

Artikel

De franchiseovereenkomst zonder (zware eisen aan) knowhow

Mr. A.W. Dolphijn*

1. Inleiding

De Wet franchise beschermt vooral de (beoogd) franchisenemer. Voor de kwalificatie als franchiseovereenkomst vereist deze wet dat sprake is van een franchiseformule waarvan knowhow een onderdeel is. Aan die knowhow worden in deze wet hoge eisen gesteld. Als aan deze vereisten niet voldaan wordt, is er geen sprake van een franchiseovereenkomst en missen de beschermende bepalingen van de Wet franchise toepassing. De vraag is waarom er dergelijke hoge eisen aan knowhow gesteld worden. In het verlengde daarvan ligt de vraag waarom een franchisegever er voor zou opteren om een franchiseovereenkomst aan te bieden, in plaats van een samenwerkingsovereenkomst *sui generis*, die niet aan de wettelijke definitie van de franchiseovereenkomst voldoet. De beschermende bepalingen van de Wet franchise gelden dan immers niet. Geconcludeerd wordt dat het bestanddeel van de noodzakelijk aanwezige 'knowhow' in de franchiseformule afgezwakt zou moeten worden, zodat de wettelijke definitie van de franchiseovereenkomst ruimer wordt.

2. De wettelijke definitie van de franchiseovereenkomst

De Wet franchise¹ geeft dwingendrechtelijke regels² die met name als doel hebben het beschermen van de (beoogd) franchisenemer in de verhouding met de franchisegever.³ Daarbij worden diverse voorschriften opgelegd ter zake van bijvoorbeeld de totstandkoming⁴ en wijziging van de franchiseovereenkomst,⁵ alsmede de postcontractuele verhouding, in het bijzonder ook aangaande een eventueel postcontractueel concurrentieverbod.⁶

De Wet franchise is uitsluitend van toepassing op franchiseovereenkomsten, althans de totstandkoming daarvan. De franchiseovereenkomst is als volgt gedefinieerd:⁷

‘De franchiseovereenkomst is de overeenkomst waarbij de franchisegever aan een franchisenemer tegen vergoeding het recht verleent en de verplichting oplegt om een franchiseformule op de door de franchisegever aangewezen wijze te exploiteren voor de pro-

13

* Mr. A.W. Dolphijn is als advocaat werkzaam bij Ludwig & Van Dam advocaten.

1 Wet van 1 juli 2020 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise), Stb. 2020, 251.
 2 Art. 7:922 BW.
 3 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3, p. 4.
 4 Art. 7:916 en 7:917 BW.
 5 Art. 7:921 BW.
 6 Art. 7:920 BW. De tekst van de wet geeft meer ruimte dan alleen ten aanzien van een postcontractueel concurrentieverbod, maar bijvoorbeeld ook een relatiebeding. Zie Rb. Rotterdam 20 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8261, r.o. 4.12.
 7 Art. 7:911 lid 1 BW.

ductie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten.’

De Wet franchise bepaalt ten aanzien van de franchiseovereenkomst voorts dat het onderwerp van deze overeenkomst het verschaffen en het verkrijgen van het gebruik van de franchiseformule is, waarbij het volgende geldt:⁸

‘franchiseformule: operationele, commerciële en organisatorische formule voor de productie of verkoop van goederen dan wel het verrichten van diensten, die bepalend is voor een uniforme identiteit en uitstraling van de franchiseondernemingen binnen de keten waar deze formule wordt toegepast, en die in ieder geval omvat:

1. een handelsmerk, model of handelsnaam, huisstijl of tekening; en
2. knowhow, zijnde een geheel van niet door een intellectueel eigendomsrecht beschermde praktische informatie, voortvloeiend uit de ervaring van de franchisegever en uit de door hem uitgevoerde onderzoeken, welke informatie geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is;’

Uit de definitie van de franchiseovereenkomst volgt dat sprake moet zijn van een ter beschikking gestelde franchiseformule. Van een franchiseformule is pas sprake als deze knowhow bevat. Kortom, van een franchiseovereenkomst is pas sprake als er ook knowhow ter beschikking gesteld wordt. Zonder terbeschikkingstelling van knowhow⁹ is er dus geen sprake van een franchiseovereenkomst en mist de Wet franchise toepassing.

In het gewone taalgebruik zou knowhow kunnen zien op louter praktische kennis en ervaring. De Wet franchise geeft een zwaardere definitie. In de betreffende definitie in de Wet franchise van ‘knowhow’ betekent ‘geheim’ dat de knowhow niet algemeen bekend of gemakkelijk verkrijgbaar is. Verder betekent ‘wezenlijk’ dat de knowhow voor de franchisenemer belangrijk en nuttig is voor de exploitatie van de franchiseonderneming, en betekent ‘geïdentificeerd’ dat de knowhow zodanig volledig beschreven is dat kan worden nagegaan of deze aan de criteria van geheim-zijn en wezenlijkheid voldoet.¹⁰ Deze vereisten gelden cumulatief en (daarmee) zijn ze als verzwaring van de taalkundige definitie te bestempelen. Indien aan alle elementen voldaan wordt

aangaande de definitie van de (beoogde) ‘franchiseovereenkomst’, en in het verlengde daarvan ‘franchiseformule’, is de Wet franchise van toepassing.¹¹

Naast de definitie van franchiseformule wordt de term ‘knowhow’ in de Wet franchise alleen gebruikt in het kader van de beperking in het toegestane gebruik van een postcontractueel concurrentieverbod. Een postcontractueel concurrentieverbod in een franchiseovereenkomst is namelijk uitsluitend toelaatbaar indien het onmisbaar is om de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow te beschermen.¹²

