

ArbeidsRecht 2009, 26. Jaaroverzicht jurisprudentie concurrentiebeding 2008 (Mr. drs. R.P.J. ter Haseborg(*1))

Wat waren de interessantste uitspraken over het concurrentiebeding geweest in 2008? De onderwerpen zijn: schriftelijkheidsvereiste, belangenafweging, relatiebeding, onrechtmatige concurrentie, boetebeding en procedurele aspecten.

Schriftelijkheidsvereiste

De Hoge Raad heeft op 28 maart 2008 een belangwekkend arrest gewezen over het schriftelijkheidsvereiste.(*2) De Hoge Raad heeft beslist dat een concurrentiebeding geldig wordt overeengekomen als in een brief naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden wordt verwezen waarin een concurrentiebeding voorkomt, en de werknemer deze brief voor akkoord ondertekent. Het is niet nodig dat de werknemer de bijgevoegde arbeidsvoorwaarden ook ondertekent. Evenmin is vereist dat de akkoordverklaring in de brief uitdrukkelijk verwijst naar het concurrentiebeding. De Hoge Raad trok ook grenzen: het is niet voldoende dat de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met de inhoud van een niet in schriftelijke vorm bijgevoegd document waarin een concurrentiebeding voorkomt. Dit is anders als de werknemer uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt. Er is veel kritiek op deze uitspraak van de Hoge Raad. Zo meent Ambagtsheer dat maximale zekerheid moet worden nagestreefd dat de werknemer daadwerkelijk kennis heeft genomen van het concurrentiebeding.(*3) Zeer kritisch is ook Houweling.(*4) Hij meent dat het arrest in strijd is met de bedoeling van de wetgever (zowel die van 1907, 1997 en mogelijk die van heden).(*5) Stamhuis trekt een parallel met de regeling over algemene voorwaarden: het komt er op aan of de werknemer redelijkerwijs van de inhoud van de arbeidsvoorwaarden, waarin het concurrentiebeding voorkomt, kennis kan nemen.(*6) Ik kan me grotendeels vinden in deze uitspraak van de Hoge Raad. De hoedanigheid van de werknemer lijkt me voor de beoordeling van belang: van een allochtone schoonmaker mag minder snel worden aangenomen dat hij zich bewust is van de gevolgen van het concurrentiebeding dat onderdeel uitmaakt van de arbeidsvoorwaarden dan van een advocaat. Zo oordeelt de Kantonrechter Rotterdam dat het aangaan van een concurrentiebeding met een werknemer, terwijl de werkgever weet dat de werknemer al met een nieuwe werkgever een arbeidsovereenkomst heeft gesloten, in strijd is met het goed werkgeverschap.(*7) Hierbij laat de kantonrechter meewegen dat 'de werknemer destijds niet stevig in zijn schoenen stond'. Kan een concurrentiebeding van vijf jaar rechtsgeldig worden overeengekomen? De werkgever en de werknemer beëindigen de arbeidsovereenkomst door middel van een vaststellingsovereenkomst. Het concurrentiebeding uit de arbeidsovereenkomst, welke een duur heeft van vijf jaar, blijft van kracht. Volgens de Kantonrechter Brielle is het concurrentiebeding onderdeel van een pakket van bedingen in een beëindigingsovereenkomst. Daarom kan er niet één element uit de overeenkomst ongedaan gemaakt worden.(*8) Deze argumenten gelden ook voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst, maar dit staat aan matiging van het beding niet in de weg. Art. 7:653 BW beperkt zich niet tot een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst, zodat het ook van toepassing is op een vaststellingsovereenkomst tussen werkgever en werknemer. Het beding had tenminste in duur moeten worden gematigd.

