

ceskosten geformuleerd. De uitkomst van het hoger beroep komt erop neer dat het principale hoger beroep slaagt en het incidentele hoger beroep faalt. Aquabouw moet als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden aangemerkt. Aquabouw zal daarom in de proceskosten van beide instanties worden veroordeeld. De stellingen van Aquabouw zijn ontoereikend om een andere beslissing over de proceskosten te rechtvaardigen, laat staan dat zij een veroordeling van [verzoeker] in de volledige advocaatkosten kunnen dragen.

Bewijsaanbod

6.14. Aquabouw heeft een bewijsaanbod gedaan maar dat ziet niet op stellingen die, indien bewezen, tot een andere uitkomst zouden leiden. Het bewijsaanbod dat [verzoeker] geen geldige reden zou hebben niet op het werk te verschijnen, is onvoldoende feitelijk gespecificeerd en wordt daarom gepasseerd.

Vernietigen beschikking

6.15. Ter wille van de overzichtelijkheid zal het hof de bestreden beschikking op alle onderdelen van het dictum vernietigen en geheel opnieuw rechtdoen.

Beslissing

Het hof:

vernietigt de beschikking van de kantonrechter Dordrecht van 27 maart 2023 en *opnieuw rechtdoende*:

– veroordeelt Aquabouw om aan [verzoeker] te betalen het salaris van € 1.725,- bruto per maand, over de periode van 1 juli 2022 tot en met 31 oktober 2022 alsmede het vakantiegeld over deze periode, een en ander te vermeerderen met 10% wettelijke verhoging, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over het loon en het vakantiegeld vanaf veertien dagen na 27 maart 2023 tot de dag van volledige betaling;

– veroordeelt Aquabouw om aan [verzoeker] te betalen de transitievergoeding van € 355,34 bruto, met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na 27 maart 2023 tot dag van volledige betaling;

– veroordeelt Aquabouw om binnen veertien dagen na de datum van deze beschikking aan [verzoeker] te verstrekken de salarisspecificaties over

de maanden juli tot en met oktober 2022 en een eindafrekening;

– veroordeelt [verzoeker] om aan Aquabouw te betalen € 10,21 aan vergoeding voor één niet ingeleverd werkhshirt, met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na 27 maart 2023 tot de dag van volledige betaling;

– veroordeelt Aquabouw in de kosten van de procedure in eerste aanleg aan de zijde van [verzoeker] tot 27 maart 2023 bepaald op € 86,- aan verschotten en € 793,- aan salaris gemachtigde;

– veroordeelt Aquabouw in de kosten van het principale hoger beroep, aan de zijde van [verzoeker] tot op heden begroot op € 343,- aan verschotten en € 1.716,- aan salaris advocaat en in de kosten van het incidentele hoger beroep, aan de zijde van [verzoeker] tot op heden begroot op € 858,- aan salaris advocaat;

– verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

– wijst het meer of anders verzochte af.

107

Klachtplicht niet van toepassing bij overtreding concurrentiebeding

Hoge Raad

8 maart 2024, nr. 23/01713,

ECLI:NL:HR:2024:336

(mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek,

mr. Du Perron, mr. Wattendorff, mr. Lock)

(Concl. A-G Wesseling-van Gent)

Noot mr. drs. A.M. Helstone, mr. J.H. Leeman

Concurrentiebeding. Afzonderlijke overtredingen. Beslagkosten. Klachtplicht.

[BW art. 6:89, 6:94, 7:653; Rv art. 706]

Twee monteurs zeggen hun dienstverband op. De schriftelijke arbeidsovereenkomsten bevatten een concurrentiebeding voor de duur van 18 maanden, versterkt met een boetebeding. Binnen vier maanden na het einde van hun dienstverband richten de werknemers samen een v.o.f. op van waaruit zij een onderneming drijven en concurrerende activiteiten verrichten. Acht maanden later spreekt de werkgever hen hierop aan. Ook laat de werkgever conservatoir beslag leggen op de wo-

nigen en bankrekeningen van de werknemers. In deze procedure vordert de werkgever betaling van € 481.000 respectievelijk € 459.000. De rechtbank wijst de vorderingen af. Het hof matigt de looptijd van het concurrentiebeding, overweegt dat de werknemers in die kortere periode het beding twee en drie keer hebben overtreden en veroordeelt de hen tot betaling van € 20.000 respectievelijk € 30.000 (zie hof Den Haag 31 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:49). De werkgever stelt cassatieberoep in. Eén van de werknemers richt in incidenteel cassatieberoep klachten tegen de overweging van het hof dat de werkgever tijd mocht nemen om te onderzoeken of sprake was van overtreding van de concurrentiebedingen. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof. Het hof heeft verzuimd een aantal gestelde aanvullende overtredingen in zijn beoordeling te betrekken. Ook heeft het hof nagelaten te beoordelen of de beslagkosten op de werknemers kunnen worden verhaald (art. 706 Rv), waartoe het hof was gehouden vanwege de gedeeltelijke toewijzing van de vorderingen van de werkgever. Het incidenteel cassatieberoep faalt. Voor zover de klachten ervan uitgaan dat de in art. 6:89 BW vervatte klachtplicht van toepassing is op de schending van een concurrentiebeding, is die veronderstelling onjuist. Bij zo'n schending is geen sprake van gebrekkig presteren maar van niet presteren en art. 6:89 BW ziet niet op gevallen waarin is nagelaten de overeengekomen prestatie te verrichten (zie HR 15 oktober 2021, «JOR» 2022/23, m.nt. Verstoep). De tijd die de werkgever heeft laten verstrijken tussen de ontdekking van de overtreding en het daarop aanspreken van werknemer kan onder omstandigheden wel grond opleveren voor matiging van verbeurde boetes op de voet van art. 6:94 BW, of (indien aan de daarvoor geldende eisen is voldaan) voor het aannemen van rechtsverwerking.

NB. Art. 6:89 BW bepaalt dat een schuldeiser geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Deze bepaling vormt een specifieke, in de wet geregelde vorm van rechtsverwerking. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing is op schending van een concurrentiebeding. Zo'n beding bevat een verbintenis tot nala-

ten en dat is geen vorm van gebrekkig presteren, maar van niet presteren. Zie eenzelfde redenering (onder verwijzing naar de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent) in ktr. Rotterdam 1 maart 2024, «JAR» 2024/88, m.nt. Arntz, waarin is geoordeeld dat art. 6:89 BW ook niet van toepassing is op een loonvordering.

Centra-Klima B.V. te Spijkenisse,
eiseres tot cassatie,
verweerster in het incidentele cassatieberoep,
hierna: Centra-Klima,
advocaat: J.M. Moorman,
tegen

1. [oud-werknemer A] te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
hierna: [oud-werknemer A],
niet verschenen,
2. [oud-werknemer B] te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
eiser in het incidentele cassatieberoep,
hierna: [oud-werknemer B],
advocaat: M.J. van Basten Batenburg,
hierna gezamenlijk: [de oud-werknemers].

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Wesseling-van Gent)

1. Aanduiding partijen, korte inhoud zaak en samenvatting cassatieberoep

1.1. Eiseres tot cassatie in het principale cassatieberoep wordt hierna aangeduid als Centra-Klima. Verweerders in cassatie in het principale cassatieberoep worden hierna verkort aangeduid als respectievelijk [verweerder 1] en [verweerder 2] en gezamenlijk als [verweerders]

1.2. In deze zaak vordert Centra-Klima van twee ex-werknemers, [verweerders], boetes op grond van overtredingen van het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding. De kantonrechter heeft deze vorderingen afgewezen. In het door Centra-Klima ingestelde hoger beroep heeft het hof het vonnis van de kantonrechter vernietigd, [verweerders] veroordeeld tot betaling van een deel van de gevorderde boetes, en de overige vorderingen van Centra-Klima afgewezen.

1.3. In het principale cassatieberoep klaagt Centra-Klima dat het hof het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden en dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting over de verhouding tussen de stelplicht van Centra-Klima en de motiveringsplicht van [verweer-

ders] Ook wordt een motiveringsklacht gericht tegen het oordeel van het hof dat het enkel drijven van de onderneming door [verweerders] geen overtreding van het concurrentiebeding is. Verder wordt geklaagd dat het hof is voorbijgegaan aan essentiële stellingen van Centra-Klima met betrekking tot bepaalde werkzaamheden in strijd met het concurrentiebeding. Tot slot wordt aangevoerd dat het hof een grief over de beslagkosten ten onrechte heeft aangeduid als een veeggrief zonder zelfstandige betekenis.

1.4. [verweerder 2] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld en daarin verschillende klachten gericht tegen de overweging van het hof dat Centra-Klima tijd mocht nemen om te onderzoeken of sprake was van overtreding van de concurrentiebedingen.

2. Feiten en procesverloop

Feiten¹

2.1. Centra-Klima levert, installeert en onderhoudt onder meer installaties voor verwarming, koeling en luchtverversing en levert en installeert zonnepanelen.

2.2. [verweerder 1] is op 7 maart 2011 bij Centra-Klima in dienst getreden in de functie van monteur. De arbeidsovereenkomst is door [verweerder 1] op 22 juli 2019 opgezegd.

2.3. [verweerder 2] is bij Centra-Klima in dienst getreden in de functie van monteur op 1 januari 2009. De arbeidsovereenkomst is op 17 juli 2019 door [verweerder 2] opgezegd.

2.4. In de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd van zowel [verweerder 1] als [verweerder 2] is in art. 15 het volgende non-concurrentiebeding (en tevens boetebeding) opgenomen:

“Het is de werknemer verboden in het dienstverband en binnen het tijdvak van 18 maanden na beëindiging van de dienstbetrekking zelf binnen een kring met het perceel waar werknemer zijn werkzaamheden verricht als middelpunt en met een straal van 50 km in enigerlei vorm een zaak, gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van werkgever, te vestigen, te drijven of te doen drijven, hetzij direct, hetzij indirect, als ook financieel, in welke vorm ook bij een dergelijk zaak be-

lang te hebben, direct of indirect, of daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet daarin aandeel van welke aard ook te hebben, zulks met uitzondering van ter beurze genoteerde aandelen. In afwijking van titel 7.10 BW, artikel 650 lid 3 en 5 komen partijen overeen, dat de werknemer bij overtreding van het hierboven omschreven verbod ten behoeve van de werkgever een dadelijk niet te matigen opvorderbare boete verbeurt van € 10.000,00 per overtreding en € 1000,00 voor elke dag dat de overtreding voortduurt.

Buiten de verbeurde boete kan de werkgever de werknemer aanspreken voor de schade die geleden wordt door overtreding van dit geding en schade vergoeding vorderen.”

2.5. Centra-Klima heeft [verweerder 2] na zijn opzegging bij e-mail van 23 oktober 2019 verzocht om de einddatum van de arbeidsovereenkomst (onder voorwaarden) uit te stellen tot 1 april 2020. Deze e-mail luidt, voor zover in cassatie van belang als volgt²:

“[verweerder 2],

Via een email van 7 september 2019 heb je mij ten dele nader geïnformeerd.

Dit alles gebeurd in vervolg op door jou genomen besluit om CK te zullen gaan verlaten.

Zoals reeds besproken werd jou aankondiging tot vertrek totaal niet door ons voorzien en kwam je brief bij aanvang van je zomervakantie niet alleen totaal onverwacht maar ook op een uiterst ongelukkig moment. Als klap op de vuurpijl maakte je collega [verweerder 1] ons een dag later ook ineens bekend dat ook hij ons zou gaan verlaten.

In een klein bedrijfje waarin we al vele jaren zeer nauw aan elkaar verwant zijn geraakt hakt dit er in en zijn de gevolgen van jullie besluit niet meer voor ons te overzien. Een eerste behoefte van ons was dan ook wat tijd om de gebeurtenissen even te verwerken en een plan te maken voor de toekomst.

Jullie zeggen je bewust te zijn van de gevolgen voor ons/voor CK. De gevolgen zijn dan ook enorm.

Een bedrijfje waarin jij samen met collega [verweerder 1] samen de buitendiensten vervullen en waarin ik samen met [betrokkene 1] de adminis-

1 Zie het arrest van het gerechtshof Den Haag van 31 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:49 (hierna: het bestreden arrest), rov. 5.1 t/m 5.11.

2 Het hof heeft een uitgebreidere versie van de e-mail weergegeven in rov. 5.5 van het bestreden arrest.

traties voer raakt nu haar volledige capaciteit buitendiensten kwijt.

De enorme krapte op de arbeidsmarkt is al om bekend. Dit heeft er uiteindelijk ook voor jullie toe geleid dat jullie door derden werden benaderd om een vacature elders in te gaan vullen. Het is vechten om technische personeel. Personeel welke wij dus niet zomaar voor het oprapen hebben. Tevens is er door de duur van de arbeidsovereenkomst en het daarin aan jullie toebedeelde vertrouwen een speciale band ontstaan die niet zomaar door een willekeurige andere zal kunnen worden ingevuld of aan worden toebedeeld.

(...)

Mijn verzoek aan jou is om ons bij te staan tot en met het eerste kwartaal van 2020.

Hoewel ik het nog altijd een korte en minimaal benodigde tijd noem, lijkt het mij thans wel een relevante periode waarin wij kans moeten zien de voorgenomen plannen uit te kunnen werken en dus te kunnen slagen in de verantwoorde verkoop van het bedrijf. Voorts liepen er al gesprekken met potentiële overnamekandidaten welke dit als voorwaarde hebben gesteld en welke ik met jou instemming dus aan de tafel kan houden.

Ons gesprek van vandaag begon met mijn vraag aan jou waar je nu eigenlijk naar toe wil gaan. In voorgaande gesprekken was je daar namelijk heel vaag over en noemde je zelfs meerdere bedrijven die je op de korrel had. Daaruit concludeerde ik en noemde jij ook, dat je toen, nog altijd geen definitieve beslissing had genomen of afspraken met een nieuwe werkgever had gemaakt.

De werkgever die je nu noemt [Airclima te Spijkenisse] valt binnen de door ons overeengekomen bepalingen van het tussen ons gesloten concurrentie beding welke deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. CK zal zich dan ook beroepen op het gesloten beding en maakt bezwaar tegen je start bij deze door jou gekozen nieuwe werkgever. Om niet in een vervelende procedure terecht te komen en om nu niet na zoveel goede en vertrouwde jaren in slecht humeur afscheid van elkaar te moeten nemen, heb ik reeds nu een minnelijk oplossing bedacht.

Wanneer jij jezelf bereid verklaart tot medewerking aan een periode die verlangd wordt bij overdracht /verkoop van het bedrijf of delen daarvan, is CK bereid om afstand te doen van de rechten uit het hoofdstuk tot concurrentie beding welke deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst.

[...]

Hoewel de ontwikkelingen die nu plaatsvinden gevormd zijn in gevolg van jullie gemaakte keuzes kan ik er vrede mee hebben als wij op een meest prettige manier allemaal onze eigen weg straks zullen vervolgen. Ik kan en zal er echter niet zomaar actie loos op toezien dat de mijn winkeltje na zoveel jaren zorg en noeste arbeid ten onder wordt gebracht door onverantwoord en redeloos genomen beslissingen die niet in redelijkheid vooraf werden aangekondigd en derhalve dus zijn te kwalificeren als onredelijk en onbegrijpelijk.

Vanochtend In een open en uitvoerig gesprek en nu nogmaals schriftelijk, [verweerder 2], help ons ALSJEBLIEFT om de afronding vorm te geven en laat ons ALSJEBLIEFT niet zomaar vallen waardoor wij vrijwel zeker ten onder zullen gaan in ellende en zeer onzekere tijden. Onze schade is voor ons niet te overzien. Jou inzet en medewerking word meer dan ooit op prijs gesteld en zal meer dan ooit gewaardeerd worden. Uit nood en de grond van mijn ziel, [verweerder 2], help ons alsjeblijft met de weg van de oplossing. [betrokkene 2].”

2.6. [verweerder 2] is niet op dit aanbod ingegaan. De arbeidsovereenkomst van [verweerder 2] is geëindigd op 30 november 2019.

