

WEG MET 'SCHORSING' IN KORT GEDING VAN HET NON-CONCURRENTIEBEDING!

1856 Mr. J.H.M. van Swaaij

Sjef van Swaaij is
advocaat te Nijmegen.

Krijgt de gewezen werknemer echt duidelijkheid als zijn eis in kort geding tot schorsing van een non-concurrentiebeding wordt toegewezen? Kan hij elders aan de slag gaan zonder vrees voor het verbeuren van boetes? Het fenomeen schorsing in kort geding van een non-concurrentiebeding blijkt een juridisch monstrum te zijn.

1. INLEIDING

In de arbeidsrechtelijke praktijk is het geen zeldzaamheid dat een werknemer in kort geding tegen zijn (voormalige) werkgever een eis instelt tot schorsing van een met contractuele boeten versterkt non-concurrentiebeding en/of tot matiging (territoriale/temporele beperking) ervan. Elser hoopt – kort gezegd – met een toewijzing van de eis (vooral) te bereiken dat hij, indien hij na het wijzen van het kortgedingvonnis elders gaat werken, geen boeten verbeurt.

Zo'n eis wordt soms wel toegewezen. Het komt bovendien voor dat daarbij niet eens de vraag aan de orde komt of dat in kort geding wel mogelijk is.¹ In een op 23 december 2005 gewezen kortgedingvonnis van de Leeuwardense kantonrechter (NJF 2006, 276 *Civiele uitspraken*) wordt wél ingegaan op die vraag:

'Wellswaar is de hoofdregel dat de procedure ex artikel 254 lid 4 Rv zich naar haar aard niet leent voor het geven van een dergelijke constitutieve beslissing. Het kan echter zo zijn dat zich bijzondere omstandigheden voordoen die meebrengen dat – in weerwil van het vorenstaande – toch ten gronde moet worden getoetst en dat derhalve een constitutieve beslissing wordt gegeven. De kantonrechter is van oordeel dat zich in casu, gelet op hetgeen hiervoor werd overwogen, dergelijke bijzondere omstandighe-

den voordoen. Gelet op de situatie waarin werknemer zich thans bevindt dient voor hem op korte termijn duidelijkheid te worden gegeven of, en zo ja, in hoeverre het tussen partijen overeengekomen non-concurrentiebeding van kracht is.'

Nu is de wens van de werknemer om snel te weten waar hij aan toe is op zichzelf alleszins begrijpelijk. Het kan immers betrekkelijk lang duren voordat het moment daar is waarop een uitspraak in een bodemprocedure is verkregen (en deze bovendien in kracht van gewijsde is gegaan), en dan is de in het beding bepaalde tijdsduur vaak al lang verstreken. Maar betekent zulks ook, dat in kort geding 'dus' een dergelijke 'constitutieve beslissing' mag/kan worden gegeven? En is die beslissing dan werkelijk constitutief? Geeft zij aan de (gewezen) werknemer écht duidelijkheid, zodanig dat hij elders aan de slag kan zonder dat hij nog hoeft te vrezen dat hij op grond van dat (in kort geding 'geschorste' of 'gematigde') non-concurrentiebeding) boeten verbeurt? En is hij dan evenmin verplicht tot het vergoeden van schade wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van verbintenis tot non-concurrentie (art. 6:74 lid 1 BW)?

Dergelijke vragen rijzen niet alleen bij non-concurrentiebedingen – denk tevens aan relatiebedingen – tussen werkgevers en werknemers, maar ook bij zulke bedingen tussen vrijgevestigde beroepsuitoefenaars (zoals medisch specialisten en accountants). Bovendien zijn die vragen te veralgemeniseren: kan in kort geding de werking van een verbintenis 'geschorst' of 'beperkt' worden?

1. Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen (sector kanton) 6 mei 2004, LJN A08926, en Rb. Zwolle (sector kanton) 22 september 2006, LJN AY9058.



Volledigheidshalve zij er in deze inleiding op gewezen dat die materie niet aan de orde is in het – onlangs in de Eerste Kamer gesneuvelde – wetsvoorstel 28 167 tot wijziging van titel 7.10 BW met betrekking tot het non-concurrentiebeding. Wat betreft het procesrecht voorzagt dit wetsvoorstel slechts in de mogelijkheid om in een ontbindingsprocedure op de voet van artikel 7:685 BW (kort gezegd) ook meteen 'te kijken naar' het non-concurrentiebeding.

2. DE LAKMOESPROEF: WAT INDIEN DE WERKGEVER IN EEN BODEMZAAK BETALING VORDERT VAN TIJDENS DE 'SCHORSING' VERBEURDE BOETEN?

