

Concurrentiebeperking door het concurrentiebeding?

Stibbe

20 september 2022



Astrid Helstone

Concurrentiebedingen ex 7:653 BW in tijden van krapte op de arbeidsmarkt



1. Actualiteit en herziening concurrentiebeding (1)

- Concurrentiebeperking door het concurrentiebeding?
- Maatschappelijk debat over mogelijk oneigenlijk gebruik van concurrentiebeding ex 7:653 BW met als gevolg verstoring arbeidsmobiliteit/vrije arbeidskeuze van werknemers. Deze ontwikkeling staat geheel los van mededingingsrecht en ACM Leidraad samenwerking tussen concurrenten (non-hiring en poaching tussen concurrente ondernemingen op de arbeidsmarkt).



Aanbeveling Rapport Commissie Borstlap 2020: zwaarwegende bedrijfs-en dienst belangen concurrentiebeding ook onderbouwen in onbepaalde tijd contracten (doel: vergroten interne wendbaarheid werknemer)



Evaluatie WWZ 2020: nauwelijks vermindering van aantal tijdelijke werknemers met concurrentiebeding en geen verandering in werkzekerheid voor deze werknemers.



Motie Van Weyenberg-Van Dijk en in opdracht van SZW Eindrapport onderzoek naar werking concurrentiebeding d.d. 26 mei 2021: 3,1 miljoen werknemers in Nederland gebonden aan concurrentiebeding (concurrentiebeding als “standaard” clause in vaste contracten opgenomen zonder nadere motivering opgenomen. Ruime mogelijkheden in Nederland om beding op te nemen in vergelijking met andere landen)



1. Actualiteit en herziening concurrentiebeding (2)

- **Herziening concurrentiebeding: verkenning van 4 beleidsopties SZW n.a.v. Eindrapport (doel en belang: tegen gaan van ongerechtvaardigde beperking van arbeidsmarktmobiliteit)** –uitwerking volgt spoedig dit najaar (zie Kamerbrief met de beleidsopties van het concurrentiebeding, Kamerstuk 29544, 1089 en de Kamerbrief over Arbeidsmarktbeleid Kamerstuk 29544, 1105)
- **NB: laatste wetsvoorstel herziening van het concurrentiebeding dateert uit 2001** (*Kamerstukken II 2001/2002, 28167, nr. 3*)
- **Hoge Raad 17 juni 2022 (JAR 2022/178)** – arbeidsmarkt-schaarste en bindingselement geen zwaarwegende belangen voor gerechtvaardigd beroep op concurrentiebeding. Relevantie uitspraak voor huidig debat over wettelijke herziening.



1. Toets en belangenafweging concurrentiebeding ex 7:653 BW

- Toets concurrentiebepalingen in het arbeidsrecht ex 7:653 BW
- **Onderscheid arbeidsrecht/mededingingsrecht:** concurrentiebedingen tussen individuele werkgever en werknemer ex 7:653 BW vallen niet onder reikwijdte van kartelverbod ex artikel 6 Mededingingswet (geen concurrentie-afspraken tussen ondernemingen).
- Mogelijk wel impact van arbeidsrechtelijke concurrentiebedingen op de mededinging.

Zie ook OECD Paper 2020 Competition issues in labour markets (p. 31):

“like no-poaching agreements...they can be used to achieve pro-competitive efficiencies, particularly with the purpose of preventing free riding of competitors with regard to know-how, training and trade secrets.”



1. Toets en belangenafweging concurrentiebeding ex 7:653 BW

- **Kern belangenafweging:**
 - **Werkgever: bescherming van het bedrijfsdebiet (know-how & bijzondere kennis, goodwill, investeringen), vrijheid van ondernemerschap en bescherming van eigendom (artikel 16 en 17 Handvest)**

- **Relevante gezichtspunten in rechtspraak:**
 - Specifieke kennis van bedrijfsgeheimen; persoonlijk contact met klanten en relaties
 - Lange duur dienstverband; investering in opleiding en deskundigheid door werkgever
 - Initiatief einde dienstverband bij werknemer; mogelijkheden voor werknemer om bij niet-concurrerende werkgevers in dienst te treden (zie Rb. Rotterdam JAR 2022/171).



