

ANNOTATIE

Enkele aspecten rond het boetebeding

F.M. Dekker

*Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25-02-2014,
ECLI:NL:GHARL:2014:1380 (AR-2014-0206)*

1. Inleiding

De regeling van het boetebeding in artikelen 7:650 en 7:651 BW doet bij eerste lezing ouderwets aan. Dat komt doordat deze regeling sinds 1909 vrijwel ongewijzigd is gebleven. Oorspronkelijk waren voornoemde bepalingen als onderdeel van de Wet op de arbeidsovereenkomst als artikelen 1637u en 1637v in het BW opgenomen. Het lag in de planning om met de invoering van het NBW de daarin vervatte regeling te moderniseren. In afwachting van een advies van de SER daaromtrent (SER, *Arbeidstuchtrecht* (advies 93/11), Den Haag 1993), zijn toen in eerste instantie de oude bepalingen aangehouden. Het wetsvoorstel dat daar verandering in moest brengen (het Wetsvoorstel arbeidstuchtrecht (23974)), heeft het Staatsblad wegens gebrek aan steun uit de Tweede Kamer echter niet gehaald. Van een vernieuwing is het daardoor nooit gekomen.

Het verouderde systeem van artikel 7:650 BW is moeilijk werkbaar en kent tal van onduidelijkheden. In de praktijk komen boetebedingen – zo is mijn vermoeden – dan ook niet veel voor. Er is in ieder geval maar weinig rechtspraak over. Op 25 februari 2014 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden – hierna kortheidshalve: ‘het hof’ – echter een arrest gewezen waarin een aantal van de door mij bedoelde onduidelijkheden aan de orde kwam.

2. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014

2.1. De feiten

De werkgever in deze zaak – in het gepubliceerde arrest enkel aangeduid als ‘[appellante]’ – is een opleidingsadviesbureau, vooral actief in de financiële dienstverlening. De werknemer – in het arrest steeds ‘[geïntimeerde]’ genoemd – is vanaf 10 juli 2006 in dienst bij werkgever in de functie van beller en coach. De oorspronkelijk overeengekomen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is tweemaal verlengd. De arbeidsovereenkomst bevatte zowel een relatiebeding als – in de bijlage – een geheimhoudingsbeding. Aan beide bedingen is een boetebeding gekoppeld.

Twee maanden na het aangaan van het derde contract voor bepaalde tijd heeft werknemer te kennen gegeven het dienstverband tussentijds te willen beëindigen. Hierover heeft een gesprek plaatsgevonden met werkgever. Bij brief van 23 april 2008 heeft werknemer de opzegging bevestigd en de arbeidsovereenkomst met inachtneming van een maand opzegtermijn opgezegd. Over de maand mei 2008 heeft werkgever aan werknemer het loon doorbetaald.

In mei 2008 laat werknemer zich als ZZP'er inlenen door Callsupport om voor F te werken. Werkgever meent dat werknemer daarmee zowel het relatiebeding als het geheimhoudingsbeding heeft overtreden en vordert in deze procedure betaling van de dientengevolge verbeurde boetes.

2.2. Oordeel Hof Arnhem-Leeuwarden

Primair ontkent werknemer het geheimhoudingsbeding of het relatiebeding te hebben overtreden. Dit verweer wordt door het hof evenwel verworpen. Hoewel de overwegingen van het hof met betrekking tot het relatiebeding zeer interessant zijn, laat ik ze hier buiten beschouwing. Ik concentreer mij in deze annotatie op de oordelen van het hof ter zake van de verschuldigde boetes. In dat kader heeft werknemer een beroep gedaan op de nietigheid van beide boetebedingen. Het aan het geheimhoudingsbeding verbonden boetebeding zou nietig zijn, omdat de bestemming van de boete niet wordt genoemd. Die behorende bij het relatiebeding zou nietig zijn, omdat de rechterlijke matigingsbevoegdheid is uitgesloten. Meest subsidiair heeft werknemer het hof verzocht tot matiging over te gaan.

