

# Impressies

## Niet onaantastbaar: het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst

Mr. J.H. Kolenbrander\*

De aard en omvang van een postcontractueel non-concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst zijn duidelijk omschreven in het Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>1</sup> De aard en omvang van een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst daarentegen niet. Contractspartijen in een franchiserelatie zijn dan ook aangewezen op het algemene contractenrecht en de jurisprudentie.<sup>2</sup> In de praktijk blijkt dat er vaak wat valt 'af te dingen' op de rechtsgeldigheid van non-concurrentiebedingen in franchiseovereenkomsten. In dit artikel zullen enkele rechtsgronden besproken worden op grond waarvan de rechtsgeldigheid van een postcontractueel non-concurrentiebeding kan worden aangetast.

### 1. Franchising

'Franchising' is een hechte en langdurige vorm van samenwerking waarbij juridisch en economisch zelfstandige entiteiten 'de handen ineenslaan' om daarvan profijt te hebben. In deze samenwerking is sprake van een franchisegever die een bepaald zakelijk concept (de franchiseformule) heeft uitgewerkt. De franchisegever is bereid om dit concept onder bepaalde voorwaarden via een licentie te delen met derden, de franchisenemers.

Dezen mogen, voor eigen rekening en risico, gedurende de looptijd van de licentie gebruikmaken van het concept bij de exploitatie van hun onderneming. Denk daarbij aan zaken als de bij die franchiseformule behorende handels- en/of merknamen, alsmede de specifieke franchiseproducten of -diensten. Ook zal de franchisegever specifieke commerciële of technische bijstand en knowhow<sup>3</sup> aan de franchisenemers verstrekken, teneinde laatstgenoemden in staat te stellen om de franchise optimaal te kunnen exploiteren.

Volgens de Europese Commissie vormen het verstrekken van een licentie en de voortdurende commerciële of technische bijstand van de franchisegever de 'integreerbare bestanddelen'<sup>4</sup> van een franchiseovereenkomst. Het is deze voortdurende bijstand en ondersteuning die de franchiseovereenkomst doet verschillen van een doorsnee distributieovereenkomst, waarbij de nadruk ligt op de (door)verkoop van producten.

Franchising verschilt verder van agentuur, omdat een franchisenemer op eigen naam en voor eigen rekening overeenkomsten met klanten zal sluiten. Bij agentuur zal de handelsagent juist op naam en voor rekening van de principaal overeenkomsten met klanten sluiten. Met andere woorden: een handelsagent bemiddelt, terwijl een franchisenemer exploiteert. Daarbij ontvangt een agent provisie voor zijn werkzaamheden, terwijl een

113

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

1. Zie art. 7:653 BW.

2. Dit temeer, omdat uit de jurisprudentie blijkt dat er geen ruimte is om de wettelijke bepalingen ter zake een non-concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst analoog toe te passen op andere situaties.

3. Volgens de Europese Commissie is 'knowhow' te kwalificeren als het 'geheel van niet-geoctrooieerde praktische informatie, voortvloeiend uit de ervaring van de [franchisegever; JK] en de door deze uitgevoerde proeven, die geheim, wezenlijk en geïdentificeerd is'.

4. Zie punt 189 van de Richtsnoeren inzake Verticale Beperkingen 2010/c 130/01.

franchisenemer een *fee* betaalt aan zijn franchisegever om deel te mogen nemen aan de franchiseformule. Het ondernemersrisico van een handelsagent is verder in beginsel beperkt, terwijl een franchisenemer juist het volledige ondernemersrisico draagt bij de exploitatie van zijn onderneming.<sup>5</sup>

## 2. Het postcontractueel non-concurrentiebeding

Een franchisenemer zal bij het toetreden tot een franchiseformule nuttige en vaak vertrouwelijke informatie krijgen van de franchisegever over de wijze waarop de gefranchiseerde onderneming succesvol kan worden geëxploiteerd. Ook zal de franchisegever een franchisenemer in contact brengen met allerlei relevante relaties, zoals bijvoorbeeld producenten en klanten. Het is uiteraard niet de bedoeling dat een franchisenemer de franchisegever enkel als ‘opleidingsinstituut’ gebruikt. Daarmee wordt bedoeld dat de franchisenemer na een (relatief) korte periode vrijwillig afscheid neemt van de franchiseformule om, onder eigen naam of bij een andere soortgelijke franchiseformule, concurrerende activiteiten te ontplooiën met gebruikmaking van de eerder verkregen kennis en knowhow.

