsgevolgen. Ingevolge art. 3:52 lid 1 sub d BW jo. art. 6:235 lid 4 BW geldt een verjaringstermijn van drie jaar bij een beroep op vernietiging, terwijl voor een beroep op art. 6:248 lid 2 BW de verjaringstermijn van vijf jaar geldt.

23. Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:453, r.o. 2.7.

24. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993.

25. De bedingen in deze lijsten zouden a contrario niet als kernbedingen gekwalificeerd kunnen worden. Zie J. Hijma, *Algemene Voorwaarden* (*Mon. BW* nr. B55), 2016/53, p. 17.

26. Zie nader Wessels & Jongeneel 2017, hoofdstuk 17; R.H.C. Jongeneel, *Reflexwerking*, p. 457 e.v.

nemers van voornoemde lijsten lijkt in beginsel niet voor de hand te liggen, omdat de positie van een franchise-nemer niet snel op de positie van een consument zal lijken.²⁷ Dat de franchisenemer bijvoorbeeld voorheen in loondienst werkzaam is geweest en enige tijd een werkloosheidsuitkering heeft ontvangen, maakt dat niet anders.²⁸ Voor franchisenemers resteert in beginsel een beroep op de algemene grondslag van onredelijk bezwarende bedingen.

Ondanks het feit dat aan franchisenemers in beginsel geen beroep op de hiervoor bedoelde lijsten toekomt, kunnen de lijsten wel tot inspiratie nopen voor de invulling van de vraag of een beding in de franchiseovereenkomst, die als algemene voorwaarde kwalificeert, onredelijk bezwarend is, althans in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.²⁹ In deze lijsten ter bescherming van consumenten worden bijvoorbeeld bedingen om eenzijdig prijsverhogingen door te voeren, kort na de aanvangsdatum,³⁰ ofwel een beding dat anderszins de inhoud wezenlijk wijzigt,³¹ als onredelijk bezwarend aangemerkt. Ook in de rechtspraak zijn tal van voorbeelden te vinden waarbij een beroep van een franchisegever op een eenzijdig wijzigingsbeding in de modelfranchiseovereenkomst niet opgaat.³²

Niet ieder beding in de franchiseovereenkomst zal een algemene voorwaarde zijn. Bedingen die de kern van de prestatie aangeven, zijn namelijk géén algemene voorwaarden.³³ Volgens vaste rechtspraak moet het begrip kernbeding zo beperkt mogelijk worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt.³⁴ Nu franchising geen vaste definitie kent, wordt het vaststellen van kernbedingen in algemene zin ietwat hachelijk genoemd.³⁵ Zo is wel bepaald dat een boetebeding op het overtreden van een exclusieve afnameplicht als kernbeding te kwalificeren is,³⁶ of dat een bepaling over rayonexclusiviteit een kernbeding is.³⁷ Van een post-non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst is geoordeeld dat het onmisbaar is voor de bescherming van de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow en de verleende

bijstand. De franchiseovereenkomst zou, aldus het oordeel, derhalve niet gesloten zijn zonder het betreffend post-non-concurrentiebeding, zodat er sprake is van een kernbeding en niet van een algemene voorwaarde.³⁸ Blijkens de parlementaire geschiedenis kan een beding mogelijk ook eerder als algemene voorwaarde te kwalificeren zijn als een belangenorganisatie, zoals bedoeld in artikel 6:240 lid 2 BW, het gebruik van het betreffende beding bevordert.³⁹

4. De collectieve actie van de artikelen 6:240 e.v. BW door een franchisenemersorganisatie

Als een beding in een franchiseovereenkomst als een algemene voorwaarde te kwalificeren is, en de franchisegever is voornemens om dat beding te wijzigen, dan lijkt toetsing ex ante door een collectief van franchisenemers voor de hand te liggen. De wetsingang van de artikelen 6:240 e.v. BW is precies hierop toegesneden.⁴⁰

Op vordering van niet alleen consumentenorganisaties, maar uitdrukkelijk ook op vordering van ondernemersorganisaties, kunnen bedingen in algemene voorwaarden op voorhand in rechte onredelijk bezwarend worden verklaard en kan het gebruik van die bedingen (of het bevorderen van het gebruik) worden verboden.⁴¹ De vordering kan dus nadrukkelijk ook worden ingesteld door een belangenorganisatie die het belang van niet-consumenten behartigt.⁴² Een voorbeeld van de toepassing van de bevoegdheid van een belangenorganisatie die ondernemers behartigt was de kwestie waarbij bedingen in exploitatieovereenkomsten opgenomen waren tussen een uitgever enerzijds en zelfstandig ondernemers anderzijds.⁴³ De omschrijving in artikel 6:240 lid 2 BW verlangt dat dergelijke organisaties ten minste ook de behartiging van de betreffende ondernemersbelangen als (statutair) doel hebben.⁴⁴ Een franchisenemersvereniging zonder notariële statuten valt hier dus niet onder.⁴⁵ Mogelijk zou ook een grote vereniging hier niet onder vallen.⁴⁶ Een organisatie die

27. Rb. Zeeland-West-Brabant 27 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ2695, r.o. 3.5 (Ballorig).

28. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1180, r.o. 2.27.