1. Toets en belangenafweging concurrentiebeding ex 7:653 BW

Werknemer: bescherming van de vrijheid van beroep en arbeidskeuze (promotie, hoger loon, verhoging arbeidsmarktkansen, artikel 15 Handvest)

- Relevante gezichtspunten in rechtspraak:
 - Positie-en salarisverbetering, ernstig nadeel voor arbeidsmarktkansen
 - Korte duur dienstverband, ontslag zonder verwijtbaarheid werknemer op initiatief van de werkgever (bijvoorbeeld bij reorganisatie/verval functie)
 - Specifieke bedrijfsgevoelige kennis van de werknemer ontbreekt of moet sterk worden gerelativeerd



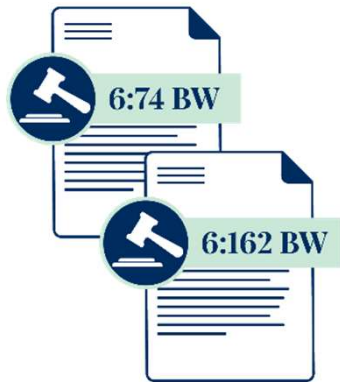
1. Gronden voor vernietiging/billijke vergoeding

- **Gronden voor vernietiging van het beding** ex 7:653 lid 3 sub a en sub b BW:
 - **Contracten voor bepaalde tijd:** zwaarwegende bedrijfs-of dienstbelangen (**volledige vernietiging** 7:653 lid 3 sub a BW)
 - **Contracten voor onbepaalde tijd:** het belang van de werknemer onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot de belangen van de werkgever (**volledige of gedeeltelijke vernietiging** 7:653 lid 3 sub b BW)
- **Billijke vergoeding:** rechter kan vergoeding toekennen voor de duur van het concurrentiebeding ex 7:653 lid 5 BW. Alleen als er redelijk belang is voor werkgever bij handhaving en er ernstig nadeel voor werknemer is. Dus geen schadevergoeding wegens wanprestatie of onbehoorlijk handelen maar een billijkheidsvergoeding.

1. Misbruik van wanprestatie/positie nieuwe werkgever/concurrent



- Schending van contractuele verplichtingen ex 7:653 BW door ex-werknemer kan leiden tot schadeplicht van nieuwe werkgever/concurrent.



Kernconclusies Eindrapport n.a.v. Motie Van Weyenberg/Van Dijk (1)

- **Motie Van Weyenberg/Van Dijk d.d. 28 november 2019:** onderzoek naar nadere voorwaarden gebruik van concurrentiebeding, specifiek ten aanzien van:
 - Vraag of toepassing concurrentiebedingen ex 7:653 BW niet te ruim is en daarmee arbeidsmobiliteit belemmert
 - Invulling van “zwaarwegend bedrijfs-of dienstbelang” niet eenduidig
 - Gebruik concurrentiebeding moet tot strikt noodzakelijke worden beperkt
 - Beleidsopties Van Weyenberg/Van Dijk: uitsluiten concurrentiebedingen in bepaalde tijd contracten (vanwege tijdelijk karakter niet noodzakelijk), beperken maximale duur en geografisch bereik en verplichtstelling minimale vergoeding

Kernconclusies Eindrapport n.a.v. Motie Van Weyenberg/Van Dijk (2)

Belangrijkste conclusies eindrapport:



Standaard clauses in vaste contracten die niet gemotiveerd zijn; 1 op de 3 werkgevers gebruikt het beding om uitstroom tegen te gaan. Maar meest opvallend: werkgevers roepen concurrentiebeding bij einde dienstverband zelden in (2/3 werkgevers besluit bij overtreding niet te handhaven). Weinig rechtszaken; onderling opgelost.



