

To be (non-)competed?

Praktijkgerichte juridische scriptie naar de beperkingen die een werkgever een (ex-)werknemer na de Wet werk en zekerheid kan opleggen in zijn vrije arbeidskeuze teneinde zijn bedrijfsdebiel te beschermen tegen concurrentie.

*



Auteur: C.H.A. (Corné) van de Wiel
Opdrachtgever: VBP Advocaten, mr. P. Pasebani

Eerste docent: mw. mr. S. de Rooij
Tweede docent: dhr. mr. M. Kooij
Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Eindhoven, 29 mei 2017

TO BE (NON-)COMPETED

Praktijkgerichte juridische scriptie naar de beperkingen die een werkgever een (ex-)werknemer kan opleggen in zijn vrije arbeidskeuze teneinde zijn bedrijfsdebiët te beschermen tegen concurrentie.

Afstudeerscriptie HBO Rechten
In opdracht van VBP Advocatuur

Auteur:	C.H.A. (Corné) van de Wiel
Studentnummer:	2081470
Opleiding:	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys Meerkoldreef 6 5042 PN Tilburg
Eerste docent:	mw. mr. S. de Rooij
Tweede docent:	dhr. mr. M. Kooij
Opdrachtgever:	VBP Advocaten
Stagementor:	dhr. mr. P. Pasebani
Afstudeerperiode:	februari 2017
Plaats van verschijning	Eindhoven
Datum van verschijning	29 mei 2017

* afbeelding omslag:http://blog.ipleaders.in/wp-content/uploads/2016/06/HLG_Non_Comp_Agreement2.jpg

Voorwoord

Voor u ligt het sluitstuk van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Vanaf februari 2017 heb ik in opdracht van VBP Advocatuur onderzoek gedaan naar het spanningsveld tussen het belang van de werkgever om zijn bedrijfsdebiel te beschermen tegen concurrentie, en het grondrecht van de werknemer op vrije arbeidskeuze.

Op deze plaats wil ik mijn dank uitspreken naar iedereen die heeft bijgedragen aan de totstandkoming van deze scriptie. In het bijzonder wil ik opdrachtgever en begeleider mr. Payam Pasebani bedanken voor de opdracht, de begeleiding, maar ook de kans om me naast het schrijven van de scriptie op een breed vlak te ontwikkelen en een inkijk te bieden in de advocatuur. Ook gaat mijn bijzondere dank uit naar mr. Suzanne de Rooij voor de ondersteuning, feedback en begeleiding die zij mij heeft geboden tijdens het afstudeertraject. Tot slot mijn dank voor mijn vrienden en familie voor de onvoorwaardelijke steun tijdens mijn studie aan de Juridische Hogeschool en tijdens het afstudeertraject.

Ik wens u veel leesplezier toe bij het lezen deze scriptie.

Corné van de Wiel

Eindhoven, mei 2017

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Inhoudsopgave.....	3
Samenvatting.....	6
Afkortingenlijst.....	7
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	8
1.1. Aanleiding onderzoek.....	8
1.2. Probleembeschrijving.....	8
1.3. Centrale vraag	9
1.4. Doelstelling	9
1.5. Deelvragen	9
1.6. Methoden van onderzoek / methodische verantwoording.....	10
1.7. Leeswijzer.....	10
Hoofdstuk 2: Beperkingen in de vrije arbeidskeuze	12
2.1 Het recht op vrije arbeidskeuze.....	12
2.1.1. Wettelijke bepalingen	12
2.1.2. Horizontale werking	12
2.1.3. Reikwijdte en uitleg art. 19 lid 3 Gw.....	12
2.2. Het 'klassieke' concurrentiebeding.....	13
2.2.1. Reikwijdte 7:653 BW	13
2.2.2. Het schriftelijkheidsvereiste	14
2.2.3. Het concurrentiebeding in een voortgezette arbeidsovereenkomst.....	15
2.2.4. Concurrentiebeding bij functiewijziging	16
2.2.5. Concurrentiebeding bij overgang van onderneming.....	17
2.2.6. Meerderjarige werknemer.....	18
2.2.7. Uitleg van het concurrentiebeding	18
2.2.8. Vernietiging concurrentiebeding	18
2.2.9. Schadeplichtigheid	19
2.2.10. Billijke vergoeding voor de werknemer	20
2.2.11. Uitzendovereenkomsten en het belemmeringsverbod	21
2.3. Andere vrijheidsbeperkende bedingen.....	21
2.3.1. Het relatiebeding	21
2.3.2. Het geheimhoudingsbeding	22
2.4. Onrechtmatige concurrentie.....	24
2.5. Sancties.....	25
2.5.1. Het boetebeding bij het concurrentie- en relatiebeding	25
2.5.2. Schadevergoeding.....	26
2.5.3. De boeteclausule bij het geheimhoudingsbeding	26
2.6. Tussenconclusie hoofdstuk 2.....	27
Hoofdstuk 3: Artikel 7:653 BW en de Wet werk en zekerheid	28

3.1. Het concurrentiebeding en de Wet werk en zekerheid	28
3.1.1. Doelstelling wetgever	28
3.1.2. De wijzigingen door de WWZ.....	28
3.1.3. Overgangsrecht	28
3.2. Het concurrentiebeding in een tijdelijk contract: ‘zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen’ en de motiveringsplicht.....	29
3.2.1. Visie wetgever	29
3.2.2. Jurisprudentieonderzoek	30
3.3. Van ‘schadeplichtig’ naar ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’	32
3.3.1. Bedoeling wetgever en visies literatuur.....	32
3.3.2. Jurisprudentie	33
3.4. Het relatie- en geheimhoudingsbeding na de Wet werk en zekerheid	33
3.4.1. Het relatiebeding na de Wet werk en zekerheid.....	34
3.4.2. Het geheimhoudingsbeding na de Wet werk en zekerheid	34
3.5. Tussenconclusie hoofdstuk 3	34
Hoofdstuk 4: Betekenis voor werknemer en werkgever	35
4.1. De praktijkdossiers.....	35
4.2. Vrijheidsbeperkende bedingen voor de werkgever	36
4.2.1. Het concurrentie- en relatiebeding ex art. 7:653 BW	36
4.2.2. Het zwaarder drukken van het concurrentiebeding	36
4.2.3. Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	37
4.2.4. Belangenafweging	38
4.2.5. Ernstig verwijtbaar handelen	38
4.2.6. Het relatiebeding	39
4.2.7. Onrechtmatige concurrentie	39
4.2.8. Het geheimhoudingsbeding	39
4.3. Vrijheidsbeperkende bedingen voor de werknemer.....	39
4.3.1. Artikel 7:653 BW	40
4.3.2. Functiewijziging	40
4.3.3. Overgang van onderneming	41
4.3.4. Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	41
4.3.5. Belangenafweging	42
4.3.6. Uitleg van het concurrentiebeding	43
4.3.7. Billijke vergoeding.....	43
4.3.8. Ernstig verwijtbaar handelen	43
4.3.9. Het relatiebeding	43
4.3.10. Het geheimhoudingsbeding	44
4.3.11. Onrechtmatige concurrentie.....	44
4.3.12. Sancties.....	44
Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen	45
5.1. Conclusies	45

5.2. Aanbevelingen	46
5.2.1. Aanbevelingen ten aanzien van werkgevers.....	46
5.2.2. Aanbevelingen ten aanzien van werknemers.....	47
Literatuurlijst	48
Boeken / Artikelen.....	48
Parlementaire stukken	49
Jurisprudentie	49
Europese jurisprudentie.....	49
Hoge Raad.....	50
Gerechtshoven	50
Rechtbanken / kantonrechters.....	50
Bijlage I: Uitgebreide verantwoording bronnen en methoden onderzoek Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.	
Deelvraag 1.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Deelvraag 2.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Deelvraag 3.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Bijlage II: Verantwoording jurisprudentieonderzoek ‘zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen’	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Zoekmethode.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Gebruikte uitspraken.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Rechtbank.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Gerechtshof.....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Niet-gebruikte uitspraken	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Bijlage III: Praktijkdossiers VBP Advocatuur	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Praktijkdossier I	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Praktijkdossier II	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
Bijlage IV: Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016 Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.	

Samenvatting

In deze scriptie staat centraal hoe een werkgever zijn bedrijfsdebiet tegen concurrentie kan beschermen, en hoe dit zich verhoudt tot het recht op vrije arbeidskeuze van een werknemer.

Een werkgever heeft een aantal manieren om zijn bedrijfsdebiet te beschermen. Allereerst kan hij een concurrentie- en/of relatiebeding sluiten. Nu beide bedingen de werknemer beperken in zijn bevoegdheid om na het einde van het dienstverband *op zekere wijze werkzaam te zijn*, dienen ze te worden beoordeeld aan de hand van art. 7:653 BW. Lid 1 stelt dat het beding 1) schriftelijk met een 2) meerderjarige werknemer moet zijn aangegaan. Het schriftelijkheidsvereiste dient als waarborg voor de werknemer. Een concurrentie- of relatiebeding moet schriftelijk met een individuele werknemer – in de individuele arbeidsovereenkomst of in een bijgevoegd arbeids(voorwaarden)regeling waarnaar in de individuele overeenkomst wordt verwezen – worden overeengekomen. De waarborg van het schriftelijkheidsvereiste brengt voorts mee dat het beding vervalt wanneer het als gevolg van een niet-voorzienbare, ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken.

Sinds de inwerkingtreding van de WWZ verbiedt lid 1 het beding op te nemen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Lid 2 maakt hierop een uitzondering indien de werkgever schriftelijk motiveert dat het beding *noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen*. De werkgever zal zeer concreet en specifiek moeten aangeven om welke belangen het gaat. Deze wijziging betekent dat een beding in een tijdelijk contract wordt beoordeeld aan de hand van de volgende drietrapsladder:

1. Formele toets: is in, onder of bij het beding een schriftelijke motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen opgenomen? Sanctie: nietigheid.
2. Materiele toets: dragende motivering. Blijkt uit de motivering dat het beding voldoende noodzakelijk is vanwege de belangen van de werkgever? Sanctie: gehele vernietiging.
3. Belangenafweging: wordt de werknemer door het beding onbillijk benadeeld? Sanctie: gehele of gedeeltelijke vernietiging.

Uit de post-WWZ-jurisprudentie blijkt dat de nieuwe toets een erg zware is. In slechts 3 van de 17 gevallen doorstond het beding de toets. Het ging hier om werknemers in commerciële functies met kennis van prijsafspraken en -tactieken, marges, en klanten of relaties.

Met de WWZ werd ook de term *schadeplichtig* uit lid 4 en 5 vervangen door *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*. Het lijkt hier te gaan om een ruimere term dan het oude schadeplichtig, nu ook misbruik van ontslaggrond en duidelijk handelen in strijd met goed werknemer- en werkgeverschap hieronder kunnen vallen.

Indien de werkgever geen (geldig) concurrentie- en/of relatiebeding is overeengekomen, is de vrijheid van de werknemer groot, maar niet onbegrensd. Hij kan namelijk aansprakelijk worden gesteld voor onrechtmatige concurrentie wanneer hij stelselmatig en substantieel afbreuk doet aan het duurzame bedrijfsdebiet van de voormalig werkgever met middelen die hem tijdens het dienstverband ter beschikking zijn gesteld.

Naast het concurrentie- en/of relatiebeding kan de werkgever zijn bedrijfsdebiet ook beschermen door een geheimhoudingsplicht. Het is de werknemer op grond van art. 7:611 BW verboden bedrijfsgeheimen openbaar te maken of met anderen te delen. De werkgever kan ook een specifiek geheimhoudingsbeding met de werknemer overeenkomen. Hierin kan de werkgever expliciet opnemen welke informatie onder de geheimhoudingsplicht vallen.

Een groot voordeel van het overeenkomen van een concurrentie-, relatie- of geheimhoudingsbeding is dat hieraan een boeteclausule kan worden gekoppeld. Hiermee worden eindeloze procedures met betrekking tot de schadebepaling voorkomen. Bovendien is de verplichting extra kenbaar aan de werknemer en heeft de boete een preventieve werking. De rechter kan de boete matigen indien de *billijkheid dit klaarblijkelijk eist*.

Afkortingenlijst

A-G	Advocaat-Generaal
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
Art.	Artikel
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BW [oud]	Het oude Burgerlijk Wetboek (tot de introductie van art. 7:653 BW in 1997)
ESH	Europees Sociaal Handvest
Gw	Grondwet
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
jo.	juncto
De Minister	De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
De Notitie	Notitie Grondrecht van vrije arbeidskeuze van Minister van Binnenlandse zaken J.G. Rietkerk: Kamerstukken II 1985/86, 19276, 2.
UVRM	Universele Verklaring van de Rechten van de Mens
WAA	Wet Aanpassing Arbeidsduur
Waadi	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WvSr	Wetboek van Strafrecht
WWZ	Wet werk en zekerheid

Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een inleiding op het onderzoek gegeven. Allereerst zal de afstudeerorganisatie en de aanleiding van het onderzoek kort worden belicht. Vervolgens wordt een probleembeschrijving gegeven. Hierna volgen de centrale vraag, de doelstelling, de deelvragen en een methodische verantwoording. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer.

1.1. Aanleiding onderzoek

Het onderzoek is geschreven in opdracht van VBP Advocatuur. VBP Advocatuur is een advocatenkantoor in Eindhoven waar de heer mr. Pasebani een algemene rechtspraktijk voert met het accent op arbeidsrecht, ondernemingsrecht, en personen- en familierecht. VBP Advocatuur krijgt regelmatig te maken met de vraag welke betekenis na beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan een concurrentie- c.q. relatiebeding moet worden toegekend. De Wet werk en zekerheid (hierna: WWZ) heeft hierin enkele wijzigingen aangebracht. Het is dus voor VBP Advocatuur van belang inzicht te krijgen in de rechtsgeldigheid van een concurrentie- en relatiebeding teneinde cliënten – zowel werkgevers als werknemers – kwalitatief hoogstaand advies te geven en waar nodig bij te staan in een juridische procedure.

1.2. Probleembeschrijving

De hedendaagse arbeidsmarkt is een snel veranderende markt die wordt gekenmerkt door een sterke dynamiek, flexibiliteit in plaats van zekerheid, digitalisering en een groeiende internationalisering.¹ Op de huidige arbeidsmarkt zijn steeds meer mensen op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten of deeltijdbanen werkzaam. Met de gefaseerde inwerkingtreding van de WWZ in 2015 heeft de wetgever het arbeidsrecht getracht te moderniseren, zodat dit voldoet aan de eisen van de snelle arbeidsmarkt uit de 21^e eeuw, die in niets lijkt op de arbeidsmarkt uit de vroege 20^e eeuw, toen het oude Burgerlijk Wetboek (hierna: BW [oud]) werd ingevoerd. Met de WWZ werd niet alleen het ontslagrecht drastisch gewijzigd. Ook zijn andere aspecten van het arbeidsrecht gerenoveerd om met name de positie van werknemers met een flexibele arbeidsrelatie te verbeteren.² Zo werd ook art. 7:653 Burgerlijke Wetboek (hierna: BW), waarin het concurrentiebeding is opgenomen, op enkele cruciale punten gewijzigd.

Het beding op grond van art. 7:653 BW is een bijzonder beding dat door de werkgever en werknemer kan worden opgenomen in de arbeidsovereenkomst, dat de werknemer beperkt na het einde van het dienstverband in zijn bevoegdheid *op zekere wijze werkzaam te zijn*. in de praktijk en de literatuur wordt aangenomen dat ook 'niet-klassieke' concurrentiebedingen onder de reikwijdte van art. 7:653 BW vallen. Hierbij is te denken aan het relatiebeding en het geheimhoudingsbeding.³ Aan het overtreden van dergelijke bedingen is doorgaans een boete of een schadevergoedingsmaatregel verbonden. Als men naar deze bedingen kijkt, begeeft men zich in een spanningsveld van belangen. Enerzijds heeft de werkgever belang bij het beschermen van zijn bedrijfsdebet tegen concurrentie, en anderzijds verdient de werknemer, op grond van het in art. 19 lid 3 Grondwet (hierna: Gw) neergelegde recht op vrije arbeidskeuze, bescherming. Conflicten over deze bedingen monden vaak uit in procedures, al dan niet in kort geding, over de houdbaarheid ervan.

De gevolgen van de WWZ voor bedingen op grond van art. 7:653 BW vormen zowel in de jurisprudentie als in de literatuur voer voor discussie. Nu in de huidige arbeidsmarkt steeds meer mensen werken op basis van flexibele arbeidsrelaties, waarbij werknemers snel van baan wisselen en gebaat zijn bij flexibele voorwaarden, heeft de wetgever ook de regeling omtrent het concurrentiebeding aangepast door strengere voorwaarden te verbinden aan het overeenkomen van een beding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het is echter

¹ Zie o.a.: *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 3.

² *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 1-12.

³ Zie o.a.: H.J. Bolte, 'Het relatiebeding op de korrel', *ArbeidsRecht* 2001, afl. 34 en O. van der Kind, 'De verplichting tot geheimhouding als wapen tegen concurrentie door ex-werknemers', *ArbeidsRecht* 2011, af. 9.

de vraag welke strekking deze wijziging in de praktijk heeft en wat dit betekent voor de rechtsgeldigheid van het beding in een gerechtelijke procedure. Het is voor VBP Advocatuur van belang inzicht te krijgen in de gevolgen die de WWZ in de praktijk heeft voor de positie van zowel werkgevers als werknemers.

1.3. Centrale vraag

Hoe dient VBP Advocatuur zijn advisering sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid aan te passen ten aanzien van de beperkingen die een werkgever aan een (ex-) werknemer kan opleggen in zijn Grondwettelijke recht op vrije arbeidskeuze teneinde het bedrijfsdebiets van de werkgever te beschermen?

1.4. Doelstelling

Ik ga op 29 mei 2017 aan VBP Advocatuur een onderzoeksrapport opleveren waarin aanbevelingen worden gedaan over de advisering van cliënten – zowel werkgevers als werknemers – die worden geconfronteerd met de vraag onder welke voorwaarden een (ex)werknemer, teneinde het bedrijfsdebiets van de werkgever te beschermen, na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid, kan worden beperkt in zijn Grondwettelijke recht op vrije arbeidskeuze, zodat VBP Advocatuur deze cliënten doeltreffend en effectief kan adviseren en bijstaan.

1.5. Deelvragen

Onderstaande deelvragen zullen in de volgende hoofdstukken worden beantwoord teneinde bij de conclusies en aanbevelingen een concreet antwoord op de centrale vraag te formuleren.

1. Welke mogelijkheden bood het arbeidsrecht voor inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid om werknemers te beperken in hun recht op vrije arbeidskeuze?
 - 1.1. Wat hield en houdt het recht op vrije arbeidskeuze van een werknemer in?
 - 1.2. Hoe zag de regeling omtrent het 'klassieke' concurrentiebeding ex art. 7:653 BW er uit?
 - 1.3. Welke eisen verbond het recht aan andere vrijheidsbeperkende bedingen?
 - a. Het relatiebeding
 - b. Het geheimhoudingsbeding
 - 1.4. Onder welke voorwaarden kon een werkgever zijn bedrijfsdebiets beschermen tegen onrechtmatige concurrentie wanneer hiervoor geen bedingen in de arbeidsovereenkomst waren opgenomen?
 - 1.5. Welke voorwaarden verbond het recht aan het opleggen van een sanctie bij overtreding van bedingen op grond van art. 7:653 BW?
2. Welke wijzigingen brengt de Wet werk en zekerheid met zich mee voor bedingen die de werknemer beperken in zijn recht op vrije arbeidskeuze?
 - 2.1. Welke betekenis moet volgens de wetgever resp. de rechter worden toegekend aan het begrip 'zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen' en aan de motiveringseis uit het nieuwe art. 7:653 lid 2 BW?
 - 2.2. Welke consequenties heeft de tekstuele wijziging in lid 4 van 'schadeplichtig' naar 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' voor de reikwijdte van deze bepaling?
 - 2.3. Wordt er in de rechtspraak na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid anders gekeken naar (de positie van) het relatie- resp. geheimhoudingsbeding? Zo ja, waarom is dit gewijzigd en hoe wordt er nu naar gekeken?
 - 2.4. In hoeverre is de jurisprudentie rondom onrechtmatige concurrentie wanneer er geen beperkend beding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid nog geldig?
3. Welke aanbevelingen kunnen aan de hand van een praktijkdossier aan VBP Advocatuur worden gedaan met betrekking tot de houdbaarheid van vrijheidsbeperkende bedingen na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid?
 - 3.1. Waar moet een werkgever na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid bij het aangaan en ten uitvoer leggen van een beding dat de werknemer beperkt in zijn vrije arbeidskeuze op letten c.q. rekening mee houden?

- 3.2. Waar liggen (in en buiten een gerechtelijke procedure) de kansen voor een werknemer om succesvol verweer te voeren indien hij wordt geconfronteerd met de gevolgen van schending van een beding dat hem beperkt in zijn vrije arbeidskeuze?

1.6. Methoden van onderzoek / methodische verantwoording

Hierna zal een summiere verantwoording van de gebruikte bronnen en methoden worden gegeven. Een uitgebreide verantwoording is in Bijlage I opgenomen.

In het tweede hoofdstuk wordt allereerst het recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer worden toegelicht. Hiervoor wordt gekeken naar de nationale en internationale wet- en regelgeving omtrent dit recht. Aan de hand van de wetshistorie, de literatuur en de rechtspraak wordt de reikwijdte van dit recht belicht. Vervolgens wordt de regeling van het 'klassieke concurrentiebeding' worden besproken. Dit wordt gedaan aan de hand van een analyse van de wettekst van art. 7:653 BW, de wetshistorie en artikelgewijs commentaar. Daarnaast wordt een literatuuronderzoek in juridische handboeken en vakbladen gedaan naar de voorwaarden waaronder een concurrentiebeding kan worden overeengekomen, hetgeen wordt aangevuld met jurisprudentie. Deze methoden worden ook toegepast op het relatie- en geheimhoudingsbeding. Aan de hand van de wet, literatuur en jurisprudentie wordt gekeken op basis van welke criteria deze bedingen moeten worden beoordeeld. Vervolgens wordt de situatie worden bekeken waarin geen concurrentie- of relatiebeding is overeengekomen tussen de werknemer en werkgever. Het standaardarrest Boogaard/Vesta uit 1955 staat hierbij centraal. Aan de hand van de jurisprudentie en de literatuur wordt bekeken of de maatstaven die de Hoge Raad in dit arrest heeft gegeven nog steeds door de (feiten)rechters worden toegepast. Tot slot wordt aan de hand van de wet, jurisprudentie en literatuur bekeken welke mogelijkheden een werkgever heeft om bij overtreding van een concurrentie-, relatie- of geheimhoudingsbeding een sanctie op te leggen, en aan welke voorwaarden een dergelijke sanctie moet voldoen. Ook wordt de matigingsbevoegdheid van de rechter belicht. Aan de hand van de jurisprudentie wordt bekeken welke omstandigheden een rol spelen bij een eventuele matiging.

In hoofdstuk 2 zullen de wijzigingen door de WWZ aan bod komen. Het gaat hier in de eerste plaats om de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan het begrip *zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen*. Allereerst wordt in de parlementaire geschiedenis en de literatuur gekeken naar de bedoeling van de wetgever en de opinie van gerenommeerde auteurs. Daarna wordt aan de hand van een uitgebreid jurisprudentieonderzoek bekeken hoe de rechter in de praktijk omgaat met het nieuwe begrip. Een tweede aspect van de WWZ is de wijziging van de term *schadeplichtig* naar *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*. Aan de hand van een wetshistorisch- en literatuuronderzoek wordt ook hier gekeken naar de bedoeling van de wetgever. Vervolgens zal ook een jurisprudentie-onderzoek worden verricht teneinde te kijken hoe de rechtspraak met de nieuwe term omgaat.

