



FRANCHISE & RECHT

INFORMATIEBRON

mededingingsrecht

De franchiseovereenkomst in het mededingingsrecht: rechtspraak en ontwikkelingen

2

mr. J.M.M van de Hel, mr. J. Ruigewaard

wet- en regelgeving

Formulewijziging

5

mr. D.L. van Dam

mededingingsrecht

De franchiseovereenkomst in het mededingingsrecht: rechtspraak en ontwikkelingen

mr. J.M.M van de Hel
mr. J. Ruigewaard

In het artikel *Franchise en mededinging* (F&R december 2016, nr. 4) werd aandacht besteed aan de belangrijkste mededingingsrechtelijke uitgangspunten van franchiseovereenkomsten. Dit artikel beoogt een korte update van de stand van zaken sindsdien weer te geven. Voor lezers die niet (goed) bekend zijn met het mededingingsrecht en de invloed van dit rechtsgebied op franchiseovereenkomsten, wordt eerst een beknopte weergave van het juridisch kader gegeven. Daarna gaan wij in op recente Nederlandse en Europese ontwikkelingen.

Juridisch kader

Een franchisegever beschermt graag de uniforme uitstraling van zijn formule en de opgebouwde kennis. Hij neemt daartoe vaak bepalingen op in de franchiseovereenkomst die franchisenemers beperken in hun commerciële vrijheid (denk bijvoorbeeld aan non-concurrentiebedingen en afnameverplichtingen). Deze bepalingen kunnen op gespannen voet staan met het mededingingsrecht. Het kartelverbod verbiedt namelijk afspraken of contacten tussen ondernemingen die in staat zijn om de concurrentie merkbaar te beperken.¹

Franchiseovereenkomsten hebben een bijzondere plek in het mededingingsrecht. Wanneer bepalingen van franchiseovereenkomsten namelijk noodzakelijk zijn ter bescherming van de knowhow van de franchisegever en de identiteit en reputatie van het franchisenetwerk, zijn deze niet in strijd met het kartelverbod.² Daarnaast bestaat er een veilige haven voor sommige verticale franchise-

overeenkomsten in de Groepsvrijstellingsverordening.³ Indien het marktaandeel op de relevante markt(en) van zowel de franchisegever als de franchisenemer niet meer dan 30% bedraagt en de overeenkomst geen zogeheten *hardcore* beperkingen bevat,⁴ valt de overeenkomst niet onder het kartelverbod.

Nederlandse rechtspraak

Recente zaken hebben de verhouding tussen franchiseovereenkomsten en het mededingingsrecht nader uitgekristalliseerd.

Stelplicht en bewijslast

In 2018 beoordeelde de rechtbank Midden Nederland een niet-concurrentiebeding in uitvaartbranche.⁵ Een voormalig franchisenemer was volgens de franchiseovereenkomst na beëindiging van de overeenkomst gehouden gedurende één jaar geen concurrerende activiteiten in het werkgebied te verrichten. De voorzieningenrechter oordeelde dat dit non-concurrentiebeding verenigbaar was met het kartelverbod, omdat de eiser onvoldoende concrete en relevante feiten had gesteld op grond waarvan de voorzieningenrechter kon beoordelen of er sprake is van een merkbare beperking van de mededinging.⁶ Helaas struikelen partijen in civiele procedures regelmatig over dit struikelblok: diegene die zich beroept op het mededingingsrecht dient zijn standpunt te onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden opdat de desbetreffende markt in voldoende mate kan worden doorgrond om te kunnen bepalen of, en zo ja in welke mate, de vrije mededinging op die markt is of zou kunnen worden verstoord.

Overigens bepaalt de Groepsvrijstellingsverordening dat een post-contractueel non-concurrentiebeding voor één jaar is vrijgesteld mits het beding is beperkt tot de locatie (ruimten en terreinen) waar de franchisenemer werkzaam

1 Zoals bepaald in artikel 6 van de Mededingingswet ("Mw") en artikel 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU").

