Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Actualia
contractspraktijk

Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2020

Mr. J.H. Kolenbrander*

1. Inleiding

Het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst is een onderwerp dat in dit tijdschrift al eerder de revue is gepasseerd.[1] Zoals bekend, betreft het een beding in de franchiseovereenkomst dat de franchisenemer na het einde van de samenwerking met de franchisegever verbiedt om gedurende een bepaalde periode in een bepaald gebied concurrerende activiteiten te ontplooien.[2] Aangezien een dergelijk beding bijna standaard wordt opgenomen in de franchiseovereenkomst, zijn er dientengevolge ook veel van dergelijke bedingen in omloop in de franchisebranche. De kans dat er discussies over dit onderwerp ontstaan tussen partijen na het einde van de franchise is daarmee cijfermatig dus al groot. Dit gekoppeld aan het feit dat ex-franchisenemers dergelijke bedingen vaak als 'knellend' ervaren, maakt dat de rechterlijke macht zich regelmatig moet uitlaten over de (on)toelaatbaarheid van een postcontractueel non-concurrentiebeding. Reden genoeg derhalve om aandacht te blijven besteden aan dit onderwerp. In dit artikel zal ik dan ook enkele gerechtelijke uitspraken bespreken als aanvulling op eerdere artikelen om de stand van zaken per heden weer te geven.

2. Redelijkheid en billijkheid als verweer

Beroep niet gehonoreerd

Als een ex-franchisenemer wordt aangesproken op nakoming van een postcontractueel non-concurrentiebeding, is een veelvoorkomend verweer van de ex-franchisenemer dat het beding buiten toepassing moet worden gelaten vanwege de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zoals bedoeld in artikel 6:248 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Of scherper geformuleerd: dat het naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' zou zijn als de franchisegever in de gegeven omstandigheden een beroep op dat beding zou doen. Een verweer dat overigens niet heel snel tot succes zal leiden.[3]

In dat kader kan verwezen worden naar een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.[4] In deze zaak was sprake van een franchisenemer die een franchiseovereenkomst voor één jaar had gesloten met een formule op het gebied van makelaardij. Indien deze franchise-

* Mr. J.H. Kolenbrander is advocaat bij De Clercq Advocaten Notariaat te Leiden en gespecialiseerd in franchising.

1. J.H. Kolenbrander, Niet onaantastbaar: het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, Contracteren 2013/3, p. 113-110; 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. Zie ook H.E. Urlus, Update mededingingsrechtelijke aspecten van postcontractuele concurrentieverboden in franchiseovereenkomsten, Contracteren 2016/4, p. 122-129.
2. I.S.J. Houben, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2015, randnummer 170.
3. Zie o.a. Kolenbrander 2013, p. 114-115; Kolenbrander 2015, p. 28-29.
4. Rb. Midden-Nederland 23 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5792.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002005

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

overeenkomst niet uiterlijk 14 november zou worden opgezegd door (een van de) partijen, zou de overeenkomst per 14 mei (steeds) worden verlengd met een periode van één jaar. In deze franchiseovereenkomst was eveneens een contractueel en postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen, waarbij het laatste beding een verbod inhield op concurrerende activiteiten voor de duur van één jaar in (kennelijk) de gehele wereld.

In augustus 2018 had de franchisenemer richting de franchisegever aangegeven per direct te willen stoppen met de franchise. Al eind augustus 2018 schreef de franchisenemer aan zijn klanten dat hij per 1 september onder een andere naam (bij een concurrent) zijn werkzaamheden zou gaan voortzetten. En dat terwijl de franchiseovereenkomst nog tot in ieder geval 14 mei 2019 doorliep.

De franchisegever ging met dit alles niet akkoord en startte een kort geding voor nakoming van de franchiseovereenkomst, waaronder het contractuele non-concurrentiebeding.[5] Als verweer stelde de franchisenemer zich op het standpunt dat het op grond van artikel 6:248 lid 2 BW echter onaanvaardbaar zou zijn om hem aan de franchiseovereenkomst te houden. Anders gezegd: de franchisegever zou in de visie van de franchisenemer op geen enkel beding in de franchiseovereenkomst aanspraak kunnen maken.

