

# Actualia

## contractspraktijk

## Update rechtspraak non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst

Mr. J.H. Kolenbrander\*

In eerdere artikelen in dit tijdschrift heb ik reeds een samenvatting gegeven van de stand van zaken met betrekking tot het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst.<sup>1</sup> Zoals ik in mijn vorige artikelen al opmerkte, blijven geschillen tussen franchisegevers en franchisenemers over het non-concurrentiebeding regelmatig terugkomen in de jurisprudentie. Reden voldoende dus om aandacht te blijven besteden aan dit onderwerp. In dit artikel bespreek ik enkele recentere uitspraken over het non-concurrentiebeding die – elk op hun eigen manier – laten zien welke aanpak in de praktijk werkt in dergelijke zaken en welke aanpak minder goed werkt.

### Geen beroep op redelijkheid en billijkheid

Het blijkt in de praktijk niet eenvoudig voor een franchisenemer om via de beperkende (derogerende) werking van de redelijkheid en billijkheid de werking van een non-concurrentiebeding te beperken.<sup>2</sup> Als er echter in het geheel tijdens een gerechtelijke procedure geen beroep wordt gedaan door een franchisenemer op de redelijkheid en billijkheid, mag een rechter dit leerstuk niet ambtshalve toepassen.

\* 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 en Het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst: een update, *Contracteren* 2015/1, p. 28-31.
2. Kolenbrander 2013, p. 115.

Illustratief is de kwestie ‘De Luizenkliniek’<sup>3</sup>. Franchisegever en franchisenemer hadden een postcontractueel non-concurrentiebeding afgesproken dat tot vijf jaar na het einde van de franchiseovereenkomst van kracht zou zijn in geheel Nederland. Een uitermate forse regeling, aangezien een ‘doorsnee’ non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst slechts gedurende één jaar geldt en enkel voor het gebied waarin de franchisenemer zijn werkzaamheden heeft uitgevoerd.

Uit het vonnis van de Rechtbank Amsterdam blijkt niet dat er door de ex-franchisenemer een beroep is gedaan op de redelijkheid en billijkheid, hoewel dat in dit specifieke geval mogelijk wel tot enig positief resultaat had kunnen leiden. Zonder nadere toelichting van de zijde van de franchisegever is immers niet te begrijpen waarom het noodzakelijk zou zijn een non-concurrentiebeding op te leggen van vijf jaar en ook nog eens voor geheel Nederland. Zou dat debat zijn gevoerd bij de voorzieningenrechter, dan is niet uit te sluiten dat deze de werking van het non-concurrentiebeding had ingeperkt voor wat betreft de tijdsduur of het geografisch gebied. In gevallen waarbij een postcontractueel non-concurrentiebeding fors oogt, zal een franchisenemer er dus verstandig aan doen om een onderbouwd beroep te doen op de redelijkheid en billijkheid.

In deze zaak had de ex-franchisenemer een beroep gedaan op artikel 7:653 van het Burgerlijk Wetboek (BW) om het beding aan te tasten. Dit artikel regelt het postcontractuele non-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst. De voorzieningenrechter merkt echter terecht op dat het arbeidsrecht van Boek 7 Burgerlijk Wetboek niet kan worden toegepast op franchiseovereenkomsten, ook niet naar analogie.<sup>4</sup> Het beroep van de

3. Rb. Amsterdam (KG) 9 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2110 (De Luizenkliniek).

4. R.o. 4.6 van ECLI:NL:RBAMS:2015:2110 (De Luizenkliniek).

franchisenemer op artikel 7:653 BW treft dan ook geen doel.<sup>5</sup> Behoudens uitzonderingsgevallen kan geconcludeerd worden dat een beroep op het arbeidsrecht weinig kans van slagen heeft in dergelijke zaken.

## Wel beroep op redelijkheid en billijkheid

In tegenstelling tot de hiervoor aangehaalde rechtszaak deed een andere ex-franchisenemer bij de Rechtbank Gelderland *mel* een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – en hij kreeg daarin gelijk van de rechter.<sup>6</sup>

In deze kwestie hadden de franchisegever en de franchisenemer een postcontractueel non-concurrentiebeding afgesproken van één jaar voor het desbetreffende rayon. Na het einde van de samenwerking deed de franchisegever een beroep op nakoming van dit beding.

