



# FRANCHISE & RECHT

## INFORMATIEBRON

jaargang 2 | december 2016 | nr. 4

### mededingingsrecht

## Franchise en mededinging

Mr. J.M.M. van de Hel  
Mr. J.F. Gielen

Franchising neemt binnen het mededingingsrecht een bijzondere plaats in. Het is inherent aan een franchise-formule dat een franchisegever de opgebouwde kennis en intellectuele eigendomsrechten beschermt en een uniforme uitstraling van de formule bewaakt. Deze bescherming kan in strijd met het mededingingsrecht en meer specifiek het kartelverbod zijn. Franchiseovereenkomsten zijn dan ook regelmatig onderwerp van civiele procedures. Niet zelden wordt hierbij via de mededingingsregels een beroep op de nietigheid van contractafspraken gedaan. Daarnaast lopen franchisegevers en franchisenemers bij een (ernstige) overtreding van het kartelverbod het risico op een (hoge) boete van de mededingingsautoriteiten.

In dit artikel worden de belangrijkste mededingingsrechtelijke aandachtspunten van franchisecontracten besproken.<sup>1</sup> Hierbij wordt aan de hand van de jurisprudentie ingegaan op veelvoorkomende bepalingen, zoals over verticale prijsbinding, non-concurrentiebedingen, afnameverplichtingen en internetverkoop. Alvorens deze onderwerpen te bespreken wordt het mededingingsrechtelijke kader voor franchising geschetst.

### Juridisch kader

Franchiseovereenkomsten kunnen onder de reikwijdte van het kartelverbod vallen.<sup>2</sup> Dit verbod verbiedt afspra-

<sup>1</sup> Voor een meer uitgebreide bespreking verwijzen wij naar het artikel van mr. M. van Joolingen en mr. D.T.A. Noordeloos in *Contracteren, Franchise en mededingingsrecht een bijzondere verhouding*, september 2011, nr. 3.

<sup>2</sup> Zoals bepaald in artikel 6 van de Mededingingswet ("Mw") en

### INHOUD

<b>mededingingsrecht</b>	
<b>Franchise en mededinging</b>	1
<i>Mr. J.M.M. van de Hel</i>	
<i>Mr. J.F. Gielen</i>	
<b>rechtspraak</b>	
<b>Kroniek jurisprudentie franchiserecht, 2e helft 2015 en 1e helft 2016</b>	5
<i>Mr. Th. R. Ludwig</i>	
<i>Mr. A.W. Dolphijn</i>	
Colofon	12

ken of contacten tussen ondernemingen die de concurrentie merkbaar kunnen beperken.<sup>3</sup> Uit de Europese rechtspraak volgt dat bepalingen in franchiseovereenkomsten die noodzakelijk zijn (i) ter bescherming van de knowhow van de franchisegever en (ii) de identiteit en reputatie van het franchisenetwerk niet in strijd zijn met het kartelverbod.<sup>4</sup> Daarnaast bestaat er voor franchiseovereenkomsten - net als voor andere distributieovereenkomsten - een generieke groepsvrijstelling van het kartelverbod.<sup>5</sup> Deze Groepsvrijstelling bevat een zogeheten

artikel 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU").

<sup>3</sup> Uitzonderingen hierop zijn neergelegd in artikel 7 Mw. Zie ook de Mededeling betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimisededeling).

<sup>4</sup> Hof van Justitie 28 januari 1986, zaak 161/84, Pronuptia.

<sup>5</sup> 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 ("Groepsvrijstelling"). De Groepsvrijstelling is een uitwerking van de wettelijke uitzondering in artikel 101 lid 3 VWEU (en artikel 6 lid 3 Mw).

“veilige haven” voor franchiseovereenkomsten indien (i) het marktaandeel op de relevante markt(en) van zowel de franchisegever als de franchisenemer niet meer bedraagt dan 30%<sup>6</sup> en indien (ii) de overeenkomst geen zogeheten hardcore-beperkingen bevat.<sup>7</sup> De Europese Commissie heeft in aparte richtsnoeren een nadere toelichting op de Groepsvrijstelling gegeven.<sup>8</sup>

Uit de Richtsnoeren blijkt dat verschillende verplichtingen voor de franchisenemer in beginsel geacht worden noodzakelijk te zijn voor de franchiseformule, zoals:<sup>9</sup>

- De verplichting geen concurrerende bedrijfsactiviteit uit te oefenen;
- De verplichting geen knowhow aan derden bekend te maken;
- De verplichting opgedane ervaring mede te delen en andere franchisenemers een licentie op hieruit voortvloeiende knowhow te verlenen;
- De verplichting inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten mede te delen en/of hiertegen in rechte op te treden;
- De verplichting rechten en verplichtingen uit de overeenkomst niet zonder toestemming aan derden over te dragen.

Daarnaast blijkt uit de Europese rechtspraak dat ook enkele andere verplichtingen voor de franchisenemer noodzakelijk voor de franchiseformule kunnen zijn, zoals:

- De verplichting producten enkel te verkopen in een ruimte die voldoet aan bepaalde eisen;<sup>10</sup>
- De verplichting het gebruik van de naam en handelsmerk te staken als het franchisenetwerk wordt verlaten;<sup>11</sup>
- De verplichting geen producten onder de naam en/of het merk van de franchisegever aan distributeurs buiten het franchisenetwerk om te verkopen;<sup>12</sup>
- De verplichting toestemming te vragen voor reclamemateriaal.<sup>13</sup>

Indien een franchisecontract (of een clause in het contract) niet van de Groepsvrijstelling kan profiteren of niet noodzakelijk wordt geacht voor de franchiseformule dan betekent dat niet direct dat het franchisecontract direct in strijd met het kartelverbod is. Hiervoor zal eerst moeten worden aangetoond dat de afspraak tot doel of gevolg heeft de concurrentie (merkbaar) te beperken.<sup>14</sup> De rechtbank Oost-Brabant heeft recent in een geschil tussen Jumbo en enkele van haar franchisenemers het beroep op het mededingingsrecht afgewezen omdat onvoldoende aannemelijk was dat sprake was van een merkbare gedraging.<sup>15</sup> Een eisende partij zal dit moeten onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden, onder meer door inzicht te geven in de marktafbakening, de marktstructuur en marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijke functioneren van de relevante markt(en) en van het effect van de inbreuk daarop.<sup>16</sup>

Afspraken in strijd met het kartelverbod zijn van rechtswege nietig.<sup>17</sup> Conversie is niet mogelijk.<sup>18</sup> Daarnaast kunnen mededingingsautoriteiten, zoals ACM of de Europese Commissie, voor overtreding van het kartelverbod (hoge) boetes opleggen. Hierbij moet met name worden gedacht aan (klassieke) kartelafspraken tussen verschillende franchisegevers of tussen franchisenemers onderling over klanten, werkgebieden of verkoopprijzen. Per 1 juli 2016 kan ACM boetes opleggen van maximaal € 900.000 (in plaats van € 450.000) of - indien dat meer is - 40% van de jaarlijkse concernomzet (in plaats van maximaal 10%). Dit bedrag kan zelfs worden verdubbeld indien blijkt dat een bedrijf zich in een periode van vijf jaar daarvoor aan eenzelfde overtreding schuldig heeft gemaakt (recidive). Ook betrokken personen kunnen door ACM worden beboet. Per 1 juli 2016 bedraagt de maximumboete voor personen € 900.000 (in plaats van € 450.000).<sup>19</sup>

### Selectieve of exclusieve franchise

Vaak zal een franchisegever beperkingen willen opleggen aan het aantal franchisenemers, het gebied waarin zij de producten mogen verkopen en/of aan wie de franchisenemers de producten mogen doorverkopen. Het is in deze

6 Het belang van een goede marktafbakening blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van Hoge Raad 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, Prisma, waarin een onjuiste afbakening tot vernietiging van het arrest van het hof leidde.

