

Het concurrentiebeding: einde in zicht of brandt er nog licht?

Bb 2023/45

Recent heeft (inmiddels) demissionair minister Van Gennip van SZW een hervorming van het concurrentiebeding aangekondigd. Het doel van deze hervorming is het voorkomen van nodeloos gebruik van het concurrentiebeding om de arbeidsmobiliteit niet onnodig te beperken. De voorgestelde maatregelen zullen het lastiger maken om een concurrentiebeding overeen te komen. Waar het overeenkomen daarvan is toegestaan, zal dit leiden tot een verplichting voor de werkgever om de werknemer een vergoeding te betalen. In deze bijdrage bespreekt de auteur onder meer de voorgenomen hervorming en de aanleiding daartoe.

1. Inleiding

Tijdens de onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarden bestaat tussen werkgever en werknemer doorgaans geen discussie over het opnemen van een concurrentiebeding. Toch kan dit beding aanzienlijke gevolgen hebben, als de werknemer op een gegeven moment voornemens is om over te stappen naar de concurrent.

Een concurrentiebeding kan voor werkgevers zinvol zijn ter bescherming van het bedrijfsdebet. Met een concurrentiebeding kan immers worden voorkomen dat werknemers met bijvoorbeeld concurrentiegevoelige informatie, intellectueel eigendom en klant-/contactgegevens overstappen naar een concurrent, met alle mogelijke gevolgen van dien. Met uitzondering van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kan een concurrentiebeding vrij gemakkelijk rechtsgeldig worden overeengekomen. De enige eisen die de wet stelt, zijn dat het beding schriftelijk wordt overeengekomen en de werknemer meerderjarig is. Hier komt een einde aan als het aan demissionair minister Van Gennip ligt. In een recente kamerbrief heeft zij hervorming van het concurrentiebeding aangekondigd (C.E.G. van Gennip, Hervorming van het concurrentiebeding, 2 juni 2023). Voordat hierop verder wordt ingegaan, wordt in deze bijdrage kort het juridisch kader rondom het concurrentiebeding behandeld en wordt ingegaan op de aanleiding voor de voorgenomen hervorming. Tot slot wordt een aantal tips voor de praktijk meegegeven over hoe voorlopig om te gaan met het concurrentiebeding.

2. Juridisch kader

De vereisten met betrekking tot het concurrentiebeding zijn opgenomen in art. 7:653 BW. De wet spreekt overigens niet over een concurrentiebeding, maar over een beding op grond waarvan 'de werknemer in zijn bevoegdheid

wordt beperkt om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn'. Dit betekent dat art. 7:653 BW ook op een relatiebeding van toepassing is, hetgeen wordt gezien als een vorm van een concurrentiebeding (ECLI:NL:HR:2017:364).

De hoofdregel is dat een concurrentiebeding alleen geldig is indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan en het concurrentiebeding schriftelijk met een meerderjarige werknemer is overeengekomen (art. 7:653 lid 1 aanhef, onder a en b BW). Aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan als het concurrentiebeding is opgenomen in een arbeidsovereenkomst of ander document dat ondertekend is. Ook is het mogelijk om in de arbeidsovereenkomst of ander ondertekend document naar een regeling te verwijzen waarin het concurrentiebeding is opgenomen. Vereist is dan dat de regeling waarin het concurrentiebeding is opgenomen als bijlage is bijgevoegd en in de arbeidsovereenkomst (of ander ondertekend document) naar de regeling wordt verwezen. Het is ook mogelijk als in plaats daarvan de werknemer in de arbeidsovereenkomst (of ander ondertekend document) uitdrukkelijk verklaart met het concurrentiebeding in te stemmen (ECLI:NL:HR:2008:BC0384 (*Philips/Oostendorp*); ECLI:NL:HR:2017:364).

Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan een concurrentiebeding alleen geldig met een meerderjarige werknemer worden overeengekomen als uit een schriftelijke motivering blijkt dat voor de werkgever vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen het ten aanzien van specifiek deze werknemer (en diens functie) noodzakelijk is een dergelijk beding overeen te komen. Dit kan te maken hebben met specifieke kennis of bedrijfsinformatie die de werknemer zal op doen, met als gevolg dat de werkgever onevenredig zou worden benadeeld als de werknemer naar een concurrent zou overstappen (*Kamerstukken I 2013/14*, 33 818, C, p. 103-104). Deze motivering moet gelijktijdig met het concurrentiebeding worden verstrekt, hetzij in het beding zelf, daaronder of in een apart document dat samen met het beding wordt overeengekomen en ondertekend. Anders dan bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dient het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te worden opgenomen (*Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 7, p. 129). Zonder schriftelijke motivering is het concurrentiebeding nietig (zie bijv. ECLI:NL:GHAMS:2016:3932). Als in het concurrentiebeding wel een motivering is opgenomen maar geen sprake (meer) is van zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen op het moment dat daar een beroep op wordt gedaan, leidt dit tot vernietigbaarheid van het concurrentiebeding (art. 7:653 lid 3, aanhef, onderdeel a BW; *Kamerstukken I 2013/14*, 33 818, C, p. 28; *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818 nr. 3, p. 17).