Tijdens het kort geding dat volgde, kwam vast te staan dat de franchisegever niet voornemens was om nog een nieuwe franchise of een eigen winkel in het desbetreffende rayon te beginnen. Een rendabele exploitatie van een winkel op die locatie was kennelijk niet mogelijk in verband met de aldaar aanwezige concurrentie. Ook had de ex-franchisenemer tijdens de procedure aangevoerd dat hij bij de aanvang van de franchise de reeds aanwezige inventaris voor een bedrag van € 131.000 had overgenomen. Deze inventaris was op maat gemaakt en dus alleen bruikbaar voor de winkel ter plaatse. Zou de ex-franchisenemer gehouden zijn om zijn activiteiten in het rayon te staken, dan zou de inventaris waardeloos worden. Daarnaast merkte de rechter op dat de ex-franchisenemer voor zijn levensonderhoud en dat van zijn drie kinderen was aangewezen op voortzetting van de winkel. Voornoemde elementen waren aanleiding voor de voorzieningenrechter om de belangen van de ex-franchisenemer te laten prevaleren boven de belangen van de franchisegever.

Dat het element ‘levensonderhoud’ specifiek als gerechtvaardigd belang van de ex-franchisenemer genoemd wordt om het buiten toepassing laten van het non-concurrentiebeding te rechtvaardigen is opmerkelijk, omdat dit element doorgaans voor rekening en risico blijft van de ex-franchisenemer.<sup>7</sup> Waarschijnlijk heeft de voorzieningenrechter dit element hier wel van belang geacht omdat de ex-franchisenemer kennelijk jarenlang grote inspanningen had gedaan om de franchise te kunnen exploiteren, terwijl deze eigenlijk niet rendabel was.

## Onduidelijkheid en redelijkheid en billijkheid

Soms kunnen onduidelijkheden in een non-concurrentiebeding de franchisenemer handvatten geven om een voor hem zo gunstig mogelijke uitleg te forceren.<sup>8</sup> In een recente uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant werd een beroep door een ex-franchisenemer van Jumbo op (vermeende) tegenstrijdigheid in de franchiseovereenkomst echter niet gehonoreerd door de rechter.<sup>9</sup>

De franchisegever had de franchiseovereenkomst beëindigd vanwege diverse structurele tekortkomingen aan de zijde van de franchisenemer. In de franchiseovereenkomst was sprake van twee postcontractuele non-concurrentiebedingen. Het ene beding regelde dat de ex-franchisenemer na de (verplichte) overdracht van de onderneming aan de franchisegever gedurende een periode van twee jaar in het rayon geen concurrerende activiteiten mocht ontplooiën. Het andere beding regelde dat de ex-franchisenemer gedurende een periode van één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst geen concurrerende onderneming in het vestigingspunt mocht (blijven) exploiteren. Deels overlappende non-concurrentiebedingen derhalve.

De ex-franchisenemer meende dat er sprake was van een onduidelijkheid in de franchiseovereenkomst, omdat er sprake was van twee afzonderlijke non-concurrentiebedingen die elkaar tegen leken te spreken. Om die reden diende naar de mening van de ex-franchisenemer het meest verstrekkende beding buiten toepassing gelaten te worden. De rechter oordeelt echter dat uit de tekst van de franchiseovereenkomst duidelijk blijkt dat het eerste beding is geschreven met het oog op een overdracht van de onderneming, terwijl het tweede beding een algemener karakter kent. Beide bedingen kunnen volgens de rechter dan ook gewoon naast elkaar bestaan. Indien beide bedingen in de gegeven omstandigheden tegelijkertijd van toepassing zijn, geldt het meest verstrekkende non-concurrentiebeding.<sup>10</sup>

Eveneens beriep de ex-franchisenemer zich in deze zaak op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Volgens hem zouden de bedingen onaanvaardbaar zijn, omdat hij door deze bedingen niet in zijn levensonderhoud zou kunnen voorzien, zodat zijn faillissement op de loer zou liggen. In tegenstelling tot de hiervoor aangehaalde rechtszaak bij de Rechtbank Gelderland slaagt dit beroep niet. Volgens de rechter is het niet aanmerkelijk dat de ex-franchisenemer – een ervaren ondernemer – zich niet zou hebben gerealiseerd waarvoor hij tekende.<sup>11</sup> Ook kan de ex-franchisenemer buiten het rayon een nieuwe onderneming starten als hij dat wil.<sup>12</sup> Verder herhaalt de rechter het belang van de franchisegever dat een nieuwe franchisenemer een kansrijke start

5. Zie in dat kader ook r.o. 4.1 van Rb. Den Haag 5 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1474 (Olympia) en r.o. 5.3.1 van Rb. Maastricht (KG) 17 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU5153 (EZL).

