

# De samenloop van de franchise- en huurovereenkomst

mr. K.M. Verdurmen en mr. M.H. Boomsma<sup>1</sup>

Franchising komt in veel branches voor, met zwaartepunten in de detailhandel (zowel food als non-food), dienstverlening en zorg. Als een franchiserelatie wordt aangegaan, is dit vaak nauw verweven met het ter beschikking stellen van een bedrijfsruimte waarin de franchisenemer zijn onderneming kan exploiteren. Als de franchisegever ook de verhuurder van de franchisenemer wordt, is er in de praktijk behoefte aan goede afspraken over de samenhang tussen de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst.

Recente jurisprudentie laat zien dat als partijen daarover geen goede afspraken hebben gemaakt, problemen kunnen ontstaan als een partij één of beide overeenkomsten wil beëindigen en de andere partij daar niet mee instemt.

In dit artikel schetsen we eerst het wettelijk kader van de franchiseovereenkomst, bespreken wij vervolgens kort de stand van zaken met betrekking tot samenloop tussen een huurovereenkomst en een andersoortige overeenkomst, beschouwen wij nader de samenloop tussen een franchiseovereenkomst en een huurovereenkomst voor 290-bedrijfsruimte en bespreken wij tot slot het recente arrest van de Hoge Raad<sup>2</sup> over de mogelijkheid van het overeenkomen van een contractueel beding waarin wordt geregeld dat een toerekenbare tekortkoming in de franchiseovereenkomst ook kwalificeert als een toerekenbare tekortkoming in de huurovereenkomst. Wij sluiten af met een korte conclusie.

## 1. Franchise

Franchise kent op dit moment (nog) geen bijzondere regeling in de wet. Op de franchiseovereenkomst is het algemene verbintenissenrecht van toepassing voor zover daarvan in de overeenkomst niet is afgeweken.

Sinds 1972 bestaat de Europese Erecode inzake Franchising (hierna: EEF) waarin zelfregulering binnen de franchisesector als uitgangspunt is genomen. Als de toepassing daarvan niet overeengekomen is in de franchiseovereenkomst, is nakoming van de EEF niet afdwingbaar.<sup>3</sup> De EEF is erg summier en bepaalt niets over de samenloop tussen franchise en huur. Deze code bevat wel een definitie van franchise en een omschrijving van de rechten van de franchisenemer gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst.<sup>4</sup> Die definitie komt in grote mate overeen met de omschrijving van het begrip franchiseovereenkomst in Verorde-

ning (EEG) nr. 4087/88, *PbEG* 1988, L359/46 (hierna: Verordening).

Sinds 17 februari 2016 bestaat de Nederlandse Franchise Code (hierna: NFC). De daarin opgenomen regels zijn een door de franchisesector in Nederland zelf gemaakte nadere uitwerking van de EEF en Verordening.<sup>5</sup> De NFC is tot stand gekomen na overleg tussen vertegenwoordigers van franchisegevers en franchisenemers. De sector heeft daarmee (in overleg met de minister van Economische Zaken (hierna: EZ) en daartoe gefaciliteerd door het ministerie van EZ) zelf de verantwoordelijkheid genomen voor het opstellen van gedragsnormen die er toe strekken dat de belangen van zowel franchisenemers als franchisegevers evenwichtig worden behartigd.

Omdat een aantal grote franchisegevers aan de minister van EZ heeft laten weten desondanks geen uitvoering te zullen geven aan de NFC, heeft het ministerie van EZ voorbereidingen getroffen om regels voor franchising in de wet op te nemen. Dit door na Titel 5 in boek 7 BW Titel 6 'De Franchiseovereenkomst' op te nemen en Titel 8 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek na art. 208j een art. 209 toe te voegen.<sup>6</sup> Art. 209 bepaalt dat op overeenkomsten die vóór het tijdstip van

1. Katinka Verdurmen en Maaïke Boomsma zijn advocaat bij Fort Advocaten N.V. te Amsterdam. Zij geven ook cursussen over huur en franchise en waren onder meer docent bij de VHA verdiepingsdagen 2017. Met dank aan mr. K.M.J. (Karianne) Baumann voor haar bijdrage aan het artikel.

2. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:752 (PHR:2017:178).

3. Hof Amsterdam, 14 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:821, zie r.o. 3.4.

4. Art. 1 EEF.

5. Vgl. de inleiding van de NFC.

6. Paragraaf 1 t/m 3 MvT bij het voorstel van wet dat op 12 april 2017 via internet ter consultatie is gelegd (internetconsultatieversie).

het in werking treden van Titel 7 van Boek 7 zijn gesloten, deze titel van toepassing wordt vijf jaar na dat tijdstip van inwerkingtreding. Het voorstel van wet heeft inmiddels een (internet)consultatieronde doorlopen en daarover heeft op 8 juni 2017 een rondetafelgesprek met de vaste commissie voor EZ van de Tweede Kamer plaatsgevonden. Het meest recente bericht met betrekking tot het wetsvoorstel ten tijde van het schrijven van dit artikel is van 13 oktober 2017 en luidt: *‘Met het oog op de vermelding van franchise in het regeerakkoord’, zullen de lopende activiteiten op dat gebied vooralsnog worden aangehouden.*<sup>8</sup>

