

Actualia

contractspraktijk

Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2022

Mr. J.H. Kolenbrander*

1. Inleiding

Traditiegetrouw heb ik ook de afgelopen maanden weer nauwgezet de jurisprudentie aangaande het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst bijgehouden voor dit tijdschrift.¹ In dit artikel worden de uitspraken besproken die zijn gepubliceerd² op www.rechtspraak.nl en die (op enigerlei wijze) betrekking hebben op een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst.

Meer specifiek heb ik voor deze bijdrage gekeken naar die uitspraken waarbij de Wet franchise een rol speelde bij de beoordeling. Het zal de lezer niet verbazen dat de invloed van de Wet franchise steeds merkbaarder wordt op de franchisepraktijk. Dus ook de invloed van die bepalingen in de Wet franchise die betrekking hebben op het postcontractuele non-concurrentiebeding in de

franchiseovereenkomst. Reden genoeg derhalve om in deze bijdrage een focus aan te brengen op de Wet franchise en de daaraan gerelateerde rechtspraak.

2. Wet franchise

2.1 Contouren van de wet

Zoals in mijn vorige bijdrage³ voor dit tijdschrift reeds aan de orde is gekomen, is de Wet franchise per 1 januari 2021 van kracht geworden. In artikel 7:920 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW) zijn de wettelijke eisen opgenomen waaraan een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst dient te voldoen. Voor de invoering van de Wet franchise waren er geen beperkingen en was er nagenoeg⁴ volledige contractsvrijheid tussen partijen.

Voldoet een non-concurrentiebeding niet aan de Wet franchise, dan is het beding op grond van artikel 7:922 BW nietig, ongeacht het recht dat de franchiseovereenkomst beheerst.⁵ Dit uitgangspunt dient wel genuanceerd te worden. Immers, franchiseovereenkomsten die per 1 januari 2021 zijn gesloten (of nog moeten worden gesloten), dienen direct volledig te voldoen aan de vereisten van artikel 7:920 lid 2 BW. Voor franchiseovereenkomsten die per 1 januari 2021 al waren gesloten, geldt een overgangsperiode van twee jaar waarbinnen de franchisegever het non-concurrentiebeding dient

* Mr. J.H. Kolenbrander is advocaat-partner bij HJF Advocaten en gespecialiseerd in franchising en daaraan gerelateerde vraagstukken.

1 Voor jurisprudentie van voorgaande jaren zie J.H. Kolenbrander, Niet on-aantastbaar: het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2013/3, p. 113-119; J.H. Kolenbrander, Het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst: een update, *Contracteren* 2015/1, p. 28-31; J.H. Kolenbrander, Update rechtspraak non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2016/2, p. 64-67; J.H. Kolenbrander, Nog een update rechtspraak over het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2018/1, p. 32-37; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2019, *Contracteren* 2019/1; p. 41-46; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2020, *Contracteren* 2020/2, p. 71-76; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2021, *Contracteren* 2021/1, p. 24-31.

2 En wel in de periode 1 januari tot en met 20 december 2021.

3 Zie Kolenbrander 2021, p. 24-26.

4 Uiteraard diende een dergelijk beding te voldoen aan o.a. het mededingingsrecht en niet strijdig te zijn met de redelijkheid en billijkheid.

5 Zie in dat kader T.H.M. van Wechem & M. Bijloo, Franchise: is artikel 7:922 BW een voorrangregel waar de praktijk op moet voorsorteren?, *Contracteren* 2020/4, p. 115-122.

aan te passen aan de wettelijke vereisten van de Wet franchise. Een en ander voor zover nodig, uiteraard.

2.2 Toepassingsgebied Wet franchise

Of de Wet franchise van toepassing is op een franchiseovereenkomst dient dus scherp vastgesteld te worden. In dat kader is een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland opvallend:⁶ de Wet franchise werd in die kwestie namelijk toegepast op een overeenkomst die *niet* als een franchiseovereenkomst werd gekwalificeerd door de rechter.

