

# Actualia

## contractspraktijk

# Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2021

Mr. J.H. Kolenbrander\*

## 1. Inleiding

24 Net als elk jaar heb ik ook het afgelopen kalenderjaar de jurisprudentie op het gebied van het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst nauwlettend in de gaten gehouden. Non-concurrentiebedingen betreffen, zoals bekend, bedingen in de franchiseovereenkomst die het de franchisenemer verbieden om na het einde van de franchise gedurende een bepaalde periode in een bepaald gebied concurrerende activiteiten te ontplooiën.<sup>1</sup> Zoals ook blijkt uit mijn vorige bijdragen voor dit tijdschrift<sup>2</sup> komt het regelmatig voor dat dergelijke concurrentiebedingen aanleiding zijn voor geschillen tussen de franchisegever en de ex-franchisenemer.

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

1. 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 2015/170.
2. Voor jurisprudentie van voorgaande jaren zie J.H. Kolenbrander, Niet onaantastbaar: het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2013/3, p. 113-119; J.H. Kolenbrander, Het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst: een update, *Contracteren* 2015/1, p. 28-31; J.H. Kolenbrander, Update rechtspraak non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2016/2, p. 64-67; J.H. Kolenbrander, Nog een update rechtspraak over het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2018/1, p. 32-37; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2019, *Contracteren* 2019/1, p. 41-46; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2020, *Contracteren* 2020/2, p. 71-76. Zie ook H.E. Urlus, Update mededingingsrechtelijke aspecten van postcontractuele concurrentieverboden in franchiseovereenkomsten, *Contracteren* 2016/4, p. 122-129.

Dit artikel betreft de (nagenoeg) volledige jurisprudentie-oogst van het jaar 2020 zoals terug te vinden is op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).<sup>3</sup> Daarbij heb ik de bespreking van bepaalde jurisprudentie achterwege gelaten die – om wat voor reden dan ook – mij ietwat minder relevant leek of waarbij het non-concurrentiebeding slechts een zeer ondergeschikt onderdeel uitmaakte van het geschil tussen franchisegever en franchisenemer. De hierna te bespreken uitspraken zullen zo veel mogelijk thematisch worden behandeld, te weten de wijze van beëindiging van de franchiseovereenkomst, een taalkundig gebrekkig beding en de (on)aanvaarbaarheid van een beroep op een non-concurrentiebeding vanwege de omstandigheden van het geval. Allereerst zal echter aandacht worden besteed aan de Wet franchise die per 1 januari 2021 van kracht is geworden en die een nieuw regime introduceert, ook ten aanzien van het non-concurrentiebeding.

## 2. Wet franchise

Op 1 januari 2021 is de Wet franchise van kracht geworden.<sup>4</sup> Met deze wet wordt onder meer beoogd om de positie van franchisenemers te versterken in de precontractuele fase, bij tussentijdse wijzigingen van een lopende franchiseovereenkomst, alsmede bij de beëindiging van de franchisesamenwerking. Aldus de memorie van toelichting (MvT<sup>5</sup>) is deze wet van toepas-

3. Met gebruikmaking van de zoekterm 'franchise\*' in de zoekmachine van de betreffende website.
4. Kamerstukken I 2019/20, 35392 (Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise).
5. Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT Wet franchise).

sing op zowel ‘hard’ als ‘soft’ franchise.<sup>6</sup> Het is daarbij niet relevant welke typering partijen zelf aan hun samenwerking geven.<sup>7</sup>

De Wet franchise bestaat uit twaalf inhoudelijke artikelen, te weten artikelen 7:911 tot en met 7:922 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In deze bijdrage zal ik mij beperken tot het bespreken van artikel 7:920 lid 2 BW, maar geïnteresseerden in een uitvoeriger bespreking van de Wet franchise kunnen zich bedienen van de diverse literatuur die er reeds op dat vlak is verschenen.<sup>8</sup> Tot 1 januari 2021 waren er geen specifieke wettelijke spelregels waaraan een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst diende te voldoen. Er bestond derhalve (nagenoeg) volledige contractsvrijheid tussen partijen.<sup>9</sup> Met de invoering van de Wet franchise is dat veranderd. In artikel 7:920 lid 2 BW is nu wettelijk bepaald waaraan een dergelijk beding dient te voldoen. Voldoet een postcontractueel non-concurrentiebeding niet aan de bepalingen van artikel 7:920 BW, dan is dit beding op grond van artikel 7:922 lid 2 BW nietig. Het beding wordt in dat geval geacht nooit bestaan te hebben.<sup>10</sup> Van Wechem en Bijloo twijfelen of artikel 7:922 BW gezien mag (en moet) worden als een ‘volwaardige’ voorrangsregel in de zin van artikel 9 lid 1 Rome I Verordening.<sup>11</sup> De toelichting op het wetsartikel is naar hun mening te onduidelijk om daar een definitief standpunt over in te kunnen nemen.

Volgens de Wet franchise is een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst slechts geldig indien: (1) het op schrift is gesteld, (2) de beperking tot het uitoefenen van werkzaamheden enkel betrekking heeft op de goederen of diensten die concurreren met de goederen of diensten waarop de franchiseovereenkomst betrekking heeft, (3) de beperking onmisbaar is om de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow te beschermen, (4) het de duur van één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst niet overschrijdt, en (5) de geografische reikwijdte niet ruimer is dan het gebied waarbinnen de franchisenemer de formule op basis van de franchiseovereenkomst heeft geëxploiteerd.