De rechtbank oordeelt dat het uitgangspunt is dat overeenkomsten in principe moeten worden nagekomen door partijen. Op dit uitgangspunt kan niet snel een uitzondering worden gemaakt. Bepalingen uit een overeenkomst kunnen alleen dan buiten toepassing worden gelaten of verklaard als het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' is dat de overeengekomen bepalingen gelden.[6] Aldus de rechtbank heeft de franchisenemer in deze kwestie echter niet (voldoende) onderbouwd dat er sprake is van een dergelijke onaanvaardbare situatie.[7] De franchisenemer moet dus nog gewoon de franchiseovereenkomst nakomen tot het einde van de looptijd, inclusief het contractuele non-concurrentiebeding.

Het postcontractuele non-concurrentiebeding komt in deze uitspraak dus slechts zijdelings aan bod, hoewel de overwegingen van de rechtbank *de facto* ook op dit beding betrekking hebben. Ook is de beoordeling van de rechtbank niet anders dan als het wel (primair) over het postcontractuele non-concurrentiebeding was gegaan.

Aangezien de franchiseovereenkomst waarschijnlijk medio mei 2019 alsnog rechtsgeldig is geëindigd, is vanaf dat moment alsnog het postcontractuele non-concurrentiebeding van kracht geworden. Nu dit beding (kennelijk) geldt voor geheel Nederland, is het de vraag of het voldoet aan de aankomende Wet franchise.[8] In (concept)artikel 7:919 lid 3 BW is immers bepaald dat de geografische reikwijdte van een non-concurrentiebeding niet ruimer mag zijn dan het gebied waarbinnen de franchisenemer op grond van de franchiseovereenkomst mocht exploiteren.[9] Voor zover franchisenemers van deze formule in een beperkter gebied dan de wereld als franchisenemer actief mogen zijn – en dat ligt volgens mij wel voor de hand –, dan is dit beding dus in strijd met de aankomende Wet franchise en vernietigbaar op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Nog daargelaten de discussie of het naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' is dat het een ex-franchisenemer wordt verboden om in de gehele wereld concurrerende activiteiten te ontplooien.

Beroep wel gehonoreerd

In de vorige casus werd het beroep van de franchisenemer op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dus niet gehonoreerd. Meer succes had een andere franchisenemer die door de franchisegever voor de Rechtbank Rotterdam werd gedaagd voor (onder meer) nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding.[10]

De franchisenemer had een franchiseovereenkomst gesloten met de franchisegever voor een periode van vijf jaar op het gebied van de verkoop van promotieartikelen. Op basis van die franchiseovereenkomst was de franchisegever gehouden om allerlei ondersteuning en bijstand te verstrekken aan de franchisenemer. In artikel 30 lid 1 van de franchiseovereenkomst was eveneens een (nogal curieus geformuleerd) postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen met de tekst:

> 'Zowel franchisegever als franchisenemer hebben geen recht om gedurende een periode van één jaar na niet rechtsgeldende ontbinding van het contract binnen de vestigingsplaats en het communicatie-verzorgingsgebied (te weten: in de huidige locatie of op het overeengekomen terrein) 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 de franchisenemer in het kader van deze overeenkomst uitgeoefende activiteiten. (…)'[11]

Het komt niet vaak voor dat behalve de franchisenemer ook de *franchisegever* wordt genoemd in een postcontractueel non-concurrentiebeding. Daarnaast is het beding tekstueel niet begrijpelijk, omdat het zowel

5. Dat is uiteraard begrijpelijk. Het zou immers innerlijk tegenstrijdig zijn om als franchisegever het standpunt in te nemen dat de franchiseovereenkomst (nog) niet is geëindigd, maar ook tegelijkertijd een beroep te doen op een postcontractueel non-concurrentiebeding als ware de overeenkomst al wel geëindigd.
6. R.o. 3.3 van Rb. Midden-Nederland 23 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5792.
7. R.o. 3.6 van Rb. Midden-Nederland 23 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5792.
8. Zie H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Het Voorontwerp Franchise: strike two voor de wetgever, Contracteren 2019/1, p. 3-14; H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Het wetsvoorstel franchise: better think twice!, Contracteren 2017/3, p. 105-115.
9. Kolenbrander 2019, p. 41.
10. Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8873 (Kop & Schouders).
11. R.o. 2.4 van Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8873 (Kop & Schouders).