29. Asser/Sieburg 6-III 2018/502.

30. Art. 6:237 sub i BW.

31. Art. 6:237 sub b en c BW.

32. A.W. Dolphijn, Het eenzijdig wijzigingsbeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2018/1.

33. Art. 6:231 sub a BW. Zie ook Wessels & Jongeneel 2017, hoofdstuk 7; R.H.C. Jongeneel, *Werkingsfeer afd. 6.5.3 BW*, p. 107; Hijma 2016, p. 16 e.v.

34. HR 21 februari 2003, NJ 2004/567.

35. Asser/Houben 7-X 2019/143.

36. Ktr. Bergen op Zoom 27 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ2695, r.o.3.5.

37. Rb. Rotterdam 9 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:946, r.o. 4.16 (Domino's Pizza).

38. Rb. Rotterdam 15 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9610, r.o. 4.12 (Smart Retail Concepts).

39. Toelichting op het amendement van het Tweede Kamerlid Korthals, Kamerstukken II 1984/85, 16983, 28.

40. Vgl. Jac. Hijma, *Algemene Voorwaarden* (Mon. BW nr. B55) 2016/53, p. 89.

41. Art. 6:240 BW en voorts Asser/ Sieburg 6-III 2018/504.

42. Zie uitdrukkelijk o.a. Kamerstukken II 1982/83, 16983, 4, p. 18 e.v.; Kamerstukken II 1981, 16983, 1-3, p. 59.

43. Hof Den Haag 28 september 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY9089, r.o. 5.

44. Kamerstukken II 1981, 16983, 1-3, p. 58.

45. Art. 2:30 BW.

46. Een 'grote' belangenorganisatie als wederpartij kan haar belangen mogelijk niet collectief doen verdedigen, omdat art. 6:240 lid 1 BW als toetsnorm art. 6:233 onder a BW aangeeft en deze toetsnorm blijkens

de belangen van bepaalde franchisenemers behartigt in de verhouding met de franchisegevers, valt ook onder een belangenorganisatie zoals bedoeld in artikel 6:240 lid 2 BW. Te denken valt aan een franchisenemersvereniging. Franchisenemersverenigingen zouden dus met een collectieve actie ex artikelen 6:240 e.v. BW kunnen ageren jegens (voorgenomen wijzigingen van) bedingen in franchiseovereenkomsten die als algemene voorwaarden kwalificeren.

4.1 De vorderingen

Het collectieve actierecht van de artikelen 6:240 e.v. BW kent slechts een beperkt aantal toe te wijzen vorderingen, eventueel voorzien van nevenvorderingen zoals dwangsommen,⁴⁷ te weten:

- a. een verbod van het gebruik van de door de uitspraak getroffen bedingen of van het bevorderen daarvan;
- b. een gebod om een aanbeveling tot het gebruik van deze bedingen te herroepen;
- c. een veroordeling tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven partij of partijen.

De vraag is voorts wat de individuele franchisenemer aan een dergelijke uitspraak zou kunnen hebben. In de directe relatie met de franchisegever zal het de individuele franchisenemer wellicht niet veel opleveren. Echter, indirect en collectief zal de (onderhandlings)positie jegens de franchisegever wel flink versterkt kunnen worden.

Een krachtens artikel 6:241 lid 3 onder a BW door de rechter verboden beding is niet op grond van artikel 6:243 BW jo. artikel 6:235 BW in iedere verhouding vernietigbaar. Anderzijds geldt dat de uitspraak wel declaratoir is en 'erga omnes' werkt.⁴⁸ Slechts als degene jegens wie een verbod tot het gebruik ervan opgelegd is en hij dit beding desalniettemin gebruikt, is het beding vernietigbaar.⁴⁹ Het beding is daarmee 'zwart' geworden, als zijnde onderdeel van de 'zwarte lijst'.⁵⁰ Iedere franchisenemer aan wie het gebruik van het ex artikel 6:241 lid 3 onder a BW verboden beding in de franchiseovereenkomst door de betreffende franchisegever wordt tegengeworpen, kan het beding dus in beginsel op goede gronden vernietigen.⁵¹ De rechter kan echter bijvoorbeeld de gevolgen van de vernietiging ten dele aan een franchisenemer ontzeggen,⁵² of de rechter kan in plaats van de vernietiging uit te spreken ook de gevolgen opheffen.⁵³ Zo zou de franchisegever, als het om een hiervoor aangehaald eenzijdig wijzigingsbeding gaat, met succes kunnen wijzen op het onevenredig gro-

te belang van het beroep op het beding, gelet op het specifieke geval en de ontwikkelingen in de branche en de noodzaak van de wijziging om het franchisesysteem te continueren.

