



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

'Looking up at the stars' - Afwegingen tussen vrije arbeidskeuze en werkgeversbelang in het wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding

Mak, C.

Publication date

2003

Document Version

Final published version

Published in

Rechtshulp

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mak, C. (2003). 'Looking up at the stars' - Afwegingen tussen vrije arbeidskeuze en werkgeversbelang in het wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding. *Rechtshulp*, 2003(6/7), 32-38.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

‘Looking up at the stars’

Afwegingen tussen vrije arbeidskeuze en werkgeversbelang in het wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding



Het overeenkomstenrecht ondervindt steeds vaker invloed van grondrechten. Dit komt onder meer naar voren in het momenteel aanhangige wetsvoorstel 28 167 inzake wijziging van de regeling van het concurrentiebeding, waarin een afweging wordt gemaakt tussen enerzijds het werkgeversbelang en anderzijds de vrije arbeidskeuze van de werknemer. Aan de hand van het wetsvoorstel wordt in dit artikel ingegaan op de doorwerking van grondrechten in het contractenrecht, de verhouding tussen wetgever en rechter en de discussie over autonomie en solidariteit als grondslagen van het privaatrecht.

‘If equal affection cannot be,
Let the more loving one be me’
(W.H. Auden, *The More Loving One*)

Inleiding

Kijkend naar de sterren filosofeerde Auden over zijn onbeantwoorde liefde voor hen. Hoewel grondrechten op het eerste gezicht weinig affectie tonen voor contractuele verhoudingen, oefenen zij een vergelijkbare aantrekkingskracht uit op een groeiend aantal privatisten. Het privaatrecht – en het overeenkomstenrecht als onderdeel daarvan – wordt weliswaar het sterkst belicht door de partijautonomie, maar wanneer deze zon is ondergegaan, flonkeren de grondrechtelijke sterren aan de privaatrechtelijke hemel. In toenemende mate beïnvloeden zij de verhoudingen tussen contractspartijen. Daarmee wordt voortgebouwd op de socialisering van het overeenkomstenrecht, die reeds uiting heeft gevonden in voor specifieke ‘zwakkere’ groepen ontwikkelde regelgeving op het gebied van onder meer het consumentenrecht en het arbeidsrecht.²

Een voorbeeld van doorwerking van grondrechten in het overeenkomstenrecht is de afweging van het recht van vrije arbeidskeuze van de werknemer (artikel 19 lid 3 Grondwet (Gw)) tegen het belang van de werkgever in gevallen van ongeoorloofde concurrentie door de ex-werknemer. Zo wees de president van de Rechtbank Den Haag recentelijk vonnis in de zaak van Gouden Gids tegen haar voormalig financieel directeur, die een overstap naar con-

current TeleMedia wilde maken.³ De rechter liet in dat geval het werkgeversbelang zwaarder wegen en verbood de directeur binnen een halfjaar in dienst te treden bij het concurrerende bedrijf.

Partijen hadden zelf al op voorhand een dergelijke afweging kunnen maken door bij het aangaan van het dienstverband een concurrentiebeding overeen te komen. Daarin hadden zij kunnen bepalen dat de werknemer gedurende een zekere periode na beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet in dienst mocht treden bij een concurrent. Niettemin bestaat ook over de toelaatbaarheid van dergelijke bedingen veel onduidelijkheid, waardoor een groot aantal zaken alsnog bij de rechter belandt. Wetsvoorstel 28 167 inzake wijziging van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding, dat momenteel aanhangig is, beoogt hierin verbetering te brengen en een beter evenwicht tussen de belangen van werkgever en werknemer te realiseren.⁴

In dit artikel wordt het wetsvoorstel belicht vanuit het perspectief van doorwerking van grondrechten in het contractenrecht. Om te beginnen komt de betekenis van de grondrechtelijke waarden voor het verbintenisrecht aan de orde. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de afweging van belangen in het wetsvoorstel over het concurrentiebeding en de verhouding tussen wetgever en rechter. Tot besluit volgt een conclusie ten aanzien van de plaats die de grondrechten innemen aan het contractenrechtelijk firmament.

