

# Actualia

## contractspraktijk

## Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2023

Mr. J.H. Kolenbrander\*

### 1. Inleiding

28 In deze bijdrage wordt de jurisprudentie met betrekking tot het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst van de afgelopen periode besproken.<sup>1</sup> Traditiegetrouw worden ook ditmaal de uitspraken besproken, waar mogelijk thematisch, die zijn gepubliceerd<sup>2</sup> op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) voor zover ze betrekking hebben op een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst en relevant zijn voor de rechtspraktijk. Uit de gepubliceerde uitspraken op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) blijkt dat geschillen tussen franchisegevers en (ex-)franchisenemers regelmatig

over dit onderwerp gaan, hetgeen dus de nodige aandacht rechtvaardigt.

In dit artikel zal weer aandacht besteed worden aan de Wet franchise, nu deze wet voorschriften stelt aan postcontractuele non-concurrentiebedingen in franchiseovereenkomsten. Gezien de inwerkingtreding van de Wet franchise per 1 januari 2021, komt er begrijpelijkerwijs steeds meer rechtspraak voorhanden. De verwachting is dat dit de komende periode enkel zal toenemen, omdat de wetgever heeft bepaald dat per 1 januari 2023 de postcontractuele non-concurrentiebedingen in alle franchiseovereenkomsten dienen te voldoen aan de Wet franchise. Reden genoeg dus om in deze bijdrage met de Wet franchise te beginnen.

### 2. Wet franchise

#### 2.1 Overzicht Wet Franchise

De Wet franchise is per 1 januari 2021 van kracht geworden. In artikel 7:920 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is bepaald aan welke wettelijke eisen een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst dient te voldoen. Kort samengevat:

1. Het beding dient op schrift te zijn gesteld. *en*
2. De beperking tot uitoefening van werkzaamheden mag enkel betrekking hebben op de goederen of diensten die concurreren met de goederen of diensten waarop de franchiseovereenkomst betrekking heeft. *en*

\* Mr. J.H. Kolenbrander is advocaat-partner bij DayOne Advocaten en onder meer gespecialiseerd in franchising en daaraan gerelateerde vraagstukken.

1 Voor jurisprudentie van voorgaande jaren zie o.a. J.H. Kolenbrander, Niet onaantastbaar: het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2013/3, p. 113-119; J.H. Kolenbrander, Het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst: een update, *Contracteren* 2015/1, p. 28-31; J.H. Kolenbrander, Update rechtspraak non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2016/2, p. 64-67; J.H. Kolenbrander, Nog een update rechtspraak over het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst, *Contracteren* 2018/1, p. 32-37; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2019, *Contracteren* 2019/1, p. 41-46; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2020, *Contracteren* 2020/2, p. 71-76; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2021, *Contracteren* 2021/1, p. 24-31; J.H. Kolenbrander, Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2022, *Contracteren* 2022/1, p. 39-45.

2 En wel in de periode 20 december 2021 tot en met 21 september 2022 (publicatiedatum vonnis).

3. De beperking is onmisbaar om de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen knowhow<sup>3</sup> te beschermen. *en*
4. De duur van de beperking is niet langer dan één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst. *en*
5. De geografische reikwijdte is niet ruimer dan het gebied waarbinnen de franchisenemer de formule op grond van de franchiseovereenkomst heeft geëxploiteerd.

Op grond van artikel 68a van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (OBW) geldt dat wijzigingen in het BW in beginsel onmiddellijke werking hebben en direct toegepast moeten worden. De Wet franchise – opgenomen in titel 16 van Boek 7 van het BW – heeft in beginsel dus ook onmiddellijke werking, ook ten aanzien van reeds per 1 januari 2021 bestaande franchiseovereenkomsten. Dat betekent dus dat alle franchiseovereenkomsten in beginsel aan de vereisen van de Wet franchise moeten voldoen

Dat voorgaande geldt echter niet voor alle bepalingen in de Wet franchise. Ten aanzien van enkele specifieke bepalingen in de Wet franchise – waaronder die aangaande het postcontractuele non-concurrentiebeding<sup>4</sup> – heeft de wetgever overwogen dat onmiddellijke toepassing tot praktische problemen zou kunnen leiden bij reeds per 1 januari 2021 bestaande franchiseovereenkomsten. Het gaat daarbij om die bepalingen in de Wet franchise die de franchisegever nopen tot het inhoudelijk aanpassen van bestaande franchiseovereenkomsten.<sup>5</sup> Om die reden heeft de wetgever een nieuw artikel laten opnemen in de OBW, te weten artikel 209. Dit nieuwe artikel bepaalt dat op 1 januari 2021 reeds bestaande franchiseovereenkomsten de artikelen 7:920 en 7:921 BW pas per 1 januari 2023 van kracht zijn.

Volgens de wetgever zullen partijen bij het sluiten van een franchiseovereenkomst voor 1 januari 2021 doorgaans geen rekening hebben gehouden met de Wet franchise. Over inhoudelijke aanpassingen van de franchiseovereenkomst waartoe de wet aanleiding geeft, zullen partijen dus eerst moeten onderhandelen. Om partijen redelijkerwijs de tijd te geven die onderhandelingen te kunnen voeren heeft de wetgever alle franchisegevers tot 1 januari 2023 de tijd gegeven om (onder meer) de postcontractuele non-concurrentiebedingen in reeds per 1 januari 2021 bestaande franchiseovereenkomsten aan te passen aan de Wet franchise. Indien nodig, uiteraard.

3 Zie art. 7:911 lid 2 sub a onder 2° BW: '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'.

4 Het betreft de onderwerpen die in art. 7:920 en 7:921 BW zijn geregeld, te weten de goodwillbepaling na het einde van de franchise, het postcontractuele non-concurrentiebeding, alsmede het opnemen van drempelwaarden voor eenzijdige wijzigingsbedingen. In deze bijdrage wordt enkel aandacht besteed aan het postcontractuele non-concurrentiebeding.

5 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 50.

