

naar de financiële en maatschappelijke positie van partijen.

Kortom, een huurder heeft niet direct een kansloze zaak indien hij te laat heeft opgezegd en andersom kan een verhuurder zich niet direct rijk rekenen indien de opzeggingsbrief te laat wordt ontvangen.

Marlies van Schoonhoven-Sloot¹⁷

TvHB 2018/7

Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden
31 oktober 2017

ECLI:NL:GHARL:2017:9454

NJF 2018, 13

Dinami Sports / Grenkefinance N.V.

Samenvatting

Tekortkoming, samenhangende overeenkomsten, franchiseovereenkomst, leaseovereenkomst, opschorting

Sportschool Dinami, de franchisenemer, sluit een franchiseovereenkomst met een franchisegever voor een bodycheck-project. Een van de verplichtingen voor franchisenemer Dinami was om een cardioscan aan te schaffen, bijvoorbeeld door middel van een leaseconstructie. Vervolgens is een huur-/leaseovereenkomst tot stand gekomen inzake de cardioscan tussen Dinami en een door de franchisegever aangezochte leasemaatschappij (Grenke). De franchisegever schiet enige tijd later tekort jegens de franchisenemer in de nakoming van zijn verplichtingen. In reactie daarop schort Dinami zijn betalingen richting de leasemaatschappij op. De vraag is of hij daartoe gerechtigd was. Daarbij is van belang of er voldoende samenhang bestaat tussen de franchiseovereenkomst en de leaseovereenkomst. Het gerechtshof oordeelt dat van voldoende samenhang geen sprake is en dat franchisenemer Dinami dus niet gerechtigd was tot opschorting.

Gerechtshof

Dinami Sports en haar vennoten, gevestigd te Steenbergen, appellanten in het principaal hoger beroep, geïntimeerden in incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. P.A. de Lange, kantoorhoudend te Barendrecht, tegen Grenkefinance N.V., geïntimeerde in het principaal hoger beroep, appellante in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. O.J.W. Reijnders, kantoorhoudend te Eindhoven, (...)

2. De vaststaande feiten

In het principaal en incidenteel appel

2.1 Tussen partijen staat als enerzijds gesteld en anderzijds niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken het volgende vast.

2.2 Dinami exploiteert een sportschool in de regio Bergen op Zoom.

2.3 Verzekerd Fit Polis B.V. (hierna: Verzekerd Fit Polis) was een onderneming die zich toelagde op zakelijke dienstverlening aan sportscholen en fitnesscentra. Enig bestuurder en aandeelhouder was de heer [B] (hierna: [B]).

2.4 Touch 'n Lease B.V., kantoorhoudende te Zeist, (hierna: Touch 'n Lease) is een onderneming die volgens het handelsregister van de Kamer van Koophandel diensten als tussenpersoon verleent tussen partijen die een huur/verhuurovereenkomst met elkaar willen aangaan en ook zelfstandig optreedt als leasemaatschappij.

2.5 Dinami is op enig moment in 2010 benaderd door Verzekerd Fit Polis over het volgende. Verzekerd Fit Polis had een concept ontwikkeld, dat eruit bestond in samenwerking met zorgverzekeraars zogenaamde bodychecks aan te bieden aan leden en potentiële leden van sportscholen/fitnesscentra en kortingen te geven op fitnessabonnementen. Dinami kon hierin participeren middels een franchise-/samenwerkingsovereenkomst. Dinami zou op grond van deze overeenkomst gebiedsbescherming krijgen en Verzekerd Fit Polis zou de marketing verzorgen. Voorwaarde voor deelname aan het zogenoemde bodycheck-project was dat Dinami een cardioscan met toebehoren zou aanschaffen of leasen. Daartoe heeft Verzekerd Fit Polis een leverancier, Meditronics, en een financieringsmaatschappij, Grenke, aangezocht.

2.6 Op of omstreeks 1 juli 2010 is een franchiseovereenkomst tussen Verzekerd Fit Polis en Dinami tot stand gekomen. Deze overeenkomst bevat voor Verzekerd Fit Polis (onder meer) de verplichting om aan Dinami een maandelijkse vergoeding van € 150,- (exclusief btw) voor de (huur van de) cardioscan met toebehoren te betalen en voor Dinami (onder meer) de verplichting om als een goed huisvader voor de hard- en software te zorgen.

2.7 Nadat Dinami een door Meditronics ingevuld leasecontract had ondertekend, is op of omstreeks 1 oktober 2010 een lease/huurovereenkomst ter zake van een cardioscan met toebehoren tussen Grenke en Dinami tot stand gekomen. Grenke heeft in dat kader de cardioscan inclusief software en toebehoren, alsmede een computer met toebehoren, bestaande uit onder meer een monitor, printer, muis, toetsenbord, verschillende software, computermeubel, alsmede een bloeddrukmeter, lengtemeter, personenweegschaal en elektroden van Meditronics gekocht. Blijkens een door Dinami ondertekende afgiftebevestiging d.d. 1 oktober 2010 heeft Meditronics op of omstreeks die datum het leaseobject, omschreven als "desktop met toebehoren" en "cardioscan incl. software", bij Dinami afgeleverd.

2.8 In het leasecontract staat, voor zover hier van belang, het volgende:

17. Marlies van Schoonhoven-Sloot is advocaat-partner bij Wintertaling Advocaten & Notarissen te Amsterdam, met dank aan Alessandra Oving.

"Basishuurperiode:

maanden 60 maandelijks leasetermijn netto 150,00 EUR
 plus wettelijke BTW 28,50 EUR
 maandelijks bruto leasetermijn 178,50 EUR
 (...)

Ik ga / wij gaan akkoord met de algemene leasevoorwaarden zoals hierboven en op de keerzijde beschreven. (...)

Er zijn geen andere, afwijkende regelingen of nevenakkoorden overeengekomen. De lessor wijst erop dat de leverancier of andere derden niet het recht hebben afspraken te maken die afwijken van de contractuele tekst of toezeggingen te doen of de lessor op een andere manier te vertegenwoordigen. (...)

2.9 In de op de leaseovereenkomst toepasselijke algemene voorwaarden staan, voor zover hier van belang, de volgende bepalingen:

"(...)

Art. 8 Facturering en betaling

(...)

8.4 Het door de Lessee toepassen van korting of compensatie op de verschuldigde leasetermijnen, dan wel opschorting van de betaling is niet toegestaan.

(...)

8.7 Indien de Lessee in gebreke of in verzuim is in de (tijdige) nakoming van haar verplichtingen of indien Lessee Lessor ten onrechte in rechte heeft aangesproken of indien de kosten om andere redenen voor rekening van Lessee komen, dan komen alle redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte voor rekening van de Lessee. De buitengerechtelijke kosten worden berekend op basis van de berekeningsmethode volgens Rapport Voorwerk II, en worden begroot op 2 punten van het liquidatietarief, welke kosten conform hetzelfde Rapport Voorwerk gemaximeerd worden tot 15% van de hoofdsom, met een absoluut minimum van € 250,- exclusief BTW. (...)

(...)

Art. 17 Redenen voor ontbinding

Indien Lessee niet, niet behoorlijk of niet tijdig nakomt dan wel indien gegronde vrees bestaat dat Lessee niet in staat is of zal zijn enige verplichting, welke voor hem uit de overeenkomst voortvloeit, na te komen, (...), is Lessee van rechtswege in verzuim en is Lessor gerechtigd zonder enige verplichting tot schadevergoeding en onverminderd de aan Lessor verder toekomende rechten, zonder dat ingebrekestelling of rechterlijke tussenkomst daartoe vereist is, het Leasecontract geheel of gedeeltelijk te ontbinden dan wel de (verdere) uitvoering van de overeenkomst op te schorten. Lessor is in die gevallen voorts gerechtigd onmiddellijke voldoening van het ons toekomende te vorderen.

Art. 18 Gevolgen van ontbinding

18.1 Bij beëindiging van het Leasecontract verliest Lessee onmiddellijk het recht op gebruik van het Leaseobject.

18.2 Indien de Lessor gebruik maakt van zijn recht op ontbinding (...), dan heeft de Lessor recht

op betaling van de voor de totale leasetijd nog uitstaande leasetermijnen. (...)

