

Actualia

contractspraktijk

Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2024

Mr. J.H. Kolenbrander*

1. Inleiding

In dit artikel wordt de op rechtspraak.nl gepubliceerde jurisprudentie met betrekking tot het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst van de afgelopen periode besproken.¹ De criteria om opgenomen te worden in deze bijdrage zijn dat deze uitspraken op enigerlei wijze betrekking hebben op een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst en daarnaast relevant (kunnen) zijn voor de rechtspraktijk.

Voor de duidelijkheid: postcontractuele non-concurrentiebedingen in een franchiseovereenkomst zijn contractuele bedingen die een franchisenemer gedurende een bepaalde periode, doorgaans een jaar, na het einde van de franchiseovereenkomst verbieden om in een bepaald gebied, doorgaans in het rayon, concurrerende activiteiten te ontplooiën. Het belang van een (rechtsgeldig) postcontractueel non-concurrentiebeding is groot voor een franchisegever: zonder een dergelijk beding kan een franchisegever niet (of minder effectief) voorkomen dat de door hem overgedragen kennis en knowhow ten goede komen aan concurrenten. Ook kan een franchisegever dan niet (of minder goed) voorkomen dat een concurrerende ex-franchisenemer ter plaatse het minder aantrekkelijk maakt voor een nieuwe franchisenemer om het gebied te betreden.

Zoals in eerdere bijdragen al is voorspeld, komt er steeds meer rechtspraak voorhanden waarin de Wet franchise² een wezenlijke rol speelt bij de beoordeling van een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst. Dat is uiteraard niet verwonderlijk. Per 1 januari 2021 is de Wet franchise van kracht geworden en is in die wet een specifiek artikel – te weten artikel 7:920 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) – gewijd aan postcontractuele non-concurrentiebedingen in een franchiseovereenkomst. Vanaf 1 januari 2023 moeten zelfs alle franchiseovereenkomsten in Nederland voldoen aan de Wet franchise op dat punt. Daarnaast zal er in deze bijdrage rechtspraak worden besproken waarbij de Wet franchise formeel nog niet van toepassing is, maar waarbij de rechter deze wet naar analogie toepast. Voldoet een postcontractueel non-concurrentiebeding niet aan de Wet franchise? Dan is dat beding van rechtswege nietig en heeft het juridisch gezien nooit bestaan. Gezien die (forse) sanctie zal ik deze bijdrage dan ook aanvangen met uitspraken waarbij de Wet franchise een overwegende rol heeft gespeeld.

2. Wet franchise

Een postcontractueel non-concurrentiebeding dat niet voldoet aan de Wet franchise is op grond van artikel 7:922 BW nietig, ongeacht het recht dat de franchiseovereenkomst beheerst.³ Ondanks dat deze nietigheid enkel het non-concurrentiebeding betreft – en dus niet de rest van de franchiseovereenkomst –, gaat het om een

* Mr. Jan-Willem Kolenbrander is advocaat-partner bij DayOne Advocaten.

1 Meer specifiek voor de periode 21 september 2022 tot en met 31 december 2023 (publicatiedatum vonnis).

2 Daarmee wordt bedoeld: art. 7:911 tot en met 921 BW.

3 T.H.M. van Wechem & M. Bijloo, Franchise: is artikel 7:922 BW een voor-rangsregel waar de praktijk op moet voorsorteren?, Contracteren 2020/4, p. 115-122.

forse sanctie die ondertussen ook al meermalen is uitgesproken door de rechter.

2.1 Schriftelijkheidsvereiste en geografische reikwijdte

Zo kan onder meer gewezen worden op een uitspraak van de voorzieningenrechter in de rechtbank Limburg⁴ waarin de franchisegever en de franchisenemer van een sportschoolformule een franchiseovereenkomst met elkaar hadden gesloten met daarin een postcontractueel non-concurrentiebeding. Dit beding verbood de franchisenemer om gedurende een periode van twaalf maanden na het einde van de franchiseovereenkomst om concurrerende werkzaamheden uit te voeren in een straal van 15 kilometer, gerekend vanuit het gefranchisede vestigingspunt.

Franchisegever en franchisenemer hadden echter verzuimd om het specifieke adres van het vestigingspunt op te nemen in de franchiseovereenkomst, en ook hadden partijen verzuimd om het (exclusieve) rayon te benoemen in de franchiseovereenkomst. Een geschil ontstond en op enig moment werd de franchiseovereenkomst beëindigd. Een kort geding volgde. De franchisegever stelde zich in die procedure (onder meer) op het standpunt dat de (ex-)franchisenemer het postcontractuele non-concurrentiebeding had overtreden en forse boetes was verschuldigd.

De voorzieningenrechter overweegt dat eerst beoordeeld dient te worden of de (ex-)franchisenemer wel gehouden kan worden aan het betreffende postcontractuele non-concurrentiebeding. Aldus de voorzieningenrechter dient een postcontractueel non-concurrentiebeding op grond van artikel 7:920 lid 2 BW immers te voldoen aan vijf vereisten. Pas als aan al die (cumulatieve) vereisten is voldaan, kan een franchisenemer aan dit beding gehouden worden.⁵

Volgens de voorzieningenrechter kan deze (ex-)franchisenemer niet gehouden worden aan het postcontractuele non-concurrentiebeding.⁶ Zo merkt de voorzieningenrechter ten eerste op dat de franchisegever in de procedure slechts heeft gesteld dat hij een ‘zwaarwichtig belang’⁷ heeft bij het opleggen van het postcontractuele non-concurrentiebeding aan de (ex-)franchisenemer. Dat is volgens de voorzieningenrechter echter minder vergaand dan wat artikel 7:920 lid 2 BW vereist voor een geldig non-concurrentiebeding, te weten dat het non-concurrentiebeding ‘onmisbaar’ is om de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow te beschermen⁸. En ‘zwaarwichtig’ is niet hetzelfde als ‘onmisbaar’.

Ten tweede hadden de partijen dus verzuimd om het gefranchisede vestigingspunt en het (exclusieve) rayon te

benoemen in de franchiseovereenkomst. Daardoor is, aldus de voorzieningenrechter, de geografische reikwijdte van het rayon onbepaald en kan niet vastgesteld worden dat het postcontractuele non-concurrentiebeding beperkt is tot het geografische territorium waarbinnen de (ex-)franchisenemer actief is. Dat is aldus de voorzieningenrechter niet in overeenstemming met de ratio achter de beschermingsbepaling van artikel 7:920 lid 2 BW.⁹

De voorzieningenrechter oordeelt dan ook dat het postcontractuele non-concurrentiebeding, zoals opgenomen in de franchiseovereenkomst, niet in overeenstemming is met de Wet franchise en om die reden nietig is. De franchisegever kan daarom niet in rechte op een succesvolle wijze de nakoming van de hierin opgenomen boetebepalingen afdwingen.¹⁰

Deze zaak geeft een nuttige vingerwijziging voor wat betreft het (deugdelijk) benoemen in een gerechtelijke procedure door de franchisegever van de noodzaak van het opleggen van een postcontractueel non-concurrentiebeding op een franchisenemer. Elke term die door de franchisegever in dat kader wordt genoemd, anders dan ‘onmisbaar’, kan kennelijk dus tot problemen leiden bij het afdwingen van een postcontractueel non-concurrentiebeding bij de rechter. De term ‘onmisbaar’ wordt zelf dus onmisbaar in procedures.