(Contracts)vrijheid, solidariteit en concurrentiebeding

‘Vrijheid’ is een relatief begrip. Beperkingen zijn inherent aan het concept, ook op het terrein van het contractenrecht, waar individuele partijen hun onderlinge relaties vormgeven. Het is een principe van wederkerigheid: in een samenleving en een rechtstelsel waarin de individuele autonomie een centrale plaats inneemt, kan die autonomie alleen worden gewaarborgd met inachtneming van de vrijheid van de andere leden van de samenleving. Het individu mag zijn eigen belangen nastreven, maar dient daarbij altijd oog te hebben voor die van anderen, zoals de anderen op hun beurt rekening moeten houden met zijn belangen.⁵ In het overeenkomstenrecht komt dit onder meer tot uitdrukking in de beperkingen die het beginsel van contractsvrijheid kent, zoals het verbod een overeenkomst te sluiten die in strijd komt met de goede zeden (artikel 3:40 BW).

Het is echter niet alleen autonomie die de privaatrechtelijke verhoudingen van burgers kleurt. Steeds vaker wordt daarnaast een vorm van solidariteit of naastenliefde gevraagd van contractspartijen, dat wil zeggen een actief rekening houden met de belangen van de wederpartij zonder dat daar een eigen voordeel tegenover hoeft te staan.⁶ Denk bijvoorbeeld aan de speciale regelingen die ontwikkeld zijn om de ‘zwakkere’ contractspartij te beschermen op gebieden als het consumentenrecht, arbeidsrecht, patiëntenrecht en huurrecht.⁷

De doorwerking van grondrechten in het overeenkomstenrecht heeft een basis in beide beginselen. Aan de ene kant ligt de nadruk op de persoon van de contractspartij, diens contractsvrijheid en ontplooiingsmogelijkheden. Voor de werkgever zijn in relatie tot een arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld de vergroting en bescherming van het bedrijfsdebiët⁸ van belang; voor de werknemer staat de bescherming van zijn vrije arbeidskeuze op de voorgrond. Aan de andere kant, echter, dienen partijen in zekere mate solidair met elkaar en met derden te zijn. Zo heeft de wetgever vanwege de veelal bestaande ongelijkheid in de verhouding tussen werkgever en werknemer gekozen voor een regeling van de arbeidsovereenkomst die met name laatstgenoemde partij beschermt.⁹ Het grondrecht van vrije arbeidskeuze van de werknemer dient in dat verband

niet alleen door de overheid maar ook door de private werkgever te worden gewaarborgd.¹⁰ Wanneer de rechter een concurrentiebeding krijgt voorgelegd, weegt hij dan ook de contractenrechtelijke belangen van de werkgever af tegen het grondrecht van de werknemer, daarbij zoekend naar de balans tussen autonomie en solidariteit.

Ondanks het evidente belang van de vrijheid van arbeidskeuze werd in de wettelijke regeling van het concurrentiebeding (artikel 7:653 BW) tot nu toe slechts in geringe mate met het grondrecht rekening gehouden. De voornaamste verklaring hiervoor is dat de oorspronkelijke regelgeving met betrekking tot dergelijke bedingen al dateert van 1907, dat wil zeggen van lang voordat de vrije arbeidskeuze werd gecodificeerd in artikel 19 lid 3 van de Grondwet van 1983.¹¹ Het voorgestelde nieuwe artikel over het concurrentiebeding, opgenomen in wetsvoorstel 28 167, beoogt een beter evenwicht te vinden tussen de (grondrechtelijke) belangen van werkgever en werknemer.

De afweging in het wetsvoorstel

In hoeverre schijnt nu het recht van vrijheid van arbeidskeuze door in het wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding? Het opvallendste element dat het nieuwe artikel 7:653 BW¹² in dit verband introduceert, is ongetwijfeld het vereiste van een billijke vergoeding. De wet stelde tot nu toe slechts twee voorwaarden voor geldigheid van een concurrentiebeding: 1) het beding diende schriftelijk te zijn overeengekomen, 2) met een meerderjarige werknemer (het huidige artikel 7:653 lid 1 BW). Het wetsvoorstel voegt hier aan toe dat een billijke vergoeding moet staan tegenover de beperking in de vrijheid van arbeidskeuze die de werknemer ondervindt.¹³ Hoewel over het voorstel veel meer te zeggen valt,¹⁴ beperk ik mij tot enkele opmerkingen over de spanning tussen contractsvrijheid en vrije arbeidskeuze in relatie tot deze vergoeding.

