

ANNOTATIE

Het concurrentiebeding en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: geldigheid, gebondenheid, recht op vrije keuze van arbeid en onvrijwillig ontslag

A.R. Houweling

1. Het is opvallend hoeveel misvattingen er nog steeds bestaan over de geldigheid van een overeengekomen non-concurrentiebeding (hierna: concurrentiebeding). Zo wordt nogal eens gedacht dat een concurrentiebeding na een proeftijdontslag of na faillissement van de werkgever geen werking heeft. Ook treft men met enige regelmaat de stelling aan dat de werkgever geen rechten meer aan het concurrentiebeding kan ontleen, omdat er sprake is geweest van een kennelijk onredelijk ontslag of ontbinding met een hoge C-factor (zie bijvoorbeeld: Kantongerecht Utrecht 20 januari 2010, LJN BLo610, AR 2010-74). Men beroept zich dan op (een analogieredenering van) art. 7:653 lid 3 BW. Ten slotte denken sommigen dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nietig is. Met het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst, eindigt volgens hen ook de gebondenheid aan het concurrentiebeding. Hoe 'ondingig' men het concurrentiebeding misschien ook vindt (M.M. Olbers, 'Het concurrentiebeding is een onding', *SMA* 1991, p. 575), zo onzinnig (althans onjuist) zijn de zojuist genoemde opvattingen naar geldend recht. Wel kan een werknemer via de zogenoemde 'belangenafweging' van art. 7:653 lid 2 BW op basis van de bovenstaande argumenten wellicht hetzelfde doel - te weten gehele vernietiging van het beding - bereiken. Dat ondervond ook de werknemer in de onderhavige zaak. Wat was er aan de hand? 2. Werknemer was op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van een jaar in dienst getreden van X-Flow. Op deze arbeidsovereenkomst was een concurrentiebeding van toepassing. De arbeidsovereenkomst werd eenmaal verlengd voor de duur van zes maanden. Het concurrentiebeding werd opnieuw schriftelijk overeengekomen. X-Flow berichtte vervolgens de werknemer dat de arbeidsovereenkomst niet opnieuw zou worden verlengd, omdat zij het functioneren van werknemer als Area Sales manager Middle East vond tegenvallen. Nog voor het einde van de arbeidsovereenkomst vond werknemer een nieuwe baan bij WaterQ, volgens X-Flow een directe concurrent. X-Flow heeft werknemer op het concurrentiebeding gewezen en gedreigd dat zij de contractuele boetes zal vorderen indien werknemer bij WaterQ in dienst zou treden. Werknemer vorderde vervolgens schorsing van

het concurrentiebeding. De kantonrechter wees de vordering van werknemer toe na afweging van alle betrokken belangen. Daarbij achtte de kantonrechter van belang dat tegenover de bescherming van het bedrijfsdebiët van de X-Flow, de belangen van werknemer genoegzaam opwogen, te weten: de vrije keuze van arbeid, de beperkte duur dat werknemer voor X-Flow heeft gewerkt (slechts anderhalf jaar), het feit dat X-Flow van werknemer af wilde (niet omgekeerd) en dat X-Flow weigerde nader te onderhandelen over een relatiebeding. Daarbij kwam tevens dat X-Flow niets aan scholing van werknemer had gedaan en er ook nog een geheimhoudingsbeding op werknemer van kracht bleef. De kantonrechter merkte expliciet op dat het feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet wilde verlengen, niet leidt tot analoge toepassing van art. 7:653 lid 3 BW, maar wel in zijn risicosfeer ligt bij de belangenafweging.

3. Wat maakt deze uitspraak zo interessant? Allereerst vanwege de prominente rol die art. 19 lid 3 Gw (vrijheid van arbeidskeuze) inneemt in de belangenafweging. Door verschillende schrijvers is meermalen aandacht gevraagd voor het feit dat de algemene formulering van art. 7:653 BW op gespannen voet staat met de in art. 19 lid 3 Gw voorziene beperkingsclausule (zie uitvoerig C.J. Loonstra, 'Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid 3 Grondwet', *SMA*, 2005 (2), p. 61-74). Een concurrentiebeding dient in het licht van art. 19 lid 3 Gw slechts onder zeer strenge voorwaarden te worden gehonoreerd. De wetgever heeft tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 28 167 niet zo ver willen gaan en oordeelde niet dat een concurrentiebeding in strijd is met de Grondwet. Wel bracht het grondrecht met zich dat de inbreuk (lees: het concurrentiebeding) proportioneel en subsidiair dient te zijn. Uit deze overweging zou men kunnen afleiden dat bij uitstek - zoals de rechter in de onderhavige zaak dat ook doet - het grondrecht van vrije keuze van arbeid tot uitdrukking dient te komen bij de belangenafweging ex art. 7:653 lid 2 BW. Daarbij weegt het grondrecht zwaar. Als er geen wezenlijke bescherming van bedrijfsbelangen van de werkgever tegenover staat, dan is het louter bestaan van art. 19 lid 3 Gw voldoende voor een rechter tot gehele vernietiging te oordelen.