6. Zie Asser/Houben 7-X 2019/150: ‘soft’ franchise duidt op een samenwerking met weinig (dwingende) regels en een grote mate van vrijheid voor de franchisenemers, terwijl ‘hard’ franchise duidt op een samenwerking met veel (dwingende) regels en een beperkte mate van vrijheid voor de franchisenemers.

7. MvT Wet franchise, p. 2.

8. O.a. J.H.M. Spanjaard, Een nieuwe wet, een nieuw geluid - veranderingen voor de franchiseovereenkomst door de Wet franchise, *Contracteren* 2020/4, p. 144-151; H.N. Schelhaas & J.H.M. Spanjaard, Het Wetsvoorstel franchise: verbeterd, maar nog steeds werk aan de winkel, *Contracteren* 2020/2, p. 47-59; T. de Mönnink & J.W.B. van Till, Valt exclusieve of selectieve distributie ook onder de aankomende franchisewet?, *NJB* 2020/17, p. 1239-1246; J.H. Kolenbrander, Franchise – Een korte introductie, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 22-37.

9. Nagenoeg, omdat onder meer de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW, de onredelijk bezwarendheid ex art. 6:233 lid 1 sub a BW en de Mededingingswet deze contractsvrijheid kunnen beperken.

10. MvT Wet franchise, p. 49-50.

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

Met punt 1 lijkt de wetgever aansluiting te hebben gezocht bij artikel 7:443 BW, waarin ten aanzien van een postcontractueel non-concurrentiebeding in een agentuurovereenkomst ook is bepaald dat deze op schrift moet zijn gesteld. Daardoor zijn mondelinge non-concurrentiebedingen derhalve niet mogelijk, hetgeen ter bescherming strekt van de franchisenemer tegen verplichtingen die niet uitdrukkelijk (schriftelijk) zijn overeengekomen.

Bij het opstellen van punten 2 tot en met 5 is kennelijk aansluiting gezocht bij artikel 5 lid 3 van de EU-Groepsvrijstellingsverordening 330/2010 (hierna: Groepsvrijstelling of Gv).<sup>12</sup> Daarin is bepaald – geparafraseerd – dat een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst niet in strijd is met artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) indien het voldoet aan de navolgende criteria:

- De verplichting heeft betrekking op goederen of diensten die met de contractgoederen of -diensten concurreren.
- De verplichting is beperkt tot de ruimten en terreinen waar de afnemer gedurende de contractperiode werkzaam is geweest.
- De verplichting is onmisbaar om de door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen.
- De duur van de verplichting is beperkt tot een periode van één jaar na het einde van de overeenkomst.

De overeenkomsten tussen deze criteria en die van artikel 7:920 lid 2 BW zijn inderdaad treffend. Op zichzelf beschouwd is dat al interessant, omdat het mededingingsrecht (waaronder de Groepsvrijstelling kan worden geschaard) beoogt om een eerlijke en vrije marktwerking te bevorderen en om de belangen van de consument (dus de klant van de franchiseformule) te beschermen. Het mededingingsrecht is – in tegenstelling tot de Wet franchise – dus niet specifiek bedoeld om de belangen van franchisenemers te beschermen.

Toch is het niet vreemd dat artikel 7:920 lid 2 BW is gebaseerd op de Groepsvrijstelling. Aangezien franchisegevers niet het risico wilden lopen dat hun franchiseovereenkomsten in strijd zouden zijn met de Mededingingswet, wordt al vele jaren gretig gebruikgemaakt van de vrijstellingen die de Groepsvrijstelling franchisegevers biedt. Met als gevolg dat veel postcontractuele non-concurrentiebedingen sinds jaar en dag (min of meer) voldoen aan artikel 5 lid 3 Gv, waardoor dergelijke bedingen een soort ‘gouden standaard’ zijn geworden. Het is dan ook begrijpelijk dat de wetgever deze in de branche al ruim toegepaste ‘gouden standaard’ heeft willen gebruiken voor een andere rol dan de bescherming van de vrije mededinging. Het is, gezien de hechte samenhang tussen beide regelingen, verdedigbaar dat bij de uitleg en toepassing van artikel 7:920 lid 2 BW met een schuin oog gekeken mag worden (uiteraard *mutatis mutandis*) naar de jurisprudentie omtrent arti-

12. MvT Wet franchise, p. 45.

kel 5 lid 3 Gv. In de rechtspraak zal dat verder uitgekristalliseerd dienen te worden.

Punt 2 van artikel 7:920 lid 2 BW bepaalt dat de beperking van werkzaamheden enkel betrekking mag hebben op goederen en diensten ‘die concurreren met de goederen en diensten waarop de franchiseovereenkomst betrekking heeft’.<sup>13</sup> De beperking mag volgens de memorie van toelichting niet zien op andersoortige werkzaamheden of betrekking hebben op andersoortige goederen of diensten.<sup>14</sup> Dat zal in de praktijk betekenen dat een non-concurrentiebeding, dat ziet op ‘soortgelijke of anderszins concurrerend activiteiten’,<sup>15</sup> waarschijnlijk te breed is geformuleerd, omdat het een bredere beperking betreft.