De Kantonrechter Breda oordeelt dat als een werknemer een concurrentiebeding overeenkomt in een arbeidsovereenkomst voor een jaar, met de bedoeling dat deze voor onbepaalde tijd kan worden voortgezet, het niet nodig is dat het volgende contract wordt ondertekend voor de geldigheid van het concurrentiebeding.(*9)

Belangenafweging

De Kantonrechter Utrecht oordeelt over een werknemer die matiging van zijn concurrentiebeding verzoekt terwijl hij nog geen concreet uitzicht heeft op een andere functie. De werknemer onderbouwt zijn vordering met een beroep op de verslechterde werksfeer, het grote personeelsverloop en toegenomen spanningen. De kantonrechter oordeelt dat een belangenafweging in belangrijke mate wordt bepaald door de vraag bij welke werkgever de werknemer in dienst wil treden, de aard van dat bedrijf, welke werkzaamheden de werknemer zal verrichten en met welke cliënten hij in aanraking zal komen. Omdat dit niet bekend is, kan er geen belangenafweging plaatsvinden. De vordering wordt afgewezen.(*10) Een werknemer zegt zijn arbeidsovereenkomst op en treedt in dienst bij een nieuwe werkgever. De Kantonrechter 's-Hertogenbosch handhaaft het concurrentiebeding, omdat de werknemer gebruik zal maken van de bij zijn oude werkgever ontwikkelde expertise en hij makkelijk een bevredigende baan elders kan vinden.(*11) De werknemer gaat in hoger beroep bij het Hof 's-Hertogenbosch. Het hof schorst het concurrentiebeding en overweegt daarbij dat de nieuwe werkgever geen concurrent is van de oude werkgever, omdat zij zich in een ander marktsegment begeven. Hierbij gaat het hof zeer specifiek in op de verschillende soorten technische producten die beide werkgevers fabriceren. Daarnaast kan de werknemer een aanzienlijke positieverbetering realiseren.(*12) Het Hof 's-Gravenhage oordeelt dat een concurrentiebeding opgenomen in een jaarcontract niet geldig is, omdat de werknemer niet beschikt over specifieke kennis of concurrentiegevoelige informatie. Het enkele feit dat de nieuwe werkgever profijt heeft van de vaardigheden die de werknemer bij zijn oude werkgever heeft opgedaan, en dat de concurrentiepositie van de nieuwe werkgever wordt versterkt, is onvoldoende belang om het concurrentiebeding te handhaven.(*13) Het Hof Arnhem oordeelt dat een werkgever, die in strijd handelt met het goed werkgeverschap door aan te sturen op een verstoorde arbeidsrelatie, de werknemer in redelijkheid niet aan een concurrentiebeding kan houden.(*14)

Relatiebeding

Drie uitspraken van lagere rechters gaan over het relatiebeding. De Kantonrechter Arnhem oordeelt over een relatiebeding van twee jaar van een werknemer wiens bedrijfs onderdeel wordt verkocht. De werknemer weigert mee over te gaan, waardoor zijn arbeidsovereenkomst met de vervreemder eindigt op het tijdstip van de overgang.(*15) De vervreemder en verkrijger eisen handhaving van het relatiebeding. De kantonrechter oordeelt dat slechts de vervreemder een belang heeft bij nakoming van het relatiebeding, omdat door de vervreemder met de verkrijger een boetebeding is overeengekomen als de werknemer zijn relatiebeding overtreedt. De kantonrechter matigt het relatiebeding tot een groep specifieke klanten, onder meer vanwege de langdurige onzekerheid waarin de werknemer heeft verkeerd over zijn positie en de handhaving van het relatiebeding.(*16) De Rechtbank Utrecht oordeelt over een relatiebeding overeengekomen in een herstructureringsovereenkomst tussen twee bestuurders van een assurantiëkantoor, hun werkgever en één van de aandeelhouders in de hoedanigheid van pandhouder. Onderdeel hiervan is dat de bestuurders terugtreden en de aandeelhouder nieuw kapitaal inbrengt en een pandrecht verkrijgt op de verzekerings- en adviesportefeuille. Partijen komen overeen dat het relatiebeding blijft staan na de uitoefening van het pandrecht. De werkgever gaat failliet, de oud-bestuurders treden in dienst bij een concurrerende verzekeringstussenpersoon, en de pandhouder verkrijgt de portefeuillerechten en de vorderingen. Verschillende relaties van de gefailleerde werkgever stappen na het faillissement over naar de nieuwe werkgever. De pandhouder vordert hierop een verklaring voor recht en schadevergoeding. De Rechtbank Utrecht overweegt dat de oud-bestuurders zich niet kunnen beroepen op art. 7:653 BW omdat zij niet in een arbeidsrechtelijke relatie staan tot de pandhouder. Ze hadden kunnen weten dat het relatiebeding ook strekt tot bescherming van de pandhouder. De rechtbank wijst de verklaring voor recht dat de werknemers wanprestatie hebben gepleegd dan ook toe.(*17) Anders dan veelal in de literatuur wordt aangenomen.(*18) moet een relatiebeding volgens de Kantonrechter Leeuwarden niet worden gezien als een beding ex art. 7:653 BW. Bij een concurrentiebeding gaat het om een verbod om aan het einde van de arbeidsovereenkomst 'op zekere wijze werkzaam te zijn'. Bij een relatiebeding is van een dergelijk verbod geen sprake. De kantonrechter vervolgt dat als het relatiebeding wel langs de meetlat van art. 7:653 BW was gelegd, de conclusie ook was geweest dat het relatiebeding nog zijn werking heeft.(*19)

