

ANNOTATIE

Ceci n'est pas une pipe: over concurrentiebedingen buiten de arbeidsovereenkomst

A.R. Houweling

Annotatie bij Hoge Raad, 27-03-2015, ECLI:NL:HR:2015:763 (AR-2015-0315)

1. Inleiding

Ongetwijfeld een van de bekendste werken van Magritte is 'Het verraad van de voorstelling' met de geschilderde tekst *Ceci n'est pas une pipe* onder de zeer realistische afbeelding van een pijp. Daarmee wilde hij de toeschouwer van het werk herinneren aan het feit dat het een olieverfschilderij betrof en geen pijp. Ook de voorstelling van een echte pijp misleidt de toeschouwer, omdat dat voorwerp – gelijk het schilderij – uiteindelijk het werk van de geest (de bedenker) is geweest. Om twee redenen moest ik aan dit schilderij van Magritte denken bij bestudering van de zaak die uiteindelijk tot het hier te annoteren arrest van de Hoge Raad leidde. In zijn arrest van 27 maart jl. verwierp de Hoge Raad (art. 81 RO) het cassatieberoep tegen de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden (1 april 2014, AR 2014-0446). In dat arrest oordeelde het hof dat de werking van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst volledig werd geschorst, maar het identieke concurrentiebeding tussen dezelfde partijen – maar dan niet als werknemer en werkgever, maar als koper en verkoper van een assurantieportefeuille – zijn werking behield. Volgens het hof kon – anders dan de rechter in eerste aanleg – niet een en dezelfde maatstaf, namelijk die van artikel 7:653 lid 2 (thans lid 3) BW worden toegepast, maar dienden verschillende maatstaven te worden gehanteerd met als resultaat een volledige schorsing en handhaving van hetzelfde beding (in verschillende contexten).

In de eerste plaats moest ik aan het verraad van de voorstelling denken, omdat je dat ook zo zou kunnen opvatten: 'Je ziet niet wat je ziet.' Je ziet een pijp, maar het is geen pijp. Gelijk ook de onderhavige casus waarin het concurrentiebeding in de verkoopovereenkomst van een assurantieportefeuille *copy/paste* (middels verwijzing naar de verkoopovereenkomst) in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, maar alleen dit laatste beding (dat dus identiek is aan het beding in de verkoopovereenkomst) kwalificeert als een 653-beding. In de tweede plaats, vanwege de boodschap die Magritte met het werk wilde overbrengen: pas op dat we ons door

de voorstelling niet laten afleiden van de originele gedachte die aan deze voorstelling ten grondslag ligt. Deze tweede gedachte kan aldus worden vertaald, dat steeds afhankelijk van de achterliggende notie van het concurrentiebeding (is het ter bescherming van verworven vermogensbestanddelen of ter bescherming van het bedrijfsdebiët bij toelating van een derde tot de arbeidsorganisatie?) bepaalde regels van toepassing zijn. Men kan deze tweede gedachte echter ook op een andere manier uitleggen: het concurrentiebeding heeft een bepaalde vorm gekregen, maar is uiteindelijk het resultaat van denkwerk. Dit denkwerk is voor een belangrijk deel gestoeld op de bescherming van zwakke partijen (HR 1 juli 1997, *JAR* 1997/201) en de vrije keuze van arbeid (art. 19 lid 3 Grondwet (Gw)). Deze achterliggende originele gedachten mag men niet uit het oog verliezen. Ik licht de voorgaande overdenkingen hieronder toe.

2. Concurrentiebedingen buiten de arbeidsovereenkomst

Laten we eerst het veld, of zo men wil het schildersdoek verkennen. Een concurrentiebeding in de zin van artikel 7:653 BW is een beding dat geldt tussen de *werkgever* en de *werknemer*. In het verleden is regelmatig getracht de spelregels van artikel 7:653 BW (naar analogie) toe te passen op andere rechtsbetrekkingen dan de arbeidsovereenkomst, zoals die tussen koper en verkoper of die van opdrachtgever en (management-bv-)opdrachtnemer (vgl. A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011, p. 16-18). Steeds zonder veel succes bij de Hoge Raad overigens. In het (standaard)arrest Kolkman/Cornelissen (HR 1 juli 1997, *JAR* 1997/201) overwoog de Hoge Raad:

‘R.o. 3.8 (...) Voorzover het onderdeel zich beroept op de art. 7:443 en 7A:1637x (oud) BW miskent het in de eerste plaats dat deze artikelen handelen over een concurrentiebeding, terwijl in de onderhavige zaak een dergelijk beding geen rol speelt, maar bovendien dat deze artikelen betrekking hebben op gevallen waarin een zwakkere partij (een handelsagent respectievelijk een werknemer, wier broodwinning op het spel staat) tegen een sterkere partij (de principaal respectievelijk de werkgever) in bescherming wordt genomen, met welke gevallen een geval als het onderhavige (verkoop en overdracht van een onderneming door een zelfstandig zakenman) niet op één lijn kan worden gesteld.’