In hoofdstuk 4 worden de bevindingen uit het praktijkonderzoek gepresenteerd. Aan de hand van een tweetal praktijkdossiers, ter beschikking gesteld door opdrachtgever VBP Advocatuur, en verschillende casusposities wordt gekeken welke invloed de wijzigingen door de WWZ hebben op de praktijk. Hierbij wordt gekeken wat de aandachtspunten voor een werkgever zijn bij het gebruiken van een concurrentie-, relatie- en/of geheimhoudingsbeding na de WWZ. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van dezelfde dossiers en casussen ook een beeld geschetst van de kansen en mogelijkheden voor een werknemer om succesvol verweer te voeren indien hij wordt geconfronteerd met een concurrentie-, relatie- en/of geheimhoudingsbeding.

1.7. Leeswijzer

Hoofdstuk 2 vormt de juridische basis van dit onderzoek. Hierin zal allereerst het recht op vrije arbeidskeuze worden belicht. Vervolgens zullen de verschillende aspecten van het 'klassieke concurrentiebeding' worden toegelicht. Informatie die hier wordt gepresenteerd is grotendeels zowel vóór als ná de WWZ toepasselijk. Indien het gaat om informatie die uitsluitend vóór de

WWZ geldend is, wordt dit uitdrukkelijk vermeld. Het toch opnemen van deze informatie is in dat geval noodzakelijk voor de leesbaarheid en begrijpbaarheid van het hoofdstuk. Vervolgens zullen de voorwaarden die aan het relatie- en geheimhoudingsbeding zijn gesteld worden belicht, en zal worden gekeken naar onrechtmatige concurrentie zonder beding. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met de bespreking van sancties die aan overtreding van de bedingen kunnen worden verbonden.

In hoofdstuk 3 worden de gevolgen van de WWZ op art. 7:653 BW belicht. Hierbij zal met name aandacht worden besteed aan de wijzigingen met betrekking tot concurrentiebedingen in tijdelijke arbeidsovereenkomsten in de leden 1 en 2 van art. 7:653 BW, en zal de wijziging van de term *schadeplichtig* in *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* worden besproken. Tot slot zal worden gekeken naar de betekenis die na de WWZ aan het relatiebeding wordt toegekend.

Hoofdstuk 4 bevat het praktijkonderzoek waarin de in het tweede en derde hoofdstuk gepresenteerde informatie wordt vertaald naar de praktijk. In dit hoofdstuk zal aan de hand van praktijkvoorbeelden en casusposities de betekenis van de wijzigingen door de WWZ worden besproken.

Tot slot zal in het vijfde hoofdstuk, de conclusies en aanbevelingen, een antwoord op de centrale vraag worden geformuleerd. Aan de hand van deze conclusies zullen concrete aanbevelingen worden gedaan aan opdrachtgever VBP Advocatuur met betrekking tot advisering en bijstand van cliënten.

Hoofdstuk 2: Beperkingen in de vrije arbeidskeuze

In dit hoofdstuk wordt de juridische basis van het onderzoek gelegd. Hierna zal worden besproken welke mogelijkheden het arbeidsrecht reeds vóór de inwerkingtreding van de WWZ bood om werknemers te beperken in hun recht op vrije arbeidskeuze. Het overgrote merendeel van de informatie die hierna worden belicht zijn ook ná de WWZ nog van toepassing. Voor de specifieke wijzigingen aangebracht door de WWZ wordt verwezen naar hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk zal allereerst een schets van het recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer worden gegeven (2.1), vervolgens wordt het 'klassieke concurrentiebeding' uit art. 7:653 BW besproken (2.2). Hierna wordt aandacht besteed aan het relatie- en geheimhoudingsbeding (2.3), onrechtmatige concurrentie (2.4) en sancties die aan overtreding van een concurrentie-, relatie- en geheimhoudingsbeding verbonden kunnen worden (2.5).

2.1 Het recht op vrije arbeidskeuze

Alvorens de mogelijkheden die het recht biedt om de werknemer te beperken in zijn grondrecht op vrije arbeidskeuze te bespreken, zal in deze paragraaf worden gekeken naar dit recht van de werknemer en de strekking hiervan.

2.1.1. Wettelijke bepalingen

Het recht op vrije arbeidskeuze is in diverse internationale verdragen vastgelegd. Zo spreekt artikel 1 van het Europees Sociaal Handvest (herzien) (hierna: ESH) van *the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon*. Behalve in het ESH is het recht vastgelegd in onder andere art. 23 lid 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (hierna: UVRM) en art. 6 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (hierna: IVESCR).

Naast deze in internationaalrechtelijke verdragsbepalingen is het recht op vrije arbeidskeuze ook in art. 19 lid 3 Gw neergelegd: *Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.*

2.1.2. Horizontale werking

De bovengenoemde verdragsbepalingen vormen geen 'een ieder verbindende bepalingen'. Deze bepalingen geven instructienormen aan de overheid. De overheid moet zorgdragen voor de uitvoering en handhaving van de bepalingen. Deze bepalingen geven de individuele burger geen afdwingbaar recht jegens elkaar of jegens de overheid.

Over de horizontale werking⁴ van art. 19 lid 3 Gw betoogde de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken Rietkerk in de Notitie Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze (hierna: de Notitie) dat dit artikel horizontale werking zou kunnen hebben.⁵ Hiertoe overwoog de Minister dat de Staatscommissie Cals-Donner er al vanuit ging dat de vrijheid van arbeidskeuze horizontale werking zou kunnen hebben. Hierbij moest worden gedacht aan bijvoorbeeld concurrentie- en prijsafspraken. De horizontale werking van art. 19 lid 3 Gw kan ook op grond van – het later ingevoerde – art. 3:12 BW worden aangenomen, nu de Hoge Raad in het Agfa/Schoolderman-arrest⁶ duidelijk heeft bevestigd dat dit artikel een legitimatie vormt voor de horizontale werking van grondrechten in het arbeidsrecht. In het vervolg zal dan ook, als wordt gesproken over het recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer, het recht uit art. 19 lid 3 Gw worden bedoeld.

2.1.3. Reikwijdte en uitleg art. 19 lid 3 Gw

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 19 lid 3 Gw geen 'recht op arbeid' als zodanig inhoudt, maar 'slechts' de keuze van beroep uit de mogelijkheden die zowel persoonlijk als maatschappelijk beschikbaar zijn.⁷ Hierdoor kunnen bij Algemene Plaatselijke Verordening (hierna: APV) bijvoorbeeld beperkingen in prostitutie worden aangebracht.

⁴ Indien een grondrecht horizontale werking heeft kan een individuele burger zich hier tegenover een ander individu of organisatie op beroepen.

⁵ *Kamerstukken II* 1985/86, 19376, 2, p. 18.

⁶ Hoge Raad 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322 (Agfa/Schoolderman).

⁷ *Handelingen II* 1976/77, p. 2319.

Het begrip “arbeid” uit art. 19 lid 3 Gw dient ruim te worden opgevat. Het gaat om zowel arbeid uit hoofde van een arbeidsrechtelijke dienstbetrekking als zelfstandige arbeid, zowel betaalde als onbetaalde arbeid en zowel hoofd- als nevenwerkzaamheden. Ook het begrip “keuze” moet ruim worden opgevat. Het houdt niet alleen de interne beslissingsvrijheid, maar ook de vrijheid de eenmaal gemaakte keuze te realiseren, alsmede de vrijheid dit te herzien, in.⁸

Zoals vele grondrechten is ook het recht op vrije arbeidskeuze niet absoluut. Art. 19 lid 3 geeft aan dat het *bij of krachtens wet* kan worden beperkt. Het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze kan bij formele wet of bij op delegatie berustende besluiten worden beperkt. Volgens de Notitie mogen inbreuken op dit recht van de werknemer niet zwaarder zijn dan strikt noodzakelijk en moeten beperkende maatregelen zorgvuldig en met bijzondere aandacht overwogen worden.⁹ Hierbij moet met name acht worden geslagen op het motief van de beperkende regeling, de proportionaliteit van de beperking en het effect van de beperking.¹⁰ Het belang dat het recht op vrije arbeidskeuze beschermt, wordt door de Hoge Raad in de volgende standaardoverweging treffend verwoord: *een concurrentiebeding [...] beperkt de werknemer in zijn recht om na het einde van zijn dienstbetrekking werkzaam te zijn op de wijze die hem goedgeeft en kan hem dus treffen in een zwaarwegend belang, nl. in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet.*¹¹

2.2. Het ‘klassieke’ concurrentiebeding

In deze paragraaf zal de regeling van het ‘klassieke concurrentiebeding’ uit art. 7:653 BW worden bekeken. Hierna zal allereerst worden gekeken wanneer een beding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, welke eisen aan het beding zijn verbonden en hoe het beding moet worden uitgelegd. Daarna zal worden gekeken naar de mogelijkheid die de rechter heeft om een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen en de mogelijkheid een billijke vergoeding toe te kennen. In deze paragraaf wordt uitgegaan van het art. 7:653 BW zoals gold vóór de inwerkingtreding van de WWZ. Het overgrote merendeel hiervan is namelijk ook na de WWZ nog van toepassing. Wanneer dit niet het geval is, wordt dit expliciet aangegeven.

2.2.1. Reikwijdte 7:653 BW

Artikel 7:653 Burgerlijk Wetboek [Tekst geldend tot 01-01-2015]:

1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig, indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.
 2. [...]
-

Om onder de reikwijdte van art. 7:653 BW te vallen moet het gaan om een beding 1) tussen een werknemer en een werkgever, dat 2) gericht is op de periode ná het dienstverband, en dat 3) de werknemer beperkt om *op zekere wijze werkzaam te zijn*. Voldoet een beding niet aan alle drie deze eisen, dan valt het niet onder de reikwijdte van art. 7:653 BW.

De eerste eis – de werknemer-werkgever verhouding – brengt met zich mee dat art. 7:653 BW niet van toepassing is op een concurrentiebeding in andere overeenkomsten dan een arbeidsovereenkomst. Concurrentiebedingen in bijvoorbeeld een koopovereenkomst, een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst tussen een Besloten Vennootschap (hierna: BV) en een directeur vallen niet onder de reikwijdte van art. 7:653 BW.¹² De Hoge Raad heeft bepaald dat een werknemer slechts een natuurlijk persoon, en dus geen rechtspersoon kan zijn.¹³ Deze eerste eis houdt bovendien in dat art. 7:653 BW alleen van toepassing is op een concurrentiebeding dat is gesloten met de werknemer tijdens het dienstverband. Een

⁸ Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 4.

⁹ Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 14.

¹⁰ Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 8-10.

¹¹ Hoge Raad 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065 (Goedegebuure/Post).

¹² Hoge Raad 15 mei 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4188.

¹³ Hoge Raad 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0964.

concurrentiebeding hoeft niet noodzakelijkerwijs bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst te worden overeengekomen, maar kan ook op een later moment worden bedongen. Bedingen die na beëindiging van het dienstverband zijn gesloten, vallen niet onder de reikwijdte van deze bepaling, tenzij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst nog niet helemaal is afgewikkeld.¹⁴ Hiervan kan sprake zijn wanneer bijvoorbeeld de eindafrekening nog niet heeft plaatsgevonden. Hierbij is van belang dat er nog steeds een afhankelijkheidsrelatie tussen de werkgever en werknemer bestaat.

De tweede eis – werking ná het einde van het dienstverband – betekent niet meer dan dat een concurrentiebeding geen concurrerende werkzaamheden verbiedt tijdens het dienstverband. Art. 7:611 BW biedt de werkgever bescherming tegen benadeling door concurrerende nevenwerkzaamheden van de werknemer. Bovendien kan hiervoor een specifiek nevenwerkzaamhedenbeding worden overeengekomen in de arbeidsovereenkomst.

De derde eis – het beperken van de werknemer op zekere wijze werkzaam te zijn – betekent dat de werknemer wordt beperkt in zijn recht om na het einde van de dienstbetrekking werkzaam te zijn op een wijze die hem goedgeeft. Het enkel hebben van een financieel belang in een onderneming is hiervoor onvoldoende.¹⁵ Volgens de Rechtbank Rotterdam kan het hebben van een financieel belang slechts leiden tot schending van een concurrentiebeding indien sprake is van een daadwerkelijke activiteit in het economisch verkeer.¹⁶

2.2.2. Het schriftelijkheidsvereiste

Indien een beding voldoet aan deze drie eisen dan is art. 7:653 BW van toepassing. De eerste – met nietigheid bedreigde – eis die dit artikel aan een concurrentiebeding stelt, is de eis dat het concurrentiebeding schriftelijk met de werknemer moet worden overeengekomen.

De eis dat het concurrentiebeding schriftelijk met de werknemer moet zijn overeengekomen, is reeds in 1907 geïntroduceerd. Het schriftelijkheidsvereiste dient volgens de Hoge Raad als bijzondere waarborg, gelet op het zwaarwegende belang van de werknemer, waardoor de werknemer wordt gedwongen de consequenties van het beding goed te overwegen.¹⁷ Door het schriftelijkheidsvereiste wordt de werknemer niet alleen duidelijk gemaakt wat de precieze inhoud van de beperking is, maar wordt tevens gewaarborgd dat hij zich *bewust* is c.q. kan zijn van de gevolgen die het (hem in zijn grondrecht beperkende) beding voor hem heeft.

Sinds de inwerkingtreding van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1997 en daarmee de introductie van art. 7:653 BW (voorheen art. 1637x BW [oud]) werd het schriftelijkheidsvereiste voor het concurrentiebeding door de wetgever aangescherpt. Sinds de invoering van het nieuwe artikel is het niet meer mogelijk om het concurrentiebeding *bij reglement* overeen te komen. De reden hiervoor was dat het concurrentiebeding *een beding van een zo persoonlijk karakter is, dat bovendien zo'n inbreuk op de vrijheid van de werknemer inhoudt, dat het met de werknemer persoonlijk aangaan behoort te worden*.¹⁸ Hiermee codificeert de wetgever de standaardoverweging die de Hoge Raad in het arrest Goedegebuure/Post heeft geïntroduceerd, namelijk dat een concurrentiebeding voor een werknemer dusdanig bezwarend kan zijn dat de werknemer dat beding, alvorens dat schriftelijk aan te gaan, goed dient te overwegen. Volgens de wetgever is deze waarborg onvoldoende gewaarborgd wanneer het beding is opgenomen in een cao of reglement.

Om te voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste moet het concurrentiebeding dus schriftelijk met de individuele werknemer overeen zijn gekomen. Hierbij is het volgens de Hoge Raad niet vereist dat de werkgever het beding heeft ondertekend. Van doorslaggevende betekenis is dat de werknemer het beding heeft ondertekend voor akkoordverklaring.¹⁹ Deze overweging van

¹⁴ Hof Leeuwarden 31 maart 1971, ECLI:NL:GHLEE:1971:AC5100.

¹⁵ Christe 2014, aant. 7.

¹⁶ Rb. Rotterdam 25 juni 1993, ECLI:NL:RBROT:1993:AG:0453.

¹⁷ Zie hiervoor o.a.: Hoge Raad 31 maart 1978 ECLI:NL:HR:1978:AE1065 (Goedegebuure/Post).

¹⁸ Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 35.

¹⁹ Hoge Raad 12 februari 1931, NJ 1931, 854.

de Hoge Raad is mijns inziens logisch, gezien het feit dat de werknemer in relatie tot de werkgever de zwakkere partij is, het de werknemer is die wordt beperkt in zijn grondrecht en het beding door de werkgever al is opgesteld.

In 2008 lijkt de Hoge Raad in het Philips/Oostendorp-arrest²⁰ het strenge schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding te hebben afgezwakt en daarmee de strenge lijn uit het Goedegebuure/Post-arrest en de bedoeling van de wetgever in 1997 te hebben verlaten. In dit arrest ging het om de vraag of met een door de werknemer schriftelijk gegeven akkoordverklaring op een brief van de werkgever, waarin is verwezen naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden met daarin een concurrentiebeding, is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. De Hoge Raad stelt in haar arrest voorop dat aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan wanneer een werknemer een arbeidsovereenkomst of enig ander geschrift met daarin een concurrentiebeding heeft ondertekend. Voorts oordeelt de Hoge Raad – ten aanzien van de casus – dat aan het schriftelijkheidsvereiste eveneens is voldaan wanneer de werknemer een brief, waarin wordt verwezen naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden, heeft ondertekend. Om te voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste is volgens de Hoge Raad niet vereist dat de bijgevoegde arbeidsvoorwaarden ook door de werknemer zijn ondertekend. Ook hoeft in de brief c.q. de arbeidsovereenkomst niet uitdrukkelijk te worden verwezen naar het concurrentiebeding. De Hoge Raad overweegt dat niet aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan wanneer de arbeidsvoorwaarden waarin het concurrentiebeding is opgenomen niet zijn bijgevoegd of aan de werknemer overhandigd. In dat geval kan niet meer worden gesproken over het *kennisnemen* van het concurrentiebeding.

Met dit arrest druist de Hoge Raad in tegen de – tamelijk uitgebreide – conclusie van Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Verkade. Verkade was van mening dat in dit geval niet aan het schriftelijkheidsvereiste was voldaan. Het feit dat de Hoge Raad de lat voor het schriftelijkheidsvereiste dus lager legt dan de A-G, geeft eens te meer aan dat er veel discussie bestaat over de grens die moet worden gesteld aan het schriftelijkheidsvereiste. Ook in de literatuur is veelvuldig kritiek geuit op het Philips/Oostendorp-arrest. Volgens Ambagtsheer²¹ wordt door de weg die de Hoge Raad inslaat de waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste tekort gedaan. Volgens Ambagtsheer staat onvoldoende vast dat door het enkele ondertekenen van bijgevoegde arbeidsvoorwaarden de werknemer blijk heeft gegeven dat hij daadwerkelijk heeft *kennisgenomen* van het concurrentiebeding. Ambagtsheer vindt dat op dit punt naar maximale zekerheid moet worden gestreefd, hetgeen het best, of misschien wel alleen kan geschieden door ondertekening van een individuele arbeidsovereenkomst met daarin het concurrentiebeding. Houweling²² stelt dat de paardensprong-constructie²³ die de Hoge Raad hanteert op gespannen voet staat met de waarborgfunctie die het schriftelijkheidsvereiste beoogt. Uit het arrest van de Hoge Raad, in verbinding met de bestreden uitspraak van het hof, leidt Houweling wel de voorwaarde af dat de werknemer voldoende tijd moet hebben gehad om de arbeidsvoorwaarden te bestuderen.

2.2.3. Het concurrentiebeding in een voortgezette arbeidsovereenkomst

Wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarin een concurrentiebeding is opgenomen wordt voortgezet, wordt met de aanzegging ex art. 7:668 lid 1 BW voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste.²⁴ Indien de werkgever niet voldoet aan deze aanzegplicht, maar de arbeidsovereenkomst wel (stilzwijgend) doorloopt, wordt de overeenkomst ex art. 7:668 lid 4 sub a BW stilzwijgend, op de vroegere voorwaarden, voortgezet. Ook in zo'n geval blijft het concurrentiebeding onverkort gelden. Dit geldt ook wanneer door voortzetting een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.²⁵ Alleen wanneer er sprake is van een

²⁰ Hoge Raad 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384 (Philips/Oostendorp).

²¹ Ambagtsheer 2008.

²² Houweling 2008.

²³ De paardensprong-constructie houdt volgens Houweling het volgende in: 'Door ondertekening van een akkoordverklaring (een stap vooruit) wordt het concurrentiebeding dat staat opgenomen in bijgevoegde bijlagen schriftelijk overeengekomen (twee stappen opzij)'.

²⁴ Van Drongelen, Fase en Jellinghaus 2015, p. 47-48.

²⁵ Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2635.

nieuwe arbeidsovereenkomst, of wanneer de arbeidsovereenkomst op andere voorwaarden (schriftelijk) wordt voortgezet, dient het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk te worden overeengekomen.²⁶

2.2.4. Concurrentiebeding bij functiewijziging

Een andere vraag die vaak tot discussie leidt, is de vraag of een concurrentiebeding bij een functiewijziging van de werknemer opnieuw schriftelijk moet worden overeengekomen. In 1979 oordeelde de Hoge Raad in het Brabant/Van Uffelen-arrest²⁷ dat een concurrentiebeding, gelet op de strenge waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste, opnieuw moet worden overeengekomen wanneer er een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding plaatsvindt, waardoor het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken. De werknemer is dan in staat de voor hem ingrijpende consequenties van het beding (met het oog op zijn nieuwe functie) in overweging te nemen bij het opnieuw ondertekenen van het beding.

De Hoge Raad stelt in het Brabant/Van Uffelen-arrest de eis dat er allereerst sprake moet zijn van een ingrijpende functiewijziging. Hierbij zijn volgens de Hoge Raad 1) de arbeidsrechtelijke status; 2) de wettelijke status; 3) de maatschappelijke waardering; en 4) de inhoud van de werkzaamheden van belang. In zijn conclusie bij het Epenhuysen/Van Baarlen-arrest²⁸ geeft A-G Spier een nadere indruk van de aspecten waar een (feiten)rechter op moet letten bij de toets of er sprake is van een 'voldoende ingrijpende' functiewijziging. Hierbij dient te worden gekeken naar 1) de oorspronkelijke functie in relatie tot de nieuwe functie; 2) de met de functiewijziging samenhangende wijzigingen in de aard en inhoud van de werkzaamheden, en door de werknemer nieuw verworven bevoegdheden; 3) de salarisontwikkeling; 4) de maatschappelijke status afgezet tegen de maatschappelijke verantwoordelijkheid; en 5) de voorzienbaarheid van de functiewijzigingen bij het aangaan van het concurrentiebeding.

In de AVM-arresten²⁹ uit 2007 wordt het Brabant/Van Uffelen-criterium bevestigd en geeft de Hoge Raad een 'stappenplan' om vast te stellen of een concurrentiebeding stand kan houden. Er moet sprake zijn van 1) een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding; welke 2) meebrengt dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken; waarbij 3) rekening moet worden gehouden met de voorzienbaarheid van de wijziging. Als laatste dient de rechter te beoordelen of het concurrentiebeding zijn werking hierdoor geheel of gedeeltelijk heeft verloren. Bovendien legt de Hoge Raad in de AVM-arresten een onderzoeks- en motiveringsplicht op aan de feitenrechter ten aanzien van de eerste twee cumulatieve criteria. Het enkel vaststellen dat er sprake is van een ingrijpende wijziging brengt niet zonder meer de conclusie mee dat het concurrentiebeding ook zwaarder op de werknemer is gaan drukken. Hierbij kan het volgens de Rechtbank Amsterdam gaan om het hebben van aanzienlijk meer verantwoordelijkheden en het verwerven van specifieke competenties.³⁰ Ook kan het zwaarder drukken zijn gelegen in het feit dat de werknemer door de functiewijziging aan één branche wordt gebonden.³¹ De rechter zal volgens de Hoge Raad moeten onderzoeken en motiveren in welke mate de werknemer door de wijziging in de arbeidsverhouding bij handhaving van het concurrentiebeding een belemmering zal ondervinden om een nieuwe, gelijkwaardige werkkring te vinden. Hierbij is volgens de Hoge Raad niet voldoende dat de *mogelijkheid* bestaat dat de positie van de werknemer door de wijziging is verslechterd.

