

ECLI:NL:HR:2021:957

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	18-06-2021
Datum publicatie	18-06-2021
Zaaknummer	19/04850
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2020:966, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2019:2618, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Verbintenissenrecht. Procesrecht. Geschil over financiële afrekening tussen franchisegever (supermarktketen) en ruim 240 franchisenemers en de vereniging van franchisenemers. Hof wijst vrijwel alle vorderingen van de franchisenemers af. Klachten over de gehanteerde maatstaf bij de uitleg van de franchiseovereenkomst, over de uitleg van daarin gehanteerde begrippen en over het passeren van bewijsaanbod.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 19/04850

Datum 18 juni 2021

ARREST

In de zaak van

1. VERENIGING VAN ALBERT HEIJN FRANCHISENEMERS, gevestigd te Groningen,
2. [eiseres 2] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats] ,
3. [eiseres 3] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats] ,
4. [eiseres 4] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
5. [eiseres 5] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
6. [eiseres 6] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
7. [eiseres 7] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
8. [eiseres 8] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
9. [eiseres 9] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
10. [eiseres 10] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

11. [eiser 11] , H.O.D.N. [handelsnaam 1] ,
wonende te [woonplaats] ,

12. [eiseres 12] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
13. [eiseres 13] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
14. C.V. [eiseres 14] EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [A] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
15. V.O.F. [eiseres 15] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
16. V.O.F. [eiseres 16] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
17. [eiseres 17] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
18. [eiseres 18] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
19. [eiseres 19] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
20. [eiseres 20] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
21. [eiseres 21] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
22. [eiseres 22] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
23. [eiseres 23] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
24. [eiseres 24] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
25. [eiser 25] H.O.D.N. H. [handelsnaam 2] EN ZIJN RECHTSOPVOLGSTER [handelsnaam 3] B.V.,

wonende te [woonplaats] ,

26. [eiser 26] H.O.D.N. [handelsnaam 4] H.O.D.N. ALBERT HEIJN EN ZIJN RECHTSOPVOLGSTER
[handelsnaam 5] B.V.,

wonende te [woonplaats] ,

27. [eiseres 27] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

28. V.O.F. [eiseres 28] ,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

29. [eiseres 29] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

30. [eiseres 30] V.O.F.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

31. [eiseres 31] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

32. [eiseres 32] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

33. [eiseres 33] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

34. [eiseres 34] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

35. [eiseres 35] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

36. [eiseres 36] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

37. [eiseres 37] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

38. [eiseres 38] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

39. [eiseres 39] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

40. [eiseres 40] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

41. V.O.F. [eiseres 41] ,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

42. [eiseres 42] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

43. [eiseres 43] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

44. V.O.F. [eiseres 44] EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [B] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

45. [eiseres 45] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

46. [eiseres 46] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
47. [eiseres 47] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
48. [eiseres 48] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
49. [eiseres 49] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
50. [eiseres 50] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
51. [eiseres 51] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
52. C.V. [eiseres 52] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
53. [eiser 53] V.H.O.D.N. [handelsnaam 6] T.H.O.D.N. ALBERT HEIJN,
wonende te [woonplaats] ,
54. [eiseres 54] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
55. [eiseres 55] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
56. V.O.F. [eiseres 56] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
57. [eiseres 57] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
58. [eiseres 58] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
59. [eiseres 59] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
60. [eiseres 60] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
61. [eiseres 61] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
62. [eiseres 62] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
63. [eiseres 63] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
64. [eiseres 64] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
65. [eiseres 65] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
66. [eiseres 66] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
67. [eiseres 67] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

68. [eiseres 68] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

69. [eiseres 69] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

70. [eiseres 70] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

71. [eiseres 71] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

72. [eiseres 72] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

73. [eiseres 73] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

74. [eiseres 74] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

75. [eiseres 75] H/O ALBERT HEIJN B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

76. [eiseres 76] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

77. [eiseres 77] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

78. [eiseres 78] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

79. [eiseres 79] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

80. [eiseres 80] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

81. [eiseres 81] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

82. [eiseres 82] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

83. [eiseres 83] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

84. [eiseres 84] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

85. [eiseres 85] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

86. [eiseres 86] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

87. [eiseres 87] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

88. [eiseres 88] B.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te [vestigingsplaats] ,

89. [eiseres 89] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
90. [eiseres 90] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
91. [eiseres 91] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
92. [eiseres 92] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
93. [eiseres 93] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
94. [eiseres 94] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
95. [eiseres 95] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
96. [eiseres 96] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
97. [eiseres 97] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
98. [eiseres 98] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
99. [eiseres 99] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
100. [eiseres 100] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
101. [eiseres 101] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
102. [eiseres 102] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
103. [eiseres 103] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
104. [eiseres 104] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
105. [eiseres 105] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
106. [eiseres 106] V.O.F. EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [C] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
107. [eiseres 107] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
108. [eiseres 108] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
109. [eiseres 109] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
110. [eiseres 110] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

111. [eiseres 111] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

112. [eiseres 112] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

113. [eiser 113] H.O.D.N. [handelsnaam 7] ,
wonende te [woonplaats] ,

114. [eiseres 114] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

115. [eiseres 115] V.O.F.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

116. [eiseres 116] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

117. [eiseres 117] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

118. [eiseres 118] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

119. [eiseres 119] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

120. [eiseres 120] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

121. [eiseres 121] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

122. [eiseres 122] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

123. [eiseres 123] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

124. [eiseres 124] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

125. [eiseres 125] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

126. [eiseres 126] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

127. [eiseres 127] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

128. [eiseres 128] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

129. [eiser 129] H.O.D.N. [handelsnaam 8] T.H.O.D.N. [handelsnaam 9] ,
wonende te [woonplaats] ,

130. [eiseres 130] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

131. [eiseres 131] B.V. THANS GENAAMD [D] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

132. [eiseres 132] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
133. [eiseres 133] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
134. [eiser 134] H.O.D.N. [handelsnaam 10] T.H.O.D.N. ALBERT HEIJN EN ZIJN RECHTSOPVOLGSTER
[handelsnaam 11] B.V.,
wonende te [woonplaats] ,
135. [eiseres 135] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
136. [eiseres 136] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
137. [eiseres 137] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
138. [eiseres 138] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
139. [eiseres 139] H.O.D.N. [handelsnaam 12] EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [handelsnaam 13] B.V.,
wonende te [woonplaats] ,
140. [eiseres 140] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
141. [eiser 141] H.O.D.N. [handelsnaam 14] T.H.O.D.N. ALBERT HEIJN,
wonende te [woonplaats] ,
142. [eiseres 142] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
143. [eiseres 143] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
144. [eiseres 144] T.H.O.D.N. ALBERT HEIJN,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
145. [eiseres 145] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
146. [eiseres 146] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
147. [eiseres 147] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
148. [eiseres 148] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
149. [eiseres 149] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
150. [eiseres 150] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
151. [eiseres 151] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
152. [eiseres 152] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
153. [eiseres 153] V.O.F.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
154. [eiseres 154] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
155. [eiseres 155] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
156. [eiseres 156] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
157. [eiseres 157] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
158. [eiseres 158] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
159. [eiseres 159] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
160. V.O.F. [eiseres 160] H.O.D.N. [handelsnaam 15] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
161. [eiseres 161] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
162. [eiseres 162] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
163. [eiseres 163] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
164. [eiseres 164] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
165. [eiseres 165] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
166. [eiseres 166] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
167. C.V. [eiseres 167] , EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [E]
wonende te [woonplaats] ,
168. [eiseres 168] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
169. [eiseres 169] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
170. [eiseres 170] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
171. [eiseres 171] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
172. [eiseres 172] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
173. [eiseres 173] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
174. [eiseres 174] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

175. [eiseres 175] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
176. [eiseres 176] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
177. [eiseres 177] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
178. [eiseres 178] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
179. [eiseres 179] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
180. [eiseres 180] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
181. [eiseres 181] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
182. [eiseres 182] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
183. [eiseres 183] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
184. V.O.F. [eiseres 184] EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER ALBERT HEIJN [F] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
185. [eiseres 185] V.O.F., EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [G] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
186. [eiseres 186] H.O.D.N. [handelsnaam 16] ,
wonende te [woonplaats] ,
187. [eiseres 187] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
188. [eiseres 188] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
189. V.O.F. [eiseres 189] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
190. [eiseres 190] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
191. [eiseres 191] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
192. [eiseres 192] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
193. [eiseres 193] V.O.F. EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER ALBERT HEIJN [H] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
194. [eiseres 194] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
195. [eiseres 195] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
196. [eiseres 196] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
197. [eiseres 197] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
198. [eiseres 198] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
199. [eiseres 199] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
200. [eiseres 200] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
201. [eiseres 201] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
202. [eiseres 202] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
203. [eiseres 203] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
204. [eiseres 204] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats]
205. [eiseres 205] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
206. [eiseres 206] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
207. [eiseres 207] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
208. [eiseres 208] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
209. [eiseres 209] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
210. [eiseres 210] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
211. [eiseres 211] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
212. [eiseres 212] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
213. [eiseres 213] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
214. [eiseres 214] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
215. [eiseres 215] V.O.F.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
216. [eiseres 216] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
217. [eiseres 217] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

218. [eiseres 218] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
219. [eiseres 219] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
220. [eiseres 220] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
221. [eiseres 221] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
222. [eiseres 222] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
223. [eiseres 223] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
224. [eiseres 224] V.O.F. EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [I] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
225. V.O.F. [eiseres 225] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
226. [eiseres 226] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
227. [eiseres 227] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
228. C.V. [eiseres 228] EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [J 1] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
229. V.O.F. [eiseres 229] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
230. [eiseres 230] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
231. [eiseres 231] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
232. [eiseres 232] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
233. V.O.F. [eiseres 233] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
234. [eiseres 234] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
235. [eiseres 235] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
236. C.V. [eiseres 236] EN HAAR RECHTSOPVOLGSTER [K] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
237. [eiseres 237] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
238. [eiser 238] V.H.O.D.N. [handelsnaam 17] ,
voorheen zaakdoende te [vestigingsplaats] ,
239. [eiseres 239] B.V. THANS GENAAMD [L] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,
240. [eiseres 240] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
241. [eiseres 241] V.O.F.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

EISERS tot cassatie,
hierna gezamenlijk: VAHFR c.s.,
eiseres onder 1 hierna ook afzonderlijk: VAHFR,
advocaat: J.W.H. van Wijk,

tegen

1. ALBERT HEIJN FRANCHISING B.V.,
gevestigd te Zaandam, gemeente Zaanstad,
2. ALBERT HEIJN B.V.,
gevestigd te Zaandam, gemeente Zaanstad,
3. KONINKLIJKE AHOLD DELHAIZE N.V.,
gevestigd te Zaandam, gemeente Zaanstad,
4. AHOLD NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Zaandam, gemeente Zaanstad,
5. AHOLD EUROPEAN SOURCING B.V.,
gevestigd te Zaandam, gemeente Zaanstad,

VERWEERSTERS in cassatie,
hierna gezamenlijk: AH c.s.,
verweerster onder 1 hierna ook afzonderlijk: AHF,
verweerster onder 2 hierna ook afzonderlijk: AH,
advocaten: J. de Bie Leuveling Tjeenk en G.J. Harryvan, voorheen ook S.F. Sagel.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaken C/15/224905 / HA ZA 15-253 en C/15/224950 / HA ZA 15-259 van de rechtbank Noord-Holland van 16 november 2016;
- b. het arrest in de zaak 200.218.435/01 van het gerechtshof Amsterdam van 23 juli 2019.

VAHFR c.s. hebben tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

AH c.s. hebben een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen schriftelijk en mondeling toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 Deze procedure gaat over de financiële afrekening tussen AHF en het merendeel van haar franchisenemers (hierna: de franchisenemers) over 2008 en de jaren daarna. In deze procedure speelt de uitleg van de (standaard) franchiseovereenkomst die tussen partijen is gesloten, een

centrale rol. In cassatie hebben de franchisenemers onder meer bezwaar gemaakt tegen de wijze waarop het hof de bedoeling van de partijen bij de franchiseovereenkomst heeft bepaald. Ook hebben de franchisenemers bezwaar tegen de wijze waarop het hof de begrippen 'belastprijs', 'onverdeelde marge' en 'Action Discount Resultaat' (hierna: ADR) heeft uitgelegd. Bij de uitleg van de franchiseovereenkomst en de hiervoor genoemde begrippen heeft het hof een belangrijke rol toegekend aan de wijze waarop de accountants van AHF en van VAHFR de franchiseovereenkomst hebben toegepast bij de controle van de afrekening tussen partijen. Ook hiertegen hebben de franchisenemers in deze procedure in cassatie bezwaar gemaakt. Zij vinden bovendien dat het hof hen in staat had moeten stellen om hun stellingen te bewijzen door het horen van getuigen. In het hiernavolgende zal blijken dat de Hoge Raad een groot deel van de hiervoor genoemde bezwaren terecht vindt. De Hoge Raad zal het arrest van het gerechtshof Amsterdam daarom vernietigen en de zaak verwijzen naar het gerechtshof Den Haag, om de zaak verder te behandelen en te beslissen. Na verwijzing kunnen ook de in cassatie aangevoerde bezwaren die de Hoge Raad in deze procedure niet heeft behandeld, aan de orde worden gesteld.