Het wetsvoorstel kent twee artikelen. Art. 7:399 sub f BW omschrijft wat de wet verstaat onder de termen ‘franchiseformule’, ‘franchisegever’, ‘franchisenemer’, ‘franchiseovereenkomst’ en ‘voorovereenkomst’. Art. 7:399 sub g BW bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur een gedragscode of een deel daarvan kan worden aangewezen waarin – kort samengevat – voorschriften zijn opgenomen voor de franchiserelatie tussen de franchisegever en de franchisenemer. Beoogd wordt om de NFC als gedragscode aan te wijzen.<sup>9</sup> Tot het moment waarop deze wetgeving tot stand komt, is de franchiseovereenkomst nog een onbenoemde overeenkomst in de wet.

In de NFC is opgenomen dat de huurovereenkomst onder omstandigheden deel kan uitmaken van de franchiseovereenkomst<sup>10</sup>. In paragraaf 3 wordt stilgestaan bij de vraag of dat uitgangspunt in de NFC zal leiden tot een ander criterium voor de beoordeling van de vraag welke regels moeten worden toegepast bij de samenloop van franchise en huur.

## 2. Korte schets samenloop van een huurovereenkomst met een andersoortige overeenkomst<sup>11</sup>

Tot 1 augustus 2003 gold art. 7A:1624 lid 1 BW. Deze bepaling bevatte een voorrangregel voor de regels van huur en verhuur van bedrijfsruimte. Uitzonderingen waren mogelijk zoals bijvoorbeeld blijkt

uit jurisprudentie met betrekking tot benzinepompen<sup>12</sup> of uit jurisprudentie met betrekking tot huur in combinatie met een vorm van zorg of begeleiding.<sup>13</sup>

Met de invoering van de gewijzigde Titel 7.4 BW per 1 augustus 2003, is de voorrangregel van art. 7A:1624 lid 1 BW komen te vervallen en ging bij samenloop met een huurovereenkomst art. 6:215 BW gelden. De minister heeft daar in de MvT bij het wetsvoorstel 26932 het volgende over gezegd:

*‘Rechtspraak die zich heeft gevormd onder artikel 7A:1624 lid 1 BW zal door de nieuwe regeling haar betekenis niet verliezen. Artikel 6:215 BW strekt er mede toe te bewerkstelligen dat regels van dwingend recht betreffende benoemde overeenkomsten zoveel mogelijk tot gelding komen, ook indien de overeenkomst mede elementen van andere benoemde en onbenoemde overeenkomsten bevat.’<sup>14</sup>*

Art. 6:215 BW luidt:

*‘Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.’*

De reikwijdte van art. 6:215 BW lijkt volgens de tekst daarvan beperkt tot samenloop tussen in de wet benoemde bijzondere overeenkomsten. De minister noemt in de later geschreven MvT bij het wetsvoorstel 26932 echter zowel benoemde als onbenoemde overeenkomsten. Mr. F.C. Borst neemt in haar recente artikel<sup>15</sup> aan dat de minister zich daar heeft vergist en zij lijkt daarin te worden gesteund door een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland<sup>16</sup>. Meerdere andere schrijvers menen evenwel dat art. 6:215 BW ook toegepast kan worden op samenloop met onbenoemde overeenkomsten waarbij zij onder meer wijzen op de schakelbepaling in art. 6:216 BW waaruit volgt dat art. 6:215 BW ook van toepassing is op andere vermogensrechtelijke over-

7. Regeerakkoord 2017-2021, ‘Vertrouwen in de toekomst’, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, waarin staat: *‘Er komt aanvullende wetgeving op het gebied van franchise om de positie van franchisenemers in de precompetitieve fase te versterken.’*, p. 35.

8. <https://www.internetconsultatie.nl/franchise/berichten>.

9. Paragraaf 7 MvT bij het voorstel van wet dat op 12 april 2017 via internet ter consultatie is gelegd (internetconsultatieversie).

10. Zie de toelichting op art. 1.5 NFC.

11. Zie daarvoor ook: mr. F.C. Borst, ‘Gemengde overeenkomsten met een huurelement: Timeshare versus art. 6:215 BW en de vervallen voorrangregel van art. 7A:1624 lid 1 BW’, *WR* 2017, 113, mr. E.H.H. Schelhaas, ‘Samenloop tussen een huurovereenkomst en een andere overeenkomst, waaronder een franchiseovereenkomst’, *TvHB* 2014, nr. 5, 282-286, Asser/Houben, 7-X, 2015, 176, mr. E.H.H. Schelhaas, ‘Huur en franchise’, *TvHB* 2006, nr. 2, 44-46.

12. HR 10 november 1989, NJ 1990, 273, (*Bakaryildiz / BP*), HR 16 juni 1995, NJ 1995/705, (*Shell / Van Esta Tjallingii e.a.*).

13. HR 19 februari 1993, NJ 1993, 247.

14. MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26932, 3 p. 4.

15. mr. F.C. Borst. (2017). Gemengde overeenkomsten met een huurelement: Timeshare versus art. 6:215 BW en de vervallen voorrangregel van art. 7A:1624 lid 1 BW. *WR* 2017, 113.