Het hof heeft een uitvoerig gemotiveerd arrest gewezen. Het overweegt dat de wetgever van 1907 er oog voor heeft gehad dat in arbeidsovereenkomsten twee soorten boetes kunnen voorkomen – (1) disciplinaire boetes en (2) boetes die dienen ter fixering van schade, dan wel tot aansporing van nakoming –, maar dat er uiteindelijk voor is gekozen beide soorten boetes onder het bereik van (destijds) artikel 1637u BW te brengen, met dien verstande dat deze bepaling van regeland recht werd voor werknemers met een loon boven een bepaald minimum (behalve wat betreft het schriftelijkheidsvereiste). Gevolg hiervan was dat met minder verdienende werknemers geen boetebeding van de tweede categorie overeengekomen kon worden, met uitzondering van twee apart geregelde bedingen: het concurrentiebeding (destijds art. 1637x BW, nu art. 7:653 BW) en het beding waarbij een hogere schadeloosstelling wordt overeengekomen dan het loon over een niet in acht genomen opzegtermijn (destijds art. 1639r lid 4 BW, thans art. 7:680 lid 4 BW). De wetgever zag er, zo vervolgt het hof, geen probleem in dat andere boetebedingen niet met lager betaalde werknemers overeengekomen konden worden, want daaraan zou in de praktijk weinig behoefte bestaan. Wilde een werkgever toch schade verhalen op een lager betaalde werknemer, dan diende hij een gewone aansprakelijkheidsprocedure te beginnen. Ter bescherming van de hoger betaalde werknemers kreeg de rechter, bij afwijking van de hoofdregel van artikel 1637u BW, de bevoegdheid de boete te matigen.

Bezien tegen deze achtergrond is er volgens het hof geen reden om het

geheimhoudingsbeding op één lijn te stellen met het concurrentiebeding. Anders dan werknemer heeft gesteld, is daarmee evenwel niet gegeven dat werkgever geen beroep toekomt op de daarop gestelde boete. In de parlementaire geschiedenis is immers geen aanknopingspunt te vinden voor de opvatting dat een boetebeding dat is verbonden aan een geheimhoudingsverplichting aan meer formaliteiten moet voldoen dan dat het schriftelijk is overeengekomen met een werknemer met een hoger loon dan het minimumloon. Met name is, zo overweegt het hof, niet vereist dat het boetebeding uitdrukkelijk vermeldt dat de boete toekomt aan de werkgever, nu het beding juist bedoeld is om, in afwijking van de regeling omtrent de disciplinaire boete, wél betaling aan de werkgever mogelijk te maken en het wetsvoorstel specifiek daarvoor is aangepast. De kantonrechter heeft naar het oordeel van het hof daarom met juistheid beslist dat de regeling waarop werknemer zich beroept van regelend recht is waarvan partijen konden afwijken.

Het relatiebeding kan in de visie van het hof als subspecies van het concurrentiebeding wel daarmee op één lijn worden gesteld. Het daarop gestelde boetebeding hoeft derhalve niet te voldoen aan de eisen uit artikel 7:650 BW.

Het zesde lid van artikel 7:650 BW geeft de rechter de bevoegdheid de op te leggen boete te matigen, indien deze hem bovenmatig voorkomt. Nu in de artikelen 6:91 t/m 94 BW de algemene boeteregeling is gegeven, welke ook van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, dient voor deze specifieke matigingsbevoegdheid aansluiting te worden gezocht bij het bepaalde in genoemde artikelen, met dien verstande dat de rechter op grond van het bepaalde in lid 6 van artikel 7:650 BW ook ambtshalve tot matiging kan besluiten. Dat brengt mee dat krachtens het bepaalde in lid 3 van artikel 6:94 BW een bepaling die matiging van de boete uitsluit, nietig is. Die nietigheid heeft naar het oordeel van het hof echter niet tot gevolg dat het hele boetebeding vervalt, maar brengt enkel mee dat de uitsluiting geen effect heeft. Het hof zal de boete dan ook matigen.

In dat verband stelt het hof voorop dat de in artikel 6:94 BW opgenomen maatstaf dat voor matiging van de bedongen boete slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, meebrengt dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen (HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638; en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4986).

