

Schorsing concurrentiebeding

1534 REACTIE OP BIJDRAGE VAN MR. J.H.M. VAN SWAAIJ.¹

In de bijdrage van Van Swaaij gaat het over een op vordering van een werknemer door de kortgedingrechter getroffen voorziening een concurrentiebeding te schorsen. Van Swaaij besluit zijn bijdrage met: Het fenomeen 'schorsing'/matiging' in kort geding van een non-concurrentiebeding is een juridisch monstrum.

Is het een monstrum?

Voor de praktijk is het geen onbelangrijke kwestie.

Ik doe een poging om er iets tegenover respectievelijk naast te stellen.

Het schorsen (op vordering van de werknemer) van (de werking van) een concurrentiebeding als zodanig bij wege van een voorlopige voorziening kan moeilijk een monstrum worden genoemd.² Het uitoefenen van een recht kan immers fragwürdig zijn geworden en het wachten op een uitspraak in een bodemzaak zou te lang kunnen (gaan) duren.

Een aan een concurrentiebeding gebonden werknemer kan voldoende belang hebben bij een voorziening om te bereiken dat het concurrentiebeding hem niet hindert of voor de voeten loopt. Het zou unfair zijn dat een werknemer niet bij een nieuwe werkgever in dienst zou kunnen treden in een situatie dat lang niet zeker is dat het concurrentiebeding nog geldt.

De pijn bij Van Swaaij lijkt met name te zitten in de gevaren voor de werknemer van de voorlopigheid van de voorziening van de kortgedingrechter.³ De rechter schorst. De werknemer kan zijn gang gaan. Maar het is allemaal voorlopig. Er tikt (mogelijk) een tijdbom (van de boetes). Een bodemrechter zou heel anders kunnen oordelen en dan is Leiden in last omdat het concurrentiebeding toch is blijven gelden en de boetes op de overtreding(en) (met terugwerkende kracht) toch zijn verbeurd. En dat allemaal omdat beslissingen bij voorraad geen nadeel toebrengen aan de zaak ten principale.⁴

Van Swaaij heeft zeker gelijk als de getroffen voorziening volledig van tafel gaat en er geen gevolg overblijft c.q. de getroffen voorziening geen gevolgen/sporen achterlaat, in geval van een andersluidende uitspraak in de bodemzaak. De vraag is of dat het geval is.

De Hoge Raad heeft beslist dat de rechter in kort geding ook een voorziening kan treffen waarvan de gevolgen niet meer herstelbaar zijn, indien het spoedeisend karakter aanwezig is en de gevraagde voorziening wordt gerechtvaardigd door de billijke afweging van de belangen van partijen.⁵

Is een schorsing van een concurrentiebeding nu niet een voorziening waarvan het gevolg: het werkzaam zijn (geweest) (blijkens een latere uitspraak in een bodemzaak) in strijd met het concurrentiebeding, niet meer ongedaan kan worden gemaakt? Immers, de werknemer is (feitelijk) werkzaam (geweest), op basis van een rechterlijk verlot en dat werkzaam zijn (geweest) is een niet meer te veranderen en te herstellen (nieuwe) werkelijkheid. Een onlosmakelijk gevolg van die nieuwe werkelijkheid en daarmee onverenigbaar is, de angel in de kwestie die Van Swaaij heeft aangesneden, het (niet) verbeuren van boetes, zolang die nieuwe werkelijkheid bestaat c.q. mag bestaan respectievelijk heeft (mogen) bestaan.⁶

Dat er sprake is van een nieuwe werkelijkheid en gevolgen die niet meer ongedaan zijn te maken, om in het arbeidsrecht te blijven, is bijvoorbeeld in het geval dat een werknemer na een ontslag op staande voet bij wege van voorziening werkzaamheden heeft verricht en loon heeft ontvangen terwijl (en totdat) in een latere uitspraak in een bodemzaak wordt beslist dat dat ontslag op staande voet volkomen geldig was. De verrichte werkzaamheden kunnen niet ongedaan gemaakt worden, het daarvoor ontvangen loon blijft verschuldigd.⁷

Zeker is dat de schorsing van het concurrentiebeding vervalt zodra, en eerst vanaf de dag dat, er een andersluidende uitspraak wordt gegeven in de bodemzaak.

