

Omdat een concurrentiebeding een verboden mededingingsbeperking kan zijn, kunnen afspraken tussen twee grote advocatenkantoren over de overstap van advocaat en cliënten in strijd zijn met de Mededingingswet.

Concurrentiebeding kan strijden met Mededingingswet

.....
Marcel de Vries en Alain Camonier
advocaten te Amsterdam¹
.....

Ter bescherming van de werknemer zijn aan het concurrentiebeding formele eisen gesteld in art. 7:653 BW. Een concurrentiebeding moet schriftelijk zijn overeengekomen met een meerderjarige werknemer. Een concurrentiebeding opgenomen in een CAO is niet rechtsgeldig.² Indien een concurrentiebeding is opgenomen in een personeelshandboek, is het concurrentiebeding geldig indien de werknemer zich door ondertekening van de arbeidsovereenkomst akkoord verklaart met de inhoud van dit handboek, mits dit is bijgevoegd bij de arbeidsovereenkomst.³ Een rechtsgeldig overeengekomen concurrentiebeding zou haar geldigheid geheel of gedeeltelijk kunnen verliezen indien er sprake

.....
1 Advocaten bij Pallas Advocaten te Amsterdam.
2 Kamerstukken II 1993/94, 23 438, MvT.
3 HR 28 maart 2008, JAR 2008, 113.

is geweest van een wijziging van de arbeidsverhouding (bijvoorbeeld een promotie) waardoor het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken. Hierbij wordt dan wel betekenis gehecht aan de mate waarin de wijziging van de arbeidsverhouding redelijkerwijs was te voorzien voor de werknemer toen deze het concurrentiebeding aanvaardde.⁴

Veel werkgevers en werknemers denken ten onrechte dat concurrentiebedingen in Nederland niet goed zijn te handhaven. De oorsprong van dit misverstand is waarschijnlijk dat de Eerste Kamer in 2006 het wetsvoorstel tot wijziging van het concurrentiebeding heeft verworpen. Dit afschieten van het wetsvoorstel is in de media breed uitgemeten, maar onderbelicht bleef dat de bestaande regelgeving over concurrentiebedingen van toepassing blijft.

Uit de arbeidsrechtpraktijk blijkt dat (kanton)rechters veel meer dan vroeger werknemers houden aan het overeengekomen concurrentiebeding. Waar vroeger het concurrentiebeding sneller werd beperkt, zijn rechters thans meer geneigd om het concurrentiebeding in

.....
4 HR 5 januari 2007, JAR 2007, 37.

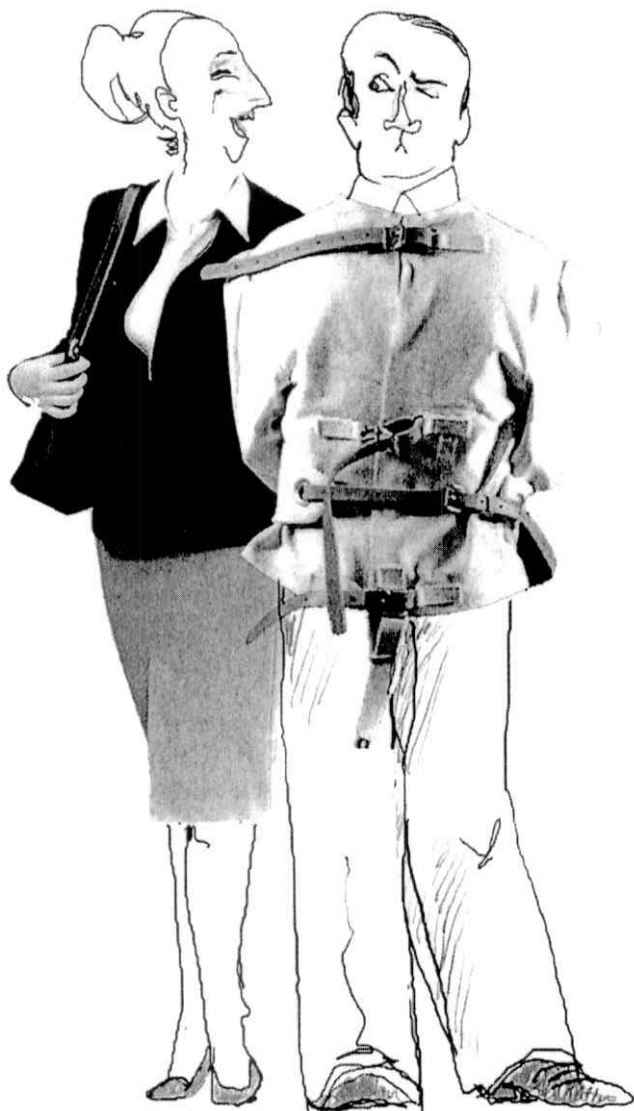
stand te laten en werknemers soms ook forse boetes te laten betalen.⁵ De precieze reden hiervoor heeft waarschijnlijk te maken met de bestaande krapte op de arbeidsmarkt, en het toenemend aantal zzp'ers.

