

Concurrentiebeding bij overgang van onderneming

Mr. R.J. Veerman *

Inleiding

Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst dient ter (gedeeltelijke) voorkoming van ongeoorloofde concurrentie van de ex-werknemer ten opzichte van de voormalig werkgever.¹ Het concurrentiebeding kan ook risico's voor zowel de werkgever als de werknemer met zich meebrengen. Logischerwijs speelt het concurrentiebeding een rol bij een wisseling van werkgever. Immers, de identiteit van de werkgever bepaalt de dynamiek van het concurrentiebeding. Het is interessant om dit in de context van overgang van onderneming – als neergelegd in de artikelen 7:662 tot en met 7:666 BW – te plaatsen. De vraag die centraal staat in deze bijdrage is of het concurrentiebeding, als overeengekomen bij de werkgever/vervreemder, kan worden gehandhaafd bij een overgang van onderneming.

Daarbij speelt ook de vraag of er een informatieplicht voor de werkgever is om de werknemers in kennis te stellen van een mogelijke gebondenheid aan het concurrentiebeding na de overgang van onderneming. In dit verband deed het Hof Leeuwarden recent een interessante uitspraak in de zogenaamde Nacap-zaak.² Ik zal aan de hand van deze uitspraak de relatie tussen de informatieplicht van de werkgever/vervreemder en de geldigheid van het concurrentiebeding behandelen.

Het concurrentiebeding bij overgang van onderneming

Juridisch kader overgang van onderneming

Om te bepalen of het concurrentiebeding bij een overgang van rechtswege overgaat, zal eerst bepaald moeten worden of de overgang überhaupt kwalificeert als overgang van onderneming. De Europese regels met betrekking tot overgang van onderneming zijn geïmplementeerd in de artikelen 7:662 tot en met 7:666 BW.³ De strekking van deze regeling is de bescherming van werknemers doordat zij van rechtswege in dienst treden bij de verkrijgende onderneming, met behoud van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de originele arbeidsovereenkomst.

Met andere woorden: de rechten en verplichtingen die op grond van de arbeidsovereenkomst voor de overdragende ondernemer (hierna: de Vervreemder) ten opzichte van de werknemer bestaan, gaan krachtens artikel 7:663 BW van rechtswege over op de verkrijgende ondernemer (hierna: de Verkrijger). Dit geldt alleen voor de rechten en plichten die op het tijdstip van de overgang uit de dan nog niet geëindigde arbeidsovereenkomst voortvloeien.⁴ Het is niet mogelijk om – al dan niet met instemming van de werknemer – af te wijken van deze wettelijke bepaling. De Vervreemder blijft tot één jaar na de overgang hoofdelijk aansprakelijk voor het nakomen van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan voor het tijdstip van de overgang van onderneming.

Het concurrentiebeding na overgang

Wanneer er sprake is van overgang van onderneming, gaan in beginsel alle werknemers mee over onder behoud van alle arbeidsvoorwaarden. De overgang van rechten en verplichtingen betekent onder meer dat het concurrentiebeding van rechtswege mee overgaat op de Verkrijger, aldus de Hoge Raad in het Ibes/Atmos-arrest.⁵ Als er sprake is van overgang van onderneming, hoeft de Verkrijger dus in beginsel niet opnieuw schriftelijk een concurrentiebeding met de werknemer af te sluiten volgens de vereisten van artikel 7:653 BW.

De identiteit van de werkgever bepaalt de dynamiek van het concurrentiebeding. Vaak refereert het concurrentiebeding aan de activiteiten die verwant zijn aan of concurrerend met die van de werkgever of de aan hem gelieerde (groeps)vennootschappen. Dit levert een zeker spanningsveld op indien de werkgever van kleur verandert. Daardoor kan het concurrentiebeding een nieuwe – zwaardere – lading krijgen. De werknemer hoeft niet te betreurd te zijn: het concurrentiebeding kan (gedeeltelijk) vervallen ter gelegenheid van de overgang van onderneming. Het concurrentiebeding verliest dan zijn werking totdat het opnieuw schriftelijk is overeengekomen. De werknemer krijgt zo de gelegenheid om de consequenties van het concurrentiebeding te heroverwegen.

De overgang *an sich* is onvoldoende om het verval te realiseren. Het verval kan – onder meer – optreden indien sprake is van een aanmerkelijke verzwaring van het concurrentie-

* Mr. R.J. Veerman is advocaat bij Stibbe.