18.3 *De Lessee is verplicht na ontbinding het Leaseobject onmiddellijk op zijn kosten en op eigen risico terug te geven. (...)*
 (...)"

2.10 Dergelijke lease/huurcontracten hebben Meditronics en Grenke met diverse sportscholen in Nederland gesloten.

2.11 In een e-mail van 3 mei 2011 schrijft de heer [C] van Touch 'n Lease aan mevrouw [D] van SHK, één van de andere betrokken sportscholen, (onder meer) het volgende:

"(...) Wij hebben inderdaad wel contact gehad met een aantal van uw collega's maar wij zijn niet de leasemaatschappij. Wij worden ingehuurd door Verzekerd Fit Polis en Meditronics om de afhandeling van de leasecontracten te verzorgen.

Daar wij zijdelings zijn betrokken kunnen wij alleen signaleren en doorgeven aan de betreffende partijen om tot oplossingen te komen. Ook GrenkeFinance, de leasemaatschappij is in zoverre betrokken dat zij de investering rond de Cardioscan in een lease onderbrengen. Zij zijn dus ook niet deel van het Franchiseconcept van VerzekerdFitPolis.

Wat ik u wel kan melden is dat er afgelopen week op initiatief van Grenke een meeting is geweest met VerzekerdFitPolis over de voortgang van het concept wat betreft de leasecontracten die daarbij worden gebruikt en zijn er duidelijk afspraken gemaakt. Vanuit ons moet ik ook alleen bevestigen dat Grenke een direct leasecontract afsluit wat losstaat van het Franchisemodel. (...)"

2.12 Bij e-mail van 17 mei 2011 heeft [B] aan Dinami meegedeeld dat de activiteiten, alsmede alle rechten en plichten van Verzekerd Fit Polis met terugwerkende kracht per 1 januari 2011 zijn overgenomen door Bodycheck Nederland B.V. (hierna: Bodycheck Nederland). Ook van deze vennootschap was [B] enig bestuurder en aandeelhouder.

2.13 Bij e-mail van 23 mei 2011 heeft Bodycheck Nederland aan Dinami meegedeeld dat het bodycheck-concept is veranderd en dat voor deelname aan het nieuwe concept een nieuwe overeenkomst moet worden ondertekend. Dinami heeft dit contract niet ondertekend.

2.14 Bij brief van 23 maart 2012 heeft de gemachtigde van Dinami aan Grenke (onder meer) het volgende geschreven:

"Tot mij hebben zich diverse sportscholen en fitnesscentra gewend met het verzoek hun belangen te behartigen. Cliënten zijn (via Verzekerd Fit Polis B.V. dan wel Bodycheck Nederland B.V., althans via de heer [B]) met u een leaseovereenkomst aangegaan. Namens cliënten deel ik u hierbij mede dat zij tot nader bericht de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomsten opschorten in verband met de toerekenbare tekortkoming aan de zijde van

resp. Verzekerd Fit Polis B.V. dan wel Bodycheck Nederland B.V., althans de heer [B] in de met die leaseovereenkomsten samenhangende overeenkomsten. (...)"

2.15 Vanwege het uitblijven van de betaling van de maandelijkse leasetermijnen heeft Grenke de leaseovereenkomst met Dinami bij brief van 17 juli 2012 buitengerechtelijk ontbonden. Daarbij is Dinami aangemaand om binnen vijf dagen over te gaan tot betaling van het aan Grenke verschuldigde bedrag ad € 7.455,-.

2.16 Blijkens een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel handelt Bodycheck Nederland sinds 14 januari 2013 onder de naam BAZ Invest B.V.

2.17 Bij brief van 7 mei 2013 heeft de gemachtigde van Dinami, mede namens diverse andere sport-scholen en fitnesscentra, aan [B], Verzekerd Fit Polis en BAZ Invest B.V. (onder meer) het volgende geschreven:

"(...) Cliënten hebben u eerder reeds afzonderlijk en gezamenlijk aangesproken op diverse tekortkomingen aan de kant van u en uw ondernemingen, waaronder in het bijzonder (maar niet uitsluitend beperkt tot) het niet uitkeren van de maandelijkse vergoedingen voor de leasekosten, het niet verlenen van de overeengekomen gebiedsbescherming en het uitblijven van de door u, althans uw ondernemingen, toegezegde effectieve marketingcampagne.

U heeft cliënten meermalen beterschap beloofd zonder daadwerkelijk uw verplichtingen jegens cliënten na te komen. In diverse e-mails heeft u erkend dat niet aan de verplichtingen is voldaan. Voorts heeft u cliënten geen juiste voorstelling van zaken gegeven met betrekking tot het bodycheck-concept, de daaraan wel of niet gelieerde ondernemingen, de samenhang tussen de diverse ondernemingen en het kostenplaatje.

Cliënten hebben bij het aangaan van zowel de overeenkomsten met uw ondernemingen als die met de leasemaatschappijen op de hiervoor genoemde voor cliënten essentiële punten gedwaald als gevolg van de daarover door dan wel namens u gedane mededelingen. Indien cliënten een juiste voorstelling van zaken zouden hebben gehad, hadden zij de overeenkomsten met zowel uw ondernemingen als de leasemaatschappijen niet, althans niet onder de huidige voorwaarden gesloten.

Primair stellen cliënten zich op het standpunt dat de overeenkomsten middels bedrog tot stand zijn gekomen, dan wel dat zij bij het aangaan van de overeenkomsten hebben gedwaald, op grond waarvan zij middels dit schrijven buitengerechtelijk overgaan tot vernietiging van die overeenkomsten, met dien verstande dat de vernietiging zich niet uitstrekt tot de in de overeenkomsten opgenomen vrijwaringsbedingen.

Subsidiar stellen cliënten zich op het standpunt dat u reeds (lang) in verzuim verkeert. Slechts voor zover nodig verzoek en sommeer ik u langs

deze weg nogmaals uw verplichtingen uit de met cliënten gesloten overeenkomsten, in het bijzonder maar niet beperkt tot de uitbetaling van de gehele vergoedingen ter zake van de leasekosten, terstond, althans binnen 2 dagen na heden, na te komen. (...)

Reeds nu voor alsdan gaan cliënten middels dit schrijven over tot buitengerechtelijke ontbinding van de met uw onderneming(en) gesloten overeenkomsten met dien verstande dat de ontbinding zich niet uitstrekt tot de in de overeenkomsten opgenomen vrijwaringsbedingen. (...)"

2.18 Verzekerd Fit Polis is per 20 maart 2012 uitgeschreven uit het handelsregister, BAZ Invest B.V. per 2 januari 2015.

3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1 Grenke heeft in eerste aanleg bij dagvaarding in de hoofdzaak in conventie gevorderd:

"(...) bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, gedaagden hoofdelijk en ieder voor het geheel aldus dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, te veroordelen:

I. om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Grenke te voldoen een bedrag van € 8.452,76 (zegge: achtduizend vierhonderdtweënvijftig euro en zesenzeventig cent), vermeerderd met de wettelijke rente ex art. 6:119a BW althans 6:119 BW over € 7.455,00 vanaf 5 december 2012 tot aan de dag der algehele voldoening, althans een door u in goede justitie te bepalen bedrag;

II. om de door Grenke aan Noordijk c.s. [hof: Dinami] geleasede apparatuur zoals hiervoor onder punt 4 omschreven, binnen 2 dagen na betekening van het te wijzen vonnis aan Grenke af te geven

en/of ter beschikking te stellen,

a. a) zulks op straffe van een dwangsom van € 250,00 voor iedere dag dat gedaagde hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft, met een maximum van €10.000,= althans door u in goede justitie te bepalen bedragen;

en

b) bij gebreke waarvan Noordijk c.s. dient te gehengen en te gedogen dat Grenke zich de feitelijke macht over vorenbedoelde aan gedaagde geleasede apparatuur zal verschaffen, desnoods met behulp van de sterke arm van justitie en politie, met de kosten daarvan ten laste van Noordijk c.s.;