Op grond van punt 3 van artikel 7:920 lid 2 BW mag een franchisegever alleen een non-concurrentiebeding opleggen als het noodzakelijk is om de overgedragen knowhow te beschermen.<sup>16</sup> Als geen knowhow wordt overgedragen, of als de overgedragen knowhow een beperkte rol speelde binnen de franchiserelatie, dan ontbreken aldus de wetgever het belang en de rechtvaardiging van de franchisegever om die knowhow door middel van een postcontractueel non-concurrentiebeding te beschermen.<sup>17</sup> In eerdere rechtspraak is die lijn overigens al bevestigd.<sup>18</sup>

Punt 4 van artikel 7:920 lid 2 BW beperkt de duur van een postcontractueel non-concurrentiebeding tot één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst. Dat sluit volgens de wetgever aan bij de bestaande praktijk, waarbij de termijn van één jaar veelvuldig wordt gehanteerd.<sup>19</sup> Beperkingen met een langere looptijd zullen daarmee verleden tijd worden.<sup>20</sup>

Op grond van punt 5 van artikel 7:920 lid 2 BW dient de geografische reikwijdte van het non-concurrentiebeding beperkt te blijven tot het gebied waarbinnen de franchisenemer de formule heeft geëxploiteerd. Verdergaande bedingen zijn dus niet meer toelaatbaar.<sup>21</sup> Op grond van eerdere rechtspraak van het Europese Hof van Justitie over artikel 5 lid 3 Gv zou kunnen worden betoogd dat punt 5 van artikel 7:920 lid 2 BW in de praktijk aldus moet worden toegepast dat een concu-

rentiebeding uitsluitend betrekking mag hebben op het gebied waar de contractuele goederen of diensten *daadmerklijk* te koop werden aangeboden door de franchise-nemer en niet op het gehele gebied waar deze goederen of diensten krachtens de franchiseovereenkomst door de franchisenemer *konden* worden verkocht.<sup>22</sup>

De Wet franchise is per 1 januari 2021 van kracht geworden. Deze wet volgt het uitgangspunt dat wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek onmiddellijke werking hebben, voor zowel bestaande als nog te sluiten overeenkomsten.<sup>23</sup> Daarop wordt wel een specifieke uitzondering gemaakt voor (onder andere) artikel 7:920 lid 2 BW. De wetgever was immers van mening dat een directe toepassing van (onder andere) artikel 7:920 BW tot praktische problemen zou kunnen gaan leiden bij reeds bestaande franchiseovereenkomsten. Om die reden is franchisegevers een uitstel gegund van twee jaar om de noodzakelijke wijzigingen door te voeren in postcontractuele non-concurrentiebedingen in bestaande overeenkomsten.<sup>24</sup>

Op grond van die uitzondering hoeft een van de Wet franchise afwijkend postcontractueel non-concurrentiebeding in een reeds per 1 januari 2021 bestaande franchiseovereenkomst dus nog niet aangepast te worden, maar heeft de franchisegever tot 1 januari 2023 de tijd om de noodzakelijke wijzigingen door te voeren.<sup>25</sup> Na die datum dienen dus ook de postcontractuele non-concurrentiebedingen in de per 1 januari 2021 bestaande franchiseovereenkomsten volledig te voldoen aan de Wet franchise.

De Wet franchise zorgt dus voor meer wettelijke spelregels waaraan een postcontractueel non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst dient te voldoen. Hierdoor is de verwachting dat rechtspraak over non-concurrentiebedingen op bepaalde punten anders zal uitpakken voor partijen dan voorheen. Hierna zal nu thematisch de jurisprudentie-oogst van de afgelopen periode worden besproken. Daarin speelt de Wet franchise overigens nog geen rol en bestonden dus nog geen wettelijke beperkingen.

### 3. Wijze van beëindigen franchiseovereenkomst relevant voor non-concurrentiebeding

Er is diverse rechtspraak voorhanden waaruit blijkt dat een franchisegever naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep toekomt op een postcontractueel non-concurrentiebeding indien het eindigen van de franchiseovereenkomst (in overwegende mate) is toe te rekenen aan het handelen of nalaten van de franchise-

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

14. MvT Wet franchise, p. 45.

15. Dit betreft een zinsnede die in veel franchiseovereenkomsten is opgenomen.

16. Zie ook HvJ EG 28 januari 1986, NJ 1988/163 (Pronuptia).

17. MvT Wet franchise, p. 45.

18. Zie o.a. Rb. Overijssel 22 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2914 (FBD Franchise); Rb. Overijssel 21 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3742 (Blue Gum).

19. MvT Wet franchise, p. 45.

20. Voorbeelden van een langere looptijd (2 jaar): Rb. Breda 22 november 2010, zaak/rolnummer 225174/KG ZA 10-560 (Glasgarage); Rb. Overijssel 21 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3742 (Blue Gum); Rb. Amsterdam 15 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5372 (Size Zero); Rb. Oost-Brabant 10 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5859 (Kenneth Smit); Hof Amsterdam 11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:467 (Size Zero); Rb. Gelderland 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5763 (De Pepernoten fabriek); (5 jaar): Rb. Amsterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2110 (Luizenkliniek).

21. Zie bijv. Hof Amsterdam 11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:467 (Size Zero), waarbij sprake was van een postcontractueel non-concurrentiebeding dat gold voor ‘zowel Nederland als het buitenland’.

22. HvJ EU, C-117/12 (La Retoucherie de Manuela/La Retoucherie).

23. Art. 68a Overgangswet. Zie ook Schelhaas & Spanjaard 2020, p. 49.

24. MvT Wet franchise, p. 51.

25. MvT Wet franchise, p. 50-52.

gever.<sup>26</sup> Het is niet zo dat een ontbinding van de franchiseovereenkomst door de franchisenemer vanwege toerekenbare tekortkomingen van de franchisegever *automatisch* een postcontractueel non-concurrentiebeding opzijzet. Maar als de franchisegever een verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van de voortijdige beëindiging van de franchise, dan zal een franchisenemer doorgaans snel het voordeel van de twijfel krijgen.

