

ANNOTATIE

Het concurrentiebeding en de voortgezette arbeidsovereenkomst: staat er (niet meer) wat er staat?

R.M. Beltzer

Dit commentaar hoort ook bij de volgende uitspraken: AR 2011/483 en AR 2011/504.

Schriftelijkheid volgens de Hoge Raad

Jaren geleden had ik, achter in de auto, met mijn zus een discussie over wat de langste rivier ter wereld was. Ik wist zeker dat dat de Nijl was, zij zwoer bij de Amazone. Mijn moeder, moe van het eeuwige gekibbel achterin, concludeerde: 'Misschien hebben jullie allebei gelijk.' Een dergelijke conclusie – die innerlijk tegenstrijdig is – heet een antinomie (het goede antwoord is overigens de Amazone, zo wordt sinds 2009 erkend). Deze anekdote kwam bij mij op toen ik de recente uitspraken over het schriftelijkheidsvereiste ten aanzien van het concurrentiebeding las. De conclusies die enkele hoven recentelijk hebben getrokken ten aanzien van het vereiste dat het concurrentiebeding opnieuw wordt overeengekomen en schriftelijk wordt vastgelegd in geval van een voortgezette arbeidsovereenkomst, zijn namelijk evenzeer tegenstrijdig. Men kan hier evenmin stellen dat ze allemaal gelijk hebben.

Waar gaat het om? In artikel 7:653 BW staat het vereiste opgenomen dat een concurrentiebeding schriftelijk wordt vastgelegd. Anders dan bij bijvoorbeeld het wijzigingsbeding het geval is, raakt het concurrentiebeding aan een grondrecht: de vrijheid van arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Gw). Er is daarom alle reden de schriftelijkheidseis niet te licht op te vatten. Uit de memorie van toelichting bij de introductie van artikel 7:653 BW in zijn huidige vorm heeft de wetgever laten weten dat een in een cao opgenomen concurrentiebeding niet geldig is (*Kamerstukken II 1993/94*, 23 438, nr. 3). Dit betekent echter niet dat het concurrentiebeding onder alle omstandigheden in de arbeidsovereenkomst zelf dient te zijn opgenomen.

In het arrest Philips/Oostendorp (HR 28 maart 2008, *JAR* 2008/113) heeft de Hoge Raad de grenzen van het schriftelijkheidsvereiste vormgegeven. Aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan indien: de werknemer een geschrift (arbeidsovereenkomst, brief) ondertekent waarin het concurrentiebeding zelf staat, of de werknemer een geschrift ondertekent waarin wordt verwezen naar een bijlage waarin een concurrentiebeding is opgenomen.

Niet is vereist dat: de werknemer de bijgevoegde arbeidsvoorwaarden waarin het concurrentiebeding staat ondertekent, de brief/de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk verwijst naar het bijgevoegde concurrentiebeding.

Aan het schriftelijkheidsvereiste is evenzeer voldaan indien de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met niet als bijlage opgenomen arbeidsvoorwaarden waarin het concurrentiebeding staat, mits hij uitdrukkelijk verklaart met het concurrentiebeding in te stemmen.

De laatste vorm lijkt mij wat exotisch: een uitdrukkelijke, blinde instemming. Men kan zich afvragen hoe gelukkig deze uitzondering is.

Het arrest heeft een aantal zaken verduidelijkt. De koninklijke weg voor de werkgever is simpelweg altijd het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen. De praktijk dat men verwees naar een concurrentiebeding dat niet was bijgevoegd lijkt mij verlaten te zijn. Duidelijk is immers dat een dergelijke handelwijze meebrengt dat het concurrentiebeding niet geldig is.

Wanneer opnieuw overeenkomen?