2.7. Centra-Klima heeft aan [verweerder 1] een aanbod gedaan tot overname van de onderneming. [verweerder 1] is niet op dit aanbod ingegaan. De arbeidsovereenkomst van [verweerder 1] is geëindigd op 20 december 2019.

2.8. Centra-Klima heeft met een beroep op het concurrentiebeding niet willen instemmen met een indiensttreding van [verweerder 2] bij de (concurrerende) onderneming Air Clima in december 2019. Zowel [verweerder 2] als [verweerder 1] zijn uiteindelijk in dienst getreden bij [bedrijf].

2.9. [verweerdere] hebben op 6 maart 2020 een vennootschap onder firma opgericht en hebben deze ingeschreven in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel onder de naam [A] (hierna: [A]).

2.10. Centra-Klima heeft bij brieven van 11 februari 2021 aan [verweerdere] op grond van het boetebeding aanspraak gemaakt op betaling door ieder van hen van een bedrag van € 351.000,- aan verbeurde boetes.

2.11. Centra-Klima heeft in maart 2021, na verloop van de voorzieningenrechter, conservatoir beslag laten leggen op de woningen en bankrekeningen van [verweerdere]

*Procesverloop*³

2.12. Bij inleidende dagvaarding van 16 april 2021 heeft Centra-Klima [verweerders] gedagvaard voor de kantonrechter te Rotterdam.

Centra-Klima heeft gevorderd [verweerder 1] en [verweerder 2] te veroordelen tot betaling aan haar van een bedrag van respectievelijk € 481.000,- en € 459.000,-, te vermeerderen met rente en buitengerechtigde kosten, en met veroordeling van [verweerders] in de proceskosten en de beslagkosten.⁴

2.13. [verweerders] hebben verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen.⁵

2.14. De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 21 juni 2021 een mondelinge behandeling bepaald op 14 juli 2021. Van deze mondelinge behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

2.15. Bij eindvonnis van 24 september 2021 heeft de kantonrechter, verkort weergegeven, de vorderingen van Centra-Klima afgewezen.

2.16. Centra-Klima is, onder aanvoering van elf grieven, van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Den Haag. Zij heeft daarbij gevorderd dat het hof het vonnis van de kantonrechter vernietigt, haar vorderingen uit de eerste aanleg alsnog toewijst, [verweerders] veroordeelt om al wat Centra-Klima ter voldoening van het vonnis heeft voldaan terug te betalen, en [verweerders] veroordeelt in de werkelijke proceskosten van beide instanties, te vermeerderen met nakosten en wettelijke rente.⁶

2.17. [verweerders] hebben de grieven bestreden en geconcludeerd tot verwerping van het hoger beroep, zo nodig met aanvulling of verbetering van gronden en met veroordeling van Centra-Klima in de proceskosten in hoger beroep.

2.18. Op 9 december 2022 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden bij het hof, waarbij de advocaten van partijen het woord hebben gevoerd aan de hand van pleitaantekeningen. Van

de mondelinge behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

2.19. Het hof heeft bij arrest van 31 januari 2023, voor zover in cassatie van belang, het vonnis van de kantonrechter van 24 september 2021 vernietigd, en opnieuw rechtdoende:

– [verweerder 1] veroordeeld tot betaling aan Centra-Klima van een bedrag van € 20.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente;

– [verweerder 2]⁷ veroordeeld tot betaling aan Centra-Klima van een bedrag van € 30.000,-, te vermeerderen met wettelijke rente;

– [verweerders] veroordeeld tot terugbetaling aan Centra-Klima van al hetgeen zij uit hoofde van het vonnis in eerste aanleg aan [verweerders] heeft betaald;

– de overige vorderingen van Centra-Klima afgevozen, en

– de proceskosten van beide instanties gecompenseerd.

2.20. Centra-Klima heeft van dit arrest (hierna: het bestreden arrest) tijdig⁸ cassatieberoep ingesteld.

Tegen [verweerder 1] en [verweerder 2] is op 9 juni 2023 verstek verleend.

[verweerder 2] heeft op de rol van 8 september 2023 het verstek gezuiverd, in het principale cassatieberoep geconcludeerd tot verwerping, en incidenteel cassatieberoep ingesteld.⁹

3 Voor zover in cassatie van belang. Zie voor het procesverloop in eerste aanleg het eindvonnis van de kantonrechter te Rotterdam van 24 september 2021 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, hierna: het vonnis van de kantonrechter), rov. 1.1 t/m 1.3. Zie voor het procesverloop in hoger beroep het bestreden arrest, rov. 1 t/m 3.

4 Zie het vonnis van de kantonrechter, rov. 3.1.

5 Zie het vonnis van de kantonrechter, rov. 3.4.

6 Zie het bestreden arrest, rov. 8.

7 In het dictum van het bestreden arrest staat per abuis “[naam]”.

8 De procesinleiding is op 28 april 2023 ingediend in het portaal van de Hoge Raad.

9 Nadat op de rol van 9 juni 2023 verstek is verleend tegen [verweerders], is de zaak op de rol van 6 oktober 2023 geplaatst voor schriftelijke toelichting. Op 23 juni 2023 heeft Centra-Klima afgezien van schriftelijke toelichting en arrest gevraagd. Vervolgens is op de rol van 28 juli 2023 een datum voor conclusie bepaald. Op 1 september 2023 heeft de cassatieadvocaat van [verweerder 2] een bericht ingediend in het portaal van de Hoge Raad waarin hij vraagt de zaak op de rol van 8 september 2023 te plaatsen, zodat hij zich kan stellen voor [verweerder 2] en namens [verweerder 2] een verweerschrift tevens houdende incidenteel cassatieberoep kan indienen. De cassatieadvocaat van Centra-Klima heeft op 7 september 2023 op dit bericht gereageerd, waarbij is opgemerkt dat de vraag rijst of [verweerder 2] nodeloos lang heeft gewacht met het zuiveren van het verstek en aldus in strijd met de goede procesorde heeft gehandeld. Hierbij is ver-

Centra-Klima heeft in het incidentele cassatieberoep geconcludeerd tot referte voor wat betreft de ontvankelijkheid¹⁰ en, voor zover het incidentele cassatieberoep ontvankelijk is, tot verwerping.

Op de rol van 8 september 2023 is de zuivering van het verstek toegestaan.

Centra-Klima en [verweerder 2] hebben een schriftelijke toelichting ingediend, waarna Centra-Klima heeft gerepliceerd en [verweerder 2] heeft afgezien van dupliek.

3. Bespreking van het principale cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel van Centra-Klima bestaat uit vijf onderdelen, met verschillende subonderdelen.

3.2. *Onderdeel 1* is gericht tegen rov. 18, waarin het hof het volgende heeft geoordeeld:

“*Matiging concurrentiebeding*
(...)”

18. Het hof is van oordeel dat de gestelde belangen van [verweerdere] om de concurrentiebedingen te beperken tot de genoemde data van meer gewicht zijn, tegenover het belang van Centra-Klima bij handhaving van de looptijd van 18 maanden vanaf het einde van de arbeidsovereenkomsten. Anders gezegd: in zoverre worden [verweerdere] door het concurrentiebeding onbillijk benadeeld. Het beding zal worden vernietigd voor zover het concurrentiebeding voor [verweerder 1] voortduurt na 22 januari 2021 en voor [verweerder 2] na 17 januari 2021. De redenen daarvoor zijn de volgende.

18.1. Centra-Klima heeft onvoldoende onderbouwd welk belang met een langere termijn voor

het concurrentiebeding is gediend. Bij gelegenheid van het pleidooi is namens Centra-Klima in dit verband aangevoerd dat de door haar gesloten onderhoudscontracten 18 maanden duren. Het hof ziet niet in waarom daaruit zou moeten volgen dat Centra-Klima ook belang heeft bij concurrentiebedingen van die looptijd. Dit is in ieder geval niet vanzelfsprekend. Dit belang is onvoldoende toegelicht.

18.2. Aan het belang van Centra-Klima bij concurrentiebeperking doet verder af dat zij zich eerder, in haar hiervoor in r.o. 5.5 geciteerde e-mail van 23 oktober 2019, bereid heeft getoond aan [verweerder 2] om af te zien van het concurrentiebeding als hij langer in dienst zou blijven. Vanzelfsprekend speelde daar een belangrijke rol dat Centra-Klima daarbij naar haar zeggen – gezien de inhoud van de e-mail – groot belang [] had in verband met de mogelijke verkoop van de onderneming en enkel om die reden bereid was [verweerder 2] op het punt van het concurrentiebeding tegemoet te komen. Maar duidelijk is wel dat het belang bij dit beding om concurrentie tegen te gaan beperkt was. Van Centra-Klima had een betere toelichting mogen worden verlangd van haar belang bij een concurrentiebeding van langer dan genoemde data.

18.3. Naar het oordeel van het hof is gezien het voorgaande het belang van [verweerdere] om niet meer dan een periode tot genoemde data aan een concurrentiebeding te zijn gebonden billijk. Het gaat hier immers om een contractuele inperking van het grondrecht van vrije arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Grondwet).”

3.3. *Subonderdeel 1.1* klaagt dat het oordeel van het hof dat het concurrentiebeding gedeeltelijk zou moeten worden vernietigd, namelijk voor zover de looptijd ervan voortduurt na 22 januari 2021 ([verweerder 1]) respectievelijk 17 januari 2021 ([verweerder 2]), onjuist is. Volgens het subonderdeel heeft het hof met zijn overwegingen in rov. 18.1 en 18.2, samengevat, het beginsel van hoor en wederhoor miskend, nu [verweerdere] pas in hun memorie van antwoord het verzoek hebben gedaan om de looptijd van het concurrentiebeding te beperken, en Centra-Klima niet de gelegenheid heeft gehad om schriftelijk op dit nieuwe verweer te reageren. Het hof had Centra-Klima (ambtshalve) deze gelegenheid moeten bieden, aldus het subonderdeel.

meld dat Centra-Klima zich voor wat betreft de beantwoording van deze vraag refereert aan het oordeel van de Hoge Raad. [verweerder 2] heeft vervolgens op dit bericht gereageerd en - zakelijk weergegeven - aangevoerd dat volgens het procesreglement Hoge Raad der Nederlanden (art. 3.1.5.5.) het verstek kan worden gezuiverd tot vier weken voorafgaand aan de datum van de schriftelijke toelichting. Op de rol van 8 september 2023 is de zuivering van het verstek toegestaan en is de zaak, op verzoek van partijen, op de rol van 6 oktober 2023 geplaatst voor verweerschrift in het incidentele cassatieberoep en schriftelijke toelichtingen.

10 In het verweerschrift in het incidentele cassatieberoep wordt hierbij verwezen naar het in de vorige voetnoot genoemde bericht van de cassatieadvocaat van Centra-Klima van 7 september 2023.

3.4. *Subonderdeel 1.2* voegt hieraan, samengevat, toe dat het voorgaande temeer klemmt gezien de volgende omstandigheden van het geval:

- a. [verweerders] hebben als verweer tegen Centra-Klima's eis het verzoek gedaan om de looptijd van het concurrentiebeding te beperken tot ongeveer dertien maanden en zij hebben op grond van art. 150 Rv de stelplicht en bewijslast op dit punt;
- b. [verweerders] hebben hun verzoek amper onderbouwd.¹¹ Voor zover het verzoek is onderbouwd met de stelling dat [verweerders] ervan uitgingen dat de looptijd van het concurrentiebeding eerder zou aanvangen, is deze stelling volgens het hof onjuist.¹²
- c. het hof heeft Centra-Klima niet alleen geen gelegenheid gegeven om schriftelijk te reageren op dat verzoek, maar heeft haar ook geen voldoende gelegenheid gegeven om daarop tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep te reageren. Althans blijkt uit het proces-verbaal van de mondelinge behandeling ten onrechte niet welke maatregel het hof zou hebben genomen om te waarborgen dat wordt voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor.¹³

Juridisch kader: beginsel van hoor en wederhoor

3.5. Het beginsel van hoor en wederhoor (ook wel het recht op rechterlijk gehoor, het verdedigingsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel genoemd¹⁴) vloeit voort uit art. 6 EVRM en is tevens neergelegd in art. 19 lid 1 Rv. Dit artikellid luidt:

“De rechter stelt partijen over en weer in de gelegenheid hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht, een en ander tenzij uit de wet anders voortvloeit. Bij zijn beslissing baseert de rechter zijn oordeel, ten nadele van een der partijen, niet op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten.”

- 11 In de procesinleiding wordt hierbij verwezen naar MvA, par. 10.
- 12 In de procesinleiding wordt hierbij verwezen naar rov. 15 van het bestreden arrest.
- 13 In de procesinleiding wordt hierbij verwezen naar HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF1210, NJ 2004/172, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.2.
- 14 A.I.M. Van Mierlo & F.J.P. Lock, *T&C Rv*, art. 19 Rv, aant. 1a (actueel t/m 1 juli 2023).

3.6. Volgens Tjong Tjin Tai omvat art. 19 Rv:

- a) het recht om het eigen standpunt naar voren te brengen en toe te lichten;
- b) het recht om te reageren op het standpunt van de wederpartij, stukken en gegevens; en
- c) het recht om bij de mondelinge behandeling aanwezig te zijn.¹⁵

In de onderhavige zaak wordt geklaagd dat het hof in strijd met het onder b) genoemde recht heeft gehandeld.¹⁶

3.7. Dit recht om te reageren op het standpunt van de wederpartij, stukken en gegevens wordt ook wel aangeduid als het ‘recht op tegenspraak’.¹⁷ In de zaak *Ruiz-Mateos/Spanje*¹⁸ heeft het EHRM dit recht als volgt verwoord:

“The right to an adversarial trial means the opportunity for the parties to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party.”

3.8. De keerzijde van het beginsel van hoor en wederhoor komt naar voren in art. 149 Rv: stelt een partij bepaalde rechten of feiten die door de andere partij niet of niet in voldoende mate worden betwist, dan moet de rechter deze feiten in beginsel als vaststaand aannemen.¹⁹

3.9. De rechter mag er, aldus Smits, tevens consequenties – in de zin van art. 149 Rv – aan verbinden indien door de gedaagde of geïntimeerde in het laatste schriftelijke processtuk nieuwe stellingen naar voren zijn gebracht, en de eiser of appellant in de gelegenheid is gesteld om tijdens een mondelinge behandeling op deze nieuwe stellingen te reageren, maar van deze gelegenheid onvoldoende gebruik maakt. Het niet of onvoldoende reageren komt voor risico van eiser of appellant. Van schending van het beginsel van

15 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 19 Rv, aant. 2 (actueel t/m 1 maart 2022).

16 Zie hierover ook o.a. HR 9 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5882, NJ 2012/637, rov. 3.2.3 en HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2263, NJ 2019/6, rov. 5.2.

17 P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, 2008, par. 3.3.4.

18 EHRM 23 juni 1993, ECLI:NL:XX:1993:AD1904, NJ 1995/397, m.nt. E.J. Dommering (*Ruiz-Mateos/Spanje*), § 63. Zie hierover ook Smits, a.w., par. 3.3.4, p. 115.