In dat kader kan gewezen worden op een zaak bij het hof Amsterdam.<sup>27</sup> In die kwestie had de franchisenemer een franchiseovereenkomst gesloten om hem in staat te stellen een afslanksalon te gaan exploiteren. In de franchiseovereenkomst was ook een postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen dat de franchisenemer gedurende een periode van twee jaar na het einde van de franchiseovereenkomst in zowel Nederland als het buitenland zou beletten om concurrerende activiteiten te ontplooiën.

Op enig moment had de franchisenemer gebruikgemaakt van het online platform Social Deal om zijn diensten te kunnen promoten en zijn omzet te vergroten. De franchisegever streefde echter een gezamenlijke en formulebrede inzet na van Social Deal en liet de acties van de franchisenemer offline halen door Social Deal. De franchisenemer werd vervolgens verboden om nog verder gebruik te maken van Social Deal. Mede naar aanleiding daarvan ontstond een geschil tussen partijen, met als gevolg een gerechtelijke procedure waarbij de franchisenemer (onder meer) het standpunt innam dat de franchisegever tekort zou zijn geschoten door de franchisenemer te verbieden gebruik te maken van Social Deal.

In eerste aanleg had de franchisenemer (met succes) aan de rechter verzocht om de ontbinding van de franchiseovereenkomst en een schorsing van het postcontractuele non-concurrentiebeding. De franchisegever ging vervolgens in hoger beroep bij het hof Amsterdam.

Het hof stelt vast dat de franchisegever het de franchisenemer niet had mogen verbieden om via Social Deal promotionele activiteiten te ontplooiën. De door de franchisenemer ingeroepen ontbinding van de franchiseovereenkomst slaagt dan ook volgens het hof. Tussen partijen staat volgens het hof niet ter discussie dat de ontbinding van de franchiseovereenkomst de franchisenemer niet automatisch bevrijdt van de uit het non-concurrentiebeding voortvloeiende verbintenissen. Daar staat echter volgens het hof wel tegenover dat de ontbinding van de franchiseovereenkomst is terug te voeren op een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst door de franchisegever. Ook staat volgens het hof vast dat de franchisenemer zijn salon onder eigen naam

wenst voort te zetten en dat hij er gerechtvaardigd op had mogen vertrouwen dat de franchiseovereenkomst niet voortijdig ontbonden zou hoeven te worden. Mede gelet daarop kan de franchisenemer volgens het hof niet aan het non-postcontractuele non-concurrentiebeding worden gehouden door de franchisegever.

Het zal de oplettende lezer niet zijn ontgaan dat deze franchisegever in de toekomst – zie ook hiervoor – in ieder geval de geografische en temporale omvang van zijn postcontractuele non-concurrentiebeding dient aan te passen, zodat die alsnog in lijn is met de Wet franchise.

Deze zaak bevestigt verder de lijn dat als een franchiseovereenkomst komt te eindigen vanwege handelen of nalaten van een franchisegever, de franchisenemer een sterk argument heeft om de nakoming van een daarin opgenomen postcontractueel non-concurrentiebeding te frustreren. Deze lijn zal onder de Wet franchise waarschijnlijk onverkort gehandhaafd blijven nu de wet zelf geen blijk geeft van een ander geluid én duidelijk is dat de wetgever franchisenemers in bescherming wil nemen.

#### 4. Wijze van beëindigen franchiseovereenkomst minder relevant voor non-concurrentiebeding

Een ietwat ander geluid is te horen in een zaak bij de rechtbank Gelderland.<sup>28</sup> In die kwestie was sprake van de franchiseformule 'De Pepernotenfabriek'.<sup>29</sup> Dat betreft een (smakelijke) franchiseketen waar klanten in de aangesloten winkels niet minder dan 60(!) verschillende smaken en soorten pepernoten<sup>30</sup> kunnen kopen.

Een franchisenemer van deze formule exploiteerde via zijn besloten vennootschap een aantal pop-upwinkels in een groot rayon, waaronder de gemeenten Amsterdam, Amersfoort, Almere, Amstelveen en Arnhem. Afgesproken was dat de franchisegever in het betreffende rayon geen andere franchisenemer zou plaatsen, maar de franchisegever behield zich wel uitdrukkelijk het recht voor om zelf verkopen in het rayon te plegen. Ook was uitdrukkelijk bedongen dat de franchisegever in bepaalde bijzondere omstandigheden, zoals wanprestatie van de franchisenemer, gerechtigd was om verkoopactiviteiten te ontplooiën in het betreffende rayon, dan wel te laten ontplooiën door derden.

In artikel 16.3 van de franchiseovereenkomst was eveneens een postcontractueel non-concurrentiebeding

26. Zie o.a. Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8873 (Kop & Schouders); Rb. Amsterdam 15 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5372 (Size Zero), zoals besproken in Kolenbrander 2019; Rb. Utrecht 24 april 2013, ECLI:NL:RBUMNE:2013:BZ9503 (Super de Boer); Rb. Utrecht 23 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3058 (Super de Boer).

