

De concurrentiebedingboete.

Mr. M.B.M.C. van den Berg, advocaat te Tilburg

Op de niet nakoming van verplichtingen in de arbeidsovereenkomst wordt door werkgevers vaak gebruik gemaakt van de mogelijkheid deze niet nakoming in de arbeidsovereenkomst te sanctioneren met een vooraf vastgestelde boete. Sinds de invoering per 1 april 1997 van titel 7:10 BW zijn in de literatuur en jurisprudentie de meningen verdeeld geweest over de status van het in een concurrentiebeding opgenomen boetebeding. Dient het in een concurrentiebeding opgenomen boetebeding te voldoen aan de voorschriften van artikel 7:650 BW of dient artikel 7:653, net als zijn voorganger, artikel 7A:1637x, nog altijd als een aan de bepaling van artikel 7:650 BW derogerende *lex specialis* te worden gezien? Op 4 april 2003 sprak de Hoge Raad verlossende woorden. Het wetsvoorstel voor de nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding bevat geen expliciete regeling van het boetebeding zodat geen wijziging van de uitleg in het arrest van de Hoge Raad te verwachten is.

Vóór 1 april 1997

Onder het voor 1 april 1997 geldende recht was de heersende leer dat het boetebeding in artikel 7A:1637u en art. 7A:1637v BW, waarin de verplichte keuze tussen de boete of het recht op schadevergoeding werd geregeld, niet van toepassing waren op het concurrentiebeding van art. 7A:1637x BW. De artikelen 7A:1637u en 1637v BW werden oorspronkelijk alleen geschreven als disciplinaire maatregel op overtredingen begaan tijdens het dienstverband. Uit de parlementaire geschiedenis betreffende de invoering van de boeteregeling blijkt dat de wetgever deze niet toepasselijk achtte op het concurrentiebeding. Art. 7A:1637x BW diende te worden gezien als een *lex specialis*, het bevatte immers een zelfstandige regeling in lid 4, hoewel het woord boet hier niet in voorkwam¹: *“Indien door den werkgever van den arbeider eene schadevergoeding is bedongen voor het geval, dat deze in strijd handelt met een beding als in het eerste lid bedoeld, zal de rechter steeds bevoegd zijn de schadevergoeding op eene kleinere som te bepalen, zoo de bedongene hem bovenmatig voorkomt.”*²

Sinds 1 april 1997

Artikel 6: 91 e.v. BW

In boek 6, titel 1, afd. 9 BW worden de gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis geregeld, met in de artikelen 91 e.v. het boetebeding, zijnde het beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan. De schuldeiser kan niet tegelijkertijd nakoming van de hoofdverbintenis en betaling van de boete vorderen. De boete treedt in de plaats van de aanvullende en vervangende schadevergoeding die op grond van de wet is verschuldigd. Deze bepalingen uit artikel 6:92 BW zijn van aanvullend recht zodat partijen hiervan kunnen afwijken. De rechter heeft de bevoegdheid de bedongen boete te matigen of aan te vullen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist.

¹ Zie hierover C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, pag. 6.2

² Zo ook Advocaat-Generaal Ten Kate in zijn conclusie bij Hoge Raad 21 oktober 1983, NJ 1984,166.

Artikel 7: 650 BW

Als *lex specialis* ten opzichte van de artikelen 6:91 e.v. BW heeft sinds 1 april 1997 art. 7:650 e.v. BW te gelden. Hierin is de boete gesteld op overtreding van de voorschriften van de arbeidsovereenkomst geregeld. Aangezien een boetebeding vrij gemakkelijk in een arbeidsovereenkomst kan worden opgenomen en de arbeidsovereenkomst veelal eenzijdig door de werkgever wordt opgesteld en de werknemer hierin weinig zeggenschap heeft, heeft de wetgever voor het boetebeding in een arbeidsovereenkomst bijzondere waarborgen in de wet vastgelegd.³ Artikel 7:650 BW stelt aan het boetebeding een aantal eisen:

