

Het concurrentiebeding revisited

Inleiding

Op 13 juli 2006 is het jarenlang voorbereide wetsvoorstel herziening concurrentiebeding door verwerping in de Eerste Kamer op de valreep gesneuveld. Voorafgaand aan de Eerste Kamerbehandeling had de Sociaal-Economische Raad reeds zijn staf over het wetsvoorstel gebroken. Het voorstel zou onvoldoende duidelijk zijn en daarom leiden tot rechtsonzekerheid bij zowel werkgevers als werknemers.

De belangrijkste voorstellen voor aanpassing van het concurrentiebeding, zoals thans neergelegd in artikel 7:653 BW, waren een verplichte 'billijke' vergoeding voor werkgevers bij het overeenkomen van een concurrentiebeding, de beperking van de maximale duur van het concurrentiebeding tot één jaar en de verplichting om in het beding zowel een beperking op te nemen voor wat betreft geografisch bereik als voor wat betreft de aard van de activiteiten. Tevens was een issue of het concurrentiebeding bij de ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:685 BW aan de orde kon worden gesteld. Bij de afwijzing van het voorstel heeft een rol gespeeld dat de regering van mening bleef dat het relatiebeding, waarin een (ex-)werknemer wordt verboden na het einde van de arbeidsovereenkomsten klanten van de (ex-)werkgever te benaderen, niet als een concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 BW moet worden beschouwd. In de praktijk levert een relatiebeding echter wel degelijk een beperking op om, in de woorden van artikel 7:653 BW, 'op zekere wijze werkzaam te zijn'. Daarmee vormt dit een beperking van de vrije arbeidskeuze. Zou de regering gelijk hebben gekregen, dan zouden tegenover deze beperking niet de beschermende aspecten van artikel 7:653 BW – met name de formele totstandkomingsvereisten en de (grote) mogelijkheid van de rechter het beding te matigen of te vernietigen – staan. Terecht werd deze opvatting van de regering een bron voor rechtsonzekerheid en conflicten tussen werknemers en werkgevers geacht.

Nu de huidige regeling van artikel 7:653 BW een 'doorstart maakt', lijkt het nuttig hierna de belangrijkste elementen van de huidige regeling nog eens op een rij te zetten. Achtereenvolgens zal worden stilgestaan bij de totstandkomingsvereisten van het concurrentiebeding, de belangenafweging van de rechter en de vraag in hoeverre na het overeenkomen van het beding opgetreden veranderingen de werking van het concurrentiebeding kunnen beïnvloeden. Tot slot zal nog kort worden ingegaan op de financiële aspecten van het al dan niet naleven van het concurrentiebeding.

Totstandkomingsvereisten

Wordt een concurrentiebeding in het algemeen overeengekomen bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst,

artikel 7:653 BW staat er niet aan in de weg dat het beding tijdens de duur van de overeenkomst wordt aangegaan. Ook kunnen hierover afspraken worden gemaakt als het dienstverband op zijn einde loopt, bijvoorbeeld in een beëindigingsovereenkomst. Althans zolang de arbeidsovereenkomst nog niet is geëindigd; het betreft immers een beding tussen werkgever en werknemer. Zo geldt een concurrentiebeding met een management-BV ook niet als concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 BW voor de via de management-BV werkzame persoon.¹

Het behoeft intussen geen betoog dat wanneer de werkgever na het aangaan van de arbeidsovereenkomst nog een concurrentiebeding wil overeenkomen, de werknemer daar veelal een tegenprestatie voor zal willen bedingen, nu hij in zijn mogelijkheden tot het verwerven van inkomen na einde dienstverband wordt beperkt. In de praktijk ziet men bijvoorbeeld dat wanneer de werkgever de vertrekkende werknemer alsnog aan een concurrentiebeding wil binden, hem een extra hoge vergoeding moet worden meegegeven.