Om dergelijk misbruik te voorkomen zal de franchisegever een postcontractueel non-concurrentiebeding willen afspreken. Een non-concurrentiebeding wordt door de Europese Commissie omschreven als ‘elke directe of indirecte verplichting van de [franchisenemer; JK] om geen goederen of diensten te produceren, te kopen, te verkopen of door te verkopen die met de contractgoederen of -diensten [van de franchisegever; JK] concurreren’.<sup>6</sup> In de praktijk zal de franchiseovereenkomst een postcontractueel beding bevatten dat inhoudt dat een franchisenemer na het eindigen van de franchiseovereenkomst geen concurrerende activiteiten mag ontplooiën en ter zake bepaalde goederen en/of diensten in een bepaald gebied voor een bepaalde periode.

Algemeen wordt aangenomen dat de franchisegever in staat moet worden gesteld om zijn kennis en knowhow over te dragen aan een franchisenemer zonder het risico te hoeven lopen dat deze informatie ten goede komt aan concurrenten.<sup>7</sup> Verder mogen er maatregelen getroffen worden door de franchisegever om een nieuwe franchisenemer in staat te stellen een kansrijke start te maken, zonder vrees voor concurrentie van een vorige franchisenemer.<sup>8</sup> Beide elementen geven in een notendop weer

5. Zie MvA ter zake ‘Aanpassing van het Wetboek van Koophandel aan de EEG-Richtlijn betreffende zelfstandige handelsagenten’, art. 74, vergaderjaar 1988/89 (20 842).

6. Zie art. 1 lid 1 sub d van EU Verordening nr. 330/2010 d.d. 20 april 2010.

7. HvJ EU 28 januari 1986, NJ 1988, 163 (Pronuptia).

8. Gerechtshof Den Bosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5661 (FietsNed).

wat het doel van een postcontractueel non-concurrentiebeding dient te zijn:

Het voorkomen dat de door de franchisegever aan een franchisenemer overgedragen kennis en knowhow na het einde van de franchiseovereenkomst voor oneigenlijke concurrentie wordt gebruikt.

## 3. De rechts(on)geldigheid van postcontractuele non-concurrentiebedingen

In de inleiding van dit artikel is reeds aangegeven dat er vaak wat ‘af te dingen’ valt ter zake de rechtsgeldigheid van postcontractuele non-concurrentiebedingen in franchiseovereenkomsten. Wenst een franchisenemer tegen een non-concurrentiebeding te ageren, dan zijn er diverse (juridische) routes die hij kan bewandelen en waarvan hierna enkele mogelijkheden besproken zullen worden.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat een (ex-)franchisenemer zich doorgaans niet kan onttrekken aan de werking van een postcontractueel non-concurrentiebeding door formeel een ander de concurrerende ondernemersactiviteiten te laten ontplooiën en de onderneming op diens naam te zetten, terwijl uit de feiten en omstandigheden blijkt dat de (ex-)franchisenemer actief betrokken is bij de concurrerende onderneming. Rechters ‘prikken’ in beginsel door dergelijke gekunstelde constructies heen.<sup>9</sup>

### Redelijkheid en billijkheid van het beding

Een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt vaak gezien bij zaken waar een non-concurrentiebeding speelt. Artikel 6:248 lid 2 BW bepaalt dat een contractuele bepaling tussen partijen niet van toepassing is als dat, gezien de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, onaanvaardbare gevolgen heeft. Een franchisenemer zal derhalve dienen te stellen en – bij betwisting door de franchisegever – te bewijzen dat het naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als hij aan het desbetreffende non-concurrentiebeding wordt gehouden.<sup>10</sup> De rechter zal bij deze beoordeling echter de nodige terughoudendheid moeten

9. Zie bijv. Rb. Leeuwarden 9 januari 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BC1569 (Monkey Town), waar de zoon van een (ex-)franchisenemer een onderneming ging exploiteren die concurreerde met de formule van de (ex-)franchisegever. De zoon kon naar de mening van de rechter geen bevredigende verklaring verschaffen hoe hij bepaalde informatie had verkregen. Ook konden derden verklaren dat de (ex-)franchisenemer opvallend veel interesse toonde in de onderneming van zijn zoon. Zie ook Rb. Amsterdam 24 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0332 (Hypotheek Visie), waar de rechter het ‘onlogisch’ vond dat de 63-jarige vader van een (ex-)franchisenemer ineens concurrerende activiteiten zou willen ontplooiën in de hypotheekbranche, terwijl de vader altijd werkzaam was geweest als elektricien.

10. Zie r.o. 5.3.1 van Rb. Maastricht 17 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU5153 (EZL).

betrachten: er moet aan zware eisen worden voldaan voordat een contractueel overeengekomen beding onaanvaardbaar wordt geacht.<sup>11</sup> Dat is op zich begrijpelijk, omdat een 'soepelere' beoordeling rechtsonzekerheid in de hand werkt.