1. F.B.J. Grapperhaus, 'Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst – waartoe, waarvoor?', *ArA* 2003, p. 7.
2. Hof Leeuwarden 13 november 2012, LJN BY31143.
3. Richtlijn nr. 77/187 van 14 februari 1977 (PbEG 1977, L 61/26), vervangen door Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 (PbEG 1998, L 201/88), vervangen door Richtlijn nr. 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 2001, L 82/16).

4. HR 20 april 1990, NJ 1990, 729 (Beugels/Tarco).

5. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 235 (Ibes/Atmos). Zie ook: C. Asser en G.J.J. Heema van Voss, *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere Overeenkomsten, Arbeidsovereenkomst*; Deventer: Kluwer 2012, nr. 228.

beding. Hierbij kan een parallel worden getrokken met het verval van een concurrentiebeding buiten overgang van onderneming.⁶ Het concurrentiebeding buiten overgang van onderneming kan inhoudelijk veranderen en zwaarder gaan drukken. Ook bij overgang van onderneming speelt de standaardtoets uit het arrest Brabant/Van Uffelen een rol.⁷ In dit arrest formuleerde de Hoge Raad twee drempelcriteria voor het buitenspel zetten van het 'oude' concurrentiebeding: (i) de arbeidsverhouding wordt ingrijpend gewijzigd en (ii) er zijn zwaarwegende bijkomende omstandigheden waardoor het concurrentiebeding een dusdanig ander karakter krijgt, dat het aanmerkelijk zwaarder gaat drukken op de werknemer (hierna: het 'zwaarder drukken'-criterium).⁸ Dit behelst een dubbele cumulatieve toets: indien aan beide criteria is voldaan, moet het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk worden overeengekomen. In de rechtspraak is na de AVM-arresten een trend te signaleren dat een beroep op het 'zwaarder drukken'-criterium zelden slaagt.⁹

Uit de jurisprudentie volgt een aantal belangrijke gezichtspunten ter beoordeling van de twee genoemde drempelcriteria. Allereerst is van belang dat de wijziging in de arbeidsverhouding redelijkerwijs niet-voorzienbaar was. Met andere woorden: de overgang van onderneming moet niet voorzienbaar zijn geweest – of in de lijn der verwachting liggen – op het moment dat het concurrentiebeding werd overeengekomen. Daarnaast is van belang of, en zo ja in hoeverre en in welke mate, het concurrentiebeding een belemmering zal vormen voor de werknemer om een gelijkwaardige dienstbetrekking te gaan bekleden.¹⁰ Er moet steeds een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie vóór en ná de overgang.

Het 'zwaarder drukken'-criterium speelt voornamelijk bij een (wezenlijke) verruiming van het geografische bereik (zoals extensie van nationaal naar continentaal niveau) of het functionele bereik (zoals een verzwaring van takenpakket en verantwoordelijkheden). De wijziging van het functionele bereik kan zich voordoen indien de functie van een werknemer aanzienlijk wordt gewijzigd na de overgang van onderneming. Daarbij is het van belang rekening te houden met een natuurlijk carrièreverloop. Het feit dat een werknemer met het voortduren van diens carrière meer ervaring en verantwoordelijkheden krijgt, leidt niet automatisch tot het slagen van het 'zwaarder drukken'-criterium. De kantonrechter te Emmen oordeelde dat de functie van de werknemer ingrijpend was gewijzigd doordat de werknemer in plaats van een uitvoerende buitendienstfunctie een commerciële leidinggevende binnendienstfunctie ging vervullen.¹¹ De kantonrechter te 's-Gravenhage

oordeelde dat het concurrentiebeding door de overname een ruimere werkingssfeer heeft gekregen, omdat de bedrijfsomschrijving van de Verkrijger ruimer was dan die van de Vervreemder.¹² Daardoor was het concurrentiebeding zwaarder gaan drukken en had het bij de overname opnieuw overeengekomen moeten worden.

Tussenconclusie

De geschetste uitgangssituatie is nu dat de werknemer in principe ook ná overgang van onderneming gebonden is aan het concurrentiebeding, tenzij de werknemer zich succesvol kan beroepen op de dubbele cumulatieve toets. Daartoe dient de arbeidsverhouding ingrijpend te worden gewijzigd en moet het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder gaan drukken op de werknemer.