2.2 Voor de feiten waarvan in cassatie kan worden uitgegaan, verwijst de Hoge Raad naar de rov. 2.1.1-2.1.54 van de uitspraak van het hof. Deze komen, samengevat weergegeven en voor zover in cassatie van belang, op het volgende neer.

(i) AH is rechthebbende op de Albert Heijn-winkelformule. Zij exploiteert een groot aantal supermarkten. Sinds 1981 heeft AH daarnaast met derden franchiseovereenkomsten gesloten. Vanaf 1989 heeft AH de masterfranchise voor Nederland verleend aan AHF. Alle franchisenemers in deze procedure zijn partij bij een franchiseovereenkomst met AHF als franchisegever.

(ii) De franchisenemers hebben zich verenigd in VAHFR.

(iii) Ten tijde van de introductie van de franchising hanteerde AH een brochure voor geïnteresseerden. Daarin stond onder meer vermeld:

“Wat betekent samenwerking met AH in de praktijk?

(...)

1. Inkooprijzen goederen

U betaalt dezelfde prijzen als waarvoor wij onze eigen filialen belasten. (...)

2 Distributiekosten

U betaalt alleen de werkelijke door ons gemaakte distributiekosten, dus zónder winstopslag voor AH. Het is dan ook hetzelfde tarief als onze eigen filialen betalen! (...)

(iv) In een brief van 11 maart 2015 van [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), verantwoordelijk voor de ontwikkeling en implementatie van franchise bij Albert Heijn in de periode van 1981 tot 1984, staat onder meer:

“De start kwam in 1981 voor Albert Heijn (...)

We kozen voor een franchise model, welke op een aantal pijlers rustte:

1. de ondernemers zou een netto inkooprijzen in rekening worden gebracht, gelijk aan die aan de filialen. Variabele inkoopkosten als bijvoorbeeld prijsverschillen, koersverschillen en veemkosten zouden aan deze inkooprijzen mogen worden toegevoegd;

2. alle bonussen gerelateerd aan hun deel in de totale omzet zouden aan de ondernemers toekomen middels een onverdeelde marge. Hiertoe behoren volgens mij ook alle leveranciersbijdragen. Ik kan me herinneren dat we expliciet zowel omzetpremies als bonussen hebben genoemd om aan te geven dat er niets uitgezonderd zou worden;
3. de distributiekosten (L&D kosten) zouden o.b.v. werkelijke integrale kosten worden doorbelast. (...).
4. AH was eigenaar van de formule, de franchisenemer leverde zijn vestiging, zijn personeel en de financiering, al dan niet geholpen door een financieringsarrangement toentertijd bij de NMB.
5. Voor het gebruik van de formule, de advertising, de know how, de begeleiding, enz., betaalde de franchisenemer een fee van toen 3% over de consumenten omzet dus over de omzet incl. BTW.

Een accountant van de vereniging zou daarbij jaarlijks controleren of de bonussen inderdaad werden doorgegeven aan de ondernemers, of de netto prijzen inderdaad netto waren en ook de DC kosten zouden worden gecontroleerd op juistheid.

Op deze manier werd een systeem in het leven geroepen dat uitging van eerlijk delen en transparantie. Albert Heijn B.V. had als inkomsten de fee. (...)"

(v) In een e-mail van 9 april 2015 van [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]), directeur van het Vakcentrum (een onafhankelijke belangenbehartiger van franchisenemers en andere detaillisten in food en fast moving consumer goods) en in die hoedanigheid aanwezig bij de gesprekken over de eerste standaard franchiseovereenkomst (1989), staat onder meer:

"Uitgangspunt was het creëren van transparantie en de mogelijkheid om dat te controleren. Dit is één van de items die ik destijds heb voorgelegd.

Omdat Albert Heijn van mening was dat er een zekere geheimhouding moest blijven bestaan voor wat betreft de inkooprijzen en kosten alsook andere voorwaarden was inzage door de winkeliers zelf niet mogelijk. Daarom is de controle overgedragen aan een RA aangesteld door de vertegenwoordigers van de franchisenemers. (...)

Ik weet dat we het hebben gehad over eerlijke kostentoerekening, dwz een gelijke doorbelasting aan filialen en zelfstandigen.

De door [betrokkene 1] genoemde omzetpremies en bonussen staan dacht ik ook in het contract (...).

De strekking van het (...) gestelde door de heer [betrokkene 1] komt overeen met mijn waarneming.

De gesprekken met de heer Heijn richtten zich met name op het behoud van het zelfstandig ondernemerschap (oa rechtstreekse financiering bij een bank zonder tussenkomst van de franchisegever) en enige vrijheden om te kunnen onderscheiden."

(vi) In een brief van 24 augustus 2016 van [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]), van 1987 tot en met 1993 Vice President Economische Zaken bij AH, staat onder meer:

"Belastprijs

Het klopt dat aan de franchisenemers een netto inkooprijzen in rekening werd gebracht die gelijk was aan die voor onze eigen filialen. Wij noemden dat de belastprijs. Dat was in principe de kostprijs die Albert Heijn aan de fabrikant moest betalen. (...)

Onverdeelde marge

Naast de belastprijs waren er omzetpremies en bonussen die niet in de kostprijs opgenomen waren, en dus ook niet in de belastprijs aan de filialen en de franchisenemers verwerkt werden. Dit noemden wij de onverdeelde marge. Dat was zo omdat je van tevoren niet wist of je die omzetpremies of bonussen zou ontvangen, omdat ze meestal gekoppeld waren aan het behalen van bepaalde doelen. Wat [betrokkene 1] zegt over de onverdeelde marge klopt in grote lijnen. Wij hadden in die tijd geen moeite met de indeling. Iets was een omzetpremie, een korting of een bonus. Al deze posten werden gedeeld met de franchisenemers. (...) Wel werd er regelmatig overleg gepleegd over nieuwe ontwikkelingen zoals BTW en first placements (zie onder).

(...) In het contract van 1989, waar ik mee gewerkt heb, werden de percentages van de onverdeelde marge duidelijk gekoppeld aan de consumenten omzet inclusief BTW.

(...)

Distributiekosten en Centrale Slagerijkosten

De distributiekosten werden altijd op basis van dezelfde tarieven doorbelast die ook aan de eigen filialen in rekening werden gebracht. Die tarieven waren gebaseerd op de kostprijs en een redelijke vergoeding voor het in de distributiecentra geïnvesteerde vermogen. Dus wat [betrokkene 1] daarover zegt klopt ook.

(...)

Betalingskortingen

Uw leden hebben verder nog gevraagd wat ik weet over de betalingskortingen die Albert Heijn verkrijgt van leveranciers. De betalingskorting zat niet in de onverdeelde marge. De reden was, dat betalingskorting een financieringskeuze was. Ik kan kiezen tussen snel betalen met korting, maar dan moet ik het eerst zelf financieren met een banklening. Of ik kan langzaam betalen zonder korting en dan hoef ik geen lening bij de bank af te sluiten. (...)

Vermogenskosten

Op uw vraag of het nog redelijk is dat in het Distributiekosten tarief vermogenskosten op basis van een WACC (Weighted Average Cost of Capital) percentage zit, zeg ik ja, want het gaat hier om een redelijke vergoeding voor het gehele geïnvesteerde vermogen in de distributiecentra, gebaseerd op een gewogen gemiddelde van het rendement op het eigen vermogen (aandeelhouders vergoeding), de rente op vreemd vermogen (de banken), en het ter beschikking gestelde 'gratis' vermogen (de leveranciers). Als dit goed berekend is, is het correct om dit in het tarief mee te nemen."

(vii) AHF maakt gebruik van een standaard franchiseovereenkomst. De voor deze procedure relevante franchiseovereenkomst is die uit 2002 (hierna: de FO). De FO bevat – voor zover in cassatie van belang – de volgende bepalingen:

"Artikel 7 Inkoop en Tarieven

Franchisenemer is verplicht om tenminste 80% (tachtig procent) van de jaarlijks door hem voor de Winkel ingekochte artikelen in te kopen bij of via Franchisegever.

(...)

Franchisegever zal voor de door of via haar geleverde artikelen aan Franchisenemer in rekening brengen de door haar aan de eigen filialen in rekening te brengen belastprijzen, te vermeerderen met de B.T.W. Tevens zal Franchisenemer aan Franchisegever de in Bijlage II vermelde vergoedingen verschuldigd zijn ter zake van de kosten van logistiek en distributie.

(...)

Mocht in enig kalenderjaar de werkelijk onverdeelde marge hoger zijn dan 0,53 % dan zal naar rato van de in dat jaar door Franchisenemer gerealiseerde Albert Heijn-omzet, het meerdere aan Franchisenemer worden gerestitueerd. Is in enig jaar de onverdeelde marge lager dan 0,15 % dan heeft Franchisegever het recht om het verschil naar rato van de omzet alsnog aan Franchisenemer te factureren.

Artikel 8 Vergoeding

Franchisenemer zal aan Franchisegever een vergoeding ('franchisefee') betalen voor de door de Albert Heijn organisatie geleverde diensten op het gebied van de organisatie, begeleiding, inkoop en publiciteit zoals is vermeld in bijlage II.

(...)

Artikel 20 Accountantscontrole

Franchisegever zal het bestuur van de Vereniging en de accountant van deze Vereniging jaarlijks een verklaring van de interne accountant van Albert Heijn B.V. doen toekomen inzake de juistheid van de aan Franchisenemer op grond van deze overeenkomst gehanteerde belastprijzen en kosten en inzake de juistheid en volledigheid van de onverdeelde marge, zijnde de niet in de kostprijs opgenomen omzetpremie en bonussen. Franchisenemer verklaart zich akkoord met het ontvangen van bovengenoemde verklaring van de interne accountant. De Vereniging is gerechtigd om haar accountant de juistheid van de facturering met betrekking tot de belastprijzen en de berekening, in overleg met de interne accountant van Albert Heijn BV. te laten controleren.

(...)"

(viii) De FO heeft vijf bijlagen, die een geïntegreerd onderdeel van de overeenkomst vormen. Bijlage III bevat, voor zover in cassatie van belang, de volgende bepalingen:

"TARIEVEN

I. FRANCHISEFEE

Als vergoeding voor het aan de Franchisenemer verleende recht tot gebruik van de Albert Heijn winkelformule zoals omschreven in de franchiseovereenkomst (hierna: "de overeenkomst") – van welke overeenkomst deze Bijlage een onderdeel vormt –, zal de Franchisenemer aan Franchisegever wekelijks een franchisefee verschuldigd zijn, ter grootte van 3,27% (drie komma zevenentwintig procent) van de door de Franchisenemer gerealiseerde consumentenomzet exclusief BTW in de desbetreffende week ("Franchisefee"). De definitie van de hier bedoelde consumentenomzet die als grondslag dient voor de heffing van de Franchisefee is nader omschreven onder punt III. van deze Bijlage.

In de Franchisefee zijn naast het recht op gebruik van de Albert Heijn winkelformule de volgende diensten en kosten begrepen:

- a. het mee profiteren van de landelijke door Albert Heijn BV. gevoerde publiciteit in de media (kranten, tijdschriften, radio, T.V.) conform het bepaalde in artikel 18 van de overeenkomst;
 - b. het ter beschikking krijgen van door Albert Heijn vervaardigd reclamemateriaal voor de Winkel, ter ondersteuning van de verkoop (prij斯卡arten, raambiljetten, plafondhangers, etc.), een en ander overeenkomstig het bepaalde in artikel 18 van de overeenkomst;
 - c. facturering en administratieve afwikkeling binnen de administratie van Franchisegever;
 - d. verkoopplannen, berichten etc. met betrekking tot de door Albert Heijn geleverde goederen;
- (...)

II. LOGISTIEKE EN DISTRIBUTIE KOSTEN (L&D)

Vaststelling van de aan de Franchisenemer toe te rekenen kosten van Albert Heijn B.V. voor logistiek en distributie, vindt plaats overeenkomstig de boekhoudkundige principes van Albert Heijn B.V. en op basis van de zogenaamde 'Activity Based Costing' methode; een en ander zonder onderscheid tussen winkels van franchisenemers en eigen winkels van Albert Heijn B.V. De logistieke en distributiekosten worden in rekening gebracht middels een periodieke voorheffing op basis van de verwachte en geprognoseerde kosten en een jaarlijkse eindafrekening op basis van de werkelijke kosten.

(...)

III. GRONDSLAG VOOR FRANCHISEFEE EN L&D ABONNEMENTSTARIEF

Onder de consumentenomzet, exclusief BTW, die als grondslag dient voor de heffing van (de percentages van) de Franchisefee (hierna: de 'Consumentenomzet') zal het volgende worden verstaan:

De op de kassa van de Winkel geregistreerde consumentenomzet exclusief BTW conform de accounting principes die door Albert Heijn B.V. worden toegepast bij haar eigen winkels.

(...)

De Consumentenomzet, exclusief BTW, zoals hiervoor gedefinieerd dient tevens als grondslag voor de heffing van (het percentage van) het L&D Abonnementstarief (...).