Onrechtmatige concurrentie

Onrechtmatige concurrentie van niet door een concurrentiebeding gebonden werknemers wordt niet snel aangenomen. Dit blijkt ook uit een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam.(*20) Twee directeurs treden na het verstrijken van hun concurrentiebeding in dienst bij een concurrent. Sinds februari 2008 zijn twaalf werknemers van de ex-werkgever bij deze concurrent in dienst getreden. Daarnaast zijn negen leveranciers van de ex-werkgever ook voor de concurrent gaan werken. De ex-werkgever vordert in kort geding ondermeer de concurrent te gebieden haar activiteiten te staken. Volgens de voorzieningenrechter voeren de volgende omstandigheden niet tot de conclusie dat onrechtmatig is gehandeld: dat de 'overstappers' in onderling overleg voorbereidingen treffen voor hun overstap; dat de ex-werkgever aanzienlijk heeft geïnvesteerd in de werknemers; dat deze langdurige en goede samenwerkingsrelaties hebben met de leveranciers; dat het aantal van negen leveranciers een relatief klein aantal is; en het kopiëren van enkele facetten van de organisatie. De tweede kwestie betreft een uitspraak van de Rechtbank Dordrecht.(*21) Een directeur, niet gebonden door een concurrentiebeding, stapte over naar de concurrent. Sinds zijn vertrek zeggen twintig werknemers van de ex-werkgever op, waarvan er tenminste tien bij de concurrent in dienst treden. De ex-werkgever houdt de concurrent en de vertrokken directeur aansprakelijk voor de schade. De rechtbank overweegt dat de directeur onrechtmatig handelt als hij tijdens of na zijn dienstverband met de ex-werkgever stelselmatig werknemers benadert en beweegt om bij de concurrent in dienst te treden, en daardoor niet eenvoudig te vervangen middelen van de ex-werkgever om omzet te creëren substantieel vermindert. Het is de werkgever niet gelukt deze stelling voldoende te bewijzen. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht oordeelt over vijf werknemers van een handelsonderneming die gedurende hun dienstverband een concurrerend bedrijf oprichten, waarvan zij allen aandeelhouder zijn. Tijdens hun dienstverband bij de ex-werkgever worden de belangrijkste leverancier en diverse klanten van het bedrijf benaderd om met de nieuwe onderneming in zee te gaan. Voorts sturen de werknemers vertrouwelijke informatie door aan de pas opgerichte onderneming. De directeur van de opgerichte concurrerende onderneming, tevens oud-directeur van de ex-werkgever, verweert zich door te stellen dat de overgestapte leverancier ontevreden is met de dienstverlening bij de ex-werkgever. De voorzieningenrechter overweegt dat van de directeur, zolang hij in dienst is bij zijn ex-werkgever, wordt verwacht dat hij deze daarover informeert. Ook de nieuw opgerichte onderneming handelt onrechtmatig: zij profiteert van de onrechtmatige handelwijze van de werknemers. De onrechtmatige handelwijze wordt aan de concurrerende onderneming toegerekend, omdat de ex-werknemers daarvan aandeelhouder zijn.(*22)