De informatieplicht

Bij de geldigheid van het concurrentiebeding ná overgang van onderneming speelt ook een andere belangrijke vraag, namelijk of op de Vervreemder de plicht rust om de werknemers te informeren over de gebondenheid aan het concurrentiebeding ná overgang van onderneming. Schending van deze informatieplicht tast mogelijk de geldigheid van het concurrentiebeding aan. Dit is een ongewenst effect, nu de overgegangene werknemers vermoedelijk mede de waarde van de Verkrijger zullen bepalen. Het is daarom van belang om concurrerende werkzaamheden van ex-werknemers na beëindiging van hun dienstverband zoveel mogelijk te voorkomen. Dit kan immers een aanzienlijke waardevermindering van de onderneming van de Verkrijger tot gevolg hebben. Deze informatieplicht zal worden besproken in het licht van de uitgangssituatie waarin de werknemer na de overgang van onderneming in principe is gebonden aan het concurrentiebeding.

Juridisch kader informatieplicht

Artikel 7:665a BW

In de regel zullen de Vervreemder en de Verkrijger op grond van de Wet op de ondernemingsraden de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging moeten raadplegen met betrekking tot de overgang van onderneming. Indien er geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging aanwezig is, kan een beroep worden gedaan op artikel 7:665a BW. In dit artikel is een informatieplicht opgenomen voor de Vervreemder en de Verkrijger jegens de eigen werknemers die betrokken zijn bij de overgang van onderneming. Deze betrokkenheid ontstaat indien de overgang aanzienlijke gevolgen voor hen heeft. Het is verder van belang dat de kennisgeving tijdig plaatsvindt, namelijk op het tijdstip dat het besluit tot overgang nog niet is genomen en de datum van overgang nog niet vastligt.

De informatieplicht heeft onder meer gevolgen voor een mogelijk beroep op het concurrentiebeding na overgang van onderneming. Immers, de Vervreemder moet – op basis van

6. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 114-115.

7. HR 9 maart 1979, NJ 1979, 797 (Brabant/Van Uffelen).

8. Beltzer 2008, p. 114-115.

9. HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 (AVM/Osinga) en HR 5 januari 2007, JAR 2007/38, RAR 2005, 37 (AVM/Spaan). Zie ook: A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 134.

10. A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 134.

11. Ktr. Emmen 3 februari 2010, JAR 2010/17.

12. Ktr. 's-Gravenhage 23 december 1992, JAR 1993/46.

artikel 7:665a BW – zijn werknemers die betrokken zijn bij de overgang van onderneming tijdig informeren over de overgang. Dit betekent dat de werknemers in kennis moeten worden gesteld van: (i) het voorgenomen besluit tot overgang; (ii) de voorgenomen datum van de overgang; (iii) de redenen van de overgang; (iv) de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers en (v) de ten aanzien van de werknemers te overwegen maatregelen.

Goed werkgeverschap

De wettelijke regeling van artikel 7:665a BW dient los te worden gezien van het feit dat de werkgever zijn werknemers op grond van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW) ook volledig dient in te lichten over de rechtsgevolgen van een overgang van onderneming. De eisen van goed werkgeverschap leiden ertoe dat werknemers recht hebben op voldoende openheid en duidelijkheid van zaken en een volledige voorlichting over hun rechtspositie bij de overgang van onderneming. In 2007 oordeelde de Hoge Raad in het Rabobank/Allard-Van Kuijck-arrest dat de Vervreemder in strijd handelt met zijn verplichtingen als goed werkgever indien hij een werknemer bij een overgang van onderneming onvolledig en onjuist voorlicht over zijn rechtspositie.¹³ De werknemer kan dan op onvolledige en onjuiste gronden tot een keuze bewogen worden (bijvoorbeeld aanvaarding van andere arbeidsvoorwaarden), waarmee hem de door artikel 7:663 BW beoogde bescherming wordt ontnomen. De Hoge Raad bevestigde deze rechtsregel in het arrest Bos/Pax.¹⁴

