

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 382169 / KG ZA 10-1536

Vonnis in kort geding van 17 februari 2011

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Sunday's Nederland B.V.,
gevestigd te Wateringen,
eiseres,
advocaat mr. W.C. Bothof te Rotterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
X Sunday's B.V.,
gevestigd te Pijnacker,
gedaagde,
advocaat mr. A.C. van Kooij-van Engel te Rotterdam.

Partijen zullen hierna Sunday's en X genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 13 december 2010 met producties 1 t/m 11;
- de brief van mr. Bothof van 18 januari 2011 met producties 12 t/m 17 zijdens Sunday's;
- de brief van mr. Bothof van 19 januari 2011 met productie 18 zijdens Sunday's;
- de brief van mr. Van Kooij-van Engel van 10 januari 2011 (abusievelijk gedateerd: 10 november 2010) met producties 1 t/m 25 zijdens X;
- de brief van mr. Van Kooij-van Engel van 11 januari 2011 met producties 26 en 27 zijdens X;
- de faxbrief van mr. Van Kooij-van Engels van 19 januari 2011 met producties 28 t/m 31 zijdens X;
- de faxbrief van mr. Van Kooij-van Engel van 19 januari 2011 met productie 32 zijdens X
- de mondelinge behandeling van 20 januari 2011 en de bij gelegenheid daarvan overgelegde pleitnota's van mrs. Bothof en Van Kooij-van Engel.

1.2. Vonnis is nader bepaald op heden.

2. Uitgangspunten

2.1. In kort geding kan van het navolgende worden uitgegaan.

2.2. Sunday's is franchisegever van 70 zonnestudio's in Nederland en daarmee marktleider.

2.3. X heeft twee keer als franchisenemer gecontracteerd met Sunday's. Van 2000 tot 2005 was zij franchisenemer in Gouda. Aansluitend is zij bij overeenkomst (hierna: de franchiseovereenkomst) met ingang van 1 maart 2005 voor een bepaalde tijd van 5 jaar franchiseemster geworden met betrekking tot een vestiging van Sunday's in Zaandam.

2.4. De franchiseovereenkomst bevat onder meer de volgende bepalingen:

2.3 Franchisegever verleent toestemming tot het gebruik door franchisenemer van de handelsnaam, c.q. het merk, logo's, aanduidingen, reclameslagzinnen, huisstijl, waaronder de door franchisegever gehanteerde kleurencombinaties, vertrouwelijke informatie en wezenlijke en bepaalde kennis met dien verstande, dat het gebruik daarvan slechts is toegestaan in verband met het optreden als franchisenemer van het Sunday's systeem.

Artikel 5 – Diensten van de franchisegever

5.1 Franchisegever zal aan de franchisenemer de volgende diensten verlenen:

- alle diensten die voortvloeien uit de tussen partijen geldende instructies
- het geven van opleiding, training en herscholing van de franchisenemer en zijn personeel;
- het adviseren in aangelegenheden van marketing en promotie en het in samenwerking met de franchisenemer en voor andere franchisenemers voeren van gezamenlijke reclameacties, onder meer door middel van folders en advertenties;
- het geven van adviezen met betrekking tot de exploitatie van de onderneming;
- het coördinerend optreden ten behoeve van de franchisenemers.

5.2 Franchisegever zal zich inspannen om de Sunday's formule te onderhouden en zo mogelijk verder te ontwikkelen. Franchisegever verplicht zich verdere ontwikkelingen van de formule en/of wijzigingen daarvan, aan franchisenemer ter kennis te brengen, terwijl franchisenemer zich verplicht redelijke ontwikkelingen en/of uitbreidingen en/of wijzigingen in de exploitatie van het bedrijf door te voeren.

5.3 Wijzigingen en/of uitbreidingen, die van de gebruikelijke exploitatiewijze afwijken of die meer dan normale aanpassingswerkzaamheden voor de franchisenemer betekenen, (bijvoorbeeld wijzigingen van het interieur van de studio) dienen te worden gemeld aan het Service-overleg.

(...)

Artikel 11 – Inkoop, leveringen en verkoopprijzen

11.1 De franchisenemer verbindt zich jegens de franchisegever het volledige assortiment, bestaande uit o.m. cosmeticaproducten, schoonmaakmiddelen, en de te gebruiken zonnebanken en zonnepanelen, stralers en onderdelen daarvan, af te nemen en in te kopen bij franchisegever en/of door deze aan te wijzen leveranciers.