Na de AVM-arresten kwam het voorzienbaarheids criterium in de jurisprudentie steeds meer centraal te staan. De conclusie die uit de lagere jurisprudentie kan worden getrokken is dat een functieontwikkeling niet leidt tot een onvoorzienbare ingrijpende wijziging, zolang deze

²⁶ Zie bijv.: Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8478.

²⁷ Hoge Raad 9 maart 1979 ECLI:NL:HR:1979:AC0770 (Brabant/Van Uffelen).

²⁸ Hoge Raad 25 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9260 (Epenhuysen Chemie/Van Baarlen).

²⁹ Hoge Raad 5 januari 2007 ECLI:NL:HR:2007:AZ2221 (AVM/Osinga) en Hoge Raad 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2224 (AVM/Spaan).

³⁰ Rb. Amsterdam 12 februari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH9303.

³¹ Rb. Rotterdam 29 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4891.

carrièreontwikkeling zich geleidelijk voltrekt.³² In ieder geval voorzienbaar zijn ontwikkelingen die in de sollicitatieprocedure zijn besproken.³³ Bovendien ligt het in functieomschrijvingen als 'trainee' en 'aankomend-' besloten dat er carrièreontwikkeling in het verschiet ligt.³⁴ Pas wanneer de werknemer een onverwachte carrièremove maakt – bijvoorbeeld wanneer de werknemer enkele stappen overslaat – is er sprake van een onvoorzienbare wijziging in de arbeidsverhouding. Een greep uit de post-AVM-jurisprudentie leert ons dat een ontwikkeling van receptioniste naar rayonmanager niet voorzienbaar werd bevonden.³⁵ Eveneens niet voorzienbaar waren de ontwikkeling van magazijnmedewerker naar 'hoofd inkoop/store manager' en de ontwikkeling van een uitvoerende binnendienstfunctie naar een commerciële buitendienstfunctie.³⁶

2.2.5. Concurrentiebeding bij overgang van onderneming

Een ander aspect van het schriftelijkheidsvereiste is de houdbaarheid van een concurrentiebeding wanneer de werkgever overgaat in een andere onderneming. Ook dan is het de vaak vraag of het concurrentiebeding opnieuw moet worden overeengekomen.

In de – relatief oude – literatuur zijn hierover twee visies te ontwikkelen. Enerzijds wordt betoogd dat er bij overgang sprake is van contractvernieuwing. Er komt door overgang een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand waarbij ook het concurrentiebeding opnieuw moet worden overeengekomen (Visie I). Anderzijds wordt betoogd dat er bij overgang sprake is van contractoverneming waarbij verkrijger de oude arbeidsovereenkomst overneemt, waardoor ook het concurrentiebeding niet opnieuw hoeft te worden overeengekomen (Visie II).³⁷

In 1978 oordeelde de Hoge Raad in het Goedegebuure/Post-arrest³⁸ (overeenkomstig Visie I) dat een concurrentiebeding bij overgang van onderneming, gelet op het zwaarwegende recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer, opnieuw schriftelijk moet worden overeengekomen. Met de inwerkingtreding van art. 1639aa e.v. BW [oud] in 1982 – thans art. 7:662 e.v. BW – werd hierin door de wetgever verandering aangebracht. Op grond van art. 7:663 BW gaan namelijk alle rechten en plichten van rechtswege over op de verkrijger. In het Ibes/Atmos-arrest³⁹ bevestigt de Hoge Raad dat ook de rechten en plichten uit een concurrentiebeding hieronder vallen. Bij een overgang als gevolg van louter aandelentransactie of bij omzetting van de onderneming in rechtsvorm, blijft het concurrentiebeding onverkort geldig.⁴⁰ Wanneer er sprake is van een overgang van onderneming, anders dan ex art. 7:662 e.v. BW, dient het concurrentiebeding wel opnieuw te worden overeengekomen, zo blijkt uit het Hydraudyne/Van der Pasch-arrest.⁴¹ In het Gijsbers/Meurs-arrest⁴² wordt het onderscheid tussen overgang ex art. 7:662 e.v. BW en overgang anders dan ex art. 7:662 e.v. BW door de Hoge Raad bevestigd.

Indien er dus sprake is van een overgang als bedoeld in art. 7:662 BW behoudt het concurrentiebeding zijn geldigheid. Het concurrentiebeding verliest toch zijn werking wanneer de overgang van de onderneming een *ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding* met zich meebrengt, waardoor het beding *aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken*.⁴³ Hierbij speelt bijvoorbeeld een uitbreiding van het bedieningsgebied of de onderneming een rol. Het Hof Amsterdam acht de Brabant/Van Uffelen-formule ook van toepassing op ingrijpende wijzigingen in de arbeidsverhouding als gevolg van een overgang.

³² Zie bijv.: Hof Leeuwarden 5 september 2007, ECLI:NL:GHEE:2007:BB3163 en Rb. Leeuwarden 1 juni 2011, ECLI:NL:RBL:2011:BQ8075.

³³ Zie bijv.: Hof Arnhem 20 februari 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA6107.

³⁴ Zie bijv.: Hof 's-Gravenhage 16 juli 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB3866.

³⁵ Ktr. Assen 19 maart 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BH8243.

³⁶ Ktr. Haarlem 25 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH8835 en Ktr. Assen 3 februari 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BL6404.

³⁷ Van der Heijden 1946, p. 123.

³⁸ Hoge Raad 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065 (Goedegebuure/Post).

³⁹ Hoge Raad 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0014. (Ibes/Atmos)

⁴⁰ Zie bijv.: Hof Amsterdam 17 juli 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AC6952 en Rb. Rotterdam 27 juli 1983, ECLI:NL:RBROT:1983:AH0047.

⁴¹ Hoge Raad 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0013 (Hydraudyne/Van der Pasch).

⁴² Hoge Raad 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0579 (Gijsbers/Meurs).

⁴³ Hof Amsterdam 23 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB8572.

Opmerking verdient op deze plaats nog dat het Hof Leeuwarden in de Nacap-zaak⁴⁴ heeft bepaald dat de werkgever – indien er geen sprake is van een personeelsvertegenwoordiging op grond van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR) – een informatieplicht heeft uit hoofde van art. 7:665a jo. 7:611 BW om de werknemer in te lichten over de gevolgen van de overgang op de houdbaarheid van het concurrentiebeding. Schending hiervan houdt overigens niet zonder meer in dat het beding buiten toepassing wordt gelaten, nu de werknemer de werkgever in de gelegenheid moet stellen alsnog de houdbaarheid van een concurrentiebeding te motiveren. Wel kan het niet of niet tijdig verstrekken van de inlichtingen een onrechtmatige daad jegens de werknemers opleveren.

2.2.6. Meerderjarige werknemer

Art. 7:653 lid 1 BW stelt naast het schriftelijkheidsvereiste als tweede – met nietigheid bedreigde – eis dat een concurrentiebeding slechts kan worden afgesloten met een *meerderjarige werknemer*. Gelet op de belangen van de werknemer is dit geen vreemd vereiste. Indien het beding met een minderjarige werknemer wordt overeengekomen is het wel geldig indien het op het moment dat de werknemer meerderjarig wordt, opnieuw schriftelijk wordt aangegaan. Een brief waarin wordt verwezen naar de tijdens de minderjarigheid schriftelijk aangegane arbeidsovereenkomst waarin een concurrentiebeding is vervat, moet als onvoldoende worden beschouwd. Volgens de Hoge Raad wordt hiermee onvoldoende recht gedaan aan de bescherming die de wet de minderjarige op dit punt biedt.⁴⁵

2.2.7. Uitleg van het concurrentiebeding

Evenals bij andere overeenkomsten en bedingen kan ook bij het concurrentiebeding discussie ontstaan over de betekenis die partijen aan het beding mogen toekennen. Wanneer een concurrentiebeding ruimte laat voor meer dan één interpretatie, heeft de Hoge Raad in het Ghisawayan/LAN-Alyst-arrest⁴⁶ bepaald dat het beding aan de hand van de Haviltex-formule⁴⁷ moet worden beoordeeld. Hierbij komt het niet alleen aan op *de taalkundige uitleg van een bepaling, maar om hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partij kan worden verwacht.*

Vraag die rest is wat er gebeurt als beoordeling aan de hand van de Haviltex-formule geen uitkomst biedt. In de literatuur⁴⁸ wordt betoogd dat het beding dan contra proferentem – dit wil zeggen niet in het voordeel van de partij die het beding heeft opgesteld – mag worden uitgelegd.

2.2.8. Vernietiging concurrentiebeding

Lid 2 van art. 7:653 BW gaf de rechter de bevoegdheid om een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen indien, *in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door het beding onbillijk wordt benadeeld*, oftewel onbillijk hard wordt geraakt in zijn grondrecht op vrije arbeidskeuze. Na de wijziging van art. 7:653 BW door de WWZ is deze bevoegdheid – inhoudelijk ongewijzigd – opgenomen in lid 3 sub b van art. 7:653 BW.

Bij de beslissing om een concurrentiebeding al dan niet geheel of gedeeltelijk te vernietigen komt de rechter een grote mate van vrijheid toe. Zo kan hij het beding beperken in tijdsduur, geografische werking en/of de verboden werkzaamheden en staat het hem vrij om terugwerkende kracht aan de vernietiging te verbinden.⁴⁹ Zo kan de rechter bepalen dat de vernietiging van het concurrentiebeding terugwerkt tot het moment waarop het is aangegaan, conform het algemene uitgangspunt van art. 3:53 BW. Hierdoor komen eventueel reeds

⁴⁴ Hof Leeuwarden 13 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3114 (Nacap).

⁴⁵ Hoge Raad 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4633 (Huijgen/Belderbos).

⁴⁶ Hoge Raad 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844 (Ghisawayan/LAN).

⁴⁷ Zie: Hoge Raad 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Ermes/Haviltex).

⁴⁸ Zie bijv.: Grapperhaus 1995, p. 217-218, Loonstra 1999, p. 65-66 en Van der Grinten 2002, p. 184.

⁴⁹ Loonstra 1999, p. 76 en de Noot van Van 't Hart onder Ktr. Haarlem 17 augustus 1978, ECLI:NL:KTGHAA:1978:AJ0463.

verbeurde boetes te vervallen, nu het beding geacht wordt nooit te hebben bestaan. Ook kan de rechter bepalen dat de vernietiging alleen geldt voor toekomstige gevallen. Hierdoor blijven reeds verbeurde boetes bestaan.

Bij de vraag of een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk dient te worden vernietigd moet de rechter een belangenafweging maken. Belangen die hierbij een primaire rol spelen zijn a) de ernstige vrees voor benadeling van de werkgever doordat de ex-werknemer kennis heeft van bedrijfsgeheimen en persoonlijk contact heeft met relaties en klanten die hij bij vertrek mee zou kunnen lokken; b) het feit dat werknemer gebonden is aan werk binnen een bepaalde branche waardoor het erg moeilijk is om emplooi te vinden buiten deze branche; en/of c) het feit dat de werknemer bij de overstap een belangrijke positieverbetering kan realiseren. Belangen die daarnaast als 'secundaire belangen' worden meegewogen zijn het feit dat het dienstverband op initiatief van een der partijen is beëindigd en of er sprake is van verwijtbaarheid, de duur van het dienstverband, de mate waarin een werkgever in de werknemer heeft geïnvesteerd en persoonlijke leefomstandigheden van de werknemer.⁵⁰

Tot slot verdient opmerking dat een voorzieningenrechter in kort geding – in theorie – geen vernietiging kan uitspreken.⁵¹ De voorzieningenrechter kan slechts een concurrentiebeding schorsen in afwachting van de beslissing in de bodemprocedure. In de praktijk wordt echter vaak wel in kort geding vernietigd, omdat er veelal door partijen geen bodemprocedure wordt gestart, waardoor de uitspraak in kort geding toch een definitief karakter krijgt.

2.2.9. Schadeplichtigheid

De term *schadeplichtig* kwam in het art. 7:653 BW voor de WWZ twee maal voor. Lid 3 bepaalde dat een werkgever geen rechten aan een concurrentiebeding kon ontleen wanneer hij *wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadeplichtig is*, en lid 4 bepaalde dat de werknemer geen recht op vergoeding toekwam wanneer *de werknemer wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadeplichtig is*. De vergoeding op grond van lid 4 – thans lid 5⁵² – wordt hierna behandeld. In deze paragraaf wordt uitsluitend ingegaan op de inhoud en de reikwijdte van het begrip schadeplichtigheid. Door de inwerkingtreding van de WWZ is de term *schadeplichtig* vervangen door *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*. Hierna zal worden ingegaan op de oude term, zodat in paragraaf 3.3 een duidelijk beeld kan worden geschetst van de inhoudelijke consequenties van de tekstuele wijziging.

In de parlementaire geschiedenis uit 1907 blijkt dat de wetgever uitging van een enge interpretatie van de term *schadeplichtig*.⁵³ De Hoge Raad bevestigde in 1966 deze enge interpretatie in het Van Rijnberk/Van Houten-arrest.⁵⁴ Zo kon volgens de Hoge Raad een beëindiging met wederzijds goedvinden nimmer leiden tot schadeplichtigheid. Ook bij de invoering van het Nieuwe BW is geen blijk gegeven van een gewijzigde opvatting.

Uitgaande van deze enge interpretatie is slechts sprake van schadeplichtigheid indien 1) de dienstbetrekking eindigt zonder opzegging of zonder inachtneming van de opzegtermijn, of 2) bij ontslag op staande voet c.q. ontslag wegens een dringende reden. In de enge interpretatie is dus geen plaats voor bijvoorbeeld kennelijk onredelijk ontslag. In zijn annotatie⁵⁵ stelt Houweling deze frictie ook aan de kaak. Hij stelt dat indien een werkgever zich met slechts één dag niet aan de opzegtermijn houdt, hij geen beroep meer kan doen op het concurrentiebeding, maar indien er door een rechter is geoordeeld dat het ontslag kennelijk onredelijk is geweest, het beding 'gewoon' zijn waarde behoudt.

⁵⁰ Zie voor een analyse van jurisprudentie: Loonstra 1999, p. 80-96 en Christe 2014, aant 12.

⁵¹ Hoge Raad 29 april 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4650.

⁵² Met de vernummering in de WWZ is de vergoeding voor de werknemer thans in lid 5 opgenomen, in het vervolg wordt dan ook gesproken over de vergoeding ex lid 5.

⁵³ Bles II 1908, p. 371-404.

⁵⁴ Hoge Raad 29 april 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4650 (Van Rijnberk/Van Houten).

⁵⁵ Ktr. Enschede 17 maart 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BL8015, met annotatie A.R. Houweling.

Hoewel de wetgever en de Hoge Raad vrij resoluut stellen dat het begrip *schadeplichtig* eng moet worden geïnterpreteerd, worden hierop in de lagere rechtspraak – ten faveure van het bovenstaande standpunt van Houweling en de belangen van de werknemer – geregeld uitzonderingen gemaakt. Zo werd geoordeeld dat een vernietigbaar c.q. onrechtmatig ontslag ook onder lid 3 (kan) vallen.⁵⁶ Bovendien oordeelde de Rechtbank Amsterdam⁵⁷ dat lid 3 analoog kon worden toegepast bij kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter Groenlo⁵⁸ ging nog een stap verder door te stellen dat strijdig handelen van de werkgever met art. 7:611 BW een reden kan zijn om schadeplichtigheid in de zin van art. 7:653 lid 3 BW aan te nemen.

2.2.10. Billijke vergoeding voor de werknemer

Lid 5 van art. 7:653 BW geeft de rechter de mogelijkheid, indien een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk in stand blijft de werknemer een vergoeding toe te kennen voor de duur van de beperking. Het criterium hiervoor is dat het concurrentiebeding de werknemer *in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn*. De rechter stelt de vergoeding *met het oog op de omstandigheden naar billijkheid vast*.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat voor dit criterium is gekozen omdat een concurrentiebeding doorgaans niet een volkomen onmogelijkheid om werk te vinden zal inhouden en een vergoeding reeds op haar plaats is wanneer de werknemer bijvoorbeeld genoodzaakt is om een minder goedbetaalde baan aan te nemen. Het mag niet om een onbeduidende belemmering gaan.⁵⁹ A-G Koopmans stelde in zijn conclusie⁶⁰ dat een vergoeding op basis van lid 5 is bedoeld voor het geval de werknemer door het concurrentiebeding, hoe gerechtvaardigd dit ook mag wezen, wordt belemmerd in zijn bestaansmogelijkheden. Voor de vergoeding is slechts plaats als de werknemer kansen op de arbeidsmarkt moet laten liggen als gevolg van het beding. Het enkel ondervinden van een belemmering in het aanvaarden van een andere werkkring is volgens het Bossche Hof⁶¹ onvoldoende voor toekenning van de vergoeding. De werknemer moet immers *in belangrijke mate* worden belemmerd. De hoogte van de vergoeding wordt vastgesteld aan de hand van het salaris dat de werknemer bij de werkgever verdiende en de duur van de beperking.⁶²

Op grond van lid 5 heeft de rechter de bevoegdheid – en dus niet de plicht – de vergoeding vast te stellen. Jurisprudentie over dit lid is relatief schaars. Croes⁶³ stelt dat uit de schaarse jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de werknemer niet vaak een vordering ex lid 5 instelt dan wel de vordering niet vaak wordt gehonoreerd. Ook Bakels, Van 't Hart en Grapperhaus concluderen dat er weinig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid die deze bepaling de werknemer biedt een vergoeding te vorderen.⁶⁴ Ook Bockwinkel⁶⁵ constateert dat er nauwelijks jurisprudentie is omtrent dit lid. Hij stelt aan de kaak dat dit – waarschijnlijk – komt omdat de werknemer in een procedure primair vernietiging en subsidiair de vergoeding vordert. Bockwinkel concludeert dat wanneer de rechter het concurrentiebeding gedeeltelijk vernietigt, niet meer wordt toegekomen aan de beoordeling van het subsidiair gevorderde, hoewel de werknemer hier wel belang bij heeft. Bockwinkel adviseert dan ook de vordering ex lid 5 niet subsidiair aan vernietiging te vorderen, maar cumulatief naast vernietiging 'indien en voor zover de rechter het concurrentiebeding in stand laat'. Een goed voorbeeld van een uitspraak waarin deze constructie lijkt te zijn gebruikt is die van de Rechtbank Amsterdam⁶⁶, waarin het concurrentiebeding in duur werd verkort, en de werknemer voor de duur van de overgebleven belemmering een vergoeding kreeg toegewezen.

⁵⁶ Ktr. Leeuwarden 23 juni 1995, ECLI:NL:KTGLEE:1995:AI9250.

⁵⁷ Rb. Amsterdam 4 oktober 1995, ECLI:NL:RBAMS:1995:AG1130.

⁵⁸ Ktr. Groenlo 23 september 2002, JAR 2002/3.

⁵⁹ *Handelingen II* 1947/48, p. 11.

⁶⁰ Hoge Raad 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0952 met Conclusie van A-G Koopmans.

⁶¹ Hof 's-Hertogenbosch 2 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ6345.

⁶² Zie bijv.: Rb. Rotterdam 17 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BH1628 en Hof Den Bosch 18 december 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC2162.

⁶³ Croes 1973.

⁶⁴ Bakels 1997, p. 159 en Van 't Hart 1977, p. 99 en Grapperhaus 1995, p. 311.

⁶⁵ Ktr. Maastricht 30 september 1970, SMA 1971, p. 801, met annotatie van Bockwinkel.

⁶⁶ Rb. Amsterdam 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4957.

2.2.11. Uitzendovereenkomsten en het belemmeringsverbod

Art. 9a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) legt een belemmeringsverbod op voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de arbeidskracht en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld. Recentelijk oordeelde de Hoge Raad⁶⁷ dat dit artikel conform de Richtlijn 2008/104/EG moet worden uitgelegd. Onder de term 'arbeidsovereenkomst' moet worden verstaan 'arbeidsverhouding', waardoor moet worden gekeken naar de feitelijke verhouding tussen arbeidskracht en inlener.⁶⁸ Het verbod is dus ook van toepassing op arbeidsverhoudingen anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld op grond van een overeenkomst van opdracht of als zzp'er. Uit art. 9a Waadi kan worden geconcludeerd dat het opnemen van een concurrentiebeding in een uitzendcontract niet is toegestaan, waarbij de term 'arbeidsovereenkomst' uit de Waadi moet worden gelezen als 'arbeidsverhouding'.

2.3. Andere vrijheidsbeperkende bedingen

In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan de positie van het relatie- en het geheimhoudingsbeding. Het gaat hier om twee bedingen waarmee de werkgever zijn bedrijfsdebet kan beschermen, en die de werknemer in zijn recht op vrije arbeidskeuze (kunnen) beperken. Hierna wordt aandacht besteed aan de positie die deze bedingen in de praktijk innemen en de eisen het recht aan deze bedingen verbindt. Dit geldt zowel om recht vóór als ná de WWZ. Op specifieke wijzigingen door de WWZ wordt in hoofdstuk 3 ingegaan.

2.3.1. Het relatiebeding

In deze subparagraaf wordt aan de hand van de literatuur, het recente arrest van de Hoge Raad en jurisprudentie van de feitenrechtters gekeken wat een relatiebeding is, of bij de beoordeling van een relatiebeding aansluiting kan worden gezocht bij art. 7:653 BW en welke positie het relatiebeding inneemt ten opzichte van het klassieke concurrentiebeding.

Een relatiebeding is een beding dat de werknemer verbiedt binnen een bepaalde tijd na afloop van de arbeidsovereenkomst contact te hebben met (al dan niet nader aangegeven) relaties van de ex-werkgever.⁶⁹ Hoewel in de literatuur en de rechtspraak geen eenduidig antwoord werd gegeven op de vraag of een relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, wordt in de recente rechtspraak aangenomen dat dit wel het geval is.⁷⁰

Volgens Van Drongelen c.s.⁷¹ hangt het antwoord op de vraag of het relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt af van de vraag of het beding de werknemer belemmert in zijn recht op vrije arbeidskeuze ex art. 19 lid 3 Gw. Art. 7:653 BW spreekt namelijk over het *op zekere wijze werkzaam zijn*. Verwijzend naar een uitspraak van de rechtbank Maastricht⁷² concludeert Van Drongelen dat het onderbrengen van het relatiebeding onder art. 7:653 BW enigszins geforceerd is, omdat er bij het relatiebeding geen sprake is van een *directe belemmering*, maar een *indirecte belemmering* in het recht op vrije arbeidskeuze. Een relatiebeding kan hunner inziens wel op grond van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW⁷³ worden vernietigd wanneer het onredelijk bezwarend is voor de betrokken werknemer.⁷⁴

In tegenstelling tot deze visie van Van Drongelen c.s. wordt in de rechtspraak vaak impliciet aangenomen dat het relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, ware het niet dat soms wordt geoordeeld dat het om een afgevlakte variant gaat.⁷⁵ Slechts in enkele gevallen oordeelt de rechter dat het relatiebeding niet onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt⁷⁶.

⁶⁷ Hoge Raad 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689.

⁶⁸ Zie: Hof van Justitie van de Europese Unie 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883 (Ruhrländische Landesklinik).

⁶⁹ Van Drongelen, Fase en Jellinghaus 2015, p. 59.

⁷⁰ Zie bijv.: Rb. Rotterdam 9 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4898.