De route die de voorzieningenrechter in deze kwestie ten aanzien van het tweede punt heeft bewandeld, is begrijpelijk, hoewel mogelijk ook een andere route had kunnen worden bewandeld. In die route zou de voorzieningenrechter hebben vastgesteld dat het non-concurrentiebeding een geografische reikwijdte heeft met een diameter van 30 kilometer, met het vestigingspunt als middelpunt. Daarmee zou de geografische reikwijdte van het non-concurrentiebeding ruimer zijn dan het gebied waarbinnen de franchisenemer de franchiseformule op grond van de franchiseovereenkomst heeft geëxploiteerd. Het ligt immers niet voor de hand dat het werkgebied van een sportschool 30 kilometer in diameter is. Daarmee is het beding in strijd met artikel 7:920 lid 2 sub e BW. Verder kan betoogd worden dat het betreffende non-concurrentiebeding niet voldoet aan artikel 7:920 lid 2 sub a BW, omdat een wezenlijk onderdeel van het beding, te weten de geografische reikwijdte, niet (duidelijk) op schrift is gesteld. Maar uiteindelijk is dit alles enkel juridische haarkloverij, omdat ook deze (alternatieve) route uiteindelijk tot nietigheid van het beding leidt.

Zie in dat kader ook de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg,¹¹ die eveneens ging over een kwestie waarbij partijen hadden verzuimd om het vestigingspunt en het exclusieve rayon deugdelijk in

4 Rb. Limburg 18 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4677 (Anytime Fitness).

5 Rb. Limburg 18 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4677 (Anytime Fitness), r.o. 4.15.

6 Rb. Limburg 18 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4677 (Anytime Fitness), r.o. 4.16.

7 Rb. Limburg 18 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4677 (Anytime Fitness), r.o. 4.16.1.

8 Art. 7:920 lid 2 sub c BW (cursivering auteur).

9 Rb. Limburg 18 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4677 (Anytime Fitness), r.o. 4.16.2.

10 Rb. Limburg 18 juli 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:4677 (Anytime Fitness), r.o. 4.16.2.

11 Rb. Limburg 27 november 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:6930 (Anytime Fitness).

te vullen in de franchiseovereenkomst. Ook in deze kwestie was sprake van een postcontractueel non-concurrentiebeding van één jaar met een straal van 15 kilometer vanaf het vestigingspunt. De voorzieningenrechter oordeelt dat niet schriftelijk is vastgelegd binnen welk geografische gebied het non-concurrentiebeding gelding heeft, terwijl dat ‘een wezenlijk element’¹² van een dergelijk beding is. Er is aldus de voorzieningenrechter om die reden niet voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste met betrekking tot de geografische ligging. Voorshands is de voorzieningenrechter dan ook van oordeel dat in een (eventuele) bodemprocedure waarschijnlijk zal worden geoordeeld dat het postcontractuele non-concurrentiebeding nietig is.

2.2 Schriftelijkheidsvereiste

In het kader van de omvang van het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:920 lid 2 sub a BW is door het hof Amsterdam¹³ een relevant arrest gewezen. De casus was als volgt. In 2008 had een franchisenemer een eerste vestiging geopend ten behoeve van de exploitatie van een franchise in grafische dienstverlening. In de franchiseovereenkomst die partijen met elkaar aangingen, stond een postcontractueel non-concurrentiebeding dat het de franchisenemer en zijn bestuurder¹⁴ verbod om gedurende een periode van één jaar na het einde van de franchise vanuit het vestigingspunt concurrerende activiteiten te ontplooiën.

In 2013 opende de franchisenemer met goedkeuring van de franchisegever in een andere plaats een tweede vestiging. Voor die tweede vestiging sloten partijen echter geen afzonderlijke franchiseovereenkomst, en de al bestaande (eerste) franchiseovereenkomst werd evenmin aangevuld qua rayon of vestigingspunt. Toen de franchisenemer enkele jaren later iets vroeg aan de franchisegever over het exclusieve rayon van de tweede vestiging merkte laatstgenoemde op dat de franchiseovereenkomst van de tweede vestiging ‘nodig moest worden geëffectueerd’. Dat gebeurde echter niet. Eind 2018 werd weliswaar door de franchisegever een franchiseovereenkomst gestuurd aan de franchisenemer, maar ook nu kwam het niet tot formele ondertekening tussen partijen. Ook de franchiseovereenkomst die de franchisegever begin 2020 aan de franchisenemer stuurde voor de tweede vestiging werd niet ondertekend.

Op 14 april 2022 zegde de franchisenemer de franchiseovereenkomst voor de eerste vestiging op en – voor zover er sprake zou zijn van een overeenkomst – ook voor de tweede vestiging. In beide gevallen werd opgezegd tegen de einddatum 1 juni 2023. Vervolgens stelde de (ex-)franchisenemer zich op het standpunt dat er ten aanzien van de tweede vestiging geen non-concurrentiebeding bestond. Voor die tweede vestiging was im-

mers geen franchiseovereenkomst gesloten. Daarmee was de franchisegever het niet eens en begon een kort beding. De (ex-)franchisenemer trok in die kwestie aan het kortste eind en ging in hoger beroep.

Het hof Amsterdam merkt op dat er wel degelijk sprake is van een franchiseovereenkomst tussen partijen aangaande de tweede vestiging. De (ex-)franchisenemer heeft immers (ook) ten aanzien van de tweede vestiging gehandeld als een franchisenemer. Zo heeft hij, bijvoorbeeld, vragen gesteld over het exclusieve rayon en franchisefees betaald aan de franchisegever. Het feit dat deze franchiseovereenkomst niet schriftelijk tot stand is gekomen, maakt het voorgaande aldus het hof niet anders, want overeenkomsten kunnen zowel mondeling als stilzwijgend tot stand komen.¹⁵ Er is aldus het hof kennelijk sprake van een mondelinge franchiseovereenkomst ‘overeenkomstig de standaard franchiseovereenkomst met de [eerste] vestiging’.¹⁶

De (ex-)franchisenemer had er in dat kader op gewezen dat een mondeling postcontractueel non-concurrentiebeding in strijd was met de Wet franchise. Op grond van artikel 7:920 lid 2 sub a BW dient een non-concurrentiebeding immers op schrift te zijn gesteld. Ondanks dat er sprake is van een mondelinge franchiseovereenkomst, meent het hof dat in de gegeven omstandigheden de (ex-)franchisenemer toch kan worden gehouden aan het non-concurrentiebeding. Allereerst merkt het hof op dat er (nog) niet voldaan hoefde te worden aan de Wet franchise, omdat de opzegging van de franchisenemer al in mei 2022 had plaatsgevonden. Dus vóórdat op 1 januari 2023 het non-concurrentiebeding moest voldoen aan de Wet franchise. Daarnaast staat volgens het hof het non-concurrentiebeding wel degelijk op schrift, te weten in de franchiseovereenkomst voor de tweede vestiging die eerder ter ondertekening aan de franchisenemer is gestuurd.¹⁷ Dat de franchisenemer deze franchiseovereenkomst niet formeel voor akkoord heeft ondertekend, maakt volgens het hof niet uit.

De voornoemde overweging van het hof dat het non-concurrentiebeding niet hoeft te voldoen aan de Wet franchise omdat de opzegging al in mei 2022 heeft plaatsgevonden, lijkt mij niet juist. De franchiseovereenkomsten zijn weliswaar in mei 2022 opgezegd, maar tegen de datum van 1 juni 2023. Vanaf 1 januari tot 1 juni 2023 hadden beide franchiseovereenkomsten mijns inziens dus wel degelijk moeten voldoen aan de vereisten van de Wet franchise.¹⁸

Het is verder de vraag in hoeverre de overweging van het hof juist is dat het non-concurrentiebeding op schrift zou zijn gezet omdat het beding te lezen is in een niet door partijen ondertekende (concept)franchiseovereen-

12 Rb. Limburg 27 november 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:6930 (Anytime Fitness), r.o. 4.6.

13 Hof Amsterdam 26 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2518 (Multi-copy).

14 In onderhavige kwestie was de franchisenemer een besloten vennootschap, waarvan de bestuurder ook in privé zich had verbonden aan nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding.