11.2 De franchisegever verplicht zich, naar beste kunnen, tot een zo optimaal mogelijke, regelmatige levering van het assortiment. De franchisenemer is verplicht dit assortiment volledig te voeren en bij het publiek aan te bieden, mede om de uniformiteit van de marketingactiviteiten na te streven. Het is de franchisegever toegestaan redelijke wijzigingen aan te brengen in de samenstelling van het in het handboek opgenomen assortiment.

11.3 Franchisenemer heeft het recht met betrekking tot inkoop en leveringen, gevraagd en ongevraagd, franchisegever adviezen te verstrekken. Franchisegever verplicht zich steeds zijn gemotiveerd oordeel over de verstrekte adviezen te geven.

(...)

13.2 Franchisenemer dient zijn zonnestudio geopend te houden op al die tijden die bevorderlijk zijn voor de exploitatie van zijn onderneming en die in zijn algemeenheid gebruikelijk zijn voor de branche waarin franchisenemer werkzaam is. (...)

Artikel 21 – Vergoedingen

21.1 Als vergoeding voor de aan de franchisenemer bij deze overeenkomst toegekende rechten en toegezegde prestaties zal de franchisenemer aan de franchisegever betalen:

- a. een entreegeld ad €6.806,70 (...)
- b. een maandelijkse franchise fee (...gestaffeld naar rato van aantal klantbezoeken per jaar, vanaf €310,- tot 345 klanten per week oplopend tot €1.291,- bij meer dan 865 klanten per week, vzr.)
- c. een jaarlijkse reclame- en promotiefee ad €550,- (...) per zonnebank
- d. een maandelijkse fee t.b.v. technische onderhoudsdienst ad €45,- (...)
- e. een maandelijkse automatiseringsfee van €145,- (...) voor het in gebruik hebben van het automatiseringsprogramma.

(...)

Artikel 22 – Looptijd overeenkomst

22.1 De onderhavige overeenkomst tussen partijen is aangegaan voor een periode van vijf (5) jaren, te rekenen vanaf 01.03.2005 en zal derhalve zijn geëindigd op 01.03.2010.

22.2 Partijen zullen tenminste 6 maanden voor afloop van de overeenkomst met elkaar in onderhandeling treden over een nieuwe overeenkomst, mits de franchisenemer alsdan in ieder geval:

- a. niet in gebreke zal zijn krachtens deze overeenkomst
- b. gedurende de looptijd van deze overeenkomst steeds deugdelijk en tijdig zijn verplichtingen heeft voldaan
- c. de studio(s) van franchisenemer voldoet/voldoen aan de dan geldende(de, vzr) maatstaven binnen de organisatie.

22.3 Na het verstrijken van de in lid 2 genoemde tweede periode zal die overeenkomst eindigen, tenzij partijen uitdrukkelijk overeenkomen, dat die overeenkomst voor een nadere termijn en onder nader overeen te komen voorwaarden zal worden verlengd. De onderhan-

delingen hierover zullen tenminste 6 maanden voor afloop van de tweede periode aanvangen.

22.4 Deze overeenkomst eindigt van rechtswege, indien partijen geen overeenstemming bereiken over verlenging van deze overeenkomst met inachtneming van het gestelde in het 2^e lid.

Artikel 24 – Gevolgen van beëindiging

24.1 Indien de onderhavige overeenkomst tussen partijen al dan niet tussentijds wordt beëindigd, c.q. ontbonden, is franchisenemer op de datum van de beëindiging van de overeenkomst jegens franchisegever verplicht met onmiddellijke ingang zich te onthouden, op welke wijze dan ook, van al hetgeen waartoe hij in het kader van de onderhavige overeenkomst is gerechtigd c.q. verplicht.

24.2 Meer in het bijzonder is franchisenemer verplicht onverwijld alle systemen, handboeken, handleidingen, instructies, formulieren, folders, logo's, etc. terug te geven aan franchisegever. Voorts is franchisenemer verplicht namen, handelsnamen, merken, modellen, kleurencombinaties, emblemen, logo's, etc. die deel uitmaken van de Sunday's formule, te verwijderen en elk gebruik van alle aan franchisegever toebehorende handelsnamen, merken, reclame, slagzinnen, huisstijlen, en dergelijke te staken en de auteursrechten van franchisegever te respecteren en voortaan alles te vermijden, wat op welke wijze dan ook de schijn zou wekken, dat het bedrijf van franchisenemer nog deel uitmaakt dan wel deel heeft uitgemaakt van de Sunday's organisatie.

(...)

24.5 Indien franchisegever in gebreke blijft overeenkomstig het in dit artikel bepaalde is franchisegever bevoegd om op kosten van franchisenemer het terughalen, ongedaan maken, etc. te bewerkstelligen of te doen bewerkstelligen, waarbij franchisegever het recht heeft en franchisenemer franchisegever reeds thans onvoorwaardelijke en onherroepelijk toestemming verleent om de bedrijfsruimte van franchisenemer te betreden.