In de betreffende kwestie maakte een franchisenemer van de franchiseformule RE/MAX bij de exploitatie van zijn eigen franchise gebruik van een ‘agent’ die op basis van een zogenoemde ‘agentenovereenkomst’ kennelijk als zelfstandig ondernemer makelaarswerkzaamheden verrichtte. Voor de duidelijkheid: deze ‘agentenovereenkomst’ tussen de franchisenemer en de agent betrof géén agentuurovereenkomst in de zin van artikel 7:428 BW. Het was, aldus de tekst van de overeenkomst zelf, ‘een overeenkomst sui generis tussen zelfstandige ondernemers’⁷ waarop het algemene contractenrecht van toepassing was en geen specifieke wettelijke regeling. In deze agentenovereenkomst was eveneens het navolgende postcontractuele non-concurrentie opgenomen, waarbij de ‘broker/owner’ de franchisenemer betrof die met de agent de overeenkomst had gesloten:

‘Agent verbind [sic] zich jegens broker/owner en RE/MAX Nederland gedurende 24 maanden na beëindiging van deze overeenkomst zich te onthouden van directe of indirecte bemoeienis met de makelaardij in het werkgebied van broker/owner, zulks ongeacht de wijze, waarop deze overeenkomst is geëindigd. Bij overtreding van dit artikel verbeurt de makelaar aan broker/owner een onmiddellijk opeisbare boete ter grootte van € 50.000,-, vermeerderd met 10% van de gedurende de overeenkomst door agent ontvangen vergoedingen. Deze boete laat de bevoegdheid van broker/owner wegens overtreding van dit artikel volledige schadevergoeding van de agent te verlangen onverlet.’⁸

Op enig moment ontstond er een geschil tussen de franchisenemer en de agent en zegde de agent als gevolg daarvan de agentenovereenkomst op. Vervolgens ging de agent verder met haar werkzaamheden als zelfstandig makelaar in hetzelfde werkgebied, maar onder haar eigen naam. De franchisenemer was van mening dat de (inmiddels ex-)agent daarmee haar postcontractuele non-concurrentiebeding als voornoemd overtrad en maakte aanspraak op boetes. Dat was weer aanleiding voor de ex-agent om een kort geding aanhangig te maken, waarbij zij schorsing van het postcontractuele

non-concurrentiebeding vroeg aan de voorzieningenrechter. Een zogenoemde ‘pre-emptive strike’ dus.⁹ Volgens de voorzieningenrechter is het uitgangspunt dat de bepalingen in de ‘agentenovereenkomst’, waaronder dus het postcontractuele non-concurrentiebeding, moeten worden nagekomen door de ex-agent.¹⁰ Daarop kan volgens de voorzieningenrechter niet snel een uitzondering worden gemaakt. Nu er volgens de voorzieningenrechter geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, dient er aan de hand van artikel 6:248 BW vastgesteld te worden of het non-concurrentiebeding in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Vervolgens stelt de voorzieningenrechter vast dat partijen weliswaar geen franchiseovereenkomst met elkaar hebben gesloten, maar dat de Wet franchise kennelijk toch van invloed kan zijn op de vraag of het beding naar de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is:

‘Weliswaar hebben partijen geen franchiseovereenkomst gesloten en geldt overgangsrecht van twee jaar, maar voor de invulling van de te toetsen maatstaf kan wel worden aangesloten bij de wetgeving op dat punt.’¹¹

De voorzieningenrechter beperkt vervolgens de duur van het postcontractuele non-concurrentiebeding tot één jaar na het einde van de agentenovereenkomst en schorst de werking van het tweede jaar volledig, klaarblijkelijk mede op grond van artikel 7:920 lid 2 sub d BW:

‘Artikel 7:290 lid 2 sub d BW bepaalt dat een beding dat de franchisenemer beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de franchiseovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, slechts geldig is als het de duur van een jaar na het einde van de franchiseovereenkomst niet overschrijdt. De voorzieningenrechter ziet gelet op die bepaling (...) aanleiding het concurrentiebeding te schorsen voor de duur van een jaar.’¹²

Feitelijk wordt hiermee dus een bepaling uit de Wet franchise via de band van de redelijkheid en billijkheid toegepast op een overeenkomst die volgens de voorzieningenrechter zelf geen franchiseovereenkomst is. En vindt er toepassing plaats van artikel 7:920 lid 2 BW, terwijl dit artikel voor bestaande (franchise)overeenkomsten op basis van artikel 209 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek pas geldt vanaf 1 januari 2023. Kortom, de agent krijgt als niet-franchisenemer in deze kwestie via de band van de redelijkheid en billijkheid klaarblijkelijk een uitgebreidere bescherming toebedeeld dan

6 Rb. Noord-Holland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:2356 (RE/MAX).

7 R.o. 2.2 van Rb. Noord-Holland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:2356 (RE/MAX).

8 R.o. 2.3 van Rb. Noord-Holland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:2356 (RE/MAX).

9 Zie Kolenbrander 2020, p. 74-75.

10 R.o. 4.2 van Rb. Noord-Holland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:2356 (RE/MAX).

11 R.o. 4.10 van Rb. Noord-Holland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:2356 (RE/MAX).

12 R.o. 4.10 van Rb. Noord-Holland 11 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:2356 (RE/MAX).

een franchisenemer op basis van de Wet franchise zou toekomen. Dat is uiteraard opmerkelijk.

