



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: HR 2003-04-04

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2007). Annotation: HR 2003-04-04. *Nederlandse Jurisprudentie*, 29, 3692-3710. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13481>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13481>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

heid art. 7:653 lid 2 BW; onbillijke benadeling; vermelding 'bestemming der boete' vereist?

Bij de uitleg van het concurrentiebeding is geen onjuiste maatstaf aangelegd door de Rechtbank die heeft geoordeeld dat een redelijke uitleg van het concurrentiebeding meebrengt, gelet op hetgeen partijen over een weer van elkaar mochten verwachten, dat de werknemer moest begrijpen dat de werkzaamheden die hij voor zijn nieuwe werkgever verrichte, behoorden tot het takenpakket van zijn voormalige werkgever, een intermediair voor wie hij op detachingsbasis werkte. Onder de werking van art. 93 lid 1 onder a Arbeidsvoorzieningswet 1990 (Avw) was een concurrentiebeding niet nietig doch vernietigbaar. Uit de wetsgeschiedenis van de op 1 juli 1998 – met onmiddellijke werking – in werking getreden Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) – waarin een concurrentiebeding niet met nietigheid is bedreigd – kan niet worden afgeleid dat een concurrentiebeding in het algemeen ontoelaatbaar is; de bescherming van de werknemer moet worden gezocht in het algemene overeenkomstenrecht. De Rechtbank heeft dan ook terecht onderzocht of het beding op de voet van art. 7:653 lid 2 (gedeeltelijk) moet worden vernietigd. De Rechtbank heeft met juistheid geoordeeld 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) BW en dat uit de wetsgeschiedenis van de huidige artikelen 7:650 en 7:653 BW niet blijkt dat beoogd is in dit opzicht een materiële wijziging te brengen.

Werknemer die voor werkgever, een intermediair, op detachingsbasis automatiseringswerkzaamheden verricht, treedt in dienst bij een opdrachtgever van een opdrachtgever van zijn werkgever. Werkgever spreekt daarop werknemer aan op grond van de tussen werkgever en werknemer overeengekomen concurrentie- en boetebedingen. In cassatie is aan de orde of de Rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de werkzaamheden die de werknemer voor zijn nieuwe werkgever verricht onder het bereik van het concurrentiebeding vallen, of het concurrentiebeding op grond van art. 93 lid 1, onder a van de Arbeidsvoorzieningswet (Avw) nietig is, of sprake is van een onredelijk bezwarend beding, en of het vereiste dat het boetebeding de bestemming der boeten vermeldt al of niet van toepassing is op het concurrentiebeding.

Door te overwegen dat een redelijke uitleg van het concurrentiebeding meebrengt, gelet op hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, dat de werknemer moest begrijpen dat de werkzaamheden die hij voor zijn nieuwe werkgever verricht vallen onder het takenpakket van zijn oude werkgever heeft de Rechtbank niet een onjuiste maatstaf gehanteerd.

Het onderdeel dat klaagt dat de Rechtbank, door in haar vonnis te overwegen dat de onmiddellijke werking

NJ 2007, 351

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

4 april 2003, nr. C02/016HR

(Mrs. P. Neleman, A.G. Pos, D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, F.B. Bakels; A-G Keus)

m.nt. prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

JOL 2003, 208

LJN AF2844

RvdW 2003, 73

Arbeidsvoorzieningswet 1990 art. 93; BW art. 3:40, 7:650, 653, 7A:1637u (oud), 1637x (oud)

Arbeidsovereenkomst; gedetacheerde werknemer; concurrentiebeding; uitleg; maatstaf; geldigheid; Avw 1990 en Waadi; overgangsrecht; toepasselijk-

van de op 1 juli 1998 in werking gereden Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) meebrengt dat tussen partijen de wet geldt die van kracht is ten tijde van het invoeren van het concurrentiebeding, heeft miskend dat het concurrentiebeding dat onder de werking van art. 93 lid 1, onder a, Avw met nietigheid werd getroffen, niet rechtsgeldig wordt na het vervallen van die wet is in zoverre gegrond dat, zo moet worden aangenomen dat het concurrentiebeding onder de werking van de Avw nietig was, de onmiddellijke werking van de Waadi, waarin een concurrentiebeding niet met nietigheid is bedreigd, een door de vroegere wet voorziene nietigheid niet terzijde stelt. Het onderdeel kan evenwel niet tot cassatie leiden, omdat het eraan voorbijziet dat het in art. 93 lid 1, onder a, Avw neergelegde verbod uitsluitend strekt ter bescherming van de ter beschikking gestelde arbeidskracht in zijn vrijheid van keuze van arbeid, en dat derhalve een concurrentiebeding dat in strijd is met deze bepaling, ingevolge art. 3:40 lid 2 BW niet nietig is, zoals het onderdeel tot uitgangspunt neemt, maar vernietigbaar.

Uit de wetsgeschiedenis van de Waadi kan niet worden afgeleid dat een concurrentiebeding in het algemeen ontoelaatbaar is. Zoals in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is uiteengezet, moet de bescherming van de werknemer gezocht worden in het algemene overeenkomstenrecht op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen 'vernietigd kunnen worden'. Voorts wordt in die memorie opgemerkt dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze 'voor vernietiging in aanmerking kan komen'. De Rechtbank heeft derhalve terecht onderzocht of het beding op de voet van art. 7:653 lid 2 BW (gedeeltelijk) moet worden vernietigd.

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) BW, en dat uit de wetsgeschiedenis van de huidige artikelen 7:650 BW en 7:653 BW 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. Dit strookt ook met het standpunt van de meerderheid van de literatuur omtrent art. 7:650 en 7:653 BW.

R, Ghisyawan, te Almere, eiser tot cassatie, adv. mr. F.A.M. van Bree,
tegen

Mr. M.C. Udink, in zijn hoedanigheid van curator van LAN-Alyst B.V., kantoorhoudende te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie, adv. mr. P.J. de Groen.

Rechtbank:

1. De eerste grief van Ghisyawan richt zich tegen de rechtsoverwegingen 8 en 9 van het bestreden vonnis waarin de kantonrechter overweegt dat de werkzaamheden die Ghisyawan voor Syntegra verrichtte onder het bereik van het concurrentiebeding vallen.

2. De tweede grief van Ghisyawan bestrijdt rechtsoverweging 10. De kantonrechter oordeelt daarin dat het beroep van Ghisyawan op de nietigheid van het concurrentiebeding ingevolge het bepaalde in artikel 93 lid 1 Arbeidsvoorzieningenwet niet opgaat.

3. De derde grief richt zich tegen het in rechtsoverweging 12 vervatte oordeel van de kantonrechter dat Ghisyawan de mededeling in de brief van 3 november 1998 redelijkerwijs niet kon uitleggen als een toestemming van Lan-Alyst om bij Syntagra in dienst te treden.

4. In de vierde grief betoogt Ghisyawan – voor het eerst – dat het boetebeding in artikel 17 van de arbeidsovereenkomst nietig is aangezien het niet de bestemming van de boete vermeldt.

5. In de vijfde grief stelt Ghisyawan dat de kantonrechter ten onrechte de voorwaardelijke re-conventionele vorderingen van Ghisyawan heeft afgewezen.

6. In hoger beroep zijn geen grieven aangevoerd tegen de feiten als door de kantonrechter vastgesteld in de rechtsoverwegingen 1.a tot en met 1.r van het bestreden vonnis, zodat ook de rechtbank van die feiten uitgaat.

7. In hoger beroep vordert Ghisyawan de vernietiging van het tussenvonnis van de kantonrechter van 18 april 2000 en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Lan-Alyst af te wijzen met veroordeling van Lan-Alyst in de proceskosten van beide instanties.

8. Ter toelichting op zijn eerste grief betoogt Ghisyawan dat hij het concurrentiebeding niet heeft overtreden omdat de door hem verrichtte werkzaamheden bij Syntegra niet gelijk gesteld kunnen worden met het activiteitenpakket van Lan-Alyst dat immers uitsluitend het detacheren van automatiseringspersoneel betreft. Ghisyawan stelt dat een redelijke uitleg van het concurrentiebeding meebrengt dat het Ghisyawan niet is toegestaan om zelf een detachingsbureau te beginnen en klanten te werven bij Lan-Alyst. Voorts bestrijdt Ghisyawan dat hij voor een andere detacheerder bij dezelfde opdrachtgever ('t Hooge Huys) dezelfde werkzaamheden bleef verrichten, omdat niet 't Hooge Huys opdrachtgever was van Lan-Alyst doch Argon.

9. Lan-Alyst betwist deze grief gemotiveerd, onder meer op de hierna te bespreken gronden.

10. De eerste grief wordt verworpen. Ter toelichting dient het volgende.

Vast staat dat 't Hooge Huys Verzekeringen te Alkmaar sedert december 1997 gebruik maakte van de diensten van Ghisyawan via een doorleenconstructie op basis van een mantelovereenkomst tussen

Lan-Alyst en Argon gevolgd door een mantelovereenkomst tussen Argon en Syntegra. Hiermede was 't Hooge Huys – indirect– eindopdrachtgever van Lan-Alyst. Ghisyawan was uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst met Lan-Alyst in dienst als medewerker helpdesk. Uit de mantelovereenkomst tussen Lan-Alyst en Argon en het verslag van het functioneringsgesprek van 26 augustus 1998 blijkt echter dat hij sedert december 1997 feitelijk werkzaam was als medewerker systeembeheer bij 't Hooge Huys. Na beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst met Lan-Alyst continueerde Ghisyawan zijn werkzaamheden bij 't Hooge Huys op basis van een arbeidsovereenkomst met Syntegra. Gelet op deze omstandigheden bestrijdt Ghisyawan ten onrechte dat hij namens een andere detacheerder bij dezelfde opdrachtgever bleef werken.

11. Voorts biedt de in het concurrentiebeding gekozen formulering 'de werkzaamheden die in de ruimste zin des woords behoren (...) tot het activiteitenpakket van Lan-Alyst' noch naar de letter noch naar de kennelijke strekking een aanknopingspunt voor de door Ghisyawan voorgestane beperkte uitleg waarbij van het activiteitenpakket van Lan-Alyst de werkzaamheden die door haar werknemers worden verricht in het kader van detachering/verlenen van diensten uitgesloten worden geacht. Andere argumenten voor een dergelijke restrictieve uitleg heeft Ghisyawan niet aangedragen. De kantonrechter heeft naar het oordeel van de rechtbank dan ook terecht geoordeeld dat de werkzaamheden die Ghisyawan verrichte voor Syntegra behoorden tot het activiteitenpakket van Lan-Alyst, dat deze zowel naar formele als naar materiële inhoud in strijd met het concurrentiebeding waren en dat een redelijke uitleg van artikel 15 van de arbeidsovereenkomst meebrengt, gelet op hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, dat Ghisyawan dit ook zo moest begrijpen.

12. Ter toelichting op de tweede grief voert Ghisyawan aan dat het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt als een met artikel 93 lid 1 van de Arbeidsvoorzieningswet (Avw) strijdig belemmeringsverbod. Aangezien het een wetsartikel van openbare orde is, is het beding naar het oordeel van Ghisyawan nietig en niet vernietigbaar zoals de kantonrechter heeft aangenomen. Ghisyawan stelt zich op het standpunt dat de vraag of het concurrentiebeding nietig is moet worden beantwoord aan de hand van de wettelijke bepalingen die geldig waren op het moment waarop het beding is overeengekomen, zijnde 10 september 1997, zodat getoetst moet worden aan de Avw. Dat per 1 juli 1998 de Avw is vervangen door de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (WAADI), waarin het belemmeringsverbod niet langer is opgenomen, kan dan ook niet leiden tot de conclusie dat het concurrentiebeding geldig is, aldus Ghisyawan. Voorts stelt Ghisyawan dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het belemmeringsverbod ook na invoering van de WAADI onverkort geldt.

13. Lan-Alyst betwist deze grief gemotiveerd, onder meer stellende dat het uitlenen van Ghisyawan niet valt onder de definitie van artikel 1 Avw.

14. De rechtbank overweegt dat zelfs indien wordt uitgegaan van toepasselijkheid van de bepalingen van de Avw of de WAADI op het uitlenen van Ghisyawan, dit hem niet kan baten. Ter toelichting dient het volgende.

15. Anders dan Ghisyawan meent, heeft nieuwe wetgeving onmiddellijke werking, tenzij anders is bepaald in het bij die wet behorende Overgangsrecht. Daarvan is ten aanzien van de WAADI geen sprake. Ongeacht of het beding ingevolge de Avw mogelijk nietig of juist vernietigbaar is, brengt dit mee dat tussen partijen die wetgeving geldt die van kracht is ten tijde van het invoeren van het concurrentiebeding. De rechtbank zal het concurrentiebeding dan ook toetsen aan de bepalingen van de WAADI nu Lan-Alyst het beding heeft ingeroepen na de invoering van die wet per 1 juli 1998. Dit leidt tot het volgende oordeel.