Of een beding in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar wordt geacht door een rechter, is een casuïstische beoordeling waarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Denk daarbij aan de looptijd van de franchiseovereenkomst, de duur en omvang<sup>12</sup> van het non-concurrentiebeding, de activiteiten die een franchisenemer feitelijk gedurende de franchise heeft uitgevoerd, alsmede de persoon van de franchisenemer zelf.<sup>13</sup> De gevolgen van nakoming van het non-concurrentiebeding spelen ook een rol, zoals het verstoken blijven van inkomsten, alsmede het ontbreken van mogelijke alternatieven om in het levensonderhoud te kunnen voorzien. Het feit dat een voormalige franchisenemer gedurende een bepaalde periode verstoken blijft van inkomsten betekent niet automatisch dat het non-concurrentiebeding onaanvaardbaar zou zijn, temeer als de desbetreffende franchisenemer het non-concurrentiebeding eerder willens en wetens heeft aanvaard.<sup>14</sup>

Voor deze beoordeling zijn ook de wijze en het moment waarop de franchiseovereenkomst is komen te eindigen van belang, alsmede het verwijt dat (een van de) partijen daarvoor mogelijkerwijs te maken valt. Een franchisenemer die uit eigen beweging de franchiseovereenkomst beëindigt, zal minder snel bescherming genieten dan een franchisenemer die noodgedwongen en voortijdig de samenwerking heeft moeten staken.<sup>15</sup> Kan de franchisegever een direct verwijt gemaakt worden dat de samenwerking voortijdig is komen te eindigen, dan kan dat aanleiding geven voor een rechter om het non-concurrentiebeding terzijde te schuiven.<sup>16</sup> Zo wees het Hof Den Bosch de vordering van de franchisegever tot nakoming van een non-concurrentiebeding af op grond van 'haar eigen opstelling en gedrag'.<sup>17</sup> Het laakbaar geachte gedrag bestond er in dat specifieke geval uit dat de franchisegever, voorafgaand aan het tekenen van de franchiseovereenkomst, een ondeugdelijke exploitatieprognose aan de (kandidaat-)franchisenemer had verstrekt. Ander

laakbaar gedrag is uiteraard ook zonder meer denkbaar, zoals bijvoorbeeld een schending van de zorgplicht van de franchisegever aangaande voortdurende ondersteuning en bijstand.

Voor zover de door een franchisenemer gestelde onaanvaardbaarheid voortvloeit uit een omstandigheid die voor rekening en risico dient te komen van een franchisenemer zelf, dan zal de rechter dat onder het kopje 'ondernemersrisico' scharen. Het kan de franchisegever dan niet worden tegengeworpen. Zo oordeelde Rechtbank Den Haag dat het niet onaanvaardbaar was om een uitgetreden franchisenemer te houden aan een non-concurrentiebeding, hoewel dit tot gevolg had dat deze ondernemer gedurende een periode van één jaar een door hem gehuurd bedrijfspand niet kon gebruiken. Aldus de rechtbank had deze ondernemer de looptijd van de franchiseovereenkomst en de huurovereenkomst beter op elkaar af moeten stemmen.<sup>18</sup> Ook dient het doorgaans voor eigen rekening en risico van een franchisenemer te blijven als hij onvoldoende financiële buffer heeft opgebouwd om de periode van het non-concurrentiebeding te overbruggen.<sup>19</sup>

Het is, kortom, niet eenvoudig voor een franchisenemer om een succesvol beroep te doen op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid, tenzij er concrete omstandigheden zijn aan te wijzen die tot een ander oordeel nopen.

#### Onredelijk bezwarend beding

Naast voornoemde route kan eveneens de weg worden bewandeld van artikel 6:233 lid 1 sub a BW.<sup>20</sup> Een franchiseovereenkomst bestaat immers niet alleen uit bedingen die de kern van de prestatie weergeven, zoals de locatie waar de exploitatie zal moeten plaatsvinden, maar ook uit aanvullende bedingen die bedoeld zijn om in een aantal gelijksoortige franchiseovereenkomsten opgenomen te worden.<sup>21</sup> Dergelijke aanvullende bedingen, zoals een postcontractueel non-concurrentiebeding, zijn te kwalificeren als algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 lid 1 sub a BW. Dit uiteraard behoudens gevallen dat de franchisegever aantoont dat er geen sprake is van een algemene voorwaarde.<sup>22</sup>

Voor de beoordeling of een non-concurrentiebeding onredelijk bezwarend is, zijn onder meer van belang de aard en overige inhoud van de franchiseovereenkomst, de wijze waarop het non-concurrentiebeding tot stand is