De mogelijkheid van de rechter om een aanbeveling tot gebruik van het betreffende beding te laten herroepen, kan franchisenemers helpen om alsnog tot minnelijke overeenstemming te geraken. Een dergelijk rechterlijk oordeel kan een belangrijke signaalfunctie hebben. Dat geldt mogelijk ook voor de (dreiging van de) mogelijkheid tot veroordeling tot publicatie van de bezwarendheid van het beding. Uit artikel 6:241 lid 3 onder c BW volgt immers dat aan een verklaring voor recht dat een beding onredelijk bezwarend is, een veroordeling kan worden verbonden tot openbaarmaking van de uitspraak.⁵⁴ Een dergelijke publicatie kan de reputatie van een franchisegever een flinke deuk geven en heel wat onrust binnen de franchiseorganisatie veroorzaken, iets waar de franchisegever niet op zit te wachten. Een dergelijke vordering kan de rechter afwijzen als geoordeeld wordt dat zulks op grond van bijzondere omstandigheden niet zinvol geacht wordt.⁵⁵

Het nut van de collectieve actie ex artikelen 6:240 e.v. BW is dus niet zozeer gelegen in de directe bescherming van de individuele franchisenemer, maar veel meer in de preventieve werking en het vlot trekken van onderhandelingen en het alsnog bereiken van bijvoorbeeld een aanvaardbaar beding in het model van de franchiseovereenkomst.

4.2 Toetsnorm

De bedingen in de algemene voorwaarden worden getoetst aan de vraag of het beding onredelijk bezwarend is, zoals in artikel 6:233 onder a BW genoemd is. De bedingen worden abstract getoetst en derhalve met het oog op het gebruik in overeenkomsten in het algemeen, ongeacht de persoon van de wederpartij en ongeacht de omstandigheden van het geval.⁵⁶ Dit volgt ook onvermijdbaar uit de aard van de collectieve inhoudstoets.⁵⁷ Uit vaste rechtspraak⁵⁸ blijkt meer concreet dat onder de abstracte toetsing verstaan wordt dat:

1. de uitkomst van zodanige toetsing moet afhangen van een beoordeling van de gevallen waarin het beding verandering brengt in de rechtstoestand die, bij gebreke van het beding, zou hebben bestaan;
2. beslissend is of in die gevallen moet worden geoordeeld of het beding, rekening houdend met de

art. 6:235 lid 1 BW niet door grote wederpartijen kan worden ingeroepen.

47. Art. 6:241 lid 3 BW.

48. Kamerstukken II 1981, 16983, 1-3, p. 61.

49. Art. 6:243 BW.

50. Loos 2018, p. 380.

51. Hijma 2016, p. 97.

52. Art. 3:54 lid 2 BW.

53. Art. 3:55 BW.

54. Hof Den Haag 12 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:453, r.o. 2.55.

55. HR 16 mei 1997, NJ 2000/1.

56. Kamerstukken II 1981, 16983, 1-3, p. 57.

57. L.J.M. Molenberg, Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van algemene voorwaarden (diss.) Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 241.

58. HR 16 mei 1997, NJ 2000/1; meer specifiek Hof Den Haag 22 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:BH0198, r.o. 13; Hof Den Haag 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY6000, r.o. 7.

diverse gezichtspunten,⁵⁹ doorgaans tot onredelijke resultaten zal leiden.⁶⁰

Aan een concrete belangenafweging kan dus ook niet worden toegekomen.⁶¹ De rechter zal, uitgaande van de inhoud van de rechtsvordering, dus hebben te beoordelen of het aangevallen beding onredelijk bezwarend is voor de groep van wederpartijen wier belangen door de eisende organisatie worden behartigd en in de soort overeenkomsten waarop de vordering betrekking heeft.⁶²