16. De WAADI bevat niet langer het voorheen in artikel 93 Avw omschreven wettelijke belemmeringsverbod. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de regering ervan uit ging dat het schrappen van dat artikel geen materiële consequenties heeft omdat het concurrentiebeding kan worden getoetst aan de in het algemene overeenkomstenrecht vervatte regeling ten aanzien van onredelijk bezwarende bedingen. De regering heeft daarbij als standpunt kenbaar gemaakt dat een concurrentiebeding verboden zou moeten zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Waar de relatie uitzendbureau en arbeidskracht naar zijn aard tijdelijk is, kan een in dat verband gesloten concurrentiebeding voor vernietiging in aanmerking komen, zo blijkt uit de kamerstukken.

17. Anders dan door Ghisyawan wordt betoogd kan niet enkel op grond van de hiervoor genoemde wetgeschiedenis worden aangenomen dat het concurrentiebeding van Ghisyawan onredelijk bezwarend is, aangezien tussen Ghisyawan en Lan-Alyst geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, doch voor onbepaalde tijd is gesloten.

De rechtbank heeft te onderzoeken aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval of Ghisyawan door de wijze waarop Lan-Alyst het beding toepast onbillijk wordt benadeeld en of het beding (gedeeltelijk) moet worden vernietigd op de voet van artikel 7:653 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De rechtbank concludeert dat hiervoor geen grond bestaat nu het beding door Lan-Alyst wordt ingeroepen om Ghisyawan te verbieden om bij Syntegra in dienst te treden teneinde bij 't Hooge Huys werkzaam te blijven. Immers, terecht heeft Lan-Alyst aangevoerd dat zij direct en indirect heeft geïnvesteerd in haar werknemers en haar relaties met opdrachtgevers door het vergoeden van cursuskosten, het verzorgen van begeleiding van haar personeel, het verschaffen van computers aan haar werknemers, het voeren van reclamecampagnes, het dragen van kosten van personeelswerving en overheadkosten. Lan-Alyst heeft er in de gegeven omstan-

digheden dan ook een redelijk belang bij om te voorkomen dat Ghisyawan vervolgens in dienst treedt bij die werkgever of relatie waarmee hij dankzij deze inspanningen een werkrelatie heeft opgebouwd. Dat belang weegt zwaarder dan het belang van Ghisyawan om juist bij 't Hooge Huys of Syntegra werkzaam te zijn tegen een hoger loon dan hij bij Lan-Alyst ontving. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat het een feit van algemene bekendheid is dat er krapte is op de arbeidsmarkt aan werknemers als Ghisyawan, zodat hij geacht kan worden om op korte termijn een nieuwe dienstbetrekking in de automatiseringsbranche, buiten de vaste relaties en opdrachtgevers van Lan-Alyst, te kunnen verwerven tegen een salaris op hetzelfde niveau als hij bij Syntegra ontving. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat Lan-Alyst heeft aangevoerd dat zij het concurrentiebeding niet zo ruim uitlegt dat zij Ghisyawan verbiedt om elders automatiseringswerkzaamheden te verrichten.

18. Slotsom is dat de tweede grief faalt.

19. Ter toelichting op de derde grief stelt Ghisyawan dat de brief van 3 november 1998 afkomstig was van zijn manager en dat het contact met Lan-Alyst uitsluitend via hem verliep, zodat Ghisyawan mocht begrijpen dat Lan-Alyst hem toestemming verleende voor indiensttreding bij Syntegra.

20. Lan-Alyst brengt daartegen in dat niet Borst doch Wormgoor, die het functioneringsgesprek met Ghisyawan voerde op 26 augustus 1998, zijn leidinggevende was. Voorts stelt Lan-Alyst dat zij er vanuit ging dat Ghisyawan bij een ander bedrijf dan Syntegra zou gaan werken omdat hij bij brief van 20 oktober 1998 en in diverse gesprekken in de tweede helft van 1998 was gewaarschuwd om het concurrentiebeding niet te schenden door bij Syntegra in dienst te treden.

21. Naar aanleiding van de derde grief overweegt de rechtbank het volgende. Waar Ghisyawan zelf zijn opzegbrief van 8 oktober 1998 richtte tot Wormgoor – die ook het functioneringsgesprek met hem had gevoerd – en deze hem bij brief van 20 oktober 1998 in niet mis te verstane bewoordingen verbood om bij Syntegra of een andere relatie van Lan-Alyst in dienst te treden, kan Ghisyawan in redelijkheid niet volhouden dat hij mocht afgaan op de brief van 3 november 1998 van Borst en dat hij mocht begrijpen dat hij alsnog toestemming van Lan-Alyst kreeg om bij Syntegra in dienst te treden. Bovendien blijkt uit de bewoordingen van deze brief geenszins – zoals ook de kantonrechter heeft overwogen – dat deze betrekking had op indiensttreding bij Syntegra, aangezien Ghisyawan slechts in algemene zin succes wordt toegewenst bij 'zijn nieuwe werkgever'. Voor het overige heeft Ghisyawan geen concrete feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan hij er vanuit mocht gaan dat het voor Lan-Alyst niet langer een probleem was indien hij bij Syntegra in dienst zou treden.

22. Gelet op het bovenstaande wordt ook de derde grief verworpen.

23. Ter toelichting op de vierde grief stelt Ghisyawan, onder verwijzing naar de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 24 juni 1998, *JAR* 1998,151, dat het boetebeding van artikel 17 van de arbeidsovereenkomst nietig is omdat het – in strijd met het bepaalde in artikel 7:650 lid 3 BW – geen bestemming vermeldt van de verbeurde boetebedragen. Lan-Alyst betwist gemotiveerd dat de bepalingen van artikel 7:650 BW betrekking hebben op een boetebeding gekoppeld aan een concurrentiebeding.

24. Naar aanleiding van deze grief overweegt de rechtbank 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.

25. 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.

26. Ghisyawan stelt ter toelichting bij de vijfde grief slechts dat hij met deze grief beoogt om het

gehele tussenvonnissen van 18 april 2000 ter vernietiging voor te dragen met uitzondering van de beslissing ten aanzien van de studiekosten. Aangezien de overige grieven van Ghisyawan zijn verworpen faalt ook deze grief

27. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen wordt het tussenvonnissen waarvan beroep bekrachtigd, met veroordeling van Ghisyawan, als de in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van het hoger beroep. De zaak wordt verwezen naar de kantonrechter teneinde de door hem gelaste comparitie alsnog te doen plaatsvinden.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat de Rechtbank heeft overwogen en beslist als is vervat in het ten deze bestreden vonnis, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende, zo nodig in onderlinge samenhang te lezen redenen:

1. In de r.o. 10 en 11 komt de Rechtbank ten onrechte op de daar vermelde gronden tot de conclusie dat de werkzaamheden die Ghisyawan verrichtte voor Syntegra behoorden tot het activiteitenpakket van Lan-Alyst, dat deze zowel naar formele als naar materiële inhoud in strijd met het concurrentiebeding waren en dat een redelijke uitleg van artikel 15 van de arbeidsovereenkomst meebrengt, gelet op hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, dat Ghisyawan dit ook zo moest begrijpen. Zulks is onjuist althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, gelet op de stellingen van Ghisyawan (onder 5 en 6 cva, 7 cvd en toel. bij grief I mvg) dat zijn activiteiten bij Syntegra (het verrichten van automatiseringswerkzaamheden) niet vallen onder het activiteitenpakket van Lan-Alyst (het detacheren van personeel op het gebied van informatietechnologie), dat hij bij indiensttreding of daarna er niet op gewezen is dat hij niet bij directe of indirecte opdrachtgevers van Lan-Alyst en andere detacheerders in dienst kon treden, terwijl een en ander evenmin duidelijk en ondubbelzinnig is vastgelegd in het concurrentiebeding, en dat hem evenmin bekend was dat Lan-Alyst met Argon of Argon met Syntegra voorwaarden voor overname van detacheringpersoneel was overeengekomen. Zulks is temeer onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, in het licht van het uitgangspunt dat in geval van onduidelijkheid van een concurrentiebeding, gelet op het zwaarwegend persoonlijk belang van de werknemer (zoals door Ghisyawan weergegeven onder 3 cve in reconventie), het beding uitgelegd dient te worden ten gunste van de werknemer.

2. In de r.o. 15 oordeelt de Rechtbank ten onrechte dat het feit, dat de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (WAADI) onmiddellijke werking heeft, met zich brengt dat tussen partijen die wetgeving geldt die van kracht is ten tijde van het inroepen van het concurrentiebeding, ongeacht of

het beding ingevolge de Arbeidsvoorzieningswet 1990 (Avw) mogelijk nietig is of juist vernietigbaar is. De Rechtbank miskent hiermee dat het concurrentiebeding, dat onder de werking van artikel 93 lid 1 sub a Avw met nietigheid werd getroffen, niet rechtsgeldig wordt na het vervallen van die wet.

3. In de r.o. 16 en 17 komt de Rechtbank ten onrechte op de daar vermelde gronden tot de conclusie dat het concurrentiebeding niet onredelijk bezwarend is, althans is onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed dat geen sprake is van een onredelijk bezwarend beding mede in het licht van de omstandigheid dat als hoofdregel heeft te gelden dat, ondanks dat het absolute belemmeringsverbod in de WAADI niet gehandhaafd is, dergelijke bedingen ook onder de werking van de WAADI niet zijn toegestaan en dat de Rechtbank in haar belangenafweging geen rekening heeft gehouden met de door Ghisyawan onder 12 cvd aangevoerde omstandigheid dat Lan-Alyst hetgeen zij in Ghisyawan heeft geïnvesteerd, vergoed heeft gekregen doordat terzake een opleidingsovereenkomst is gesloten, zodat het daarop gegronde belang van Lan-Alyst is weggenomen.

4. In de r.o. 24 en 25 komt de Rechtbank ten onrechte op de daar vermelde gronden tot het oordeel dat voor een concurrentiebeding niet geldt de voorwaarde van vermelding van de bestemming van de boete. Zulks ten onrechte nu in de wet niet een uitdrukkelijke uitzondering is opgenomen voor de toepasselijkheid van de regeling van de boete van artikel 7:650 Burgerlijk Wetboek (BW) op een boetebeding in een concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 BW, zodat moet gelden dat de regeling van artikel 7:650 BW terzake wel van toepassing is.

Conclusie A-G:

1. Feiten en procesverloop

1.1 Ghisyawan¹, aanvankelijk in dienst bij LAN-Alyst², is bij een opdrachtgeefster van zijn werkgeefster in dienst getreden. Tussen Ghisyawan en LAN-Alyst was een concurrentiebeding overeengekomen. Het gaat in deze zaak om de vraag of het concurrentiebeding geldig is en of de werkzaamheden die Ghisyawan voor zijn nieuwe werkgeefster is gaan verrichten, onder de werking van dit beding vallen.

1.2 In cassatie van het volgende kan worden uitgegaan³.

(a) Blijkens de op 10 september 1997 gedateerde arbeidsovereenkomst⁴ is Ghisyawan per 1 decem-

1 Radjendersingh volgens het bestreden arrest.

2 Uit ambtshalve navraag is mij gebleken, dat LAN-Alyst bij vonnis van de rechtbank Den Haag van 29 augustus 2001 in staat van faillissement is verklaard en dat mr. M.C. Udink bij beschikking van diezelfde rechtbank van 31 oktober 2001 in plaats van mevrouw mr. J. Kok als curator is aangesteld.

3 Zie rov. 6 van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 19 september 2001 in samenhang met rov. 1 van het vonnis van de kantonrechter Amsterdam van 18 april 2000.

4 Prod. 1 bij de conclusie van antwoord tevens voorwaardelijke eis in reconventie.

ber 1997 voor onbepaalde tijd als helpdeskmedewerker bij LAN-Alyst in dienst getreden.

(b) De onder 1.2(a) genoemde arbeidsovereenkomst bevat – onder meer – de navolgende bepalingen:

‘5. De werkzaamheden worden verricht bij de opdrachtgevers, in heel Nederland, conform een door de werkgever aangenomen en gegeven opdracht.

6. (...) De door zowel de werkgever als de werknemer in acht te nemen opzegtermijn bedraagt één maand.

7. Het salaris bedraagt per 1 december 1997 Fl. 2.900,- bruto per maand. (...)

15. Het is de werknemer nadrukkelijk verboden om tijdens de contractperiode en binnen 18 maanden na afloop van de contractperiode hetzij voor eigen rekening, hetzij in maatschap- of firmaverband met derden, hetzij in dienstverband met een ander of op welke andere wijze dan ook werkzaamheden te verrichten die in de ruimste zin des woord behoren of redelijkerwijze zouden kunnen gaan behoren tot het activiteitenpakket van de werkgever. (...)

