
LUDWIG & VAN DAM

franchiseadvocaten

SUPERMARKTBRIEF

Voor u ligt de eerste nieuwsbrief van Ludwig & Van Dam Advocaten speciaal voor supermarktondernemers. Ludwig & Van Dam Advocaten informeert haar relaties hiermee in het kort over relevante juridische onderwerpen in de supermarktbranche. U ontvangt deze nieuwsbrief als relatie van Ludwig & Van Dam Advocaten. Voor alle onderwerpen geldt dat nadere informatie vrijelijk te verkrijgen is door contact op te nemen met Ludwig & Van Dam Advocaten. Vanaf heden ontvangt u regelmatig supermarktbriefjes met een of meerdere onderwerpen, die voor u van belang kunnen zijn. Deze supermarktbriefjes kunnen ook heel kort zijn en, zoals gezegd, soms maar één thema bevatten. De onderwerpen kunnen onder meer betrekking hebben op contractverlenging, arbeidsrecht, uitbreiding van uw supermarkt, formulewijzigingen, huurrechten, et cetera; kortom alles wat voor u als supermarktondernemer van belang kan zijn.

Supermarktondernemer mag niet worden gehouden aan concurrentiebeding

Recentelijk heeft de rechtbank Utrecht zich wederom uitgelaten over de kwestie Super de Boer tegen een van haar (voormalig) franchisenemers.

Betrokken franchisenemer, tevens onderhuurder van Super de Boer, liet zich niet zakken en verkopen aan C1000 en zag er na een (te) laat aanbod daartoe evenmin heil in alsnog Jumbo te worden. Vanzelfsprekend kon de franchisenemer daartoe ook niet worden verplicht. In die zin was het eerdere vonnis van de rechtbank weinig verrassend. Hierop zegde Super de Boer de samenwerking echter op. Meer interessant is dan ook de daaropvolgende uitspraak in kort geding van de rechtbank dat de franchisenemer voorshands ook het concurrentiebeding niet hoeft na te leven, nu het voortijdig eindigen van de franchiseovereenkomst daarmee aan Super de Boer kan worden verweten. Daarmee schoot Super de Boer, die nakoming eiste van het concurrentiebeding, zich zelf behoorlijk in de voet. Dit biedt aldus ook perspectieven voor supermarktondernemers die zich geconfronteerd zien met een (voortijdige) beëindiging van de franchiseovereenkomst door hun organisatie en zich (enkel) door het concurrentiebeding beperkt weten in de keuze van een andere formule. Of dit ook de franchisenemer in kwestie op termijn gaat baten is overigens nog de vraag nu door Super de Boer tevens een procedure is gestart tot ontruiming van het gehuurde, onder andere op grond van dringend eigen gebruik. Sinds de uitspraak van de Hoge Raad inzake Coop/Vomar is de kans overigens kleiner dat ook die vordering zal worden afgewezen. Daarmee rest de franchisenemer dan alleen een vordering tot een tegemoetkoming in de verhuis en herinrichtingskosten, alsmede een separate vordering ter vergoeding van het voordeel wat Super de Boer/Jumbo geniet voor zover zij op dezelfde locatie ook een supermarkt zal exploiteren. Als daarvan overigens sprake is omdat ook de hoofdhuurovereenkomst is opgezegd.

SUPERMARKTBRIEF

De uitspraak toont eens te meer aan dat het concurrentiebeding geen pressiemiddel mag zijn en altijd op zijn eigen merites moet worden beoordeeld, maar ook dat diegene die het vastgoed bezit uiteindelijk een belangrijke stem in het geheel houdt.

Geen verlenging regeling 4^e arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor jongeren

Sinds medio 2011 was het mogelijk om voor werknemers tot 27 jaar nog een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten en de reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te verlengen tot 48 maanden in totaal. Het ministerie heeft besloten die regeling sinds 1 januari 2012 helaas niet meer te verlengen, zodat de basisregel weer van toepassing is dat maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd mogen worden gesloten, voor maximaal drie jaar. In tijden van crisis is dit in de supermarktbranche zeker een gemiste kans. Overigens mag wel bij CAO van de wet worden afgeweken. Hier is dus een taak weggelegd voor sociale partners om de werkgelegenheid op die wijze te blijven bevorderen.

