

typ. KD
rolnr. C0200088/BR

ARREST VAN HET GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH,
zesde kamer, van 20 december 2005,
gewezen in de zaak van:

1. [APPELLANT SUB 1],
wonende te [plaats 1],
 2. de besloten vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid [APPELLANTE SUB 2],
gevestigd te [plaats 1],
 3. de besloten vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid [APPELLANTE SUB 3],
gevestigd te [plaats 1],
- appellanten in principaal appel,
geïntimeerden in incidenteel appel,
procureur: mr. B.Th.H. Boomsma,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MULTICOPY NETHERLANDS
B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde in principaal appel,
appellante in incidenteel appel,
procureur: mr. J.F.H. Hulshuizen,

op het bij exploit van dagvaarding d.d. 17 december 2001 ingeleide hoger beroep van het
vonnis van de rechtbank te Breda op 18 september 2001 onder rolnummer 79328/HA ZA 99-
2044 uitgesproken tussen appellanten in principaal appel als gedaagden in conventie, eisers in
reconventie en MultiCopy als eiseres in conventie, verweerster in reconventie.

1. De procedure in eerste aanleg

Hiervoor verwijst het hof naar het beroepen vonnis, welk vonnis zich bij de stukken bevindt.

2. De procedure in hoger beroep

Bij memorie van grieven hebben appellanten in principaal appel - nader gezamenlijk in
enkelvoud te noemen [appellant], en ieder afzonderlijk respectievelijk [appellant sub 1],
[appellante sub 2] en [appellante sub 3] - zes grieven aangevoerd (genummerd 1, 2, 3, 4, 6 en
10) en geconcludeerd als in die memorie nader omschreven.

Vervolgens heeft geïntimeerde - nader te noemen MultiCopy - bij memorie van antwoord,
tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel de grieven bestreden, in
incidenteel appel één grief aangevoerd en geconcludeerd als in die memorie nader
omschreven.

Vervolgens hebben partijen hun zaak doen bepleiten, MultiCopy door Mr. La Gro en
[appellant] door Mr. Kramer.

Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

3. De grieven in principaal en incidenteel appel

Voor de grieven verwijst het hof naar de memories van grieven.

4. De beoordeling van het hoger beroep in principaal en incidenteel appel

4.1. De grieven richten zich niet tegen de door de rechtbank in rechtsoverweging 1. vastgestelde feiten; het hof gaat van diezelfde feiten uit.

4.2. Het gaat in dit geding om het volgende.

(a) Tussen [appellant sub 1] en MultiCopy is op 11 oktober 1989 een franchiseovereenkomst gesloten, waarbij MultiCopy aan [appellant] het recht van franchise verleende voor de exploitatie van een MultiCopy Drukwerkservice vestiging te [plaats 1] onder de handelsnaam van de MultiCopy Drukwerkservice;

(b) De tussen partijen gesloten en schriftelijk vastgelegde overeenkomst - die door MultiCopy is opgesteld en aan de zijde van appellanten in principaal appel door [appellant sub 1] is ondertekend - bevat onder meer de volgende bepalingen (productie 1 bij dagvaarding in eerste aanleg):

"Handboek

2.1. Franchisenemer verplicht zich jegens franchisegever om voor de duur van deze overeenkomst zijn bedrijf uit te oefenen konform al zodanige bepalingen en bedingen als vervat in deze overeenkomst alsmede konform de reglementen en instructies als zijn c.q. nog zullen worden opgenomen in het sub 2.2. genoemde MultiCopy Handboek en/of de MultiCopy Infobladen of anderszins van de zijde van franchisegever zijn c.q. nog zullen worden verstrekt.

(2.2.)

2.3. Het is franchisegever uitdrukkelijk toegestaan wijzigingen te brengen in en uitbreiding te geven aan de instructies die zijn opgenomen in het MultiCopy handboek en of de MultiCopy Infobladen zonder dat zulks de geldigheid van deze overeenkomst aantast. De wijzigingen c.q. uitbreidingen mogen niet in strijd zijn met deze overeenkomst.

()

Inkoop, levering en betaling en controle.

6.1. Franchisenemer verbindt zich zijn materialen, grondstoffen en productiemiddelen te kopen van door franchisegever aangewezen leveranciers, mits deze leveranciers een concurrerende prijsstelling hanteren.

6.2. Voor de prijzen, waartegen de franchisenemer haar diensten en producten zal verkopen en leveren, worden door franchisegever landelijk adviesprijzen vastgelegd.

6.3. Op alle leveringen door franchisegever of door haar aan te wijzen leveranciers zullen van toepassing zijn de algemene leverings- en betalingsvoorwaarden van franchisegever, resp. de door haar aangewezen leveranciers.

()

6.7. Franchisenemer behoeft de voorafgaande goedkeuring voor de aanschaf van nieuwe apparatuur, die een waarde van f. 5.000, te boven gaan.

Reklame- en Verkoopondersteuning.

7.1. Franchisenemer verplicht zich jegens franchisegever om aan alle reclameactiviteiten, die franchisegever wenselijk acht, deel te nemen.

7.2. () De franchisegever verplicht zich zorg te dragen voor het opzetten van een aantal reclame-akties, die ten doel hebben omzetvergroten te werken. () De reclame-activiteiten zullen worden gefinancierd uit de konform artikel 20 onder b genoemde bijdragen.

Reklameakties van individuele franchisenemers worden bij uitsluiting door franchisegever, doch in overleg met de individuele franchisenemer verzorgd.

Het is de franchisenemer niet toegestaan om zonder toestemming van franchisegever enige reclameactiviteit met betrekking tot diens MultiCopy te ondernemen.

()

Exklusiviteit.

8.1. De franchisenemer zal zijn winkel uitsluitend uitoefenen in het vestigingspunt, gelegen in [plaats 1].()

(8.2.)

8.3. De franchisenemer zal tijdens het bestaan van deze overeenkomst generlei zakelijke relatie mogen onderhouden met een keten of een persoon of vennootschap die in dezelfde bedrijfstak werkzaam is c.q. zich op het zelfde gebied beweegt.

Administratie en Financiering.

9.1. De franchisenemer verplicht zich de administratie van zijn MultiCopy te laten verzorgen door een door franchisegever aangewezen administratiekantoor. De franchisenemer kan met schriftelijke goedkeuring van franchisegever een eigen accountant aanstellen.

9.2. Franchisenemer gaat er mee akkoord dat de franchisegever een kopie ontvangt van de door het administratiekantoor maandelijks opgestelde maandoverzicht.

()

Duur van de overeenkomst

10.1 De onderhavige overeenkomst tussen partijen wordt aangegaan voor een periode van vijf jaar, te rekenen vanaf de datum van ondertekening van deze overeenkomst. Tenzij de overeenkomst door een van de partijen tegen de expiratiedatum daarvan wordt opgezegd, zal die overeenkomst telkens met een termijn van vijf jaar worden verlengd mits franchisenemer de op dat tijdstip geldende vorm van franchise-overeenkomst aanvaardt voor deze verlengingsperiode.

()

Tussentijdse beëindiging.

Algemeen.

11.1. Indien:

(a.)

(b.) franchisegever, dan wel franchisenemer geheel of gedeeltelijk nalatig blijft met de betaling van de aan de wederpartij casu quo aan derden verschuldigde vergoeding of andere schulden;

(c.) franchisegever of franchisenemer anderszins op ernstige wijze deze overeenkomst overtreedt;

heeft de andere partij het recht - in de gevallen als omschreven sub 11.1.b. en sub 11.1.c. nadat de nalatige partijen uitdrukkelijk schriftelijk tot nakoming is gesommeerd en met inachtneming van een termijn van 30 dagen in gebreke is gesteld - de onderhavige overeenkomst onmiddellijk en zonder rechterlijke tussenkomst te ontbinden.

()

Boetebeding.