15 Hof Amsterdam 26 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2518 (Multi-copy), r.o. 5.3.

16 Hof Amsterdam 26 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2518 (Multi-copy), r.o. 5.3.

17 Hof Amsterdam 26 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2518 (Multi-copy), r.o. 5.4.

18 Voor een nadere toelichting op de termijnen van de Wet franchise en het overgangsrecht, zie J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2021, *Contracteren* 2021/1, p. 24-26.

komst. Hoewel er weinig woorden zijn vuilgemaakt in de memorie van toelichting op de Wet franchise over hoe artikel 7:920 lid 2 sub a BW moet worden uitgelegd, staat er wel (mijn cursivering) ‘dat een non-concurrentiebeding alleen geldig is als deze *schriftelijk is overeengekomen*.¹⁹ Er moet dus sprake zijn van een soort van overeenstemming tussen partijen over het non-concurrentiebeding. Doordat de (ex-)franchisenemer (het concept van) de franchiseovereenkomst niet voor akkoord heeft ondertekend, kan niet zonder meer gezegd worden dat hij heeft ingestemd met dit non-concurrentiebeding. Ook blijkt verder niet dat de (ex-)franchisenemer op enigerlei andere wijze (uitdrukkelijk) akkoord is gegaan met dit non-concurrentiebeding. Hij heeft weliswaar in de praktijk als franchisenemer gehandeld, maar daaruit mag niet direct de conclusie worden getrokken dat de franchisenemer (ook) akkoord zou zijn met het non-concurrentiebeding. Ondanks voornoemde kanttekeningen is voornoemde uitspraak relevant te noemen, omdat het rechterlijke duiding geeft aan de wijze waarop artikel 7:920 lid 2 sub a BW dient te worden uitgelegd.

2.3 Conversie mogelijk?

Nietigheid van rechtswege van een contractuele bepaling betekent overigens niet in alle gevallen ‘einde oefening’. Op grond van artikel 3:42 BW is in bepaalde gevallen van nietigheid immers zogenoemde ‘conversie’ mogelijk.

Conversie is een in de wet geregelde methode om een nietige rechtshandeling te transformeren naar een alsnog rechtsgeldige rechtshandeling. Waardoor de ‘nietigheidssoep’ dus niet zo heet wordt gegeten als opgediend. Conversie zou in dit specifieke geval betekenen dat een op grond van de Wet franchise nietig non-concurrentiebeding wordt getransformeerd naar een alsnog rechtsgeldig non-concurrentiebeding dat wel volledig voldoet aan de Wet franchise.

De vraag die zich echter direct opdringt, is in hoeverre een op grond van de Wet franchise nietig non-concurrentiebeding op grond van artikel 3:42 BW geconverteerd kan worden. Hoewel in principe iedere nietigheid voor conversie in aanmerking kan komen, zou een eerste reactie daarop waarschijnlijk toch ‘nee’ moeten zijn. Artikel 3:42 BW heeft immers geen toepassing als de conversie ertoe zou leiden dat het doel van de nietigheidssanctie wordt gefrustreerd.²⁰ En dat is naar mijn mening wel wat er feitelijk gebeurt als conversie bij nietige non-concurrentiebedingen wordt toegestaan. Onscrupuleuze franchisegevers zouden dan immers kunnen besluiten om (veel) te ruime non-concurrentiebedingen op te nemen in hun franchiseovereenkomsten. De ergste sanctie die hun zou kunnen worden opgelegd, zou ‘toch alleen maar’ conversie zijn naar een wél op grond van de Wet franchise toelaatbaar non-concurrentiebeding.

Dat alles is niet wat de wetgever kennelijk voor ogen heeft met artikel 7:920 lid 2 BW, want dit artikel is juist bedoeld om franchisenemers te beschermen in hun positie jegens de franchisegever.²¹ Ook worden non-concurrentiebedingen in strijd met de Wet franchise door de wetgever gezien als ‘zonder meer onwenselijk’.²² Het toelaten van conversie ligt dan ook niet voor de hand, omdat het door de wetgever kennelijk gewenste afschrikwekkende effect ter bescherming van een economisch zwakkere partij feitelijk illusoir wordt gemaakt. Een verder argument dat tegen conversie pleit, kan mogelijk gevonden worden in het mededingingsrecht. Conversie van mededingingsrechtelijk ontoelaatbare (nietige) rechtshandelingen, zoals bijvoorbeeld kartelafspraken, is niet mogelijk. Zo werd bijvoorbeeld al in het zogenoemde Prisma-arrest²³ door de Hoge Raad bevestigd dat in het geval van overtreding van het mededingingsrecht conversie niet wenselijk zou zijn om de redenen als eerder door het hof Arnhem-Leeuwarden benoemd (cursivering auteur):

‘(...) De absolute nietigheidsbepaling, verwoord in lid 2 van artikel 6 MW is bedoeld om – preventief – aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. *Die prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer de door Prisma c.s. voorgestane conversie wordt toegestaan en de belanghebbende partij hooguit het risico loopt dat de niet geoorloofde bepaling wordt omgezet in een bepaling die nog net binnen de grenzen van artikel 6 MW valt. Daarmee zou immers de civiele handhaving van het mededingingsrecht tot een weinig effectief middel verworden, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever is. (...)*²⁴

Hoewel de Wet franchise en het mededingingsrecht volledig los van elkaar staan, zou voornoemde denktrant – zeker gezien de wensen van de wetgever – naar mijn mening ook niet misstaan in het geval van nietigheid van een postcontractueel non-concurrentiebeding vanwege strijdigheid met de Wet franchise. Het zij benadrukt: het mededingingsrecht heeft een veelal Europeesrechtelijk karakter en regels uit dat rechtsgebied kunnen dan ook niet ‘zomaar’ toegepast worden op de Wet franchise, die immers een nationaal karakter heeft. Dat laat mijns inziens onverlet dat het gerechtvaardigd is om voornoemde denktrant in het mededingingsrecht ook toe te passen op de Wet franchise.

Het lijkt er in ieder geval op vanwege voornoemde argumenten dat een vanwege strijdigheid met de Wet franchise nietig postcontractueel non-concurrentiebeding niet geconverteerd kan worden naar een wél geldig non-concurrentiebeding. Het doel en de strekking van hetgeen de wetgever heeft beoogd met die regeling in de Wet franchise verzetten zich daartegen. Nietig is dan ook echt nietig.

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

20 De Loos-Wijker, in: GS Vermogensrecht, artikel 3:42, aant. 9.1.

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

22 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 49.

23 HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439.

24 HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, r.o. 3.7.1, punt 30.

Overigens blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Amsterdam dat de ‘nietigheidssoep’ misschien inderdaad niet altijd zo heet wordt gegeten als opgediend.²⁵ In deze casus hadden een franchisenemer (een besloten vennootschap) en zijn bestuurder in persoon een franchiseovereenkomst getekend waarin een postcontractueel non-concurrentiebeding was opgenomen. Op grond van dat beding mochten zowel de (ex-)franchisenemer als de bestuurder in privé gedurende een periode van één jaar na de beëindiging van de franchiseovereenkomst 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 in Nederland die soortgelijk waren aan de door de franchisenemer in het kader van de franchiseovereenkomst uitgeoefende activiteiten.

Na beëindiging van de franchiseovereenkomst maakte de franchisegever aanspraak op nakoming van het non-concurrentiebeding. Het punt was echter dat het afgesproken rayon van de franchisenemer niet *geheel Nederland* betrof, zoals in het non-concurrentiebeding opgenomen, maar slechts de regio *Nijmegen*. Daardoor had het postcontractuele non-concurrentiebeding dus een geografische reikwijdte die (veel) ruimer was dan het gebied waarbinnen de franchisenemer eerder de formule had geëxploiteerd. Strijdig met artikel 7:920 lid 2 sub e BW, ‘dus’ een nietig beding op grond van artikel 7:922 BW.