Ter motivering van de matiging wijst het hof erop dat aan de zeventien paragrafen tellende geheimhoudingsverklaring een achttal overwegingen is opgenomen waarin het belang van werkgever bij het sluiten van die overeenkomst nauwkeurig is omschreven en waarvan de bewoordingen weinig aan duidelijkheid te wensen overlaten. Daarin komt onder meer naar voren dat werknemer in zijn functie bij werkgever in aanraking komt of kan komen met uiterst vertrouwelijke gegevens omtrent personen, bedrijven en (omvangrijke) vermogens en

dat het van het grootste belang is dat deze gegevens uiterst vertrouwelijk blijven en niet op enigerlei wijze ter kennis komen van derden. Een en ander afwegend en bezien tegen de achtergrond van de vaststaande feiten, waaronder het salarisniveau van werknemer (€ 3.000 bruto per maand), is het hof van oordeel dat oplegging van een boete van € 30.000 onder de gegeven omstandigheden tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden, zodat de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de boete wordt gematigd tot het niveau van drie maanden salaris, oftewel € 9.000.

Nu ter zake van de schending van het geheimhoudingsbeding reeds een stevige boete is opgelegd, welke zoals hiervoor is aangegeven slechts beperkt voor matiging in aanmerking komt, is het hof van oordeel dat een daar bovenop komende boete voor de schending van het relatiebeding van meer dan € 1.000 in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt.

3. Wat als het boetebeding de bestemming van de boete niet vermeldt?

Het boetebeding dat was gekoppeld aan de geheimhoudingsverplichting vermeldde niet wat de bestemming van de boete was. De werknemer betoogde dat het boetebeding daarmee niet voldeed aan het derde lid van artikel 7:650 BW, met nietigheid ervan tot gevolg. Artikel 7:650 lid 3 BW luidt als volgt:

‘De overeenkomst waarbij boete is bedongen, vermeldt nauwkeurig de bestemming van de boete. Zij mogen noch onmiddellijk noch middellijk strekken tot persoonlijk voordeel van de werkgever zelf of van degene aan wie de werkgever de bevoegdheid heeft verleend om aan werknemers een boete op te leggen.’

Het hof honoreerde het nietigheidsverweer van de werknemer niet. Begrijp ik het hof goed, dan is de redenering daarvoor dat artikel 7:650 lid 3 BW van regelend recht is voor werknemers die meer verdienen dan het minimumloon, zodat vermelding van de bestemming van de boete *in casu* achterwege kon blijven. Eerder oordeelde de Kantonrechter Leeuwarden al in gelijke zin (Ktr. Leeuwarden 24 maart 2009, *JAR* 2009/119 m.nt. M.S.A. Vegter):

‘Voor zover de bestemming van de boete niet zou zijn vermeld (uit de in de informatiegids opgenomen tekst blijkt immers duidelijk dat de boete is bedoeld ter bestrijding van extra administratiekosten voor de werkgever), leidt zulks evenmin tot nietigheid. Immers, aangezien de werknemer meer verdient dan het voor hem geldende minimumloon, kon op grond van het bepaalde in lid 6 van art. 7:650 BW rechtsgeldig worden afgeweken van het in lid 3 van genoemde bepaling opgenomen voorschrift dat de bestemming van de boete nauwkeurig moet worden vermeld.’

Dit acht ik een onjuist oordeel. Het zesde lid van artikel 7:650 BW eist namelijk dat een afwijking van het derde (of vierde of vijfde) lid geschiedt ‘bij schriftelijk aangegane overeenkomst’. Dat brengt mee dat afwijken van het voorschrift dat de bestemming van de boete nauwkeurig moet worden vermeld (de eerste zin van art. 7:650 lid 3 BW) in de praktijk niet goed mogelijk is. Een dergelijke afwijking zal immers per schriftelijke overeenkomst

moeten, waardoor automatisch de bestemming is vermeld. Naar mijn mening had de Kantonrechter Groenlo het dan ook bij het juiste eind toen hij in 2002 het volgende oordeelde (Ktr. Groenlo 23 september 2002, *JAR* 2003/3):

‘De vordering ter zake van de boetebedragen wegens overtreding van een mogelijk overeengekomen concurrentiebeding strandt, zulks alleen al op grond van het feit dat de bestemming van de boetebedragen kennelijk bestemd zijn ten gunste van de werkgever nu een andere bestemming niet is opgenomen; dit is ingevolge artikel 7:650 lid 3 jo. lid 6 BW een nietig beding; van de mogelijkheid om af te wijken van deze regeling, waar Romijn meer dan het minimumloon verdient, is geen gebruik gemaakt nu schriftelijk niets is overeengekomen over de bestemming van de boete.’