Werknemers veranderen regelmatig van functie, of dezelfde functie verandert in de loop der tijd van inhoud. Het kan ook gebeuren dat een werknemer exact hetzelfde werk (onder dezelfde voorwaarden) blijft doen, maar onder de vigeur van een nieuwe arbeidsovereenkomst die noodzakelijk is geworden omdat de oude arbeidsovereenkomst van rechtswege door tijdsverloop is geëindigd. De vraag is nu of in deze gevallen het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk dient te worden vastgelegd. Mij dunkt dat verschillend geoordeeld kan worden over de hiervoor genoemde situaties: een wijziging van inhoud van de functie kan zich sluipenderwijs voltrekken; het is dan lastig een moment aan te wijzen waarop werkgever en werknemer zich zouden moeten realiseren dat oude afspraken, zoals het concurrentiebeding, wellicht niet meer onverkort gelden. Het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst omdat de oude is afgelopen is echter een voor de werkgever en werknemer duidelijk moment. Bij de laatste variant kan men weer een onderscheid maken tussen de situatie waarin de nieuwe arbeidsovereenkomst in feite niets nieuws brengt (een voortzetting is) en de situatie dat het sluiten van de arbeidsovereenkomst reden is de bestaande afspraken weer eens onder de loep te nemen of juist voortvloeit uit die wens. Het laatste geval zal eerder aanleiding zijn het concurrentiebeding te herzien dan het eerste.

Een dergelijke onderscheiding is niet met zoveel woorden in de rechtspraak terug te vinden, al zijn er uiteraard voldoende uitspraken te vinden waarin het wel of niet veranderd zijn van de functie een rol heeft gespeeld, net zozeer als het feit dat een duidelijk moment is aan te wijzen waarop werkgever en werknemer met elkaar overleggen een rol kan spelen bij het antwoord op de vraag of een concurrentiebeding opnieuw schriftelijk had moeten worden vastgelegd. De Hoge Raad heeft in verschillende arresten de grenzen van de schriftelijkheidseis bij een nieuwe/andere arbeidsovereenkomst vormgegeven. Zonder volledigheid te pretenderen noem ik hier de volgende arresten: Bij inbreng van een bedrijf in een BV is hernieuwde schriftelijke

vastlegging noodzakelijk: HR 31 maart 1978, NJ 1978, 325. Hetzelfde geldt bij de benoeming van een assistent-makelaar tot mededirecteur: HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467 (het bekende Brabant/Van Uffelen-arrest). Zie voor een relativisering van dit arrest, dat ten onrechte een alles-of-niets-karakter werd toebedeeld, de AVM-arresten (HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/37 en 38). Bij het bereiken van de meerderjarige leeftijd van een werknemer die als minderjarige een concurrentiebeding had ondertekend is opnieuw schriftelijke vastlegging vereist: HR 1 juli 1983, NJ 1984, 88. Bij overgang van de werknemer van een dochter- naar een moedermaatschappij (geen overgang van onderneming) moet het concurrentiebeding opnieuw worden afgesloten: HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 234 (Hydraudyne Beheer/Van der Pasch). Bij overgang van een werknemer naar de rechtsopvolger van de werkgever, niet zijnde een overgang van onderneming, is evenzeer hernieuwde schriftelijke vastlegging vereist: HR 24 april 1992, NJ 1992, 462. De schriftelijkheidseis geldt niet bij overgang van onderneming: HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 235 (Ibes/Atmos). Bekijkt men voornoemde arresten – en ik doe de Hoge Raad tekort door hier geen nuances te vermelden – dan doemt het beeld op van een tamelijk formalistische houding: in feite is buiten de situatie van overgang van onderneming steeds een hernieuwde schriftelijke vastlegging nodig. Het lijkt er daarbij niet toe te doen of voor de werknemer werkinhoudelijk of op arbeidsvoorwaardelijk terrein iets is gewijzigd. Ik merk hierbij op dat in geen van de arresten de vraag aan de orde is geweest die de aanleiding voor dit commentaar is geweest: een voortgezette arbeidsovereenkomst – al dan niet met enkele wijzigingen – bij dezelfde werkgever. In de gevallen a, d en e ging het immers om een andere werkgever (en dan is de rechtspraak streng, zie ook recent Ktr. Assen 1 juni 2011, AR 2001-473), bij b was sprake van een functiewijziging en geval c is vrij specifiek.