7 Artikel 4 Groepsvrijstelling.

8 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, 2010/C 130/01 (“Richtsnoeren”).

9 Richtsnoeren, rnr. 45 en verder.

10 Hof van Justitie 28 januari 1986, zaak 161/84, Pronuptia, o.v.19.

11 Beschikking Commissie 13 juli 1987, zaak IV/32.034, Computerland, rnr. 23.

12 Beschikking Commissie 13 juli 1987, zaak IV/32.034, Computerland, rnr. 26.

13 Hof van Justitie 28 januari 1986, zaak 161/84, Pronuptia, o.v.22

14 Hof 's-Hertogenbosch 12 februari 2013,

ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1827, Setpoint, o.v. 4.9 en verder.

15 Zie bijvoorbeeld rechtbank Oost-Brabant 6 januari 2016,

ECLI:NL:RBOBR:2016:15, Jumbo Supermarkten, o.v. 8.19 en verder.

16 Hoge Raad 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345, IATA/ANVR, o.v.3.6.1. en verder

17 Artikel 6 lid 2Mw en artikel 101 lid 2 VWEU.

18 Hoge Raad 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, Prisma.

19 Wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken en het terrein van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, houdende een verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima, Kamerstukken 2015–2016, 34 190.

gevallen raadzaam het franchisenetwerk te combineren met een exclusief of selectief distributiestelsel.

Het is een franchisegever toegestaan met een franchise-nemer af te spreken dat hij het recht krijgt om een bepaalde klantenkring of in een bepaald gebied exclusief te leveren.<sup>20</sup> Een andere mogelijkheid is dat de franchisegever de franchisenemers op grond van “bepaalde criteria” selecteert, een zogenaamd selectief stelsel. De franchisegever kan hiervoor kwalitatieve en/of kwantitatieve criteria hanteren.<sup>21</sup> Door kwantitatieve te eisen kan een franchisegever het aantal franchisenemers beperken (bijvoorbeeld door het eisen van een vereiste minimum- of maximumomzet of een maximaal aantal franchisenemers).<sup>22</sup>

### Non-concurrentiebeding tijdens overeenkomst

Een veel voorkomende bepaling in franchiseovereenkomsten is het non-concurrentiebeding waarbij de franchisenemer wordt verboden om diensten of goederen te verkopen die met de franchiseformule concurreren.<sup>23</sup> Hieronder worden in het mededingingsrecht ook afnameverplichtingen verstaan waarbij de franchisenemer meer dan 80% van zijn totale aankopen bij de franchisegever moet afnemen.

Uit de Europese rechtspraak en Richtsnoeren blijkt dat een non-concurrentiebeding in beginsel geacht wordt noodzakelijk te zijn voor de bescherming van de franchiseformule.<sup>24</sup> Een voorbeeld is het arrest Multicopy. In deze zaak had Multicopy een non-concurrentiebeding opgelegd dat de franchisenemers verbood binnen een straal van 30 kilometer van de vestiging een concurrerend bedrijf te starten gedurende de looptijd van de overeenkomst. Het Hof 's-Hertogenbosch concludeerde dat het non-concurrentiebeding niet in strijd was met het mededingingsrecht.<sup>25</sup> Een non-concurrentiebeding dat voor niet meer dan vijf jaar wordt afgesloten, is in ieder geval vrijgesteld op grond van de Groepsvrijstelling<sup>26</sup> (mits ook aan de overige voorwaarden wordt voldaan).

### Non-concurrentiebeding bij einde overeenkomst

Vaak bevat een franchiseovereenkomst ook een non-concurrentiebeding voor de periode na afloop van de over-

eenkomst.<sup>27</sup> Een dergelijk (post) non-concurrentiebeding wordt strenger beoordeeld. Om te kunnen profiteren van de Groepsvrijstelling moet het beding:

- (i) betrekking hebben op de goederen of diensten die concurreren met de contractgoederen of -diensten; en
- (ii) beperkt zijn tot de ruimten en terreinen waar de franchisenemer werkzaam was;<sup>28</sup> en
- (iii) onmisbaar zijn om de franchisegevers overgedragen knowhow te beschermen; en
- (iv) beperkt zijn tot één jaar.<sup>29</sup>

In het geval sprake is van een te breed geformuleerd of een te lang lopend post non-concurrentiebeding moet worden aangetoond dat het beding de concurrentie merkbaar kan beperken.<sup>30</sup> Illustratief is de recente zaak bij de rechtbank Amsterdam over de Luizenkliniek. In deze zaak speelde een post non-concurrentiebeding met een duur van vijf jaar en een zeer ruime geografische afbakening. De rechtbank kwam in deze zaak tot de conclusie dat de Luizenkliniek als franchisegever een marktaandeel van ongeveer een half procent bezat en dat hierdoor geen sprake kan zijn van een merkbare beperking, althans er kon niet direct van nietigheid van de bepaling worden uitgegaan.<sup>31</sup>

### Locatieclausule

Een toegestane bepaling die met regelmaat wordt opgenomen in de franchiseovereenkomst is de zogenaamde locatieclausule. Middels een dergelijke clausule wordt een franchisenemer verplicht te handelen vanuit locaties die zijn goedgekeurd door de franchisegever.<sup>32</sup> 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.

27 *Rechtbank Breda 18 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW4396, Fietsned, o.v.3.7.*

28 *Zie bijvoorbeeld rechtbank Utrecht 15 april 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI1190, Run2Day, o.v. 4.14 en rechtbank Arnhem 5 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK1781, Bruna, o.v. 4.8 en verder.*

29 *Zie artikel 5, lid 3, Verordening.*

30 *Rechtbank Midden-Nederland 11 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7395, Yarden, o.v. 4.3 en verder.*

31 *Rechtbank Amsterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2110, Luizenkliniek Den Haag, o.v.4.7. In de uitspraak van de Rechtbank Assen 13 december 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ5003, Hometeam, werd geoordeeld een (post) non-concurrentiebeding in strijd was met het mededingingsrecht. In deze zaak was sprake van een franchiseovereenkomst tussen een onderneming en een zelfstandige (“zpp’er”). Door het post non-concurrentiebeding werd de zpp’er als concurrent van de onderneming uitgeschakeld.*

32 *Hof van Justitie 28 januari 1986, zaak 161/84, Pronuptia, o.v.19.*

20 *Richtsnoeren, rnr. 51.*

21 *Richtsnoeren, rnr. 174 en verder. Een stelsel waarbij enkel eisen worden gesteld die (i) nauw samenhangen met de aard van het product, (ii) objectief te hanteren zijn en zonder discriminatie worden toegepast en (iii) niet verder gaan dan noodzakelijk, valt buiten de reikwijdte van het kartelverbod (een zogenaamd zuiver kwalitatief selectief stelsel).*

22 *Richtsnoeren, rnr. 174 en verder.*

23 *Zie artikel 1, sub d, Verordening.*

24 *Richtsnoeren, rnr. 190,*

25 *Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU8610, Multicopy, o.v. 4.3.7.8.*

26 *Artikel 5, lid 1, Groepsvrijstelling en Richtsnoeren, rnr. 66 en verder.*

## Optierecht

Een andere veel voorkomende bepaling in franchisecontracten, met name in de supermarktbranche, is een optierecht. Dit houdt in dat de locatie bij beëindiging van het franchisecontract eerst ter huur of ter verkoop moet worden aangeboden aan de franchisegever. In de zaak Griffioen heeft de toenmalige Nederlandse Mededingingsautoriteit (nu ACM) geoordeeld dat een optierecht geen mededingingsbeperkende strekking had.<sup>33</sup> De reden hiervoor was dat concurrerende supermarktketens niet waren uitgesloten om het bedrijf en het pand te verwerven c.q. te huren, noch worden uitgesloten om hun supermarktformule in het betreffende pand (te laten) hanteren. Dit houdt in dat naar de individuele omstandigheden van het geval moet worden gekeken of een dergelijk optierecht de mededinging kan beperken.<sup>34</sup> Dit zal, gelet op de zware bewijslast, niet snel worden aangenomen.