19 Smits, a.w., par. 3.1.1, p. 96. Zie ook A.I.M. van Mierlo & F.J.P. Lock, *T&C Rv*, art. 19 Rv, aant. 6a (actueel t/m 1 juli 2023).

hoor en wederhoor kan in zo'n geval niet worden gesproken.²⁰

3.10. Volgens de wetgever houdt het beginsel van hoor en wederhoor niet mede in dat de eiser in alle gevallen *bij conclusie* zal kunnen reageren op door de gedaagde bij antwoord geproduceerde bescheiden. Wanneer de eiser bij de comparitie na antwoord (thans mondelinge behandeling) voldoende heeft kunnen reageren op deze bescheiden, zal de rechter daarmee volledig rekening mogen houden, aldus de wetgever.²¹

Beoordeling van de subonderdelen 1.1 en 1.2

3.11. [verweerders] hebben in par. 10 van hun memorie van antwoord onder het kopje “Looptijd concurrentiebedingen” het volgende verzoek gedaan:

“Voor zover in hoger beroep echter wordt aangenomen dat niet het moment van beëindiging (conform de tekst van de bepaling), maar het moment van het einde van de arbeidsovereenkomsten het startpunt is voor de looptijd, verzoeken geïntimeerden u om niettemin op basis van de redelijkheid en billijkheid uit te gaan van de eerdergenoemde data van 17 en 22 januari 2021. De looptijd van anderhalf jaar is immers onredelijk lang (in de praktijk is een jaar het maximum) en benadeelt geïntimeerden onbillijk (temeer omdat hun kennis van het bedrijf relatief snel verwatert en omdat zij ervan uitgingen dat de bedingen eerder eindigden), waardoor het beding alsnog gematigd zou dienen te worden, althans er geen gevolgen verbonden zouden moeten worden aan eventuele overtredingen na 17 januari 2021. Dit geldt temeer omdat bij de uitleg van de bedingen, die Centra-Klima eraan geeft, geïntimeerden gestraft worden voor het feit dat zij gehoor gaven

aan Centra-Klima's dringende verzoeken na de opzegging de einddatum uit te stellen.”

3.12. Hierna heeft de mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Tijdens deze zitting hebben de advocaten van partijen het woord gevoerd aan de hand van pleitaantekeningen. In de pleitnota van Centra-Klima is, voor zover van belang, over de verzochte beperking van de looptijd van de concurrentiebedingen het volgende opgenomen:

“1.3. Omtrent de looptijd van de bedingen herhalen de heren hun in eerste aanleg gevoerde verweer dat de ingangsdatum van die bedingen hun opzeggingen zouden moeten zijn. Centra-Klima meent te kunnen volstaan met een verwijzing naar hetgeen zij hierover in eerste aanleg heeft aangevoerd en hetgeen de kantonrechter hieromtrent met recht heeft opgemerkt. Ter zake is ook geen, althans geen kenbare, incidentele grief opgeworpen. Dat de heren onbillijk zouden worden benadeeld blijkt verder helemaal nergens uit, ze zijn nota bene gewoon al die tijd in dienst geweest bij een concurrerende onderneming! Wat is daar nu onbillijk aan?”

3.13. Uit het proces-verbaal van de mondelinge behandeling blijkt niet dat van de zijde van Centra-Klima verder is ingegaan op het verzoek van [verweerders] met betrekking tot de looptijd van het concurrentiebeding (welk verzoek volgens Centra-Klima als verweer dient tegen de op het concurrentiebeding berustende eis²²).

3.14. Het hof heeft in rov. 16 het hiervoor geciteerde in par. 10 van de memorie van antwoord opgenomen (subsidiare) verzoek met betrekking tot de looptijd van de concurrentiebedingen weergeven.

Vervolgens heeft het hof in rov. 17 voorop gesteld dat in het kader van art. 7:653 lid 3 BW²³ een be-

20 Smits, a.w., par. 3.3.5, p. 122, met verwijzing naar HR 1 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0658, NJ 1992/711 en HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0585, NJ 1992/672, m.nt. P.A. Stein. Zie in dit verband ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 19 Rv, aant. 7 (actueel t/m 1 maart 2022) en mijn conclusie, ECLI:NL:PHR:2004:AN7327, onder 2.20, voor HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7327 (<https://www.inview.nl/document/id-157620040130c02218hradmusp>), NJ 2005/264 m.nt. H.J. Snijders.

21 *Kamerstukken II*, 26 855, 1999-2000, nr. 5, p. 20. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 19 Rv, aant. 5 (actueel t/m 1 maart 2022).

22 Zie de omschrijving in subonderdeel 1.3, procesinleiding, p. 4.

23 In deze zaak was het oude recht (dat gold voor de invoering van de Wet werk en zekerheid in 2015) van toepassing op de arbeidsovereenkomsten van [verweerders] De bepaling over gehele of gedeeltelijke vernietiging van een concurrentiebeding was destijds opgenomen in art. 7:653 lid 2 BW. Het huidige art. 7:653 lid 3 onder b BW is echter inhoudelijk niet gewijzigd ten opzichte van art. 7:653 lid 2 (oud) BW. Zie over het overgangsrecht I.A. Haanappel-van der Burg, *T&C BW*, art. 7:653 BW, aant. 14 (actueel t/m 23 oktober 2023).

langenafweging dient plaats te vinden, waarbij de toets is of [verweerders] in verhouding tot het te beschermen belang van Centra-Klima door het beding onbillijk worden benadeeld.

Het hof heeft in de bestreden rov. 18 geoordeeld dat dit inderdaad het geval is, met als motivering (onder meer) de overweging dat Centra-Klima onvoldoende heeft onderbouwd welk belang met een langere termijn voor het concurrentiebeding is gediend.

3.15. Daarmee heeft het hof niet in strijd gehandeld met het beginsel van hoor en wederhoor. Centra-Klima heeft ter gelegenheid van de mondelinge behandeling bij het hof de mogelijkheid gehad om zich uit te laten over het nieuwe verweer van [verweerders] in de memorie van antwoord, dat de looptijd van de concurrentiebedingen moet worden beperkt omdat zij daardoor onbillijk worden benadeeld. In cassatie is ook niet aangevoerd dat Centra-Klima tijdens de mondelinge behandeling geen gelegenheid heeft gehad om hierop te reageren. Dat Centra-Klima van deze gelegenheid geen of onvoldoende gebruik heeft gemaakt, komt voor haar risico. In tegenstelling tot wat subonderdeel 1.1 aanvoert, houdt het beginsel van hoor en wederhoor immers niet in dat de rechter de wederpartij steeds in de gelegenheid moet stellen om *schriftelijk* op een nieuwe stelling of verweer te reageren.

De in subonderdeel 1.2 genoemde omstandigheden maken dit niet anders. Bovendien is in dit geval geen sprake van een situatie zoals die aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad van 29 november 2002²⁴ (waarnaar subonderdeel 1.2 verwijst). Het gaat hier immers niet om (zeer omvangrijke) stukken die (kort) voor de mondelinge behandeling in het geding zijn gebracht.

3.16. Dit betekent dat de subonderdelen 1.1 en 1.2 falen.

3.17. *Subonderdeel 1.3* klaagt dat het door de subonderdelen 1.1 en 1.2 bestreden oordeel van het hof in ieder geval onjuist is voor zover het berust op het oordeel in rov. 18.2, dat aan het belang van Centra-Klima bij concurrentiebeperking af zou doen dat zij zich, gezien de e-mail van 23 oktober 2019 van haar aan [verweerder 2], bereid heeft getoond om af te zien van het concurrentiebeding indien [verweerder 2] langer in dienst zou blijven.

Volgens het subonderdeel miskent het hof daarmee, zakelijk weergegeven, dat [verweerders] deze omstandigheid niet aan hun verzoek tot beperking van de looptijd van het concurrentiebeding/verweer tegen de eis van Centra-Klima ten grondslag hebben gelegd. Het hof heeft zich dan ook schuldig gemaakt aan een verboden aanvulling van de feitelijke grondslag van het verweer van [verweerders], aldus het subonderdeel.

3.18. Dit subonderdeel faalt eveneens. Het hof heeft in rov. 18.2 niet de feitelijke grondslag van het verweer van [verweerders] aangevuld, maar heeft voor de belangenafweging in het kader van art. 7:653 lid 3 BW²⁵ gekeken naar de aan het hof uit de procedure bekende feiten en omstandigheden. Daarmee heeft het hof niet in strijd gehandeld met art. 24 Rv. Op grond van art. 149 lid 1 Rv mocht het hof bij die belangenafweging alle feiten aan zijn beslissing ten grondslag leggen die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld.²⁶

3.19. *Onderdeel 2* keert zich met twee subonderdelen tegen rov. 26, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

“Verder is van een overtreding van het concurrentiebeding pas sprake als deze *concreet* komt vast te staan. Het enkel drijven van de onderneming van [A] is op zichzelf beschouwd, los van wat hiervoor in r.o. 23. is geoordeeld, geen overtreding. Ook is nodig dat een overtreding plaatsvond door activiteiten “*binnen een kring met het perceel waar werknemer zijn werkzaamheden verrichte als middelpunt en met een straal van 50 km*”.

3.20. *Subonderdeel 2.1* klaagt dat dit oordeel onbegrijpelijk is, omdat het concurrentiebeding, zoals het hof als feit heeft vastgesteld, het volgende bepaalt:

“Het is de werknemer verboden in het dienstverband en binnen het tijdvak van 18 maanden na beëindiging van de dienstbetrekking zelf binnen een kring met het perceel waar werknemer zijn werkzaamheden verrichte als middelpunt en met een straal van 50 km in enigerlei vorm een zaak, gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van werkgever, te vestigen, te drijven of te doen drijven, hetzij direct, hetzij indirect, als ook financieel, in welke vorm ook bij een dergelijk zaak be-

24 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF1210, NJ 2004/172, m.nt. H.J. Snijders.

25 Zie hiervoor voetnoot 23.

26 Zie A.I.M. van Mierlo & F.J.P. Lock, *T&C Rv*, art. 24 Rv, aant. 2 (actueel t/m 1 juli 2023).

lang te hebben, direct of indirect, of daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet daarin aandeel van welke aard ook te hebben, zulks met uitzondering van ter beurze genoteerde aandelen.”

Dit beding laat zich volgens het subonderdeel niet anders verstaan, dan dat het de werknemer niet alleen verboden is om een zaak te *vestigen* die gelijk, gelijksoortig of aanverwant is aan die van Centra-Klima, maar dat het hem ook verboden is om zo'n zaak te *drijven*, zoals Centra-Klima ook heeft gesteld.²⁷ Zonder nadere motivering is volgens het subonderdeel, zakelijk weergegeven, dan ook onbegrijpelijk waarom het enkel *drijven* van de onderneming van [A] geen overtreding van het concurrentiebeding zou zijn, nu die onderneming gelijk, gelijksoortig of aanverwant is aan die van Centra-Klima (rov. 22 van het bestreden arrest) en door [verweerders] is gedreven tijdens de looptijd van het concurrentiebeding (rov. 39.1 van het bestreden arrest).

3.21. Volgens *subonderdeel* 2.2 klemt dit temeer omdat het hof in rov. 23 heeft geoordeeld dat het vestigen van [A] wél een overtreding van het concurrentiebeding is. Zonder nadere motivering is onbegrijpelijk (want innerlijk tegenstrijdig) waarom het vestigen van de onderneming van [A] wel een overtreding van het concurrentiebeding is, maar het *drijven* van de onderneming niet, terwijl het concurrentiebeding beide verbiedt, aldus, zakelijke weergegeven, het subonderdeel.

3.22. De subonderdelen nemen tot uitgangspunt dat Centra-Klima in feitelijke instanties heeft gesteld dat [verweerders] boetes zijn verschuldigd als gevolg van het overtreden van het concurrentiebeding door het *drijven* van de onderneming van [A].²⁸

Dit uitgangspunt is juist.

Zo heeft Centra-Klima o.m. in de inleidende dagvaarding onder 4.3 gesteld dat het niet goed denkbaar is dat gedaagden zonder een eigen onderneming te *drijven*: wel een ruimte zouden huren voor materialen, stickers met hun bedrijfsnaam

laten drukken, bestelbusjes aanschaffen, klanten (van Centra-Klima) te woord staan om werkzaamheden te verrichten, airconditioning units plaatsen en die voorzien van hun bedrijfsnaam, kerstgeschenken ontvangen van leveranciers, inkoopnummers hebben bij alle relevante leveranciers en bij kredietverzekeraars bekend zijn en een creditrating hebben, zonder actief aan het handelsverkeer deel te nemen. Verder heeft Centra-Klima onder 7.1 van de inleidende dagvaarding veroordeling van [verweerders] gevorderd tot betaling aan haar van het bedrag ter zake de verbeurde boetes op de grond dat [verweerders] artikel 15 hebben overtreden door middel van het vestigen van [A] en dat zij om die reden een boete van € 10.000,-- zijn verschuldigd en verder een boete verbeuren van € 1.000,-- voor iedere dag dat die overtreding voortduurt.

3.23. De kantonrechter heeft in het eindvonnis van 24 september 2021 de vorderingen van Centra-Klima afgewezen, waarbij de kantonrechter, voor zover thans van belang heeft geoordeeld dat Centra-Klima de door haar gestelde overtredingen onvoldoende heeft onderbouwd (rov. 4.4).

3.24. Daartegen is Centra-Klima in de grieven 1 t/m 5 opgekomen. In de toelichting op grief 1 (onder 6.2.3) heeft Centra-Klima onder meer aangevoerd dat door [verweerders] “slechts” is gesteld dat de vennootschap onder firma geen ondernemingsactiviteiten zou verrichten en daarom geen gelijksoortige onderneming zou *drijven*. Volgens Centra-Klima is dat deels irrelevant nu het vestigen van deze onderneming reeds een overtreding betreft en deels niet juist zoals alleen al uit de SBI-code blijkt en daarna uit de openbaarmaking van die activiteiten op haar website.

3.25. Het hof heeft in rov. 22 overwogen dat Centra-Klima met de grieven 1 en 2 betoogt dat [A] een soortgelijke onderneming is als die van haar en dat het oprichten/vestigen van de onderneming [A] op zichzelf al een overtreding van de concurrentiebedingen is, en vervolgens dienaangaande geoordeeld dat het enkele vestigen van de onderneming [A] een overtreding van de concurrentiebedingen is. Omdat de vestiging van [A] op 6 maart 2020 gedurende de gematigde looptijd van de concurrentiebedingen heeft plaatsgevonden, hebben zowel [verweerder 1] als [verweerder 2] ieder afzonderlijk een boete van € 10.000,-- verbeurd, aldus het hof in rov. 23.

3.26. Vervolgens oordeelt het hof in de door onderdeel 2 bestreden rov. 26 dat het enkel *drijven*

27 In de procesinleiding wordt hierbij verwezen naar de inleidende dagvaarding, par. 3.1, 4.3 en 7.1 t/m 7.3 en naar MvG, par. 6.2.2 t/m 6.2.4.

28 In de procesinleiding wordt hierbij verwezen naar de stellingen van Centra-Klima in par. 3.1, 4.3 en 7.1 t/m 7.3 van de inleidende dagvaarding en naar par. 6.2.2 t/m 6.2.4 van de memorie van grieven.

van de onderneming [A] op zichzelf beschouwd geen overtreding is, los van wat in rov. 23 is geoordeeld.

3.27. Volgens [verweerder 2] heeft het hof in rov. 26 – waarvan de formulering volgens [verweerder 2] niet optimaal is²⁹ – uitsluitend het oog op het “geografische aspect” van het concurrentiebeding. Het hof zou dan hebben bedoeld dat het drijven van een onderneming slechts tot overtreding leidt indien [A] zou zijn gevestigd binnen een kring met het perceel waar werknemer zijn werkzaamheden verricht als middelpunt en met een straal van 50 km.³⁰

3.28. Mogelijkerwijs heeft het hof het zo bedoeld. Deze bedoeling is echter giswerk. Zoals nu geformuleerd, staan de oordelen in rov. 22 en rov. 26 m.i. haaks op elkaar en is rov. 26 inderdaad onbegrijpelijk in het licht van de hiervoor onder 3.22 en 3.24 beschreven stellingen van Centra-Klima en de tekst van het concurrentiebeding.

Verder lijkt de door [verweerder 2] voorgestane uitleg van rov. 26 te worden weersproken door de conclusie van het hof in rov. 36, waarin het hof m.i. teruggrijpt op rov. 23.

Rov. 36 luidt als volgt:

“36. Uit het voorgaande volgt dat [verweerder 1] tot een bedrag van € 20.000,- aan boete heeft verbeurd en [verweerder 2] tot € 30.000,- omdat het oprichten/vestigen van [A] (onderstreping A-G (g cursiveerd; red.)) en de in r.o 27 en 28 genoemde onderhoudswerkzaamheden overtredingen van de concurrentiebedingen zijn.”