16. Rb Noord Holland, 18 maart 2013, BRNHO:2013:BZ6255, Schiphol / Food Village.

eenkomsten.<sup>17</sup> Deze visie lijkt te worden gesteund door een uitspraak van de rechtbank Rotterdam.<sup>18</sup> De reikwijdte van art. 6:215 BW lijkt volgens de tekst daarvan voorts beperkt tot één gemengde overeenkomst. Er zijn echter uitspraken bekend, waaruit volgt dat art. 6:215 BW ook van toepassing kan zijn op twee separate overeenkomsten<sup>19</sup>, zelfs als sprake is van verschillende vennootschappen als contractspartijen bij de onderscheiden overeenkomsten.<sup>20</sup> De hoofdregel van art. 6:215 BW is cumulatie, waarbij de bepalingen van huur en de andersoortige overeenkomst naast elkaar van toepassing zijn. Deze hoofdregel gaat niet op als deze bepalingen niet verenigbaar zijn of als de strekking daarvan zich in verband met de aard van de overeenkomst verzet tegen cumulatie. Als deze uitzondering zich voordoet, dan moet worden onderzocht of elders in de wet bepalingen staan die exclusiviteit of voorrang voorschrijven of dit onmiskenbaar met zich brengen.<sup>21</sup> Als daarvan geen sprake is, moet tot slot onderzocht worden wat het overheersende element in de overeenkomst(en) is.

Uit verschillende uitspraken blijkt dat het antwoord op de vraag wat in een voorkomend geval het overheersende element is, steeds sterk afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden waaronder de overeenkomst(en) tot stand gekomen is/zijn en de wijze waarop daar uitvoering aan gegeven is. Dat geeft in de rechtspraak een diffuus beeld. Bij samenloop van een huurovereenkomst met een zorgovereenkomst blijkt vaak zorg of begeleiding het overheersende element.<sup>22</sup> Bij samenloop van een huurovereenkomst met een exploitatieovereenkomst blijkt vrijwel steeds huur het overheersende element<sup>23</sup>, maar er zijn ook voorbeelden waarin exploitatie als overheersend element wordt beschouwd.<sup>24</sup> Bij samenloop van een huurovereen-

komst met een overeenkomst van opdracht zijn in de rechtspraak meerdere voorbeelden waarin (volledige) absorptie door de bepalingen van de overeenkomst van opdracht werd aangenomen.<sup>25</sup>

In zijn conclusie met betrekking tot Kasteel Groeneveld legt A-G Wissink uit dat volledige absorptie bij een gemengde overeenkomst naar zijn oordeel niet nodig is. Art. 6:215 BW biedt ruimte om per (wettelijke) regel te bezien of deze onder de gegeven omstandigheden wel of niet toepasbaar is:

*'Als (anders dan in het Time Sharing arrest) sprake is van een gemengde overeenkomst, dan zijn (ook) de wettelijke huurbepalingen van toepassing. Het verschil met Time Sharing is, kort gezegd, dat in het ene geval de toepassing van de wettelijke huurbepalingen in een keer wordt uitgesloten en in het andere geval de ruimte wordt behouden om per bepaling te beoordelen of deze kan worden toegepast.*

*Het is een subtiel verschil: het element van opdracht is niet zodanig overheersend dat de overeenkomst in het geheel niet als huur kwalificeert, maar wel zodanig overheersend dat bij een concreet conflict tussen bepaalde wettelijke regels over opdracht en over huur de regels over huur niet toegepast moeten worden. Het is een understatement om te zeggen dat het lastig is om in een concreet geval te bepalen wanneer een dergelijk oordeel gegeven moet worden. Maar het is goed voorstelbaar dat er behoefte bestaat aan de mogelijkheid van een dergelijk oordeel gezien het opgemerkte over het verschil in rechtsgevolgen'.*

Toepassing van art. 6:215 BW kan er dus toe leiden dat de dwingendrechtelijke bepalingen die gelden voor één van de desbetreffende overeenkomsten, moeten wijken voor de regels - soms ook niet dwingendrechtelijke - die voor een andere overeenkomst gelden. Dit blijkt ook uit de wetsgeschiedenis die de Hoge Raad aanhaalt in het Kasteel Groeneveld arrest.<sup>26</sup> De Hoge Raad citeert daaruit echter ook dat het zelden zal voorkomen dat dwingend recht niet moet worden toegepast<sup>27</sup> (en dat sluit aan bij het antwoord van de minister op vragen bij het laten vervallen van de voorrangregel in art. 7A:1624 lid 1 BW. Hij antwoordde toen dat art. 6:215 BW in zich bergt dat dwingend recht zoveel mogelijk gelding moet krijgen).

17. O.a. Schelhaas, Hinskens-van Neck, Siemerink, Castermans en Crans (vindplaatsen in artikel van mr. E.H.H. Schelhaas, 'Samenloop tussen een huurovereenkomst en een andere overeenkomst, waaronder een franchiseovereenkomst', *TvHB* 2014, nr. 5, 282-286).