17. In geval van overtreding van het in het voorgaande onder 15 en/of 16 vermeldde, verbeurt de werknemer een boete van Fl. 2.500,00 (zegge: vijftienghonderd gulden) per overtreding en dezelfde boete voor iedere dag dat de overtreding voortduurt, onverminderd het recht van werkgever om volledige schadeloosstelling te eisen, onverminderd enig ander recht waarop de werkgever zich zou kunnen beroepen.’

(c) Op 20 januari 1998 is tussen LAN-Alyst en Argon Consultancy B.V. (hierna: Argon) een detacheringsovereenkomst⁵ voor onbepaalde tijd tot stand gekomen, waarbij LAN-Alyst zich – onder meer – heeft verbonden om aan Argon automatiseringsdiensten te leveren en Argon zich – onder meer – heeft verbonden conform het bepaalde in art. 5, dat luidt als volgt:

‘5. Concurrentieverbod

5.1 Opdrachtgever onthoudt zich zowel gedurende de looptijd van de door opdrachtnemer te verrichten diensten als gedurende twaalf maanden na beëindiging daarvan van het benaderen en/of in dienst nemen en/of anderszins direct of indirect gebruiken van één of meer van de medewerkers van opdrachtnemer, behoudens voorafgaande en uitdrukkelijke toestemming van opdrachtnemer.

5.2 Voor de toepassing van artikel 5.1 wordt als opdrachtgever mede beschouwd enige direct of indirect aan opdrachtgever gelieerde entiteit of persoon.

5.3 Bij overtreding van het in dit artikel bedoelde verbod is opdrachtgever aanstonds, zonder ingebrekestelling of andere formaliteit, in verzuim en is hij een onmiddellijk opeisbare boete van f 75.000,- verschuldigd aan opdrachtnemer, onverminderd en

geheel los staand van de aanspraak van opdrachtnemer op vergoeding van de door haar geleden schade.’

(d) Onder verwijzing naar de onder 1.2(c) genoemde (mantel)overeenkomst is op 4 december 1997 tussen LAN-Alyst en Argon een zogenaamde ‘uitvoeringsovereenkomst’⁶ gesloten voor de werkzaamheden van Ghisyawan voor Argon in de functie ‘Systeem beheer’, bestaande uit: ‘Beheer automatisering’ tegen een uurtarief van fl. 65,00 bij 40 uur per week.

(e) Tussen Argon en Syntegra Netwerken B.V. (hierna: Syntegra) is eveneens een mantelovereenkomst⁷ gesloten, welke in artikel 7.4 (ten laste van Syntegra) een soortgelijke bepaling bevat als het vorenangehaalde art. 5.1 (zie hiervóór onder 1.2(c)), waarbij sprake is van een periode van één jaar na beëindiging van de overeenkomst of de verlenging daarvan.

(f) Op 10 juni 1998 is tussen LAN-Alyst en Ghisyawan overeengekomen een ‘Terugbetalingsregeling Opleidingskosten’⁸, inhoudende dat Ghisyawan op kosten van LAN-Alyst een opleiding kan volgen, welke kosten fl. 9.966,- bedragen; deze kosten zullen door Ghisyawan aan LAN-Alyst terugbetaald moeten worden ‘bij beëindiging van het dienstverband door de medewerker binnen één jaar na beëindiging van de opleiding’.

(g) Bij brief van haar raadsman van 19 juni 1998 aan Syntegra⁹ heeft LAN-Alyst zich op het standpunt gesteld dat het Syntegra op grond van art. 7.4 van de mantelovereenkomst van Syntegra met Argon is verboden om – zoals zij heeft gedaan – aan Ghisyawan een arbeidsovereenkomst aan te bieden, althans hem in dienst te nemen, zonder de daarvoor vereiste toestemming van Argon, zoals het Argon op haar beurt is verboden om werknemers van LAN-Alyst (als Ghisyawan) zonder uitdrukkelijke toestemming van LAN-Alyst in dienst te nemen.

(h) Bij faxbrief van 8 juli 1998¹⁰ heeft Argon aan Syntegra toestemming verleend ‘dat Ghisyawan tegen een overeengekomen vergoeding bij Syntegra in dienst treedt’.

(i) Bij faxbrief van 8 juli 1998¹¹ heeft Syntegra de eis van LAN-Alyst terzijde geschoven, onder verwijzing naar de hiervóór onder 1.2(h) bedoelde toestemming, alsmede naar het feit dat LAN-Alyst geen partij is bij de overeenkomst tussen Syntegra en Argon.

(j) Bij brief van 16 juli 1998 heeft LAN-Alyst het vorenstaande (zie hiervóór onder 1.2 (g) en (h))

6 Prod. 2 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

7 Prod. 3 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

8 Prod. 1 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

9 Prod. 4 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

10 Prod. 3 bij de conclusie van antwoord tevens voorwaardelijke eis in reconventie.

11 Prod. 7 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

5 Prod. 2 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

aan Argon bevestigd en heeft zij Argon gewezen op de contractuele boete van fl. 75.000,- (zie hiervóór onder 1.2(c)) en haar gesommeerd zich aan haar contractuele verplichtingen te houden, respectievelijk haar in gebreke gesteld.

(k) Bij brief gedateerd 8 oktober 1998 (maar volgens LAN-Alyst op 14 oktober 1998 ontvangen)¹² heeft Ghisyawan aan LAN-Alyst laten weten: 'Naar aanleiding van een aanbieding van Syntegra wat mij en mijn gezin ten goede komt, wil ik met deze brief mijn dienstverband met LAN-Alyst per heden opzeggen'.

(l) Bij brief van 20 oktober 1998¹³ heeft LAN-Alyst aan Ghisyawan bevestigd dat Ghisyawan ook na 8 oktober 1998 gewoon voor LAN-Alyst is blijven werken, dat LAN-Alyst wil afzien van de vereiste ontslagvergunning indien Ghisyawan tot 1 december 1998 voor LAN-Alyst blijft werken, dat Ghisyawan gebonden is aan het concurrentiebeding van art. 15 van zijn arbeidsovereenkomst, welk beding hem gedurende 18 maanden na het einde van het dienstverband verbiedt om met LAN-Alyst concurrerende werkzaamheden zoals voor Syntegra te verrichten en dat LAN-Alyst zich tegen het verrichten van zulke werkzaamheden door Ghisyawan verzet, onder verwijzing naar art. 17 van de arbeidsovereenkomst en de daarin voorziene boeten, en onder aankondiging van invordering van die boeten.

(m) In een brief op briefpapier van LAN-Alyst van 3 november 1998¹⁴, namens LAN-Alyst ondertekend door Borst, heeft LAN-Alyst Ghisyawan gefeliciteerd met de geboorte van zijn dochter, waarna de brief wordt afgesloten met de zin: 'Ik wil je namens LAN-Alyst bedanken voor je inzet en wens je veel succes bij je nieuwe werkgever.'

(n) Bij brief van Syntegra, gedateerd 18 november 1998, doch door LAN-Alyst ontvangen op 10 december 1998¹⁵, laat Syntegra aan LAN-Alyst weten: 'Ghisyawan begrepen wij dat u inmiddels, en voorzoveel nodig, instemt met zijn indiensttreding bij Syntegra per 1 december aanstaande, zoals ook blijkt uit uw brief aan Ghisyawan d.d. 3 november jl. Ik wil u bedanken voor uw professionele houding in deze.'

(o) Bij brief van 18 december 1998¹⁶ heeft Ghisyawan aan LAN-Alyst geschreven: 'Als bevestiging op de door u verzonden brief op 15 december 1998, meld ik hierbij dat ik per 1 januari 1999 bij u uit dienst treedt.'

(p) Bij brieven van 18 januari 1999¹⁷ heeft LAN-Alyst aan Ghisyawan en aan Syntegra laten weten

dat LAN-Alyst jegens Ghisyawan aanspraak maakt op de door Ghisyawan contractueel verschuldigde boeten ad fl. 2.500,- per dag, alsmede op fl. 12.000,- wegens de overeengekomen studieregeling, terwijl Syntegra wordt gesommeerd om Ghisyawan niet langer te werk te stellen, op welke brieven noch Ghisyawan noch Syntegra hebben gereageerd.

(q) LAN-Alyst heeft in verband met de door Ghisyawan gevolgde opleiding van Mind-It B.V. een factuur d.d. 30 december 1998 ad fl. 9.966,- exclusief BTW ontvangen en voldaan.

(r) Argon heeft de van LAN-Alyst ontvangen factuur ad fl. 102.225,00 wegens de overgang van Ghisyawan onbetaald retour gezonden met de mededeling: 'Wij kunnen deze factuur niet accepteren, daar wij niets te maken hebben met deze overname. Wij raden u aan deze factuur naar Syntegra B.V. te zenden.'¹⁸

1.3 Tegen deze achtergrond heeft LAN-Alyst bij dagvaarding van 3 mei 1999 Ghisyawan op verkorte termijn voor de kantonrechter Amsterdam gedagvaard. LAN-Alyst heeft betaling gevorderd van een bedrag van fl. 100.000,- ten titel van boeten, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 18 januari 1999, althans van een in goede justitie te bepalen bedrag. Daarnaast heeft LAN-Alyst betaling gevorderd van een bedrag van fl. 12.000,- ten titel van terugbetaling studiekosten, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 18 januari 1999. Ten slotte heeft LAN-Alyst veroordeling van Ghisyawan in de kosten van het geding gevorderd. Aan deze vorderingen heeft LAN-Alyst onder meer de onder 1.2 weergegeven feiten ten grondslag gelegd. LAN-Alyst heeft voorts gesteld dat zij Ghisyawan medio 1998 heeft gewezen op zijn concurrentiebeding¹⁹ en dat zij Syntegra per aangetekende brief van 19 juni 1998 (zie hiervóór onder 1.2 (g)) op de overeenkomst tussen LAN-Alyst en Argon heeft gewezen. Op grond van die overeenkomst was het Argon verboden personeel van LAN-Alyst in dienst te nemen. Syntegra is voorts gewezen op artikel 7.4 van de overeenkomst tussen haar en Argon, op grond waarvan het evenzeer verboden is medewerkers van Argon in dienst te nemen of anderszins bij de uitvoering van de werkzaamheden te betrekken. Syntegra is gelijktijdig gesommeerd ervan af te zien Ghisyawan in dienst te nemen, aldus LAN-Alyst²⁰.

Ghisyawan heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Hij heeft gesteld dat hij het concurrentiebeding niet heeft overtreden aangezien de werkzaamheden van LAN-Alyst betrekking hebben op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van de Arbeidsvoorzieningswet 1990 (hierna: Avw) en het concurrentiebeding deswege (in verband met de bepaling van art. 93 lid 1 sub a Avw) nietig is. Ghisyawan heeft voorts gesteld dat zijn werkzaamheden als helpdeskmedewerker niet behoren tot het activiteitenpakket

12 Prod. 8 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

13 Prod. 9 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

14 Prod. 4 bij de conclusie van antwoord tevens voorwaardelijke eis in reconventie.

15 Prod. 10 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

16 Prod. 11 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

17 Prod. 12 en 13 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

18 Prod. 17 bij de conclusie van repliek in conventie, tevens conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie.

19 Zie inleidende dagvaarding, nrs. 5 en 6.

20 Zie inleidende dagvaarding, nr. 7.

van LAN-Alyst²¹ en dat in het overeengekomen concurrentiebeding geen verbod op indiensttreding bij directe of indirecte relaties van LAN-Alyst is opgenomen.

Bij zijn conclusie van antwoord heeft Ghisyawan een voorwaardelijke eis in reconventie ingesteld. Hij stelde deze eis in voorzover mocht komen vast te staan dat de overeengekomen werkzaamheden van Ghisyawan wel onder het concurrentiebeding vallen, en dit niet wegens strijd met de Avw nietig zou zijn. Ghisyawan heeft gehele – of gedeeltelijke – vernietiging van het concurrentiebeding gevorderd. Aan deze vordering heeft hij ten grondslag gelegd dat, in verhouding tot het te beschermen belang van LAN-Alyst, Ghisyawan door het beding onredelijk wordt benadeeld. Hij heeft gesteld dat hij zijn positie heeft verbeterd door in dienst te treden bij Syntegra. Bovendien stelt Ghisyawan dat het beding te ruim is geformuleerd en de boete van fl. 100.000,-, gelet op de duur van het dienstverband en de hoogte van het loon, bovenmatig is.

Tegen de voorwaardelijke eis in reconventie heeft LAN-Alyst gemotiveerd verweer gevoerd. LAN-Alyst heeft gesteld dat voor matiging geen grond is nu Ghisyawan het beding willens en wetens heeft overtreden.