Nu realiseer ik mij dat deze overweging in die zin achterhaald is dat de Hoge Raad inmiddels heeft uitgemaakt dat artikel 7:650 BW niet van toepassing is op de concurrentiebedingboete. Het gaat mij echter om de redenering van de kantonrechter dat, nu omtrent de bestemming van de boete schriftelijk niets is overeengekomen, van een rechtsgeldige afwijking van artikel 7:650 lid 3 BW geen sprake is. Ik ondersteun deze visie (zie in gelijke zin Hof Leeuwarden 23 april 2008, *RAR* 2009/65; Ktr. Rotterdam 23 juni 2004, *Prg.* 2004/6259; en Ktr. Arnhem 21 januari 2002, *Prg.* 2002/5820). Het semidwingende karakter van artikel 7:650 lid 3 BW is naar mijn mening *de facto* dan ook beperkt tot het voorschrift uit de tweede volzin ervan, inhoudende dat de boete niet tot voordeel van de werkgever mag strekken. Van dit voorschrift mag worden afgeweken, doch dan moet het beding wel uitdrukkelijk (dat wil zeggen: schriftelijk) vermelden dat de boete ten goede van de werkgever komt. Wordt geen bestemming vermeld, dan is immers niet op rechtsgeldige wijze van artikel 7:650 lid 3 BW afgeweken.

4. De bij matiging ex artikel 7:650 lid 6 BW aan te leggen maatstaf

Artikel 7:650 BW vormt een *lex specialis* ten opzichte van de algemene verbintenisrechtelijke boeteregeling. Behalve uit de gelaagde structuur van het BW, blijkt dit ook uit het achtste lid van het litigieuze wetsartikel. Voor zover in artikel 7:650 BW niet van de bepalingen uit Boek 6 BW is afgeweken, zijn deze dus eveneens van toepassing. Het eerste lid van artikel 6:94 BW schept in dit verband een rechterlijke matigingsbevoegdheid die ook geldt buiten de situatie van artikel 7:650 lid 6 BW. Van deze algemene matigingsbevoegdheid mag de rechter volgens de tekst van artikel 6:94 lid 1 BW gebruik maken ‘indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’. De vraag is hoe deze norm zich verhoudt tot die van artikel 7:650 lid 6 BW (‘indien de opgelegde boete hem bovenmatig voorkomt’).

Het hof oordeelde in de hier geannoteerde zaak dat beide normen aan elkaar gelijk zijn. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in 2007 in dezelfde zin (Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BC9655*). Een argument ten faveure van dit standpunt is dat de wetgever bij de invoering van titel 7.10 BW het vierde lid van artikel 7A:1637x (oud) BW – dat voor matiging van de concurrentiebedingboete eveneens het bovenmatigheidscriterium aanlegde – heeft laten vervallen, omdat het naast artikel 6:94 BW overbodig zou zijn. Deze

redenering veronderstelt een onderlinge uitwisselbaarheid van beide genoemde criteria.

Toch meen ik dat tussen de twee matigingsmaatstaven wel degelijk verschil bestaat. In *Intrahof/Bart Smit* (HR 27 april 2007, *NJ* 2007/262) heeft de Hoge Raad aan het criterium van artikel 6:94 BW namelijk een zeer terughoudende invulling gegeven. Hij overwoog:

‘De in deze bepaling opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.’

Deze terughoudende maatstaf staat, zoals Houweling overtuigend heeft aangetoond (zie zijn noot onder Hof Arnhem 16 december 2010, *JIN* 2011/68), haaks staat op de oorspronkelijke bedoeling van het bovenmatigheidscriterium ex artikel 7A:1637x lid 4 (oud) BW, waarmee de rechter juist veel vrijheid werd toegekend (zie o.m. HR 11 november 1966, *NJ* 1967/17 en HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/166). Van de door de wetgever van het NBW veronderstelde onderlinge uitwisselbaarheid is in de praktijk derhalve geen sprake.

Daarnaast zou de betekenis van de laatste volzin van artikel 7:650 lid 6 BW met een dergelijke gelijkschakeling volledig worden uitgehold. Het enige verschil met de matigingsbevoegdheid ex artikel 6:94 BW zou dan immers nog zijn dat het zesde lid van artikel 7:650 BW ambtshalve mag worden toegepast.