Hoewel uit het vonnis niet direct duidelijk wordt waarom de voorzieningenrechter aansluiting zoekt bij de Wet franchise, zal dat er waarschijnlijk in hebben gelegen dat de ex-agent in de praktijk een rol vervulde die vergelijkbaar is met een 'normale' franchisenemer. Te weten een zelfstandige ondernemer die onder (handels- en merk)naam van een andere partij bedrijfsactiviteiten ontplooid. Het zou in ieder geval een verklaring kunnen zijn, maar dan had de voorzieningenrechter idealiter daar ook een overweging aan kunnen wijden.

Desalniettemin kan een uitspraak als deze uiteraard in stelling gebracht worden als er – om wat voor reden dan ook – behoefte bestaat bij een procespartij om de Wet franchise van toepassing te verklaren op overeenkomsten die weliswaar geen franchiseovereenkomst zijn, maar waarbij de overeenkomst toch elementen daarvan bevat.

2.3 Geen overgedragen knowhow

Voor toepassing van de Wet franchise moet er derhalve sprake zijn van een franchiseovereenkomst. In de Wet franchise staat opgenomen aan welke voorwaarden een postcontractueel non-concurrentiebeding dient te voldoen. Een van die voorwaarden is dat een non-concurrentiebeding 'onmisbaar' moet zijn om de door franchisegever overgedragen knowhow te beschermen.

Al in het Pronuptia-arrest¹³ is geoordeeld dat een franchisegever (mededingingsrechtelijk gezien) gebruik mag maken van een postcontractueel non-concurrentiebeding om te voorkomen dat knowhow en verleende bijstand ten goede komen aan concurrenten. Desalniettemin heeft het thema 'knowhow' lange tijd een min of meer sluimerend bestaan geleid binnen de franchisepraktijk als het ging om postcontractuele non-concurrentiebedingen.

Aan dat sluimerende bestaan leek in 2016 een abrupt einde te komen toen er (in korte tijd) een tweetal uitspraken van de rechtbank Overijssel¹⁴ werd gepubliceerd waaruit bleek dat – geparafraseerd – een franchisegever geen nakoming van een postcontractueel non-concurrentiebeding kan afdwingen als er niet (aantoonbaar) knowhow is overgedragen aan de franchisenemer in kwestie.

Per 1 januari 2021 is er een definitief einde gekomen aan het sluimerende bestaan van het thema 'knowhow' bij non-concurrentiebedingen en is het door de invoering van de Wet franchise ferm op de kaart gezet. In artikel 7:920 lid 2 sub c BW is immers uitdrukkelijk bepaald dat een postcontractueel non-concurrentiebeding slechts geldig is als 'de beperking onmisbaar is om de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow te beschermen'.¹⁵

Dit artikel noopt franchisenemers die van hun non-concurrentiebeding af willen, om tijdens gerechtelijke procedures in twijfel te trekken dat er knowhow is overgedragen door de franchisegever. In dat kader kan gewezen worden op een uitspraak van de voorzieningenrechter van (wederom) de rechtbank Overijssel.¹⁶ In die kwestie had een franchisenemer zich aangesloten bij een franchiseformule gericht op de bemiddeling bij verhuur van onroerend goed en beheer van woonruimte. Voordat zij zich aansloot bij deze formule was deze franchisenemer kennelijk al gedurende elf jaar werkzaam geweest in de makelaardijbranche en had zij de opleiding van Assistent Makelaar gevolgd.

In de franchiseovereenkomst was een postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen dat in twee tranches was opgebouwd:

'Non-concurrentiebeding: ter bescherming van de door franchisegever aan franchisenemer overgedragen knowhow verplicht de franchisenemer zich tot twee jaren na beëindiging van de overeenkomst, in het exclusieve rayon als aangegeven op bijlage 1, met een minimum van een straal van 35 kilometer rondom de locatie als benoemd in art. 3.3 en 3.3a, te onthouden van het verrichten van acquisitie, bemiddeling- en beheeractiviteiten en diensten waarop de franchiseovereenkomst betrekking heeft. Franchisenemer zal dit concurrentiebeding in alle arbeidsovereenkomsten met zijn personeel regelen en een kopie daarvan aan franchisegever inzichtelijk maken.