(...)

Artikel 25 – Beding van geheimhouding en non-concurrentie

(...)

25.4 Franchisenemer zal gedurende de looptijd van deze overeenkomst en voor een periode van 1 jaar na afloop daarvan, in het laatste geval beperkt tot het vestigingspunt, zonder uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van de franchisegever noch direct noch indirect op het gebied en op de wijze waarop de franchisegever werkzaam is, activiteiten ontwikkelen, of daarbij enig belang hebben, anders dan gedurende de looptijd van deze overeenkomst in de overeengekomen vestiging in het werkgebied en geen gelijksoortig of aanverwant bedrijf hebben en geen overeenkomst als de onderhavige aangaan.

Art. 26 van de franchiseovereenkomst stelt een contractuele boete van €25.000,- per overtreding te vermeerderen met €1.000,- per dag van voortdurende, onder meer op schending van het non-concurrentiebeding.

2.5. Bij aangetekende brief van 25 maart 2009 heeft Sunday's bij X aangekaart dat in X's studio sprake is van achterstallig onderhoud (aan de zonnepanelen) en dat zij achterstallig is met betalingen, onder meer als volgt:

De reden van dit aangetekend schrijven is dat de financiële situatie het blijkbaar niet toestaat om tijdig de noodzakelijke investeringen ten aanzien van de service en het onderhoud te doen. Laat staan dat er geïnvesteerd kan worden in een 6^e zonnepaneel, hetgeen gezien de gemiddelde wachttijden absoluut geen overbodige luxe is.

Sunday's Nederland stelt zich op het standpunt dat het voortbestaan van de Sunday's studio in Zaandam ter discussie is komen te staan.

Wij verwachten binnen 8 dagen een concrete planning waarin staat hoe de achterstallige betalingen voldaan worden en in ieder geval nog voor de zomer de onderplaten vervangen kunnen worden. Zodra dit gerealiseerd is, zullen wij nader overleggen over de (nabije) toekomst van de studio.

2.6. In vervolg daarop heeft Sunday's op 8 april 2009 per aangetekende brief aan X een sommatie op de voet van art. 23.1 van de franchiseovereenkomst gezonden met onder meer het navolgende:

Helaas hebben wij moeten constateren dat binnen de gestelde termijn hierop (*sc.* de sommatie uit de vorige brief van 25 maart 2009, *vzr.*) geen enkele inhoudelijke reactie is gekomen.

Conform artikel 23.1 van onze franchiseovereenkomst van 14 januari 2005 sommen wij jou om zo spoedig mogelijk passend te reageren op hetgeen in het schrijven van 25 maart is gevraagd. Indien (...) na 9 mei 2009 niet aan ons verzoek is voldaan, zullen wij conform artikel 23.2 jou nog een finale kans geven van 8 dagen, waarna de overeenkomst onmiddellijk wordt beëindigd.

Ik hoop oprecht dat het zover niet hoeft te komen.

2.7. Een volgend incident in de verhouding blijkt uit de brief van 29 december 2009 van Sunday's aan X. Sunday's kondigt in die brief aan dat vanwege betalingsachterstand zijdens X vanaf dat moment geen leveringen meer worden gedaan zonder voorafgaande betaling. Ook wordt vertragingsrente over de langer openstaande bedragen aangezegd.

2.8. Per 1 maart 2010, toen de in 2.4 bedoelde overeenkomst voor bepaalde tijd in beginsel van rechtswege eindigde, waren partijen in gesprek over (uiteindelijk) een beperkte verlenging van de franchiseovereenkomst voor de duur van 1 jaar. Vanwege achterstallige investeringen en betalingsachterstand was verlenging gelet op de voorwaarden uit art. 22.2 niet onproblematisch. Na 1 maart 2010 zijn partijen, hangende dit verlengingsoverleg, evenwel met wederzijds goedvinden doorgegaan uitvoering te geven aan de franchiseverhouding op de voet van meerbedoelde schriftelijke franchiseovereenkomst. Daartoe is onder meer op 24 maart 2010 overleg gevoerd tussen partijen. Sunday's heeft X over die periode na 1 maart 2010 ook gefactureerd op de voet van deze overeenkomst.

2.9. Hangende deze aanvankelijke voortzetting is door een aantal franchisenemers, waaronder X, bij brief van 21 april 2010 aan Sunday's een sommatie verzonden. Daarin staat onder meer het volgende:

Een aanzienlijk gedeelte van de Sunday's franchisenemers heeft zeer grote problemen om de exploitatie van de Sunday's franchiseonderneming rendabel te laten zijn. Hierdoor komt de continuïteit van een aanzienlijk deel van de franchisenemers in gevaar. Voor enkele franchisenemers kan deze situatie niet (veel) langer voortduren.

