

algemene voorwaarden

Franchiseovereenkomst als algemene voorwaarden, waaronder het boetebeding

mr. A.W. Dolphijn

Uniformiteit van de franchiseformule en (derhalve ook) uniformiteit van de afspraken met de franchisenemers, zal voor de franchisegever vaak van groot belang zijn. Derhalve maken franchisegevers doorgaans gebruik van standaard franchiseovereenkomsten die aan hun franchisenemers voorgelegd worden. Kunnen bedingen in model franchiseovereenkomsten, zoals een boetebeding, als algemene voorwaarden gekwalificeerd kunnen worden? De vraag is voorts welke implicaties dat kan hebben.

Algemene voorwaarden

Artikel 6:231 BW bepaalt dat algemene voorwaarden zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestatie aangeven. Dit zou de gestandaardiseerde model-franchiseovereenkomst als een set van algemene voorwaarden kunnen kwalificeren, zoals ook wel in rechte vastgesteld.¹

Volgens artikel 6:231 sub a BW behoren tot algemene voorwaarden in beginsel niet bedingen die de kern van de prestaties aangeven. Het is soms lastig te bepalen welke bedingen nu kernbedingen zijn. De structuur van een overeenkomst kan soms een aanwijzing geven. Wanneer de franchiseovereenkomst in zijn geheel wordt beschouwd, treft men daarin na de considerans vaak bepalingen over de rechten en verplichtingen van partijen tijdens het bestaan van de franchiseverhouding aan. Dan volgen bepalingen over duur, opzegging en ontbinding van de overeenkomst, waaronder ook soms boetebedingen. Hoewel een boetebeding betrekking heeft op een deel van de prestaties waartoe de franchisegever tegenover de franchisenemer verplicht is, kan het veelal niet gezien worden als een beding waarin de kern van de prestaties aangegeven wordt. Het betreft een uitwerking van de beëindiging waarin rekening wordt gehouden met de afwikkeling van prestaties die tijdens het bestaan van de franchiserelatie de kern van de over en weer bestaande verplichtingen vormen. Objectief bezien behoort een

dergelijke uitwerking in de zin van bijvoorbeeld een boetebeding niet tot de kernbedingen.²

Onredelijk bezwarende bedingen

Vervolgens is aan de orde de vraag of het beding in de standaard franchiseovereenkomst onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 6:233 sub a BW.

Bij de invoering van de regeling over algemene voorwaarden is overwogen dat bijvoorbeeld bij franchisingovereenkomsten de franchisenemer in een afhankelijke positie tegenover de franchisegever zou kunnen geraken, hetgeen leidt tot voor de franchisenemer ongunstige, wellicht onredelijk bezwarende, bedingen in algemene voorwaarden.³

Een beding in algemene voorwaarden is op grond van artikel 6:233 sub a BW vernietigbaar indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Artikel 6:233 sub a BW derogert niet aan artikel 6:248 lid 2 BW, zodat de franchisenemer zelf kan kiezen op welke regeling zij een beroep wil doen.⁴ Grote verschil tussen de twee regelingen is dat een beroep op artikel 6:233 sub a BW tot vernietiging noopt en een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW niet.

Het element van “bezwarendheid” wil slechts zeggen dat het nadelig moet zijn voor de wederpartij.⁵ Dat nadeel hoeft niet van financiële aard te zijn, maar kan ook immaterieel van aard zijn. Het gaat om bedingen die op voor de franchisenemer onredelijk bezwarende wijze afwijken van hetgeen anders – namelijk indien het beding er niet zou zijn – krachtens de franchiseovereenkomst zou hebben gegolden. Het moet dus gaan om bedingen waardoor wordt afgeweken van de rechtsgevolgen die de franchiseovereenkomst zonder die bedingen zou hebben gehad.⁶ Niet iedere nadelig bezwarend beding is echter ook onredelijk. Het woord “onredelijk” duidt erop dat een zekere drempel overschreden moet zijn voordat een voor de franchisenemer ongunstig uitpakkend beding vernietigbaar is. Hoe hoger de daarmee opgeworpen drempel is, hoe terughoudender de inhoudscontrole plaatsvindt. De hoogte van de drempel hoeft niet steeds dezelfde te zijn: het is goed denkbaar dat de toetsing terughoudender geschiedt naar mate een partij deskundiger is of zou moeten zijn.⁷

² Zie *rechtbank Arnhem 18 april 2007*, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5581, r.o. 4.7.

³ Zie *Tweede Kamer, zitting 1981, 16983, nrs. 1-3, p. 40*.

⁴ Zie *HR 14 juni 2002*, ECLI:NL:HR:2002:AE06592.

⁵ Zie *HR 7 december 2007*, ECLI:NL:HR:2007:BB5078.

⁶ Vgl. *M.B.M. Loos, “Algemene Voorwaarden” (2013), p. 129*.

⁷ Zie *M.B.M. Loos, “Algemene Voorwaarden” (2013), p. 129*.

¹ Zie bijvoorbeeld *rechtbank Almelo 15 september 2006*, ECLI:NL:RBALM:2006:AY8624 r.o. 4.8.

Als uitwerking van de open norm van artikel 6:233 sub a BW sommen de artikelen 6:236 en 6:237 BW voor consumentenovereenkomsten een aantal bedingen in algemene voorwaarden op die respectievelijk als onredelijk bezwarend worden aangemerkt of vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn. Een franchisenemer kan zich overigens niet beroepen op de artikelen 2:236 en 2:237 BW, omdat hij handelt in de uitoefening van zijn bedrijf. Dat de franchisenemer voordien bijvoorbeeld in loondienst werkzaam is geweest en enige tijd een werkloosheidsuitkering heeft ontvangen maakt dat niet anders.⁸

Casuïstiek

In de rechtspraak zijn diverse voorbeelden te vinden van gevallen waarin bedingen in franchiseovereenkomsten getoetst zijn aan de vraag of ze als algemene voorwaarde onredelijk bezwarend zouden kunnen zijn.

Over een relatiebeding in een franchiseovereenkomst voor de duur van twee jaar werd geoordeeld dat de duur van het beding weliswaar lang is in vergelijking met de feitelijke duur van de franchiseovereenkomst, maar dat deze uitwerking verband houdt met de eigen keus van franchisenemer om de franchiseovereenkomst na minder dan een jaar met onmiddellijke ingang op te zeggen. Op zichzelf valt daaraan geen argument te ontleen dat (de duur van) het beding onredelijk bezwarend is.⁹

Een beding dat het recht op vernietiging van de franchiseovereenkomst wegens dwaling door een ondeugdelijke prognose niet uitsluit, maar daar een termijn van een jaar aan verbindt na het van de franchiseovereenkomst, is niet onredelijk bezwarend. Bij een zorgvuldige monitoring van de bedrijfsgegevens kan binnen een jaar een voldoende duidelijk beeld worden verkregen van de nauwkeurigheid van de gepresenteerde prognoses, aldus het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.¹⁰

De franchisegever neemt doorgaans ook standaard exonerationen op in de franchiseovereenkomst. Zo is het geval bekend waarbij de franchisenemer vorderde dat het beroep van de franchisegever op het exonerationbeding vernietigd werd, omdat het onredelijk bezwarend zou zijn, omdat de franchisegever bewust onjuiste of misleidende (omzet) prognoses zou hebben verstrekt. De rechtbank oordeelde dat in de wijze van totstandkoming van de franchiseovereenkomst en de wederzijds kenbare belangen, of de overige omstandigheden, er geen reden gevonden kan wor-

den die een beroep op de exonerationbedingen onredelijk bezwarend maken.¹¹

Of bedingen in de model franchiseovereenkomst onredelijk bezwarend zijn, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar lijkt niet snel aangenomen te worden. Wellicht dat de oorzaak hiervan gelegen is in het verstrekkende gevolg van de vernietiging van het beding. Dit is anders dan bijvoorbeeld bij een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid waar de rechter de werking van het litigieuze beding zou kunnen afzwakken. Ook bij boetebedingen in franchiseovereenkomsten lijkt deze mogelijkheid soms opportuun geacht. Daarbij wordt dan evenwel een speciale wettelijke regeling toegepast die daar op toegesneden is.

Boetebeding als algemene voorwaarde

Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan.¹² Het woord "boete" hoeft niet als zodanig expliciet gebruikt te worden.

In algemene voorwaarden, alsmede in franchiseovereenkomsten, staan doorgaans (diverse) boetebedingen. Wanneer partijen een overeenkomst sluiten waarvan een boete deel uitmaakt, wordt zelden over de hoogte daarvan onderhandeld. Dat er boetebedingen niet vaak onderhandeld wordt is begrijpelijk, omdat kritische opmerkingen van de franchisenemer over een hoge boete gemakkelijk het vertrouwen van de franchisegever kunnen ondermijnen met als gevolg dat hij niet met de franchisenemer in zee gaat. Een vergelijkbare redenatie is mogelijk aangaande de door de franchisegever voorgehouden model franchiseovereenkomst. De aanvaarding van het model van de franchiseovereenkomst zal doorgaans inherent zijn aan toetreding tot de franchiseformule. In zoverre lijkt een boetebeding in ieder geval dezelfde strekking te hebben als de hiervoor bedoelde regeling omtrent algemene voorwaarden.

De rechtbank Midden-Nederland oordeelde over een beding op basis waarvan de franchisegever een vergoeding toekwam bij beëindiging van de franchiseovereenkomst. Het gaat hier om een boetebeding ex artikel 6:91 BW tot fixatie van schade. Blijkens de tekst van het beding zou de vergoeding ook verschuldigd zijn in het geval dat de beëindiging voortkomt uit een tekortkoming aan de zijde van

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

9 Gerechtshof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2016:5094, r.o. 3.8.4.

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

11 Zie rechtbank Noord-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1101, r.o. 4.8.

12 Zie artikel 6:91 BW.

degene die een beroep op de bedingen doet. Dit zou in het betreffende geval betekenen dat de franchisenemer een vergoeding aan de franchisegever verschuldigd zou zijn, terwijl de franchisegever tekortgeschoten is in de nakoming van de franchiseovereenkomst. Gelet hierop, alsmede op het feit dat de vergoeding op een hoog bedrag kan uitkomen en geheel los staat van de door de beëindiging geleden schade en de termijn waarop beëindigd wordt, werd het beding onredelijk bezwarend geacht op grond van artikel 6:233 sub a BW. De vordering tot vernietiging van het beding in de franchiseovereenkomst werd derhalve toegewezen.¹³

In de wet is een afzonderlijke bepaling gewijd aan de mogelijkheid van een matiging door de rechter van een overeengekomen boete. Deze matigingsbevoegdheid wordt van zo groot belang geacht, dat bedingen waarbij van deze matigingsbevoegdheid wordt afgeweken, nietig worden verklaard.¹⁴ Bij matiging is er geen sprake van (gedeeltelijke) (ver)nietigheid, maar is het boetebeding zelf in zijn geheel geldig, ongeacht de functie en de hoogte van het boetebedrag. Toch kan het onder omstandigheden noodzakelijk zijn de onredelijke boete terug te brengen tot een aanvaardbare hoogte ter beteugeling van excessen. Van deze matigingsbevoegdheid kan door de rechter gebruik gemaakt worden als deze van mening is dat er voldaan is aan het criterium uit artikel 6:94 BW, te weten "indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist". Deze maatstaf moet worden meegewogen bij de afweging in het kader van artikel 6:233 sub a BW. Dat de rechter deze bevoegdheid tot matiging terughoudend moet hanteren, neemt niet weg dat met die bevoegdheid rekening moet worden gehouden.¹⁵ De maatstaf dat matiging slechts mogelijk is indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas - als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt - van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding, alsmede de omstandigheden van het geval.¹⁶

Een boete kan in het algemeen het karakter hebben van (a) een aansporing tot nakoming van de hoofdverplichting, en/of (b) fixatie van de schade die gelopen zou kunnen

worden bij niet nakoming van de hoofdverplichting. Het karakter van de boete kan van invloed zijn op de afweging of en in hoeverre matiging klaarblijkelijk billijk is. Met name lijkt matiging van een boete ook opportuun als de franchisegever geen schade of kosten gemaakt heeft, althans de verhouding zoek is. Zo is in rechte overwogen dat een verbeurde boete wegens het verboden gebruik van een verzekeringsportefeuille, niet in verhouding is met de koopprijs van de verzekeringsportefeuille en derhalve aanleiding zou kunnen geven tot enige matiging van het totaal verbeurde bedrag.¹⁷

Zeker niet in alle gevallen is matiging aan de orde.¹⁸ Voor boetebedingen in franchiseovereenkomsten als algemene voorwaarden lijkt matiging een opportuun instrument om in het specifieke geval een passende werking toe te staan, anders dan de alles-of-niets-werking bij vernietiging als onredelijk bezwarende algemene voorwaarde. Dat het boetebeding als algemene voorwaarden te kwalificeren is en als het eventueel niet ondubbelzinnig duidelijk door de franchisegever geformuleerd is, zijn relevante gezichtspunten die de rechter mee kan wegen bij de uitleg ervan.

Conclusie

Model franchiseovereenkomsten, althans de bedingen in model franchiseovereenkomsten, zullen veelal als algemene voorwaarden te kwalificeren zijn. Alhoewel dergelijke bedingen onder omstandigheden vernietigbaar zouden kunnen zijn als ze onredelijk bezwarend zijn, kan een dergelijke vordering als te verstrekkend ervaren worden. Het is immers een scenario van alles of niets.

Subsidiar zou een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid soelaas kunnen bieden teneinde in ieder geval de werking van het aangevallen beding af te zwakken voor zover het onaanvaardbaar zou zijn. Bij boetebeding biedt de wet (daartoe) een speciale rechterlijke matigingsbevoegdheid die een instrument geven voor maatwerk in de werking van het beding. •

mr. A.W. Dolphijn

Advocaat te Rotterdam bij Ludwig & Van Dam advocaten

¹³ Zie rechtbank Utrecht 27 februari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC5136, r.o. 4.22 e.v.

¹⁴ Zie artikel 6:94 lid 3 BW.

¹⁵ Zie HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, r.o. 3.5.3.

¹⁶ Zie HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638, r.o. 5.3 en in franchiseverhoudingen zie bijv. rechtbank Gelderland 17 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6145 r.o. 2.16.

¹⁷ Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AUI275, r.o. 4.8.3.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld rechtbank Gelderland 17 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6145 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 7 september 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR4688 r.o. 4.21, rechtbank Zwolle-Lelystad, 18 september 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BB3932 r.o. 5.3 en ten aanzien van de franchisegever, zie rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:8667, r.o. 4.22.