3.29. Onderdeel 2 slaagt dus.

3.30. *Onderdeel 3* bestaat uit twee subonderdelen. Deze hebben betrekking op de eerste volzin van rov. 26 en het door mij gursiveerde gedeelte van rov. 39.3:

“26. Verder is van een overtreding van het concurrentiebeding pas sprake als deze concreet komt vast te staan. (...)”
(...)

39.3. [verweerdere] zijn tamelijk vaag en laconiek over hun activiteiten tijdens de duur van het concurrentiebeding. Dit wekt de indruk dat er mogelijk wel in strijd met het concurrentiebeding is gehandeld, hoewel dat niet is aangetoond. *Het gaat het hof wel te ver om [verweerdere] te gelasten volledige openheid van zaken te geven ter zake van*

de financiën van [A] en henzelf in privé, zoals Centra-Klima wenst, om dat tot de bodem uit te zoeken. (curs. A-G) Echter, het feit dat [verweerdere] zelf geen volledige openheid van zaken geven is een argument dat tegen matiging pleit.”

3.31. *Subonderdeel 3.1* klaagt dat het hof met deze overwegingen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting over (de verhouding tussen) de op Centra-Klima rustende stelplicht en de op [verweerdere] rustende motiveringsplicht. Volgens het subonderdeel is het hof in rov. 26 (en in aansluiting daarop in rov. 27 t/m 35) uitgegaan van een onjuiste, want te zware, stelplicht voor Centra-Klima, en is het hof in rov. 39.3 uitgegaan van een eveneens onjuiste, want te lichte, motiveringsplicht voor [verweerdere] Het hof miskent of onderkent onvoldoende dat de omstandigheden op basis waarvan moet worden beoordeeld of [verweerdere] het concurrentiebeding tijdens de looptijd ervan overtreden hebben, zich geheel of grotendeels in het domein van [verweerdere] bevinden, zodat wat betreft deze omstandigheden geen hoge eisen gelden voor de stellingen van Centra-Klima en juist een verzwaarde motiveringsplicht geldt voor hetgeen [verweerdere] aanvoeren ter betwisting van die stellingen, aldus het subonderdeel.

Verder bevat subonderdeel 3.1 de klacht dat, gezien de in het subonderdeel onder a t/m g genoemde door Centra-Klima gestelde omstandigheden, het oordeel in rov. 39.3 dat het te ver zou gaan om [verweerdere] te gelasten om volledige openheid van zaken te geven onjuist is, althans dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, ontoelaatbaar onduidelijk en derhalve onbegrijpelijk is waarom dit te ver zou gaan.

Subonderdeel 3.2 voegt daaraan toe dat het ook gezien de proceshouding van [verweerdere] onjuist en/of onbegrijpelijk is dat het te ver zou gaan om [verweerdere] te gelasten volledige openheid van zaken te geven.

3.32. Voor zover deze subonderdelen zijn gericht tegen de overweging van het hof in rov. 39.3, dat het te ver gaat om [verweerdere] te gelasten volledige openheid van zaken te geven ter zake van de financiën van [A] en henzelf in privé, geldt het volgende.

3.33. Deze overweging van het hof heeft betrekking op de bevoegdheid van de rechter om partijen of een van hen op de voet van art. 22 Rv te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende be-

29 Schriftelijke toelichting [verweerder 2], par. 2.9.

30 Zie de vorige voetnoot.

scheiden over te leggen. Centra-Klima heeft het hof verzocht om van deze bevoegdheid gebruik te maken en te bepalen dat [verweerders] hun IB-aangiften en de cijfers van [A] over de periode 2020-2021 in het geding moeten brengen.³¹

3.34. Art. 22 Rv betreft een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Partijen kunnen aan dit artikel geen vorderingsrecht tot exhibitie ontleenen. Aangezien het een discretionaire bevoegdheid betreft, kunnen geen hoge eisen worden gesteld aan de motivering van de rechter ter zake. De rechter behoeft zelfs niet uitdrukkelijk te beslissen op een verzoek van partijen om gebruik te maken van de bevoegdheid van art. 22 Rv, al zal de rechter een gemotiveerd verzoek van een der partijen ter zake uiteraard niet zonder meer naast zich neerleggen.³² Partijen kunnen in hoger beroep of cassatie niet klagen over het niet-uitoefenen door de rechter van de in art. 22 Rv neergelegde bevoegdheid.³³

3.35. Dit betekent dat de subonderdelen 3.1 en 3.2 falen voor zover zij betrekking hebben op de hiervoor onder 3.3030 gecursiveerde overweging van het hof in rov. 39.3.

3.36. Ten overvloede merk ik op dat deze overweging – anders dan waarvan subonderdeel 3.1 uitgaat – ook geen betrekking heeft op de motiveringsplicht van [verweerders] met betrekking tot de door Centra-Klima gestelde overtredingen van het concurrentiebeding. Rov. 39.3 is opgenomen onder het kopje “Matiging boetes” en is een uitwerking van rov. 39 waarin het hof heeft geoordeeld dat “het hof geen grond [ziet] om de boetes van € 20.000,- respectievelijk € 30.000,- te matigen, om de volgende redenen”.

Een beroep op matiging van een boete is een zelfstandig verweer. Het was dus aan [verweerders] om feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting te bewijzen, op grond waarvan de boetes zouden moeten worden gematigd. In zoverre mist subonderdeel 3.1 ook feitelijke grondslag. Bovendien oordeelt het hof in rov. 39, als geciteerd, dat het geen grond ziet om de boetes te matigen, zodat Centra-Klima in zoverre ook geen belang

heeft bij de klachten die betrekking hebben op rov. 39.3.

3.37. Ook de hierboven onder 3.31 genoemde klacht met betrekking tot de eerste volzin van rov. 26 kan niet tot cassatie leiden. Ik licht dit als volgt toe.

3.38. In de eerste plaats stel ik vast dat het subonderdeel (terecht) niet klaagt over het (impliciete) oordeel van het hof dat op Centra-Klima de stelplicht en de bewijslast rust met betrekking tot haar stellingen dat [verweerders] hun concurrentiebeding hebben overtreden. Centra-Klima beroept zich immers op de rechtsgevolgen van deze stellingen, zodat zij op grond van de hoofdregel uit art. 150 Rv de bewijslast (en het bewijsrisico) draagt.³⁴

Kern van de klacht is dat het hof onvoldoende rekening heeft gehouden met het feit dat de omstandigheden op basis waarvan moet worden beoordeeld of [verweerders] het concurrentiebeding hebben overtreden, zich geheel of grotendeels in het domein van [verweerders] bevinden, als gevolg waarvan op [verweerders] een verzwaarde motiveringsplicht rust.

Verzwaarde motiveringsplicht; domeinleer

3.39. Er zijn verschillende varianten waarbij de partij op wie het bewijsrisico rust, processueel tegemoet wordt gekomen.³⁵ Een van deze varianten is de constructie van de verzwaarde motiveringsplicht. Hieronder wordt verstaan de plicht van degene op wie *niet* de bewijslast rust tot het verstrekken van feitelijke gegevens ter motivering van de betwisting van de stellingen van de wederpartij op wie de bewijslast rust, teneinde laatstgenoemde aanknopingspunten voor eventuele bewijsoverlevering te verschaffen. Steeds gaat het daarbij om gegevens die zich bevinden of zich zouden behoren te bevinden bij de wederpartij van de

31 Zie MvG, par. 6.12.5 en pleitnota Centra-Klima mondelinge behandeling hof, par. 3.15.

32 Zie *Kamerstukken II* 1990/00, 26 855, nr. 5 (NV), p. 28.

33 Zie A.I.M. van Mierlo & F.J.P. Lock, *T&C Rv*, art. 22 Rv, aant. 1a en 1e (actueel t/m 1 juli 2023); T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 22 Rv, aant. 2 (actueel t/m 1 maart 2022).

34 Zie in dit verband ook H.J.W. Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht*, 2017/8.1.2, waar is opgenomen dat met betrekking tot de vraag of een werknemer een boete heeft verbeurd omdat hij een (concurrentie)verbod heeft overtreden de stelplicht en bewijslast van het feit dat die werknemer dat ook daadwerkelijk heeft gedaan op de werkgever rusten, terwijl het vervolgens aan de werknemer is om feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting te bewijzen, op grond waarvan de rechter de boete zou moeten matigen.

35 Zie daarover *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/306-307.

partij met bewijslast, waarbij die wederpartij aldus gegevens uit zijn 'domein' dient te verstrekken. Dit wordt ook wel de 'domeinleer' genoemd.³⁶

3.40. De constructie van de verzwaarde motiveringsplicht wordt echter niet zomaar toegepast. Daarvoor dient sprake te zijn van een situatie waarin een zo ernstige verstoring van het procesuele evenwicht dreigt dat de realisering van het materiële recht zonder ingrijpen te veel in gevaar zou komen. Het enkele feit dat bepaalde gegevens zich in het domein van de verweerder bevinden is op zichzelf onvoldoende voor toepassing van de constructie van de verzwaarde motiveringsplicht. Niet elke bewijsnood rechtvaardigt dus ook bewijsverlichting.³⁷

3.41. In de onderhavige zaak heeft het hof in rov. 26 in algemene zin overwogen dat van een overtreding van het concurrentiebeding pas sprake is als deze concreet komt vast te staan. Vervolgens heeft het hof in rov. 27 t/m 35 de verschillende door Centra-Klima gestelde overtredingen van het concurrentiebeding besproken en beoordeeld: (i) In rov. 27 en 28 heeft het hof geoordeeld dat met de werkzaamheden op de twee aldaar genoemde adressen in Spijkenisse inderdaad sprake is geweest van overtredingen van het concurrentiebeding.

(ii) Vervolgens heeft het hof in rov. 29 geoordeeld dat het maken van stickers en het gebruik maken van (bestickerde) bestelbussen niet als overtreding van het concurrentiebeding kunnen gelden.

(iii) Tot dezelfde uitkomst komt het hof in rov. 31 (laatste drie volzinnen) met betrekking tot de stelling van Centra-Klima dat [A] al in 2020 aankopen deed bij Warmteservice.

(iv) In rov. 30 heeft het hof overwogen dat de stelling dat [verweerd] reclame hebben gemaakt

voor [A] in de relevante periode in het door het concurrentiebeding bestreken gebied door Centra-Klima onvoldoende is onderbouwd.

(v) Het hof heeft in de eerste drie volzinnen van rov. 31 geoordeeld dat de stelling dat [verweerd] debiteurennummers bij groothandels hebben aangevraagd en bij Atradius een kredietbeoordeling hebben aangevraagd door [verweerd] is betwist en door Centra-Klima niet is onderbouwd, zodat het gestelde niet is komen vast te staan (en ook geen voldoende concreet bewijsaanbod is gedaan).

(vi) In rov. 33 heeft het hof, met betrekking tot de stelling dat [verweerd] voor aanzienlijke bedragen materialen, gereedschap en meetapparatuur hebben aangekocht bij Centercon, geoordeeld dat deze zaken zijn aangekocht buiten de looptijd van het concurrentiebeding, zodat geen sprake is van een overtreding van het concurrentiebeding.

(vii) Tot slot heeft het hof met betrekking tot een aantal gestelde overtredingen geoordeeld dat Centra-Klima onvoldoende heeft onderbouwd dat de door Centra-Klima gestelde gedragingen een overtreding van het concurrentiebeding zijn (rov. 31, 32, 34 en 35).

3.42. In subonderdeel 3.1 is niet gemotiveerd voor welke stelling(en) van Centra-Klima het hof zou hebben geoordeeld dat Centra-Klima niet aan haar stelplicht heeft voldaan. Het subonderdeel klaagt slechts in algemene zin dat het hof (in rov. 26 en in aansluiting daarop in rov. 27 t/m 35) heeft miskend dat de omstandigheden op basis waarvan beoordeeld moet worden of [verweerd] het concurrentiebeding tijdens de looptijd ervan overtreden hebben, zich geheel of gedeeltes bevinden in het domein van [verweerd]

3.43. Dat is m.i. onvoldoende voor het aannemen van een uitzondering op de omvang van de stelplicht en het aanvaarden van een verzwaarde motiveringsplicht voor [verweerd] Uit de overwegingen van het hof (hiervoor onder 3.411 samengevat) volgt bovendien ook niet dat het hof bepaalde stellingen van Centra-Klima heeft verworpen, omdat zij deze stellingen onvoldoende heeft onderbouwd, terwijl de voor die onderbouwing benodigde gegevens zich in het domein van [verweerd] bevinden.

3.44. Hierop stuit de resterende klacht uit subonderdeel 3.1 af.

Onderdeel 3 faalt daardoor in zijn geheel.

3.45. *Onderdeel 4* bevat twee subonderdelen.

36 D.J. Beenders & J.P.C. Interfurth, annotatie bij HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058, *JBPR* 2023/19, par. 2-3, met verwijzing naar HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, *NJ* 1988/500, m.nt. W.L. Haardt ([...] / [...]); HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1269, *NJ* 1994/368 ([...] / [...]) en HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288, *NJ* 2016/295, m.nt. S. Perrick. Zie daarnaast HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058, *NJ* 2022/264 en HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:193, rov. 3.1.2-3.1.3.

37 *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/307; D.J. Beenders & J.P.C. Interfurth, annotatie bij HR 8 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1058, *JBPR* 2023/19, par. 4.

Subonderdeel 4.1 klaagt – samengevat – dat het hof (bij zijn oordelen in rov. 27-28 en 39.1) ten onrechte niet heeft gerepondeerd op essentiële stellingen van Centra-Klima die erop neerkomen dat [verweerders] het concurrentiebeding ook hebben overtreden (en derhalve boetes verbuuren) door concurrerende werkzaamheden te verrichten op twee andere adressen dan de adressen die in rov. 27 en 28 zijn genoemd. Centra-Klima heeft namelijk (samengevat) gesteld dat:

a. [verweerders] in oktober 2020 werkzaamheden hebben verricht aan het [adres 1], bestaande uit het vervangen van het expansievat van de cv-ketel, zoals blijkt uit een verklaring van de bewoonster en de aanwezigheid van een '[A]'-sticker op de cv-ketel;

b. [verweerders] eind 2019/begin 2020 werkzaamheden hebben verricht aan de [adres 2], bestaande uit het leveren en installeren van een airco, zoals blijkt uit een '[A]'-sticker op deze airco en een door de bewoonster aan Centra-Klima verzonden e-mail, waarin zij het contract met Centra-Klima heeft opgezegd.

3.46. In de procesinleiding wordt bij dit subonderdeel verwezen naar de "Akte 7 november 2022", pagina's 1 en 2, en naar de bijbehorende producties 10 t/m 12 en 14 en 15, alsmede naar de pleitnota van Centra-Klima ten behoeve van de mondelinge behandeling bij het hof op 9 december 2022, par. 3.6 en 3.7.

3.47. Voorafgaand aan de mondelinge behandeling bij het hof op 9 december 2022, heeft (de advocaat van) Centra-Klima op 7 november 2022 een brief met aanvullende producties aan het hof gestuurd. In deze brief is opgenomen dat ter zitting een beroep zal worden gedaan op de bij de brief gevoegde aanvullende producties 10 t/m 15 en is verder, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

"(...) *productie 10*: foto's gemaakt bij de [familie], adres: [adres 1].

Deze klant neemt telefonisch contact op met Centra-Klima B.V. in verband met een op handen zijnde verbouwing op hun zolder. Aldaar aangekomen blijkt dat op de aanwezige ketel de inmiddels bekende stickers van [A] geplaatst zijn. Door [betrokkene 3] werd tijdens dit gesprek bevestigd dat het expansievat in oktober 2020 door [A] geplaatst was. oktober 2020 was uiteraard nog in de verboden periode. Een uitwerking van een deel van dit gesprek wordt als *productie 11* overgelegd en een kopie van de betreffende opname wordt als

productie 12 overgelegd. Daarnaast deelt [betrokkene 3] mee dat de heren van [A] al enige jaren het onderhoud aan de installatie verzorgden.