Zonder knowhow, met alle wettelijke vereisten van dien, is er geen sprake van een franchiseformule¹³ en evenmin van een (beoogde) franchiseovereenkomst,¹⁴ en dus ook niet van een beperking van een postcontractueel concurrentieverbod uit de Wet franchise. Zulks is ook vastgesteld in de rechtspraak.¹⁵ Niet ondenkbaar is dat, ter ontwijking van de voor de (beoogde) franchisenemer beschermende bepalingen in de Wet franchise, de franchisegever zou kunnen bedingen dat er geen knowhow wordt verschaft die geheim, wezenlijk of geïdentificeerd is. In die gevallen kan wellicht sprake zijn van bijvoorbeeld een gecombineerde overeenkomst van een (exclusieve) distributie- en/of licentieovereenkomst, waarvoor overigens geen specifieke wettelijke (beschermende) regels gelden in het Burgerlijk Wetboek (BW).¹⁶ Ook niet ten aanzien van een postcontractueel concurrentieverbod.

Illustratief voor het onderscheid is een uitspraak van de rechtbank Breda uit 2011, dus vóór de invoering van de Wet franchise, waaruit het onderscheid van de franchiseovereenkomst met de licentieovereenkomst blijkt. In die uitspraak is het volgende aan de orde gekomen:¹⁷

‘In zijn meest simpele vorm bestaat een licentie uit een verklaring van de kant van de licentiegever dat de licentienemer de omschreven activiteit mag uitvoeren. In de praktijk wordt er meestal een overeenkomst gesloten, waarin de licentiegever en de licentienemer voorwaarden overeenkomen waaronder de licentienemer de verkregen licentie mag exploiteren. Een franchise is een methode van zakendoen waarbij een ondernemer (de franchisenemer) een contract sluit met de eigenaar van een handelsnaam (de franchisegever) die de franchisenemer het recht geeft om tegen betaling een zaak met die handelsnaam te ex-

8 Art. 7:911 lid 2 sub a BW.

9 Het ter beschikking stellen of verschaffen van knowhow is niet te kwalificeren als goederenrechtelijke overdracht, maar als het verschaffen van een gebruiksrecht, ook wel licentie. Zie ook M. Schut & S. van Loon, Bescherming van knowhow in Nederland: huidige stand van zaken en vooruitblik aan de hand van de ontwerp richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen – Deel II, Berichten Industriële Eigendom 2014, september, par. 5.6 e.v. Vgl. bijv. ook dat overdracht van een bedrijfsgeheim niet mogelijk is. Zie Kamerstukken II 2017/18, 34821, nr. 3 en 4; C.H. Sieburgh, Van geen inbreuk op een recht naar inbreuk op geen recht, RMThemis 2019/1. Zie voorts ook in het kader van de franchiseovereenkomst A.W. Dolphijn, De (hard) franchiseovereenkomst en zorgplicht gekwalificeerd, WPNR 2019/7226.

10 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3, p. 23 en 24.

11 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3, p. 23.

12 Art. 7:920 lid 2 sub c BW, meer specifiek een bedrag dat de franchisenemer beperkt in zijn bevoegdheid.

13 Art. 7:911 lid 2 onder a BW.

14 Art. 7:911 lid 1 BW.

15 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 13 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:191; Rb. Overijssel 22 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2914; Rb. Overijssel 21 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3742; Rb. Gelderland 16 februari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1875.

16 T. de Mönnink & J.W.B. van Till, Valt exclusieve of selectieve distributie ook onder de (aankomende) franchisewet?, NJB 2020/17.

17 Rb. Breda 21 december 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU9904, r.o. 3.4 (The Company).

ploiteren. Kenmerkend voor een franchisecontract is het gebruik van een herkenbare formule.’

Uit deze uitspraak volgt dat een franchiseovereenkomst dus meer omvat dan een licentie op het gebruik van intellectuele eigendomsrechten, namelijk het gebruik van een herkenbare franchiseformule als methode van zakendoen.

Met de invoering van de Wet franchise is de definitie van een franchiseformule nauw omschreven en is de franchiseovereenkomst een in de wet benoemde overeenkomst geworden. In het algemeen geldt dat de in het Burgerlijk Wetboek geregelde bijzondere overeenkomsten een aanzuigende werking uitoefenen op onbenoemde overeenkomsten, die dan binnen het werkingsbereik van de benoemde overeenkomst kunnen worden getrokken.¹⁸ Juist daar waar de wettelijk benoemde overeenkomst van dwingend recht is ter bescherming van een zwakkere partij, dient die bescherming wellicht ook te worden uitgestrekt tot overeenkomsten die niet op het eerste gezicht onmiddellijk onder de omschrijving van een wettelijk benoemde overeenkomst vallen.¹⁹ Een (te) enge wettelijke omschrijving van de (beoogde) franchiseovereenkomst als ‘poortwachter’ tot de Wet franchise kan het toepassingsbereik en het beoogde beschermende karakter ongewenst beperken. De vraag is waar de strenge maatstaf voor knowhow vandaan komt.

3. Het motief van het element ‘knowhow’

De memorie van toelichting bij de Wet franchise motiveert het noodzakelijke vereiste van het bestanddeel knowhow om van een franchiseovereenkomst te kunnen spreken met de stelling dat de begripsomschrijving aan zou sluiten op de in de praktijk gangbare terminologie en uitleg.²⁰ Daarbij wordt verwezen naar de omschrijving van knowhow in de Verordening groepsvrijstellingen voor verticale overeenkomsten (VBER),²¹ de Nederlandse Franchisecode²² (NFC) en de Europese Erecode

inzake Franchising²³ (EEF). De vraag is of, althans in hoeverre, deze stelling juist is. Mijns inziens is er op deze stelling het nodige af te dingen. Dit wordt nader toegelicht.