11. Zie o.a.: HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (Kinderdagverblijf Snoopy).  
 12. Een postcontractueel non-concurrentiebeding dat gelding heeft in geheel Nederland is niet per definitie onaanvaardbaar. Zie: Rb. Breda 18 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW4396 (FietsNed); Gerechtshof Den Bosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5661 (FietsNed II); Rb. Arnhem 5 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK1781 (Bruna).  
 13. Zie Rb. Arnhem 5 oktober 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK1781 (Bruna). In deze kwestie oordeelde de voorzieningenrechter dat een franchisenemer aan een non-concurrentiebeding dat gelding had in geheel Nederland gehouden kon worden, mede omdat hij al tien jaar werkzaam was in de desbetreffende branche en ook eerder franchisenemer was geweest.  
 14. Rb. Breda 18 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW4396 (FietsNed).  
 15. Rb. Maastricht 17 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU5153 (EZL).  
 16. Rb. Utrecht 23 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3058 (Super de Boer); Rb. Utrecht 24 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ9503 (Super de Boer).  
 17. Gerechtshof Den Bosch 26 november 1996, Prg. 1997/4675 (Aviti).

18. Rb. Den Haag 17 februari 2011, KG-ZA 10-1536 (Sunday's).  
 19. Rb. Maastricht 17 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU5153 (EZL).  
 20. Art. 6:233 BW wordt geacht geen 'lex specialis' te zijn van art. 6:248 BW, dus een franchisenemer mag zelf kiezen op welke rechtsgrond hij een beroep wenst te doen (HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (Bramer/Colpro)).  
 21. Rb. Arnhem 18 april 2007, Prg. 2007/85 (All Star Travel).  
 22. Zie bijv. Rb. Breda 27 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ2695 (Ballorig). In die kwestie nam de franchisegever met succes het standpunt in dat een bepaald exclusief afnamebeding niet standaard werd opgenomen in overeenkomsten met de franchisenemers en (dus) niet als algemene voorwaarde te kwalificeren was.

gekomen, de wederzijdse kenbare belangen van partijen, de deskundigheid en rechtskennis van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de (deskundige) begeleiding van partijen, de maatschappelijke positie van partijen en de overige omstandigheden van het geval.<sup>23</sup> Is de franchisegever ernstig tekortgeschoten jegens een franchisenemer, dan kan dit tot gevolg hebben dat het niet redelijk is dat de franchisegever een beroep toekomt op een algemene voorwaarde, zoals een non-concurrentiebeding.<sup>24</sup> Net als in het geval van artikel 6:248 BW is er derhalve sprake van een casuïstische beoordeling van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Omdat artikel 6:233 BW een uitwerking is van de norm van de redelijkheid en de billijkheid, zoals bedoeld in artikel 6:248 BW, zal de beoordeling door de rechter in beide gevallen doorgaans gelijk opgaan, hoewel de wetteksten van beide artikelen andersluidend zijn.

Een franchisenemer, die ook in dit geval de stelplicht heeft en de bewijslast draagt, doet er goed aan om deugdelijk te onderbouwen waarom het non-concurrentiebeding in zijn optiek onredelijk bezwarend is. Zo kan nagenoeg altijd worden opgemerkt dat de franchisenemer geen invloed kan uitoefenen op de inhoud van de franchiseovereenkomst, dus ook niet op het non-concurrentiebeding. Het kan daarbij van belang zijn of een franchisenemer ten tijde van het tekenen van de franchiseovereenkomst is bijgestaan door een advocaat.<sup>25</sup> Wat betreft de belangenafweging zal het doorgaans gaan om een afweging tussen de belangen van een franchisenemer om in zijn levensonderhoud te kunnen (blijven) voorzien en de belangen van de franchisegever om geen oneigenlijke concurrentie te hoeven dulden. Financieel nadeel voor een franchisenemer is overigens niet vereist voor een beroep op artikel 6:233 BW. Kortheidshalve wordt verwezen naar de elementen die eerder aan de orde zijn gekomen ter zake artikel 6:248 BW.

Wordt door een rechter geconcludeerd dat een non-concurrentiebeding onredelijk bezwarend is, dan kan een franchisenemer het beding vernietigen.<sup>26</sup> De franchisegever kan er dan geen beroep (meer) op doen. Een rechter kan ambtshalve het non-concurrentiebeding op grond van artikel 3:42 BW converteren naar een niet-onredelijk bezwarend beding, maar het is de vraag in hoeverre dat wenselijk is. Door immers conversie toe te staan loopt de franchisegever geen reëel risico en zal hij gestimuleerd worden om een zo breed mogelijk non-concurrentiebeding op te stellen in de wetenschap dat een te ruim beding in het ergste geval enkel zal worden beperkt tot een niet-onredelijk bezwarend beding.

Op grond van artikel 6:245 BW is afdeling 3, titel 5 van Boek 6 niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten.

23. Groene Serie Verbintenissenrecht, Burgerlijk Wetboek 6, art. 6:233 BW, aantekening 13 en verder.

24. Zie naar analogie: HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (Staalgrit).

25. Vgl. Rb. Assen 13 april 2011, 79120/HA ZA 10-288 (niet gepubliceerd).

26. Dit moet op grond van art. 6:235 lid 4 BW binnen drie jaar gebeuren nadat de franchisegever een beroep op het beding doet.