12.0. In de gevallen als hierboven sub 11.1.b. en sub 11.1.c. omschreven, is de nalatige partij, na vergeefse sommatie en ingebrekestelling, voorts aan de andere partij zonder nadere ingebrekestelling of rechterlijke tussenkomst opeisbaar verschuldigd een boete groot fl. 5.000,00 (zegge: vijfduizend gulden) en voorts f. 500,00 (zegge: vijfhonderd gulden) voor

iedere dag dat de nalatigheid c.q. de overtreding voortduurt, zulks onverminderd het recht van die partij om alsnog van de nalatige partij volledige schadevergoeding te vorderen.

()

Concurrentiebeding.

15.1. Gedurende:

a. de looptijd van deze overeenkomst, en;

b. een periode van 1 jaar, na beëindiging van deze overeenkomst;

is het - behoudens ingeval van beëindiging de overeenkomst door opzegging door de franchisegever ingevolge artikel 10.1 en 10.2, alsmede overeenkomstig artikel 11 lid 1 onder b en c, als gevolg van nalatigheid c.q. overtreding aan de zijde van franchisegever - franchisenemer en de ondergetekende sub 2 in privé verboden direct of indirect betrokken te zijn bij de uitoefening van een bedrijf gelijk of gelijksoortig aan het krachtens deze overeenkomst uitgeoefende bedrijf binnen een straal van 30 km. van het vestigingspunten als vermeld sub 8.1.

Boetebeding.

15.2. Franchisenemer verbeurt bij overtreding van de in artikel 15.1. omschreven verboden ten behoeve van franchisegever en zonder ingebrekestelling over rechterlijke tussenkomst terstond opeisbare, niet voor matiging door de rechter vatbare, boete groot f. 10.000,00 per overtreding, alsmede

f. 1000,00 voor iedere dag, dat de overtreding voortduurt, onverminderd het recht van de andere partij om terzake volledige schadevergoeding te vorderen.

()

Rechtspersoon.

19.1. Deze overeenkomst is persoonlijk gebonden aan de als franchisenemer hieronder tekenende persoon.

19.2. Franchisenemer zal indien gewenst zijn MultiCopy exploiteren als een besloten vennootschap.

De besloten vennootschap, die in oprichting is, zal na de notariële akte van oprichting deze franchise overeenkomst bekrachtigen.

19.3. De als franchisenemer hieronder tekenende persoon blijft ook na de oprichting tezamen met de besloten vennootschap hoofdelijk aansprakelijk met betrekking tot het voldoen door de besloten vennootschap aan de verplichtingen en bepalingen uit deze overeenkomst.

Franchisevergoedingen.

20.0 Als vergoeding voor de aan franchisenemer bij deze overeenkomst toegekende rechten en toegezegde prestaties, zal franchisenemer aan franchisegever voldoen:

a. een entreegeld van f. 20.000,00;

b. een bijdrage in de reclame-activiteiten ad 3% van de netto omzet van franchisenemer;

c. een bijdrage in de kosten van de algemene begeleiding, inkoop e.d. ad 5,5% van de netto omzet van franchise-nemer; ()

21.2 Nietigheid.

1. Indien enige bepaling uit deze overeenkomst nietig of ongeldig wordt verklaard, zal een dergelijke verklaring geen invloed hebben op de overige bepalingen. ()"

(c) [appellant sub 1] heeft zijn onderneming overeenkomstig artikel 19 van de overeenkomst geëxploiteerd als een besloten vennootschap, te weten [appellante sub 2] [appellante sub 2] heeft de franchiseovereenkomst bekrachtigd.

(d) De overeenkomst is door [appellante sub 2] omstreeks 27 september 1998 opgezegd, tengevolge waarvan de overeenkomst met ingang van 11 oktober 1999 is geëindigd.

(e) [appellant] is na 11 oktober 1999 een drukkerij blijven exploiteren in het voormalige MultiCopy vestigingspunt in [plaats 1]; MultiCopy heeft in [plaats 1] een nieuwe vestiging geopend.

(f) De ABN Amro Bank heeft op 13 oktober 1999 ten behoeve van [appellante sub 2] aan MultiCopy een bankgarantie afgegeven voor een bedrag van fl. 100.000,00 in verband met afkoop van het concurrentiebeding (productie 1 bij conclusie van antwoord tevens inhoudende eis in reconventie)

(g) In eerste aanleg heeft MultiCopy - stellende dat [appellant] aan MultiCopy nog fees verschuldigd is alsook de daarover verschuldigde boete, en dat [appellant] haar bedrijf in strijd met de franchiseovereenkomst heeft voortgezet en blijft voortzetten - gevorderd dat de rechtbank [appellant] hoofdelijk zal veroordelen een bedrag te betalen van fl. 6.349,32 vermeerderd met een PM-bedrag aan rente en boetes, alsmede een bedrag van fl. 61.000,00 en een PM-bedrag wegens verschuldigde boetes in verband met overtreding van het concurrentiebeding; het te betalen bedrag in verband met het schenden van het concurrentiebeding is in verband met voortzetting van de schending door MultiCopy later vermeerderd tot fl. 235.000,00.

In reconventie heeft [appellant] terugbetaling van de door [appellant] betaalde reclamefees gevorderd alsmede terbeschikkingstelling van de door [appellant] verleende bankgarantie.

(h) De rechtbank heeft in conventie [appellant] veroordeeld aan MultiCopy fl. 246.730,28 te betalen, te vermeerderen met wettelijke rente over fl. 6.349,32 vanaf

11 oktober 2000 en [appellant] in de kosten veroordeeld; in reconventie heeft zij MultiCopy veroordeeld de bankgarantie ter beschikking te stellen van [appellant] en de kosten gecompenseerd; overigens heeft zij het meer of anders gevorderde afgewezen.

(i) In hoger beroep heeft [appellant] gevorderd:
in conventie:

(1) MultiCopy in haar vorderingen alsnog niet ontvankelijk te verklaren, althans de vorderingen van MultiCopy af te wijzen;

in reconventie:

(2) te verklaren voor recht dat de op of omstreeks

11 oktober 1989 tussen partijen gesloten franchiseovereenkomst nietig is, althans deze overeenkomst nietig te verklaren, althans te vernietigen;

(3) MultiCopy te veroordelen om alle fee-bedragen die zij over de jaren 1989 tot en met 1999 direct of indirect uit hoofde van de franchiseovereenkomst van [appellant] heeft ontvangen aan [appellant] terug te betalen, met wettelijke rente;

(4) MultiCopy te veroordelen om aan [appellant] te vergoeden alle schade die [appellant] heeft geleden als gevolg van de door ABN Amro ten behoeve van een aan MultiCopy afgegeven bankgarantie, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

(5) MultiCopy te veroordelen om aan [appellant] te voldoen een bedrag van fl. 254.247,96, te vermeerderen met wettelijke rente over een bedrag van fl. 154.247,96 vanaf 11 oktober 2001 en over een bedrag van fl. 100.000,00 vanaf 20 oktober 2001,

alles met veroordeling van MultiCopy in de kosten van het geding in beide instanties.

MultiCopy heeft de vorderingen van [appellant] weersproken en harerzijds gevorderd:

(1) [appellant] hoofdelijk te veroordelen aan MultiCopy te betalen een bedrag van fl. 11.349,32 vermeerderen met wettelijke rente over fl. 6.349,32 vanaf 11 oktober 2000;

(2) [appellant] hoofdelijk te veroordelen aan MultiCopy te betalen een bedrag van fl. 375.000,00, te vermeerderen met wettelijke rente daarover vanaf 11 oktober 2000 wegens verbeurde boetes in verband met overtreding van het concurrentiebeding;

alles met veroordeling van [appellant] in de kosten van beide instanties.

4.3. Grief 1 in principaal appel: strijd van de franchiseovereenkomsten met het mededingingsrecht

4.3.1. [appellant] stelt zich - voor het eerst in hoger beroep - op het standpunt dat de tussen partijen gesloten franchiseovereenkomst (hierna: de overeenkomst) in strijd is met het bepaalde in artikel 81, lid 1 EG en derhalve op grond van de lid 2 van deze bepaling van rechtswege nietig is. Blijkens de akte in principaal appel van 1 februari 2005 acht [appellant] de overeenkomst bovendien in strijd met artikel 6, lid 1 van de Mededingingswet. MultiCopy heeft bestreden dat de overeenkomst in strijd is met het mededingingsrecht.