Ook vanuit wetssystematisch oogpunt komt het mij niet onlogisch voor dat de norm van artikel 6:94 BW strenger zou zijn. Dat artikel is immers onderdeel van het algemene overeenkomstenrecht, dat uitgaat van noties als contractsvrijheid en de gelijk(waardig)heid van partijen. Daarbij past niet dat de rechter al te lichtzinnig in de gemaakte afspraken zou kunnen ingrijpen. In het arbeidsrecht gaan deze noties daarentegen in mindere mate op. Vanuit het idee van ongelijkheidscompensatie is een ruimere matigingsbevoegdheid van de rechter in arbeidsverhoudingen wenselijk. Hiermee strookt dat artikel 6:94 BW bij arbeidsgeschillen slechts van toepassing is op boetebedingen die in alle opzichten voldoen aan de vereisten uit artikel 7:650 BW. Dat houdt dus in dat de boete niet ten voordele van de werkgever strekt, dat het bedrag van de boete is uitgedrukt in de valuta waarin het loon is vastgesteld en dat de boete niet meer bedraagt dan een halve dag loon per overtreding en per week. Daarmee is de werknemer voldoende beschermd. Zodra echter ook maar op één punt van voormelde eisen wordt afgeweken, is niet langer de terughoudende norm van artikel 6:94 BW van toepassing, maar die van artikel 7:650 lid 6 BW.

5. Het toepassingsbereik van artikel 7:650 BW

Een laatste aspect dat ik in deze annotatie aan de orde wil stellen, is het toepassingsbereik van artikel 7:650 BW. Daarover bestaat namelijk verdeeldheid. Zo is onduidelijk of dit artikel ook

geldt voor boetes verbonden aan een geheimhoudingsbeding. Het hof zag in de hier geannoteerde zaak geen reden voor dergelijke boetes een uitzondering te maken. Het Hof Leeuwarden zag dat in 2009 evenmin (Hof Leeuwarden 26 mei 2009, RAR 2009/113). De kantonrechters te Amsterdam (Ktr. Amsterdam 24 april 2002, JAR 2002/174) en Arnhem (Ktr. Arnhem 27 juni 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD6312) oordeelden eerder evenwel in tegenovergestelde zin. Welk standpunt is nu het juiste?

Ter beantwoording van deze vraag, ligt het voor de hand een vergelijking te maken met de concurrentiebedingboete. Ten aanzien van die boete wordt immers al sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst aangenomen dat artikel 7:650 BW (destijds 1637u BW) daarop niet van toepassing is. Als de ratio daarvan kan worden achterhaald, kan op die basis worden vastgesteld voor welke andere bedingen eveneens een uitzondering op zijn plaats is. Volgens mij zijn voor de uitzonderingspositie van de concurrentiebedingboete hoofdzakelijk twee argumenten aangevoerd (zie ook A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011, p. 233-234).

Het eerste argument is afkomstig uit de wetsgeschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Tijdens de parlementaire behandeling van die wet merkte minister Van Raalte het volgende op (Bles II, p. 408):

‘Mijnheer de Voorzitter! Het is inderdaad steeds mijn opvatting geweest, dat art. 1637w, nieuw x, bevat een specialen regel met betrekking tot het mededingingsbeding en dat volgt ook hieruit, dat het bepaalde ten aanzien van de zoogenaamde concurrentie-clausule – om deze uitdrukking nu maar weder te gebruiken – alleen te pas komt, wanneer de arbeidsovereenkomst beëindigd is, terwijl het bepaalde in art. 1637t [u], waarin van de boeten wordt gehandeld, meer bepaald het oog heeft op hetgeen gedurende den loop van de overeenkomst is geschied. Ik ben het dus geheel eens met den geachten spreker dat art. 1637w een speciale regeling behelst, waarbij afgeweken wordt van de algemeene regeling, welke in art; 1637 t [u] voorkomt.’

Deze opvatting kwam tot uitdrukking in artikel 1637x lid 4 (oud) BW, dat voor de concurrentiebedingboete een *lex specialis* bevatte. Op grond van het adagium *lex specialis derogat legi generali* werd – mede in het licht van boven geciteerde opmerkingen van minister Van Raalte – algemeen aangenomen dat artikel 1637u (oud) BW toepassing miste. Hoewel het vierde lid van artikel 1637x (oud) BW met de inwerkingtreding van titel 7.10 BW is geschrapt, heeft de Hoge Raad de uitzonderingspositie voor de concurrentiebedingboete in 2003 gehandhaafd. Hij verwees daarbij uitdrukkelijk naar de heersende leer onder het oude recht en overwoog dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de huidige artikelen 7:650 en 7:653 BW niet blijkt dat beoogd is in dit verband een materiële wijziging aan te brengen (HR 4 april 2003, JAR 2003/107 (*Ghisyawan/LAN-Alyst*)). Een duidelijke reden voor de uitzonderingspositie van de concurrentiebedingboete werd helaas niet gegeven. Gezien de verwijzing naar de onder het oude recht heersende leer, mag er vermoedelijk van worden uitgegaan dat de redengeving van minister Van Raalte nog steeds actueel is.