Geenszins, want volgens de rechtbank is de vordering van de franchisegever ‘toewijsbaar op de tot het rayon Nijmegen beperkte wijze. Op deze manier voldoet het beding aan de vereisten van artikel 7:920 lid 2 BW.’²⁶ De rechter lijkt in deze kwestie dus wel degelijk conversie toe te passen in plaats van de (volledige) nietigheid uit te spreken door een nietig non-concurrentiebeding te converteren naar een geldig non-concurrentiebeding. Dat laat onverlet dat de argumenten om géén conversie toe te staan overtuigender zijn dan een enkele uitspraak.

3. Schadelijk voor de franchiseketen

De tekst van een non-concurrentiebeding is uiteraard ook van belang om te bepalen wat de aard en omvang van het beding is. In een kwestie die speelde bij de voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland²⁷ had een franchisenemer zich aangesloten bij een rijsschoolfranchiseformule. Daar zou de franchisenemer tractorrijlessen gaan verzorgen. Het rayon van de franchisenemer was bepaald op 40 kilometer vanaf de standplaats van deze franchisenemer. In de franchiseovereenkomst tussen partijen was eveneens een postcontractueel

non-concurrentiebeding opgenomen, dat als volgt luidde (cursivering auteur):

‘8. Na het beëindigen van de overeenkomst is het de franchisenemer niet toegestaan binnen een termijn van drie maanden binnen het afgesproken rayon te concurreren en dezelfde diensten en leveringen aan te bieden *die schadelijk zijn voor de franchiseketen*.’²⁸

De aandachtige lezer merkt wellicht direct op dat dit beding een (ietwat) afwijkende formulering kent dan de ‘doorsnee’ postcontractuele non-concurrentiebedingen. Zo is de looptijd van de beperking slechts drie maanden in tijd in plaats van een geheel jaar. Verder is het alleen verboden om met de franchise concurrerende goederen en diensten te leveren voor zover ‘die schadelijk zijn voor de franchiseketen’. Daarmee is dit beding minder zwaar geformuleerd voor de franchisenemer dan een ‘doorsnee’ beding waarbij *elke* vorm van concurrentie met de franchise in beginsel verboden is.

Nadat de samenwerking tussen de franchisegever en de franchisenemer was geëindigd door een opzegging van de franchisenemer medio oktober/november 2022, zette de (ex-)franchisenemer zijn bedrijfsactiviteiten onverkort voort in het rayon. Zij het uiteraard onder een eigen naam. De franchisegever was van mening dat hiermee het voornoemde postcontractuele non-concurrentiebeding was overtreden en startte tegen de (ex-)franchisenemer een kort geding. Dat was er mede in gelegen dat een andere franchisenemer in de buurt naar eigen zeggen concurrentie ondervond van de tractorrijlessen van de (ex-)franchisenemer en er kennelijk cursisten ‘weggetrokken’ werden.

De (ex-)franchisenemer was echter van mening dat er van enige overtreding geen enkele sprake was. De andere franchisenemer zou zich kennelijk pas na het einde van de franchise van de (ex-)franchisenemer hebben toegelegd op tractorrijlessen. Daarnaast was die andere franchisenemer feitelijk niet in staat om tractorrijlessen aan te bieden, omdat er geen instructeur zou zijn die de betreffende lessen zou kunnen verzorgen.

Volgens de voorzieningenrechter is er – mede vanwege het gebrek aan een instructeur bij de andere franchisenemer – geen sprake van dat de door de (ex-)franchisenemer ontplooid concurrerende werkzaamheden schade berokkenen aan de franchiseketen. Zonder nadere toelichting, die kennelijk ter zitting niet is gegeven, valt volgens de voorzieningenrechter niet in te zien dat de (ex-)franchisenemer schade toebrengt, of schade dreigt toe te brengen, aan de franchiseketen van de franchisegever. Hetgeen volgens de franchiseovereenkomst wél is vereist voor een geslaagd beroep op het postcontractuele non-concurrentiebeding.²⁹

Door in de franchiseovereenkomst op te nemen dat er slechts een beroep kan worden gedaan op het postcontractuele non-concurrentiebeding indien er schade is

25 Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3548 (KitchenWorld).

26 Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3548 (KitchenWorld), r.o. 4.19.

27 Rb. Gelderland 18 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4402 (Rijsschoolformule).

28 Rb. Gelderland 18 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4402 (Rijsschoolformule), r.o. 2.4.

29 Rb. Gelderland 18 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:4402 (Rijsschoolformule), r.o. 4.11.

voor de franchiseketen heeft de franchisegever het dus onnodig moeilijk voor zichzelf gemaakt om op te treden tegen deze (ex-)franchisenemer.

Terecht, denkt u wellicht, omdat er bij gebrek aan schade geen belang lijkt te zijn aan de kant van de franchisegever. Dat ligt mijns inziens echter genuanceerder. Als een (ex-)franchisenemer in een rayon immers onverkort zijn activiteiten kan voortzetten, kan dat een afschrikwekkend effect hebben op een nieuwe franchisenemer die de franchisegever in dat gebied wil aanstellen. Het is doorgaans nu eenmaal minder aantrekkelijk om als nieuwe franchisenemer aan de slag te gaan in een rayon waar de voormalige franchisenemer nog volop actief is. Het vereiste dat er eerst schade moet zijn voordat een beroep kan worden gedaan op het postcontractuele non-concurrentiebeding, beperkt de franchisegever dus mogelijk in het aantrekken van nieuwe franchisenemers. Maar zoals bij meer dingen in het leven is ook hier sprake van ‘The lord giveth and the lord taketh’, want voornoemde (voor de franchisenemer gunstige) formulering kent ook een keerzijde. Op het moment dat de franchisegever er immers voor kiest om een nieuwe franchisenemer te plaatsen in het rayon waarin de ex-franchisenemer actief is, kan er dus wel ineens een situatie ontstaan dat de ex-franchisenemer concurreert op een wijze die schadelijk is voor de franchiseketen. En kan de ex-franchisenemer – mogelijk zelfs zonder dat te weten – als nog het postcontractuele non-concurrentiebeding overtreden en schadeplichtig worden richting de franchisegever.

Gezien de beperkte looptijd van dit specifieke postcontractuele non-concurrentiebeding zou een en ander (waarschijnlijk) wel loslopen, maar dat kan anders worden op het moment dat partijen een looptijd van één jaar met elkaar afspreken. De (ex-)franchisenemer moet dan gedurende één jaar steeds in de gaten blijven houden of er geen nieuwe franchisenemer in het gebied wordt aangesteld. Zeker voor de franchisegever, maar ook voor de franchisenemer, zijn er dus argumenten te verzinnen om een dergelijke formulering niet te gebruiken. Hoewel de betreffende (ex-)franchisenemer daar in voornoemde zaak (waarschijnlijk) anders over denkt.

4. Knowhow

Op grond van artikel 7:920 lid 2 sub c BW is een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst alleen geldig als het beding onmisbaar is om de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow te beschermen.

Het ligt dus voor de hand dat een (ex-)franchisenemer die de werking van een dergelijk beding wil aantasten, stelt dat het non-concurrentiebeding niet nodig is om de overgedragen knowhow te beschermen. Zo ook de bestuurder van een (ex-)franchisenemer van een keukenformule in een kwestie bij de rechtbank Amsterdam.³⁰

30 Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3548 (KitchenWorld).

Eerder was deze bestuurder kennelijk werknemer bij de franchisegever en in dat kader al bekend met het reilen en zeilen van de franchiseformule.

Deze bestuurder had namens de (ex-)franchisenemer – een besloten vennootschap – en zichzelf in persoon met de franchisegever een franchiseovereenkomst gesloten. In deze franchiseovereenkomst was een postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen. Op grond van dit beding was het de franchisenemer en de bestuurder verboden – kort samengevat – om gedurende een periode van één jaar in geheel Nederland concurrerende activiteiten te ontplooiën. Een geschil ontstond tussen partijen, en in de opvolgende gerechtelijke procedure beriep de franchisegever zich onder meer op nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding.