27. Hof Amsterdam 11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:467 (Size Zero).

28. Rb. Gelderland 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5763 (De Pepernotenfabriek).

29. Rb. Gelderland 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5763 (De Pepernotenfabriek).

30. Een kantoorgenoet wees mij er (terecht) op dat wat in deze winkels wordt verkocht geen 'pepernoten' zijn, maar 'kruidnoten'. Pepernoten zijn immers de op taaitaai gelijkende vierkantige lekkernijen. Zou een formule met de naam 'De Kruidnotenfabriek' net zo populair zijn bij het publiek als de naam 'De Pepernotenfabriek'? Ik waag het te betwijfelen.

opgenomen dat – kort samengevat – inhield dat het de franchisenemer verboden was om gedurende een periode van twee jaar na het einde van de franchiseovereenkomst in het toegewezen rayon direct of indirect activiteiten te ontplooiën die soortgelijk waren aan de formule of de door de franchisegever uitgeoefende activiteiten. Medio 2020 had de franchisegever twee (nieuwe) franchisenemers in staat gesteld om winkels te openen in Amsterdam, dus duidelijk in het (semi-)exclusieve rayon van de franchisenemer. Om begrijpelijke redenen was de franchisenemer hierover matig enthousiast en sommeerde hij de franchisegever om deze twee winkels te sluiten vanwege de inbreuk op zijn rayon. De franchisegever meende echter dat er sprake was van meerdere van de in de franchiseovereenkomst genoemde bijzondere omstandigheden als voornoemd en dat hij om die reden gerechtigd was om andere franchisenemers in het rayon van de franchisenemer te plaatsen. De franchisegever zegde vervolgens de franchiseovereenkomst met de franchisenemer op onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe franchiseovereenkomst. Partijen bereikten echter geen overeenstemming over deze nieuwe overeenkomst en de samenwerking tussen beide kwam ten einde. De franchisenemer ontbond nog wel buitengerechtelijk de franchiseovereenkomst op grond van de gestelde wanprestatie, te weten de inbreuk op zijn rayon.

Korte tijd later opende de vriendin van de (inmiddels) ex-franchisenemer een tweetal pepernotenwinkels in Volendam en Amsterdam. Die laatste winkel was overigens op precies dezelfde locatie gesitueerd als waar de ex-franchisenemer voorheen zijn winkel had geëxploiteerd. Zelf ging de ex-franchisenemer met een nieuwe besloten vennootschap buiten het rayon diverse pop-up pepernotenwinkels exploiteren. De franchisegever zag dit met lede ogen aan en meende dat sprake was van een inbreuk op het postcontractuele non-concurrentiebeding. De ex-franchisenemer werd dan ook aangesproken om de exploitatie van de concurrerende pepernotenwinkels te staken en gestaakt te houden. Toen de ex-franchisenemer daaraan geen gehoor gaf, startte de franchisegever vervolgens een kort geding om alsnog de staking van de exploitatie van die winkels af te dwingen.

In r.o. 4.5 van het vonnis oordeelt de rechtbank dat de franchisegever geen nakoming kan vorderen van artikelen 15.1, 15.2, 16.3 en 17.1 van de franchiseovereenkomst, omdat deze franchiseovereenkomst – hetzij door opzegging door de franchisegever, hetzij door ontbinding door de franchisenemer – is komen te eindigen. De vordering tot nakoming van deze artikelen wordt door de rechtbank dan ook afgewezen vanwege gebrek aan belang aan de zijde van de franchisegever.

Dat is opmerkelijk, omdat deze artikelen postcontractuele bedingen betreffen, dus bedingen die *juist* van kracht worden op het moment dat de overeenkomst eindigt. Waaronder dus het postcontractuele non-concurrentiebeding in artikel 16.3. De franchisegever heeft in beginsel mijns inziens dus wel degelijk een gerechtvaardigd belang bij een correcte nakoming van deze artikelen door een ex-franchisenemer en juist omdat de overeen-

komst is geëindigd. Een andere benadering zou in de praktijk ook tot vreemde en ongewenste situaties kunnen leiden. Immers, een franchisegever kan gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst geen beroep doen op postcontractuele bedingen, omdat die bedingen – *nomen est omen* – pas na het einde van het contract werking krijgen. Zou een franchisenemer vanwege voornoemd ‘gebrek aan belang’ na het einde van het contract (ook) geen beroep op deze bedingen toekomen, dan heeft het nog weinig nut om dergelijke postcontractuele bedingen met elkaar af te spreken.

Een gebrek aan belang zou overigens wel aan de orde kunnen komen op het moment dat bijvoorbeeld niet komt vast te staan dat er een overtreding is van de betreffende postcontractuele bedingen én er ook geen aantoonbaar risico is dat de ex-franchisenemer die bedingen in de toekomst gaat overtreden. Een ander voorbeeld van een gebrek aan belang kan bestaan indien niet aannemelijk is dat de franchisegever in het betreffende rayon nog een nieuwe franchisenemer wil gaan plaatsen.

Wat betreft de pepernotenwinkels die door de vriendin van de ex-franchisenemer worden geëxploiteerd, stelt de ex-franchisenemer zich op het standpunt dat hij daarbij niet betrokken is, zowel niet feitelijk als niet financieel. Ondanks (kennelijk andersluidende) berichten op social media oordeelt de rechtbank dat binnen de beperkingen van het kort geding qua bewijslevering niet vast is komen te staan dat de ex-franchisenemer inderdaad op enigerlei wijze betrokken is bij de exploitatie van de pepernotenwinkels van zijn vriendin. De vordering van de franchisegever ten aanzien van de sluiting van de pepernotenwinkels van de vriendin wordt om die reden dan ook afgewezen.