Is de franchise dan ook feitelijk een verkapt dienstverband,<sup>27</sup> dan kan er geen beroep op artikel 6:233 BW worden gedaan. Dat is geen onoverkomelijk bezwaar, omdat de pseudo-franchisenemer in dat geval aanspraak kan maken op de bescherming van artikel 7:653 BW, met name de belangenafweging van lid 2 van dit artikel.

### Onduidelijk beding

Non-concurrentiebedingen blinken vaak niet uit in duidelijkheid en leesbaarheid. Dat wordt mede veroorzaakt doordat franchisegevers vaak een zo omvattend mogelijk beding willen opstellen. Vreemde en onnodig lange zinsconstructies maken het dan moeilijk om te bepalen welke activiteiten nu precies verboden worden, dan wel voor welk gebied het beding zou moeten gelden. Daardoor kan tussen partijen discussie ontstaan over de uitleg van het non-concurrentiebeding.

Voor de wijze waarop een beding in een overeenkomst moet worden uitgelegd, stelt de Hoge Raad een zogenoemde geobjectiveerde subjectieve uitleg centraal (de 'Haviltex-norm'<sup>28</sup>). Bij die uitleg zijn alle omstandigheden van het concrete geval van belang, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen.<sup>29</sup> Daarbij moet niet alleen gelet worden op de letterlijke tekst van het non-concurrentiebeding,<sup>30</sup> maar komt het ook aan op de zin die partijen over en weer aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.<sup>31</sup> De bedoeling van partijen speelt bij die beoordeling eveneens een rol.<sup>32</sup>

Een franchisenemer die geconfronteerd wordt met een onduidelijk non-concurrentiebeding kan proberen om bij een rechter een voor hem gunstige uitleg te forceren. De franchisenemer heeft dan een klein strategisch voordeel ten opzichte van de franchisegever. De rechter zal een non-concurrentiebeding gezien de aard van het beding immers restrictief moeten uitleggen.<sup>33</sup> Dat zal inhouden dat een onduidelijk non-concurrentiebeding in beginsel ten nadele van de opsteller van het beding

27. Zie o.a. Rb. Middelburg 11 september 2001, ECLI:NL:RBMID:2001:AE0756 (Rijschool).

28. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

29. HR 20 februari 2004, JAR 2004/83 (DSM/Fox).

30. In HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178 (Meyer/PontMeyer) heeft de Hoge Raad bepaald dat een puur tekstuele beoordeling van een beding wel mogelijk is als de aard van de transactie dit meebrengt en als het om professionele contractspartijen gaat die, met behulp van deskundige bijstand en na intensieve onderhandelingen, een gedetailleerde schriftelijke overeenkomst hebben gesloten. Daar zal bij franchise echter niet (snel) sprake van zijn nu een (kandidaat-)franchisenemer doorgaans beperkte onderhandelingsruimte heeft over de inhoud van de franchiseovereenkomst. In HR 5 april 2013, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY8108 (Mexx) heeft de Hoge Raad verder opgemerkt dat de 'Haviltex'-norm ook van toepassing kan zijn op commerciële overeenkomsten die zijn gesloten tussen professionele contractspartijen en waarbij een 'entire agreement clause' is afgesproken.

31. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex). Specifiek voor franchise: Gerechtshof Den Bosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5661 (FietsNed).

32. HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9430 (Steinbusch/Van Alphen).

33. Zie o.a. de noot bij Rb. Breda 16 januari 1996, Prg. 1996/4468 (Aviti).

(lees: de franchisegever) moet worden uitgelegd.<sup>34</sup> Voorgaande ligt ook in lijn van de zogenoemde ‘contra profentem’-uitleg, die inhoudt dat een onduidelijkheid in een door een professionele contractspartij opgesteld beding ten gunste van de andere (contracts)partij moet worden uitgelegd.<sup>35</sup> Het is in dat opzicht aardig om er op te wijzen dat in België wettelijk is geregeld dat bij twijfel over de uitleg van een beding in een franchiseovereenkomst, de voor de franchisenemer gunstigste interpretatie prevaleert.<sup>36</sup>

Overigens is van belang om op te merken dat – in tegenstelling tot andere in dit artikel genoemde juridische routes – er bij voornoemde route dus wel een non-concurrentiebeding blijft bestaan waaraan een uitgetreden franchisenemer kan worden gehouden.