3.1 Verordening groepsvrijstellingen voor verticale overeenkomsten

De VBER bevat een groepsvrijstelling van het kartelverbod ten aanzien van bepaalde verticale overeenkomsten (binnen de Europese Unie) en dus niet uitsluitend franchiseovereenkomsten.²⁴ Met een verticale overeenkomst wordt bedoeld op een overeenkomst of regeling tussen twee of meer ondernemingen die op verschillende niveaus van de productie- of distributieketen werkzaam zijn met betrekking tot de voorwaarden waaronder zij goederen of diensten kopen of verkopen. Ten tijde van de invoering van de Wet franchise gold de VBER uit 2010.²⁵ Deze en de sinds 1 juni 2022 vigerende VBER zien niet specifiek op franchiseovereenkomsten, maar op verticale ketensamenwerkingen in het algemeen.²⁶

In de VBER wordt het begrip ‘knowhow’ geschaard onder de definitie van ‘intellectuele eigendomsrechten’:²⁷

“intellectuele-eigendomsrechten” omvat industriële eigendomsrechten, knowhow, auteursrecht en naburige rechten;

Dit betekent dat als er wel sprake is van het verstrekken van (het gebruik van) intellectuele eigendomsrechten, maar er geen, of een beperkte, knowhow overgedragen wordt, de verticale overeenkomst, zoals een franchiseovereenkomst, onder de werking van de VBER kan vallen. De VBER ziet daarnaast mogelijk bijvoorbeeld ook op de (exclusieve) distributieovereenkomst, de licentieovereenkomst en de agentuurovereenkomst.

Het in de VBER gedefinieerde begrip ‘knowhow’ wordt niet gebruikt om de verticale overeenkomst te definiëren, maar alleen in het kader van de mogelijke rechtvaardiging van een postcontractueel concurrentieverbod als uitzondering op het kartelverbod.²⁸ De aanwezigheid van overgedragen knowhow is dus geen vereiste voor ‘verticale overeenkomsten’.

De in de Wet franchise opgenomen omschrijving van knowhow en de hiervoor weergegeven duidingen van de

18 Asser/Houben 7-X 2019/21, Aanzuigende werking benoemde overeenkomsten.

19 Asser/Houben 7-X 2019/22, Redenen voorkeur kwalificatie als benoemde overeenkomst.

20 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3, p. 24.

21 Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU 2010, L 102). Deze is met ingang van 1 juni 2022 opgevolgd door de Verordening (EU) nr. 2022/720 van de Commissie van 10 mei 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU 2022, L 134/4). Ten aanzien van de besproken definiëring hebben zich geen wijzigingen voorgedaan.

22 www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/02/17/de-nederlandsefranchise-code.

23 www.nfv.nl/wp-content/uploads/2021/06/NFV-brochure-Europese-Erecode-Inzake-Franchising.pdf.

24 Art. 101 lid 1 VWEU en art. 6 lid 1 Mededingingswet verbieden overeenkomsten die de handel tussen EU-landen ongunstig kunnen beïnvloeden en die concurrentie verhinderen, beperken of vervalsen. Overeenkomsten die voldoende voordelen opleveren om op te wegen tegen de concurrentieverstorende gevolgen, vallen volgens art. 101 lid 3 VWEU en art. 6 lid 3 Mededingingswet echter niet onder dit verbod.

25 Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEU 2010, L 102).

26 Art. 1.1 sub a VBER.

27 Art. 1.1 sub f VBER.

28 Art. 5 lid 3 VBER en nrs. 68, 107e, 148, 190a Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, EU 2010/C 130/01.

begrippen ‘geheim’, ‘wezenlijk’ en ‘geïdentificeerd’ zijn vrijwel identiek²⁹ aan de definitie van knowhow en de bedoelde nadere duidingen, opgenomen in de VBER.³⁰

“knowhow” betekent een geheel van niet-geoctrooieerde praktische informatie, voortvloeiend uit de ervaring van de leverancier en de door deze uitgevoerde proeven, die geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is; in dit verband betekent “geheim” dat de knowhow niet algemeen bekend of gemakkelijk verkrijgbaar is; “wezenlijk” betekent dat de knowhow voor de afnemer belangrijk en nuttig is voor het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van de contractgoederen of -diensten; “geïdentificeerd” beteken dat de knowhow zodanig volledig beschreven is dat kan worden nagegaan of hij aan de criteria van geheim-zijn en wezenlijkheid voldoet;’

De VBER heeft haar basis in de Europese verordening uit 1988 die nadrukkelijk zag op groepen franchiseovereenkomsten.³¹ Die verordening is echter sinds 2010 vervallen met de invoering van de VBER in dat jaar. Artikel 1 lid 3 van de Europese verordening uit 1988 verschaftte een definitie van de franchiseovereenkomst:

‘is “een franchiseovereenkomst” een overeenkomst krachtens welke een onderneming, de franchisegever, de wederpartij, de franchisenemer, tegen rechtstreekse of indirecte geldelijke vergoeding het recht verleent een franchiseonderneming te exploiteren voor de afzet van bepaalde typen goederen en/of de verrichting van bepaalde diensten; zij omvat ten minste verplichtingen met betrekking tot:

- het gebruik van een gemeenschappelijke naam of een gemeenschappelijk embleem en een uniforme opzet van de contractsvestiging en/of vervoermiddelen,
- de mededeling door de franchisegever aan de franchisenemer van knowhow, en
- de voortdurende verlening van commerciële of technische bijstand door de franchisegever aan de franchisenemer gedurende de looptijd van de overeenkomst;’

En voorts:

‘is “know-how” een geheel van niet-geoctrooieerde praktische kennis die voortvloeit uit ervaring en onderzoek door de franchisegever en die geheim, wezenlijk en bepaald is;’

De definitie van knowhow uit deze reeds vervallen Europese verordening uit 1988 lijkt uitsluitend een rol te spelen in relatie tot de rechtvaardiging van een concurrentieverbod omdat de achterliggende gedachte is dat een postcontractueel concurrentieverbod in beginsel

mededingingsrechtelijk een ontoelaatbare concurrentiebeperking betreft. Echter, als aan de zware vereisten van overgedragen knowhow voldaan wordt, dan kan een postcontractueel concurrentiebeding tot op zekere hoogte toelaatbaar zijn omdat het tot efficiencyvoordelen kan leiden. Als de franchiseovereenkomst dus aan de zware vereisten van overdracht van knowhow voldoet, dan is er sprake van een uitzondering op het verbod om een postcontractueel concurrentieverbod af te spreken. De hier gebezigde definitie van knowhow was (mede) gebaseerd op het Pronuptia-arrest van het Europese Hof van Justitie uit 1986 over de mededingingsrechtelijke geldigheid van een postcontractueel concurrentieverbod in een franchiseovereenkomst.³²

De Hoge Raad heeft in 2002 de franchiseovereenkomst eveneens beschreven, waarbij de overdracht van knowhow als bestanddeel genoemd is.³³ Het geschil zag op de precontractuele informatiefase in franchiseverhoudingen. In dat arrest was de geldigheid van een postcontractueel concurrentiebeding niet aan de orde en werd de mededingingsrechtelijke definitie van de franchiseovereenkomst terloops genoemd. De door de Hoge Raad gebruikte definitie van de franchiseovereenkomst is ontleend aan een destijds geldende Europese verordening aangaande de mededingingsrechtelijke beperkingen van franchiseovereenkomsten uit 1988.³⁴ Het is opmerkelijk dat voor de definiëring van de franchiseovereenkomst teruggegrepen wordt naar de reeds in 2010 vervallen Europese verordening uit 1988, te meer nu het mededingingsrechtelijke regelgeving betreft. Met name de in dat kader geldende zware eisen aan knowhow lijken zonder goede reden nog steeds gebruikt te worden.

De in de Europese verordening uit 1988 neergelegde omschrijvingen van franchising worden niet alleen door de Hoge Raad, maar ook in de lagere rechtspraak³⁵ en de literatuur³⁶ gebruikt bij de uitleg van franchiseovereenkomsten in de verhouding tussen de franchisegever en de franchisenemer. Ook de Wet franchise lijkt ten aanzien van de definiëring van de franchiseovereenkomst voor wat betreft de vorm en inhoud aan te sluiten bij de Europese verordening uit 1988 en juist niet bij de definiëring in de opvolgende VBER uit 2010 en vigerende VBER uit 2022.

In de bij de ‘oude’ VBER uit 2010 behorende Richtsnoeren inzake verticale beperkingen,³⁷ die ten tijde van de invoering van de Wet franchise golden, werden

29 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3, p. 24.

30 Art. 1.1 sub g VBER.

31 Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten (PbEU 1988, L 359/46).

32 HvJ EG 28 januari 1986, C 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, r.o. 20.

33 HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, NJ 2003/31, m.nt. J.B.M. Franken (Paalman/Lampenier).

34 Zie art. 3 sub b van de Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten (PbEU 1988, L 359/46).

35 Zie Rb. Assen 13 december 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ5003; Hof Den Bosch 20 december 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU8610; Rb. Overijssel 22 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2914.

36 Zie Asser/Houben 7-X 2015/138.

37 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, EU 2010/C 130/01, randnummer 189.

franchiseovereenkomsten (wel) gedefinieerd, met een meeromvattende omschrijving:

‘Franchiseovereenkomsten bevatten licenties voor intellectuele eigendomsrechten op met name handelsmerken of emblemen en knowhow voor het gebruik en de distributie van goederen of diensten. Naast de licentie voor intellectuele eigendomsrechten verstrekt de franchisegever de franchisenemer gewoonlijk gedurende de looptijd van de overeenkomst commerciële of technische bijstand. De licentie en de bijstand vormen integrerende bestanddelen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept.’

Uit deze definitie lijkt de vereiste noodzakelijke knowhow, met alle zware eisen van dien, niet aanwezig om van een franchiseovereenkomst te kunnen spreken. De woorden ‘met name’ duiden erop dat er ook van een franchiseovereenkomst sprake zou kunnen zijn als er geen sprake is van overdracht van knowhow. Ook in de Richtsnoeren bij de VBER 2022 is dit in gelijke zin opgenomen.³⁸

Ook als partijen in een franchiseovereenkomst geen postcontractueel concurrentieverbod zouden afspreken, is het de vraag wat de mededingingsrechtelijke noodzaak zou zijn om zware eisen te stellen aan knowhow in de definitie van de franchiseovereenkomst. In de VBER is dan ook om die reden de definitie van knowhow niet verbonden aan de definitie van de soort overeenkomst, maar betreft het een zelfstandig gedefinieerd begrip dat gebruikt wordt in het kader van een mogelijk postcontractueel concurrentieverbod.