IV. ACCOUNTANTSVERKLARING

(...)

Franchisegever verstrekt het bestuur van de Vereniging en de accountant van de Vereniging jaarlijks een verklaring van de interne accountant van Albert Heijn B.V. betreffende de totale, werkelijke kosten van logistiek en distributie van Albert Heijn B.V. in het betrokken boekjaar en de daaruit

voortvloeiende definitieve tarieven.

Franchisenemer verklaart zich akkoord dat uitsluitend voornoemde verklaring door de interne accountant van Albert Heijn B.V. aan de Vereniging en de accountant van de Vereniging wordt gegeven ter verantwoording van de totale werkelijke logistieke en distributie kosten, de vaststelling van de (voorlopige) tarieven en de eindafrekening daarvoor. De Vereniging is gerechtigd om haar accountant de juistheid van de facturering met betrekking tot de belastprijzen en de berekening, in overleg met de interne accountant van Albert Heijn B.V., te laten controleren. Albert Heijn B.V. verstrekt de externe accountant van de Vereniging inzage in de wijze van berekening van het Abonnementstarief, Ordertarief en Collootarief zodat deze in staat is de tarieven en de werkelijke kosten van logistiek en distributie jaarlijks te toetsen aan de naleving van bovenstaande afspraken.

V. PRIJSSTELLING VAN GELEVERDE ZAKEN

- Franchisegever zal voor de aan Franchisenemer geleverde zaken in rekening brengen de doorbelastingsprijzen zoals Albert Heijn B.V. die aan haar eigen filialen voor de betreffende zaken in rekening brengt, zijnde de inkoopprijs van het artikel vermeerderd met alle direct toerekenbare kosten, te vermeerderen met BTW."

(ix) Bij brief van 23 mei 1995 heeft AHF het volgende geschreven aan het bestuur van VAHFR:

"(...)

U verzocht ons (...) enkele begrippen uit de huidige franchise-overeenkomst nader te definiëren.

(...)

Belastprijs:

De belastprijs is de inkoopprijs van het artikel vermeerderd met alle direct toerekenbare kosten, waaronder, doch niet beperkt tot, veemkosten, verpakkingskosten, inklaringskosten, transportkosten, ontwerp-kosten eigen verpakkingen etcetera, te vermeerderen met distributiekosten ingeval van levering door de franchisegever zelf.

Controle strekt zich uit tot het beoordelen van de administratieve organisatie ten aanzien van de tot standkoming van prijzen en het onderhoud aan de artikeldatabase. Tevens worden prijzen gecontroleerd met inkoopdocumentatie van leveranciers. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de behandeling en afwikkeling van nacalculatorische verschillen.

Inkoopprijs:

De inkoopprijs is de door AH aan de leverancier betaalde prijs. (...)

Controle strekt zich uit tot het beoordelen van de administratieve organisatie ten aanzien van de tot standkoming van prijzen en het onderhoud aan de artikeldatabase. Tevens worden prijzen gecontroleerd met inkoopdocumentatie van leveranciers. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de behandeling en afwikkeling van nacalculatorische verschillen.

Onverdeelde marge:

De onverdeelde marge betreft de door AH ontvangen omzetpremies en bonussen van leverancier. Controle vindt plaats op juistheid en volledigheid van de verantwoorde bonussen en omzetpremies."

(x) In 2005 is AH overgegaan op "Point-of-sale-based-accounting" (POSA), waarbij (het tijdstip van) de kassatransactie bepalend zou worden voor onder meer de bepaling van de inkoopprijs. In een document van oktober 2004 getiteld "Wat betekent POSA voor de winkels?" wordt onder meer vermeld:

"Volgens de principes van het nieuwe stelsel wordt de inkoop van inkomende goederen in FVWS gewaardeerd tegen de normale kostprijs. Je krijgt alleen actie-korting op de verkoop- dan wel inkoopwaarde (afhankelijk van de actie-opbouw) tijdens de officiële looptijd van de actie. Dus niet als de actie op winkelniveau onverhoopt wordt verlengd. Meer bestellen dan je in de actie kunt verkopen levert dus geen extra marge meer op. Dit is overigens al vanaf week 17 2003 actief voor zowel WWM- als franchise winkels."

(xi) De Interne Accountants Dienst van Koninklijke Ahold N.V. (hierna: de IAD) controleert jaarlijks de boekhouding van AH. Op grond van art. 20 FO verstrekte de IAD tot 2007 een accountantsverklaring aan (de accountant van) VAHFR. In 2006 heeft AHF aan het bestuur van VAHFR voorgesteld om de accountantsverklaring te wijzigen in een rapport van bevindingen omdat de IAD wegens een wijziging in de accountancy-richtlijnen niet meer in staat was om een accountantsverklaring af te geven.

(xii) Bij brief van 9 maart 2007 heeft AHF het volgende geschreven aan het bestuur van VAHFR:

"Hierbij informeren wij u over het akkoord dat Albert Heijn Franchising B.V. en het bestuur van de Vereniging van Albert Heijn franchisenemers hebben bereikt over een aanpassing in de franchiseovereenkomst. De aanpassing ziet op de accountantsverklaring die de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. zou afgeven. Deze is niet langer in staat een accountantsverklaring af te geven over een aantal onderwerpen, maar zal in plaats daarvan een rapport van bevindingen verstrekken aan de Vereniging.

Het bereikte akkoord hebben wij zo zorgvuldig mogelijk verwoord en vastgelegd in deze brief. Artikel 20 en Bijlage III van de franchiseovereenkomst worden als volgt gewijzigd:

Artikel 20 Accountants onderzoek

Franchisegever zal het bestuur van de Vereniging en de accountant van deze Vereniging jaarlijks een rapport van bevindingen van de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. doen toekomen inzake de juistheid van de aan Franchisenemer op grond van deze overeenkomst gehanteerde belastprijzen en kosten en inzake de juistheid en volledigheid van de onverdeelde marge, zijnde de niet in de kostprijs opgenomen omzetpremie en bonussen. In het rapport van bevindingen is een normenkader opgenomen waaraan door de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. wordt getoetst. Het normenkader wordt opgesteld in overleg en met instemming van de Vereniging op basis van een bestendige gedragslijn. Franchisegever is gehouden de bevindingen van de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. op te volgen, dan wel te verwerken. Franchisenemer verklaart zich akkoord met

het ontvangen van bovengenoemd rapport van de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. De vereniging is gerechtigd om haar accountant de juistheid van de facturering met betrekking tot belastprijzen en de berekening in overleg met de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. te laten onderzoeken. De vereniging is daarnaast gerechtigd om haar accountant, in overleg met de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V., de werkzaamheden van de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. inzake gehanteerde belastprijzen, kosten en onverdeelde marge te laten onderzoeken en zelfstandig met een rapportage over de door de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. uitgevoerde werkzaamheden te komen.

(...)

Bijlage 3:

IV. ACCOUNTANTSVERKLARING

(...)

Franchisegever verstrekt het bestuur van de Vereniging en de accountant van de Vereniging jaarlijks een rapport van bevindingen van de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. betreffende de totale, werkelijke kosten van logistiek en distributie van Albert Heijn B.V. in het betrokken boekjaar en de daaruit voortvloeiende definitieve tarieven. Franchisegever is gehouden de bevindingen van de interne accountant van Koninklijke Ahold N.V. op te volgen, dan wel te verwerken in bovengenoemde jaarlijkse eindafrekening.

Franchisenemer verklaart zich akkoord dat uitsluitend voornoemd rapport door de interne accountant van Koninklijke Ahold B.V. aan de Vereniging en de accountant van de Vereniging wordt gegeven ter verantwoording van de totale werkelijke logistieke en distributiekosten, de vaststelling van de (voorlopige) tarieven en de eindafrekening daarvoor. (...)

Albert Heijn B.V. verstrekt de externe accountant van de Vereniging inzage in de wijze van berekening van het Abonnementstarief, Ordertarief en Collotarium zodat deze in staat is de tarieven en de werkelijke kosten van logistiek en distributie jaarlijks te toetsen aan de naleving van bovenstaande afspraken.

(...)"

(xiii) Met instemming van VAHFR zijn art. 20 FO en Bijlage III onder IV van de FO aangepast zoals weergegeven in de hiervoor onder (xii) vermelde brief.

(xiv) Vanaf maart 2007 heeft de IAD aan AHF rapporten van bevindingen gestuurd inzake de naleving van de FO. Het betreft steeds drie rapporten van bevindingen per jaar, namelijk een rapport over de belastprijzen, een rapport over de onverdeelde marge en een rapport over de afrekening van kosten voor logistiek en distributie (hierna: L&D-kosten). Bijlage A van de rapporten van bevindingen bevat telkens het normenkader dat voor het desbetreffende onderwerp is gehanteerd.

(xv) De begeleidende brief bij het rapport van bevindingen over de belastprijs in het jaar 2008 luidt, voor zover in cassatie van belang:

"U hebt ons verzocht met betrekking tot de Franchise Overeenkomst (...) een aantal specifieke werkzaamheden te verrichten. De specifieke werkzaamheden hebben met name betrekking op de naleving van artikel 7 'Inkoop en tarieven' en paragraaf V 'Prijstelling van geleverde zaken' van bijlage II 'Tarieven' van de Franchise Overeenkomst. Ons onderzoek vloeit voort uit artikel 20 en paragraaf IV 'Accountantscontrole' van bijlage III van de Franchise Overeenkomst."

(xvi) Het rapport van bevindingen over de belastprijs in het jaar 2008 vermeldt onder meer:

"2.1 Werkzaamheden

Wij hebben de hierna volgende specifieke werkzaamheden verricht met betrekking tot de belastprijzen die over boekjaar 2008 aan de franchisenemers in rekening zijn gebracht:

1. Wij hebben vastgesteld of de bepalingen in de Franchise Overeenkomst gewijzigd zijn ten opzichte van vorig jaar en of eventueel gewijzigde bepalingen overeenkomstig zijn toegepast op de in rekening gebrachte belastprijzen;
2. Wij hebben vastgesteld of de belastprijzen in rekening zijn gebracht in overeenstemming met het normenkader zoals opgenomen in bijlage A 'Gehanteerd normenkader 2008' door uitvoering van de hierna volgende werkzaamheden.

(...)"

Bijlage A van het rapport van bevindingen over de belastprijs voor het jaar 2008 vermeldt als normenkader:

"De belastprijs is de inkoopprijs van het artikel vermeerderd met alle direct toerekenbare kosten, waaronder, doch niet beperkt tot, verpakkingskosten, inklaringskosten, transportkosten, ontwerpkosten eigen verpakkingen etc., te vermeerderen met distributiekosten ingeval van levering door de Franchisegever zelf. De belastprijzen die de Franchisegever de Franchisenemer in rekening brengt zal gelijk zijn aan de aan de eigen filialen in rekening te brengen belastprijzen, te vermeerderen met de BTW."

Het normenkader dat de IAD voor de jaren 2004 tot en met 2007 voor de belastprijzen heeft gehanteerd is identiek aan dat voor 2008.

(xvii) De tekst van de begeleidende brief bij het rapport van bevindingen voor de onverdeelde marge over 2008 is vrijwel gelijk aan die van de brief hiervoor vermeld onder (xv).

(xviii) Het rapport van bevindingen voor de onverdeelde marge over 2008 vermeldt onder meer:

"2.1 Werkzaamheden

Wij hebben de hierna volgende specifieke werkzaamheden verricht met betrekking tot de in Bijlage B opgenomen 'Franchise afrekening onverdeelde marge 2008'. Wij hebben vastgesteld:

1. of de bepalingen in de Franchise Overeenkomst gewijzigd zijn ten opzichte van voorgaand jaar en of eventueel gewijzigde bepalingen overeenkomstig zijn toegepast op de afrekening onverdeelde marge;
2. of de afrekening onverdeelde marge is opgesteld in overeenstemming met het normenkader zoals opgenomen in bijlage A 'Gehanteerd normenkader 2008';

(...)

5. of de in de afrekening onverdeelde marge gehanteerde verhouding tussen omzet eigen filialen en ingestuwde omzet franchisefilialen juist is berekend;

(...)

8. of op basis van door zowel IAD Ahold gemaakte selecties uit het grootboek als door [UNP] gemaakte selecties uit het grootboek van wel en niet te verrekenen marge grootboekrekeningen, de geselecteerde boekingen terecht al dan niet zijn opgenomen in de afrekening onverdeelde marge. (...) De controlerichting hierbij is zowel gericht geweest op volledigheid als op juistheid;"

De rapporten van bevindingen over 2004 tot en met 2007 bevatten voor de werkzaamheden vermeld onder 1, 2 en 5 vrijwel gelijke passages.