Volgens de bestuurder van de (ex-)franchisenemer was het non-concurrentiebeding helemaal niet nodig om de door de franchisegever overgedragen knowhow te beschermen. Er zou immers geen enkele knowhow zijn overgedragen die de bestuurder van de (ex-)franchisenemer niet al had gehad als (voormalige) werknemer van de franchisegever. De rechter gaat hier niet in mee; het feit dat de bestuurder eerder een werknemer was bij de franchisegever doet niets af aan het feit dat de franchisegever (mogelijk dezelfde) knowhow heeft overgedragen aan de franchisenemer en daarmee belang heeft bij nakoming van het non-concurrentiebeding.³¹

Evenmin succesvol was een (ex-)franchisenemer van een grafisch dienstverlenende formule die zich op het standpunt stelde dat er geen knowhow was overgedragen door de franchisegever. En zonder overdracht van noemenswaardige goodwill zou het postcontractuele non-concurrentiebeding nietig zijn wegens strijd met artikel 6 van de Mededingingswet. In dat kader had de (ex-)franchisenemer een rapport overgelegd waarin werd geconcludeerd door de betreffende adviseur dat de schriftelijke informatie die door de franchisegever was verstrekt aan de (ex-)franchisenemer geen ‘knowhow’ bevatte, omdat deze informatie niet geheim of wezenlijk was.

Bij haar beslissing zoekt de rechtbank Amsterdam³² aansluiting bij de definitie van ‘knowhow’ als geformuleerd in de Wet franchise. Hoewel de Wet franchise, aldus de rechtbank, niet van toepassing is op deze franchiseovereenkomst,³³ kan volgens de rechtbank wel aansluiting gezocht worden bij de definitie van de term ‘knowhow’ als weergegeven in artikel 7:911 lid 2 onder a sub 2 BW.³⁴

31 Rb. Amsterdam 7 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3548 (KitchenWorld), r.o. 4.19.

32 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy).

33 Aangezien deze franchiseovereenkomst op 17 februari 2022 is geëindigd en gezien de ingangsdatum van de Wet franchise op 1 januari 2021, lijkt het mij dat de Wet franchise wel degelijk van toepassing is op deze franchiseovereenkomst. Ik ga er dan ook van uit dat de rechtbank heeft bedoeld aan te geven dat vanwege art. 209 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek het postcontractuele non-concurrentiebeding pas per 1 januari 2023 hoeft te voldoen. Dus na het einde van de franchiseovereenkomst op 17 februari 2022. Zie ook voetnoot 44.

34 Rb. 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy), r.o. 4.4.

De rechtbank oordeelt dat op basis van de overgelegde documentatie en de toelichting van de franchisegever voldoende is komen vast te staan dat er sprake is van overgedragen knowhow. Hoewel sommige informatie meer algemene onderwerpen betreft, zoals de handleiding voor het opstellen van een businessplan, neemt dat volgens de rechtbank niet weg dat, wanneer de documentatie in samenhang wordt bezien, deze zodanig is toegespitst op een grafisch dienstverlenend bedrijf en de strategie van de franchisegever dat sprake is van beschermingswaardige knowhow. Het geheel van de verstrekte informatie houdt een uitgewerkt en gespecialiseerd winkelconcept in voor een grafisch dienstverlenend bedrijf.³⁵ Het feit dat een zelfstandige ondernemer in de betreffende branche ook langs andere wegen aan afzonderlijke onderdelen van de verstrekte informatie kan komen, maakt niet dat het geheel van de door de franchisegever verstrekte informatie niet kan worden aangemerkt als geheim en wezenlijk.³⁶ Dat de franchisenemer niet alle door de franchisegever verstrekte informatie heeft gebruikt en dat hij andere ideeën had over de manier van communiceren met klanten, neemt volgens de rechtbank niet weg dat er sprake is van overgedragen knowhow.³⁷

Een andere (ex-)franchisenemer was ook al niet succesvol om bij de rechtbank Amsterdam³⁸ het postcontractuele non-concurrentiebeding aan te tasten via een beroep op het (vermeend) ontbreken van knowhow. Na het einde van de franchiseovereenkomst wilde de ex-franchisenemer van een franchiseformule in hardloopartikelen onder eigen naam de exploitatie van de hardloopwinkel voortzetten vanuit het vestigingspunt. Dat kon volgens de franchisegever echter niet, omdat het de ex-franchisenemer juist was verboden om gedurende een periode van één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst concurrerende activiteiten te ontplooiën vanuit het vestigingspunt. De ex-franchisenemer wachte de (rechts)maatregelen van de franchisegever niet af en startte maar zelf een kort geding om de franchisegever een verbod op te laten leggen om een beroep te doen op het non-concurrentiebeding. Daarbij was (onder meer) het standpunt van de ex-franchisenemer dat er helemaal geen noemenswaardige knowhow was overgedragen door de franchisegever. Kennis over dienstverlening en productinformatie over hardloopschoenen had de ex-franchisenemer namelijk verkregen door eigen onderzoek, door belangstelling voor de producten en door zijn eigen contacten met de leveranciers. De inkoop van schoenen en accessoires, alsmede promoties en acties met de leveranciers werden naar eigen zeggen zelf geregeld door de ex-franchisenemer. Ook zaken als de loopmeetapparatuur, kassa en inkoopssystemen regelde de ex-franchisenemer zelf. Aangezien er helemaal geen knowhow was overgedragen, was het non-concur-

rentiebeding dus niet ‘onmisbaar’ om overgedragen knowhow te beschermen en – aldus de (ex-)franchisenemer – nietig op grond van artikel 7:920 lid 2 sub c BW. De franchisegever op zijn beurt overlegde in de procedure het franchisehandboek, het brandboek, het huisstijlboek en de zogenoemde Expert Handleiding. Ook lichtte de franchisegever toe dat er twee keer per jaar franchisebijeenkomsten werden gehouden waarbij specifieke markt- en leverancierskennis werd gedeeld. Daarnaast werd er vanuit de zijde van de franchisegever onder meer informatie gedeeld met de franchisenemers over marktontwikkelingen, concurrentie, consumenten, focus/strategie, marketingdoelstellingen, klantbenadering enzovoort, en waren er twee inkoopbijeenkomsten per jaar, waarbij gedetailleerde informatie over merken en producten werd gedeeld. Ook werden er incidentele bijeenkomsten gehouden waarbij informatie werd verstrekt. Op grond daarvan oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam dat het niet aannemelijk is dat de franchisenemer al zijn kennis zelf heeft vergaard.³⁹

Met hetgeen de franchisegever in het geding heeft gebracht en daarover heeft toegelicht tijdens de zitting is volgens de rechtbank voldoende aannemelijk geworden dat de franchisegever met zijn franchisenemers kennis en informatie heeft gedeeld die geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is, zodat van knowhow, zoals bedoeld in artikel 7:920 lid 2 sub c BW, wel degelijk sprake is.⁴⁰ Dat de franchisenemer kennelijk zelf bepaalde handelingen volledig zelfstandig verrichtte in deze franchise, laat volgens de rechter onverlet dat er (ook) knowhow is overgedragen door de franchisegever. De franchisenemer kan dus gehouden worden aan het non-concurrentiebeding.

5. Redelijkheid en billijkheid

Doorgaans zal er aan een postcontractueel non-concurrentiebeding een contractuele boete gekoppeld zijn. Bij overtreding van het non-concurrentiebeding is de overtredende partij – doorgaans de franchisenemer – een boete verschuldigd aan de andere partij. De overtredende partij kan op grond van artikel 6:94 lid 1 BW dan aan de rechter vragen om de bedongen boete te matigen. In uitzonderlijke gevallen kan er door de overtredende partij ook een beroep worden gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. De verschuldigde boete hoeft dan niet (of niet volledig) voldaan te worden. De toepassing van dit artikel dient echter terughoudend door de rechter te worden toegepast.⁴¹ Een franchisenemer moet dus van goeden huize komen om een

35 Rb. 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multi-copy), r.o. 4.7.

36 Rb. 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy), r.o. 4.7.

37 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy), r.o. 4.8.