Bij de in § 1 supra vermelde vragen is er allereerst de notie dat ook in een bodemzaak de rechter niet een (geldige) overeenkomst respectievelijk de werking van een verbintenis kan schorsen. Hij kan in voorkomende gevallen oordelen dat een onverkorte toepasselijkheid van de tussen partijen geldende (contractuele) regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Zo'n 'derogerende werking'-oordeel als zodanig behelst echter niets constitutiefs. De rechter constateert immers slechts hoe te dezen de rechtsverhouding tussen partijen is. Hieraan doet niet af dat het vonnis wél constitutief (condemnatoir) is voor zover het de proceskostenveroordeling betreft; de vordering wordt bijvoorbeeld afgewezen op grond van dat 'derogerende werking'-oordeel en eiser geldt daarom als de in het ongelijk gestelde partij. Betreft het een in een arbeidsovereenkomst vervat non-concurrentiebeding, dan heeft de bodemrechter een bevoegdheid tot gehele of gedeeltelijke vernietiging indien de werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever door dat beding onbillijk wordt benadeeld (art. 7:653 lid 2 BW). Maar de kortgedingrechter kan, indien hij verwacht dat de bodemrechter tot zo'n vernietiging zal overgaan, dit niet alvast zelf doen. Kan hij dan, indien hij verwacht dat in de bodemzaak het beding zal worden vernietigd

of zal worden geoordeeld dat het beding niet onverkort van toepassing is dit beding dan wél (alvast) schorsen? En wat zou daarvan dan de consequentie zijn?

Bij het hier vereiste 'doorrekenen', gaat het om de volgende vraag. Wat is rechtens indien *a.* een non-concurrentiebeding bij kortgedingvonnis 'geschorst' of 'gematigd' wordt, *b.* de werknemer vervolgens werkzaamheden verricht die hem wat betreft (de tekst van) dat beding verboden zijn, *c.* de werkgever daarna in een bodemzaak veroordeling vordert van boeten die de werknemer afgaande op dat beding aldus heeft verbeurd, en *d.* de bodemrechter oordeelt dat het beding onverkort geldig (geen reden voor vernietiging op de voet van art. 7:653 lid 2 BW) en van toepassing is?

Voert de werknemer als verweer dat hij gezien dit 'schorsende'/matigende' vonnis geen boeten heeft verbeurd, dan replicceert de werkgever simpelweg dat dit verweer geen hout snijdt, gezien artikel 257 Rv: de beslissingen bij voorraad van de voorzieningenrechter (of de kantonrechter) in kort geding brengen geen nadeel toe aan de zaak ten principale. De bij het kortgedingvonnis uitgesproken schorsing impliceert volgens die repliek niet dat de werknemer geen boeten verbeurt indien hij in weerwil van dat beding handelt. Is het pleit hiermee niet al beslecht?

3. KAN IN KORT GEDING DE WERKING VAN EEN VERBINTENIS WORDEN GESCHORST?

Ons civiele procesrecht kent geen pendant van de bestuursprocesrechtelijke schorsingsbevoegdheid. Zo'n bestuursrechtelijke bevoegdheid was ooit (zelfs) met zoveel woorden in de wet neergelegd; zie: artikel 107 lid 1 eerste zin (oud) Wet op de Raad van State ('*Han- gende het onderzoek kan een besluit dat onderwerp van een door de Afdeling te beslissen geschil uitmaakt of waartegen ingevolge artikel 7, tweede lid, van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschik- kingen een bezwaarschrift is ingediend, ten verzoeke van de belanghebbende geheel of gedeeltelijk door de voorzitter worden geschorst op grond, dat de uitvoe- ring van het besluit voor hem een onevenredig nadeel met zich zou brengen in de verhouding tot het door een onmiddellijke uitvoering van het besluit te dien- nen belang.*). Dat verschil tussen het bestuursrecht (schorsingsmogelijkheid) en het civiele procesrecht (geen schorsingsmogelijkheid) is van dezelfde cate- gorie als het door M. Scheltema in zijn noot onder HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360 (Staat/LSV) als 'kenmerkend' gekarakteriseerde gegeven dat de bestuursrechter wél en de gewone of, zo men wil burgerlijke rechter niet een overheidsbesluit kan vernietigen.

In het kortgedingarrest Staat/LSV oordeelde de Hoge Raad dat de bevoegdheid om een algemeen werkende regeling als een ministeriële prijzenbeschikking 'bui- ten werking' te stellen per saldo slechts overkomt op een in algemene termen vervat verbod, namelijk een verbod om uitvoeringshandelingen (als het instellen

van strafvervolging) te verrichten. Anders gezegd: in kort geding wordt niet getornd aan de werking van het overheidsbesluit als zodanig en bij de eventueel te geven voorlopige voorziening moet (gewoon) 'gewerkt' worden met een gebod/verbod.