De antinomie van de schriftelijkheid

We kunnen derhalve concluderen dat de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag wat het lot van het concurrentiebeding is indien een arbeidsovereenkomst wordt voortgezet. Zoals onder 1 vermeld, hebben enkele hoven zich recentelijk over deze vraag uitgelaten. Het arrest van het Hof Arnhem van 31 mei 2011 (AR 2011-483) is als het meest formeel te beschouwen. De werknemer in kwestie tekende begin 2007 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een concurrentiebeding. Deze arbeidsovereenkomst werd in september 2007 voor bepaalde tijd verlengd, waarbij in de brief werd geschreven dat 'hetgeen is overeengekomen in de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst (...) onverminderd van kracht blijft'. Dezelfde zin is terug te vinden in een brief van 4 februari ten aanzien van de volgende verlenging, maar nu voor onbepaalde tijd. Op basis van deze gang van zaken oordeelde het Hof Arnhem dat partijen 'in elk geval na afloop van de tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een nieuwe arbeidsovereenkomst zijn aangegaan voor onbepaalde tijd. Nu de arbeidsovereenkomst tussen (partijen) niet stilzwijgend is voortgezet of omgezet in de zin van artikel 7:668 BW, moet het eerder overeengekomen non-concurrentiebeding opnieuw worden overeengekomen'. Met andere woorden: hoewel voor de werknemer niets veranderde, behalve dat zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou worden, en de werknemer op de hoogte was van de inhoud van het concurrentiebeding toen hij zijn eerste arbeidsovereenkomst tekende én de werkgever hem erop had gewezen dat de

oude afspraken ongewijzigd zouden blijven gelden, moest het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk worden vastgelegd. De enkele reden hiervoor lijkt te zijn dat het hof vindt dat er geen sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:668 BW. Er was immers ‘tegenspraak’ in de zin van die bepaling: het bepaaldetijdkarakter van de arbeidsovereenkomst verviel. Het arrest van het Hof Arnhem kan in de sleutel van het arrest Philips/Oostendorp worden gezet: aan het schriftelijkheidsvereiste is niet voldaan indien de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met niet als bijlage opgenomen arbeidsvoorwaarden waarin het concurrentiebeding staat, tenzij hij uitdrukkelijk verklaart met het concurrentiebeding in te stemmen. De casus in Philips/Oostendorp was echter een andere, nu geen sprake was van een in feite ongewijzigd voortgezette arbeidsovereenkomst.

Het Hof Den Bosch oordeelde op 7 juni jl. (AR 2011-504) diametraal anders. De werknemer was op 1 juli 2008 in dienst getreden. Zijn arbeidsovereenkomst bevatte een concurrentiebeding. Op 15 december tekenden partijen een ‘Aanvulling op de arbeidsovereenkomst’ waarin zij het volgende verklaarden: ‘Met ingang van 1 januari 2009 wordt de tijdelijke arbeidsovereenkomst omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De overige bepalingen in de arbeidsovereenkomst blijven ongewijzigd.’ Op de vraag of het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk had moeten worden vastgelegd, antwoordde het hof ontkennend:

‘Het concurrentiebeding heeft haar gelding behouden en behoefde niet opnieuw te worden overeengekomen. Evenmin behoefde deze op 15 december 2008 te worden bijgevoegd ten tijde van het ondertekenen van de schriftelijke aanvulling op de arbeidsovereenkomst. Niet is gesteld of gebleken dat ten tijde van de omzetting van de arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd naar onbepaalde tijd sprake was een wijziging in de functie of in de aard van diens werkzaamheden waardoor het concurrentiebeding zwaarder zou zijn gaan drukken. Ook op die grond behoefde het concurrentiebeding niet opnieuw te worden overeengekomen.’

Kortom: alles bleef bij het oude – een (periodieke) salarisverhoging per 1 januari 2009 kon onvoldoende gewicht in de schaal leggen.