3,13 miljoen werknemers (meer dan 1/3 ongeveer 37% van de Nederlandse beroepsbevolking (vgl. in 2015 nog geschat op 19%)) in Nederland gebonden aan concurrentiebeding waarvan $\frac{3}{4}$ werkzaam in sectoren dienstverlening/overheid en onderwijs.



Ruime toepassing Nederlandse concurrentiebeding in vergelijking met andere Europese landen; in andere landen vaak alleen mogelijk met compensatieplicht (minimaal 15-20% van het laatstverdiende loon) en wettelijke maximum duur (gemiddeld 18 maanden), toepassing alleen toegestaan vanaf bepaalde loondrempel en type functie.

Kernconclusies Eindrapport n.a.v. Motie Van Weyenberg/Van Dijk (3)

Belangrijkste conclusies eindrapport:



Op macroniveau leidt bescherming van bedrijfscontinuïteit tot behoud van werkgelegenheid/baanzekerheid.



Wel arbeidsmarktrisico van mijding sectoren met concurrentiebedingen



Positief effect van concurrentiebeding op microniveau is de ruimte om te investeren in de opleiding van personeel



NB: is in lijn met aanbevelingen van Commissie Borstlap en Minister SZW ten aanzien van wendbaarheid en arbeidsmarktbeleid



Gebruik van concurrentiebeding in ruil voor investeringen in opleiding en bijscholing kan op macroniveau leiden tot verhoogd innovatievermogen (veronderstelt dus wel dat werkgevers daadwerkelijk investeringen doen)

Hoge Raad 17 juni 2022



Cassatie in kort geding



Meindert Trucking/geschil met internationaal chauffeur, in dienst van 18 mei 2015 tot 27 februari 2020



Belangrijkste uitkomsten:

- arbeidsmarkt-schaarste is geen relevant gezichtspunt voor de belangenafweging ex 7:653 BW; gevaar voor de bedrijfscontinuïteit ook niet
- geen oneigenlijk gebruik van concurrentiebeding toegestaan dus niet bedoeld om werknemers te binden in een krappe arbeidsmarkt
- uitkomst is in lijn met lagere rechtspraak: belang werkgever moet in bescherming bedrijfsdebiet zijn gelegen: specifieke en concurrentiegevoelige kennis van werknemer moet worden aangetoond

Huidige beleidsopties SZW

SZW verkent op dit moment **4 beleidsopties** voor aanpassing wettelijke regeling concurrentiebeding:



- maximum duur van 1 jaar
- expliciete motivering geografisch bereik
- verval concurrentiebeding bij faillissement en proeftijd
- alleen inroepbaar indien initiatief beëindiging ligt bij werkgever
- voorwaarden stellen aan intentie werkgever wel/niet inroepen concurrentiebeding



- alle elementen van beleidsoptie 1
- verplichte vergoeding, zowel bij aangaan beding bij aanvang dienstverband ("signing fee") als bij inroepen beding bij einde dienstverband ("compensation fee")



- alle elementen van beleidsoptie 1
- alleen geldig beroep bij zwaarwegend bedrijfs- en dienstbelangen, motivering in alle contracten (vgl. met huidige bepaalde tijd contracten)



- alle elementen van beleidsopties 1, 2 en 3

Belangrijkste knelpunten



Vraag of concurrentiebedingen in **tijdelijke** contracten noodzakelijk zijn



Geen wettelijke criteria voor invulling van de belangenafweging en geen inhoudelijke eisen aan concurrentiebedingen in vaste contracten



Gebruik van “standaard” clausules problematisch, 2/3 werkgevers die wordt geconfronteerd met overtreding concurrentiebeding na einde dienstverband besluit niet te handhaven. Weinig procedures; geschillen worden onderling geschikt.