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002005

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

franchisenemer als franchisegever belemmert om nog (concurrerende) activiteiten te ontplooien in het geval van een niet rechtsgeldige ontbinding. Zou een van de partijen derhalve de franchiseovereenkomst niet rechtsgeldig ontbinden, dan dienen op basis van de tekst van het beding beide partijen zich te onthouden van (concurrerende) activiteiten. Waarschijnlijk – het blijft uiteraard gissen – hebben partijen onder woorden willen brengen in artikel 30 lid 1 dat de partij die niet rechtsgeldig ontbindt, ongeacht of het de franchisegever of de franchisenemer betreft, gehouden kan worden aan het non-concurrentiebeding, maar de andere partij niet. Echter, dat *staat* er niet.

Hoe dan ook, volgens de franchisenemer in kwestie was de franchisegever tekortgeschoten in de deugdelijke nakoming van de franchiseovereenkomst, onder meer vanwege gebrek aan ondersteuning en bijstand, alsmede het ontbreken van ontwikkeling in de franchiseformule. Op grond van die tekortkomingen had de franchisenemer de franchiseovereenkomst uiteindelijk buitengerechtelijk ontbonden. De franchisegever meende dat deze ontbinding niet rechtsgeldig was en ontbond vervolgens zelf de franchiseovereenkomst en vorderde (onder meer) nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding.

De rechtbank merkt echter op dat het beding onvoldoende duidelijk is om nakoming daarvan af te kunnen dwingen.[12] Hoewel daar verder geen woorden aan vuil worden gemaakt door de rechtbank, lees ik daarin dat de rechtbank kennelijk onder woorden probeert te brengen dat het beding om die reden ten nadele van de franchisegever – als opsteller van het beding – dient te worden uitgelegd.[13]
De rechtbank oordeelt verder dat de franchisenemer in haar visie terecht de franchiseovereenkomst heeft ontbonden. En die terechte ontbinding maakt volgens de rechtbank dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' is als de franchisegever zich in dezen zou kunnen beroepen op het postcontractuele non-concurrentiebeding.[14] Het eindigen van de franchiseovereenkomst is in overwegende mate immers te wijten aan de franchisegever en dan kan een franchisegever redelijkerwijs geen beroep doen op een non-concurrentiebeding.[15]

Wat verder opvalt is dat de hiervoor geschetste kwestie niet een kort geding betreft, maar een 'normale' bodemprocedure bij de rechtbank. Op het moment dat er dan ook vonnis wordt gewezen door de rechtbank is de looptijd van één jaar reeds verstreken.[16] Dat doet in ieder geval vermoeden dat de franchisegever in deze zaak meer geïnteresseerd was in het opeisen van eventuele boetes die gekoppeld waren aan een overtreding van het non-concurrentiebeding dan om de ex-franchisenemer daadwerkelijk ervan te weerhouden concurrerende activiteiten te ontplooien. Anders had de franchisegever er immers ook voor kunnen kiezen om nakoming van het non-concurrentiebeding via een voorlopige voorziening af te dwingen gedurende de bodemprocedure.[17]

3. Een voorlopige mening

Zoals ondertussen duidelijk moge zijn, kan een kortgedingprocedure een zeer adequaat middel zijn om geschillen omtrent non-concurrentiebedingen te beslechten. Hoewel het slechts een voorlopig oordeel betreft van de voorzieningenrechter, zijn partijen daarmee in de praktijk vaak al zo geholpen dat verdere (bodem)procedures achterwege blijven. Maar het oordeel blijft desalniettemin een *voorlopig* oordeel dat geen gezag van gewijsde heeft.[18] Een bodemrechter kan op een later moment een ander oordeel hebben, waardoor bepaald handelen of nalaten toch wanprestatie is of een onrechtmatige daad.
In een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant werd op een zeer treffende manier door de voorzieningenrechter gewezen op dit risico.[19] Het betrof – kort samengevat – een geschil tussen een franchisegever en een franchisenemer in de supermarktbranche. De franchisegever was doende om zijn formule om te bouwen, maar een franchisenemer wilde niet 'overstappen'. Hij werd vervolgens in kort geding gedaagd door de franchisegever om hem zijn supermarkt over te laten dragen.
Dat verzoek sneuvelt, omdat in het kort geding onvoldoende is komen vast te staan dat een bodemrechter de vordering van de franchisegever zou toewijzen. Ook is de rechtbank van mening dat er sprake is van 'ingrijpende en mogelijk (deels) onomkeerbare gevolgen van een gedwongen overdracht'.[20]
Wel ziet de rechtbank aanleiding om de tegeneis van de franchisenemer te honoreren, te weten dat de franchisenemer voorlopig 'vrij' is zijn voorraad bij derden in te kopen. De franchisenemer is dus even niet gebonden aan de inkoopverplichting in de franchiseovereenkomst die stelt dat hij verplicht minimaal 80% van het assortiment moet betrekken bij de franchisegever.[21] Wel wijst de rechtbank op de risico's als de franchisenemer dit non-concurrentiebeding niet nakomt, op basis van het voorlopige oordeel:

12. R.o. 4.18 van Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8873 (Kop & Schouders).
13. Kolenbrander 2013, p. 116 en 117.
14. R.o. 4.18 van Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8873 (Kop & Schouders).
15. Zie o.a. Kolenbrander 2013, p. 115; Kolenbrander 2018, p. 33.
16. De franchisegever vraagt bij de rechter om naleving van het non-concurrentiebeding tot 14 oktober 2019 terwijl er 'pas' op 13 november 2019 een vonnis ligt.
17. Vgl. Kolenbrander 2019, p. 42 onder '2.2 Alternatieven?'.
18. Zie art. 254 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
19. Rb. Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2968 (Coop).
20. R.o. 4.12 van Rb. Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2968 (Coop).
21. Voor meer informatie over de inkoopverplichting, zie Asser/Houben 7-X 2015/171 + 183; J.H. Kolenbrander & M. van Ravenzwaaij, Verplicht opgelegde inkoop bij franchiseovereenkomsten: het mes snijdt aan twee kanten, Contracteren 2015/5, p. 119-126.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002005

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> '[franchisenemer] dient zich daarbij wel te realiseren dat hij een zeker risico loopt als hij met een andere leverancier dan [franchisegever] in zee gaat. Zoals gezegd is de bodemrechter niet gebonden aan een ordemaatregel in kort geding en kan het zijn dat achteraf wordt vastgesteld dat [franchisenemer] toch bij [franchisegever] Coop had moeten inkopen.'[22]

Een vonnis in kort geding is dus niet zaligmakend. Als een franchisenemer verlof krijgt van de voorzieningenrechter om een non-concurrentiebeding te overtreden, kan een bodemrechter dat verlof achteraf intrekken, met alle (contractuele) gevolgen van dien. Het omgekeerde is eveneens waar: als de franchisegever een franchisenemer op basis van een voorlopig vonnis aan een non-concurrentiebeding houdt terwijl achteraf blijkt dat dit niet had gemogen, zijn de spreekwoordelijke rapen ook gaar. De boodschap is duidelijk: ga hoe dan ook prudent om met een vonnis in kort geding vanwege dit voorlopige karakter.

4. Franchiseovereenkomst nog niet beëindigd

Voordat de franchisegever nakoming van een postcontractueel non-concurrentiebeding kan vorderen, dient de franchiseovereenkomst eerst rechtsgeldig geëindigd te zijn. Dat klinkt als een open deur, maar kan in de praktijk toch voor de nodige hoofdbrekens zorgen.

Zo was in een uitspraak van de Rechtbank Gelderland[23] sprake van een franchisegever die meende dat een van zijn franchisenemers disfunctioneerde. Partijen traden vervolgens in overleg om tot een minnelijk afscheid te komen en in dat kader werd een conceptvaststellingsovereenkomst tussen partijen gewisseld. Tot overeenstemming over de inhoud van die vaststellingsovereenkomst kwam het niet en de franchisegever liet weten dat hij de franchiseovereenkomst per direct als beëindigd beschouwde. In de franchiseovereenkomst stond echter een opzegtermijn van zes maanden, zodat een rechtsgeldige beëindiging per direct niet mogelijk was. Desalniettemin vorderde de franchisegever in kort geding onder meer nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding dat in de franchiseovereenkomst was opgenomen met een looptijd van één jaar en geldig binnen de Benelux.

De voorzieningenrechter constateert dat de franchiseovereenkomst in ieder geval niet is geëindigd met wederzijds goedvinden van partijen. Ook is de franchiseovereenkomst niet (rechtsgeldig) ontbonden door de franchisegever, omdat niet voldoende aannemelijk is geworden dat de franchisenemer tekort zou zijn geschoten in de nakoming van de franchiseovereenkomst. Wel is de franchiseovereenkomst opgezegd op 31 december 2018, zodat deze met inachtneming van de contractuele opzegtermijn doorloopt tot 1 juni 2019. Tot dat moment overtreedt de franchisenemer volgens de rechter dus niet het postcontractuele non-concurrentiebeding, omdat er van een postcontractuele situatie (nog) geen sprake is. Tot de franchiseovereenkomst derhalve alsnog rechtsgeldig is geëindigd, mag de franchisenemer gewoon zijn activiteiten voortzetten onder de naam van de formule.