De informatieplicht voor de Vervreemder reikt dus ver. Dit geldt zeker indien de voorgenomen overgang van onderneming meer ongunstige omstandigheden voor de werknemer tot gevolg heeft. In dat geval zal er een verdergaande informatieplicht op de Vervreemder rusten.¹⁵ Uit de rechtspraak blijkt dat naleving van de informatieplicht door de Vervreemder een relevante omstandigheid kan zijn voor de afdwingbaarheid van een concurrentiebeding.¹⁶ Zo overwoog de kantonrechter te Emmen dat van de Vervreemder op basis van artikel 7:665a BW juncto artikel 7:611 BW verwacht had mogen worden dat hij zijn (ex-)werknemers tijdig in kennis had gesteld van het (voort)bestaan van het concurrentiebeding na overgang van onderneming.¹⁷ De kantonrechter baseerde zich voornamelijk op de in artikel 7:665a sub d BW opgenomen informatieverplichting betreffende de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang van de onderneming. De kantonrechter benadrukte dat – ook los van de ingrijpende functiewijziging van de betrokken werknemer – verval van het concurrentiebeding al aangewezen zou zijn geweest.

Recent boog ook het Hof Leeuwarden zich over deze vraag in de zogenaamde Nacap-zaak.¹⁸

De Nacap-zaak

De feiten

In de Nacap-zaak boog het Hof Leeuwarden zich over de vraag of op de werkgever de plicht rust om werknemers te informeren over gebondenheid aan het concurrentiebeding door overgang van onderneming. Twee werknemers waren werkzaam bij verschillende vennootschappen binnen het Nacap-concern. In 1990 sloten zij een concurrentiebeding met bijbehorende boeteclausule af. In 1992 zijn de twee werknemers intra-concern overgegaan van de vennootschap van indiensttreding (hierna: Nacap Oud) naar een nieuw opgerichte vennootschap, Nacap B.V. (hierna: Nacap). Nacap droeg in de periode van 1992 tot 2004 verschillende statutaire namen, waaronder die van Nacap. Nacap Oud verrichtte – grotendeels – dezelfde activiteiten als Nacap maar stond geregistreerd onder een ander nummer bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Er ontstond onduidelijkheid over de vraag of de twee werknemers inderdaad (intra-concern) waren overgegaan – met behoud van het concurrentiebeding – als gevolg van overgang van onderneming.

In 2010 beëindigden de werknemers hun dienstverband en traden aansluitend in dienst bij één van de concurrenten van Nacap. Vóór deze indiensttreding verrichtten de werknemers onderzoek naar de geldigheid van het concurrentiebeding. De werknemers kwamen tot de conclusie dat zij niet meer aan het indertijd overeengekomen concurrentiebeding zijn gebonden en baseerden dit op de stelling dat de originele arbeidsovereenkomst uit 1990 is beëindigd. Anderzijds beroept Nacap zich op het concurrentiebeding als overeengekomen in 1990.

In de procedure die volgde, diende Nacap de (intra-concern)overgang van onderneming te bewijzen. Vanwege de ontstane onduidelijkheid over de overgang, speelde ook de vraag of Nacap de werknemers voldoende heeft geïnformeerd over de (mogelijke) gevolgen van de intra-concernovergang in 1992.

De kantonrechter

De kantonrechter te Heerenveen oordeelde in eerste aanleg dat er sprake was van overgang van onderneming, waardoor het concurrentiebeding van rechtswege zou zijn overgegaan op Nacap. De overgang van onderneming is echter 'geruisloos' gegaan. Met andere woorden: de betrokken werknemers hadden geen kennis van de overgang en zijn niet geïnformeerd over de gevolgen. De werknemers bepleitten dan ook dat Nacap naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep kan doen op het concurrentiebeding. Ze stelden onder meer dat Nacap Oud – als Vervreemder – zich zodoende niet als goed werkgever had gedragen. Ten tijde van de Nacap-zaak was de informatieplicht uit artikel 7:665a BW nog niet van kracht, nu deze bepaling op 1 juli 2002 in werking is getreden.

De kantonrechter oordeelde dat het concurrentiebeding – ondanks de schending van de informatieplicht – in stand bleef. Nacap Oud had op basis van goed werkgeverschap de werknemers volledig moeten inlichten omtrent de rechtsge-

13. HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 (Rabobank/Allard-Van Kuijck).

14. HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Bos/Pax).

15. A.L. Hustinx, Informatievoorziening aan werknemers bij overgang van onderneming, AR 2009/8-9.

16. Ktr. Assen 9 februari 2010, LJN BL6787.

17. Ktr. Emmen 3 februari 2010, JAR 2010/17.

18. Hof Leeuwarden 13 november 2012, LJN BY31143.

volgen van een overgang van onderneming. De kantonrechter refereerde vervolgens aan de behandeling van de informatieplicht door de betrokken ministers in de Kamercommissie voor Justitie.¹⁹ Hieruit zou blijken dat de schending van de informatieplicht van Nacap Oud geen effect heeft of kan hebben op de overgang van onderneming. De werknemers gaan in appèl.