Tevens verbindt franchisenemer zich om binnen een jaar na beëindiging van deze overeenkomst zich te onthouden van het verrichten van acquisitie, bemiddeling- en beheeractiviteiten en diensten waarop de franchiseovereenkomst betrekking heeft'.¹⁷

Gedurende de samenwerking hadden partijen kennelijk diverse gesprekken over het functioneren van de franchisenemer, of beter gezegd het *disfunctioneren* van de franchisenemer. Volgens de franchisegever presteerde de franchisenemer onder de maat en zou het potentieel van het rayon onvoldoende benut worden. Uiteindelijk resulteerde dit in een opzegging van de franchiseovereenkomst door franchisegever. De (ex-)franchisenemer continueerde haar werkzaamheden in het rayon, zij het onder eigen naam. Volgens de franchisegever was dat een inbreuk op het voornoemde non-concurrentiebeding en hij startte een kort geding om nakoming van het beding af te dwingen.

De voorzieningenrechter oordeelt op voorhand dat op grond van artikel 3:303 BW niemand een rechtsvordering toekomt zonder voldoende belang. Wanneer een dergelijk belang ontbreekt, dient de eisende partij niet-ontvankelijk in haar vordering te worden verklaard. De voorzieningenrechter overweegt in dat kader dat een postcontractueel non-concurrentiebeding er primair toe strekt om de franchisegever in staat te stellen

13 HvJ 28 januari 1986, NJ 1988/163 (Pronuptia de Paris).

14 ECLI:NL:RBOVE:2016:2914 (FBD Franchise) en ECLI:NL:RBOVE:2016:3742 (Blue Gum). Zie ook Kolenbrander 2016, p. 32-33.

15 Art. 7:920 lid 2 sub c BW.

16 Rb. Overijssel 24 februari 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:877 (123 Wonen).

17 R.o. 2.4 van Rb. Overijssel 24 februari 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:877 (123 Wonen).

knowhow aan de franchisenemers over te dragen en de franchisenemer de nodige bijstand bij de toepassing van de formule te kunnen verlenen zonder het risico te hoeven lopen dat die knowhow en bijstand (direct of indirect) aan concurrenten ten goede komen. Volgens de voorzieningenrechter dient dus de vraag beantwoord te worden in hoeverre er sprake is geweest van een overdracht van knowhow aan de (ex-)franchisenemer. Is daar geen sprake van, dan heeft de franchisegever volgens de voorzieningenrechter geen rechtens te respecteren belang bij de nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding.

Voor een definitie van 'knowhow' verwijst de voorzieningenrechter naar de definitie in de Wet franchise (meer concreet artikel 7:911 lid 2 BW) en de memorie van toelichting op de Wet franchise. Volgens de voorzieningenrechter vloeit daaruit voort dat er sprake dient te zijn van kennis of informatie die (1) geheim, (2) wezenlijk en (3) geïdentificeerd is. Op basis van de stellingen van de franchisegever oordeelt de voorzieningenrechter dat deze onvoldoende heeft gesteld om te kunnen concluderen dat er inderdaad sprake is geweest van knowhow die is overgedragen. De informatie die de franchisenemers overgedragen krijgen, kan volgens de voorzieningenrechter niet worden gekwalificeerd als unieke of geheime informatie, want de informatie is ook via andere kanalen en bronnen te verkrijgen. De franchisegever kan in dezen dan ook geen nakoming vorderen van het postcontractuele non-concurrentiebeding.

Het is uiteraard interessant dat wordt verwezen naar de Wet franchise voor wat betreft de definitie van 'knowhow', maar dat de Wet franchise (meer concreet artikel 7:920 lid 2 BW) zelf niet wordt toegepast. Dat zou ook niet mogelijk zijn in dit geval, omdat op grond van artikel 209 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek – zie ook hiervoor – het betreffende non-concurrentiebeding pas op 1 januari 2023 zou dienen te voldoen aan de Wet franchise. De Wet franchise werpt dus haar schaduw vooruit, hoewel ze formeel nog niet van toepassing is op het gegeven geval.