(xix) Bijlage A van het rapport van bevindingen voor het jaar 2008 voor de onverdeelde marge vermeldt als normenkader:

"In de Franchise Overeenkomst (artikel 7) is opgenomen dat de onverdeelde marge zijnde "de niet in de kostprijs opgenomen omzetpremie en bonussen" verrekend worden met de franchisenemers indien de onverdeelde marge hoger is dan 0,53 %-pt van de AH omzet inclusief BTW (restitutie) of lager dan 0,15 %-pt (recht om alsnog te factureren). De afgelopen jaren is op basis van de praktijk en een bestendige gedragslijn geconcretiseerd wat onder de termen omzetpremie en bonussen moet worden verstaan. Posten uit de onverdeelde marge die direct invloed hebben op de gehanteerde belastprijzen en kosten, dienen onafhankelijk van bovenstaande percentages tevens verrekend te worden (kostprijs gerelateerd).

Bij de verrekening van posten met Franchisenemers wordt, indien van toepassing, uitgegaan van de netto-opbrengst. Dit houdt in dat direct toerekenbare kosten in mindering worden gebracht op de opbrengsten. Deze kosten betreffen met name HK-kosten en niet distributiekosten (worden immers verrekend middels de distributietarieven) of winkelkosten (deze kosten worden ook door Franchisenemers gemaakt).

Onderstaand overzicht laat zien welke posten verrekend worden met de Franchisenemers. Hierbij is nadrukkelijk het onderscheid gemaakt tussen kostprijs gerelateerde posten en bonus gerelateerde posten i.v.m. het al dan niet van toepassing zijn van de drempel (<0.15%-pt en >0.53%-pt).

<i>Te verrekenen</i>	<i>Te verrekenen</i>
<ul style="list-style-type: none">• <i>Prijsverschillen / Wichtverschillen</i>• <i>Kosten / Opbrengsten eigen merk</i>• <i>Opbrengsten transport netwerk</i>• <i>Kosten spaaracties</i>• <i>Overige margeverschillen</i><ul style="list-style-type: none">- <i>Open kostencalculaties leveranciers</i>- <i>Handling statiegeld en emb. / sorteervergoeding</i>- <i>Koersverschillen</i>	<ul style="list-style-type: none">• <i>Bonussen (vb. volume-, omzet-, groei-, etc.)</i>• <i>Assortimentsvergoedingen / Display allowances</i>• <i>Promotionele bijdragen</i>• <i>Kosten / opbrengsten "on top off" bonussen</i>
<i>Kostprijs gerelateerd</i>	<i>Bonus gerelateerd</i>

Prijsverschillen / wichtverschillen:

Prijsverschillen ontstaan omdat de kostprijzen in de artikeldatabase (NASA) niet juist zijn, waardoor ook de facturatie niet juist is. Met de verrekening wordt dit gecorrigeerd. Voor wichtverschillen geldt min of meer hetzelfde omdat gewerkt wordt met standaardgewichten.

(...)”

Het normenkader dat in de rapporten van bevindingen voor 2003 tot en met 2007 bij de onverdeelde marge werd gehanteerd, is identiek aan dat voor 2008.

(xx) Bijlage B van het rapport van bevindingen voor de onverdeelde marge over 2008, getiteld “Franchise afrekening onverdeelde marge 2008” vermeldt als berekeningsmaatstaf de “instuwingsomzet franchise als percentage van totaal omzet AH BV”. Die tekst is gelijk aan de rapporten van bevindingen voor 2003 tot en met 2007.

(xxi) Naar aanleiding van de rapportages van de IAD inzake de naleving van de FO heeft de accountant van VAHFR – eerst Ernst & Young, later Uittenbroek en Partners (hierna: UNP) – jaarlijks rapporten opgesteld.

(xxii) In de notulen van de overlegvergadering tussen AHF en het bestuur van VAHFR op 26 november 2008 staat onder meer:

“8. Bespreken en vaststellen normenkader

De volgende onderwerpen zullen in het normenkader worden opgenomen:

- Verpakkingsbelasting. Onderdeel van de belastprijs.
- AH Foundation. Wordt verrekend in de onverdeelde marge
- Opbrengsten en kosten van karton, papier en plastic. Worden nu verrekend in de onverdeelde marge. Vanaf 2009 in de L&D kosten.
- AEE kosten en opbrengsten. Verrekend in de onverdeelde marge.
- Gall & Gall XS omzet. Verrekend via de kassa van AH. De afrekeningen worden met deze omzet geneutraliseerd.

Over de WACC is nog overleg. Daarover is nog geen overeenstemming.

Uitkering van 70% van de onverdeelde marge 2008 heeft inmiddels plaatsgevonden.

Afgesproken wordt om de eventuele aanpassingen in het normenkader in de toekomst in Q2 vast te stellen.”

(xxiii) Bij brief van 6 mei 2013 heeft het bestuur van VAHFR onder meer aan AHF geschreven:

“Dank voor de mail van 26 april waarin onder meer een voorstel tot afrekening van 2010, 2011 en 2012. (...)”

2. Financiële afrekening verleden:

Het voorstel tot afwikkeling van de jaren 2010, 2011 en 2012 komt te vroeg.

(...)

In onze brieven van februari, augustus en november van 2012 (...) hebben wij een aantal principiële vragen gesteld t.a.v. posten die naar ons inziens met franchise dienen te worden gedeeld waar dat nu niet gebeurt of waar minstens meer duidelijkheid over moet zijn.

Te denken valt aan:

(...)

- Forward Buying (punt 6a): in hoeverre is het juist dat eenzijdige aanpassing van methodiek door AH leidt tot wegnemen van bestendige inkoopvoordelen voor franchise als daar geen financiële compensatie voor franchise tegenover staat.”

(xxiv) Bij brief van 27 juni 2014 heeft VAHFR aan AHF haar standpunt uiteengezet over tal van onderwerpen die voorwerp zijn van financiële verrekening tussen partijen. Zo heeft VAHFR laten weten dat franchisenemers niet gehouden zijn tot vergoeding van kosten die reeds in de franchisefee (geacht moeten worden te) zijn begrepen, dat zij niet akkoord zijn gegaan met wijziging van de belastprijs als gevolg van systeemwijzigingen en dat geen wijzigingen over de onverdeelde marge zijn overeengekomen anders dan specifiek in deze brief vermeld. Volgens VAHFR hanteert AHF een onjuiste en inconsequente berekeningsgrondslag voor de verdeling van de onverdeelde marge. Verder maakt zij melding van het ADR, dat in de belastprijs zou thuishoren maar nu dit daarin niet wordt verwerkt, via de onverdeelde marge zou moeten worden verrekend. De enige overeengekomen aanpassingen in het normenkader staan vermeld in de notulen van de overlegvergadering van 26 november 2008. VAHFR heeft niet ingestemd met het in mindering brengen van “overige product gerelateerde kosten” op de onverdeelde marge en heeft zich subsidiair, als zij geacht moet worden daarmee wel te hebben ingestemd, op dwaling en misbruik van omstandigheden beroepen. Op die grondslag heeft zij die afspraken buitengerechtelijk vernietigd. Op dezelfde grondslag heeft zij ook de afspraken over de afrekening over 2008 en 2009 vernietigd. Namens de franchisenemers heeft zij ten slotte betaling van een bedrag van € 219.080.000,-- gevorderd.

(xxv) In reactie op deze brief heeft AHF bij brief van 17 juli 2014 laten weten dat zowel de sommatie van VAHFR als de door haar gevorderde betaling rechtsgrond ontbeert.

(xxvi) Tussen partijen is vanaf het jaar 2010 niet meer afgerekend.

2.3 VAHFR c.s. hebben, na eiswijzing in hoger beroep en voor zover in cassatie van belang, 48 vorderingen ingesteld. Deze vorderingen zien op de wijze waarop de FO moet worden uitgelegd, op verschillende soorten posten (kortingen, inkoopvoordelen) en kosten die wel of niet in de afrekening betrokken zouden moeten worden en op de mate waarin AH c.s. gehouden zijn tot informatieverstopping. Kort gezegd stellen VAHFR c.s. dat de franchisenemers onder de FO recht hebben op meer opbrengsten dan AH c.s. hun toekent.

2.4 De rechtbank heeft de vorderingen van VAHFR c.s. afgewezen.¹

2.5.1 In hoger beroep heeft het hof de vordering van VAHFR c.s. tot veroordeling van AH c.s. om de accountant van VAHFR uiterlijk binnen 180 dagen na de datum van het arrest in staat te stellen de juistheid van de facturering van de belastprijzen en de berekening vanaf boekjaar 2010 in overleg met de interne accountant van Koninklijk Ahold Delhaize N.V. te laten onderzoeken, toegewezen, en voor het overige het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

2.5.2 Het hof heeft, voor zover voor het navolgende van belang, in rubriek 3 van zijn arrest het volgende overwogen.²

Uitlegmaatstaf

De aard van, en het debat over de vorderingen van VAHFR c.s. brengen mee dat het hof de inhoud van de rechtsverhouding tussen partijen zal moeten vaststellen. Die rechtsverhouding betreft een franchiserelatie, waarin de schriftelijke franchiseovereenkomst een belangrijke rol speelt. (rov. 3.4)

Het hof zal in het kader van de vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen de voor deze procedure relevante bepalingen van de FO (te weten de art. 7, 17 en 20 en de Bijlagen) aan de hand van de Haviltexnorm uitleggen. (rov. 3.5)

In dit verband stelt het hof allereerst vast dat AHF sinds 1989 een standaard franchiseovereenkomst hanteert waarover in beginsel niet wordt onderhandeld. De standaardovereenkomst is meermaals aangepast. De in onderhavige zaak relevante overeenkomst is de FO van 2002. Bij de uitleg van de in dit geding relevante bepalingen van de FO kan ook acht worden geslagen op de eerdere versies daarvan. (rov. 3.6)

Betrokkenen zijn professionele partijen. De FO is een duurovereenkomst. Dat is een relevante omstandigheid omdat juist bij een dergelijke overeenkomst rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van veranderingen in het commerciële speelveld waarbinnen de overeenkomst zijn werking heeft, die hun weerslag hebben op de inhoud van de rechtsverhouding tussen partijen alsmede de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen. (rov. 3.8)

Bij de uitleg van de voor deze procedure relevante bepalingen speelt ook de wijze waarop daaraan door partijen uitvoering is gegeven een rol. In dat verband komt groot belang toe aan het feit dat art. 20 FO (Accountantscontrole) voorschriften bevat over de verificatie en controle door VAHFR van de juiste naleving van die bepalingen. Als gevolg daarvan zijn over de voor de onderhavige FO relevante perioden per (boek)jaar door de IAD accountantsverklaringen en rapporten van bevindingen uitgebracht, die zijn onderzocht door de accountant van VAHFR en waarover ook door hen aan VAHFR is gerapporteerd (hierna gezamenlijk: de accountantsrapporten). Uit een en ander volgt dat door partijen aan hun (interne en externe) accountants een centrale rol in het toezicht op de naleving van de FO is toebedeeld en tevens op welke wijze de accountants de hun toebedeelde rol uitvoerden. De uitleg die de accountants bij het uitvoeren van die rol op voor partijen kenbare wijze aan de FO hebben gegeven (althans de uitleg zoals die volgt uit de accountantsrapporten) moet daarom aan partijen worden toegerekend. (rov. 3.9)

Bij de uitleg van hetgeen krachtens de FO tussen partijen geldt, neemt het hof tevens in ogenschouw dat het partijen vrij staat hun overeenkomst(en) in of aan te vullen door nadere afspraken. Dergelijke aanpassingen zijn in het kader van de onderhavige franchiseovereenkomst vormvrij en kunnen eveneens in gedragingen besloten liggen (art 3:37 lid 1 BW). (rov. 3.10)

Uitleg art. 7 en 20 FO

De bedingen die in het bijzonder moeten worden uitgelegd zijn de art. 7 en 20 FO. In art. 7 FO wordt onder het kopje "Inkoop en Tarieven" bepaald dat AHF de franchisenemers de aan de eigen filialen in rekening te brengen belastprijzen in rekening zal brengen, dat aan AHF vergoedingen ter zake van L&D-kosten verschuldigd zijn en dat AHF franchisenemers boven een bepaalde drempel een deel van de onverdeelde marge zal betalen. Art. 20 FO bepaalt dat met onverdeelde marge wordt bedoeld "de niet in de kostprijs opgenomen omzetspremie en bonussen." (rov. 3.11)

VAHFR c.s. nemen het standpunt in dat de bedoeling van partijen bij de overeenkomst van meet af aan is geweest, kortweg, dat AHF slechts aan de franchisefee en de onverdeelde marge tot het drempelbedrag zou verdienen en dat AHF alle overige verdiensten door de

exploitatie van de AH-formule, hoe ook genaamd en van wie ook afkomstig (zoals leveranciers of derden), met de franchisenemers diende te verrekenen. (rov. 3.12)

De FO wijkt voor de onderwerpen die in de art. 7 en 20 FO worden geregeld, inhoudelijk niet af van de eerste standaardovereenkomst uit 1989, maar wel van de overeenkomst uit 1981. Daarin kwam de onverdeelde marge niet voor. De brochure die AH begin jaren '80 hanteerde, vermeldt dat de franchisenemer dezelfde inkooprijzen krijgt als de eigen filialen van AH en dezelfde distributiekosten, zonder winstopslag, betaalt, maar ook daarin wordt geen melding gemaakt van de onverdeelde marge. (rov. 3.13)