Derhalve heeft de werknemer die een kortgedingvonnis 'krijgt' waarbij het litigieuze non-concurrentiebeding is 'geschorst' en/of 'gematigd' geen enkele reden tot juichen. Immers, indien er naar het nog te geven oordeel van de bodemrechter 'niets mis' is met dat non-concurrentiebeding, zal de werknemer (gewoon) boeten verbeuren als hij thans – met dat kortgedingvonnis 'op zak', maar – in weerwil van dit beding elders aan de slag gaat. *Schijnzekerheid* kan de werknemer slechts ontlennen aan dat kortgedingvonnis. Bovendien blijkt dat ook uit een klaarblijkelijk vergeten arrest van ons hoogste rechtscollege.

4. 'S HOGEN RAADS ARREST VAN 29 APRIL 1966, NJ 1966, 301

In NJ 1966, 301 oordeelt de Hoge Raad:

(...) dat de rechter in kort geding een op een concurrentiebeding steunende verbodsactie kan afwijzen op grond van zijn oordeel, dat in de hoofdzaak een verzoek tot het geheel of gedeeltelijk te niet doen van dat beding door de rechter behoort te worden ingewilligd, doch het niet tot zijn bevoegdheid behoort zelf zulk een beding geheel of gedeeltelijk te niet te doen; dat hieraan niet afdoet, dat deze tenietdoening door een beslissing in andere zin van de gewone rechter van rechtswege zou vervallen;

dat in het slot van het middel nog wordt gesteld, dat de rechter in kort geding bevoegd is de uitvoering van een concurrentiebeding te schorsen, doch dat, indien met schorsing iets anders bedoeld is dan de hierboven besproken voorlopige tenietdoening, deze stelling niet voor het eerst in cassatie kan worden te berde gebracht (...).

De eerste alinea van het citaat houdt onmiskenbaar in dat het niet tot de bevoegdheid behoort van de kortgedingrechter om een non-concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te niet te doen. De Hoge Raad oordeelt bovendien dat, zelfs indien de kortgedingrechter zo'n bevoegdheid tot tenietdoening (veronderstellenderwijs) wél zou hebben en hiervan in een gegeven geval gebruik zou maken, de betreffende tenietdoening in kort geding – die sowieso niet meer is dan een *voorlopige* tenietdoening – van rechtswege zou vervallen bij een andersluidende beslissing van de bodemrechter.

Weliswaar is in de laatste alinea van het citaat niet met zoveel woorden geoordeeld dat de rechter in kort geding niet bevoegd is een concurrentiebeding te schorsen, nu de Hoge Raad 'slechts' oordeelt dat in het middel nog de stelling wordt geponeerd dat de rechter in kort geding bevoegd is tot schorsing van

De wens van de werknemer om snel te weten waar hij aan toe is, is op zichzelf alleszins begrijpelijk.

(de uitvoering van) een non-concurrentiebeding, maar dat deze stelling niet voor het eerst in cassatie kan worden opgeworpen, indien met deze schorsing iets anders bedoeld is dan de hierboven besproken voorlopige tenietdoening. Maar dit betekent niet dat dit punt 'dus' nog open zou liggen. Immers, reeds het gegeven dat een *'voorlopige tenietdoening'* in kort geding niet mogelijk is (hoezeer deze ook zou vervallen bij een andersluidende bodembeslissing) impliceert onmiskenbaar dat een schorsing – als deze überhaupt al wettelijk iets anders is dan een voorlopige tenietdoening – dan evenmin mogelijk is.

De zogeheten leer van het gesloten systeem van rechtsmiddelen – hierin heeft een vonnis (gewoon) rechtskracht zolang het niet na het instellen van een rechtsmiddel is vernietigd – doet daaraan niet af. Gezien artikel 257 Rv immers kunnen kortgedingbeslissingen geen nadeel toebrengen aan de zaak ten principale: dit is juist de kern van NJ 1966, 301. De werkgever hoeft derhalve niet in appel te gaan tegen het kortgedingvonnis voor zover hij met een vernietiging van dit vonnis zou willen bereiken dat de werknemer – als deze in strijd met het bij dit vonnis 'geschorste' non-concurrentiebeding elders aan de slag gaat – tóch boeten verbeurt respectievelijk zal blijken te hebben verbeurd indien de werkgever in de bodemzaak (uiteindelijk) in het gelijk wordt gesteld.