Omgezet in relatiebeding

Indien een werknemer bij een concurrent van zijn werkgever wil gaan werken, ontstaat in de arbeidsrechtpraktijk niet zelden een discussie tussen de bestaande werkgever, de nieuwe werkgever en de werknemer. Of en zo ja, hoe moet het concurrentiebeding worden gehandhaafd? Het bestaande concurrentiebeding is in de meeste gevallen een aantal jaren eerder tussen werkgever en werknemer overeengekomen, waardoor het bereik van dit beding in het algemeen vrij breed is. Indien tussen de betrokken partijen wordt gesproken over aanpassing van het concurrentiebeding op het moment dat het einde van de arbeids-

.....
5 Zie onder andere: Gerechtshof Den Bosch 4 december 2007, JAR 2008, 13; kantonrechter Amsterdam 29 november 2007, JAR 2008, 60; Gerechtshof Arnhem 23 oktober 2007, JAR 2007, 301; kantonrechter Tilburg 13 augustus 2007, JAR 2007, 221

De maatschap
wenst je bijzonder
succes bij de volgende
stap in je carrière
(



overeenkomst nabij is, zal hiermee het concurrentiebeding beter kunnen worden toegespitst op de bestaande situatie. Vaak is de oude werkgever in principe wel bereid de werking van het bestaande concurrentiebeding te beperken, mits de beperking blijft bestaan (of zelfs wordt opgevoerd) aan de kant waar op dat moment de grootste bescherming nodig is. In veel gevallen wordt om deze reden het bestaande concurrentiebeding vaak 'omgezet' in een relatiebeding, waarbij

de werknemer belooft af te blijven van bijvoorbeeld de top 5-klanten van de werkgever. Daarbij wordt van de nieuwe werkgever vaak verlangd dat deze het nieuwe relatiebeding mede ondertekent. Op deze wijze wordt voorkomen dat de werknemer zelf weliswaar klanten van de oude werkgever niet actief werft, maar zijn nieuwe collega's iets 'influistert'.

Partijen bij een dergelijk driepartijen-relatiebeding beseffen meestal niet dat

.....
Veel werkgevers en werknemers denken ten onrecht dat concurrentiebedingen niet goed zijn te handhaven omdat de Eerste Kamer een wetsvoorstel tot wijziging van het concurrentiebeding verwierp
.....

een dergelijk beding in strijd kan zijn met art. 6 Mededingingswet, daar het een overeenkomst betreft tussen twee ondernemingen (en een werknemer) die in zich kan dragen dat een deel van de markt wordt beperkt.

Verschillende kaders

Art. 6 Mededingingswet (Mw) verbiedt: 'overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.' Bij de mededingingsrechtelijke toetsing van een concurrentiebeding gaat het vooral om het element 'afspraken tussen ondernemingen'. Volgens de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet maakt het niet uit in welke juridische vorm de overeenkomst wordt gegoten, zodat ook een concurrentiebeding hieronder kan vallen.

In de jurisprudentie is diverse malen door een werknemer een beroep gedaan op art. 6 Mw, ook omdat het toetsingskader van art. 7:653 BW verschilt van art.

De rechter laat het concurrentiebeding tegenwoordig vaker in stand, vanwege krapte op de arbeidsmarkt en het toenemend aantal zzp'ers

6 Mw. In het kader van art. 6 Mw wordt een concurrentiebeding uitsluitend getoetst aan één algemeen belang, het belang van de bevordering en instandhouding van de mededinging. Hierbij kan alleen de bescherming van goodwill en knowhow worden beschouwd als legitiem doel voor het aangaan van een concurrentiebeding.⁶ In de arbeidsrechtelijke toetsing van het concurrentiebeding kunnen juist meer (werkgevers)belangen worden aangevoerd die instandhouding van het concurrentiebeding rechtvaardigen. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan vrees voor benadeling, omdat de werknemer kennis heeft van bedrijf c.q. de bedrijfsgeheimen, verlies van in de werknemer gedane investeringen, maar ook weer het belang van bescherming van goodwill en knowhow. Dit zorgt ervoor dat in bepaalde gevallen een concurrentiebeding wel de toets van art. 7:653 BW doorstaat, maar niet die van art. 6 Mw.