- de voorschriften op overtreding waarvan de boete is gesteld alsmede het bedrag van de boete dienen te zijn opgenomen in de arbeidsovereenkomst of de CAO (lid 1),
- de overeenkomst waarbij boete wordt bedongen wordt schriftelijk aangegaan (lid 2),
- de bestemming van de boete moet in de overeenkomst zijn vermeld, en mag noch onmiddellijk noch middellijk strekken tot persoonlijk voordeel van de werkgever zelf of van degene aan wie de werkgever de bevoegdheid heeft verleend om aan werknemers een boete op te leggen (lid 3),
- de boete dient te zijn uitgedrukt in het geld waarin het loon in geld is vastgesteld (lid 4),
- de hoogte van de boete is gemaximeerd. Binnen een week mag aan de werknemer geen hoger bedrag aan gezamenlijke boetes worden opgelegd dan zijn in geld vastgesteld loon voor een halve dag (lid 5).

De eerste twee leden van artikel 7:650 BW zijn van dwingend recht, afwijking van deze leden maakt het beding nietig. De leden 3, 4 en 5 zijn van semi-dwingend recht. Hiervan kan volgens lid 6 bij schriftelijk aangegane overeenkomst worden afgeweken doch slechts indien het loon van de werknemer meer bedraagt dan het voor hem geldende minimumloon. Dit onderscheid zou tot een onderscheid kunnen leiden in de hoogte van de boete tussen werknemers met loon ter hoogte van het minimumloon enerzijds en werknemers met een hoger loon anderzijds.⁴

Het oude artikel 7A:1637v is opgenomen in artikel 7:651 BW. In art. 7:653 BW is het concurrentiebeding geregeld. In dit artikel is geen met lid 4 van art. 7A:1637x BW vergelijkbare bepaling opgenomen. Gezien de structuur van de wet zou art. 7:650 ook van toepassing kunnen zijn op het concurrentiebeding. Deze mening is in de literatuur en jurisprudentie ook wel verdedigd, bijvoorbeeld door Grapperhaus. Hij was deze mening toegedaan nu een voorgestelde beperking van de boeteregeling van de ontwerp titel 7.10 BW tot boeten met een disciplinair karakter later ongedaan werd gemaakt.⁵

Zo bepaalde ook het Gerechtshof te Leeuwarden:⁶

“Uit meergenoemd artikel 12 van de arbeidsovereenkomst blijkt ten slotte niet in welke bestemming van de (eventueel) verbeurde boetebedragen als bedoeld in art. 7:650 lid 3 BW is voorzien. Desgevraagd heeft Metra ten pleidooie in hoger beroep doen verklaren dat zodanige bestemming niet uit enige bepaling van de arbeidsovereenkomst blijkt. Evenmin blijkt uit de overeenkomst dat partijen expliciet hun wil hebben gericht op de in lid 6 van genoemd artikel bedoelde afwijking van het bepaalde in lid 3.

Ofschoon partijen ook het bovengenoemde niet in hun debat hebben betrokken, kan voorshands - nu toch genoemde bepaling van (semi-)dwingendrechtelijke aard moet worden geacht - niet zonder meer worden uitgegaan van geldigheid van het boetebeding, waar het de kennelijke bedoeling van Metra is geweest om de boete ten eigen behoeve te incasseren. Zulks

³ Zie Loonstra/ Zondag, Arbeidsrechtelijke themata 2004, par. 7.2, pag. 156

⁴ Zie Loonstra/ Zondag, a.w., pag. 157

⁵ F.B.J. Grapperhaus, Werknemersconcurrentie (diss. '95), pag. 299 ev

⁶ 24 juni 1998, JAR 1998, 151

staat mede aan toewijzing van de gevorderde boetesom in de weg, waaraan voorshands niet kan afdoen dat Metra desgevraagd ten pleidooie in appèl heeft verklaard er geen bezwaar tegen te hebben dat het hof de bestemming van de boete bepaalt.” In gelijke zin oordeelde de President van de rechtbank Amsterdam op 18 november 1999.⁷