Inspiratie voor de nieuwe bepaling is geput uit het gegeven dat een concurrentiebeding per definitie een beperking op het recht van vrijheid van arbeidskeuze (artikel 19 lid 3 Gw) inhoudt. Een werknemer die – op basis van zijn contractsvrijheid – instemt met het beding geeft daarmee immers in beginsel een deel van zijn grondrecht op: het staat hem niet meer

geheel vrij te bepalen waar en voor wie hij – gedurende een bepaalde periode – na afloop van de dienstbetrekking zal gaan werken. De voorgestelde vergoeding is bedoeld ter compensatie van deze gedeeltelijke afstand van het recht op vrije arbeidskeuze.¹⁵

Een belangrijk aspect van het voorstel is het verplichte karakter van de vergoeding.¹⁶ Het concurrentiebeding zal in de toekomst altijd gekoppeld dienen te zijn aan de verbintenis van de werkgever tot betaling van een dergelijk compensatiebedrag. Slechts het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding wordt aan partijen zelf overgelaten.¹⁷ De wetgever stelt hier – door het opnemen van een verplichting tot compensatie – dus grenzen aan de contractsvrijheid van partijen, dit ter bescherming van de zwakkere partij. Aan de andere kant blijft de partijautonomie gewaarborgd; als werkgever en werknemer overeenkomen dat het beding niet langer van kracht is, is geen vergoeding verschuldigd, aangezien de werknemer dan niet langer beperkt wordt in zijn vrije arbeidskeuze.¹⁸ Met andere woorden: partijen zijn vrij in hun beslissing al dan niet een concurrentiebeding op te nemen, maar doen zij dit, dan gelden de wettelijke vereisten, die de werknemer beschermen.

Of de rechtszekerheid met de introductie van de billijke vergoeding daadwerkelijk gediend wordt, valt echter nog te bezien. Nu het wetsvoorstel en de memorie van toelichting geen nadere eisen stellen aan de omvang van de vergoeding, lijkt de beantwoording van de vraag naar toelaatbaarheid van het concurrentiebeding er niet eenvoudiger op te worden. Daardoor zullen partijen waarschijnlijk in veel gevallen toch de stap naar de rechter zetten om het overeengekomen beding ter beoordeling voor te leggen.¹⁹

De rechter kan, evenals onder de huidige wetsbepaling (artikel 7:653 lid 2 BW), de feitelijke uitwerking van het concurrentiebeding toetsen op billijkheid (lid 6 van het nieuwe artikel). Zelfs wanneer een beding voldoet aan de wettelijke eisen, is immers denkbaar dat het in de praktijk zeer ongunstig uitpakt. Een belangenafweging zal dan moeten uitwijzen of het beding in stand kan blijven.²⁰ Via deze weg heeft de rechter – naast de wetgever – de mogelijkheid contractuele belangen (naleving, ter voorkoming van nadeel voor de werkgever) te

meten aan grondrechtelijke waarden (de vrijheid van arbeidskeuze).

Wetgever en rechter

In de verhouding tussen wetgever en rechter doen zich enkele belangwekkende problemen voor van meer rechtspolitieke aard. De voorgestelde bepaling kent immers nog steeds een ruime bevoegdheid van de rechter om te beoordelen of een concurrentiebeding de vrije arbeidskeuze van de werknemer onbillijk beperkt (artikel 7:653 lid 6 BW (ontwerp)). Weliswaar wordt beoogd partijen meer rechtszekerheid te bieden, in die zin dat al bij sluiting van het concurrentiebeding duidelijk dient te zijn of het door de beugel kan,²¹ maar de vereisten zijn niet zo ver uitgewerkt dat op voorhand gezegd kan worden of het beding in de praktijk toelaatbaar zal blijken. Uiteraard is het vaak niet mogelijk al bij het overeenkomen van de clause te voorzien hoe die bij beëindiging van het contract zal uitwerken. Het ligt dan ook voor de hand dat de rechter enige ruimte wordt gelaten om, op grond van een billijkheidstoets, over toelaatbaarheid van het concurrentiebeding te beslissen. Desalniettemin betekent dit dat de rechter een aanzienlijke rechtsvormende taak heeft toebedeeld gekregen.²²