Hoewel in r.o. 4.5 van het vonnis nog was geoordeeld dat de vordering van de franchisegever tot nakoming van (onder meer) artikel 16.3 van de franchiseovereenkomst werd afgewezen vanwege gebrek aan belang, gaat de rechtbank in r.o. 4.9 van het vonnis – opvallend genoeg – toch nader in op het postcontractuele non-concurrentiebeding. En wel omdat de franchisegever eveneens nakoming van dit non-concurrentiebeding had gevorderd, maar beperkt voor slechts een deel van het rayon, te weten de gemeente Amsterdam. Deze vordering van de franchisegever wordt echter niet afgewezen vanwege onvoldoende belang aan de zijde van de franchisegever omdat de franchiseovereenkomst is geëindigd, maar wordt toegewezen. R.o. 4.5 en 4.9 van het vonnis lijken op het eerste gezicht dan ook lastig verenigbaar met elkaar te zijn.

Specifieke aandacht verdient mijns inziens ook de beoordeling van de rechtbank ten aanzien van het verweer van de ex-franchisenemer. Deze had gesteld dat hij – hoe dan ook – niet gehouden kon worden aan het postcontractuele non-concurrentiebeding omdat hij de franchiseovereenkomst immers had ontbonden vanwege wanprestatie aan de zijde van de franchisegever vanwege de inbreuk in zijn rayon. In r.o. 4.10 van het vonnis wordt daarover opgemerkt dat ook al *zou* dit verweer van de ex-franchisenemer door de bodemrechter

worden gevolgd, dit volgens de rechtbank ‘niet zonder meer’ met zich brengt dat de ex-franchisenemer is bevrijd van het concurrentiebeding. Dat is in beginsel wellicht juist, maar zoals hiervoor reeds is opgemerkt, is een rechtsgeldige beëindiging van de franchiseovereenkomst vanwege handelen of nalaten van de franchisegever vaak wel het voorportaal van het buiten toepassing (kunnen) laten van een postcontractueel non-concurrentiebeding. Het had in deze zaak dan ook voor de hand gelegen als voorshands een oordeel was gegeven over het al dan niet bestaan van tekortkomingen aan de zijde van de franchisegever en het gevolg daarvan voor het non-concurrentiebeding. Maar misschien dat uit het toewijzen van de vordering van de franchisegever op dat punt de rechtbank al expliciet heeft laten doorschemeren wat zij vindt van het verweer van de ex-franchisenemer? Wie het weet, mag het zeggen!

Afsluitend kan nog opgemerkt worden dat het postcontractuele non-concurrentiebeding in deze kwestie een looptijd had van twee jaar en dus niet voldoet aan artikel 7:920 lid 2 BW. Daarnaast geldt het verbod voor activiteiten die soortgelijk zijn aan ‘De Pepernotenfabriek’-formule en de door de franchisegever uitgeoefende activiteiten, waarmee het breder is dan in de wet is toegestaan. Onder de Wet franchise zou deze zaak dus naar alle waarschijnlijkheid een andere uitkomst hebben gehad voor de ex-franchisenemer.

## 5. Wederzijds non-concurrentiebeding

Doorgaans zal in de franchiseovereenkomst alleen ten nadele van de franchisenemer een postcontractueel non-concurrentiebeding zijn opgenomen. Dat het echter ook anders kan, bewijst een kwestie bij de rechtbank Rotterdam<sup>31</sup> waarbij een wederzijds non-concurrentiebeding was opgenomen in de franchiseovereenkomst.

De franchiseformule in die zaak was actief in de markt van promotionele activiteiten en promotionele producten zoals relatiegeschenken, promotioneel textiel, merchandising enzovoort. In 2015 had de betreffende franchisegever een franchiseovereenkomst met een franchisenemer gesloten. In die franchiseovereenkomst was onder meer een postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen dat – opmerkelijk – zowel voor de franchisenemer als de franchisegever gold:

‘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.’<sup>32</sup>

Partijen kregen op enig moment discussie met elkaar over in hoeverre de franchisenemer al dan niet gerechtigd was om binnen de kaders van de franchiseovereenkomst een bedrijf over te nemen en te exploiteren dat toezag op de verkoop van duurzame relatie- en kerstgeschenken. De franchisegever vond dat de franchisenemer daartoe niet gerechtigd was en ontbond om die reden de franchiseovereenkomst. Vervolgens startte de franchisegever een gerechtelijke procedure waarbij (onder meer) nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding bij de rechter werd gevorderd. Daarbij stelde de franchisegever zich op het standpunt dat met de zinsnede ‘niet rechtsgeldende’ in het non-concurrentiebeding de situatie werd bedoeld wanneer een van de partijen zich niet gedroeg volgens de gemaakte afspraken. De franchisenemer betwistte op zijn beurt dat de franchiseovereenkomst rechtsgeldig was ontbonden door de franchisegever en ontbond – na een ingebrekestelling – op zijn beurt zelf de franchiseovereenkomst.

De rechtbank stelt vast dat er van een rechtsgeldige ontbinding door de franchisegever geen sprake is, omdat de franchisegever de in de franchiseovereenkomst genoemde formaliteiten voor een ingebrekestelling niet in acht heeft genomen.<sup>33</sup> Als gevolg daarvan is de franchisenemer volgens de rechtbank nimmer in verzuim komen te verkeren en is de ontbinding van de franchiseovereenkomst door de franchisegever niet rechtsgeldig. De ingebrekestelling van de franchisenemer voldoet wel en resulteert volgens de rechtbank in een rechtsgeldige ontbinding van de franchiseovereenkomst door de franchisenemer.