Een werkgever zou er dan goed aan doen, als hij zich niet wil neerleggen bij de getroffen voorziening het concurrentiebeding te schorsen, spoedig een bodemzaak aan te spannen, omdat een bodemzaak andere mosterd na de maaltijd zou zijn, omdat de termijn van de afgesproken duur van het concurrentiebeding dan verstreken kan zijn.

Het gevaar voor de werknemer zit waarschijnlijk niet zozeer in een andersluidende

uitspraak in een bodemzaak, maar misschien nog meer in een andersluidende uitspraak in appel van de zaak waarin tot schorsing van het concurrentiebeding is beslist, zij het dat er ook dan sprake is geweest van het verrichten van niet terug te draaien werkzaamheden.⁸

1. NJB 2006, 1856, afl. 42, p. 2411 e.v., 'Weg met "schorsing" in kort geding van het non-concurrentiebeding!'.
2. HR 29 april 1966, NJ 1966, 301, waaruit kan worden afgeleid dat een concurrentiebeding niet in kort geding teniet kan worden gedaan, maar wel dat een schorsing van het concurrentiebeding mogelijk is. C.J. Loonstra in zijn: *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Elsevier 1999 (derde druk) merkt op p. 191 op dat dit standpunt, de mogelijkheid dus van schorsing, alom wordt gehuldigd. Van Swaaij noemt in zijn bijdrage dat genoemd arrest van de Hoge Raad een vergeten arrest is. Hij kan gerust zijn. Het arrest wordt genoemd door C.J. Loonstra in zijn: *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Elsevier 1999 (derde druk), op p. 191, door F.B.J. Grapperhaus, diss. *Werknemersconcurrentie*, Kluwer 1995, p. 315 en ook in de bijgewerkte losbladige *Arbeidsovereenkomst van Kluwer*, aantekening 18 onder art. 7:653 BW.
3. Van Swaaij spreekt over *schijnzekerheid*. Zie ook F.B.J. Grapperhaus, diss. *Werknemersconcurrentie*, Kluwer 1995, die op p. 324 spreekt over *schorsing als een schijnoplossing*.
4. Art. 257 Rv.
5. HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651.
6. In de praktijk zal veelal gelijktijdig ook schorsing van het boetebeding worden gevraagd.
7. Dit geldt niet alleen voor een latere uitspraak in een bodemzaak, maar zal evenzeer gelden voor een latere (andersluidende) uitspraak in een eventueel appel in de voorzieningenzaak.
8. Anders Van Swaaij, die werkgevers in zijn bijdrage min of meer aanraadt niet in appel te gaan.

Als Van Swaaij gelijk zou hebben dan zou de schorsing van een concurrentiebeding in feite niet meer dan een dooie mus zijn en voor de rechtspraak een dode letter, met inderdaad een groot gevaar voor de werknemer dat hij achteraf met de gebakken peren zit.⁹

De voorziening van schorsing van een concurrentiebeding voorziet in de praktijk in

een behoefte. Uitgaande van (niet ongedaan te maken) werkzaamheden en niet verbeurde boetes, is het denkbaar dat een werkgever in een bodemzaak ter reparatie van niet meer te repareren gevolgen van een voorziening in kort geding, nakoming vraagt van het concurrentiebeding in de vorm waarin dat nog wel mogelijk is, namelijk een vordering tot vergoeding van

schade, die dan wel zal dienen te worden aangetoond. ■

Willem van Tongeren (advocaat te Utrecht)

9. Het feit dat in de praktijk een werkgever zich vaak neerlegt bij een getroffen voorziening is, dat ben ik met Van Swaaij eens, principieel niet van belang.
