

# Impressies

## Het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst: een update

Mr. J.H. Kolenbrander\*

In een eerder artikel in dit tijdschrift is reeds de (juridische) stand van zaken weergegeven ten aanzien van het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst.<sup>1</sup> Sinds de publicatie van dat artikel zijn in de rechtspraak in dat kader nog diverse uitspraken gedaan die van belang kunnen zijn. De onderhavige bijdrage zal thematisch enkele van die uitspraken bespreken en is aldus bedoeld als aanvulling op eerdergenoemd artikel.

28

### Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Zoals in het eerdere artikel al was aangegeven, is het niet eenvoudig voor een franchisenemer om via het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid de werking van een non-concurrentiebeding te beperken.<sup>2</sup> De omstandigheid, bijvoorbeeld, dat de (ex-)franchisenemer mogelijk een faillissement riskeert door het non-concurrentiebeding na te moeten komen, dient in beginsel voor rekening en risico te blijven van de (ex-)franchisenemer.<sup>3</sup>

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

1. Zie: J.H. Kolenbrander, Niet onaantastbaar: het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2013/3, p. 113-119.
2. Idem, p. 115.
3. Zie bijv.: Rb. Breda (KG) 18 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW4396 (FietsNed). Vgl. in dat kader r.o. 5.4 van Rb. Rotterdam (KG) 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8636. In die zaak kon de werkgever een ex-werknemer niet houden aan een postcontractueel non-concurrentiebeding mede omdat daardoor 'een groot inkomensverlies' zou ontstaan.

Die lijn is onlangs door rechters van de rechtbanken te Amsterdam<sup>4</sup>, Den Haag<sup>5</sup> en Midden-Nederland<sup>6</sup> in drie verschillende kwesties bevestigd. In eerstgenoemde kwestie merkt het gerechtshof te Amsterdam (in hoger beroep) voorshands verder op dat een postcontractueel non-concurrentiebeding met een tijdsduur van maximaal één jaar, dat bovendien is beperkt tot de vestigingsplaats van de franchisenemer, niet onaanvaardbaar is op gronden van de redelijkheid en billijkheid. Ook is een dergelijk geformuleerd beding niet te kwalificeren als een onredelijk bezwarend beding.<sup>7</sup>

In de tweede kwestie was sprake van een franchisenemer van een boeken/tijdschriftenformule die – onder de vlag van dezelfde franchisegever – een tweede boekwinkel had geopend. In die tweede boekwinkel werd – met toestemming van de franchisegever – eveneens een speelgoedwinkel onder franchise geëxploiteerd door deze franchisenemer.

Toen enige tijd later de samenwerking tussen partijen werd beëindigd, staakte de (ex-)franchisenemer de exploitatie van de eerste boekwinkel, maar zette hij zijn activiteiten van de tweede boek-/speelgoedwinkel voort. Dit was, aldus de franchisegever, een inbreuk op het postcontractuele non-concurrentiebeding van de franchiseovereenkomst. Op grond van dit beding was het de (ex-)franchisenemer verboden om, gedurende een periode van één jaar na het einde van de samenwerking, in het rayon een onderneming te exploiteren die geheel (of

4. Rb. Amsterdam (KG) 26 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3534 (Coffee Company).
5. Rb. Den Haag (KG) 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8667 (Bruna).
6. Rb. Midden-Nederland 11 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7395 (Yarden).
7. Hof Amsterdam (KG) 3 februari 2015, 3008581 KK EXPL 14-726 (Coffee Company), r.o.3.5..

gedeeltelijk) concurreerde met de organisatie van de franchisegever.

In de gerechtelijke procedure die de franchisegever vervolgens aanhangig maakte, verweerde de (ex-)franchisenemer zich onder meer met de stelling dat handhaving van het non-concurrentiebeding zo schadelijk zou zijn voor de exploitatie van zijn onderneming, dat daardoor een faillissement onafwendbaar zou worden. De rechter besliste echter dat dat een ‘logisch’<sup>8</sup> gevolg was van het non-concurrentiebeding dat partijen eerder uitdrukkelijk met elkaar waren overeengekomen. De (ex-)franchisenemer kon dan ook aan het non-concurrentiebeding worden gehouden, met dien verstande dat de rechter het redelijk vond dat in ieder geval de verkoop van het basisassortiment van de speelgoedwinkelketen, waaronder kinderboeken en cadeauartikelen, kon worden voortgezet.