Boetebeding

Het Hof Leeuwarden oordeelt over een boetebeding in verband met een concurrentiebeding, dat ook ziet op de situatie dat de werknemer tijdens de arbeidsovereenkomst de werkgever concurrentie aandoet. Het hof haalt het arrest *Ghisyawan/Lan-Alyst* aan.(*23) De Hoge Raad bepaalde in dit arrest dat het vereiste dat het boetebeding de bestemming van de boete moet vermelden (art. 7:650 lid 3 BW), niet van toepassing is op het concurrentiebeding. Omdat het hier gaat om overtreding van het concurrentiebeding gedurende het dienstverband, en art. 7:653 BW ziet op een concurrentiebeding dat de werknemer beperkt na het einde van het dienstverband, komt aan art. 7:650 lid 3

BW wel werking toe. Om deze reden heeft de werknemer de nietigheid van het boetebeding ex art. 7:650 lid 6 BW terecht ingeroepen.(*24) Het Hof Leeuwarden oordeelt in een andere zaak dat een boetebeding dat het mogelijk maakt boetes en schadevergoeding te vorderen in strijd is met art. 7:651 lid 1 BW, en derhalve nietig (art. 7:651 lid 2 BW).(*25) Deze uitspraak strookt met een (te?) strikte lezing van het eerder genoemde arrest *Ghisyawan/Lan-Alyst*, waarin de Hoge Raad slechts oordeelt over de niet toepasselijkheid van art. 7:650 lid 3 BW (vermelden bestemming boete) op het concurrentiebeding. De conclusie van advocaat-generaal Keus voor dit arrest, waarnaar de Hoge Raad uitdrukkelijk verwijst, impliceert dat de art. 7:650 en 7:651 BW in het geheel niet van toepassing zijn op het concurrentiebeding.(*26) Het Hof Leeuwarden oordeelt ook over stuiting en verjaring van een boetebeding. De werkgever betoogt dat haar processtukken in de tussen haar en de werknemer gevoerde procedures over de geldigheid van het concurrentiebeding moeten worden opgevat als stuitingshandelingen ex art. 3:317 lid 1 BW. Het hof overweegt dat volgens de Hoge Raad voor een stuitingshandeling vereist is dat deze een voldoende duidelijke waarschuwing bevat dat hij nog met een aanspraak rekening moet houden.(*27) Dat de werkgever zich steeds heeft verzet tegen beperking van het concurrentiebeding, betekent niet dat haar processtukken hebben te gelden als stuitingshandelingen ten aanzien van de verjaring van de aan het concurrentiebeding verbonden boete.(*28) Dan een uitspraak in fiscalibus. Het Hof Amsterdam oordeelt dat een schadevergoeding wegens overtreding van een concurrentiebeding mag worden aangemerkt als negatief loon. Dat de door de werknemer betaalde boetes niet gerelateerd zijn aan de van de ex-werkgever ontvangen arbeidsbeloning, wil niet zeggen dat de boetes niet het karakter van loon hebben. Het positieve voordeel als tegenprestatie voor het nakomen van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst hangt evenzeer samen met de dienstbetrekking als het negatieve voordeel van een boete als gevolg van het schenden van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst.(*29)