1.4 Bij tussenvonnis van 18 april 2000 heeft de kantonrechter de vordering ter zake van opleidingskosten tot een bedrag van fl. 9.966,- toegewezen geoordeeld (rov. 6). Voorts heeft de kantonrechter geoordeeld dat de detacheringswerkzaamheden van LAN-Alyst formeel zijn gegoten in de vorm van het verlenen van diensten op het gebied van automatisering. Tot de in opdracht te verrichten automatiseringsdiensten behoorden ook de werkzaamheden van Ghisyawan (rov. 8). Volgens de kantonrechter is de indiensttreding van Ghisyawan bij Syntegra 'zo evident concurrerend' ten opzichte van LAN-Alyst, dat die handelwijze onder het concurrentiebeding valt en dat het concurrentiebeding in zoverre ook 'de toets der belangenafweging' kan doorstaan (rov. 13). De kantonrechter heeft het beroep van Ghisyawan op strijd met art. 93 lid 1 van de Avw verworpen, omdat strijd met deze bepaling slechts tot vernietigbaarheid van het concurrentiebeding zou leiden en na intrekking van de bepaling per 1 juli 1998 de grond voor vernietigbaarheid niet meer bestaat (rov. 10). De kantonrechter heeft een comparitie van partijen gelast om nadere inlichtingen van partijen met het oog op de hoogte van de boete te ontvangen en een schikking te beproeven.

1.5 Tegen dit (tussen)vonnis heeft Ghisyawan hoger beroep ingesteld bij de rechtbank Amsterdam. LAN-Alyst heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij vonnis van 19 september 2001 heeft de rechtbank het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar de kantonrechter verwezen.

1.6 Ghisyawan heeft tegen het vonnis van de rechtbank tijdig²² beroep in cassatie ingesteld. LAN-Alyst heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben de zaak door hun advocaten schriftelijk doen toelichten, waarna LAN-Alyst heeft gedupliceerd.

1.7 Ontvankelijkheidsperikelen in verband met het bepaalde in art. 401a (nieuw) Rv doen zich in deze zaak niet voor, nu het in cassatie bestreden vonnis is uitgesproken vóór de inwerkingtreding van de Wet tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg (zie artikel VII lid 2 van die wet).

2. *Bespreking van het cassatiemiddel*

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit vier onderdelen.

Onderdeel 1

2.2 Het eerste onderdeel is gericht tegen de rov. 10 en 11 van het bestreden vonnis. Daarin heeft de rechtbank het volgende overwogen:

'10. De eerste grief wordt verworpen. Ter toelichting dient het volgende.

Vast staat dat 't Hooge Huys Verzekeringen te Alkmaar sedert december 1997 gebruik maakte van de diensten van Ghisyawan via een doorleenconstructie op basis van een mantelovereenkomst tussen Lan-Alyst en Argon gevolgd door een mantelovereenkomst tussen Argon en Syntegra. Hiermede was 't Hooge Huys – indirect – eindopdrachtgever van Lan-Alyst. Ghisyawan was uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst met Lan-Alyst in dienst als medewerker helpdesk. Uit de mantelovereenkomst tussen Lan-Alyst en Argon en het verslag van het functioneringsgesprek van 26 augustus 1998 blijkt echter dat hij sedert december 1997 feitelijk werkzaam was als medewerker systeembeheer bij 't Hooge Huys. Na beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst met Lan-Alyst continueerde Ghisyawan zijn werkzaamheden bij 't Hooge Huys op basis van een arbeidsovereenkomst met Syntegra. Gelet op deze omstandigheden bestrijdt Ghisyawan ten onrechte dat hij namens een andere detacheerder bij dezelfde opdrachtgever bleef werken.

11. Voorts biedt de in het concurrentiebeding gekozen formulering 'de werkzaamheden die in de ruimste zin des woords behoren (...) tot het activiteitenpakket van Lan-Alyst' noch naar de letter noch naar de kennelijke strekking een aanknopingspunt voor de door Ghisyawan voorgestane beperkte uitleg waarbij van het activiteitenpakket van Lan-Alyst de werkzaamheden die door haar werknemers worden verricht in het kader van detachering / verlenen van diensten uitgesloten worden geacht. Andere argumenten voor een dergelijke restrictieve uitleg heeft Ghi-

21 Zie conclusie van antwoord, nrs. 5 en 9.

22 De dagvaarding is uitgebracht op 19 december 2001, precies drie maanden nadat de rechtbank haar vonnis had gewezen.

syawan niet aangedragen. De kantonrechter heeft naar het oordeel van de rechtbank dan ook terecht geoordeeld dat de werkzaamheden die Ghisyawan verricht(t)e voor Syntegra behoorden tot het activiteitenpakket van Lan-Alyst, dat deze zowel naar formele als naar materiële inhoud in strijd met het concurrentiebeding waren en dat een redelijke uitleg van artikel 15 van de arbeidsovereenkomst meebrengt, gelet op hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, dat Ghisyawan dit ook zo moest begrijpen.'

2.3 Volgens het onderdeel is het oordeel dat de werkzaamheden die Ghisyawan voor Syntegra verrichtte tot het activiteitenpakket van LAN-Alyst behoorden, dat zij zowel naar formele als materiële inhoud met het concurrentiebeding in strijd waren en dat Ghisyawan dit ook zo moest begrijpen, onjuist althans onbegrijpelijk en niet behoorlijk gemotiveerd in het licht van (op nader aangegeven plaatsen in de processtukken geponeerde) stellingen van Ghisyawan dat zijn activiteiten bij Syntegra (het verrichten van automatiseringswerkzaamheden) niet vallen onder het activiteitenpakket van Lan-Alyst (het detacheren van personeel op het gebied van informatietechnologie), dat hij bij indiensttreding of daarna er niet op gewezen is dat hij niet bij directe of indirecte opdrachtgevers van Lan-Alyst en andere detacheerders in dienst kon treden, terwijl een en ander evenmin duidelijk en ondubbelzinnig is vastgelegd in het concurrentiebeding, en dat hem evenmin bekend was dat Lan-Alyst met Argon of Argon met Syntegra voorwaarden voor overname van detacheringpersoneel was overeengekomen'. Een en ander heeft volgens het onderdeel eens te meer te gelden in het licht van het uitgangspunt, dat, gelet op het zwaarwegend persoonlijk belang van de werknemer, het concurrentiebeding bij onduidelijkheid daarvan ten gunste van de werknemer dient te worden uitgelegd.

2.4 Het onderdeel stelt onder meer aan de orde, aan de hand van welke maatstaven een concurrentiebeding als het onderhavige dient te worden uitgelegd. Kennelijk heeft de rechtbank, evenals de kantonrechter, het zogenaamde Haviltex-criterium²³ toegepast. Het onderdeel stelt toepasselijkheid van dit criterium althans in zoverre ter discussie, dat het als uitgangspunt kiest dat in geval van onduidelijkheid van een concurrentiebeding als het onderhavige het beding, gelet op het zwaarwegend persoonlijk belang van de werknemer, ten gunste van de werknemer dient te worden uitgelegd.

Literatuur en rechtspraak bieden aan de door het onderdeel verdedigde opvatting inderdaad enige steun.

Grapperhaus verdedigt, dat een concurrentiebeding primair aan de hand van de bewoordingen dient te worden uitgelegd en dat, 'indien uit die bewoordingen niet een duidelijke interpretatie kan worden afgeleid, op grond van de contra preferentem regel

én het gegeven dat de werknemer de zwakkere partij van de twee is, een uitleg (zal) moeten worden gegeven ten nadele van de werkgever, tenzij eenduidige betekenis valt te halen uit de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen'²⁴. Loonstra, die, anders dan Grapperhaus, de rechter niet aan een strikt grammaticale interpretatie gebonden acht, neemt (onder meer met een beroep op het beginsel van vrije keuze van arbeid) het standpunt in dat als 'de ratio van het concurrentiebeding niet op redelijke wijze uit de bewoordingen valt te distilleren en/of (...) de uitleg van de ex-werknemer even aannemelijk is als die van de ex-werkgever', er 'veel voor te zeggen (valt), uit te gaan van de bedoeling van het beding zoals aangegeven door de arbeider'²⁵. Ook volgens Van der Grinten, die overigens meent dat er geen termen zijn om concurrentiebedingen anders uit te leggen dan andere bedingen (en die in dat verband het Haviltex-criterium zonder meer van toepassing acht), ligt het, '(i)ndien het beding voor meer dan een uitleg vatbaar blijft, (...) in de rede het niet ten nadele van de werknemer te interpreteren'²⁶.

Wat de (lagere) rechtspraak betreft, kan onder meer²⁷ worden gewezen op hof Amsterdam 21 mei 1992, KG 1993, 14:

'4.4 Een concurrentiebeding is naar zijn aard bezwarend voor de uit dienst tredende werknemer, omdat deze daardoor wordt beperkt in zijn mogelijkheden met de door hem persoonlijk verworven kennis en ervaring in zijn levensonderhoud te voorzien. Met het oog op dit persoonlijk belang van de werknemer ligt het, ingeval van onduidelijkheid van een concurrentiebeding, zoals hier aan de orde, eerder voor de hand dit uit te leggen ten gunste van de werknemer dan ten gunste van de werkgever.'

2.5 Ook als van een modificatie van het Haviltex-criterium zoals hiervoor bedoeld wordt uitgegaan, kan het onderdeel naar mijn mening niet tot cassatie leiden.

Naar het oordeel van de rechtbank biedt het concurrentiebeding 'noch naar de letter noch naar de kennelijke strekking een aanknopingspunt voor de door Ghisyawan voorgestane beperkte uitleg waarbij van het activiteitenpakket van Lan-Alyst de werkzaamheden die door haar werknemers worden verricht in het kader van detachering/verlenen van diensten uitgesloten worden geacht' (rov. 11). Dit oordeel impliceert dat géén sprake is van een onduidelijkheid die zou kunnen rechtvaardigen dat boven

24 F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie* (diss. 1995), p. 217/218.

25 C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, 3e druk (1999), p. 65/66.

26 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 20e druk (2002), p. 184.

27 Zie voor verdere verwijzingen de aangehaalde literatuur, onder meer de rechtspraak genoemd in W.C.L. van der Grinten, a.w. p. 184, voetnoot 31; zie ook de door A-G Huydecoper in de nrs. 21-24 van zijn conclusie vóór HR 2 november 2001, JOL 2001, 601, genoemde rechtspraak.

23 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. CJHB.

de uitleg van de werkgever aan een tenminste even aannemelijke uitleg van de werknemer voorrang wordt gegeven.

Overigens is de uitleg van het concurrentiebeding aan de feitenrechter voorbehouden²⁸ en kan deze uitleg in cassatie slechts op begrijpelijkheid worden getoetst. Het aangevochten oordeel van de rechtbank komt mij niet onbegrijpelijk voor. Dat LAN-Alyst haar automatiseringsdiensten vooral aanbiedt in de vorm van het detacheren van op automatiseringsgebied deskundig personeel, sluit automatiseringswerkzaamheden (zoals de rechtbank in rov. 11 heeft overwogen:) 'noch naar de letter, noch naar de kennelijke strekking' van het concurrentiebeding uit van de werkzaamheden die (in de woorden van dat beding) 'in de ruimste zin des woords behoren of redelijkerwijze zouden kunnen gaan behoren tot het activiteitenpakket van de werkgever'. Daarbij komt dat de rechtbank, evenals de kantonrechter, het concurrentiebeding geschonden heeft geacht in een situatie waarin Ghisyawan na indiensttreding bij een concurrente van LAN-Alyst dezelfde werkzaamheden op dezelfde voet (detachering) bij dezelfde inlener als onder vigeur van zijn arbeidsovereenkomst met LAN-Alyst is blijven verrichten (rov. 9. derde volzin, slot, van het vonnis van de kantonrechter; rov. 10 van het bestreden vonnis van de rechtbank), en dat de rechtbank, in navolging van de kantonrechter, kennelijk van oordeel was dat Ghisyawan had moeten begrijpen dat althans die situatie door het concurrentiebeding werd bestreken.

Onderdeel 2

2.6 Het tweede onderdeel is gericht tegen rov. 15, waarin de rechtbank overwoog:

'15. Anders dan Ghisyawan meent, heeft nieuwe wetgeving onmiddellijke werking, tenzij anders is bepaald in het bij die wet behorende Overgangsrecht. Daarvan is ten aanzien van de WAADI (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs; LK) geen sprake. Ongeacht of het beding ingevolge de Avw mogelijk nietig of juist vernietigbaar is, brengt dit mee dat tussen partijen die wetgeving geldt die van kracht is ten tijde van het invoeren van het concurrentiebeding. De rechtbank zal het concurrentiebeding dan ook toetsen aan de bepalingen van de WAADI nu Lan-Alyst het beding heeft ingeroepen na de invoering van die wet per 1 juli 1998. (...)'