(...)

Als *productie 14* worden overgelegd foto's van een door [A] aangebrachte airco unit op het adres [adres 2] met de inmiddels bekende [A]-sticker. Dit betreft een oude (sinds 2011) klant van Centra-Klima. De bewoner heeft aan Centra-Klima bevestigd dat de airco eind 2019/begin 2020, derhalve vol in de verboden periode, is geleverd en is geïnstalleerd door [A]. Enige tijd daarna is het onderhoudscontract van de destijds door Centra-Klima geplaatste ketel, dat jarenlang probleemloos had gelopen, ineens en zonder opgaaf van redenen opgezegd door de bewoners, zoals blijkt uit *productie 15*.

(...)"

3.48. [verweerders] hebben vervolgens bij brief van 29 november 2022 eveneens twee aanvullende producties in het geding gebracht. Productie 7 betreft een verklaring van 23 november 2022 van de bewoners van [adres 2]. Ter toelichting op deze productie is in de brief het volgende opgenomen:

"(...)

Productie 7 betreft de schriftelijke reactie van [betrokkene 4] en [betrokkene 5] op hetgeen zijdens appellante op 7 november 2022 is ingediend. Uit deze reactie blijkt dat zij in oktober 2021, na afloop van het concurrentiebeding, met het bedrijf van geïntimeerden in zee zijn gegaan.

(...)"

3.49. Centra-Klima heeft met betrekking tot de aanvullende producties in haar pleitnota, voor zover van belang, het volgende gesteld:

"3.6. Ik heb u nagezonden *productie 10*, foto's van een ketel, wederom in de verboden periode voorzien van de [A]-sticker en meer van hetzelfde met *productie 14*, wederom een in de verboden periode geplakte sticker wegens verleende diensten. (...)

3.7. Dat men nu de betreffende persoon heeft laten verklaren dat de levering in een andere periode heeft plaatsgevonden dan door hem aanvankelijk, zonder voorbehoud en zonder voorbedachte rade, is verklaard, neem Centra-Klima weer voor kennisgeving aan. Het jaar en de maand van de productie van de airconditioning unit zoals blijkt uit de aangetroffen sticker sluit naadloos aan bij de aanvankelijk door [betrokkene 4] genoemde termijn, in de verboden periode. Het valt Centra-Klima ook op dat ze wel al die moeite doen

om [betrokkene 4] dit op papier te laten zetten, maar niet even gevraagd hebben om een kopie van zijn aankoopbonnetje en betaalbewijs, hetgeen wat Centra-Klima betreft maar één reden kan hebben.”

3.50. In de pleitnota van [verweerders] is, voor zover thans van belang, het volgende opgenomen: “(...)

14. Daarmee kom ik op de bewijsstukken van de beweerdelijke overtredingen.

De stukken die Centra-Klima heeft overgelegd zijn voor een deel dubbelop, waardoor zij het kennelijk wil doen voorkomen alsof er meer is dan zij daadwerkelijk heeft. (...) en komen 2 van de foto's van productie 1 ook terug in productie 10. Zo wordt de indruk gewekt dat hier sprake is van meerdere feiten, terwijl het gaat om een en hetzelfde feit waarvan meerdere foto's zijn die 'gedoeseerd' aan het procesdossier worden toegevoegd.

15. Ook zijn er foto's toegevoegd van feiten van *na het einde van het concurrentiebeding*. Zo zijn de foto's van een CV-ketel met een sticker van oktober 2021 (productie 10 van Centra-Klima in hoger beroep) en blijkt uit de verklaring van de eigenaar van deze CV-ketel ook duidelijk dat dit van oktober 2021 is (producties 11 en 12 van Centra-Klima in hoger beroep). (...)”

3.51. Uit het proces-verbaal van de mondelinge behandeling blijkt niet dat buiten de pleitnota's om nog is gesproken over de brief van Centra-Klima van 7 november 2022 en de aanvullende producties 10-12 en 14-15.

3.52. Het hof heeft in rov. 2 genoemd dat Centra-Klima bij brief van 7 november 2022 nog een aantal producties in het geding heeft gebracht. Het hof is echter bij de bespreking van de gestelde overtredingen van het concurrentiebeding, in rov. 27 t/m 36, niet ingegaan op de door Centra-Klima in die brief genoemde werkzaamheden op [adres 1] en [adres 2].

Het subonderdeel is derhalve terecht voorgesteld.

3.53. In de schriftelijke toelichting van [verweerder 2] wordt in dit verband opgemerkt dat het hof in verband met de tweeconclusieregel niet op de nieuwe stellingen mocht ingaan.³⁸ Dit beroep stuit af op het volgende.

3.54. Een verruiming van het processuele debat is ook in hoger beroep nog mogelijk. Zo kunnen partijen in hoger beroep nieuwe feiten aanvoeren,

mag de oorspronkelijk eiser in hoger beroep zijn eis verminderen, veranderen of vermeerderen (art. 129-130 Rv in samenhang met art. 353 Rv) en mag de oorspronkelijk verweerder in hoger beroep nieuw verweer voeren, tenzij dit is gedekt (art. 348 Rv).³⁹

3.55. De mogelijkheden tot verruiming van het processuele debat in hoger beroep gelden echter niet zonder voorbehoud. In de arresten [...] / *NOM*⁴⁰ en [...] / [...] ⁴¹ heeft de Hoge Raad de mogelijkheid tot wijziging of aanvulling van feitelijke of juridische stellingen in beginsel beperkt tot het eerste processtuk dat partijen in hoger beroep mogen nemen. Dit volgt uit de in art. 347 lid 1 Rv besloten twee-conclusie-regel.⁴²

3.56. Op deze 'in beginsel strakke regel' kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard. Een van de uitzonderingen is dat de wederpartij er ondubbelzinnig in toestemt dat een nieuwe stelling wordt betrokken na het eerste processtuk. Voor ondubbelzinnige toestemming van de wederpartij is niet vereist dat deze uitdrukkelijk wordt gegeven. Een ondubbelzinnige toestemming kan ook besloten liggen in verklaringen of gedragingen van verweerder, bijvoorbeeld indien verweerder zonder voorbehoud verweer voert tegen voor het eerst tijdens de mondelinge behandeling in appel naar voren gebrachte feitelijke of juridische stellingen. Onder bijzondere omstandigheden kan ondubbelzinnige toestemming zelfs zijn gelegen in het uitblijven van enige reactie van verweerder op een in beginsel niet-toelaatbare nieuwe stelling.⁴³

3.57. In de onderhavige zaak volgt uit het hiervoor weergegeven partijdebat dat Centra-Klima voorafgaand aan de mondelinge behandeling nieuwe stellingen heeft aangevoerd, en dat [verweerders] (zonder voorbehoud) op deze nieuwe

38 Schriftelijke toelichting [verweerder 2], par. 2.15.

39 *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/159*.

40 HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, *NJ 2009/21*, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders ([...] / *NOM*).

41 HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8771, *NJ 2010/154*, m.nt. H.J. Snijders ([...] / [...]).

42 *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/160*.

43 *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/107* en 108; Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 2021/164.

stellingen hebben gereageerd. Het hiervoor in 3.53 genoemde standpunt van [verweerder 2] is dus onjuist.

3.58. Volgens *subonderdeel 4.2* heeft het hof met het oordeel in rov. 43 dat het bewijsaanbod van Centra-Klima wordt gepasseerd, miskend dat Centra-Klima een (voldoende specifiek en) ter zake dienend bewijsaanbod heeft gedaan met betrekking tot de in *subonderdeel 4.1* onder a en b genoemde stellingen,⁴⁴ en dat die stellingen tot de beslissing van de zaak kunnen leiden.

3.59. Als gevolg van het slagen van *subonderdeel 4.1* bestaat geen belang meer bij de behandeling van dit *subonderdeel*.

3.60. *Onderdeel 5* keert zich tegen rov. 42 van het bestreden arrest, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

“42. De *grievens 8 en 10* zijn veeggrievens zonder zelfstandige betekenis. Er is geen belang bij deze verder te behandelen.”

3.61. Het onderdeel klaagt dat het oordeel dat grief 10 een veeggrief is, onjuist en/of onbegrijpelijk is. Volgens het onderdeel heeft het hof – zake-lijk weergegeven – miskend dat de beslagkosten op grond van art. 706 Rv van de beslagene kunnen worden teruggevorderd, tenzij het beslag nietig, onnodig of onrechtmatig was. Het hof is in rov. 40 tot de slotsom gekomen dat Centra-Klima's primaire vordering gedeeltelijk toewijsbaar is, en heeft niet geoordeeld dat het beslag nietig, onnodig, of onrechtmatig was.

Althans is volgens het onderdeel zonder nadere motivering onbegrijpelijk waarom de door Centra-Klima gevorderde beslagkosten niet van de beslagenen teruggevorderd zouden kunnen worden (en in het verlengde daarvan: waarom grief 10 een veeggrief zonder zelfstandige betekenis zou zijn en Centra-Klima geen belang zou hebben bij de behandeling daarvan).

3.62. Art. 706 Rv bepaalt dat de kosten van het beslag, al of niet in de hoofdzaak, van de beslagene kunnen worden teruggevorderd, tenzij het beslag nietig, onnodig of onrechtmatig was. De in art. 706 Rv bedoelde beslagkosten komen dus voor vergoeding in aanmerking als de vordering

waarvoor het beslag is gelegd, toewijsbaar is en het beslag niet nietig is of onnodig is gelegd.⁴⁵

3.63. Centra-Klima heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd [verweerders] te veroordelen in de kosten van de ten laste van hen gelegde beslagen, te vermeerderen met de wettelijke rente.⁴⁶ De kantonrechter heeft deze vordering in het vonnis van 24 september 2021 afgewezen, op de grond dat de vorderingen van Centra-Klima niet toewijsbaar zijn en het beslag daarmee achteraf bezien onnodig is geweest (rov. 4.9).

3.64. Daartegen is Centra-Klima met grief 10 opgekomen. Deze grief en de toelichting daarop luiden, voor zover thans van belang, als volgt:

“6.11. *Grief 10*:

6.11.1. Ten onrechte heeft de rechtbank in rechts-overweging (...) 4.9 bepaald dat:

(...)

“en de vordering tot betaling van de beslagkosten zal dan ook worden afgewezen.”

Toelichting Grief 10:

6.11.2. Nu Centra-Klima van oordeel is dat haar vorderingen toegewezen hadden dienen te worden hadden ook haar nevenvorderingen ten aanzien van (...) en beslagkosten toegewezen moeten worden, zo nodig na nadere bewijsoverlevering of anderszins.”

3.65. Het hof heeft de vorderingen van Centra-Klima alsnog gedeeltelijk toegewezen. Als gevolg daarvan had het hof moeten beoordelen of de beslagkosten op grond van art. 706 Rv kunnen worden teruggevorderd van [verweerders] Het hof heeft daarover echter geen oordeel gegeven. *Onderdeel 5* slaagt dus.

3.66. Uit het voorgaande volgt dat onderdeel 2, *subonderdeel 4.1* en onderdeel 5 van het principale cassatieberoep slagen. Het bestreden arrest dient dan ook in zoverre te worden vernietigd.

4. *Bespreking van het incidentele cassatiemiddel*

4.1. Het incidentele cassatiemiddel van [verweerder 2] bestaat uit vier onderdelen.

44 In de procesinleiding wordt hierbij verwezen naar de pleitnota van Centra-Klima van 9 december 2022, par. 3.15.

45 HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273, rov. 3.8.2 met verwijzing naar Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 315. Zie voorts *Asser Procesrecht/Steneker 5* 2019/368.

46 Zie de inleidende dagvaarding, par. 9.1-9.2 en par. 12, onder v. De beslagstukken zijn als productie 15 bij de inleidende dagvaarding overgelegd.

De onderdelen 1 t/m 3 hebben betrekking op rov. 39.7, waarin het hof het volgende heeft geoordeeld:

“39.7. Met *grief 6* betoogt Centra-Klima dat zij pas een beroep op de concurrentiebedingen is gaan doen nadat zij zich er voldoende van had kunnen vergewissen, dat er daadwerkelijk sprake was van (meerdere) overtredingen. Het hof gaat hier in mee. Centra-Klima mocht tijd nemen om te onderzoeken of er sprake was van overtreding van de concurrentiebedingen.”

4.2. *Onderdeel 1* bevat twee subonderdelen. Volgens *subonderdeel 1a* geeft het hof in rov. 39.7 blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de volgens art. 6:89 BW toe te passen maatstaf (mede bezien in het licht van art. 7:611 BW en art. 25 Rv).

4.3. Het subonderdeel wordt in de procesinleiding, samengevat, als volgt toegelicht.

[verweerder 2] heeft in eerste aanleg, in het kader van zijn verzoek tot matiging van de in het concurrentiebeding opgenomen boetebedragen, aangevoerd dat Centra-Klima na de door haar geconstateerde overtredingen van het non-concurrentiebeding een onaanvaardbare hoeveelheid tijd heeft laten verstrijken voordat zij aanspraak heeft gemaakt op de boetes, en dat Centra-Klima daarom in redelijkheid geen aanspraak kon maken op boetes.⁴⁷ Dit verweer is door de kantonrechter gehonoreerd.⁴⁸ Centra-Klima is in hoger beroep met *grief 6* tegen dit oordeel opgekomen. Hoewel [verweerder 2] in zijn gedingstukken heeft gewezen op de redelijkheid en billijkheid, is zijn verweer, aldus de toelichting op subonderdeel 1a, niet anders te duiden dan een beroep op schending van de klachtplicht in de zin van art. 6:89 BW. Volgens het subonderdeel heeft de kantonrechter ook in deze zin geoordeeld, al werd daarbij in het vonnis een andere terminologie gebruikt. Het subonderdeel voert aan dat de klachtplicht van art. 6:89 BW ook van toepassing is op de overtreding van een (arbeidsrechtelijk) non-concurrentiebeding.⁴⁹

Voor zover het hof zijn oordeel over *grief 6* (mede) heeft gebaseerd op een verweer van [verweerder 2] dat neerkomt op schending van de klachtplicht door Centra-Klima, geeft het blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat art. 6:89 BW niets vermeldt over een onderzoeksperiode voor de schuldeiser nadat het gebrek in de prestatie door de schuldenaar is vastgesteld. Integendeel, de klachtplicht noopt ertoe dat een werkgever die een schending van een non-concurrentiebeding ontdekt, daar binnen bekwame tijd over dient te klagen teneinde de werknemer niet te lang in onzekerheid te laten en de daaraan verbonden boete of vordering te laten oplopen. Daarin speelt het goed werkgeverschap zoals bedoeld in art. 7:611 BW een rol, welke norm de rechter al dan niet op grond van art. 25 Rv dient te hanteren. Het moment van ontdekking van de tekortkoming van de werknemer door de werkgever is het beginpunt van de ‘bekwame tijd’ die de werkgever heeft om zijn klacht over de gebrekkige prestatie kenbaar te maken, en een eventueel door de werkgever noodzakelijk geacht onderzoek kan niet leiden tot een oprekking van die tijdsperiode, aldus nog steeds de toelichting.

4.4. De door het subonderdeel bestreden rov. 39.7 betreft de door Centra-Klima geformuleerde *grief 6* en is opgenomen onder het kopje “Matiging boetes”. In rov. 37-38 overweegt het hof in dit verband het volgende:

“*Matiging boetes*

37. Te beoordelen is vervolgens of er grond is de boetes te matigen, zoals [verweerders] hebben verzocht. Daartoe overweegt het hof als volgt.

38. Het eerste lid van art. 6:94 BW geeft de rechter de bevoegdheid een contractuele boete op verlangen van de schuldenaar te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Aan deze voorwaarde kan voldaan zijn in het geval dat de bedongen boete in verhouding tot de schade als gevolg van de overtredingen buitensporig is (HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4779, NJ 2000/277). De maatstaf in art. 6:94 BW 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 (HR 27 april 2007,

[...] /Rabobank) en naar Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 316-317.