⁷¹ Van Drongelen, Fase en Jellinghaus 2015, p. 60.

⁷² Rb. Maastricht 24 februari 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV3360.

⁷³ Hof Amsterdam 4 oktober 2001, JAR 2001/237.

⁷⁴ Van Drongelen, Fase en Jellinghaus 2015, p. 60-61.

⁷⁵ Zie bijv.: Rb. Limburg 8 januari 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BY9284, Rb. Utrecht 27 juli 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR3770, Rb. Breda, 5 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP0794 en Rb. Arnhem 8 maart 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP8592.

⁷⁶ Zie bijv.: Ktr. Leeuwarden 17 juni 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BD4540.

In het recente Lodder c.s./X-arrest⁷⁷ lijkt de Hoge Raad een einde te hebben gemaakt aan de discussie of een relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt. In dit arrest heeft de Hoge Raad expliciet geoordeeld dat het (onderhavige) relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt. De Hoge Raad overwoog expliciet dat de vereisten met betrekking tot het schriftelijkheidsvereiste die voortvloeien uit het Philips/Oostendorp-arrest onverkort op het relatiebeding van toepassing zijn. Uitgaande van dit oordeel van de Hoge Raad dient de visie van Van Drongelen c.s. te worden verlaten. Het relatiebeding moet volgens de Hoge Raad immers aan de vereisten van art. 7:653 BW te worden getoetst.

In zijn commentaar op art. 7:653 BW stelde Christe⁷⁸ al dat een relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, doch dat de werkingssfeer beperkter is dan die van het 'klassieke' concurrentiebeding. Niet het in dienst treden bij een concurrerende organisatie an sich wordt verboden, enkel het benaderen van klanten of relaties van de ex-werkgever valt onder het relatiebeding. Een relatiebeding wordt soms ook wel aangemerkt als een onzuiver of gematigd concurrentiebeding of een concurrentiebeding in een beperkte vorm.⁷⁹ Bij vernietiging van een relatiebeding is volgens de Rechtbank Den Haag⁸⁰ dan ook, gelet op het minder ingrijpende karakter, terughoudendheid geboden. Deze visie komt ook in de uitspraak van de rechtbank Overijssel⁸¹ tot uitdrukking. Hierin overwoog de kantonrechter dat de werkgever wel degelijk een belang had bij bescherming van zijn klantenkring, maar dat dit belang ook in voldoende mate gewaarborgd kon worden door een relatiebeding. Het concurrentiebeding werd geschorst c.q. vervangen door het minder ingrijpende relatiebeding.

Bolte⁸² deelt de mening dat het relatiebeding een concurrentiebeding *van een mindere orde* is niet. Verwijzend naar het Brabant/Van Uffelen-criterium stelt Bolte vast dat het relatiebeding de werknemer beperkt in zijn recht *om na het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn op een wijze die hem goeddunkt*. Bolte stelt dat ook het relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, nu het de werknemer beperkt in zijn grondrecht op vrije arbeidskeuze. Bolte gaat zelfs nog een stap verder door te stellen dat het relatiebeding een voortdurend veranderende en lastig overzienbare beperking oplegt aan de werknemer. Het is voor de werknemer bij het aangaan van het relatiebeding vaak niet te overzien wat de precieze reikwijdte van het beding is. Bovendien gaat het relatiebeding gedurende het dienstverband aan omvang toenemen. De kring van relaties van de werkgever wordt namelijk doorgaans groter. Het relatiebeding is dan ook volgens Bolte een 'onmerkbaar werkend gif'. Met name de criteria met betrekking tot het zwaarder drukken bij functiewijziging en overname van onderneming zijn volgens Bolte dan ook onverwijld van toepassing op het relatiebeding. Hoewel Boltes visie in theoretisch opzicht interessant is, komt dit standpunt niet of nauwelijks in de jurisprudentie terug.

2.3.2. Het geheimhoudingsbeding

In deze subparagraaf wordt bekeken welke mogelijkheden een werkgever heeft om zijn bedrijfsdebet te beschermen door middel van een geheimhoudingsplicht.

Een werkgever heeft met betrekking tot de geheimhouding van gevoelige bedrijfsinformatie een aantal ijzers in het vuur. Ook zonder het expliciet overeenkomen van een geheimhoudingsbeding is de werknemer namelijk op grond van goed werknemerschap ex art. 7:611 BW verplicht om vertrouwelijke informatie niet openbaar te maken of met anderen te delen. Strikt genomen hoeft een werkgever dus geen geheimhoudingsverklaring met de werknemer te hebben gesloten om de werknemer te verplichten tot geheimhouding.⁸³ Volgens Van der Kind⁸⁴ wordt er in arbeidsovereenkomsten vaak wel gebruik gemaakt van een geheimhoudingsbeding omdat de verplichting tot geheimhouding dan extra kenbaar is voor de

⁷⁷ Hoge Raad 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364 (Lodder c.s./X).

⁷⁸ Christe 2014, aant. 21.

⁷⁹ Zie bijv.: Rb. Breda 5 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP0794.

⁸⁰ Rb. 's-Gravenhage 8 december 1999, JAR 2000, 11

⁸¹ Rb. Overijssel 24 maart 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:1680.

⁸² Bolte 2001.

⁸³ Zie bijv.: Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:RBAMS:1995:AD2383.

⁸⁴ Van der Kind 2011.

werknemer. In het beding kan worden gespecificeerd welke gegevens als 'geheim' c.q. 'vertrouwelijk' moeten worden beschouwd. Bovendien gaat er een preventieve werking uit van het opnemen van een geheimhoudingsbepaling in de arbeidsovereenkomst. Voorts kan met het overeenkomen van een beding een boete worden gesteld op overtreding daarvan.

Naast de geheimhoudingsplicht op grond van goed werknemerschap kent de wet met art. 7:678 lid 2 onder i BW (het bekendmaken van *bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf* van de werkgever leveren een dringende reden tot ontslag op) en art. 273 Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr) (opzettelijk bekendmaken van bedrijfsgeheimen als misdrijf) ook andere sancties die bij delen van bedrijfsgeheimen om de hoek kunnen komen. Deze mogelijkheden worden hierna verder buiten beschouwing gelaten, nu het daarbij gaat om de situatie tijdens de arbeidsovereenkomst, terwijl in dit rapport wordt gekeken naar de situatie ná het einde van het dienstverband, en om een strafrechtelijke sanctie.

Het is de werknemer dus – met of zonder beding – verboden vertrouwelijke gegevens van de werkgever openbaar te maken. De vraag die hierbij gesteld kan worden, is wat de term 'vertrouwelijke gegevens' – bij gebrek aan specificatie in het geheimhoudingsbeding – precies inhoudt. Volgens het Hof Arnhem⁸⁵ moet het gaan om bedrijfsspecifieke, gevoelige en vertrouwelijke gegevens, die schade veroorzaken als zij buiten het bedrijf bekend worden. Recentelijk oordeelde de Rechtbank Den Haag⁸⁶ in vergelijkbare zin dat het moet gaan om gegevens die zijn aan te merken als 'bedrijfsgeheim'. Hierbij moet volgens de rechtbank worden gedacht aan bedrijfsgevoelige informatie die uit concurrentie- of privacyoverwegingen niet openbaar gemaakt mag worden. Volgens Van der Kind⁸⁷ moet het gaan om gegevens die voor een werkgever een economische waarde vertegenwoordigen of gegevens die onrust teweeg kunnen brengen of belangen van de werkgever, collega's of derden schenden wanneer deze openbaar worden. Het moet gaan om bedrijfsspecifieke informatie.⁸⁸ Buiten kijf staat dat contactgegevens van klanten en relaties zijn aan te merken als bedrijfsspecifieke, vertrouwelijke gegevens die vallen onder de geheimhoudingsplicht van de werknemer.⁸⁹ De vraag of ook de knowhow, kennis en kunde die een werknemer tijdens het dienstverband met de ex-werkgever heeft opgedaan onder de reikwijdte van het geheimhoudingsbeding kan vallen, is een ingewikkeldere. Uit het vonnis van de Rechtbank Rotterdam⁹⁰ kan worden afgeleid dat knowhow niet onder de geheimhoudingsplicht valt. Indien er geen sprake is van een concurrentie- of relatiebeding, mag de werknemer vrijelijk gebruik maken van de tijdens het dienstverband verworven kennis en kunde, mits hij geen bedrijfsspecifieke en gevoelige informatie over zijn voormalig werkgever deelt. Wil een werkgever knowhow onder de plicht tot geheimhouding brengen, dan zal hij dit duidelijk tot uitdrukking moeten brengen in het geheimhoudingsbeding.

Nu Boek 7 BW geen specifieke bepaling bevat met betrekking tot het geheimhoudingsbeding, is het de vraag aan welke eisen zulk beding moet voldoen. De literatuur is verdeeld over de vraag of naast het concurrentie- en relatiebeding, ook het geheimhoudingsbeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt. Om hieronder te vallen moet er immers sprake zijn van het beperken van de werknemer in zijn bevoegdheid *op zekere wijze* werkzaam te zijn. De Wolff⁹¹ stelt dat, hoewel het geheimhoudingsbeding raakvlakken heeft met het concurrentie- en relatiebeding, dit daarmee niet te vereenzelvigen is. Grapperhaus⁹² is van mening dat er wel degelijk sprake is van een beperking van het op zekere wijze werkzaam zijn na het einde van de arbeidsovereenkomst. Het kan de werknemer, weliswaar indirect, beperken om vrijelijk werkzaam te zijn voor een concurrent, omdat hij niet zijn volle kennis en kunde mag inzetten. Voorts kan een werkgever vorderen dat het de ex-werknemer wordt verboden bij een concurrent in dienst te treden wanneer voldoende aannemelijk is geworden dat de werknemer

⁸⁵ Hof Arnhem 27 Oktober 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8671.

⁸⁶ Rb. Den Haag 8 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3365.

⁸⁷ Van der Kind 2012.

⁸⁸ Rb. Arnhem 29 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5631.

⁸⁹ Zie bijv.: Hof Arnhem, noot 86 en Ktr. Utrecht 15 september 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AS4768

⁹⁰ Rb. Rotterdam 28 juli 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN8800.

⁹¹ De Wolff 2007, p. 165.

⁹² Grapperhaus 2003.

zijn geheimhoudingsplicht zal schenden.⁹³ Dit is een relatief zware toets waardoor een hierop gegronde vordering niet vaak wordt toegewezen. Het overeenkomen van een concurrentie- of relatiebeding is immers de aangewezen weg om dit doel te bereiken.

Volgens Van der Kind is het feit dat de werknemer door het geheimhoudingsbeding in zijn bevoegdheid *op zekere wijze werkzaam te zijn* kan worden beperkt onvoldoende om het onder de reikwijdte van art. 7:653 BW te laten vallen. Dit artikel spreekt namelijk van *waarbij*, hetgeen erop duidt dat het doel van een 7:653-beding moet zijn het beperken van de werknemer. Nu dit bij het geheimhoudingsbeding niet het doel maar een (onbedoeld) gevolg is, kan niet worden gesproken van een beding *waarbij* de werknemer wordt beperkt in zijn grondrecht ex art. 19 lid 3 Gw.⁹⁴ Deze conclusie wordt ook in de rechtspraak ondersteund.⁹⁵

Nu er geen wettelijke regeling is die de geheimhoudingsbeding in de arbeidsovereenkomst behelst, en het beding ook niet bij art. 7:653 BW kan worden ondergebracht, is het de vraag hoe, en aan de hand van welke criteria een geheimhoudingsbeding moet worden beoordeeld. In het verleden hield de Rechtbank Amsterdam het geheimhoudingsbeding langs de Haviltex-meetlat.⁹⁶ Meer recentelijk beantwoordde ook het Hof Arnhem-Leeuwarden⁹⁷ de vraag hoe het beding moet worden uitgelegd en welke handelingen er precies onder vallen aan de hand van de Haviltex-formule. Is het beding ook na deze toets voor meerdere interpretaties vatbaar, dan ligt het volgens het hof *in de reden om, uitgaande van het contra-proferentem-gezichtspunt, voor die uitleg te kiezen die het minst bezwarend is voor de werknemer*.

Kortom, het is de werknemer niet toegestaan om bedrijfsgeheimen of bedrijfsgevoelige informatie te delen of openbaar te maken. Enerzijds vloeit deze geheimhoudingsplicht voort uit art. 7:611 BW, anderzijds wordt hiervoor vaak een geheimhoudingsbeding gesloten. Een geheimhoudingsbeding moet aan de hand van de Haviltex-formule, en – indien dit geen uitkomst biedt – contra-proferentem worden uitgelegd.

2.4. Onrechtmatige concurrentie

In deze paragraaf wordt gekeken naar de situatie waarin er geen concurrentie- of relatiebeding is overeengekomen. Wanneer en onder welke voorwaarden handelt een werknemer dan toch onrechtmatig jegens zijn voormalig werkgever?

Wanneer een werknemer niet is gebonden aan een concurrentie- of relatiebeding, staat het hem – gelet op art. 19 lid 3 Gw – in beginsel vrij om bij een concurrent in dienst te treden of zelf een concurrerende onderneming te starten.⁹⁸ Het is de werknemer (in beginsel) toegestaan hierbij te profiteren van het bedrijfsdebiet van de voormalig werkgever.⁹⁹

Toch is de vrijheid van de werknemer om zijn voormalige werkgever te beconcurreren niet onbegrensd. De Hoge Raad heeft in 1955 met het Boogaard/Vesta-arrest¹⁰⁰ hierover een richtinggevend arrest gewezen. Voor onrechtmatigheid moet het gaan om het 1) stelselmatig en substantieel afbreken van 2) het duurzame bedrijfsdebiet dat de voormalige werknemer in het kader van de arbeidsovereenkomst heeft meehelpen opbouwen 3) met de hulpmiddelen die hij daartoe vertrouwelijk van zijn werkgever ter beschikking kreeg. Van onrechtmatigheid kan ook sprake zijn bij bijzondere omstandigheden.¹⁰¹ De Hoge Raad legt de lat voor onrechtmatigheid – mijns inziens terecht – tamelijk hoog. Indien er geen concurrentie- of relatiebeding is overeengekomen, verdient de werknemer een verstrekkende vrijheid om naar zijn eigen wensen werkzaam te zijn.

⁹³ Zie bijv.: Hof 's-Gravenhage 9 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AI0494 en Rb. Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3811.

⁹⁴ Van der Kind 2011.

⁹⁵ Zie: Hof 's-Gravenhage, noot 94, waarbij een principieel onderscheid wordt gemaakt tussen een concurrentie- en relatiebeding ten opzichte van een geheimhoudingsbeding.

⁹⁶ Rb. Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:RBAMS:1995:AD2383.

⁹⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6750.

⁹⁸ Zie bijv.: Rb. Rotterdam 14 augustus 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AL9280.

⁹⁹ Verhoeven en Sturm 2014.

¹⁰⁰ Hoge Raad 9 december 1955, NJ 1956, 157 (Boogaard/Vesta).

¹⁰¹ Loonstra en Zondag, p. 219.

Om onrechtmatig te zijn moet de werknemer met zijn handelen duidelijk 'over de schreef' gaan. Hierbij kan worden gedacht aan het benaderen van klanten en relaties, het ronselen van werknemers, het aanvangen van concurrentie tijdens het dienstverband of het doen van onjuiste en negatieve mededelingen over de ex-werkgever.¹⁰² Bij veruit de meeste vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad blijkt de stel- en bewijsplicht een onneembare horde.

Hoewel het Boogaard/Vesta-arrest al ruim 60 jaar oud is, beoordelen feitenrechters vorderingen uit hoofde van onrechtmatige concurrentie nog steeds aan de hand van de maatstaven uit dit arrest.¹⁰³ In een recente uitspraak¹⁰⁴ waarin onrechtmatigheid werd aangenomen, werden de handelingen van de ex-werknemer langs de Boogaard/Vesta-maatlat gelegd. Het aanschrijven van een groot aantal relaties werd aangemerkt als stelselmatig en substantieel. Bovendien was de brief waarin de werknemer stelde een beter systeem te hebben dan zijn voormalig werkgever geschikt om het duurzame bedrijfsdebet van de werkgever af te breken. Tot slot maakte de gewezen werknemer gebruik van een lijst van relaties die hij tijdens het dienstverband had opgebouwd c.q. verworven.¹⁰⁵

2.5. Sancties

In deze paragraaf wordt gekeken naar de gevolgen van overtreding van de hiervoor besproken bedingen door de werknemer. Hierna zal worden bekeken aan welke voorwaarden een boete- of schadevergoedingsclausule moet voldoen. Hierin heeft de WWZ geen wijzigingen aangebracht, waardoor het onderstaande ook na de WWZ van toepassing is.

2.5.1. Het boetebeding bij het concurrentie- en relatiebeding

Voor de inwerkingtreding van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1997 voorzag lid 4 van art. 1637x BW [oud] de rechter van een matigingsbevoegdheid ten aanzien van de boete die gekoppeld is aan het concurrentiebeding. Dit lid is met de inwerkingtreding van art. 7:653 BW in 1997 geschrapt omdat deze bevoegdheid reeds voortvloeit uit art. 6:94 BW.¹⁰⁶

De vraag die in de praktijk rees was of art. 7:650 en 7:651 BW – als *lex specialis* van art. 6:91 e.v. BW – ook op de boeteclausule die aan een concurrentie- of relatiebeding is gekoppeld van toepassing zijn. De Hoge Raad maakt in het Ghiswayan/LAN-arrest¹⁰⁷ een einde aan deze onzekerheid door te oordelen dat art. 7:650 en 7:651 BW niet van toepassing zijn op het concurrentie- of relatiebeding. Het Hof Leeuwarden¹⁰⁸ wees in 2009 een overzichtelijk arrest waaruit duidelijk wordt wanneer art. 7:650 e.v. BW dan wel art. 6:91 e.v. BW van toepassing is. Volgens het Hof vloeit uit de wetsgeschiedenis uit 1907 voort dat er twee categorieën boetes kunnen worden onderscheiden. Allereerst is er de disciplinaire boete zijnde tuchtmaatregel c.q. strafboete. Hierop is art. 7:650 BW van toepassing. Het gaat hier voornamelijk om voorschriften ter bewaking van orde, veiligheid en hygiëne tijdens het dienstverband. De tweede categorie bestaat uit boetes waarop de werkgever aanspraak kan maken bij overtreding van een overeengekomen beding na het einde van het dienstverband. Het gaat hier om een 'aansporingsboete', waarop niet art. 7:650 BW maar art. 6:91 e.v. BW van toepassing zijn. Gelet op deze uitleg van het Hof Leeuwarden moet worden geconcludeerd dat een boete die is gekoppeld aan het concurrentie- en/of relatiebedingen langs de meetlat van art. 6:91 e.v. BW moet worden gelegd en niet langs die van art. 7:650 BW.

Op grond van art. 6:94 BW kan de werknemer de rechter vragen de boete te matigen op grond dat *de billijkheid dit klaarblijkelijk eist*. Dit is een andere maatstaf dan art. 7:650 BW – het *bovenmatig voorkomen* van de boete – geeft. Op grond van lid 3 van art. 6:94 BW kan de bevoegdheid om matiging van de boete te verzoeken niet contractueel worden uitgesloten.

¹⁰² Hakze 2012.

¹⁰³ Zie bijv: Rb. Rotterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9065 en Rb. Midden-Nederland 18 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:308.

¹⁰⁴ Rb. Gelderland 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5775.

¹⁰⁵ Voor andere zie: Rb. Utrecht 10 juli 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:AH8494 en Rb. Den Haag 12 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8257.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 35.

¹⁰⁷ Hoge Raad 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844 (Ghisawayan/LAN).

¹⁰⁸ Hof Leeuwarden 26 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI9100.

Op grond van art. 6:94 BW kan de rechter de boete die is gekoppeld aan het concurrentie- of relatiebeding dus matigen indien *de billijkheid dit klaarblijkelijk eist*. Het moet dus gaan om omstandigheden waardoor de boete buitensporig en onaanvaardbaar is. Volgens het Hof Den Haag¹⁰⁹ moet hierbij worden gelet op 1) de aard van de overeenkomst; 2) de inhoud en de strekking van het beding; 3) de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete; en 4) de omstandigheden waaronder het beding is ingeroepen. Loonstra¹¹⁰ concludeert dat er in de jurisprudentie weinig houvast is welke omstandigheden bij matiging een rol spelen, maar dat in het algemeen rekening wordt gehouden met de hoogte van de daadwerkelijke schade, het oude en nieuwe salaris van de werknemer, de duur van het dienstverband, de ernst van de overtreding, de bereidheid van de nieuwe werkgever om de boete te betalen en de persoonlijke omstandigheden zoals leeftijd, opleiding en leefsituatie van de werknemer. Een hele strikte scheiding tussen de omstandigheden die een rol spelen bij matiging van de boete en gehele of gedeeltelijke vernietiging ex art. 7:653 lid 2 BW is dan ook niet te trekken.

2.5.2. Schadevergoeding

Naast de contractuele boete kan de werkgever ook een schadevergoeding vorderen. Art. 6:92 BW bepaalt dat een boetebeding in beginsel het recht op schadevergoeding op grond van de wet uitsluit. Dit is echter geen dwingendrechtelijke bepaling, partijen kunnen overeenkomen – hetgeen doorgaans ook gebeurt – dat de werkgever in plaats van de boete volledige schadevergoeding kan vorderen. Een praktisch probleem bij een vordering tot schadevergoeding is de bewijslast die op de werkgever rust. De werkgever moet kunnen aantonen dat de schade die hij vordert ook daadwerkelijk door de overtreding van het concurrentie- of relatiebeding komt. Nu dit in de praktijk vaak een hele klus is, koppelen werkgevers doorgaans een boeteclausule aan het beding. Deze boete is namelijk niet afhankelijk van de daadwerkelijk geleden schade. Bovendien werkt een concurrentie- en/of relatiebeding met een hoge boete afschrikwekkend voor de werknemer, die hierdoor wel twee keer na zal denken voordat hij bij een concurrent in dienst treedt.

2.5.3. De boeteclausule bij het geheimhoudingsbeding

Ook aan een geheimhoudingsbeding zal doorgaans een boeteclausule zijn gekoppeld. Keizer¹¹¹ stelt dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat voor het concurrentiebeding – als zijnde uitzonderingspositie – art. 7:650 BW niet van toepassing is geacht. Voor het geheimhoudingsbeding is een dergelijke uitzondering niet expliciet gemaakt. Dit duidt erop, en dit vindt ook steun in jurisprudentie¹¹², dat art. 7:650 e.v. BW wel van toepassing zijn op het geheimhoudingsbeding. Echter zijn de literatuur¹¹³ en jurisprudentie¹¹⁴ hierin niet eenduidig.

Mijns inziens is de boete die is verbonden aan een geheimhoudingsbeding gelijk te stellen met een boete die is verbonden aan een concurrentie- of relatiebeding. Ook de boete die is gekoppeld aan het geheimhoudingsbeding ziet toe op de periode na beëindiging van het dienstverband. Bovendien is het aan te merken als een boete gekoppeld aan overtreding van een overeengekomen beding in de arbeidsovereenkomst en niet als een ‘disciplinaire boete’. Mijns inziens moet de boete gekoppeld aan het geheimhoudingsbeding dan ook in de tweede categorie boetes zoals besproken in het arrest van het Hof Leeuwarden uit 2009 worden geschaard. Evenals Ruizeveld en enkele lagere rechters ben ik dan ook van mening dat deze boete – evenals de boete die is gekoppeld aan het concurrentie- en relatiebeding – moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:91 e.v. BW.