Relevant om te vermelden is dat de franchisegever niet het franchisehandboek heeft overgelegd in de procedure. Nu een dergelijk handboek doorgaans een codificatie is van de kennis en knowhow binnen een franchiseformule, kan dan ook niet uitgesloten worden dat de rechtbank tot een ander oordeel was gekomen indien het handboek wel zou zijn overgelegd door de franchisegever.

Zoals in eerdere bijdragen opgemerkt,¹⁸ kan een franchisegever doorgaans geen beroep doen op een postcontractueel non-concurrentiebeding indien het (in overwegende mate) aan de franchisegever is te wijten dat de franchiseovereenkomst voortijdig komt te eindigen. In voornoemde kwestie had de franchisegever de franchiseovereenkomst opgezegd en zou er dus aanleiding kunnen zijn om ook om die reden toepassing van het non-concurrentiebeding achterwege te laten. Echter, de

wijze van beëindiging van de franchiseovereenkomst is (kennelijk) geen onderdeel geweest van het partijdebat.

2.4 Wel overgedragen knowhow

In een andere kwestie nam een franchisenemer ook het standpunt in dat er geen knowhow was overgedragen door de franchisegever. Meer concreet meende een franchisenemer onder meer – met een verwijzing naar de Groepsvrijstellingsverordening Verticale Overeenkomsten¹⁹ – dat zijn franchisegever geen beroep toekwam op een postcontractueel non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst omdat er geen sprake zou zijn van (aantoonbaar) overgedragen en beschermingswaardige knowhow. Franchisenemer had per advocaat aan de franchisegever meermalen om een volledige beschrijving van de door de franchisegever gestelde knowhow gevraagd, maar daarop was nimmer door de franchisegever gereageerd.²⁰

Tijdens het kort geding bij de rechtbank Gelderland²¹ dat door de franchisenemer werd aangespannen, stelde de franchisenemer zich dan ook op het standpunt dat geen beroep kon worden gedaan op het postcontractuele non-concurrentiebeding. Dat beroep trof geen doel, omdat de franchisegever onder meer had aangegeven tijdens deze procedure dat alle franchisenemers een opleiding krijgen aan zijn eigen academy en dat de franchisegever de franchisenemers onder meer voorziet van specifieke kennis over het meest optimale assortiment in de winkel, vlekkenplannen, schappenplanning, de optimale 'routing' in de winkels en de positionering van (actie)artikelen. Ook zou de franchisegever kennis en advies over de automatisering, uitstraling, presentatie en inrichting van de winkel verstrekken en begeleidde hij franchisenemers bij de exploitatie van hun winkels. De niet-gemotiveerde betwisting door de franchisenemer van het voorgaande met enkel de opmerking dat er geen beschermingswaardige knowhow zou zijn overgedragen, is volgens de rechtbank onvoldoende. Het beroep op het ontbreken van knowhow trof dus geen doel.²²

In een andere zaak bij de rechtbank Midden-Nederland²³ beriep een franchisenemer zich eveneens ten onrechte op het ontbreken van knowhow. De betreffende franchisegever en franchisenemer hadden een franchiseovereenkomst met elkaar gesloten voor een periode van vijf

19 Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van Artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Deze verordening zal op 31 mei 2022 komen te vervallen.

20 Op zich is het niet verbazend dat de franchisegever ervoor heeft gekozen om zich niet 'uit zijn tent' te laten lokken door de franchisenemer. In dit geval was de franchisenemer kennelijk al acht jaar betrokken bij de betreffende franchiseformule. Het is dan op z'n minst opvallend om eerst na acht jaar vragen te stellen over de knowhow van de formule.

21 Rb. Gelderland 16 februari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1875 (Pets Place).

22 Dezelfde procespartijen stonden ook bij de rechtbank Noord-Holland tegenover elkaar (ECLI:NL:RBNHO:2021:2277). De franchisenemer vorderde aldaar 'de volledige omschrijving van de "know how" van de betreffende franchiseformule, maar de rechtbank wees deze vordering uiteindelijk af omdat deze 'te onbepaald' was.