## Verticale prijsbinding

Uitgangspunt in het mededingingsrecht is dat iedere onderneming zijn eigen prijsbeleid dient te bepalen. Eén van de hardcore beperkingen van de Groepsvrijstelling is dan ook het direct of indirect opleggen van een vaste of minimum wederverkoop prijs door een franchisegever aan zijn franchisenemers (verticale prijsbinding).<sup>35</sup> Indien een dergelijke clause in een overeenkomst wordt opgenomen, bestaat er dan ook een risico dat deze afspraak in strijd met het mededingingsrecht is. Dergelijke clauses worden ook niet geacht inherent te zijn aan de franchiseformule. Zo heeft de rechtbank Amsterdam eerder aangegeven dat minimumprijzen (ter voorkoming van prijsdumping) niet onder de Pronuptia-uitzondering vallen omdat dergelijke prijsbepalingen niet het doel hebben de reputatie en identiteit van de franchisegever te beschermen.<sup>36</sup> Wel is het een franchisegever toegestaan maximumprijzen of adviesprijzen te hanteren (mits deze door druk van de franchisegever niet hetzelfde effect als een vaste of minimumprijs hebben).<sup>37</sup>

33 *Besluit NMa 10 augustus 2001, zaak 2247/44, Griffioen.*

34 *In de literatuur is discussie over de vraag of een optierecht de strekking heeft de mededinging te beperken. Zie bijvoorbeeld het artikel van P. Amador Sanchez en K. Hendriks, noot bij Hof Prisma en Mitra, Actualiteiten Mededingingsrecht 2008, 2. Uit de rechtspraak volgt een wisselend beeld. In de uitspraak van de rechtbank Amsterdam 2 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BL7157, Super / Schuitema, o.v. 4.11.2 werd het optierecht niet geacht de strekking te hebben, terwijl in het arrest van Hof Leeuwarden 7 november 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BB8288, Prisma, o.v. 12 en verder, het optierecht wel geacht werd de strekking te hebben de mededinging te beperken. Dit arrest is echter vernietigd door de Hoge Raad 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, Prisma.*

35 *Groepsvrijstelling, artikel 4, onderdeel a.*

36 *Rechtbank Amsterdam 21 augustus 2008, ECLI:NL:RBAMS:2013:6591, Drachten Storage / City Box, o.v. 4.10-4.11.*

37 *Richtsoeren, rnr. 48.*

Er is één relevante uitzondering. Het is een franchisegever toegestaan een vaste wederverkoop prijs te hanteren in het kader van marketingacties. Zo kan het voor een franchiseformule nodig zijn om een gecoördineerde kort lopende prijsverlagingsactie op te zetten. Een dergelijke actie is ook in het belang van de consument. Deze actie mag alleen niet te lang duren. De Europese Commissie gaat hierbij uit van een periode van twee tot zes weken.<sup>38</sup> In Nederland is zelfs een wettelijke uitzondering gecreëerd. Een reclameactie in het kader van franchise is van de Nederlandse mededingingsregels vrijgesteld indien deze niet langer duurt dan acht weken en betrekking heeft op minder dan vijf procent van het assortiment van de franchisenemer.<sup>39</sup>

## Internetverkoop

In toenemende mate worden producten via het internet verkocht. Uitgangspunt in het mededingingsrecht is dat iedere distributeur ongehinderd van het internet gebruik moet kunnen maken om producten te verkopen. Een franchisegever mag wel haar franchisenemers verplichten:<sup>40</sup>

- Zich te onthouden van actieve verkoopinspanningen in andere regio's of landen (als deze middelen een exclusief of selectief stelsel zijn toegewezen);
- Via tenminste één fysiek verkooppunt producten te verkopen;
- Online after sales diensten aan te bieden; en
- Om de website aan bepaalde kwaliteitseisen te laten voldoen.

Een franchisegever mag in ieder geval franchisenemers niet verplichten om:

- websites voor klanten uit andere regio's of landen te blokkeren;
- klanten uit bepaalde regio's of landen naar een andere handelaar door te verwijzen;
- transacties van klanten met creditcardgegevens uit andere landen af te breken;
- de verkoop via internet tot een bepaald maximum te beperken; en
- hogere prijzen te betalen voor producten die online worden verkocht.

## Verboden contact

Uit de beschikkingenpraktijk van ACM blijkt dat franchisegevers en franchisenemers vooral moeten oppassen met mogelijke contacten met concurrenten (over bijvoorbeeld prijzen en klanten). Illustratief is de boete van € 12,8 miljoen die de Autoriteit Consument & Markt ("ACM") aan

38 *Richtsoeren, rnr. 225.*

39 *Artikel 2, Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel.*

40 *Richtsoeren, rnr. 51 en verder.*

vier textielwasserijen heeft opgelegd.<sup>41</sup> De rechtbank Rotterdam heeft dit besluit onlangs bekrachtigd.<sup>42</sup> In deze zaak concludeerde ACM dat een samenwerking in het kader van de Rentex-formule een inbreuk maakte op het kartelverbod.<sup>43</sup> De franchisenemers hadden invloed op de toelating van nieuwe deelnemers en de toewijzing van rayons.<sup>44</sup> Ook hadden de franchisenemers onderling contact over de naleving van de rayonverdeling.

Ook heeft ACM voor ruim € 5 miljoen boetes opgelegd aan twee thuiszorginstellingen. Volgens ACM waren de aanbieders CRG en Carinova in het kader van het samenwerkingsverband 'Plectrum' een non-concurrentiebeding overeengekomen dat inhield dat de leden van Plectrum niet mochten toetreden tot het werkgebied van een ander lid. CRG en Carinova hadden, vooruitlopend op het oprichten van een franchiseformule, afgesproken om elkaars werkgebied niet te betreden. De rechtbank en het College Beroep voor het bedrijfsleven achtende door ACM gestelde non-concurrentieafspraken niet bewezen. De boete verviel hiermee.<sup>45</sup>

### Conclusie

Het is een franchisegever toegestaan zijn franchiseformule te beschermen. Deze bescherming mag echter niet verder gaan dan noodzakelijk. In dat geval kan een afspraak of contractclausule in strijd met het kartelverbod en nietig zijn. Hiervoor zal wel moeten worden aangetoond dat de afspraak of clausule de concurrentie merkbaar kan beperken. Franchisegevers en franchisenemers moeten met name oppassen bij contacten met concurrenten. Vooral bij afspraken tussen franchisegevers of tussen franchisenemers onderling over klanten, werkgebieden of verkoopprijzen bestaat er een risico op een hoge boete van de mededingingsautoriteiten. Zowel franchisegevers als franchisenemers doen er goed aan hun franchisecontracten op de hiervoor genoemde onderwerpen te controleren teneinde onaangename verrassingen in de toekomst te voorkomen. •

*Martijn van de Hel en Jos Gielen zijn advocaat en verbonden aan Maverick Advocaten N.V. te Amsterdam.*

41 In het Besluit NMa 8 december 2011, kenmerk 6855, Wasserijen, was de hoogte van de boete nog € 18 miljoen.

42 Rechtbank Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477.

43 Besluit NMa 8 december 2011, zaak 6855, Wasserijen.

44 De wasserijen waren aandeelhouders van de franchisegever en opereerden zelf als franchisenemer.

45 Rechtbank Rotterdam 14 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4168, Plectrum, o.v. 7.15 en College van Beroep voor het bedrijfsleven 18 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:457, Plectrum, o.v. 3.5.