III. in de kosten van deze procedure, het salaris van de gemachtigde van Grenke daaronder begrepen."

3.2 Dinami heeft in eerste aanleg in (voorwaardelijke) reconventie gevorderd (bij vonnis voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad):

"primair:

- te verklaren voor recht dat de overeenkomst tussen Dinami en Grenke is vernietigd c.q. ontbonden, dan wel deze overeenkomst bij dit vonnis te vernietigen dan wel te ontbinden.;

- te verklaren voor recht dat al hetgeen Dinami in het kader van de aldan vernietigde overeenkomst aan Grenke heeft voldaan onverschuldigd is betaald;
- Grenke te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Dinami te betalen een bedrag van € 2.700,00 exclusief BTW, zijnde € 3.213,00 inclusief BTW;
- althans te verklaren voor recht dat ingeval van ontbinding van de overeenkomst partijen over en weer van hun verplichtingen zijn bevrijd en op Dinami geen betalingsverplichting meer rust; subsidiair:
- te verklaren voor recht dat tussen partijen geen rechtshandeling tot stand is gekomen en dat evenmin een overeenkomst tot stand is gekomen op grond waarvan op Grenke een verplichting tot ongedaanmaking rust;
- Grenke te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Dinami te betalen een bedrag van € 2.700,00 exclusief BTW, zijnde € 3.213,00 inclusief BTW; zowel primair als subsidiair:
- Grenke te veroordelen de cardioscan met toebehoren op eigen kosten bij Dinami op te halen;
- Grenke te veroordelen tot ongedaanmaking c.q. opheffing van de door haar ten laste van Dinami bij het BKR gedane registratie, zulks op straffe van het verbeuren van een dwangsom van € 1.000,00 per dag, althans gedeelte van een dag, dat Grenke in gebreke blijft ter zake aan het ten deze te wijzen vonnis te voldoen.
- Grenke te veroordelen in de kosten van deze procedure, salaris gemachtigde daaronder begrepen."

3.3 Bij conclusie van repliek in conventie tevens conclusie van antwoord in reconventie heeft Grenke aanvullende vorderingen ingesteld voor het geval de leaseovereenkomst als vernietigd dan wel ontbonden moet worden beschouwd of wordt vernietigd dan wel ontbonden.

3.4 De kantonrechter heeft bij vonnis van 18 december 2013 de vorderingen van Grenke in conventie grotendeels toegewezen en de vorderingen van Dinami in reconventie afgewezen. Ook de vordering in vrijwaring (tegen Verzekerd Fit Polis, BAZ Invest B.V. en [B]) is toegewezen.

4. De omvang van de rechtsstrijd in het principaal appel

4.1 Het principaal appel is ingesteld tegen het vonnis in het vrijwaringsincident d.d. 5 juni 2013 en tegen het eindvonnis in de hoofdzaak d.d. 18 december 2013. Aangezien Dinami geen grieven heeft opgeworpen tegen het vonnis in het vrijwaringsincident, dient haar hoger beroep in zoverre te worden verworpen. Daarbij leest het hof grief II als gericht tegen het eindvonnis van 18 december 2013, aangezien in het vonnis in het vrijwaringsincident van 5 juni 2013 de beslissing omtrent de kosten van het incident is aangehouden tot de beslissing in de hoofdzaak.

4.2 De veroordeling in de vrijwaringszaak tegen Verzekerd Fit Polis, BAZ Invest en [B], zoals uitgesproken in het bestreden vonnis van 18 december 2013, is in appel niet aangevochten.

5. De beoordeling van de grieven en de vorderingen in hoger beroep

5.1 Grief I klaagt over de feitenvaststelling door de kantonrechter.

5.2 Aangezien het hof de feiten zelf opnieuw heeft vastgesteld, waarbij rekening is gehouden met de in grief I vervatte klachten, heeft Dinami geen belang bij een afzonderlijke bespreking van deze grief.

Kern van het geschil

5.3 Kern van het geschil betreft de vraag of de franchiseovereenkomst tussen Verzekerd Fit Polis en Dinami enerzijds en de leaseovereenkomst tussen Grenke en Dinami anderzijds zodanig samenhangen dat tekortkomingen in de nakoming van de franchiseovereenkomst door Verzekerd Fit Polis, in het bijzonder het gestelde door Grenke betwiste niet betalen van de overeengekomen maandelijks vergoeding van € 150,- exclusief btw, meebrengen dat Dinami bevoegd was tot opschorting van haar betalingsverplichtingen uit hoofde van de leaseovereenkomst met Grenke. De kantonrechter heeft deze vraag ontkennend beantwoord. Tegen dit oordeel zijn de grieven IV en V gericht.

5.4 Dinami beroept zich, samengevat, op de volgende door Grenke niet dan wel onvoldoende gemotiveerde betwiste omstandigheden.

De lease van een cardioscan door Dinami was gekoppeld aan de deelname door Dinami aan het bodycheck-concept van Verzekerd Fit Polis, vastgelegd in de franchiseovereenkomst. Verzekerd Fit Polis heeft Meditronics ingeschakeld voor de levering van de bodyscan. Meditronics beschikte over aanvraagformulieren voor een leaseovereenkomst met Grenke en heeft via Verzekerd Fit Polis ([B]) een vooringevuld leasecontract aan Dinami ter hand gesteld. Dinami heeft het leasecontract ondertekend en heeft dit via Verzekerd Fit Polis ([B]) aan Meditronics doen toekomen. Er is in die fase nooit rechtstreeks contact geweest tussen Dinami enerzijds en Meditronics en/of Grenke anderzijds. Ter uitvoering van de aldus tot stand gekomen leaseovereenkomst heeft Grenke de aan Dinami te verhuren cardioscan gekocht van Meditronics. Verzekerd Fit Polis was krachtens de franchiseovereenkomst jegens Dinami verplicht tot maandelijks vergoeding aan Dinami van een bedrag dat overeenkwam met de leaseprijs.

5.5 Bij de beantwoording van de onderhavige vraag neemt het hof tot uitgangspunt de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de samenhang tussen een huurkoopovereenkomst en een financieringsovereenkomst waarbij de derde/financier zich heeft verbonden rechtstreeks aan de huurverkoper te betalen. Deze overeenkomsten kunnen, ook indien zij als afzonderlijke overeenkomsten moeten worden beschouwd, zozeer met elkaar zijn verbonden dat vernietiging of ontbinding van de huurkoopovereenkomst noodzakelijkerwijs

tot gevolg heeft dat de financieringsovereenkomst evenmin in stand kan blijven. Aan de hand van uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden moet worden vastgesteld of die verbondenheid in het gegeven geval moet worden aanvaard. Aangenomen moet worden dat ook een opschortingsrecht vanwege een tekortkoming van de leverancier tegen de financier kan worden ingeroepen ingeval een zodanige verbondenheid moet worden aanvaard (HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279). Bepalend is of er een zodanig nauwe feitelijk-economische samenhang bestaat tussen de huurkoopovereenkomst en de financieringsovereenkomst, dat de tekortkoming in de huurkoopovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid de door de lessee gevorderde ontbinding van de financieringsovereenkomst rechtvaardigt, ook al is de ontbinding van de huurkoopovereenkomst niet uitdrukkelijk mede gevorderd (HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162).

5.6 In het onderhavige geval staat als niet dan wel onvoldoende (gemotiveerd) weersproken vast dat Grenke niet betrokken was bij het bodycheck-project en dat Meditronics en/of Verzekerd Fit Polis en/of [B] niet bevoegd waren om in het kader van het bodycheck-project namens Grenke afspraken te maken die het bestek van de leaseovereenkomst te buiten gingen. Beoordeeld dient te worden of niettemin sprake is geweest van een jegens Dinami opgewekte en aan Grenke toe te rekenen schijn daarvan. Anders dan Grenke betoogt, staat het enkele feit dat in het leasecontract staat dat *"de leverancier of andere derden niet het recht hebben afspraken te maken die afwijken van de contractuele tekst of toezeggingen te doen of de lessor op een andere manier te vertegenwoordigen"* op zich niet in de weg aan het toerekenen van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Bepalend hiervoor zijn alle omstandigheden ten tijde van de totstandkoming van de leaseovereenkomst.

