
Het concurrentiebeding bij overnames

Het afgelopen jaar is er veel commotie geweest over het wetsvoorstel strekkende tot wijziging van titel 10 van Boek 7 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek (TK 2001-2002, 28 167, nr. 1-2), dat ingrijpende gevolgen zal hebben voor het concurrentiebeding. Er wordt zelfs gevreesd voor de toekomst van het concurrentiebeding na invoering van de voorgestelde nieuwe wetgeving. In de context van titel 10 van Boek 7 houdt een concurrentiebeding kort gezegd in dat de werknemer na het einde van zijn arbeidsovereenkomst op zekere wijze wordt beperkt in zijn vrije arbeidskeuze. Het wetsvoorstel heeft slechts betrekking op het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer en derhalve niet op het concurrentiebeding dat partijen bij een overname van een onderneming plegen af te spreken.

In deze bijdrage behandel ik de mate waarin de nieuwe wetgeving desalniettemin mogelijk gevolgen kan hebben voor het concurrentiebeding in overnameovereenkomsten. Alvorens hierop in te gaan zal ik een kort overzicht geven van de huidige stand van zaken met betrekking tot het concurrentiebeding in overnameovereenkomsten, het concurrentiebeding in arbeidsovereenkomsten, alsmede kort het hiervoor genoemde wetsvoorstel behandelen.

Het concurrentiebeding in de overnameovereenkomst

In veel overnameovereenkomsten wordt een concurrentiebeding opgenomen om te voorkomen dat de verkoper na de overname zal optreden in dezelfde markt als de koper van de zojuist overgedragen onderneming. Op deze manier zou de verkoper immers de door hem overgedragen goodwill (zoals het klantenbestand en/of de know-how) ten eigen bate kunnen exploiteren en zo het belang van de koper bij de overname frustreren.

Vereisten voor geldigheid

Het concurrentiebeding in een overnameovereenkomst moet voldoen aan nationale en Europese mededingingsrechtelijke eisen. Uitgangspunt binnen het Europese en Nederlandse mededingingsrecht is dat een concurrentiebeding dat aan de verkoper wordt opgelegd bij een overname, noodzakelijk kan zijn voor de totstandbrenging van de overname. Om de volledige waarde van de overgedragen activa te verkrijgen moet de koper namelijk een zekere bescherming kunnen genieten tegen concurrentie van de verkoper, zodat hij bijvoorbeeld het vertrouwen van de klanten kan winnen. Anders zou de waarde van de door hem gedane investering snel 'verdampen'. Wel moeten de duur, het geografische bereik en de reikwijdte van het concurrentiebeding strikt beperkt zijn tot hetgeen in dat kader noodzakelijk is (proportionaliteitseis). De Europese Commissie heeft in haar Bekendmaking inzake nevenrestricties (2001/C 188/03) eenduidig aangegeven aan welke voorwaarden een concurrentiebeding moet voldoen. Hieruit volgt dat de toegestane duur van een concurrentiebeding afhankelijk is van hetgeen door de verkoper is overgedragen.

Indien de verkoper alleen (vaste) activa en/of intellectuele-eigendomsrechten heeft overgedragen, zal de waarde ervan in beginsel niet worden aangetast door concurrentie van de verkoper en is een concurrentiebeding overbodig, en dus verboden. In het geval dat de verkoper ook goodwill (zoals het klantenbestand) overdraagt, is een concurrentiebeding van maximaal twee jaar aanvaardbaar. Indien de overname zowel goodwill als knowhowbestanddelen bevat, wordt een concurrentiebeding van maximaal drie jaar aanvaardbaar geacht. Een concurrentiebeding van langere duur kan slechts in een beperkt aantal omstandigheden worden gerechtvaardigd, bijvoorbeeld wanneer kan worden aangetoond dat de klantentrouw ten aanzien van de verkoper langer zal zijn dan twee of drie jaar. Ten slotte, het geografische bereik van het concurrentiebeding dient te worden beperkt tot het gebied waarin de verkoper vóór de overname zijn producten of diensten aanbood.

Ook de Hoge Raad heeft zich in het arrest Kolkman/Cornelisse (HR 1 juli 1997, NJ 1997, 685) uitgesproken over concurrentie na een overname. De Hoge Raad is van mening dat de aard en strekking van een overnameovereenkomst zich in de regel verzet tegen een handelwijze die erop neerkomt dat de verkoper zijn rechtsopvolger, de koper, concurrentie aandoet. Hieruit volgt dat ook wanneer een concurrentiebeding niet uitdrukkelijk in de overnameovereenkomst is opgenomen, een dergelijk verbod volgt uit de aard van de overeenkomst. Voorts wordt concurrentie in deze situatie geacht in strijd te zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid die voortvloeien uit artikel 6:248 BW.

Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst

Op het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst is artikel 7:653 BW van toepassing. Dit artikel schrijft (slechts) voor dat een concurrentiebeding schriftelijk en individueel moet zijn overeengekomen (met een meerderjarige werknemer) om geldig te zijn. Ingeval de werknemer in belangrijke mate door het concurrentiebeding wordt belemmerd om een arbeidsovereenkomst aan te gaan met een nieuwe werkgever, kan de rechter bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen. Uit jurisprudentie volgt voorts dat de rechter op grond van de redelijkheid en billijkheid grenzen kan stellen aan de duur, het geografische bereik en de aard en omvang van de door het concurrentiebeding verboden werkzaamheden.