Toepasselijk recht

4.3.2. De overeenkomst tussen partijen liep van oktober 1989 tot oktober 1999. Of de overeenkomst nietig was dient te worden beoordeeld naar het in die periode geldende recht.

4.3.2.1. Wat betreft het EG-recht betekent dit dat de vraag of sprake is van nietigheid dient te worden beantwoord aan de hand van:

- artikel 85, in 1997 vernummerd tot 81 EG-verdrag (het hof zal verder naar dit artikel verwijzen als artikel 81 EG);
- Verordening 17 uit 1962, volgens welke verordening de nationale rechter artikel 81 lid 3 EG niet zelfstandig kan toepassen (en dus niet Verordening 1/2003, volgens welke verordening de nationale rechter artikel 81 lid 3 EG wel zelfstandig kan toepassen);
- Verordening 4087/88 van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten, aan de hand van welke verordening kan worden bepaald of de overeenkomst valt onder artikel 81, lid 3 (Verordening 2790/1999 is dus niet van toepassing); het hof zal hierna naar Verordening 4087/88 verwijzen als "de Verordening"; deze Verordening was van kracht van 1 februari 1989 tot en met 31 december 1999, dus gedurende de gehele periode dat de overeenkomst tussen MultiCopy en [appellant] liep,
- alsmede de relevante Richtsnoeren en Bekendmakingen van de Commissie.

4.3.2.2. Wat betreft het interne Nederlandse recht is vanaf 1 januari 1998 van toepassing de Mededingingswet (Mw). Vanaf dezelfde datum is van toepassing het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten en detailhandel (Stb. 1997,704).

4.3.2.3. Ambtshalve dient het hof voorts te bezien of het voordien geldende interne mededingingsrecht kan leiden tot de door [appellant] gestelde nietigheid. Daarbij gaat het om de Wet Economische Mededinging (WEM) en het daarop gebaseerde Besluit horizontale prijsbinding (Stb. 1993, 80; gewijzigd bij Stb. 1994, 56 en Stb. 1995, 287; in werking getreden 1 juli 1993), welk besluit volgens de Nota van toelichting op dat Besluit mede betrekking heeft op franchising.

Strijdigheid met artikel 81 EG

4.3.3. Hetgeen door [appellant] is aangevoerd is onvoldoende om zijn stelling dat sprake is van strijd met artikel 81 EG te onderbouwen. Weliswaar vloeit uit deze stellingen voort dat naar de mening van [appellant] de tussen [appellant] en MultiCopy gesloten overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft, maar uit die stellingen volgt niet dat de overeenkomst de handel tussen de lidstaten daadwerkelijk of potentieel merkbaar kan beïnvloeden, terwijl uit de stellingen ook niet de conclusie kan worden getrokken dat de overeenkomst afspraken bevat die tot gevolg hebben dat die mededinging wordt beperkt, verhinderd of vervalst.

[appellant] heeft derhalve onvoldoende onderbouwd dat er sprake is van strijd met artikel 81 lid 1 EG, zodat in dit verband ook niet hoeft te worden onderzocht of de overeenkomst wellicht valt onder de uitzondering van artikel 81 lid 3 (mede gelet op Verordening 4087/88).

Strijdigheid met artikel 6 Mededingingswet

4.3.4. Vervolgens dient het hof te beoordelen of het beroep van [appellant] op artikel 6 Mededingingswet opgaat; een eventuele nietigheid heeft dan alleen betrekking op de periode vanaf 1 januari 1998.

Bij de beantwoording van de vraag of de stellingen van [appellant] tot de conclusie kunnen leiden dat de (gehele) tussen MultiCopy en [appellant] gesloten overeenkomst nietig is zodat de vorderingen van MultiCopy tot betaling van boete verschuldigd op grond van (in het bijzonder) overtreding van het concurrentiebeding moeten worden afgewezen en die van [appellant] tot terugbetaling van door hem betaalde fees moeten worden toegewezen, stelt het hof het volgende voorop.

(1) Bij de uitleg van artikel 6 Mw moet zoveel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de uitleg van artikel 81 EG; daarom is bij de uitleg van die bepaling van belang hetgeen door het Hof van Justitie inzake vergelijkbare gevallen wordt overwogen met betrekking tot de vraag of sprake is van schending van artikel 81 EG (HR 14 oktober 2005, RvdW 2005,115);

(2) Indien sprake is van nietigheid van een beding van een overeenkomst heeft dat niet automatisch tot gevolg dat de gehele overeenkomst nietig is; de rechter dient te bepalen wat de draagwijdte en de gevolgen voor het geheel van de contractuele betrekkingen zijn indien sommige bepalingen van de overeenkomst op grond van dit artikel nietig zouden zijn (aldus voor artikel 81 EG HvJ

18 december 1986, 10/86; vgl. voor de Mededingingswet HR 17 december 2004, C03/224HR; JOL 2004, 677);

(3) Indien sprake zou zijn van nietigheid van de gehele franchiseovereenkomst dient de rechter er op toe te zien dat de bescherming van de mededinging niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van een van de partijen (aldus voor artikel 81 EG HvJ 20 september 2001, C453/99). Naar het dan toe te passen interne Nederlandse recht ontstaan dan ongedaanmakingsverplichtingen.

4.3.5. [appellant] doet er een beroep op dat er sprake is van strijd met artikel 6 Mededingingswet; zijn stellingen kunnen wel de conclusie dragen dat de overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft, maar niet dat de gevolgen daarvan de mededinging beperken. Daarvoor had [appellant] zijn stellingen nader moeten toelichten. In het navolgende zal het hof dus alleen onderzoeken of de door [appellant] genoemde bepalingen een mededingingsbeperkende strekking hebben. Indien daarvan geen sprake blijkt te zijn is nader onderzoek ten aanzien van de andere door partijen aangevoerde punten (zoals de merkbaarheid van de eventuele mededingingsbeperking en het beroep van MultiCopy op de minimis uitzondering) niet meer nodig.

4.3.6. Zoals uit het voorgaande volgt is het van belang in eerste plaats na te gaan of de onderhavige overeenkomst in strijd zou zijn met artikel 81 EG wanneer zou vaststaan dat de overeenkomst de handel tussen lidstaten merkbaar zou beïnvloeden.

4.3.6.1. Wat dit betreft is allereerst van belang het Pronuptia-arrest van het Hof van Justitie (HvJ 28 januari 1986, C161/84). Weliswaar heeft het hof - nadat het onderscheid had gemaakt tussen dienstenfranchising, productief franchising en verkoopfranchising - zich in dat arrest slechts uitgesproken over verkoopfranchising, maar dat neemt niet weg dat voor de toetsing of

sprake is van schending van artikel 81 lid 1 EG gezichtspunten kunnen worden ontleend aan dit arrest.

Evenals bij verkoopfranchising geldt voor dienstenfranchising dat sprake is van een soort economische exploitatie van knowhow, waardoor ondernemers zonder de nodige ervaring overigens de mogelijkheid krijgen gebruik te maken van methoden die zij zich anders slechts na lang en moeizaam onderzoek eigen hadden kunnen maken, en laat het hen profiteren van de reputatie van een handelsnaam.

Gelet op dit uitgangspunt moet de franchisegever de franchisenemer zijn knowhow kunnen overdragen en hem de nodige bijstand bij de toepassing van zijn methoden kunnen verlenen zonder het risico te lopen dat die knowhow en die bijstand zij het ook maar indirect haar concurrenten ten goede komen. Bijgevolg zijn clausules die onmisbaar zijn om dat te voorkomen geen beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 85 lid 1 EG. Hetzelfde geldt voor het verbod voor de franchisenemer om tijdens de looptijd van de overeenkomst of gedurende een passende periode na afloop daarvan eenzelfde of gelijksoortige zaak te openen in een gebied waar hij een concurrentie zou kunnen komen met een van de leden van de organisatie.

Voorts moet de franchisegever de passende maatregelen kunnen nemen voor het behoud van de identiteit en de reputatie van de door de handelsnaam gesymboliseerde dienstenorganisatie, zodat de clausules die het daarop onmisbare toezicht regelen evenmin beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 85 lid 1 EG vormen.