4. Naast de krachtige positionering van het grondrecht van vrije keuze van arbeid, is met name ook de overweging met betrekking tot het verwijtbare 'ontslag' in relatie tot art. 7:653 lid 3 BW interessant. Een werkgever kan op grond van laatstgenoemde bepaling namelijk geen rechten ontleen aan het concurrentiebeding indien hij wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadeplichtig is. De vraag is hoe ruim dit derde lid moet worden uitgelegd. Ziet het enkel op gevallen van schadeplichtigheid ex art. 7:677 lid 1 en 2 BW? Dus op het geval dat de werknemer ontslag op staande voet heeft genomen en/of het geval dat de werkgever geen of een onjuiste opzegtermijn in acht heeft genomen. Of moet het derde lid aldus worden uitgelegd dat indien de werkgever enig verwijt valt te maken met betrekking tot de ontslaggrond, hij eveneens geen rechten aan het concurrentiebeding kan ontleen? Uit het parlementaire debat van 1907 valt af te leiden dat de wetgever destijds heeft gekozen voor een enge interpretatie, te weten alleen in geval van schadeplichtigheid (C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Elsevier 1999, p. 101-103). Deze opvatting is in 1966 door de Hoge Raad bevestigd in het arrest Van Rijnberk/Van Houten (HR 29 april 1966, *NJ* 1966, 301, m.nt. GJS). Later - in het wetsvoorstel 28 167 - werd het verval van het concurrentiebeding beperkt tot de in art. 7:677 lid 1 en 3 BW benoemde gevallen. Daaruit blijkt dat de wetgever nog

steeds, althans tot in ieder geval 2006, de enge opvatting aanhangt. 5. Het resultaat van deze enge uitleg leidt evenwel tot gekke situaties. Indien de arbeidsovereenkomst is opgezegd met bijvoorbeeld een te korte opzegtermijn van een dag, dan kan de werkgever geen rechten meer aan het concurrentiebeding ontlenen. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer kennelijk onredelijk opzegt, dan blijft het concurrentiebeding gewoon geldig. Immers, de schadevergoeding ex art. 7:681 BW impliceert geen schadeplichtig ontslag als bedoeld in art. 7:677 lid 1 jo. lid 2 BW. Elke beëindiging van rechtswege, ook indien er een zeer verwijtbare gedraging van de werkgever aanleiding voor is geweest, leidt niet tot toepassing van het derde lid. Immers, beëindiging van rechtswege kan in ons wettelijk stelsel nimmer leiden tot schadeplichtigheid. Het zelfde geldt voor een ontbinding wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Zelfs indien de kantonrechter uitdrukkelijk heeft overwogen dat werkgever zeer verwijtbaar heeft gehandeld en daarom een C-factor groter dan 1 heeft toegekend, doet het concurrentiebeding niet vervallen. In de lagere rechtspraak wordt - in strijd met de wet en Hoge Raad - art. 7:653 lid 3 BW soms naar analogie toegepast (zie bijvoorbeeld Ktr. Alkmaar 14 oktober 2002, *JAR* 2002/263). In andere gevallen wordt met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW de werkgever naleving van het concurrentiebeding ontzegt, vanwege het feit dat hij, de werkgever, in belangrijke mate heeft bijgedragen aan de ontslagname of ontslagwijze van werknemer (Hof Arnhem 4 januari 2005, *JAR* 2005/46) Zie over toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW en het concurrentiebeding ook HR 14 december 2001, *JAR* 2002/18. In dit arrest stond de vraag centraal of een werknemer zich op de ongeldigheid van het concurrentiebeding mocht beroepen nadat hij een aanzienlijke ontbindingsvergoeding had ontvangen waarbij de hoogte mede was bepaald door de aanwezigheid van het concurrentiebeding. De rechtbank oordeelde dat het in strijd met de redelijkheid was, dat een werknemer vervolgens alsnog probeerde van het concurrentiebeding af te geraken. Volgens de Hoge Raad diende de rechtbank te oordelen of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De formulering van de relevante rechtsoverweging van de Hoge Raad laat evenwel ruimte voor de stelling dat het concurrentiebeding getoetst kan worden aan art. 6:248 BW. De uitspraak van het Hof Arnhem past in deze benadering. De gegeven voorbeelden zijn echter uitzonderingsgevallen. Het verdient aanbeveling dat bij een eventuele nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding (welke er voorlopig niet aan zit te komen) toch een ruimere uitleg aan art. 7:653 lid 3 BW (of een variant daarvan) in de wet wordt opgenomen. Deze verruiming is temeer geboden, omdat de Hoge Raad met zijn AVM-arresten en Philips/Oostendorp de gebondenheid aan het concurrentiebeding voor een in de werknemer nadelige zin heeft vergroot. De praktijkjuristen zijn echter gewaarschuwd. Het feit dat een ontslag niet fraai of netjes, wellicht zelfs onbehoorlijk of kennelijk onredelijk is verlopen, levert geen schadeplichtigheid ex art. 7:653 lid 3 BW op. Wel speelt deze omstandigheid een rol ten gunste van de werknemer in de belangenafweging ex art. 7:653 lid 2 BW. 6. Het derde aspect dat aan deze uitspraak opvalt, is de overweging met betrekking tot de korte duur van het dienstverband. Deze korte duur weegt in het voordeel van de werknemer. Nu zullen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd doorgaans een duur hebben van zes tot twaalf maanden. Dit gegeven in combinatie met de aanwezigheid van art. 19 lid 3 Gw geeft de werknemer argumenten onder de werking van het concurrentiebeding uit te komen. Daarbij