Volgens het onderdeel heeft de rechtbank miskend dat een concurrentiebeding dat onder de werking van art. 93 lid 1 sub a Avw met nietigheid werd getroffen, na de intrekking van die wet niet rechtsgeldig is geworden. De onmiddellijke inwerkingtreding van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: WAADI) op 1 juli 1998 doet hieraan niet af.

2.7 Ingevolge art. 93 lid 1 sub a Avw is het de vergunninghouder ingevolge die wet verboden aan

de ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan. De rechtbank heeft het door Ghisyawan aan deze bepaling ontleende argument verworpen, omdat tussen partijen slechts de wetgeving zou gelden die ten tijde van het invoeren van het concurrentiebeding van kracht was. Volgens de rechtbank zou een toetsing aan de Avw daarom niet aan de orde zijn, ongeacht of uit de bepalingen van die wet nietigheid of juist vernietigbaarheid van het concurrentiebeding zou voortvloeien.

Naar ik meen heeft de rechtbank van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven, voor zover het aangevochten oordeel impliceert dat op een mogelijk uit art. 93 lid 1 sub a Avw voortvloeiende nietigheid van het concurrentiebeding géén beroep kan worden gedaan, als het concurrentiebeding eerst na intrekking van art. 93 lid 1 sub a Avw wordt ingeroepen. De onmiddellijke werking van de WAADI (die de rechtbank mijns inziens terecht heeft aangenomen²⁹) betekent dat het de detacheerder met ingang van 1 juli 1998 niet langer was verboden aan door hem ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de zin van art. 93 lid 1 sub a Avw in de weg te leggen. Bij gebreke van terugwerkende kracht doet onmiddellijke werking van de WAADI aan het vóór 1 juli 1998 geldende verbod van zulke belemmeringen echter niet af. Als dit verbod nietigheid van een in strijd daarmee door de werkgever bedongen concurrentiebeding met zich bracht, is die nietigheid niet geheeld doordat het verbod ex nunc is ingetrokken.

Ik verwijs in dit verband naar HR 24 januari 1975, NJ 1975, 448, m.nt. ARB. Uit dit arrest vloeit voort dat eventuele nietigheid van een overeenkomst wegens strijd met de wet moet worden beoordeeld aan de hand van de wettelijke bepalingen die van toepassing waren op het moment dat de overeenkomst tot stand kwam. Voorts blijkt uit het arrest dat een overeenkomst die onder de werking van een wet met nietigheid wordt getroffen, na het vervallen van die wet in beginsel niet rechtsgeldig wordt. De Hoge Raad overwoog:

'dat ten slotte geen wettelijk voorschrift meebrengt dat overeenkomsten, die onder de werking van de Wet door art. 29 met nietigheid zijn getroffen, na het vervallen van die Wet als rechtsgeldig zouden moeten worden beschouwd (...).'

In zijn noot onder het arrest wijst Bloembergen op het belang van het overgangsrecht. Volgens Bloembergen kan terugwerkende kracht van de intrekking de uit strijd met de betrokken wet voortvloeiende nietigheid helen:

'Het is natuurlijk mogelijk, dat de wetgever bij het doen vervallen van een oude regeling oude nietigheden heelt of – anders gezegd – aan de

28 Zie conclusie A-G Huydecoper vóór HR 2 november 2001 (C00/008), JOL 2001, 601, nrs. 8, 10 en 13, alsmede de conclusie van A-G Langemeijer vóór HR 2 februari 2001 (C99/130), JOL 2001, 90, nr. 2.7.

29 Zie bijv. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 661, rov. 3.4, en de bijbehorende conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, nr. 8, en Aanwijzing 166 van de 'Aanwijzingen voor de regelgeving' van 19 februari 1998, Stcr. 45, in werking getreden op 8 maart 1998.

nieuwe rechtstoestand waarbij de rechtshandeling geoorloofd is, terugwerkende kracht verleent.'

Ook onder het inmiddels geldende art. 3:58 BW kan mijns inziens niet worden aangenomen, dat een rechtshandeling die nietig is wegens strijd met de wet, door het enkele (ex nunc) vervallen van die wet wordt geheeld. Hartkamp wijst erop dat overgangsrecht hier beslissend is:

'Niet alle gebreken zijn heelbaar. Een rechtshandeling die nietig is wegens strijd met de wet kan niet worden bekrachtigd, althans niet zolang die wet geldt. Iets anders is, of het afschaffen van die wet tot bekrachtiging kan leiden, hetgeen een vraag van overgangsrecht is die buiten art. 3:58 omgaat (...).'³⁰

Voor een eventuele convalescentie op grond van art. 3:58 BW geldt overigens de eis dat 'alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op dit gebrek (het niet vervuld zijn van een voor de geldigheid van de rechtshandeling gesteld wettelijk vereiste; LK) hadden kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt'. Gedragingen van onmiddellijk belanghebbenden die met de handeling in strijd zijn, staan daaraan in de weg³¹. In dit verband zou van belang kunnen zijn, dat blijkens de brief van LAN-Alyst van 19 juni 1998 (zie hiervoor onder 1.2(g)) al vóór 1 juli 1998 van een aanbod van Syntegra aan Ghisyawan of zelfs van een in dienst nemen van Ghisyawan door Syntegra sprake was, hetgeen op met het concurrentiebeding strijdige gedragingen van Ghisyawan vóór 1 juli 1998 zou kunnen wijzen.

2.8 Het onderdeel zal Ghisyawan slechts dan kunnen baten, als het concurrentiebeding wegens strijd met art. 93 lid 1 sub a Avw nietig was. Ghisyawan vecht het in rov. 15 vervatte oordeel immers slechts aan, uitgaande van de veronderstelling dat het concurrentiebeding 'onder de werking van art. 93 lid 1 sub a Avw met nietigheid werd getroffen'. Aan die veronderstelling kan enige steun in de lagere rechtspraak niet worden ontzegd. In haar vonnis van

2 september 1999, JAR 1999, 232³², overwoog de rechtbank Zutphen:

'5.4 (...) Het beding waarbij Hupkens wordt beperkt in zijn mogelijkheden om bij een andere werkgever in dienst te treden (...) is derhalve in strijd met artikel 93 lid 1 sub a van de Arbeidsvoorzieningswet en artikel 7 van de Regeling van 17 december 1990.

5.5 Dit brengt mee dat het beding (...) ingevolge artikel 3:41 van het Burgerlijk Wetboek nietig is. (...) Het feit dat het belemmeringsverbod bij de inwerkingtreding van de WAADI per 1 juli 1998 is vervallen, kan niet leiden tot de conclusie dat het concurrentiebeding thans wel geldig zou zijn, zoals door Buro Langhenkel Noord is aangevoerd. Of een beding nietig is wegens strijd met de wet, moet immers worden beoordeeld aan de hand van de wettelijke bepalingen die geldig waren op het ogenblik dat dit beding werd overeengekomen. Een beding dat onder de werking van een wet met nietigheid wordt getroffen, wordt na het vervallen van die wet niet rechtsgeldig, tenzij overgangsrecht bepaalt dat dit anders is. Van dergelijk overgangsrecht is echter in dit geval geen sprake.'

Aangenomen al dat het litigieuze concurrentiebeding met art. 93 lid 1 sub a Avw in strijd is, is van nietigheid daarvan op grond van art. 3:40 BW naar mijn mening echter geen sprake.

Dat strijd met art. 93 lid 1 sub a Avw het concurrentiebeding naar inhoud of strekking met de goede zeden of de openbare orde in conflict zou brengen (art. 3:40 lid 1 BW), kan niet worden volgehouden, gelet op mate van acceptatie waarin concurrentiebedingen in andere arbeidsverhoudingen zich althans ten tijde van de litigieuze arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht mochten verheugen. Ook het (uiteindelijk) niet handhaven van het belemmeringsverbod in de WAADI wijst niet op een rechtens inacceptabele, in een concurrentiebeding als het onderhavige gelegen aantasting van de moraliteit of van de fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie en de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtstelsel³³. Waar het belemmeringsverbod van art. 93 lid 1 sub a Avw onmiskenbaar en uitsluitend strekt tot bescherming van de ter beschikking te stellen arbeidskracht in diens vrijheid van keuze van arbeid³⁴, maakt strijd met art. 93 lid 1 sub a Avw, als zodanige strijd zich al voordoet en als de genoemde wetsbepaling al de strekking zou hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (vgl. art. 3:40 lid 3 BW), het concurrentiebeding in verband met de bepaling van art. 3:40 lid 2 BW niet tot een nietig, maar tot een vernie-

30 Asser-Hartkamp 4-II, 11e druk (2001), nr. 503. Een fraai voorbeeld van overgangsrecht met betrekking tot de gevolgen van latere wetgeving voor de (niet langer door die wetgeving gestipuleerde) nietigheid van onder de 'oude' wet verrichte rechtshandelingen wordt geboden door art. 81 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek:

1. Een nietige rechtshandeling wordt op het tijdstip waarop de wet op haar van toepassing wordt, met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd, indien zij heeft voldaan aan de vereisten die de wet voor een zodanige rechtshandeling stelt.

(...)

3. De vorige leden gelden slechts, indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordoen als geldig hebben aangemerkt. Inmiddels verkregen rechten van derden behoeven aan bekrachtiging niet in de weg te staan, mits zij worden geëerbiedigd.'

31 Vgl. MvA II, Parl. Gesch. 3, p. 249.

32 Deze uitspraak is besproken door L.J. de Vroe, De onbelemmerde uitzendkracht, *ArbeidsRecht* 2000, p. 19-22.

33 Vgl. Asser-Hartkamp 4-II, 11e druk (2001), nr. 272.

34 Zie ook C.J. Smitskan, *Arbeidsovereenkomst losbl.*, band 3, WAADI, nr. 4.1.2, p. 43: 'Het verbod beoogde te waarborgen dat het uitzendbureau op geen enkele wijze beperkingen zou stellen aan de vrije keuze van arbeid van de betrokken uitzendkracht.'

tigbaar beding. Bij die stand van zaken mist Ghisyawan belang bij het onderdeel.

2.9 De veronderstelde strijd met art. 93 lid 1 sub a Avw roept overigens problemen op, die in verband met het voorgaande niet uitputtend behoeven te worden besproken en die ten dele ook nopen tot nader feitelijk onderzoek waarvoor het geding in cassatie zich niet leent. Zo is het de vraag of de in de automatiseringsbranche gebruikelijke detachering zich als het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van de Avw laat opvatten³⁵. Voorts wil ik er volledigheidshalve op wijzen dat het belemmeringsverbod van art. 93 lid 1 sub a Avw tot de vergunninghouder is gericht. De werkgever die zonder vergunning (maar met concurrentiebeding) arbeidskrachten ter beschikking stelt, overtreedt een ander verbod dan dat van art. 93 lid 1 sub a Avw³⁶.

Onderdeel 3

2.10 Het derde onderdeel is gericht tegen de rov. 16 en 17. In deze overwegingen kwam de rechtbank tot het volgende oordeel.

'16. De WAADI bevat niet langer het voorheen in artikel 93 Avw omschreven wettelijke belemmeringsverbod. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regering ervan uit ging dat het schrappen van dat artikel geen materiële consequenties heeft omdat het concurrentiebeding kan worden getoetst aan de in het algemene overeenkomstenrecht vervatte regeling ten aanzien van onredelijk bezwarende bedingen. De regering heeft daarbij als standpunt kenbaar gemaakt dat een concurrentiebeding verboden zou moeten zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Waar de relatie uitzendbureau en arbeidskracht naar zijn aard tijdelijk is, kan een in dat verband gesloten concurrentiebeding voor vernietiging in aanmerking komen, zo blijkt uit de kamerstukken.