2 Hof van justitie 28 januari 1986, zaak 161/84, Pronuptia.

3 Verordening (EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, ("Groepsvrijstellingsverordening").

4 Zoals het beperken van de mogelijkheid van de franchisenemer tot het vaststellen van verkoopprijzen.

5 Rechtbank Midden Nederland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1117.

6 *Ibid*, r.o. 4.11.

was.⁷ In het onderhavige geval was het concurrentiebeding mogelijk breder, omdat gesproken werd over ‘werkgebied’. Indien eiser had voldaan aan de op hem rustende stelplicht en bewijslast, was er een mogelijkheid om te betogen dat het beding geografisch ruimer was dan strikt noodzakelijk om de franchisegever te beschermen (en daarom in strijd met het kartelverbod).

Verticale prijsbinding

In 2018 beoordeelde het Gerechtshof Den Bosch de toelaatbaarheid van verticale prijsbinding.⁸ Franchisenemers op het gebied van opleidingen en trainingen stelden dat de betreffende franchiseovereenkomsten nietig waren omdat de franchisenemers op grond van een reglement verplicht waren een vastgestelde prijs te hanteren. Het Gerechtshof concludeerde dat dit inderdaad een verboden vorm van verticale prijsbinding betrof omdat dit de strekking had de concurrentie te beperken.⁹ Opvallend is dat uit de uitspraak niet blijkt dat de franchisenemers economische feiten en omstandigheden hebben aangedragen om hun stelling dat sprake is van een mededingingsbeperking nader te onderbouwen. Het Gerechtshof lijkt daarmee wat vergevingsgezinder dan rechters tot dusver in mededingingszaken. Gelet op de ernst van de schending – verticale prijsbinding is een *no go*¹⁰ – is het deze aanpak van het Gerechtshof onzes inziens goed te verklaren. Het Gerechtshof oordeelde ten aanzien van de nietigheid echter dat niet de gehele overeenkomst nietig was, omdat geen onverbreekelijk verband tussen het reglement en de franchiseovereenkomst bestond.¹¹

Voorkom horizontale samenwerking

Partijen moeten echter opletten dat hun samenwerking in een franchiseformule geen horizontaal karakter heeft of krijgt. In 2011 beboette ACM vier textielwasserijen, omdat zij volgens ACM in het kader van hun samenwerking een inbreuk maakten op het kartelverbod. De franchisenemers hadden namelijk invloed op de toelating van nieuwe deel-

nemers en de toewijzing van rayons.¹² Zowel de rechtbank als het CBB kwamen – net als ACM – tot de conclusie dat de samenwerking in essentie een ongeoorloofde samenwerking tussen concurrenten betrof.¹³ Dit kwam doordat de franchisenemers enig aandeelhouder van de franchiseformule waren en nauw betrokken waren bij het franchisebeleid. Daarom spraken zij elkaar aan op de naleving van hun mededingingsbepurende verplichtingen. Kortom, partijen moeten voorkomen dat een franchiseformule een (verkapte) horizontale samenwerking tussen concurrenten vormt. De toetsing van horizontale overeenkomsten aan het kartelverbod is namelijk een stuk stringenter dan de toetsing van verticale overeenkomsten.

Mogelijkheden beperkingen online verkoop

Het Europese Hof van Justitie (“het Hof”) bevestigde in het belangwekkende Coty-arrest dat het een leverancier van luxeproducten is toegestaan om selectieve distributeurs te verbieden om via een internetplatform zoals Amazon of Bol.com te verkopen.¹⁴ Coty Germany, een bedrijf dat luxe cosmetica verkoopt in Duitsland, legde dergelijke restricties op aan haar distributeurs om het luxe imago van haar merk in stand te houden.

In het arrest stelt het Hof in lijn met vaste rechtspraak eerst vast dat een stelsel van selectieve distributie niet in strijd is met het kartelverbod indien de distributeurs op basis van objectieve, kwalitatieve, proportionele en niet-discriminerende criteria zijn gekozen.¹⁵ Het Hof stelt vervolgens dat selectieve distributie bij luxe producten nodig kan zijn om het prestigieuze imago te beschermen, aangezien dat bijdraagt aan behoud van kwaliteit van het product.¹⁶ Het Hof komt daarna tot de conclusie dat het product alleen via erkende wederverkopers te verkopen, waarvan wordt gegarandeerd dat ze aan de overeengekomen kwaliteitsvereisten voldoen, een geschikte manier is om het luxe-imago te beschermen.¹⁷ De internetplatforms

7 Groepsvrijstellingsverordening, artikel 5 lid 3. Nb. er gelden ook de eisen dat de verplichting betrekking heeft op goederen of diensten die met de contractgoederen of -diensten concurreren en dat de verplichting onmisbaar is om door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen.