### Strijd met de mededinging

In beginsel is een non-concurrentiebeding strijdig met de mededinging, omdat ze belemmert dat een ondernemer zijn eigen beleid kan bepalen.<sup>37</sup> Zoals eerder opgemerkt, wordt echter aanvaard dat de franchisegever onder meer in staat moet zijn om informatie aan een franchisenemer te verstrekken zonder het risico te lopen dat deze informatie ten goede komt aan concurrenten. Is een non-concurrentiebeding onmisbaar om dat te bewerkstelligen, dan is het beding toelaatbaar.<sup>38</sup>

Een postcontractueel non-concurrentiebeding kan in strijd zijn met artikel 6 Mededingingswet (Mw). Op grond van dit artikel zijn afspraken die tot doel, of tot gevolg, hebben dat de vrije mededinging op de Nederlandse markt merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden. Een franchisenemer heeft de stelplicht en draagt de bewijslast om aan te tonen dat een non-concurrentiebeding in strijd is met artikel 6 Mw.<sup>39</sup> Een rechter mag dit artikel niet ambtshalve toepassen.<sup>40</sup> Een franchisenemer dient dus te stellen en te bewijzen dat het non-concurrentiebeding de mededinging op de Nederlandse markt verhindert, beperkt of vervalst en dat deze verhindering, beperking of vervalsing ook merkbaar is.<sup>41</sup> Daartoe zal een franchisenemer informatie dienen te verstrekken aan de rechter over zowel de

relevante geografische markt<sup>42</sup> als de relevante productmarkt,<sup>43</sup> alsmede de marktpositie van de formule op de desbetreffende markten en de daarbij behorende markt-aandelen.<sup>44</sup>

Is er sprake van een ‘kleine’ franchiseformule, met een beperkte omvang en minimale jaaromzet, dan kan een franchisenemer zich deze moeite doorgaans besparen. De kans is dan gering dat een en ander merkbaar zal zijn. Daarbij zal een ‘kleine’ franchisegever waarschijnlijk een beroep kunnen doen op artikel 7 lid 1 Mw. Op grond van deze zogenoemde ‘bagatelvoorziening’<sup>45</sup> is het kartelverbod van artikel 6 Mw niet van toepassing als de totale gezamenlijke jaaromzet van de formule minder bedraagt dan € 5.500.000<sup>46</sup>/€ 1.100.000<sup>47</sup> en er niet meer dan acht ondernemingen bij betrokken zijn.

Er kan verder betoogd worden dat artikel 7 lid 2 Mw<sup>48</sup> niet alleen geldt voor horizontale overeenkomsten, maar eveneens van toepassing is op verticale overeenkomsten, zoals de franchiseovereenkomst. De meningen daarover zijn echter verdeeld.<sup>49</sup> Gezien de coulante opstelling van de Europese Commissie richting verticale overeenkomsten ligt het voor de hand dat artikel 7 lid 2 Mw ook voor de franchiseovereenkomst zou dienen te gelden.

Een non-concurrentiebeding kan verder geoorloofd zijn op grond van artikel 5 lid 3 van de Europese Groepsvrijstelling 330/2010.<sup>50</sup> Deze Groepsvrijstelling werkt rechtstreeks door in de Mededingingswet en is derhalve van belang bij de beoordeling van (gestelde) inbreuken op artikel 6 Mw. In artikel 5 lid 3 Groepsvrijstelling is bepaald dat een postcontractueel non-concurrentiebeding onder omstandigheden is vrijgesteld van het kartelverbod, onder meer indien het beding: (1) betrekking

34. Zie voor een zeer restrictief uitgelegd non-concurrentiebeding: Rb. Utrecht 15 april 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI1190 (Run2Day). In deze kwestie lijkt echter miskend te zijn door de rechter dat de franchisegever een gerechtvaardigd belang heeft om haar goodwill in het desbetreffende rayon te beschermen tegen de concurrerende activiteiten van een voormalige franchisenemer.
35. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 (Ram/Matser). Zie specifiek voor franchise: Rb. Arnhem 9 november 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU9750 (Baker Bart).
36. Art. 7 van de Wet betreffende de Precontractuele Informatie bij Commerciële Samenwerkingsovereenkomsten (BS 18.01.2006).
37. Dat een postcontractueel non-concurrentiebeding door de Europese Commissie in beginsel als onwenselijk wordt beschouwd, blijkt onder meer uit art. 5 lid 1 sub a Verordening (EU) nr. 330/2010.
38. HvJ EU 28 januari 1986, NJ 1988, 163 (Pronuptia).
39. Zie o.a. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (ANVR).
40. HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (Whizz Croissanterie).
41. HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (Whizz Croissanterie); Gerechtshof Den Haag 12 april 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2091 (One/KPN).