Dat betekent, kort samengevat, dat de postcontractuele non-concurrentiebedingen van alle franchiseovereenkomsten (zowel nieuwe als de bestaande overeenkomsten) per 1 januari 2023 moeten voldoen aan de Wet franchise. Blijkt dit onverhoopt niet het geval te zijn, dan is het betreffende non-concurrentiebeding op grond van artikel 7:922 BW nietig, ongeacht het recht dat de franchiseovereenkomst beheerst.<sup>6</sup> Een stevige sanctie derhalve, die franchisenemers waarschijnlijk aanzienlijk comfort zal bieden tijdens discussies met hun franchisegever over de (on)toelaatbaarheid van non-concurrentiebedingen. Een franchisegever moet er immers voor waken dat hij in een situatie terechtkomt dat een rechter in een individueel geschil oordeelt dat een non-concurrentiebeding nietig is. De (gelijkluidende) non-concurrentiebedingen van de andere franchisenemers zijn in dat geval dan immers ook nietig. Een weinig aantrekkelijk scenario voor een franchisegever.

## 2.2 Goodwillvergoeding en non-concurrentiebeding: communicerende vaten

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is in artikel 7:920 lid 2 BW bepaald waaraan een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst dient te voldoen. In lid 1 van ditzelfde artikel is een regeling opgenomen over de goodwillbepaling. Kort gezegd dient op grond van artikel 7:920 lid 1 BW 'in ieder geval'<sup>7</sup> in de franchiseovereenkomst vastgelegd te worden op welke wijze wordt vastgesteld:

1. of er goodwill aanwezig is in de onderneming van de franchisenemer;
2. (zo ja) welke omvang deze goodwill dan heeft;
3. in welke mate deze goodwill aan de franchisegever is toe te rekenen; *en*
4. op welke wijze de goodwill die aan de franchisenemer is toe te rekenen wordt vergoed na het einde van de franchiseovereenkomst, als de franchisegever de onderneming van de franchisenemer overneemt om deze zelf voort te zetten, dan wel om deze over te dragen aan een andere franchisenemer.

De reden voor de wetgever om een dergelijke bepaling op te nemen in de Wet franchise was daarin gelegen dat de wetgever kennelijk opmerkte dat er in de praktijk vaak clausules staan opgenomen in een franchiseovereenkomst die een franchisenemer aan het einde van de franchiseovereenkomst verplichten om zijn onderneming aan de franchisegever te verkopen onder (zeer) ongunstige voorwaarden.<sup>8</sup> Bijvoorbeeld zonder enige vergoeding van de eerder door de franchisenemer opgebouwde goodwill. Dit kan grote (financiële) gevolgen hebben voor de franchisenemer. Ook kan er daardoor aan het einde van de looptijd van de franchiseovereenkomst grote druk op de franchisenemer komen te liggen om de samenwerking met de franchisegever te continu-

6 Zie in dat kader T.H.M. van Wechem & M. Bijloo, Franchise: is artikel 7:922 BW een voorrangregel waar de praktijk op moet voorsorteren?, Contracteren 2020/4, p. 115-122.

7 Art. 7:920 lid 1 BW.

8 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 9.

eren, ondanks eventuele slechtere contractuele voorwaarden. Dit omdat een einde van de samenwerking feitelijk betekent dat de franchisenemer met lege handen komt te staan. De wetgever merkt op dat dergelijke praktijken maatschappelijk en economisch gezien onwenselijk zijn.<sup>9</sup>

Dat de bepalingen in de Wet franchise omtrent goodwill en het postcontractuele non-concurrentiebeding in één artikel zijn opgenomen, is begrijpelijk, aangezien beide onderwerpen zien op de periode na het einde van de looptijd van de franchiseovereenkomst. Zowel het bepalen van de omvang van goodwill als de gebondenheid van de franchisenemer aan een postcontractueel non-concurrentiebeding wordt immers met name relevant als de franchiseovereenkomst is geëindigd.

De connectie tussen de bepalingen omtrent goodwill en het postcontractuele non-concurrentiebeding in de Wet franchise gaat mogelijk nog een niveau dieper. Spanjaard merkte eerder al op dat tussen lid 1 en lid 2 van artikel 7:920 BW een ‘spannende’ wisselwerking zit.<sup>10</sup> Immers, de vergoeding die een franchisegever redelijkerwijs dient te betalen voor een door de franchisenemer opgebouwde goodwill zal mede afhankelijk zijn van de vraag of deze franchisenemer na het einde van de franchiseovereenkomst ter plaatse nog actief kan zijn als concurrent van de franchisegever. Is dat niet het geval – en kan de franchisegever dus onbelemmerd gebruikmaken van de door de franchisenemer opgebouwde goodwill –, dan lijkt het redelijker dat de goodwillvergoeding hoger ligt dan in het geval dat de franchisenemer niet gebonden is aan enig concurrentiebeding. In dat laatste geval is de voormalige franchisenemer immers in staat om te concurreren met de franchisegever of een nieuwe franchisenemer.

Door de wetgever is ogenschijnlijk geen koppeling aangebracht tussen beide bepalingen in artikel 7:920 BW. In ieder geval blijkt dit niet (duidelijk) uit de parlementaire geschiedenis van de Wet franchise. Wél blijkt uit agentuurrechtspraak dat een postcontractueel non-concurrentiebeding en (de omvang van) goodwill elkaar kunnen beïnvloeden.<sup>11</sup> Niet valt in te zien waarom dit voor franchise anders zou moeten zijn.

Uit een uitspraak van de rechtbank Rotterdam<sup>12</sup> blijkt dat enige wisselwerking tussen een goodwillbepaling en een postcontractueel non-concurrentiebeding inderdaad niet alleen is voorbehouden aan agentuur, maar ook haar toepassing kan vinden bij franchise. Kort gezegd kwam deze kwestie erop neer dat franchisegever en franchisenemer begin 2016 een franchiseovereenkomst met elkaar hadden gesloten voor een periode van vijf jaar, te weten tot 28 februari 2021. In die franchiseover-

eenkomst was eveneens een breed geformuleerd – want niet geografisch beperkt – postcontractueel non-concurrentiebeding van één jaar opgenomen, alsmede een relatiebeding van twee jaar.