Ten slotte het Hof Den Haag in zijn arrest van 7 juni jl. (AR 2011-482). Ook hier ging het om een omzetting van een (in 2005 gesloten) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (in 2006). Het concurrentiebeding was opgenomen in een bijgevoegd bedrijfsreglement dat de werknemer voor akkoord had ondertekend. Verschil met de vorige casus is dat tegelijkertijd de functie wijzigde van medewerker naar manager. Dat kan een reden vormen voor hernieuwde schriftelijke vastlegging, zoals het Haagse hof ook oordeelt. De zaak is echter niettemin zeer goed te vergelijken met de twee hiervoor behandelde arresten. Het hof vervolgt namelijk met de stelling dat niettemin voldaan is aan het schriftelijkheidsvereiste. Ik citeer de relevante passage uit r.o. 4.6.3:

‘Tussen partijen staat immers niet alleen vast dat [X.] in december 2005 dit bedrijfsreglement in ontvangst heeft genomen, maar ook dat hij na alle bladzijdes afzonderlijk te hebben

geparafeerd zich daarmee akkoord heeft verklaard. Wanneer in de nieuw gesloten arbeidsovereenkomst in december 2006 dit reglement in ongewijzigde vorm ('het in december 2005 ondertekende reglement') wordt geïncorporeerd, terwijl de werknemer zich met de inhoud daarvan (wederom) uitdrukkelijk schriftelijk akkoord verklaart, wordt daarmee naar het voorlopig oordeel van het hof recht gedaan aan het uitgangspunt dat een werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende (concurrentie)beding, welk beding in dat reglement als arbeidsvoorwaarde is opgenomen, goed heeft kunnen overwegen. Daarvoor is het niet noodzakelijk dat bovendien dit destijds reeds ondertekende en akkoord bevonden reglement opnieuw als bijlage wordt bijgevoegd. Een dergelijk oordeel strijdt ook niet met de strekking van de hiervoor onder 4.6.2. genoemde uitspraak van de Hoge Raad, nu het in dit geval gaat om een akkoordverklaring met destijds voor akkoord getekende en sedertdien niet gewijzigde arbeidsvoorwaarden, waarvan bovendien (destijds) uitdrukkelijk kennis is genomen blijkens de daarin tevens opgenomen parafering. Het zou naar het voorlopig oordeel van het hof te ver voeren om ook in een dergelijk geval vanwege de geldigheid van het daarin neergelegde concurrentiebeding nog te verlangen dat het betreffende inhoudelijk ongewijzigde reglement wederom als bijlage bij de nieuwe arbeidsovereenkomst aan [X.] wordt verstrekt. [X.] heeft ook in het geheel niet betwist dat hij het betreffende reglement kende.'

Niets nieuws = geen nieuw beding

Deze laatste benadering spreekt mij het meest aan. Zij komt overeen met de Haviltex-gedachte: de werknemer had in casu kunnen weten dat het concurrentiebeding nog zou gelden: er werd opnieuw naar verwezen, de inhoud was hem bekend en hij had zich eraan verbonden. Er moeten in mijn optiek altijd relevante feiten en omstandigheden worden gesteld die meebrengen dat het concurrentiebeding niet meer zou gelden. Het wijzigen van werkgever kan zo'n omstandigheid zijn maar dat is geen noodzaak. Zo vind ik de inbreng van een onderneming in de BV-vorm zonder dat de feitelijke situatie voor de werknemer wijzigt op zichzelf onvoldoende om te oordelen dat het concurrentiebeding is vervallen. Dit wordt anders indien de werkgever daadwerkelijk – materieel – een ander wordt. Bij functiewijziging zal men van geval tot geval moeten bezien of er aanleiding is te eisen dat het beding opnieuw schriftelijk wordt vastgelegd. Mij lijkt dat er in de zaak Brabant/Van Uffelen (genoemd onder 5, sub b) meer aan de hand was – de werknemer was van assistent opgeklommen tot directeur – dan in de zaak die bij het Hof Den Haag speelde. Dat kan goed het verschil in uitkomst verklaren. Het enkele omzetten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou in mijn optiek nimmer een reden mogen vormen het concurrentiebeding vervallen te verklaren, indien tenminste wordt verwezen naar de nog bestaande, oude afspraken.