

Verplichte opgelegde inkoop bij franchiseovereenkomsten: het mes snijdt aan twee kanten

Mr. J.-W. Kolenbrander en Mr. M. van Ravenzwaaij-Mars*

1. Inleiding

Het is gangbaar dat in een franchiseovereenkomst een contractueel beding is opgenomen op grond waarvan een franchisenemer verplicht is producten of diensten¹ alleen (of voor een groot gedeelte) in te kopen bij de franchisegever, dan wel een door de franchisegever aangewezen derde.² Een dergelijke verplichting (hierna de 'inkoopverplichting' genoemd) kan een bron van geschillen vormen tussen de franchisegever en zijn franchisenemers. Denk aan de situatie dat de franchisegever niet (volledig of tijdig) in staat is de door de franchisenemers bestelde goederen te leveren, dan wel dat deze goederen van ondeugdelijke kwaliteit blijken te zijn. Ook kunnen er discussies ontstaan tussen partijen als blijkt dat de verplicht bij de franchisegever in te kopen producten goedkoper bij een derde partij kunnen worden betrokken.

Ondanks het vele voorkomen van de inkoopverplichting in franchiseovereenkomsten wordt er in recente litera-

tuur niet veel aandacht aan besteed.³ Dit artikel beoogt die lacune op te vullen en probeert aan de hand van het algemene contractenrecht en diverse lagere (casuïstische) rechtspraak meer handen en voeten te geven aan de inkoopverplichting in de franchiseovereenkomst. Dit overigens zonder te pretenderen de wijsheid in pacht te hebben. In dat kader zullen de diverse facetten van de inkoopverplichting in de franchiseovereenkomst aan bod komen, waaronder de rechten en verplichtingen die voor beide partijen kunnen voortvloeien uit een dergelijk beding. Ook zal er worden ingegaan op de mededingingsrechtelijke aspecten van de inkoopverplichting. Allereerst zal een algemeen kader geschetst worden, waarna specifiek op franchise zal worden ingegaan.

2. Algemeen

Een (exclusieve) afnameverplichting, oftewel een inkoopverplichting, is een veelvoorkomend beding in distributieovereenkomsten.⁴ Op grond van een dergelijk beding is de distributeur (afnemer) verplicht tot afname van producten, waarbij een minimumafname qua aantal of prijs overeengekomen kan zijn met de leverancier. Er is sprake van een exclusieve verplichting indien bepaalde producten alleen bij de aangewezen leverancier en niet elders mogen worden betrokken door de afnemer. Het beginsel van de contractsvrijheid brengt met zich dat partijen vrij zijn om al dan niet met elkaar te con-

* Jan-Willem Kolenbrander is advocaat bij De Clercq Advocaten Notarissen te Leiden, Marjolein van Ravenzwaaij-Mars is advocaat bij De Clercq Advocaten Notarissen te Leiden.

¹ Hierna zal gemakshalve enkel gerefereerd worden aan producten, alhoewel een en ander in principe ook geldt voor verplicht af te nemen diensten.

² Gemakshalve zal verder in dit artikel enkel verwezen worden naar de franchisegever als verplicht gestelde verkopende partij, hoewel daarmee eveneens wordt bedoeld een eventueel door de franchisegever aangestelde derde.

³ Zie o.a. Asser/Houben 7-X 2015, Onbepaalde Overeenkomsten, 171 Exclusieve inkoop.

⁴ Asser/Houben 7-X 2015, Onbepaalde Overeenkomsten, 115 Veelvoorkomende bedingen in distributieovereenkomsten.

heidsvoorschrift en het stelsel van de wettelijke regeling waarvan dat voorschrift deel uitmaakt – geen ruimte.⁵⁶