47 In de procesinleiding wordt hierbij verwezen naar CvA, par. 56, p. 13-14, en naar het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij de kantonrechter, p. 3.

48 In de procesinleiding wordt hierbij verwezen naar het vonnis van de kantonrechter, rov. 4.5.

49 In de procesinleiding wordt hierbij (o.a.) verwezen naar HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600

ECLI:NL:HR:2007:AZ6638, NJ 2007/262 e.a.). Daarbij zal de rechter moeten letten op alle omstandigheden van het geval, waaronder:

- a. de aard van de overeenkomst,
- b. de inhoud en de strekking van het beding,
- c. de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete,
- d. de omstandigheden waaronder het beding is ingeroepen.

Uit HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4986 (NJ 2012/459), volgt dat – bijvoorbeeld – ook de hoedanigheid van partijen meegewogen mag worden.⁵⁰

Vervolgens overweegt het hof in rov. 39 dat het geen grond ziet om de boetes te matigen, waarna het hof daarvoor acht redenen geeft (rov. 39.1 t/m 39.8).

4.5. Uit rov. 37-39 volgt dat het hof grief 6 heeft behandeld in het kader van het beroep van [verweerders] op matiging van de boetes op grond van art. 6:94 BW. Hierbij heeft het hof beoordeeld of de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de boetes worden gematigd. Het hof heeft het verweer van [verweerders] – inhoudende dat Centra-Klima in redelijkheid geen aanspraak kon maken op boetes omdat zij een onaanvaardbare hoeveelheid tijd heeft laten verstrijken voordat zij aanspraak heeft gemaakt op de boetes – dus niet uitgelegd als een beroep op schending van de klachtplicht, maar als een omstandigheid die zou moeten leiden tot matiging van de boetes. Voor zover het onderdeel uitgaat van een andere uitleg van het arrest mist het feitelijke grondslag.

4.6. Voor zover met subonderdeel 1a wordt geklaagd dat het hof op grond van art. 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden had moeten aanvullen met een beroep van [verweerders] op de klachtplicht, faalt deze klacht eveneens, omdat deze is gebaseerd op de m.i. onjuiste rechtsopvatting dat de klachtplicht uit art. 6:89 BW van toepassing is op de overtreding van een concurrentiebeding. Ik leid dit uit het volgende af.

4.7. Art. 6:89 BW (dat is opgenomen in titel 1, afdeling 9, genaamd 'De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis') bepaalt dat een schuldeiser geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.

4.8. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het voorschrijf op de gedachte berust dat een schuldenaar

er op moet kunnen rekenen, dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat de schuldeiser, indien dit niet het geval blijkt te zijn, dit, eveneens met spoed, aan de schuldenaar meedeelt.⁵⁰

De ratio van art. 6:89 BW is dus bescherming van de schuldenaar tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten.⁵¹

4.9. Art. 6:89 vormt een specifieke, in de wet geregelde vorm van rechtsverwerking.⁵² Het betreft de algemeen-verbintenisrechtelijke pendant van art. 7:23 lid 1 BW (non-conformiteit bij koop).⁵³

4.10. De rechter mag art. 6:89 BW niet ambtshalve toepassen; het verweer dat niet tijdig is geklaagd moet dus door de schuldenaar wordt gevoerd.⁵⁴

Als het verweer doel treft, leidt dat tot het verval van het vorderingsrecht van de schuldeiser ter zake van de tekortkoming.⁵⁵

4.11. Of is voldaan aan de in art. 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht hangt af van alle betrokken belangen en alle relevante omstandigheden, waaronder de aard en de inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie.⁵⁶

50 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 316-317 (T.M.).

51 Zie o.a. *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/408; F.M. van Cassel-van Zeeland, *GS Verbintennisrecht*, art. 6:89 BW, aant. 2.2 (actueel t/m 1 maart 2023).

52 HR 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163 m.nt. W.D.H. Asser (*Far Trading/Edco Eindhoven*), rov. 5.6.3. Zie ook M.M. Olthof, *T&C BW*, art. 6:89 BW, aant. 1 (actueel t/m 28 september 2023); J.J. Valk, 'Het toepassingsgebied van de klachtplicht', *MvV* 2020/2, par. 3.2.

53 Zie J. Hijma, annotatie bij HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 ([...] / *Rabobank*), onder 3.

54 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4122 ([...] / [...]), rov. 3.5; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195, *NJ* 2014/496 m.nt. J. Hijma ([...] / *Van Lanschot*), rov. 3.6.

55 Zie ook I. Haazen, 'De klachtplicht bij gebrekkige c.q. gedeeltelijke nakoming door een advocaat', *ORP* 2022/29, Inleiding, p. 12.

56 Zie *Asser/Sieburgh 6-I* 2020/408b, onder verwijzing naar HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, *NJ* 2010/545 (*Tan/Forward*), rov. 3.4; HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 m.nt. J. Hijma ([...] / *Rabobank*), rov. 4.2.5 en 4.2.6 en HR

Voor het antwoord op de vraag of het gebrek tijdig is gemeld, is van bijzonder belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het tijdsverloop totdat is geklaagd. Als de schuldenaar niet in zijn belangen is geschaad door het late tijdstip waarop het protest is gedaan zal er niet spoedig voldoende reden zijn de schuldeiser een gebrek aan voortvarendheid te verwijten.⁵⁷

4.12. In het arrest [...] /*Rabobank*⁵⁸ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen. Daarnaast heeft de Hoge Raad in het arrest *Broceff*/ [...] ⁵⁹ geoordeeld dat art. 6:89 BW – gelet op de strekking en de bewoordingen van het artikel – slechts ziet op gevallen van *ondeugdelijke nakoming*, en niet (mede) op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht.⁶⁰

Met verwijzing naar genoemd arrest heeft de Hoge Raad bij arrest van 15 oktober 2021⁶¹ geoordeeld dat art. 6:89 BW niet van toepassing is op een nalaten om een overeengekomen prestatie te verrichten.⁶²

4.13. In haar bespreking van laatstgenoemd arrest heeft Haazen opgemerkt dat een handelen in weerwil van de verbintenis tot nalaten (toch doen wat men op grond van de overeenkomst niet mag) weliswaar een tekortkoming is in de nakoming

van een verbintenis, maar dat dit handelen in strijd met de afspraken tussen partijen bezwaarlijk als een gebrekkige prestatie kan worden gezien. Het gaat immers om een niet-presteren: de verbintenis om iets niet te doen wordt niet gestand gedaan. De klachtplicht is volgens haar derhalve niet van toepassing. In het licht van de ratio van de klachtplicht om de schuldenaar te behoeden voor een te lang aanhoudende onzekerheid over de kwaliteit van zijn prestatie is dit volkomen begrijpelijk: in dit geval ontbreekt die onzekerheid. Hij weet immers dat hij de gewraakte handeling heeft uitgevoerd in strijd met de partijafspraken, aldus Haazen.⁶³

4.14. Ook Kempers en Aziz hebben dit standpunt ingenomen in een bijdrage over (de toepassing dan wel toepasselijkheid van) de klachtplicht in het arbeidsrecht. Art. 6:89 BW ziet volgens hen niet op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht of een verbintenis tot nalaten is geschonden. Een schuldenaar die een prestatie heeft geleverd, kan in onzekerheid verkeren over de deugdelijkheid van deze prestatie, maar deze onzekerheid bestaat niet bij een niet-presteren.⁶⁴

4.15. Volgens Van Cassel-van Zeeland is het moeten nalaten en in weerwil daarvan toch handelen, geen (gebrekkige) prestatie in de zin van art. 6:89 BW. De klachtplicht is dan ook niet van toepassing op de overtreding van een non-concurrentiebeding.⁶⁵

Ook J.J. Valk⁶⁶ en Tamboer⁶⁷ noemen het non-concurrentiebeding als voorbeeld van een verbintenis om niet te doen. De klachtplicht is volgens hen dan ook niet van toepassing op de overtreding van een concurrentiebeding.

4.16. J.J. Valk en Tamboer verwijzen daarbij mede naar een uitspraak van de kantonrechter te Middelburg van 25 april 2018,⁶⁸ waarin is geoordeeld dat art. 6:89 BW niet van toepassing is op (de

12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593, *NJ* 2017/163 m.nt. W.D.H. Asser (*Far Trading/Edco*), rov. 5.6.1 onder b.

57 Zie Asser/*Sieburgh* 6-I 2020/408b, onder verwijzing naar HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, *NJ* 2013/5 m.nt. J. Hijma ([...] / [...] II), rov. 3.3.2 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 m.nt. J. Hijma ([...] /*Rabobank*), rov. 4.2.4.

58 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, *NJ* 2014/497 m.nt. J. Hijma ([...] /*Rabobank*), rov. 4.2.1.

59 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, *NJ* 2007/176 (*Broceff*/ [...]), rov. 4.3.

60 Zie ook Asser/*Sieburgh* 6-I 2020/408a: “Het opstellen en toezenden van een factuur is geen prestatie in de zin van art. 6:89 BW, om welke reden art. 6:89 BW niet van toepassing is op het klagen over onjuistheden in een toegezonden factuur (HR 11 mei 2001, *NJ* 2001/410 ([...] /*Ridgefield*)). Om vergelijkbare redenen ziet art. 6:89 BW evenmin op een vordering uit onrechtmatige daad.”

61 HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, *NJ* 2021/335, rov. 3.3.

62 Zie ook de conclusie van A-G Valk voor HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:765, onder 3.5-3.9.

63 Haazen, t.a.p., p. 14 en 15.

64 Y.O. Kempers & Y. Aziz, ‘Worden zij die (niet) klagen, overgeslagen?’, *TAP* 2020/297, p. 21.

65 F.M. van Cassel-van Zeeland, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:89 BW, aant. 2.4.4 (actueel t/m 1 maart 2023).

66 J.J. Valk, ‘Het toepassingsgebied van de klachtplicht’, *MvV* 2020/2, p. 50 en 51.

67 S. Tamboer, *De klachtplicht bij koop*, 2021/7.2, p. 296-297.

68 Rb. Zeeland-West-Brabant 25 april 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:2664.

schending van) een concurrentiebeding. De desbetreffende overweging luidt als volgt:

“4.2. [1] c.s. en Progresso beroepen zich op rechtsverwerking nu Team volgens hen niet tijdig heeft geklaagd als bedoeld in artikel 6:89 BW. De kantonrechter volgt hen hierin niet. Volgens genoemd artikel kan de schuldeiser op een gebrek in een prestatie van de schuldenaar geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. De ratio van het artikel is bescherming van de schuldenaar omdat hij erop mag rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de geleverde prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, dat eveneens met bekwame spoed aan de schuldenaar meedeelt. De bepaling is van toepassing op verbintenissen tot het leveren van zaken, alsmede op verbintenissen tot het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard en op verbintenissen tot het verrichten van diensten. Naar het oordeel van de kantonrechter is de bepaling echter niet van toepassing op de verbintenis tot het nalaten van zekere activiteiten, zoals in het kader van een non-concurrentiebeding. Immers, de voormalige werknemer is niet afhankelijk van een klacht van de voormalige werkgeefster naar aanleiding van een onderzoek naar zijn activiteiten om te kunnen vaststellen of hij heeft voldaan aan de verplichting iets niet te doen, maar kan dat op basis van zijn eigen gegevens beoordelen.”

4.17. Ik sluit mij aan bij de opvatting dat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing is bij schending van een concurrentiebeding. In dat geval is geen sprake van het ondeugdelijk verrichten van een prestatie, maar van een niet-presteren. Bij schending van een concurrentiebeding is sprake van het niet-nakomen van de verbintenis om bepaalde, in het concurrentiebeding genoemde, werkzaamheden of handelingen niet te verrichten. Uit de bewoordingen van art. 6:89 BW, de ratio van dit voorschrift en de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Broceaf/ [...]* en het arrest van 15 oktober 2021 blijkt dat de klachtplicht niet van toepassing is op een dergelijk niet-presteren. Zoals in de literatuur is opgemerkt past de bescherming van de schuldenaar tegen een te lang aanhoudende onzekerheid over de kwaliteit van zijn prestatie, die art. 6:89 BW beoogt te bieden, niet bij de schending van een verbintenis tot nalaten. De schuldenaar zal in dat

geval immers (in beginsel) niet in onzekerheid verkeren, maar zal weten dat hij de verbintenis tot nalaten heeft geschonden. Daarvoor is geen klacht van de schuldeiser nodig. In het geval van de schending van een concurrentiebeding kan de (ex-)werknemer bovendien het argument dat te veel tijd is verstreken tussen het ontdekken van de schending en het aanspraak maken op de boete, aanvoeren in het kader van een beroep op matiging van de boete in de zin van art. 6:94 BW.

4.18. Dit betekent dat het hof niet op grond van art. 25 Rv de rechtsgronden hoefde aan te vullen met een beroep van [verweerders] op de klachtplicht van art. 6:89 BW.

Subonderdeel 1a faalt dus.

4.19. *Subonderdeel 1b* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 39.7 onvoldoende is gemotiveerd teneinde aanvaardbaar te zijn. Het hof heeft volgens de toelichting op dit subonderdeel, zakelijk weergegeven, onvoldoende uitgelegd op grond waarvan Centra-Klima mocht wachten met het kenbaar maken van haar klachten jegens [verweerder 2] en Centra-Klima nader onderzoek mocht doen, terwijl [verweerder 2] heeft gesteld dat het wachten een voor hem nadelig effect heeft gehad, dat er bewust is gewacht door Centra-Klima met het kenbaar maken van de klacht, en door het hof is vastgesteld dat de inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel reeds een schending van het non-concurrentiebeding opleverde.⁶⁹

4.20. Zoals hiervoor bij de bespreking van subonderdeel 1a is geconcludeerd, heeft het hof grief 6 van Centra-Klima beoordeeld in het kader van de vraag of er grond is de boetes te matigen op grond van art. 6:94 BW. Daarbij heeft het hof in rov. 38 (terecht⁷⁰) overwogen dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, en dat de rechter daarbij zal moeten letten op alle omstandigheden van het geval. Deze overweging is in cassatie niet bestreden.

69 Zie p. 6 van het verweerschrift, tevens incidenteel cassatieberoep, waarbij wordt verwezen naar MvA, par. 49 t/m 54, en naar onderdeel 3 van het incidentele cassatiemiddel.

70 Zie o.a. M.M. Olthof, *T&C BW*, art. 6:94 BW, aant. 2a (actueel t/m 28 september 2023).

4.21. Vervolgens heeft het hof in rov. 39.1 t/m 39.8 verschillende omstandigheden besproken, ter motivering van zijn oordeel in rov. 39 dat het geen grond ziet om de boetes te matigen. In de bestreden rov. 39.7 overweegt het hof – samengevat – dat het meegaat in het betoog van Centra-Klima dat zij pas een beroep op de concurrentiebedingen is gaan doen nadat zij zich er voldoende van had kunnen vergewissen dat er daadwerkelijk sprake was van (meerdere) overtredingen, en dat Centra-Klima tijd mocht nemen om te onderzoeken of er sprake was van overtreding van de concurrentiebedingen.

4.22. In dit oordeel ligt het oordeel besloten dat de omstandigheid dat Centra-Klima tijd heeft genomen om te onderzoeken of er sprake was van (meerdere) overtredingen van de concurrentiebedingen, niet meebrengt dat toepassing van het boetebeding tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Op die grond heeft het hof de in het subonderdeel genoemde stellingen van [verweerders] verworpen.

4.23. Dit oordeel hoefde het hof niet nader te motiveren. Een afwijzing van een matigingsverzoek behoeft in de regel minder uitvoerig te worden gemotiveerd dan de beslissing om een boete wel te matigen.⁷¹ Dit geldt temeer nu het hof als gezegd in totaal acht redenen aan zijn oordeel tot afwijzing van het verzoek tot matiging ten grondslag heeft gelegd.