Creatieve oplossing voor de verdeling van de zondagsopening

Supermarkten en winkels: zondagavond open?

Steeds meer supermarkten en andere winkels willen er gebruik van maken: de zondagavondonthefving. Helaas kan en wordt niet iedere aanvraag gehonoreerd, maar gemeenten worden wel steeds creatiever om een de wensen van de winkeliers tegemoet te komen.

Reden om niet iedere aanvraag te honoreren is gelegen in de winkeltijdenwet. Daarin is bepaald dat slechts één ontheffing per 15.000 inwoners verleend kan worden voor een zogenaamde 'zondagavondwinkel'. Kanttekening hierbij is dat de winkels die de ontheffing hebben verkregen op zon- en feestdagen pas vanaf 16.00 open mogen. Ook op reguliere, door de gemeente vastgestelde, koopzondagen, mogen de deuren niet eerder dan 16.00 worden geopend.

Gemeenten hebben er echter soms moeite met de omstandigheid dat meerdere winkels en/of supermarkten een ontheffing aanvragen, terwijl er maar één of een aantal te vergeven zijn. Niet altijd is het beleid van gemeenten in overeenstemming met de wensen van de winkeliers met betrekking tot koopzondagen en zondagavondopenstellingen. Bij gebrek aan beleid kan

het voorkomen dat gemeenten een besluit nemen dat tegen de wensen van de ene winkelier ingaat en een andere "ermee vandoor gaat".

LUDWIG & VAN DAM
franchiseadvocaten

SUPERMARKTBRIEF

Om een en ander eerlijk te laten verlopen hebben de meeste gemeenten een winkeltijdenverordening, waarin - als het goed is - staat omschreven hoeveel koopzondagen worden vastgesteld en hoe men al dan niet in aanmerking kan komen voor een zondagavondonthefing. De exacte omschrijving is wel afhankelijk van het beleid van de gemeente in kwestie. Gemeenten zijn namelijk vrij om zelf het aantal koopzondag(avond)en vast te stellen.

Om gemeenten bij het vormen van beleid over zondagavondenstelling op weg te helpen is door de Vereniging Nederlandse Gemeenten in samenwerking met MKB-Nederland en VNO-NCW een handreiking opgesteld, die een aantal suggesties doet met betrekking tot artikel 6 van de modelwinkeltijdenverordening, zoals onder meer een rouleersysteem waarbij diverse supermarkten tijdelijk ontheffing krijgen, elk voor een afzonderlijke periode, verdeling op volgorde van aanvraag, verdeling via een vergelijkende toets. Daarbij kunnen aspecten aan de orde zijn als mogelijke overlast, parkeergelegenheid, verspreiding over de gemeente en loting. Aan een ontheffing kunnen overigens ook voorschriften worden verbonden, zoals het tijdstip van sluiten.

Hoewel de handreiking als hiervoor aangehaald al sinds augustus 2010 te raadplegen is, zijn er nog steeds gemeenten die moeite hebben met het "inkleuren" van (nieuw) beleid. Een overgang dient goed te worden gecommuniceerd met de winkeliers alsook dient te worden aangegeven wat de consequenties zijn voor hun ontheffing en/of aanvraag daartoe. Bovendien is van belang dat helder is op welke grondslagen een ontheffing al dan niet wordt verleend. Immers, bij onduidelijkheid kunnen winkeliers een en ander als onrechtvaardig ervaren en volgt dan ook regelmatig bezwaar en beroep in de hoop om het tij te keren.

Dat het nóg anders kan illustreert de gemeente Steenberghe met haar besluit d.d. 21 december 2011, dat is gepubliceerd op 22 december 2011 waarin zij een tussen winkeliers zelf ontworpen rouleersysteem heeft bekrachtigd. Aanvankelijk had de gemeente een ontheffing verleend aan één supermarktwinkelier, doch meende een andere dat zij deze had moeten verkrijgen. Bezwaar en een voorlopige voorzieningenprocedure volgden, maar beide winkeliers waren helder: we willen allebei open. Teneinde duidelijkheid te creëren en om

verdere kostbare gerechtelijke procedures te voorkomen hebben beide winkeliers in gezamenlijk overleg een schema uitgedacht waarop zij op koopzondag(avond)en “om-en-om” open kunnen zijn. Hierbij is natuurlijk niet geheel nieuw het rouleersysteem, maar wel de omstandigheid dat de gemeente de winkeliers volledig de vrije hand heeft gegeven, met dien verstande dat zij bereid was een nieuw besluit te nemen – overigens wel onder intrekking van de eerder verleende ontheffing – maar dan wel een besluit dat gedragen werd door de winkeliers.