38 Rb. Amsterdam 1 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8010 (Run2Day).

39 Rb. Amsterdam 1 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8010 (Run2Day), r.o. 5.8.

40 Rb. Amsterdam 1 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8010 (Run2Day), r.o. 5.8.

41 A. van der Kruk & M.E.A. Möhring, GS Verbintenissenrecht, art. 6:248 BW, aant. 4.5.2.

rechtsgeldig beroep op dit artikel te kunnen doen. In dat kader kan gewezen worden op een kwestie bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant.⁴² Partijen hadden een franchiseovereenkomst gesloten op grond waarvan de franchisenemer zou bemiddelen bij verkoop en tevens dienstverlening zou verstrekken op het gebied van telefonie, internet en zakelijke digitale werkomgeving. In de franchiseovereenkomst was een postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen waarin was bepaald dat de (ex-)franchisenemer gedurende één jaar na beëindiging van de franchiseovereenkomst niet direct of indirect, in enige hoedanigheid, in Nederland een onderneming mocht drijven of laten drijven, dan wel adviseren, en/of in of buiten dienstbetrekking werkzaam zijn voor of belangen hebben in een bedrijf waarvan de activiteiten gelijk, gelijksoortig en/of concurrerend zijn aan de activiteiten van de franchiseorganisatie én waarvan de klanten en/of de leveranciers dezelfde ondernemingen en/of organisaties zijn als de ondernemingen en/of organisaties van de klantenportefeuille van franchisenemer en/of de leveranciers van franchisegever. Op overtreding van dit beding was een contractuele boete gelegd van € 50.000 per overtreding, aan te vullen met een boete van € 5000 per dag dat de overtreding voortduurt.

Na het einde van de franchiseovereenkomst medio september 2021 sloot de (ex-)franchisenemer zich via een samenwerkingsovereenkomst aan bij een bedrijf dat zich bezighield met het verduurzamen van de energiemarkt. Een deel van datzelfde bedrijf hield zich echter ook bezig met dienstverlening op het gebied van telecom en IT. In een addendum op de samenwerkingsovereenkomst tussen de (ex-)franchisenemer en het bedrijf was dan ook opgenomen dat de (ex-)franchisenemer zich alleen zou bezighouden met aan energie gerelateerde diensten. De franchisegever stelde zich echter op het standpunt dat de (ex-)franchisenemer het postcontractuele non-concurrentiebeding had overtreden en schreef de (ex-)franchisenemer aan. Binnen enkele weken had het bedrijf zijn activiteiten op het gebied van telecom en IT gestaakt. Drie maanden later staakte de (ex-)franchisenemer de samenwerking met het bedrijf volledig.

In een gerechtelijke procedure die volgde, vorderde de franchisegever onder meer betaling van de verbeurde contractuele boetes vanwege overtreding van het postcontractuele non-concurrentiebeding. Volgens de rechtbank is niet in geschil dat het bedrijf waarmee de (ex-)franchisenemer een samenwerkingsovereenkomst had, ten tijde van de start van de samenwerking nog actief was op het gebied van telecom. In zoverre heeft de (ex-)franchisenemer volgens de rechtbank naar de letter van de tekst het postcontractuele non-concurrentiebeding geschonden.⁴³

42 Rb. Zeeland-West-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1702 (Into Telecom).

43 Rb. Zeeland-West-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1702 (Into Telecom), r.o. 4.6.

Dat betekent volgens de rechtbank echter nog niet automatisch dat de (ex-)franchisenemer de door de franchisegever gevorderde boete is verschuldigd. Daarbij acht de rechtbank de volgende omstandigheden van belang:

- De (ex-)franchisenemer zou zich alleen bezighouden met werkzaamheden op het gebied van de energiesector. Er is niet betwist dat de (ex-)franchisenemer geen werkzaamheden heeft verricht (of zou gaan verrichten) op het gebied van telecom.
- De franchisegever heeft niet gesteld – noch is daarvan gebleken – dat knowhow door de (ex-)franchisenemer aan het bedrijf is overgedragen. Dat ligt volgens de rechtbank ook niet voor de hand, aangezien het bedrijf kort na het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst met de (ex-)franchisenemer definitief zijn telecomtak heeft afgestoten en zich niet langer richt op telecom. Van enige schade aan de kant van de franchisegever is niet gebleken.
- Hoewel de bepalingen van de Wet franchise ten aanzien van het postcontractuele non-concurrentiebeding formeel niet van toepassing zijn,⁴⁴ merkt de rechtbank wel op dat het non-concurrentiebeding ruimer is omschreven dan de Wet franchise toelaatbaar acht. Zo omvat de geografische beperking geheel Nederland, terwijl dat kennelijk niet het werkgebied van de (ex-)franchisenemer was. Ook gaat het bij het betreffende beding niet om de vraag of de (ex-)franchisenemer zelf werkzaamheden verricht die concurrerend zijn, maar of de werkzaamheden van het bedrijf waarvoor de (ex-)franchisenemer activiteiten verricht, concurrerend zijn. Ook al ziet de functie van de (ex-)franchisenemer op iets heel anders.
- Het doel van een non-concurrentiebeding is aldus de rechtbank de bescherming van de knowhow van de franchisegever doordat van een dergelijk beding een afschrikkende werking uitgaat. Dat doel zou zijn bereikt, want de beoogde samenwerking is nooit van de grond gekomen. Thans werk de (ex-)franchisenemer voor een Belgische vennootschap in de duurzame energiebranche.⁴⁵

Gelet op de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat het beroep van de franchisegever op het postcontractuele non-concurrentiebeding en het contractuele boetebeding naar de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid 'onaan-

44 De reden daartoe is als volgt. De Wet franchise is op 1 januari 2021 van kracht geworden. De franchiseovereenkomst tussen partijen was op dat moment echter al gesloten. Op grond van art. 209 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek diende het postcontractuele non-concurrentiebeding uiterlijk 1 januari 2023 volledig te voldoen aan de Wet franchise. Zover kwam het in deze zaak dus niet, omdat de samenwerking al in september 2021 kwam te eindigen. Formeel hoeft het postcontractuele non-concurrentiebeding in deze franchiseovereenkomst dus niet te voldoen aan de Wet franchise.

45 Rb. Zeeland-West-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1702 (Into Telecom), r.o. 4.7.

vaardbaar' is.⁴⁶ Het onderstreept dat een overtreding van een postcontractueel non-concurrentiebeding nog niet direct sancties tot gevolg heeft. Ook is het interessant om te zien dat de Wet franchise – hoewel formeel niet van toepassing op dit non-concurrentiebeding – al wel duidelijk haar 'schaduw vooruitwierp' in deze zaak.

In een kwestie bij de rechtbank Amsterdam⁴⁷ deed een (ex-)franchisenemer echter tevergeefs een beroep op de redelijkheid en de billijkheid om een postcontractueel non-concurrentiebeding buiten toepassing te verklaren. De (ex-)franchisenemer stelde in dat kader dat hij hoge verhuiskosten zou moeten maken als de franchisegever aanspraak zou mogen maken op het non-concurrentiebeding. Aangezien hij die kosten helemaal niet kon dragen, zou dat betekenen dat hij zijn werkzaamheden voor een geheel jaar zou moeten staken. De franchisegever wees er op zijn beurt op dat hij een gerechtvaardigd belang had om vast te houden aan het non-concurrentiebeding, omdat hij een nieuwe franchisenemer in het gebied zou willen aanstellen.