Het abstracte toetsingskader impliceert bovendien dat het aangevallen beding niet in een concrete overeenkomst daadwerkelijk reeds hoeft te zijn gebruikt.⁶³ De rechtsvordering kan derhalve ook preventief ingesteld worden. Wel zal sprake zijn van een toetsing aan de vraag of er wel überhaupt sprake is van een behoorlijk belang bij het gevorderde ex artikel 3:303 BW, die overigens ambtshalve zal moeten geschieden.⁶⁴ Een gebrek aan een behoorlijk belang lijkt evenwel beperkt tot de gevallen waarin het aangevallen beding niet (meer) wordt gebruikt of zal worden gebruikt.⁶⁵

Een vraag die voorts rijst is of een aanval op een beding in een franchiseovereenkomst ook zou afstuiten omdat het beding overeenstemt met een beding in een gedragscode die opgesteld is mede ter behartiging van de belangen van de franchisenemers en waarmee de agerende partij instemde.⁶⁶ Dit lijkt niet op te gaan nu het beding steeds beoordeeld dient te worden in het licht van de betreffende franchiseovereenkomst.⁶⁷ Wel geldt dat de belangenorganisatie die de vordering instelt niet-ontvankelijk zal zijn als met het gebruik van de aangevallen bedingen in de betreffende (model)overeenkomst is ingestemd door deze belangenorganisatie.⁶⁸

In een situatie waarin tussen de franchisegever en een franchisenemersvereniging overleg gevoerd wordt over wijzigingen van bedingen in de franchiseovereenkomst, welke bedingen kwalificeren als algemene voorwaarden,

lijkt het inzetten van een procedure ex artikelen 6:240 e.v. BW een passend instrument te kunnen zijn om de (beoogde) wijziging te toetsen. Deze zelfregulering is ook voorgeschreven, zoals hierna aan de orde komt.

4.3 Zelfregulering en geschillenbeslechting

In de parlementaire geschiedenis is overwogen dat het bevorderen van overleg tussen belangenorganisaties over algemene voorwaarden een van de doelstellingen van de regeling is.⁶⁹ Artikel 6:240 lid 4 BW beoogt zelfregulering te bevorderen doordat voorafgaand aan het instellen van de vordering onderling overleg tussen partijen verplicht wordt gesteld om ontvankelijk te zijn bij de rechter. Een termijn van twee weken na de ontvangst van een verzoek tot overleg onder vermelding van de bezwaren is daartoe in elk geval voldoende. Juist bij franchising kan een bemiddelende rol van de bijzondere rechter van pas komen en het is ook juist deze procedure die dit van de bijzondere rechter vergt.

Een belangenorganisatie kan geen vordering ex artikel 6:240 lid 1 BW instellen als die belangenorganisatie (alsnog) heeft ingestemd met het beding.⁷⁰ Hiermee kan dus de franchisegever worden ‘beloond’ als met succes afstemming plaatsgevonden heeft over de (te wijzigen bedingen in de) franchiseovereenkomst.⁷¹

De beoogde zelfregulering is geënt op artikel 2:349 BW inzake het recht van enquête.⁷² Een dergelijke zelfregulering is ook beoogd met het nadien ingevoerde artikel 3:305a BW. De onderhandelingsplicht uit artikel 3:305a lid 2 BW behelst echter, anders dan die uit artikel 6:240 lid 4 BW, niet expliciet het bieden van een gelegenheid aan de rechter om de litigieuze voorwaarden te wijzigen om het onredelijk bezwarend karakter van het aangevallen beding weg te nemen door het te herformuleren.⁷³ Dit maakt dat van de rechter een minder lijdelijke opstelling verwacht kan worden bij een rechtsvordering ex artikel 6:240 BW.

Daar waar enerzijds zelfregulering gepoogd wordt te stimuleren, is de wijze van geschillenbeslechting juist anderzijds door de wetgever beperkt. Veel franchiseovereenkomsten schrijven geschillenbeslechting voor door een bepaald forum of via arbitrage. Die wijze van geschillenbeslechting is bij de wetsingang van de artikelen 6:240 e.v. BW door de wetgever doorbroken. Het Gerechtshof Den Haag is bij uitsluiting bevoegd tot toetsing in eerste aanleg van de vraag of bedingen in bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend moeten worden verklaard.⁷⁴ De Rechtbank Den Haag is bovendien ook in kort geding bij uitsluiting bevoegd.⁷⁵