18. Rb Rotterdam 23 januari 2012, ECLI:RBROT:2012:BV2668.

19. HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97, HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162.

20. RB Zeeland-West-Brabant 2 juli 2014, ECLI:NL:RB-ZWB:2014:5398.

21. Zie bijv. art. 7:610 lid 2 BW m.b.t. arbeidsrecht. Sinds 1 augustus 2003 geldt er dus geen voorrangregel meer voor de bepalingen van het huurrecht voor bedrijfsruimte.

22. Voorbeelden zijn: HR 19 februari 1993, *NJ* 1993, 247, Hof Arnhem, 16 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AR8508, Hof Den Bosch 18 december 2012, ECLI:GHSHE:2012:BY6932, Rb Amsterdam 30 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3094.

23. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Rb Roermond, sector kanton, 28 november 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BB9609. Hier overwoog de kantonrechter expliciet dat het 'aannemelijk' en op de praktijk gericht is dat de oude absorptieregel van art. 7A:1624 lid 1 BW ook onder art. 6:215 BW wordt toegepast.

24. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7172 (*De Haan /*

*Rotterdam*), HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 705 (*Shell / Van Esta Tjallingii e.a.*) Hof Arnhem 22 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ6193.

25. HR 10 maart 2017, (*Kasteel Groeneveld*), ECLI:NL:HR:2017:405, HR 11 februari 2011, (*Timeshare*), ECLI:NL:HR:2011:BO6973, Rb Rotterdam, 17 januari 2014, *WR* 2014, 51. Anders: Rb Rotterdam, 9 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1023.

26. HR 10 maart 2017, (*Kasteel Groeneveld*), ECLI:NL:HR:2017:405.

27. Vgl. r.o. 3.3.2 en 3.3.3.

Mr. J.L.R.A. Huydecoper heeft in een recent artikel<sup>28</sup> onderzocht of dit betekent dat de afweging van de rechter bij de beoordeling van een gemengde overeenkomst met elementen van huur naar een andere, meer het dwingend recht sparende, maatstaf moet gebeuren dan bij de gemengde huurovereenkomst<sup>29</sup> het geval is. Bij de gemengde huurovereenkomst moet de rechter zich laten leiden door datgene waarvoor het gehuurde krachtens de overeenkomst in overwegende mate wordt gebruikt. Daarbij kunnen alle omstandigheden van het geval een rol spelen. In de manier waarop het hof, de A-G en de Hoge Raad de zaak rond de exploitatie van Kasteel Groeneveld hebben beoordeeld, ziet Huydecoper steun voor de gedachte dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen de in beide gevallen te hanteren criteria. De 'overwegende strekking' van de overeenkomst – met alle onduidelijkheid van dien – moet het volgens hem in beide gevallen zijn. Dat lijkt een veel ruimer criterium dan het uit de wetsgeschiedenis blijkende uitgangspunt dat bepalingen van dwingend recht zoveel mogelijk gelding moeten krijgen.

### 3. Samenloop tussen een huurovereenkomst en een franchiseovereenkomst

In jurisprudentie met betrekking tot de samenloop tussen huur en franchise is tot nu toe geen (kenbaar) belang gehecht aan de EEF of de NFC. In de EEF staat ook niets specifiek over (samenloop met) huur opgenomen. Dat is anders in de NFC. In de toelichting op de definitie van de franchiseovereenkomst staat<sup>30</sup>:

*'Onder de franchiseovereenkomst vallen alle contracten en bedingen, sideletters, addenda, raamovereenkomsten waarin aspecten van de samenwerking tot exploitatie van de franchiseformule zijn vastgelegd. Dit kan onder omstandigheden bijvoorbeeld ook de huurovereenkomst of een coöperatiecontract zijn. Onderscheidend is niet of deze overeenkomsten tussen exact dezelfde (rechts) personen worden gesloten. Individuele afspraken (bijvoorbeeld sideletters) dienen niet de strekking te hebben bepaalde collectieve afspraken voor alle of een groot deel van de franchisenemers te wijzigen.'*

De huurovereenkomst wordt ook onder de werking van art. 2.2 NFC gebracht. Art. 2.2 NFC is een bepaling waaruit volgt dat partijen zich redelijk ten op-

zichte van elkaar moeten gedragen en dat de tussen hen gesloten overeenkomst(en) geen bepalingen mogen bevatten die een beroep op redelijkheid en billijkheid kunnen begrenzen en/of uitsluiten. In de toelichting op dit artikel wordt als voorbeeld van deze redelijkheid en billijkheid genoemd dat de franchisegever transparantie dient te verschaffen over de hoofdhurovereenkomst en dat de franchisegever de belangen van de franchisenemer in de relatie van de franchisegever met de hoofdverhuurder mede dient te behartigen.