Een moeilijkheid die dit met zich brengt, is om te beginnen gelegen in de legitimiteit van de beslissing. De uitspraak van de rechter ontbeert immers een democratische basis: mag de rechter, die niet door de bevolking gekozen is, wel zulke politieke beslissingen nemen? Afweging van de (grondrechtelijke) belangen van partijen, werkgever en werknemer, vereist altijd het zoeken van het evenwicht tussen autonomie en solidariteit; een keuze die nauwelijks a-politiek kan zijn.²³ Hoewel de toetsing aan de open norm van redelijkheid en billijkheid ruimte laat om rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen, zijn er grenzen aan de rechtsvormende taak en bevoegdheid van de rechter. De verantwoordelijkheid voor het vaststellen van het recht in politiek gevoelige kwesties ligt nog altijd in eerste instantie bij de wetgever.

Daarbij komt dat de doorwerking van grondrechten in het contractenrecht – of ruimer: in het verbintenissenrecht – raakt aan het vraagstuk van constitutionele toetsing. De ontwik-

kelingen komen op het terrein van artikel 120 Gw, dat de rechter verbiedt wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet.²⁴ Wanneer de rechter bijvoorbeeld een afweging maakt tussen werkgeversbelang en vrije arbeidskeuze van de werknemer, toetst hij in feite ook de door de wetgever gemaakte belangenafweging in de regeling van het concurrentiebeding. Met name indien de wetgever in de toekomst voor een meer gedetailleerde regeling zal kiezen, kan nauwelijks worden voorkomen dat de rechter deze op basis van het grondrecht van vrije arbeidskeuze waardeert.²⁵ Door in individuele gevallen de grondrechten van de werknemer tegen de belangen van de werkgever af te wegen zal de rechter indirect ook de wettelijke regeling aan het recht op vrije arbeidskeuze toetsen. In het licht van de doorwerking van grondrechten in het overeenkomstenrecht verdient de wenselijkheid van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw daarom de aandacht.

Tot slot

Tot nu toe viel in de uitspraken over geldigheid van concurrentiebedingen niet altijd een lijn te ontdekken.²⁶ Door aanscherping van de wettelijke regeling, onder meer door introductie van de verplichte vergoeding, hoopt de regering meer rechtszekerheid te creëren. Ten eerste zullen werkgevers naar verwachting selectiever concurrentiebedingen afsluiten. Ten tweede zal op voorhand al meer duidelijkheid bestaan over de toelaatbaarheid van de bedingen. Daarmee wordt volgens de regering meer recht gedaan aan het grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer.²⁷

Hoewel het wetsvoorstel zeker grote waarde hecht aan de vrije arbeidskeuze, lijkt de verwezenlijking van de genoemde doelstellingen niettemin meer voeten in de aarde te hebben dan de regering op dit moment verwacht. Niet ondenkbaar is dat werkgevers inderdaad langer stil zullen staan bij de vraag of een concurrentiebeding nodig is om hun belangen te beschermen; er komt immers een prijskaartje aan het beding te hangen in de vorm van de billijke vergoeding. Met verschillende auteurs²⁸ kunnen echter vraagtekens gezet worden bij de beoogde bevordering van rechtszekerheid en evenwicht door middel van de voorgestelde wijzigingen.

Het wetsvoorstel formuleert weliswaar een aantal nieuwe criteria waaraan concurrentiebedingen zullen moeten voldoen, maar specificeert deze nauwelijks. Om bij het vergoedingsvereiste te blijven: wat is een ‘billijke’ vergoeding en wie mag bepalen of het overeengekomen bedrag redelijk is? Voor uitleg van een dergelijk vaag begrip zal naar verwachting nog steeds in veel gevallen een beroep op de rechter moeten worden gedaan.²⁹