Medio 2020 gaf de franchisegever te kennen aan de franchisenemer dat hij voornemens was om de exploitatie van de franchiseorganisatie te staken en dat franchisegever om die reden de samenwerking met franchisenemer op een andere manier wilde voortzetten. De franchiseovereenkomst werd tegelijkertijd per 28 februari 2021 opgezegd door franchisegever. Partijen gingen daarna in overleg om tot een nieuwe vorm van samenwerking te komen. Dat overleg leidde helaas niet tot overeenstemming tussen partijen, mede omdat franchisenemer er niet mee instemde dat een (goodwill)vergoeding ontbrak in het voorstel van franchisegever bij overdracht van de onderneming van franchisenemer. Per 28 februari 2021 kwam de samenwerking tussen de partijen dan ook te eindigen zonder dat een nieuwe samenwerking was afgesproken en zonder een exitregeling. Franchisegever benaderde vervolgens de klanten van franchisenemer en liet weten dat deze verder zouden worden bediend door een aan de franchisegever gelieerde onderneming. Franchisenemer ontving geen vergoeding voor het feit dat zijn klanten werden overgenomen door franchisegever. Franchisenemer ging daarmee niet akkoord en startte een bodemprocedure.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft de franchisegever niet gehandeld als ‘goed franchisegever’ (zie artikel 7:912 BW) door te bewerkstelligen, dan wel toe te staan, dat een aan hem gelieerde onderneming feitelijk de onderneming van de franchisenemer heeft voortgezet zonder dat franchisenemer daarvoor enige goodwillvergoeding heeft ontvangen.<sup>13</sup> De rechtbank hecht daarbij waarde aan het feit dat franchisegever in een eerdere presentatie juist te kennen had gegeven dat – vooruitlopend op de Wet franchise – er een bepaalde waardering (inclusief goodwill) zou worden toegepast bij het overnemen van een franchiseonderneming. Ook tijdens de onderhandelingen tussen partijen over een voortzetting van de samenwerking heeft franchisegever aansluiting gezocht bij deze waarderingmethode. Daaruit concludeert de rechtbank dat ook franchisegever zelf kennelijk van mening was dat het klanten- en relatiebestand van franchisenemer een bepaalde waarde vertegenwoordigt die ook voor vergoeding in aanmerking dient te komen. Franchisegever is dan ook gehouden volgens de rechtbank om alsnog goodwill te voldoen aan franchisenemer.

Wat betreft de omvang van de door franchisegever aan franchisenemer te betalen goodwillvergoeding merkt de rechtbank op dat deze mede afhankelijk is van de gebondenheid van franchisenemer aan een non-concurrentie- en relatiebeding (cursivering auteur):

9 Kamerstukken II 2019/20, 35392, nr. 3 (MvT), p. 9.

10 J.H.M. Spanjaard, Een nieuwe wet, een nieuw geluid – veranderingen voor de franchiseovereenkomst door de Wet franchise, Contracteren 2020/4, p. 149-150.

11 Zie Spanjaard 2020, p. 150.

12 Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108 (DNZB).

13 R.o. 4.10 van Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108 (DNZB).

‘(...) Een andere belangrijke vraag die partijen verdeeld houdt, is de vraag naar de werking van het non-concurrentiebeding en relatiebeding. Omdat de omvang van de vergoedingsplicht van DNZB Franchise zoals hiervoor uiteengezet mogelijk mede afhangt van de gebondenheid en werking van het non-concurrentiebeding en relatiebeding – en dus van belang kan zijn voor de gewenste voorlichting door een deskundige – gaat de rechtbank ook hierop in.’<sup>14</sup>

Aan de deskundige, die uiteindelijk moet bepalen wat de omvang van de goodwillvergoeding dient te zijn, wordt dan ook voorgehouden om rekening te houden met de gebondenheid van franchisenemer aan een postcontractueel non-concurrentie- en relatiebeding (cursive-ring auteur):

‘(...) welke goodwillwaarde kan worden toegekend aan de relaties (zorginstellingen en ZZP'ers) van [franchisenemer], ervan uitgaande dat de contractuele relaties met hen, na 28 februari 2021 zijn voortgezet en [franchisenemer] gehouden is aan het non-concurrentiebeding en relatiebeding in de artikelen 21.3 en 21.4 van de Franchiseovereenkomst zoals onder 4.16 en 4.17 overwogen.’<sup>15</sup>

Kortom, hoewel de wetgever oorspronkelijk dus kennelijk helemaal niet is uitgegaan van enige wisselwerking tussen lid 1 en lid 2 van artikel 7:920 BW, blijkt uit voornoemde uitspraak dat die er wel degelijk is.

### 3. Wijziging looptijd non-concurrentiebeding naar fictieve datum

Uit de praktijk blijkt dat een postcontractueel non-concurrentiebeding in een franchiseovereenkomst doorgaans een looptijd kent van één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst. Zoals hiervoor aangegeven, is tegenwoordig een looptijd van één jaar ook het maximale toelaatbare op grond van artikel 7:920 lid 2 sub d BW. Maar wat nu als partijen van mening verschillen over de datum van beëindiging van de franchiseovereenkomst? Tot wanneer is het non-concurrentiebeding dan van kracht?

Onder meer die vraag kwam bij de rechtbank Limburg aan de orde.<sup>16</sup> Partijen hadden eerder een franchiseovereenkomst met elkaar gesloten waarin (onder meer) een postcontractueel non-concurrentiebeding was opgenomen voor een periode van één jaar na het einde van de

franchiseovereenkomst in de regio Parkstad Heerlen.<sup>17</sup> Daarnaast was in de franchiseovereenkomst een ontbindingsbevoegdheid voor de franchisegever opgenomen die – kort gezegd – inhield dat hij de franchiseovereenkomst kon ontbinden in geval van een betalingsachterstand van de franchisenemer van meer dan € 2.000. Hoewel de franchiseovereenkomst een looptijd kende tot 1 maart 2024 liet franchisenemer eind 2020 al weten de overeenkomst per 1 januari 2021 te willen beëindigen, mede omdat hij geen voordeel van de franchise zou hebben en meer verwachtte van franchisegever. Op enig moment stelde franchisenemer zich zelfs op het standpunt dat franchisegever wanprestatie zou plegen en schortte franchisenemer de betaling van de franchise-fee op.