Uit de NFC volgt derhalve dat de (onder)huurrelatie tussen franchisegever en een franchisenemer onder omstandigheden niet los staat van de franchiseovereenkomst, maar geldt als onderdeel daarvan. Dat is ook het geval als de franchiseovereenkomst en de (onder)huurovereenkomst door verschillende (rechts)personen zijn aangegaan. De vraag die zich dan opdringt, is of dit met zich moet brengen dat wanneer de franchisenemer een franchiseovereenkomst en tevens een (onder)huurovereenkomst met de franchisegever heeft gesloten, het een gemengde overeenkomst betreft met franchise als het overheersende element. Wij denken dat het antwoord op die vraag 'nee' moet zijn, omdat een 'ja' niet altijd in overeenstemming is met het doel achter de totstandkoming van de NFC (het opstellen van gedragsnormen die er toe strekken dat de belangen van zowel de franchisenemers als de franchisegevers in het kader van hun onderlinge samenwerking evenwichtig worden behartigd). Uit niets blijkt dat met de NFC beoogd is om de dwingendrechtelijke bescherming voor de huurder van 290-bedrijfsruimte opzij te zetten. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van samenloop met huur en zo ja, wat de gevolgen daarvan zijn, lijkt de NFC geen verandering te brengen in de volgorde van stappen die daarvoor gezet moeten worden. Cumulatie van rechtsregels lijkt ook in de NFC het uitgangspunt. Bij strijd daartussen is in de NFC geen (expliciete) voorrangregel gegeven.

De NFC werkt volgens het 'pas toe of leg uit' principe. Dit houdt in dat toepassing van de normen van de NFC het uitgangspunt vormt. Als de franchisegever en franchisenemer besluiten dat bepaalde regels niet (kunnen) worden toegepast en/of dat daarvan moet worden afgeweken, moet op transparante wijze en op een passend detailniveau schriftelijk worden verantwoord waarom dat zo is en op welke manier de principes uit de NFC dan (wel) worden geborgd. Deze uitleg moet als bijlage aan de franchiseovereenkomst worden toegevoegd<sup>31</sup>. Op deze wijze wordt bevorderd dat de franchisegever en de franchisenemer alle aspecten van hun samenwerking duidelijk en transparant bespreken, zodat onaangename verrassingen tijdens de looptijd van de franchiseovereenkomst en bij het einde daarvan zoveel mogelijk worden voorkomen. In dat licht bezien, is het logisch dat daarbij

28. Mr. J.L.R.A. Huydecoper, 'Wel of geen bedrijfsruimte?' HR 10 maart 2017, het vervolg van 46 jaar discussie over een ongelukkig criterium', *TvHB* 2017, nr. 5, p. 314 t/m 318.

29. Bij een gemengde huurovereenkomst gaat het om verhuur van objecten met verschillende bestemmingen in één (huur)contract.

30. Zie de toelichting op art. 1.5 NFC.

31. Zie de inleiding van de NFC (p. 3). Voor de definities die in hoofdstuk 1 van de NFC zijn opgenomen is het niet mogelijk een afwijking overeen te komen.

ook aandacht wordt besteed aan de samenloop met de huurovereenkomst en het verschil in de wettelijke regelgeving voor de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst.

In het merendeel van de op dit moment kenbare uitspraken over samenloop tussen huur- en franchiseovereenkomsten is de uitkomst dat toepassing van art. 6:215 BW leidt tot cumulatie waarbij de regels van het bedrijfsruimtehuurrecht van toepassing blijven.<sup>32</sup>

Een goed voorbeeld daarvan is de uitspraak van het hof Den Haag van 16 december 2014<sup>33</sup>. In deze procedure ging het om een franchisegever/verhuurder die een autowasstraat aan een franchisenemer/huurder ter beschikking stelde ter exploitatie van een franchiseformule. Op enig moment schiet de franchisenemer/huurder tekort in de betalingsverplichting (van de franchise fee) onder de franchiseovereenkomst, waarna de franchisegever/verhuurder buitengerechtelijk de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst ontbindt en zodoende de franchisenemer/huurder geen toegang meer verschaft tot de autowasstraat. De franchisenemer/huurder vordert vervolgens in kort geding dat de autowasstraat weer aan hem ter beschikking wordt gesteld.

Het hof overweegt in r.o. 3.2 dat het geschil zich toespitst op de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen partijen. De rechtsverhouding ziet op twee soorten overeenkomsten waarop bepalingen van enerzijds regeland recht en anderzijds dwingend recht van toepassing zijn, nu de autowasstraat als 290-bedrijfsruimte kwalificeert. Het hof oordeelt dat zowel de elementen van huur als van franchise zo nauw met elkaar samenhangen dat deze niet los van elkaar kunnen worden gezien. Het huurelement van de overeenkomst is dan ook niet van ondergeschikte betekenis. Het hof oordeelt dat om die reden op grond van art. 6:215 BW tevens de

dwingendrechtelijke huurbepalingen op de overeenkomst van toepassing zijn. Het hof oordeelt dat het gevolg van de (tevens) van toepassing zijnde dwingendrechtelijke huurbepalingen met zich meebrengt dat buitengerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst niet mogelijk is.