17. Anders dan door Ghisyawan wordt beoogd kan niet enkel op grond van de hiervoor genoemde wetsgeschiedenis worden aangenomen dat het concurrentiebeding van Ghisyawan onredelijk bezwarend is, aangezien tussen Ghisyawan en Lan-Alyst geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, doch voor onbepaalde tijd is gesloten. De rechtbank heeft te onderzoeken aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval of Ghisyawan door de wijze waarop Lan-Alyst het beding toepast onbillijk wordt benadeeld en of het beding (gedeeltelijk) moet worden vernietigd op de voet van artikel 7:653 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De rechtbank concludeert dat hiervoor geen grond bestaat nu het beding door Lan-Alyst wordt ingeroepen

om Ghisyawan te verbieden om bij Syntegra in dien(s)t te treden teneinde bij 't Hooge Huys werkzaam te blijven. Immers, terecht heeft Lan-Alyst aangevoerd dat zij direct en indirect heeft geïnvesteerd in haar werknemers en haar relaties met opdrachtgevers door het vergoeden van cursuskosten, het verzorgen van begeleiding van haar personeel, het verschaffen van computers aan haar werknemers, het voeren van reclamecampagnes, het dragen van kosten van personeelswerving en overheadkosten. Lan-Alyst heeft er in de gegeven omstandigheden dan ook een redelijk belang bij om te voorkomen dat Ghisyawan vervolgens in dienst treedt bij die werkgever of relatie waarmee hij dankzij deze inspanningen een werkrelatie heeft opgebouwd. Dat belang weegt zwaarder dan het belang van Ghisyawan om juist bij 't Hooge Huys of Syntegra werkzaam te zijn tegen een hoger loon dan hij bij Lan-Alyst ontving. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat het een feit van algemene bekendheid is dat er krapte is op de arbeidsmarkt aan werknemers als Ghisyawan, zodat hij geacht kan worden om op korte termijn een nieuwe dienstbetrekking in de automatiseringsbranche, buiten de vaste relaties en opdrachtgevers van Lan-Alyst, te kunnen verwerven tegen een salaris op hetzelfde niveau als hij bij Syntegra ontving. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat Lan-Alyst heeft aangevoerd dat zij het concurrentiebeding niet zo ruim uitlegt dat zij Ghisyawan verbiedt om elders automatiseringswerkzaamheden te verrichten.'

2.11 Volgens het onderdeel is het oordeel van de rechtbank, dat het concurrentiebeding niet onredelijk bezwarend is, onjuist. Waarom dit oordeel onjuist is, blijkt niet uit het onderdeel. Het onderdeel verwijst slechts naar de in rov. 16 en 17 vermelde gronden. Deze rechtsklacht voldoet niet aan de daaraan te stellen eis dat zij aangeeft waarom het oordeel onjuist is³⁷.

Het onderdeel bevat subsidiair een motiveringsklacht. Volgens het onderdeel is het oordeel van de rechtbank, dat het beding niet onredelijk bezwarend is, om twee redenen onbegrijpelijk. In de eerste plaats zou uit de wetsgeschiedenis van de WAADI volgen dat een concurrentiebeding als het onderhavige ook onder de werking van de WAADI niet is toegestaan. In de tweede plaats zou de rechtbank geen rekening hebben gehouden met de door Ghisyawan in zijn conclusie van dupliek onder 13 aangevoerde omstandigheid dat LAN-Alyst hetgeen zij in Ghisyawan heeft geïnvesteerd, vergoed heeft gekregen, doordat ter zake een opleidingsovereenkomst is gesloten.

2.12 In antwoord op een vraag van de leden van de fractie van GroenLinks in het verslag over het voorstel van wet houdende regels voor de niet-

35 Zie daarover P.C. van Schelven en M.C. Paap, *Detachering in de automatiseringsbranche*, Sociaal Recht 1995-9, p. 250-253.

36 P.C. van Schelven en M.C. Paap, a.w., p. 253, stellen zich – onder verwijzing naar onder meer HR 28 juni 1991, NJ 1992, 787, m.nt. CJHB – op het standpunt dat de civielrechtelijke sanctie op het schenden van de TBA-vergunningsplicht de nietigheid van de tussen opdrachtgever en opdrachtnemer gesloten detacheringsovereenkomst kan zijn.

37 Zie A.E.B. ter Heide, *Middelmaat: aan een cassatiemiddel te stellen eisen*, TCR 2001, nr. 4, p. 79.

openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs)³⁸, stelde de minister bij memorie van antwoord³⁹:

'De huidige regeling kent voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in artikel 93 van de Arbeidsvoorzieningswet en voor arbeidsbemiddeling in artikel 3 van de CBA-Regeling bepalingen die het de vergunninghouder verbieden aan een arbeidskracht resp. werkzoekende belemmeringen in de weg te leggen terzake van het al dan niet aangaan van een arbeidsovereenkomst. Het is niet noodzakelijk geacht een dergelijke bepaling in dit wetsvoorstel op te nemen, omdat een dergelijk beding in de overeenkomst tot arbeidsbemiddeling of in de overeenkomst tussen de ter beschikking stellende (de uitzendbureaus) en de ter beschikking gestelde op grond van het overeenkomstenrecht kan worden aangevochten. Daarnaast gelden voor de arbeidsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht collectieve arbeidsovereenkomsten. In artikel 13 van de ABU-CAO is een bepaling opgenomen die het uitzendbureau verbiedt om uitzendkrachten te belemmeren in hun mobiliteit. Ook in deze collectieve overeenkomst wordt daarmee duidelijk gemaakt dat een dergelijk beding niet is toegestaan.'

In de memorie van antwoord⁴⁰, door de Eerste Kamer ontvangen op 6 maart 1998, heeft de minister op vragen van leden van de PvdA over het verdwijnen van het belemmeringsverbod geantwoord:

'Een apart publiekrechtelijk verbod gericht tot degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt is niet meer nodig, omdat op grond van het algemene overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwarende bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden. Een beding dat een arbeidskracht in zijn vrije arbeidskeuze belemmert is in algemene zin al als bezwarende te beschouwen en zou in de relatie arbeidskracht – uitzendbureau vernietigbaar kunnen zijn. Het belemmeringsverbod kan in deze arbeidsrelatie in samenhang met het concurrentiebeding worden gezien. Het kabinet heeft, naar aanleiding van het rapport over het concurrentiebeding in het kader van het project marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit, als haar standpunt kenbaar gemaakt, dat een concurrentiebeding verboden zou moeten zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en opgeschort zou moeten worden tot na de proeftijd. Waar de rela-

tie uitzendbureau en arbeidskracht in zijn aard tijdelijk is, is daarmee ook aangegeven, dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze voor vernietiging in aanmerking kan komen. Een aparte bepaling in dit wetsvoorstel om ook langs deze weg een optimale arbeidsallocatie te bevorderen is dus niet nodig. Met betrekking tot het vonnis van de Rechtbank te Zutphen van 29 januari 1998⁴¹ wordt geen oordeel uitgesproken omdat deze uitspraak van de Rechtbank nog niet in kracht van gewijsde is gegaan. Als zeer voorlopige mening kan wel gezegd worden dat de onderhavige casus niet geheel de situatie dekt waarin het belemmeren gewoonlijk ter sprake komt. Het belemmeringsverbod heeft primair ten doel te vermijden dat aan uitzendkrachten iets in de weg wordt gelegd om bij de inlener of een ander bedrijf in dienst te treden. In casu zijn de uitzendkrachten met betrekking waartoe het ene uitzendbureau een schadevergoeding vorderde niet bij de inlener in dienst getreden, doch bij een ander uitzendbureau – zij het voor dezelfde inlener – gaan werken.'

2.13 Met de verwijzing naar het algemene overeenkomstenrecht en daardoor geboden bescherming tegen onredelijk bezwarende bedingen die door de rechter kunnen worden vernietigd, lijkt de minister te hebben willen refereren aan de regeling van algemene voorwaarden, zoals vervat in de art. 6:231–6:247 BW. Deze bepalingen zijn volgens art. 6:245 BW echter noch op arbeidsovereenkomsten, noch op collectieve arbeidsovereenkomsten van toepassing. Bij gebreke van een specifieke bepaling als het inmiddels ingetrokken art. 93 lid 1 sub a Aww, wordt het toetsingskader voor een concurrentiebeding als het onderhavige gevormd door art. 7:653 lid 2 BW⁴². Volgens deze bepaling kan de rechter een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, 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. Daarnaast kan zich voordoen, dat een concurrentiebeding als het onderhavige niet van toepassing is, omdat dit op grond van art. 6:248 BW in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

2.14 Uit de geschiedenis van totstandkoming van de WAADI kan, anders dan het onderdeel wil, mijns inziens niet worden afgeleid 'dat als hoofdregel heeft te gelden dat, ondanks dat het absolute belemmeringsverbod in de WAADI niet gehandhaafd is, dergelijke bedingen ook onder de werking van de WAADI niet zijn toegestaan'. Dat, zoals de minister aan de Eerste Kamer heeft voorgehouden, '(e)en beding dat een arbeidskracht in zijn vrije arbeidskeuze belem-

38 Tweede Kamer, vergaderjaar 1996–1997, 25 264, nr. 4, p. 11: 'Verder leeft bij de leden van de fractie van GroenLinks nog de vraag naar de wenselijkheid van opname van een bepaling ter voorkoming van belemmeringen ten aanzien van mobiliteit. Een meerderheid van de SER drong daar indertijd nog op aan. De leden van deze fractie missen in de toelichting een uiteenzetting van de regering over de (on) wenselijkheid van dergelijke bepalingen. Kan de regering daar alsnog op ingaan?'

39 Tweede Kamer, vergaderjaar 1996–1997, 25 264, nr. 5, p. 6.

40 Eerste Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 25 264, nr. 133b, p. 4.

41 JAR 1998, 65.

42 Aldus ook hof Amsterdam 14 februari 2002, JAR 2002, 65, rov. 4.5.

mert (...) in algemene zin al als bezwarend (is) te beschouwen', is door de wetgever onderkend. Dit heeft er echter niet toe geleid dat zodanig beding als regel ontoelaatbaar zou zijn. Wel heeft de wetgever, juist vanwege het zwaarwegende belang waarin de werknemer door een concurrentiebeding wordt getroffen, met de voorziening van art. 7:653 BW een afweging van dat belang tegen de bedrijfsbelangen van de werkgever mogelijk gemaakt. Met art. 7:653 BW heeft de wetgever (in de woorden van Verhulp⁴³) gepoogd de spanning tussen enerzijds het (grond)recht op vrijheid van arbeidskeuze en anderzijds de rechtmatige bescherming van de werkgever en van diens bedrijfsbelangen op te heffen. Het is dan ook terecht dat de minister aan de constatering dat een beding dat een arbeidskracht in zijn vrije arbeidskeuze belemmert in algemene zin al als bezwarend is te beschouwen, geen verdergaande conclusie heeft verbonden dan dat zodanig beding in de relatie tussen arbeidskracht en uitzendbureau vernietigbaar zou kunnen zijn.

Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat een concurrentiebeding, althans in een (voor onbepaalde tijd⁴⁴ geldende) arbeidsverhouding als de onderhavige, als regel niet zou zijn toegestaan, berust het op een onjuiste rechtsopvatting en kan het niet tot cassatie leiden. Overigens blijkt uit rov. 17 dat de rechtbank zich de belangen van Ghisyawan bij zijn recht op vrijheid van arbeidskeuze zeer wel bewust is geweest en die belangen in de verrichte belangenafweging heeft betrokken, maar die belangen tegenover de belangen van LAN-Alyst niet zo zwaarwegend heeft geacht dat het Ghisyawan zou moeten worden toegestaan bij één van de opdrachtgevers van LAN-Alyst in dienst te treden. De aangevochten rov. 17 is in dit opzicht naar behoren gemotiveerd en niet onbegrijpelijk.

2.15 Het onderdeel klaagt voorts over de motivering van het oordeel van de rechtbank, voor zover de rechtbank daarin niet de door Ghisyawan aangevoerde omstandigheid heeft betrokken 'dat Lan-Alyst hetgeen zij in Ghisyawan heeft geïnvesteerd, vergoed heeft gekregen doordat terzake een investeringsovereenkomst is gesloten, zodat het daarop gebaseerde belang van Lan-Alyst is weggenomen'. Op de aangegeven plaats in de conclusie van dupliek (onder 12) heeft Ghisyawan echter niet gesteld dat LAN-Alyst, hetgeen zij in hem heeft geïnvesteerd, vergoed heeft gekregen. Wel heeft Ghisyawan daar gesproken van een toezegging van Syntegra de opleidingskosten die LAN-Alyst heeft gemaakt, onder zekere voorwaarden te zullen vergoeden. In zoverre mist het onderdeel feitelijke grondslag. Overigens is in het licht van de stelling van Ghisyawan over de beweerdelijk door

Syntegra gedane toezegging niet onbegrijpelijk dat de rechtbank in de door haar verrichte belangenafweging mede heeft betrokken dat LAN-Alyst direct en indirect in haar werknemers en haar relaties met opdrachtgevers heeft geïnvesteerd, onder meer door het vergoeden van cursuskosten. Dat geldt eens te meer nu LAN-Alyst bij memorie van antwoord (p. 8) heeft gesteld dat de (door Ghisyawan terug te betalen) studiekosten althans tot op dat moment onbetaald waren gebleven.

Onderdeel 4

2.16 Met het vierde onderdeel komt Ghisyawan op tegen hetgeen de rechtbank in de rov. 24 en 25 over de bestemming van de boeten heeft overwogen:

'24. (...) 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 art. 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 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.