Daarnaast vraagt het subonderdeel in feite om een nieuwe feitelijke beoordeling, maar daarvoor is in cassatie geen plaats.

4.24. Dit betekent dat ook subonderdeel 1b faalt, en daarmee onderdeel 1 in zijn geheel.

4.25. *Onderdeel 2* valt uiteen in twee subonderdelen.

Subonderdeel 2a klaagt dat het hof zijn oordeel in rov. 39.7 ontoereikend heeft gemotiveerd, voor zover het zijn oordeel heeft gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid (dan wel de matigingsbevoegdheid). Het hof maakt immers geen kenbare afweging waarom Centra-Klima de tijd mocht nemen om het bedoelde onderzoek te doen.

Volgens *subonderdeel 2b* getuigt het oordeel van het hof in rov. 39.7 van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het oordeel van het hof berust op

toepassing van art. 6:94 BW en/of art. 6:248 lid 2 BW en/of art. 7:653 BW.

4.26. In de toelichting op het tweede onderdeel in de procesinleiding is aangevoerd dat [verweerder 2] niet inziet waarom het hof een bepaalde mate van *coulance* betracht richting Centra-Klima die de kantonrechter nadrukkelijk niet wenste toe te passen. Volgens de toelichting heeft het hof bovendien miskend dat het argument dat Centra-Klima meer tijd nodig had voor onderzoek, niet kan afdoen aan de omstandigheid dat het late tijdstip waarop Centra-Klima een beroep deed op het non-concurrentiebeding richting [verweerder 2] als onaanvaardbaar had te gelden. Het gaat volgens de toelichting in de procesinleiding bij een billijkheidsoordeel althans matigingsoordeel namelijk om de vraag of het verbeuren van de boete voor de werknemer een disproportionele of onaanvaardbare situatie oplevert en de billijkheid daarom matiging vereist. Het zijn dan ook alleen feiten en omstandigheden aan de kant van de werknemer die door de rechter moeten worden gewogen.

4.27. Het uitgangspunt van de rechtsklacht van subonderdeel 2b dat de rechter bij de beoordeling van een beroep op matiging zoals bedoeld in art. 6:94 BW alleen omstandigheden aan de zijde van de werknemer mag meewegen, is onjuist. De rechter mag pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, en dient de rechter daarbij te letten *op alle omstandigheden van het geval* (zie hiervoor onder 4.20).

4.28. De motiveringsklacht van subonderdeel 2a faalt eveneens. Bij de bespreking van subonderdeel 1b heb ik reeds geconcludeerd dat het hof zijn overweging in rov. 39.7 niet nader hoefde te motiveren. Subonderdeel 2a stuurt daarnaast in feite aan op een nieuwe feitelijke beoordeling, waarvoor in cassatie geen plaats is.

Onderdeel 2 faalt dus.

4.29. *Onderdeel 3* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 39.7 – ongeacht de juridische grondslag van die overweging – onvoldoende inzichtelijk en onbegrijpelijk is, omdat het hof in zijn afweging niet heeft meegenomen de essentiële stellingen van [verweerder 2] dat:

71 Zie H.N. Schelhaas, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:94 BW, aant. 10 (actueel t/m 5 juni 2017) met verdere verwijzingen.

i. Centra-Klima [verweerder 2] de mogelijkheid heeft ontnomen om zijn handelen aan te passen;⁷²

ii. Centra-Klima al langere tijd op de hoogte was van de 'app'-berichten, waarvan zij [verweerder 2] verwijten maakt;⁷³

iii. Centra-Klima in de memorie van grieven, par. 6.7.3, erkent dat zij [verweerder 2] bewust niet heeft aangesproken op de inschrijving in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel, waaruit blijkt dat het enkel er om ging om boetes te kunnen innen,⁷⁴ en

iv. Centra-Klima zich heeft bediend van onrechtmatige tactiek om bewijzen te verkrijgen.⁷⁵

4.30. Het onderdeel faalt. In de eerste plaats wijs ik er opnieuw op dat de afwijzing van een matigingsverzoek niet uitvoerig hoeft te worden gemotiveerd. Daarnaast heeft het hof de in het onderdeel genoemde stellingen verworpen, dan wel hoefde het hof deze stellingen niet te bespreken in het kader van de behandeling van grief 6. Ik licht dit per stelling kort toe.

4.31. Voor stelling i geldt dat in de overweging van het hof in rov. 39.7, dat Centra-Klima tijd mocht nemen om te onderzoeken of er sprake was van overtreding van de concurrentiebedingen, een verwerping van deze stelling besloten ligt.

Met betrekking tot stelling ii heeft het hof in rov. 35, in cassatie niet bestreden, overwogen dat door Centra-Klima onvoldoende is onderbouwd waarom uit de app-berichten blijkt van overtredingen van het concurrentiebeding. Aangezien het hof voor wat betreft de app-berichten geen overtreding van het concurrentiebeding heeft aangenomen, kon het hof genoemde app-berichten bij de bespreking van het beroep op matiging van de boetes achterwege laten.

Voor stelling iii geldt dat het hof genoemde omstandigheden in rov. 39.5 en 39.6 heeft besproken en verworpen. Deze overwegingen zijn in cassatie niet bestreden.

Ook stelling iv heeft het hof besproken en verworpen. Het hof overweegt immers in rov. 27, laatste volzin, en rov. 28, laatste volzin, dat de wijze waarop Centra-Klima bewijs heeft verkregen voor het hof geen reden is om aan dit bewijs voorbij te gaan. Ook deze overwegingen zijn in cassatie onbestreden. Het hof hoefde deze stelling niet opnieuw te bespreken in het kader van het beroep op matiging van de boetes.

4.32. *Onderdeel 4* is een voortbouwklacht die faalt als gevolg van het falen van de onderdelen 1 t/m 3.

4.33. Nu alle onderdelen van het incidentele cassatieberoep falen, dient dit beroep te worden verworpen.

5. Conclusie in het principale en incidentele cassatieberoep

De conclusie strekt:

– in het principale cassatieberoep tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Den Haag van 31 januari 2023 en tot verwijzing;

– in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

Hoge Raad

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak 9205284 \ CV EXPL 21-16252 van de rechtbank Rotterdam van 21 juni 2021 en 24 september 2021;

b. het arrest in de zaak 200.303.965/01 van het gerechtshof Den Haag van 31 januari 2023.

(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Centra-Klima levert, installeert en onderhoudt onder meer installaties voor verwarming, koeling en luchtverversing en levert en installeert zonnepanelen.

(ii) [oud-werknemer B] is in 2009 en [oud-werknemer A] in 2011 bij Centra-Klima in dienst getreden, beiden in de functie van monteur.

(iii) In de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd van zowel [oud-werknemer A] als [oud-werknemer B] is in art. 15 het volgende beding opgenomen (hierna: het concurrentiebeding):

72 In het verweerschrift, tevens incidenteel cassatieberoep wordt hierbij verwezen naar MvA, nr. 49, p. 14.

73 In het verweerschrift, tevens incidenteel cassatieberoep wordt hierbij verwezen naar MvA, nr. 50.

74 In het verweerschrift, tevens incidenteel cassatieberoep wordt hierbij verwezen naar MvA, nr. 51 en 53, p. 14-15.

75 In het verweerschrift, tevens incidenteel cassatieberoep wordt hierbij verwezen naar MvA, nr. 54, p. 15-16.

“Het is de werknemer verboden in het dienstverband en binnen het tijdvak van 18 maanden na beëindiging van de dienstbetrekking zelf binnen een kring met het perceel waar werknemer zijn werkzaamheden verrichte als middelpunt en met een straal van 50 km in enigerlei vorm een zaak, gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van werkgever, te vestigen, te drijven of te doen drijven, hetzij direct, hetzij indirect, als ook financieel, in welke vorm ook bij een dergelijke zaak belang te hebben, direct of indirect, of daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet daarin aandeel van welke aard ook te hebben, zulks met uitzondering van ter beurze genoteerde aandelen. In afwijking van titel 7.10 BW, artikel 650 lid 3 en 5 komen partijen overeen, dat de werknemer bij overtreding van het hierboven omschreven verbod ten behoeve van de werkgever een dadelijk niet te matigen opvorderbare boete verbeurt van € 10.000,00 per overtreding en € 1000,00 voor elke dag dat de overtreding voortduurt. Buiten de verbeurde boete kan de werkgever de werknemer aanspreken voor de schade die geleden wordt door overtreding van dit geding en schade vergoeding vorderen.”

(iv) [de oud-werknemers] hebben ieder hun arbeidsovereenkomst opgezegd, [oud-werknemer B] op 17 juli 2019 en [oud-werknemer A] op 22 juli 2019.

(v) Centra-Klima heeft [oud-werknemer B] verzocht zijn vertrek uit te stellen tot 1 april 2020. Voor dat geval verklaarde zij zich bereid afstand te doen van haar rechten uit het concurrentiebeding. [oud-werknemer B] heeft dit voorstel afgewezen.

(vi) Aan [oud-werknemer A] heeft Centra-Klima een aanbod gedaan tot overname van de onderneming. [oud-werknemer A] heeft dat aanbod afgewezen.

(vii) De arbeidsovereenkomst van [oud-werknemer B] is geëindigd op 30 november 2019 en die van [oud-werknemer A] op 20 december 2019. Zij zijn vervolgens in dienst getreden bij een ander installatiebedrijf.

(viii) [de oud-werknemers] hebben op 6 maart 2020 een vennootschap onder firma opgericht en hebben deze ingeschreven in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel onder de naam [de v.o.f.] (hierna: [de v.o.f.]).

(ix) Centra-Klima heeft bij brieven van 11 februari 2021 aan [de oud-werknemers] op grond van

het concurrentiebeding aanspraak gemaakt op betaling door ieder van hen van een bedrag van € 351.000,- aan verbeurde boetes. In maart 2021 heeft zij conservatoir beslag laten leggen op de woningen en bankrekeningen van [de oud-werknemers]

2.2. In dit geding vordert Centra-Klima, voor zover in cassatie van belang, [de oud-werknemers] te veroordelen tot betaling aan haar van respectievelijk € 481.000,- en € 459.000,- ter zake van verbeurde boetes uit hoofde van overtreding van het concurrentiebeding. Daarnaast maakt zij onder meer aanspraak op vergoeding van de beslagkosten. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

2.3. Het hof heeft het eindvonnis van de kantonrechter vernietigd, en, voor zover van belang, [de oud-werknemers] veroordeeld tot betaling aan Centra-Klima van € 20.000,- ([oud-werknemer A]), respectievelijk € 30.000,- ([oud-werknemer B]).

2.4. Het hof heeft daartoe, samengevat en voor zover van belang, als volgt overwogen.

Afweging van belangen leidt ertoe dat de duur van het concurrentiebeding zal worden beperkt, voor [oud-werknemer A] tot 22 januari 2021 en voor [oud-werknemer B] tot 17 januari 2021. (rov. 16-19)

Uit de omschrijving van de ondernemingsactiviteiten van [de v.o.f.] in het handelsregister blijkt dat sprake is van een onderneming “gelijk, gelijksoortig of aanverwant” aan die van Centra-Klima en dat [de oud-werknemers] door het vestigen van [de v.o.f.] ieder afzonderlijk een boete van € 10.000,- hebben verbeurd. (rov. 22-23)

Centra-Klima betoogt dat zij de door haar gestelde andere overtredingen van het concurrentiebeding voldoende concreet heeft onderbouwd. Centra-Klima heeft als overtredingen genoemd dat [de oud-werknemers] stickers voor [de v.o.f.] hebben laten maken, die zijn aangebracht op airco-units, reclame hebben gemaakt, debiteurennummers hebben aangevraagd bij meerdere groothandels, een kredietbeoordeling hebben aangevraagd, zaken van een groothandel hebben gekocht en op een tweetal adressen klanten hebben bediend. Ook wijst Centra-Klima erop dat [de oud-werknemers] in 2020 een derde hebben

1 Gerechtshof Den Haag 31 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:49.

benaderd om een storing voor hen te behandelen. Vanwege de matiging van het concurrentiebeding zijn deze activiteiten alleen relevant indien deze hebben plaatsgevonden in de periodes tussen 20 december 2019 en 22 januari 2021 voor [oud-werknemer A], en tussen 30 november 2019 en 17 januari 2021 voor [oud-werknemer B]. Van een overtreding van het concurrentiebeding is verder pas sprake als deze concreet komt vast te staan. Het enkel drijven van de onderneming van [de v.o.f.] is op zichzelf beschouwd, los van wat hiervoor is geoordeeld, geen overtreding. Ook is nodig dat een overtreding plaatsvond door activiteiten “binnen een kring met het perceel waar werknemer zijn werkzaamheden verrichte als middelpunt en met een straal van 50 km.” (rov. 24-26)

Van de door Centra-Klima gestelde overtredingen leveren de door [oud-werknemer B] verrichte werkzaamheden op een van de genoemde adressen een overtreding van het concurrentiebeding op. De door beiden op het andere adres verrichte werkzaamheden leveren voor ieder afzonderlijk een overtreding op. Of deze werkzaamheden bij wijze van vriendendienst zijn verricht is niet van belang. De overige door Centra-Klima gestelde activiteiten zijn niet komen vast te staan of leveren geen overtreding op. (rov. 27-34)

Er is geen grond voor matiging van de boetes. Hierbij is onder meer van belang dat Centra-Klima tijd mocht nemen om te onderzoeken of sprake was van overtreding van de concurrentiebedingen. (rov. 39-39.8)

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1. Onderdeel 2 van het middel richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 26 dat van een overtreding van het concurrentiebeding pas sprake is als deze concreet komt vast te staan en dat het enkel drijven van de onderneming van [de v.o.f.] op zichzelf beschouwd, los van het vestigen daarvan, geen overtreding oplevert. Het concurrentiebeding laat zich volgens het onderdeel niet anders verstaan dan dat het de werknemer niet alleen verboden is om een zaak te vestigen die gelijk, gelijksoortig of aanverwant is aan die van Centra-Klima, maar dat het hem ook verboden is om zo'n zaak te drijven. Zonder nadere motivering is onbegrijpelijk waarom het vestigen van de onderneming van [de v.o.f.] wel een overtreding van het concurrentiebeding is, maar het drijven

van de onderneming niet, terwijl het concurrentiebeding beide verbiedt, aldus het onderdeel.

3.1.2. Het onderdeel faalt. Het bestreden oordeel komt erop neer dat, voor zover Centra-Klima, naast het vestigen van [de v.o.f.], het drijven van de onderneming van [de v.o.f.] door [de oud-werknemers] aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd, van een overtreding alleen sprake is voor zover [de v.o.f.] (binnen het in het beding aangeduide geografische gebied) concrete activiteiten heeft verricht. In het licht van het partijdebat is dat oordeel niet onbegrijpelijk. Centra-Klima heeft de door het hof in rov. 24 genoemde activiteiten als afzonderlijke overtredingen aangemerkt. Het verweer van [de oud-werknemers] komt erop neer dat, voor zover de gestelde activiteiten hebben plaatsgevonden, het daarbij hetzij ging om voorbereidende handelingen voor de start van de onderneming, hetzij om een vriendendienst. Partijen hebben vervolgens zowel in eerste aanleg, als in hoger beroep, enkel gedebatteerd over de vraag of de gestelde activiteiten ieder voor zich een overtreding van het concurrentiebeding opleveren.

3.2.1. Onderdeel 4 ziet op het oordeel van het hof in de rov. 27-28 en rov. 39.1 dat – naast het vestigen van [de v.o.f.] – op twee adressen concurrerende werkzaamheden zijn verricht die een overtreding van het concurrentiebeding opleveren. Het klaagt dat het hof ten onrechte niet heeft gerepsondeerd op de stelling van Centra-Klima dat [de oud-werknemers] het concurrentiebeding ook hebben overtreden (en daarmee boetes hebben verbeurd) door concurrerende werkzaamheden te verrichten op twee andere adressen dan de adressen die in rov. 27 en 28 zijn genoemd, en dat het hof Centra-Klima ten onrechte niet tot het bewijs daarvan heeft toegelaten. Het onderdeel verwijst voor de bedoelde stellingen naar een door Centra-Klima op 7 november 2022, voorafgaand aan de mondelinge behandeling bij het hof, genomen akte met de bijbehorende producties, alsmede naar de pleitnota van Centra-Klima ten behoeve van de mondelinge behandeling.