59. Zoals de specifieke aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd, en de ‘typische’ eigenschappen en belangen van de (rechts)personen met wie deze overeenkomsten plegen te worden gesloten.
60. Voor de belangrijkste verschillen tussen de abstracte en concrete toetsing in dit kader zij verwezen naar B. Wessels, *Contractueel opgelegd stadionverbod* getoetst, MvV 2006, 10.
61. Hof Den Haag 21 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7666, r.o. 2.5.
62. Kamerstukken I 1986/87, 16983, 76, p. 8.
63. HvJ EU, ECLI:EU:C:2012:242, r.o. 37.
64. Hof Den Haag 27 juni 1996, NJkort 96/6; de noot van E.H. Hondius in NTBR 1996/7, p. 190 e.v.
65. Kamerstukken II 1981, 16983, 1-3, p. 60.
66. Inzake franchising zijn er diverse gedragscodes opgesteld. Te denken valt aan de Nederlandse Franchise Code en de Europese Erecode inzake Franchising.
67. Zie ook het arrest van Hof Den Haag 25 augustus 1998, NJ 1999/298, waarin Stad Rotterdam aanvoerde dat de Consumentenbond niet ontvankelijk kon worden in zijn actie om een algemene voorwaarde onredelijk bezwarend te verklaren, omdat dezelfde Consumentenbond ingestemd zou hebben met het betreffende beding in het kader van de totstandkoming van de Gedragscode Hypothecaire Financiering. Daarvan was echter in dat geval niet gebleken.
68. Art. 6:240 lid 5 BW.

69. Kamerstukken I 1986/87, 16983, 76, p. 3.

70. Art. 6:240 lid 5 BW.

71. Mölenberg 1995, p. 259.

72. Mölenberg 1995, p. 261.

73. Zie voor een toepassing hiervan Hof Den Haag 24 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ0734.

74. Art. 6:241 lid 3 BW.

75. Art. 6:241 lid 6 BW.

Prorogatie is bijvoorbeeld nietig⁷⁶ en ook een reconventionele actie ex artikelen 6:240 e.v. BW zal exclusief bij het Gerechtshof Den Haag kunnen worden beoordeeld.⁷⁷

5. De collectieve actie van artikelen 3:305a en 6:240 e.v. BW nader vergeleken

Na de invoering van de regeling van de artikelen 6:240 e.v. BW is een ander collectief actierecht geïmplementeerd, te weten artikelen 3:305a e.v. BW. Het betreft een meer algemeen collectief actierecht, niet beperkt tot toetsing door een bijzondere rechter en evenmin tot bedingen in algemene voorwaarden. In de wetsgeschiedenis is expliciet overwogen dat het enige duidelijke geval waarin behoefte aan een bijzondere collectieve actieregeling blijft bestaan, de collectieve actie is van de artikelen 6:240 e.v. BW.⁷⁸ Het gebruik van de rechtsingang van de artikelen 6:240 e.v. BW staat daarom ook volgens de Hoge Raad niet in de weg aan het instellen van een vordering in een procedure op grond van artikel 3:305a BW.⁷⁹

Artikel 3:305a BW biedt uitsluitend stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid de mogelijkheid om rechtsvorderingen in te stellen die strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover de stichting of vereniging deze belangen ingevolge haar statuten ook behartigt. Artikel 6:240 lid 3 BW ziet op ook andere rechtspersonen dan stichtingen en verenigingen. Veelal zullen belangenorganisaties echter een vereniging of stichting zijn. Op dat punt is er weinig verschil. Volgens de wetsgeschiedenis zou het verschil met de actie van artikel 6:240 BW zijn dat de aanval op de betreffende bedingen betrekking moet hebben op gevallen die zich concreet ten aanzien van de hantering van de litigieuze voorwaarden voordoen.⁸⁰ Hiervoor kwam evenwel aan de orde dat de actie van artikel 6:240 BW een abstracte toetsing kent.⁸¹

Met een vordering tot verklaring voor recht zou in een procedure op grond van artikel 3:305a BW ook preventief opgetreden kunnen worden tegen een voorgenomen wijziging in de franchiseovereenkomst. Zo vorderde een vereniging van franchisenemers in een dergelijke procedure met succes een verklaring voor recht dat de franchisegever de voorgenomen wijzigingen met een beroep

op de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid niet mocht doorvoeren.⁸²

Vernietiging van een onredelijk bezwarend beding in het kader van een collectieve actie kan ingevolge artikel 3:305a BW ook worden gevorderd. Een dergelijke toetsing zal plaats moeten vinden door de rechter die daartoe volgens de gewone regels bevoegd is. Anders dan bij de toetsing bij een actie ex artikelen 6:240 e.v. BW wordt hier de rechterlijke toetsing ook niet exclusief bij het Gerechtshof Den Haag geconcentreerd.⁸³