8 Gerechtshof Den Bosch 5 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2370.

9 Ibid, r.o. 3.9.3.

10 Er is één relevante uitzondering. Het is een franchisegever toegestaan een vaste wederverkoop prijs te hanteren in het kader van tijdelijke marketingacties.

11 Ibid, r.o. 3.9.6.

12 Een toegestane bepaling die daarentegen met regelmaat wordt opgenomen in franchiseovereenkomsten is de zogenaamde locatieclausule. Middels een dergelijke clausule wordt een franchisenemer verplicht te handelen vanuit locaties die zijn goedgekeurd door de franchisegever. Ook mag aan de franchisenemer worden opgelegd dat hij niet zonder toestemming mag verhuizen. Dergelijke bepalingen worden noodzakelijk geacht voor de bescherming van het franchisenetwerk.

13 College van Beroep voor het bedrijfsleven 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526.

14 Hof van Justitie 6 december 2017, zaak C-230/16, Coty.

15 Ibid, r.o. 24.

16 Ibid, r.o. 25 tot en met 29.

17 Ibid, r.o. 51.

maken namelijk geen deel uit van het selectieve distributiestelsel, waardoor de leverancier de kwaliteitseisen niet kan afdwingen.¹⁸ Daarnaast draagt het feit dat platforms een verkoopkanaal zijn voor allerlei soorten producten ook niet bij aan het luxe-imago van het product, volgens het Hof.¹⁹

Al met al heeft het Hof met deze uitspraak geoordeeld dat een marktplaatsverbod geen *hardcore* beperking vormt. De reikwijdte van het Coty-arrest is onzes inziens (1) niet beperkt tot alleen luxeproducten en (2) niet beperkt tot selectieve distributie. Ook bij selectieve distributie van niet-luxeproducten is het toegestaan kwaliteitseisen te stellen aan de omgeving waarin de producten worden verkocht. Deze kwaliteitseisen kunnen evengoed niet worden afgedwongen van een platform van derden omdat er geen contractuele relatie tussen de leverancier en het platform bestaat. Ook wanneer geen sprake is van een selectief distributiestelsel of luxeproduct, is een verbod op verkoop via internetplatforms van derden toegestaan indien de leverancier en distributeur een marktaandeel van niet meer dan 30 procent hebben, ongeacht of het luxeproducten en/of selectieve distributie betreft. Boven dit marktaandeel zal per geval moeten worden beoordeeld of sprake is van een luxeproduct en/of selectieve distributie dan wel of er een individuele vrijstelling mogelijk is.

De rechtbank Amsterdam paste de lijn van het Hof in Coty toe in de zaak met betrekking tot de franchiseformule afslankproduct Size Zero Easy Shape.²⁰ De franchisegever verbood franchisenemers om zelfstandig hun producten aan te bieden op een internetplatform. De franchisegever zelf gebruikte het betreffende internetplatform wel om collectieve landelijke acties aan te bieden. Twee franchisenemers stelden dat het verbod om via internetplatforms te verkopen in strijd was met het kartelverbod. De franchisenemers weerspraken niet de stelling van de franchisegever dat Size Zero Easy Shape kwalificeerde als luxe product. De rechtbank Amsterdam overwoog daarom dat – in lijn met de uitspraak in Coty – een verbod op verkoop via een internetplatform in het geval van luxe product toegestaan kan zijn ter bescherming van het luxe-imago wanneer dit verbod evenredig is met het nagestreefde doel. Op dat laatste punt liep het echter spaak voor de franchisegever, omdat de franchisegever zelf wel gebruikt maakte van betreffende internetplatform. Daarmee viel volgens de rechtbank Amsterdam een beroep van Size Zero op imago schade niet te rijmen. Het verbod opgelegd aan de franchisenemers was daarmee in strijd met het kartelverbod.

¹⁸ *Ibid*, r.o. 49.

¹⁹ *Ibid*, r.o. 50.

²⁰ *Rechtbank Amsterdam 15 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5372*.