¹⁰⁹ Hof Den Haag 5 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3000. Zie ook: Hoge Raad 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638 (Intrahof/Bart Smit).

¹¹⁰ Loonstra 1999, p. 134-135.

¹¹¹ Keizer 1998, aant. 12.3.

¹¹² Zie bijv.: Hof Amsterdam 23 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2346 en Ktr. Heerenveen 16 november 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BU5004.

¹¹³ Zie bijv.: Ruizeveld 2003.

¹¹⁴ Zie bijv.: Rb. Overijssel 24 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1963.

2.6. Tussenconclusie hoofdstuk 2

In dit hoofdstuk heeft u gelezen dat het recht van een werknemer op vrije arbeidskeuze in diverse internationale verdragen alsmede in art. 19 lid 3 Gw is neergelegd. Dit recht van de werknemer kan op verschillende manieren worden beperkt door de werkgever. Allereerst is de regeling van het 'klassieke' concurrentiebeding belicht. Een dergelijk beding *beperkt* de werknemer na het einde van het dienstverband *op zekere wijze werkzaam te zijn*. Art. 7:653 lid 1 BW vereist dat het concurrentiebeding schriftelijk wordt overeengekomen met een individuele, meerderjarige werknemer. De bijzondere waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste leidt ertoe dat een concurrentiebeding opnieuw moet worden overeengekomen indien er een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding plaatsvindt, waardoor het beding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken. De rechter heeft ex lid 3 sub b de bevoegdheid het beding te vernietigen als het de werknemer onbillijk benadeelt. Indien het concurrentiebeding gerechtvaardigd is, maar de werknemer toch in belangrijke mate wordt belemmerd, kan de rechter de werknemer een vergoeding ex lid 5 toekennen.

Naast het concurrentiebeding vormen ook het relatie- en het geheimhoudingsbeding een middel voor de werkgever om zijn bedrijfsdebiet te beschermen. Het Lodder c.s./X-arrest bepaalt dat het relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, al wordt algemeen aangenomen dat het minder ingrijpend van aard is. Het geheimhoudingsbeding valt niet onder de reikwijdte van art. 7:653 BW en moet worden beoordeeld aan de hand van de Haviltex-formule en het contra-proferentem-beginsel. Ook zonder geheimhoudingsbeding heeft de werknemer op grond van art. 7:611 BW een geheimhoudingsplicht.

Ook zonder concurrentiebeding is de vrijheid van de werknemer niet onbegrensd. Het Boogaard/Vesta-arrest bepaalt dat wanneer de werknemer stelselmatig en substantieel het duurzame bedrijfsdebiet van de ex-werkgever afbreekt met middelen die de werkgever hem tijdens het dienstverband vertrouwelijk ter beschikking heeft gesteld, hij onrechtmatig jegens hem handelt.

Aan een concurrentie-, relatie- en geheimhoudingsbeding kan een werkgever een boeteclausule koppelen waarop art. 6:94 e.v. BW van toepassing zijn. Deze boete kan door de rechter worden gematigd *indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist*. Ook kan de werkgever ervoor kiezen volledige schadevergoeding te vorderen.

In het volgende hoofdstuk zullen de gevolgen van de wijzigingen die de WWZ in art. 7:653 BW aanbrengt worden belicht. Hierbij zal met name aandacht worden besteed aan de nieuwe motiveringseis met betrekking tot de *zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen* en de wijziging van de term *schadeplichtig* naar *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*.

Hoofdstuk 3: Artikel 7:653 BW en de Wet werk en zekerheid

In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de wijzigingen die de WWZ heeft op de in hoofdstuk 2 onderzochte mogelijkheden voor de werkgever om de werknemer te beperken in zijn grondrecht op vrije arbeidskeuze uit art. 19 lid 3 Gw.

3.1. Het concurrentiebeding en de Wet werk en zekerheid

In deze paragraaf wordt de aanleiding van de WWZ geschetst, de wijzigingen die de WWZ in art. 7:653 BW aanbrengt aangestipt en het overgangsrecht besproken.

3.1.1. Doelstelling wetgever

De basis voor de WWZ is gelegd in het sociale akkoord dat Minister Lodewijk Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de Minister) in 2013 sloot met de sociale partners. In een brief aan de Tweede Kamer¹¹⁵ stelde de Minister dat flexwerk steeds belangrijker wordt omdat bedrijven zich door een veranderende wereldeconomie en technologische en ecologische ontwikkeling sneller willen kunnen aanpassen aan economische ontwikkelingen. Werk moest belangrijker worden dan een vaste baan, het ontslagstelsel moest fundamenteel worden hervormd en de rechtspositie van flexibele arbeidskrachten moesten worden versterkt.¹¹⁶ Het uiteindelijke resultaat, de WWZ, is in 2015 gefaseerd in werking getreden.¹¹⁷

3.1.2. De wijzigingen door de WWZ

Met de inwerkingtreding van de WWZ zijn er een aantal wijzigingen aangebracht in de wettekst van art. 7:653 BW. Allereerst verbiedt het nieuwe lid 1 in beginsel het opnemen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Op grond van lid 2 is een concurrentiebeding in een tijdelijk contract alleen geldig als de werkgever schriftelijk motiveert dat het *noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen*. Deze wijziging komt ook terug in lid 3 sub a met betrekking tot de vernietigingsbevoegdheid van de rechter. De rechter kan het beding namelijk geheel vernietigen als het beding niet noodzakelijk is vanwege deze zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

De derde wijziging in art. 7:653 BW is de wijziging van de term *schadeplichtig in ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* in de leden 4 en 5. Wanneer een werkgever bij beëindiging van het dienstverband ernstig verwijtbaar handelt, kan hij hierdoor geen beroep doen op het concurrentiebeding, en een werknemer die ernstig verwijtbaar handelt komt geen recht op een vergoeding toe.

Tot slot komt in lid 5 de zinsnede met betrekking tot de betaling in termijnen van de vergoeding te vervallen. Het gaat hier blijkens de parlementaire geschiedenis slechts om een tekstuele wijziging. Ook zonder deze zinsnede kunnen partijen de rechter verzoeken betaling in termijnen vast te stellen, waarbij het de rechter vrijstaat dit verzoek te honoreren.¹¹⁸

3.1.3. Overgangsrecht

De wijzigingen ten aanzien van het concurrentiebeding in de tijdelijke arbeidsovereenkomst zijn per 1 januari 2015 in werking getreden. Voor concurrentiebedingen die zijn opgenomen in een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor de datum van inwerkingtreding van de WWZ, bepaalt art. XXIIc WWZ dat, ten aanzien van de leden 1 en 2, het oude recht van toepassing blijft. Dit betekent dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die is aangegaan vóór de WWZ, niet hoeft te zijn voorzien van een motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

¹¹⁵ Kamerstukken I, 2013/13, 22400 XV, I.

¹¹⁶ Kamerstukken II, 2012/13, 33566, 15, p. 1, 3 en 9.

¹¹⁷ Stb. 2014, 216 (Wet werk en Zekerheid).

¹¹⁸ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 3, p. 91.

De wijzigingen in de overige leden van art. 7:653 BW zijn per 1 juli 2015 in werking getreden. Ten aanzien van lid 4 en 5 geldt geen overgangsrecht. Indien ook op deze leden het overgangsrecht van toepassing zou zijn, zou dit klemmen met de ontslagrechtelijke praktijk. In het ontslagrecht zou dan namelijk de term *schadeplichtig* reeds zijn vervangen door *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*. Ook bedingen die dateren van vóór de WWZ moeten worden beoordeeld aan de hand van de nieuwe leden 4 en 5.

3.2. Het concurrentiebeding in een tijdelijk contract: ‘zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen’ en de motiveringsplicht

Het huidige art. 7:653 BW verbiedt het opnemen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (lid 1), tenzij de werkgever schriftelijk motiveert dat gelet op zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen het opnemen van een concurrentiebeding toch noodzakelijk is (lid 2). Hierna zal worden bekeken wat onder ‘zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen’ moet worden verstaan en wat de motiveringsplicht voor de werkgever inhoudt.

3.2.1. Visie wetgever

Blijkens de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) wordt het overeenkomen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel verboden omdat er sprake is van een *dubbel nadeel* voor de werknemer. Vast staat dat het concurrentiebeding de werknemer belemmert in zijn grondrecht op vrije arbeidskeuze. Hier komt voor werknemers met een tijdelijk contract nog bij dat zij een in duur beperkt contract hebben waardoor bij aanvang in beginsel al vast staat dat ze daarna op zoek moeten naar ander werk. Nu het vinden van dit andere werk nu juist hetgeen is waar het concurrentiebeding de werknemer in beperkt, is er sprake van *dubbel nadeel* voor de werknemer met een tijdelijk contract. Door dit dubbele nadeel wegen in verreweg de meeste gevallen de belangen van de werkgever niet op tegen het nadeel van de werknemer. Er zijn echter situaties denkbaar waarin, gelet op bijvoorbeeld de specifieke werkzaamheden of een specifieke functie van de werknemer, het opnemen van een concurrentiebeding wel gerechtvaardigd is. Voor deze gevallen is de uitzondering van lid 2 in het leven geroepen.¹¹⁹

Indien de werkgever van mening is dat hij onder deze uitzondering valt, moet hij schriftelijk motiveren dat het beding gelet op zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen noodzakelijk is. Zonder een dergelijke motivering is het beding nietig.¹²⁰ De zwaarwegende belangen zal de werkgever zowel bij het aangaan, als bij het invoeren van het beding moeten motiveren.¹²¹ Bij dienstbelangen gaat het om *werkzaamheden o.b.v. een arbeidsovereenkomst in een publieke organisatie*.¹²² Voorbeelden van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen wilde de regering niet geven. Per individueel geval vergt dit namelijk een specifieke afweging en motivering. Deze motivering kan gelegen zijn in hele specifieke kennis of bedrijfsinformatie die de werknemer op zal doen, waarbij de werkgever onevenredig wordt benadeeld als de werknemer overstapt naar een concurrent, aldus de Minister.¹²³ De regering heeft wel willen benadrukken dat aan de term *zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen* in art. 7:653 lid 1 BW een andere, gelet op het fundamentele verschil in strekking, strengere betekenis moet worden toegekend dan aan hetzelfde begrip uit art. 2 lid 8 Wet Aanpassing Arbeidsduur (hierna: WAA).¹²⁴

Wanneer de werkgever voldoet aan de motiveringseis maar de werknemer meent dat er geen sprake is van zodanige zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding rechtvaardigen, kan hij de rechter verzoeken het beding ex lid 3 sub a geheel te vernietigen. Overigens merkt de regering op dat ook vóór de WWZ de duur van het dienstverband een rol speelt bij gehele of gedeeltelijke vernietiging door de rechter [zie paragraaf 2.2.8]. De eis die

¹¹⁹ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 3, p. 16.

¹²⁰ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 3, p. 17.

¹²¹ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 3, p. 91.

¹²² Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 3, p. 17.

¹²³ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, C, p. 103.

¹²⁴ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 7, p. 208.

in het nieuwe art. 7:653 lid 2 BW wordt gesteld is dus weliswaar een strenge, maar komt niet helemaal uit de lucht vallen. Volgens de regering bestaat de vernietigingsbevoegdheid van lid 3 nu uit twee elementen. Allereerst moet de rechter ex sub a beoordelen of is voldaan aan de motiveringseis met betrekking tot de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Wordt hieraan niet voldaan dan volgt gehele vernietiging. Voldoet de motivering wel, dan moet de rechter ex sub b bekijken of de werknemer door het beding niet onbillijk wordt benadeeld.

3.2.2. Jurisprudentieonderzoek

Nu de Minister geen voorbeelden van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen kon of wilde geven, wordt hierna een jurisprudentieonderzoek naar ruim 2 jaar WWZ gepresenteerd. Hierin wordt gekeken naar de invulling die de rechter geeft aan de motiveringseis van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Een verantwoording van dit onderzoek is opgenomen in Bijlage II.

Sinds de introductie van de nieuwe leden 1 en 2 van art. 7:653 BW zijn er 17 uitspraken gedaan door feitenrechters waarin een oordeel wordt gegeven over het de nieuwe term *zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen* en de motiveringsplicht van de werkgever. De wetgever heeft door de introductie van deze term en het expliciet in lid 1 opnemen dat het overeenkomen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel verboden is, de lat hiervoor erg hoog willen leggen. Dit is ook in de jurisprudentie van de feitenrechters terug te zien. Veelvuldig wordt naar de parlementaire geschiedenis verwezen en benadrukt dat het uitgangspunt ‘nee, tenzij ...’ is. Slechts in drie van de 17 geanalyseerde uitspraken oordeelde de rechter dat er sprake was van een geldig concurrentiebeding in een tijdelijk contract.¹²⁵ Eveneens opvallend is het feit dat de rechter in acht van de 17 gevallen tot de conclusie kwam dat het concurrentiebeding nietig was door het in het geheel ontbreken van een motivering.

Uit de geanalyseerde uitspraken kan niet alleen worden afgeleid dat ‘zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen’ streng moet worden uitgelegd, maar ook dat er bij beoordeling van de geldigheid van een concurrentiebeding in een tijdelijke arbeidsovereenkomst sprake is van een drietrapsladder.¹²⁶ Allereerst – trede 1 – moet de rechter kijken of er überhaupt een motivering bij het concurrentiebeding is opgenomen. Het gaat hier om een formele eis ex lid 2 die met nietigheid is bedreigd. Indien er wel een motivering is opgenomen in of bij het concurrentiebeding, dient de rechter een materiële toets – trede 2 – te doen naar deze motivering. De rechter moet kijken of de motivering voldoende dragend is. Met andere woorden, de rechter moet kijken of de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen voldoende zijn gemotiveerd én of deze belangen het opnemen van het concurrentiebeding noodzakelijk maken. Indien de rechter van oordeel is dat aan deze eis niet is voldaan, vernietigt hij het concurrentiebeding ex lid 3 sub a geheel. Indien ook deze toets wordt doorstaan dient de rechter een belangenafweging te maken – trede 3 – en hierbij de vraag te beantwoorden of de werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, door het beding onbillijk wordt benadeeld. Indien de rechter aldus oordeelt, kan hij het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen ex lid 3 sub b.

Het verschil tussen nietigheid en vernietigbaarheid dat ook al in de parlementaire behandeling aan de orde is gekomen, verdient op dit punt – temeer nu in bijna de helft van de geanalyseerde uitspraken het concurrentiebeding nietig is verklaard – extra aandacht. De Kantonrechter Almere¹²⁷ overwoog hierover kernachtig: *De bedingen zijn nietig als de motivering geheel ontbreekt. De bedingen zijn vernietigbaar indien de motivering tekortschiet of geen sprake is van bedrijfs- of dienstbelangen die het beding noodzakelijk maken.*

¹²⁵ Rb. Gelderland 9 februari 2016 ECLI:NL:RBGEL:2016:1385 (in Hoger Beroep bekrachtigd) en Rb. Midden-Nederland 19 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1216 en Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, zie bijlage IV (het gaat hier om een uitspraak, gepubliceerd door een procespartij op de gesloten zoekfunctie van AR-Updates, alleen toegankelijk voor abonnees)

¹²⁶ Zie bijv.: Rb. Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1385 (r.o. 4.3, 4.5 en 4.6).

¹²⁷ Rb. Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3811.

Uit de geanalyseerde uitspraken blijkt voorts dat het, ook voor de rechters, niet altijd helemaal duidelijk is hoe invulling moet worden gegeven aan het begrip ‘zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen’. De rechters klampen zich hierbij vast aan het kleine beetje informatie uit de MvT en de Memorie van Antwoord (hierna: MvA). De motivering kan volgens de Minister gelegen zijn in specifieke kennis of een specifieke functie van de werknemer.¹²⁸ In de rechtspraak komt veelvuldig terug dat de werkgever in de motivering van de zwaarwegende belangen concreet moet aangeven om welke belangen het precies gaat. Met een motivering in te algemene bewoordingen – zoals in de praktijk veelvuldig voorkomt – wordt door de rechter korte metten gemaakt.¹²⁹ Het opnemen van een standaardbepaling ten aanzien van de motivering is dus geen optie voor de werkgever. Zelfs al heeft de werkgever in zo’n geval feitelijk een zwaarwegend bedrijfsbelang, dan nog zal de rechter het concurrentiebeding geheel vernietigen omdat de motivering ontoereikend is. Dit ondervond ook een groothandel in professionele hygiëne- en reinigingssystemen bij de Rechtbank Midden-Nederland.¹³⁰ De werknemer was accountmanager en had volgens de werkgever toegang tot bedrijfsgevoelige informatie zoals klantenbestanden, prijzen en verkoopstrategieën. De werkgever volstond in de motivering van het concurrentiebeding met de term ‘bedrijfsgevoelige informatie’, zonder concreet aan te geven om welke informatie het ging. Het feit dat de werkgever deze motivering ter zitting wel paraat had, mocht niet baten; het beding werd geschorst omdat de werkgever onvoldoende specifiek was in zijn motivering.

Dit zware vereiste is ook terug te zien in de uitspraak van de Rechtbank Gelderland¹³¹ waarin werd geoordeeld dat de werkgever wél voldoende concreet heeft gemotiveerd welke belangen het concurrentiebeding noodzakelijk maken. Opmerking verdient dat de werkgever in dit geval ook man en paard noemde en het beding erg uitgebreid motiveerde door te verwijzen naar *klantenlijsten, prijslijsten, kostprijzen, leveranciersgegevens, werkwijzen, etc.* Ook in de tweede uitspraak¹³² waarin de rechter het concurrentiebeding in stand liet, werd gewezen op *prijstactieken en prijsstellingen, volumes en andere strategische (klant)informatie waartoe de werknemer tijdens het dienstverband toegang tot had gehad*. Dit gebeurde ook in de derde uitspraak.¹³³ De motivering die de werkgever heeft gebruikt is onderstaand opgenomen. Ook bij het invoeren van het beding en ter zitting motiveerde de werkgever zijn belangen door te wijzen op de kennis van concurrentiegevoelige informatie en het vele klantcontact van de werknemer. Het Hof achtte het geenszins denkbeeldig dat de werknemer de concurrentiegevoelige informatie bij indiensttreding bij een directe concurrent bekend zou maken en zou gebruiken om klanten te bewegen tot een overstap.

Motivering werkgever bij uitspraak Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 27 december 2016

Aangezien werknemer vanuit zijn functie als Accountmanager in aanmerking komt met zeer vertrouwelijke informatie over werkgever en contact heeft met relaties van het bedrijf en kennis neemt van cijfers, marges, strategieën, prijsafspraken etc, heeft werkgever een zwaarwichtig belang bij het overeenkomen van het hiervoor genoemde concurrentiebeding.

Een opvallende uitspraak is die van de Rechtbank Rotterdam¹³⁴, waarin de rechter het concurrentiebeding nietig achtte omdat de motivering op een te laat moment aan het beding was toegevoegd. De kantonrechter overwoog dat de motivering in het beding zelf, onder het beding of in een apart document dat tezamen met de individuele overeenkomst wordt ondertekend, moet zijn opgenomen. Aan de hand hiervan overweegt de kantonrechter dat het

¹²⁸ *Kamerstukken II*, 2013/14, 33818, C, p. 103.

¹²⁹ Zie o.a.: Rb. Noord-Nederland 8 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2296 en Rb. Amsterdam 24 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1680.

¹³⁰ Rb. Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3811.

¹³¹ Rb. Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1385, in Hoger Beroep bekrachtigd, zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6261.

¹³² Rb. Midden-Nederland 19 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1216.

¹³³ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, Bijlage IV

¹³⁴ Rb. Rotterdam 18 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7885.

opstellen van de motivering gelijktijdig met het aangaan van het beding dient te geschieden. Nu de arbeidsovereenkomst met daarin het concurrentiebeding op 18 februari 2015 was ondertekend en de motivering dateert van 30 maart 2015, was niet voldaan aan deze eis en was het concurrentiebeding nietig.

3.3. Van ‘schadeplichtig’ naar ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’

Met de invoering van de WWZ is de term ‘schadeplichtig’ uit art. 7:653 BW vervangen door ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’. Een werkgever kan bij ernstig verwijtbaar handelen van zijn zijde geen rechten ontlenen aan het concurrentiebeding (lid 4), en een werknemer komt geen recht op een vergoeding toe wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van zijn zijde (lid 5). Hierna zal eerst worden gekeken naar de parlementaire geschiedenis en de literatuur, waarna zal worden gekeken hoe de rechtspraak omgaat met deze wijziging.

3.3.1. Bedoeling wetgever en visies literatuur

Met de WWZ wordt in het ontslagrecht de nieuwe term *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* geïntroduceerd. Nu de term *schadeplichtig* door de WWZ geheel komt te vervallen, wordt ook in art. 7:653 BW *schadeplichtig* vervangen door de nieuwe term.¹³⁵ In de parlementaire geschiedenis bij art. 7:653 BW licht de wetgever slechts toe dat met de wijziging aansluiting met het vernieuwde ontslagrecht is beoogd. Voor meer toelichting wordt dan ook naar het ontslagrechtelijke deel verwezen.¹³⁶ Volgens de wetgever zal het gaan om een zeer klein aantal gevallen waarin sprake is van niet alledaagse omstandigheden. De regering heeft het criterium ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ streng bedoeld en gesteld dat niet ieder geval waarin sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten onder de reikwijdte valt. Alleen gevallen waarin sprake is van *ernstig* verwijtbaar handelen vallen hieronder. Hierbij kan volgens de wetgever onder andere worden gedacht aan situaties waarin duidelijk in strijd wordt gehandeld met goed werkgever- of werknemerschap.¹³⁷

In de MvT zijn een aantal voorbeeldcasussen geschetst waarin er sprake is of kan zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.¹³⁸ Het kan bijvoorbeeld gaan om een verstoorde arbeidsrelatie die door laakbaar gedrag van de werkgever is ontstaan waardoor er geen andere mogelijkheid meer is dan ontslag; bij een onwerkbaar situatie als gevolg van discriminatie; bij een verstoorde arbeidsverhouding door grove schending van de verplichtingen door een der partijen (bijvoorbeeld re-integratie bij ziekte); in geval van onwerkbaar situatie als gevolg van vernietigd ontslag (misbruik van ontslaggrond); en in geval van verwijtbaar onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden waardoor de werknemer arbeidsongeschikt is geworden.¹³⁹ Het moet dus, zoals reeds aangegeven, gaan om situaties waarin duidelijk sprake is van strijd met goed werkgeverschap.

Nu de wetgever slechts summier verwijst naar de aanpassing in terminologie – het lijkt er immers op dat de wetgever in het vernieuwde arbeidsrecht enkel afscheid heeft willen nemen van de oude term *schadeplichtig* – ligt het voor de hand om bij de invulling van de nieuwe term aansluiting te zoeken bij de invulling van de oude term. In paragraaf 2.2.9 bleek dat de term *schadeplichtigheid* volgens de wetgever en de Hoge Raad eng moest worden uitgelegd.

Kijkend naar de bovenstaande voorbeelden uit de MvT lijkt de wetgever het criterium toch voor een iets ruimere interpretatie vatbaar te maken. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat ook in geval van duidelijke strijd met goed werkgever- of werknemerschap, sprake kan zijn van ernstig verwijtbaar handelen. Hoewel de regering dit niet expliciet benoemt in de parlementaire geschiedenis, en de Tweede noch de Eerste Kamer hierover vragen stelden, concludeer ik – weliswaar met de nodige terughoudendheid en voorzichtigheid – dat de

¹³⁵ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 3, p. 91.