7. Afsluiting en aanbevelingen voor franchisegevers

Wordt het voorgaande samengevat, dan zal de toelaatbaarheid en afdwingbaarheid van een inkoopverplichting in een franchiseovereenkomst buiten het mededingingsrecht onzes inziens beoordeeld kunnen worden aan de hand van een tweetal criteria, te weten: (a) is er sprake van een *redelijk doel* waarom de inkoopverplichting wordt opgelegd door de franchisegever, zoals het in standhouden van het imago van de franchiseketen, en (b) bevatten de producten die verplicht via de inkoopverplichting moeten worden ingekocht een *meerwaarde* voor de franchisenemers? Is het antwoord op beide vragen 'ja', dan zou de franchisegever in staat moeten worden gesteld een inkoopverplichting op te leggen die vervolgens ook dient te worden nageleefd door de franchisenemer. Is het antwoord op beide vragen 'nee', dan zou de franchisegever zich moeten onthouden van het opleggen van een inkoopverplichting en zou de franchisenemer onzes inziens redelijkerwijs niet gehouden kunnen worden aan het beding. Wordt een van beide vragen met 'nee' beantwoord, dan bestaat denken wij in ieder geval het (weerlegbare) vermoeden dat de inkoopverplichting achterwege gelaten had dienen te worden en dat de franchisenemer niet zonder meer gehouden kan worden aan de inkoopverplichting. De franchisegever zou in dat geval immers kunnen volstaan met andere maatregelen om zijn doel te bereiken, bijvoorbeeld het hanteren van objectieve kwaliteitseisen.

Een franchisegever doet er onzes inziens altijd verstandig aan om de door hem opgelegde inkoopverplichting blijvend te toetsen aan voornoemde twee criteria teneinde inzicht te krijgen in de noodzakelijkheid van deze verplichting. Is er feitelijk geen noodzaak (meer) om een inkoopverplichting op te leggen, dan zou de franchisegever kunnen overwegen om de inkoopverplichting achterwege te laten. Op die wijze voorkomt de franchisegever enerzijds dat er (onnodige) discussies kunnen ontstaan met zijn franchisenemers op dat punt en anderzijds dat de franchisegever ongewild een zorgplicht naar zich toetrekt waaraan hij mogelijk niet zal kunnen c.q. willen voldoen.

Stelt een franchisegever na voornoemde toetsing vast dat er wel degelijk een noodzaak bestaat om een inkoopverplichting op te (blijven) leggen, en gebeurt dat ook, dan zal onzes inziens uit de inkoopverplichting een zorgplicht voortvloeien voor de franchisegever zoals eer-

der in dit artikel omschreven. De franchisegever zal in dat geval een proactieve houding dienen aan te nemen en zijn interne processen zo dienen in te richten dat aan deze zorgplicht wordt voldaan. Denk concreet aan activiteiten als het blijvend monitoren van de markt (kunnen producten ergens anders goedkoper worden betrokken?), op regelmatige basis contact onderhouden met producenten (zijn er mogelijkheden om de inkooprijzen lager te krijgen?), blijvend de kwaliteit van de producten te blijven bewaken en structureel uit te kijken naar nieuwe (potentieel succesvolle) producten die de concurrentiepositie van de franchisenemers kunnen verbeteren.

Om transparant te maken voor de franchisenemers op welke wijze een franchisegever uitvoering geeft aan zijn zorgplicht in dat kader, zou de franchisegever kunnen overwegen om een zogenoemde 'Inkoop & Assortiment Commissie' in het leven te roepen binnen de formule. Binnen die commissie kunnen (afgevaardigden van) de franchisenemers op geregelde basis overleg hebben met de franchisegever op het gebied van inkoop en assortiment en kunnen zij adviezen verstrekken. Het inkoopbeleid, waaronder de meerwaarde die wordt verkregen via de inkoopverplichting, wordt daarmee een gezamenlijke aangelegenheid van zowel de franchisegever als de franchisenemers.

De conclusie die volgens ons dan ook getrokken kan worden, is dat de franchisenemer enerzijds weliswaar gehouden kan worden aan een contractueel overeengekomen inkoopverplichting, maar dat de franchisegever anderzijds uit hoofde van dezelfde inkoopverplichting een zorgplicht krijgt toebedeeld die noopt tot een proactieve houding. Het mes van de inkoopverplichting snijdt dan ook aan twee kanten.

56. HR 18 december 2009, NJ 2010/140 (Prisma), Specifiek voor een inkoopverplichting in een franchiseovereenkomst, zie Hof Arnhem 26 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0258 (BP), r.o. 2.30; Hof Leeuwarden 30 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC3424 (Mitra), r.o. 11. Wel conversie: Rb. Arnhem 5 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK1781 (Bruna).