5.7 Het hof is, anders dan Dinami betoogt, van oordeel dat de omstandigheid dat Grenke blanco aanvraagformulieren voor een leaseovereenkomst aan Meditronics ter beschikking heeft gesteld en daarmee "het risico heeft genomen" dat deze in handen zouden komen van een derde, te weten Verzekerd Fit Polis ([B]), op zichzelf ontoereikend is om te kunnen oordelen dat ten opzichte van Dinami sprake is van een aan Grenke toe te rekenen schijn van betrokkenheid bij het bodycheck-concept en/of een aan Grenke toerekenbare schijn van bevoegdheid van Verzekerd Fit Polis ([B]) om haar in dat kader te vertegenwoordigen. Ook het feit dat Grenke een vaste relatie met Meditronics had, en dat Meditronics op haar beurt een vaste relatie met Verzekerd Fit Polis zou hebben, is daarvoor niet voldoende. Dat Grenke mogelijk in een betrekkelijk korte periode een groot aantal aanvragen voor de lease van cardioscans heeft ontvangen, maakt dit niet anders. Grenke hoefde zich naar het oordeel van het hof bij de totstandkoming van de afzonderlijke leaseovereenkomsten niet te verdiepen in de achtergrond van die aanvragen en de wijze waarop die

aanvragen tot stand zijn gekomen. Een dergelijke onderzoeksplicht gaat de rol van Grenke als financier/verhuurder van de cardioscans te buiten. Dat Grenke op een gegeven moment op de hoogte is geraakt van de connectie tussen Verzekerd Fit Polis, althans [B], en Meditronics en de wijze waarop zij de leaseovereenkomst van Grenke "verkochten" in samenhang met de overeenkomst van Verzekerd Fit Polis, brengt in het voorgaande geen verandering. Dit feit is naar het oordeel van het hof ontoereikend voor het aannemen van een aan Grenke toe te rekenen schijn van betrokkenheid bij het bodycheck-project.

5.8 Ook de overige omstandigheden rechtvaardigen niet het oordeel dat in dit geval sprake is van een zodanig feitelijk-economische samenhang tussen de beide overeenkomsten, dat (een) tekortkoming(en) van Verzekerd Fit Polis in de nakoming van haar verplichtingen uit de franchiseovereenkomst opschorting door Dinami van haar verplichtingen uit de leaseovereenkomst met Grenke kon(den) rechtvaardigen. De leaseovereenkomst staat in de omstandigheden van dit geval daarvoor in een te ver verwijderd verband met de franchiseovereenkomst, hetgeen Dinami als professionele marktpartij redelijkerwijs heeft dienen te begrijpen. Dat bij Dinami de - door Verzekerd Fit Polis gewekte - indruk bestond dat sprake was van een totaalpakket, bestaande uit de franchiseovereenkomst en de leaseovereenkomst, dient dan ook in de verhouding tussen Dinami en Grenke voor rekening van Dinami te blijven.

5.9 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Dinami niet bevoegd was tot opschorting van de nakoming van haar betalingsverplichtingen jegens Grenke vanwege het uitblijven van de betaling van de maandelijkse vergoeding door Verzekerd Fit Polis.

5.10 De grieven IV en V falen.

5.11 Uit het voorgaande volgt dat de gestelde - door Grenke betwiste - vernietiging dan wel ontbinding van de franchiseovereenkomst wegens dwaling respectievelijk een tekortkoming, niet tot gevolg heeft dat de leaseovereenkomst hetzelfde lot is beschoren. De *primaire* onderdelen van grief VII en van grief VIII falen derhalve eveneens.

5.12 Grief VI is gericht tegen de verwerping door de kantonrechter van het beroep op wilsontbreken. Dinami betoogt, kort weergegeven, dat haar wil niet gericht is geweest op een 'zelfstandige' overeenkomst met Grenke, en dat Grenke er evenmin gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat Dinami de leaseovereenkomst 'los' van de franchiseovereenkomst wilde aangaan.

5.13 Het hof overweegt dienaangaande dat van wilsontbreken in eigenlijke zin geen sprake is. De wil van Dinami was immers gericht op het aangaan van een leaseovereenkomst met Grenke, zodat deze overeenkomst door wilsovereenstemming tot stand is gekomen (art. 3:33 BW). Het betoog van Dinami komt in wezen neer op een beroep op dwaling: zij is de leaseovereenkomst met Grenke aangegaan in de (achteraf gezien onjuiste) veronderstelling dat het bodycheck-concept zou slagen, dat de cardioscan haar niets zou kosten en dat zij daarvan

uiteindelijk eigenaar zou worden. Ook het beroep op dwaling is door de kantonrechter verworpen. Hiertegen is het *subsidaire* gedeelte van grief VII gericht.

5.14 Het hof overweegt dat van (rechtens relevante) dwaling sprake is, indien kort weergegeven sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de overeenkomst, zonder welke de dwalende de overeenkomst niet zou hebben gesloten, hetgeen aan de wederpartij kenbaar was, en voorts (a) de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, en/of (b) aan een schending van diens spreekplicht en/of (c) sprake is van wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 BW). Geen van de genoemde dwalingsgronden doet zich hier voor. Anders dan Dinami betoogt, kunnen handelingen en gedragingen van Verzekerd Fit Polis in dit verband niet worden toegerekend aan Grenke. Verzekerd Fit Polis handelde niet krachtens een volmacht van Grenke, zodat deze toerekening in ieder geval niet krachtens art. 3:66 BW plaatsvindt. Ook bieden de omstandigheden waaronder de leaseovereenkomst tot stand is gekomen, geen dan wel onvoldoende grond om Verzekerd Fit Polis wat dit betreft te vereenzelvigen met Grenke. Dat Verzekerd Fit Polis aan Dinami zou hebben meegedeeld dat zij aan het einde van de overeenkomst eigenaar zou kunnen worden van de cardioscan-apparatuur, hetgeen niet zo bleek te zijn, kan derhalve niet aan Grenke worden toegerekend.

Voor zover Dinami de dwaling baseert op onjuiste verwachtingen ten aanzien van de deugdelijke nakoming door Verzekerd Fit Polis, stuit dit reeds af op het feit dat het gaat om dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft (art. 6:228 lid 2 BW).

5.15 Grief VI en het *subsidaire* gedeelte van grief VII falen derhalve.

5.16 Het *subsidaire* gedeelte van grief VIII houdt in dat, ook bij gebrek aan voldoende samenhang met de franchiseovereenkomst, de leaseovereenkomst moet worden ontbonden, gelet op de aan Grenke toerekenbare tekortkomingen, onder meer bestaande uit het niet naar behoren functioneren van de geleasede apparatuur. Grief IX is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat ten aanzien van het door Dinami gestelde niet (goed) functioneren van de cardioscan niet tijdig is geklaagd en dat de gestelde gebreken niet voldoende zijn onderbouwd.