De onrendabele exploitatie is het gevolg van de aanhoudende en toenemende tekortkomingen uwerzijds in de nakoming van de onderscheidene individuele franchiseovereenkomsten.

De tekortkomingen kunnen in de navolgende categorieën worden onderscheiden:

Hierop volgt een opsomming in algemene termen onder de kopjes "Het beleid", "Overleg en communicatie", "Innovatie", "Fee", "Advies en bijstand" en "Marketing". Onder "beleid" wordt aangegeven dat vanwege de economische crisis en negatieve publiciteit omtrent (de gezondheid van) zonnebanken bezoekersaantallen met 30% zijn gedaald. In plaats van daarop haar beleid aan te passen, heeft Sunday's volgens (onder meer) X de kosten juist verhoogd door franchisenemers te verplichten nieuwe producten en diensten af te nemen en lampen en zonnebanken vroegtijdig te vervangen. Het verwijt omtrent overleg en communicatie is dat franchisenemers weliswaar inspraak hebben, maar dat voorgenomen beslissingen door Sunday's ondanks verzet door franchisenemers toch worden genomen. De formule zou niet of nauwelijks geïnnoveerd worden, met een negatieve invloed op concurrentiepositie en omzet en bij (nieuwe of) verlengde franchiseovereenkomsten zou de fee met meer dan 100% worden verhoogd, terwijl sprake zou zijn van "teruglopende dienstverlening door de franchisegever". Het verwijt omtrent advies en bijstand is (uitsluitend) als volgt verwoord:

Er is zowel kwalitatief als kwantitatief volstrekt onvoldoende dienstverlening in de operationele, commerciële en technische zin.

Tenslotte zou er geen (of nauwelijks) sprake zijn van marketing en zouden er "(te) hoge kosten (worden) berekend".

De brief eindigt als volgt:

Om redenen van formele aard stellen cliënten u hiermee in gebreke en aansprakelijk ter zake de hierboven toegelichte tekortkomingen uit hoofde van de franchiseovereenkomst als geheel en de daaruit voortvloeiende zorgplicht uwerzijds om tot een dusdanige invulling daarvan te geraken dat een goede en renderende exploitatie van de zonnestudio's wederom mogelijk wordt.

Vervolgens wordt kenbaarheid van bereidheid tot overleg binnen 1 week verlangd.

2.10. Sunday's heeft bij brief van 6 mei 2010 de verwijten uit de brief van 21 april 2010 stuk voor stuk inhoudelijk weersproken. Sunday's besluit met de constatering dat zij haars inziens de verplichtingen uit de franchiseovereenkomst nakomt en zij wijst aansprakelijkheid terzake af.

2.11. Bij brief van 5 juli 2010 bericht Sunday's aan X dat de betalingsachterstand is opgelopen tot €8.540,15, die ter incasso uit handen wordt gegeven.

2.12. Partijen hebben uiteindelijk geen overeenstemming kunnen bereiken over verlenging van de franchiseovereenkomst.

2.13. Bij sommatiebrief van 16 augustus 2010 heeft Sunday's de (verlengde) overeenkomst alsnog *de facto* beëindigd per 24 september 2010. In de brief geeft Sunday's aan dat sinds het overleg tussen partijen van 24 maart 2010 over verlenging van de franchiseovereenkomst de situatie is veranderd. Er is sprake van betalingsachterstand van X, waarvan telefonisch zijdens Sunday's is aangegeven dat die moest zijn ingelopen, alvorens over formele verlenging kon worden gesproken. De achterstanden zijn niet ingelopen en de vordering is ter incasso uit handen gegeven. De brief vervolgt, voor zover van belang, als volgt:

Tijdens mijn bezoek aan de studio in Zaandam op 12 augustus heb ik geconstateerd dat:

1. Er lampen in de zonnebanken zijn geplaatst die niet door Sunday's Nederland geleverd zijn.
2. De verzorgingszuil uit de cabines verwijderd zijn.
3. Eigenhandig de openingstijden (tijdelijk) zijn aangepast, zonder dit aan de franchisegever door te geven (voor aanpassing website).

U weet dat u hiermee in strijd handelt met de verplichtingen uit de franchiseovereenkomst. Bovendien blijkt de studio veel achterstallig onderhoud te hebben, hetgeen het imago en de reputatie van Sunday's schaadt.