De rechtbank merkt op dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid terughoudend moet worden toegepast, waarbij partijen in beginsel zijn gebonden aan wat zij zijn overeengekomen. De stelplicht en bewijslast van feiten en omstandigheden die een beroep op artikel 6:248 BW kunnen rechtvaardigen, rusten op de (ex-)franchisenemer.⁴⁸

De rechtbank oordeelt verder dat de reikwijdte van het non-concurrentiebeding, zowel in tijd als in geografisch opzicht, beperkt is. Het is immers beperkt tot één jaar en tot vestigingsadres. Het non-concurrentiebeding strekt zich dus niet uit tot het gehele geografische gebied waarbinnen de (ex-)franchisenemer de franchiseformule mocht exploiteren. Het beding staat er, aldus de rechtbank, dus niet aan in de weg dat de (ex-)franchisenemer zijn huidige onderneming op een ander adres kan voortzetten. Dat mag zelfs een nabijgelegen adres zijn, zolang het maar niet het vestigingsadres is. Omdat de hoge verhuiskosten verder niet zijn bewezen door de (ex-)franchisenemer, dient het gerechtvaardigd belang van de franchisegever te prevaleren. Het beroep van de franchisegever is naar het oordeel van de rechtbank naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan ook niet onaanvaardbaar.⁴⁹

6. Onredelijk bezwarende algemene voorwaarden

In het verlengde van voorgaande paragraaf kan op het volgende worden gewezen. Op grond van artikel 6:233

onder a BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de (contractuele) wederpartij. Als de wederpartij een geslaagd beroep hierop doet, dan is het beding dus vernietigd en wordt het geacht nooit bestaan te hebben.

Zoals bekend, bestaat een franchiseovereenkomst voor het overgrote deel uit algemene voorwaarden.⁵⁰ De meeste bedingen in een franchiseovereenkomst zijn immers opgesteld om in een aantal (franchise)overeenkomsten opgenomen te worden en betreffen niet de kern van de prestatie. Een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst kan dan ook gezien worden als een dergelijke algemene voorwaarde, omdat het is opgesteld om in een aantal franchiseovereenkomsten opgenomen te worden, terwijl het niet de kern van de prestatie aangeeft. Een franchisenemer kan in beginsel dan ook een beroep doen op artikel 6:233 onder a BW teneinde een non-concurrentiebeding te vernietigen, mits dat onredelijk bezwarend is.

In een kwestie bij de rechtbank Amsterdam⁵¹ deed een (ex-)franchisenemer inderdaad een beroep op artikel 6:233 onder a BW omdat zijn postcontractuele non-concurrentiebeding onredelijk bezwarend zou zijn. Ter illustratie: het non-concurrentiebeding verbood de (ex-)franchisenemer om gedurende een periode van één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst concurrerende activiteiten te ontplooiën vanuit het vestigingspunt.

De rechtbank merkt op dat voor een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst op grond van het mededingingsrecht bepaalde voorwaarden gelden. Wanneer daaraan is voldaan, zal een non-concurrentiebeding 'niet snel' als onredelijk bezwarend worden aangemerkt, aldus de rechtbank.⁵² Daarbij merkt de rechtbank op dat de knowhow die de franchisegever heeft verschaft als een voor het non-concurrentiebeding compenserend voordeel kan worden aangemerkt. Daarnaast geldt dat het non-concurrentiebeding is aangegaan tussen twee professionele partijen van wie verwacht mag worden dat zij de franchiseovereenkomst lezen en dus beseffen welke verplichtingen zij aangaan.⁵³ Verder is het beding duidelijk geformuleerd en rust er op de franchisegever geen (zorg)plicht om de franchisenemer bij het aangaan van de franchiseovereenkomst te wijzen op het non-concurrentiebeding.⁵⁴ Hoewel de Wet franchise ten aanzien van postcontractuele non-concurrentiebedingen in dit specifieke geval

46 Rb. Zeeland-West-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1702 (Into Telecom), r.o. 4.8.

47 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy).

48 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy), r.o. 4.13.

49 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy), r.o. 4.15.

50 Rb. Arnhem 18 april 2007, Prg. 2007/85 (All Star Travel I).

51 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy).

52 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy), r.o. 4.12.

53 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy), r.o. 4.12.

54 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (Multicopy), r.o. 4.12.

niet van toepassing was omdat de franchiseovereenkomst op 17 februari 2022 was geëindigd,⁵⁵ mag – mede op grond van voornoemde uitspraak – aangenomen worden dat als een non-concurrentiebeding voldoet aan de Wet franchise, het ‘niet snel’ als onredelijk bezwarend kan worden gezien. Echter, ook als is voldaan aan de Wet franchise blijft het mogelijk dat vanwege bijkomende omstandigheden het non-concurrentiebeding toch onredelijk bezwarend zou kunnen zijn.⁵⁶

7. Non-concurrentiebedingen en derden

Een postcontractueel non-concurrentiebeding geldt alleen voor de partijen die de franchiseovereenkomst voor akkoord hebben ondertekend. Derden die geen partij zijn bij de franchiseovereenkomst, zoals familieleden, (ex-)werknemers of kennissen, zijn in beginsel niet gebonden aan het non-concurrentiebeding. Toch kunnen soms ook derden aangesproken worden door een franchisegever in het geval van onrechtmatig handelen.

In een zaak bij het gerechtshof Den Haag⁵⁷ sprak een franchisegever van een grafisch dienstverlenende formule zowel een (ex-)franchisenemer aan als de levenspartner van de (ex-)franchisenemer, die voorheen in de gefranchiseerde onderneming werkzaam was. Wat was er aan de hand? Een franchisenemer had namens zijn besloten vennootschap, alsmede zichzelf in privé, een franchiseovereenkomst gesloten met daarin een postcontractueel non-concurrentiebeding. Daarin was bepaald dat de franchisenemer en de bestuurder in privé gedurende één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst vanuit het vestigingspunt geen goederen of diensten zouden verkopen die concurreerden met de goederen en diensten die voorwerp waren van de franchiseovereenkomst.

Ook van belang voor deze kwestie is de levenspartner van de bestuurder van de franchisenemer. Zij was in loondienstverband werkzaam als bedrijfsleider in de gefranchiseerde onderneming.

De franchiseovereenkomst werd door de franchisenemer opgezegd per 10 oktober 2021. Per 31 augustus 2021 zegde de levenspartner van de franchisenemer haar arbeidsovereenkomst op met de franchisenemer en richtte vervolgens een nieuwe besloten vennootschap op. Omstreeks 10 oktober 2021 kocht de vennootschap van de levenspartner de activa van de gefranchiseerde onderneming, waaronder de printers en de huurovereenkomst, en begon vanuit het vestigingspunt een onderneming gericht op grafische dienstverlening. Daarbij

werden oud-klienten van de gefranchiseerde onderneming aangeschreven met (niet ondertekende) e-mails waarin stond: ‘per 10 oktober liep mijn franchisecontract af (...) We hebben nu een eigen merk in de markt gezet.’⁵⁸

De franchisegever was – begrijpelijkerwijs – matig enthousiast over deze gang van zaken en sprak zowel de (ex-)franchisenemer als diens bestuurder in privé aan, alsmede de levenspartner en diens vennootschap. Een kort geding volgde. Bij vonnis van 4 februari 2022 kreeg de franchisegever ongelijk van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag,⁵⁹ om welke reden hoger beroep werd aangetekend door de franchisegever.

Ondertussen was er op 13 juli 2022 in een andere rechtszaak tussen franchisegever en de (ex-)franchisenemer bij de rechtbank Amsterdam ook vonnis gewezen. Hoewel de (bodem)procedure bij de rechtbank Amsterdam oorspronkelijk ging over achterstallige feebetalingen, kwam het postcontractuele non-concurrentiebeding ook aan bod.⁶⁰

Ten aanzien van de tekst van voornoemde e-mails merkt de rechtbank op dat – gelet op de gebruikte bewoordingen – franchisegever voldoende had gemotiveerd dat de (ex-)franchisegever hier op enige manier bij betrokken is geweest. Hoewel de rechtbank Amsterdam het met de franchisegever eens is dat voornoemde e-mails de nodige vragen oproepen, konden deze omstandigheden niet tot het oordeel leiden dat de (ex-)franchisenemer het non-concurrentiebeding had overtreden.⁶¹ Er kwam immers niet vast te staan dat de (ex-)franchisenemer rechtstreeks of indirect betrokken was bij de exploitatie van de vennootschap van de levenspartner. Of en in hoeverre de *bestuurder* van de (ex-)franchisenemer in privé het non-concurrentiebeding had overtreden, kwam in de procedure bij de rechtbank Amsterdam echter niet aan de orde. De bestuurder in privé was immers geen partij bij die bodemprocedure.