## rechtspraak

# Kroniek jurisprudentie franchiserecht, 2e helft 2015 en 1e helft 2016

Mr. Th. R. Ludwig  
Mr. A.W. Dolphijn

Wederom is er een keur aan uitspraken die de afgelopen periode de revue gepasseerd is. Hierbij een selectie van enkele uitspraken, gerubriceerd per onderwerp.

### Prognoseproblematiek

De rechtbank Oost-Brabant heeft in een vonnis van 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3752, overwogen of een franchisegever wel een prognose verstrekt had. De rechtbank oordeelde dat de mededeling op internet dat er met de formule van NuWonen een bepaalde omzet gegenereerd kon worden, niet als prognose kon worden beschouwd waar de franchisenemer zich op had mogen baseren. Niet iedere mededeling of uiting van de franchisegever kan door de franchisenemer aangegrepen worden om op te mogen vertrouwen. Soms kan er van een louter aanprijzen sprake zijn.

Zie ook het vonnis van de rechtbank Overijssel van 8 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2172, waar het over de vraag ging of het afgegeven cijfermateriaal kan worden gekwalificeerd als een prognose en vervolgens of deze prognose onzorgvuldig en ondeugdelijk was. De vermelding dat een bepaalde omzet behaald moet worden om een bepaalde winst te behalen, impliceert dat die omzet ook behaald kan worden, zo bepaalt de rechtbank. De vermelding van de term 'taakstelling' doet daar niet aan af. Er is dus wel degelijk sprake van een prognose.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft in een vonnis van 15 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3723, een oordeel gevormd over een geschil tussen een franchisenemer en Biretco als franchisegever. In eerdere rechtszaken had Biretco in het stof gebeten, zie bijvoorbeeld rechtbank Zeeland-West-Brabant in een vonnis van 8 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:6952 en het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ4057. In de betreffende kwestie wordt de franchisenemer in het ongelijk gesteld. De franchisenemer verweet de franchisegever onder meer een ondeugdelijke prognose voorgehouden te hebben. Echter, het door de franchisegever voorgehouden exploitatie-



overzicht bestaat uit door de franchisenemer aangeleverde historische gegevens. De rechtbank is van oordeel dat noch sprake is van ongefundeerde cijfers, noch van prognoses. Van een onjuiste mededeling van de franchisegever, althans het nalaten van het geven van inlichtingen, is derhalve geen sprake. Ook ten aanzien van een presentatie van financiële kengetallen is de rechtbank van oordeel dat de kengetallen uitsluitend een doorrekening betreffen van de brutowinstmarge die behaald zou kunnen worden bij een bepaalde salesmix. De franchisenemer had volgens de rechtbank onvoldoende aangevoerd om te concluderen dat gesproken kan worden van ongefundeerde mededelingen van Biretco aan de franchisenemer, laat staan van prognoses. De franchisenemer verweet voorts nog onvoldoende zorg en bijstand te hebben verleend toen bleek dat de prognoses niet uitkwamen. De franchisegever heeft echter aangevoerd dat zij door middel van het opstellen van een plan van aanpak trachtte de franchisenemer te ondersteunen in de bedrijfsvoering. Ook voerde de franchisegever aan dat zij zorgde voor een tweewekelijkse ondersteuning van de franchisenemer via een accountbegeleider. De rechtbank oordeelt daarop dat de franchisenemer onvoldoende bewezen heeft dat de franchisegever haar zorgplicht geschonden zou hebben.

Het gerechtshof Den Haag vernietigde op 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1707 het vonnis van de rechtbank Den Haag van 9 november 2013, . Het gerechtshof besliste dat een prognose geen uitsluitende toekomstige omstandigheid betreft (in de zin van artikel 6:228 lid 2 BW), indien de prognose is gebaseerd op een onjuiste voorstelling van de, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, bestaande omstandigheden. De prognoses zijn gebaseerd op een bepaalde gemiddelde omzet per vierkante meter. Op zichzelf is deze methode niet ondeugdelijk. Echter, door de aanwezigheid van een zogenaamde negatieve marktruimte, was te verwachten dat de geprognosticeerde omzet pas jaren later zou kunnen worden gerealiseerd. Door de negatieve marktruimte moet een nieuwkomer zich namelijk invechten in de markt en zal het enige tijd duren voordat hij het voor de geprognosticeerde omzet benodigde marktaandeel verwerft. Het gerechtshof concludeert dat de prognose derhalve ondeugdelijk is en stelt vernietiging wegens dwaling vast.

In een geschil tussen een supermarkteigenaar en zijn voormalige franchisegever over voorafgaand aan de samenwerking verstrekte informatie wees het gerechtshof 's-Hertogenbosch op 14 juni 2016 arrest (ECLI:NL:GHSHE:2016:2363). Het gerechtshof oordeelt dat de voormalige franchisegever correcte gegevens diende te verstrekken, maar dat de betreffende verstrekte historische ervaringscijfers op zich niet onjuist zijn gebleken. Contractueel was vastgelegd dat de franchisegever een

marktonderzoek diende te verstrekken indien dit voorhanden was. Echter, niet is gebleken dat een dergelijk rapport voorhanden was. De franchisenemer heeft geen feiten of omstandigheden aangevoerd die meebrengen dat de franchisegever in dit geval gehouden was toch een marktonderzoek te doen uitvoeren. Het gerechtshof wijst de vorderingen van de franchisenemer dan ook af.

In een arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch is de vraag aan de orde gekomen wie nu moet aantonen dat de prognose van de franchisegever wel of niet deugdelijk was. Zie gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3583 (ToFuel/franchisenemer). De prognose was gebaseerd op bezoekersaantallen en de gemiddelde bestedingen bij een shop. Het gerechtshof draagt aan de franchisegever op om van deze drie aspecten nader bewijs te leveren van de juistheid van de gebruikte cijfers. De stelling dat bezoekersaantallen gebaseerd zijn op ervaringscijfers dienen ook nader onderbouwd te worden door de franchisegever, bijvoorbeeld door het overleggen van jaarstukken of een accountantsverklaring. Naar aanleiding van het tussenarrest heeft de franchisegever bronnen genoemd en overgelegd waaruit zij voor haar prognose heeft geput. Het gerechtshof merkt in het eindarrest van 8 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:851, op dat de shop bij het betreffende pompstation vóór de prognose niet werd bemand. De franchisegever heeft derhalve niet kunnen putten uit concrete cijfers. Zij was aangewezen op zachtere gegevens. De franchisenemer wist dit, althans had dit kunnen weten. De prognose noemde immers cijfers aangaande een onbemand pompstation. Het gerechtshof merkt voorts op dat de prognose met de daarin genoemde cijfers niet aan de franchisenemer zijn gepresenteerd als te zijn gebaseerd op een grondig onderzoek. De cijfers gaan vooraf door de woorden 'Bekend is' en staan op één A-4tje met de titel 'model'. De franchisenemer mocht aan deze cijfers dan ook geen al te grote waarde hechten, aldus het gerechtshof.

In het arrest gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9291 (Autorijschool/franchisenemer) was aan de orde de stelling van de franchisenemer dat de oorzaak van de tegenvallende resultaten van de door hem geëxploiteerde vestiging van de franchisenemer te wijten is aan de franchisegever. Het gerechtshof stelt vast dat er wel degelijk (voldoende) instructeurs ter beschikking zijn gesteld, doch dat deze instructeurs de samenwerking met de franchisenemer vroegtijdig hebben verbroken, omdat de franchisenemer zich jegens hen onbehoorlijk heeft gedragen en/of zich niet aan zijn verplichtingen heeft gehouden. De franchisenemer werd derhalve in het ongelijk gesteld.