Franchisegever was niet akkoord met een voortijdige beëindiging van de franchiseovereenkomst en al helemaal niet met het feit dat franchisenemer naliet om de franchise-fee aan hem te betalen. Na enkele maanden (te weten op 13 januari 2021) ontbond franchisegever op grond van de voornoemde ontbindingsbevoegdheid de franchiseovereenkomst. Op dat moment was de betalingsachterstand van franchisenemer echter nog net geen € 2.000 en was er dus geen contractuele bevoegdheid van franchisegever om tot ontbinding van de franchiseovereenkomst over te gaan.

Een dag na voornoemde ontbindingsverklaring van franchisegever (dus 14 januari 2021) ontbond franchisenemer zelf de franchiseovereenkomst. Overigens niet vanwege de onterechte ontbinding van franchisegever – hetgeen overigens voor de hand had gelegen –, maar vanwege de eerder door franchisenemer gestelde wanprestatie van franchisegever (artikel 6:265 BW). In de procedure vorderde franchisegever onder meer nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding. De rechtbank moest om die reden dan ook eerst beoordelen of (en wanneer) de franchiseovereenkomst tussen partijen was komen te eindigen.

Ten aanzien van de ontbinding door franchisegever stelt de rechtbank vast dat deze niet gerechtigd was om op 13 januari 2021 de franchiseovereenkomst te ontbinden op grond van de eerdergenoemde contractuele ontbindingsbevoegdheid. Er was immers nog geen betalingsachterstand van meer dan € 2.000.

Omdat de ontbinding van de franchiseovereenkomst door franchisegever niet gerechtvaardigd is, heeft deze geen rechtsgevolg gehad. De rechtbank moet vervolgens daarom ook de ontbinding van de franchiseovereenkomst door franchisenemer van een dag later beoordelen. Gezien de niet-gerechtvaardigde ontbindingsverklaring van franchisegever een dag eerder lijkt franchisenemer juridisch ‘op rozen’ te zitten. Een niet-gerechtvaardigde ontbindingsverklaring kan immers onder omstandigheden, en afhankelijk van de overige gedragingen van partijen, worden aangemerkt als een mededeling dat een partij (in dit geval: franchisege-

14 R.o. 4.14 van Rb. Rotterdam 22 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13108 (DNZB).

15 R.o. 2.5 van Rb. Rotterdam 11 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3635 (DNZB).

16 Rb. Limburg 6 juli 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:5225 (Witte Woning Makelaars).

17 Het vonnis bevat geen citaat van het non-concurrentiebeding.



ver) zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst niet zal nakomen.<sup>18</sup> Het voor de ontbinding benodigde verzuim treedt dan zonder ingebrekestelling in, aldus artikel 6:83 lid 1 sub c BW.

Helaas voor franchisenemer had hij de franchiseovereenkomst dus niet ontbonden vanwege de niet-gerechvaardigde ontbindingsverklaring van franchisegever een dag eerder, maar kennelijk (alleen) vanwege de eerdergenoemde vermeende wanprestatie. De rechtbank moet dan ook beoordelen of er inderdaad sprake is van tekortkomingen aan de zijde van franchisegever die een ontbinding van de franchiseovereenkomst rechtvaardigen. ‘Nee’, is daarop het antwoord van de rechtbank, omdat franchisenemer de tekortkomingen van franchisegever niet (voldoende) aannemelijk maakt. En bij gebreke daarvan kan er uiteraard niet ontbonden worden.

Dat resulteert in de nogal exotische situatie dat volgens de rechtbank de buitengerechtelijke ontbinding van zowel franchisegever als franchisenemer begin 2021 helemaal geen doel heeft getroffen. Formeel is de franchiseovereenkomst dus nooit geëindigd, aldus de rechtbank, en loopt deze tot 1 maart 2024 door. Omdat franchisegever veiligheidshalve aan de rechtbank nog wel aanvullend een gerechtelijke ontbinding had gevorderd vanwege wanprestatie aan de zijde van franchisenemer – de franchisenemer betaalde hoe dan ook geen franchise-fee meer –, kan de rechtbank wel gerechtelijk ontbinden en wel per 6 juli 2022.

Echter, wat nu te doen met het postcontractuele non-concurrentiebeding dat één jaar van kracht is na de (rechtsgeldige) beëindiging van de franchiseovereenkomst? Formeel zou de franchisenemer op grond van het voorgaande tot 6 juli 2023 gebonden zijn aan het non-concurrentiebeding. Dat gaat de rechtbank echter een stap te ver: aangezien beide partijen er kennelijk van uit zijn gegaan dat de franchiseovereenkomst ofwel op 13 januari 2020 (franchisegever), ofwel op 14 januari 2020 (franchisenemer) was geëindigd, acht de rechtbank een concurrentieverbod voor franchisenemer tot 6 juli 2023 hier niet op zijn plaats. Aldus de rechtbank is het redelijker om de looptijd van het non-concurrentiebeding tot januari 2021 te laten duren, enkele maanden voor het wijzen van het eindvonnis. De vordering van franchisegever om alsnog een beperking op leggen aan franchisenemer wordt daarmee afgewezen. Een praktische oplossing die ook recht doet aan het feitelijk handelen van partijen.

## 4. Effect van wijziging formule op non-concurrentiebeding

Om te beoordelen of een non-concurrentiebeding wordt overtreden, zal bekeken moeten worden of de (nieuwe) bedrijfsactiviteiten van de voormalige franchisenemer in strijd zijn met het beding. Vaak komt het daarbij neer op de vraag of die bedrijfsactiviteiten concurreren met de activiteiten die eerder door de franchisenemer onder de paraplu van de formule werden geëxploiteerd. De activiteiten binnen de formule zijn dan maatgevend. Maar wat nu als gaandeweg de looptijd van de franchiseovereenkomst de formule wijzigt? Welke omvang heeft het non-concurrentiebeding dan?