In dat verband is toezicht van de franchisegever op de kwaliteit van de dienstverlening van belang, in welk verband een clausule die de franchisenemer verplicht slechts producten van de franchisegever of van door deze erkende leveranciers te verkopen noodzakelijk kan zijn voor de bescherming van de reputatie van de organisatie. Ook de clausule die voor alle reclame van de franchisenemer de toestemming van de franchisegever voorschrijft is onmisbaar voor het behoud van de identiteit van die organisatie voor zover het daarbij enkel gaat om de aard van reclame.

Tot de clausules die - aldus ook het Hof van Justitie in het Pronuptia-arrest betreffende verkoopfranchising - geenszins noodzakelijk zijn voor de bescherming van de overgedragen knowhow of het behoud van de identiteit en de reputatie van de dienstenorganisatie, doch de mededinging tussen de leden van deze organisatie beperken, horen clausules die de markt tussen de franchisegever en franchisenemers of tussen franchisenemers onderling verdelen of die prijsconcurrentie tussen deze laatsten onmogelijk maken. Evenwel levert mededeling van adviesprijzen door de franchisegever aan de franchisenemer geen strijd met artikel 81 lid 1 op, mits er geen afspraken bestaan om die prijzen daadwerkelijk toe te passen.

4.3.6.2. Daarnaast kunnen voor beantwoording van de vraag of sprake is van strijd met artikel 6 Mededingingswet gezichtspunten worden ontleend aan Verordening 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3 van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten. Deze verordening is van toepassing voor alle (vormen van) franchiseovereenkomsten die vallen onder het bereik van artikel 85 lid 1 maar desondanks gelet op lid 3 toelaatbaar zijn; daarop bestaat dan weer een uitzondering voor de in artikel 5 van de verordening genoemde gevallen.

Toetsing van de afzonderlijke, volgens [appellant] met artikel 6 Mw strijdige, bepalingen uit de overeenkomst

4.3.7. Het hof zal eerst de volgens [appellant] met artikel 6 Mw strijdig bepalingen toetsen aan artikel 81 EG (zoals in het bijzonder in het Pronuptia-arrest door het Hof van Justitie uitgelegd) en aan Verordening 4087/88 (hierna: de Verordening).

Daarbij dient steeds te worden gezien hoe de desbetreffende bepaling moet worden begrepen. Wat dat betreft geldt, dat het voor de beantwoording van de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld neerkomt op de zin die partijen en de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen op hetgeen partijen te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten; bij deze uitleg dient de rechter rekening te houden met alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen (de Haviltexnorm, vgl. HR 20 februari 2004, NJ 2005,493).

Wat dat betreft merkt het hof het volgende op. MultiCopy heeft aangevoerd, dat zij, om ervoor zorg te dragen dat de franchiseovereenkomsten voldoen aan de nationale en internationale mededingingsregels, die overeenkomsten te allen tijde en continue laat toetsen door haar eigen adviseurs en door de Nederlandse Franchise Vereniging. Strijd met de mededingingsregels is dan ook door MultiCopy, als opsteller van de onderhavige overeenkomst, niet beoogd. Ook [appellant] heeft niet gesteld dat partijen dat oogmerk hadden. Hoewel dat niet betekent dat de overeenkomst niet desondanks strijdig kan zijn met het mededingingsrecht, betekent dat wel dat wanneer de overeenkomst zowel een interpretatie toelaat die met het mededingingsrecht strijdt als een interpretatie die dat recht respecteert, deze laatste interpretatie in beginsel moet prevaleren.

Inzake de afzonderlijke, door [appellant] als strijdig met het mededingingsrecht aangemerkte, bepalingen overweegt het hof als volgt.

4.3.7.1. Artikel 6.1. van de overeenkomst (aanschaf materialen)

De verplichting materialen, grondstoffen en productiemiddelen te kopen bij aangewezen leveranciers is blijkens het Pronuptia-arrest (rechtsoverweging 21) en de Verordening niet zonder meer in strijd met artikel 81 lid 1. Bovendien geldt de bepaling alleen als de door MultiCopy aangewezen leveranciers een concurrerende prijsstelling hanteren. Gelet daarop heeft [appellant] onvoldoende onderbouwd waarom hier sprake is van een bepaling die de strekking heeft de mededinging te beperken. De franchisenemer is immers vrij producten bij andere leveranciers af te nemen wanneer dat goedkoper is.

4.3.7.2. Artikel 6.2. van de overeenkomst (vaststelling prijzen)

Ook al beperken clausules die afbreuk doen aan de vrijheid van de franchisenemer om zelf zijn prijzen vast te stellen de mededinging, dit geldt niet voor de mededeling door de franchisegever aan de franchisenemer van adviesprijzen (Pronuptia-arrest, rechtsoverweging 25). Artikel 6.2. spreekt uitdrukkelijk over adviesprijzen, en de interpretatie die [appellant] overigens geeft van dit artikellid is niet aannemelijk. Het artikellid beschrijft immers de situatie waarin de franchisenemer zich bevindt - deze zal immers steeds een verkoopprijs voor zijn diensten moeten bepalen - en geeft aan dat de franchisegever voor die situatie advies kan geven met betrekking tot de prijzen. Een mededingingsbeperkende strekking heeft deze bepaling, aldus gelezen, niet.

Tijdens het pleidooi heeft [appellant] nog gewezen op het feit dat hij op grond van artikel 2 van de overeenkomst verplicht was te handelen niet alleen conform de overeenkomst, maar ook conform de reglementen en instructies opgenomen in het Handboek, en dat uit dit Handboek zou blijken dat franchisenemers toch gedwongen waren de adviesprijzen daadwerkelijk te hanteren.

MultiCopy heeft gesteld dat het Handboek alleen een prijsleutel bevatte waaruit adviesprijzen konden worden afgeleid.

Het hof begrijpt de laatste zin van het laatste lid van artikel 2 aldus dat de bepalingen uit het Handboek niet strijdig mogen zijn met de overeenkomst zelf; hoewel letterlijk genomen deze zin slechts slaat op wijzigingen en uitbreidingen in het Handboek, en niet op de oorspronkelijke bepalingen daarvan, is het niet aannemelijk dat de oorspronkelijke bepalingen in het Handboek wel, en de wijzigingen daarop niet in strijd zouden mogen zijn met de overeenkomst zelf. De overeenkomst zelf prevaleerde derhalve, en uit die overeenkomst zelf blijkt dat de franchisegever alleen adviesprijzen vaststelt.

Mocht het zo zijn dat in het Handboek van de overeenkomst afwijkende bepalingen zijn opgenomen en dat partijen daarnaar gehandeld hebben, dan wel dat - zoals [appellant] heeft aangevoerd - partijen feitelijk anders handelden dan volgens de overeenkomst was vastgesteld, dan is er wellicht sprake geweest van daadwerkelijk handelen in strijd met de mededingingsbepalingen, maar dit is dan niet geschied op grond van een bepaling in de overeenkomst en tast dan de overeenkomst zelf niet aan.

De slotsom is derhalve dat artikel 6.2 van de overeenkomst geen mededingingsbeperkende strekking heeft.

Gelet hierop kan het hof voorbijgegaan aan het aanbod van [appellant] te bewijzen dat partijen in feite vaste prijzen hanteerden.

4.3.7.3. Artikel 6.3 van de overeenkomst (toepasselijkheid algemene voorwaarden)

Het hanteren van de eigen algemene voorwaarden door MultiCopy in haar relatie tot [appellant] levert geen strijd op met het mededingingsrecht. [appellant] heeft ook onvoldoende onderbouwd waarom dat wel zou gelden voor de algemene voorwaarden die andere leveranciers zouden hanteren. Dat de mededinging (merkbaar) zou worden beperkt doordat [appellant] algemene voorwaarden moet accepteren ligt immers niet voor de hand. Dat - zoals [appellant] aanvoert - het beding niet onder enige vrijstellingsbepaling valt is niet doorslaggevend, omdat de opsomming die in het arrest van het Hof van Justitie respectievelijk de Verordening wordt gegeven niet uitputtend is (zie de considerans van de Verordening, onder (11)).