De verwijzing van de wetgever in de memorie van toelichting bij de Wet franchise naar de mededingingsrechtelijke omschrijving van knowhow in de VBER kan niet de stelling dragen dat dit strenge begrip van knowhow een bestanddeel zou moeten zijn voor de franchiseovereenkomst. De Wet franchise lijkt voor wat dat betreft nauwer aan te sluiten bij de definiëring van de franchiseovereenkomst uit de reeds vervallen Europese verordening uit 1988.

3.2 De NFC en EEF

De NFC en EEF hebben, net als de Wet franchise, voor wat betreft de definiëring van de franchiseovereenkomst de structuur en inhoud van de definitie uit de Europese verordening uit 1988 overgenomen. Als eerste wordt steeds de samenwerking beschreven, waarvan het verschaffen van gebruiksrechten van uniforme intellectuele eigendomsrechten en de terbeschikkingstelling van knowhow onderdelen zijn. Voorts worden intellectuele eigendomsrechten en knowhow nader gedefinieerd. Ten aanzien van de overdracht van knowhow worden ook zware eisen gesteld.

De NFC definieert in artikel 1.2 de franchiseformule als volgt:

‘Het fysiek en/of digitaal kopen, verkopen, doorverkopen of produceren van goederen of diensten onder een embleem, handelsnaam of merk van de franchisegever, in overeenstemming met diens bijstand, aanwijzingen en knowhow, waarmee de toepassing van (een) eenvormige commerciële methode(n) wordt beoogd tegen een passende vergoeding.’

Het element knowhow wordt in artikel 1.6 NFC gedefinieerd:

‘Knowhow: Een geheel van (niet geöctrooïeerde) kennis dat voortvloeit uit de ervaring en het onderzoek van de franchisegever. Dit geheel van kennis is geheim, wezenlijk en bepaald, waarbij:

- “geheim” betekent dat de knowhow niet algemeen bekend of gemakkelijk verkrijgbaar is.
- “wezenlijk” betekent dat de knowhow voor de franchisenemer belangrijk, nuttig en toepasbaar is bij exploitatie van zijn onderneming.
- “bepaald” betekent dat de knowhow voldoende beschreven is zodat kan worden vastgesteld of en in welke mate aan de voorwaarden “geheim” en “wezenlijk” wordt voldaan.’

De EEF kent inderdaad ook een vergelijkbare regeling in artikel 1:

‘Gedurende de looptijd van een schriftelijke franchiseovereenkomst, die voor dit doel tussen partijen is gesloten, heeft de individuele franchisenemer het recht en de plicht om tegen directe of indirecte financiële vergoeding gebruik te maken van de handelsnaam en/of het merkrecht en/of het dienstmerk van de franchisegever, de knowhow, de zakelijke en technische methoden, de werkwijze en andere zaken die industrieel en/of intellectueel eigendom zijn van de franchisegever, gesteund door voortdurende verlening van commerciële en technische bijstand.

“Knowhow” is het geheel van niet-geöctrooïeerde praktische kennis, die voortvloeit uit ervaring van en onderzoek door de franchisegever en die geheim, wezenlijk en bepaald is.

“Geheim” betekent dat de knowhow als geheel of in de juiste samenstelling van de onderdelen, niet algemeen bekend of gemakkelijk toegankelijk is; de term is niet bedoeld in de nauwe betekenis dat elke individuele component van de knowhow geheel onbekend of buiten het bedrijf van de franchisegever niet beschikbaar moet zijn.

“Wezenlijk” betekent dat de knowhow veelbetekend en nuttig is voor de franchisenemer voor het gebruik, de verkoop of doorverkoop van goederen of diensten.

“Bepaald” betekent dat de knowhow voldoende gedetailleerd moet zijn beschreven om te kunnen beoordelen of het aan de criteria inzake het geheime en wezenlijke karakter voldoet.’

De EEF en NFC zijn kennelijk voor wat betreft de definiëring van de franchiseovereenkomst en het element

38 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, EU 2022/C 248/01, randnummer 165.

knowhow geïnspireerd op de reeds vervallen Europese verordening uit 1988. Daar werd het element van knowhow met name gebruikt ter afkadering van de mogelijkheden om een postcontractueel concurrentieverbod te bedingen, en niet om de franchiseovereenkomst te definiëren. De EEF is volgens de Hoge Raad³⁹ geen afdwingbare regelgeving, en de NFC is (eveneens) geen regelgeving van overheidswege blijkens de memorie van toelichting bij de Wet franchise.⁴⁰ Op die gronden kan betwijfeld worden of de wet dan ook in de definitie van de franchiseovereenkomst zware eisen zou moeten stellen aan knowhow.

4. Praktische kennis en bedrijfsgeheimen elders in de wet

De Nederlandse wetgever heeft op andere plaatsen eveneens regels geformuleerd aangaande franchiseovereenkomsten, althans de terbeschikkingstelling van knowhow. In dat verband zullen hierna het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel en de Wet bescherming bedrijfsgeheimen aan de orde komen.