Wetsvoorstel

Het voorstel tot wijziging van het concurrentiebeding zou oorspronkelijk per 1 juli 2003 van kracht worden. Echter, gezien het feit dat het voorstel op dit moment nog steeds ter behandeling bij de Tweede Kamer ligt en er van verschillende kanten forse kritiek op is geuit, is het niet duidelijk wanneer het wetsvoorstel zal worden ingevoerd. De belangrijkste punten uit het wetsvoorstel zijn de volgende: (1) de duur van het concurrentiebeding wordt gemaximeerd tot één jaar, en (2) de werkgever en de werknemer dienen bij het aangaan van het concurrentiebeding een (maandelijkse) billijke vergoeding overeen te komen die de werkgever aan de werknemer zal betalen tijdens de duur van het concurrentiebeding. Deze vergoeding moet altijd worden betaald, ongeacht of de werknemer door het concurrentiebeding daadwerkelijk in zijn vrije arbeidskeuze zal worden belemmerd. De vergoeding moet er onder meer toe leiden dat de werkgever kritisch zal afwegen of het bedrijfsbelang met een concurrentiebeding wordt gediend. Met de nieuwe wetgeving wil de wetgever een beter evenwicht aanbrengen tussen de belangen van

de werkgever enerzijds en de werknemer anderzijds, alsmede de rechtszekerheid en de arbeidsmobiliteit bevorderen.

De kritiek op het wetsvoorstel richt zich met name op het feit dat de werkgever bij voorbaat een vooraf vastgestelde vergoeding moet betalen, terwijl buiten beschouwing wordt gelaten of de werknemer daadwerkelijk feitelijk door het concurrentiebeding zal worden belemmerd. Ik denk dat het idee van een vooraf vastgestelde vergoeding wel kan standhouden, mits de werkgever bij het einde van de arbeidsovereenkomst de mogelijkheid krijgt om te kiezen of hij het concurrentiebeding wil handhaven jegens de (ex-)werknemer (en als gevolg daarvan de vergoeding zal moeten betalen) of niet. Een ander punt van kritiek betreft de hoogte van de vergoeding. Onduidelijk is wat een billijke vergoeding is (een percentage van het maandsalaris?) en hoe die zal moeten worden bepaald. Dit punt van kritiek deel ik.

Conclusie

Voorop moet worden gesteld dat het concurrentiebeding in de overnameovereenkomst niet op één lijn kan worden gesteld met het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst zoals geregeld in artikel 7:653 BW. Laatstgenoemd artikel dient met name ter bescherming van de werknemer die bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst en het concurrentiebeding wellicht weinig rekening zal houden met de mogelijke gevolgen daarvan in de toekomst. De positie van de verkoper van een onderneming is beduidend anders. Hij is doorgaans een professionele partij die geacht wordt zelf te kunnen overzien wat de gevolgen kunnen zijn van (het aangaan van) een concurrentiebeding bij een overname.

Ik verwacht dat het hiervoor genoemde wetsvoorstel geen of nauwelijks directe invloed zal hebben op het concurrentiebeding in de overnameovereenkomst. Het wetsvoorstel lijkt namelijk te strekken tot een grotere bescherming van de werknemer en zou uiteindelijk moeten leiden tot minder concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten, met als gevolg een verbetering van de mobiliteit van werknemers. Deze belangen spelen echter niet bij het concurrentiebeding in de overnameovereenkomst. De verkoper van een onderneming dient niet te worden beschouwd als een zwakkere partij dan de koper. Daarbij komt dat de verkoper doorgaans een geldbedrag voor de overgedragen onderneming (inclusief de aan de onderneming verbonden goodwill) ontvangt en om die reden geen gebruik meer zou moeten kunnen maken van bijvoorbeeld het klantenbestand. Ik zie dan ook geen reden om de vrijheid van de verkoper te vergroten door bijvoorbeeld de duur van het

Vennootschap & Onderneming

concurrentiebeding van twee resp. drie jaar verder te beperken. Ook het betalen van een vergoeding door de koper aan de verkoper tijdens de duur van het concurrentiebeding lijkt me niet op zijn plaats. Het ‘beconcurreren’ van een overgedragen onderneming wordt immers in beginsel ook al op grond van de redelijkheid en billijkheid onrechtmatig geacht, of er nu uitdrukkelijk een concurrentiebeding is overeengekomen of niet.

Wel dient men zich te realiseren dat de nieuwe wetgeving toch gevolgen kan hebben voor de overnamepraktijk in bredere zin en dan met name ten aanzien van de ‘key employees’ binnen de onderneming. Met deze werknemers wordt doorgaans geen concurrentiebeding overeengekomen in de overnameovereenkomst, alleen al

omdat zij meestal geen partij zijn bij deze overeenkomst. Daarom zal de werkgever deze werknemers, ingeval zij bij de overname opstappen of worden ontslagen, slechts op basis van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst kunnen onthouden van ongewenste concurrentie, gedurende maximaal één jaar én tegen betaling van een billijke vergoeding.

*Mr. L.M. Schuurs
Loyens & Loeff*