Ook in deze zaak valt overigens op dat de geografische reikwijdte van het postcontractuele non-concurrentiebeding omvangrijker blijkt dan wat (concept)artikel 7:919 lid 3 BW voorschrijft. Uit het vonnis is in ieder geval niet op te maken dat deze franchisenemer werkzaam was in de gehele Benelux, dus het non-concurrentiebeding is kennelijk geografisch groter dan het gebied waarbinnen de franchisenemer op grond van de franchiseovereenkomst mocht exploiteren.

5. De pre-emptive strike

Hoewel het doorgaans de franchisegever is die het initiatief neemt om nakoming van de non-concurrentie te vragen aan de rechter, is het ook mogelijk dat de (ex-)franchisenemer vraagt om schorsing van het beding aan de rechter.[24] Door een dergelijke *pre-emptive strike* aanhangig te maken wacht de ex-franchisenemer niet op het moment dat de franchisegever aan komt kloppen voor een (vermeende) inbreuk, maar neemt hij zelf het initiatief. Een ex-franchisenemer die mogelijk (concurrerende) activiteiten wil gaan ontplooien, heeft dan op voorhand meer duidelijkheid.

Als een franchisenemer een dergelijke *pre-emptive strike* aanhangig maakt, dienen er wel voldoende juridische gronden te zijn om het non-concurrentiebeding te kunnen schorsen. Een populaire rechtsgrond om een non-concurrentiebeding aan te kunnen tasten is een beroep op dwaling omdat de franchisegever ondeugdelijke prognoses in de precontractuele fase zou hebben verschaft.[25]

In een zaak bij de Rechtbank Oost-Brabant[26] maakte een ex-franchisenemer een kort geding aanhangig om het postcontractuele non-concurrentiebeding te laten schorsen. Het betrof een beding met een duur van twee jaar na het einde van de franchiseovereenkomst en gold voor geheel Nederland. Aldus de ex-franchisenemer had de franchisegever hem voorafgaand aan het ondertekenen van de franchiseovereenkomst te rooskleurige omzetten voorgespiegeld.[27] Deze werden echter bij lange na niet

22. R.o. 4.17 van Rb. Oost-Brabant 24 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2968 (Coop).
23. Rb. Gelderland 25 maart 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2630 (Groene Zusters).
24. Zie ook Kolenbrander 20191, p. 42.
25. Zie J.H. Kolenbrander, De 'prognose-torpedo': een effectief verweermiddel tegen vorderingen in kort geding, Contracteren 2019/3, p. 100-106.
26. Rb. Oost-Brabant 10 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5859 (Kenneth Smit).
27. Voor meer informatie over dwaling bij franchise zie S.A. Kruisinga & M.I. Nijenhof-Wolters, De informatieplicht voor de franchisegever naar Nederlands recht. Beschouwingen naar aanleiding van het Albert Heijn-

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002005

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

behaald door de franchisenemer. Had de ex-franchisenemer geweten dat de voorgespiegelde omzetten te rooskleurig waren, dan had hij de franchiseovereenkomst nimmer gesloten met de franchisegever.
De voorzieningenrechter herhaalt de (vaste) jurisprudentie op het gebied van ondeugdelijke prognoses en komt tot de conclusie dat de ex-franchisenemer niet aannemelijk heeft gemaakt dat de franchisegever (bewust) onjuiste informatie aan hem heeft verstrekt.[28]
De vraag of de ex-franchisenemer een recht op vernietiging van de franchiseovereenkomst (lees: non-concurrentiebeding) toekomt, vergt aldus de rechter een nader onderzoek naar de feiten en nadere bewijsvoering en daarvoor leent een kort geding zich niet goed. Voorshands meent de voorzieningenrechter in ieder geval dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat het beroep op vernietiging in een bodemprocedure zal slagen.[29]
Een beroep van de ex-franchisenemer op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid om toepassing van het non-concurrentiebeding terzijde te schuiven wordt eveneens voorshands gepasseerd.[30] In dit geval liet de voorzieningenrechter bij zijn oordeel meewegen dat, hoewel de omzetten de eerste jaren waren achtergebleven, er het laatste jaar een omzet van € 93.240 was behaald. Het was de verwachting dat deze omzet verder zou stijgen. Om die reden is, aldus de voorzieningenrechter, niet goed te verklaren waarom de ex-franchisenemer de franchiseovereenkomst had beëindigd.
In deze zaak was sprake van een non-concurrentiebeding met een duur van twee jaar in geheel Nederland. Zoals hiervoor reeds is toegelicht, is een dergelijk beding niet toelaatbaar op het moment dat de Wet franchise van kracht gaat worden, maar dient het beperkt te blijven tot één jaar na het einde van de franchise en mag het niet ruimer zijn dan het gebied waarbinnen de franchisenemer op grond van de franchiseovereenkomst mocht exploiteren.