LUDWIG & VAN DAM
franchiseadvocaten

SUPERMARKTBRIEF

Het kan dus ook anders: bij gebrek aan beleid, bij onduidelijk beleid en bij weerstand tegen het huidige beleid kan het zinvol zijn om de winkeliers die op zondagavond de deuren willen openen zelf een voorstel te laten doen. Wel zo makkelijk.

Het gehele besluit is terug te lezen via de webpagina van de gemeente Steenbergen via de navolgende weblink:

http://www.gemeente-steenbergen.nl/bekendmakingen/zondagopenstelling_UM1105037.PDF

Uitbreiding en vestiging supermarkt makkelijker mogelijk door Dienstenrichtlijn

Bestemmingsplannen dienen inmiddels te voldoen aan de eisen van Europese Dienstenrichtlijn. Economische ordering in bestemmingsplannen is daarmee uit den boze. Bestemmingplannen moeten zich beperken tot dwingende eisen van algemeen belang, zoals ruimtelijke ordening en stedenbouw. De Raad van State oordeelde ook al dat er in bestemmingsplannen geen verschil meer mag worden gemaakt tussen discounters en full-service supermarkten. Ook het stellen van beperkingen aan het aantal vierkante meters winkelvloeroppervlak dient louter ruimtelijk te worden beargumenteerd. DPO's zijn dus uit, waardoor er mogelijk kansen zijn om alsnog de gewenste vergroting van de supermarkt te realiseren. Temeer nu vele bestemmingsplannen nog niet “Dienstenrichtlijn proof” zijn. Soms is daartoe ook enkel een zogenoemde kruimelontheffing vereist, althans bij een interne verbouwing tot een maximum van 1.500 m² winkelvloeroppervlak, waartoe de vaak lagdurige weg van wijziging van het bestemmingsplan zelf achterwege kan blijven en het college bevoegd is een beslissing te nemen. Indien u uitbreiding van de supermarkt overweegt, onderzoeken we graag samen met u wat de mogelijkheden zijn.

Wetswijziging opbouw en verjaring vakantiedagen m.i.v. 2012

Sinds 1 januari 2012 wordt er voor wat betreft de verjaring van vakantiedagen onderscheid gemaakt tussen de wettelijke en bovenwettelijke dagen. Wettelijk heeft men recht op 20 vakantiedagen. Deze verjaren vanaf 1 januari jl. 6 maanden na het jaar waarin de dagen zijn opgebouwd. Voor de bovenwettelijke dagen blijft de bestaande termijn van 5 jaar gelden. Deze mogen wel worden uitbetaald tijdens de arbeidsovereenkomst. Het verdient aldus aanbeveling de vakantiedagenadministratie hierop in te richten. Nieuw is ook dat gedurende ziekte de vakantieopbouw volledig doorgaat. Overdracht van de supermarktlocaties tegen wil en dank.

SUPERMARKTBRIEF

Consequenties ondeugdelijke prognoses: verantwoordelijkheid franchisegever in jurisprudentie verder vergroot

Enige tijd geleden is uitspraak gedaan in een prognosekwestie, die ook voor supermarktondernemers van groot belang kan zijn. Kort gezegd komt de uitspraak hierop neer dat door het enkele feit van het tekortschieten door de franchisegever met betrekking tot het aan de franchisenemer voorgespiegelde exploitatieprognose de franchisegever automatisch in verzuim kan raken.