In haar ijver de vrije arbeidskeuze mee te wegen, lijkt de regering bovendien de balans betrekkelijk ver te laten doorslaan naar de werknemerskant. Lag in de oorspronkelijk uit 1907 stammende wettelijke regeling van het concurrentiebeding nog de nadruk op de bescherming van het werkgeversbelang,³⁰ het wetsvoorstel verlegt anno 2003 de aandacht grotendeels naar de bescherming van de werknemer. Het belang van de werkgever wordt daarbij enigszins uit het oog verloren, nu vernietiging van het beding slechts mogelijk is in gevallen waarin het de werknemer te zeer beperkt (artikel 7:653 lid 6 BW (ontwerp)), eenzijdige opzegging van het beding door de werkgever niet is toegestaan en de rechter de overeengekomen vergoeding enkel kan verhogen, terwijl matiging niet tot de mogelijkheden behoort (lid 7).³¹ Dit kan tot onbillijke resultaten leiden, bijvoorbeeld in het geval dat een werknemer een concurrentiebeding aangaat voor een jaar met een vast bedrag dat is gebaseerd op een volledige werkweek, na enige tijd kiest om slechts twee dagen per week te blijven werken en ten slotte het dienstverband opzegt om met de vergoeding gedurende de looptijd van het beding een studie te bekostigen.³²

Ondanks deze bezwaren illustreert het wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding treffend hoe grondrechten steeds meer hun licht laten schijnen over contractenrechtelijke vraagstukken. De vrijheid van arbeidskeuze staat centraal in de door de regering gemaakte afwegingen. Dit sluit aan bij de theorie dat grondrechten een systeem van waarden weerspiegelen dat de basis vormt van het gehele recht, waaronder het overeenkomstenrecht.³³ Met andere woorden: grondrechten kunnen worden gezien als een uitdrukking van de door de samenleving gekoesterde waarden, die het recht, inclusief het contractenrecht, beheersen. Zowel wetgever als rechter dienen volgens

deze waardenleer bij respectievelijk de vormgeving en de toepassing van privaatrechtelijke bepalingen rekening te houden met de grondrechten.³⁴

Kijkend naar de sterren komen we daarmee ten slotte uit bij de autonome en sociale grondslagen van het hedendaagse privaatrecht. Hoewel de verhouding tussen contractspartijen vaak niet op gelijkheid berust, kan door het meewegen van grondrechten een beter evenwicht worden bereikt tussen vrijheid en solidariteit. Wie in concrete gevallen 'the more loving one' zou moeten zijn, blijft daarbij ter beoordeling van wetgever en rechter.

Chantal Mak

Mr. C. Mak is als junior onderzoekster verbonden aan het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit van Amsterdam. Zij bereidt een proefschrift voor over de doorwerking van fundamentele rechten in het Nederlandse, Duitse en Engelse verbintenissenrecht. De auteur dankt Marco Loos en Edgar du Perron voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

Noten

- 1 W.H. Auden, *Collected Poems*, ed. E. Mendelson, Faber & Faber, London 1994, pp. 584-585.
- 2 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001, nr. 42; J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, tweede druk, Arbeiderspers, Amsterdam 1949.
- 3 Pres. Rb. 's-Gravenhage 28 februari 2003, LJN-nr. AF5286, zaaknr. KG 03/162 (www.rechtspraak.nl). Zie ook mijn artikel in het juninummer van de lopende jaargang van *Ars Aequi*, waaraan paragraaf 3 en 4 hierna grotendeels zijn ontleend. In de Gouden-Gidszaak werd overigens het grondrecht van vrije arbeidskeuze niet expliciet genoemd, anders dan in bijvoorbeeld HR 1 juli 1997, NJ 1997, 685.
- 4 TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 1. Het wetsvoorstel ligt op dit moment bij de Tweede Kamer. Streefdatum voor inwerkingtreding is 1 januari 2004.
- 5 D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, *Harvard Law Review* 1976, pp. 1713-1716.
- 6 Zie Kennedy, *a.w.*, pp. 1717-1722.
- 7 Vergelijk E.H. Hondius, *De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma-*

ta van het privaatrecht, in: Hartlief en Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Kluwer, Deventer 1997, pp. 387-393, in het bijzonder pp. 388-390. Kritisch over de beschermingstendens, die weinig ruimte lijkt te laten aan de eigen verantwoordelijkheid van partijen, T. Hartlief, *Vrijheid en bescherming in het contractenrecht*, *Contracteren* 2003, pp. 5-14.

8 Een eenduidige definitie van het begrip 'bedrijfsdebiet' wordt in de literatuur niet gegeven. Grapperhaus definieert het als volgt: 'De afzetmogelijkheden van een bedrijf op grond van goodwill, bijzondere kennis en inzichten en gedane investeringen'. Zie F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie. Beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Kluwer, Deventer 1995, p. 105.