Er zijn nog meer verschillen. Het nieuwe artikel 3:305a BW kent relatief strenge ontvankelijkheidseisen. De ontvankelijkheidseisen worden aangescherpt op het punt van *governance*, financiering en representativiteit. Langs de weg van de artikelen 6:240 e.v. BW is geen schadevergoeding te vorderen. Het nieuwe artikel 3:305a BW ziet onder meer op de aanwijzing van een exclusieve belangenbehartiger bij collectieve schadevergoedingsprocedures. De uitspraak van de rechter zal in beginsel bindend zijn voor de gedupeerden die na aanwijzing van deze exclusieve belangenbehartiger niet expliciet van deelname hebben afgezien (opt-out). Indien de rechtsvordering echter wordt ingesteld met een ideëel doel en een financieel beperkt belang heeft, of wanneer de aard van de vordering daartoe aanleiding geeft, kan de rechter onder het nieuwe artikel 3:305a lid 6 BW bepalen dat de belangenorganisatie toch ontvankelijk is, ook als niet is voldaan aan de vereisten voor ontvankelijkheid uit het nieuwe artikel 3:305a BW. Beoogd wordt echter wel te waarborgen dat de toepassing van lid 6 niet kan worden misbruikt door partijen die wel degelijk zijn gericht op het verkrijgen van schadevergoeding in geld.⁸⁴ De eisen voor bijvoorbeeld ontvankelijkheid onder het nieuwe artikel 3:305a BW kunnen voor sommige (groepen van) franchisenemers mogelijk een reden zijn om een rechtsvordering van de artikelen 6:240 e.v. BW in te stellen.

6. De (onwelgevallige) franchisenemersorganisatie

Een bijzondere regel is dat de rechtsvordering van de artikelen 6:240 e.v. BW niet alleen kan worden ingesteld tegen de gebruiker van de litigieuze algemene voorwaarden, maar ook tegen een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die ten doel heeft de behartiging van de belangen van personen die een beroep of bedrijf uitoefenen, indien zij het gebruik van de algemene voorwaarden door die personen bevordert.⁸⁵ Zo kan de vraag achterwege blijven of een bepaalde partij de gebruiker is

76. Hof Nederlandse Antillen en Aruba 5 oktober 1999, ECLI:NL:OGHNA:1999:AD4198.

77. Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 17 april 2019, ECLI:NL:OGEEA:2019:229, r.o. 4.7.

78. Kamerstukken II 1991/92, 22486, 3, p. 35.

79. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.6.2 en 4.6.3.

80. Kamerstukken II 1992/93, 22486, 5, p. 10.

81. Voor een nader overzicht van de verschillen in toetsing, zie Wessels & Jongeneel 2017, hoofdstuk 18; B. Wessels & C.M.D.S. Pavillon, *Collectieve Toetsing*, p. 473 e.v.

82. Rb. Rotterdam 9 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:946, r.o. 4.16 (Domino's Pizza).

83. Kamerstukken II 1998/99, 26693, 3, p. 11. Zie ook Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848, r.o. 5.2.

84. Kamerstukken II 2018/19, 34608, 15.

85. Art. 6:240 lid 2 BW.

van de betreffende algemene voorwaarde, als vaststaat dat de aangesprokene in ieder geval het gebruik bevordert.⁸⁶ Dit zou overigens nogal eens over het hoofd gezien kunnen worden.⁸⁷

Met een partij die het gebruik van de algemene voorwaarden bevordert, kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een brancheorganisatie die ten behoeve van haar leden algemene voorwaarden opstelt of doet opstellen.⁸⁸ Niet op de laatste plaats kan ook door de ene franchisenemersvereniging worden geageerd jegens een andere franchisenemersvereniging van dezelfde franchiseformule die een wijziging in de modelfranchiseovereenkomst bevordert.

Het komt namelijk voor dat franchisenemers van één bepaalde franchisegever zich verenigen in verschillende organisaties. Er kan dan bijvoorbeeld sprake zijn van een franchisenemersvereniging die de franchisegever gezind is en een franchisenemersvereniging die dat niet is. Zo was bij de drogistenformule DA een schisma van franchisenemers vóór en franchisenemers tegen een nieuwe (soort) franchiseovereenkomst.⁸⁹

Sommige franchisegevers houden actief een franchisenemersvereniging in stand. Daartoe zal in de modelfranchiseovereenkomst bepaald kunnen zijn dat de franchisenemer verplicht lid is van een bepaalde franchisenemersvereniging en tevens verplicht een onherroepelijke volmacht verleent aan (het bestuur van) de franchisenemersvereniging om bindende afspraken te maken met de franchisegever.⁹⁰ Hierdoor kan de situatie ontstaan dat een minderheid van de franchisenemers tegen haar wil gebonden wordt aan een wijziging in de samenwerking met de franchisegever. Een dergelijk beding tot het verlenen van een onherroepelijke machtiging door franchisenemers zou op zichzelf al een onredelijk bezwarend standaardbeding kunnen zijn.⁹¹ Zo oordeelde het Gerechtshof Den Haag,⁹² in een procedure ex artikelen 6:240 e.v. BW, in een kwestie waarbij in de algemene voorwaarden van de verhuurder bedongen was dat de huurders gehouden waren aan besluiten van de vereniging van eigenaren, dit beding als onredelijk bezwarend.⁹³