Artikel 7:653 lid 1 BW bevat twee formele vereisten voor een rechtsgeldig concurrentiebeding, te weten de eis van *meerderjarigheid* van de werknemer, met wie een beding wordt afgesloten, en de eis dat het beding *schriftelijk* wordt overeengekomen. Vooral het schriftelijkheidsvereiste heeft voor de nodige procedures gezorgd. De ratio achter het schriftelijkheidsvereiste is – uiteraard – dat de werknemer zich ervan bewust is dat hij instemt met een beperking van zijn recht op vrije arbeidskeuze. Dit bewustzijn zal eerst echt vorm krijgen wanneer bij afloop van de arbeidsovereenkomst duidelijk wordt hoe ingrijpend de beperking is. Niettemin wordt door persoonlijke ondertekening van het beding (bij aanvang of tijdens de loop van de overeenkomst) zo veel mogelijk met waarborgen omkleed dat de werknemer weet waartoe hij zich verbindt. Voldoet een concurrentiebeding in een door de werknemer ondertekende individuele arbeidsovereenkomst dus aan het schriftelijkheidsvereiste, anders is dat voor een concurrentiebeding dat is opgenomen in een afzonderlijke arbeidsvoorwaardenregeling (waarnaar de arbeidsovereenkomst verwijst) of in een cao. In de literatuur wordt betoogd dat wel aan het schriftelijkheidsvereiste wordt voldaan indien het concurrentiebeding is opgenomen in een reglement dat door de werknemer apart wordt ondertekend.² Ondertekening is overigens niet altijd nodig. Zo mag worden aangenomen dat door een per e-mail meegedeelde instemming met een concurrentiebeding voldaan wordt aan het schriftelijkheidsvereiste.

1. O.m. HR 9 juli 1990, NJ 1991, 215 en Hof Amsterdam 9 januari 2003, JAR 2003/35.

2. Zie hierover o.m. A.R. Houweling, Het schriftelijkheidsvereiste bij het concurrentiebeding ex art. 7:653 BW anno 2006, ArA 2006, p. 63 e.v.

Belangenafweging door de rechter

Lid 2 van artikel 7:653 BW geeft de rechter de mogelijkheid het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen wanneer de werknemer door het beding onbillijk wordt benadeeld, dit afgezet tegen het door het beding te beschermen belang van de werkgever. Bij deze belangenafweging door de rechter zullen diverse elementen een rol kunnen spelen. Daarbij zullen uiteindelijk de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn, zodat in graniet gehouwen regels niet kunnen worden geformuleerd.

Pro werkgever

Voor de werkgever zal veelal spreken dat hij geloofwaardig maakt dat zijn bedrijfsdebet (zijn markt en alles wat daarbij hoort) moet worden beschermd tegen de ex-werknemer die over specifieke en bedrijfsgevoelige informatie kan beschikken. Heeft de werkgever de vrijwillig vertrekende werknemer nog eens uitdrukkelijk voorgehouden hoeveel belang hij hecht aan de naleving van het concurrentiebeding, waarna de werknemer dit beding willens en wetens overtreedt, dan ligt een veroordeling tot naleving voor de hand. Zelfs een positieverbetering van de werknemer kan daaraan volgens de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda niet afdoen.³ De indiensttreding bij de concurrent kwam de ex-werknemer in die kwestie te staan op een boete van € 50.000! De rechter zal de balans ook laten doorslaan naar de werkgever wanneer deze kan aantonen substantiële investeringen te hebben gedaan in de opleiding van de werknemer, van welke investeringen de concurrent vervolgens de vruchten dreigt te plukken. Echter, moet de werknemer gedwongen vertrekken en blijkt de werkgever zelf al het nodige profijt te hebben getrokken van de opleiding, dan zal de werknemer bij de belangenafweging wel weer aan het langste eind trekken.⁴

Pro werknemer

Ten gunste van de werknemer uitvallende omstandigheden kunnen zijn dat de werknemer binnen het bedrijf van de werkgever niet voldoende mogelijkheden krijgt tot doorgroei en bij de concurrent dan wel als zelfstandige een positieverbetering kan realiseren.⁵ Tevens kan meespelen dat de werknemer zich bevindt in een gespecialiseerd marktgebied, waarbij naleving van een concurrentiebeding ertoe zou leiden dat hij feitelijk geen mogelijkheden heeft binnen afzienbare tijd een andere werkgever te vinden.⁶ Voorts kunnen ook de duur van het dienstverband (volgens de voorzieningenrechter te Hilversum mag de duur van het concurrentiebeding de duur van de arbeidsover-

eenkomst niet overschrijden⁷), het initiatief tot beëindigen van het dienstverband en bij de wederpartij opgewekt vertrouwen het pleit beslechten. Tegen het feit dat de werkgever het vertrouwen had gewekt de werknemer niet aan het concurrentiebeding te houden, kon volgens de Utrechtse voorzieningenrechter zelfs een door de werkgever aangeboden vergoeding van één jaarsalaris niet opwegen.⁸