Als sprake is van cumulatie en de regels van beide overeenkomsten van toepassing blijven, kan het voorkomen dat de franchiseovereenkomst eindigt en de huurovereenkomst voortduurt of omgekeerd. In de praktijk wordt dat vaak als onwenselijk ervaren. Een deel van de oplossing wordt dan meestal gezocht door in de franchise- en/of huurovereenkomsten bepalingen op te nemen die deze overeenkomsten 'onlosmakelijk' met elkaar verbinden, of bijvoorbeeld bepalingen op te nemen waardoor tekortkomingen in de ene overeenkomst doorwerken in de andere overeenkomst. Dat biedt niet altijd soelaas. Met een zodanige koppeling is ook nog geen oplossing gegeven voor het probleem van ongelijktijdige beëindiging van beide overeenkomsten als gevolg van de daarvoor geldende wettelijke regels.

De wens van partijen om de beëindigingsmogelijkheden en -data van de overeenkomsten te koppelen, kan strijdig zijn met de dwingendrechtelijke huurbepalingen voor 290-bedrijfsruimte. In die gevallen is het van belang om aan de kantonrechter toestemming te vragen om af te mogen wijken van de dwingendrechtelijke huurbepalingen<sup>34</sup>. Het komt echter geregeld voor dat door de kantonrechter geen toestemming gegeven wordt. Dit is met name het geval als een beding wordt voorgelegd waaruit volgt dat de huurovereenkomst automatisch c.q. van rechtswege eindigt indien de franchiseovereenkomst – op welke grond ook – eindigt. Dit beding zou meebrengen dat buitengerechtelijke ontbinding van de franchiseovereenkomst (wegens een tekortkoming) ook tot beëindiging (de facto buitengerechtelijke ontbinding) van de huurovereenkomst zou leiden. Art. 7:231 BW bepaalt echter dat een ontbinding van een huurovereenkomst, wegens tekortschieten van de huurder, niet zonder rechterlijke toets kan plaatsvinden. Een beding dat automatische beëindiging van de huurovereenkomst beoogt bij het einde van de franchiseovereenkomst – ongeacht de reden van beëindiging van de franchiseovereenkomst – lijkt daarmee in strijd met de dwingendrechtelijke bepaling van art. 7:231 BW.<sup>35</sup> De kantonrechter zal hiervoor geen goedkeu-

32. Anders: een uitspraak van de kantonrechter Arnhem 17 maart 1997, *Prg.* 1997, 4768 waarin een franchisenemer een verklaring voor recht vorderde dat sprake was van een huurovereenkomst, omdat volgens hem sprake was van zowel een huur- als een franchiseovereenkomst. De rechter wees de vordering af en oordeelde dat sprake was van een gemengde overeenkomst met franchise als het overheersende element. Uit jurisprudentie volgt bijvoorbeeld ook dat de samenhang tussen de huur- en franchiseovereenkomst met zich mee kan brengen dat (indien de huurovereenkomst ten minste tien jaar heeft geduurd) de rechter in een huurbedingingsprocedure, in het kader van de belangenafweging (art. 7:296 lid 3 BW), kan bepalen dat de huurovereenkomst eindigt op het moment dat de franchiseovereenkomst eindigt. Een voorbeeld waaruit blijkt dat twee overeenkomsten gelet op de feitelijk-economische samenhang met elkaar zo nauw kunnen samenhangen dat een tekortkoming in de ene overeenkomst die tot ontbinding van die overeenkomst leidt ook de ontbinding van de andere overeenkomst rechtvaardigt, is vindbaar in HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, r.o. 3.5.3.

33. Hof Den Haag 16 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4103.

34. Op die mogelijkheid en de daarmee samenhangende problematiek rond het verkrijgen van de gevraagde toestemming wordt in dit artikel niet nader ingegaan. Zie daarvoor o.a. Mr. N. Eeken en mr. A. de Fouw, 'Goedkeuring van afwijkende bedingen', *TvHB* 2012 nr. 4. En de uitspraak van rechtbank Midden-Nederland 15 juli 2015 ECLI:NL:RBMNE:2015:9701 met de annotatie bij deze uitspraak van mr. J.M. Winter-Bossink en mr. N. Amiel in *TvHB* 2016, nr. 5.

35. Het beding dat automatische beëindiging van de huurovereenkomst beoogt bij het einde van de franchiseovereenkomst – ongeacht de reden van beëindiging – is in strijd met de dwingendrechtelijke bepaling

ring kunnen verlenen, omdat dit alleen kan voor bepalingen die afwijken afdeling 6 van titel 4 van boek 7. Er bestaat geen goedkeuringsbevoegdheid voor een dergelijk beding, art. 7:231 BW is geplaatst in van afdeling 4.<sup>36</sup>

Verder komt het ook voor dat door partijen bij de overeenkomst(en) überhaupt geen toestemming gevraagd wordt voor een koppelbeding in één of beide overeenkomsten. Een koppelbeding waarin zonder goedkeuring van de kantonrechter ten nadele van de huurder wordt afgeweken van afdeling 6 van Titel 4 van boek 7 BW, kan door de huurder worden vernietigd.<sup>37</sup>

In april 2017 is door de Hoge Raad bevestigd<sup>38</sup> dat een koppelbeding, waarin wordt geregeld dat een toerekenbare tekortkoming in de franchiseovereenkomst kwalificeert als een toerekenbare tekortkoming in de huurovereenkomst, niet valt onder de bedingen als bedoeld in art. 7:291 BW en daardoor niet door de huurder vernietigd kan worden. Het ging in die zaak om het volgende.