42. Volgens de Europese Commissie omvat de ‘relevante geografische markt’ het duidelijk afgescheiden gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar, en het aanbod van, de relevante goederen of diensten.
43. Volgens de Europese Commissie omvat de ‘relevante productmarkt’ alle goederen of diensten die door de klant als uitwisselbaar beschouwd worden, mede op grond van hun kenmerken, de prijs en het gebruik waarvoor de goederen of diensten bestemd zijn.
44. HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 (Flora Holland); Gerechtshof Den Haag 12 april 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ2091 (One/KPN).
45. Art. 7 Mw is geen uitwerking van het merkbaarheidsvereiste van art. 6 Mw. Een afspraak kan derhalve buiten de bagatelvoorziening vallen, maar toch niet merkbaar zijn. Zie: HR 18 december 2009, NJ 2010, 140 (Prisma).
46. Als de activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen, aldus art. 7 lid 1 sub b Mw.
47. Als de activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van diensten, aldus art. 7 lid 1 sub b Mw.
48. Op grond van dit artikel is het kartelverbod van art. 6 Mw niet van toepassing indien het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet groter is dan 10% en de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig wordt beïnvloed.
49. Tegen de toepassing van lid 2 op verticale overeenkomsten: T&C Mededingingswet, art. 7, aant. 3. Voor toepassing: M.A. de Jong, Verruiming bagatelregeling Mededingingswet, Mededingingsrecht in de Praktijk 2012/2. Ook: Rb. Breda 18 april 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW4396 (FietsNed).
50. Verordening (EU) 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

heeft op goederen of diensten die concurreren met de goederen of diensten die een franchisenemer leverde tijdens de franchise, en (2) beperkt is tot de lokaliteiten of terreinen waar een franchisenemer gedurende de franchise werkzaam is geweest, en (3) onmisbaar is om de door de franchisegever overgedragen knowhow te beschermen, en (4) beperkt is tot één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst.

De discussie tussen partijen in dat kader zal zich vaak toespitsen op de vraag wat te gelden heeft als 'lokaliteiten of terreinen'. Aldus het Europese Hof van Justitie heeft dit begrip uitsluitend betrekking op de plaatsen waar de contractuele goederen of diensten daadwerkelijk te koop werden aangeboden door de franchisenemer en niet op het gehele gebied waar deze goederen of diensten op grond van de franchiseovereenkomst verkocht hadden kunnen worden.<sup>51</sup> Indien niet (duidelijk) uit de franchiseovereenkomst blijkt wat het geografische gebied is waarin de franchisenemer werkzaam is geweest, zal de rechter een aanname kunnen doen.<sup>52</sup>

Op grond van het voorgaande moge het duidelijk zijn dat het aantasten van de rechtsgeldigheid van een postcontractueel non-concurrentiebeding op mededingingsrechtelijke gronden niet eenvoudig is. Wordt door een rechter echter vastgesteld dat een non-concurrentiebeding in strijd is met artikel 6 Mw, dan is het beding nietig en kan de franchisegever er op grond van artikel 3:40 BW geen beroep (meer) op doen. Conversie is in dat geval niet mogelijk.<sup>53</sup>

#### Dwaling ten aanzien van de exploitatieprognose

Soms zal een franchisenemer de franchiseovereenkomst, inclusief het non-concurrentiebeding, kunnen aantasten op grond van dwaling, zoals bedoeld in artikel 6:288 BW. Voorafgaand aan het sluiten van de franchiseovereenkomst zal de franchisegever aan de (kandidaat-)franchisenemer doorgaans inlichtingen verstrekken over de te verwachten omzet en winst. Dergelijke informatie wordt 'de exploitatieprognose' genoemd.<sup>54</sup> In de praktijk komt het regelmatig voor dat een exploitatieprognose, die door de franchisegever aan een (kandidaat)franchisenemer is verstrekt, fouten bevat en (veel) te rooskleurig is. De exploitatieprognose is dan ondeugdelijk te noemen, waardoor een franchisenemer onder een onjuiste voorstelling van zaken heeft gecontracteerd. Zou deze franchisenemer immers een juiste voorstelling van zaken hebben gehad over de (on)rendabiliteit van de te starten onderneming, dan zou hij de franchiseovereenkomst nimmer hebben gesloten. De franchisenemer

heeft in dat geval gedwaald en de franchiseovereenkomst kan dan vernietigd worden.

Volgens de Hoge Raad kan een franchisenemer een beroep doen op artikel 6:228 BW als hij van zijn franchisegever een ondeugdelijke exploitatieprognose heeft gekregen en hij daardoor onder een onjuiste voorstelling van zaken heeft gecontracteerd.<sup>55</sup> Het is daarbij niet van belang of de fouten in de prognose zijn toe te rekenen aan de franchisegever zelf dan wel aan derden, zoals bijvoorbeeld een extern adviesbureau.<sup>56</sup>

Doet een franchisenemer een succesvol beroep op artikel 6:228 BW, dan zal de franchiseovereenkomst met terugwerkende kracht worden vernietigd en nimmer hebben bestaan.<sup>57</sup> Een eventueel non-concurrentiebeding heeft dan eveneens nimmer bestaan en de franchisegever kan de franchisenemer niet (meer) aan het non-concurrentiebeding houden.<sup>58</sup> Een geslaagd beroep op dwaling is daarmee een effectief middel om een vordering tot nakoming van een non-concurrentiebeding te frustreren.