3.2.2. In de door het onderdeel genoemde akte heeft Centra-Klima melding gemaakt van twee nog niet eerder genoemde adressen waarop [de v.o.f.] volgens Centra-Klima gedurende de geldingsduur van het concurrentiebeding concurrerende werkzaamheden heeft verricht, en heeft zij daarop betrekking hebbende bewijsstukken overgelegd. Zoals blijkt uit de gedingstukken (zie de

conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.48-3.50), zijn [de oud-werknemers] inhoudelijk op de gestelde overtredingen ingegaan, zowel in door hen voorafgaand aan de mondelinge behandeling aan het hof toegezonden stukken, als in hun pleitnota. Gelet daarop en op de vermelding van de in het onderdeel aangeduide akte van Centra-Klima in rov. 2 van het bestreden arrest, moet worden aangenomen dat het hof de inhoud van die akte heeft aangemerkt als onderdeel van de rechtsstrijd. Het hof heeft evenwel verzuimd de door Centra-Klima in deze akte gestelde aanvullende overtredingen in zijn beoordeling te betrekken. Het onderdeel klaagt daarover terecht en slaagt dus.

3.3.1. Onderdeel 5 acht onjuist dan wel onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat grief 10 een veggrief is zonder zelfstandige betekenis en dat Centra-Klima daarom geen belang heeft bij de verdere behandeling daarvan. Het onderdeel wijst erop dat de grief mede strekt tot toewijzing van de vordering tot vergoeding van de beslagkosten. Nu het hof de primaire vordering van Centra-Klima gedeeltelijk toewijsbaar heeft geacht, had het hof ook de vordering tot vergoeding van de beslagkosten moeten toewijzen. Althans is onbegrijpelijk waarom Centra-Klima deze kosten niet zou kunnen terugvorderen, aldus het onderdeel.

3.3.2. Het onderdeel slaagt. Het hof heeft de vorderingen van Centra-Klima uit hoofde van het concurrentiebeding gedeeltelijk toegewezen. Als gevolg daarvan had het hof moeten beoordelen of de beslagkosten op grond van art. 706 Rv kunnen worden teruggevorderd van [de oud-werknemers], hetgeen het heeft nagelaten. Indien het hof grief 10 aldus zou hebben uitgelegd dat Centra-Klima niet tegen de afwijzing van de desbetreffende vordering door de kantonrechter is opgekomen, is die uitleg onbegrijpelijk. Indien het hof zou hebben geoordeeld dat de vordering niet toewijsbaar is, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is dat oordeel zonder nadere motivering eveneens onbegrijpelijk.

3.4. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

4.1.1. Onderdeel 1 van het middel richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 39.7 dat Centra-Klima tijd mocht nemen om te onderzoeken of sprake was van overtreding van de concurrentiebedingen. Het betoogt onder meer dat het verweer van [oud-werknemer B] dat Centra-Klima geen aanspraak kan maken op betaling van boetebedragen, nu zij [oud-werknemer B] pas acht maanden na de door Centra-Klima geconstateerde overtredingen daarop heeft aangesproken, niet anders kan worden geduid dan als een beroep op schending van de klachtplicht als bedoeld in art. 6:89 BW. Voor zover het hof het verweer als beroep op de klachtplicht heeft aangemerkt, geeft de verwerping van dat verweer blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus het onderdeel.

4.1.2. Art. 6:89 BW bepaalt dat een schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. De bepaling strekt ertoe de schuldenaar die een prestatie heeft verricht, te beschermen omdat hij erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, dit eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt. Gelet op deze strekking, alsmede op de bewoordingen waarin de bepaling is gesteld – nu daarin wordt gesproken over “een gebrek in de prestatie” –, ziet art. 6:89 BW niet op gevallen waarin is nagelaten de overeengekomen prestatie te verrichten.²

4.1.3. De verbintenis van een (voormalige) werknemer uit hoofde van een non-concurrentiebeding is een verbintenis om in het beding omschreven handelen na te laten. Bij schending van een zodanig beding is geen sprake van gebrekkig presteren, maar van niet presteren. Daarop is de in art. 6:89 BW vervatte klachtplicht, mede gelet op de hiervoor in 4.1.2 vermelde strekking daarvan, niet van toepassing. Wel kan de tijd die de (voormalige) werkgever heeft laten verstrijken tussen ontdekking van de overtreding van het

2 HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, rov. 3.3, onder verwijzing naar HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, rov. 4.3.

beding en het daarop aanspreken van de (voormalige) werknemer, onder omstandigheden grond opleveren voor matiging van verbeurde boetes op de voet van art. 6:94 BW, of – indien aan de daarvoor geldende eisen is voldaan – voor het aannemen van rechtsverwerking.

4.1.4. De klachten van het onderdeel stuiten op het voorgaande af.

4.2. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

– vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 31 januari 2023;

– verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

– veroordeelt [de oud-werknemers] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Centra-Klima begroot op € 7.222,91 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [de oud-werknemers] deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan;

in het incidentele beroep:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt [oud-werknemer B] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Centra-Klima begroot op € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [oud-werknemer B] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

Dit arrest werpt een interessant licht op de plaats van de klachtplicht ex art. 6:89 BW in relatie tot het arbeidsrecht. De klachtplicht is een specifieke in de wet geregelde vorm van rechtsverwerking. De klachtplicht vereist dat een schuldeiser tijdig protesteert bij de schuldenaar nadat hij de tekortkoming heeft ontdekt of had moeten ontdekken. Als de schuldeiser nalaat tijdig te klagen, vervalt de mogelijkheid van een beroep op de tekortko-

ming. De ratio van de klachtplicht is de bescherming van de schuldenaar tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, doordat de schuldenaar erop mag rekenen dat de schuldeiser zonder te lang te dralen onderzoekt of de afspraak wordt nagekomen en een gebrek aan de schuldenaar meedeelt. Een te late klacht kan de schuldenaar immers in zijn bewijspositie schaden.

Dat ligt anders als sprake is van niet-presteren. Dit oordeel van de Hoge Raad dat de klachtplicht ex art. 6:89 BW niet van toepassing is bij schending van een concurrentiebeding sluit aan bij eerdere rechtspraak: de klachtplicht is niet van toepassing in gevallen waarin het gaat om een verbintenis tot nalaten (HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1536, NJ 2021/335). Het gaat bij een concurrentiebeding om niet-presteren: de verbintenis om niet te concurreren wordt niet gestand gedaan (zie voor eenzelfde standpunt in de literatuur bijvoorbeeld ook J.J. Valk, 'Het toepassingsgebied van de klachtplicht', *MvV* 2020/2.1, p. 50 en p. 51). In het licht van de ratio van de klachtplicht ex art. 6:89 BW om de werknemer (de schuldenaar) te behoeden voor een te lang aanhoudende onzekerheid is deze uitkomst begrijpelijk: bij schending van het concurrentiebeding ontbreekt deze onzekerheid. De werknemer weet doorgaans zelf immers dat hij het concurrentiebeding heeft geschonden en in strijd met de contractuele afspraken handelt. Ditzelfde geldt dus ook voor andere verbintenissen tot nalaten zoals een anti-ronselbeding of relatiebeding.

Hoewel deze uitkomst aansluit bij de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad, heeft dit arrest betekenis voor de gedachtenvorming over de rol van de klachtplicht binnen het arbeidsrecht (zie hierover bijvoorbeeld I.L. Gerrits & M. Opdam: 'De klachtplicht in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2017/32). In de literatuur wordt al langer een discussie gevoerd over de noodzaak van een bijzondere klachtplicht in het arbeidsrecht. Voorstanders (zie bijvoorbeeld Y.O. Kempers & Y. Aziz, 'Worden zij die (niet) klagen, overgeslagen?', *TAP* 2020/297) menen dat een bijzondere klachtplicht beter recht zou doen aan de ongelijkheid tussen partijen binnen de arbeidsverhouding. De kernvraag is of de klachtplicht ex art. 6:89 BW niet al voldoende recht doet aan deze ongelijkheid. Kern van de discussie in de literatuur gaat over de vraag of er minder strenge eisen zouden moeten worden gesteld aan de klachtplicht als de

werknemer de schuldeiser is. Voorstanders wijzen op vergelijkbare bijzondere klachtplichten uit het consumentenrecht en het huurrecht, waarin geen onderzoeksplicht voor de 'zwakkere' schuldeiser geldt (Y.O. Kempers & Y. Aziz in *TAP* 2020/297, p. 19). Zij bepleiten een vergelijkbare specifieke klachtplicht voor het arbeidsrecht, waarbij de klachttermijn voor de werknemer pas begint te lopen na daadwerkelijke ontdekking van het gebrek. Van Fenema en Opdam (E.C. van Fenema & M. Opdam, 'Klachtplicht in het arbeidsrecht, heldere lijn gewenst', *ArbeidsRecht* 2023/20) zijn daarentegen geen voorstander van een dergelijke bijzondere klachtplicht: de algemene regeling van art. 6:89 BW biedt in hun optiek voldoende ruimte.

Ook wat ons betreft ontbreekt de noodzaak voor een bijzondere arbeidsrechtelijke klachtplicht waarbij minder strenge eisen ter bescherming van de werknemer als schuldeiser worden gesteld: de algemene regels ten aanzien van de klachtplicht bieden in onderlinge samenhang met het arbeidsrecht voldoende beschermingswaarborgen voor de bijzondere positie van de werknemer als schuldeiser.

Voorop staat dat zowel art. 6:89 BW als het arbeidsrecht voldoende waarborgen voor de zwakkere contractspartij kennen. Zo bevat art. 6:89 BW de mogelijkheid rekening te houden met de hoedanigheid van partijen: wanneer een partij een gebrek 'redelijkerwijs' had moeten ontdekken kan per geval verschillen. Dat deze beschermingsmechanismen adequaat werken wordt scherp geïllustreerd in de rechtspraak over de klachtplicht in relatie tot werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW. Als aangesproken werkgevers zich verweren met de stelling dat de werknemer op grond van art. 6:89 BW eerder had moeten klagen, wordt door de rechter van belang geacht of de werknemer daadwerkelijk op de hoogte was van de schade of de zorgplichtschending – hetgeen blijkens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet snel mag worden aangenomen (zie bijvoorbeeld hof Den Haag 15 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1057; vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600). Daarnaast worden werkgevers geacht op basis van de zorgplicht ex art. 7:658 BW, het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW en de verplichtingen uit de Arbowet ook zelf onderzoek te doen naar (ernstige) arbeidsongevallen, waardoor de werknemer niet aangerekend kan worden dat zijn bewijspositie is

aangetast door tijdsverloop (zie bijvoorbeeld hof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:680). Slechts in die gevallen waarbij de werknemer evident op de hoogte was van het gebrek en de werkgever duidelijk in zijn bewijspositie is geschaad, wordt een dergelijk beroep doorgaans toegewezen (bijvoorbeeld rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:5756).

Tot slot wijzen wij erop dat de bepalingen uit het algemeen vermogensrecht – in het bijzonder Boek 3 en Boek 6 – cumulatief van toepassing zijn op Titel 7.10 BW. Het arbeidsrecht blijft daarmee onderdeel van het algemene verbintenissenrecht. Het uitgangspunt van de systematiek van het BW is onverminderd dat de verschillende onderdelen hiervan in beginsel naast elkaar bestaan. Een specifieke regeling die boven het algemene verbintenissenrecht prevaleert, is alleen gepast als cumulatieve toepassing tot onaanvaardbare resultaten leidt of in strijd is met het systeem en strekking van de wet (*Asser/Heerma van Voss* 7-V 2020/7). In dit kader is relevant scherp voor ogen te houden dat het algemene verbintenissenrecht de werknemer ook bij het ontbreken van de klachtplicht ex art. 6:89 BW voldoende bescherming biedt: zo kan bijvoorbeeld bij schending van het concurrentiebeding door de werknemer een beroep worden gedaan op matiging van de boete ex art. 6:94 BW. Dit alles rechtvaardigt de conclusie dat er geen noodzaak bestaat voor een bijzondere arbeidsrechtelijke klachtplicht.

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe

mr. J.H. Leeman
advocaat bij Stibbe

108

Beoordelen van reële re-integratiekansen op het moment van voorstel tot beëindiging

Hoge Raad

15 maart 2024, nr. 22/03834,

ECLI:NL:HR:2024:400

(mr. De Groot, mr. Sieburgh, mr. Schaafsma,

mr. Makkink, mr. Teuben)

(Concl. A-G De Bock)

Xella-vergoeding. Goed werkgeverschap.

[BW art. 7:611]

In maart 2016 is de werknemer uitgevallen wegens arbeidsongeschiktheid. De werkgever betaalt het loon van de werknemer tot 7 maart 2019 door. Vervolgens ontvangt de werknemer een WGA-uitkering. Op 7 juni 2019 verzoekt de werknemer aan de werkgever om het dienstverband te beëindigen onder toekenning van de transitievergoeding. De werkgever stemt hiermee niet in. Op 1 juli 2020 is de arbeidsovereenkomst van de werknemer van rechtswege geëindigd wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. De werknemer vordert veroordeling van de werkgever tot betaling van een schadevergoeding ter hoogte van de transitievergoeding van € 81.000 bruto. De werknemer legt hieraan ten grondslag dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met goed werkgeverschap door het voorstel van de werknemer om het dienstverband te beëindigen tegen betaling van de transitievergoeding niet te aanvaarden. De kantonrechter en het hof wijzen de vordering af, omdat de werkgever wegens reële re-integratiemogelijkheden van de werknemer een gerechtvaardigd belang had bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. De werknemer stelt hiertegen cassatieberoep in. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad oordeelt dat uit de Xella-beschikking volgt dat het uitgangspunt bij een slapend dienstverband is dat de werkgever als goed werkgever dient in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van het dienstverband onder betaling van de transitievergoeding. Een uitzondering op dit uitgangspunt bestaat

wanneer sprake is van reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer. De beoordeling van de toepasselijkheid van de uitzonderingssituatie dient plaats te vinden naar het moment dat de werknemer het voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding, heeft gedaan. Pas wanneer de werknemer een dergelijk voorstel doet, kan immers de werkgever uit hoofde van goed werkgeverschap gehouden zijn hiermee in te stemmen. Bij de beoordeling of de werkgever op het moment van het voorstel een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst dienen ook, voor zover van belang, feiten en omstandigheden te worden betrokken die zich voor of na dat moment hebben voorgedaan.

NB. In de Xella-beschikking van 8 november 2019 («JAR» 2019/312, m.nt. Otto) oordeelde de Hoge Raad dat slapende dienstverbanden door de werkgever moeten worden beëindigd als de werknemer hierom verzoekt, zulks onder betaling van de transitievergoeding. De werkgever wordt immers vanuit de compensatieregeling (art. 7:673e BW) volledig gecompenseerd voor de te betalen transitievergoeding, zodat het niet meewerken aan een beëindiging op initiatief van de werknemer schending van goed werkgeverschap oplevert. Een uitzondering op de 'Xella-norm', zoals de verplichting van de werkgever is genoemd, betreft de situatie dat de werknemer aan het einde van de wachttijd nog reële re-integratiekansen heeft. De werknemer die bij het einde van de wachttijd geen re-integratiemogelijkheden heeft maar deze wellicht later nog kan ontwikkelen, doet er daarom goed aan zo spoedig mogelijk het beëindigingsverzoek bij de werkgever te doen, omdat het moment van indienen van het verzoek bepalend is voor de vast te stellen re-integratiekansen.

[De werknemer] te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
verweerder in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: de werknemer,
advocaat: M.J. van Basten Batenburg,
tegen
Stichting Regionaal Opleidingscentrum Twente te Hengelo,