4.1 Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel

Het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel⁴¹ (hierna: het Besluit) ziet op een bepaalde samenwerking tussen ondernemingen waarbij een onderneming rechtstreeks roerende zaken aan eindgebruikers pleegt te leveren.⁴² Het Besluit bepaalt dat sommige samenwerkingsafspraken uitgezonderd zijn van artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet ter zake van bijvoorbeeld kortdurende reclameacties.⁴³

De samenwerkingsovereenkomst dient voor toepasselijkheid van het Besluit te voldoen aan de volgende vereisten:⁴⁴

1. het overdragen van technische, commerciële en praktische kennis en het verlenen van bijstand, met betrekking tot de levering van bepaalde categorieën van roerende zaken, aan de detailhandelsonderneming door de andere onderneming of de ondernemersvereniging,

2. het gebruik door de detailhandelsonderneming in haar presentatie naar eindgebruikers van een door de andere onderneming of de ondernemersvereniging voorgeschreven huisstijl en embleem, merk of naam, en
3. het inrichten van de vestiging of vestigingen van de detailhandelsonderneming op een door de andere onderneming of de ondernemersvereniging voorgeschreven wijze.⁷

Onder deze omschrijving kunnen allerlei vormen van samenwerkingsovereenkomsten vallen, waaronder ook franchising in de detailhandel. De nota van toelichting bij het Besluit maakt duidelijk dat bij de betreffende vormen van samenwerking in de detailhandel inderdaad uitdrukkelijk ook franchising bedoeld is.⁴⁵ Het doel van het Besluit is dus om ook franchiseovereenkomsten onder de werking van het Besluit te scharen.

Het onder sub 1 genoemde vereiste van het 'overdragen van technische, commerciële en praktische kennis' sluit niet aan bij de definitie van knowhow zoals beschreven in de Wet franchise, maar komt daar enigszins bij in de buurt. Onder de Wet franchise worden echter veel zwaardere eisen aan knowhow gesteld.

Het voorgaande betekent dat met de invoering van de Wet franchise franchisegevers en franchisenemers die een franchiseovereenkomst gesloten hebben zoals bedoeld in de Wet franchise, veel minder snel gebruik zouden kunnen maken van de mededingingsrechtelijke vrijstellingen uit het Besluit, omdat volgens de Wet franchise aan de zware vereisten van knowhow voldaan zal moeten zijn. Dit lijkt in strijd met het doel van het Besluit. De vraag rijst dan ook waarom in de Wet franchise niet ook volstaan zou kunnen worden met het 'overdragen van technische, commerciële en praktische kennis' als een vereiste voor de franchiseovereenkomst.

4.2 Wet bescherming bedrijfsgeheimen

De Wet bescherming bedrijfsgeheimen⁴⁶ (Wbb) is gebaseerd op een Europese richtlijn,⁴⁷ en die is op haar beurt gebaseerd op artikel 39 van het TRIPS-verdrag (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) van de Wereldhandelsorganisatie uit 1994. Die richtlijn noemt in de titel en considerans het begrip 'knowhow'. In punt 1 van de considerans van deze richtlijn is opgenomen dat knowhow geschaard wordt onder het begrip 'bedrijfsgeheim':

'Een ander middel om zich de resultaten van innovatieactiviteiten toe te eigenen is het afschermen van de toegang en het benutten van de kennis die waardevol voor de entiteit en niet algemeen bekend is. Dergelijke waardevolle knowhow en bedrijfsinformatie

39 HR 21 september 2021, ECLI:NL:HR:2018:1696 (Albert Heijn).

40 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3, p. 6 en 7.

41 Besluit van 12 december 1997, houdende enige vrijstellingen voor samenwerkingsovereenkomsten in de detailhandel van het verbod van mededingingsafspraken (Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel), Stb. 1997, 704.

42 Art. 1 sub a Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel.

43 Art. 2 Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel.

44 Art. 1 sub b Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel.

45 Stb. 2008, 542, punt 3 van de nota van toelichting.

46 Stb. 2018, 369.

47 Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (PbEU 2016, L 157).

tie, die niet openbaar zijn gemaakt en bedoeld zijn om vertrouwelijk te blijven, worden “bedrijfsgeheim” genoemd.’

Voorts wordt onder bedrijfsgeheim blijkens artikel 2.1 van de richtlijn het volgende verstaan:

‘informatie die aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoet:

- a. de informatie is geheim in die zin dat zij, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening van haar bestanddelen, niet algemeen bekend is bij of gemakkelijk toegankelijk is voor personen binnen de kringen die zich gewoonlijk bezighouden met de desbetreffende soort informatie;
- b. de informatie bezit handelswaarde omdat zij geheim is, en
- c. de informatie is door de persoon die rechtmatig daarover beschikt onderworpen aan redelijke maatregelen, gezien de omstandigheden, om deze geheim te houden.’

Artikel 1 Wbb definieert het begrip ‘bedrijfsgeheim’ vrijwel hetzelfde als de richtlijn. Een aparte definitie van knowhow is in zowel vorenbedoelde richtlijn als in de Wbb niet uitdrukkelijk opgenomen.

In vergelijking met de vereisten uit de Wet franchise ten aanzien van knowhow geldt dat de definitie van knowhow niet overeenstemt met de definitie van een bedrijfsgeheim. Daarbij valt op dat de drempel voor informatie om te kunnen worden gekwalificeerd als ‘bedrijfsgeheim’ relatief lager lijkt te liggen. De vereisten van wezenlijkheid en identificeerbaarheid gelden immers bijvoorbeeld niet op grond van de Wbb, terwijl anderzijds het element van het hebben van handelswaarde inherent lijkt te zijn aan knowhow, maar ontbreekt in de Wet franchise.

De Wbb beoogt knowhow te beschermen die niet door intellectuele eigendomsrechten beschermd is. De memorie van toelichting bij de Wbb geeft aan dat in gevallen waar bescherming van knowhow en informatie door intellectuele eigendomsrechten (nog) niet mogelijk of gewenst is, deze knowhow en informatie misschien wel voldoen aan de voorwaarden voor de bescherming als bedrijfsgeheim.⁴⁸ Dit komt grosso modo overeen met hetgeen hierover bepaald is in de Wet franchise. De Wet franchise bepaalt immers dat het bij overdracht van knowhow onder meer moet gaan om ‘een geheel van niet door een intellectueel eigendomsrecht beschermde praktische informatie’,⁴⁹ en de memorie van toelichting benadrukt ook dat het bij knowhow moet gaan om de kennis van de franchisegever die niet in aanmerking komt voor bescherming door middel van een intellectueel eigendomsrecht.⁵⁰ Niet altijd is echter een scherp

onderscheid te maken tussen intellectuele eigendomsrechten en knowhow.