Kippersluis exploiteerde een supermarkt op basis van een samenwerkingsovereenkomst en een formuleovereenkomst (hierna gezamenlijk genoemd: de ‘franchiseovereenkomst’) met (voorheen) Super de Boer. Gelijkijdig sloten Kippersluis en Super de Boer een onderhuurovereenkomst. In de onderhuurovereenkomst namen partijen in art. 1.3 het volgende op: ‘(...) Een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) uit hoofde van bedoelde samenwerkingsovereenkomst wordt beschouwd als een toerekenbare tekortkoming uit hoofde van de onderhavige overeenkomst.’ Super de Boer en Kippersluis werden het vervolgens op enig moment niet eens over de toekomstplannen voor de supermarkt. Super de Boer heeft hierop de franchiseovereenkomst opgezegd waardoor de franchiseovereenkomst eindigde, maar de onderhuurovereenkomst niet. Kippersluis heeft vervolgens de supermarkt onder eigen naam in het gehuurde voortgezet. Enige tijd nadat de franchiseovereenkomst is geëindigd, ontdekte Super de Boer dat Kippersluis – in de periode voordat de franchiseovereenkomst werd beëindigd – ernstig tekortgeschoten was in de nakoming van de franchiseovereenkomst. Gebleken was dat Kippersluis jaren lang fraude had gepleegd onder de franchiseovereenkomst. Om die reden vorderde Super de Boer op grond van het hiervoor genoemde art. 1.3 uit de huurovereenkomst, ontbinding van de onderhuurovereenkomst. Het hof wees dat verzoek toe, ondanks het feit dat de franchiseovereenkomst inmiddels niet meer bestond.

Het verweer van Kippersluis dat de franchiseovereenkomst al was geëindigd en daarom het koppelbeding niet meer van toepassing was, hield geen stand. Het hof oordeelde dat het koppelbeding opgenomen was in de onderhuurovereenkomst die nog niet was geëindigd. Daarnaast bestond de tekortkoming al vóórdat de franchiseovereenkomst was geëindigd. Voorts speelden de duur en de ernst van de fraude en de redelijkheid hierbij een rol.

Kippersluis stelde zich vervolgens op het standpunt dat het koppelbeding vernietigbaar was op grond van art. 7:291 BW. Oftewel het koppelbeding was in de ogen van Kippersluis een beding dat ten nadele van de huurder afwijkt van afdeling 6, Titel 4 van Boek 7, zonder dat hiervoor goedkeuring was verkregen van de kantonrechter. De vraag was daarmee of met het koppelbeding was afgeweken van de dwingendrechtelijke huurrechtbepalingen. A-G Wuisman concludeerde als volgt:

*‘Artikel 7:291 BW is opgenomen in afdeling 6 van titel 4 van boek 7 BW. Deze afdeling bevat bepalingen die strekken tot bescherming van huurders van zogenoemde middenstandsbedrijven. In lid 1 van artikel 7:291 is bepaald: ‘Van de bepalingen van deze afdeling kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken.’ Aan de afwijking van de bepalingen in de afdeling 6 is de sanctie van vernietigbaarheid verboden, tenzij voor het beding met de afwijking een goedkeuring van de rechter is verkregen, aldus lid 2 van artikel 7:291 BW. Er komen in afdeling 6 geen bepalingen voor die betrekking hebben op de vraag wanneer een huurder geacht wordt toerekenbaar tekort te schieten in zijn verplichtingen en welke rechten de verhuurder tegen de huurder heeft in geval van toerekenbaar te kort schieten van de huurder. Gelet op de in artikel 7:291 lid 1 BW voorziene begrenzing moet, zoals ook het hof in navolging van de rechtbank doet, aangenomen worden dat de koppelingbepaling niet onder de werking van artikel 7:291 BW valt. De klacht in subonderdeel b faalt dan ook.’<sup>39</sup>*

Oftewel, een koppelbeding zoals in de bovengenoemde procedure wijkt niet af van dwingendrechtelijk huurrecht van afdeling 6. Het koppelbeding bepaalde in dit geval alleen wanneer er sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de onderhuurovereenkomst (namelijk wanneer sprake was van een toerekenbare tekortkoming van de franchisenemer in de franchiseovereenkomst). Of sprake was van een toerekenbare tekortkoming die de ontbinding van de franchiseovereenkomst rechtvaardigde kon Kippersluis voorleggen aan het oordeel van de rechter, hetgeen hij ook heeft gedaan. De Hoge Raad ging mee in de beoordeling van het hof<sup>40</sup> inhoudende dat een koppelbeding dat bepaalt

van art. 7:231 BW. De kantonrechter zal hiervoor geen goedkeuring kunnen verlenen.

36. Rb. Rotterdam 23 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV2668, Rb. Rotterdam 22 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO3314, en noot mr. M.F.A. Evers WR 2017/105, bij Rb. Midden-Nederland 19 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2041.

37. Vgl. art. 7:291 lid 2 BW.

38. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:752.