Wat betreft het postcontractuele non-concurrentiebeding stelt de rechtbank (terecht) vast dat het beding ‘ongelukkig is geformuleerd’,<sup>34</sup> zodat onvoldoende duidelijk is wat precies met het beding wordt bedoeld. Verder is onvoldoende vast komen te staan dat partijen bij het aangaan van de franchiseovereenkomst over dit beding hadden gesproken, dan wel daarover hebben onderhandeld. Een en ander brengt volgens de rechtbank in redelijkheid met zich dat partijen over en weer aan het non-concurrentiebeding geen rechten kunnen ontleen. De onduidelijkheid van het beding frustriert dan ook de vordering tot nakoming van de franchisegever.

31. Rb. Rotterdam 6 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3958 (Kop & Schouders).

32. R.o. 2.3 van Rb. Rotterdam 6 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3958 (Kop & Schouders).

33. In de franchiseovereenkomst was bepaald dat de ene partij de andere (tekortgeschoten) partij ‘bij aangetekend schrijven of bij deurwaarders-exploit’ in gebreke moest stellen. De franchisegever had dit echter per e-mail gedaan en daar nam de rechtbank in deze zaak geen genoegen mee. Ook was de inhoud van de e-mail volgens de rechtbank niet duidelijk genoeg geformuleerd als een ingebrekestelling.

34. R.o. 7.16 van Rb. Rotterdam 6 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3958 (Kop & Schouders).

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat het beroep van de franchisegever op het postcontractuele non-concurrentiebeding naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ‘onaanvaardbaar’ is, omdat de ontbinding van de franchiseovereenkomst door de franchisenemer veroorzaakt is door de tekortkomingen van de franchisegever. Hetgeen dus wederom bevestigt – zie ook hiervoor – dat als de franchiseovereenkomst voortijdig komt te eindigen door toedoen van de franchisegever, dit consequenties heeft voor het al dan niet kunnen afdwingen van een postcontractueel non-concurrentiebeding. Een lijn die – het zij herhaald – niet in kracht zal inboeten onder de Wet franchise

## 6. Franchisenemers gebonden aan non-concurrentiebeding

Soms wordt ten onrechte gesteld dat het einde van de samenwerking te wijten is aan de franchisegever. In een kwestie bij de rechtbank Limburg<sup>35</sup> probeerden ex-franchisenemers van een fitnessformule tevergeefs onder de werking van een postcontractueel non-concurrentiebeding uit te komen. Een franchisegever was met enkele franchisenemers kennelijk al geruimere tijd in onderhandeling over het sluiten van een nieuwe franchiseovereenkomst met betrekking tot enkele fitnessscholen. Partijen bereikten echter geen overeenstemming en de samenwerking met de vier franchisenemers werd beëindigd door de franchisegever.

Dit was aanleiding voor de franchisenemers om de franchisegever via een kort geding te dwingen om alsnog de onderhandelingen voort te zetten. Aldus de franchisenemers stond het de franchisegever niet vrij om deze onderhandelingen af te breken. Dat de franchisenemers nog niet akkoord waren gegaan met de nieuwe franchiseovereenkomst, was daarin gelegen dat de nieuwe franchiseovereenkomst, die de franchisegever had voorgesteld, in aanzienlijke mate ten ongunste voor de franchisenemers afweek van de oorspronkelijke franchiseovereenkomst. Zo zou de franchisegever volgens de franchisenemers de verschuldigde vergoedingen met 300% hebben verhoogd en zouden de franchisenemers hun gebiedsbescherming verliezen en daarmee hun exclusiviteit. Aldus de franchisenemers had de franchisegever hiermee onrechtmatig jegens hen gehandeld, dan wel misbruik gemaakt van zijn bevoegdheid en machtspositie. Ook wordt de rechter door de franchisenemers verzocht om een verbod aan de franchisegever op te leggen om een beroep te doen op het postcontractuele non-concurrentiebeding. In reconventie vordert de franchisegever (onder meer) nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding.

De rechtbank oordeelt dat het niet aan de opstelling van de franchisegever heeft gelegen dat de samenwerking is komen te eindigen. Gelet op de aanzienlijke tijd die

reeds is verstreken sinds partijen (vruchteloos) met elkaar in onderhandeling zijn geweest, hoeft van de franchisegever in redelijkheid niet meer verlangd te worden dat hij de onderhandelingen met de franchiseemers voortzet. Voorshands oordeelt de rechter dan ook dat de franchiseovereenkomsten zijn komen te eindigen en dat het postcontractuele non-concurrentiebeding van kracht is geworden. Het meest verstrekkende verweer van de ex-franchisenemers dat de franchisegever bij zijn vorderingen geen belang heeft omdat de gehele fitnessbranche als gevolg van de coronamaatregelen geheel stilligt, wordt gepasseerd door de rechter.

## 7. Beroep op non-concurrentiebeding onaanvaardbaar

Soms is een beroep op een postcontractueel non-concurrentiebeding volgens de rechter wel onaanvaardbaar, mede omdat de franchisegever de onderhandelingen staakt. In een kwestie bij het hof Amsterdam<sup>36</sup> was sprake van een franchiseformule op het gebied van gespecialiseerde thuiszorg aan kinderen. De franchisegever en franchisenemer hadden in 2011 een franchiseovereenkomst gesloten voor de duur van vijf jaar, waarbij het rayon de provincie Noord-Brabant betrof. In deze overeenkomst was eveneens een postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen dat het de franchisenemer verbood om gedurende een periode van één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst direct of indirect betrokken te zijn bij activiteiten die gelijk of gelijksoortig zijn aan de activiteiten van het franchisenetwerk. Meer in het bijzonder was het de franchisenemer dan verboden om in het rayon concurrerende activiteiten te ontplooiën.