Wat in beginsel bijvoorbeeld wél mogelijk is – dit nog ter nadere bepaling van de gedachten –, is een veroordeling van de werkgever om op straffe van een dwangsom *afstand* te doen van het non-concurrentiebeding (art. 6:160 BW). Een vonnis met een dergelijk dictum wijzigt als zodanig niet de materiële rechtsverhouding tussen partijen. Maar zo'n vordering zal – en dit is een understatement – niet snel worden toegewezen. Bovendien valt nog te bezien, of de werknemer wel iets opschiet met zo'n afstand die hij afgedwongen heeft met zo'n veroordeling. Want indien in de bodemzaak wordt geoordeeld dat het beding waarvan de werkgever gedwongen afstand heeft gedaan (gewoon) onverkort geldig en van toepassing zou zijn geweest als de afstand achterwege was gebleven, 'hangt' de werknemer alsnog. Immers, de werknemer heeft dan weliswaar geen boeten verbeurd – van het beding is immers afstand gedaan –, maar daar staat tegenover dat de werkgever (nog altijd) een in beginsel voor toewijzing gereed liggende schadevergoedingsvordering op de werknemer heeft die daarop gebaseerd is dat de werknemer onrechtmatig heeft gehandeld: hij heeft het kortgedingvonnis nu eenmaal op eigen risico ten

Wat in beginsel wél mogelijk is, is een veroordeling van de werkgever om op straffe van een dwangsom afstand te doen van het non-concurrentiebeding.

uitvoer gelegd.² De werknemer rest dan weinig anders dan – dit echter is al een achterhoedegevecht – het voeren van verweren ter zake van schadeomvang en causaal verband.

5. HET KORT GEDING IS ER NIET TER ELIMINERING VAN ONZEKERHEID

Een kortgedingvonnis waarbij gedaagde (bijvoorbeeld) wordt veroordeeld om zijn huis op straffe van een dwangsom over te dragen aan eiser (die naar deze voldoende aannemelijk maakt het huis van gedaagde heeft gekocht) of om te stoppen met heien (omdat er grote scheuren en/of verzakkingen dreigen te ontstaan in het huis van eiser), is nu eenmaal van een geheel andere categorie dan die waartoe een 'schorsend' of 'matigend' kortgedingvonnis behoort. Van de laatste categorie maakt ook deel uit het kortgedingvonnis waarin een verklaring voor recht wordt uitgesproken, en een dergelijk vonnis brengt aan de zaak ten principale al evenmin nadeel toe.

Onzekerheid hoort nu eenmaal bij het leven. Wie bijvoorbeeld meent dat hij zijn huis nog niet heeft verkocht en dat hij nog alle kanten op kan, terwijl de ander zich juist op het standpunt stelt dat er reeds wilsovereenstemming bereikt is, kampt evenzeer met onzekerheid: staat het hem nog wel vrij om het object

te verkopen aan een derde die een hogere prijs biedt? Voor het elimineren van dergelijke risico's echter is ons civiele (spoed)procesrecht nu eenmaal niet bedoeld. Zou dit anders zijn, dan zou in kort geding wél een (zuiver) *declaratoir* 'te halen' zijn en zou aan een in kort geding gewezen vonnis wél gezag van gewijsde toekomen, hoezeer ook het kort geding evident niet de geëigende procedure is om rechten en verplichtingen op grondige wijze en definitief vast te stellen. Daarbij komt nog dat ook tegen een kortgedingvonnis nu eenmaal rechtsmiddelen – hoger beroep en cassatie – in te stellen zijn, zodat zo'n vonnis alleen al daarom geen, laat staan adequate, remedie kan zijn tegen onzekerheid omtrent de eigen rechtspositie.

Wellicht gaat het de werknemer die in kort geding 'schorsing'/matiging' vordert mede om 'het praktische aspect' respectievelijk de tactiek en/of de psychologie: het instellen van een eis tot 'schorsing'/matiging' gevolgd door een toewijzing zal er mogelijk toe leiden dat de werkgever het er verder maar bij laat zitten. Er 'ligt' dan immers een uitspraak van een rechter die inhoudt dat het non-concurrentiebeding 'zo niet mag'. En zou de eventueel anders oordelende bodemrechter niet geneigd zijn om op verlangen van de werknemer de boeten die volgens de werkgever verbeurd zijn vanaf – kort gezegd – het kortgedingvonnis (toch maar flink of zelfs tot nihil) te matigen? Het is echter evident dat dergelijke motieven niet een toewijzing van zo'n eis in kort geding vermogen te rechtvaardigen. Zo valt reeds niet – laat staan zonder méér – in te zien waarom de billijkheid klaarblijkelijk matiging zou eisen (art. 6:94 lid 1 BW), alleen al niet omdat de werknemer er nu eenmaal niet op mocht rekenen dat het kortgedingvonnis het beding werkelijk zou schorsen.

6. TOT BESLUIT

Het fenomeen 'schorsing'/matiging' in kort geding van een non-concurrentiebeding is een juridisch monstrum. ■

² Zie o.a. HR 16 november 1984, NJ 19885, 547, en HR 22 december 1989, NJ 1990, 434.