### Internet

In het geval waarover het gerechtshof 's-Hertogenbosch op 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2754, oordeelde,

ging het over een formule die ziet op de exclusieve exploitatie van een groothandel in kappersbenodigdheden. De franchisenemer had (internet)activiteiten ontplooid onder een andere handelsnaam, zoals de franchisenemer dat ook vóór het aangaan van de franchiseovereenkomst deed, namelijk de verkoop van kappersgroothandel via onder andere internet. De vraag is of deze activiteiten binnen het exclusieve bereik van de franchiseovereenkomst vallen. Het gerechtshof constateert dat de franchiseovereenkomst zelf het bereik niet aangeeft en oordeelt dat de franchisegever niet had hoeven verwachten dat alle activiteiten op het gebied van de handel in kappersbenodigdheden onder het bereik van de franchiseovereenkomst zou vallen. De onduidelijkheid over het bereik van het exclusieve afnamebeding wordt derhalve de franchisegever tegengeworpen. Een uitleg contra-proferentem derhalve.

Mag een leverancier van fietsen de dealerovereenkomst beëindigen als de dealer geen fysieke winkels meer exploiteert, maar zich beperkt tot een webshop? Over die vraag gaat de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8040 (IBG/Accell). De voorzieningenrechter oordeelde over de kwestie waarbij een leverancier en een dealer een dealerovereenkomst sloten voor de levering van fietsen van diverse merken. De dealer exploiteerde naast fysieke winkels tevens een webshop (onder fietsenwinkel.nl). Na een jaar verkoopt de dealer de winkels en zet haar webshop voort. Omdat er bij de leverancier twijfels ontstaan of de dealer nog wel de nodige optimale service kan bieden aan de klanten, worden diverse financiële voorwaarden en faciliteiten uit de dealerovereenkomst opgeschort door de leverancier. Partijen gaan in gesprek, waarbij de dealer heimelijk geluidsopnames maakt. Toen de leverancier daar achter kwam, heeft de leverancier de overeenkomst beëindigd. De dealer vordert nakoming van de dealerovereenkomst. De voorzieningenrechter oordeelt dat de dealer niet te kort schiet, omdat de dealer gewaarborgd heeft dat de juiste service verleend wordt ten aanzien van de via internet gekochte fietsen, doordat voorzien is in afhaalpunten, een volwaardige helpdesk en geboden service aan huis. Bovendien wordt er door de dealer in ieder geval één werkplaats aangehouden. Van een tekortkoming die de ontbinding rechtvaardigt is derhalve geen sprake, aldus de voorzieningenrechter. De leverancier had voorts aangevoerd dat de dealerovereenkomst (mede) opgezegd is wegens een vertrouwensbreuk die ontstaan is doordat de dealer heimelijk opnames nam van de gevoerde gesprekken. De dealerovereenkomst voorziet in de mogelijkheid van opzegging met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden. De voorzieningenrechter oordeelt dat de leverancier voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de aanleiding voor opzegging van de samenwerking daadwerkelijk (mede) is dat de leverancier haar vertrouwen in de

dealer als zakenpartner volledig heeft verloren door de handelwijze van de dealer. Daarbij wordt tevens acht geslagen op het verlies van de fysieke winkels van de dealer. Kortom, de leverancier kon de dealerovereenkomst niet ontbinden, maar wel tussentijds opzeggen. Uit deze uitspraak lijkt te kunnen worden opgemaakt dat indien een dealer of franchisenemer de manier waarop zij haar producten afzet wijzigt, dit nog geen tekortkoming hoeft te zijn die ontbinding rechtvaardigt. Het kan wel mede een grond voor opzegging van de samenwerking zijn.

### Wijziging conditiestelsel

Op 11 maart 2016 is door de rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:1387 een einduitspraak gedaan in de door een aantal franchisenemers van Bakker Bart aangespannen rechtszaken over het door de franchisegever gewijzigde conditiestelsel. De franchisenemers stelden terecht dat met de invoering van een nieuw huurstelsel bij franchisenemers dit weliswaar heeft geleid tot een substantiële verhoging van de huur. Echter, de werkelijke huurdruk voor de franchisenemers is steeds ruim binnen de marges van het huurconditiestelsel gebleven door een financiële bijdrage aan de franchisenemers. De kantonrechter leidt hieruit af dat het nieuwe huurconditiestelsel op zich genomen voor de franchisenemers niet negatief heeft uitgepakt. De franchisenemers stelden ook dat Bart's Retail ten onrechte haar franchisenemers had voorggehouden dat zij door gezamenlijke inkoop in grote volumes minder zouden betalen. Juist is dat de groothandelsmarge over het kernassortiment deegwaren hoog is, maar de totale ketenmarge is redelijk. De franchisenemers werden dan ook niet gevolgd.

In het arrest van het gerechtshof Den Haag d.d. 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:256 (J&P Consultants B.V./Olympia Nederland B.V.) werd Olympia in het ongelijk gesteld in een zich al jaren voortslepende discussie met de franchisenemers over het doorberekenen van kosten. De discussie spitste zich toe op de vraag welke kosten de franchisegever nu mocht doorbelasten aan de franchisenemers en de uitleg van het begrip "kostprijs" in de franchiseovereenkomst. Naar het oordeel van het hof had de franchisenemer in de gegeven omstandigheden het begrip kostprijs redelijkerwijs mogen opvatten als de werkelijke kosten die Olympia voor de bij haar in dienst zijnde uitzendkracht heeft moeten maken. Het op voorhand doorbelasten van (mogelijke) hogere kosten tijdens de uitvoering van de bestaande overeenkomsten, zonder dat de franchisenemer daarmee heeft ingestemd, is volgens het gerechtshof niet toelaatbaar.

### Exclusieve afnameplicht

De rechtbank Noord-Nederland heeft op 9 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4271 (Op=Op Voordeelshop) een vonnis geveld over de vraag of een franchisegever

marktconforme prijzen hanteerde bij een exclusieve afnameplicht. De rechtbank concludeert dat de franchise-nemers onvoldoende gemotiveerd hebben gesteld dat de franchisegever prijzen aan hen heeft berekend die niet marktconform waren. Het enkele feit dat andere leveranciers op verschillende momenten (en meestal voor een beperkt aantal producten) voordeliger prijzen hadden, is daarvoor niet voldoende. Uit de stellingen van de franchisenemers kan op geen enkele manier worden afgeleid dat andere leveranciers alle franchisenemers continu tegen die lagere prijzen konden beleveren, aldus het oordeel.

In een vonnis van de rechtbank te Rotterdam van 17 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:699, ging het over een exploitant van een pompstation-formule die een contractuele afnameplicht had om alle brandstof in te kopen bij de franchisegever. De franchisenemer vorderde een schadevergoeding. Uit de door de franchisenemer overgelegde stukken bleek echter niet dat de opgelegde verkoopprijzen niet aan de hand van de landelijk geadviseerde pompprijzen waren berekend, zoals bepaald was in de franchise-overeenkomst. Ook had de franchisenemer naar de mening van de rechtbank niet inzichtelijk gemaakt dat hij zou zijn benadeeld door het prijsregime.

### Zorgplicht

Het invoeren van een leveringsstop door een franchisegever is een geducht middel om een franchisenemer onder druk te zetten. De rechtbank Noord-Nederland heeft op 24 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4160, een interessante uitspraak gedaan over dit vraagstuk. Aan de orde was het geval waarbij de franchisegever een formule voor sportwinkels exploiteert en geeft licenties uit aan winkeliers voor het voeren van de formule. De franchisegever acteerde tevens als inkooporganisatie in de zin dat zij collecties inkocht voor franchisenemers die bij de franchisenemers werd afgeleverd. Daarbij werd de inkoop van leveranciers door de franchisegever voorgefinancierd. Door de verhouding die op het punt van kredietverlening tussen de franchisenemer en de franchisenemer was ontstaan, is volgens de rechtbank op de franchisegever een bijzondere zorgplicht jegens de franchisenemers komen te rusten, vergelijkbaar met die van een kredietverlenende bank. Met de door de franchisegever ingevoerde leveringsstop wegens het onbetaald laten van inkoopfacturen, zouden de franchisenemers slechts een bestaande voorraad kunnen verkopen en gedoemd zijn om naar enige tijd hun winkels te sluiten omdat zij niet meer rendabel zijn. De rechtbank oordeelt dat het handelen van de franchisegever, waarmee een leveringsstop bewerkstelligd is, onverenigbaar was met de redelijkheid en billijkheid die zij als franchisegever jegens haar franchisenemers in acht dienen te nemen.

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft op 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4989, inzake (HunkmöllerBodique/HB Israel) beslist dat van een bijzondere zorgplicht van een franchisegever in een franchiseverhouding geen sprake is. In eerste aanleg oordeelde de rechtbank Oost-Brabant op 23 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2305, nog wel dat op de franchisegever een bijzondere zorgplicht jegens haar franchisenemer rust. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch ziet geen aanleiding om een bijzondere zorgplicht van de franchisegever aan te nemen. Het enkele feit dat de overeenkomst betrekking heeft op franchise, acht het hof daartoe onvoldoende. De aard van de overeenkomst brengt niet zonder meer mee dat de franchisenemer altijd in een afhankelijke positie verkeert ten opzichte van de franchisegever. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de professionaliteit van partijen.

Tot een vergelijkbare uitkomst kwam de rechtbank Noord-Holland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:718 (Bread&Butter Tiel/FHC) waar geoordeeld werd dat een franchisegever in het algemeen niet eigener beweging een franchisenemer gedetailleerd van advies hoeft te dienen, of planmatig begeleiding te geven ten aanzien van de exploitatie door de franchisenemer en rust er op de franchisegever in zoverre geen bijzondere zorgplicht.

De rechtbank Rotterdam heeft op 16 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1769 een vonnis gewezen over de vraag in hoeverre de bank een financiering had kunnen verstrekken aan een franchisenemer voor het aangaan van een franchiseovereenkomst en het exploiteren van de franchiseformule. De franchisenemer wijst op een aantal omstandigheden die zouden maken dat de bank haar zorgplicht geschonden heeft, waaronder het bestaan van de franchiseovereenkomst. De rechtbank is echter van oordeel dat de aard en inhoud van de franchiseovereenkomst niet maakt dat er op de bank een verdergaande zorgplicht komt te rusten dan hiervoor is weergegeven. De aard en de inhoud van de franchiseovereenkomst waren hier niet van belang nu het een reguliere financieringsovereenkomst zou betreffen waarbij de risico's voor de franchisenemer overzichtelijk waren. Uit het vonnis blijkt niet dat de franchisegever een prognose verstrekt had aan de franchisenemer en voorts blijkt niet of ook de bank een prognose meegewogen heeft bij haar oordeel om de financiering te verstrekken. Niet ondenkbaar is dat de bank in dat geval de franchisenemer (ook) had behoren te beschermen tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht. Als de prognose ondeugdelijk was, en de bank dit (gezien haar deskundigheid) had behoren te onderkennen, dan had de franchisenemer misschien meer succes gehad in het verweer jegens de bank. Wellicht is hier een parallel te trekken tussen de bancaire zorgplicht en de zorgplicht



die onder omstandigheden ook een franchisegever wordt aangemeten.

### Beëindiging

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft op 29 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7296, een arrest gewezen over de vraag of de franchisegever de franchiseovereenkomst voor onbepaalde duur kon opzeggen. De franchisenemer stelde dat er geen sprake was van een betalingsachterstand, omdat de franchisenemer nog een voor verrekening vatbare vorderingen had op de franchisegever. Het gerechtshof stelde vast dat die voor verrekening vatbare vordering (grotendeels) (nog) niet opeisbaar was op het moment dat de vordering van de franchisegever op de franchisenemer opeisbaar was. Er was derhalve sprake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichting uit de franchiseovereenkomst van de franchisenemer. Nu er sprake is van een toerekenbare tekortkoming, bepaalt de franchiseovereenkomst dat de franchiseovereenkomst opzegbaar is. Het gerechtshof beredeneert dat de aanwezigheid van een zwaarwegende grond geen vereiste is voor een geldige opzegging van de franchiseovereenkomst. In zijn arrest van 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, heeft de Hoge Raad beslist dat een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan (indien wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging) in beginsel opzegbaar is, met dien verstande dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. Die situatie doet zich hier echter niet voor, alleen al omdat tussen partijen niet ter discussie staat dat de franchiseovereenkomst, op grond van hetgeen de franchiseovereenkomst bepaald, terstond kan worden opgezegd indien de franchisenemer niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan, aldus het gerechtshof. De slotsom is dat de franchisenemer weliswaar een tegenvordering had op de franchisegever, maar deze tegenvordering nog niet opeisbaar was, waardoor de franchisegever op dat moment de franchiseovereenkomst kon opzeggen omdat de franchisegever wel een opeisbare vordering op de franchisenemer had.

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde over de kwestie van een franchisenemer, aangeduid als Kippersluis, tegen Super de Boer (thans Jumbo). Met twee arresten van 22 september 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:6591 en ECLI:NL:GHARL:2015:6582) lijkt een voorlopig einde gekomen te zijn aan een langstlepende kwestie over de vraag of de Super De Boer-franchisenemer bij het einde van de formule verplicht was over te gaan naar een andere formule en in de (onder)gehuurde bedrijfsruimte een supermarkt onder eigen naam mocht blijven exploiteren. Super

De Boer had forse druk gezet op de franchisenemer om over te gaan naar de formule van C1000 en, toen dat niet tot enig resultaat leidde, de samenwerkingsovereenkomst met de franchisenemer opgezegd. De Super De Boer-formule zou namelijk uit de markt verdwijnen. Vanaf het moment dat bekend werd dat Super de Boer uit de markt zou verdwijnen heeft de franchisenemer steeds verzocht een Jumbo-supermarkt te mogen worden, wat Super De Boer pertinent had geweigerd. De franchisenemer is toen onder eigen naam de supermarkt gaan exploiteren. Eerst later, toen Jumbo eigenaresse was geworden van Super De Boer, heeft Super De Boer zich bedacht en de franchisenemer verzocht mee te werken aan ongedaanmaking van de opzegging/beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst en in dat kader de Jumbo-formule alsnog aangeboden. De franchisenemer weigerde evenwel. Jumbo vorderde dat de franchisenemer alsnog de Jumbo-formule zou gaan voeren. Jumbo heeft volgens het gerechtshof onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die zo zwaarwegend zijn dat zij zouden moeten meebrengen dat de franchisenemer gehouden was in te stemmen met de voortzetting van de samenwerking met Super De Boer en aan een overname door Jumbo. Bovendien is niet onaannemelijk dat de franchisenemer toen reeds kosten voor voorbereiding en implementatie had gemaakt voor de voortzetting van de supermarkt onder eigen naam. De conclusie is dan ook dat dat de franchisenemer contractueel, noch buitencontractueel, verplicht was de aangeboden Jumbo-formule te accepteren. Omdat de hoofdhurovereenkomst tussen de pandeigenaar en Super De Boer bepaalde dat het gehuurde alleen gebruikt kon worden door een franchisenemer van Super De Boer, vorderde de pandeigenaar ontruiming van het gehuurde door Super De Boer. Super De Boer vorderde op haar beurt weer ontruiming van het gehuurde door de franchisenemer die onder eigen naam de supermarkt exploiteerde. Alhoewel de ontruiming van de hoofdhurovereenkomst werd toegekend sloten de pandeigenaar en Super De Boer/Jumbo naderhand opnieuw een huurovereenkomst. De laatste vordering, de ontruiming door de franchisenemer als onderhuurder, wordt afgewezen, mede gezien het feit dat de franchisenemer niet gehouden was voor een opgedrongen C1000- of Jumbo-formule te opteren. De onderhuurovereenkomst met de franchisenemer is door Super De Boer opgezegd met een beroep op dringend eigen gebruik. In eerste aanleg slaagt dit beroep. Als tegemoetkoming in de verhuis- en inrichtingskosten heeft de kantonrechter een bedrag van € 50.000,- vastgesteld, onder de voorwaarde dat Kippersluis haar onderneming binnen 12 maanden na de ontruiming verplaatst binnen een bepaalde straal. In hoger beroep houdt dit oordeel in zoverre geen stand dat Jumbo succesvol aangegeven heeft dat de franchisenemer zich onder de formule van Super De Boer schuldig gemaakt heeft aan fraude. De ontbinding van de huurovereenkomst is derhalve gerechtvaardigd in plaats

van de opzegging wegens dringend eigen gebruik. Dat betekent dat de verhuis- en inrichtingskosten van € 50.000,- ten onrechte aan de franchisenemer betaald zijn en weer terugbetaald moeten worden aan Jumbo. De slotsom is dat de franchisenemer, ondanks dat deze niet gehouden is een opgedrongen alternatieve formule te voeren, soms toch uitgespeeld kan worden.

### Vergoeding van goodwill

In een kwestie bij de rechtbank Noord-Holland d.d. 24 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11974, vorderde een franchisenemer een vergoeding van goodwill (ex artikel 7:308 BW) nadat de franchisegever de huurovereenkomst had opgezegd, om de exploitatie van de onderneming zelf voort te zetten. De rechter oordeelde dat er geen sprake is van voordeel aan de zijde van de franchisegever, omdat de klantenkring het gevolg is van de locatie en niet van de ondernemersactiviteiten. De onderneming was namelijk op de luchthaven Schiphol gelegen en het is die locatie die kennelijk volgens de rechter de (opgebouwde) klantenkring tot gevolg heeft.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam oordeelde op 20 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:353 (Ipic/franchisenemer Lelystad) dat “vergoeding van goodwill bij franchiseovereenkomsten normaal gesproken niet aan de orde” is. De franchisegever had met een franchisenemer een franchise- en huurovereenkomst gesloten. Het kantongerecht had op de voet van het bepaalde in artikel 7:291 lid 2 BW goedkeuring gegeven aan het beding in de huur- en franchiseovereenkomst, in de zin dat, kort gezegd, bij beëindiging van de franchiseovereenkomst, tevens de huurovereenkomst eindigt, zonder rechterlijke tussenkomst. Dienovereenkomstig had de franchisegever de franchise- en huurovereenkomst opgezegd. De door het kantongerecht goedgekeurde van de wet afwijkende beding, impliceert tevens een contractuele gefixeerde vergoeding aan de franchisenemer. De franchisenemer verweert zich in rechte tegen de beëindiging, onder meer met de stelling dat de aangeboden contractuele beëindiging vergoeding te laag is en de franchisenemer recht heeft op een hogere goodwill vergoeding. De voorzieningenrechter overweegt dat een vergoeding van goodwill bij franchiseovereenkomsten normaal gesproken niet aan de orde is. Ondermeer daarom wordt voorbij gegaan aan het argument van de franchisenemer. Deze overweging verdient aandacht. Niet alleen omdat op grond van artikel 7:308 BW een huurder bij opzegging door de verhuurder onder omstandigheden aanspraak kan maken op een goodwill vergoeding, maar temeer nog nu de franchiseovereenkomst in kwestie zelf ook een vergoeding toekent bij opzeggen door de franchisegever van de franchise- en huurovereenkomst. Dit laatste komt wel vaker voor en is zeker geen uitzondering.

Uit een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9701, blijkt dat een verzoek tot koppeling van een huur- en franchiseovereenkomst afhankelijk kan zijn van de vraag of de afname van huurbescherming gecompenseerd kan worden met een afgesproken goodwillvergoeding. Franchisenemer en franchisegever verzochten in vorengenoemde casus de rechter onder meer om op voorhand toe te staan dat, als de franchiseovereenkomst eindigt, ook de huurovereenkomst direct eindigt, dus zonder dat de rechter op dat moment dit hoeft te beoordelen. Op zich is dit mogelijk maar de rechter zal het verzoek alleen toestaan als de positie van de huurder/franchisenemer hierdoor niet wezenlijk aangetast wordt of diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder/franchisegever zodanig is, dat hij de huurbescherming niet behoeft. De rechter acht het van belang dat, als een franchisenemer gebonden is aan een franchiseformule, de franchisenemer nauwelijks een eigen bedrijfsdebet (goodwill) opbouwt. Derhalve behoeft de huurder/franchisenemer weldegelijk huurbescherming. Omdat de franchiseovereenkomst bepaalt dat bij opzegging van de huur wegens dringend eigen gebruik door de verhuurder/franchisegever, de huurder/franchisenemer recht heeft op een flinke goodwill vergoeding, acht de rechter hierin de afbreuk aan de huurbescherming voldoende gecompenseerd.

### (Post) non-concurrentiebeding

De voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht heeft op 25 september 2015 (niet gepubliceerd) het post non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst van Bruna opgeschort. Bruna had aangegeven geen binding met het vestigingspunt meer te willen hebben. Op verzoek van Bruna was de franchisenemer de huurder van het winkelpand geworden, in plaats van Bruna. Vervolgens had Bruna de franchiseovereenkomst opgezegd. De franchisenemer wenste de onderneming voort te zetten onder eigen naam. Bruna verbood dat echter onder verwijzing naar het post non-concurrentiebeding. De franchisenemer stelde dat Bruna geen enkel belang had bij het beroep op het post non-concurrentiebeding. Zij vond het vestigingspunt immers niet interessant. De voorzieningenrechter gaf de franchisenemer gelijk. Bruna heeft in redelijkheid geen in rechte te respecteren belang bij het vasthouden aan het post non-concurrentiebeding. Indien een franchisegever zich wil terugtrekken van een bepaalde locatie, lijkt hiermee een mogelijkheid geboden voor franchisenemers om het post non-concurrentiebeding terzijde te houden. Zulks zal evenwel sterk afhankelijk van de specifieke franchiseformule zijn.

De rechtbank Overijssel 22 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2914 oordeelde dat de werking van het non-concurrentiebeding in een franchiseovereen-

komst ten bate van de franchisenemers wordt geschorst. De franchisenemers hebben onder meer gesteld dat de franchisegever geen belang heeft bij nakoming van de postcontractuele bedingen, omdat de door de franchisegever overgedragen knowhow niet aan de in deze kwestie ingebrachte criteria uit jurisprudentie en regelgeving voldoet. Niet is gebleken dat de franchisegever concrete, wezenlijke, bepaalde en geheime kennis heeft overgedragen, in de zin van de definitie die de in deze zaak toepasselijke jurisprudentie en regelgeving hier aan stelt; nadere vereisten voor het begrip “knowhow”.