6. Non-concurrentiebeding en derden

Zoals al eerder opgemerkt,[31] is het soms niet alleen de ex-franchisenemer die wordt aangesproken door de franchisegever in het geval van concurrerende activiteiten. Derden zijn weliswaar geen non-concurrentiebeding overeengekomen met de franchisegever, maar in sommige gevallen kan een derde onrechtmatig handelen jegens de franchisegever. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een situatie dat een derde willens en wetens profiteert van de wanprestatie van de ex-franchisenemer en bewust het bedrijfsdebiet van de franchisegever aantast.

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam[32] was sprake van een franchisesamenwerking die al meer dan tien jaar had geduurd. In maart 2019 liet de franchisenemer schriftelijk weten aan de franchisegever dat hij ontevreden was over de samenwerking en het verdienmodel. In mei liet de advocaat van de franchisenemer weten aan de franchisegever dat hij de franchiseovereenkomst per 1 juli 2019 als opgezegd beschouwde. Schoorvoetend ging de franchisegever met deze (te) korte opzegtermijn akkoord, aar wel met behoud van zijn aanspraken op het postcontractuele non-concurrentiebeding. Dit beding verbood de franchisenemer om gedurende een periode van één jaar na het einde van de franchise op enigerlei wijze betrokken te zijn bij concurrerende activiteiten vanuit het vestigingspunt. Ook was de franchisenemer na het einde van de franchise gehouden om onder andere de telefoonnummers en e-mailadressen over te dragen aan de franchisegever.

Per 1 juli leek de ex-franchisenemer zijn activiteiten te staken, maar werd de exploitatie van de onderneming onder eigen naam voortgezet door een voormalige werknemer van de franchisenemer. Deze werknemer nam de huurovereenkomst over en kreeg – bij wijze van transitievergoeding – van de ex-franchisenemer het recht op de (eigen) bedrijfsnaam en de URL om een website te kunnen bouwen. Apparatuur die de ex-franchisenemer in mei 2019 nog had gehuurd, werd onderverhuurd aan deze voormalige werknemer. Bij de exploitatie gebruikte deze voormalige werknemer tevens de e-mailadressen en telefoonnummers van de eerder gefranchisede vestiging. Uit bepaalde e-mails bleek verder dat de franchisenemer mogelijk toch nog betrokken was bij de exploitatie van de onderneming.

De franchisegever sprak vervolgens in kort geding de franchisenemer aan op grond van het non-concurrentiebeding, Ook sprak hij de voormalige medewerker aan op grond van onrechtmatige daad, omdat hij onder meer meewerkte aan een situatie waarbij de ex-franchisenemer toch concurreerde en nalatig bleef om de e-mailadressen en telefoonnummers over te dragen aan de franchisegever. De werknemer heeft 'schaamteloos' gebruikgemaakt van de kennis, kunde en het klantenbestand van de ex-franchisenemer, aldus de franchisegever.

De franchisenemer stelde zich op het standpunt dat de franchisegever geen beroep kon doen op het non-concurrentiebeding omdat de franchiseovereenkomst wegens toerekenbare tekortkomingen zou zijn ontbonden. De voorzieningenrechter merkt echter op dat er

arrest, Contracteren 2019/2, p. 49-61; M. Raas & R.B. Musters, Franchiseprognoses volgens de zaak Street One: aansprakelijkheid halverwege Paalman/Lampenier en de Nederlandse Franchise Code?, Contracteren 2017/3, p. 77-82; J.H.M. Spanjaard, Dwalen over franchise, Contracteren 2017/3, p. 92-99.