Als tweede reden voor de uitzonderingspositie van de concurrentiebedingboete is wel gewezen op de aard van een dergelijke boete. Het zou niet zozeer een ‘echte’ boete zijn, maar veeleer – of toch in ieder geval mede – een gefixeerde schadevergoeding (zie ook Houweling en Loonstra 2011, p. 230-232). En daarvoor zou artikel 7:650 BW niet zijn bedoeld. Ruizeveld heeft in haar artikel over *Ghisyawan/LAN-Alyst* bijvoorbeeld te kennen gegeven er voorstander van te zijn artikel 7:650 BW enkel van toepassing te achten daar waar het echt gaat om disciplinaire maatregelen van de werkgever gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst. Het openbaren van een bedrijfsgeheim kan tot aanzienlijke schade leiden voor de werkgever, hetgeen volgens haar niet de beperkingen van artikel 7:650 BW zou rechtvaardigen (M.D. Ruizeveld, ‘De uitleg van het concurrentiebeding, het belemmeringsverbod en het boetebeding, *ArbeidsRecht* 2003, 43). Van den Berg heeft in dit verband gesteld dat het karakter van de boete in het concurrentiebeding zich slecht laat rijmen met die van het boetebeding ex artikel 7:650 BW. Dit wetsartikel zou volgens deze auteur met name bedoeld zijn voor overtredingen begaan tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst en die een disciplinair karakter hebben, terwijl de overtreding van een concurrentiebeding steeds na beëindiging van de arbeidsovereenkomst zal plaatsvinden (M.B.M.C. van den Berg, ‘De concurrentiebedingboete’, *Arbeid Integraal* 2005, p. 45). De twee genoemde schrijvers hanteren enerzijds het argument van minister Van Raalte, maar lijken daar als tweede argument aan toe te voegen dat het karakter van de concurrentiebedingboete een uitzonderingspositie zou rechtvaardigen.

Voormelde twee argumenten zijn ook in de rechtspraak over de boete op een geheimhoudingsbeding terug te vinden. De hierboven genoemde Amsterdamse kantonrechter overwoog dat het van toepassing achten van artikel 7:650 BW op een boete gesteld op een geheimhoudingsverplichting miskent ‘dat de disciplinaire boete van artikel 7:650 BW van een heel andere aard is dan de onderhavige. Hier is sprake van een schadevergoeding, welke vooraf op f 10.000,= per overtreding is gesteld’. De Kantonrechter Arnhem was voorts van oordeel dat de verweren van de werknemer eraan voorbij zagen ‘dat de disciplinaire boete van artikel 7:650 BW van heel andere aard is dan de onderhavige. Het gaat in deze zaak om een geheimhoudingsbeding, dat de werknemer niet alleen tijdens het dienstverband verplicht tot geheimhouding, maar ook daarna. Het bepaalde in artikel 7:650 BW is dan ook niet van toepassing (vergelijk HR 4 april 2003, *NJ* 2007, 351)’.

Hoe nu deze argumenten te waarderen? Laat ik beginnen met het argument dat de aard van de boete zich tegen toepasselijkheid van artikel 7:650 BW zou kunnen verzetten. Dit argument overtuigt niet. Ten eerste miskent het dat artikel 7:650 lid 8 BW uitdrukkelijk bepaalt dat ook boetes in de zin van artikel 6:91 BW – onder welk artikel de boete bij wege van gefixeerde schadevergoeding valt – onder het bereik van artikel 7:650 BW vallen. Daaruit volgt dat het karakter van het boetebeding voor toepasselijkheid van artikel 7:650 BW niet ter zake doet (zie ook SER, *Arbeidstuchtrecht* (advies 93/11), Den Haag 1993, p. 11-13).