Opvallend aan deze uitspraak is dat het de (ex-)franchisenemer enkel verboden was om concurrerende activiteiten te ontplooiën vanaf het moment dat de franchisegever op het adres van de eerste boekwinkel daadwerkelijk weer een boekwinkel zou gaan (laten) exploiteren. Tot dat moment mocht de (ex-)franchisenemer dus, in strijd met het non-concurrentiebeding, concurrerende activiteiten ontplooiën. Deze insteek lijkt op gespannen voet te staan met het gegeven dat een non-concurrentiebeding bij franchising juist bedoeld is om, na het einde van de samenwerking, de in het rayon opgebouwde goodwill van de formule te beschermen. Ook dient het beding er normaliter toe om de franchisegever enige tijd te gunnen om een vervangende franchisenemer te vinden. Voorgaande insteek kan overigens ook voor de (ex-)franchisenemer problematisch zijn: hij dient immers te blijven monitoren of er al dan niet een nieuwe boekwinkel wordt geëxploiteerd, teneinde te voorkomen dat hij dwangsommen verbeurt.<sup>9</sup>

In de derde kwestie had de (ex-)franchisenemer eveneens weinig succes met zijn beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Aldus de voormalige franchisenemer zou hij onevenredig zwaar (financieel) getroffen worden door het verbod om in zijn voormalige rayon concurrerende activiteiten te ontplooiën, terwijl de belangen van de franchisegever gering zouden zijn. De rechter gaat daar echter niet in mee en wijst er, onder meer, op dat niet is gebleken dat er buiten het verzorgingsgebied geen alternatieven voor de (ex-)franchisenemer zouden zijn om in het levensonderhoud te kunnen voorzien.<sup>10</sup> Ook wijst de rechter er op dat de franchisenemer voldoende tijd heeft gehad om kennis te nemen van de franchiseovereenkomst en

dus willens en wetens akkoord is gegaan met het non-concurrentiebeding en de gevolgen daarvan.<sup>11</sup>

## Vernietiging op grond van dwaling

Een geslaagd beroep op dwaling kan een effectief middel zijn voor een (ex-)franchisenemer om een vordering tot nakoming van een non-concurrentiebeding te frustreren.<sup>12</sup> In een zaak bij de voorzieningenrechter van de rechtbank te Rotterdam deed een franchisenemer tevergeefs een beroep op dwaling.<sup>13</sup> Na beoordeling van de feiten en omstandigheden kwam de rechter tot de slotsom dat er zowel argumenten waren die ten voordele als die ten nadele van de (ex-)franchisenemer in een bodemprocedure zouden kunnen uitvallen. De rechter vond het op voorhand echter onvoldoende aannemelijk dat de (ex-)franchisenemer een beroep zou toekomen op dwaling en diende deze dus het non-concurrentiebeding na te komen.

Wat deze uitspraak laat zien, is dat een franchisegever – die een non-concurrentiebeding door middel van een kort geding tracht af te dwingen – een strategisch voordeel heeft ten aanzien van de (ex-)franchisenemer. Immers, als niet ter discussie staat dat er een non-concurrentiebeding is afgesproken tussen partijen, staat daarmee in beginsel ook vast dat nakoming daarvan dient te volgen. De stelplicht en bewijslast om het tegendeel aan te tonen liggen dan bij de (ex-)franchisenemer. In een kort geding – waar slechts beperkte ruimte is voor onderzoek naar de feiten en het toelaten van bewijslevering – kan dat problematisch zijn voor de (ex-)franchisenemer, zoals ook blijkt uit voornoemde kwestie bij de rechtbank te Rotterdam.

## Verlenging termijn non-concurrentiebeding

Een franchisegever zal in beginsel zo lang mogelijk een beroep willen kunnen doen op een non-concurrentiebeding. In een zaak voor de voorzieningenrechter te Amsterdam<sup>14</sup> werd – ondanks handelingen van de (ex-)franchisenemer om het assortiment en de inrichting te wijzigen – geoordeeld dat de (ex-)franchisenemer toch in strijd met het non-concurrentiebeding uit de franchiseovereenkomst handelde, omdat de totaalindruk van de onderneming gelijk zou zijn gebleven. Echter, het verzoek van de franchisegever om de termijn van het non-concurrentiebeding later te laten ingaan, mede

8. Rb. Den Haag (KG) 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8667 (Bruna), r.o. 3.5.

9. Vgl. het arrest van het Court of Appeal (VK) van 31 mei 2009 in de kwestie ChipsAway International Ltd vs. Kerr (Dyson, Thomas and Richards LJ; [2009] EWCA Civ 320; 11.03.09).