De meningen in literatuur en rechtspraak bleven echter verdeeld. De meerderheid leek van mening dat artikel 7:653 BW als een aan de bepaling van artikel 7:650 BW derogerende *lex specialis* diende te worden gezien. De in een concurrentiebeding opgenomen boetebepaling viel daarmee (slechts) onder de algemene boeteregeling in de artikelen 6:91 e.v. BW. Al in zijn conclusie bij bovenvermeld arrest van de Hoge Raad van 21 oktober 1983 schreef Advocaat-Generaal Ten Kate in punt 44: *“In art. 7.10.4.5 (7:653 BW, toevoeging MB) komt art. 1637x lid 4 niet voor, omdat in de hier bedoelde matiging reeds voorzien wordt in de art. 6.1.8.16 t/m 6.1.8.18 NBW (6:91 t/m 94 BW, MB).”* Ten Kate verwees derhalve niet naar het nieuwe artikel 7:650 BW als zijnde toepasselijk op 7:653 BW maar ging ervan uit dat de heersende leer ook na de wetwijziging van 1997 van kracht zou blijven.

De Hoge Raad wees op 4 april 2003⁸ een arrest dat aan alle verdeeldheid een einde maakte. Naar aanleiding van de grief dat het boetebeding in het concurrentiebeding nietig zou zijn omdat het in strijd met art. 7:650 geen bestemming vermeldde overwoog de Rechtbank Amsterdam in hoger beroep op 19 december 2001 het volgende:

*“Uit de parlementaire geschiedenis betreffende de invoering van het boetebeding in het arbeidsrecht (artikelen 1637u en 1637v (oud) BW) blijkt dat de wetgever destijds deze artikelen niet van toepassing achtte op het concurrentiebeding ex artikel 1637x (oud) BW, dat moest worden gezien als een *lex specialis*. Ter toelichting wees de minister erop dat het boetebeding van artikel 1637u (oud) BW zag op disciplinaire maatregelen tijdens de duur van het dienstverband, terwijl het concurrentiebeding eerst na beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan de orde is. Tot de invoering van titel 7:10 BW per 1 april 1997 gold deze uitleg als de heersende leer. Als nevenargument voor deze opvatting is tevens betoogd dat het concurrentiebeding ertoe strekt om nakoming van dit beding te verzekeren en dat de verbeurde boete meer het karakter van schadevergoeding heeft, zodat er geen grond is om deze boete niet tot persoonlijk voordeel van de werkgever te doen strekken.*

Uit de wetsgeschiedenis betreffende de invoering van de artikelen 7:650, 7:651 en 7:653 BW blijkt niet dat is beoogd om materiële wijzigingen tot stand te brengen. In de nieuwe wettekst is voorts de plaats en rangorde van de artikelen over het boetebeding ten opzichte van dat van het concurrentiebeding niet gewijzigd. Het vierde lid van artikel 7A:1637x (oud) BW is slechts verwijderd omdat reeds op grond van 6:94 BW een algemene matigingsbevoegdheid geldt bij boetebedingen.

Slotsom is dan ook dat er geen grond is om de tot voorheen heersende leer, zoals hiervoor omschreven, met betrekking tot de verhouding tussen het boetebeding en het concurrentiebeding, niet langer als geldend te aanvaarden. Dat in het aanvankelijke Ontwerp voor titel 7:10 BW een uitdrukkelijk onderscheid tussen beide soorten boetes is voorgesteld en invoering daarvan uiteindelijk achterwege is gebleven, maakt dit niet anders omdat de achterliggende reden daarvoor is dat het arbeidstuchtrecht volledige vernieuwing behoeft en niet op onderdelen moet worden aangepast.

⁷ JAR 1999, 271.

⁸ JAR 2003 107, Ghisyawan – LAN Alyst

Gelet op deze omstandigheden behoeft de in het kader van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen boeteregeling niet te voldoen aan de vereisten van artikel 7:650 BW en geldt niet de voorwaarde van vermelding van de bestemming van de boete. De vierde grief kan derhalve evenmin slagen. Naar aanleiding van deze grief overweegt de rechtbank het volgende.”