Bij een kwestie bij de rechtbank Gelderland<sup>19</sup> kwam deze vraag aan de orde. In deze zaak hadden franchisegever en franchisenemer een franchiseovereenkomst met elkaar gesloten met een looptijd tot en met 31 mei 2021. In de franchiseovereenkomst stond zowel een contractueel als een postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen dat franchisenemer verbood om gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst – alsmede één jaar daarna – concurrerende activiteiten te ontplooiën. Het contractuele non-concurrentiebeding was als volgt geformuleerd (cursivering auteur):

‘18.6 Franchisenemer en de vennoten mogen behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van Franchisegever, tijdens de looptijd van de Overeenkomst (i) *generlei zakelijke relatie onderhouden* met een keten en/of een (rechts)persoon en/of een vennootschap *die in dezelfde bedrijfstak een soortgelijk systeem exploiteert* en (ii) niet direct of indirect, zelfstandig of in dienstverband of in de vorm van een (personen)vennootschap werkzaam zijn of financiële dan wel andere zakelijke belangen hebben, zulks in de meest brede zin van het woord, bij een bedrijf, *dat gelijksoortig is aan het door Franchisenemer geëxploiteerde Winkel en/of een organisatie die gelijksoortige activiteiten verricht als Franchisegever.*’<sup>20</sup>

Bij het postcontractuele non-concurrentiebeding zag het verbod er met name op dat franchisenemer na het einde van de franchiseovereenkomst vanuit zijn vestigingspunt geen onderneming mocht drijven via een vergelijkbare formule waardoor verwarring bij het publiek kon ontstaan (cursivering auteur):

‘18.8 Het is Franchisenemer en de vennoten gedurende een periode van één jaar na beëindiging van deze Overeenkomst niet toegestaan *om vanuit de Winkel een onderneming te drijven* onder een formule die gelijk is aan de Formule *waardoor verwarring bij het publiek kan ontstaan* over de vraag of Franchisenemer nog onderdeel uitmaakt van de Formule. In alle gevallen van voortzetting van de onderneming

18 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684 (G4 / Hanzevest).

19 Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

20 R.o. 2.2 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

door Franchisenemer of diens venno(o)t(en) na einde van deze Overeenkomst dienen de voortdurende verplichtingen uit hoofde van deze Overeenkomst, waaronder begrepen doch niet beperkt tot die van artikel 17 en 18, onverkort te worden nageleefd.<sup>21</sup>

Franchisegever en franchisenemer geraakten medio 2020 met elkaar in gesprek vanwege plannen van franchisegever om de formule medio mei/juni 2021 in gewijzigde vorm door te zetten via een andere entiteit. Begin december 2020 liet franchisenemer echter weten niet voornemens te zijn een nieuwe franchiseovereenkomst aan te gaan met deze nieuwe entiteit. Franchisenemer wilde wel de bestaande franchiseovereenkomst per 1 januari 2021 opzeggen, dus voor einde looptijd per 31 mei 2021. Franchisegever liet weten daarmee niet akkoord te gaan en hem aan de contractuele looptijd tot en met 31 mei 2021 te zullen vasthouden.

Per 1 januari 2021 handelde franchisenemer – conform zijn aankondiging – alsof de franchiseovereenkomst wel rechtsgeldig zou zijn opgezegd en voldeed hij ook geen franchise-fee meer. Via een WhatsApp-bericht van 11 februari 2021 gaf franchisenemer aan een samenwerking aan te gaan met een met de franchisegever concurrerende formule. Franchisegever gaf als reactie hierop te kennen dat franchisenemer deze zakelijke relatie met onmiddellijke ingang diende stop te zetten. Franchisenemer legde deze sommatie echter naast zich neer en ging door met zijn handelsactiviteiten met de nieuwe samenwerkingspartner. Medio mei/juni 2021 werd de formule – zoals aangekondigd – inderdaad gewijzigd en werd de nieuwe entiteit de nieuwe franchisegever. Relevant om daarbij nog te benoemen is dat de winkel van franchisenemer van half december 2020 tot en met 1 mei 2021 vanwege coronamaatregelen op last van de overheid was gesloten.

In de gerechtelijke procedure die volgde, vorderde franchisegever onder meer betaling van de contractuele boetes van de franchisenemer vanwege het overtreden van het contractuele non-concurrentiebeding (van 1 januari tot en met 31 mei 2021) en het postcontractuele non-concurrentiebeding (vanaf 1 juni 2021) en een verbod voor franchisenemer om zijn onderneming in de huidige vorm verder te exploiteren.<sup>22</sup>

Allereerst stelt de rechtbank vast dat franchisenemer niet gerechtigd was de franchiseovereenkomst voortijdig op te zeggen per 1 januari 2021. Ook stelt de rechtbank vast dat de franchiseovereenkomst niet met wederzijds goedvinden van partijen voortijdig is beëindigd. Dat betekent volgens de rechtbank dat de franchiseovereenkomst niet tussentijds is beëindigd en dat franchisenemer tot einde looptijd (31 mei 2021) gehouden was

zijn verplichtingen uit hoofde van de franchiseovereenkomst na te komen jegens franchisegever.<sup>23</sup>

In hoeverre franchisenemer het postcontractuele non-concurrentiebeding heeft overtreden, is volgens de rechtbank afhankelijk van wat partijen hebben willen afspreken met dit artikel en is dus een uitlegkwestie die aan de hand van de Haviltex-formule moet worden beantwoord.<sup>24</sup> De uitleg van het non-concurrentiebeding wordt niet alleen gegeven op grond van een zuiver taalkundige uitleg, maar komt tevens aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de gebruikte bewoordingen mochten toekennen en op wat zij daaromtrent redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij die uitleg zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid meebrengen, telkens van beslissende betekenis,<sup>25</sup> aldus de rechtbank in r.o. 4.10 van het vonnis.