5. Knowhow als vorm van intellectuele eigendomsrechten

De Wet franchise stelt aan de definitie van de ‘franchise-formule’ twee cumulatieve vereisten, te weten de aanwezigheid van intellectuele eigendomsrechten (in de zin van handelsmerk, model of handelsnaam, huisstijl of tekening) en knowhow.⁵¹ Soms lijken de bestanddelen knowhow en intellectuele eigendomsrechten in elkaar over te kunnen lopen, althans te overlappen. Zo kan een bepaalde winkelinrichting weliswaar een visueel waarneembare toestand zijn, waardoor het in die zin niet geheim is, maar anderzijds kan de winkelinrichting wel een bepaalde methode van presenteren inhouden waar een uitgekiende verkoopstrategie achter zit. De winkelinrichting zou bijvoorbeeld het resultaat kunnen zijn van een onderzoek en aldus een gedetailleerde beschrijving zijn van wezenlijke eigenschappen van de ontwikkelde geheime verkooptechniek.

Als echter de karakteristieken van een bepaalde wijze van inrichting van een verkoopruimte uitsluitend als intellectuele eigendomsrechten gekwalificeerd zouden kunnen worden, dan betreft het dus voor wat dat aangaat niet ook knowhow. Aldus zou van een franchise-overeenkomst geen sprake kunnen zijn. Dat het separaat onderscheiden van knowhow niet altijd gemakkelijk is, blijkt wel uit het feit dat intellectuele eigendomsrechten ruim genomen zouden kunnen worden.

Uit rechtspraak volgt dat de inrichting van een verkoopruimte als merk kan worden geregistreerd zolang die inrichting onderscheidend is, zoals ten aanzien van een Apple-store bepaald is.⁵² Het interieurontwerp van een Italiaans restaurant als geheel kan, ondanks stijlelementen, aangemerkt worden als een auteursrechtelijk beschermd werk.⁵³ Zo maakte schoenenwinkel Invert inbreuk op de auteursrechten van een ander op een ontworpen winkelinterieur.⁵⁴

Een franchisegever zou de beschermende bepalingen uit de Wet franchise voor de (beoogde) franchisenemer kunnen ontwijken door het bedrijfsconcept uitsluitend door intellectuele eigendomsrechten te beschermen en eventueel uitdrukkelijk de overdracht van knowhow uit te sluiten. Uiteraard zal uit de feitelijke gang van zaken moeten blijken of, en zo ja in welke mate, er knowhow

48 Kamerstukken 2017/18, 34821, nr. 3, p. 5.

49 Art. 7:911 lid 2 onder a sub 2 BW.

50 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3, p. 23 en 24.

51 Art. 7:11 lid 2 onder a BW.

52 HvJ EU 10 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2070, BIE 2014, nr. 53, m.nt. Van der Kooij (Apple/DPMA).

53 Rb. Rotterdam 16 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU8642 (Happy Italy).

54 Rb. Den Haag 7 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8166 (Invert).

overgedragen is. Als er inderdaad geen sprake van overgedragen knowhow zou zijn, is er geen sprake van een franchiseformule en dus ook geen franchiseovereenkomst zoals in de Wet franchise gedefinieerd.

De vraag is wat de noodzaak is bij de afkadering van de franchiseovereenkomst om met zware eisen knowhow scherp te onderscheiden van intellectuele eigendomsrechten. De VBER maakt voor de definiëring hier geen onderscheid in en schaaft knowhow onder de definitie van intellectuele eigendomsrechten.

Verder valt op dat de wetgever weliswaar aanneemt dat knowhow datgene is wat niet in aanmerking komt voor bescherming door middel van een intellectueel eigendomsrecht, maar is dit anders als knowhow wel in aanmerking komt voor bescherming als bedrijfsgeheim, zoals bedoeld in de Wbb?

Geopperd zou kunnen worden dat het niet uit zou hoeven maken op welke wijze de inrichting van een verkooppunt beschermd zou kunnen worden, langs de weg van het intellectuele eigendomsrecht of als knowhow of bedrijfsgeheim. De wijze van bescherming zou wellicht niet doorslaggevend hoeven zijn ter kwalificatie van de samenwerking als franchiseovereenkomst.

6. Gedifferentieerde definiëring voor de franchiseovereenkomst en postcontractueel concurrentieverbod

In de regeling in de Wet franchise is voor wat betreft de knowhow een tegenstrijdigheid te constateren. Het lijkt namelijk vreemd om enerzijds te stellen dat er sprake is van een franchiseovereenkomst, met alle vereisten aan de ter beschikking te stellen knowhow, en anderzijds dat die knowhow ontbreekt zodat een beroep op een postcontractueel concurrentieverbod niet op zou gaan. Als gesteld zou worden dat een beroep in een franchiseovereenkomst op een postcontractueel concurrentieverbod niet opgaat wegens het gebrek aan overgedragen knowhow, dan zou er namelijk ook geen sprake zijn van een franchiseformule en dus geen sprake zijn van een franchiseovereenkomst. De Wet franchise is dan dus niet van toepassing en derhalve ook niet de beperking die de Wet franchise aan een postcontractueel concurrentieverbod oplegt.