¹³⁶ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 7, p. 130.

¹³⁷ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 7, p. 63.

¹³⁸ Kamerstukken II, 2013/14, 33818, 3, p. 34.

¹³⁹ Zie ook: Van Drongelen, Fase en Jellinghaus 2015, p. 57.

introductie van de term *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* aanleiding is voor een iets ruimere interpretatie, veelal in het voordeel van de werknemer. Zoals uitgebreider belicht in paragraaf 2.2.9, dichtte de lagere rechtspraak – in strijd met de visie van de wetgever en de Hoge Raad – al een ruimere betekenis toe aan het begrip *schadeplichtig*, waarbij ook bij onrechtmatig c.q. vernietigbaar ontslag, kennelijk onredelijk ontslag en een enkele keer strijd met goed werkgeverschap voldoende bleek voor schadeplichtigheid. Met de introductie van de term *ernstig verwijtbaar handelen* in art. 7:653 BW lijkt deze visie in de lagere rechtspraak nu ook steun te (kunnen) vinden bij de wetgever. Naast de vanzelfsprekende dringende reden uit art. 7:677 e.v. BW lijkt nu ook de e-ontslaggrond uit art. 7:669 BW en het verzoek van de werknemer tot ontbinding wegens gewichtige redenen ex art. 7:671c BW, evenals een situatie waarin een onwerkbaar situatie is ontstaan na een vernietigde opzegging c.q. misbruik van een opzeggrond, en duidelijk handelen in strijd met goed werkgever- of werknemerschap, onder de reikwijdte van *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* te kunnen vallen.

Hiermee wordt ook de kritiek die Houweling in zijn annotatie uitte ondervangen. De kritiek van Houweling kwam erop neer dat een werknemer onvoldoende bescherming toekwam in gevallen waarin bijvoorbeeld het ontslag kennelijk onredelijk plaatsvond, maar dat wanneer de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld werd opgezegd met een te korte opzegtermijn van één dag, er wél sprake was van schadeplichtigheid aan de zijde van de werkgever. Met de wijziging van de WWZ lijkt aan deze enigszins scheve verhouding een einde te zijn gekomen.

De keerzijde van de wijziging voor de werknemer is volgens Engelsman en Van Slooten¹⁴⁰ dat het vermoedelijk voor de werknemer moeilijker is geworden om onder een concurrentiebeding uit te komen indien er geen juiste opzegtermijn in acht is genomen. Hoewel Engelsman en Van Slooten hiervoor geen nadere motivering geven is deze stelling mijns inziens juist, en te verklaren door het feit dat met de inwerkingtreding van de WWZ art. 7:672 BW in lid 10 zelf voorziet in de mogelijkheid van een (billijke) vergoeding voor de werknemer. Voorheen werd aan het onregelmatig opzeggen – het opzeggen zonder inachtneming van de opzegtermijn – gesanctioneerd met schadeplichtigheid. Dit had het indirecte gevolg dat ook het concurrentiebeding kwam te vervallen. Deze schadeplichtigheid komt na de WWZ niet meer voor, en wordt dus ‘opgevangen’ door de vergoeding ex lid 10.

3.3.2. Jurisprudentie

Hoewel de WWZ op volle toeren draait, is het met betrekking tot de daadwerkelijke betekenis van de wijziging *schadeplichtig* in *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* in art. 7:653 lid 4 en 5 BW nog gissen naar de precieze betekenis die hieraan in de rechtspraak wordt toegekend.

In lijn met de bovenstaande voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis en mijn aanname dat *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* een ruimer begrip is dan *schadeplichtig*, oordeelde de Rechtbank Gelderland¹⁴¹ op een verzoek tot ontbinding door de werknemer wegens ernstig tekortschieten in de re-integratieverplichtingen door de werkgever, dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en dat daardoor geen rechten meer aan het concurrentiebeding ontleend kunnen worden. Het is, gelet op de interpretatie van de wetgever en de Hoge Raad, maar de vraag of de rechter naar het oude recht tot eenzelfde conclusie was gekomen.

3.4. Het relatie- en geheimhoudingsbeding na de Wet werk en zekerheid

In deze paragraaf zal de positie van het relatie- resp. geheimhoudingsbeding na de invoering van de WWZ worden belicht. Aan de hand van actuele literatuur en jurisprudentie wordt bekeken of en in welke mate de positie van deze bedingen door de WWZ worden aangetast.

¹⁴⁰ Engelsman & Van Slooten 2015.

¹⁴¹ Rb. Gelderland 19 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4380.

3.4.1. Het relatiebeding na de Wet werk en zekerheid

Zoals in paragraaf 2.3.1 reeds belicht, wordt in de rechtspraak algemeen aangenomen dat ook een relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt. Dit werd door de Hoge Raad recentelijk in het Lodder c.s./X-arrest bevestigd. Dit brengt met zich mee dat naast de eisen van schriftelijkheid en meerderjarigheid, sinds 1 januari 2015 ook een relatiebeding in een tijdelijke arbeidsovereenkomst moet zijn voorzien van een motivering met betrekking tot de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het noodzakelijk maken. Hoewel de rechtspraak zich hierover (nog) niet heeft uitgelaten is het aannemelijk dat deze eis voor het relatiebeding een minder zwaar karakter heeft dan voor het klassieke concurrentiebeding. In de lagere rechtspraak wordt namelijk doorgaans geoordeeld dat het relatiebeding een minder ingrijpende beperking in het recht op vrije arbeidskeuze oplevert voor de werknemer, en derhalve als 'concurrentiebeding-light' kan worden betiteld.

3.4.2. Het geheimhoudingsbeding na de Wet werk en zekerheid

In paragraaf 2.3.2 is in een uitgebreide uiteenzetting gesteld dat het geheimhoudingsbeding in het overgrote merendeel van de gevallen niet onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt. Gevolg hiervan is dat de WWZ geen wijzigingen inhoudt voor het geheimhoudingsbeding. Wellicht dat, door de verstrengde voorwaarden die worden gesteld aan het concurrentie- en relatiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, het geheimhoudingsbeding na de WWZ een prominentere rol zal gaan spelen in het beschermen van het bedrijfsdebiët door een werkgever. De WWZ is echter nog te pril om hierover te kunnen oordelen. Niettemin kan het een interessant punt zijn voor zowel werkgever als werknemer.

3.5. Tussenconclusie hoofdstuk 3

In dit hoofdstuk heeft u gelezen dat na de inwerkingtreding van de WWZ het opnemen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen mogelijk is wanneer de werkgever schriftelijk motiveert dat dit noodzakelijk is *vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen*. De wetgever motiveert deze wijziging door te wijzen op het dubbele nadeel voor de werknemer met een tijdelijk contract. Uit de prille post-WWZ-jurisprudentie over deze nieuwe bepaling kan een drietrapsladder worden afgeleid, waarin de motivering wordt beoordeeld. Trede 1: is er überhaupt een motivering opgenomen in of bij het beding? Nee; dan is het beding nietig. Trede 2: gaat het om een dragende motivering? Nee; dan vernietigt de rechter het beding geheel. Trede 3: benadeelt het beding de werknemer onbillijk, dan kan rechter het beding geheel of gedeeltelijk vernietigen.

Aan de motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen stelt de rechtspraak hoge eisen. De werkgever moet erg specifiek motiveren welke belangen het beding noodzakelijk maken in het concrete geval van de betreffende werknemer. Opvallend is dat deze motivering in slechts drie van de 17 gevallen toereikend werd bevonden, en dat in bijna de helft van de uitspraken het beding nietig bleek door het geheel ontbreken van een motivering. In het Lodder c.s./X-arrest bevestigt de Hoge Raad de heersende opvatting dat ook het relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, en dus na de WWZ moet worden voorzien van een motivering van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen indien het wordt overeengekomen in een tijdelijke arbeidsovereenkomst.

Aan de nieuwe term *ernstig verwijtbaar handelen* lijkt een iets ruimere betekenis te kunnen worden toegekend dan het oude *schadeplichtig*. Zo kan ook ernstige schending van art. 7:611 BW en misbruik van een ontslaggrond onder de nieuwe term vallen.

In het volgende hoofdstuk zal aan de hand van een tweetal praktijkdossiers en een aantal casusposities worden gekeken welke betekenis deze wijzigingen door de WWZ voor de werkgever resp. werknemer hebben.

Hoofdstuk 4: Betekenis voor werknemer en werkgever

In dit hoofdstuk zal het juridisch kader uit de eerste twee hoofdstukken worden vertaald naar praktische conclusies waarmee opdrachtgever VPB Advocatuur cliënten van hoogwaardig advies kan voorzien. Allereerst zullen de praktijkdossiers worden belicht. Vervolgens wordt bekeken waarmee de werkgever rekening moet houden bij een vrijheidsbeperkend beding. Tot slot zal de situatie vanuit het gezichtspunt van de werknemer worden belicht.

4.1. De praktijkdossiers

In deze paragraaf zal een inleiding worden gegeven op de praktijkdossiers die door opdrachtgever VBP Advocatuur ter beschikking zijn gesteld. Het dossier is opgenomen in Bijlage III. Op deze dossiers wordt in het vervolg – waar relevant – dieper ingegaan

In het eerste dossier gaat het om een cliënte die als project manager werkzaam is geweest bij een werkgever in de marketingbranche. De cliënte werkte op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd [hierna: Overeenkomst A] tussen 11 februari 2014 – vóór de inwerkingtreding van de WWZ dus – en 11 februari 2016. Hierna is de cliënte op 1 februari 2017 als project manager in dienst getreden bij een nieuwe werkgever, die ook in de (internationale) marketingbranche actief is. Ook de nieuwe arbeidsovereenkomst is voor bepaalde tijd [hierna: Overeenkomst B], ditmaal voor de duur van 12 maanden. In beide arbeidsovereenkomsten is een concurrentie- en relatiebeding opgenomen met een werkingsduur van 12 maanden met een geografisch bereik van 150 kilometer rondom de vestigingsplaats van de werkgever. In Overeenkomst B is – nu deze ná de inwerkingtreding van de WWZ is gesloten – een motivering opgenomen met daarin de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentie- en relatiebeding noodzakelijk maken. In beide overeenkomsten is ook een geheimhoudings- en een boetebeding opgenomen van €15.000,- per overtreding en €500,- voor iedere dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt.

Waar ging het dossier over?

De cliënte trad 11 maanden na uitdiensttreding bij de eerste werkgever in dienst bij de nieuwe werkgever. Dit valt binnen de termijn uit het concurrentiebeding. De vraag die centraal stond was of de werkgever nakoming van het concurrentiebeding en/of de boete zou gaan vorderen.

Het tweede dossier gaat over een cliënte die in 2011 in dienst is getreden bij haar werkgever. Deze werkgever is door een fusie overgegaan in een holding. Recentelijk heeft de onderneming zich afgesplitst van deze holding en is de onderneming verhuisd naar een andere locatie. De oorspronkelijke onderneming was actief in de logistiek van spaarprogramma's. De cliënte werkte op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in een marketingfunctie. De oorspronkelijke arbeidsovereenkomst uit 2011 bevatte een concurrentiebeding voor de duur van 12 maanden binnen heel Europa en een dito relatiebeding met daaraan een boeteclausule van €15.000,- per overtreding en €1.500,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt. Ook deze overeenkomst bevatte een geheimhoudingsbeding.

Waar ging het dossier over?

In dit dossier stond de vraag centraal of het concurrentiebeding door de verschillende overgangen van de onderneming van de werkgever zijn werking had verloren.

4.2. Vrijheidsbeperkende bedingen voor de werkgever

In deze paragraaf zal worden ingezoomd op de situatie van de werkgever die zijn bedrijfsdebiet wil beschermen tegen concurrentie. De informatie uit de hoofdstukken 2 en 3 zal hierbij worden toegespitst op de werkgever en worden verduidelijkt door de praktijkdossiers van VBP Advocatuur, casussen en lagere jurisprudentie.

Het is voor een werkgever van groot belang dat hij zijn bedrijfsdebiet beschermt tegen de concurrentie. Hiervoor kan de werkgever een aantal middelen aanwenden. Zo kan hij een concurrentie- en/of relatiebeding opnemen in de arbeidsovereenkomst met de werknemer. Hiermee voorkomt hij dat de werknemer in dienst treedt bij een concurrent of klanten en relaties meeneemt naar deze concurrent. Ook kan de werkgever zijn bedrijfsdebiet door middel van een geheimhoudingsplicht – ex art. 7:611 BW of door een geheimhoudingsbeding – trachten te beschermen.

4.2.1. Het concurrentie- en relatiebeding ex art. 7:653 BW

Zowel het ‘klassieke’ concurrentiebeding als het relatiebeding vallen onder de reikwijdte van art. 7:653 BW. De voorwaarden die dit artikel stelt zijn dan ook op beide bedingen van toepassing. De bedingen moeten schriftelijk met een individuele, meerderjarige werknemer worden overeengekomen. Het strenge schriftelijkheidsvereiste is in het Philips/Oostendorp-arrest¹⁴² door de Hoge Raad – ten gunste van de werkgever – afgezwakt. In dit arrest stond de Hoge Raad toe een concurrentiebeding in een aparte arbeidsvoorwaardenregeling op te nemen. Ondertekening van de regeling door de werknemer is niet vereist, zolang de individuele (arbeids)overeenkomst naar de regeling verwijst, de regeling is bijgevoegd en de werknemer voldoende gelegenheid heeft gehad zich in het reglement te verdiepen. Indien het reglement niet is bijgevoegd, wordt níét voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. Sinds dit arrest kan een werkgever dus een concurrentie- en/of relatiebeding in een apart document opnemen, waarnaar in de individuele overeenkomst wordt verwezen.

4.2.2. Het zwaarder drukken van het concurrentiebeding

Gelet op de waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste vervalt een concurrentiebeding wanneer er sprake is van een ingrijpende, niet-voorzienbare functiewijziging, waardoor het beding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken.¹⁴³ In de post-AVM-jurisprudentie is de voorzienbaarheidseis meer centraal komen te staan. Bovendien wordt benadrukt dat een ingrijpende functiewijziging er niet zonder meer toe leidt dat het beding ook aanmerkelijk zwaarder op de werknemer gaat drukken. Dit heeft de stroom aan jurisprudentie waarin erg snel werd aangenomen dat er sprake was van een ingrijpende wijziging en een situatie van zwaarder drukken een halt toegeroepen. In de post-AVM-jurisprudentie heeft de werkgever een aantal fronten om verweer op te voeren:

1. De werkgever kan betogen dat de functiewijziging niet ingrijpend van aard is;
2. De werkgever kan ook betogen dat er weliswaar sprake is van een ingrijpende functiewijziging, maar dat deze niet tot gevolg heeft dat het concurrentie- en/of relatiebeding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken.
3. Ook kan de werkgever verweer voeren door te stellen dat de functiewijziging voorzienbaar was. Hiervan kan sprake zijn indien de doorgroeimogelijkheden in de voorfase van de arbeidsovereenkomst zijn besproken. In functieomschrijvingen als ‘trainee’ of ‘aankomend’ ligt deze voorzienbaarheid zonder meer besloten. Indien de ontwikkelingsmogelijkheden niet vooraf zijn besproken en ook niet uit de functieomschrijving blijkt, dient de werkgever aannemelijk te maken dat deze ‘in de lijn der verwachtingen’ heeft gelegen, en er sprake is van een ‘normale carrièreontwikkeling’.

¹⁴² Hoge Raad 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384 (Philips/Oostendorp).

¹⁴³ Hoge Raad 9 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC0770 (Brabant/Van Uffelen) en Hoge Raad 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221 (AVM/Osinga).

Bij overgang van onderneming ex art. 7:662 e.v. BW – overeenkomst, fusie of splitsing; er moet sprake zijn van overgang van ondernemingsactiviteit – gaan de rechten uit het concurrentiebeding van rechtswege over op de verkrijger, tenzij de overgang een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding teweeg brengt, waardoor het beding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer gaat drukken.¹⁴⁴ Wanneer er sprake is van overgang anders dan ex art. 7:662 e.v. BW – bijv. reorganisatie, of een overgang louter als gevolg van transacties van aandelen –, dan moet het concurrentie- en/of relatiebeding opnieuw met de werknemer worden overeengekomen.¹⁴⁵

Dossier II:

In het tweede dossier ging het om een werknemer die sinds 2011 in dienst is bij de werkgever. Deze werkgever is door fusie overgegaan, waarna het op een later moment weer is afgesplitst. Nu er tweemaal een overgang ex art. 7:662 e.v. BW heeft plaatsgevonden, blijft het beding in beginsel in stand, tenzij er door de overgang van onderneming sprake is van een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding, waardoor het beding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken, bijvoorbeeld gelet op een toenemend bedieningsbereik van de nieuwe werkgever. Het is voor de werkgever in deze zaak dus van belang om de impact van de afsplitsing en de andere werklocatie van de werknemer zo klein mogelijk te doen voorkomen. De werkgever zal moeten motiveren dat de functie van de werknemer door de afsplitsing niet is gewijzigd, en dat zij ook niet meer of geen andere verantwoordelijkheden heeft verworven.

Voor de werkgever is voorts van belang dat hij bij overgang van onderneming ex art. 7:662 een informatieplicht heeft ex art 7:665a jo. 7:611 BW met betrekking tot – onder andere – de gevolgen van de overgang voor de geldigheid van het concurrentiebeding.¹⁴⁶

4.2.3. Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Sinds de WWZ is het op grond van art. 7:653 lid 1 en 2 BW verboden om een concurrentie- of relatiebeding op te nemen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, tenzij de werkgever schriftelijk motiveert dat het *noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen*. Dit blijkt een erg strenge toets. Slechts in drie van de 17 gevallen die voor de rechter kwamen, werd de motivering voldoende geacht en bleef het concurrentiebeding in stand. In bijna de helft van de gevallen kwam de rechter tot de conclusie dat er in het geheel geen motivering was opgenomen, waardoor het beding nietig was. Dit is zonder meer een aandachtspunt voor werkgevers, en kan duiden op een kennisachterstand.

Naast het überhaupt opnemen van een motivering, moet deze motivering ook draagkrachtig zijn. Uit de jurisprudentie blijkt dat de motivering zeer specifiek moet aangeven welke belangen het overeenkomen van het concurrentiebeding noodzakelijk maken. Motiveringen waarbij gebruik wordt gemaakt van te algemene bewoordingen als ‘concurrentiegevoelige informatie’, worden door de rechter genadeloos afgestraft. Hierna zijn de motiveringen uit twee uitspraken waarin de motivering wel toereikend werd geoordeeld opgenomen.¹⁴⁷ Deze kunnen als voorbeeld of als vertrekpunt dienen voor de werkgever. Opmerking verdient dat de motivering specifiek moet toezien op de individuele werknemer, waardoor onderstaande motiveringen niet integraal kunnen worden overgenomen bij nieuwe situaties. Onderstaande motiveringen kunnen enkel worden gebruikt als houvast bij het opstellen van een eigen motivering.

De werkgever zal de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen op twee momenten moeten motiveren. Allereerst bij het aangaan van het beding, en vervolgens ook bij het invoeren van het beding. Indien de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen wel aanwezig zijn, maar op een van beide momenten onvoldoende specifiek worden gemotiveerd, wordt het beding genadeloos vernietigd.

¹⁴⁴ Hof Amsterdam 23 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB8572.

¹⁴⁵ Hoge Raad 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0013 (Hydraudyne/Van der Pasch).

¹⁴⁶ Hof Leeuwarden 13 november 2012, ECLI:NL:GHLLE:2012:BY3114 (Nacap).

¹⁴⁷ De motivering van het derde in stand gelaten beding is reeds in paragraaf 3.2.2 opgenomen.

Rechtbank Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1385

Het opnemen van het bovengenoemde concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is noodzakelijk vanwege zwaarwegende bedrijfsbelangen van de werkgever. Er is sprake van zwaarwegende bedrijfsbelangen van de werkgever omdat:

- *tot de werkzaamheden van de werknemer behoort dat hij kennis neemt van klantenlijsten/prijslijsten/kostprijzen/ leveranciersgegevens/ werkwijzen/know-how, met name*
 - *deze klantenlijsten/prijslijsten/kostprijzen/leveranciersgegevens/ werkwijzen/know-how bepalend zijn voor het succes van de onderneming van de werkgever;*
 - *kennisname van deze klantenlijsten/prijslijsten/kostprijzen/leveranciersgegevens/werkwijzen/ computerprogrammatuur/know-how door directe concurrenten van de werkgever er toe kan leiden dat de werkgever grote schade ondervindt in de vorm van toenemende concurrentie door deze concurrenten;*
 - *de onderneming van de werkgever zijn producten/diensten aanbiedt binnen het gebied dat hierboven is beschreven*
 - *de werkgever er een zwaarwegend belang bij heeft te voorkomen dat concurrenten in het hierboven beschreven gebied op oneigenlijke wijze kennis nemen van deze klantenlijsten/prijslijsten/kostprijzen/ leveranciersgegevens/ werkwijzen/know-how door de werknemer in dienst te nemen of op andere wijze van zijn diensten gebruik te maken.*
-

Rechtbank Midden-Nederland 19 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1216

Werknemer verkrijgt in de uitoefening van zijn functie toegang tot alle essentiële bedrijfsgegevens, waaronder die met betrekking tot door werkgever gevoerde prijstactieken en prijsstellingen, volumes en andere strategische kennis en/of heeft contact met klanten en verkrijgt inzicht in de met klanten af te sluiten overeenkomsten, de daaraan ten grondslag liggende prijs-tactieken en prijsstellingen, volumes en andere strategische kennis. Tevens heeft werknemer dientengevolge inzicht in de werkwijze van werkgever. Deze informatie kan worden gekwalificeerd als essentiële bedrijfsinformatie en concurrentiegevoelig, reden waarom werkgever deze, als zijnde een zwaarwegend bedrijfsbelang, dan ook wenst te beschermen. In verband hiermee is het werknemer verboden om gedurende de arbeidsovereenkomst en gedurende 1 jaar na beëindiging hiervan in dienst te treden bij dan wel op enige wijze betrokken te zijn bij, de directe concurrenten van werkgever, zijnde PostNL, DHL, TNT, DPD, UPS, FedEx en Sandd.

4.2.4. Belangenafweging

Naast de motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen dient het concurrentie- en relatiebeding in een tijdelijke arbeidsovereenkomst ook de belangenafweging ex art. 7:653 lid 3 sub b BW te kunnen doorstaan. Het beding mag de werknemer niet onbillijk benadelen. Deze vernietigingsbevoegdheid geldt voor zowel bedingen in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde als onbepaalde tijd.

Bij deze belangenafweging spelen de volgende belangen in het voordeel van de werkgever:

1. De ernstige vrees voor benadeling doordat de werknemer klanten en/of relaties meeneemt naar de concurrentie;
2. De werknemer heeft het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst gehad;
3. De werkgever heeft veel in de werknemer geïnvesteerd, bijv. op het gebied van scholing;
4. De lange duur van het dienstverband;
5. De mate waarin de werknemer tijdens het dienstverband toegang had tot concurrentiegevoelige informatie.