Doordat medio mei/juni 2021 de franchiseformule is gewijzigd, wordt naar het oordeel van de rechtbank met de term ‘de Formule’ in artikel 18.8 van de franchiseovereenkomst de nieuwe (gewijzigde) formule bedoeld en niet (meer) de oude formule. Dat is immers hoe de franchiseformule per mei/juni 2021 volgens franchisegever in de praktijk wordt ingevuld.<sup>26</sup> De rechtbank merkt ook op dat deze uitleg aansluit bij de ratio van artikel 18.8 van de franchiseovereenkomst, waarbij het doorslaggevend is of er door de nieuwe (concurrerende) formule van de franchisenemer verwarring bij het publiek kan ontstaan of hij nog onderdeel uitmaakt van de door franchisegever ontwikkelde franchiseformule.<sup>27</sup> Lijkt de winkel van de voormalige franchisenemer nog op een winkel van de oude formule, dan kan deze verwarring niet ontstaan omdat de oude formule per mei/juni 2021 niet meer bestaat.<sup>28</sup> Nu daar (kennelijk) sprake van is, wordt de vordering van franchisegever tot het opleggen van een verbod op franchisenemer om zijn onderneming in de huidige vorm verder te exploiteren afgewezen. Om die reden wordt ook de vordering van franchisegever op contractuele boetes vanwege overtreding van het postcontractuele non-concurrentiebeding afgewezen door de rechtbank.<sup>29</sup>

Wat betreft de overtreding van het contractuele non-concurrentiebeding komt de rechtbank echter tot een ander oordeel. Het was de franchisenemer, aldus de rechtbank, toegestaan om zich na de looptijd van de franchiseovereenkomst aan te sluiten bij een bedrijf dat voetbalartikelen verkoopt, mits er geen verwarring ontstaat bij het publiek. Onderhandelingen daarover gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst zijn om die reden niet in strijd met het contractuele non-con-

21 R.o. 2.2 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

22 Franchisegever stelde zich immers op het standpunt dat de franchiseovereenkomst niet rechtsgeldig door franchisenemer was opgezegd per 1 januari 2021.

23 R.o. 4.8 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

24 R.o. 4.10 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

25 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (DSM/Fox).

26 R.o. 4.11 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

27 R.o. 4.11 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

28 R.o. 4.11 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

29 R.o. 4.12 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

currentiebeding, volgens de rechtbank.<sup>30</sup> Wel is er volgens de rechtbank sprake van een overtreding van het (breder geformuleerde) contractuele non-concurrentiebeding vanaf het moment dat franchisenemer vanaf 11 februari 2021 de samenwerking met de nieuwe samenwerkingspartner naar buiten toe bekend heeft gemaakt.<sup>31</sup> Op dat moment was er immers geen sprake meer van zuivere onderhandelingen. Gezien de ratio van artikel 18.6 van de franchiseovereenkomst, te weten de bescherming van de concurrentiepositie van franchisegever, acht de rechtbank het feit dat franchisenemer zich vanaf 11 februari 2021 naar buiten toe heeft gepresenteerd als onderdeel van de samenwerkingspartner in dit geval van doorslaggevend belang voor de conclusie dat er vanaf dat moment sprake is van een zakelijke relatie.<sup>32</sup> Derhalve is er sprake van een overtreding van het contractuele non-concurrentiebeding en (dus) is franchisenemer boetes verschuldigd.

## 5. Matigen contractuele boete

Het beroep van franchisenemer op matiging van de contractuele boete wordt toegewezen, maar pas nadat de rechtbank heeft toegelicht dat een dergelijke matiging niet eenvoudig kan worden toegewezen. De rechtbank stelt conform bestendige rechtspraak voorop dat de bevoegdheid tot matiging van een contractuele boete op grond van artikel 6:94 BW terughoudend gehanteerd moet worden.<sup>33</sup> De in artikel 6:94 BW opgenomen maatstaf brengt met zich mee dat een rechter pas een contractueel boetebeding kan matigen als dit in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig, en daarom onaanvaardbaar, resultaat leidt.<sup>34</sup> Daarbij dient de rechter niet alleen te letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het boetebeding en op de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.<sup>35</sup>

De rechtbank ziet – ondanks dat terughoudendheid moet worden betracht – toch aanleiding om de contractuele boete te matigen. Zo wijst de rechtbank erop dat medio 2020 duidelijk was dat de franchiseformule van franchisegever niet in de toen bestaande vorm zou blijven bestaan, maar zou worden gewijzigd. Medio februari 2021 waren de andere franchisenemers kennelijk al druk bezig met het omschakelen naar de nieuwe formule. De rechtbank ziet dan ook niet waarom franchisenemer dan als enige franchisenemer, althans als een van de zeer weinige franchisenemers, nog een winkel volgens de oude formule zou moeten blijven exploiteren. Ook is volgens de rechtbank onvoldoende duidelijk ge-

worden wat de schade is die franchisegever heeft opgelopen, omdat franchisenemer al in februari 2021 is gaan samenwerken met de nieuwe partij in plaats van 1 juni 2021 (einde looptijd overeenkomst).

Verder acht de rechtbank het van belang dat de winkel van franchisenemer in de periode van 11 februari tot 1 juni 2021 voor een groot gedeelte was gesloten vanwege vanuit de overheid opgelegde coronamaatregelen. Dat franchisenemer ging samenwerken met een nieuwe partij is daarom maar in beperkte mate zichtbaar geweest voor het publiek, aldus de rechtbank.<sup>36</sup> Vervolgens matigt de rechtbank de gevorderde boete. Voor een geheel buiten beschouwing laten van het contractuele boetebeding vanwege de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 2 BW) of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) ziet de rechtbank geen aanleiding. Het feit dat franchisegever doende was om de formule te wijzigen, rechtvaardigt volgens de rechtbank niet dat franchisenemer de gehele franchiseovereenkomst niet meer nakomt door over te stappen naar een concurrerende organisatie gedurende de looptijd van de franchiseovereenkomst.<sup>37</sup> Ook is niet gebleken dat franchisegever zijn verplichtingen jegens franchisenemer niet zou zijn nagekomen of dat franchisegever in het geheel is aangesproken door franchisenemer voor zaken die niet goed zouden zijn.