Procedurele aspecten

Een tweetal procedurele valkuilen. Indien de eisende partij niet is aan te merken als de werkgever, wordt hij niet ontvankelijk verklaard in zijn vordering tot nakoming van een concurrentiebeding. Een mondelinge wijziging van de in de dagvaarding genoemde eisende partij is niet mogelijk, een partijwisseling kan slechts geschieden door middel van een herstelexploot. Daarnaast is de kantonrechter niet bevoegd om van de zaak kennis te nemen, omdat het een vordering uit onrechtmatige daad betreft en de waarde de competentiegrens van de kantonrechter overschrijdt. Er vindt geen verwijzing plaats naar de sector civiel ex art. 71 lid 4 Rv, nu de appointering van de belanghebbende partij aan de voorzieningenrechter moet worden gevraagd volgens art. 254 lid 2 Rv.(*30) Tot welk moment kan een partij een niet-ontvankelijkheidsverweer voeren? Een ex-werkgever vordert schadevergoeding van een aan een concurrentiebeding gebonden ex-werknemer. De werknemer stelt dat de rechtbank niet bevoegd is kennis te nemen van de vordering van de werkgever in verband met het non-concurrentiebeding. De rechtbank oordeelt dat dit verweer buiten beschouwing blijft, omdat dit niet voor alle wereren is gevoerd, maar pas bij conclusie van dupliek. Hierdoor spreekt de rechtbank in hoogste feitelijke ressort recht. Dit heeft tot gevolg dat de werknemer een instantie wordt ontzegd. De werknemer gaat in cassatie, maar de Hoge Raad meent dat het vonnis niet voor cassatie vatbaar is, en verwijst de zaak terug naar het hof ex art. 340 Rv.(*31) Het hof bevestigt de uitspraak van de rechtbank.(*32) Vermeldenswaardig is de opmerking van de advocaat-generaal in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad, dat als de grondslag van de vordering in de loop van het geding wordt aangevuld of gewijzigd, een redelijke wetuitlegging met zich brengt dat de term 'voor alle wereren' mede omvat de wereren in verband met de wijziging van de eis. Als gedaagde zich in een akte verzet tegen de wijziging van eis, dan zal de exceptie van bevoegdheid daarin moeten worden opgeworpen.

Concurrentiebeding en ontbinding arbeidsovereenkomst

Twee uitspraken over de rol van het concurrentiebeding in ontbindingsprocedures. De Kantonrechter Wageningen oordeelt over een zaak waarin de werkgever druk uitoefent op de werknemer om een concurrentiebeding te accepteren. De werknemer krijgt een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden met een concurrentiebeding. De werknemer weigert te tekenen. De werkgever dringt tijdens de beoordelingsgesprekken over 2006, 2007 en 2008 aan op ondertekening van het beding. De werknemer volhardt in de weigering. Om deze reden verzoekt de werkgever de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Dit doet de kantonrechter vanwege een verstoorde relatie tussen partijen, maar wel onder toekenning van een vergoeding met een correctiefactor drie (na een dienstverband van ruim tweeënhalve jaar).(*33) De Kantonrechter Zaandam houdt bij de hoogte van een ontbindingsvergoeding rekening met zowel de situatie dat het concurrentiebeding van een jaar wordt gehandhaafd, als de situatie dat de werknemer wordt ontslagen uit het concurrentiebeding. In het eerste geval heeft de werknemer recht op een vergoeding van € 100 000 bruto, in het tweede geval op € 40 000 bruto.(*34)

Tot slot

Het jaar 2008 stond dankzij het arrest *Philips/Oostendorp* in het teken van het schriftelijkheidsvereiste. In 2007 zijn naar aanleiding van de *AVM*-arresten veel uitspraken geweest over de geldigheid van het concurrentiebeding na een functiewijziging.(*35) Uit de rechtspraak in 2008 blijkt dat de '*AVM*-leer' zodanig ingang lijkt te hebben gevonden dat partijen hierover minder vaak procederen. Als gevolg van de jurisprudentie van de afgelopen twee jaar is de werknemer eerder aan een concurrentiebeding gebonden en komt hij er minder makkelijk vanaf. Mogelijk zorgt dit gegeven, tezamen met een dynamische arbeidsmarkt in het kredietcrisisjaar 2009, voor nog meer interessante jurisprudentie over het concurrentiebeding.(*36)

Voetnoten:

(*1)

Mr. drs. R.P.J. ter Haseborg is advocaat bij Haseborg & Zillinger advocaten te Amsterdam.