Voorwaarden en rechtvaardiging

Uit de Europese en nationale jurisprudentie blijkt dat voor een geslaagd beroep op art. 6 lid 1 Mw moet zijn voldaan aan enkele voorwaarden en omstandigheden. Allereerst geldt dat art. 6 lid 1 Mw alleen van toepassing is op mededingingsbeperkende afspraken

tussen ondernemingen. Als de nieuwe werkgever een nieuw concurrentiebeding niet mede ondertekent, moet de werknemer voor wie een concurrentiebeding (of relatiebeding) geldt zich dus als onderneming of zelfstandig ondernemer op de markt begeven. Hieronder vallen ook vrije-beroepsbeoefenaars zoals artsen,⁷ fysiotherapeuten, advocaten en notarissen, maar ook bijvoorbeeld een werknemer die aan de slag gaat als directeur-grotaandeelhouder van een door hemzelf opgezette onderneming.

Voor een geslaagd beroep op het mededingingsrechtelijk kartelverbod moet het beding voorts de strekking hebben de mededinging te beperken, en zulks merkbaar (merkbaarheidsvereiste). Van belang is of één of meer ondernemingen worden beperkt in hun vrijheid commerciële beslissingen te nemen. Om te beoordelen of een overeenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, dient de overeenkomst niet op zichzelf te worden bekeken, maar te worden geplaatst in de juridische en economische context waarin zij tot stand komt.⁸

Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief kan er een rechtvaardigingsgrond bestaan voor het concurrentie- of relatiebeding, als dit namelijk in de specifieke economische context de vrije mededinging bevordert of in stand houdt. In dat geval lopen de belangen van de werkgever samen met het belang van bevorderen en in stand houden van de mededinging. Dit moet van geval tot geval worden bekeken. In het ene geval zal het concurrentiebeding (of relatiebeding) de vrije mededinging dus juist bevorderen of in stand houden, bijvoorbeeld indien het concurrentiebeding noodzakelijk is om een onderneming in staat te stellen zich een plaats te verwerven op een voor

haar nieuwe markt,⁹ terwijl het in het andere geval de vrije mededinging in de weg zal staan.

Indien er sprake is van een op zichzelf gerechtvaardigd concurrentiebeding of relatiebeding, dient voorts te worden bezien of het beding noodzakelijk is voor het te bereiken doel. Dit is afhankelijk van zowel de duur als de geografische en materiële reikwijdte van het beding in een concreet geval.

Art. 7 Mw bevat een belangrijke uitzondering op het kartelverbod. Het kartelverbod is niet van toepassing op mededingingsbeperkende overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken en (cumulatief) waarvan de totale concernomzet niet meer beloopt dan € 5.500.000 (in geval van goederen) dan wel € 1.100.000 (bij diensten). Het laatste bedrag levert maar een beperkte grens op indien een advocaat (met cliënten) verhuist van het ene naar het andere advocatenkantoor. Strijd met de Mededingingswet kan dan ook al snel op de loer liggen.

Grote kantoren moeten opletten

Recente rechtspraak toont aan dat concurrentiebedingen door werknemers en werkgevers (nog steeds) serieus moeten worden genomen. Bij het in der minne oplossen van geschillen over concurrentiebedingen kan niet in alle gevallen enkel worden volstaan met een arbeidsrechtelijke benadering, maar zal ook moeten worden gekeken naar de gevolgen van een nieuw concurrentie- of relatiebeding op mededingingsrechtelijk gebied. Dit is met name het geval indien bij het ondertekenen van een nieuw concurrentie- of relatiebeding de nieuwe werkgever partij wordt bij dit beding. Veel grote advocatenkantoren zouden dit aspect beter moeten meewegen bij het overhalen van advocaten om hun praktijk te verhuizen.

⁶ Zie ook mr. S. F. Sagel en mr. Y. de Vries, 'Het arbeidsrechtelijk concurrentiebeding uit mededingingsrechtelijk perspectief', *SR* 2002, p. 287.

⁷ Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem, 9 januari 2006, LJN AV 3317.

⁸ Zie GvEA 27 september 2006, GlaxoSmithKline v. Commissie, *Jur* 2006, II-2969.

⁹ HvJ EG 28 januari 1986, zaak 161/84, *Jur.* 1986, 353.