In een andere kwestie kwam de rechtbank Midden-Nederland eveneens tot een matiging van een boete als gevolg van overtredingen van een postcontractueel non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst.<sup>38</sup> Hoewel vaststond dat franchisenemer het beding had overtreden, zag de rechtbank aanleiding om een boete van € 10.000 te matigen naar € 1.000. De rechtbank overweegt dat zij op grond van artikel 6:94 lid 1 BW uitsluitend bevoegd is de overeengekomen boete op verlangen van de schuldenaar te matigen in die gevallen dat de billijkheid matiging klaarblijkelijk eist. Dit brengt mee, aldus de rechtbank, dat de boete gematigd kan worden indien toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat zou leiden. Hoewel niet met zoveel woorden genoemd door de rechtbank, moet hier eerder genoemde terughoudendheid uit worden opgemaakt. Van belang daarbij is de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, de aard van de overeenkomst en de inhoud en strekking van het beding, alsmede de omstandigheden waaronder het is ingeroepen, alsmede de overige omstandigheden van het geval.<sup>39</sup>

Redenen voor de rechtbank om de boete in dit geval te matigen waren gelegen in het handelen van franchisegever. Die had kennelijk pas na (bijna) vier maanden

30 R.o. 4.14 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

31 R.o. 4.15 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

32 R.o. 4.14 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

33 R.o. 4.18 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

34 R.o. 4.18 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

35 HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (Intrahof/ Bart Smit).

36 R.o. 4.20 van Rb. Gelderland 11 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2364.

37 HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (Intrahof/ Bart Smit).

38 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021.

39 R.o. 3.10 van Rb. Midden-Nederland 15 december 2021.



franchisenemer gesommeerd om de concurrerende activiteiten te staken. De rechtbank overweegt dat, doordat franchisegever pas na geruime tijd is gaan sommeren, hij zelf het risico heeft aanvaard dat hij schade zou lijden door de concurrerende activiteiten van de voormalige franchisenemer.<sup>40</sup> Dat franchisegever verder een schade van € 10.000 zou hebben geleden, die een boete van die omvang zou kunnen rechtvaardigen omdat er geen nieuwe franchisenemer kon worden aangetrokken voor die locatie, is, aldus de rechtbank, niet gebleken. Daarbij overweegt de rechtbank dat de fysieke winkel in de betreffende periode gesloten was door de coronamaatregelen, waardoor een eventuele nieuwe franchise-nemer hoe dan ook minder omzet zou hebben gehad, dus een lagere omzetgerelateerde franchise-fee had hoeven betalen aan franchisegever. Maar franchisegever heeft hoe dan ook niet voldoende onderbouwd dat hij in overleg was met één of meer kandidaat-franchisenemers om de exploitatie ter plaatse over te pakken.<sup>41</sup> Onder die omstandigheden acht de rechtbank een boete van € 10.000 voor de overtredingen buitensporig en daarmee onaanvaardbaar. Wel is volgens de rechtbank voldoende aannemelijk dat franchisegever enige schade heeft geleden, alleen al omdat hij franchisenemer moest aanspreken vanwege de overtredingen. De rechter houdt echter geen rekening met de stelling van franchisenemer dat franchisegever met andere vertrekkende franchisenemers wel met gesloten beurzen heeft afgewikkeld.<sup>42</sup>

## 6. Omzeilen non-concurrentiebeding door overgang onderneming

Een vertrekkende franchisenemer die voornemens is om zijn activiteiten voort te zetten, maar ook gehouden kan worden aan een postcontractueel non-concurrentiebeding, zal soms de nodige creativiteit laten zien. Een beproefd middel daarbij is het betrekken van een derde partij die niet is gebonden aan het non-concurrentiebeding, bij voorkeur een familielid of levenspartner.

In een kwestie bij de rechtbank Den Haag<sup>43</sup> hadden twee personen een relatie met elkaar en woonden zij samen. Persoon 1 was bestuurder en enige aandeelhouder van B.V. 1. Persoon 2 was bestuurder en enige aandeelhouder van B.V. 2, zijnde de bestuurder en enige aandeelhouder van franchisenemer én bestuurder en enige aandeelhouder van B.V. 3. Deze laatste vennootschap was eigenaar van een bedrijfspand. Franchisenemer had van B.V. 3 het bedrijfspand van waaruit de franchise werd geëxploiteerd, gehuurd. Franchisenemer en persoon 2 in privé hadden op hun beurt een franchiseovereen-

komst gesloten met franchisegever. In deze overeenkomst was een postcontractueel non-concurrentiebeding opgenomen. Dat beding hield in dat franchisenemer en persoon 2 in privé gedurende een periode van één jaar na het einde van de franchiseovereenkomst vanuit het vestigingspunt geen concurrerende goederen of diensten mochten aanbieden.

Op grond van de franchiseovereenkomst exploiteerde franchisenemer (en persoon 2) een tweetal gefranchiseerde vestigingen. Persoon 1 was daarbij als werknemer in dienst bij franchisenemer. Franchisenemer zegde per brief de franchiseovereenkomst op per 10 oktober 2021. Enkele maanden eerder had persoon 1 haar loondienstverband opgezegd bij franchisenemer en daarbij tevens een nieuwe vennootschap opgericht, te weten voornoemde B.V. 1, die vanuit het voormalige bedrijfspand van franchisenemer met de formule concurrerende activiteiten ontplooid. Franchisegever was van mening dat persoon 1 en B.V. 1 hiermee onrechtmatig handelden jegens haar, omdat daardoor – kort samengevat – de onderneming van franchisenemer onverkort werd voortgezet zonder enige acht te slaan op het non-concurrentiebeding. Ook was franchisegever van mening dat franchisenemer zich niet hield aan het postcontractuele non-concurrentiebeding, mede gezien de inhoud van een (niet-ondertekende) e-mail die kennelijk aan een klant was gestuurd met als inhoud: ‘(...) Per 10 oktober liep mijn franchisecontract af. We hebben nu een eigen merk in de markt gezet voor onze twee vestigingen.’<sup>44</sup>