9 Vergelijk over ongelijkheidscompensatie, in het bijzonder in het kader van concurrentiebedingen, F.B.J. Grapperhaus, *Enige overpeinzingen bij het op maat gesneden concurrentiebeding*, *ArbeidsRecht* 2002-8/9, p. 47.

10 In dit geval is van belang dat het recht van artikel 19 lid 3 Gw, hoewel ingebed in een sociaal grondrecht, als klassiek afweerrecht kan worden beschouwd. Sociale grondrechten lenen zich in beginsel immers in het geheel niet voor horizontale werking, terwijl voor klassieke grondrechten wel die mogelijkheid bestaat. Het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten is niet altijd even duidelijk. Zie E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer 1999, pp. 8-9.

11 Verhulp, *a.w.*, pp. 181-182; Grapperhaus, *a.w.* 1995, pp. 8-9 en pp. 371-373.

12 TK 2001-2002, 28 167, nrs. 1-2. Artikel 7:653 BW (ontwerp) luidt, voor zover hier van belang:

1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer en de werkgever zich daarbij heeft verbonden een bilijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking duurt.

2. (...)

3. De vergoeding, bedoeld in lid 1, is niet verschuldigd indien de werknemer wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadelijkt is op grond van artikel 677, leden 1 en 3.

4. In een beding als bedoeld in lid 1 worden vermeld:

a. de werkzaamheden en het geografisch gebied waarvoor de beperking geldt;

- b. de duur van de beperking, die ten hoogste een jaar kan bedragen;
- c. de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding, bedoeld in lid 1.
5. (...)
6. De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.
7. De rechter kan de vergoeding, bedoeld in lid 1, verhogen indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.
8. Elk beding in strijd met dit artikel is nietig.
- 13 Zie de memorie van toelichting bij het voorstel: TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 7.
- 14 (Kritische) besprekingen zijn onder meer te vinden bij: C.J. Loonstra, Op zoek naar het evenwicht. Het nieuwe wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding, *NJB* 2002, pp. 350-355; P.Th. Sick en P.R.W. Schaink, Hoedt u voor de concurrent, *ArbeidsRecht* 2002-2, pp. 15-21; C.E. Dingemans en M.P. van Broeckhuijsen, De (on)zekere toekomst van het concurrentiebeding, *ArbeidsRecht* 2002-3, pp. 20-26; C.G. Scholtens, Het concurrentiebeding, een hebbing of een onding?, *ArbeidsRecht* 2002-8/9, pp. 33-36; D.J. Buijs, Hoe neemt de rechter de maat van het concurrentiebeding?, *ArbeidsRecht* 2002-8/9, pp. 37-45; F.B.J. Grapperhaus, *a.w.* 2002; en S.W. Kuip en E. Verhulp, Commentaar op wetsvoorstel wijziging concurrentiebeding (28 167), *ArbeidsRecht* 2002-8/9, pp. 51-56.
- 15 Of de werknemer daadwerkelijk schade lijdt, speelt hier geen rol; van een schadevergoeding is uitdrukkelijk geen sprake. Zie TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 7. Loonstra, *a.w.*, p. 354, pleit er daarentegen voor om de vergoeding wel als schadevergoeding op te vatten. Situaties waarin een ex-werknemer door optelling van een WW-uitkering en de op het concurrentiebeding gebaseerde vergoeding boven 100% van zijn laatstverdiende netto loon uitkomt, kunnen daarmee worden voorkomen. Zie ook Kuip en Verhulp, *a.w.*, p. 53, die erop wijzen dat de werkgever op vrij eenvoudige wijze de billijke vergoeding aan de daadwerkelijk door de werknemer te lijden schade kan koppelen, bijvoorbeeld door in het beding verschillende percentages voor verschillende situaties te bepalen.
- 16 Waarmee wordt aangesloten bij Duitse en Belgische wetgeving, zij het dat in die regelingen wel een bepaling is opgenomen ten aanzien van de hoogte van de vergoeding, namelijk het vereiste dat die minimaal 50% van het laatstverdiende loon moet bedra-