Vervolgens kwam het hoger beroep aan bod tegen het kortgedingvonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. In dat hoger beroep had de franchisegever zich op het standpunt gesteld dat de vennootschap van de levenspartner feitelijk de onderneming van de (ex-)franchisenemer had voortgezet als gevolg van verschillende afspraken met de (ex-)franchisenemer die een voortzetting in hetzelfde pand, met dezelfde machines en dezelfde mensen, mogelijk maakte. Zo wees de franchisegever erop dat de huurovereenkomst was overgedragen, klantgegevens waren overgedragen en het materieel (printers en dergelijke) in het bedrijfspand waren blijven staan. De afspraken die dit mogelijk hadden gemaakt, waren volgens de franchisegever onrechtmatig, omdat deze uitsluitend

55 Zie voetnoot 33 en 44.

56 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage (pres.) 31 augustus 1994, KG 1994/337, TvC 1994, p. 365 (m.nt. M.B.M. Loos), waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat een bepaalde polisvoorwaarde toch onredelijk bezwarend was, ondanks dat deze bepaling overeenstemde met een koninklijk besluit.

57 Hof Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2394 (Multicopy).

58 Hof Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2394 (Multicopy), r.o. 3.14.

59 Rb. Den Haag 4 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:993 (Multicopy). Voor een nadere bespreking van deze zaak in eerste aanleg, zie J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2023, *Contracteren* 2023/1, p. 35-36.

60 Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8632 (Multicopy).

61 Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8632 (Multicopy).

ten doel hadden om onder de werking van het postcontractuele non-concurrentiebeding uit te komen. Verder zou uit hiervoor geciteerde e-mails aan klanten blijken dat de bestuurder van de (ex-)franchisenemer actief was in de vennootschap van zijn levenspartner.

Ook bij het hof Den Haag krijgt de franchisegever nul op rekest. Aangezien de (bodem)rechter in Amsterdam – zie hiervoor – reeds had geoordeeld dat de (ex-)franchisenemer het postcontractuele non-concurrentiebeding *niet* had overtreden, dient de rechter in kort geding in beginsel zijn vonnis daarop af te stemmen.⁶² Dus ook het hof Den Haag oordeelt op basis van deze afstemmingsregel dat de (ex-)franchisenemer het non-concurrentiebeding niet heeft overtreden.

De bestuurder van de (ex-)franchisenemer was echter geen partij geweest in de bodemprocedure bij de rechtbank Amsterdam. De voornoemde afstemmingsregel geldt volgens het hof dan ook niet voor hem. Desalniettemin ligt het volgens het hof voor de hand om bij de uitleg van het postcontractuele non-concurrentiebeding bij deze bestuurder (ook) aansluiting te zoeken bij het oordeel van de bodemrechter. Volgens het hof is het namelijk moeilijk voorstelbaar dat het in de franchiseovereenkomst opgenomen non-concurrentiebeding anders dient te worden uitgelegd in de relatie tussen de franchisegever en de bestuurder van de (ex-)franchisenemer dan in de relatie tussen de franchisegever en de (ex-)franchisenemer.⁶³

Het feit dat de bestuurder van de (ex-)franchisenemer betrokken was bij de verkoop van de activa van de onderneming aan (de vennootschap van) de levenspartner betekent niet dat de bestuurder direct of indirect betrokken zou zijn bij de verkoop van concurrerende goederen en diensten aan derden.⁶⁴ Het hof is het met de franchisegever eens dat de e-mails die zijn gestuurd aan klanten de nodige vragen oproepen, en de indruk wordt in ieder geval gewekt dat de bestuurder betrokken zou zijn bij het benaderen van oud-klanten. Maar dat is volgens het hof onvoldoende om voorshands te oordelen dat de bestuurder ook het non-concurrentiebeding zou hebben overtreden. Waarbij het hof ook waarde hecht aan het feit dat de bestuurder (kennelijk onweersproken) heeft verklaard dat de e-mail niet door hem zou zijn geschreven. Ook zijn er geen andere ‘harde’ aanwijzingen dat de bestuurder zou zijn betrokken. Van een onrechtmatige daad van de levenspartner en haar vennootschap vanwege profiteren van een wanprestatie is evenmin sprake, aangezien er geen wanprestatie is van (de bestuurder van) de (ex-)franchisenemer.

Voor zover de (ex-)franchisenemer en de levenspartner het oogmerk hadden om via deze constructie het postcontractuele non-concurrentiebeding te omzeilen, dan is dat in deze kwestie goed gelukt. Klaarblijkelijk waren er naar de mening van de rechters onvoldoende aankno-

pingspunten om anders te oordelen. Franchisegevers die zich met een dergelijke situatie geconfronteerd zien, doen er derhalve verstandig aan om nader feitenonderzoek te doen, bijvoorbeeld door een gekwalificeerd recherchebedrijf onderzoek te laten doen, dan wel door (anoniem) goederen of diensten af te (laten) nemen om inzicht te krijgen wie er daadwerkelijk betrokken zijn bij de onderneming.

Ook kan een franchisegever ervoor kiezen om een aanvullend (contractueel) beding op te nemen in zijn franchiseovereenkomst op grond waarvan de franchisenemer verplicht is er zorg voor te dragen dat het non-concurrentiebeding niet illusoir wordt gemaakt doordat de verboden activiteiten door de levenspartner, een familielid of huisgenoot of andere aan de franchisenemer verbonden (rechts)personen worden verricht.

8. Conclusie

Het belang voor een franchisegever om een postcontractueel non-concurrentiebeding in te kunnen roepen na het einde van de franchise is evident. Zonder een dergelijk beding kan een franchisegever immers niet (effectief) optreden tegen een voormalige franchisenemer die – gebruikmakend van de door franchisegever overgedragen kennis en knowhow – blijft concurreren in het gebied. De Wet franchise schrijft echter voor wat de (maximale) omvang van een dergelijk non-concurrentiebeding mag zijn. Wordt niet aan deze spelregels voldaan, dan riskeert de franchisegever een nietig non-concurrentiebeding. Maar ook om andere redenen kan de werking van een postcontractueel non-concurrentiebeding worden ingeperkt, bijvoorbeeld vanwege strijdigheid met de redelijkheid en de billijkheid.

Ex-franchisenemers moeten zich echter niet rijk rekenen; een non-concurrentiebeding dat voldoet aan de Wet franchise dient in beginsel volledig nagekomen te worden. Een te achteloos beroep van een ex-franchisenemer op het (vermeend) ontbreken van overgedragen knowhow wordt verder genadeloos afgestraft door de rechter. Ook maakt het kennelijk niet uit of de ex-franchisenemer eerder zijn handtekening heeft gezet onder een franchiseovereenkomst om gehouden te kunnen worden aan een non-concurrentiebeding.

Uit het aantal gerechtelijke uitspraken dat de afgelopen periode is gepubliceerd, en mede gezien de (rechts)vragen die daarin worden beantwoord, moge het duidelijk zijn dat het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst een onderwerp is dat nog steeds niet volledig is uitgekristalliseerd. Uit de hiervoor behandelde uitspraken blijkt dat het onderwerp in ieder geval nog altijd zeer relevant is voor de franchisepraktijk. En de nodige aandacht dus rechtvaardigen.

62 Hof Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2394 (Multi-copy), r.o. 6.5.

63 Hof Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2394 (Multi-copy), r.o. 6.7.

64 Hof Den Haag 13 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2394 (Multi-copy), r.o. 6.8.