25. Gelet op deze omstandigheden behoeft de in het kader van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen boeteregeling

43 E. Verhulp, T&C Arbeidsrecht (2002), art. 7:653 BW, aant. 1.

44 Het hof Amsterdam leidt uit de geschiedenis van totstandkoming van de WAADI af dat 'een beding dat die vrijheid (vrijheid van arbeidskeuze; LK) belemmert indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, niet spoedig door de werkgever tegen de werknemer kan worden ingeroepen'; hof Amsterdam 14 februari 2002, JAR 2002, 65, rov. 4.5, slot.

niet te voldoen aan de vereisten van artikel 7:650 BW en geldt niet de voorwaarde van vermelding van de bestemming van de boete. (...)'

2.17 Het onderdeel klaagt dat de rechtbank in deze overwegingen blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu in de wet geen uitdrukkelijk uitzondering is opgenomen voor de toepasselijkheid van art. 7:650 BW op een aan een concurrentiebeding verbonden boetebeding.

2.18 De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of ook voor boeten verbonden aan een concurrentiebeding een bestemming als bedoeld in art. 7:650 lid 3 BW moet worden bepaald. De lagere rechtspraak is verdeeld.

In zijn arrest van 24 juni 1998, *JAR* 1998, 151, beantwoordde het hof Leeuwarden de vraag bevestigend⁴⁵:

'21. 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. (...)

22. 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.'

In gelijke zin oordeelde de president van de rechtbank Amsterdam in zijn vonnis van 18 november 1999, *JAR* 1999, 271. In dit geschil had de werknemer onder meer aangevoerd dat het boetebeding nietig was op grond van het bepaalde in art. 7:650 lid 3 BW (zie rov. 3.4). De president overwoog (rov. 5):

'(...) Een dergelijke vordering (tot betaling van de verbeurde boeten; LK) is slechts toewijsbaar indien aannemelijk is dat de vordering in een bodemprocedure zal worden toegewezen. Dat kan thans niet worden gezegd. In artikel 7:650 lid 3 juncto lid 6 BW is bepaald dat de overeenkomst waarbij een boete is bedongen, op straffe van nietigheid nauwkeurig de bestemming daarvan vermeldt, voor zover daarvan niet op grond van lid 6 is afgeweken. Voorshands valt niet uit te sluiten dat de bodemrechter deze bepaling op de nadere overeenkomst van 30 december 1998 van toepassing zal verklaren.'

De rechtbank Utrecht beantwoordde de hiervoor geformuleerde vraag ontkennend in haar vonnis van 14 februari 2001 (afgedrukt met het eindvonnis van 26 september 2001), *JAR* 2001, 214:

'4.2 Dienaangaande is de rechtbank van oordeel dat voor de beoordeling (van het) in het onderhavige concurrentiebeding opgenomen boetebeding het bepaalde in de artt. 3:91 t/m 94 BW van belang is en niet het bepaalde in art.

7:650 lid 3 BW. Dit impliceert dat ook als het boetebeding nietig zou zijn (of anderszins terecht ter discussie zou staan), dit in ieder geval niet met zich kan brengen dat daarmee het concurrentiebeding nietig zou zijn.'

In gelijke zin oordeelde kantonrechter Amsterdam 3 augustus 2001, *JAR* 2001, 202:

'12. Anders dan G. is de kantonrechter van oordeel dat het ontbreken van een bestemming van de boete op de overtreding van het concurrentiebeding, niet de nietigheid van de bewuste contractuele bepaling veroorzaakt. De disciplinaire boete ex art. 7:650 BW is namelijk een boete van een geheel andere aard dan de onderhavige, waarvoor de bestemmingsverplichting uit artikel 7:650 BW niet geldt.'

Aldus ook kantonrechter Gouda 7 februari 2002, *Prg.* 2002, 5847:

'2.4 (...) Zijderlaan heeft voorts aangevoerd dat het in artikel 5 lid 3 van de beëindigingsovereenkomst opgenomen boetebeding nietig is, daar het beding strijdig is met artikel 7:650 BW nu de overeenkomst niet de bestemming van de boete vermeldt. (...)

Naar het oordeel van de kantonrechter is het boetebeding in artikel 5 lid 3 van de beëindigingsovereenkomst niet aan te merken als een boetebeding in de zin van art. 7:650 BW. Laatstgenoemd artikel beoogt een sanctie te bieden voor ordevoorschriften in het bedrijf van de werkgever en ziet derhalve op situaties tijdens het dienstverband. Genoemd artikel 5 lid 3 betreft echter de verhouding van partijen na beëindiging van het dienstverband.'

2.19 Verdeeldheid is er ook in de literatuur.

Grapperhaus, die zich overigens aansluit bij de heersende leer volgens welke (het inmiddels ingetrokken) art. 7A:1637u lid 3 BW (de voorloper van het huidige art. 7:659 lid 3 BW) niet van toepassing was op geldboeten in verband met een concurrentiebeding volgens het (inmiddels eveneens ingetrokken) art. 7A:1637X BW⁴⁶, verdedigt dat in de huidige titel 7:10 BW geldboeten, verbeurd onder een concurrentiebeding, onder de bepaling van art. 7:650 BW vallen⁴⁷. Grapperhaus voert daartoe aan, dat een oorspronkelijk voorgestelde beperking van de boeteregeling van de ontwerp-titel 7.10 tot boeten met een disciplinair karakter in een later stadium weer ongedaan is gemaakt.

Ruizeveld daarentegen concludeert op grond van de wetsgeschiedenis, en vooral op grond van het feit dat uit de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 23 438⁴⁸ niet blijkt van een op materiële herziening van de regeling van de arbeidsovereenkomst gerichte intentie, dat art. 7:650 BW op de concurrentiebeding-boete niet van toepassing is⁴⁹.

46 F.B.J. Grapperhaus, a.w., p. 294/295.

47 F.B.J. Grapperhaus, a.w., p. 299-303.

48 Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 1/2.

49 M.D. Ruizeveld, a.w., p. 100.

45 In haar artikel 'De concurrentiebedingboete', *Sociaal Recht* 2000, p. 99-101, levert M.D. Ruizeveld kritiek op dit arrest.

Ook Loonstra⁵⁰ stelt zich op het standpunt dat art. 7:650 lid 3 niet van toepassing is op een aan een concurrentiebeding verbonden boetebeding. Loonstra bestrijdt de conclusies die Grapperhaus aan de wetsgeschiedenis verbindt, onder meer met een beroep op het feit dat in de discussie over disciplinaire en niet-disciplinaire boeten de gevolgen voor art. 7:653 BW niet aan de orde zijn geweest. Voorts meent Loonstra dat de regeling van art. 7:650 en 651 BW tijdens de duur van arbeidsovereenkomst geldt, terwijl art. 7:653 BW juist na afloop daarvan beoogt te werken.

In dat laatste wordt Loonstra bijgevalen door Van der Grinten⁵¹, die eveneens van mening is dat de bepaling van art. 7:650 BW niet geldt voor een boetebeding dat betrekking heeft op verplichtingen van de werknemer ter zake van de beëindiging der dienstbetrekking of op verplichtingen na het einde der betrekking, '(...) met name niet voor een boete die gesteld is op overtreding van een concurrentiebeding.' Volgens Van der Grinten blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de bepaling daarvoor niet is bedoeld. Op een dergelijk boetebeding zijn slechts de bepalingen van art. 6:91-94 BW van toepassing.

2.20 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 beoogd⁵², 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 7:653.⁵³

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 gezien⁵⁴, 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 concurrentiebeding⁵⁵ 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.

3. Conclusie

Deze strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

LAN-Alyst B.V. – verder te noemen: LAN-Alyst – heeft bij exploit van 3 mei 1999 eiser tot cassatie – verder te noemen: Ghisyawan – op verkorte termijn gedagvaard voor de Kantonrechter te Amsterdam en gevorderd bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

I Ghisyawan te veroordelen aan LAN-Alyst te betalen een bedrag van f 100.000 ten titel van boetes, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 18 januari 1999, althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

II Ghisyawan te veroordelen aan LAN-Alyst te betalen een bedrag van f 12.000 ten titel van terugbetaalde studiekosten, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 18 januari 1999.

Ghisyawan heeft de vordering bestreden en voorwaardelijk in reconventie gevorderd

primair: voor recht te verklaren dat de door Ghisyawan uitgevoerde werkzaamheden niet onder de werking van het concurrentiebeding vallen;

subsidiair:

voor recht te verklaren dat het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding als teniet gedaan moet worden aangemerkt;

meer subsidiair:

de overeengekomen boete te matigen tot nihil, althans tot een in goede justitie te bepalen bedrag.

LAN-Alyst heeft de vordering van Ghisyawan bestreden.

De Kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 18 april 2000 een comparitie van partijen gelast.

Tegen dit tussenvonnis heeft Ghisyawan hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Amsterdam.

Bij vonnis van 19 september 2001 heeft de Rechtbank het bestreden vonnis bekrachtigd en de

50 C.J. Loonstra, a.w., p. 124-126.

51 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 2002, p. 177.

52 TK 1993-1994, 23 438, nr. 3 p. 1: 'Het voorstel geeft, evenals het voorontwerp, een technische herziening van de regeling van de arbeidsovereenkomst.'

53 Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 23 974, nr. 5, p. 6. Het genoemde wetsvoorstel is bij brief van de Minister van Justitie van 30 november 1995 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer ingetrokken; Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 23 974, nr. 16.'

54 In die zin ook – zij het kritisch – F.B.J. Grapperhaus, a.w., p. 302.

55 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 12.

zaak verwezen naar de Kantonrechter te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

(...)

Bij vonnis van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 29 augustus 2001 is LAN-Alyst in staat van faillissement verklaard. Bij beschikking van die Rechtbank van 31 oktober 2001 is verweerder in cassatie – verder te noemen: de curator – als curator van LAN-Alyst aangesteld.

2. *Het geding in cassatie*

Tegen het vonnis van de Rechtbank te Amsterdam heeft Ghisyawan beroep in cassatie ingesteld. (...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot verwerping van het beroep.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.2.

3.2 In het onderhavige geding heeft LAN-Alyst gevorderd Ghisyawan te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 100.000 bij wege van boete ter zake van overtreding van het concurrentiebeding, en van een bedrag van f 12.000 ter zake van door LAN-Alyst ten behoeve van Ghisyawan betaalde opleidingskosten. Ghisyawan heeft als verweren tegen eerstgenoemde vordering onder meer aangevoerd dat de werkzaamheden van LAN-Alyst betrekking hebben op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van de Arbeidsvoorzieningswet 1990 (hierna: Avw) en dat het concurrentiebeding derhalve op grond van art. 93 lid 1, onder a, van die wet nietig is, en voorts dat zijn werkzaamheden als helpdeskmedewerker niet behoren tot het activiteitenpakket van LAN-Alyst.

De Kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 18 april 2000 deze verweren verworpen en een comparitie van partijen gelast tot het verstrekken van inlichtingen omtrent de hoogte van de boete en het beproeven van een schikking. De Rechtbank heeft het vonnis bekrachtigd. Hiertegen richt zich het middel.

3.3 Ghisyawan heeft ter toelichting van zijn eerste appelgrief, die zich richtte tegen het oordeel van de Kantonrechter dat de werkzaamheden die Ghisyawan voor Syntegra verrichtte onder het bereik van het concurrentiebeding vallen, onder meer betoogd dat de door hem verrichte werkzaamheden bij Syntegra niet kunnen worden gelijkgesteld met het activiteitenpakket van LAN-Alyst, dat uitsluitend het detacheren van automatiseringspersoneel betreft. De Rechtbank heeft deze grief ongegrond bevonden en daartoe onder meer overwogen dat de werkzaamheden die Ghisyawan voor Syntegra verrichtte, behoorden tot het activiteitenpakket van LAN-Alyst, dat deze zowel naar formele als naar materiële inhoud in strijd met het concurrentiebeding waren en dat een redelijke uitleg van artikel 15 van de arbeidsovereenkomst meebrengt, gelet op hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, dat Ghisyawan dit ook zo moest begrijpen (rov. 11). An-

ders dan onderdeel 1 aanvoert, heeft de Rechtbank aldus overwegende niet een onjuiste maatstaf gehanteerd. Voor het overige is de uitleg van het beding, die van feitelijke aard is, niet onbegrijpelijk. Voor zover het onderdeel strekt ten betoge dat de Rechtbank heeft miskend dat een concurrentiebeding in geval van onduidelijkheid ten gunste van de werknemer behoort te worden uitgelegd, kan het bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, nu het beding naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van de Rechtbank niet onduidelijk is.