Op basis van het bovenstaande kan ik niet anders dan concluderen dat er geen basis meer is om de samenwerking langer voort te zetten. Dit betekent dat wij u sommeren uiterlijk vrijdag 24 september 2010 alle systemen, handboeken, handleidingen, instructies, formulieren, folders, logo's, etc. terug te geven aan franchisegever. Voorts moet u namen, handelsnamen, merken, modellen, kleurencombinaties, emblemen, logo's, etc, die deel uitmaken van de Sunday's formule verwijderen en elk gebruik van alle aan franchisegever toebehorende handelsnamen, merken, reclame, slagzinnen, huisstijlen en dergelijke staken.

Voorts wijs ik naar hetgeen wij zijn overeengekomen in de franchiseovereenkomst van 14 januari 2005 en in het bijzonder naar artikel 24.

2.14. Op uitdrukkelijk verzoek van een derde, de softwareleverancier, is er in september 2010 nog een laatste poging gedaan om te bezien of verlenging mogelijk zou zijn. Dat heeft niet tot overeenstemming geleid en X heeft uiteindelijk geen gehoor gegeven aan bedoelde sommatie en is doorgegaan met exploitatie van haar studio als Sunday's studio, ook na 24 september 2010.

2.15. Bij (advocaten)sommatiebrief van 5 november 2010 is de beëindigingssommatie aan het adres van X voor de duidelijkheid herhaald met als uiterste termijn 13 november 2011. Per die datum beschouwt Sunday's de franchiserelatie met X als beëindigd.

2.16. De beëindigde franchiserelatie met X is door Sunday's als volgt op het intranet van de organisatie bekendgemaakt op 12 november 2011:

Einde Sunday's Zaandam

De beëindiging van het franchisecontract van Sunday's Zaandam is in de vergadering van augustus al aan de orde geweest.

Wij hebben sindsdien diverse pogingen ondernomen om te kijken of er een basis was om de overeenkomst te verlengen.

Het spijt ons te moeten mededelen dat dit op niets is uitgelopen. Want als er een studio afvalt dan doet dat ons imago geen goed!

2.17. Op 14 november 2010 was de zonnestudio van X nog als Sunday's zonnestudio in bedrijf.

2.18. Stellende dat X gedwaald heeft omtrent het businessmodel van Sunday's, heeft X de franchiseovereenkomst harerzijds bij brief van 29 november 2010 vernietigd wegens dwaling, althans deze op grond van wanprestatie buitengerechtelijk ontbonden. Het verdienmodel van Sunday's betreft een naar zeggen van Sunday's relatief lage franchisefee in combinatie met een opslag op de door franchisenemer verplicht bij de franchisegever af te nemen producten, zoals zonnebanken, vervangingslampen en verzorgingsproducten. Dat mondt overigens volgens Sunday's uit in marktconforme prijzen, maar X bestwist dat laatste. De dwalingsgrondslag is in deze brief als volgt verwoord:

Cliënte heeft bij het aangaan van de samenwerking gedwaald. Onlangs is cliënte gebleken dat het franchisemodel van Sunday's Nederland volstrekt anders in elkaar steekt dan haar is meegedeeld bij de aanvang van de samenwerking. Cliënte wist niet dat in het franchisemodel van Sunday's Nederland is gekozen voor niet alleen een franchisefee, maar dat Sunday's Nederland tevens leverancier is van de verplicht door cliënte af te nemen producten zoals de banken, de lampen, cosmetica en dat Sunday's Nederland opslagen op de inkooprijzen van deze producten hanteert om zodoende haar in haar eigen bedrijfsvoering te voorzien. Het gevolg hiervan is dus, aldus Sunday's Nederland, dat zij deze producten niet marktconform hoeft aan te leveren aan cliënte.

Bovenstaande heeft daarmee tot gevolg dat cliënte, ondanks dat zij individueel dezelfde producten elders goedkoper kan verkrijgen, wat haar duizenden euro's per jaar scheelt, toch gehouden is deze bij Sunday's Nederland af te nemen.

Had cliënte dit vooraf geweten, dan was zij geen samenwerking met Sunday's Nederland aangegaan. (...) Overigens is cliënte gebleken dat geen van de franchisenemers van Sunday's Nederland van dit "verdienmodel" van Sunday's Nederland op de hoogte was.

2.19. Recentelijk heeft X (de uiterlijke kenmerken van) zijn studio omgebouwd tot een vestiging van een met Sunday's concurrerende zonnestudio (Sunpoint), die zij daar thans als zodanig exploiteert onder de aanduiding Zonnestudio Sunpoint Zaandam.