Een geldig overeengekomen concurrentiebeding kan ook om een andere reden worden vernietigd. Zo heeft de rechter de bevoegdheid een concurrentiebeding geheel of

¹ Mr. J. Seghrouchni is advocaat bij de sectie Arbeid, Medezeggenschap & Pensioen bij De Clercq Advocaten Notariaat te Leiden.

gedeeltelijk te vernietigen als de werknemer in vergelijking met het te beschermen belang van de werkgever onredelijk wordt benadeeld (art. 7:653 lid 3 aanhef, onderdeel b BW). Hierbij vindt een belangenafweging plaats. Om dit te bewerkstelligen zal de werknemer zelf een procedure moeten starten. Uit de jurisprudentie volgt dat een concurrentiebeding van langer dan 12 maanden vaak als onredelijk wordt beschouwd en wordt gematigd (zie bijv. ECLI:NL:GHDHA:2013:1224). Daarnaast kan de rechter bepalen dat de werkgever aan de werknemer een vergoeding moet betalen gedurende de duur van de beperking, indien de werknemer aanzienlijk wordt belemmerd om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn (art. 7:653 lid 5 BW). De rechter is hiertoe niet verplicht. De werknemer heeft in ieder geval geen recht op een vergoeding als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan diens zijde. Indien dat laatste de werkgever kan worden verweten, kan geen rechten aan het concurrentiebeding worden ontleend (art. 7:653 lid 4 BW).

3. Hervorming concurrentiebeding

3.1 Aanleiding voor de hervorming

Eind 2019 hebben Kamerleden Van Weyenberg en Van Dijk een motie ingediend en de regering verzocht te onderzoeken op welke manier het gebruik van het concurrentiebeding tot het noodzakelijke kan worden beperkt (*Kamerstuk 2019/20, 35 300 XV, nr. 61*). Zij stellen in hun motie voor om de volgende opties mee te nemen: het geheel uitsluiten van een concurrentiebeding bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, het invoeren van een maximale duur en geografische reikwijdte ingeval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en het toekennen van een minimale vergoeding voor het concurrentiebeding ingeval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Naar aanleiding van deze motie heeft Onderzoeksbureau Panteia onderzoek gedaan naar de werking van het concurrentiebeding en hierover in 2021 een rapport uitgebracht (Panteia, 'De werking van het Concurrentiebeding', Eindrapport, Zoetermeer: 26 mei 2021). Uit dit onderzoek komt onder meer naar voren dat de drempel voor werkgevers om een concurrentiebeding overeen te komen laag is en het gebruik daarvan toeneemt (19% in 2015 versus 37% in 2021), bijna altijd als standaardclausule in de arbeidsovereenkomst. Daarnaast blijkt dat van de werknemers met een concurrentiebeding een grote groep niet te maken heeft met omstandigheden waarvoor een concurrentiebeding is bedoeld (denk aan werken met klanten, relaties en bedrijfsgevoelige informatie). Ook zou 35% van de werkgevers het concurrentiebeding gebruiken om schaars personeel te behouden. Dit terwijl het concurrentiebeding ook hiervoor niet bedoeld is (ECLI:NL:HR:2022:894). Een concurrentiebeding enkel op deze grond zal doorgaans geen stand houden (ECLI:NL:GHAMS:2021:1385). Een kwart van de aan een concurrentiebeding gebonden werknemers verwacht dat een eventueel conflict over dit beding hen ervan zal weerhouden om elders in dienst te treden, hetgeen volgens het rapport kan drukken op de 'employability' van de

groep werknemers. Verder blijkt dat voor werknemers de drempel naar de rechter vaak te hoog is om het concurrentiebeding aan te tasten, gezien de kosten voor een juridische procedure en de onzekerheid van de uitkomst (zoals reeds toegelicht dient de werknemer hiervoor een procedure te starten) (zie voor een samenvatting van de bevindingen: *Kamerstukken II 2021/22, 29 544, nr. 1089*).