4.2.5. Ernstig verwijtbaar handelen

De WWZ lijkt met betrekking tot de wijziging van *schadeplichtig* in *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* in lid 4 een nadelig effect op de positie van de werkgever te hebben. Onder de term ernstig verwijtbaar handelen lijkt ook misbruik van een ontslaggrond en duidelijk handelen in strijd met goed werkgeverschap te kunnen worden verstaan, hetgeen ertoe leidt dat de werkgever geen rechten meer kan ontlenen aan het concurrentie- en/of relatiebeding.

4.2.6. Het relatiebeding

Hoewel het relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, waardoor de bovenstaande vereisten op zowel het 'klassieke' concurrentiebeding als het relatiebeding van toepassing zijn, wordt in de rechtspraak toch aangenomen dat het relatiebeding van een mindere orde is en een minder vergaande inbreuk maakt in de belangen van de werknemer. Dit kan voor de werkgever een punt van aandacht zijn indien de rechter het concurrentiebeding bij de belangenafweging vernietigt. In een dergelijk geval kan de werkgever verzoeken het concurrentiebeding om te zetten in een (minder vergaand) relatiebeding. Hierdoor kan de werkgever – ondanks vernietiging van het concurrentiebeding – toch zijn bedrijfsdebet beschermen.

4.2.7. Onrechtmatige concurrentie

Hoewel de werknemer – wanneer er geen concurrentie- of relatiebeding is gesloten – een grote mate van vrijheid heeft, wordt de werkgever toch beschermd tegen onrechtmatige concurrentie. Wanneer de werknemer namelijk stelselmatig en substantieel afbreuk doet aan het duurzaam bedrijfsdebet van de voormalig werkgever met middelen die hij tijdens het dienstverband heeft verkregen, pleegt hij een onrechtmatige daad jegens de werkgever.¹⁴⁸

4.2.8. Het geheimhoudingsbeding

Naast het concurrentie- en relatiebeding kan de werkgever ook middels een geheimhoudingsbeding trachten zijn bedrijfsdebet te beschermen. Ook zonder specifiek geheimhoudingsbeding is het de werknemer verboden bedrijfsgeheimen te delen of openbaar te maken op grond van goed werknemerschap ex art. 7:611 BW. Onderdeel van discussie vormt geregeld de vraag wat moet worden verstaan onder 'bedrijfsgeheimen'. Over het algemeen kan worden geconcludeerd dat bedrijfsspecifieke, gevoelige en vertrouwelijke gegevens die vanuit concurrentie- of privacyoverwegingen niet openbaar mogen worden gemaakt en/of die de belangen van de werkgever, collega's of derden bij openbaarmaking schaden kunnen worden aangemerkt als 'bedrijfsgeheimen'. Tijdens het dienstverband opgebouwde knowhow wordt doorgaans niet door de geheimhoudingsplicht beschermd. Hiervoor is het opnemen van een concurrentie- of relatiebeding immers de aangewezen weg. Een werkgever zal dus moeten betogen dat de gedeelde gegevens of informatie dermate gevoelig en bedrijfsspecifiek is, dat de werknemer wist of behoorde te weten dat hij het geheim had moeten houden, en het bij openbaarmaking ernstige schade aan de werkgever kan toebrengen.

Ondanks de geheimhoudingsverplichting ex art. 7:611 heeft het overeenkomen van een geheimhoudingsbeding toch een aantal voordelen voor de werkgever:

1. Door het opnemen van een geheimhoudingsbeding is het voor de werknemer 'extra' kenbaar dat op hem een geheimhoudingsplicht rust;
2. In het geheimhoudingsbeding kan de werkgever *specifiek* aangeven welke gegevens en informatie onder de geheimhoudingsverplichting vallen. Hiermee ondervangt de werkgever discussie over de vraag wat precies onder 'bedrijfsgeheimen' moet worden verstaan.
3. Van een geheimhoudingsbeding gaat een *preventieve werking* uit;
4. Aan een geheimhoudingsbeding kan een *boeteclausule* worden gekoppeld. Hiermee voorkomt de werkgever bewijsproblemen bij het aantonen welke schade hij daadwerkelijk heeft geleden als gevolg van schending van de geheimhoudingsplicht.

4.3. Vrijheidsbeperkende bedingen voor de werknemer

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de kansen die een werknemer heeft en de valkuilen die voor de werknemer op de loer liggen wanneer hij geconfronteerd wordt met (de gevolgen van) een beding dat hem beperkt in zijn vrije arbeidskeuze uit art. 19 lid 3 Gw.

¹⁴⁸ Hoge Raad 9 december 1955, NJ 1956, 157 (Boogaard/Vesta).

4.3.1. Artikel 7:653 BW

Art. 7:653 lid 1 BW stelt dat een concurrentie- en relatiebeding slechts geldig is wanneer deze schriftelijk met een individuele, meerderjarige werknemer is overeengekomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hiermee wordt de werknemer beschermd tegen onbegrensde inbreuk op zijn grondrecht op vrije arbeidskeuze ex art. 19 lid 3 Gw.

In het schriftelijkheidsvereiste ligt een waarborg voor de werknemer besloten. Een beding is alleen geldig wanneer het schriftelijk in een individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen. Ook kan het beding geldig zijn overeengekomen wanneer het is opgenomen in een bijgevoegd arbeids(voorwaarden)regeling waarnaar in de individuele overeenkomst wordt verwezen. In dit geval moet de werknemer wel voldoende tijd hebben gehad zich in dit regeling te verdiepen.¹⁴⁹ In deze laatste twee eisen liggen mogelijk kansen voor de werknemer, indien hij kan aantonen dat het reglement niet bij of voorafgaande aan de ondertekening van de arbeidsovereenkomst aan hem is overhandigd, of indien hem onvoldoende tijd en gelegenheid is gegeven om zich te verdiepen in de voorwaarden.

Het schriftelijkheidsvereiste

Hoewel de Hoge Raad – en ook de lagere jurisprudentie – hierop (nog) geen duidelijk antwoord geeft, is het aannemelijk dat het louter verwijzen naar een personeelsreglement op de website van de werkgever onvoldoende is om te voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste.

Ook het bijvoegen van de regeling – vaak met een aanzienlijke omvang – terwijl de werknemer de arbeidsovereenkomst direct, of binnen enkele minuten moet ondertekenen, komen mij onvoldoende voor met het oog op de eis dat de werknemer *kennis moet kunnen nemen* van de voorwaarden. De werknemer moet in gelegenheid worden gesteld ‘op zijn gemak’ de voorwaarden door te nemen, teneinde een weloverwogen beslissing te kunnen maken.

4.3.2. Functiewijziging

Een concurrentie- en/of relatiebeding vervalt indien deze als gevolg van een niet-voorzienbare, ingrijpende functiewijziging aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken.¹⁵⁰ Argumenten in het voordeel van de werknemer met betrekking tot de ingrijpende wijziging zijn dat er sprake is van aanzienlijke salarisontwikkeling, een groot verschil in inhoud van de werkzaamheden, verantwoordelijkheden en maatschappelijke status van de nieuwe functie. In de post-AVM-jurisprudentie speelt het voorzienbaarheids criterium een grotere rol. Indien het concurrentiebeding door een ingrijpende functiewijziging aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken, maar deze functiewijziging voorzienbaar was, blijft het beding in stand.

Met het oog op de voorzienbaarheid is het van belang dat de werknemer aannemelijk kan maken dat de functiewijziging bij het aangaan van het beding niet is besproken en niet in de lijn der verwachting lag. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de werknemer een aantal stappen in het normale carrièreverloop heeft overgeslagen, of een ongebruikelijke ‘carrièremove’ heeft gemaakt. Het is voor de werknemer dus van belang de wijziging van de functie dik aan te zetten, maar bescheiden te zijn over het oorspronkelijke verwachtingspatroon ten aanzien van de carrière bij de werkgever.

Ook het vereiste van de cumulatieve toetsing van de eerste twee vereisten brengt mogelijk problemen met zich mee voor de werknemer. Een ingrijpende functiewijziging brengt namelijk niet zonder meer met zich mee dat het beding ook aanmerkelijk zwaarder gaat drukken, aldus de Hoge Raad. De werknemer moet aantonen dat het beding door de functiewijziging daadwerkelijk zwaarder is gaan drukken, bijvoorbeeld gelet op toegenomen verantwoordelijkheden of toegang tot informatie. Het beding moet hem na de functiewijziging harder raken in zijn recht op vrije arbeidskeuze.

¹⁴⁹ Hoge Raad 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384 (Philips/Oostendorp).

¹⁵⁰ Hoge Raad 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221 (AVM/Osinga).

4.3.3. Overgang van onderneming

Ook bij overgang van de onderneming van de werkgever kan het concurrentiebeding zijn gelding verliezen. Wanneer er sprake is van overgang als bedoeld in art. 7:662 e.v. BW – *overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt* – blijft het concurrentiebeding in beginsel bestaan, tenzij er door de overgang een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding heeft plaatsgevonden, waardoor het beding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een uitbreiding van het bedieningsgebied van de werkgever.¹⁵¹ Wanneer er sprake is van overgang van onderneming anders dan op grond van art. 7:662 e.v. BW – bijv. reorganisatie, of een overgang louter als gevolg van transacties van aandelen – gaat het beding niet van rechtswege over op de nieuwe werkgever en zal het beding opnieuw moeten worden overeengekomen.¹⁵²

Casus, ontleend aan Dossier II:

Uitgaande van de situatie als in Dossier II is het niet ondenkbaar dat de nieuwe werkgever bij de fusie een ruimer geografisch bereik krijgt, of dat de werkneemster andere of meer verantwoordelijkheden krijgt. In een dergelijk geval zou er sprake kunnen zijn van een wijziging in de arbeidsverhouding die ervoor zorgt dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder op de werkneemster gaat drukken, en daardoor bij de overgang opnieuw schriftelijk had moeten worden overeengekomen.

Ook bij de afsplitsing van de werkgever van de holding kan er sprake zijn van een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding. De werkgever heeft zich namelijk na de splitsing in een andere plaats gevestigd. Aan de hand hiervan kan de werkneemster motiveren dat er een wijziging in de arbeidsverhouding heeft plaatsgevonden. Door de veranderde vestigingsplaats ligt het immers voor de hand dat de werkgever nieuwe klanten en relaties in de omgeving van de nieuwe vestigingsplaats gaat opdoen, waardoor het concurrentie- en relatiebeding een aanmerkelijk grotere impact op de werkneemster zou kunnen hebben. De werkneemster zal dan wel concrete feiten en omstandigheden moeten aandragen die ook maken dat deze wijziging in de arbeidsverhouding ervoor zorgt dat het beding aanmerkelijk zwaarder gaat drukken. Dit zou – bijvoorbeeld – kunnen worden onderbouwd door het vele klantcontact dat de werkneemster heeft. Door de (als gevolg van de overgang van onderneming) groeiende klantenkring, kan de werkneemster harder worden geraakt in haar recht op vrije arbeidskeuze.

4.3.4. Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Sinds de inwerkingtreding van de WWZ wordt een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd extra beschermd. Het is in beginsel niet meer toegestaan in een dergelijke overeenkomst een concurrentie- en/of relatiebeding op te nemen, tenzij de werkgever bij het beding een motivering opneemt waaruit blijkt dat het noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Uit de jurisprudentie blijkt dat deze eis erg streng is, nu de werkgever concreet en specifiek zal moeten aangeven vanwege welke gegevens, informatie of kennis het beding noodzakelijk is. Op de volgende pagina is de motivering uit Overeenkomst B van Dossier I opgenomen. Als deze motivering langs de meetlat uit de post-WWZ-jurisprudentie (zie voor de in stand gelaten motiveringen paragrafen 3.2.1 en 4.2.3) wordt gelegd, is het mijns inziens aannemelijk dat het concurrentiebeding in stand blijft, gelet op de hoge mate van gedetailleerdheid van de motivering.

De wijzigingen door de WWZ in lid 1 en 2 van art. 7:653 BW zijn ten gunste van de werknemer. Niet alleen is de bovenstaande motiveringseis erg streng, ook heeft de werknemer nu drie hoofddoelen waarop hij zijn pijlen kan richten. Allereerst moet het beding überhaupt voorzien zijn van een motivering. Deze motivering moet voldoende draagkrachtig zijn en voldoende concreet en specifiek aangeven welke belangen feitelijk ten grondslag liggen aan het beding. Tot slot biedt ex lid 3 sub b met de ‘reguliere’ belangafweging de mogelijkheid het beding te laten vernietigen indien het de werknemer onbillijk hard raakt in zijn recht op vrije arbeidskeuze.

¹⁵¹ Hof Amsterdam 23 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB8572.

¹⁵² Hoge Raad 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0013 (Hydraudyne/Van der Pasch).

Dossier I, Overeenkomst B, artikel 14

Werkgever is een toonaangevend bedrijf dat zich bezig houdt met het bedenken en ontwikkelen van loyalty programma's voor (grote) nationaal en/of internationaal opererende klanten, die zich stuk voor stuk in een (zeer) concurrerende markt bevinden en de loyalty programma's inzetten om ten koste van de concurrent de gunst van klanten/consumenten te winnen en deze aan hen te binden. In Nederland en zelfs wereldwijd begeeft zich slechts een beperkt aantal bedrijven op de markt en/of op het niveau waarop Werkgever opereert. De concurrentie is groot en men houdt elkaar nauwgezet in de gaten. Verschil wordt onder meer gemaakt door de originaliteit van de loyalty programma's die worden bedacht. Doel is om voor de klant een hype te creëren waardoor deze een voorsprong neemt ten opzichte van diens concurrenten. Hoe origineler en succesvoller de nieuwe loyalty programma's, hoe aantrekkelijker Werkgever voor klanten is. Daarenboven geldt dat Werkgever met het oog op de ontwikkeling en uitwerking van de programma's van haar klanten gegevens en informatie krijgt, die uiterst geheim en zeer concurrentiegevoelig zijn. Werknemer wordt aangenomen als Project Manager. Werknemer verkrijgt aldus vanaf het moment dat hij in dienst treedt en ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst zeer specifieke kennis omtrent de werkwijze van Werkgever, de in ontwikkeling zijnde programma's, nieuwe concepten en gegevens met betrekking tot klanten van Werkgever, prijsafspraken, etc. Indien Werknemer met die kennis bij een concurrent van Werkgever zou komen te werken, kan die concurrent zich daarmee een onrechtvaardig voordeel geven ten nadele van Werkgever. Werkgever heeft er een zeer groot belang bij om dit te voorkomen ter bescherming van haar bedrijfsdebiel. Dit geeft Werkgever een zwaarwegend bedrijfsbelang bij het opnemen in deze arbeidsovereenkomst van het navolgende concurrentie- en relatiebeding.

4.3.5. Belangenafweging

Zoals hiervoor reeds aangestipt, biedt ook de 'reguliere' belangenafweging van art. 7:653 lid 3 sub b BW de werknemer mogelijkheden om onder het concurrentie- en/of relatiebeding uit te komen indien de *werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, door het beding onbillijk wordt benadeeld*. In deze bevoegdheid het beding geheel of gedeeltelijk te vernietigen komt de rechter een grote mate van vrijheid toe, zo kan hij het beding beperken in duur, geografische werking en/of verboden werkzaamheden, en kan hij al dan niet terugwerkende kracht verbinden aan de vernietiging.

Met name wanneer de werknemer het beding reeds heeft overtreden en een boete dient te betalen aan de werkgever, is het van groot belang of er terugwerkende kracht aan de vernietiging wordt toegekend. Indien de rechter, conform het uitgangspunt van art. 3:53 BW, terugwerkende kracht toekent aan de vernietiging, heeft het beding nooit bestaan en komt de boete ook te vervallen. Hoewel de rechter ambtshalve kan oordelen over de terugwerkende kracht van de vernietiging, is het vanuit het oogpunt van de werknemer raadzaam de rechter dit expliciet te verzoeken, nu het van belang is om een verbeurde boete van tafel te krijgen.

Omstandigheden die in het voordeel van de werknemer kunnen worden betrokken bij de belangenafweging ex lid 3 sub b zijn bijvoorbeeld:

- De gebondenheid van de werknemer aan één branche of sector, waardoor het erg moeilijk is een baan te vinden buiten deze branche of sector;
- Het feit dat de werknemer een belangrijke positie- en/of salarisverbetering kan realiseren bij de overstap;
- Het feit dat het initiatief tot beëindiging van het contract bij de werkgever heeft gelegen;
- De korte duur van het dienstverband;
- Het feit dat de werkgever verwijtbaar heeft gehandeld, zonder dat dit heeft geleid tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van lid 4;
- Het feit dat de werkgever nauwelijks in de kennis en kunde van de werknemer heeft geïnvesteerd. De werkgever heeft bijv. geen training, coaching of opleiding gefaciliteerd. De werknemer heeft alle kennis en vaardigheden zelf verworven;
- (uitzonderlijke) persoonlijke leefomstandigheden van de werknemer;
- Het feit dat de gegevens geen actuele waarde meer hebben voor de werkgever.

CASUS 'HOUDBAARHEIDSDATUM' GEGEVENS: ontleend aan ECLI:NL:RBMNE:2016:1216

Een werknemer had weliswaar toegang tot concurrentiegevoelige informatie, en de werkgever had voldoende gemotiveerd welke belangen het overeenkomen van een concurrentiebeding noodzakelijk maken, maar de werknemer had geen tastbare afschriften van de informatie. De informatie waarop de motivering van de werkgever was gebaseerd, had de werknemer alleen in zijn geheugen tot zijn beschikking. Dit vormde voor de rechter aanleiding om de duur van het concurrentiebeding te verkorten tot twee maanden, nu het ging om een grote gedetailleerdheid en een veelheid van gegevens. Indien een werknemer dus geen tastbare gegevens heeft, slechts kort in dienst is geweest, en de concurrentiegevoelige informatie tamelijk gedetailleerd is, kan dit aanleiding geven om de duur van het concurrentiebeding te matigen.

4.3.6. Uitleg van het concurrentiebeding

Indien het concurrentie- of relatiebeding termen bevat die voor meerdere interpretaties vatbaar zijn, dient de betekenis van deze bepaling te worden achterhaald aan de hand van de Haviltex-formule. Indien dit geen uitkomst biedt, dient de bepaling contra-proferentem – niet in het voordeel van de opsteller – te worden uitgelegd. Onduidelijke bepalingen in het beding dienen dus in het voordeel van de werknemer te worden uitgelegd.

4.3.7. Billijke vergoeding

Indien het concurrentiebeding rechtsgeldig is overeengekomen en ook bij de belangenafweging in stand blijft, maar de werknemer toch *in belangrijke mate wordt belemmerd* door het beding, heeft de werknemer de mogelijkheid de rechter te verzoeken een billijke vergoeding toe te kennen. Hiertoe zal de werknemer moeten aantonen dat hij door de gebondenheid aan het concurrentie- en/of relatiebeding een aantrekkelijk werkaanbod heeft moeten laten lopen of genoeg heeft moeten nemen met een minder goedbetaalde baan.

Uit de jurisprudentie blijkt dat deze vergoeding niet vaak wordt toegekend. Een belangrijke oorzaak hiervan kan zijn dat de vergoeding doorgaans subsidiair aan vernietiging wordt gevorderd. Indien een beding dan gedeeltelijk wordt vernietigd – en dus ook gedeeltelijk in stand blijft – komt de rechter niet meer toe aan beoordeling van het subsidiair gevorderde, hoewel de werkgever hier wel belang bij heeft. Met Bockwinkel¹⁵³ ben ik van mening dat de werknemer in het best de vordering ex lid 5 cumulatief aan de vordering ex lid 3 kan instellen *indien en voor zover de rechter het concurrentiebeding in stand laat*. Hiermee voorkomt de werknemer dat hij bij een gedeeltelijke vernietiging met lege handen komt te staan.

4.3.8. Ernstig verwijtbaar handelen

De WWZ heeft ook de term *schadeplichtig* in lid 4 vervangen door *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*. De reikwijdte van deze nieuwe term lijkt ruimer te zijn, in het voordeel van de werknemer. Zo lijkt ook misbruik van een ontslaggrond en duidelijk handelen in strijd met goed werkgeverschap te leiden tot ernstig verwijtbaar handelen, waardoor het concurrentiebeding zijn gelding verliest.

4.3.9. Het relatiebeding

Eerder is reeds aangegeven dat ook het relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt, maar dat algemeen wordt aangenomen dat het beding een minder vergaande inbreuk maakt op het recht op vrije arbeidskeuze ex art. 19 lid 3 Gw. Voor de werknemer kan dit een interessant gegeven zijn. De werknemer zou de rechter kunnen verzoeken het concurrentiebeding te vernietigen omdat het de hem onbillijk hard raakt, of het concurrentiebeding – met het oog op de proportionaliteit en subsidiariteit van de inbreuk op het grondrecht van de werknemer – om te zetten in een minder ingrijpend relatiebeding.

¹⁵³ Ktr. Maastricht 30 september 1970, SMA 1971, p. 801, met annotatie Bockwinkel.

4.3.10. Het geheimhoudingsbeding

De werknemer is verplicht tot geheimhouding van 'bedrijfsgeheimen'. Ook zonder specifiek geheimhoudingsbeding bestaat deze verplichting op grond van goed werknemerschap ex art. 7:611 BW. Wat onder bedrijfsgeheimen moet worden verstaan is vaak onderdeel van de discussie. Het moet gaan om bedrijfsspecifieke, gevoelige en vertrouwelijke gegevens die bij openbaarmaking schade toebrengen aan de werkgever, ofwel vanuit concurrentie- of privacyoverwegingen niet openbaar gemaakt mogen worden. Voor de werknemer is het van belang dat, indien hij wordt geconfronteerd met een mogelijke schending van de geheimhoudingsverplichting – al dan niet op grond van een beding – het belang van de informatie, of de mate van vertrouwelijkheid van de informatie, zo klein mogelijk te maken. De rechter zal immers de vraag moeten beantwoorden of de gedeelde of openbaar gemaakte informatie onder deze concrete omstandigheden zodanig specifiek en gevoelig zijn dat zij redelijkerwijs onder de term 'bedrijfsgeheim' kunnen vallen. Indien er wel een geheimhoudingsbeding is overeengekomen, dient dit beding niet aan de hand van art. 7:653 BW, maar aan de hand van het de Haviltex-formule en het contra-proferentem-beginsel te worden beoordeeld.¹⁵⁴

4.3.11. Onrechtmatige concurrentie

Indien geen geldig concurrentie- of relatiebeding is overeengekomen, heeft de werknemer een grote mate van vrijheid om naar eigen goeddunken een nieuwe baan te zoeken of een eigen onderneming te starten die concurrentie drijft met de voormalig werkgever. Deze mogelijkheden – hoewel erg ruim – zijn echter niet onbegrensd. Wanneer de werknemer stelselmatig en substantieel het duurzame bedrijfsdebet van de voormalig werkgever afbreekt met middelen die hem tijdens het dienstverband ter beschikking zijn gesteld, kan de werkgever hem aansprakelijk stellen voor de schade die de hij hierdoor lijdt.¹⁵⁵

4.3.12. Sancties

Aan het overtreden van een concurrentie-, relatie- of geheimhoudingsbeding wordt vaak een hoge boete verbonden. Deze boete kan door de rechter ex art. 6:94 BW worden gematigd *indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist*, hetgeen in de praktijk ook regelmatig gebeurt. Bij deze rechterlijke toets kunnen de volgende belangen van de werknemer meespelen:

- Het feit dat de boete veel hoger is dan de werkelijk door de werkgever geleden schade;
- De korte duur van het dienstverband;
- De geringe ernst van de overtreding;
- Persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals de leeftijd of lage opleiding.