3.4 Onderdeel 2 klaagt dat de Rechtbank, door in rov. 15 van haar vonnis te overwegen dat de onmiddellijke werking van de op 1 juli 1998 in werking getreden Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) meebrengt dat tussen partijen de wet geldt die van kracht is ten tijde van het inroepen van het concurrentiebeding, heeft miskend dat het concurrentiebeding dat onder de werking van art. 93 lid 1, onder a, Avw met nietigheid werd getroffen, niet rechtsgeldig wordt na het vervallen van die wet. Het onderdeel is in zoverre gegrond dat, zo moet worden aangenomen dat het concurrentiebeding onder de werking van de Avw nietig was, de onmiddellijke werking van de Waadi, waarin een concurrentiebeding niet met nietigheid is bedreigd, een door de vroegere wet voorziene nietigheid niet terzijde stelt. Het onderdeel kan evenwel niet tot cassatie leiden, omdat het eraan voorbijziet dat het in art. 93 lid 1, onder a, Avw neergelegde verbod uitsluitend strekt ter bescherming van de ter beschikking gestelde arbeidskracht in zijn vrijheid van keuze van arbeid, en dat derhalve een concurrentiebeding dat in strijd is met deze bepaling, ingevolge art. 3:40 lid 2 BW niet nietig is, zoals het onderdeel tot uitgangspunt neemt, maar vernietigbaar.

3.5 Voor zover onderdeel 3 inhoudt dat de Rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het concurrentiebeding niet onredelijk bezwarend is, voldoet het niet aan de op grond van art. 407 lid 2 Rv. te stellen eisen, nu het niet aangeeft waarom dit oordeel onjuist is.

Het onderdeel richt zich voorts met een motiveeringsklacht tegen het oordeel van de Rechtbank dat geen sprake is van een onredelijk bezwarend beding. Het voert daartoe aan dat, ofschoon het absolute belemmeringsverbod in de Waadi niet gehandhaafd is, dergelijke bedingen – waarmee het onderdeel kennelijk doelt op concurrentiebedingen – ook onder de werking van die wet niet zijn toegestaan. Uit de wetsgeschiedenis van de Waadi, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.12, kan evenwel, anders dan het onderdeel wil, niet worden afgeleid dat een concurrentiebeding in het algemeen ontoelaatbaar is. Zoals in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is uiteengezet, moet de bescherming van de werknemer gezocht worden in het algemene overeenkomstenrecht op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen 'vernietigd kunnen worden'. Voorts wordt in die memorie opgemerkt dat een beding ter beperking van de vrije ar-

beidskeuze 'voor vernietiging in aanmerking kan komen'. De Rechtbank heeft derhalve terecht onderzocht of het beding op de voet van art. 7:653 lid 2 BW (gedeeltelijk) moet worden vernietigd. Haar oordeel dat hiervoor geen grond bestaat is niet onbegrijpelijk en alleszins toereikend gemotiveerd. Het verwijt dat de Rechtbank rekening had behoren te houden met de door Ghisyawan bij conclusie van dupliek aangevoerde omstandigheid dat LAN-Alyst vergoed heeft gekregen hetgeen zij in Ghisyawan heeft geïnvesteerd, mist feitelijke grondslag, nu Ghisyawan slechts gewag heeft gemaakt van een toezegging van Syntegra de opleidingskosten onder zekere voorwaarden te zullen vergoeden.

Het onderdeel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.6 Onderdeel 4 keert zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat een in het kader van een concurrentiebeding opgenomen boeteregeling niet behoort 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.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Ghisyawan in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op € 1.391,34 aan verschotten en € 1.365,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren A.G. Pos, D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.B. Bakels op 4 april 2003.

Noot

1. In dit arrest zijn twee beslissingen genomen over het concurrentiebeding. De eerste kwestie betreft de vraag of uitzendkrachten aan een concurrentiebeding mogen worden onderworpen; de tweede of op een boeteclausule in een concurrentiebeding de regeling van de boete in titel 7.10 BW van toepassing is. In beide kwesties komt de Hoge Raad de

wetgever te hulp door het corrigeren van ongelukkig geformuleerde teksten.

2. Tot 1998 was de positie van uitzendkrachten streng gereguleerd. De Arbeidsvoorzieningswet (Avw) verbond aan het ter beschikking stellen van arbeidskrachten een vergunningsplicht. Vergunninghouders moesten aan diverse voorwaarden voldoen. Onder meer was het hen in artikel 93 lid 1 onder a Avw verboden om aan de ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan (het zgn. belemmeringsverbod). Achtergrond van deze bepaling was de gedachte dat uitzendkrachten meestal tijdelijk werk verrichten in afwachting van het vinden van een vaste baan. Een belemmering om die vaste baan dan te aanvaarden was in dat perspectief ongewenst. In de uitspraak van de rechtbank werd overigens niet ingegaan op de vraag of de arbeidsovereenkomst van Ghisyawan, die als gedetacheerde werknemer sinds 1997 voor onbepaalde tijd in dienst was van een automatiseringsbedrijf, onder deze wet viel. In 1998 is de regeling voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten overgebracht naar de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en is de regeling aanmerkelijk geliberaliseerd. De vergunningsplicht is afgeschaft en het belemmeringsverbod komt in de tekst van de Waadi niet voor. De rechtbank had geoordeeld dat het moment van het invoeren van het concurrentiebeding bepalend is voor de vraag of het beding geldig is. De Hoge Raad corrigeert dit. Was het beding nietig als gevolg van art. 93 Avw, dan verloor het beding reeds op dat moment haar geldigheid en kon de onmiddellijke werking van de Waadi daarin geen wijziging meer brengen (ov. 3.4). In casu was er echter geen nietigheid, omdat het artikel dit niet meebracht. Nu het verbod strekte ter bescherming van de arbeidskracht was op grond van art. 3:40 lid 2 BW het beding niet nietig, maar vernietigbaar. Aangezien Ghisyawan zich pas na 1998 op de vernietigingsgrond heeft beroepen, was het beding als gevolg van de onmiddellijke werking van de Waadi inmiddels niet meer aantastbaar.

3. Bij de parlementaire behandeling van de Waadi was een discussie gevoerd over de afschaffing van het belemmeringsverbod. Daarbij had de minister er in de Memorie van Antwoord op gewezen dat volgens het algemene overeenkomstenrecht onredelijk bezwarende bedingen 'vernietigd kunnen worden'. Deze woordkeus doet vermoeden dat de minister hierbij het oog had op de regeling van de algemene voorwaarden, maar deze is volgens art. 6:245 BW niet op de arbeidsovereenkomst van toepassing. De Hoge Raad verleent de minister achteraf enige steun door deze verklaring aldus uit te leggen, dat een dergelijk beding op de voet van art. 7:653 lid 2 BW (geheel of gedeeltelijk) kan worden vernietigd. Daarmee is de uitleg van de minister echter van weinig betekenis geworden. Een concurrentiebeding kan immers altijd door de rechter worden gematigd. Waar het eigenlijk om ging, was de vraag of dit bij een uitzendrelatie eerder zou moeten gebeuren dan

bij een vaste arbeidsovereenkomst. In het onderhavige geval zou dat de werknemer overigens weinig hebben geholpen, omdat ook hier sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De afschaffing van het belemmeringsverbod lijkt op zichzelf een logische consequentie van de inpassing van de uitzendkracht in het normale arbeidsovereenkomstenrecht. Een dergelijk beding is ook goed voorstelbaar gezien het feit dat langdurige uitzendcontracten tegenwoordig ook mogelijk zijn. Anderzijds zou het wel in de rede liggen om bij een 'gewone' uitzendkracht met een grote werkonzekerheid een concurrentiebeding als regel te vernietigen. Daarbij zou dan wel weer een uitzondering kunnen worden gemaakt voor een uitzendkracht die uit eigen beweging binnen een zeer korte periode vertrekt, waardoor wervingskosten niet kunnen worden terugverdiend. Zie voor deze kwestie ook Grapperhaus & Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 121 en Frikkee & Jakimowicz, *Sociaal Recht* 2002/9, p. 254-259

4. De tweede problematiek betreft het boetebeding in het concurrentiebeding. Het arbeidsrecht kent al van oudsher de boete als disciplinaire maatregel van de werkgever, thans geregeld in art. 7:650 BW. Teneinde te voorkomen dat de werkgever willekeurig delen van het loon kan inhouden, is de regeling gedetailleerd. Zo moet de boete schriftelijk worden overeengekomen, is de hoogte van de boete begrensd en moet de bestemming van de boete vooraf zijn bepaald en mag deze de werkgever niet ten goede komen. Een groot deel van de bepaling is van semi-dwingend recht. Er mag, althans voor zover de werknemer meer dan het minimumloon verdient, bij schriftelijke overeenkomst van worden afgeweken. De bepaling is enigszins ouderwets van vorm. Wetsvoorstel 23 974 waarin was voorgesteld de regeling beperkt te moderniseren is echter eind 1995 ingetrokken, nadat het voorstel op weerstand van de Tweede Kamer was gestuit. Daarnaast kende het arbeidsrecht eveneens al lang de mogelijkheid om in een concurrentiebeding een schadevergoeding overeen te komen voor het geval van overtreding van het beding (art. 7:653 BW noemt dit overigens niet met zoveel woorden). Deze wordt gewoonlijk eveneens als 'boete' aangeduid, hoewel hierop niet de regels van de disciplinaire boete van toepassing waren. De twee 'boetes' waren juridisch volledig van elkaar gescheiden en werden onafhankelijk van elkaar gezien. In 1992 is echter Boek 6 Nieuw BW ingevoerd en daarmee de nieuwe algemene boeteregeling van art. 6:91-94. In verband daarmee werd in art. 7:650 BW lid 8 bepaald, dat onder het stellen en bedingen van boete in de zin van dit artikel wordt begrepen het door de werkgever bedingen van boete als bedoeld in de artikelen 91 tot en met 94 van Boek 6. Daarmee werd de disciplinaire boete gebracht onder het systeem van de algemene boeteregeling. De wetgever heeft daarbij over het hoofd gezien, dat hiermee ook een verbinding tot stand werd gebracht met de boete in een concurrentiebeding. Dit bracht sommige auteurs en advocaten er toe, om te betogen

dat een boete in een concurrentiebeding niet rechtsgeldig was, indien niet werd voldaan aan de eisen van art. 7:650 BW. Dit bracht praktisch met zich, dat art. 7:650 BW in een concurrentiebeding uitdrukkelijk terzijde moest worden gesteld, wilde een serieuze boete aan een concurrentiebeding kunnen worden verbonden.

5. De Hoge Raad schiet in dit arrest de wetgever te hulp met de redenering dat in het voorheen geldende recht de heersende leer was dat het vereiste dat het boetebeding de bestemming der boeten vermeldt, niet van toepassing is op het concurrentiebeding. Vervolgens betoogt hij dat uit de wetgeschiedenis van de huidige artikelen 7:650 en 7:653 BW niet blijkt dat beoogd is in dit opzicht een materiële wijziging aan te brengen. De slotsom is, 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. Het onlogische karakter van deze redenering is duidelijk. Voorheen bracht de wet geen enkele verbinding aan tussen de beide boetes. De 'heersende leer' was dus gewoon gebaseerd op de wettekst. De wettekst is in 1992 veranderd, waardoor wel een verbinding tussen beide artikelen is aangebracht. De Hoge Raad heeft nu de sprong nodig via de 'heersende leer' om toch aan de oude gedachtegang te kunnen blijven vasthouden. De voorheen heersende leer is echter nu in strijd met de tekst van de wet. Nu kan men natuurlijk stellen dat men niet te veel naar de letter van de wet moet kijken, maar ook naar de bedoeling. Maar men maakt dan de wet wel minder duidelijk, en haalt het systeem uit de wet. In dit concrete geval komt dat ten goede aan het praktisch functioneren van het concurrentiebeding. Anderzijds kan men zich hierbij afvragen hoe ver de rechter moet gaan met het helpen van de wetgever bij de correctie van ondoordacht geformuleerde wetten. Dit draagt er immers toe bij, dat de wetgever weet zich slordige wetgeving te kunnen permitteren, omdat de rechter deze toch wel corrigeert. Er gaat van deze rechtspraak weinig stimulans uit om de wetten op orde te houden. Zo is ook in dit concrete geval sinds 2003 nog geen enkele actie van de zijde van de wetgever ondernomen om de wettekst weer in lijn met de door de Hoge Raad (waarschijnlijk terecht) veronderstelde bedoeling te brengen. En het wachten is ook nog steeds op een bij de tijd gebrachte regeling van de disciplinaire boete.

6. Zie over dit arrest voorts Van den Berg, *Arbeid Integraal* 2005/2, p. 39-46; Ruizeveld, *Arbeids-Recht* 2003/47 en Banning, *NbBW* mei 2003, nr. 5, p. 66-68.

G.J.J. Heerma van Voss