(*2)

HR 28 maart 2008, *JAR* 2008/113 en *JIN* 2008/288, *LJN* BC0384 m.nt. A.R. Houweling (*Philips/Oostendorp*).

(*3)

F.W.G. Ambagtsheer, 'Het schriftelijkheidsvereiste op zijn retour', *ArbeidsRecht* 2008, 38.

(*4)

HR 28 maart 2008, *JAR* 2008/113 en *JIN* 2008/288, *LJN* BC0384 m.nt. A.R. Houweling (*Philips/Oostendorp*). Zie ook: A.R. Houweling, 'Herijking van het schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding, afscheid van de waarborgfunctie', *TRA* 2008, 4.

(*5)

Zie wetsvoorstel 28 167.

(*6)

J.N. Stamhuis, 'Deformalisering van het schriftelijkheidsvereiste ex art. 7:653 BW?', *SR* 2008, 9.

(*7)

Ktr. Rotterdam 28 februari 2008, *JAR* 2008/71, *LJN* BC5345.

(*8)

Ktr. Brielle 13 mei 2008, *JAR* 2008/152.

(*9)

Ktr. Breda 18 december 2008, *LJN* BG8847.

(*10)

Ktr. Utrecht 19 mei 2008, *RAR* 2008, 108, *LJN* BD2251.

(*11)

Ktr. 's-Hertogenbosch 24 juni 2008, niet gepubliceerd.

(*12)

Hof 's-Hertogenbosch 16 september 2008, *LJN* BG1075.

(*13)

Hof 's-Gravenhage 8 mei 2008, *JAR* 2008/143.

(*14)

Hof Arnhem 29 april 2008, *LJN* BD0799.

(*15)

HR 26 mei 2000, *JAR* 2000/152.

- (*16)**
Ktr. Arnhem 3 december 2008, *LJN* BG6113. Vergelijkbaar: Ktr. Groenlo 23 september 2002, *JAR* 2003/3.
- (*17)**
Rb. Utrecht 24 december 2008, *LJN* BG8361.
- (*18)**
F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie: beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalige werkgever*, Deventer: Kluwer 1995; en J.P. Quist, *Het concurrentiebeding nader beschouwd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- (*19)**
Rb. Leeuwarden (vzr.) 17 juni 2008, *LJN* BD4540.
- (*20)**
Rb. Rotterdam (vzr.) 18 december 2008, *JAR* 2009/34.
- (*21)**
Rb. Dordrecht 16 april 2008, *RAR* 2008, 91, *LJN* BC9929.
- (*22)**
Rb. Utrecht (vzr.) 2 december 2008, *LJN* BG5823.
- (*23)**
HR 4 april 2003, *JAR* 2003/107.
- (*24)**
Hof Leeuwarden 23 april 2008, *LJN* BH0630.
- (*25)**
Hof Leeuwarden 16 april 2008, *LJN* BC9783.
- (*26)**
Zie ook: A. Baris en E.S. de Bock, 'Concurrentiebeding', in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 581.
- (*27)**
HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 244 en HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 169.
- (*28)**
Hof Leeuwarden 23 september 2008, *LJN* BF3362.
- (*29)**
Hof Amsterdam 27 oktober 2008, *LJN* BG3712.
- (*30)**
Ktr. Haarlem 3 juni 2008, *LJN* BD4021.

(*31)

HR 21 maart 2008, *LJN BC2774*.

(*32)

Hof Leeuwarden 11 november 2008, *LJN BG5237*.

(*33)

Ktr. Wageningen 23 april 2008, *JAR 2008/138*.

(*34)

Ktr. Zaandam 15 juli 2008, *RAR 2008, 140, LJN BD7757*.

(*35)

HR 5 januari 2007, *JAR 2007/37*; HR 5 januari 2007, *JAR 2007/38*.

(*36)

Het vorige jaaroverzicht jurisprudentie concurrentiebeding (2007) verscheen in *ArbeidsRecht 2008, 25*.