In dat kader kan wellicht vastgesteld worden dat, als *in confesso* is dat er sprake is van een franchiseovereenkomst, er ook sprake is van de hoge eisen die aan de terbeschikkingstelling van knowhow gesteld worden. Een beperkt postcontractueel concurrentieverbod zou dan om die reden toelaatbaar geacht kunnen worden. Een franchiseovereenkomst ziet immers op een franchise-

formule die uitsluitend kan worden geëxploiteerd indien de daarmee gemoeide knowhow en de identiteit en reputatie van de formule kunnen worden beschermd.⁵⁵

Toch lijkt de wetgever te hebben willen nuanceren dat er toch sprake kan zijn van een franchiseovereenkomst indien de overgedragen knowhow een beperkte rol speelt binnen de franchiserelatie. In de memorie van toelichting bij de Wet franchise is bepaald dat de proportionaliteit van de beperking van het postcontractueel concurrentieverbod gewaarborgd zou zijn.⁵⁶

‘Indien de knowhow van de franchisegever maar een vrij beperkte rol speelde binnen de franchiserelatie, zoals bij de lichte varianten van soft franchise het geval kan zijn, ontbreekt het belang en de rechtvaardiging voor de franchisegever om die knowhow jegens de franchisenemer door middel van een non-concurrentiebeding post-contractueel te beschermen.’

Strikt genomen betekent niet dat aan de zware eisen aan knowhow afgedaan wordt, maar alleen dat in de franchiserelatie het een beperkte rol speelt.

Uit de Richtsnoeren van 2022 blijkt ook een bepaalde mate van proportionaliteit ten aanzien van knowhow, in de zin dat naarmate de terbeschikkingstelling van knowhow een belangrijkere rol speelt in de franchiseverhouding, in relatie tot de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van bijvoorbeeld een postcontractueel concurrentieverbod.⁵⁷

‘Franchiseovereenkomsten die niet onder Verordening (EU) 2022/720 vallen, moeten individueel worden beoordeeld op grond van artikel 101 van het Verdrag. Bij die beoordeling moet rekening worden gehouden met het feit dat hoe belangrijker de overdracht van knowhow is, des te waarschijnlijker het is dat de verticale beperkingen efficiëntieverbeteringen opleveren en/of onmisbaar zijn om de knowhow te beschermen, en dat ze dus aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen.’

Uit rechtspraak lijkt ook in bepaalde gevallen aangenomen te worden dat er sprake is van verschaft knowhow om tot de vaststelling te komen dat er sprake is van een franchiseovereenkomst. Zo blijkt dat als maatstaf ‘beschermingswaardige knowhow’ gehanteerd wordt als het om een postcontractueel concurrentiebeding gaat.⁵⁸ Uit andere rechtspraak blijkt zelfs dat er wel sprake kan zijn van een franchiseovereenkomst, maar een beroep op een postcontractueel concurrentieverbod door de

55 Rb. Midden-Nederland 16 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2468, r.o. 4.17, onder verwijzing naar HvJ EG 28 januari 1986, C 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, NJ 1988/163 (Pronuptia).

56 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3, p. 45.

57 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, EU 2022/C 248/01, randnummer 168.

58 Rb. Gelderland 16 februari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1875, r.o. 4.4; Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314.

franchisegever niet mogelijk is wegens het ontbreken van de zware vereisten aan de overgedragen knowhow.⁵⁹

Bij deze rechtspraak past ogenschijnlijk niet dat er sprake kan zijn van een franchiseformule en dus een franchiseovereenkomst waarbij in absolute zin de zware eisen aan verschaft knowhow gesteld worden, omdat in dat geval van een franchiseovereenkomst geen sprake zou zijn.

7. Conclusie

Het lijkt niet voor de hand te liggen om, als aan de zware eisen van knowhow niet voldaan wordt, de beschermende bepalingen van de Wet franchise niet te laten gelden. Met het oog op de aanzuigende werking van dwingend-rechtelijke bepalingen van de Wet franchise die de franchisenemer beogen te beschermen, zou juist een meer open definitie van de franchiseovereenkomst verwacht mogen worden. Een onderbouwing door de wetgever voor het gebruik van het bestanddeel knowhow, met alle zware eisen van dien, lijkt onvoldoende gemotiveerd. Het enkele feit dat de EEF en NFC hoge normen aan overgedragen knowhow stellen, overtuigen niet. Ook uit mededingingsrechtelijke wet- en regelgeving volgt niet de noodzaak tot het stellen van zware eisen aan knowhow om van een franchiseovereenkomst te kunnen spreken. Anders ligt dat waar het gaat om zware vereisten aan verschaft knowhow voor een postcontractueel concurrentieverbod. Het mededingingsrecht biedt daar onderbouwing voor.

De in de Wet franchise gebruikte definitie van de franchiseovereenkomst zou losgekoppeld kunnen worden van het bestanddeel van de verschaft knowhow. Het bestanddeel van knowhow als vereiste van de franchiseovereenkomst zou dan afgezwakt kunnen worden naar bijvoorbeeld verschaft 'praktische kennis' of 'bedrijfsgeheimen', zoals elders door de Nederlandse wetgever ook gebruikt wordt. De zware eisen aan knowhow zouden wel kunnen gelden voor een beperkt toelaatbaar postcontractueel concurrentieverbod, waartoe dan een separate definitie van knowhow gesteld zou kunnen worden, met alle zware vereisten van dien.

59 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 13 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:191; Rb. Overijssel 22 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2914; Rb. Overijssel 21 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3742; Rb. Gelderland 16 februari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1875.