Overige ontwikkelingen

Verticale beperkingen en geo-blocking

Online platforms en internetverkoop hebben een grote impact op franchising. Wij merken dat franchisegevers steeds meer het online verkoop gedrag van hun franchisenemers proberen te beïnvloeden (bijvoorbeeld door verkoop via platforms te verbieden, zoals in de Coty zaak). Er komt dan ook meer aandacht voor dit type beperkingen, die namelijk niet altijd toelaatbaar zijn. In mei 2017 publiceerde de Commissie een verslag van haar sectoronderzoek naar e-commerce.²¹ Daar kwam uit dat online verkoopprijscontroles, beperkingen op online adverteren, beperkingen op online platforms en geoblocking de grootste mededingingsrechtelijke problemen veroorzaken. Van geoblocking is sprake wanneer handelaren toegang tot hun websites en apps blokkeren of beperken voor klanten uit andere lidstaten, en daarmee dus het vrij verkeer van goederen ondermijnen.²² Een voorbeeld is de zaak van de Commissie tegen Guess, die in 2018 is beboet door de Commissie.²³ Guess verbood haar distributeurs om producten buiten een aan hen toegewezen gebied te verkopen (geoblocking). Daarnaast mochten de wederverkopers alleen in dat specifieke gebied adverteren. Deze gedragingen kwalificeerden volgens de Commissie is een inbreuk op het kartelverbod. Guess is voor ruim EUR 39 miljoen beboet.

Groepsvrijstellingsverordening verloopt in 2022

Zoals hierboven in het juridisch kader is toegelicht, kunnen franchiseovereenkomsten onder omstandigheden profiteren van de veilige haven die de Groepsvrijstellingsverordening biedt. Deze Groepsvrijstellingsverordening zal echter op 31 mei 2022 komen te vervallen.²⁴

Op dit moment is de Europese Commissie aan het evalueren of de vrijstelling in stand blijft, wordt aangepast of geheel zal verdwijnen. In dat kader heeft de Commissie een publieke consultatie gehouden om een beeld te vormen van de mening van stakeholders over de Groepsvrij-

²¹ *Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce SWD(2017)154 Final*.

²² *Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2018 inzake de aanpak van ongerechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op grond van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt, en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 2006/2004 en (EU) 2017/2398 en Richtlijn 2009/22/EG, randnr. 1*.

²³ *Europese Commissie, DG Competitie, Zaak AT.40428 – Guess*.

²⁴ *Groepsvrijstellingsverordening, artikel 10*.

stellingverordening.²⁵ Uit de evaluatie blijkt volgens de Commissie dat de franchisebranche één van de sectoren is die niet overtuigd is van de positieve effecten van de Groepsvrijstellingsverordening (in vergelijking met dan andere stakeholders).²⁶ Volgens de Commissie is dit onder andere te wijten aan het toegenomen belang van online verkoop en online tussenpersonen. Op deze vlakken biedt de Groepsvrijstellingsverordening partijen namelijk weinig houvast. Dat is niet geheel onlogisch, gelet op het feit dat de Groepsvrijstellingsverordening al bijna 10 jaar oud is en bij het opstellen weinig rekening is gehouden met de huidige ontwikkelingen.

Conclusie

De ontwikkelingen ten aanzien van digitalisering en online verkoop hebben ook een grote impact op de franchiserelaties en zullen in de toekomst zeker tot nieuwe civiele zaken leiden. Ook verwachten wij dat mededingingsautoriteiten in de komende jaren meer oog hebben voor verticale beperkingen. Het is dus voor iedere franchiseformule van belang om op zich goed te verdiepen in de do's en don'ts van het mededingingsrecht. •

Martijn van de Hel en Joris Ruigewaard zijn als advocaat werkzaam bij Maverick Advocaten N.V. Zij bedanken mr. Annabel Kingma voor haar hulp bij de totstandkoming van dit artikel.
 martijn.vandehel@maverick-law.com
 joris.ruigewaard@maverick-law.com

²⁵ *Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010.*

²⁶ *Ibid*, p. 4.

RECTIFICATIE

In het artikel *Overgang van onderneming in de franchisebranche* (F&R september 2019, nr.11) is verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 1 juni 2016. Er is aangegeven dat er een franchise relatie bestond tussen Jumbo en de supermarkt exploitant. Er bestond echter slechts een huurrelatie tussen partijen. Deze uitspraak illustreert desalniettemin het toetsingskader van een rechter bij de toets of er sprake is van een overgang van onderneming.

wet- en regelgeving

Formulewijziging

mr. D.L. van Dam

Franchiseformules zijn bij uitstek niet statisch. Onder invloed van concurrentie, de vraag van de afnemers en andere ontwikkelingen in de branche, zal een franchiseformule steeds aanpassing behoeven. Niet alle aanpassingen zullen echter altijd door alle franchisenemers met open armen ontvangen worden. Zeker als de franchisenemers geen sterk homogene groep zijn zullen er franchisenemers zijn die zich niet kunnen vinden in de (voorgenomen) veranderingen van de formule. In de onderhavige bijdrage zullen enkele juridische aandachtspunten in dit kader nader beschouwd worden.