Dit heeft alsdan verregaande consequenties voor alle aspecten van de franchiserelatie. In de veelbesproken uitspraak was één van de consequenties al dan niet gerechtvaardigde nakoming van de franchiseovereenkomst in kwestie. Het belang van de uitspraak is nu hierin gelegen dat bij een verkeerd verstrekte prognoses door een franchisegever aan franchisenemer een zeer directe relatie ontstaat met betrekking tot overige aspecten van de samenwerking. Anders gezegd: op grond van het tekortschieten van de franchisegever met betrekking tot verkeerd verstrekte prognoses kan dit bijvoorbeeld consequenties hebben voor de haalbaarheid van het concurrentiebeding in kwestie, verschuldigde betalingen aan de franchisegever of tal van andere verplichtingen over en weer. Indien de franchisegever dus ondeugdelijke prognoses heeft verstrekt heeft zij – in dit voorbeeld – een onrechtmatige daad gepleegd. Op grond van de wet is de franchisegever daardoor automatisch in verzuim komen te verkeren. Aangezien slechts één partij op enig moment in verzuim kan verkeren kan de franchisenemer op zijn beurt niet meer in verzuim komen te verkeren. De franchisegever mocht dan ook de franchiseovereenkomst niet ontbinden, zo leert de uitspraak van de rechtbank. Voor de goede orde: de betrokkenheid van een franchisegever bij ondeugdelijke prognoses kan niet alleen ontstaan door het verstrekken van die ondeugdelijke prognoses maar tevens door haar instemming te verlenen aan door derden dan wel door de franchisenemer zelf opgestelde financiële ramingen. Het onthouden van kritische kanttekeningen bij door een franchisenemer zelf opgestelde financiële ramingen door de franchisegever kan leiden tot verwijtbaar gedrag aan het adres van de franchisegever. Aangezien de franchisegever dus automatisch in verzuim kan komen te verkeren vanaf het begin van de samenwerking is met dit gegeven in de hand het vorderen van nakoming van de verplichtingen van de franchisenemer door de franchisegever nagenoeg ondoenlijk geworden.

Een onrechtmatige daad van de franchisegever hoeft overigens niet alleen samen te hangen met betrokkenheid bij ondeugdelijke prognoses. Deze kan evenzeer ontstaan door een samenstel van gedragingen gedurende de precontractuele fase, op grond waarvan het verwachtingspatroon zoals gewekt bij de franchisenemer niet kon kloppen. Naar analogie redenerend kan alsdan een zelfde situatie als hierboven ontstaan. Dit dwingt partijen om

zorgvuldige afwegingen voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst te maken en dit bovendien ten eerste te blijven doen gedurende de duur van de franchiseovereenkomst.

LUDWIG & VAN DAM

franchiseadvocaten

SUPERMARKTBRIEF

In dit kader valt het zeer te bepleiten diverse bijsturingselementen, waaronder het benoemen van kritische prestatie-indicatoren, op te nemen in de franchiseovereenkomst of bijbehorende stukken. Langs deze weg kan (bij)sturing hopelijk een hoop narigheid voorkomen en kunnen verregaande uitspraken zoals hier besproken zoveel mogelijk worden vermeden.

Waar op te letten bij formulewijziging / contractsverlenging?

I. **Indeplaatsstelling huurovereenkomst bij verkoop**

Plus doet haar huiswerk beter dan Lidl.

Geregeld worden vestigingspunten overgedragen van en aan andere supermarktorganisaties en/of supermarktondernemers. Vestigingspunten zijn nu eenmaal schaars en daarvoor wordt aldus niet zelden een fors sleutelgeld betaald. Waar de een geen droog brood (meer) kan verdienen, zijn voor de ander vaak nog goede kansen en wordt het vestigingspunt aldus geruild of ten gelde gemaakt. Vastgoedeigenaren zien soms met lede ogen de handel in vestigingspunten aan. Er wordt dan ook nog wel eens geprocedeerd omtrent de weigering om medewerking te verlenen aan een zogenaamde “indeplaatsstelling”.

Zo dwong Supermarktorganisatie Plus bij de Rechtbank Zwolle recent af dat zij haar huurrechten, ondanks de weigering daartoe van de eigenaar, wel mocht overdragen aan Lidl. Kort hierna bepaalde het Gerechtshof `s-Gravenhage in een soortgelijke zaak echter dat Lidl haar huurrechten desgevraagd niet mocht overdragen aan Coop. Het verschil in de uitkomst van beide zaken dient allereerst te worden teruggevoerd op de wettelijke vereisten waaraan een dergelijke door de kantonrechter te verlenen machtiging tot vervangende toestemming moet voldoen.