Uit de verklaringen van [betrokkene 1] en [betrokkene 3] valt volgens VAHFR c.s. af te leiden dat het van meet af aan de bedoeling is geweest dat de franchisenemers van AH de netto inkooprijzen doorbelast zouden krijgen, gelijk aan de prijs die ook aan de eigen filialen in rekening werd gebracht, vermeerderd met bepaalde kosten, dat de L&D-kosten op basis van werkelijke kosten verrekend zouden worden en dat de franchisenemers zouden meedelen in de niet in de kostprijs begrepen verkregen omzetpremies en bonussen. (3.14)

Het hof constateert allereerst dat [betrokkene 1] verklaart dat het franchisemodel onder meer op de pijlers rustte dat "alle bonussen gerelateerd aan hun deel in de totale omzet aan de ondernemers zouden toekomen middels een onverdeelde marge" en dat AH "als inkomsten de fee" had. Die verklaring roept de vraag op waarom [betrokkene 1] niet toelicht dat en waarom deze pijlers nog niet voorkomen in de aan de standaardovereenkomst van 1989 voorafgaande AH- franchiseovereenkomst en waarom [betrokkene 1] evenmin over de reeds in de eerste standaardovereenkomst opgenomen drempelwaarde voor die aanspraak verklaart: het opnemen van de drempelwaarde betekent immers dat juist niet alle bonussen aan de franchisenemers toekwamen maar AH een zeer belangrijk deel daarvan behield, zodat AH ook daaruit inkomsten behaalde en niet alleen uit de franchisefee. Bovendien blijkt daaruit dat AH als inkomsten dus niet alleen de franchisefee had. In zoverre wordt de stelling van VAHFR c.s. dus niet door [betrokkene 1] verklaring onderbouwd. (rov. 3.15)

Het hof constateert dat [betrokkene 3] verklaart dat in het franchisecontract van 1989, waarmee hij heeft gewerkt, de percentages van de onverdeelde marge nog duidelijk waren gekoppeld aan de consumentenomzet inclusief btw. Uit de tekst van die overeenkomst blijkt echter dat daarin gerept wordt van iets anders, namelijk de "AH-omzet". Deze verklaring is daarmee op een relevant punt minder accuraat. (rov. 3.16)

Belangrijker is dat met de verklaringen van [betrokkene 1] en [betrokkene 3] nog niet is gezegd dat en waarom de franchisenemers de FO ook op de door [betrokkene 1] dan wel [betrokkene 3] voorgestane wijze hebben begrepen of hebben mogen begrijpen (laat staan op de door VAHFR c.s. in dit geding bepleite wijze). Door VAHFR c.s. is niet, althans niet voldoende concreet aangevoerd dat er voorafgaand aan of bij het sluiten van de franchiseovereenkomst mededelingen aan de franchisenemers zijn gedaan of gedragingen van AH of AHF zijn geweest met de door [betrokkene 1] en/of [betrokkene 3] bedoelde strekking (en welke mededelingen of gedragingen dat dan waren), die door de franchisenemers ook als zodanig zijn opgevat en mochten worden opgevat en bij de uitleg van de art. 7 en 20 FO betrokken moeten worden. VAHFR c.s. hebben nog wel verwezen naar de verklaring van [betrokkene 2], maar ook als ervan wordt uitgegaan dat haar waarnemingen als die van de franchisenemers kunnen worden beschouwd, is die verklaring onvoldoende concreet en specifiek op het vlak van de door VAHFR c.s. gestelde afspraken over omzetpremies en marges. Aan bewijslevering ter zake wordt dan niet toegekomen, zodat het bewijsaanbod van VAHFR c.s. wordt gepasseerd. Uit hetgeen VAHFR c.s. over de bedoeling van partijen bij de FO naar voren hebben gebracht, volgt de door hen bepleite uitleg derhalve niet. (rov. 3.17-3.18)

Wat betreft de uitleg van de FO door de uitvoering ervan door partijen zal het hof in beginsel aansluiten bij de uitkomsten van het in art. 20 FO overeengekomen verificatiemechanisme zoals deze uit de accountantsrapporten blijken. Daartoe is het volgende redengevend. (rov. 3.19)

Voor ogen moet worden gehouden dat een dergelijk mechanisme nodig was omdat de

franchisenemers niet in staat zijn om de naleving door AHF van de FO zelf te verifiëren. Sedert eind jaren '80 kregen de franchisenemers de daadwerkelijke (voor AH bedrijfsvertrouwelijke) inkoopprijs per artikel niet meer te zien en werd de verificatie van de naleving van de overeenkomst overgedragen aan accountants. (rov. 3.20)

De kern van de verificatie zoals voorzien in het oorspronkelijke art. 20 FO (en in de voorgaande versies van de FO uit 1989 en 1999), was dat de IAD jaarlijks aan de hand van een controleprogramma de administratie van AH controleerde op (a) de juistheid van de belastingprijs, (b) de juistheid van het nacalculatorische tarief van L&D-kosten en of dat is bepaald op basis van de werkelijke bij AH geboekte kosten en (c) de volledigheid van de onverdeelde marge en dat de IAD daarover een accountantsverklaring verstrekke. Vervolgens onderzocht de externe accountant van VAHFR de werkzaamheden van de IAD en rapporteerde daarover aan VAHFR. (rov. 3.21)

Wijziging art. 20 FO

Blijkens de door VAHFR voor akkoord ondertekende brief van AHF van 9 maart 2007 hebben VAHFR c.s. ingestemd met een wijziging van art. 20 FO. Deze wijziging hield in dat de IAD geen accountantsverklaring meer afgaf maar een rapport van bevindingen opstelde. Deze werkwijze is sedertdien, met terugwerkende kracht tot en met 2003, gevolgd. Uit de rapporten van bevindingen die de IAD vanaf 2003 heeft uitgebracht volgt dat door accountants van de IAD eerst werd vastgesteld wat de inhoud van relevante contractuele bepalingen was en of daarin een wijziging was opgetreden, waarna aan de hand van het als bijlage bijgevoegde toepasselijke normenkader een onderzoek naar de naleving van die bepalingen plaatsvond. Hieruit leidt het hof af dat de wijziging van art. 20 FO op zichzelf niet ertoe strekte de inhoud van de financiële afspraken tussen partijen te wijzigen. (rov. 3.22)

Normenkaders

Volgens het gewijzigde art. 20 FO wordt in het rapport van bevindingen een normenkader opgenomen dat is opgesteld in overleg met en met instemming van VAHFR op basis van een bestendige gedragslijn. Aan dat normenkader toetst de IAD de naleving van de FO. Uit de rapporten van de IAD blijkt dat zij bij het accountantsonderzoek voor elk van de drie te toetsen onderwerpen een afzonderlijk normenkader hanteerde. De wijze waarop de toets plaatsvond, verschilde per normenkader, zo blijkt uit de accountantsrapporten. Zo valt bij het normenkader over de onverdeelde marge op dat de IAD en UNP een aantal selecties maakten van wel en niet verrekenende posten, teneinde de volledigheid en de juistheid van de in de afrekening betrokken bedragen te controleren. Over de resultaten vonden vervolgens discussies plaats, waarover in de accountantsrapporten uitgebreid wordt gerelateerd en die tot aanpassingen van de verrekening konden leiden. (rov. 3.23)

Anders dan VAHFR c.s. hebben bepleit, hoeven de normenkaders niet ieder jaar opnieuw uitdrukkelijk te worden overeengekomen. Dat accountancyregelgeving daartoe zou dwingen hebben VAHFR c.s. onvoldoende toegelicht. Uit de tekst van de FO valt een dergelijke eis evenmin af te leiden en de wijze waarop partijen vanaf maart 2007 uitvoering hebben gegeven aan de FO geeft ook geen grond voor de conclusie dat partijen meenden dat dit ieder jaar opnieuw diende te gebeuren. In dit verband is verder van belang dat art. 20 FO vergt dat de normenkaders gebaseerd zijn op een bestendige gedragslijn. Dat uitgangspunt brengt mee dat (behoudens duidelijke aanwijzingen voor het tegendeel, zoals een expliciet eenmalig bedoelde afspraak) afspraken die blijken uit een normenkader voor enig jaar ook voor het normenkader voor het volgende jaar hun gelding behouden. (rov. 3.24)

Uit de accountantsrapporten blijkt dat UNP bevindingen kon hebben naar aanleiding van de rapportage van de IAD en de keuzes die daarin werden gemaakt voor de behandeling van nieuwe situaties, welke bevindingen soms wel en soms niet tot aanpassing van de conclusies van de IAD leidden, maar die via het rapport ter kennis van VAHFR werden gebracht. Zij kon vervolgens onderwerpen bij AHF aan de orde stellen en deed dat ook daadwerkelijk, zoals dat het geval was bij de discussie over de toe te passen WACC of (in

2009) de trendanalyse onverdeelde marge. Het hof leidt uit dit een en ander af dat partijen, gezien de toepassing daarvan, met art. 20 FO ook hebben willen voorzien in een mechanisme dat ruimte bood voor de beoordeling van nieuwe situaties en de beslissing over de toepassing daarvan. Het door de accountants van AH en VAHFR krachtens art. 20 FO uitgevoerde toezicht valt daarmee niet strikt te scheiden van de vraag naar de inhoud van de overeenkomst. (rov. 3.25)

De normenkaders vertegenwoordigen daarom dat wat volgens partijen op het tijdstip dat deze werden vastgesteld, met inachtneming van de inmiddels opgetreden nieuwe ontwikkelingen, uit de FO voortvloeide. Niet exact is vast te stellen of dat op onderdelen wel of niet tot een aanpassing van de overeenkomst leidde, maar het antwoord op die vraag is niet relevant, voor zover over de aanpassing (naar volgt uit de opname van die aanpassing in een normenkader) in ieder geval overeenstemming tussen partijen bestond. (rov. 3.26)

VAHFR c.s. nemen het standpunt in dat de normenkaders hun aanspraken uit hoofde van de FO niet uitputtend regelen. Voor zover zij daarmee beogen aan te voeren dat er onderwerpen bewust buiten een normenkader zijn gelaten, kan het hof hen daarin niet volgen, nu dat niet verenigbaar is met het hiervoor omschreven doel en de functie van de normenkaders. Het hof gaat integendeel ervan uit dat partijen met de normenkaders (ook) beoogden de inhoud die de FO op dat moment had, vast te stellen. (rov. 3.27)

De slotsom luidt dat, gegeven de inhoud van art. 20 FO en de feitelijke uitvoering daarvan door accountantsonderzoeken en -rapporten aan de hand van overeengekomen normenkaders, in beginsel (behoudens daar waar specifieke andersluidende overeenkomsten zijn gesloten of afspraken zijn gemaakt) de uitleg van art. 7 FO en art. 20 FO moet worden gevolgd die de accountants daaraan blijkens hun rapporten, in onderlinge samenhang bezien, van meet af aan hebben gegeven. Dat gebeurde immers op een voor partijen kenbare wijze en onder verantwoordelijkheid van partijen. Bij die gang van zaken mochten partijen ieder gerechtvaardigd erop vertrouwen dat de wederpartij met de gehanteerde uitleg instemde (art. 3:33 BW en art. 3:35 BW). In dit verband is niet van belang dat tussen de vaststelling van het eerste normenkader (begin 2007) en die van het laatste normenkader waarover uitdrukkelijk overleg heeft plaatsgehad (2008) slechts een tijdsspanne van circa anderhalf jaar is gelegen. (rov. 3.39)

Het voorgaande heeft gevolgen voor de uitleg van de in de FO gehanteerde centrale begrippen. (rov. 3.40)

Uitleg belastprijs

Zoals overwogen is AHF krachtens art. 7 FO verplicht om aan de franchisenemers de "door haar aan haar eigen filialen in rekening te brengen belastprijzen" in rekening te brengen. Bijlage III onder V bij de FO verduidelijkt de term "(door)belastingsprijzen" door daaraan toe te voegen "zijnde de inkoopprijs van het artikel vermeerderd met alle direct toerekenbare kosten, te vermeerderen met btw". (rov. 3.41)

Uit de overgelegde accountantsrapporten (rapporten van bevindingen van de IAD dan wel de rapporten van de accountant van VAHFR) blijkt in dit verband, ook gezien het hier toepasselijke normenkader, dat van meet af aan uitsluitend door accountants is getoetst of de door AHF aan franchisenemers in rekening gebrachte prijs gelijk was aan de prijs die door AH aan de eigen filialen in rekening was gebracht (waarop overigens steevast de conclusie volgde dat dat het geval was). De rapporten bevatten geen enkele aanwijzing dat het daarnaast relevant werd gevonden of die aldus getoetste prijs ook exact de inkoopprijs was die AH aan de leverancier betaalde, laat staan dat daar onderzoek naar werd verricht. In 1995 is weliswaar naar aanleiding van een vraag aan de zijde van franchisenemers door AHF toegelicht dat de inkoopprijs de prijs is die aan de leverancier wordt betaald, maar dat die uitleg enig gevolg heeft gehad, bijvoorbeeld op het vlak van de controles door de accountants, is gesteld noch gebleken. In het UNP-rapport over 2010 wordt ook met zoveel woorden bevestigd dat het onderzoek zich niet uitstrekt tot beoordeling van de door AH aan de leverancier betaalde inkoopprijs. Onder die omstandigheden ziet het hof geen aanleiding

voor een andere uitleg van de term belastprijs dan als de prijs die AH aan de eigen filialen in rekening brengt. Aan de inkoopprijs die AH aan de leverancier heeft betaald, komt in het kader van de vraag naar aanspraken van VAHFR c.s. geen betekenis toe. In het bijzonder is daardoor geen ruimte voor verrekening indien geconstateerd wordt dat de feitelijk aan de leverancier betaalde inkoopprijs een lagere was. Partijen zijn het erover eens, naar ter zitting in hoger beroep is gebleken, dat als gevolg van het inmiddels door AH gehanteerde systeem als inkoopprijs geldt: de geldende inkoopprijs op het moment van scannen bij de kassa bij de verkoop van het product. Daardoor kan de voor franchisenemers en eigen filialen gehanteerde inkoopprijs afwijken van de inkoopprijs die daadwerkelijk door AH aan de leverancier is betaald. Voor de uitleg van de term belastprijs dient dat evenwel buiten beschouwing te blijven. (rov. 3.42)