5.17 Het hof overweegt dienaangaande dat, nu Grenke zich heeft beroepen op schending van de zogenoemde klachtplicht (art. 6:89 BW), het op de weg van Dinami ligt om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat, wanneer en bij wie zij heeft geklaagd over de gestelde ondeugdelijkheid van de cardioscan (HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593). Dinami heeft dienaangaande gesteld dat zij heeft geklaagd bij [B] en Meditronics, omdat zij die als aanspreekpunten beschouwde en redelijkerwijs ook als zodanig mocht beschouwen. Het hof is van oordeel dat Dinami hiermee niet dan wel onvoldoende aan haar stelplicht heeft voldaan. Zij geeft immers niet aan op welk moment en over

welke gebreken zij geklaagd heeft. De verwijzing door Dinami naar (onder meer) de mail van Touch 'n Lease van 3 mei 2011 (zie hiervoor onder 2.11) volstaat niet. Over klachten ten aanzien van de ondeugdelijkheid van de cardioscans met toebehoren wordt in deze mail niet gerept. De stelling van Dinami dat het "volstrekt onaannemelijk" is, dat tijdens de bijeenkomst tussen Grenke en Meditronics, waarbij ook [B] aanwezig was, niet over de gebreken aan de apparatuur is gesproken (memorie van grieven onder 149), acht het hof dan ook een ontoereikende onderbouwing voor de stelling dat zij bij [B] en/of Meditronics heeft geklaagd over de ondeugdelijkheid van de cardioscan. Het hof voegt hier nog aan toe dat in de brief aan Grenke d.d. 23 maart 2012 (zie hiervoor onder 2.14) in het geheel geen melding wordt gemaakt van gebreken aan de cardioscan. Als reden voor de opschorting van de nakoming van de verplichtingen uit de leaseovereenkomst wordt slechts genoemd "*de toerekenbare tekortkoming aan de zijde van resp. Verzekerd Fit Polis B.V. dan wel Bodycheck Nederland B.V., althans de heer [B] in de met die leaseovereenkomsten samenhangende overeenkomsten*".

5.18 Aldus is niet komen vast te staan dat en wanneer Dinami over gebreken van de cardioscan heeft geklaagd, terwijl zij het bestaan van deze gebreken evenmin voldoende heeft onderbouwd. Hierop stuit het beroep van Dinami op non-conformiteit van de cardioscan af.

5.19 Het *subsidaire* gedeelte van grief VIII en grief IX falen derhalve.

5.20 Het voorgaande leidt tot de tussentijdse conclusie dat er voor Dinami geen rechtsgeldige grond bestond om de nakoming van haar betalingsverplichting jegens Grenke op te schorten. Dientengevolge heeft Dinami geen belang bij een bespreking van grief X, die betrekking heeft op het opschortingsverbod in de algemene voorwaarden van Grenke. Grenke heeft de leaseovereenkomst met Dinami met succes (buitengerechtelijk) ontbonden en de uit die ontbinding voortvloeiende vorderingen zijn toewijsbaar.

5.21 Grief III houdt in dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het leaseobject bestaat uit alle door Grenke in de inleidende dagvaarding onder 4 genoemde zaken. Volgens Dinami bestond het leaseobject uit de cardioscan inclusief software en een desktop met toebehoren. De andere door Grenke genoemde zaken, zoals een bloeddrukmeter, lengtemeter, personenweegschaal en elektroden, worden niet in de leaseovereenkomst noch in de afgiftebevestiging genoemd en vallen derhalve niet te kwalificeren als toebehoren bij de desktop, aldus Dinami.

5.22 Welke zaken behoorden tot de leaseovereenkomst, is een kwestie van uitleg van de leaseovereenkomst in samenhang met de koopovereenkomst tussen Grenke en Meditronics. Het hof stelt daarbij voorop dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het im-

mers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (ECLI:NL:HR:1981:AG4158). Het enkele feit dat zaken zoals een bloeddrukmeter, lengtemeter, personenweegschaal en elektroden niet (afzonderlijk) in de leaseovereenkomst genoemd worden, betekent derhalve niet zonder meer dat deze zaken geen onderdeel van het leaseobject uitmaken. Dinami heeft niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist dat zij naast de cardioscan inclusief software en een desktop met toebehoren tevens een bloeddrukmeter, lengtemeter, personenweegschaal en elektroden heeft ontvangen. Dat deze zaken niet op de afgiftebevestiging worden vermeld, vormt op zich een onvoldoende gemotiveerde betwisting. Naar het oordeel van het hof had Dinami, gelet op de aard van het concept waarin de bodyscan een centrale rol speelde, redelijkerwijs dienen te begrijpen dat alle zaken die zij in het kader van de leaseovereenkomst ter beschikking gesteld heeft gekregen, tot het geleasede behoorden. Een andere grond voor de levering van deze producten heeft Dinami ook niet gesteld. Wat betreft de elektroden doet hier niet aan af dat deze om hygiënische redenen bestemd waren voor *verbruik*; de niet gebruikte elektroden lenen zich immers voor teruggave. Dinami dient deze zaken, behoudens de gebruikte elektroden, dan ook krachtens de leaseovereenkomst (art. 18.3 van de algemene voorwaarden) aan Grenke terug te geven.

5.23 Grief III faalt derhalve.

5.24 Grief XI richt zich tegen de overweging van de kantonrechter in het eindvonnis dat de vordering van Grenke betreffende de dwangsom kan worden toegewezen.

5.25 Het hof is van oordeel dat, aangezien Dinami zich in eerste instantie op het standpunt stelde dat Grenke de geleasede apparatuur op eigen kosten diende op te halen, de kantonrechter een dwangsom aan de veroordeling tot afgifte van de apparatuur heeft kunnen verbinden.

5.26 Grief XI faalt derhalve.

5.27 Grief XII is gericht tegen de afwijzing door de kantonrechter van de in eerste aanleg in reconventie ingestelde vorderingen.

5.28 Aangezien de vorderingen in reconventie behoudens de vordering tot doorhaling van de BKR-registratie waarover hierna (zie grief XIII) steunen op dezelfde feiten en grondslagen als de (hiervoor verworpen) verweren in de oorspronkelijke conventie, faalt deze grief op de hiervoor weergegeven gronden.

5.29 Grief XIII richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter en de daarmee samenhangende overwegingen in het eindvonnis dat de reconventionele vordering van Dinami tot ongedaanmaking c.q. opheffing van de BKR-registratie moet worden afgewezen. Dinami betoogt, kort weergegeven, dat het BKR-reglement hier toepassing mist, omdat Grenke geen 'zakelijke klant' zou zijn en de leaseovereenkomst geen overeenkomst is als bedoeld in het reglement CKI.

5.30 Het hof overweegt hieromtrent dat de kantonrechter deze vordering van Dinami heeft afgewezen omdat Dinami ten onrechte haar betalingsverplichting jegens Grenke heeft opgeschort (zie overweging 22 van het bestreden vonnis). Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen, is dit oordeel van de kantonrechter juist. Voor zover Dinami met deze grief wil betogen dat de bedoelde registratie in strijd met het Algemeen Reglement CKI heeft plaatsgevonden, valt die vraag buiten het kader van deze procedure. Het hof gaat er vanuit dat Grenke, zodra haar vordering is voldaan, het BKR zal verzoeken om de registratie door te halen.

5.31 Grief XIII faalt derhalve.

5.32 Grief XIV is gericht tegen het passeren door de kantonrechter van het bewijsaanbod van Dinami. Tevens breidt Dinami dit bewijsaanbod uit met het horen van de heren [E] en [F], (voormalig) vennoten van All4Fit, ter zake van de (wijze van) totstandkoming van de overeenkomsten, de contacten met Grenke en [B], alsmede ter ontkrachting van de stelling van Grenke dat zij [B] niet kende (memorie van grieven onder 197). Ter onderbouwing van dit laatste beroept Dinami zich op het vonnis d.d. 16 januari 2015 van de kantonrechter te Nijmegen (productie 7 bij de memorie van grieven).

5.33 Op de gronden die hiervoor zijn weergegeven, met name onder 5.7, passeert het hof het door Dinami gedane bewijsaanbod als niet ter zake dienend.

5.34 Grief XIV faalt derhalve.

5.35 Grief XV klaagt over de proceskostenveroordeling. Grief II heeft betrekking op de veroordeling van Dinami in de kosten van het vrijwaringsincident.

5.36 Aangezien Dinami in het principaal appel volledig in het ongelijk zal worden gesteld, dient de proceskostenveroordeling in eerste aanleg in stand te blijven. Dit geldt ook ten aanzien van de kosten in het vrijwaringsincident. Weliswaar is Dinami in het vrijwaringsincident in het gelijk gesteld, maar het verlies in de hoofdzaak brengt mee dat zij in de hoofdzaak tevens in de kosten van dit incident dient te worden veroordeeld.