3.2 De voorgestelde hervorming

De aangekondigde hervorming van het concurrentiebeding heeft als doel het nodeloos gebruik van het concurrentiebeding tegen te gaan ter voorkoming van het onnodig beperken van de arbeidsmobiliteit. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan zowel werknemers als werkgevers die nieuw personeel willen aantrekken. Tegelijkertijd erkent Van Gennip het belang dat het voor werkgevers mogelijk moet blijven om een concurrentiebeding overeen te komen ter bescherming van het bedrijfsdebet. Bijvoorbeeld, afzetmogelijkheden op grond van goodwill, knowhow en zakelijke relaties. Van Gennip vindt het verder belangrijk dat voor partijen van tevoren helderder en duidelijker is in welke gevallen een concurrentiebeding kan worden overeengekomen en worden ingeroepen (C.E.G. van Gennip, *Hervorming van het concurrentiebeding*, 2 juni 2023).

De volgende wijzigingen zullen in een wetsvoorstel verder worden uitgewerkt:

- i) Het beperken van het concurrentiebeding in duur.
- ii) De verplichting om het concurrentiebeding te koppelen aan een geografisch bereik en dit beding te motiveren en te specificeren.
- iii) De verplichting om bij het concurrentiebeding het zwaarwichtig bedrijfsbelang te motiveren, zoals momenteel ook geldt voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.
- iv) De verplichting voor de werkgever om de werknemer een vergoeding te betalen indien de werknemer aan het concurrentiebeding wordt gehouden. Dit zou dan een wettelijk bepaald percentage van het laatst verdiende salaris betreffen.

3.3 Commentaar

Of alle doelstellingen met bovenstaande hervormingen worden behaald valt te bezien. Waar enerzijds te verwachten valt dat minder concurrentiebedingen worden overeengekomen, kunnen werkgevers er straks voor kiezen een concurrentiebeding op te nemen met bijbehorende motivering over het zwaarwichtig bedrijfsbelang, terwijl ten tijde van het invoeren van het beding hiervan geen sprake (meer) is. Dit kan voor een werknemer nog steeds afschrikkend werken, ervan uitgaande dat het concurrentiebeding – zoals nu ook aan de orde is bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – vernietigd kan worden. De werknemer zal dan zelf een juridische procedure moeten starten. Bovendien blijft het twijfelachtig in hoeverre de gewenste helderheid en duidelijkheid met de voorgestelde maatregelen wordt bereikt. Immers, ook ten aanzien van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is niet altijd even duidelijk in hoeverre sprake is van zwaarwichtige bedrijfsbelangen

die voldoende zijn toegelicht. Mogelijk dat vanuit de politiek de praktijk op dit punt handvatten kunnen worden geboden. Tegelijkertijd biedt de voorgestelde verplichte vergoeding wel enige bescherming voor de werknemer c.q. nadere afweging voor de werkgever om de werknemer al dan niet aan het concurrentiebeding te houden. Het is wachten tot het wetsvoorstel om te bezien hoe genoemde vier punten nader worden ingevuld.

Ten tijde van de kamerbrief heeft Van Gennip de verwachting uitgesproken om het wetsvoorstel eind 2023 ter internetconsultatie voor te leggen. Gelet op de val van het kabinet en de aanstaande verkiezingen, is het de vraag in hoeverre dit nog haalbaar is.

4. Afsluitende opmerkingen

Na de val van het kabinet heeft demissionair minister van Gennip te kennen gegeven zich te willen blijven inzetten voor de hervorming van de arbeidsmarkt. Of dit ook geldt voor de hervorming van het concurrentiebeding zal moeten blijken.

Hoewel het, mede door de aanstaande verkiezingen en de vooralsnog onzekere uitkomst daarvan, onduidelijk is of en in welke vorm het wetsvoorstel uiteindelijk wordt aangenomen, lijkt het toch aan te raden in de praktijk alvast een aantal aspecten in acht te nemen. Zo kan het verstandig zijn om stil te staan bij het gebruik van concurrentiebedingen en bijvoorbeeld geen concurrentiebeding overeen te komen voor functies waarin geen risico's bestaan voor het bedrijfsdebet wanneer een werknemer bij een concurrent in dienst treedt. In plaats van het hanteren van standaard concurrentiebedingen, lijkt het goed om maatwerkclausules op te nemen in de arbeidsovereenkomsten. Dit stelt de werkgever in staat om specifieke beperkingen en voorwaarden te formuleren die beter passen bij de individuele functie, rol en verantwoordelijkheden van de werknemer. Dit verkleint ook de kans dat, als een werknemer er wel voor kiest om de gang naar de rechter te zoeken, het concurrentiebeding wordt gematigd.

Kijkend naar de jurisprudentie en de maatschappelijke en politieke ontwikkelingen rondom het concurrentiebeding, brandt er op dit moment voor het concurrentiebeding nog wel wat licht, maar is waarschijnlijk het einde daarvan voor veel gevallen in zicht.