Voorts kan het ontbreken van een dergelijke bepaling er juist op wijzen dat een dergelijke bepaling niet relevant is als het om mededinging gaat.

4.3.7.4. Artikel 6.7 van de overeenkomst (goedkeuring voor aanschaf apparatuur boven fl. 5.000,00)

[appellant] heeft onvoldoende onderbouwd waarom deze clause - die noch door het Hof van Justitie, noch door de Verordening als al dan niet toelaatbaar wordt genoemd - strijdig zou zijn met het mededingingsrecht. De clause belemmert de franchisenemer niet ten aanzien van de keuze van de leverancier van het apparaat dat hij wenst aan te schaffen, maar voorkomt het aangaan van te grote financiële risico's, die ertoe kunnen leiden dat de franchisenemer failliet gaat, hetgeen van invloed kan zijn op de reputatie van de franchiseketen.

4.3.7.5. Artikel 7.2 van de overeenkomst (reclame)

Volgens rechtsoverweging 22 van het Pronuptia-arrest is de clause die voor alle reclame van de franchisenemer de toestemming van de franchisegever voorschrijft onmisbaar voor het behoud van de identiteit van die organisatie, althans voor zover het daarbij enkel gaat om de aard van die reclame.

De door [appellant] bestreden bepaling is in overeenstemming met deze overweging uit het Pronuptia-arrest. Dat MultiCopy controle wenst te hebben op reclame-uitingen van haar franchisenemers is volgens het Hof van Justitie niet in strijd met artikel 85 lid 1 EG. Gesteld

noch gebleken is dat de bepaling betrekking heeft op andere aspecten dan de aard van de te maken reclame, zodat een daartoe strekkende interpretatie moet worden verworpen.

4.3.7.6. Artikel 8.3. van de overeenkomst (verbod omgang zakenpartners)

Clausules die onmisbaar zijn om te voorkomen dat de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow en verleende bijstand ook maar indirect aan concurrenten ten goede kunnen komen, zijn geen beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 85 lid 1 EG (Pronuptia-arrest, rechtsoverweging 16, eerste zin). De door [appellant] gewraakte bepaling beoogt kennelijk te voorkomen dat een dergelijke overdracht van knowhow plaatsheeft; het aangaan van een zakelijke relatie ofwel samenwerkingsverband kan al gauw leiden tot uitwisseling van informatie en gegevens, en dus tot overdracht van knowhow. Aldus verstaan is de bepaling niet in strijd met het mededingingsrecht.

4.3.7.7. Artikel 9.1. van de overeenkomst (administratie)

Ook voor deze bepaling geldt dat [appellant] onvoldoende heeft onderbouwd waarom hier sprake is van een bepaling waarvan de strekking in strijd is met het mededingingsrecht. Het enkele feit dat de bepaling de contractsvrijheid van de franchisenemer beperkt is daarvoor niet voldoende.

Voorts heeft het Hof van Justitie in het Pronuptia-arrest (rechtsoverweging 17 e.v.) overwogen dat clausules ter regeling van het toezicht dat onmisbaar is voor het behoud van de identiteit en de reputatie van de door de handelsnaam gesymboliseerde organisatie niet als beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 81 lid 1 kunnen worden beschouwd. Het voorschrift dient in het licht daarvan te worden gezien. De franchisegever dient immers te beschikken over de nodige informatie voor diens bedrijfsvoering en ook in verband met de advisering aan de franchisenemers. Derhalve mag de franchisegever eisen stellen aan de wijze waarop de administratie wordt verzorgd door de franchisenemer. Bovendien laat de bepaling het toe dat de franchisenemer een eigen accountant kiest, zij het dat de franchisegever die keuze moet goedkeuren.

4.3.7.8. Artikel 15.1 van de overeenkomst (concurrentiebeding)

Volgens het Pronuptia-arrest moet de franchisegever de franchisenemer zijn knowhow kunnen overdragen en hem de nodige bijstand bij de toepassing van zijn methoden kunnen verlenen, zonder het risico te lopen dat die knowhow en die bijstand zij het ook maar indirect aan concurrenten ten goede komen. Derhalve is, aldus dat arrest (rechtsoverweging 16, derde zin), een verbod voor de franchisenemer om tijdens de looptijd van de overeenkomst en gedurende een passende periode na afloop daarvan een zelfde of gelijksoortige zaak te openen in een gebied waar hij in concurrentie zou kunnen komen met een van de leden van de organisatie toegestaan. In de Verordening wordt die passende periode geconcretiseerd tot een periode van ten hoogste één jaar na beëindiging van de overeenkomst.

De overeenkomst tussen MultiCopy en [appellant] bepaalt wel dat [appellant] zijn bedrijf in [plaats 1] dient te vestigen, maar tussen partijen is niet bepaald op welk gebied de onderneming zich richt; de kaart waarnaar [appellant] verwijst heeft slechts betrekking op het bepaalde in artikel 8.2 van de overeenkomst, hetgeen een verbod voor [appellant] inhoudt een andere winkel te vestigen in het aldus aangeduide gebied.

Een gebied met een straal van 30 km rond het vestigingspunt kan redelijkerwijs worden aangemerkt als "het gebied waarin hij de franchise heeft geëxploiteerd" als bedoeld in artikel 3 lid 1 aanhef en onder c van de Verordening.

Ook deze bepalingen leveren dus geen strijd op met artikel 81 lid 1 EG.

4.3.8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de door [appellant] gewraakte bepalingen uit de overeenkomst, getoetst aan artikel 81 EG en de Verordening (maar los van de vraag of de handel tussen de lidstaten daardoor, al dan niet merkbaar, wordt beperkt), naar hun strekking geen strijd met het mededingingsrecht opleveren. Van nietigheid van de overeenkomst zelf is dan in ieder geval ook geen sprake.

Nu artikel 6 Mw in het licht van artikel 81 EG moet worden uitgelegd, is ook niet sprake van strijd met dit artikel.

4.3.9. Ten aanzien van er de bepalingen 6.3., 6.7, 7.2., 8.3 en 9.1. van de overeenkomst overweegt het hof voorts nog als volgt.

Ook wanneer deze bepalingen nietig zouden moeten worden geacht zou dat niet leiden tot de nietigheid van de overeenkomst. Het gaat hier immers om bepalingen die in het geheel van de overeenkomst een beperkte betekenis hebben, zodat de nietigheid daarvan niet ook de nietigheid van de gehele overeenkomst tot gevolg heeft, dit mede gelet op artikel 21.2 lid 1 van de overeenkomst. Volgens die bepaling heeft de nietigheid van enige bepaling geen invloed op de geldigheid van de overige bepalingen.

Het wegvallen van deze bepalingen uit de overeenkomst leidt in redelijkheid ook niet tot aanpassing van de door [appellant] op grond van de overeenkomst verschuldigde fee. Dat geldt ook voor de bepaling die betrekking heeft op het maken van reclame. Weliswaar heeft de fee betrekking op de gemaakte reclame, maar daarbij gaat het om de reclame die door MultiCopy zelf wordt gemaakt op grond van artikel 7.2 lid 2, eerste zin, en niet op de eventuele individuele reclameacties van [appellant].

Strijdigheid met het Besluit horizontale prijsbinding

4.3.10. Volgens het Besluit horizontale prijsbinding zijn onverbindend bepalingen in mededingingsregelingen die ertoe strekken ondernemers te beperken in hun vrijheid prijzen vast te stellen bij - onder meer - het aanbieden van diensten (artikel 1) dan wel te aanvaarden bij het aankopen van goederen of het afnemen van diensten (artikel 2).

Gelet op artikel 1 WEM kan de overeenkomst tussen MultiCopy en [appellant] als mededingingsregeling worden aangemerkt.

Volgens artikel 4 van het Besluit gelden de eerder genoemde artikelen 1 en 2 evenwel niet voor de in dat artikel 4 genoemde bepalingen in de daar nader gespecificeerde regelingen; volgens de Nota van toelichting gaat het daarbij vooral om "vormen van samenwerking die in de praktijk plegen te worden aangeduid met de termen in- en verkooporganisaties en franchising".