10. Rb. Midden-Nederland 11 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7395 (Yarden), r.o. 4.31.

11. Idem, r.o. 4.32.

12. Kolenbrander 2013/3, p. 118.

13. Rb. Rotterdam (KG) 6 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8895 (LiVage).

14. Rb. Amsterdam (KG) 26 mei 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3534 (Coffee Company).

omdat de (ex-)franchisenemer pas na zes maanden in rechte was betrokken, werd niet gehonoreerd door de rechter. De rechter wees erop dat de franchiseovereenkomst de termijn van het non-concurrentiebeding immers uitdrukkelijk tot één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst had beperkt.<sup>15</sup> Daarbij waren er geen belemmeringen aan de zijde van de franchisegever gebleken om in een eerder stadium (rechts)maatregelen jegens de (ex-)franchisenemer te nemen. Een franchisegever doet er derhalve verstandig aan om direct actie te ondernemen tegen een (ex-)franchisenemer die het postcontractuele non-concurrentiebeding overtreedt.

## Onrechtmatig handelen derde

Soms zal een (ex-)franchisenemer na het einde van de franchiseovereenkomst gaan samenwerken met een derde om, gedurende de looptijd van een non-concurrentiebeding, concurrerende activiteiten te ontplooiën. In dat geval kan de (ex-)franchisenemer door de franchisegever worden aangesproken op grond van de franchiseovereenkomst. In bepaalde gevallen kan echter ook de derde partij aangesproken worden door de franchisegever en wel op grond van onrechtmatige daad (meer specifiek: ongeoorloofde mededinging). Daar is onder meer sprake van als deze derde op een onoorbare manier profiteert van het bedrijfsdebiët van de franchisegever.<sup>16</sup>

30 In een zaak die bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel<sup>17</sup> speelde, was een franchisenemer van een bepaalde franchiseformule werkzaam in de arbeidsbemiddeling. Als gevolg van ziekte van deze franchisenemer voerde haar dochter gedurende een bepaalde periode feitelijk de werkzaamheden uit. Relatief kort nadat de franchisenemer (al dan niet rechtsgeldig) afscheid had genomen van de formule, richtte zij – samen met haar dochter – een met de franchiseformule concurrerende onderneming op. De franchisegever sprak vervolgens zowel de (ex-)franchisenemer als haar dochter aan: de (ex-)franchisenemer op grond van een overtreding van het non-concurrentiebeding<sup>18</sup> en de dochter op grond van onrechtmatige daad.

Ten aanzien van de (ex-)franchisenemer merkt de rechter op dat de franchisenemer de concurrerende onderneming (mede) heeft opgericht en in dat kader dus concurrerende activiteiten ontplooit, activiteiten die strijdig

zijn met het overeengekomen non-concurrentiebeding.<sup>19</sup> Ten aanzien van de dochter neemt de rechter als uitgangspunt dat zij niet beperkt wordt door enig concurrentiebeding, zodat het haar in beginsel vrijstaat om de franchisegever te beconcurreren. Indien er echter sprake is van een stelselmatig en substantieel afbreken van het duurzame bedrijfsdebiët van de franchisegever, kan dat handelen onrechtmatig worden.

In dit specifieke geval acht de rechter dat daar ook sprake van is, onder meer omdat de dochter kennelijk ook gebruik had gemaakt van de naam van de franchisegever en (eerder) door de franchisegever geboden faciliteiten aanwendde, zoals advertentieruimte op banensites.<sup>20</sup> Ook was het voor de rechter duidelijk dat de nieuwe onderneming een directe voortzetting was van de eerdere onderneming van de (ex-)franchisenemer. De dochter werd vervolgens door de rechter een verbod opgelegd om contact te onderhouden met klanten en uitzendkrachten van de eerdere onderneming van haar moeder.

De moraal van het verhaal: een franchisegever kan bij een overtreding van een postcontractueel non-concurrentiebeding soms meer partijen aanspreken dan de (ex-)franchisenemer alleen.