Belangrijkste knelpunten



Nederlandse mogelijkheden internationaal gezien erg ruim; andere landen meestal alleen toegestaan op voorwaarden van maximum duur en vergoedingsplicht (volgt uit Eindrapport en ook uit andere onderzoeken; zie OECD paper 2020 Competition in Labour Markets, p. 31)



Kern belang werkgever zou gericht moeten zijn op bescherming van bedrijfsgevoelige kennis bij werknemers die aantoonbaar voordeel voor concurrent oplevert; nu teveel als “standaard” opgenomen. NB: beroep op de Wet bedrijfsgeheimen slaagt doorgaans niet in de rechtspraak vanwege de wettelijke eisen die worden gesteld aan de bescherming van ‘bedrijfsgeheim’ (geheim, “handelswaarde” en redelijke maatregelen waarborg vertrouwelijkheid). Overtreding geheimhouding is lastig voor werkgever om te bewijzen; risico van schijnbescherming.



Oplossingen?

- ✓ Schrappen van concurrentiebedingen in tijdelijke arbeidscontracten (bijvoorbeeld indien korter dan 24 maanden) en alleen in vaste contracten (**niet overgenomen in beleidsopties**)
- ✓ Nu doorgaans maximumduur van 1 jaar in Nederlandse rechtspraak. Wettelijke maximum duur van 12 maanden (18 maanden = gemiddelde in andere EER landen) doorgaans redelijk (in België 1 jaar; Duitsland twee jaar). Zie onderzoek E.C.M.M. Sonnemans in TRA 2021/65. **Maximumduur lost echter niet oneigenlijk gebruik en probleem zoals gesignaleerd in Eindrapport op; motivering geografisch bereik ook niet.**
- ✓ Minimum inkomensvereiste voor toepassing van het concurrentiebeding in combinatie met type functie (bedrijfsgevoelige informatie; causaal verband met schade voor concurrentiepositie werkgever (**niet overgenomen in beleidsopties**))



Oplossingen?

- ✓ Zwaarwegende bedrijfs-en dienstbelangen: nadere precisering en ruime uitleg van “bedrijfsdebiet” en in welke gevallen een werkgever geacht wordt onevenredig nadeel te ondervinden van de overstap naar een concurrent. Niet alleen bedrijfsgevoelige kennis maar ook breder belang van behoud concurrentiepositie en werkgelegenheid voor “derden” zoals collega-werknemers die bij arbeidsintensieve activiteiten bepaald product tot stand brengen of specialistische kennis als team ontwikkelen.
- ✓ Vergoedingsplicht: kan bijdragen aan rechtszekerheid voor werkgever en werknemer op voorwaarde dat duidelijke berekeningswijze voor vergoeding wordt opgenomen (bijvoorbeeld ten minste 70% van het laatstverdiende brutoloon).
- ✓ NB: vaste vergoedingsplicht (zowel de “signing fee” als de “compensation fee”) van de huidige Beleidsopties lastig uitvoerbaar als werknemer bij einde dienstverband niet een concreet nadeel ondervindt van het concurrentiebeding (bijvoorbeeld omdat hij de mogelijkheid heeft om bij niet-concurrenten in dienst te treden. Wat wel voor de vergoedingsplicht pleit: gaat stap verder indien belangen werkgever in dat geval gerechtvaardigd worden geacht: dus ook tegen gaan uitstroom van personeel/behoud van werkgelegenheid/continuïteit van de onderneming en investeringen in opleiding.



Take-aways

Indien wettelijke herziening door SZW:

- ✓ Kies voor integrale benadering: beoordeel concurrentiebedingen niet alleen op microniveau (werkgever – werknemer) maar ook op macro-niveau (arbeidsmarkt-beleid)
- ✓ Bescherming continuïteit van bedrijfsactiviteiten, behoud van werkgelegenheid (voor collega-werknemers) en investeringen in opleiding/bijtscholing kunnen ook positieve neveneffecten zijn van concurrentiebedingen





Stibbe

[Stibbe.com](https://www.stibbe.com)