Uit de overeenkomst tussen MultiCopy en [appellant] blijkt immers dat deze voldoet aan de in artikel 4 van het Besluit genoemde voorwaarden, zodat de overeenkomst kan profiteren van de vrijstelling van artikel 4.

4.3.11. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat van nietigheid van de overeenkomst geen sprake is, zodat grief 1 faalt.

Het bewijsaanbod dat [appellant] in dit verband heeft gedaan behoeft derhalve ook overigens geen bespreking.

Ook behoeft niet worden onderzocht of sprake zou zijn van ongerechtvaardigde verrijking, nu van nietigheid geen sprake is. Daarom behoeft ook geen bespreking wat [appellant] aanvoert in de eerste bladzijden van de memorie van grieven inzake het (niet) functioneren van de MultiCopy-organisatie. Hetgeen [appellant] hier aanvoert mondt niet uit in een concrete grief, en leidt ook niet tot een specifieke vordering in het petitum. Nader onderzoek naar het door

[appellant] hier gestelde zou dan ook alleen van belang kunnen zijn als zou moeten worden onderzocht of sprake is van ongerechtvaardigde verrijking.

4.4. Grief 2 in principaal appel: de toewijzing van fl. 235.000,00 op grond van overtreding van het concurrentiebeding

4.4.1. [appellant] leidt uit de stelling van MultiCopy in de antwoordakte van 27 februari 2001 - inhoudende dat

het [appellant] is toegestaan zijn onderneming te blijven uitoefenen mits hij niet de indruk wekt nog steeds bij de MultiCopy-organisatie te behoren - af dat MultiCopy haar aanvankelijk ingenomen standpunt, te weten dat [appellant] door het enkele voortzetten van het bedrijf ter plekke na beëindiging van de franchiseovereenkomst het concurrentiebeding heeft overtreden, onvoorwaardelijk heeft verlaten. Derhalve kan MultiCopy volgens [appellant] nog slechts een boete vorderen wanneer [appellant] zich zou blijven voordoen als lid van de MultiCopy-organisatie, en daarvan is geen sprake geweest.

4.4.2. Deze lezing van de akte van MultiCopy - die door MultiCopy uitdrukkelijk is weersproken - kan in redelijkheid niet worden aanvaard. De opmerking van MultiCopy in deze akte wordt immers voorafgegaan door de opmerking dat [appellant] niet alle activiteiten binnen een jaar na beëindiging van de franchiseovereenkomst hoeft te staken, en wordt gevolgd door de opmerking dat het hier dus niet gaat om een beëindiging door [appellant] van al diens activiteiten. De stelling van MultiCopy moet dus aldus worden verstaan dat [appellant] nog steeds de vrijheid heeft een drukkerij te exploiteren, mits hij zich daarbij maar houdt aan het concurrentiebeding.

4.4.3. Niet in discussie is dat [appellant] zijn drukkerij direct na beëindiging van de overeenkomst heeft voortgezet op hetzelfde adres waar zijn MultiCopy-vestiging was gevestigd. Derhalve staat vast dat daardoor het concurrentiebeding door [appellant] werd geschonden.

4.5. De grief in incidenteel appel: de omvang van de boeten

4.5.1. De grief keert zich er tegen dat de rechtbank slechts fl. 235.000,00 heeft toegewezen wegens overtreding van het concurrentiebeding, terwijl (inmiddels) de boete is opgelopen tot fl. 375.000,00.

4.5.2. In eerste aanleg heeft MultiCopy aanvankelijk wat betreft de overtreding van het concurrentiebeding voor de periode tot en met 30 november 1999 een bedrag van fl. 61.000,00 gevorderd "en met ingang van 1 december 1999 ad PM". In de conclusie van repliek in conventie heeft MultiCopy gesteld dat [appellant] wat dit betreft verschuldigd is een eenmalige boete van fl. 10.000,00 en "een boete ad fl. 1000,00 per dag, per heden (23 mei 2000) fl. 225.000,00" derhalve totaal fl. 235.000,00, en akte gevraagd van deze vermeerdering van eis. De PM-post is derhalve bij de vermeerdering van eis vervallen.

De rechtbank heeft dan ook terecht (niet meer dan) de gevorderde fl. 235.000,00 toegewezen. De vordering in hoger beroep kan evenwel worden aangemerkt als (opnieuw) een vermeerdering van eis, die ook in het petitum in hoger beroep is neergelegd. [appellant] heeft zich tegen deze vermeerdering van eis niet verzet, en op zich niet bestreden dat, als het concurrentiebeding geldig en daadwerkelijk overtreden is, de verschuldigde boete na verloop van een jaar in beginsel fl. 375.000,00 bedraagt (te weten een algemene boete van fl. 10.000,00 en daarnaast een boete van fl. 1000,00 per dag gedurende 365 dagen).

In beginsel is [appellant] derhalve in verband met overtreding van het concurrentiebeding in totaal een bedrag van fl. 375.000,00 verschuldigd.

4.5.3. De grief in incidenteel appel slaagt. Op het beroep op matiging dat [appellant] heeft gedaan zal het hof hierna ingaan bij de bespreking van grief 3 in principaal appel.

4.5.4. [appellant] heeft terecht opgemerkt dat MultiCopy op bladzijde 35 van de memorie van antwoord in principaal appel weliswaar heeft opgemerkt dat de rechtbank ten onrechte de op grond van artikel 10 van de overeenkomst gevorderde boeten van fl. 500,00 per dag (wegens te late betaling van fees) niet heeft toegewezen, maar dat MultiCopy daarop niet terugkomt in incidenteel appel en ook niet in het petitum in incidenteel appel. Het hof gaat dan ook aan deze opmerking van MultiCopy voorbij.

4.6. Grief 3 in principaal appel: matiging van de boeten wegens schending van het concurrentiebeding resp. op grond van het boetebeding van artikel 12 van de overeenkomst

4.6.1. Wat betreft de door MultiCopy gevorderde boete wegens schending van het concurrentiebeding doet [appellant] in hoger beroep uitdrukkelijk een beroep op artikel 6:94 lid 1 BW, en verzoekt hij om matiging tot nihil, althans tot een zodanig bedrag als het hof zal vermenen te behoren.

Daarbij stelt [appellant] dat MultiCopy geen schade heeft geleden en dat het belang van [appellant] om haar onderneming voort te zetten veel zwaarder weegt dan een belang van MultiCopy bij naleving van het concurrentiebeding. Ten slotte heeft [appellant] in zijn akte in principaal appel van 1 februari 2005 aangevoerd dat de schending niet over 365 dagen berekend kan worden omdat de onderneming slechts gedurende vijf dagen per week is geëxploiteerd, terwijl het bedrijf bovendien drie weken wegens vakantie gesloten is geweest, en ook officiële feestdagen moeten worden afgetrokken.

Wat betreft de boete van fl. 5.000,00 wijst [appellant] op artikel 6:92 lid 1 BW, waaruit volgens [appellant] volgt dat MultiCopy die boete niet kan opvorderen naast de betaling van de hoofdsom en rente.

MultiCopy voert aan dat er geen grond is voor beperking of matiging van de door [appellant] verschuldigde boeten.

4.6.2. De stelling van [appellant] dat de uit het concurrentiebeding voortvloeiende boete alleen verschuldigd is over - kort gezegd - de dagen dat het bedrijf van [appellant] voor het publiek geopend was wordt verworpen. In beginsel moet immers worden aangenomen dat een bedrijf ook wordt uitgeoefend op de dagen dat het wegens vakantie, feestdagen of weekend gesloten is; [appellant] heeft geen feiten of omstandigheden aangevoerd die in dit geval tot een ander oordeel moeten leiden.

4.6.3. Inzake het beroep op matiging van de boete op grond van het, met het concurrentiebeding samenhangende, boetebeding van artikel 15.2 van de overeenkomst overweegt het hof als volgt.

Dit artikel bepaalt dat de boete niet voor matiging vatbaar is. Naar huidig recht is een dergelijke bepaling nietig (artikel 6:94 lid 3 BW). De bepaling maakt echter deel uit van een overeenkomst gesloten in 1989, derhalve voordat het huidige recht van toepassing werd; dat de overeenkomst een looptijd had van vijf jaar doet daaraan niet af, omdat deze vervolgens automatisch verlengd op grond van de overeenkomst zelf.

Gelet op het bepaalde in artikel 79 Overgangswet heeft artikel 15.2 van de overeenkomst wat betreft de niet-vatbaarheid voor matiging haar gelding ook na 1 januari 1992 behouden.

4.6.4. De overtreding van het concurrentiebeding heeft evenwel pas na 1 januari 1992 plaatsgehad. Wat die situatie betreft is in de Memorie van Toelichting op de Invoeringswet het volgende overwogen (PG Invoering 3,5 en 6, Overgangsrecht, p. 307):

"Gelet op artikel 182 komen de artikelen 6.1.8.10-18 [thans 6:84 - 6:94 BW] voor toepassing alleen in aanmerking, indien de niet nakoming pas met of na hun inwerkingtreding is aangevangen. Een beding dat "wijziging" van "de straf" ingevolge artikel 1345 uitsluit, zal tot strekking hebben uitsluiting van iedere matiging, zodat het door artikel 71 wordt geëerbiedigd - evenwel binnen de grenzen die de huidige rechtspraak trekt (zie HR 27 april 1984, RvdW 1984, 88)."

Artikel 15.2. van de overeenkomst moet gelet op haar bewoordingen worden aangemerkt als een door partijen beoogde afwijking van artikel 1345 BW (oud) als hiervoor bedoeld. Van nietigheid zoals bedoeld in artikel 6:94 lid 3 BW is dus geen sprake, ook voor zover het gaat om overtredingen daarvan na 1 januari 1992.

4.6.5. Volgens het hiervoor onder 4.6.4 genoemde arrest (NJ 1984, 679) is naar het voor 1992 geldende recht onder omstandigheden, ook als partijen een niet voor matiging vatbare boete zijn overeengekomen, een beroep op artikel 1374 lid 3 BW (oud) mogelijk, terwijl een dergelijk beroep moet worden gehonoreerd als de bedongen boete in relatie tot de overtredingen zo buitensporig zou zijn dat de eisen van de goede trouw eraan in de weg zouden staan dat zij ten volle worden opgevorderd.

4.6.6. Het hof vat - gelet op artikel 25 Rv. - de verwijzing door [appellant] naar artikel 6:94 lid 1 BW op als een beroep op artikel 1374 lid 3 BW (oud).

[appellant] heeft aangevoerd dat het er MultiCopy niet om ging dat [appellant] werd belet te gaan concurreren, maar dat het er MultiCopy na beëindiging van de franchiseovereenkomst alleen nog om ging een stevige som geld te ontvangen; [appellant] heeft evenwel grote belangen bij voortzetting van de onderneming gelet op de op hem rustende doorlopende verplichtingen.

Volgens MultiCopy heeft zij grote schade geleden door dat [appellant] zijn onderneming heeft voortgezet, en dat het boetebeding ervoor bedoeld is om deze schade te vergoeden.

4.6.7. Het hof is van oordeel dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, de bedongen boete in relatie tot de overtredingen niet zo buitensporig is dat de eisen van de goede trouw eraan in de weg zouden staan dat zij ten volle wordt opgevorderd.

[appellant] heeft immers zijn drukkerij voortgezet in hetzelfde pand waarin hij zijn MultiCopy-vestiging dreef, zodat de daardoor ontstane schade maximaal was; niet alleen bleef [appellant] op dezelfde plaats bereikbaar voor zijn klanten en die van MultiCopy, maar bovendien is aannemelijk dat dit geleid heeft tot reputatieschade voor MultiCopy. [appellant] heeft de stelling van MultiCopy dat de grove schending door [appellant] het MultiCopy zeer moeilijk maakte een andere franchisenemer te vinden, terwijl dit tot een groot verlies van inkomsten voor MultiCopy leidde niet weersproken.

Bovendien heeft MultiCopy binnen twee maanden nadat de overeenkomst door [appellant] was opgezegd de onderhavige procedure bij de rechtbank te Breda aanhangig gemaakt en op deze boete aanspraak gemaakt; het was [appellant] derhalve duidelijk dat MultiCopy [appellant] uitdrukkelijk aan het concurrentiebeding wenste te houden, en desondanks is [appellant] welbewust het concurrentiebeding blijven schenden, wetende dat MultiCopy de boeten wenste op te vorderen.

Dat het - zoals [appellant] aanvoert - MultiCopy er alleen maar om ging een stevige som van de vroegere franchisenemer los te krijgen is gelet op het optreden van MultiCopy volstrekt

niet aannemelijk geworden; MultiCopy heeft immers een andere franchisenemer gezocht en gevonden. Dat er sprake is geweest van aanzienlijke schade voor MultiCopy staat dan ook wel vast, en MultiCopy was derhalve gerechtigd tot het opvorderen van de overeengekomen boete.

Het bewijsaanbod dat [appellant] in dit verband doet wordt dan ook als niet ter zake dienend gepasseerd.

Ook het feit dat MultiCopy bij brief van 7 september 1999 (en dus vóór de beëindiging van de overeenkomst) een afkoopsom van fl. 100.00,- heeft aangeboden kan niet tot een ander oordeel leiden. Het ging daarbij immers om schikkingsonderhandelingen die niet tot een schikking hebben geleid, zodat [appellant] daarop thans geen beroep kan doen.

4.6.8. Voor de goede orde overweegt het hof voorts dat ook wanneer het verweer van [appellant] naar nieuw recht zou moeten worden beoordeeld dat niet tot een ander oordeel zou leiden. Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen kan niet worden gezegd dat de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de overeengekomen boete wordt gematigd.

4.6.9. De grief faalt derhalve voor zover het deze boete betreft.

Het hof zal de wettelijke rente over deze boete - conform het voorstel van MultiCopy in de memorie van antwoord op pagina 38 - laten ingaan op 11 oktober 2000.

4.6.10. Wat betreft de boete vanwege het niet betalen van fees overweegt het hof in de eerste plaats dat ook hier geldt hetgeen hierboven inzake het overgangsrecht is overwogen. Derhalve is ook in dit geval het oude recht van toepassing, en wel artikel 1343 lid 2 BW (oud).

Volgens dat artikel kan de schuldeiser niet tegelijk de hoofdschuld en de straf vorderen, "ten ware de straf enkel op de eenvoudige vertraging mocht zijn gesteld". Naar het oordeel van het hof doet deze uitzondering zich hier voor. De boete is verschuldigd wanneer te laat wordt betaald, maar treedt kennelijk niet in de plaats van hetgeen betaald moet worden.

Dit gedeelte van de grief faalt.

4.6.11. Ook wat betreft deze boete doet [appellant] een beroep op matiging.

De desbetreffende bepaling 10.0 van de overeenkomst sluit - anders dan de boetebepaling bij het concurrentiebeding - matiging niet uit.

Op grond van artikel 1374 lid 3 BW (oud) zal het hof de boete matigen tot E. 500,-. Het overweegt daartoe als volgt.

Het boetebeding geldt voor iedere schending van artikel 11.1 aanhef en onder b en c van de overeenkomst, dus ook voor schendingen die ernstiger zijn dan te late betaling en is onafhankelijk van de omvang van de schending. De hier gevorderde hoofdsom bedraagt niet meer dan fl. 6.349,32 en in verband met de schade door te late bepaling ontvangt MultiCopy al (zoals gevorderd) wettelijke rente vanaf 11 oktober 2000. Dat er wat dit betreft andere schade is geleden is gesteld noch gebleken.

Het hof zal derhalve deze boete beperken tot E. 500,- en de vordering van MultiCopy voor het vorige afwijzen.

In zoverre slaagt de grief.

Grief 4: verhaal kosten bankgarantie

4.6.12. [appellant] stelt dat een bankgarantie uitsluitend is gesteld teneinde te voorkomen dat door MultiCopy vergaande conservatoire beslagen gelegd zouden gaan worden; ze is gesteld om de daardoor dreigende schade te beperken. Daarom dient MultiCopy de schade van [appellant] ten gevolge van stellen van deze bankgarantie te vergoeden. Dit geldt, aldus

[appellant], temeer nu de vorderingen van MultiCopy voor het overgrote deel iedere grondslag ontberen.

MultiCopy heeft de grief weersproken.

4.6.13. Hetgeen door [appellant] wordt aangevoerd is onvoldoende om de schade voortvloeiend uit het stellen van een bankgarantie op MultiCopy te leggen. Uit hetgeen het hof heeft beslist inzake de eerdere grieven blijkt dat MultiCopy voor het overgrote deel in het gelijk is gesteld. MultiCopy had dus het recht beslag te leggen ter verzekering van het verhaal van het door [appellant] verschuldigde bedrag. Dat [appellant] dat heeft voorkomen door het stellen van een bankgarantie dient dan ook voor rekening van [appellant] te blijven. De grief faalt.

4.7. Een grief genummerd 5 ontbreekt.

4.8. Grief 6: de positie van [appellante sub 3]

4.8.1. [appellant] voert aan dat [appellante sub 3] nimmer partij is geworden bij de franchiseovereenkomst. De overeenkomst is niet door haar gesloten en ook niet door haar voortgezet. MultiCopy moet dan ook niet ontvankelijk worden verklaard in haar vordering jegens [appellante sub 3].

MultiCopy verweert zich door te stellen dat [appellant] in eerste aanleg heeft erkend dat [appellante sub 3] partij is bij de overeenkomst, zodat sprake is van een gedekt verweer. Bovendien is volgens MultiCopy sprake van vereenzelviging van [appellante sub 3] met [appellante sub 2]; volgens MultiCopy kan deze stelling van [appellant] enkel bedoeld zijn om te bewerkstelligen dat de activa waarop MultiCopy haar vorderingen kan verhalen inmiddels zijn ondergebracht bij [appellante sub 3], welke handeling onrechtmatig is en [appellante sub 3] kan worden aangerekend.

4.8.2. De enkele erkenning in eerste aanleg dat tussen MultiCopy en [appellant] een franchiseovereenkomst bestond brengt niet zonder meer met zich mee dat daarmee ook is erkend dat die erkenning ook geldt ten aanzien van - specifiek - [appellante sub 3]. Vast staat immers dat de schriftelijke overeenkomst is getekend door [appellant sub 1] en dat die later is overgenomen (conform artikel 19 van de overeenkomst) door [appellante sub 2]. MultiCopy heeft daar - als partij bij diezelfde overeenkomst - redelijkerwijs niet uit kunnen afleiden dat ook de holding zich partij beschouwde.

MultiCopy heeft daarnaast haar stelling dat sprake is van vereenzelviging in het geheel niet onderbouwd. Zij verwijst slechts naar een gestelde bedoeling van [appellant], maar voert daarvoor slechts gissingen, maar geen feiten en omstandigheden aan. De stelling is daarom onvoldoende onderbouwd, en biedt ook geen grondslag om MultiCopy toe te laten tot bewijslevering.

Derhalve slaagt de grief. De vordering van MultiCopy, voor zover gericht tegen [appellante sub 3], moet dus alsnog worden afgewezen.

4.9. Grievens genummerd 7, 8 en 9 ontbreken.

4.10. Grief 10: de rechtbank had de vorderingen van MultiCopy moeten afwijzen

4.10.1. Volgens [appellant] zelf vloeit deze grief voort uit de voorgaande grieven en behoeft deze derhalve geen zelfstandige toelichting.

4.10.2. Deze grief heeft geen zelfstandige betekenis. Omdat de andere grieven grotendeels falen faalt ook deze grief.

4.11. Slotsom

4.11.1. In principaal appel moet in conventie de vordering voor zover gericht tegen [appellante sub 3] alsnog worden afgewezen. In zoverre geldt MultiCopy als in het ongelijk gestelde partij, maar dat [appellante sub 3] zelf kosten heeft gemaakt anders dan de kosten die gemaakt zijn door [appellant sub 1] en [appellante sub 2] is gesteld noch gebleken, en ook niet aannemelijk, zodat de kosten van [appellante sub 3] op nihil zullen worden gesteld. Voor het overige slaagt alleen de grief inzake matiging van de boete op grond van het boetebeding van artikel 12 van de overeenkomst voor een klein deel. Gelet daarop zal het hof het vonnis van de rechtbank in conventie vernietigen en opnieuw beslissen als volgt.

4.11.2. [appellant sub 1] en [appellante sub 2] dienen aan nog verschuldigde fees te betalen een bedrag van fl. 6.349,32 ofwel E. 2.881,20, alsmede in verband daarmee E. 500,-- boete, en daarnaast fl. 375.000,-- ofwel E. 170.167,58 in verband met de overtreding van het concurrentiebeding, alles vermeerderd met - zoals door MultiCopy in hoger beroep gevorderd - wettelijke rente vanaf 11 oktober 2000 over het bedrag van E. 2.881,20 en over de boete in verband met het concurrentiebeding. In verband hiermee komt het hof inzake de proceskostenbeslissing in conventie tot dezelfde beslissing als de rechtbank.

4.11.3. De vorderingen in reconventie moeten - ook in hun in hoger beroep gewijzigde vorm - worden afgewezen voor zover de rechtbank die niet had toegewezen, zodat het hof het vonnis van de rechtbank wat dat betreft zal bekrachtigen. Dit geldt ook voor de proceskostenbeslissing in reconventie.

4.11.4. [appellant sub 1] en [appellante sub 2] moeten als grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het principaal appel worden veroordeeld. Het hof zal het in hoger beroep gehouden pleidooi voor de helft toerekenen aan het principaal appel en voor de andere helft aan het incidenteel appel.

4.11.5. Omdat de grief in het incidenteel appel slaagt zullen [appellant] en [appellante sub 2] in de kosten van dat appel worden veroordeeld.

5. De beslissing

Het hof:

in principaal en in incidenteel appel:

in conventie:

vernietigt het vonnis van de rechtbank van 18 september 2001 voor zover in conventie
gewezen;

en in conventie opnieuw rechtdoende:

in het geding tussen MultiCopy en [appellante sub 3]:

wijst de vordering van MultiCopy tegen [appellante sub 3] af;

veroordeelt MultiCopy in de kosten van het geding tussen MultiCopy en [appellante sub 3] in eerste aanleg en hoger beroep, tot aan deze uitspraak begroot op nihil;

in het geding tussen MultiCopy enerzijds en [appellant sub 1] en [appellante sub 2] anderzijds:

in conventie:

veroordeelt [appellant sub 1] en [appellante sub 2] hoofdelijk om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan MultiCopy te betalen

- de somma van E. 3.381,20 (drieduizend driehonderdéénentachtig euro en 20 eurocent), vermeerderd met wettelijke rente over E. 2.881,20 (fl. 6.349,32) vanaf 11 oktober 2000 en

- de somma van E. 170.167,58 (honderdzeventigduizend honderdzevenenzestig euro en 58 eurocent), vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 11 oktober 2000;

veroordeelt [appellant sub 1] en [appellante sub 2] in de kosten van het geding in conventie in eerste aanleg, aan de zijde van MultiCopy begroot op E. 633,86 (fl. 1.396,85) aan verschotten en E. 1.542,-- aan salaris procureur;

verklaart dit arrest in zoverre uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd;

in reconventie:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank te Breda van 18 september 2001;

in principaal en incidenteel appel voorts:

veroordeelt [appellant sub 1] en [appellante sub 2] in de kosten van het principaal en het incidenteel appel, tot aan deze uitspraak aan de zijde van MultiCopy begroot op

in principaal appel: E. 2.910,-- voor verschotten en

E. 6.580,-- voor salaris procureur;

in incidenteel appel: nihil voor verschotten en

E. 2.632,-- voor salaris procureur;

verklaart het arrest tevens uitvoerbaar bij voorraad voor wat betreft de proceskostenveroordeling in hoger beroep.

Dit arrest is gewezen door mrs. Rothuizen-van Dijk, Begheyn en De Kok en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof op 20 december 2005.