#### Agentuurrechtelijke elementen

Een franchisesamenwerking kan elementen bevatten van agentuur. Denk daarbij aan franchiseformules ter zake (financiële) dienstverlening<sup>59</sup> of de telecommunicatiebranche, waarbij franchisenemers niet op eigen naam en voor eigen rekening contracten sluiten met klanten, maar op naam en voor rekening van de franchisegever. In dergelijke gevallen treedt een franchisenemer op als 'oneigenlijke' handelsagent en de franchisegever als principaal. Titel 7, afdeling 4 van Boek 7 BW is dan van overeenkomstige toepassing op de franchiseovereenkomst.

In de wet is bepaald waaraan een postcontractueel non-concurrentiebeding in een agentuurovereenkomst moet voldoen. Dat is nodig geweest volgens de wetgever, omdat de handelsagent een zwakkere economische en juridische positie inneemt ten opzichte van zijn principaal. In artikel 7:443 BW is dan ook bepaald dat een non-concurrentiebeding enkel geldig is als het voldoet aan de volgende (cumulatieve) vereisten:

- het moet schriftelijk zijn overeengekomen;
- het mag enkel betrekking hebben op het soort goederen of diensten waarvan de handelsagent de vertegenwoordiging had tijdens de samenwerking. Ook mag het non-concurrentiebeding enkel betrekking hebben op het geografische gebied en de klantenkring die aan de handelsagent waren toevertrouwd;

51. HvJ EU 7 februari 2013, zaak C-117/12 (La Retoucherie).

52. In Rb. Breda 9 februari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BZ2618 (Setpoint) werd door de rechter geoordeeld dat een gebied met een straal van 20 kilometer rondom het verkooppunt 'redelijkerwijs' kon worden aangemerkt als de lokaliteiten of terreinen waar de franchisenemer gedurende de franchise werkzaam is geweest.

53. HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439 (Prisma).

54. Voor meer informatie over de juridische implicaties van de exploitatieprognose: J.H. Kolenbrander, De prognoseproblematiek revisited: een korte bespreking van jurisprudentie aangaande de zorgplicht van de franchisegever, *Contracteren* 2012/4.

55. HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 (Paalman).

56. Idem.

57. Zie o.a. Rb. Utrecht 7 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1143 (Glasconnect); Rb. Utrecht 23 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU5842 (Kwekel); r.o. 4.6 van Rb. Utrecht 16 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW6979 (Read Shop).

58. Zie o.a. Rb. Zutphen 20 februari 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:AZ8931 (Cartridge World I); Rb. Alkmaar 22 februari 2007, 93156/KG ZA 07-31 (Cartridge World II).

59. Zie: Rb. Amsterdam 4 juni 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9628 (ING Bank).

c. de duur van het beding is maximaal twee jaar.

Is er sprake van een franchiseovereenkomst met elementen van agentuur, dan is een non-concurrentiebeding dat niet aan voornoemde vereisten voldoet, op grond van artikel 7:445 lid 1 BW nietig. Een franchisenemer kan dan niet aan het beding gehouden worden.

Overigens kan de franchisegever in het geval van agentuurrechtelijke elementen op grond van artikel 7:443 lid 3 BW geen nakoming van het non-concurrentiebeding (meer) vorderen als hij de opzegtermijnen niet in acht heeft genomen, dan wel indien hem een verwijt te maken valt dat de samenwerking voortijdig is komen te eindigen. Eventueel kan een franchisenemer zelf op grond van artikel 7:443 lid 4 BW aan een rechter vragen om het non-concurrentiebeding geheel (of gedeeltelijk) teniet te doen, omdat hij onbillijk door het beding wordt benadeeld. Eventuele agentuurrechtelijke elementen in een franchiseovereenkomst kunnen derhalve tot gevolg hebben dat een franchisenemer niet aan een non-concurrentiebeding kan worden gehouden.

## 4. Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er diverse rechtsgronden zijn aan te voeren om de rechtsgeldigheid van een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst aan te tasten. Uit het voorgaande blijkt echter eveneens dat het niet overmatig gecompliceerd is om een beding op te stellen dat in de meeste gevallen stand zal houden. Het verdient dan ook de voorkeur dat er bij de totstandkoming van een postcontractueel non-concurrentiebeding niet alleen rekening wordt gehouden met de wet, maar ook met de gerechtvaardigde belangen van zowel de franchisegever als de franchise-nemers. Hierdoor kan een 'sterker' beding worden verkregen, hetgeen beide partijen rechtszekerheid biedt. En dat is uiteindelijk in het belang van beide partijen.