Op enig moment ontstond de (interessante) situatie dat alleen de voornoemde franchisenemer nog aangesloten was bij de formule. Daardoor bestond de formule alleen nog maar uit de eigen vestiging van de franchisegever en de vestiging van de franchisenemer. De franchisenemer had met instemming van de franchisegever zijn rayon uitgebreid tot delen van Gelderland en richting Rotterdam. De onderneming van de franchisenemer groeide, waarschijnlijk mede daardoor, zo sterk dat zij enkele jaren later een eigen kwaliteitsmedewerker, twee zorgcoördinatoren, een kantoormanager, een planner en tachtig (kinder)verpleegkundigen in dienst had. Daarmee was deze franchisenemer naar eigen zeggen gegroeid ‘op het niveau van de franchisegever’.

Aan het einde van de looptijd van de franchiseovereenkomst ontstond tussen partijen discussie over de voortzetting van de samenwerking en onder welke voorwaarden die dan zou moeten plaatsvinden. De franchisegever

35. Rb. Limburg 29 mei 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3860 (Anytime Fitness).

36. Hof Amsterdam 30 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1839 (Kinderthuiszorg).

en franchisenemer gingen vervolgens in onderhandeling daarover, met als gevolg dat partijen – ook na de formele looptijd van de overeenkomst – nog zaken met elkaar bleven doen. Toen na enkele maanden onderhandeling bleek dat partijen geen overeenstemming konden bereiken, werd de samenwerking alsnog definitief geëindigd. De ex-franchisenemer zette (onder een andere naam) vervolgens zijn activiteiten voort in het rayon. De franchisegever beriep zich bij de rechter echter onder meer op het postcontractuele non-concurrentiebeding.

In eerste aanleg had de rechtbank voor recht verklaard dat de franchisenemer het postcontractuele non-concurrentiebeding gedurende een jaar ononderbroken had geschonden en dat de schade die de franchisegever als gevolg van die schending had geleden (en eventueel nog zou lijden) vergoed moest worden door de franchisenemer, nader op te maken bij staat. De ex-franchisenemer kwam mede daartegen in beroep bij het hof Amsterdam, onder meer met de stelling dat het non-concurrentiebeding naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. En met succes.

Zo oordeelt het hof bijvoorbeeld dat de franchiseovereenkomst de ex-franchisenemer niet verplicht om zijn cliëntenbestand, zorgdossiers en personeel aan de franchisegever over te dragen. Het is volgens het hof de vraag of de franchisegever zonder een overdracht daarvan een voldoende rechtens te respecteren belang heeft bij naleving van het non-concurrentiebeding, afgezet tegen het aanzienlijke belang van de ex-franchisenemer bij de voortzetting van zijn onderneming. Daarvoor is volgens het hof mede van belang dat de franchisegever onvoldoende heeft betwist: (1) dat hij al voor het einde van de overeenkomst geen pogingen meer had ondernomen om zijn franchiseformule uit te breiden, (2) dat hij dit ook nadien niet heeft gedaan, ook niet voor het specifieke rayon waarin de ex-franchisenemer actief is, en (3) dat hij evenmin een poging heeft ondernomen om zelf na het stuklopen van de onderhandelingen in het rayon actief te worden, ondanks dat dit wel mogelijk was.

Ook was volgens het hof van belang dat – geparafraseerd – de ondersteuning en bijstand van de zijde van de franchisegever de laatste jaren te wensen overlieten en dat de ex-franchisenemer steeds meer was gaan bijdragen aan het succes van de organisatie, waardoor aan het einde van de looptijd van de overeenkomst feitelijk geen sprake meer was van een verticale verhouding, maar eerder van een horizontale verhouding. Ook heeft de franchisegever de onderhandelingen afgebroken, terwijl niet is gebleken dat de ex-franchisenemer zich in die onderhandelingen anders opstelde dan redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden. Het beroep door de franchisegever op het postcontractuele non-concurrentiebeding is volgens het hof in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan ook onaanvaardbaar.

## 8. Conclusie

Ook de afgelopen periode hebben zich dus de nodige interessante ontwikkelingen voorgedaan over het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, waarbij uiteraard met name de invoering van de Wet franchise in het oog springt. Op grond van deze wet worden eisen gesteld waaraan een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst dient te voldoen, zoals ten aanzien van de looptijd, de geografische omvang en de aard van de verboden werkzaamheden. Ook moet een non-concurrentiebeding op schrift worden gesteld. Daarnaast waren er weer de nodige uitspraken aan te wijzen die noemenswaardig zijn. De ontwikkeling van het leerstuk omtrent het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst staat dan ook duidelijk niet stil. Het wachten is nu uiteraard op de eerste uitspraken waarbij de Wet franchise concreet wordt toegepast op dergelijke zaken. Voor bestaande franchiseovereenkomsten, die al per 1 januari 2021 bestonden, geldt – zoals ook aangegeven in dit artikel – weliswaar een overgangperiode van twee jaar om een eventueel postcontractueel non-concurrentiebeding in lijn te brengen met de Wet franchise, maar nieuwe franchiseovereenkomsten dienen daaraan zoals gezegd al direct te voldoen. Nieuwe rechtspraak op dit punt is misschien dan ook al sneller voorhanden dan we nu kunnen vermoeden. Franchisegevers en franchisenemers doen er dus verstandig aan de ontwikkelingen op dit vlak goed in de gaten te houden.