3. Het geschil

3.1. Stellende dat X in ieder geval sinds 14 november 2010 zonder toestemming van Sunday's een Sunday's zonnestudio exploiteert als was zij franchisee, hetgeen in strijd komt met der partijen franchiseovereenkomst, vordert Sunday's – samengevat – een verbod om tot 14 november 2011 direct of indirect ondernemingsactiviteiten te ontwikkelen op het gebied

van zonnestudio's aan de Westzijde 11a te Zaandam, alsmede een inbreukverbod op intellectuele eigendomsrechten die samenhangen met de beëindigde franchiseverhouding, voorts een teruggavebevel van materialen die samenhangen met de beëindigde franchiseverhouding, alles op straffe van verbeurte van dwangsommen, betaling van een contractuele boete van €25.000,- en van €1.000,- voor iedere dag dat sinds 14 november 2010 in strijd wordt gehandeld met de bepalingen van de franchiseovereenkomst en ten slotte X te veroordelen tot betaling "eventueel bij wijze van voorschot" van €9.635,68 (de hoofdsom van de achterstallige feebetalingen), vermeerderd met rente, subsidiair tot het stellen van zekerheid voor dat bedrag op de voet van art. 24.3 van de franchiseovereenkomst, alles kosten rechtens.

3.2. X voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan bij de beoordeling.

4. De beoordeling

Franchiseovereenkomst beëindigd

4.1. Voorop wordt gesteld dat de franchiseovereenkomst tussen partijen hoe dan ook thans is geëindigd. Hetzij vanwege beëindiging van de (aanvankelijk) voortgezette overeenkomst per (uiteindelijk) ultimo 13 november 2010 door Sunday's, hetzij vanwege de vernietiging/ontbinding zijdens X.

4.2. De buitengerechtelijke ontbinding door X wegens toerekenbaar tekortschieten in de "zorgplicht" door Sunday's, zoals X stelt, heeft naar voorlopig oordeel geen rechtskracht. Onvoldoende concreet is aangegeven waarin Sunday's jegens X toerekenbaar tekort zou zijn geschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de franchiseovereenkomst. Hetgeen daartoe bij sommatie in april 2010 en bij de buitengerechtelijke ontbinding in november 2010 en bij pleidooi is aangevoerd is niet genoegzaam geconcretiseerd. Ook is niet genoegzaam geconcretiseerd dat de financiële lasten die Sunday's haar franchisenemers oplegt causaal bijdragen aan de slechte financiële situatie van verscheidene franchisenemers zoals X en aldus resulteren in een zodanige schending van wat X zorgplicht noemt, dat sprake is van wanprestatie. Bovendien is de gestelde en onderbouwde eerdere langdurige en kennelijk nog steeds bestaande betalingsachterstand en het nalatig blijven met investeringen door X niet voldoende steekhoudend bestreden. Nu X terzake door Sunday's tijdig in gebreke is gesteld, heeft te gelden dat X hoe dan ook het eerst in verzuim was. Een beroep op een geldig opschortingsrecht komt haar naar voorlopig oordeel niet toe, alleen al omdat de gestelde tekortkomingen aan de zijde van Sunday's onvoldoende aannemelijk zijn geworden.

Geen dwaling

4.3. De primaire grond die X aanvoert voor haar stelling dat zij niet gebonden zou zijn aan de non-concurrentiebepaling is haar beroep op dwaling. Dat beroep faalt. X heeft niet voldoende aannemelijk gemaakt dat en waarom aan de verscheidene vereisten voor een geslaagd beroep op dwaling is voldaan.

4.4. In de franchiseovereenkomst is in de eerste plaats duidelijk en ongeclausuleerd overeengekomen dat X verplicht is zonnebanken, lampen en producten van Sunday's af te nemen (vgl. art. 11.1). Dat was niet anders in de eerdere franchiseverhouding met X in Gouda voorafgaand aan het onderhavige franchisecontract, zo is door Sunday's onbestreden naar voren gebracht. De stelling van X ter onderbouwing van haar dwalingsberoep dat zij dat niet wist, is voorshands onhoudbaar.

4.5. Anders dan X niet-onderbouwd stelt, is in de franchiseovereenkomst in de tweede plaats niet te lezen dat zulks tegen marktconforme prijzen moet geschieden.

4.6. Daarbij komt in de derde plaats dat X niet voldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat de door Sunday's jegens haar gehanteerde prijzen voor bijvoorbeeld lampen van zonnebanken inderdaad niet marktconform zouden zijn. De stelling in het dwalingsberoep dat Sunday's zou menen dat zij niet marktconform hoeft te leveren is overigens feitelijk niet te rijmen met de betwisting door Sunday's dat zij niet tegen marktconforme prijzen zou leveren; zij stelt dat ze dat juist wel doet. Voorshands wordt Sunday's gevolgd in haar betoog dat de vergelijkende calculaties van X alleen al mank gaan, omdat de lampkwaliteit niet wordt meegewogen en uitgegaan wordt van te hoge aantallen af te nemen lampen in de calculatie van X (waardoor een vertekend prijsbeeld ontstaat).