23 Rb. Midden-Nederland 16 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2468.

jaar ter zake de verhuur van winkelruimte voor het te koop aanbieden van gebruikte en nieuwe goederen door (hoofdzakelijk) particuliere consumenten. In deze overeenkomst was een (post)contractueel non-concurrentiebeding opgenomen – inclusief boetebeding – dat als volgt luidde:

‘Het is franchisenemer, behoudens schriftelijke toestemming van franchisegever, verboden gedurende de looptijd van deze overeenkomst direct of indirect, zelfstandig of in dienstverband of in de vorm van een vennootschap, werkzaam te zijn of financiële dan wel zakelijke belangen te hebben bij activiteiten of werkzaam te zijn in een onderneming die concurrerend of soortgelijk is aan de door franchisenemer in het kader van deze overeenkomst uitgeoefende activiteiten of werkzaamheden of onderneming. Franchisenemer zal gedurende een periode van één jaar na beëindiging van de overeenkomst binnen de vestigingsplaats, niet direct of indirect, zelfstandig of in dienstverband of in de vorm van een vennootschap werkzaam zijn of financiële dan wel andere zakelijke belangen hebben bij activiteiten die soortgelijk zijn aan de door franchisenemer in het kader van deze overeenkomst uitgeoefende activiteiten.’

Op enig moment eindigde de franchiseovereenkomst. Kort voor het einde liet de ex-franchisenemer via social media weten dat zij haar activiteiten onverkort zou voortzetten onder een eigen naam na het einde van de franchiseovereenkomst. Dat deed zij vervolgens ook. Ook stelde de ex-franchisenemer de franchisegever aansprakelijk voor het feit dat laatstgenoemde al voor het einde van de looptijd van de franchiseovereenkomst een nieuwe franchisenemer aan het werven was. Dat zou wanprestatie, dan wel onrechtmatig handelen, zijn, om welke reden de ex-franchisenemer een gerechtelijke procedure startte.

De franchisegever vroeg (in reconventie) om nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding. Daarbij stelde de franchisegever zich op het standpunt dat hij belang had bij handhaving van het postcontractuele non-concurrentiebeding omdat hij werd belemmerd in de mogelijkheid een nieuwe franchisenemer te vinden. Volgens de ex-franchisenemer zou franchisegever geen beroep toekomen op het non-concurrentiebeding, omdat er geen sprake zou zijn van aantoonbaar overgedragen en beschermingswaardige knowhow. Ook zou het non-concurrentiebeding onredelijk zware gevolgen hebben voor de ex-franchisenemer.

Wat betreft de nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding merkt de rechtbank op – mede met een verwijzing naar het *Pronuptia*-arrest²⁴ – dat een franchiseformule uitsluitend kan worden geëxploiteerd indien de daarmee gemoeide knowhow, alsmede de identiteit en reputatie van de formule kunnen worden beschermd.

24 HvJ EG 28 januari 1986, C 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, NJ 1988/163 (*Pronuptia de Paris*).

Volgens de rechtbank blijkt duidelijk uit de tekst van de franchiseovereenkomst dat de ex-franchisenemer heeft ingestemd met de toepasselijkheid van het non-concurrentiebeding tijdens de overeenkomst en gedurende een jaar na afloop van de overeenkomst. De rechtbank meent dat het non-concurrentiebeding ziet op de bescherming van de knowhow die door franchisegever is overgedragen. Er is dus kennelijk voldoende gesteld door de franchisegever om aan te kunnen nemen dat er wel degelijk knowhow is overgedragen. Door al tijdens de overeenkomst een Facebookpagina te lanceren en direct na afloop van de overeenkomst een winkel in hetzelfde pand, met een in hoofdlijn gelijklopende winkelnaam, te gaan exploiteren heeft de ex-franchisenemer volgens de rechtbank concurrerende activiteiten verricht. Daarmee heeft de ex-franchisenemer de franchisegever belemmerd om een nieuwe franchisenemer in die regio te vinden.

De rechtbank merkt de andere stelling van de ex-franchisenemer – dat het beding onredelijk zware gevolgen heeft voor haar – aan als een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW, namelijk dat de bepaling over het non-concurrentiebeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Echter, volgens de rechtbank is het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst duidelijk geformuleerd. Het was dan ook duidelijk dat de ex-franchisenemer zich na afloop van de franchiseovereenkomst gedurende een jaar zou dienen te onthouden van concurrerende activiteiten. Gezien de gerechtvaardigde belangen van de franchisegever, te weten bescherming van zijn formule en om een nieuwe franchisenemer te kunnen laten starten in de regio, is het non-concurrentiebeding volgens de rechtbank dan ook niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ‘onaanvaardbaar’, zoals bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. De ex-franchisenemer dient het beding dan ook na te komen.