Een strijd tussen verschillende franchisenemersverenigingen van één formule is dus goed mogelijk. Bepaald is zelfs dat andere belangenorganisaties diverse middelen ter beschikking staan om zich met de procedure te

bemoeien.⁹⁴ Onder meer met het oog op een dergelijke situatie is de regeling van de artikelen 6:240 e.v. BW uitgesloten op arbeidsovereenkomsten en collectieve arbeidsovereenkomsten.⁹⁵ Bij die uitsluiting was onder meer aan de orde gekomen dat het ongewenst zou zijn dat organisaties die niet bij het cao-overleg betrokken zijn geweest, toch een collectieve actie zouden kunnen entameren.⁹⁶ De uitsluiting voor het arbeidsrecht is overigens krachtig bekritiseerd in de literatuur.⁹⁷

Van belang is nader te bezien hoe franchisenemers bevoegd zouden kunnen zijn tot het instellen van de collectieve acties van de artikelen 6:240 e.v. BW nu de wet geen eisen aan de representativiteit stelt.⁹⁸ Het aantal leden van de franchisenemersvereniging lijkt dan ook niet altijd van doorslaggevend belang. Ook zou een stichting bevoegd kunnen zijn, waarbij geldt dat een stichting geen leden kent.⁹⁹ Hier dient opgemerkt te worden dat de belangenorganisatie in beginsel optreedt ten behoeve van anderen, maar deze ‘anderen’ niet geheel onbepaald kunnen blijven. Het kan niet zo zijn dat een belangenorganisatie waarbij overwegend franchisenemers van een fastfoodformule aangesloten zijn, ageert tegen de (voorgenomen) wijzigingen in de franchiseovereenkomst van een concurrerende fastfoodformule. De vordering zou anders mogelijk afketsen op een gebrek aan belang.¹⁰⁰ Dit doet evenwel niet af aan het feit dat de belangenorganisatie ook andere activiteiten zou kunnen ontplooiën dan alleen het waken over de belangen van de betreffende ondernemers.¹⁰¹

Kortom, in potentie bestaat er een scala aan procedurele mogelijkheden voor franchisenemers om op te komen tegen bijvoorbeeld een (voorgenomen) wijziging van de modelfranchiseovereenkomst, buiten of naast de regeling van artikel 3:305a BW om. Voor franchisegevers kan het van groot belang zijn om discussies en geschillen over wijzigingen van bedingen in de modelfranchiseovereenkomst te stroomlijnen. Het instrument van de privatieve last zou hier soelaas kunnen bieden.

7. De collectieve privatieve lastgeving

Op basis van bestaande wetgeving kunnen collectieve acties geconcentreerd worden bij één partij en in één procedure. Die concentratiemogelijkheden gaan zelfs op

86. Hof Den Haag 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY6000, r.o. 3.

87. Mijns inziens werd ten onrechte de mogelijkheid tot het instellen van de rechtsvordering beperkt tot de in art. 6:240 lid 3 BW bedoelde belangenorganisaties in Hof Amsterdam 23 november 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ3550, r.o. 2.15, waar Bavaria terecht niet als door de wetgever bedoelde belangenorganisatie gezien werd, maar ten onrechte als een partij die de algemene voorwaarde bevordert.

88. Kamerstukken II 1981, 16983, 1-3, p. 60 e.v.

89. Rb. Gelderland 19 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3887 (DA).

90. Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360, r.o. 4.23, 4.32, 4.33 en 4.45.

91. Het is ook een bepaling van de grijze lijst. Zie art. 6:237 sub n BW.

92. Hof Den Haag 21 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7666.

93. Art. 7:261 BW.

94. Art. 6:241 lid 2 BW.

95. Art. 6:245 BW.

96. Kamerstukken II 1985/86, 17541, 12.

97. J.J.M. de Laat, Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht (diss.), Deventer: WoltersKluwer 2016, p 28 e.v.

98. Loos 2018, p. 372.

99. Art. 2:285 lid 1 BW.

100. Art. 3:30 BW. Zie ook T. Bleeker, Voldoende belang in collectieve acties: driemaal artikel 3:303 BW, NTBR 2018/20, p. 146.