4.7. Onvoldoende steekhoudend bestreden is in de vierde plaats de stelling van Sunday's dat de door Sunday's gehanteerde prijzen voor door X contractueel af te nemen producten moeten worden beschouwd in samenhang met een relatief lage franchisefee, die daarmee als het ware communicerende vaten vormen. Zo beschouwd is de franchisefee mogelijk niet marktconform (want te laag), hetgeen een eventuele niet marktconformiteit van de prijzen voor de contractueel af te nemen producten (die niet aannemelijk is geworden, als gezegd) als het ware kan opheffen.

4.8. Ten slotte doet X uitdrukkelijk en welbewust¹ geen beroep op strijdigheid met het mededingingsrecht van dit stelsel in deze procedure (hetgeen een grondslag voor vernietiging van de gewraakte clause uit art. 11 zou kunnen zijn). Ambtshalve kan de voorzieningenrechter bij gebrek aan voldoende concreet gestelde of gebleken feiten evenmin tot een voorlopige beoordeling dienaangaande komen².

Geen derogerende werking

4.9. Subsidiair meent X niet gebonden te zijn aan het non-concurrentiebeding "omdat de omstandigheden van het geval een voortzetting van een zonnestudio op het vestigings-

¹ Zij geeft bij pleidooi aan dat een mededingingsrechtelijke analyse ongeschikt is voor kort geding en in de bodemprocedure aan de orde zal moeten komen.

² Voor een dergelijke beoordeling van de toelaatbaarheid van deze (mogelijk) mededingingsbeperkende clause in de verticale verhouding tussen partijen dienen minstgenomen gegevens voorhanden te zijn omtrent de geografische en productmarkt, de positie van Sunday's daarop en de verschillende marktaandelen, een steekhoudend inzicht in de marktconformiteit van de prijzen die Sunday's hanteert, waarbij ook de onderlinge samenhang tussen hoogte van de franchisefee en een eventuele "mark-up" van de prijzen van de verplicht van Sunday's af te nemen producten moet worden meegewogen. Thans blijft staan dat X in dit kort geding onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat Sunday's niet-marktconforme prijzen hanteert. Bij die stand van zaken ontbreekt het de voorzieningenrechter aan voldoende gegevens om in te kunnen schatten hoe in de bodemzaak zal worden geoordeeld over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van het door Sunday's gehanteerde stelsel.

punt rechtvaardigen", aldus X ten pleidooie. Voor zover de voorzieningenrechter begrijpt, is daartoe aangevoerd dat het beding gelet op de door X gedane investeringen onredelijk bezwarend zou zijn. Dat is verder niet steekhoudend uitgewerkt, zodat dit kennelijke beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid faalt.

Beëindiging per ultimo 13 november 2010

4.10. Voorshands wordt geoordeeld dat de franchiseovereenkomst na 1 maart 2010 met wederzijds goedvinden van partijen is voortgezet tot en met 13 november 2010. De in de beëindigingscorrespondentie³ zijdens Sunday's aangevoerde gronden zijn in weerwil van de stellingen van X naar voorlopig oordeel voldoende dragend om beëindiging van de verlengde overeenkomst te kunnen dragen. Zodoende is X sinds 14 november 2010 in verzuim met de nakoming van de na beëindiging doorlopende non-concurrentieverplichting. Voldoende aannemelijk is geworden dat X op 14 november 2010 nog een Sunday's zonnestudio exploiteerde en daar pas onlangs mee is opgehouden.

Non-concurrentiebeding

4.11. Naar voorlopig oordeel is X gebonden aan het door haar overeengekomen non-concurrentiebeding. Dat is in tijd (1 jaar na beëindiging) en plaats (uitsluitend de betreffende vestiging, het pand, zelf) beperkt. Dat X haar huurovereenkomst niet heeft laten sporen met bestaan en voortdoring van de franchiseovereenkomst – wetende dat zij een non-concurrentiebeding is aangegaan – komt voor haar ondernemersrisico en maakt de in kort geding te maken afweging niet anders. Hiervoor werd al overwogen dat het dwalingsberoep en de derogerende werkingsgrondslag aangevoerd voor het niet gebonden zijn aan de non-concurrentiebepaling, falen. Zodoende is het nakomingsbevel van het non-concurrentiebeding naar voorlopig oordeel toewijsbaar als in het dictum verwoord; ter voorkoming van onnodige executiegeschillen zal X een termijn worden gegund.