In cassatie werd geklaagd dat de Rechtbank in deze overwegingen blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu in de wet geen uitdrukkelijke uitzondering is opgenomen voor de toepasselijkheid van art. 7:650 BW op een aan een concurrentiebeding verbonden boete.

In de conclusie van Advocaat –Generaal mr. Keus, waarin hij uitgebreid de verdeelde lagere rechtspraak en literatuur bespreekt, concludeert hij als volgt:

“Naar mijn mening moet bij de meerderheidsopvatting in de literatuur worden aangesloten. Tot de inwerkingtreding van de huidige titel 7:10 BW gold de bepaling over de aan boeten te geven bestemming naar heersende opvatting niet voor boeten, verbonden aan de overtreding van een concurrentiebeding. In de geschiedenis van totstandkoming van de Vaststellingswet titel 7.10 (Arbeidsovereenkomst), waarmee niet meer dan een "technische" herziening werd beoogd, (50) zie ik onvoldoende aanwijzingen die de conclusie zouden kunnen rechtvaardigen dat titel 7.10 BW met de bedoelde, heersende opvatting heeft gebroken. Daarop wijst ook niet hetgeen in de op 14 juni 1995 ontvangen nota naar aanleiding van het verslag over wetsvoorstel 23 974 met betrekking tot het arbeidstuchtrecht van regeringszijde werd opgemerkt. Sprekende over het toepassingsbereik van een nieuw ontwerp-artikel 7:650 BW merken de beide verantwoordelijke ministers op:

"In dit verband merken wij op dat wij in dit verband niet denken aan overtredingen van concurrentiebedingen. Daarvoor geldt artikel 7:653." (51)

Ook deze opmerking wijst erop dat art. 7:653 BW althans aan regeringszijde nog altijd als een aan de bepaling van art. 7:650 BW derogerende lex specialis werd gezien, (52) ondanks het gevorderde stadium dat de behandeling van wetsvoorstel 23 438 (Vaststelling van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek) inmiddels had bereikt. Ten slotte wijs ik erop dat ook de memorie van toelichting bij het bij de Tweede Kamer in behandeling zijnde voorstel van wet tot wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding (53) niet van toepasselijkheid van art. 7:650 BW uitgaat. Zonder dat van art. 7:650 BW zelfs maar melding wordt gemaakt, wordt over het ontbreken van bepalingen over de aan overtredingen van concurrentiebedingen te verbinden geldboeten opgemerkt:

"Voor het concurrentiebeding geldt reeds de algemene boeteregeling op grond van de artikelen 6:91 BW en volgende."

Ook het vierde onderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden.”

De Hoge Raad is er vervolgens kort over:

“Onderdeel 4 keert zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat een in het kader van een concurrentiebeding opgenomen boeteregeling niet behoeft te voldoen aan de voorwaarde dat de bestemming van de boete is vermeld. Het onderdeel faalt. De Rechtbank heeft met juistheid overwogen dat onder het voorheen geldende recht de heersende leer was dat art. 7A:1637u lid 3 (oud) BW, waarin het vereiste was neergelegd dat het boetebeding de bestemming der

boeten vermeldt, niet van toepassing is op het concurrentiebeding van art. 7A:1637x (oud), en dat uit de wetsgeschiedenis van de huidige artikelen 7:650 en 7:653 niet blijkt dat beoogd is in dit opzicht een materiële wijziging aan te brengen. De slotsom is, aldus de Rechtbank, dat er geen grond is de voorheen heersende leer met betrekking tot de verhouding tussen het boetebeding en het concurrentiebeding niet langer als geldend te aanvaarden. De Hoge Raad verenigt zich met dit oordeel. Zoals blijkt uit de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.19 strookt dit ook met het standpunt van de meerderheid van de literatuur omtrent art. 7:650 en 7:653.”