Wel vindt de rechtbank het – op niet nader gespecificeerd gronden – ‘aannemelijk’ dat de bekendheid van de formule na een halfjaar zodanig zou zijn afgenomen dat het beding daarna de formule van de franchisegever niet meer beschermt. Om die reden beperkt de rechtbank de looptijd van het non-concurrentiebeding tot zes maanden. De ‘kracht’ van de franchiseformule heeft klaarblijkelijk ook invloed op de omvang van het concurrentiebeding. Dat is enerzijds een begrijpelijke insteek, maar kan anderzijds leiden tot lastige processuele debatten. Immers, hoe is redelijkerwijs in te schatten wat de ‘kracht’ van een franchiseformule is?

Wat betreft de aanspraak van de franchisegever op de contractuele boetes ten bedrage van € 69.000 merkt de rechtbank op dat deze niet in verhouding staan tot de omzet van de ex-franchisenemer die zij in de periode van overtreding van het non-concurrentiebeding heeft behaald met haar concurrerende activiteiten. Dat is volgens de rechtbank nog afgezien van de tijdelijke winkelsluiting als gevolg van de landelijke coronamaatregelen. Ook ziet de rechtbank (vooralnog) niet in dat er enig verband bestaat met de mogelijke schade van de franchisegever. Over dat laatste mogen partijen zich nog

uitlaten via een akte, dus daar was ten tijde van deze publicatie het laatste woord nog niet over gezegd.

2.5 Relatiebeding en Wet franchise

In artikel 7:920 lid 2 BW is dus bepaald aan welke (wettelijke) vereisten een postcontractueel non-concurrentiebeding dient te voldoen. Maar geldt deze wettelijke bepaling eigenlijk ook voor relatiebedingen? Te weten: contractuele bedingen in de franchiseovereenkomst die een franchisenemer verbieden om gedurende een bepaalde periode na het einde van de franchiseovereenkomst bepaalde relaties te bedienen, zoals bijvoorbeeld klanten of bedrijven waarmee de franchisenemer of franchisegever samenwerkt (of heeft samengewerkt).

Een eerste indruk zou zijn 'nee', om de simpele reden dat artikel 7:920 lid 2 BW toeziet op bedingen die een franchisenemer beperken om 'op een zekere wijze werkzaam te zijn'.²⁵ Artikel 7:920 lid 2 BW ziet toe op 'de beperking tot uitoefening van werkzaamheden'²⁶ en de beperking mag enkel betrekking hebben op concurrerende 'goederen en diensten'.²⁷ Artikel 7:920 lid 2 BW zelf lijkt dan ook alleen van toepassing op een beperking van *de wijze* waarop een ex-franchisenemer werkzaamheden wil gaan uitvoeren na de franchise en niet op een beperking *aan wie* hij deze werkzaamheden wil gaan aanbieden.

Dit lijkt gerechtvaardigd door de toelichting van de wetgever op artikel 7:920 lid 2 BW in de memorie van toelichting op de Wet franchise.²⁸ Hoewel er niet met zoveel woorden wordt gesteld dat een relatiebeding niet onder de werking van dit artikel zou vallen, lijkt de woordkeuze van de wetgever dit wel te impliceren. De wetgever heeft het immers alleen over (onder meer) 'nog te verrichten werkzaamheden',²⁹ 'andersoortige werkzaamheden'³⁰ en 'de beperking tot het verrichten van bepaalde werkzaamheden'.³¹ Enige verwijzing naar een relatiebeding lijkt er derhalve niet te zijn, zodat het dus goed verdedigbaar is dat een relatiebeding in een franchiseovereenkomst niet onder de werking van artikel 7:920 lid 2 BW valt.

Daarnaast leent het geografische vereiste van artikel 7:920 lid 2 sub e BW zich niet goed voor toepassing op een relatiebeding. Dat vereiste houdt in dat de geografische reikwijdte van een postcontractuele beperking niet ruimer mag zijn dan het gebied waarbinnen de franchisenemer de franchiseformule heeft geëxploiteerd. Bij toepassing van artikel 7:920 lid 2 BW op een relatiebeding zou dat inhouden dat – plat gezegd – klanten in het rayon *niet* bediend mogen worden, maar klanten buiten het rayon *wel*. Dat is niet alleen een grote inperking van de reikwijdte van het relatiebeding, maar kan ook zorgen voor problemen tijdens de handhaving daarvan. De franchisegever dient immers van elke rela-

tie te achterhalen of die binnen of buiten het rayon woont of is gevestigd.