39. Conclusie mr. J. Wuisman, ECLI:NL:PHR:2017:178, onder 2.7.1.

40. Hof Arnhem-Leeuwarden, 8 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6591.

dat een tekortkoming in de franchiseovereenkomst ook een tekortkoming onder de huurovereenkomst oplevert, niet valt onder de werking van art. 7:291 BW omdat in afdeling 6 van Titel 4 in Boek 7 geen bepalingen voorkomen die betrekking hebben op de vraag wanneer een huurder tekortschiet in zijn verplichtingen en welke rechten de verhuurder dan heeft. Hiervoor is dus geen rechterlijke goedkeuring vereist (en deze kan door de rechter ook niet worden gegeven omdat art. 7:291 BW daarvoor geen grondslag biedt).

In dit kader is een eerdere uitspraak van het hof Den Bosch<sup>41</sup> interessant. Die zaak ging over de vraag of de tussen partijen gesloten huurovereenkomst dermate onlosmakelijk met de franchiseovereenkomst was verbonden, dat een tekortkoming in de nakoming van de franchiseovereenkomst een tekortkoming in de nakoming van de huurovereenkomst opleverde en zelfs zou moeten leiden tot ontbinding van de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst.

In r.o. 4.7 oordeelde het hof:

*‘Ook al is een franchise-relatie als de onderhavige denkbaar zonder koppeling aan een huurovereenkomst, in het onderhavige geval is de huurovereenkomst (...) duidelijk en uitdrukkelijk aan de franchise-overeenkomst gekoppeld.’*

Het hof oordeelde dat door het (algemene) koppelingsbeding in de huurovereenkomst - die overigens anders dan in Jumbo-Kippersluis niet expliciet de doorwerking van een wanprestatie bepaalde - dat de franchiseovereenkomst zodanig met de huurovereenkomst is verbonden, dat een tekortkoming in de nakoming onder de franchiseovereenkomst tevens een tekortkoming in de nakoming onder de huurovereenkomst oplevert.<sup>42</sup>

#### 4. Concluderend

De huur- en franchiseovereenkomst hangen vaak zodanig met elkaar samen dat er sprake is van een gemengde overeenkomst. De gevolgen van deze gemengde overeenkomst worden in de jurisprudentie vooral duidelijk wanneer het gaat om de beëindiging van één van beide overeenkomsten. Uit de jurisprudentie volgt dat de hoofdregel van art. 6:215 BW moet worden toegepast. De bepalingen van regelen en dwingend recht zijn naast elkaar van toepassing, tenzij zij niet verenigbaar zijn. Bij beëindiging van één van beide overeenkomsten, zullen de bepalingen geregeld niet naast elkaar van toepassing zijn omdat zij niet verenigbaar blijken. Bij de samenloop van een huur- en franchiseovereenkomst is het lastig om vast te stellen welk element van de overeenkomst overheerst en welke

bepalingen derhalve moeten prevaleren. In de jurisprudentie met betrekking tot samenloop van huur- en franchiseovereenkomsten zien we voorts nog dat er, in lijn met hetgeen genoemd is in de parlementaire geschiedenis bij art. 6:215 BW, geoordeeld wordt dat het deel van de overeenkomst waarop dwingend recht van toepassing is niet per se ‘voorrang’ heeft, maar dat het zelden voorkomt dat een bepaling van dwingend recht niet wordt toegepast. De in dit artikel besproken jurisprudentie in niet franchise-procedures laat echter zien, dat de dwingendrechtelijke regels van 290-bedrijfsruimte met enige regelmaat moeten wijken om toepassing van andersoortige regels mogelijk te maken. Een zodanig oordeel komt soms op grond van lastig te duiden criteria tot stand.

Het is voor partijen in een franchiserelatie daarom belangrijk om bij aanvang daarvan de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst in samenhang te bezien en dan te bepalen wat zij willen afspreken over de mogelijkheden van beëindiging daarvan. Dat is ook wat de NFC beoogt te stimuleren. Daarbij moeten partijen transparant zijn en in redelijkheid rekening houden met elkaars belangen.

Het is daarbij mogelijk om af te wijken van semi-dwingend recht als verwoord in Afdeling 6 Titel 4 van Boek 7. In dat geval doen partijen er verstandig aan om vooraf goedkeuring te vragen aan de kantonrechter. Let wel, een beding dat automatische beëindiging van de huurovereenkomst beoogt, in het geval de franchiseovereenkomst buitengerechtelijk ontbonden wordt, levert een inbreuk op art. 7:231 BW op en valt niet onder de goedkeuringsbevoegdheid van de kantonrechter.

Een koppelbeding in de huurovereenkomst, inhoudende dat een toerekenbare tekortkoming onder de franchiseovereenkomst ook een toerekenbare tekortkoming onder de huurovereenkomst oplevert, is niet in strijd met dwingend recht. Hiervoor hoeft (en kan) dan ook geen toestemming van de kantonrechter worden gevraagd en dit beding kan door de huurder niet worden vernietigd.

41. Hof Den Bosch 9 januari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ6753.

42. Hof Den Bosch 9 januari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ6753, r.o. 4.8.