6. Rb. Gelderland (KG) 9 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1629 (Bakker Bart).

7. Zie Kolenbrander 2013, p. 115.

8. Zie Kolenbrander 2013, p. 116.

9. Rb. Oost-Brabant 6 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:15 (Jumbo).

10. R.o. 8.23 van ECLI:NL:RBOBR:2016:15 (Jumbo).

11. R.o. 8.25 van ECLI:NL:RBOBR:2016:15 (Jumbo).

12. R.o. 8.26 van ECLI:NL:RBOBR:2016:15 (Jumbo).

moet kunnen maken, zonder vrees voor concurrentie van ex-franchisenemers.<sup>13</sup> Waarschijnlijk zal hier hebben meegespeeld dat het volgens de rechter aan het handelen van de franchisenemer te wijten was dat de franchiseovereenkomst voortijdig was komen te eindigen, terwijl de franchisegever geen noemenswaardig verwijt te maken viel.<sup>14</sup> In dergelijke gevallen heeft de ex-franchisenemer dus minder bandbreedte om succesvol een beroep te doen op de redelijkheid en billijkheid.

## Onrechtmatig handelen derde

Het belang van de franchisegever op een ‘schoon’ rayon na afscheid van een franchisenemer is ook terug te lezen in het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 november 2015.<sup>15</sup> Concreet merkt het gerechtshof op dat de strekking van een postcontractueel non-concurrentiebeding is dat een nieuwe franchisenemer geen concurrentie ondervindt van de vertrekkende franchisenemer.<sup>16</sup>

Interessant is dat door het gerechtshof ook waarde is toegekend aan het feit dat de franchisegever de franchisenemer tijdens een genotuleerd gesprek kennelijk uitdrukkelijk had gewezen op de aard en omvang van het non-concurrentiebeding bij een eventueel vertrek.<sup>17</sup> Op grond van deze uitspraak doen franchisegevers er dus verstandig aan om in een beëindigingsbrief aan een franchisenemer duidelijk te benoemen *dat* er sprake is van een postcontractueel non-concurrentiebeding en *wat* de omvang van het beding is qua looptijd, verboden activiteiten en geografie. Nog verstandiger is het (uiteraard) om deze zaken al met elkaar te bespreken ten tijde van het tekenen van de franchiseovereenkomst. Een schriftelijke toelichting bij het concept van de overeenkomst kan later onnodige discussies voorkomen over de reikwijdte van een non-concurrentiebeding, en kan rechtszaken mogelijk voorkomen.

Wat verder nog aardig aan deze kwestie is, is de mislukte poging van de bestuurder van de formele franchisenemer (een besloten vennootschap) om onder de werking van het non-concurrentiebeding uit te komen. Volgens de bestuurder kon hij op geen enkele manier aan het non-concurrentiebeding gehouden worden, omdat het alleen van kracht was tussen zijn vennootschap en de franchisegever. Er was weliswaar in de franchiseovereenkomst opgenomen dat de franchisenemer gehouden was het non-concurrentiebeding ook contractueel op te leggen aan de bestuurder, maar dat was formeel nooit gebeurd. Er was volgens de bestuurder dan ook geen enkele aanleiding om hem aan te spreken op een inbreuk van het non-concurrentiebeding, ondanks dat hij activi-

teiten ontplooiden die in strijd waren met het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst.