Wat is een franchiseformule

Een franchiseformule onderscheidt zich van een winkel-formule, of bedrijfsformule. Een bedrijfs- of winkel-formule ziet in ieder geval met name op het marketingaspect. Niet iedere bedrijfs- of winkel-formule is ook een franchiseformule. Voor een franchiseformule geldt dat er tevens een verdienmodel aan gekoppeld is voor de franchisenemers. Zo zal een franchisegever onder meer bijstand en advies moeten geven en zal er dus meer aan de orde zijn dan bij een filiaal.¹ Bij een filiaal hoeft er immers geen bijstand en advies gegeven te worden aan een zelfstandige ondernemer en hoeft er evenmin een verdienmodel voor de zelfstandig ondernemer te worden ontwikkeld.

Het concept van het wetsvoorstel dat op 12 december 2018 ter consultatie gepubliceerd is,² definieert het begrip “franchiseformule” in artikel 7:911 sub a BW. Daar is bepaald:

“franchiseformule: eenvormige commerciële formule voor de productie of verkoop van goederen, dan wel het verrichten van diensten die in ieder geval omvat;

1. een handelsmerk, model, gebruiksmodel of handelsnaam, huisstijl of teken en,
2. knowhow, zijnde een geheel van niet door een intellectueel of industrieel eigendomsrecht beschermde

¹ *Zie nader over de definiëring van franchising: A.W. Dolphijn, “De (hard)franchiseovereenkomst en zorgplicht gekwalificeerd”, WPNR 7226 (2019).*

² *Zie www.internetconsultatie.nl/wet_franchise.*

praktische informatie, voortvloeiende uit de ervaring van de franchisegever uit de door hem uitgevoerde onderzoekers, welke informatie geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is”.

De in dit concept gebruikte definitie voor een franchiseformule ontbeert enige onderscheiding met een bedrijfs- of winkelformule welke niet gebruikt wordt in franchiseverhoudingen. Het concept van het wetsvoorstel gaat derhalve ten onrechte voorbij aan een koppeling met een verdienmodel voor de franchisenemer, zij het dat in artikel 7:911 sub f BW van het concept van het wetsvoorstel bepaald is dat de franchiseovereenkomst een overeenkomst is waarbij de franchisegever aan de franchisenemer tegen vergoeding het recht verkrijgt om een franchiseformule op een aangewezen wijze te exploiteren voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten.

Hoe dan ook kan een formulewijziging voor franchisenemers tevens impact hebben op het verdienmodel. In die zin kan een formulewijziging betrekking hebben op niet alleen de wijziging van het conditiestelsel, waaronder te scharen vallen openingstijden, het exclusieve rayon of de inkooprijzen, maar ook of een wijziging van de marketingstrategie, zoals een nieuwe branding of nieuw logo. Ook zouden wijzigingen in het assortiment onder omstandigheden als een wijziging van een franchiseformule beschouwd kunnen worden, net als het aangaan van nieuwe samenwerkingsverbanden door de franchisegever met andere partijen.

Wijzigingsbedingen

Meestal zullen in franchiseovereenkomsten bedingen zijn opgenomen waarmee de franchisegever zich het recht voorbehoudt om bepaalde wijzigingen aan te brengen aan de formule. Zonder een dergelijk eenzijdig wijzigingsbeding zijn veranderingen in beginsel niet mogelijk, behoudens in het geval de franchisenemer ook instemt.