Daarnaast miskent dit argument dat artikel 6:91 BW tevens betrekking heeft op de ‘echte’ boete. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de toelichting die werd gegeven op de afschaffing van het vierde lid van artikel 1637x (oud) BW (Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 35):

‘De nieuwe, algemene regeling in artikel 6.1.8.18 [6:94, FMD], die zowel het boete-element als het element van de vooraf gefixeerde schadevergoeding betreft, kan toepassing vinden.’

Deze passage toont dat artikelen 6:91 t/m 6:94 BW een breder toepassingsbereik hebben dan alleen boetes die dienen als gefixeerde schadevergoeding en ook zien op ‘echte’ boetes. Aangezien de concurrentiebedingboete door deze artikelen wordt beheerst, is de redenering dat artikel 7:650 BW niet van toepassing zou zijn vanwege de aard van de boete, onzuiver.

Ook het argument dat artikel 7:650 BW niet zou zien op boetebedingen die zijn gekoppeld aan verplichtingen die gelden na afloop van de arbeidsovereenkomst, vind ik weinig sterk (evenzo Houweling en Loonstra 2011, p. 233). Het leidt namelijk tot de merkwaardige situatie dat boetes gesteld op geheimhoudingsbedingen de ene keer wel en de andere keer niet aan de eisen van artikel 7:650 BW moeten voldoen, afhankelijk van periode waarop het beding ziet. Voor geheimhoudingsbedingen die – zoals gebruikelijk – zowel gedurende als na afloop van de arbeidsovereenkomst gelden, zou voorts een cesuur moeten worden aangebracht. Alleen voor zover het boetebeding ziet op de geheimhoudingsverplichting tijdens de loop van de arbeidsovereenkomst zou artikel 7:650 BW daarop van toepassing zijn; voor de periode daarna gelden de eisen uit dat wetsartikel echter niet. Een boete verbonden aan een nevenwerkzaamhedenverbod – een beding dat toch grote verwantschap vertoont met het concurrentiebeding, maar dan tijdens de loop van de arbeidsovereenkomst – zou overigens wél onderworpen zijn aan artikel 7:650 BW.

Gedurende mijn zoektocht naar de achtergrond van de uitzonderingspositie van de concurrentiebedingboete, ben ik mij meer en meer gaan afvragen wat het belang van die positie is. Mijn indruk is dat het grootste bezwaar tegen toepasselijkheid van artikel 7:650 BW is gelegen in het feit dat de hoogte van de boete is gemaximeerd en dat deze niet ten goede van de werkgever mag komen. Dit zijn inderdaad twee aspecten die bij een concurrentiebedingboete niet goed passen. Zij zijn echter van regeland recht voor werknemers die meer verdienen dan het minimumloon en ik kan mij niet voorstellen dat een werknemer met een concurrentiebeding niet boven deze loongrens uit zou komen. Aangezien het bedrag van de boete ook nu reeds schriftelijk pleegt te worden vastgelegd, zou toepassing van artikel 7:650 BW volgens mij dan ook hooguit tot gevolg hebben dat voortaan de bestemming van de boete expliciet moet worden vastgelegd. Dat lijkt mij echter toch een kleine moeite. Daartegenover zou evenwel staan dat een hoop afbakeningsproblemen wordt voorkomen. Bovendien zou door toepasselijkheid van artikel 7:650 BW recht worden gedaan aan de verwachting van de NBW-wetgever dat het vierde lid van artikel 7A:1637x (oud) BW wegens overbodigheid kon vervallen. Indien de concurrentiebedingboete onder het bereik van artikel 7:650 lid 6 BW zou worden gebracht, zou voor matiging van een dergelijke boete immers opnieuw het bovenmatigheidscriterium gelden. De rechter zou daarmee meer vrijheid krijgen bij het matigen van de hoogte van de boete, waardoor hij wellicht – dit is slechts een *gut feeling*-argument – minder de behoefte heeft het concurrentiebeding via de band van artikel 7:653 lid 2 BW geografisch, temporeel of anderszins te matigen. Ik voel er dan ook veel voor de concurrentiebedingboete zijn uitzonderingspositie te ontnemen en evenals de boete verbonden aan alle overige overtredingen onder het regime van artikel 7:650 BW te brengen.

Ingeval daartoe zou worden overgegaan, is het echter wel zaak een overgangsregeling te introduceren voor reeds bestaande gevallen.