zou ik willen pleiten voor een extra zware weging van dit grondrecht bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Een werknemer kan immers voor langere tijd van een bepaalde branche of geografisch gebied verstoten blijven, enkel vanwege het feit dat hij enkele maanden heeft gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst met een concurrentiebeding. Wordt de werknemer hier niet dubbel benadeeld? Zijn arbeidsovereenkomst is slechts van korte duur, zodat hij geen zekerheid heeft omtrent inkomsten na afloop van deze arbeidsovereenkomst. Daarnaast wordt hem de mogelijkheid ontnomen in dezelfde branche werkzaam te zijn. Een wettelijke uitsluiting of beperking met betrekking tot het geldig overeengekomen van concurrentiebedingen in dergelijke gevallen, is het overwegen waard (zie Olbers, a.w.). Zeker indien men zich realiseert dat de enige waarborgen voor het aangaan van het concurrentiebeding een meerderjarigheid- en schriftelijkheidsvereiste zijn. Opgemerkt zij evenwel dat de korte duur van het dienstverband sec niet voldoende zal zijn voor gehele of gedeeltelijke vernietiging. 7. Ten slotte toont deze uitspraak aan dat wat de geldigheid en gebondenheid aan het concurrentiebeding betreft, de rechter uiteindelijk tot maatwerk kan en wil komen. Dit volgt onder meer uit de overweging waarin X-Flow wordt aangerekend en afgestraft niet met werknemer te hebben willen onderhandelen over omzetting van het concurrentiebeding in een relatiebeding. Deze benadering van de rechter is waarschijnlijk mede vanuit het grondrecht op vrije arbeidskeuze ingegeven. Dit maatwerk past echter ook perfect bij de koerswijziging van de Hoge Raad in de AVM-arresten. In die arresten overwoog de Hoge Raad dat het uitgangspunt bij een succesvol Brabant/Van Uffelen-verweer niet langer algeheel verval van het beding is, maar mede vanwege art. 7:653 lid 2 BW, gedeeltelijk verval tot de mogelijkheden behoort. 8. Dit brengt ons terug naar het begin. Is een met een meerderjarige werknemer schriftelijk overeengekomen concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldig, nadat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd? Zonder meer! Betekent dit dat de werknemer geen enkele juridische mogelijkheden heeft de werking van dit concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk teniet te doen? Geenszins! De werknemer kan - mits hij dit goed onderbouwt en voldoende argumenten aanvoert - het beding geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond van art. 7:653 lid 2 BW. De onderhavige uitspraak laat zien dat de werknemer zeker niet kansloos is. Indien de rechtspraak (inclusief de rechterlijke macht) nog meer waarde zou toekennen aan het grondrecht van art. 19 lid 3 Gw, zou wellicht geoordeeld kunnen worden dat een werknemer zeer kansrijk is in een dergelijke vordering. De onder één genoemde standpunten zijn in het licht van art. 7:653 lid 2 BW dan niet meer onzinnig. Het concurrentiebeding blijft daarentegen nog steeds ondingig.