Resultaat belangenafweging

Afhankelijk van het resultaat van de belangenafweging kan de rechter het concurrentiebeding in stand laten (eventueel onder oplegging van een vergoeding te betalen door de werkgever, waarover meer onder het kopje 'Financiële aspecten'), volledig vernietigen of matigen. Een matiging kan betrekking hebben op een beperking van het geografisch gebied, een beperking van de duur van het concurrentiebeding of een specificatie van de door het concurrentiebeding bestreken concurrenten of activiteiten. In de praktijk wordt niet zelden gekozen voor het opleggen van het ten opzichte van een concurrentiebeding minder ingrijpende, maar doeltreffende relatiebeding, waarbij het de ex-werknemer verboden wordt (bepaalde) relaties te benaderen dan wel daarvoor activiteiten te verrichten.⁹

Overigens kunnen buiten de genoemde belangenafweging op grond van artikel 7:653 lid 2 BW tevens de redelijkheid en billijkheid een doorslaggevende rol spelen.¹⁰

Veranderingen die de geldigheid van een concurrentiebeding kunnen beïnvloeden

Functiewijziging. In het bekende arrest Brabant/Van Uffelen¹¹ oordeelde de Hoge Raad dat een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding die van dien aard is dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder gaat drukken op de werknemer, vereist dat deze opnieuw schriftelijk moet worden overeengekomen. Bij gebreke daarvan verliest het beding zijn geldigheid. In dat geval ging het om een makelaar die als assistent in dienst was gekomen en was opgeklimmen tot statutair directeur en beëdigd makelaar, waardoor het aanvankelijk overeengekomen concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder was gaan drukken. De Hoge Raad hechtte belang aan de wijziging in arbeidsrechtelijke en wettelijke status, alsook aan de wijziging in de inhoud van de functie en de maatschappelijke status daarvan. Het blijkt nadien lastig vast te stellen welke van deze factoren doorslaggevend is voor de vraag of het

3. V.zr. Rb. Breda 5 juli 2006, JAR 2006/205.

4. Hof Arnhem 13 december 2005, JAR 2006/31.

5. Hof Arnhem 25 juli 2006, JAR 2006/226 en V.zr. Rb. Utrecht 16 mei 2006, JAR 2006, 167.

6. Hof Den Bosch 3 juni 2003, LJN AH9119 en V.zr. Rb. Utrecht 15 april 2004, JAR 2004/129.

7. V.zr. Hilversum 25 juli 2006, JAR 2006, 218.

8. V.zr. Rb. Utrecht 16 mei 2006, JAR 2006, 167.

9. Bijv. Hof Amsterdam 28 juli 2005, JIN 2005/452; Hof Den Haag 2 september 2005, JAR 2005/267 en Ktr. Eindhoven 16 mei 2006, JAR 2006/145.

10. Zie hierover E.C. Runia, Het concurrentiebeding en de redelijkheid en billijkheid, *ArbeidsRecht* 2005/11, p. 57 e.v.

11. HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467.

beding zwaarder is gaan drukken. Duidelijk is evenwel dat een enkele verschuiving van taken en verantwoordelijkheden¹² of een promotie die in de lijn der verwachtingen ligt,¹³ niet tot dat oordeel zal leiden. Anders was dat voor de werknemer die na een dienstverband van bijna twintig jaar een directiefunctie was gaan bekleden, welke functie een wijziging in maatschappelijke status met zich bracht en die niet had kunnen worden voorspeld bij indiensttreding.¹⁴ De Hoge Raad liet in dat geval bij het oordeel dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder was gaan drukken, tevens de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer meewegen.

Voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Artikel 7:668 BW regelt de situatie dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stilzwijgend wordt voortgezet. De overeenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor dezelfde periode en onder dezelfde voorwaarden. Is in de schriftelijk aangegane arbeidsovereenkomst die stilzwijgend wordt voortgezet een concurrentiebeding opgenomen, dan wordt aangenomen dat dit ook in de voortgezette arbeidsovereenkomst is opgenomen.¹⁵ Aan het schriftelijkheidsvereiste is aldus voldaan. In gevallen waarbij partijen schriftelijk overeenkomen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voort te zetten voor (on)bepaalde tijd, waarbij zij zich al dan niet uitlaten over een wijziging in de arbeidsvoorwaarden, doet de werkgever er evenwel goed aan opnieuw schriftelijk een concurrentiebeding overeen te komen. Hij kan er niet van uitgaan dat de enkele schriftelijke vermelding dat de arbeidsvoorwaarden gelijk blijven, het concurrentiebeding onverkort in stand laat.¹⁶

Overgang van onderneming. Bij een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW treden de betrokken werknemers met behoud van hun arbeidsvoorwaarden van rechtswege in dienst van de verkrijger. Dit brengt mee dat een dergelijke overgang op zich geen consequenties heeft voor de geldigheid van het met de vervreemder overeengekomen concurrentiebeding; dit behoeft dus niet opnieuw schriftelijk te worden overeengekomen met de verkrijger.¹⁷ Onder omstandigheden kan een overgang van onderneming wel meewegen bij de vraag of een concurrentiebeding zwaarder is gaan drukken op de werknemer. Zoals hiervoor is aangegeven, heeft niet iedere feitelijke verzwaring tot gevolg dat het concurrentie-

beding op straffe van verval opnieuw schriftelijk moet worden aangegaan.¹⁸ Bij een overgang die niet op grond van artikel 7:662 BW als een overgang van onderneming wordt gekwalificeerd, dient een concurrentiebeding wel opnieuw schriftelijk te worden overeengekomen.¹⁹

Faillissement. Bij een belangenafweging ten aanzien van de houdbaarheid van een concurrentiebeding in een faillissementsituatie kan onderscheid worden gemaakt in de situatie waarin een doorstart van (een deel van) de onderneming plaatsvindt en wanneer dit niet het geval is. In het eerste geval wordt vaak aangenomen dat de curator er belang bij heeft dat het concurrentiebeding van de werknemers die meegaan met de doorstart, gehandhaafd blijft (art. 7:662 BW is op grond van art. 7:665 BW niet van toepassing op een doorstart na faillissement). Anders zouden zijn mogelijkheden tot een verkoop van de onderneming worden belemmerd.²⁰ Behoort een doorstart niet tot de mogelijkheden, dan lijkt de curator geen enkel belang te hebben bij handhaving van het concurrentiebeding en kan ervan worden uitgegaan dat dit vervalt.²¹

Financiële aspecten

Als de hiervoor beschreven belangenafweging een instandhouding van het concurrentiebeding billijkt, kan de rechter aan de werkgever opleggen de werknemer een billijke vergoeding te betalen voor de duur van de beperking (art. 7:653 lid 4 BW). In het wetsvoorstel herziening concurrentiebeding werd een verplichte billijke vergoeding voor de werkgever voorgesteld. Nu het wetsvoorstel van de baan is, rijst de vraag of rechters desalniettemin waarde zullen hechten aan een vooraf overeengekomen vergoeding bij de beoordeling van de houdbaarheid van een concurrentiebeding. Toekomstige jurisprudentie zal dit leren.

Ter bevordering van de naleving van een concurrentiebeding wordt vaak een boeteclausule in de overeenkomst opgenomen. Anders dan gebruikelijk in het arbeidsrecht is het vereiste uit artikel 7:650 lid 3 BW, op grond waarvan de bestemming van de boete verplicht moet worden opgenomen, niet van toepassing op de boete op overtreding van het concurrentiebeding.²² De rechter kan de boete matigen op grond van artikel 6:94 lid 3 BW,²³ welke bevoegdheid van de rechter – op straffe van nietigheid van het concurrentiebeding – door partijen niet kan wor-

12. Hof Den Haag 20 december 2002, JAR 2003/36 en Hof Amsterdam 14 augustus 2003, JAR 2003/224.

13. Bijv. Ktr. Rotterdam 25 februari 2004, JAR 2004/199; Hof Amsterdam 28 juli 2005, RAR 2005/100 en Hof Leeuwarden 19 oktober 2005, JAR 2006/32.

14. HR 25 oktober 2002, JAR 2002/277.

15. Hof Den Haag 15 mei 1957, NJ 1957, 670; Ktr. Eindhoven 17 juli 1997, JAR 1997/178 en Ktr. Alphen aan den Rijn 7 juli 1998, JAR 1998/204.

16. Hof Amsterdam 26 maart 1998, JAR 1998/125.

17. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 235 (Ibes/Atmos).