## Strijdigheid met de mededinging

Een andere grond om een non-concurrentiebeding van tafel te kunnen krijgen, is strijdigheid met artikel 6 Mededingingswet (Mw). Zoals eerder opgemerkt, is het echter niet eenvoudig om de rechtsgeldigheid van een non-concurrentiebeding op mededingingsrechtelijke gronden aan te tasten en zal een franchisenemer die zich hierop beroept voldoende relevante feiten en omstandigheden moeten aandragen.<sup>21</sup>

In dat kader kan verwezen worden naar een kwestie die vorig jaar speelde bij de rechtbank Midden-Nederland.<sup>22</sup> Voorafgaand aan de gerechtelijke procedure had de franchisegever geconstateerd dat één van haar voormalige franchisenemers in strijd met het non-concurrentiebeding handelde door concurrerende activiteiten te ontplooiën. De (ex-)franchisenemer was echter van mening dat de franchisegever het beding (te) ruim interpreteerde en startte vervolgens een bodemprocedure waarin hij, onder andere, een verklaring voor recht vroeg dat het non-concurrentiebeding in strijd was met artikel 6 Mw en dus nietig.

15. Idem, zie r.o. 17.

16. Zie voor een voorbeeld: HR 9 juni 1961, NJ 1961/436, BIE 1961/81, 192 (Lego). Zie verder: HR 27 juni 1986, NJ 1987/191 (Decca/Holland Nautic).

17. Rb. Overijssel (KG) 12 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:201 (Betere Banen).

18. In deze kwestie betrof het feitelijk een beroep van de franchisegever op een *contractueel* non-concurrentiebeding, omdat de franchisegever betwistte dat de franchisenemer rechtsgeldig de franchiseovereenkomst had beëindigd. Gezien de tekstuele overeenkomsten tussen beide bedingen is deze uitspraak echter ook relevant ten aanzien van *postcontractuele* non-concurrentiebedingen.

19. Zie r.o. 4.4 van Rb. Overijssel (KG) 12 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:201 (Betere Banen).

20. Idem, zie r.o. 4.6.

21. J.H. Kolenbrander, 'Niet onaantastbaar: het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst', *Contracteren* 2013/3, blz. 117 - 118.

22. Rb. Midden-Nederland 11 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7395 (Yarden).

De rechtbank herhaalt in haar vonnis de vaste rechtspraak dat een partij, die zich beroept op de mededingingsrechtelijke ontoelaatbaarheid van een afspraak, voldoende relevante (economische) feiten en omstandigheden dient aan te dragen om een partijdebat en een rechterlijk oordeel mogelijk te maken. De betreffende partij kan in beginsel niet volstaan met een (algemene) aanduiding van de mededingingsrechtelijke verboden, gepaard met de stelling dat deze verboden in het desbetreffende geval zijn geschonden.<sup>23</sup>

Aldus de rechtbank heeft de (ex-)franchisenemer in deze kwestie onvoldoende gesteld om te kunnen beoordelen of het onderhavige non-concurrentiebeding naar haar strekking, dan wel naar haar gevolgen, de mededinging merkbaar beperkt. Ook is er onvoldoende informatie door de (ex-)franchisenemer gegeven over essentiële feiten en omstandigheden, zoals een zorgvuldige markt-afbakening, de relevante marktstructuur en marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijke functioneren van de relevante markt(en) en van het effect daarop van de gestelde inbreuken. Het enkele noemen van het (landelijke) marktaandeel van de franchisegever is simpelweg onvoldoende.<sup>24</sup> Deze zaak toont wederom goed aan dat een franchisenemer een goed onderbouwd verhaal moet hebben als hij zich beroept op strijdigheid met de mededinging.

## Conclusie

Geschillen ten aanzien van het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst blijven een bron van geschillen tussen franchisegevers en franchisenemer. Uit het voorgaande blijkt dat een (ex-)franchisenemer goede argumenten paraat dient te hebben om een postcontractueel non-concurrentiebeding aan te tasten. Een mogelijk faillissement van de (ex-)franchisenemer ten gevolge van het beding is daarvoor in beginsel niet voldoende. Ook een beroep op de Mededingingswet voldoet niet, als een franchisenemer onvoldoende relevante (economische) feiten en omstandigheden aandraagt. De franchisegever, op zijn beurt, doet er verstandig aan om bij een eventuele overtreding van een non-concurrentiebeding direct actie te ondernemen, in sommige gevallen ook tegen een ander dan de (ex-)franchisenemer. Dralen wordt niet beloond door een rechter.

23. Idem, zie r.o. 4.10 en 4.19.

24. Idem, zie r.o. 4.19.