In het vonnis van de rechtbank Gelderland van 9 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1691 (ERA Nederland/Houvast Makelaardij) ging het over een situatie waarin een franchisenemer de franchiseovereenkomst met de franchisegever had beëindigd. De franchisegever bevestigde de beëindiging. De franchisenemer was er op gewezen dat zij alle verwijzingen naar ERA uit haar bedrijfsvoering diende te verwijderen. De voormalig franchisenemer heeft aangevoerd actief de merken van ERA te hebben verwijderd en zich verder ook daartoe te hebben ingespannen. Desalniettemin zijn er onopzettelijke incidentele merken van ERA in gebruik gebleven, veroorzaakt door drukte en slordigheid, aldus de voormalig franchisenemer. Zo zijn op enkele plekken ongewild ERA uitingen zichtbaar gebleven op foto's op de website van de voormalig franchisenemer en op die van funda en op te koop borden en posters van panden die de voormalig franchisenemer in beheer heeft. Vorenbedoelde gebruik levert volgens de voorzieningenrechter merkinbreuk op ex artikel 2.20 lid 1 sub a BVIE. Het ontbreken van kwade wil of opzet aan de zijde van de voormalig franchisenemer doet aan die inbreuk niet af. Opzet is niet vereist voor het aannemen van een inbreuk. Dat het ongeoorloofde merkgebruik niet op grote schaal zou hebben plaatsgevonden doet aan de inbreuk evenmin af. De schade wordt op grond van artikel 2.21 lid 2 sub b BVIE vastgesteld als een forfaitair bedrag op basis van de licentievergoeding die volgens de beëindigde franchiseovereenkomst verschuldigd zou zijn geweest indien de gewezen franchisenemer toestemming had gevraagd en gekregen om de ERA merken te gebruiken.

Heeft een voormalig franchisenemer het non-concurrentiebeding geschonden door buiten een afgesproken rayon diensten aan te bieden? De rechtbank meent van niet. Het non-concurrentieverbod ziet slechts op eigen bemiddelingsactiviteiten en niet op het presenteren van bemiddelingsactiviteiten van derden. Zie het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 13 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:191 (123Wonen/ex-franchisenemer). Franchisegever en franchisenemer hadden een franchiseovereenkomst gesloten

ten aanzien van een formule voor de bemiddeling in onder andere het huren en verhuren van huisvesting. Partijen waren overeengekomen dat de franchisenemer na het beëindigen van de franchiseovereenkomst buiten een bepaald geografische rayon geen bemiddelingsactiviteiten mocht verrichten met betrekking tot de verhuur van woningen (met uitzondering van 20 toegestane objecten). Op de website van de voormalig franchisenemer staan echter meer dan de 20 uitgezonderde objecten van buiten het afgesproken rayon. Is er nu schending van het post non-concurrentiebeding? De voorzieningenrechter van de rechtbank oordeelt dat het post non-concurrentieverbod slechts ziet op bemiddelingsactiviteiten en dat partijen geen afspraken gemaakt hebben over het aanbieden van woningen waarin andere makelaars bemiddelen. Nu dit door de voormalig franchisegever onvoldoende betwist is en nadere bewijslevering in het kader van een kort geding-procedure beperkt is.

### Bestuurdersaansprakelijkheid

Op 28 oktober 2015 wees de rechtbank Noord-Nederland een vonnis ECLI:NL:RBNNE:2015:4964 over de aansprakelijkheid van een bestuurder van een franchisenemer in faillissement. De franchisenemer had een franchiseovereenkomst met DGN Retail B.V. als franchisegever tot het exploiteren van een bouwmarkt onder een franchiseformule. De franchisegever had de franchiseovereenkomst opgezegd wegens de slechte financiële toestand van de franchisenemer. In overleg met de franchisegever is voorts een faillissement uitgelokt. Kort daarop is de franchisenemer failliet verklaard. Gebleken is dat de bestuurder een aantal onttrekkingen gedaan had uit de B.V. en dat deze niet deugdelijk verwerkt waren in de administratie. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder toegelaten wordt om tegenbewijs te leveren tegen de stelling dat de onttrekkingen onjuist zijn. De rechtbank doelt kennen op het door de bestuurder te leveren tegenbewijs tegen het vermoeden dat met de onttrekkingen er sprake is van (kenmerk) onbehoorlijk bestuur.

### Rayonverdeling en -bescherming

De rechtbank Rotterdam heeft op 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477 geoordeeld dat afspraken over exclusieve marktgebieden (rayonverdeling) verboden zijn. De door de AFM opgelegde boetes lopen in de miljoenen, die de rechtbank (deels) in stand houdt. Uit deze uitspraak volgt, vereenvoudigd weergegeven, dat ondanks dat partijen hun samenwerking als “franchiseovereenkomst” betitelen, er toch geen sprake hoeft te zijn van een vrijstelling van het verbod op markt-/rayonverdeling zoals die geldt onder de Groepsvrijstelling Verticalen. Dit geldt als de samenwerking onder een franchiseovereenkomst feitelijk te kwalificeren is als een samenwerking tussen de franchisenemers onderling.

In de uitspraak van 5 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2698, boog het gerechtshof 's-Hertogenbosch zich over de vraag of Jumbo als eigenaar van een winkelcentrum, in de huurovereenkomst had mogen bedingen dat in het winkelcentrum geen andere supermarkt geëxploiteerd mocht worden voor de periode van 2003 tot en met 2043. De huurder wil van dat beding af en wenst, naast de bestaande Jumbo supermarkt in het winkelcentrum, zelf ook een supermarkt laten exploiteren in het winkelcentrum. De huurder beroept zich op het mededingingsrecht. Zij meent dat Jumbo het verbod op een andere supermarkt alleen maar opgelegd heeft, omdat zij zelf in het winkelcentrum al een supermarkt exploiteerde. Daarmee worden concurrenten dus buiten de deur van het winkelcentrum gehouden en is er dus sprake van concurrentievervalsing. Het gerechtshof overweegt dat de vraag is of er enige verstoring van de concurrentie heeft plaatsgevonden. Een aanwijzing dat dit niet het geval is, volgt uit het feit dat er pal naast het winkelcentrum een Aldi gevestigd is. Een merkbare invloed op de mededinging wordt daarom niet aangetoond. Het verbod van Jumbo op andere supermarkten in het winkelcentrum, blijft dus in tact. Als er echter niet pal naast het winkelcentrum een Aldi gevestigd zou zijn, dan had de uitkomst van de procedure wellicht anders geweest.

De rechtbank Amsterdam heeft op 20 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2360, een uitspraak gedaan over de vraag of een franchisegever in het exclusieve gebied van een franchisenemer concurrerende activiteiten heeft kunnen toestaan. De rechtbank stelt vast dat in de (standaard) afspraken dat exclusieve gebieden expliciet niet gelden voor markten. Bovendien werd er niet geëxploiteerd volgens dezelfde formule. De rechtbank oordeelt verder dat als de franchisegever op grond van de zorgplicht ervoor moet zorgen dat een vergeven exclusief gebied gerespecteerd dient te worden, dan niet is gesteld dat de franchisegever haar handelswaar niet zou mogen verkopen aan een niet-franchisenemer. De vraag is dus of de zorgplicht van de franchisegever ook ziet op de verkoop van haar handelswaar aan een concurrerende onderneming die in de buurt van de franchisenemer gevestigd is. De rechtbank heeft deze vraag niet beantwoord, omdat de franchisenemer dat verwijt niet gemaakt had. ●

*Theodoor Ludwig en Alex Dolphijn zijn advocaat en verbonden aan Ludwig & Van Dam franchiseadvocaten, te Rotterdam.*

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

Mr. J.J.G. Heling, manager juridische zaken, Bart's Retail B.V. (Bakker Bart), (j.heling@bakkerbart.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 2016

Per jaar verschijnen er ongeveer 4 afleveringen van het tijdschrift *Franchise & Recht informatiebron*. Een abonnement kost € 86,- per jaar incl. btw en verzendkosten. Een online abonnement kost € 48,-. 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.

### © 2016 FRANCHISE.NL EN DE AUTEURS

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, 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 2016, nr.4

ISSN 2352-4863