5.37 De grieven II en XV falen derhalve.

In het incidenteel appel

5.38 Grief I is gericht tegen de afwijzing van de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten. Grenke vordert op grond van art. 8 lid 7 van de algemene voorwaarden (zie hiervoor onder 2.9) ter zake van buitengerechtelijke incassokosten een bedrag van € 768,- (2 punten in liquidatietarief I).

5.39 Het hof stelt vast dat het Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten) niet van toepassing is, aangezien het verzuim van Dinami dateert van vóór 1 juli 2012. Dit brengt mee dat het hof de toewijsbaarheid van het gevorderde bedrag van € 768,- conform art. 8 lid 7 van de algemene voorwaarden zal beoordelen aan de hand van de voordien geldende normen. Naar het oordeel van het hof heeft Grenke voldoende aannemelijk gemaakt dat zij kosten heeft gemaakt als bedoeld in art. 6:96 lid 1

sub c BW, bestaande uit (onder meer) het versturen van diverse brieven en het voeren van een bespreking door haar gemachtigde. Het hof is van oordeel dat Grenke deze kosten in redelijkheid heeft kunnen maken. Het hof zal dan ook op grond van art. 8 lid 7 van de algemene voorwaarden ter zake van buitengerechtelijke incassokosten een bedrag van € 768,- toewijzen.

5.40 Grief I slaagt derhalve.

5.41 Grief II houdt in dat de kantonrechter ten onrechte geen omzetbelasting over de ontbindingsvergoeding heeft toegewezen. Volgens Grenke heeft zij over het door de kantonrechter toegewezen bedrag € 1.001,17 aan btw afgedragen.

5.42 Het hof overweegt dienaangaande dat voor het antwoord op de vraag of omzetbelasting verschuldigd is over een ontvangen schadevergoeding, bepalend is of de schadevergoeding moet worden aangemerkt als de vergoeding voor een door de ontvangende partij verrichte prestatie. De vergoeding die Grenke heeft ontvangen is gebaseerd op art. 18.2 van de algemene voorwaarden (zie hiervoor onder 2.9), dat bepaalt dat zij na gebruikmaking van haar recht op ontbinding recht heeft op betaling van de over de totale leasetijd nog uitstaande leasetermijnen. Anders dan Grenke betoogt, maakt het feit dat zij de overeenkomst heeft ontbonden en daarmee 'vrijwillig' afstand heeft gedaan van het wettelijk recht nakoming van de overeenkomst te eisen, naar het oordeel van het hof nog niet dat de door haar gevorderde schadevergoeding dient te worden beschouwd als betrekkelijk tot een door haar verrichte dienst waarvoor zij een (belaste) (ontbindings)vergoeding ontvangt (vergelijk HvJ EU 18 juli 2007, C-277/05, ECLI:EU:C:2007:440). Het hof zal het gevorderde btw-bedrag dan ook niet toewijzen. Dat Grenke omzetbelasting, zoals zij stelt, wel heeft afgedragen, geeft geen aanleiding voor een ander oordeel. Het hof passeert het in dit verband door Grenke gedane bewijsaanbod (memorie van antwoord in principaal appel tevens houdende grieven in incidenteel appel onder 326) als niet ter zake dienend.

5.43 Grief II faalt derhalve.

De slotsom in het principaal en incidenteel appel

5.44 Het hof zal het hoger beroep tegen het vonnis in het vrijwaringsincident d.d. 5 juni 2013 verwerpen. De grieven tegen het eindvonnis in de hoofdzaak falen, met uitzondering van grief I in het incidenteel appel. Het hof zal het bestreden vonnis bekrachtigen voor zover in de hoofdzaak geweest, met dien verstande dat het vonnis zal worden vernietigd voor zover de vordering tot betaling van buitengerechtelijke kosten is afgewezen. Het hof zal in zoverre opnieuw rechtdoen en – in aanvulling op hetgeen de kantonrechter aan Grenke heeft toegewezen – een bedrag van € 768,- aan buitengerechtelijke kosten toewijzen.

5.45 Het hof zal Dinami als de in het ongelijk te stellen partij veroordelen in de kosten van het principaal appel. Deze kosten worden aan de zijde van Grenke vastgesteld op € 704,- wegens verschotten en op € 1.264,- voor salaris van de advocaat volgens het liquidatietarief (2 punten in tarief I à € 632,- per

punt), te vermeerderen met de nakosten en wettelijke rente zoals in het dictum vermeld.

Aangezien partijen in het incidenteel appel elk deels in het ongelijk zullen worden gesteld, zal het hof de kosten van het incidenteel appel compenseren zoals in het dictum vermeld.

6. De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:

In het principaal en incidenteel appel verwerpt het beroep tegen het vonnis in het vrijwaringsincident d.d. 5 juni 2013;

bekrachtigt het vonnis van 18 december 2013 van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad voor zover in de hoofdzaak geweest, behoudens voor zover de buitengerechtelijke kosten zijn afgewezen;

(...)

Dit arrest is gewezen door mr. J.H. Kuiper, mr. O.E. Mulder en mr. D.J. Keur (...).

Commentaar

Deze zaak gaat over Dinami, die een sportschool exploiteert in de regio Bergen op Zoom. Zij sluit in juli 2010 een franchiseovereenkomst met een franchisegever, waarmee zij franchisenemer wordt van diens zogenoemde bodycheck-project. Dit project zou nieuwe leden voor de sportschool van de franchisenemer moeten trekken en de band met bestaande leden moeten versterken. Een voorwaarde voor het sluiten van deze franchiseovereenkomst was dat Dinami een cardioscan met toebehoren zou aanschaffen of huren. Hiervoor had de franchisegever een leverancier, Meditronics, en een financieringsmaatschappij, Grenke, aan de franchisenemer aangeraden. In de franchiseovereenkomst was onder andere bepaald dat de franchisegever aan Dinami een maandelijkse vergoeding van € 150,- zou betalen als vergoeding voor de kosten voor huur of aankoop van de cardioscan.

In oktober 2010 is tussen Dinami en Grenke een huur-/leaseovereenkomst inzake de cardioscan tot stand gekomen. Op basis daarvan heeft Grenke bij Meditronics een cardioscan met toebehoren gekocht en deze vervolgens verhuurd aan Dinami. Op verzoek van Grenke heeft Meditronics de cardioscan met toebehoren bij Dinami afgeleverd.

De franchisegever schiet echter tekort in haar verplichtingen richting Dinami, waaronder de verplichting tot betaling van de vergoeding van € 150,- per maand. Als gevolg daarvan heeft Dinami zich tegenover Grenke beroepen op een opschortingsrecht en haar verplichting tot huurbetaling uit de huurovereenkomst met Grenke opgeschort. Andere sportscholen¹⁸ die franchisenemer waren

18. Grenke heeft vergelijkbare procedures gestart tegen andere sportscholen die onder vergelijkbare omstandigheden een cardioscan hadden gehuurd en hun verplichting tot huurbetaling eveneens hadden opgeschort. Een groot aantal uitspraken is gepubliceerd. Deze uitspraken hebben voor het overgrote deel een soortgelijke uitkomst, zie bijv. Hof Arnhem-Leeu-

van dezelfde franchisegever en onder vergelijkbare omstandigheden een huurovereenkomst met Grenke hadden gesloten, deden datzelfde.

De kernvraag in de procedure was of Dinami gerechtigd was om haar verplichtingen jegens Grenke op te schorten. Voor de beantwoording van deze vraag was in deze zaak van belang in hoeverre de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst zodanig samenhangen dat een tekortkoming in de nakoming van de franchiseovereenkomst meebrengt dat Dinami haar betalingsverplichtingen uit de huurovereenkomst mocht opschorten.