Wettelijk gezien dient allereerst sprake te zijn van overdracht van een bedrijf; zijnde een geheel van voort te zetten ondernemingsactiviteiten. De wetshistorische gedachte daarbij is dat een winkelier wiens onderneming vaak valt of staat met de locatie, nu eenmaal zijn bedrijf, wat ook niet zelden ook het pensioen vertegenwoordigt, moet kunnen verkopen. Voorts dient de zittende huurder een zwaarwegend belang te hebben bij die overdracht. Tenslotte dient de huurder goede waarborgen te bieden om de huurovereenkomst te kunnen blijven nakomen.

De strenge toetsing valt te verklaren doordat de indeplaatsstelling fors inbreuk maakt op het beginsel van contractsvrijheid, nu een verhuurder dan wordt opgescheept met een huurder waarvoor hij nooit heeft gekozen. De tegengestelde uitkomst van ogenschijnlijk gelijke

situaties valt in vanuit dit perspectief dan ook wel te verklaren door de voorbereiding van beide deals en de gekozen procestactiek.

LUDWIG & VAN DAM
franchiseadvocaten

SUPERMARKTBRIEF

Het lijkt er op dat Plus eenvoudigweg haar huiswerk wat beter had gedaan dan Lidl. In laatstgenoemde kwestie was namelijk afgesproken dat Lidl de bedrijfsruimte leeg kreeg opgeleverd van Plus en enkel het lagere personeel overnam, verder niets. Daarmee werd er geen echt bedrijf meer overgedragen. Bovendien had Lidl (te) summierlijk onderbouwd dat zij een zwaarwegend (financieel) belang zou hebben.

In de eerstgenoemde kwestie werden wel activa (inventaris) en personeel overdragen en werd aldus geconcludeerd dat het bedrijf werd voorgezet. Ongetwijfeld zal Lidl echter op enig moment zelf de inventaris hebben doen vervangen, zodat het wellicht vanuit juridisch perspectief, doch zeker niet uit economisch persperspectief een logische uitspraak lijkt. Bovendien gaf Plus een beter beeld van de aanhoudende verliesgevende situatie en overtuigde de rechtbank daarmee van haar zwaarwegend belang.

Het leert ons in ieder geval dat een goede voorbereiding van de verkoop van essentieel belang is in relatie tot de over te dragen huurrechten.

II. Diversen

Daarnaast zijn een aantal andere aspecten, zoals een deugdelijke financiële raming voor de nieuwe contractsperiode, financieringsvoorwaarden, mogelijkheden voor tussentijdse uitbreiding, mageraming voor de komende jaren en overige contractsvoorwaarden, zoals leveringscondities en afspraken over internet, exclusiviteit en non-concurrentie en dergelijke van belang. Op deze en andere voorwaarden zal in de volgende nieuwsbrief worden teruggekomen.



Bijlage

Als bijlage bij deze supermarktbrief treft u het artikel aan van mr. Th.R. Ludwig “Zeven cruciale factoren in franchising” uit het Foodmagazine november 2011.



SUPERMARKTBRIEF

Ludwig & Van Dam Advocaten is zeer ervaren en actief op het gebied van begeleiding van supermarktondernemers.

De begeleiding heeft ondermeer betrekking op de volgende onderwerpen:

- *Contractsvernieuwing*
- *Vestigingsplaatsonderzoek, financiële prognoses, verdienmodel*
- *Uitbreiding supermarkt/relocatie*
- *Arbeidsrecht*
- *Vastgoed, waaronder huurrecht*
- *Overleg gemeentes*
- *Verwerving winkelcentra*
- *Begeleiding financieringsovereenkomsten*
- *Wijziging supermarktformule*
- *Aan- en verkoopbegeleiding*



Voor meer informatie:

Jeroen Sterk
Mobiel: 06-225.17.295
E-mail: sterk@ludwigvandam.nl

Theodoor Ludwig
Mobiel: 06-54.703.777
E-mail: ludwig@ludwigvandam.nl

Ludwig & Van Dam Advocaten
Rivierstraat 159
3016 CH ROTTERDAM
Tel: 010-241.57.77
Fax: 010-241.57.70
Website: www.ludwigvandam.nl