Als er sprake is van een eenzijdig wijzigingsbeding, dan kan een dergelijke bevoegdheid niet gelden als een zogenaamde “carte blanche” voor de franchisegever om onbegrensd wijzigingen door te voeren. Naarmate echter de wijzigingen en de gevolgen meer nauwgezet geformuleerd zijn, zal een beroep op een eenzijdige wijzigingsbinding eerder kunnen slagen.³ Daarbij geldt ook dat een radicale verandering in

het evenwicht, dat op basis van de bestaande verhouding bestaat, niet gerechtvaardigd hoeft te zijn. Niet ondenkbaar is dat een bepaalde wijziging alleen voordelen voor de franchisegever kent en geen voordelen voor de franchisenemer, maar juist nadelen. In dat geval is een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding mogelijk minder of niet toelaatbaar. Zie bijvoorbeeld de kwestie inzake Domino’s Pizza waar de wijziging om ook met de lunch open te zijn, waarvan de winstgevendheid voor de franchisenemers in verhouding tot die van de franchisegever in bepaalde gevallen onevenredig scheef liep,⁴ in rechte is gestrand. De rechtbank overwoog dienaangaande onder meer:

“Tegen die achtergrond mochten de franchisenemers er in elk geval ten tijde van het sluiten van de franchiseovereenkomsten van groep I ervan uitgaan dat zij afspraken maakten in het kader van de verkoop van avondmaaltijden. In dat kader konden de openingstijden uiteraard worden aangepast; bijvoorbeeld verkoop vanaf 15.30 uur of tot 22.30 uur partijen zijn het erover eens dat dat in elk geval binnen het concept van avondmaaltijden blijft. De franchisenemers hoefden er echter niet vanuit te gaan dat zij ook in de middagmaaltijden moesten gaan verkopen. Dat is iets wezenlijks anders, ongeacht het label dat op de middagverkoop wordt geplakt (“propositie”, “concept”, “formule”). De verwijzing in de franchiseovereenkomsten naar de MRG is onvoldoende voor een ander oordeel, omdat zoals hierboven al geoordeeld de franchisenemers door de bestendige, jarenlang ongewijzigd gebleven feitelijk gang van zaken er niet van uit hoefden te gaan dat aan de openingstijden in de MRG strikt de hand zou worden gehouden. Hieruit volgt dat vordering I primair voor toewijzing gereed ligt; aan de beoordeling van vordering I subsidiair komt de rechtbank niet toe.”

Hoe dan ook geldt dat de voorzienbaarheid van de wijziging van groot belang is. Als uit de franchiseovereenkomst volgt welke wijziging er mogelijk plaats gaat vinden en welke impact die wijziging wellicht kan hebben, dan zal een beroep op het wijzigingsbeding in dat kader minder snel tot juridisch houdbare bezwaren leiden.

De impact van bepaalde wijzigingen kan onder omstandigheden “verzacht” worden. Zo zou bijvoorbeeld voor het invoeren van een wijziging een ingroeietermijn kunnen worden aangeboden, zou een financiële compensatie

³ Zie A.W. Dolphijn, “Het eenzijdig wijzigingsbeding in de franchiseovereenkomst”, *Contracteren* 2018/1.

⁴ Zie rechtbank Rotterdam 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6582.

beschikbaar gesteld kunnen worden, een financiële faciliteit kunnen worden aangeboden (bijvoorbeeld in de vorm van een renteloze lening), of zou zelfs aangeboden kunnen worden om de franchiseovereenkomst tussentijds te beëindigen. Vanzelfsprekend is een dergelijke remedie sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Echter, teneinde de uniformiteit van de te wijzigen franchiseformule bewaren, kan het vaak niet anders dan dat er in klemmende gevallen concessies gedaan moeten worden om toch tot de benodigde formulewijziging te komen. Met een dergelijke mitigering van de gevolgen van de door franchisegever beoogde wijziging kan een belangenafweging meer in balans gebracht worden.

Wijzigingsproces

Uit de rechtspraak blijkt dat het binnen een samenwerkingsverband als een franchiseverhouding van belang is om de standpunten over en weer te proberen te begrijpen. Het confronteren van franchisenemers met een voldongen feit, zoals een uitgangspunt van slikken of stikken, wordt doorgaans niet geapprecieerd. De rechtbank overwoog⁵ onder meer:

“(…) Het gaat er om wat wordt bedoeld met de zinsneede “dat EMTÉ Franchise gerechtigd is een andere formule in de plaats van de EMTÉ formule aan te bieden”. Volgens Coop betekent dit dat zij aan [naam exploitant supermarkt] een andere formule kan voorschrijven, waarbij het in feite voor [naam exploitant supermarkt] een kwestie is van “slikken of stikken (…)”.