Het gerechtshof acht het echter niet aanvaardbaar dat de bestuurder – als bestuurder van de franchisenemer – zelf heeft bewerkstelligd dat er geen non-concurrentiebeding aan hem is opgelegd en vervolgens activiteiten ontplooit die in directe strijd zijn met het non-concurrentiebeding. Hoewel een concurrentieverbod via contractuele weg niet mogelijk is, acht de rechter een verbod via de route van de onrechtmatige daad wel toewijsbaar.<sup>18</sup> Daarmee wordt hetgeen de voorzieningenrechter in eerste aanleg heeft bepaald, bekrachtigd.<sup>19</sup>

De desbetreffende bestuurder is overigens in een door de franchisegever aanhangig gemaakte bodemprocedure nog veroordeeld tot betaling van een nader bij staat op te maken schadevergoeding, omdat de rechter het aan nemelijk acht dat de franchisegever schade heeft geleden door het handelen van de bestuurder.<sup>20</sup> Kortom, met behulp van allerlei oneigenlijke kunstgrepen proberen onder de werking van een postcontractueel non-concurrentiebeding uit te komen, kan de betrokkene(n) duur komen te staan.<sup>21</sup>

## Postcontractueel karakter moet afgesproken worden

Afsluitend nog een opmerking over het postcontractuele karakter van een non-concurrentiebeding. Aan een *contractueel* non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst kan niet automatisch een *postcontractueel* karakter worden toegekend, oordeelde de Rechtbank Gelderland.<sup>22</sup> De desbetreffende franchisegever en franchisenemer hadden een franchiseovereenkomst gesloten waarin een verbod was opgenomen voor de franchisenemer om gedurende de looptijd van de samenwerking buiten de formule om te concurreren met de franchisegever of diens franchisenemers. Kort voor het einde van de samenwerking verspreidde de franchisenemer allerlei (pers)berichten waarin hij aangaf op korte termijn zijn (handels)naam te wijzigen, maar de activiteiten voort te zetten. Ook werden er andere handelingen door de franchisenemer verricht in dat kader, zoals het maken van een eigen website en het deponeren van nieuwe handelsnamen.

De rechtbank meent – in tegenstelling tot de franchisegever – dat de franchisenemer in het zicht van de einddatum van de samenwerking met de franchisegever gerechtigd was om deze handelingen te verrichten. Daarbij merkt de rechtbank ten overvloede op dat er weliswaar sprake is een contractueel non-concurrentiebeding, maar dat aan dit beding geen (duidelijke) naver-

13. Zie ook Kolenbrander 2013, p. 114.

14. Zie ook Kolenbrander 2013, p. 115.

15. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (KG) 10 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8802 (Yarden).

16. R.o. 5.4 van ECLI:NL:GHARL:2015:8802 (Yarden).

17. R.o. 5.4 van ECLI:NL:GHARL:2015:8802 (Yarden).

18. R.o. 5.5 van ECLI:NL:GHARL:2015:8802 (Yarden).

19. Rb. Gelderland (KG) 13 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2080 (Yarden).

20. Rb. Gelderland 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6874 (Yarden).

21. Zie ook Kolenbrander 2013, p. 114.

22. Rb. Gelderland 6 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3715 (De Stadsdrogist).

king is gekoppeld. De franchisegever kan dan ook geen rechten of aanspraken meer ontlenen aan het non-concurrentiebeding op het moment dat de franchiseovereenkomst komt te eindigen. Een franchisegever doet er dan ook verstandig aan om zeker te stellen of het in de franchiseovereenkomst opgenomen non-concurrentiebeding waar nodig ook een duidelijk postcontractueel karakter kent.

## Conclusie

Geschillen tussen franchisegever en franchisenemer omtrent het postcontractuele non-concurrentiebeding blijven actuele kost. Om onnodige gerechtelijke procedures te voorkomen doet de franchisegever er verstandig aan om bij het ondertekenen van de franchiseovereenkomst duidelijk toe te lichten op welke manier hij het beding uitlegt. Eventuele onduidelijkheden kunnen dan al geadresseerd worden. Komt de samenwerking vervolgens onverhoopt te eindigen, dan zal de franchisegever in beginsel altijd moeten toezien op naleving van het non-concurrentiebeding door de ex-franchisenemer om schade aan de formule te voorkomen. Een ex-franchisenemer op zijn beurt zal het beding dienen te respecteren. Naargelang de concrete omstandigheden van het geval, zoals de wijze van de beëindiging van de samenwerking, kan er echter aanleiding zijn voor de rechter om de ex-franchisenemer het voordeel van de twijfel te geven. Voorzichtigheid voor de ex-franchisenemer blijft echter geboden.