Het Hof

Het Hof Leeuwarden oordeelde ook dat het concurrentiebeding in stand blijft. Het Hof stelde dat Nacap Oud (als Vervreemder/werkgever) vanuit goed werkgeverschap had moeten onderbouwen dat haar een beroep op het concurrentiebeding toekwam. Hiertoe behoorde ook een uitleg over de overgang van het concurrentiebeding na overgang van onderneming. Dit gold temeer nu de werknemers hun redenen hadden om te betwijfelen dat Nacap het concurrentiebeding mocht invoeren.

Vervolgens overwoog het Hof dat de schending van de informatieplicht van Nacap Oud er niet automatisch toe leidde dat het beding opzij werd gezet. Het Hof oordeelde dat de werknemers kort voor de daadwerkelijke overstap naar de concurrent diepergaand onderzoek hadden kunnen doen naar de werking van het concurrentiebeding. Kennelijk hadden de werknemers dit nagelaten en de gok genomen dat Nacap zich niet op het beding zou gaan beroepen. De werknemers waren – ondanks beroep op het concurrentiebeding door Nacap – vlak voor hun overstap direct in dienst getreden bij de concurrent, zonder Nacap een redelijke termijn te stellen voor onderbouwing van haar recht. Het feit dat de werknemers diepgaander onderzoek hadden kunnen doen naar de werking van het concurrentiebeding, leidde er volgens het Hof toe dat zij de (weliswaar gematigde) prijs betalen van de schending van het concurrentiebeding.

Bespreking arrest

Het feit dat de werkgever uit hoofde van goed werkgeverschap kon worden aangesproken op het ontbreken van voldoende informatievoorziening ten aanzien van de overgang van onderneming, is niets nieuws onder de zon. Uit het arrest bleek wel dat de informatieplicht uit hoofde van goed werkgeverschap ook een rol kan spelen indien de Verkrijger in de periode ná de overgang een beroep doet op het overgegangene concurrentiebeding. Het Hof legde de Verkrijger in dat geval de verplichting op om een beroep op het concurrentiebeding nader te onderbouwen, mede daaronder begrepen de uitleg over de overgang van het concurrentiebeding. Daarbij leidde een schending van laatstgenoemde informatieplicht in de Nacap-zaak niet direct tot de conclusie dat het concurrentiebeding zijn geldigheid verloor. Het Hof oordeelde dat van de werknemers verwacht had mogen worden, dat zij – alvorens bij een concurrent in dienst te treden – een termijn stelden waarbinnen de Verkrijger zijn beroep op het concurrentiebeding nader had kunnen onderbouwen.

Tot slot

De werknemer is in principe ook ná de overgang van onderneming gebonden aan het concurrentiebeding, tenzij de arbeidsverhouding ingrijpend wordt gewijzigd en er zwaarwegende bijkomende omstandigheden zijn waardoor het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder gaat drukken op de werknemer. In dat geval moet het concurrentiebeding schriftelijk worden bevestigd of aangepast.

Het is van belang dat de Vervreemder de werknemers tijdig in kennis stelt van het (voort)bestaan van een concurrentiebeding na de overgang van onderneming. De Verkrijger doet er goed aan vervolgens vast te stellen of de Vervreemder heeft voldaan aan deze informatieplicht. De Verkrijger kan in dit verband in overweging nemen om een garantie of vrijwaring vragen. Daarnaast kan de Verkrijger overwegen de betrokken werknemers ook (alsnog ook zelf) te informeren over het concurrentiebeding. De werknemers kunnen niet achterover gaan leunen en zich beroepen op een schending van de informatieplicht. Indien de werknemers betwijfelen of het concurrentiebeding van toepassing is na de overgang, doen zij er goed aan om een termijn te stellen waarbinnen de Verkrijger de kans krijgt om de geldigheid van het concurrentiebeding te onderbouwen.

19. Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 5.