18. Hof Leeuwarden 19 oktober 2005, JAR 2006/32.

19. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 234 (Van der Pasch/Hydrauldyne Beheer).

20. Ktr. Amsterdam 29 april 1998, JOR 2000/131 en Ktr. Den Haag 12 december 2001, JAR 2002/5.

21. Ktr. Utrecht 12 september 2000, JOR 2000/248; zie hierover ook: S.A. Tan & R.M.L. Keunen, Het concurrentiebeding in faillissement, *ArbeidsRecht* 2003/5, p. 16 e.v.

22. HR 4 april 2003, JAR 2003/107 (Ghisyanwan/LAN Analist).

23. Bijv. Ktr. Zaandam 27 juli 2006, JAR 2006/204.

den beperkt.²⁴ Anderzijds kan de rechter de naleving van het beding (extra) bevorderen door het opleggen van een dwangsom. In lijn met de gedachte dat het doel van het concurrentiebeding is dat de werknemer zich onthoudt van concurrerende werkzaamheden en dat de werkgever zich de inning van de boete bij overtreding niet tot doel heeft gesteld, kreeg de werknemer die door betaling van de op een concurrentiebeding gestelde boete dacht daarmee bevrijd te zijn van de nakoming van het beding, nul op het rekest.²⁵

Voorts zij vermeld dat in een ontbindingsprocedure bij de bepaling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding rekening kan worden gehouden met een concurrentiebeding. Blijft voor de werknemer de beperking gelden, dan zal dat over het algemeen leiden tot een hogere vergoeding. Dienovereenkomstig oordeelde de kantonrechter te Breda dat de ontbindingsvergoeding zou worden verminderd naarmate het concurrentiebeding door de werkgever werd gematigd.²⁶ Dat de rechter bij de ontbindingsvergoeding rekening houdt met het concurrentiebeding, sluit echter niet uit dat de geldigheid ervan vervolgens apart aan de rechter kan worden voorgelegd.²⁷

Tot slot

Dat het wetsvoorstel herziening concurrentiebeding is afgewezen, wil niet zeggen dat geen van de daarin voorgestelde wijzigingen invloed heeft op de praktijk. Sommige aspecten, waaronder de maximale duur van het concurrentiebeding van één jaar, worden reeds als uitgangspunt genomen. Niettegenstaande de casuïstische benadering van de rechtspraak kan voor de praktijk een voorzichtig handvat worden geboden voor de 'houdbaarheid' van een concurrentiebeding, gezien ook de minder bekritiseerde punten uit het wetsvoorstel. Het concurrentiebeding zal naast de beperkte duur ook zo veel mogelijk dienen te worden beperkt voor wat betreft het geografisch bereik en zo nauwkeurig mogelijk moeten worden omschreven qua activiteiten. Voorts lijkt een vooraf overeengekomen redelijke vergoeding voor het geval de werkgever de werknemer aan het concurrentiebeding wil houden, bij te dragen aan de houdbaarheid. Bij ingrijpende wijzigingen in de arbeidsverhouding doet de werkgever er voorts goed aan het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk met de werknemer overeen te komen.

Ten slotte verdient nog vermelding dat ook sprake kan zijn van onrechtmatige werknemersconcurrentie zonder dat partijen een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst overeen zijn gekomen. Uitgangspunt is dat het de ex-werknemer vrijstaat na einde dienstverband met de ex-werkgever te concurreren. Eerst wanneer sprake is van het stelselmatig en substantieel benaderen van relaties van de ex-werkgever, waarbij tevens afbreuk wordt gedaan aan zijn bedrijfsdebet, kan sprake zijn van onrechtmatige werknemersconcurrentie.²⁸

*Mr. M. Kort
Stibbe*

24. Ktr. Dordrecht 18 mei 2006, JAR 2006/144.

25. Rb. Groningen 5 februari 1998, JAR 1998/121.

26. Ktr. Breda 8 juni 2006, JAR 2006/160.

27. Hof Leeuwarden 2 februari 2005, JAR 2005/171.

28. Zie hierover o.m. F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie: beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*, Deventer: Kluwer 1995 en A.J.C. van Bommel, 'Als je van mijn klanten maar afblijft', de (on)rechtmatigheid van concurrentie door ex-werknemer bij gebreke van een non-concurrentiebeding, *ArbeidIntegraal* 2005-2, p. 57.