Voor wat betreft een contrair geluid wordt erop gewezen dat in het arbeidsrecht artikel 7:653 BW eisen stelt aan een postcontractueel non-concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst. Artikel 7:653 BW spreekt in dat kader van een beperking om 'na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn'.³² De overeenkomst met de tekst van artikel 7:920 lid 2 BW is uiteraard treffend. Hoewel in de praktijk wel een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen een non-concurrentiebeding en een relatiebeding in een arbeidsovereenkomst, wordt algemeen aangenomen dat ook een relatiebeding in een arbeidsovereenkomst, als species van een non-concurrentiebeding,³³ onder de werking van artikel 7:653 BW valt.³⁴ Als die gedachtelijn wordt doorgetrokken naar de Wet franchise, zou dat een argument kunnen zijn om (ook) een relatiebeding in een franchiseovereenkomst onder de werking van artikel 7:920 lid 2 BW te scharen, hoewel dat dus niet blijkt uit de memorie van toelichting.

Vooralsnog is er in ieder geval nog geen duidelijkheid of een relatiebeding in een franchiseovereenkomst onder de werking van artikel 7:920 lid 2 BW valt. Om die reden is het aardig te wijzen op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam.³⁵ In die kwestie had de franchisenemer een franchiseovereenkomst gesloten waarin zowel een postcontractueel non-concurrentie- als een relatiebeding was opgenomen.

Op enig moment geraakten de franchisegever en de franchisenemer in een geschil waarvan ik de precieze achtergronden gemakshalve even achterwege laat. In het kort geding dat als gevolg van dit geschil werd geëntameerd door de franchisegever, vorderde de franchisenemer in reconventie onder meer ontheffing van het non-concurrentieverbod en het relatiebeding, althans dat de werking van de betreffende bepalingen zou worden beperkt.

Volgens de rechtbank is een ontheffing van het non-concurrentie- en relatiebeding niet mogelijk, omdat dit neerkomt op een constitutieve uitspraak waarvoor een kort geding zich niet leent. Ook de beperking van de werking van het non-concurrentie- en relatiebeding komt volgens de rechtbank niet voor toewijzing in aanmerking, omdat de franchisegever een belang heeft bij handhaving van de betreffende bedingen. In dat kader is het interessant dat de rechtbank ook overweegt dat:

'(...) het non-concurrentieverbod *en relatiebeding* naar voorlopig oordeel niet in strijd zijn met artikel 7:920 lid 2 BW. Dit artikel wordt op grond van het overgangsrecht twee jaar na inwerkingtreding van de Wet franchise (op 1 januari 2021) op lopende franchiseovereenkomsten van toepassing. De bedingen, *in*

25 Art. 7:920 lid 2 BW.

26 Art. 7:920 lid 2 sub b BW.

27 Art. 7:920 lid 2 sub b BW.

28 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 45-46.

29 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 45.

30 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 45.

31 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 45.

32 Art. 7:653 lid 1 BW.

33 Zie r.o. 4.12.2 van HR 28 maart 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC0384.

34 HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364, JAR 2017/92; Rb. Breda 17 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1947.

35 Rb. Rotterdam 20 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8261 (DNZB).

*het bijzonder het relatiebeding, kunnen dus nog niet aan het artikel worden getoetst.*³⁶

De rechtbank lijkt voorshands dus niet uit te sluiten dat ook een relatiebeding getoetst kan worden aan artikel 7:920 lid 2 BW. Verdere rechtspraak zal moeten uitwijzen of artikel 7:920 lid 2 BW inderdaad ook van toepassing is op relatiebedingen in de franchiseovereenkomst. Zou dat het geval zijn, dan is dat uiteraard een (aanzienlijke) uitbreiding van de reikwijdte van artikel 7:920 lid 2 BW.

3. Conclusie

Uit deze bijdrage blijkt wederom dat geschillen tussen franchisegevers en franchisenemers omtrent postcontractuele non-concurrentiebedingen een 'hot topic' blijven in de gepubliceerde jurisprudentie. En ook dat er duidelijk ontwikkelingen zichtbaar zijn op dat vlak die (met name) te danken zijn aan de invoering van de Wet franchise per 1 januari 2021. De Wet franchise stelt immers allerlei eisen aan een non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst, waardoor onder meer het thema 'knowhow' aan belang wint. Dit alles onderstreept dat de rechtsontwikkeling aangaande het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst nog niet voorbij is.

36 R.o. 4.12 van Rb. Rotterdam 20 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8261 (DNZB) (cursivering in citaat is van de auteur).