Aangezien B.V. 1 en persoon 1 naar aanleiding van sommaties van franchisegever hun activiteiten niet staakten, startte franchisegever een kort geding waarin zij onder meer vorderde dat franchisenemer en persoon 2 het non-concurrentiebeding zouden nakomen en elke betrokkenheid bij concurrerende activiteiten zouden staken en gestaakt houden. Ook vorderde zij dat B.V. 1 en persoon 1 hun activiteiten zouden staken. Gedaagden voerden echter aan dat B.V. 2 haar gehele onderneming eerder had overgedragen aan B.V. 1, inclusief inventaris, voorraad, inrichting en de medewerkers. Aangezien B.V. 1 en persoon 1 niet gebonden zijn aan een postcontractueel non-concurrentiebeding, zou er geen belemmering voor hen zijn om de activiteiten van franchisenemer voort te zetten.

De rechter acht voldoende aannemelijk op basis van de voorhanden stukken dat franchisenemer inderdaad diens onderneming volledig heeft overgedragen aan B.V. 1.<sup>45</sup> En het zijn volgens de rechter slechts franchisenemer en persoon 2 die zijn gebonden aan het postcontractuele non-concurrentiebeding en dus niet B.V. 1. Pas als aangetoond kan worden dat franchisenemer of persoon 2 betrokken is bij B.V. 1 zou sprake kunnen zijn van overtreding van het non-concurrentiebeding. En dat

40 R.o. 3.10 van Rb. Midden-Nederland 15 december 2021.

41 R.o. 3.12 van Rb. Midden-Nederland 15 december 2021.

42 R.o. 3.12 van Rb. Midden-Nederland 15 december 2021.

43 Rb. Den Haag 4 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:993 (Multicopy).

44 R.o. 2.11 van Rb. Den Haag 4 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:993 (Multicopy).

45 R.o. 4.6 van Rb. Den Haag 4 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:993 (Multicopy).



wordt volgens de rechtbank niet aannemelijk gemaakt door franchisegever. De hiervoor genoemde e-mail – die door franchisegever in het geding was gebracht – maakt dat volgens de rechtbank niet anders, omdat de e-mail niet was ondertekend en niet duidelijk was dat persoon 2 de e-mail heeft gestuurd.<sup>46</sup>

B.V. 1 en persoon 1 kunnen dus niet worden aangesproken op nakoming van het postcontractuele non-concurrentiebeding. Maar is er dan wel sprake van onrechtmatig handelen van B.V. 1 of persoon 1 omdat zij hebben geprofiteerd van de wanprestatie van franchisenemer? Nee, aldus de rechtbank. Franchisenemer heeft aldus de rechtbank – zie hiervoor – geen wanprestatie gepleegd, dus B.V. 1 en persoon 1 kunnen niet profiteren van een niet-bestaande wanprestatie. Ook is er geen sprake van een onrechtmatige daad op zichzelf: er zijn namelijk geen bijzondere omstandigheden genoemd of aan het licht gekomen die het handelen van B.V. 1 en persoon 1 een onrechtmatig karakter geven.<sup>47</sup> In dit geval loonde het dus om de onderneming te verkopen aan de levenspartner.

## 7. Conclusie

Het postcontractuele non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst blijft een regelmatig terugkerend geschilpunt tussen franchisegevers en franchisenemers. Dat blijkt ook weer uit deze bijdrage. Daarbij valt op dat een franchisegever doorgaans zonder problemen nakoming kan vorderen van een schriftelijk postcontractueel non-concurrentiebeding. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt die nakoming door een rechter (geheel of gedeeltelijk) beperkt. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bijvoorbeeld als de onverkorte toepassing van de overeenkomst zou leiden tot een onaannembare termijn waaraan de franchisenemer nog is gebonden aan het concurrentiebeding. Dan wel als de contractuele boete op basis van het contract te vorderen is, maar naar de maatstaven van redelijkheid onaannembaar hoog is in de gegeven omstandigheden. Hoewel daarbij door rechters de nodige terughoudendheid wordt betracht die inherent bij dit leerstuk hoort, toont het wel aan dat het verstandig kan zijn als een (ex-)franchisenemer een beroep doet op de redelijkheid en billijkheid als hij wordt aangesproken door de franchisegever.

Ook de Wet franchise kan een non-concurrentiebeding aantasten. Vanaf 1 januari 2023 moeten de postcontractuele non-concurrentiebedingen in alle franchiseovereenkomsten voldoen aan de criteria die de Wet franchise voorschrijft. Is dat niet het geval, dan riskeert de fran-

chisegever dat het non-concurrentiebeding van rechtswege nietig is – een forse sanctie.

Het feit dat in ieder geval één rechtbank heeft opgemerkt dat er inderdaad wisselwerking zit tussen een postcontractueel non-concurrentiebeding en de omvang van een eventuele goodwillvergoeding betekent dat ook dit element meegenomen kan worden (en dient te worden) in discussies over de aard en omvang van een non-concurrentiebeding tussen franchisegever en franchisenemer.

Verder blijkt uit deze bijdrage dat met de nodige creativiteit een postcontractueel non-concurrentiebeding kan worden omzeild door de tussenkomst van een derde, zoals de levenspartner van een (ex-)franchisenemer. Daarbij is het onder meer van belang dat de (ex-)franchisenemer geen enkele bemoeienis heeft bij de betreffende concurrerende onderneming van die derde. Is dat wel het geval, dan kan er alsnog sprake zijn van een overtreding van het non-concurrentiebeding. De derde loopt dan het risico dat hem een onrechtmatige daad wordt aangewreven omdat hij profiteert van de wanprestatie van de (ex-)franchisenemer.

46 R.o. 4.7 van Rb. Den Haag 4 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:993 (Multicopy).

47 R.o. 4.9 van Rb. Den Haag 4 februari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:993 (Multicopy).