Een contractueel beding dat de verkoper beperkt op zekere wijze werkzaam te zijn, kan slechts worden aantast op grond van artikel 6:248/258 BW (zie hierover ook A.S. Reitsma, ‘Non-concurrentiebeding in overnamecontract en in arbeidsovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2005/2, p. 3 e.v.). Het is in ieder geval niet zo dat indien de verkoper vervolgens in dienst treedt van de koper en aldaar op basis van een arbeidsovereenkomst aan het concurrentiebeding gebonden is, het uit de verkoopovereenkomst voortvloeiende concurrentiebeding van kleur verschiet en onderworpen is aan artikel 7:653 BW, althans, dat het concurrentiebeding uit de verkoopovereenkomst hetzelfde lot is beschoren als het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (aldus HR 15 mei 1981, *NJ* 1982/77 (Laumans/Zeelen)). Evenmin gelden de beperkende voorwaarden van artikel 7:653 BW en moeten partijen aan de hand van Haviltex vaststellen wat zij hebben afgesproken (HR 18 november 1983, *NJ* 1984/272 (Kluft)).

Evenmin is artikel 7:653 BW van toepassing indien een concurrentiebeding is opgenomen in een managementovereenkomst tussen de inlener en de management-bv. Dit oordeelde de Hoge Raad in de zaak Bruijns BV/Arrow BV (Zie HR 9 juli 1990, NJ 1991/215, m.nt. PAS):

‘Op grond van de in dit geding vaststaande feiten, in het bijzonder de (...) geciteerde bepalingen van de managementovereenkomsten (...) kan slechts worden geconcludeerd dat alleen Bruijns BV en Hoek BV directeuren van Arrow waren. Zij kunnen echter niet worden aangemerkt als arbeiders in de zin van de bepalingen van de zevende titel A van het vierde boek BW, omdat arbeider in die zin slechts een natuurlijk persoon kan zijn. Bruijns en Hoek zijn directeur van respectievelijk Bruijns BV en Hoek BV. De managementovereenkomsten brachten wel mee dat zij in opdracht van die vennootschappen arbeid voor Arrow verrichtten (de president overweegt kennelijk in verband hiermede (...) dat zij “via de door hen opgerichte vennootschappen ... directeur (zijn) geworden van Arrow”), maar uit de vaststaande dan wel door Bruijns c.s. gestelde feiten kan niet worden afgeleid dat zij daardoor tot Arrow kwamen te staan in een rechtsverhouding die als arbeidsovereenkomst in de zin van voormelde bepalingen is aan te merken. Uit het voorgaande volgt dat art. 1637x, derde lid, op de rechtsverhoudingen tussen de onderhavige partijen niet toepasselijk is. Voor analogische toepassing bestaat, gelet op de aard van de onderhavige rechtsverhoudingen, geen grond.’

Een scherpe lezing van de arresten van de Hoge Raad leert ons dat toepassing naar analogie niet geheel is uitgesloten. De Hoge Raad laat immers in alle arresten ruimte voor een genuanceerder standpunt in de toekomst door de overwegingen als ‘gelet op de aard van de *onderhavige rechtsverhoudingen*’ (Arrow-arrest) en ‘een geval *als het onderhavige* niet op één lijn kan worden gesteld met’ (Kolkman-arrest) te gebruiken (cursivering ARH).

In de lagere rechtspraak wordt over het algemeen de lijn van de Hoge Raad gevolgd. Zo wees onlangs het Hof Den Bosch een beroep op artikel 7:653 lid 2 (thans lid 3) BW naar analogie af in geval van een aandelenovereenkomst (Hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:703, AR 2015-0227 (X Financiële Dienstverlening BV, Y & Co BV, Z Gouverneur Belastingadviseurs BV/A). Een zeldzame situatie deed zich voor bij Voorzieningenrechter Rechtbank Lelystad 13 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR5150, AR 2011-0741 (werknemer/Necarex) waarin de rechter oordeelde dat het concurrentiebeding in de overnameovereenkomst wel, maar in de arbeidsovereenkomst niet werd geschorst (doorgaans is het andersom). Ook hier zien we dat beide bedingen aan een eigen toetsingskader onderworpen zijn.