Voorts overwoog de rechtbank:⁶

“(…) Sterker nog, het huidige conditiestelsel zal volgens Coop zelfs volledig worden vervangen. Dat [naam exploitant supermarkt] dat volgens het principe “slikken of stikken” moet accepteren lijkt naar het oordeel van de kantonrechter op het eerste gezicht moeilijk te rijmen met het bepaalde in artikel 7 lid 3 van de Franchiseovereenkomst. Daarin is bepaald dat EMTÉ Franchise weliswaar het recht heeft om de Algemene Verkoop- en Leveringsvoorwaarden aan te passen, maar pas nadat het bestuur van de Vereniging van Gebruikers van de EMTÉ formule die aanpassingen heeft goedgekeurd.

Vervanging van de voorwaarden gaat nog verder dan een enkele aanpassing. Dat Coop, zoals zij stelt, zonder enige verdere goedkeuring bevoegd zou zijn om eenzijdig een nog verdergaande maatregel te nemen dan het aanpassen van de voorwaarden, namelijk het compleet vervangen daarvan door nieuwe, acht de kantonrechter niet erg overtuigend. (…)”

Aangenomen wordt wel dat de franchisegever eerst het verlangen tot wijziging dient te onderbouwen. De franchisenemer kan de noodzaak en redelijkheid voorts toetsen. Gewaakt moet worden voor het misbruiken van een weigeringsbevoegdheid door de franchisenemer. De franchisenemer dient zich immers de gerechtvaardigde belangen van de franchisegever aan te trekken. Een wederzijds coöperatieve houding is derhalve gewenst. In sommige franchiseovereenkomsten is een protocol van een wijzigingsproces vastgelegd. Dat kan een goed handvat bieden om escalatie van conflicten te voorkomen.

Collectiviteit van franchisenemers

Van belang voor de franchiseformule is het behoud van de uniformiteit. In dat kader faciliteert de franchisegever nogal eens een franchisenemersvereniging. De constructie is aldus dat de franchiseovereenkomst bepaalt dat de franchisenemer verplicht lid is van een bepaalde franchisenemersvereniging. Daarbij wordt aan het bestuur van een franchisenemersvereniging de (onherroepelijke) volmacht gegeven om adviezen te geven aan de franchisegever, of wel om bindende beslissingen te nemen over wijzigingen van de franchiseovereenkomst een zogenaamd instemmingsrecht. In het bijzonder geldt hier dat een dergelijke volmacht specifiek geformuleerd dient te zijn om geldig te zijn.⁷ Het gevaar dreigt hier dat een “carte blanche” aan de franchisenemersvereniging gegeven wordt. Bovendien dienen de statuten van de franchisenemersvereniging de mogelijkheid van het sluiten van overeenkomsten op naam van haar leden met derden mogelijk te maken. Zowel bij de franchisenemer als bij de franchisenemersvereniging dient nauwgezet de reikwijdte van de vertegenwoordigingsbevoegdheid neergelegd te worden.

Het “tussenschuiven” van een franchisenemersvereniging in verhouding tussen de franchisegever enerzijds en alle franchisenemers anderzijds kan tot effect hebben dat de

⁵ Zie rechtbank Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2968, r.o. 4.9.

⁶ Zie rechtbank Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2968, r.o. 4.11.

⁷ Zie A.W. Dolphijn, “De franchisenemersvereniging en de binding van franchisenemers”, *Contracteren* 2019/1.

franchisenemersvereniging excessieve standpunten van individuele franchisenemers in de algemene ledenvergadering mitigeert, althans nivelleert. Daardoor kunnen beslissingen over wijzigingen slagvaardiger genomen worden. Dit kan evenwel ook betekenen dat wijzigingen mogelijk niet kunnen plaatsvinden op de manier zoals door de franchisegever gewenst is.