In het normenkader voor de onverdeelde marge is een tabel opgenomen waaronder is vermeld "Kostprijs gerelateerd". Deze tabel ziet kennelijk op verrekening van posten die ten onrechte niet in de belastprijs waren meegenomen. Uit deze tabel volgt dat het mogelijk is om latere correcties op de belastprijs aan te brengen, bijvoorbeeld wegens "prijsverschillen". In de toelichting bij het normenkader wordt daarover geschreven: "Prijsverschillen ontstaan omdat de kostprijzen in de artikeldatabase (NASA) niet juist zijn, waardoor ook de facturatie niet juist is. Met de verrekening wordt dit gecorrigeerd." Het hof leidt daaruit af dat daarmee wordt gedoeld op daadwerkelijke fouten in de artikeldatabase. De verrekening daarvan doet aan de hiervoor gegeven uitleg van de belastprijs niet af. (rov. 3.43)

Uitleg verrekeningsgrondslag onverdeelde marge

Krachtens art. 7 FO wordt de onverdeelde marge verrekend naar rato van de in dat jaar "door Franchisenemer gerealiseerde Albert Heijn-omzet." De eerste standaard-franchiseovereenkomst van 1989 hanteerde in art. 7 reeds dezelfde frase. Uit het feit dat elders in de FO, namelijk in Bijlage III onder I (hoofdstuk Franchisefee) als grondslag voor de te betalen franchisefee een andere omzetdefinitie staat vermeld, namelijk de "door de Franchisenemer gerealiseerde consumentenomzet exclusief btw" leidt het hof af dat met de term "Albert Heijn-omzet" in art. 7 bewust van het begrip "consumentenomzet" is afgeweken. (rov. 3.51)

Wat onder "door de Franchisenemer gerealiseerde Albert Heijn-omzet" moet worden verstaan, verduidelijkt art. 7 FO niet. De bewoordingen daarvan zijn voor meer dan een uitleg vatbaar. Daarom knoopt het hof aan bij hetgeen daarover in de IAD- en UNP-rapporten over de onverdeelde marge in de jaren 2004 tot en met 2008 is vermeld. In de IAD-rapporten wordt zonder uitzondering vastgesteld (of en) dat de "in de afrekening onverdeelde marge gehanteerde verhouding tussen omzet eigen filialen en ingestuwde omzet franchisewinkels juist is berekend." Deze zinsnede is vanaf het jaar 2004 ook in de UNP-rapporten overgenomen. In de bijlagen B bij die rapporten, waarin melding wordt gedaan van de "Franchise afrekening onverdeelde marge" staat in de berekening die tot vaststelling van het verrekenbare bedrag leidt eveneens vermeld: "Instuwingsomzet franchise als percentage van totaal omzet AH BV". Met de ingestuwde omzet wordt dus niet de consumentenomzet van de franchisenemers, maar de door AH aan de franchisenemers geleverde omzet bedoeld. Uit de werkzaamheden die de accountants hebben verricht ter vaststelling en controle van de juistheid van de berekening van de onverdeelde marge en de bij de verdeling daarvan in aanmerking te nemen Albert Heijn-omzet, blijkt eveneens dat zij in dat kader zijn uitgegaan van de consumentenomzet van de eigen AH-filialen en de omzet die is gemaakt met de levering/instuwing aan de franchisenemers, niet hun consumentenomzet. (rov. 3.52)

Volgens VAHFR c.s. was de bedoeling van partijen dat de consumentenomzet inclusief btw als verrekeningsgrondslag zou gelden. Voor zover zij zich daarbij beroepen op de verklaring van [betrokkene 3], faalt hun betoog op grond van het in rov. 3.16 overwogene. Nu VAHFR c.s. niet hebben verklaard waarom, anders dan [betrokkene 3] vermeldt, in de FO uitdrukkelijk exclusief btw staat, voldoen zij in zoverre niet aan hun stelplicht en wordt aan bewijslevering niet toegekomen. (rov. 3.53)

VAHFR c.s. hebben aangevoerd dat zij pas in het KPMG-rapport hebben gelezen dat "in de verdeelsleutel voor de onverdeelde marge (...) de netto omzet van de franchisenemers [wordt] meegenomen tegen een bruto omzet van de [eigen] winkels, wat resulteert in een lagere verdeelsleutel." Zij stellen dat door die verdeelsleutel "appels met peren" worden vergeleken en dat art. 7 FO zich daartegen verzet. Het hof overweegt dat, wat daar ook verder van zij, VAHFR c.s. vanaf (in elk geval) het jaar 2004 uit de accountantsrapporten hadden kunnen afleiden welke grondslag AH hanteerde en de accountants juist achtten. Hetgeen in rov. 3.39 is overwogen brengt mee dat VAHFR c.s. aan de uitleg die sedertdien aan de overeenkomst is gegeven, zijn gebonden. (rov. 3.54)

- 2.5.3 In rubriek 4 van zijn arrest heeft het hof de afzonderlijke vorderingen van VAHFR c.s. beoordeeld. Het hof heeft daar, samengevat en voor zover voor het navolgende van belang, het volgende overwogen.

Vorderingen ten aanzien van de Action Discount Resultaten

De vordering onder H strekt tot verklaring voor recht dat AHF de in enig jaar vanaf (en inclusief) het boekjaar 2008, althans vanaf (en inclusief) het boekjaar 2010, binnen de Ahold-groep gerealiseerde Action Discount Resultaten bij de in- en verkoop van actie-artikelen voor de Albert Heijn-winkelformule zoals omschreven in het rapport van KPMG van 18 december 2014 in de afrekening met de franchisenemers behoort te betrekken. Dit door deze in mindering te brengen op de aan de franchisenemer in rekening te brengen inkoopprijs als onderdeel van de belastprijs zoals bedoeld in art. 7 in verbinding met Bijlage III sub V (versie 2002), respectievelijk Bijlage II sub V (versie 2014) FO of, als dat niet onmiddellijk mogelijk is, via een latere correctie op deze inkoopprijs. (rov. 4.18)

VAHFR c.s. hebben daartoe in de kern het volgende aangevoerd. Uitgangspunt van de FO is dat de franchisenemers dezelfde inkoopprijs betalen die AH aan de leveranciers betaalt. Indien gedurende een actieperiode minder actie-artikelen tegen de actieverkoopprijs aan consumenten worden verkocht dan er tegen een lage actie- inkoopprijs van de desbetreffende leverancier zijn betrokken, kunnen die "overgebleven" artikelen na de actieperiode voor de reguliere "volle" prijs worden verkocht. De supermarkt kan op die artikelen dan een hogere marge behalen: een positief Action Discount Resultaat. VAHFR c.s. menen dat dit resultaat met hen moet worden verrekend en dat het ondernemersrisico dat zij lopen dat ook rechtvaardigt. Ook het feit dat het door AHF behaalde ADR tot het derde kwartaal van 2011 onder de post "Prijverschillen" met de franchisenemers werd verrekend duidt er volgens hen op dat AHF daartoe krachtens de FO verplicht was. (rov. 4.19)

Sedert 2003 is het voor de franchisenemers als gevolg van het door AH gehanteerde systeem niet meer mogelijk zelf een positief ADR te realiseren. AHF zelf is daartoe nog wel in staat. Het betoog van VAHFR c.s. dat het door AHF gerealiseerde ADR met de franchisenemers moet worden verrekend, is gebaseerd op een uitgangspunt dat het hof niet deelt. De in de rov. 3.42-3.43 weergegeven uitleg van de term "belastprijs" brengt mee dat de FO geen ruimte biedt voor verrekening van een ADR zolang de belastprijzen dezelfde zijn als de aan de eigen filialen van AH in rekening gebrachte prijzen. Gesteld noch gebleken is dat dat laatste niet het geval is. Ook voor een latere correctie op de inkoopprijs ontbreekt een contractuele grondslag. In dat licht bezien is het betoog van VAHFR c.s. dat voor verrekening van een ADR (althans: van een positief ADR) een rechtvaardiging bestaat in het door de franchisenemers gedragen ondernemersrisico, onvoldoende geconcretiseerd zodat het hof daaraan voorbij gaat. Uit het KPMG-rapport volgt verder dat AH nog een systeemwijziging heeft doorgevoerd die meebrengt dat na het derde kwartaal in 2011 een ADR niet meer als Prijverschillen werd verrekend. Het hof is van oordeel dat, gelet op hetgeen is overwogen in rov. 3.43 in samenhang met rov. 2.1.14 [HR: waarin is vermeld wat hiervoor in 2.2 onder (x) is vermeld], bij het ADR geen sprake is van een "onjuiste" prijs (zoals de post Prijverschillen in de toepasselijke normenkaders is gedefinieerd) zodat het terecht is dat AH een ADR niet (meer) als prijsverschillen verrekende. Vordering H moet

daarom worden afgewezen. (rov. 4.20)

Slot

VAHFR c.s. hebben bewijs van hun stellingen aangeboden. Voor zover hiervoor niet reeds besproken, heeft dat aanbod geen betrekking op voldoende concreet geformuleerde stellingen die, indien bewezen, tot andere oordelen kunnen leiden dan hierboven gegeven, zodat het aanbod wordt gepasseerd. (rov. 4.97)

3 Beoordeling van het middel

Aard van de franchiserelatie

- 3.1.1 Onderdeel 1 van het middel richt diverse klachten tegen het oordeel van het hof over de aard van de franchiserelatie en betoogt onder meer dat sprake is van een ongelijkwaardige positie tussen de franchisenemers en AHF en dat dit van belang is voor de uitleg van de FO. Ook wordt aangevoerd dat de Nederlandse Franchise Code bij de uitleg van de FO van belang is, althans van belang kan zijn.
- 3.1.2 De klachten van onderdeel 1 kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad behoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Bedoeling van partijen; bewijsaanbod

- 3.2.1 Onderdeel 2.1 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.17 dat met de verklaringen van [betrokkene 1] en [betrokkene 3] nog niet is gezegd dat en waarom de franchisenemers de FO ook op de door [betrokkene 1] dan wel [betrokkene 3] voorgestane wijze hebben begrepen of hebben mogen begrijpen, en dat door VAHFR c.s. niet, althans onvoldoende concreet is aangevoerd dat er voorafgaand aan of bij het sluiten van de franchiseovereenkomst mededelingen aan de franchisenemers zijn gedaan of gedragingen van AH of AHF zijn geweest met de door [betrokkene 1] en [betrokkene 3] bedoelde strekking, die door de franchisenemers ook als zodanig mochten worden opgevat en bij de uitleg van de art. 7 en 20 van de FO betrokken moeten worden.

Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat de bedoeling van een contractspartij, diens functionarissen of van een nauw met die contractspartij verbonden (groeps-)vennootschap met bepalingen van een schriftelijke overeenkomst van betekenis kan zijn voor de uitleg van die overeenkomst, ongeacht of die contractspartij of nauw verbonden partij voorafgaand aan het sluiten van die overeenkomst over die bedoeling bepaalde mededelingen heeft gedaan en ongeacht of er gedragingen van die contractspartij of nauw verbonden partij zijn geweest waaruit die bedoeling bleek. Het hof heeft in dit kader de grondslag van de Haviltex-maatstaf miskend en te strenge eisen gesteld aan de stelplicht van VAHFR c.s., aldus het onderdeel.

- 3.2.2 VAHFR c.s. hebben zich voor de uitleg van de FO beroepen op een gemeenschappelijke bedoeling van de contractspartijen. Voor de aanwezigheid van die bedoeling bij AH/AHF hebben zij een beroep gedaan op onder meer de verklaringen van [betrokkene 1] en [betrokkene 3]. Voor het kunnen aannemen van een gemeenschappelijke partijbedoeling is niet vereist dat deze voor of ten tijde van het aangaan van de overeenkomst door middel van verklaringen of gedragingen aan de franchisenemers is overgebracht. Voldoende is dat komt vast te staan dat zowel de franchisenemers als AH/AHF die bedoeling hadden. Het hof kon aan de stelling dat er een gemeenschappelijke partijbedoeling was dan ook niet voorbijgaan op de grond dat VAHFR c.s. onvoldoende concreet hebben aangevoerd dat daaromtrent ten tijde van het aangaan van de

overeenkomst van de zijde van AH/AHF mededelingen aan de franchisenemers zijn gedaan of gedragingen zijn geweest met de door [betrokkene 1] en [betrokkene 3] bedoelde strekking, die door de franchisenemers in die zin zijn opgevat en mochten worden opgevat. De klacht slaagt dus.