Dossier I

De werknemer uit Dossier I is op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor de duur van twee jaren in dienst geweest bij Werkgever A. In deze arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen met een looptijd van 12 maanden. De werknemer is 11 maanden na het einde van het dienstverband in dienst getreden bij Werkgever B. Strikt genomen zou dit betekenen dat de werknemer het concurrentiebeding uit arbeidsovereenkomst A overtreedt, en dus een boete van €15.000,- verschuldigd is aan Werkgever A. Indien deze zaak voor de rechter zou komen, is de kans mijns inziens echter erg groot dat de rechter de boete zal matigen gelet op – in ieder geval – de geringe ernst van de overtreding.

¹⁵⁴ Zie o.a.: Hof Arnhem-Leeuwarden 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6750.

¹⁵⁵ Hoge Raad 9 december 1955, NJ 1956, 157 (Boogaard/Vesta).

Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zal met de informatie uit de voorgaande hoofdstukken een antwoord worden geformuleerd op de centrale vraag. In paragraaf 5.1 zal antwoord worden gegeven op het deel van de centrale vraag welke mogelijkheden de werkgever na inwerkingtreding van de WWZ heeft om zijn bedrijfsdebet te beschermen en welke rechtspositie de werknemer hierin heeft. In paragraaf 5.2. worden vervolgens concrete aanbevelingen gegeven aan opdrachtgever VBP Advocatuur ten aanzien van de advisering en bijstand van cliënten.

Centrale vraag:

Hoe dient VBP Advocatuur zijn advisering sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid aan te passen ten aanzien van de beperkingen die een werkgever aan een (ex-)werknemer kan opleggen in zijn grondwettelijke recht op vrije arbeidskeuze, teneinde het bedrijfsdebet van de werkgever te beschermen?

5.1. Conclusies

In deze paragraaf zal antwoord worden gegeven op het deel van de centrale vraag welke mogelijkheden een werkgever heeft om na de WWZ zijn bedrijfsdebet te beschermen, en welke waarborgen gelden voor het recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer.

De werkgever heeft een aantal mogelijkheden om zijn bedrijfsdebet te beschermen tegen concurrentie van voormalig werknemers. Ten eerste kan de werkgever in de individuele arbeidsovereenkomst – of in een bijgevoegd arbeids(voorwaarden)reglement waarnaar in de individuele arbeidsovereenkomst wordt verwezen – een concurrentiebeding opnemen. Het concurrentiebeding is een beding dat de werknemer verbiedt om gedurende een bepaalde tijd na het einde van het dienstverband in dienst te treden bij een concurrerende onderneming of met een eigen onderneming de voormalig werkgever te beconcurreren. Het concurrentiebeding moet ex art. 7:653 BW schriftelijk met een meerderjarige werknemer worden overeengekomen. Sinds de inwerkingtreding van de WWZ in januari 2015 mag een concurrentiebeding in beginsel ook niet meer worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Slechts indien de werkgever bij het aangaan én bij het invoeren van het concurrentiebeding een schriftelijke motivering opneemt *waaruit blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen*, is dit toegestaan. Uit de post-WWZ-jurisprudentie blijkt dat het hier gaat om een erg zware toets. De werkgever zal concreet en specifiek moeten aangeven welke belangen, gegevens of informatie die de werknemer tijdens het dienstverband tot zijn beschikking krijgt, zodanig essentieel en concurrentiegevoelig zijn dat zij het opnemen van het beding noodzakelijk maken, en daarmee opwegen tegen het zogenoemde ‘dubbele nadeel’ van de werknemer met een tijdelijke arbeidsovereenkomst. Slechts in drie van de 17 gepubliceerde uitspraken kwam de rechter tot het oordeel dat de werkgever in deze taak was geslaagd. In bijna de helft van de gevallen was het concurrentiebeding nietig omdat de motivering in het geheel ontbrak.

Naast het ‘klassieke’ concurrentiebeding kan de werkgever ook middels een relatiebeding zijn bedrijfsdebet beschermen. Een relatiebeding verbiedt de werknemer om gedurende een bepaalde tijd na het einde van het dienstverband (zakelijk) contact te onderhouden met klanten en/of relaties van de voormalig werkgever. Hoewel ook het relatiebeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW valt – en dus moet voldoen aan de eisen van schriftelijkheid, meerderjarigheid en in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan de motivering met betrekking tot de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het beding noodzakelijk maken – wordt in de jurisprudentie algemeen aangenomen dat het relatiebeding een minder vergaande inbreuk maakt op het recht op vrije arbeidskeuze. Met enige regelmaat wordt een concurrentiebeding dan ook ‘omgezet’ in een relatiebeding.

Het schriftelijkheidsvereiste uit art. 7:653 lid 1 BW dient als waarborg voor de werknemer. Deze waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste brengt mee dat een concurrentie- of relatiebeding zijn werking verliest wanneer het als gevolg van een niet-voorzienbare, ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken. Wanneer er sprake is van een overgang van onderneming van de werkgever ex art. 7:662 e.v. BW blijft het beding zijn werking wel houden, tenzij de overgang een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding met zich meebrengt waardoor het beding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken. Wanneer er sprake is van overgang anders dan ex art. 7:662 e.v. BW moet het beding opnieuw worden overeengekomen.

Art. 7:653 BW bevat, naast de bovengenoemde waarborgen uit de leden 1 en 2, nog enkele andere waarborgen die de werknemer beschermen tegen te lichtzinnig gebruik door de werkgever. Allereerst kan het concurrentie- of relatiebeding geheel of gedeeltelijk worden vernietigd indien het de werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever onbillijk benadeelt. Ook verliest het beding zijn werking wanneer er bij de eindiging van het dienstverband sprake is van *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* aan de zijde van de werkgever. Deze eveneens nieuwe term lijkt ruimer te zijn dan het oude *schadeplichtig*, en hiermee meer bescherming te bieden aan de werknemer. Blijft het concurrentie- of relatiebeding in stand maar belemmert het de werknemer toch in belangrijke mate in zijn zoektocht naar vergelijkbaar werk, dan kan hem een billijke vergoeding worden toegekend.

Behalve door middel van het concurrentie- en relatiebeding kan de werkgever ook middels een geheimhoudingsplicht zijn bedrijfsdebet beschermen. Deze geheimhoudingsplicht vloeit voort uit art. 7:611 BW, maar kan ook expliciet met de werknemer worden overeengekomen in een geheimhoudingsbeding. Door middel van het overeenkomen van een geheimhoudingsbeding kan de werkgever specifiek aangeven welke informatie onder de geheimhoudingsplicht valt en kan hij een boete koppelen aan overtreding van het beding. Van een geheimhoudingsbeding met boete gaat bovendien een preventieve werking uit.

Zelfs wanneer de werkgever geen concurrentie-, relatie- of geheimhoudingsbeding heeft overeengekomen, is de vrijheid van de werknemer om zijn voormalig werkgever te beconcurreren niet onbegrensd. Hoewel in een dergelijk geval – gelet op het zwaarwegende recht op vrije arbeid van de werknemer, neergelegd in art. 19 lid 3 Gw – een grote mate van vrijheid toekomt aan de werknemer, kan hij aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de werkgever door de onrechtmatige concurrentie leidt, indien hij stelselmatig en substantieel het duurzame bedrijfsdebet van de werkgever afbreekt met middelen die hem tijdens het dienstverband ter beschikking zijn gesteld.

5.2. Aanbevelingen

De in paragraaf 5.1 geformuleerde conclusies leiden tot de volgende concrete aanbevelingen waarmee opdrachtgever VBP Advocatuur haar cliënten van hoogwaardig en actueel advies kan voorzien. De hierna gegeven aanbevelingen hebben enkel betrekking op de door de WWZ gewijzigde onderdelen van art. 7:653 BW. Nu VBP Advocatuur zowel werknemers als werkgevers bijstaat, is ook hierna dit onderscheid gemaakt.

5.2.1. Aanbevelingen ten aanzien van werkgevers

Zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen

1. Voor opdrachtgever VBP is het van belang werkgevers goed te informeren met betrekking tot de wijzigingen die de WWZ met zich meebrengt. Nu uit de jurisprudentie blijkt dat in bijna de helft van de gevallen het concurrentie- of relatiebeding in het geheel geen motivering bevat, is het in het belang van de werkgever reeds in de totstandkomingsfase van de arbeidsovereenkomst juridisch advies in te winnen. VBP Advocatuur kan hierop inspelen door werkgevers vroegtijdig te informeren door middel van bijvoorbeeld lezingen en blogs, maar ook door het aanbieden van contracten, waarbij werkgevers tegen een gereduceerd tarief terecht kunnen voor juridisch advies.

2. Voorts is het van belang dat de werkgever specifiek en concreet aangeeft welke belangen het overeenkomen van een concurrentie- en/of relatiebeding noodzakelijk maken. Het belang van een draagkrachtige motivering kan VBP Advocatuur middels bijvoorbeeld lezingen en blogs onder de aandacht brengen van werkgevers. Wanneer een werkgever vervolgens op een spreekuur komt, kunnen de concrete belangen voor dat specifieke geval in kaart worden gebracht, aan de hand waarvan VBP Advocatuur, samen met de werkgever een dragende motivering kan formuleren.
3. VBP Advocatuur dient de werkgever voorts attent te maken op het feit dat hij op twee momenten de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zal moeten motiveren, te weten bij het aangaan van het beding én bij het inroepen van het beding.
4. Tot slot verdient het aanbeveling dat, gelet op de zware eisen die aan het opnemen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn verbonden, VBP Advocatuur de werkgever wijst op alternatieve manieren om het bedrijfsdebet te beschermen, bijvoorbeeld door middel van een relatiebeding of een (zeer specifiek) geheimhoudingsbeding. Indien het in de lijn der verwachting ligt dat een concurrentiebeding geen stand houdt, kan VBP Advocatuur cliënten adviseren een minder vergaand beding op te nemen. VBP Advocatuur kan vervolgens samen met de werkgever een beding formuleren dat toeziet op zijn specifieke situatie en wensen.

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten

5. Ten aanzien van de wijziging in art. 7:653 lid 4 en 5 BW dient VBP Advocatuur werkgevers te wijzen op de (mogelijk) gewijzigde reikwijdte van deze bepaling, nu ook misbruik van een ontslaggrond en duidelijk handelen in strijd met goed werkgeverschap tot gevolg lijken te hebben dat de werkgever geen rechten kan ontlenen aan het beding. Dit kan door middel van massacommunicatie (bijv. lezingen en blogs), maar ook ten aanzien van een concrete casus van een cliënt.

5.2.2. Aanbevelingen ten aanzien van werknemers

Zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen

6. Hoewel werknemers – in vergelijking met werkgevers – voldoende op de hoogte lijken te zijn van de gewijzigde wetgeving, verdient het aanbeveling om ook werknemers met een tijdelijk contract te attenderen op het feit dat een concurrentie- of relatiebeding slechts in uitzonderingsgevallen geoorloofd is. Hier liggen voor werknemers met een tijdelijk contract immers de kansen om van een dergelijk beding af te komen. Ook dit kan op grote schaal (lezingen en blogs) of individueel onder de aandacht worden gebracht.
7. Sinds de inwerkingtreding van de WWZ bestaat de beoordeling van het concurrentie- en relatiebeding uit een drietrapsladder. Hiervan kan de werknemer gebruik maken. Hij heeft nu twee extra ‘treden’ om zijn betoog of verweer op te baseren, te weten het opnemen van de motivering en de draagkracht van de motivering. Daarnaast heeft de werknemer nog de kans het concurrentie- of relatiebeding te vernietigen op de ‘reguliere’ belangenafweging.

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten

8. Ook ten aanzien van de werknemers is extra oplettendheid geboden, nu de nieuwe term *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* een – in het voordeel van de werknemer – ruimere betekenis lijkt te hebben gekregen. Zo vervalt een concurrentiebeding ook wanneer er sprake is van misbruik van ontslaggrond en duidelijk handelen in strijd met goed werkgeverschap.
9. Tegenover deze ruimere interpretatie van *ernstig verwijtbaar* handelen verliest het concurrentie- en relatiebeding zijn werking niet wanneer de werkgever zonder inachtneming van de opzegtermijn de arbeidsovereenkomst opzegt. Hoewel de werknemer dan recht heeft op een vergoeding, blijft het concurrentie- of relatiebeding bestaan.

Literatuurlijst

Boeken / Artikelen

Ambagtsheer 2008

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

Bakels 1997

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer 1997.

Bles II 1908

A.E. Bles, *Wet op de Arbeidsovereenkomst Deel II*, Den Haag: Belifante 1908.

Bolte 2001

H.J. Bolte, *Het relatiebeding op de korrel*, ArbeidsRecht 2001, 34.

Bunschoten 1983

Tekst en commentaar art. 19 Gw.

Christe 2014

D. Christe, *Arbeidsovereenkomst, art. 7:653 BW*, 2014.

Croes 1973

A.L. Croes, *Enige opmerkingen over art. 1637x BW*, WPNR 1973, nr. 5217.

Van Drongelen, Fase en Jellinghaus 2015

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase en S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht: Deel 2*, Zutphen: Uitgeverij Paris: 2015.

Engelsman & Van Slooten 2015

J.S. Engelsman & J.M. van Slooten, *Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!*, Tijdschrift Recht en Arbeid 2015, 3.

Grapperhaus 1995

F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie (diss.)*, Deventer: Kluwer 1995.

Grapperhaus 2003

F.B.J. Grapperhaus, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst – waartoe, waarvoor?*, ArA 2003, 2.

Van der Grinten 1994

W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen a/d Rijn, 1994.

Van der Grinten 2002

W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Hakze 2012

M. Hakze, *Wat maakt concurrentie ook alweer onrechtmatig?*, Advocatenblad, 13 januari 2012, p. 35.

Van 't Hart 1977

P. van 't Hart, *Het concurrentiebeding. Concurrentie door de werknemer en de ex-werknemer*, Deventer, Kluwer: 1977.

Heerma Van Voss 2015

G.J.J. Heerma Van Voss, *Relatiebeding en verbod op nevenarbeid*, Asser/Heerma Van Voss 7-V, 2015/232.

Van der Heijden 1946

E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht*, Zwolle, 1946.

Houweling 2008

A.R. Houweling, *Herijking van het schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding; afscheid van de waarborgfunctie*, Tijdschrift Recht en Arbeid 2008, 4.

Keizer 1998

A. Keizer, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:650 BW, 1998.

Van der Kind 2011

O. van der Kind, *De verplichting tot geheimhouding als wapen tegen concurrentie door ex-werknemers*, ArbeidsRecht 2011, 9.

Van der Kind 2012

O. van der Kind, *Enkele gedachten over de waarde van het geheimhoudingsbeding*, in J.H. Even, A.R. Houweling e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke bedingen* (themabundel TAP), Den Haag, Sdu Uitgevers, p. 163-175.

Loonstra 1999

C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, 's-Gravenhage: Elsevier 1999.

Loonstra en Zondag 2010

C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2010.

Ruizeveld 2003

M.D. Ruizeveld, *De uitleg van het concurrentiebeding, het belemmeringsverbod en het boetebeding*, ArbeidsRecht 2003, 47.

Verhoeven en Sturm 2014

J. Verhoeven en B.A. Sturm, *Onrechtmatige werknemersconcurrentie*, ArbeidsRecht 2014, 67.

De Wolff 2007

D.J.B. de Wolff, *Goed werknemerschap*, Monografieën Sociaal Recht, Deel 44, Deventer: Kluwer 2007.

Parlementaire stukken

Handelingen II 1947, p. 11.

Handelingen II 1976/77, p. 2319.

Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2.

Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3.

Kamerstukken II 2012/13, 33566, 15.

Kamerstukken II 2013/14, 44818, 3.

Kamerstukken II 2013/14, 44818, C.

Kamerstukken II 2013/14, 44818, 7.

Jurisprudentie**Europese jurisprudentie**

Hof van Justitie Europese Unie 17 november 2016

ECLI:EU:C:2016:883

Hoge Raad

26 juni 1914	NJ 1914, 1032	
12 februari 1931	NJ 1931, 854	
9 december 1955	NJ 1956, 157	Boogaard/Vesta
29 april 1966	ECLI:NL:HR:1966:AC4650	Van Rijnberk/Van Houten
31 maart 1978	ECLI:NL:HR:1978:AE1065	Goedegebuure/Post
9 maart 1979	ECLI:NL:HR:1979:AC0770	Brabant/Van Uffelen
13 maart 1981	ECLI:NL:HR:1981:AG4158	Ermes/Haviltex
15 mei 1981	ECLI:NL:HR:1981:AG4188	
1 juli 1983	ECLI:NL:HR:1983:AG4633	Huijgen/Belderbos
23 oktober 1987	ECLI:NL:HR:1987:AD0014	Ibes/Atmos
23 oktober 1987	ECLI:NL:HR:1987:AD0013	Hydraudyne/Van der Pasch
9 juli 1990	ECLI:NL:HR:1990:AC0964	
24 april 1992	ECLI:NL:HR:1992:ZC0579	Gijsbers/Meurs
7 mei 1993	ECLI:NL:HR:1993:ZC0952	
8 april 1994	ECLI:NL:HR:1994:ZC1322	Agfa/Schoolderman
25 oktober 2002	ECLI:NL:HR:2002:AE9260	Epenhuysen Chemie/Van Baarlen
4 april 2003	ECLI:NL:HR:2003:AF2844	Ghisawayan/LAN-Alyst
5 januari 2007	ECLI:NL:HR:2007:AZ2221	AVM/Osinga
5 januari 2007	ECLI:NL:HR:2007:AZ2224	AVM/Spaan
27 april 2007	ECLI:NL:HR:2007:AZ6638	Intrahof/Bart Smit
28 maart 2008	ECLI:NL:HR:2008:BC0384	Philips/Oostendorp
3 maart 2017	ECLI:NL:HR:2017:364	Lodder c.s./X
14 april 2017	ECLI:NL:HR:2017:689	

Gerechtshoven

Hof Leeuwarden 31 maart 1971	ECLI:NL:GHLEE:1971:AC5100
Hof Amsterdam 17 juli 1980	ECLI:NL:GHAMS:1980:AC6952
Hof Amsterdam 21 mei 1992	ECLI:NL:GHAMS:1992:AL2050
Hof Amsterdam 4 oktober 2001	JAR 2001/237
Hof Arnhem 20 februari 2007	ECLI:NL:GHARN:2007:BA6107
Hof 's-Gravenhage 16 juli 2007	ECLI:NL:GHSGR:2007:BB3866
Hof Leeuwarden 5 september 2007	ECLI:NL:GHLEE:2007:BB3163
Hof Amsterdam 23 oktober 2007	ECLI:NL:GHAMS:2007:BB8572
Hof Den Bosch 18 december 2007	ECLI:NL:GHSHE:2007:BC2162
Hof Leeuwarden 26 mei 2009	ECLI:NL:GHLEE:2009:BI9100
Hof 's-Hertogenbosch 5 oktober 2010	ECLI:NL:GHSHE:2010:BN9836
Hof Amsterdam 24 mei 2011	ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8478
Hof Leeuwarden 13 november 2012	ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3114
Hof Den Haag 5 maart 2013	ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3000
Hof 's-Hertogenbosch 2 april 2013	ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ6345
Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2013	ECLI:NL:GHSHE:2013:2635
Hof Amsterdam 23 juli 2013	ECLI:NL:GHAMS:2013:2346
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:6261
Hof Arnhem-Leeuwarden 23 augustus 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:6750
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016	Bijlage IV

Rechtbanken / kantonrechters

Ktr. Maastricht 30 september 1970	SMA 1971, p. 801
Ktr. Haarlem 17 augustus 1978	ECLI:NL:KTGHAA:1978:AJ0463
Rb. Rotterdam 27 juli 1983	ECLI:NL:RBROT:1983:AH0047
Rb. Rotterdam 25 juni 1993	ECLI:NL:RBROT:1993:AG:0453
Ktr. Leeuwarden 23 juni 1995	ECLI:NL:KTGLEE:1995:AI9250
Rb. Amsterdam 16 augustus 1995	ECLI:NL:RBAMS:1995:AD2383
Rb. Amsterdam 4 oktober 1995	ECLI:NL:RBAMS:1995:AG1130

Rb. 's-Gravenhage 8 december 1999	JAR 2000, 11
Rb. Utrecht 10 juli 2001	ECLI:NL:RBUTR:2001:AH8494
Rb Rotterdam 14 augustus 2002	ECLI:NL:RBROT:2002:AL9280
Ktr. Groenlo 23 september 2002	JAR 2002/3
Ktr. Lelystad 22 september 2004	ELCI:NL:RBZLY:2004:AR2697
Rb. Maastricht 24 februari 2006	ECLI:NL:RBMAA:2006:AV3360
Ktr. Leeuwarden 17 juni 2008	ECLI:NL:RBLEE:2008:BD4540
Rb. Rotterdam 17 december 2008	ECLI:NL:RBROT:2008:BH1628
Rb. Amsterdam 12 februari 2009	ECLI:NL:RBAMS:2009:BH9303
Ktr. Assen 19 maart 2009	ECLI:NL:RBASS:2009:BH8243
Ktr. Haarlem 25 maart 2009	ECLI:NL:RBHAA:2009:BH8835
Ktr. Assen 3 februari 2010	ECLI:NL:RBASS:2010:BL6404
Ktr. Enschede 17 maart 2010	ECLI:NL:RBALM:2010:BL8015
Rb. Breda, 5 januari 2011	ECLI:NL:RBBRE:2011:BP0794
Rb. Arnhem 8 maart 2011	ECLI:NL:RBARN:2011:BP8592
Rb. Leeuwarden 1 juni 2011	ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ8075
Rb. Maastricht 25 juli 2011	ELCI:NL:RBMAA:2011:BR4400
Rb. Utrecht 27 juli 2011	ECLI:NL:RBUTR:2011:BR3770
Ktr. Heerenveen 16 november 2011	ECLI:NL:RBLEE:2011:BU5004
Rb. Amsterdam 15 augustus 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4957
Rb. Limburg 8 januari 2013	ECLI:NL:RBLIM:2013:BY9284
Rb. Den Haag 12 juni 2013	ECLI:NL:RBDHA:2013:8257
Rb. Overijssel 24 maart 2014	ECLI:NL:RBOVE:2014:1963
Rb. Rotterdam 9 juli 2015	ECLI:NL:RBROT:2015:4898
Rb. Gelderland 9 februari 2016	ECLI:NL:RBGEL:2016:1385
Rb. Midden-Nederland 19 februari 2016	ECLI:NL:RBMNE:2016:1216
Rb. Noord-Nederland 8 maart 2016	ECLI:NL:RBNNE:2016:2296
Rb. Amsterdam 24 maart 2016	ECLI:NL:RBAMS:2016:1680
Rb. Overijssel 24 maart 2016	ECLI:NL:RBOVE:2016:1604
Rb. Midden-Nederland 8 juni 2016	ECLI:NL:RBMNE:2016:3811
Rb. Gelderland 19 juli 2016	ECLI:NL:RBGEL:2016:4380
Rb. Rotterdam 18 oktober 2016	ECLI:NL:RBROT:2016:7885
Rb. Gelderland 21 oktober 2016	ECLI:NL:RBGEL:2016:5775
Rb. Rotterdam 22 november 2016	ECLI:NL:RBROT:2016:9065
Rb. Midden-Nederland 18 januari 2017	ECLI:NL:RBMNE:2017:208
Rb. Den Haag 8 maart 2017	ECLI:NL:RBDHA:2017:3365