28. R.o. 4.4-4.7 van Rb. Oost-Brabant 10 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5859 (Kenneth Smit).
29. R.o. 4.8 van Rb. Oost-Brabant 10 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5859 (Kenneth Smit).
30. R.o. 4.12 van Oost-Brabant 10 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5859 (Kenneth Smit).
31. Zie Kolenbrander 2019, p. 44; Kolenbrander 2016, p. 66; Kolenbrander 2015, p. 30.
32. Rb. Amsterdam 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7930 (Multicopy).

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

geen sprake is geweest van een *ontbinding*, maar van een *opzegging* door de franchisenemer. Daarnaast heeft de franchisenemer zijn stellingen op dat punt onvoldoende onderbouwd, waarbij de rechter ten overvloede opmerkt dat er geen sprake lijkt te zijn van eerdere klachten, ingebrekestellingen of andere sommaties aan de zijde van de franchisenemer.[33]

Zou de ex-franchisenemer overigens *wel* aannemelijk hebben kunnen maken dat er sprake was van tekortkomingen aan de zijde van de franchisegever – en dat er om die reden is beëindigd door de franchisenemer –, dan zou het wat mij betreft geen verschil moeten maken of er dan sprake is van een ontbinding of opzegging voor het terzijde schuiven van het postcontractuele non-concurrentiebeding op grond van de redelijkheid en billijkheid. Leidend zou wat mij betreft dienen te zijn of de beëindiging van de samenwerking – ongeacht of het een ontbinding op opzegging betreft – in overwegende mate te wijten is aan de franchisenemer of de franchisegever.

Wat betreft de klacht over ondeugdelijke prognoses wijst de voorzieningenrechter erop dat dit punt onvoldoende is onderbouwd door de franchisenemer. Daarmee staat volgens de voorzieningenrechter de rechtsgeldigheid van het non-concurrentiebeding vast, en ook de gebondenheid van de franchisenemer aan dit beding. Ook moet de franchisenemer meewerken aan het overdragen van de telefoonnummers van de gefranchisede vestiging, nu dit contractueel is bepaald en er geen legitieme reden bestaat dat de voormalige werknemer gebruikmaakt van deze telefoonnummers.

Anders verloopt het voor de voormalige werknemer, die wordt aangesproken op grond van onrechtmatige daad. Hoewel de rechtbank van mening is dat de gang van zaken rondom het voortzetten van de onderneming door de voormalige werknemer 'enigszins schimmig'[34] blijft, wordt hem geen onrechtmatig handelen aangewreven. De voorzieningenrechter merkt op dat handelen met iemand van wie men weet dat deze door dat handelen tekortschiet in de nakoming van een verbintenis jegens een ander, onrechtmatig kan zijn. Maar dat is niet steeds het geval, want slechts onder bijzondere omstandigheden levert dergelijk handelen een onrechtmatige daad op, aldus de voorzieningenrechter, zoals wetenschap van de wanprestatie van de franchisenemer jegens de franchisegever.[35] De voormalige werknemer stelde echter niet op de hoogte te zijn (geweest) van het postcontractueel non-concurrentiebeding of de contractuele plicht van de franchisenemer om de telefoonnummers over te dragen aan de franchisegever. Om die reden wijst de voorzieningenrechter alle vorderingen jegens de voormalige werknemer af.

33. R.o. 5.4 van Rb. 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7930 (Multicopy).
34. R.o. 5.7 en 5.22 van Rb. Amsterdam 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7930 (Multicopy).
35. R.o. 5.14 van Rb. Amsterdam 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7930 (Multicopy).

7. Conclusie

Hoewel er het afgelopen jaar geen baanbrekende uitspraken aan te wijzen zijn, moge het wel helder zijn dat het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst een geschilpunt kan vormen tussen franchisegever en franchisenemer. Een geschilpunt waarvoor nog regelmatig de gang naar de rechter nodig blijkt te zijn. Het moge ook helder zijn dat een ex-franchisenemer er in ieder geval goed aan doet om een dergelijk beding serieus te nemen. Ook valt op dat er kennelijk nog veel postcontractuele non-concurrentiebedingen in omloop zijn die niet voldoen aan de komende Wet franchise. Franchisegevers doen er dan ook goed aan de ontwikkelingen in de gaten te houden teneinde te voorkomen dat 'hun' non-concurrentiebeding in strijd met de wet is.

doi: 10.5553/Contr/156608932020022002005