Ter beantwoording van deze vraag haakte het gerechtshof aan bij bestaande jurisprudentie over de samenhang tussen een huurkoopovereenkomst en een financieringsovereenkomst. Of er sprake is van een zo vergaande verbondenheid, moet worden getoetst aan de hand van uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden van het geval. Indien een zodanige verbondenheid tussen beide overeenkomsten wordt aangenomen, kan een opschortingsrecht worden ingeroepen tegen de financier indien er sprake is van een tekortkoming van de leverancier, zoals volgt uit de door het gerechtshof aangehaalde arresten.¹⁹

Uit het in 2012 door de Hoge Raad gewezen *Afga-Photo Finance / Foto Noort* arrest,²⁰ naar welk arrest ook door het gerechtshof wordt verwezen in zijn uitspraak, volgt dat voor het aannemen van verbondenheid, bepalend is of er sprake is van een zodanig nauwe feitelijk-economische samenhang, dat de tekortkoming in de huurkoopovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid de ontbinding van de financieringsovereenkomst door de huurkoper rechtvaardigt, ook al is ontbinding van de huurkoopovereenkomst niet uitdrukkelijk gevorderd.

Het gerechtshof oordeelt in onze casus vervolgens dat Grenke als financier niet betrokken was bij het bodycheck-project en dat de franchisegever niet bevoegd was om in het kader van het bodycheck-project namens Grenke afspraken te maken die het bestek van de huurovereenkomst te buiten gingen. Vervolgens wordt beoordeeld of desondanks sprake is geweest van een jegens Dinami opgewekte schijn daarvan die aan Grenke kan worden toegerekend. Daarbij zijn alle omstandigheden ten tijde van de totstandkoming van de huurovereenkomst bepalend. Het feit dat Grenke blanco aanvraagformulieren voor een leaseovereenkomst aan Meditronics ter beschikking heeft gesteld en daarmee het risico heeft genomen dat deze in handen zouden komen van een derde, te weten de franchisegever, is op zichzelf ontoereikend om toerekenbare schijn van betrokkenheid/bevoegdheid te kunnen aannemen,

zo oordeelt het gerechtshof. Ook het feit dat Grenke een vaste relatie met Meditronics had en dat Meditronics op haar beurt een vaste relatie had met de franchisegever, is daarvoor volgens het gerechtshof niet voldoende. Het gegeven dat Grenke in een betrekkelijk korte periode een groot aantal aanvragen voor de lease van cardioscans heeft ontvangen, leidde evenmin tot een ander oordeel.

Het gerechtshof oordeelde verder dat Grenke zich niet hoefde te verdiepen in de achtergrond van de aanvragen tot huur van de cardioscans. Voor het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht bestaat geen grond. Dat Grenke op enig moment op de hoogte is geraakt van de connectie tussen franchisegever en Meditronics en de manier waarop de huurovereenkomsten werden gesloten (door tussenkomst van Meditronics en de franchisegever), is volgens het gerechtshof eveneens onvoldoende om schijn van betrokkenheid toe te rekenen aan Grenke. Dat bij Dinami de indruk bestond dat er sprake was van een totaalpakket, dient voor haar rekening te blijven. Het gerechtshof oordeelt dat Dinami dit als professionele marktpartij had moeten begrijpen. De conclusie van dit arrest is dan ook dat Dinami geen opschortingsbevoegdheid had jegens Grenke.

In deze uitspraak werd dus geen verbondenheid aangenomen inzake de twee overeenkomsten tussen ten dele verschillende partijen. Wij menen dat deze uitkomst te billijken valt en komen daar later in deze noot nog op terug.

Er zijn ook situaties denkbaar waarin een dergelijke verbondenheid wel kan worden aangenomen. In verschillende uitspraken is dat ook het geval geweest. Zo ook in de hiervoor al genoemde arresten van de Hoge Raad uit 1998 en 2000.²¹ Dit betrof twee baanbrekende arresten²² waarin werd aangenomen dat nauwe samenhang tussen twee overeenkomsten kan meebrengen dat een tekortkoming in de ene overeenkomst, de ontbinding (of opschorting) ten aanzien van de nadere overeenkomst rechtvaardigt.

In 2012 wees de Hoge Raad vervolgens een arrest, het hiervoor al genoemde *AfgaPhoto Finance / Foto Noort* arrest²³, waarin de lijn van de arresten uit 1998 en 2000 werd voortgezet. In die zaak ging het om een huurkoopconstructie tussen AfgaPhoto Europe en Foto Noort ter zake een zogenoemd minilab met bijhorende software die door een derde, Afga Photo Finance, werd gefinancierd. Het gerechtshof nam in die zaak verbondenheid aan omdat 1) de huurovereenkomst was gesloten nádat overeenstemming was bereikt over de financieringsovereenkomst, 2) Foto Noort, ook wat de financierings-

warden 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9456. Anders: Ktr. Gelderland d.d. 22 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:377.

19. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555 (*Jans/FCN*) en HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279 (*Meissner/Arenda*).

20. HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162 (*Afga-Photo Finance/Foto Noort*).

21. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555 (*Jans/FCN*) en HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4279 (*Meissner/Arenda*).

22. Vgl. ook E.-J. Zippro, 'Samenhangende overeenkomsten en de gevolgen voor de mogelijkheden van ontbinding en opschorting', *MvV* 2012, 4.3, p. 101-106.

23. HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162 (*Afga-Photo Finance/Foto Noort*).

overeenkomst betreft, enkel contact had gehad met AfgaPhoto Europe en 3) aan Foto Noort niet duidelijk was gemaakt dat het om twee afzonderlijke overeenkomsten ging. Omdat AfgaPhoto Europe was tekortgeschoten in haar verplichtingen op grond van de huurkoopovereenkomst kon de financieringsovereenkomst, vanwege de nauwe samenhang, door Foto Noort worden ontbonden. De Hoge Raad overwoog dat dit oordeel van het gerechtshof niet onjuist was. De feitelijk-economische samenhang tussen beide overeenkomsten was zodanig dat ontbinding van de financieringsovereenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid gerechtvaardigd was, aldus de Hoge Raad.

In een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uit 2016²⁴ was sprake van een overeenkomst tot dienstverlening tussen enerzijds Reef, een onderneming die zich bezighoudt met wegenbouw, en anderzijds JPB, een transport- en opslagbedrijf voor vloeibare stoffen. Partijen waren voornemens om op exclusieve basis samen te werken ten behoeve van onder andere het inkopen van bitumen²⁵ van Lotos, een in Polen gevestigde producent van bitumen. Tussen JPB en Lotos is vervolgens een Letter of Intent (hierna: de "LOI") tot stand gekomen met betrekking tot de levering van bitumen. De rechtbank oordeelde dat de overeenkomst tot dienstverlening en de LOI zodanig onlosmakelijk met elkaar verbonden waren, dat op het moment dat partijen besloten om voor 2012 en 2013 geen bitumen meer bij Lotos af te nemen, de samenwerking zoals opgenomen in de overeenkomst tot dienstverlening feitelijk eindigde. Het gerechtshof oordeelde echter dat een koppeling tussen beide overeenkomsten ontbrak. De overeenkomst tot dienstverlening zag op het inkopen, transporteren, opslaan en distribueren van bitumen, terwijl de overeenkomst tussen JPB en Lotos (de LOI) uitsluitend zag op inkoop van bitumen. Een rechtstreekse koppeling tussen de LOI en de overeenkomst tot dienstverlening ontbrak, aldus het gerechtshof in deze kwestie. Daarbij was verder van belang dat Reef na het sluiten van de overeenkomst tot dienstverlening in juni 2010 zich ook niet meer heeft bemoeid met de totstandkoming en de inhoud van het inkoopcontract. De enkele omstandigheid dat in de considerans en art. 1 en 5 van de overeenkomst van dienstverlening werd gerefereerd aan "bitumen van Lotos", was volgens het gerechtshof onvoldoende om te spreken over onlosmakelijke overeenkomsten als bedoeld in de relevante rechtspraak van de Hoge Raad, waarmee het gerechtshof onder andere doelde op de hiervoor genoemde arresten uit 1998 en 2000.