101. Wessels & Jongeneel 2017, hoofdstuk 18; B. Wessels & C.M.D.S. Pavillon, Collectieve Toetsing, p. 478.

onderdelen verder dan het nieuwe artikel 3:305a BW aangaat.

Het is mogelijk privaatieve werking te verbinden aan de last om op eigen naam te handelen, met werking tegen derden.¹⁰² De eigen bevoegdheid van de lastgever wordt contractueel uitgesloten ten gunste van een exclusieve bevoegdheid van de lasthebber. Ook een belangenorganisatie zoals een franchisenemersvereniging kan een dergelijke privaatieve lasthebber van de franchisenemers zijn.¹⁰³ Zo zou in de modelfranchiseovereenkomst de franchisenemersvereniging bij uitsluiting de bevoegdheid gegeven kunnen worden om met de franchisegever tot wijzigingen in de modelfranchiseovereenkomst te kunnen komen zonder dat de franchisenemers die bevoegdheid hebben daarover te beslissen.¹⁰⁴ Daarmee lijken de individuele franchisenemers niet meer bevoegd om zelfs jegens de franchisegever te ageren tegen (voorgenomen) wijzigingen in de modelfranchiseovereenkomst.

In beginsel eindigt een volmacht of een last bij de dood, de ondercuratelestelling of het faillissement van de last- of volmachtgever. Ook kan de volmacht of lastgeving in beginsel te allen tijde worden opgezegd door de lastgever.¹⁰⁵ Zo zou de hiervoor bedoelde door de franchisenemer aan de franchisenemersvereniging verstrekte privaatieve last kunnen eindigen met de opzegging van de franchiseovereenkomst of het lidmaatschap van de franchisenemersvereniging. Hierop bestaat evenwel een uitzondering voor een rechtspersoon die zich ingevolge zijn statuten ten doel stelt de gezamenlijke belangen van meer lastgevers te behartigen door de uitoefening van de aan hen toekomende rechten. Lastgevers kunnen met dergelijke rechtspersonen overeenkomen dat de lastgeving niet zal eindigen door opzegging door de lastgever op een termijn die minder dan een jaar bedraagt, noch door diens dood, ondercuratelestelling, faillissement of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.¹⁰⁶

Hoewel een dergelijke bepaling tot het verstrekken van een privaatieve last in de modelfranchiseovereenkomst opgenomen kan worden, en derhalve als algemene bepaling kan worden gekenschetst, geldt dat het vermoeden dat een opzegtermijn van meer dan drie maanden onredelijk bezwarend is,¹⁰⁷ hier alsdan blijktens de parlementaire geschiedenis niet geldt. De minister wees erop dat – indien de lastgever een natuurlijk persoon is – wél de bepalingen van artikel 6:237 BW, onder k en n, in acht genomen moeten worden, daar deze bepalingen andere bedingen betreffen dan waarop artikel 7:423 lid 2 BW betrekking heeft.¹⁰⁸

8. Conclusie

Een rechtsvordering ingevolge de artikelen 6:240 e.v. BW kent mogelijkheden voor statutair georganiseerde franchisenemers om te ageren tegen de franchisegever en bijvoorbeeld tegen de (door de franchisegever bewilligde) franchisenemersvereniging omtrent (voorgenomen) bedingen in de modelfranchiseovereenkomst. Een nadeel van deze actie kan gelegen zijn in de onzekerheid of het aangevallen beding in de franchiseovereenkomst als algemene voorwaarde te kwalificeren is. Afgezet tegen het collectieve actierecht van artikel 3:305a BW kunnen de voordelen gelegen zijn in de lage drempel voor ontvankelijkheid, de signalerende werking van oordelen van de rechter, en de mogelijkheid om ook jegens anderen dan de franchisegever te ageren, zoals een brancheorganisatie of (andere) franchisenemersorganisatie. Langs de weg van de collectieve privaatieve lastgeving aan één bepaalde franchisenemersvereniging zou wellicht langdurige en meer coherentie gevormd kunnen worden tussen de franchisenemers ter bevordering van de slagvaardigheid in bijvoorbeeld wijzigingsprocessen. Hoe dan ook kunnen statutair georganiseerde franchisenemers via de artikelen 6:240 e.v. BW materieel verdergaande bevoegdheden hebben om te ageren tegen (voorgenomen wijzigingen van) bepalingen in de modelfranchiseovereenkomst.

102. Art. 7:423 lid 1 BW.

103. Art. 7:423 lid 2 BW.

104. Zie nader Dolphijn 2019.

105. Art. 3:74 en art. 7:422 BW.

106. Art. 7:423 lid 2 BW.

107. Art. 6:237 onder l BW.

108. Kamerstukken II 1991/92, 17779, 8, p. 10.