Wetsvoorstel 28167

Is er met het wetsvoorstel betreffende het nieuwe concurrentiebeding nu een wijziging te verwachten in de thans geldende wet en rechtspraak? Als het aan de MDW werkgroep Concurrentiebeding had gelegen wel.⁹ In paragraaf 3.6 van het op 31 mei 1997 gedateerde rapport overweegt de werkgroep:

“In het empirisch onderzoek is geen algemene lijn ontdekt in de wijze waarop de hoogte van de boete wordt bepaald. In sommige bedingen wordt volstaan met één bedrag bij overtreding. In andere bedingen is de boete verschuldigd per tijdseenheid (per week of per dag). Een klein aantal gebruikt een combinatie van deze twee berekeningswijzen. Ook de hoogte van de boete varieert. Meestal wordt uitgegaan van een vaste som. In een aantal gevallen is het salaris van de werknemer het aanknopingspunt. Een gering aantal bedingen legt een verband met de schade die moet zijn geleden.

In ongeveer de helft van de gevallen met een vast bedrag is de hoogte van de boete vastgesteld op een bedrag tussen f 10.000,-- en f 100.000,--. In 8 procent van de gevallen werd een boete hoger dan f 100.000,-- bedongen. In 60 procent van de gevallen waarin de boete is bepaald op een vast bedrag per dag, ligt de hoogte tussen f 1.000,-- en f 10.000,--. Bij 7 procent ligt dit hoger dan f 10.000,-- per dag.”

In de contouren van de door de werkgroep voorgestelde wettelijke regeling van het concurrentiebeding werkt zij het boetebeding als volgt uit:

“De werkgroep acht het noodzakelijk dat terzake van de boete regels worden gesteld. Thans kunnen de boetes zo hoog oplopen, dat de remmende werking van het concurrentiebeding daardoor onevenredig wordt vergroot. De werkgroep constateert dat een werknemer een relatief groter risico loopt als hij bij overtreding van het beding een vast bedrag ineens verschuldigd is dan in het geval dat een vast bedrag per dag is overeengekomen. Uiteraard hangt dit ook samen met de hoogte van de boete. In de huidige situatie kunnen de boetebedragen ruim boven het jaarsalaris liggen. Gekoppeld aan het feit dat de werknemer thans langdurig in het ongewisse blijft of een (naar inhoud en reikwijdte contractueel niet nader afgeperkt) concurrentiebeding wel toelaatbaar is, acht de werkgroep de hoge boetes die in de praktijk voorkomen niet aanvaardbaar.

Omwille van de rechtszekerheid pleit de werkgroep voor meer uniformiteit en begrenzing van de hoogte van de boete. De werkgroep denkt hierbij aan het regelen van zowel de systematiek als de maximale omvang die de boete kan hebben. Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een maximumbedrag per dag. Een duidelijke boeteregeling zal naar het oordeel van de werkgroep leiden tot minder matigingsprocedures.”

Een en ander resulteert in nummer 5 van de 11 conclusies en aanbevelingen van de werkgroep:

⁹ verslag MDW werkgroep is te vinden op het internet apps.ez.nl/mdw, trefwoord concurrentiebeding

“Aan de hoogte en de wijze van berekening van de in concurrentiebedingen overeen te komen boetes worden in de wet nadere eisen gesteld.”

De regering neemt deze aanbeveling van de werkgroep echter niet over, hoewel zij stelt dat in de praktijk hoge boetes voorkomen.¹⁰ Voor het concurrentiebeding geldt, zo stelt de regering, reeds de algemene boeteregeling op grond van de artikelen 6:91 BW en volgende. De vraag is of voor de rechter een nadere regeling van de boete in artikel 653 Boek 7 BW noodzakelijk en wenselijk is. Naar mening van de regering is dit niet het geval. Zij motiveert dit als volgt:

“In het wetsvoorstel wordt enerzijds de ongewisheid van de werknemer over de toelaatbaarheid van het beding beperkt door de inhoud en de reikwijdte van het beding wettelijk te regelen, waardoor dit bezwaar van de werkgroep komt te vervallen. Anderzijds speelt het praktische bezwaar dat de situaties waarbij een concurrentiebeding wordt overeengekomen zo divers kunnen zijn dat een uniforme wettelijke boeteregeling niet mogelijk is. Diverse factoren zullen voor het bepalen van de hoogte van de boete een rol kunnen spelen zoals onder andere de hoogte van het salaris en de te verwachten omvang van de schade. Het wettelijk vastleggen van een maximum bedrag brengt tevens het risico met zich mee dat dit maximum bedrag ook gehanteerd zal worden in gevallen waarin dit niet redelijk is. Gelet op deze argumenten zijn wij van mening dat het opnemen van een specifieke boeteregeling in artikel 653 titel 7:10 BW niet wenselijk is.”

In het Verslag van de vaste commissie voor Justitie, belast met het voorbereidend onderzoek van wetsvoorstel 28167 van 5 februari 2002 wordt door enkele fracties nadere uitleg gevraagd van de regering omtrent de reden van het niet overnemen van de aanbeveling van de werkgroep betreffende onder andere het voorstel om nadere wettelijke eisen te stellen aan de boeteregeling.

De leden van de Groen links fractie vonden de argumenten van de regering onvoldoende steekhoudend en vroegen om een uitgebreide nadere toelichting op de volgende vragen: *“Waarom wordt er in landen als Duitsland en België dan wel gekozen voor wettelijke regels omtrent de vergoeding? Aldaar betaalt de werkgever voor de duur van het beding een vergoeding van minimaal 50% van het laatst genoten salaris. In Duitsland kan de vergoeding vervolgens worden gematigd met inkomsten uit de nieuwe dienstbetrekking. Dit mag dan vervolgens alleen als de nieuwe inkomsten hoger zijn dan 110% of 125% (ingeval er sprake is van een gedwongen verhuizing in verband met het beding). Wat vindt de regering van de regelingen zoals die in Duitsland en België gelden en op welke wijze zou dat in deze wetswijziging vormgegeven kunnen worden?”*

De leden van de SP-fractie verzochten de regering toe te lichten op welke wijze boetes zullen gaan worden berekend en welke criteria daarvoor zullen worden gehanteerd. Aan welke bedragen moet gedacht worden? Is het niet verstandig om de rechter houvast te geven bij het oordeel over wat billijk is zodat hierover ook zekerheid kan ontstaan bij werknemer en werkgever, zo vroegen de leden van deze fractie de regering.

In de Nota naar aanleiding van het verslag van 15 mei 2002 antwoordde de regering op de door de fracties in de vaste commissie gestelde vragen. Op de vragen van de Groen Links fractie antwoordde de regering, conform de Memorie van Toelichting, dat de regering deze aanbeveling niet overnam vanwege verschillende redenen; een uniforme regeling komt niet tegemoet aan de diversiteit in situaties; een maximum wordt ook gehanteerd in gevallen

¹⁰ Zie Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 167, nr. 3.

waarin dit niet redelijk is en de inhoud van het beding biedt aan de werknemer al voldoende houvast.

Voor zover de vraagstelling van de SP-fractie zag op de boete antwoordde de regering, ook weer conform de Memorie van Toelichting, dat zij deze aanbeveling van de werkgroep niet overgenomen vanwege het praktische bezwaar dat de situaties waarin een concurrentiebeding wordt overeengekomen zo divers kunnen zijn dat een uniforme boeteregeling niet goed mogelijk is. Bovendien schuilt in het wettelijk vastleggen van een maximumbedrag het risico dat dit maximumbedrag ook gehanteerd zal worden in gevallen waarin dit niet redelijk is. Op grond van deze overwegingen heeft de regering afgezien van een nadere regeling van de boete in artikel 653 Boek 7 BW.