3.2.3 De onderdelen 2.3 en 2.4 richten zich tegen rov. 3.15. Daarin heeft het hof allereerst geconstateerd dat [betrokkene 1] verklaart dat het franchisemodel onder meer op de pijlers rustte dat "alle bonussen gerelateerd aan hun deel in de totale omzet aan de ondernemers zouden toekomen middels een onverdeelde marge" en dat AH "als inkomsten de fee" had. Het hof heeft vervolgens overwogen dat deze verklaring de vraag oproept waarom [betrokkene 1] niet toelicht dat en waarom deze pijlers nog niet voorkomen in de aan de standaardovereenkomst van 1989 voorafgaande AH-franchiseovereenkomst en waarom [betrokkene 1] evenmin verklaart over de reeds in de eerste standaardovereenkomst opgenomen drempelwaarde. Het opnemen van de drempelwaarde, zo heeft het hof overwogen, betekent immers dat juist niet alle bonussen aan de franchisenemers toekwamen maar AH een zeer belangrijk deel daarvan behield. Daaruit blijkt volgens het hof bovendien dat AH als inkomsten dus niet alleen de franchisefee had. De stelling van VAHFR c.s. – te weten dat het van meet af aan de bedoeling van partijen is geweest dat AHF slechts aan de franchisefee en de onverdeelde marge tot het drempelbedrag zou verdienen en alle overige verdiensten verrekend moesten worden met de franchisenemers (zie rov. 3.12) – wordt dus niet door [betrokkene 1] verklaring onderbouwd, aldus het hof.

De onderdelen klagen onder meer dat dit oordeel van het hof zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. Zij voeren daartoe het volgende aan.

De passage over de onverdeelde marge die het hof uit de verklaring van [betrokkene 1] citeert, heeft kennelijk betrekking op de standaardovereenkomst van 1989. Bij de totstandkoming daarvan was [betrokkene 1] betrokken. Niet valt in te zien dat het feit dat [betrokkene 1] met betrekking tot dit onderwerp niet verklaart over de aan de standaardovereenkomst van 1989 voorafgaande AH-franchiseovereenkomst, vragen zou oproepen of tot de bedoelde oordelen van het hof zou kunnen leiden.

Bovendien valt niet in te zien waarom het feit dat [betrokkene 1] in zijn verklaring over het onderwerp onverdeelde marge de drempelwaarde niet noemt, vragen zou oproepen of tot de bedoelde oordelen van het hof zou kunnen leiden. Tussen VAHFR c.s. en AH c.s. is nooit in geschil geweest dat AH een belangrijk deel van de bonussen behield als gevolg van die drempelwaarde. Het geschil ziet op de uitleg van het begrip "onverdeelde marge, zijnde de niet in de kostprijs opgenomen omzetpremie en bonussen" in art. 20 FO en op de uitleg van de verrekeningsgrondslag van de onverdeelde marge, aldus nog steeds deze onderdelen.

3.2.4 Het oordeel van het hof dat de verklaring van [betrokkene 1] vragen oproept omdat hij niet verklaart waarom de onverdeelde marge en de daarop betrekking hebbende drempelwaarde nog niet in de aan de standaardovereenkomst van 1989 voorafgaande AH-franchiseovereenkomst voorkwamen, is gelet op de algemene strekking van de verklaring van [betrokkene 1] en in het licht van het onderwerp dat tussen partijen in geschil is, onbegrijpelijk. [betrokkene 1] verklaring gaat over de pijlers waarop het franchisemodel – dat [betrokkene 1] mede had ontwikkeld – berustte. [betrokkene 1] heeft in dat kader onder meer verklaard over de elementen die van de onverdeelde marge deel uitmaken (een van de pijlers van het franchisemodel). Zijn verklaring was niet gericht op de verschillen tussen de opeenvolgende franchiseovereenkomsten. Door betekenis toe te kennen aan de omstandigheid dat [betrokkene 1] niet verklaart over de reeds in de eerste standaardovereenkomst opgenomen drempelwaarde, heeft het hof bovendien miskend dat tussen partijen niet in geschil is dat de onverdeelde marge slechts boven een bepaalde drempelwaarde aan de franchisenemers toekomt. In geschil is hoe en op basis van welke elementen die onverdeelde marge bepaald moet worden. De onderdelen zijn dus terecht voorgesteld.

3.2.5 Onderdeel 2.5 richt zich tegen rov. 3.16. Daarin heeft het hof overwogen dat de verklaring van [betrokkene 3] op een relevant punt minder accuraat is omdat hij verklaart dat in het franchisecontract van 1989, waarmee hij heeft gewerkt, de percentages van de onverdeelde marge nog duidelijk waren gekoppeld aan de consumentenomzet inclusief btw, terwijl uit de tekst

van die overeenkomst iets anders blijkt, namelijk de "AH-omzet".

Het onderdeel wijst erop dat het hof in rov. 3.16 onder meer verwijst naar zijn oordeel in rov. 3.51 e.v. en dat laatstgenoemd oordeel wordt bestreden door onderdeel 6.1.

3.2.6 Het vorenstaande geeft aanleiding eerst onderdeel 6.1 te behandelen. Dit onderdeel is gericht tegen rov. 3.53. Daarin heeft het hof overwogen dat het volgens VHAFR c.s. de bedoeling was dat de consumentenomzet inclusief btw als verrekeningsgrondslag zou gelden. Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat voor zover VAHFR c.s. zich daarbij beroepen op de verklaring van [betrokkene 3], hun betoog faalt op grond van het in rov. 3.16 overwogene. Nu VAHFR c.s. niet hebben verklaard waarom, anders dan [betrokkene 3] vermeldt, in de FO uitdrukkelijk exclusief btw staat, voldoen zij in zoverre niet aan hun stelplicht en wordt aan bewijslevering, zoals aangeboden, niet toegekomen, aldus het hof.

Onderdeel 6.1 klaagt dat dit oordeel onbegrijpelijk is omdat het hof niet in zijn oordeel heeft betrokken dat in de FO alleen in het kader van de grondslag van de te betalen franchisefee en de L&D-kosten uitdrukkelijk "exclusief btw" staat. Voor de onverdeelde marge staat in de FO niets vermeld over btw. Het onderdeel klaagt ook dat het hof niet kenbaar in zijn oordeel heeft betrokken dat [betrokkene 3] niet heeft verklaard over de FO, maar over de standaard franchiseovereenkomst van 1989. Het hof heeft bovendien niet kenbaar in zijn oordeel betrokken dat in art. 7 van de standaard franchiseovereenkomst van 1989 in het kader van de onverdeelde marge uitdrukkelijk "inclusief btw" staat (niet bij de frase "door Franchisenemers gerealiseerde Albert Heijn-omzet", maar wel iets daarvoor: "Albert Heijn B.V. omzet inclusief B.T.W. aan onverdeelde marge"). Het onderdeel klaagt voorts dat het hof niet kenbaar in zijn oordeel heeft betrokken dat [betrokkene 3] niet alleen heeft verklaard dat in de standaard franchiseovereenkomst van 1989 de percentages van de onverdeelde marge nog duidelijk waren gekoppeld aan de consumentenomzet "inclusief btw", maar ook heeft verklaard dat de franchisefee daarentegen expliciet werd gekoppeld aan de instuwingsomzet "exclusief btw". Gezien het voorgaande is zonder nadere motivering onbegrijpelijk dat VAHFR c.s. zouden hebben moeten verklaren waarom in de FO uitdrukkelijk exclusief btw staat (voor de grondslag voor de te betalen fee en de L&D-kosten), laat staan dat begrijpelijk is dat VAHFR c.s. in zoverre niet aan hun stelplicht zouden hebben voldaan. In het verlengde hiervan heeft het hof ook het bewijsaanbod ten onrechte gepasseerd, aldus onderdeel 6.1.

3.2.7 De hiervoor weergegeven klachten van onderdeel 6.1 slagen. In art. 7 FO staat bij de verrekeningsgrondslag voor de onverdeelde marge vermeld dat het daarbij gaat om de "gerealiseerde Albert Heijn-omzet". Of deze omzet inclusief of exclusief btw is, staat daar niet uitdrukkelijk. Bijlage III bij de FO vermeldt hierover bij de verrekeningsgrondslag voor de onverdeelde marge, anders dan bij de franchisefee en L&D-kosten, ook niets. Het oordeel van het hof dat in de FO uitdrukkelijk "exclusief btw" vermeld staat, is dan ook onbegrijpelijk. Het oordeel van het hof is temeer onbegrijpelijk omdat het hof daarin niet kenbaar heeft betrokken dat in art. 7 van de standaard franchiseovereenkomst van 1989 staat vermeld dat in "de huidige belastprijsystematiek van Franchisegever (...) gemiddeld 0,25% van de Albert Heijn B.V. omzet inclusief B.T.W. aan onverdeelde marge niet [wordt] doorgegeven aan de eigen filialen, en dus ook niet aan de Franchisenemer". Voor zover het hof bij zijn oordeel in rov. 3.53 tot uitgangspunt heeft genomen dat [betrokkene 3] heeft verklaard over de FO (en niet over de standaard franchiseovereenkomst van 1989) is dit onbegrijpelijk en slaagt de daartegen gerichte klacht. Het slagen van de hiervoor besproken klachten van onderdeel 6.1 brengt mee dat ook het oordeel van het hof over de stelplicht en het bewijsaanbod van VAHFR c.s. in rov. 3.53 niet in stand kan blijven.

3.2.8 Het voorgaande brengt mee dat ook onderdeel 2.5 slaagt, nu het terecht klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.16 mede berust op het door onderdeel 6.1 met succes bestreden oordeel van het hof in rov. 3.53.

3.2.9 De onderdelen 2.8, 2.10, 2.11 en 2.12 keren zich kort gezegd tegen de oordelen van het hof in rov. 3.17 en rov. 4.97 dat aan bewijslevering niet wordt toegekomen, zodat het bewijsaanbod van

VAHFR c.s. wordt gepasseerd. Daarbij wijzen VAHFR c.s. erop dat zij ook andere schriftelijke verklaringen dan die van [betrokkene 1] , [betrokkene 3] en [betrokkene 2] in het geding hebben gebracht over de gemeenschappelijke bedoeling van partijen en over stellingen die daarmee verband houden, zoals met betrekking tot de uitleg van de belastprijs en de onverdeelde marge. VAHFR c.s. hebben daarnaast aangeboden getuigen te doen horen over de gemeenschappelijke bedoeling van partijen en daarmee verband houdende stellingen, waaronder degenen van wie schriftelijke verklaringen in het geding zijn gebracht. Het bewijsaanbod had ook betrekking op de wijze waarop vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven aan de FO en eerdere versies daarvan. Die wijze van uitvoering was in lijn met de gestelde bedoeling van partijen en bewijst daarmee tevens die bedoeling, aldus de klachten.

- 3.2.10 Het oordeel van het hof in de rov. 3.17 en 4.97 dat aan bewijslevering niet wordt toegekomen, bouwt voort op de door de onderdelen 2.1, 2.3, 2.4 en 2.5 met succes bestreden oordelen van het hof en kan daarom niet in stand blijven. De onderdelen 2.8, 2.10, 2.11 en 2.12 zijn dus terecht voorgesteld.
- 3.2.11 In rov. 3.18 heeft het hof geoordeeld dat uit hetgeen VAHFR c.s. over de bedoeling van partijen bij de FO naar voren hebben gebracht, de door VAHFR c.s. bepleite uitleg, zoals in rov. 3.12 samengevat, niet volgt. Het slagen van de hiervoor besproken klachten van onderdeel 2 brengt mee dat ook het oordeel van het hof in rov. 3.18 niet standhoudt. De daarop gerichte klacht van onderdeel 2.13 slaagt derhalve.
- 3.2.12 De klachten van de onderdelen 2.6, 2.7 en 2.9 kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad behoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Feitelijke uitvoering van de overeenkomst; accountantsonderzoek en -controle

- 3.3.1 Onderdeel 3 richt zich tegen de rov. 3.9, 3.19 en 3.39. Daarin heeft het hof onder meer geoordeeld dat partijen in art. 20 FO aan hun accountants een centrale rol in het toezicht op de naleving van de FO hebben toebedeeld en dat de uitleg die de accountants bij het uitvoeren van die rol op voor partijen kenbare wijze aan de FO hebben gegeven daarom aan partijen moet worden toegerekend. Het hof heeft verder geoordeeld dat, gegeven de inhoud van art. 20 FO en de feitelijke uitvoering daarvan door accountantsonderzoeken en -rapporten aan de hand van overeengekomen normenkaders, in beginsel de uitleg van de art. 7 en 20 FO moet worden gevolgd die de accountants daaraan blijkens hun rapporten van meet af aan hebben gegeven. Dat gebeurde immers op een voor partijen kenbare wijze en onder verantwoordelijkheid van partijen. Bij die gang van zaken mocht ieder van de partijen erop vertrouwen dat de wederpartij met de gehanteerde uitleg instemde. In dit verband is niet van belang dat tussen de vaststelling van het eerste normenkader en die van het laatste normenkader slechts een tijdspanne van ongeveer anderhalf jaar is gelegen, aldus het hof.
- 3.3.2 Onderdeel 3.1 klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat uit het enkele feit dat de accountants de uitleg van de FO in hun rapporten gaven op een voor partijen kenbare wijze en onder verantwoordelijkheid van partijen, niet volgt dat AHF erop mocht vertrouwen dat de franchisenemers met de in die rapporten gehanteerde uitleg instemden, althans is dat oordeel volgens het onderdeel onvoldoende gemotiveerd. Het onderdeel betoogt daartoe onder meer dat art. 20 FO slechts ziet op controle van en onderzoek naar de uitvoering van de FO en niet de bevoegdheid geeft aan de accountants om de FO te wijzigen of aan te vullen. Niet valt bovendien in te zien waarom VAHFR of de franchisenemers daarmee akkoord zouden gaan, voor zover sprake was van een verslechtering van hun financiële positie langs die weg.
- 3.3.3 De klacht is terecht voorgesteld. Het hof heeft onvoldoende gemotiveerd waarom uit het enkele feit dat de accountants de uitleg van de FO in hun rapporten gaven op een voor partijen kenbare

wijze en onder hun verantwoordelijkheid, volgt dat AHF erop mocht vertrouwen dat de franchisenemers met de in die rapporten gehanteerde uitleg instemden. Daarbij is van belang dat art. 20 FO onderzoek naar en controle van de uitvoering van de FO regelt en de accountants niet de bevoegdheid geeft om de FO zelfstandig uit te leggen, te wijzigen of aan te vullen. Opmerking verdient in dit verband – zoals de onderdelen 3.2 en 3.3 terecht aanvoeren – dat tussen de vaststelling van het eerste normenkader begin 2007 en die van het laatste normenkader waarover uitdrukkelijk overleg heeft plaatsgevonden (in 2008), een relatief korte tijdsspanne van ongeveer anderhalf jaar heeft gelegen, en dat VAHFR c.s. hebben gesteld en te bewijzen hebben aangeboden dat partijen de (voorgangers van de) FO vanaf begin jaren '80 op andere wijze hebben uitgelegd en feitelijk ook anders hebben uitgevoerd dan het hof heeft aangenomen.

Belastprijs

3.4.1 Onderdeel 4 richt verschillende klachten tegen de uitleg die het hof in rov. 3.42 heeft gegeven aan het in art. 7 FO opgenomen begrip 'belastprijs'. Meer in het bijzonder zijn die klachten gericht tegen de oordelen (i) dat er geen aanleiding voor een andere uitleg van de term belastprijs is dan de prijs die AH aan de eigen filialen in rekening brengt, (ii) dat aan de inkoopprijs die AH aan de leverancier heeft betaald in het kader van de vraag naar de aanspraken van VAHFR c.s. geen betekenis toekomt, en (iii) dat er daardoor geen ruimte is voor verrekening indien geconstateerd wordt dat de feitelijk aan de leverancier betaalde inkoopprijs een lagere was.

Het onderdeel wijst erop dat het hof deze oordelen heeft gebaseerd op de omstandigheden dat uit de overgelegde accountantsrapporten blijkt, ook gezien het toepasselijke normenkader, dat de accountants van meet af aan uitsluitend hebben getoetst of de door AHF aan de franchisenemers in rekening gebrachte prijs gelijk was aan de prijs die AH aan de eigen filialen in rekening bracht, dat die rapporten geen enkele aanwijzing bevatten dat het relevant gevonden werd dat de getoetste prijs ook de prijs was die AH aan haar leverancier betaalde en dat in het UNP-rapport over 2010 wordt bevestigd dat het onderzoek zich niet uitstrekt tot beoordeling van de door AH aan de leverancier betaalde inkoopprijs.

3.4.2 De onderdelen 4.3 en 4.4 klagen dat gelet op de bewoordingen van art. 7 FO ("door haar aan de eigen filialen in rekening te brengen belastprijzen") en de verduidelijking daarvan in Bijlage III onder V bij de FO ("zijnde de inkoopprijs van het artikel vermeerderd met alle direct toerekenbare kosten, te vermeerderen met btw") en mede gelet op de in de brief van 23 mei 1995 (zie hiervoor in 2.2 onder (ix)) door AHF gegeven verduidelijking van het begrip belastprijs, zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom AHF aan de accountantsrapporten het vertrouwen mocht ontnemen dat de belastprijs slechts gelijk diende te zijn aan de prijs die AH aan de eigen filialen in rekening bracht en dat aan de inkoopprijs die AH aan de leverancier betaalde, in het kader van de vaststelling van de belastprijs geen betekenis meer zou toekomen. Het normenkader bevat geen nadere omschrijving, interpretatie of vaststelling van het begrip inkoopprijs als onderdeel van de belastprijs, en is daarvan dus ook geen aanpassing, aldus de onderdelen.

3.4.3 Uit art. 7 FO en de daarbij behorende Bijlage III onder V (zie hiervoor in 2.2 onder (vii) en (viii)) volgt dat partijen zijn overeengekomen dat AHF voor de door of via haar geleverde artikelen aan de franchisenemer in rekening zal brengen de door haar aan de eigen filialen in rekening te brengen belastprijzen, te vermeerderen met btw, zijnde de inkoopprijs van het artikel vermeerderd met alle direct toerekenbare kosten, te vermeerderen met btw. AHF heeft deze uitleg van het begrip belastprijs aan VAHFR bevestigd in haar brief van 23 mei 1995 (zie hiervoor in 2.2 onder (ix)). Daarin heeft AHF het begrip inkoopprijs (als onderdeel van het begrip belastprijs) in de FO gedefinieerd als "de door AH aan de leverancier van het artikel betaalde prijs". Blijkens het door de accountants bij hun onderzoek gehanteerde normenkader voor de belastprijs over de jaren 2004 tot en met 2008, komt hetgeen daarin is opgenomen over het begrip belastprijs overeen met het daarover bepaalde in de FO (zie hiervoor in 2.2 onder (xv) en (xvi)). De accountants hebben tevens vastgesteld dat dit normenkader over die periode niet is gewijzigd (zie hiervoor in 2.2 onder (xvi)).

In het licht van het voorgaande is het oordeel van het hof dat aan de inkoopprijs die AH aan de leverancier heeft betaald in het kader van de vraag naar de aanspraken van VAHFR c.s. geen betekenis toekomt, onbegrijpelijk. Zonder nadere motivering valt immers niet in te zien dat het enkele feit dat de accountants alleen getoetst hebben of de franchisenemers dezelfde belastprijs hebben betaald als de eigen filialen van AH, ertoe leidt dat de contractuele bepaling uit de FO waarin is vastgelegd uit welke onderdelen de belastprijs is opgebouwd en die eveneens onderdeel is van het door de accountants gebruikte normenkader, niet meer van toepassing is en dat AHF aan dat feit het vertrouwen mocht ontleen niet meer aan de bepalingen in de FO over de opbouw van de belastprijs gebonden te zijn.

Op grond van het voorgaande zijn de onderdelen 4.3 en 4.4 terecht voorgesteld.

3.4.4 Onderdeel 4.22 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.43 dat uit de toelichting bij het normenkader voor de onverdeelde marge moet worden afgeleid dat met "niet juiste" "kostprijzen" in de artikeldatabase die door verrekening worden gecorrigeerd, wordt bedoeld op "daadwerkelijke fouten" in de artikeldatabase.

Het onderdeel klaagt dat zonder nadere motivering onduidelijk is wat het hof bedoelt met "daadwerkelijke fouten", waardoor ook onbegrijpelijk is het daarop voortbouwende oordeel van het hof dat de verrekening daarvan niet afdoet aan de door het hof in rov. 3.42 gegeven uitleg van de term belastprijs.

3.4.5 De klacht slaagt. Indien het hof met "kostprijzen" doelt op de inkooprijzen die AH aan de leveranciers betaalt, en in de benadering van het hof in rov. 3.42 die inkooprijzen niet van betekenis zijn voor de aanspraken van VAHFR c.s. en geen aanleiding zouden kunnen vormen voor verrekening, is het oordeel onbegrijpelijk in het licht van de vermelding in het normenkader voor de onverdeelde marge dat prijsverschillen die het gevolg zijn van onjuiste kostprijzen in de artikeldatabase, worden verrekend. Indien het hof met "kostprijzen" slechts doelt op de prijzen die de franchisenemers en de eigen filialen aan AH/AHF betalen en die AH/AHF eenzijdig kan bepalen, los van de inkooprijzen die aan de leveranciers zijn betaald, is onbegrijpelijk hoe die "kostprijzen" daadwerkelijk fout kunnen zijn.

Action Discount Resultaat (ADR)

3.5.1 Onderdeel 5.3 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4.20 dat bij het ADR geen sprake is van een "onjuiste" prijs (zoals de post "Prijsverschillen" in de toepasselijke normenkaders is gedefinieerd), zodat het terecht is dat AH een ADR niet (meer) als prijsverschillen verrekende.

Het onderdeel klaagt dat gelet op het gestelde in onderdeel 4.22, onbegrijpelijk is waarom bij het ADR geen sprake zou zijn van een "onjuiste" (kost)prijs. Het ADR is immers het resultaat van het aan de franchisenemers als onderdeel van de belastprijs in rekening brengen van een inkoopprijs die (als gevolg van het scanmoment) afwijkt van de inkoopprijs die AH (daadwerkelijk) aan de leverancier heeft betaald (de kostprijs). Zonder nadere motivering valt niet in te zien dat een dergelijke inkoopprijs geen "onjuiste" (kost)prijs zou zijn, aldus het onderdeel. In dit verband wijst onderdeel 5.3 erop dat het door AHF behaalde ADR tot het derde kwartaal van 2011 nog onder de post "Prijsverschillen" met de franchisenemers werd verrekend, en dat dit na een door AH/AHF eenzijdig doorgevoerde systeemwijziging niet meer gebeurde.

3.5.2 Hiervoor in 3.4.5 is geoordeeld dat de klacht van onderdeel 4.22 slaagt en dat onbegrijpelijk is wat het hof in rov. 3.43 heeft bedoeld met "daadwerkelijke fouten". Nu het hof bij de motivering van zijn oordeel in rov. 4.20 onder meer verwijst naar rov. 3.43, slaagt onderdeel 5.3 voor zover het op onderdeel 4.22 voortbouwt.

Ook voor het overige slaagt het onderdeel. Het hof heeft vastgesteld dat AH in 2005 is overgegaan op "Point-of-sale-based-accounting" (POSA) (zie hiervoor in 2.2 onder (x)). Dit hield in dat (het tijdstip van) de kassatransactie bepalend werd voor de bepaling van de inkoopprijs. Uit een document uit oktober 2004, hiervoor vermeld in 2.2 onder (x), blijkt dat volgens de principes van dit stelsel de inkoop van inkomende goederen werd gewaardeerd tegen de normale kostprijs

en dat een franchisenemer alleen actiekorting op de verkoop- dan wel inkoopwaarde zou krijgen tijdens de officiële looptijd van de actie. Het hof heeft in rov. 4.20 vastgesteld dat uit het KPMG-rapport volgt dat AH nog een systeemwijziging heeft doorgevoerd die meebrengt dat na het derde kwartaal in 2011 een ADR niet meer als Prijsverschillen werd verrekend. Uit deze vaststelling van het hof volgt dat tot en met het derde kwartaal van 2011 een ADR klaarblijkelijk wel onder de post "Prijsverschillen" werd verrekend, en dat partijen tot dat moment de FO kennelijk zo uitvoerden dat bij een ADR sprake was van een "onjuiste" prijs. Gelet op het voorgaande is zonder nadere motivering onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat bij een ADR geen sprake is van een "onjuiste" prijs zodat het terecht is dat AH een ADR niet (meer) als prijsverschillen verrekende. Niet valt bovendien in te zien – zoals onderdeel 5.4, laatste alinea, terecht naar voren brengt en mede in het licht van het slagen van onderdeel 3 – op welke grond AH in 2011 een systeemwijziging heeft kunnen doorvoeren die ertoe zou leiden dat een ADR na het derde kwartaal van 2011 niet meer met de franchisenemers verrekend behoefde te worden, hoewel dat voordien wel gebeurde.

Overige klachten

3.6 De hiervoor niet besproken klachten van de onderdelen 4, 5 en 6, alsmede de klachten van onderdeel 7, behoeven geen behandeling. De in die klachten aan de orde gestelde punten kunnen na verwijzing aan de orde komen.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 23 juli 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt AH c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van VAHFR c.s. begroot op € 991,19 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien AH c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter, de vicepresident M.V. Polak en de raadsheren, M.J. Kroeze, H.M. Wattendorff en F.J.P. Lock, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.J. Kroeze op 18 juni 2021.

¹ Rechtbank Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9360.

² Gerechtshof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2618.