Het voorgaande leert ons – gelijk Magrittes waarschuwing – dat een concurrentiebeding niet altijd een 653-beding is. Een concurrentiebeding buiten de arbeidsovereenkomst is geen artikel 653-beding.

3. Toch eenzelfde belangenafweging?

Geen 653-beding, dus ook geen materiële toetsing als ware het een 653-beding? Is het werkelijk zo'n vreemde gedachte een concurrentiebeding – ongeacht de rechtsbetrekking – op een zelfde wijze te toetsen wat de rechtvaardigde inperking van de bewegingsvrijheid van een

contractant betreft? Zeker in gevallen waarin dezelfde partij de hoedanigheid van verkoper en werknemer heeft en in beide hoedanigheden aan een (zelfde) concurrentiebeding is gebonden, kan het vreemd voorkomen dat op beide belemmerende bedingen een totaal andere toetsnorm/materiële norm van toepassing is (belangenafweging versus onaanvaardbaarheidstoetsing). Natuurlijk kan gewezen worden op de contractsvrijheid en de hoedanigheid van partijen. Of zoals de Hoge Raad ons leerde: bij verkoop van een onderneming in de zakelijke sfeer, is geen sprake van bescherming van een zwakke partij.

Natuurlijk, dat is waar, maar is dat werkelijk altijd zo? En betekent dit dat *alle* zakelijke overeenkomsten van toetsing aan 653 naar analogie zijn uitgesloten of zijn er ook zakelijke overeenkomsten met zwakke partijen? Een arbeidsovereenkomst is immers toch ook iets in de zakelijke sfeer, dunkt me. Temeer geldt dit voor veel zzp'ers die zich laten inhuren om werk te verrichten voor een werkverschaffer. Zijn zij soms niet ook een zwakke(re) partij die bescherming behoeft? Zoals hierboven opgemerkt biedt de Hoge Raad ruimte voor deze benadering (afhankelijk van de omstandigheden van het geval).

Maar is het uitgangspunt niet een totaal ander? Bij een verkoopovereenkomst van een bedrijf of orderportefeuille ontvangt de verkoper (veel) geld en kan hij vervolgens in dienst treden van de koper (maar dat hoeft natuurlijk niet). De koper wenst zijn investering (verworven vermogensbestanddeel) veilig te stellen met een concurrentiebeding. Dat is niet het geval met een werknemer die in dienst treedt van een werkgever. Maar is dat werkelijk zoveel anders? Wenst een werkgever ook dan niet zijn investeringen in de onderneming en mogelijk ook die gedaan in de werknemer, waarvoor de werknemer soms zeer riant beloningen ontvangt, veilig te stellen en te voorkomen dat hem – de werkgever – concurrentie wordt aangedaan?

En principiëler, moet in alle gevallen niet worden geconstateerd dat middels contractuele afspraken (die soms op gespannen voet met art. 6 Mededingingswet kunnen staan in geval van afspraken tussen zelfstandigen) sprake is van een beperking van het grondwettelijke recht op vrijheid van arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Gw)? Wat is nu de originele gedachte achter artikel 7:653 BW geweest? Past daarbij niet alleen een bescherming van de zwakkere partij, maar ook het waarborgen van het recht van artikel 19 lid 3 Gw?

Het Hof Den Bosch overwoog in dat verband:

‘Het onderhavige concurrentiebeding is niet opgenomen in een arbeidsovereenkomst of in een agentuurovereenkomst. Dit brengt mee dat de artikelen 7:653 BW en 7:443 BW (en de in laatstgemeld artikel genoemde maximale duur van twee jaren) niet van toepassing zijn. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank dat er in dit geval (overdracht van 50% van de aandelen in een onderneming) geen rechtsregel bestaat die het overeenkomen van een concurrentiebeding voor de duur van vijf jaren verbiedt. Ook uit het in artikel 19 lid 3 Grondwet neergelegde “recht op vrije keuze van arbeid” is niet af te leiden dat een concurrentiebeding voor de duur van vijf jaren in een geval als het onderhavige zonder meer ontoelaatbaar is. Het bovenstaande brengt mee dat onderzocht moet worden of het beroep van Trustpoint op het concurrentiebeding jegens appellanten naar maatstaven van redelijkheid en

billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW. Dit is een tot terughoudendheid nopende maatstaf. Van de andere kant kan de beperking die een concurrentiebeding aan iemand oplegt, zeker indien de looptijd van het beding vijf jaar is, ingrijpend zijn. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat het aan iedere persoon toekomende recht om vrij te kunnen kiezen welke arbeid hij wenst te verrichten, een belangrijk en grondwettelijk vastgelegd recht is. Daarom zal ook in een geval als het onderhavige, waarin de artikelen 7:653 BW en 7:443 BW niet van toepassing zijn, niet elke contractuele beperking van het recht op vrije arbeidskeuze zonder meer in stand kunnen blijven. Er moet daarom een afweging worden gemaakt tussen genoemd grondwettelijk recht op vrije arbeidskeuze van appellant enerzijds en het belang van Trustpoint bij integrale handhaving van het concurrentiebeding anderzijds. Bij deze afweging spelen alle feiten en omstandigheden van het geval een rol' (Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY8162, AR 2013-0016 (appellant/Trustpoint Beheer BV)).

Deze benadering komt mij juist voor. Zowel bij artikel 7:653 lid 3 BW als bij artikel 6:248 BW dient artikel 19 lid 3 Gw veel meer gewicht toe te komen dan thans het geval is. Dit grondrecht kan – ook bij artikel 6:248 BW – een (nog) zwaardere rol spelen naarmate de contractspartijen minder onafhankelijk blijken te zijn. In het eerder genoemde arrest Kolkman/Cornelissen overwoog de Hoge Raad nog: 'Onderdeel 1 strekt primair ten betoge dat men zijn in art. 19 lid 3 Gr.w neergelegde "recht op vrije keuze van arbeid" in verbinding met het aan een ieder toekomend algemeen persoonlijkheidsrecht voorzover dat een "recht op beroepsmatige ontplooiing" insluit, weliswaar contractueel kan beperken, maar dat zulks slechts mogelijk is in de vorm van een schriftelijk aangegane overeenkomst waarin zodanige beperking uitdrukkelijk is overeengekomen. Deze stelling kan evenwel in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard omdat zij aan deze grondrechten een verdergaande horizontale werking toekent dan daaraan toekomt.' Inmiddels lijkt de Hoge Raad ruimhartiger om te gaan met deze zogenoemde horizontale werking (HR 14 september 2007, JAR 2007/250), dus moet daarin geen belemmering meer worden gezien. Meer in het bijzonder zou dit geen probleem hoeven te zijn bij toepassing van artikel 6:248 BW en artikel 7:653 BW, daar het grondrecht dan niet direct, maar indirect wordt getoetst via de redelijkheid en billijkheid.

4. Terug naar Magritte...

Dit is niet wat het is. Eenzelfde concurrentiebeding kan tussen dezelfde partijen een totaal ander normenstelsel en toetsingskader hebben, indien de rechtsbetrekkingen anders zijn. Alleen een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst valt onder artikel 7:653 BW. Voor concurrentiebedingen buiten de arbeidsovereenkomst, hoe sterk ze ook mogen lijken op een 653-beding, geldt dat toetsing aan artikel 7:653 BW in beginsel is uitgesloten. Redeneringen naar analogie worden door de Hoge Raad doorgaans afgewezen. In een arbeidsmarkt waarin een nog steeds toenemend aantal arbeiders werkzaam is op andere basis dan een arbeidsovereenkomst (zzp-schap) kunnen we toch niet blijven vasthouden aan totaal verschillende toetsingsmaatstaven? In deze noot is daarom een lans gebroken voor meer uniformering van de rechterlijke afweging bij handhaving van het concurrentiebeding, in het bijzonder waar het het recht op vrije arbeidskeuze betreft. Immers... is dat niet de gedachte

achter artikel 7:653 BW en moeten we ons niet (al te veel) laten afleiden door de letterlijke tekst (het verraad van de afbeelding)? Overigens... de Hoge Raad heeft – juist daar waar het een concurrentiebeding ex artikel 7:653 BW betreft – al eens het begrip ‘arbeidsverhouding’ gebruikt (Brabant/Van Uffelen). Wellicht dat die benadering op korte termijn uitkomst biedt voor zzp’ers die aan concurrentiebedingen gebonden raken. Ten principale zou bij een herziening (adviesaanvraag aan de SER wordt nog steeds verwacht) van artikel 7:653 BW de discussie gevoerd moeten worden of andersoortige overeenkomsten niet eveneens aan eenzelfde belangenafweging als die van het derde lid van artikel 7:653 BW moeten (kunnen) worden getoetst.