De vraag of een tekortkoming in de nakoming van de ene overeenkomst de ontbinding van de andere overeenkomst rechtvaardigt, kwam ook al aan de orde in het geval van een franchiseovereenkomst

en een huurovereenkomst.²⁶ Dat was ook de situatie in het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 9 januari 2007.²⁷ In deze zaak ging het om de vraag of een tussen partijen gesloten huurovereenkomst onlosmakelijk verbonden was met een op dezelfde datum tussen partijen gesloten franchiseovereenkomst waardoor een tekortkoming in de nakoming van de franchiseovereenkomst de ontbinding van de huurovereenkomst rechtvaardigde. In de huurovereenkomst was uitdrukkelijk opgenomen dat deze aan de franchiseovereenkomst was gekoppeld. Aan de hand daarvan oordeelde het gerechtshof dat er sprake was van zodanige verbondenheid dat de tekortkoming in de franchiseovereenkomst tevens een tekortkoming in de huurovereenkomst opleverde. Een wezenlijk verschil in deze situatie was dus dat er een zogenaamd koppelbeding was opgenomen in de huurovereenkomst. In de hiervoor besproken rechtspraak, was van een dergelijke expliciet koppelbeding geen sprake.

Voor de lezer van dit tijdschrift is van belang dat de Hoge Raad in april 2017²⁸ heeft bevestigd dat een koppelbeding, waarin wordt geregeld dat een toerekenbare tekortkoming in de franchiseovereenkomst kwalificeert als een toerekenbare tekortkoming in de huurovereenkomst van bedrijfsruimte, niet valt onder de bedingen als bedoeld in art. 7:291 lid 1 BW en dus niet door de huurder vernietigd kan worden. In deze zaak had Kippersluis een winkelruimte in Amersfoort in onderhuur van Super de Boer voor de exploitatie van een supermarkt. Nadien spraken partijen via een franchiseovereenkomst af dat Kippersluis de supermarkt zou gaan exploiteren volgens de Super de Boer-formule. In de onderhuurovereenkomst stond een koppelbeding opgenomen waarin was bepaald dat een tekortkoming in de franchiseovereenkomst een tekortkoming in de onderhuurovereenkomst zou betekenen. Super de Boer ontdekt op enig moment dat Kippersluis heeft gefraudeerd. Zij doet een beroep op het koppelbeding en vordert op grond daarvan ontbinding van de onderhuurovereenkomst. Kippersluis voerde onder andere het verweer dat het koppelbeding vernietigbaar is op grond van art. 7:291 BW. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden²⁹ oordeelde echter dat dit niet het geval is omdat in de afdeling over 290-bedrijfsruimte geen bepalingen zijn opgenomen die betrekking hebben op de vraag wanneer een huurder tekortschiet in zijn verplichtingen en welke rechten de verhuurder dan heeft tegenover de huurder. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep werd door de Hoge Raad afgewe-

24. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9299.

25. Bitumen is een op aardolie gebaseerde substantie die bijvoorbeeld wordt gebruikt voor asfaltering.

26. Zie bijv. Ktr. Dordrecht 21 juni 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM8461.

27. Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ6753.

28. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:752. Zie daarover ook: K.M. Verdurmen & M.H. Boomsma, 'De samenloop van de franchise- en huurovereenkomst', *TvHB* 2017, nr. 6, p. 412-418.

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

zen zonder inhoudelijke beoordeling. Art. 7:291 BW hoeft het opnemen van een koppelbeding dus niet in de weg te staan.

Geconcludeerd kan worden dat de in deze noot centraal staande uitspraak tussen Grenke en Dinami in lijn is met eerdere rechtspraak over het onderwerp van samenhangende overeenkomsten en ook verdedigbaar is gelet op de omstandigheden in die zaak. In dergelijke kwesties is van belang of er sprake is van een nauwe feitelijk-economische samenhang en dient de rechtsverhouding te worden bezien in het licht van de omstandigheden van het geval. Zoals is gebleken, kunnen verschillende omstandigheden een rol spelen en laat de praktijk ook zien dat diverse rechterlijke instanties tot verschillende conclusies kunnen komen. In een uitspraak van de rechtbank Gelderland werd bijvoorbeeld wel samenhang tussen beide overeenkomsten aangenomen in een soortgelijke situatie die ook betrekking had op het bodycheck-project. In hoger beroep werd dat vonnis van de rechtbank Gelderland overigens vernietigd en bepaalde het gerechtshof alsnog dat er geen sprake was van samenhang tussen de overeenkomsten.³⁰

Wie meer zekerheid wil hebben over het aannemen van verbondenheid tussen twee verschillende overeenkomsten, doet er goed aan om in ieder geval een koppelbeding op te nemen, zoals ook het geval was in het hiervoor genoemde arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2007. Een goed uitgewerkte considerans waarin de verbondenheid wordt beschreven, zal ook van toegevoegde waarde zijn. Een keiharde garantie dat hiermee verbondenheid zal worden aangenomen, geeft dat echter niet omdat de rechter ook dan alle omstandigheden van het geval bij zijn oordeel kan betrekken. Overigens zal voor het opnemen van een koppelbeding in de huurovereenkomst welke afwijkt van de bepalingen in BW 7, titel 4, afdeling 6 waarschijnlijk een verzoekschrift tot goedkeuring van een afwijkend beding bij de rechtbank moeten worden ingediend. Het is dus zaak om daar goed op te letten.³¹

K.M. Verdurmen en M. Davelaar³²

TvHB 2018/8

**Rechtbank Zeeland-West-Brabant, sector kanton, locatie Breda
12 oktober 2016**

ECLI:NL:RBZWB:2016:8696

Zaaknummer: 4580974 CV EXPL 15-6474

Samenvatting

Contractovername, branchebeschermingsbeding, geen "onmiddellijk verband", onvoorziene omstandigheden, deskundigenbenoeming

De verhuurder van een winkelcentrum heeft met de huurder afgesproken dat gedurende de eerste zes jaar na de huuringangsdatum geen ruimte in het winkelcentrum aan een andere drogisterij verhuurd zal worden. Vervolgens is het gehuurde verkocht en geleverd aan een derde en partijen twisten over de vraag of het branchebeschermingsbeding bij de verkoop is overgegaan op de voet van het bepaalde in art. 7:226 BW. De kantonrechter oordeelt dat de verkrijger enkel gebonden is aan de bedingen van de huurovereenkomst die onmiddellijk verband houden met het gebruik van de zaak tegen de door de huurder te betalen tegenprestatie. Het branchebeschermingsbeding zou hier niet onder vallen en het beding is daarom niet overgegaan bij de verkoop en levering van het gehuurde. De huurder voert vervolgens aan dat de huurovereenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden moet worden aangepast, nu hij mocht verwachten dat hij gedurende zes jaar geen concurrentie hoefde te duchten in het winkelcentrum. De verhuurder verweert zich met de stelling dat de huurder had moeten verwachten dat het winkelcentrum zou worden verkocht, met als gevolg dat het branchebeschermingsbeding zou vervallen. Bovendien wordt aangevoerd dat het beding in strijd is met de Mededingingswet. De kantonrechter gaat niet met deze verweren mee en oordeelt dat het feit dat de verhuurder geen uitvoering geeft aan het branchebeschermingsbeding is aan te merken als een onvoorziene omstandigheid. De kantonrechter benoemt een deskundige om vast te stellen of de gewijzigde omstandigheden een aanpassing van de huurprijs rechtvaardigen.

Kantonrechter

1 [eiseres sub 1],
gevestigd en kantoorhoudende te ([adres 1]),
2. [eiser sub 2],
wonende te ([adres 2]),
3. [eiseres sub 3],
wonende te ([adres 2]),
eisers,
gemachtigde: mr. A. van den Heuvel en mr. F.W. Barendrecht, advocaten te Rotterdam,
tegen
[gedaagde],
gevestigd te ([adres 3]),
gedaagde,
gemachtigde: mr. M.H.L. van Dijkman en mr. S.G. Tichelaar, advocaten te Rotterdam.

30. Ktr. Arnhem 22 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:377 en Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9468.

31. Zie bijv. Ktr. Rotterdam 2 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1152 en Ktr. Rotterdam 9 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1151.

32. Katinka Verdurmen en Mirjam Davelaar zijn advocaten bij Fort Advocaten N.V.