- gen. Zie TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 14 en Loonstra, *a.w.*, p. 353.
- 17 TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 7. Vergelijk Loonstra, *a.w.*, p. 352, die erop wijst dat toevoeging van het woord 'billijk' lijkt te duiden op bevoegdheid van de rechter om (achteraf) vast te stellen of de overeengekomen vergoeding wel een billijke is. Lid 7 van het voorgestelde artikel lijkt dit ook te impliceren, maar roept daarnaast andere vragen op; zie daarover verder Loonstra, *a.w.*, p. 353 en Kuip en Verhulp, *a.w.*, p. 51.
- 18 TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, pp. 7-8. Het staat de werkgever overigens niet vrij het beding eenzijdig in te trekken om zo de verplichting tot vergoeding te ontlopen. Afstand van het vorderingsrecht kan op grond van artikel 6:160 BW alleen door een overeenkomst tussen werkgever en werknemer plaatshebben.
- 19 Zie ook Loonstra, *a.w.*, pp. 353 en 355; Kuip en Verhulp, *a.w.*, pp. 51-52; Dingemans en Van Broeckhuijsen, *a.w.*, p. 22.
- 20 TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 17. Verwonderlijk is dat de rechter in de voorgestelde leden 6 en 7 van artikel 7:653 BW slechts de mogelijkheid krijgt het beding of de vergoeding te wijzigen ten gunste van de werknemer en geen matigingsbevoegdheid heeft in gevallen waar het werkgeversbelang dat vraagt; zie Kuip en Verhulp, *a.w.*, p. 53.
- 21 TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 6.
- 22 Over de taakverdeling tussen wetgever en rechter: W. Snijders, *Privaatrechtelijke problemen*, in: *Problemen van wetgeving*, Kluwer, Deventer 1982, pp. 181-193; herdrukt in: *Wetgevende geschriften. Selectie uit de werken van mr. W. Snijders*, Kluwer, Deventer 1995, pp. 91-101, met name pp. 92-96.
- 23 Zie Kennedy, *a.w.* 1976 en *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1997. Zie ook mijn artikel *Personality rights in the Dutch and German law of obligations*, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2003, pp. 169-183 voor een verdere uitwerking van de politieke achtergrond van de doorwerking van grondrechten in het Nederlandse en Duitse verbintenissenrecht.
- 24 Zie over constitutionele toetsing: C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer, Deventer 2001, pp. 356-362. Zie ook de bijdragen aan de Rode Draad 'Constitutionele toetsing' in de lopende jaargang van *Ars Aequi*.
- 25 Vergelijk BVerfG 7 februari 1990, BVerfGE 81, 242 (Handelsverteerder), waarin het Bundesverfassungsgericht de toenmalige Duitse regeling van het concurren-

tiebeding ongrondwettig verklaarde op basis van toetsing aan de vrijheid van arbeidskeuze (artikel 12 *Grundgesetz*). Overigens speelt het probleem van het toetsingsverbod in de regeling van het concurrentiebeding minder dan in andere gevallen, aangezien de wetgever hier de rechter uitdrukkelijk de mogelijkheid geeft tot een billijkheidstoets (artikel 7:653 lid 6 BW (ontwerp)).

- 26** Grapperhaus, *a.w.* 1995, pp. 278-279.
- 27** TK 2001-2002, 28 167, nr. 3, pp. 1 en 6-7 en nr. 5, pp. 5 e.v.
- 28** Zie paragraaf 3 hiervoor.
- 29** Zie ook Loonstra, *a.w.*, p. 355.
- 30** Vergelijk Verhulp, *a.w.*, pp. 181-182; Loonstra, *a.w.*, p. 350.
- 31** Zie ook Loonstra, *a.w.*, p. 355; Kuip en Verhulp, *a.w.*, p. 53.
- 32** Voorbeeld genoemd door Kuip en Verhulp, *a.w.*, p. 53.
- 33** Over een dergelijke, op de rechtspraak van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* geënte waardentheorie: J.H. Nieuwenhuis, De Constitutie van het burgerlijk recht, *RM Themis* 2000, pp. 203-211, in het bijzonder pp. 204-206.
- 34** Vergelijk de Duitse rechtspraak, onder andere BVerfG 15 januari 1958, *BVerfGE* 7, 198 (Lüth), p. 205 BVerfG 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (Handelsvertreter), p. 254 en BVerfG 19 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 214 (Bürgschaft), p. 229.