In het concept van het voorstel voor de Wet Franchise is eveneens voorzien in een regeling omtrent de mogelijkheid tot wijziging van de franchiseovereenkomst. Bepaald is dat indien wijzigingen aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor de franchisenemer in de exploitatie van de franchiseonderneming, voorafgaande instemming benodigd is van ofwel twee-derde meerderheid van het vertegenwoordigend orgaan, of bij afwezigheid van zo een orgaan, voorafgaande instemming van de betreffende individuele franchisenemers.⁸

Conclusie

Het wijzigen van de franchiseformule is op gezette tijden essentieel en van noodzakelijk belang voor het behoud ervan. Dit vraagt een bepaalde mate van flexibiliteit van de franchisenemer. Niet alles kan altijd bij het oude blijven. Verandering is soms nodig om het verdienmodel voor alle franchisenemers en de franchisegever op niveau te houden. Het bepalen van de bevoegdheid voor de franchisegever om eenzijdige wijzigingen door te voeren is sterk afhankelijk van de omstandigheden. Natuurlijk speelt hetgeen in de franchiseovereenkomst afgesproken is een belangrijke rol, maar niet iedere wijzigingsbevoegdheid kan onbegrensd worden volhouden. Met de tussenkomst van een franchisenemersvereniging kunnen mogelijk slagvaardigere beslissingen genomen worden. Meer slagvaardigheid betekent evenwel niet altijd dat de franchisegever meer bevoegdheden krijgt om formulewijzigingen door te voeren. Het gaat er om dat de communicatie en de verschillende standpunten van de franchisenemers gekanaliseerd worden. Voorzienbaarheid voor de franchisenemer van de (financiële) impact kan een belangrijke beperking op wijzigingen door de franchisegever zijn. ●

*mr. D.L. van Dam
Ludwig & Van Dam Franchise advocaten, franchise juridisch advies.
vandam@ludwigvandam.nl*

COLOFON

Franchise & Recht (F&R) is een periodieke informatiebron. F&R verstrekt bondig en toegankelijk door deskundigen geselecteerde rechtsinformatie op het gebied van business format franchise.

F&R informeert opiniërend en voor de franchisepraktijk raadgevend de stroom aan juridisch nieuws en informeert over de franchisesamenwerking en de betrokken rechtsgebieden.

REDACTIE

mr. A.W. Dolphijn, franchise-advocaat, Ludwig & Van Dam Advocaten (dolphijn@ludwigvandam.nl)

mr. J.J.G. Heling, manager juridische zaken, Bart's Retail B.V. (Bakker Bart), (j.heling@bakkerbart.nl)

mr. H.G.A.J. Janssen (voorzitter), franchise jurist/consultant, Franchise Consultancy Services (jjanssen@franchise.nl)

mr. Th.R. Ludwig, franchise-advocaat, Ludwig & Van Dam Advocaten (ludwig@ludwigvandam.nl)

REDACTIESECRETARIAAT

Correspondentieadres: *Franchise & Recht informatiebron*, O.L.Vrouweplein 3, 6211 HD Maastricht, e-mail: redactief@franchise.nl.

Bijdragen (kopij) worden gestuurd naar het hierboven vermelde adres. Alle bijdragen wordt beoordeeld door de redacteurs en in voorkomende gevallen wordt een referent benaderd.

De bijdragen in deze informatiebron zijn door de auteurs op persoonlijke titel geschreven en geven hun persoonlijke visies weer. Hoewel bij de realisatie van deze uitgave een zo groot mogelijke nauwkeurigheid en correctheid werd nagestreefd, aanvaarden de auteurs(s), redacteurs en de uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele (druk)fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Franchise & Recht is een uitgave van Franchise.NL (uitgever), O.L.Vrouweplein 3, 6211 HD, Maastricht, www.franchise.nl

ABONNEMENTENADMINISTRATIE

Franchise.NL, t.a.v. F&R informatiebron, O.L.Vrouweplein 3, 6211 HD, Maastricht, e-mail: redactief@franchise.nl. Ook voor adres- en naamswijzigingen aan voornoemd (e-mail)adres.

ABONNEMENTSVOORWAARDEN

Per jaar verschijnen er ongeveer 3 afleveringen van het tijdschrift *Franchise & Recht informatiebron*. Een abonnement kost € 92,- per jaar incl. btw en verzendkosten. Een online abonnement kost € 52,-. Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip worden aangegaan voor de periode van 1 jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering. Er wordt vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode. Abonnementen kunnen alleen schriftelijk tot uiterlijk twee maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

© 2019 FRANCHISE.NL EN DE AUTEURS

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of anderszins, zonder de voorafgaande en schriftelijke toestemming van de auteur en de uitgever.

CITEERWIJZE

F&R december 2019, nr.12.

ISSN 2352-4863

⁸ Zie artikel 7:920 BW van het concept wetsvoorstel.