Inbreukverbod c.a.

4.12. Nu X geen onvoorwaardelijke met boete versterkte onthoudingsverklaring heeft willen tekenen, bestaat voldoende belang bij een inbreukverbod op de door Sunday's ingeroepen intellectuele eigendomsrechten voor zover die samenhangen met de uitoefening van de franchise, althans zoals in het dictum verwoord. De voorzieningenrechter is alleen een gecombineerd Gemeenschapswoord/beeldmerk SUNDAY'S (overgelegd als bijlage bij de franchiseovereenkomst) en gebruik als handelsnaam van het teken "Sunday's" gebleken uit de stukken en stellingen. De vordering tot staking van "iedere inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten, waaronder merken, de modellen, het uithangbord, embleem, de buitengevel, de handelsnaam, de statutaire naam, de kleurencombinaties etc. welke deel uitmaken van het franchisesysteem" is te onbepaald om in die vorm te kunnen worden toegewezen. Nu de betreffende vestiging van X inmiddels is "omgebouwd" naar de huisstijl van concurrent Sunpoint met aanpassingen aan gevel en interieur, ziet de voorzieningenrechter in één en ander aanleiding tot een op te leggen beperkt verbod als verwoord in het dictum.

³ De confraternele sommatiebrief van 5 november 2010 is niet overgelegd, de sommatiebrief uit augustus 2010 wel. Niet is gesteld of gebleken dat de gronden uit beide brieven verschillen.

4.13. Het teruggavebevel kan als op de overeenkomst gestoeld ook worden toegewezen als in het dictum verwoord. Aan X zal een termijn worden gegund met het oog op het voorkomen van executiegeschillen. Dat daarvoor door Sunday's de kostprijs betaald zou moeten worden, zoals X aangeeft, is niet in de overeenkomst voorzien, zodat dit wordt gepasseerd.

Dwangsom

4.14. De op te leggen dwangsommen, die worden gematigd en gemaximeerd, zullen tevens meer in het algemeen voor matiging vatbaar worden gesteld als in het dictum verwoord.

Geldvorderingen c.a.

4.15. De zonder voldoende geachte onderbouwing gevorderde geldbedragen worden afgewezen. Niet is gesteld of anderszins aannemelijk geworden dat aan de volgens vaste rechtspraak te stellen eisen voor toewijzing van geldvorderingen in kort geding is voldaan. Datzelfde lot heeft de gevorderde zekerheidstelling te delen voor – zo begrijpt de voorzieningenrechter – het bedrag aan achterstallige betalingen.

Kostencompensatie

4.16. Nu partijen over en weer deels in het gelijk en ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd als in het dictum verwoord.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt X met ingang van 2 weken na betekening van dit vonnis direct of indirect ondernemingsactiviteiten te ontwikkelen of daarbij enig belang te hebben op het gebied van zonnestudio's aan de Westzijde 11a te Zaandam tot aan 14 november 2011;

5.2. verbiedt X met onmiddellijke ingang om inbreuk te maken op het ten processe bedoelde gecombineerde Gemeenschapswoord/beeldmerk SUNDAY's, inschrijfnummer 1690007, alsmede om een handelsnaam (met daarin) "Sunday's" te hanteren, alsmede om zich overigens voor te doen als deeltmakend van de franchiseorganisatie die Sunday's exploiteert;

5.3. beveelt X binnen 4 weken na betekening van dit vonnis tot teruggave aan Sunday's van alle instructieboeken, materialen, goederen, formulieren, folders en verzorgingszuilen die verband houden met de voorheen geëxploiteerde Sunday's vestiging van X;

5.4. bepaalt dat bij niet-nakoming van de onder 5.1 en/of 5.2 bedoelde verboden en/of het in of 5.3 bedoelde bevel X een dwangsom verbeurt van €500,- per overtreding per dag (een gedeelte van een dag als hele dag gerekend) zolang de overtreding voortduurt tot een (gezamenlijk) maximum van €100.000,-;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

-
- 5.6. bepaalt dat de in 5.4 bedoelde dwangsom vatbaar zal zijn voor matiging door de rechter, voorzover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in aanmerking genomen de mate waarin aan het vonnis is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;
- 5.7. compenseert de proceskosten des, dat elke partij haar eigen kosten heeft te dragen;
- 5.8. bepaalt de termijn bedoeld in art. 1019i Rv op 6 maanden na deze uitspraak;
- 5.9. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.R.B. van Peurseem en in het openbaar uitgesproken op 17 februari 2011.