In de Nota concurrentiebeding als bijlage bij de brief van de vakcentrales van 8 februari 2002 spreken zij uit de argumentatie van de regering voor het niet overnemen van de aanbevelingen van de werkgroep uitermate zwak te vinden. De onmogelijkheid om een wettelijke maximering aan te brengen volgen zij niet. De vakcentrales doen de suggestie om in de wet op te nemen dat op overtreding van het concurrentiebeding slechts een boete per dag (en dus niet een boete ineens) mag worden gesteld en dat die boete niet hoger mag zijn dan het jaarsalaris per dag. Gesteld wordt dat de werkgever naast het opleggen van een boete voldoende mogelijkheden heeft om geleden schade vergoed te krijgen. In de tweede plaats is bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met het concurrentiebeding volgens de vakcentrales voor de werkgever niet te overzien welke schade hij kan verwachten bij overtreding van het beding. De vakcentrales wijzen erop dat dit de werkgever niet verhindert om desondanks niet alleen een boete per dag maar ook een boete ineens op te leggen. Bovendien zou de “remmende werking van het beding” volgens de vakcentrales de werknemer verhinderen zonder toestemming de werkgever te vertrekken.

Conclusie

Ook in de toekomst zal er in artikel 7:653 BW geen aparte regeling met betrekking tot het boetebeding worden opgenomen. Daarmee blijft de algemene boeteregeling van de artikelen 6: 91 e.v. BW hierop van toepassing. Een gemiste kans? Naar mijn mening niet. Het karakter van de boete in het concurrentiebeding laat zich slecht vergelijken met het karakter van het boetebeding als bedoeld in artikel 7:650 BW.

Een belangrijk verschil is dat de artikelen 7:650 en 651 BW met name bedoeld zijn voor overtredingen begaan tijdens de arbeidsovereenkomst en een disciplinair karakter hebben, waardoor een koppeling aan de hoogte van het salaris ook meer in de rede ligt, terwijl de overtreding van een concurrentiebeding bijna steeds na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zal plaatsvinden. De hoogte van de boete is in artikel 6:94 BW rechtstreeks gekoppeld aan de schadevergoeding die de schuldeiser/werkgever op grond van de wet zou toekomen al is de boete er niet toe beperkt.

Artikel 6:94 BW heeft de rechter de mogelijkheid de bedongen boete te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Deze bevoegdheid dient door de rechter derhalve terughoudend gehanteerd te worden. De rechterlijke matigingsbevoegdheid in artikel 7:650 lid 6 BW is, indien rechtsgeldig gebruik is gemaakt van de mogelijkheid af te wijken van de leden 3,4, en 5, een ruimere. De rechter mag de bedongen boete immers matigen indien de opgelegde boete hem bovenmatig voorkomt. Deze formulering bevatte ook artikel 7A:1637x lid 4 BW. Anderzijds biedt artikel 6:94 lid 2 BW de schuldeiser de mogelijkheid de rechter te vragen naast een bedongen boete die bestemd is in de plaats te treden van de

schadevergoeding op grond van de wet, aanvullende schadevergoeding toe te kennen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Deze mogelijkheid kent 7:650 niet nu artikel 7:651 bepaalt dat de werkgever niet tegelijkertijd een boete kan innen krachtens een boetebeding en schadevergoeding kan eisen. De werkgever dient derhalve een keuze te maken.

Het argument van de vakcentrales dat het boetebeding een remmende werking zou hebben dat werknemers belet om zonder toestemming bij hun werkgever te vertrekken gaat niet op. Het concurrentiebeding, en ook het boetebeding, zijn niet bedoeld om werknemers aan een werkgever te binden. Ook heeft een werknemer geen toestemming nodig om te mogen vertrekken.

Procedureel zijn er voor de werknemer voldoende mogelijkheden om op korte termijn een (voorlopig) oordeel van de rechter te krijgen over de vraag of er sprake is van een rechtsgeldig overeengekomen concurrentiebeding en zo ja, of er sprake is van overtreding van dit beding. Kiest de werknemer er, indien de rechter oordeelt dat hier inderdaad sprake van is, dan toch voor zijn nieuwe dienstverband voort te zetten dan kent hij de risico's die hij neemt. Overtreedt hij het concurrentiebeding en berokkent hij zijn ex werkgever daarbij schade dan zal hij op grond van artikel 6:92 BW aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de volledige schade of meer, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist.