



DE MOTIVERING VAN DE NOODZAAK VAN EEN CONCURRENTIEBEDING IN EEN ARBEIDSOVEREENKOMST VOOR BEPAAALDE TIJD

Hoe beoordeelt de rechter de motivering van de noodzaak een concurrentiebeding te sluiten in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en kan op basis van de rechtspraak het vereiste van het motiveren van een concurrentiebeding ook gelden voor een concurrentiebeding overeengekomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

Rob Tappel

Mailadres: robtappel@hotmail.com
Studentnummer: 13465996
Mastertrack: Arbeidsrecht
Begeleider: Prof. Dr. Mr. Verhulp
Datum: 01-07-2021

Samenvatting

Dit onderzoek is gedaan omdat niet duidelijk is wanneer de rechter het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen noodzakelijk acht. De advocaat-generaal Wesseling-Van Gent heeft de onzekerheid wanneer het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk wordt geacht onderstreept. In dit onderzoek is geprobeerd om duidelijkheid te geven hoe een noodzakelijk concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gemotiveerd moet worden. De laatste jaren is de roep steeds groter geworden om het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, net als het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, tot het strikt noodzakelijke te beperken. Dit onderzoek is gedaan door eerst de wetsgeschiedenis en de literatuur te analyseren. Met deze kennis is gekeken naar alle uitspraken sinds de inwerkingtreding van de WWZ waarbij de rechter oordeelt of sprake is van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang die het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigt. Uit de literatuur blijkt dat een aantal omstandigheden van belang kunnen zijn in de rechtvaardiging van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze omstandigheden worden bevestigd in de jurisprudentie. Een aantal omstandigheden zijn: de duur van het concurrentiebeding, de functie van de werknemer of de werkzaamheden die worden verricht door de werknemer, de grote van de straal waarbinnen het concurrentiebeding geldt, de mate waarin de werknemer informatie en/of kennis krijgt van bedrijfsgevoelige aspecten, de mate waarin de werkgever afhankelijk is van de concurrentiegevoelige aspecten en de mate waarin wordt beschreven waarom juist voor de werknemer en werkgever in het concrete geval een concurrentiebeding noodzakelijk is. Ook blijkt uit de literatuur dat naarmate het concurrentiebeding specifiek is geformuleerd en meer op de werknemer is toegesneden, de kans groter is dat deze noodzakelijk wordt geacht door de rechter. Uit de rechtspraak blijkt dat deze omstandigheden inderdaad van belang kunnen zijn. Echter blijkt ook uit de rechtspraak dat een specifiek en op de werknemer toegesneden concurrentiebeding niet automatisch betekent dat deze noodzakelijk is en andersom. Een zeer gemotiveerd en op de werknemer toegesneden concurrentiebeding kan namelijk ook worden vernietigbaar zijn, terwijl een minder specifiek concurrentiebeding blijft staan. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter de rechtvaardigheid hoog in het vaandel heeft staan. Dit kan ten koste gaan van de rechtszekerheid. De motivering van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou ook kunnen gelden voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hierbij dient de opmerking dat in de huidige rechtspraak naar voren komt dat de rechter de rechtvaardigingsgrond probeert bevredigen, wat ten koste kan gaan van de rechtszekerheid. De motivering zoals die geldt voor het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden overgenomen, echter moet er een overwogen beslissing worden gemaakt wat belangrijker is: een billijke uitkomst of rechtszekerheid.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding.....	3
1.1 Aanleiding	3
1.2 Probleemstelling.....	4
1.3 Afbakening	6
1.4 Verantwoording van de opzet	6
Hoofdstuk 2 – De bedoeling van de regering.....	7
2.1 De wettekst.....	7
2.2 Memorie van toelichting	8
2.3 Aanvullende uitleg van de regering	10
2.4 Concurrentiebeding onbepaalde tijd.....	11
Hoofdstuk 3 – Aanwijzingen in de literatuur	12
3.1 Inleiding	12
3.2 Algemene modellen voor een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	12
3.3 Hoe specifiek moeten de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen beschreven worden?	14
Hoofdstuk 4 - Jurisprudentieonderzoek	16
4.1 Inleiding	16
4.2 Geen motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.....	17
4.3 Zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.....	18
4.3.1 Omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beoordeling of het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen	18
4.3.2 Omstandigheden die tot op heden niet van belang zijn voor de beoordeling of het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen	23
4.4 Wat is voldoende specifiek?.....	24
4.4.1 Onvoldoende specifiek gemotiveerd concurrentiebeding	24
4.4.2 Voldoende specifiek gemotiveerd concurrentiebeding	26
4.4.3 Het verschil tussen een voldoende en onvoldoende specifiek gemotiveerd concurrentiebeding	27
Hoofdstuk 5 – Conclusie	30
5.1 Oordeel van de rechter betreffende de motivering van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	30
5.2 Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.....	31
Hoofdstuk 6 - Bronnenlijst	33

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding

In de motie van Van Weyenberg en Van Dijk aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) werd het volgende gesteld: ‘Het concurrentiebeding bij een arbeidsovereenkomst moet tot het strikt noodzakelijke worden beperkt’.¹ De eis dat het concurrentiebeding alleen mag worden opgenomen indien dit strikt noodzakelijk is, geldt al voor tijdelijke contracten. Deze motie heeft als doel het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook tot het strikt noodzakelijke te beperken. Naar aanleiding van de motie van Van Weyenberg en Van Dijk gaf de minister van SZW aan onderzoek te doen naar de wenselijkheid van het gebruik van het concurrentiebeding en het stellen van nadere voorwaarden aan een dergelijk gebruik, tot op heden heeft het onderzoek niet tot uitkomsten geleid.²

Sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) in 2015 geldt in beginsel dat een concurrentiebeding niet in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag worden opgenomen. Hierop geldt een uitzondering, de uitzondering is van toepassing indien de werkgever in het concurrentiebeding schriftelijk motiveert dat het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Het concurrentiebeding dient bij het aangaan of verlengen van de arbeidsovereenkomst te zijn opgenomen. De motivering van het concurrentiebeding dient kenbaar te zijn voor de werknemer op het moment dat het concurrentiebeding wordt opgenomen in de arbeidsovereenkomst.

Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is van rechtswege nietig indien een motivering ontbreekt. De rechter kan het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen indien wel een motivering aanwezig is, maar het concurrentiebeding wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen niet noodzakelijk is.³ Voorbeelden van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding kunnen rechtvaardigen zijn: het beschermen van bedrijfsgeheimen of het voorkomen dat een voormalig werknemer bepaalde klanten meeneemt indien hij uit dienst treedt.

Een concurrentiebeding zorgt voor een beperking van de vrije arbeidskeuze. Artikel 19 lid 3 Grondwet geeft aan dat een beperking van de vrije arbeidskeuze zo veel mogelijk voorkomen moet worden, het concurrentiebeding staat dus haaks op dit artikel. De rechter maakt bij een beroep op de vernietiging van het concurrentiebeding een afweging tussen het recht op vrije arbeidskeuze en de belangen voor het in stand houden van het concurrentiebeding. De beperking van de vrije arbeidskeuze van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd weegt in beginsel zwaarder. Zij hebben namelijk een in duur beperkt contract en iedere beperking van de mogelijkheden elders een contract aan te gaan of om als zelfstandige aan de slag te gaan in dezelfde branche is daarom in beginsel onwenselijk.

¹ Kamerstukken II 2019/20, 35300-XV-61, nr. 61.

² Kamerstukken II 2019/2020, 3950.

³ Art. 7:653 BW.

1.2 Probleemstelling

‘Werkgever X berekent aan zijn voormalig werknemer een boete van € 20.000,- bruto voor het schenden van het concurrentiebeding.’⁴ De werknemer in deze zaak is vijf maanden in dienst geweest bij zijn voormalig werkgever en ging vervolgens in dienst bij een andere werkgever. Op basis van het concurrentiebeding, die door de werknemer is getekend bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst bij zijn voormalig werkgever, heeft de voormalig werkgever een boete berekend van € 20.000. Deze bedragen zijn eerder regel dan uitzondering. Naast de hoge boetes die worden gehanteerd voor het schenden van het concurrentiebeding, blijkt uit een onderzoek in 2015 dat negentien procent van de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een concurrentiebeding heeft opgenomen in de arbeidsovereenkomst.⁵ Verschillende rechters stellen dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen mag worden opgenomen indien dit absoluut noodzakelijk is.⁶ Dit blijkt ook uit bestudering van de rechtspraak. In zes jaar tijd is namelijk maar van tientallen zaken bekend dat het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd daadwerkelijk noodzakelijk is. Het is daarom niet aannemelijk dat bij negentien procent van de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de omstandigheden zodanig zijn dat het absoluut noodzakelijk is dat een concurrentiebeding moet worden opgenomen. Ondanks de hoge boetes en veelvuldig gebruik van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zijn er weinig handvatten te vinden in de literatuur wanneer de rechter oordeelt dat een concurrentiebeding noodzakelijk is, en wanneer niet. Het lijkt erop dat het in de praktijk niet duidelijk is wanneer een concurrentiebeding daadwerkelijk noodzakelijk is.

Dit komt doordat er geen duidelijke handvatten door de regering zijn aangeboden over hoe het concurrentiebeding moet worden gemotiveerd, zodat het concurrentiebeding gerechtvaardigd wordt wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. De regering heeft de beoordeling van de motivering van het concurrentiebeding opengelaten voor verdere ontwikkeling in de rechtspraak, dit brengt rechtsonzekerheid met zich mee. Een uitspraak van de advocaat-generaal Wesseling-Van Gent in 2019 onderstreept deze rechtsonzekerheid, zij laat zich uit over de inhoudelijke beoordeling van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen door de rechter: *‘er zijn geen duidelijke gezichtspunten voor de term “onbillijke beoordeling” en de van de rechter gevraagde belangenafweging’*.⁷ Deze rechtsonzekerheid is zowel voor de werknemer, als voor de werkgever nadelig zijn. Het kan voor de werkgever nadelig zijn omdat de werkgever er niet zeker van kan zijn dat de concurrentiegevoelige aspecten van het bedrijf niet naar de concurrent worden toegespeeld, hierdoor zijn de toekomstplannen van de werkgever onzeker. Ook de werknemer kan nadeel ondervinden van de onzekerheid of een concurrentiebeding in stand blijft. De werknemer weet namelijk niet of hij bij andere bedrijven binnen de sector mag werken en riskeert een hoge boete als hij dat wel doet.

Het belang van de werkgever om een concurrentiebeding op te nemen ziet voornamelijk op het beschermen van zijn bedrijfsdebiët door te voorkomen dat de werknemer (specialistische) kennis en informatie gaat gebruiken bij een concurrent of een door de werknemer op te richten onderneming.⁸ Hierbij is van belang in welke mate de werkgever afhankelijk is van

⁴ Rb. Amsterdam 29 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7645.

⁵ *Kamerstukken II* 2019/2020, 1094, p. 2.

⁶ Rb. Limburg 1 oktober 2018 ECLI:NL:RBLIM:2018:9246, Rb. Midden-Nederland 4 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5960, en meer.

⁷ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313.

⁸ Houweling & Loonstra (2011).

zijn bestaan van deze concurrentiegevoelige aspecten. Indien de werkgever sterk afhankelijk is van een bepaalde techniek of kennis die in zijn omgeving alleen de werkgever beheerst, dan heeft de werkgever er belang bij dat dit zo blijft. Indien een concurrent óf de werknemer zelf deze concurrentiegevoelige aspecten van de werkgever in handen krijgt en gaat gebruiken, dan kan dit de werkgever namelijk grote financiële schade toebrengen. Doordat het opnemen van een concurrentiebeding wel mogelijk is durven bedrijven te investeren, want bij een geldig concurrentiebeding zijn werkgevers ervan verzekerd dat de concurrent niet direct meelift op de investering. Kortom, de werkgever heeft er een belang bij dat een werknemer die veel concurrentiegevoelige aspecten kent niet zomaar in dienst treedt bij een concurrent en deze concurrentiegevoelige aspecten meeneemt.

De werknemer heeft er belang bij dat er geen concurrentiebeding wordt opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Het concurrentiebeding staat lijnrecht tegenover het recht op vrije arbeidskeuze, welke in de grondwet is verankerd.⁹ Een beperking van een fundamenteel recht, zoals het recht op vrije arbeidskeuze zou handvatten moeten bieden wanneer het beperkt kan worden.

In de literatuur wordt bepleit dat ook het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot het strikt noodzakelijke moet worden beperkt. Doordat niet duidelijk is wanneer een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk is, dient dit eerst onderzocht te worden voordat wordt gekeken of het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook tot het absoluut noodzakelijke moet worden beperkt. Om helder te krijgen wanneer de rechter oordeelt dat de motivering van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gerechtvaardigd is, wordt de rechtspraak geanalyseerd met als doel elementen te vinden die de noodzaak van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bepalen. Dit heeft tot de volgende onderzoeksvraag geleid:

Hoe beoordeelt de rechter de motivering van de noodzaak een concurrentiebeding te sluiten in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en kan op basis van de rechtspraak het vereiste van het motiveren van een concurrentiebeding ook gelden voor een concurrentiebeding overeengekomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden zijn de volgende deelvragen opgesteld:

- Hoe is de motivering van de noodzaak van het sluiten van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bedoeld door de regering?
- Zijn er in de literatuur aanwijzingen te vinden die van belang zijn voor het onderzoek?
- Wanneer laat de rechter de motivering in stand en wanneer niet?
- Wat zijn de beoordelingscriteria die de rechter hanteert bij de beoordeling van de noodzaak van het sluiten van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd?
- Kan op basis van de rechtspraak het vereiste van het motiveren van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ook gelden bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

⁹ Art. 19 lid 3 Grondwet.

1.3 Afbakening

Het verbod op een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt sinds de inwerkingtreding van de WWZ in 2015.¹⁰ Alle online beschikbare jurisprudentie over het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vanaf 2015 is bestudeerd. Door alle uitspraken te lezen is een volledig beeld geschetst van de belangenafweging die de rechter maakt. De focus van dit onderzoek ligt op de motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, daarom wordt het schriftelijkheidsvereiste, het meerderjarigheidsvereiste en de onbillijke benadeling van de werknemer, buiten beschouwing gelaten. In dit onderzoek wordt het huidige concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet onderzocht. Wel wordt gekeken naar de mogelijkheid om elementen over te nemen van de motivering van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Kortom, de focus ligt op de motivering van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

1.4 Verantwoording van de opzet

Om tot de beantwoording van de onderzoeksvraag te komen wordt in hoofdstuk 2 weergegeven hoe de regering de motivering van de noodzakelijke zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen heeft bedoeld. In hoofdstuk 3 wordt weergegeven hoe er in de literatuur over deze problematiek wordt gedacht. Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 een analyse gemaakt van de jurisprudentie. In hoofdstuk 4 wordt eerst geanalyseerd wanneer een concurrentiebeding nietig is, vervolgens welke omstandigheden wel en niet van belang kunnen zijn voor de noodzakelijkheid van het concurrentiebeding en daarna wordt beschreven hoe specifiek het concurrentiebeding gemotiveerd dient te worden. Tot slot wordt in hoofdstuk 5 een analyse gemaakt welke elementen belangrijk zijn voor de motivering van de noodzaak van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In dit laatste hoofdstuk wordt ook beschreven of er elementen van de motivering van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd uitvoerbaar zijn voor een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

¹⁰ Art. 7:653 BW.

Hoofdstuk 2 – De bedoeling van de regering

In dit hoofdstuk wordt geduid wat de regering heeft bedoeld met de motivering van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, daarnaast wordt gepoogd om een beeld te krijgen welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding kunnen rechtvaardigen. Eerst wordt de wettekst behandeld om een overzichtelijk beeld te krijgen. Vervolgens wordt de memorie van toelichting van de WWZ geanalyseerd en wordt er ingegaan op andere uitlatingen van de regering over de motivering van het concurrentiebeding. Tot slot wordt de bedoeling van de regering om geen motiveringsplicht op te nemen voor het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geanalyseerd.

2.1 De wettekst

In 2015 is de WWZ in werking getreden, in deze wet komt naar voren dat het mogelijk is om een concurrentiebeding te sluiten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De wetgever heeft bewust onderscheid gemaakt tussen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde en onbepaalde tijd. In artikel 653 lid 1 van boek 7 BW staat namelijk:

‘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:

- a. de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan; en*
- b. de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.’*

Uit deze wettekst wordt afgeleid dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel niet geldig is. In lid 2 wordt hierop een uitzondering gemaakt:

‘In afwijking van lid 1, aanhef, en onderdeel a, kan een beding als bedoeld in lid 1 worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.’

Deze uitzondering geldt indien het concurrentiebeding schriftelijk is gemotiveerd en indien uit het concurrentiebeding blijkt dat het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. De focus van dit onderzoek ligt op de motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Daarom wordt niet verder ingegaan op het schriftelijkheidsvereiste en de meerderjarigheid van de werknemer. Indien een beroep wordt gedaan op de vernietiging van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan heeft de rechter op basis van lid 4 de volgende mogelijkheden:

‘De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 en lid 2:

- a. geheel vernietigen indien het beding, bedoeld in lid 2, niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen; of*
- b. geheel of gedeeltelijk vernietigen indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.’*

In dit onderzoek wordt verder ingegaan op lid 4 aanhef en sub a, namelijk wanneer een concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Het vierde lid onder aanhef en sub a geeft de rechter alleen de mogelijkheid om het concurrentiebeding te vernietigen of laten staan bij de beoordeling of het concurrentiebeding noodzakelijk is. Lid 4 aanhef en sub b, de onbillijke benadeling, wordt buiten beschouwing gelaten.

Een relatiebeding beoogt te voorkomen dat de werknemer na afloop van de arbeidsovereenkomst zijn relaties ‘meeneemt’ naar de nieuwe werkgever of deze benadert in het kader van een door hem op te starten bedrijf. Het relatiebeding valt eveneens onder de werking van art. 7:653 BW.¹¹

Kortom, uit dit artikel blijkt dat een concurrentiebeding voor bepaalde tijd niet geldig is, tenzij uit de motivering blijkt dat een concurrentiebeding noodzakelijkheid is wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

2.2 Memorie van toelichting

Door het opnemen van een concurrentiebeding kan een werknemer niet of slechts onder restricties als eigen ondernemer in dezelfde branche, of in dienst bij een andere concurrerende werkgever, werken. De regering heeft hierbij rekening gehouden met het verschil tussen de werknemer met een contract voor bepaalde en onbepaalde tijd.

‘Zij -werknemers met een contract voor bepaalde tijd- hebben een in duur beperkt contract en iedere beperking van de mogelijkheden elders een (vast) contract aan te gaan of om als zelfstandige aan de slag te gaan in dezelfde branche, is daarom in beginsel onwenselijk.’¹²

Uit deze tekst wordt afgeleid dat de werknemer met een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd twee keer wordt gedupeerd. De werknemer heeft namelijk een in duur beperkt contract en daarnaast een beperking om ergens anders binnen de sector aan de slag te gaan, oftewel een beperking van vrije arbeidskeuze. Een werknemer met een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft dit dubbele nadeel volgens de regering niet. Bij een tijdelijk contract staat namelijk op voorhand vast dat deze in duur is beperkt, terwijl de regering ervan uit gaat dat de werknemer met een vast contract langer in dienst blijft. Door dit dubbele nadeel weegt bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel het belang van de werkgever niet op tegen het belang van de werknemer, daarom geldt er een ‘tenzij-formule’.

Het financiële nadeel dat de werknemer met een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd lijdt doordat hij een nieuwe baan ten gevolge van het concurrentiebeding niet mag aannemen, werd voor intreding van de WWZ regelmatig gezien als zwaarwegend belang van de werknemer en daardoor aanleiding om het concurrentiebeding (deels) te vernietigen.¹³ Dit is mede een reden geweest om het verschil tussen het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en onbepaalde tijd in de wettekst van art. 7:653 BW te duiden. De uitzondering op het verbod van een

¹¹ HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364.

¹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 16.

¹³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 18.

concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan zich in een concreet geval voordoen, indien de voordelen van de werkgever bij het opnemen van een concurrentiebeding opwegen tegen de nadelen die de werknemer daardoor ondervindt. In een dergelijk geval dient de werkgever gemotiveerd in het concurrentiebeding op te nemen welke zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding vereisen. De regering zegt het volgende over de inhoud van het beding:

‘Dit noopt de werkgever tot een concrete afweging en voorkomt daarmee een lichtvaardig gebruik van het beding. Zonder motivering is het beding nietig. Wanneer wel een motivering is opgenomen, maar de werknemer van mening is dat er niet of niet meer sprake is van zodanig zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen dat die een concurrentiebeding noodzakelijk maken, kan hij dit voorleggen aan de rechter. Die kan het beding vervolgens vernietigen indien hij meent dat de motivering de noodzaak voor een concurrentiebeding onvoldoende onderbouwt. In het beding zelf dient gemotiveerd te worden welke bedrijfs- of dienstbelangen het betreft en waarom die een concurrentiebeding vereisen.’¹⁴

In het tekst hierboven staat ‘niet of niet meer’, dit betekent dat het concurrentiebeding noodzakelijk moeten zijn op het moment dat het concurrentiebeding wordt aangegaan, maar ook op het moment dat de werkgever zich op het beding beroept. Dit wordt later bevestigd.¹⁵ Daarnaast dient de concrete afweging van de werkgever een lichtvaardig gebruik van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te voorkomen, het concurrentiebeding is namelijk beperkt tot het strikt noodzakelijke. De regering probeert voorzichtig duiding te geven wat de noodzakelijkheid van de bedrijfs- of dienstbelangen kan inhouden:

‘Het belang van de werkgever bij het overeenkomen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst kan gelegen zijn in het beschermen van bedrijfsgeheimen of het voorkomen dat een ex-werknemer bepaalde klanten meeneemt. Daar tegenover staat het grondwettelijk recht van de werknemer op vrijheid van arbeidskeuze, welk recht door een concurrentiebeding wordt beperkt. Maar enige belemmering is inherent aan het concurrentiebeding’¹⁶

In de memorie van toelichting gaat de regering niet verder dan bovenstaande uitleg over de motivering van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In de memorie van toelichting wordt wel uitleg gegeven over het verschil tussen de bedrijfsbelangen en de dienstbelangen, de regering zegt het volgende:

‘Bij dienstbelangen gaat het om werkenden o.b.v. een arbeidsovereenkomst in een publieke organisatie.’¹⁷

Dit betekent dat een publieke organisatie een beroep kan doen op de dienstbelangen en een private organisatie een beroep kan doen op de bedrijfsbelangen. Dit onderscheid is in de

¹⁴ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 7, p. 17.

¹⁵ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 7, p. 130.

¹⁶ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 7, p. 16.

¹⁷ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 7, p. 17.

praktijk niet van belang omdat werkgevers, publiek of privaat, een beroep doen op zowel de bedrijfsbelangen, als de dienstbelangen.

Dus, in beginsel is een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verboden, maar hierop geldt een uitzondering. Deze uitzondering geldt indien de rechter oordeelt dat de schriftelijke motivering voldoende is. De schriftelijke motivering moet bij het aangaan van het concurrentiebeding kenbaar maken waarom het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen en deze noodzakelijkheid moet nog steeds gelden op het moment dat er een beroep wordt gedaan op het concurrentiebeding.

2.3 Aanvullende uitleg van de regering

Uit de memorie van toelichting werd niet helemaal duidelijk wanneer de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen. Aan de regering is daarom gevraagd om voorbeelden te geven wanneer zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen. De minister van SZW antwoordt als volgt:

“Aangezien een werkgever per geval dient te motiveren welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding vereisen, kan geen algemene uitspraak worden gedaan over welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen aan de orde moeten zijn om een dergelijk beding te rechtvaardigen. Dit vergt per geval een specifieke afweging en motivering. Een dergelijke 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.”¹⁸

De beoordeling van de vraag of er daadwerkelijk sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen, is dus een inhoudelijke beoordeling, die weging vergt. Uit de parlementaire geschiedenis vloeien geen handvatten voort die duidelijkheid geven over omstandigheden die vallen onder de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Het gaat steeds om een specifieke afweging, waarbij de motivering gelegen kan 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.”*¹⁹ Kortom, de regering heeft geen duidelijke criteria of handvatten gegeven wat de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen kunnen inhouden, er is door de regering veel ruimte geboden voor casuïstische rechtsvinding en uitkristallisering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen in de rechtspraak. Toch geeft de regering enkele voorbeelden van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. De werkgever kan namelijk een gerechtvaardigd belang hebben bij het tegengaan van oneerlijke concurrentie.²⁰ In 2019 geeft de Minister van SZW een aantal aanknopingspunten:

¹⁸ Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, C, p. 103-104.

¹⁹ Kamerstukken I 2013/2014, 33818, C, p. 93.

²⁰ Kamerstukken II 2019/2020, 35300-XV-61, p. 31.

‘Het beschermen van bijvoorbeeld klantgegevens of bedrijfsgeheimen kan een gerechtvaardigd belang zijn van een werkgever. Het overeenkomen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst kan een effectieve manier zijn om deze te beschermen. Inherent aan een concurrentiebeding is echter dat dit een belemmerende werking heeft voor de werknemer. Gezien het belang van de werknemer dient daarom zorgvuldig gebruik te worden gemaakt van het beding.’²¹

Ook is de minister van SZW duidelijk over een omstandigheid dat niet wordt meewogen in de door de rechter gemaakte belangenafweging:

‘Overigens is het zo dat wanneer een concurrentiebeding wordt gebruikt om mensen vast te houden in tijden van krapte, dit gebruik van het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk als oneigenlijk kan worden beoordeeld door de rechter. In lagere rechtspraak is aangegeven dat krapte op de arbeidsmarkt geen onderdeel uitmaakt van het met een concurrentiebeding rechtens te beschermen belang van de werkgever.’²²

Aan het begin van de intreding van de WWZ was er onduidelijkheid over de overeenkomsten met de Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA). De “zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen” in art. 7:653 BW lijken namelijk op de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zoals deze gelden in de WAA. Volgens de regering is sprake van een fundamenteel verschil tussen de wetten waardoor er in de jurisprudentie aan deze begrippen niet dezelfde uitleg zal worden gegeven.²³

2.4 Concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

De WWZ brengt geen verandering mee voor de motivering van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Maar ook bij een contract voor onbepaalde tijd kan lichtvaardig en oneigenlijk gebruik worden gemaakt van het concurrentiebeding, daarom is het kabinet voornemens om samen met sociale partners te onderzoeken of een aanpassing van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wenselijk is. Dit voornemen om advies te vragen aan de Sociaal-Economische Raad (SER) is per brief van 17 september 2013 aan de Tweede Kamer medegedeeld. Bij gelegenheid van het nader rapport is aangegeven dat de regering heeft besloten daar eventueel pas toe over te gaan nadat de SER over de noodzaak om te komen tot een modernisering van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding heeft geadviseerd.²⁴ Tot op heden is de uitkomst van het onderzoek van de SER niet bekend. In het eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), dus niet de SER, is de werking van de arbeidsmarkt onderzocht. In dit rapport worden een aantal adviezen gegeven, waaronder het advies om de noodzakelijkheid van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ook te laten gelden voor het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.²⁵

²¹ Kamerstukken II 2019/2020, 1094, p. 2 & 3.

²² Kamerstukken II 2019/2020, 1094, p. 4.

²³ Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 7, p. 130.

²⁴ Bitterlich-Straver (2015).

²⁵ Rapport van de commissie Borstlap, p. 66.

Hoofdstuk 3 – Aanwijzingen in de literatuur

3.1 Inleiding

In de literatuur wordt gespeculeerd over wat de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen inhouden. Deze zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen moeten in het concrete geval het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen. Op basis van uitspraken in de literatuur wordt geconcludeerd dat er verschillen en overeenkomsten zijn in de interpretatie van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Volgens de meeste schrijvers is het van belang hoe specifiek het concurrentiebeding is gemotiveerd. Naarmate het concurrentiebeding specifiek is geformuleerd, is de kans groter dat het concurrentiebeding niet wordt vernietigd wegens een gebrek aan zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

3.2 Algemene modellen voor een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat uit het concurrentiebeding moet blijken welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding vereisen. De noodzakelijkheid van het concurrentiebeding is een afweging tussen aan de ene kant de zwaarwegende belangen - die algemener van aard kunnen zijn - en aan de andere kant de op de werkgever gerichte -concrete- individuele noodzakelijkheidstoets. Over deze belangenafweging is in de literatuur overeenstemming gekomen dat de werkgever ‘van goeden huize’ moet komen om aan te kunnen tonen dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vereist is.²⁶

Het duiden van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen in het concurrentiebeding heeft in de praktijk geleid tot het gebruik van modellen. Deze modellen kunnen, na het invullen, gebruikt worden door werkgevers om een concurrentiebeding op te nemen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze modellen zijn vaak algemeen van aard. In de modellen worden plekken opengelaten, op deze blanco plekken dient de werkgever zijn motivatie toe te lichten waarom een concurrentiebeding noodzakelijk is. Het gebruik van deze modellen kan voldoende zijn om een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te rechtvaardigen, maar vanwege het vereiste specifieke karakter van de motivering is op het gebruik daarvan kritiek. Een model kan namelijk al snel te algemeen zijn en is daarom niet specifiek op de werknemer toegesneden. De kritiek op de modellen is gericht op het gebruik van de modellen, niet op de inhoud.

Het lijkt erop dat er overeenstemming is in de literatuur over een aantal omstandigheden die van belang kunnen zijn om de noodzakelijke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen aan te tonen.²⁷ Daarnaast geven de gebruikte tekst en de blanco plekken in de modellen weer wat volgens de makers van de modellen van belang is om een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te rechtvaardigen. De modellen zijn geanalyseerd en de belangrijkste, veel voorkomende gezichtspunten die worden gehanteerd zijn hieronder uiteengezet.

²⁶ Janssen (2014).

²⁷ Bitterlich-Straver (2015).

Omstandigheden die op basis van de modellen en volgens uitspraken in de literatuur mee kunnen spelen in het oordeel van de rechter of de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn opgenomen het concurrentiebeding in die arbeidsovereenkomst kunnen rechtvaardigen, zijn:

- De duur van het concurrentiebeding.
- De functie van de werknemer of de werkzaamheden die worden verricht door de werknemer.
- De grootte van de sector waarbinnen het concurrentiebeding geldt.
- De mate waarin de werknemer informatie en/of kennis krijgt van bedrijfsgevoelige aspecten, hierbij is van belang:
 - in welke mate het bedrijf afhankelijk is van die informatie en/of kennis;
 - wat er gebeurt als derden hier kennis van nemen;
 - in welke mate de werknemer deze informatie en/of kennis dient te weten/kennen voor het uitvoeren zijn functie.
- Technologische veranderingen/verbeteringen binnen de organisatie en unieke/innovatieve producten en/of diensten die de werkgever binnen zijn sector ontwikkelt, hierbij is van belang dat:
 - de producten of de dienstverlening die door werkgever worden ontwikkeld een dusdanig (uniek/innovatief) karakter hebben, dat elke vorm van informatie daarover is onderworpen aan een strikt geheimhoudingsregime;
 - de werkgever voor het bestaan van zijn onderneming (volledig/grotendeels) afhankelijk is van de unieke door hem ontwikkelde producten/kennis en/of bijbehorende dienstverlening;
 - de positie die werkgever daarmee inneemt in de markt waarop hij actief is.
- De mate waarin de werkgever in de motivering tot uitdrukking brengt waarom juist de betreffende individuele werknemer met het oog op de door hem uit te voeren werkzaamheden en de kennis die hij daarbij zal opdoen, door de werkgever gebonden moet worden aan een concurrentiebeding.
- De grootte van de markt waarop de werkgever zich begeeft en de mate waarin diens positie zou kunnen worden aangetast door een nieuwe speler.

Op basis van een analyse van de modellen en uitspraken in de literatuur, kan worden geconcludeerd dat de werkgever dient te motiveren dat het concurrentiebeding van toepassing is wegens specifieke werkzaamheden of een specifieke functie en dat in het concrete geval voor de tijdelijke arbeidsovereenkomst het opnemen van een concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Daarbij dient de werkgever de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen concreet te benoemen en uit te werken, waarbij algemene omschrijvingen zo veel mogelijk vermeden moeten worden.²⁸

In de motivering van het concurrentiebeding dient de werkgever het doel van het concurrentiebeding goed te omschrijven. In het doel van het concurrentiebeding moet naar voren komen dat het concurrentiebeding moet voorkomen dat concurrerende partijen soortgelijke of gelijke producten en/of diensten kunnen ontwikkelen op basis van recente, specifieke, strategische, cruciale en/of essentiële kennis die de werknemer vanuit zijn

²⁸ Houweling & Loonstra (2011).

dienstverband met werkgever meeneemt naar een andere bedrijf of deze kennis voor zichzelf gaat gebruiken, met als gevolg mogelijk grote (financiële) schade voor de werkgever.

Uit de tot nu toe gepubliceerde rechtspraak volgt dat veelal wordt geoordeeld dat de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen onvoldoende concreet zijn geformuleerd. De omschrijving van de specifieke kennis en/of bedrijfsinformatie die (ten aanzien van de functie) beschermd dient te worden blijkt regelmatig te ontbreken of de rechterlijke toets niet te doorstaan. Besselink en Snippenburg opperen dat rechters bij twijfel niet oversteken en de werknemer alsdan het voordeel van de twijfel geven.²⁹ Maar hoe concreet moeten de bedrijfs- of dienstbelangen worden beschreven? Moeten de geheimen van het bedrijf al op papier staan voordat de werknemer dus daadwerkelijk bij zijn werkgever gaat werken of is een abstracte verwijzing naar een bepaalde techniek of dergelijke genoeg?

3.3 Hoe specifiek moeten de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen beschreven worden?

Het lukt werkgevers vaak niet om de rechter ervan te overtuigen dat het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.³⁰ De lat ligt dus hoog. Het probleem om de noodzakelijkheid van het concurrentiebeding aan te tonen, lijkt met name te zitten in het voldoende concreet benoemen van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen als zodanig en vervolgens het adequaat formuleren van de noodzaak om deze belangen te beschermen door middel van een concurrentiebeding. Complicerende factor daarbij is dat de concrete formulering van de motivering al snel zal worden begrensd doordat een werkgever daarin geen essentiële informatie zal willen prijsgeven. Dit heeft ertoe geleid dat het ingewikkeld is om een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zodanig te formuleren dat dit op voorhand de stempel 'houdbaar' kan krijgen, maar waarbij toch niet te veel informatie wordt prijsgegeven.

Het kan uiteraard niet zo zijn dat een werkgever gedwongen wordt om in zijn motivering bedrijfsgevoelige informatie prijs te geven. De vraag is hoe ver de werkgever moet gaan. Indien niet voldoende is gemotiveerd waarom het beding noodzakelijk is, zouden rechters namelijk kunnen oordelen dat de noodzaak wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen ontbreekt en/of onvoldoende kenbaar is gemaakt aan de werknemer en het concurrentiebeding daarom geheel vernietigen. De werkgever wil het liefst zo min mogelijk concurrentiegevoelige aspecten in het concurrentiebeding weergeven, de arbeidsovereenkomst is immers een document waarvan de werknemer tevens een afschrift ontvangt en onder zich mag houden. Het kan gemakkelijk in verkeerde (lees: concurrerende) handen vallen. Stel dat de werkgever niet goed kan of wil hardmaken dat hij een concurrentiebeding nodig heeft in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan ligt het voor de hand om uit te wijken naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mét concurrentiebeding waarvoor nu eenmaal lichtere eisen bestaan. Deze uitwijkmogelijkheid past ook goed in één van de beoogde doelstellingen van de WWZ, namelijk minder flexwerkers.³¹ Met de keuze van de werkgever om een concurrentiebeding op te nemen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt door hem meer risico genomen dan wanneer de werkgever een concurrentiebeding opneemt in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Want bij een concurrentiebeding in een

²⁹ Besselink & Van Snippenburg (2017).

³⁰ Besselink & Van Snippenburg (2017).

³¹ Besselink & Van Snippenburg (2017).

arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bestaan strengere eisen en is het vooraf niet duidelijk of het concurrentiebeding, bij een beroep op vernietiging daarvan, zal blijven staan.

Uit analyse van de modellen en uitspraken in de literatuur blijkt dat naarmate de motivering van het concurrentiebeding concreter en specifiekter op de werknemer is toegesneden, de kans groter is dat de noodzakelijkheid van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangenomen door de rechter. Maar een concurrentiebeding kan ook worden vernietigd doordat de producten en/of diensten die beschermd dienen te worden, of een opsomming van de te beschermen relaties van de werkgever, te gedetailleerde zijn beschreven. De situatie op het moment van aangaan van het concurrentiebeding kan namelijk verschillen van de situatie op het moment dat een beroep wordt gedaan op het concurrentiebeding. Door het concurrentiebeding te specifiek te formuleren kan het zijn dat de inhoud van het concurrentiebeding niet meer toepasselijk is voor de nieuwe situatie. Bijvoorbeeld een werkgever die in het concurrentiebeding motiveert dat het concurrentiebeding wordt opgenomen om techniek A te beschermen, maar op het moment dat een beroep wordt gedaan op het concurrentiebeding de werkgever wil voorkomen dat de (nieuwe) techniek B in handen van concurrenten komt. In een dergelijke situatie kan het zijn dat het concurrentiebeding niet kan worden toegepast voor het beschermen van techniek B. Door deze tegenstrijdigheid dient een middenweg gekozen te worden tussen een specifieke omschrijving zodat het concurrentiebeding geldig is, maar ook niet te specifiek dat er een kans is dat deze niet meer geldig is door veranderingen. Daarnaast is een te abstract concurrentiebeding ook niet wenselijk. Een concurrentiebeding dat als een standaardbepaling op meerdere werknemers van de werkgever wordt toegepast, zal waarschijnlijk niet voldoen aan het vereiste specifieke karakter van de motivering.³²

³² Bitterlich-Straver (2015).

Hoofdstuk 4 - Jurisprudentieonderzoek

4.1 Inleiding

De rechter heeft geen duidelijke handvatten gekregen voor de belangenafweging die hij moet maken wanneer een gemotiveerd concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Dit is het gevolg van de grote vrijheid die aan de rechter is gegeven. Echter heeft de rechter weinig tot geen vrijheid bij een geheel gebrek aan motivering van het concurrentiebeding. Volgens de huidige rechtspraak en wetgeving blijkt namelijk dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nietig is als niet is voldaan aan de daarin opgenomen vereisten, een eis is om het concurrentiebeding te motiveren. Immers, een concurrentiebeding kan niet worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als geen sprake is van de voor de geldigheid van een dergelijk beding opgenomen motivering. Als wel sprake is van een motivering maar deze gebreken kent, is ervoor gekozen om de rechter de bevoegdheid te geven het beding te vernietigen omdat dit geen kwestie is van het vaststellen van een feit, maar een inhoudelijke beoordeling die weging vergt.³³

Voordat inhoudelijk wordt ingegaan op de uitspraken van de rechter is het goed om twee algemeenheden te schetsen:

- 1) Indien de werkgever zich in de bodemprocedure op de rechtsgevolgen van het concurrentiebeding wil beroepen, zal het aan de werkgever zijn om te stellen dat, in weerwil van artikel 7:653 lid 1 aanhef en onder a BW, het concurrentiebeding rechtsgeldig tot stand is gekomen. In dat verband zal de werkgever feiten moeten stellen en, bij betwisting, bewijzen die het oordeel rechtvaardigen dat het overeenkomen van het concurrentiebeding bij het aangaan van de overeenkomst en ten tijde van het beroep erop, noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.³⁴
- 2) Daarnaast is volgens vaste jurisprudentie een eenmaal (in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) schriftelijk overeengekomen concurrentie- en/of relatiebeding ook geldig voor opeenvolgende verlengingsovereenkomsten die, al dan niet stilzwijgend, onder gelijkblijvende voorwaarden zijn gesloten.³⁵

Voor de inwerkingtreding van de WWZ was de feitenrechtspraak van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ook casuïstisch van aard, toch werd een aantal omstandigheden regelmatig door rechters meegewogen.³⁶ Omstandigheden die voor 2015 het concurrentiebeding noodzakelijk konden maken zijn: de investeringen van de werkgever in de opleiding van de werknemer, de vakbekwaamheid van de werknemer, bescherming van het bedrijfsdebet en de vrees voor benadeling door de werknemer doordat deze beschikt over bedrijfsgevoelige informatie. Het ligt voor de hand dat deze omstandigheden ook na intreding van de WWZ worden gehanteerd, echter kan de weging van de omstandigheden zijn veranderd.

³³ *Kamerstukken II*, 2013/2014, 33818, nr. 7, p. 27 & 28.

³⁴ Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2018, ECLI:NL:GHSE:2018:68, r.o. 3.10.

³⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7282.

³⁶ Houweling & Loonstra (2011).

In dit hoofdstuk wordt eerst beschreven wanneer een concurrentiebeding van rechtswege nietig is, oftewel wanneer geen motivering aanwezig is. Vervolgens wordt in kaart gebracht welke omstandigheden invloed kunnen hebben op het oordeel van de rechter wanneer een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen wordt gerechtvaardigd. Daarna wordt aan de hand van voorbeelden beschreven wanneer het concurrentiebeding voldoende specifiek is zodat het concurrentiebeding noodzakelijk wordt geacht en wanneer dit niet het geval is. Tot slot wordt het verschil tussen een voldoende en onvoldoende gemotiveerd concurrentiebeding geduid.

4.2 Geen motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen

De rechter is helder en consequent over de gevolgen van het niet opnemen van een motivering in het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, het concurrentiebeding is dan namelijk van rechtswege nietig.³⁷ Ondanks dat de rechter helder is, is meermaals (tevergeefs) een poging gedaan om de rechter ervan te overtuigen dat een niet (of zeer summier) gemotiveerd concurrentiebeding, toch is gemotiveerd. Hieronder volgen enkele ‘bijzondere’ pogingen waarbij de rechter alsnog oordeelt dat het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet is gemotiveerd.

Het concurrentiebeding, met daarin de motivering, dient bij het aangaan of verlengen van de arbeidsovereenkomst te zijn opgenomen, het beding blijft nietig indien de motivering van het concurrentiebeding pas op een later moment is toegevoegd. Het feit dat het concurrentiebeding bij herbevestiging in de vaststellingsovereenkomst is gemotiveerd leidt niet tot een ander gevolg, met de herbevestiging wordt de nietigheid van het oorspronkelijke beding dus niet gerepareerd.³⁸ De rechter is ook duidelijk over de overgangsregels betreffende de situatie van voor de inwerkingtreding van de WWZ en daarna. Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dat is aangegaan vóór 2015 en wordt verlengd nadat de WWZ in werking is getreden leidt niet tot een uitzondering op de regel.³⁹ De werkgever volstaat niet met een verwijzing naar een niet gemotiveerd concurrentiebeding van voor de inwerkingtreding van de WWZ, het concurrentiebeding is dan nietig. Ook een inhoudsloze motivering, oftewel constatering, heeft nietigheid tot gevolg. In een enkel geval is zelfs geoordeeld dat de motivering te algemeen was om als motivering te kunnen dienen.⁴⁰ Kortom, een gebrek aan schriftelijke motivering leidt tot nietigheid en kent tot op heden geen uitzonderingen.

In de praktijk oordeelt de rechter vrij snel dat een motivering die minimaal is, voldoet aan de motiveringseis van art. 7:653 lid 2 BW, vervolgens wordt op grond van art. 7:653 lid 3 onder a BW, de noodzakelijkheid vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, geoordeeld dat het beding moet worden vernietigd.⁴¹

³⁷ Rb. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7559, Rb. Oost-Brabant 28 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6797, Hof Amsterdam 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3932 en Rb. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4300.

³⁸ Rb. Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7593, Rb. Rotterdam 18 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7885 en Rb. Gelderland 16 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:360.

³⁹ Rb. Oost-Brabant 28 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6797.

⁴⁰ Rb Noord-Nederland 4 april 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1199, r.o. 5.8.

⁴¹ Rb Amsterdam 23 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4864, Rb Noord-Nederland 8 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2296, Rb Amsterdam 24 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1680 en Rb Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:381.

4.3 Zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen

Indien de rechter heeft geoordeeld dat sprake is van een motivering van het concurrentiebeding, dan oordeelt de rechter vervolgens of het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. In dit deelhoofdstuk worden de omstandigheden die de rechter meeweegt of een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen op een rijtje gezet. Omdat de omstandigheden die de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen uitmaken verschillen per situatie, worden de omstandigheden die de rechter van belang acht voor de weging of de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen een concurrentiebeding rechtvaardigen van de casus geabstraheerd. Er is gekozen om niet alle omstandigheden die de rechter heeft genoemd op te nemen. Omstandigheden die worden aangehaald waarover geen algemene uitspraken gedaan kunnen worden, worden niet meegenomen in onderstaande omstandigheden. Hieronder wordt beschreven welke gezichtspunten wel, en niet, van belang kunnen zijn en hoe deze al dan niet tot uiting kunnen komen. De afweging van de belangen hangt af van de omstandigheden van het geval, daarom kan in de praktijk een bepaalde omstandigheid de ene keer doorslaggevend zijn en de andere keer niet door de rechter worden meegenomen in de belangenafweging.

4.3.1 Omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de beoordeling of het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen

Hieronder volgt een opsomming van omstandigheden die relevant kunnen zijn. Voor elke omstandigheid wordt uitgelegd hoe de omstandigheid tot uiting kan komen en wat voor invloed de omstandigheid kan hebben op het oordeel van de rechter.

4.3.1.1 *De geografische reikwijdte*

In de door de rechter gemaakt belangenafweging wordt de geografische reikwijdte van het concurrentiebeding altijd meegenomen. Hierbij geldt dat indien de straal van het concurrentiebeding groter is, de weging van de noodzakelijkheid daarvan zwaarder zal zijn en andersom. Ook wordt rekening gehouden met andere factoren, zoals de grote van de branche waar het concurrentiebeding voor geldt of bepaalde gebieden waarin de activiteit binnen een branche hoger is. Hierbij geldt over het algemeen dat indien er minder concurrenten zijn waar de voormalig werknemer kan werken, er een ruimere geografische reikwijdte noodzakelijk wordt geacht en andersom.⁴²

4.3.1.2 *De duur van het concurrentiebeding*

Ook de duur van het concurrentiebeding wordt altijd meegenomen in de belangenafweging door de rechter. Hierbij geldt dat indien de duur van het concurrentiebeding langer is, de weging van de noodzakelijkheid daarvan zwaarder is en andersom. Bij de duur van het concurrentiebeding wordt rekening gehouden met verlies van kennis, ervaring of informatie naarmate de tijd vordert. Bijvoorbeeld informatie over prijzen en dergelijke die naar haar aard na verloop van tijd minder concurrentiegevoelig worden.⁴³

⁴² HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313.

⁴³ Rb. Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1385, r.o. 4.7.

4.3.1.3 De bekendheid met concurrentiegevoelige aspecten van het bedrijf

De bekendheid met de bedrijfsgeheimen, bedrijfstechnieken of andere concurrentiegevoelige aspecten van een onderneming kunnen van grote invloed zijn op het oordeel van de rechter of het concurrentiebeding noodzakelijk is. Indien een werknemer bekend is met de concurrentiegevoelige aspecten van de onderneming, dan is van belang in welke mate de onderneming afhankelijk is van deze concurrentiegevoelige aspecten. Bij een onderneming dat voor zijn bedrijfsvoering sterk afhankelijk is van concurrentiegevoelige aspecten, wordt sneller aangenomen dat een concurrentiebeding noodzakelijk is. Maar bekendheid met bepaalde geheimen van het bedrijf hoeft niet te betekenen dat het concurrentiebeding automatisch noodzakelijk is. In de uitspraak van de Hoge Raad op 8 maart 2019 wordt namelijk geoordeeld dat het concurrentiebeding niet noodzakelijk hoeft te zijn wanneer de werknemer op de hoogte is van de bedrijfsgeheimen.

‘De werknemer is wel bekend met bepaalde geheimen van het bedrijf die het bedrijf kenmerken, maar dat is een beperkt aantal van die geheimen die het bedrijf kenmerkt. Daarnaast gelden deze geheimen maar voor een bepaald aantal klanten van de werkgever.’⁴⁴

Het hoeft geen verschil te maken hoe de werknemer op de hoogte is gekomen van de concurrentiegevoelige aspecten. Dat de werknemer voor zijn werkzaamheden binnen de onderneming geen gebruik maakt van de concurrentiegevoelige aspecten of deze eigenlijk niet hoeft te weten, doet niet aan af aan het feit dat hij wel op hoogte is van de concurrentiegevoelige aspecten.

Het is wel van belang in welke mate de werknemer op de hoogte is van de concurrentiegevoelige aspecten en of de werknemer deze concurrentiegevoelige aspecten zou kunnen reproduceren. De mogelijkheid om de concurrentiegevoelige aspecten te reproduceren zal afhangen van hoe uitgebreid en technisch deze informatie/techniek is. Indien de informatie zeer uitgebreid is, denk aan meetings over meerdere dagen en de werknemer heeft geen naslagwerk, dan gaat de rechter ervan uit dat de werknemer de bedrijfsgevoelige informatie niet kan doorspelen naar een concurrent, aangezien de informatie te complex is om te herproduceren.⁴⁵ Indien de werknemer aan veel bedrijfsgevoelige informatie is blootgesteld, is het aannemelijker dat het concurrentiebeding noodzakelijk wordt geacht door de rechter.

‘Dat werknemer slechts bekend is met de receptuur van een gering aantal concurrentiegevoelige informatie voor enkele specifieke klanten in de Benelux, dat hij niet betrokken was bij het verkoopproces en dat hij bij werkgever geen specifieke kennis heeft opgedaan waarmee hij in zijn nieuwe functie nadeel aan voormalig werkgever zou kunnen toebrengen, heeft het hof niet aannemelijk geacht.’⁴⁶

Uit bovenstaande citaat valt af te leiden dat de werknemer wel bekend is met bepaalde geheimen van het bedrijf die het bedrijf kenmerken, maar dat de werknemer slechts bekend is met een beperkt aantal van die geheimen, daarnaast gelden deze geheimen maar voor een bepaald aantal klanten van de werkgever. Mede hierdoor is het concurrentiebeding in deze zaak niet noodzakelijk.

⁴⁴ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 2.46.

⁴⁵ Rb. Midden-Nederland 19 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1216.

⁴⁶ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 2.46.

4.3.1.4 De werkzaamheden die de werknemer verricht

Ook het feit dat de werknemer betrokken is bij de belangrijkste klanten van de werkgever kan worden meegewogen in de belangenafweging door de rechter. Indien de werknemer als ‘spin in het web’ van de onderneming of een afdeling van de onderneming wordt gezien, is de kans groter dat de werknemer de concurrentiegevoelige aspecten van zijn werkgever kent en daarom wordt het concurrentiebeding sneller noodzakelijk geacht. Ook indien de werknemer veel kennis heeft over de belangrijkste klanten, kan een concurrentiebeding eerder worden gerechtvaardigd. Volgens de rechter kan de werknemer dan de zakelijke mogelijkheden van de voormalig werkgever benutten.⁴⁷

De functie van de werknemer is niet doorslaggevend. Het toegang hebben tot de informatie/technieken die beschermd dienen te worden kan al genoeg zijn. Het kan zo zijn dat de werknemer, net als veel andere werknemers, toegang heeft tot een bepaald systeem waarin al deze bedrijfsgevoelige informatie is opgeslagen. Dat de werknemer maar een klein deel van deze informatie gebruikt voor de uitoefening van zijn werkzaamheden, weegt niet zwaarder dan de toegang die de werknemer heeft tot alle bedrijfsgevoelige informatie die in dat systeem staat.⁴⁸ De functieomschrijving van de werknemer kan wel van belang zijn bij discussie over de werkzaamheden van de werknemer. De functieomschrijving in de arbeidsovereenkomst kan de werkzaamheden van de werknemer specificeren, op basis daarvan kan worden geoordeeld of de werknemer toegang had tot de concurrentiegevoelige aspecten van de onderneming.⁴⁹ Kortom, het hoeft niet van belang te zijn in welke mate de werknemer voor zijn werkzaamheden gebruikt maakt van de bedrijfsgevoelige informatie, het feit dat de werknemer toegang heeft tot de informatie kan al doorslaggevend zijn.

4.3.1.5 De genoten opleiding bij de voormalig werkgever

De omstandigheid dat de werkgever heeft geïnvesteerd in de opleiding van de werknemer kan worden gebruikt om de noodzakelijkheid van het concurrentiebeding aan te tonen.⁵⁰ Indien de werkgever heeft geïnvesteerd in de opleiding, is het aannemelijker dat het concurrentiebeding noodzakelijk is. De rechter oordeelt dat indien een werknemer geen opleiding heeft gevolgd voordat hij in dienst trad bij de voormalig werkgever of ervaring heeft die aansluit bij de werkzaamheden die hij heeft uitgevoerd bij de voormalig werkgever, dan is het waarschijnlijker dat de werknemer is opgeleid door de werkgever.⁵¹

De werkgever kan niet klakkeloos een beroep doen op de investering(en) die hij heeft gedaan in het opleiden van de werknemer. Een inwerktraject is volgens de rechter niet gelijk aan een opleiding, daarom wordt de investering in de opleiding van de werknemer niet meegewogen zolang de intensiteit en de duur gebruikelijk is voor de branche waarin de werknemer werkt. Daarnaast kunnen de gemaakt kosten voor de opleiding niet als hoofdargument worden gebruikt, hiervoor kan namelijk een studiekostenbeding worden opgenomen.⁵² Deze redenering impliceert een ultimatum remedium benadering. Het beschermen van de belangen van de werkgever met een concurrentiebeding is pas geoorloofd als de bescherming van de

⁴⁷ Rb. Noord-Nederland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006.

⁴⁸ Rb. Midden-Nederland 19 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1216.

⁴⁹ Rb. Noord-Nederland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006.

⁵⁰ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 2.48.

⁵¹ Rb. Noord-Holland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006, r.o. 5.8.

⁵² Rb. Amsterdam 23 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4864, r.o. 10.

belangen van de werkgever niet op een andere wijze is te realiseren, zoals met een geheimhouding- of een studiekostenbeding.

4.3.1.6 *Nieuwe werkgever is een geduchte concurrent*

Het vaststellen dat de werknemer op de hoogte is van concurrentiegevoelige aspecten van de werkgever is niet genoeg om een werknemer aan het concurrentiebeding te houden. Voor een geldig beroep op het concurrentiebeding is het nodig dat de werknemer de concurrentiegevoelige informatie kan toepassen in zijn eigen onderneming of bij een concurrent, daarnaast moet deze toepassing financiële schade aan de zijde van de voormalig werkgever opleveren. Hierbij is van belang dat ook echt sprake is van concurrentiegevoelige aspecten, indien de werknemer de concurrentiegevoelige aspecten niet kan toepassen bij zijn nieuwe werkgever of in zijn onderneming, dan kan geen beroep worden gedaan op het concurrentiebeding. Indien een beroep wordt gedaan op het concurrentiebeding, dient de nieuwe werkgever een ‘geduchte concurrent’ te zijn van de voormalig werkgever. Een voorbeeld van een geduchte concurrent is de werkgever die werkzaam is in een bijzondere branche, waarin werknemers opgeleid dienen te worden voordat de speciale technieken, die het bedrijf kenmerken, toegepast kunnen worden en de nieuwe werkgever ook deze speciale technieken toepast.⁵³ Het is daarom belangrijk te specificeren om wat voor bedrijfsgevoelige informatie het gaat, echter hoeft de branche zelf niet genoemd te worden. Indien de nieuwe werkgever verder in de keten zit van een productieproces, dan wordt deze onderneming niet als concurrent gezien.⁵⁴

‘Hij zal dus andere werkzaamheden gaan uitvoeren en zijn nieuwe werkgever kan ook niet direct gebruik maken van de geheimen. Daarnaast verkoopt zijn nieuwe werkgever niet binnen de Benelux, maar buiten Europa, dit is dus ook een ander gebied.’⁵⁵

4.3.1.7 *Specifiek benoemen waarom werknemer gebonden is.*

Zoals bekend moet de werkgever per geval een specifieke afweging en motivering maken waarom een concurrentiebeding is vereist. Het lijkt erop dat de werkgever hier niet aan voldoet, als bij alle werknemers binnen een bepaalde afdeling hetzelfde concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen. Indien alle werknemers met bijvoorbeeld een commerciële functie hetzelfde concurrentiebeding hebben, dan is het concurrentiebeding waarschijnlijk niet voldoende op werknemer toegesneden. De rechter doet geen uitspraak over een maximum aantal werknemers dat eenzelfde concurrentiebeding mag hebben, wil het concurrentiebeding noodzakelijk worden geacht.⁵⁶ De rechter zegt ook dat het in bepaalde gevallen denkbaar is dat meerdere werknemers hetzelfde concurrentiebeding in hun arbeidsovereenkomst hebben opgenomen. In een zaak waarbij alle werknemers met een commerciële functie hetzelfde concurrentiebeding in hun arbeidsovereenkomst hebben opgenomen oordeelt de rechter als volgt:

⁵³ Rb. Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1386, r.o. 4.6.

⁵⁴ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 2.49.

⁵⁵ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 2.46.

⁵⁶ Hof ‘s-Hertogenbosch 7 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1692, r.o. 3.3.7.

‘Niet omschreven is om welke concrete klant- en prospectgegevens en marktbewerkingsplan het nu precies gaat, waarmee deze werknemer het bedrijfsdebiets van werkgever daadwerkelijk in gevaar kan brengen, zodat het daarop gerichte non-concurrentiebeding absoluut noodzakelijk is.’⁵⁷

Hieruit zou je kunnen afleiden dat het feit dat meerdere werknemers hetzelfde concurrentiebeding in hun arbeidsovereenkomst hebben opgenomen niet hoeft te leiden tot een onvoldoende gemotiveerd concurrentiebeding. De rechter gaat namelijk niet in op het gegeven dat meerdere werknemers hetzelfde concurrentiebeding hebben opgenomen in de arbeidsovereenkomst, de rechter oordeelt dat het concurrentiebeding niet noodzakelijk is vanwege een andere reden. Deze afweging wordt gemaakt in meerder uitspraken. Indien werknemers met dezelfde functie een concurrentiebeding in hun arbeidsovereenkomst hebben opgenomen, waarin staat dat het concurrentiebeding van een soortgelijke duur is, dan is het aannemelijker dat het concurrentiebeding niet specifiek op de werknemer is toegesneden. Indien het concurrentiebeding juist van een andere duur is en niet blijkt waarom juist de concrete werknemer aan een concurrentiebeding wordt gehouden van een bepaalde duur, dan is het ook aannemelijk dat het concurrentiebeding niet voldoende op de werknemer is toegesneden.⁵⁸

‘Dat er een afweging heeft plaatsgevonden over de duur van het beding in relatie tot de specifieke situatie van werknemer blijkt in ieder geval niet uit het concurrentiebeding of de toelichting daarop. Uit de tekst van het beding en de toelichting daarop blijkt overigens ook niet dat deze het resultaat is van een afweging van de belangen van werkgever en werknemer.’

Meerdere werknemers zouden eenzelfde concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst kunnen hebben, maar naar mate meer werknemers een(zelfde) concurrentiebeding in hun arbeidsovereenkomst hebben staan is de kans vaak groter dat deze niet specifiek voor de individuele werknemer is gemotiveerd en afgewogen. Dit blijkt ook uit het oordeel van het hof:

‘De motivering van het concurrentiebeding had specifiekere toegesneden kunnen worden op de werkzaamheden die werknemer feitelijk vervulde. Zo blijkt uit de pleitnotitie dat werknemer alle lease-aanvragen behandelde, dat hij de digitale prijslijsten van de afdeling verkoop maakte en dat hij betrokken was bij de rapportages over verkoopkansen. Onder 26 in de memorie van grieven wordt vermeld dat werknemer de sleutelfiguur op de binnendienst was en dat hij toegang had tot alle informatiekanalen en vertrouwelijke documenten. Met de omschrijving van deze werkzaamheden in het non-concurrentiebeding had werknemer de noodzaak van het non-concurrentiebeding kunnen toespitsen.’⁵⁹

⁵⁷ Rb. Limburg 1 oktober 2018 ECLI:NL:RBLIM:2018:9246, r.o. 4.6.

⁵⁸ Rb. Oost-Brabant 28 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6797, r.o. 3.7.

⁵⁹ Hof ‘s-Hertogenbosch 7 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1692, r.o. 3.3.7.

De rechter oordeelt dat sprake had kunnen zijn van noodzakelijke bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding rechtvaardigen, maar dat de motivering te algemeen is. Dat de motivering algemeen is bleek onder andere uit het gegeven dat de werkgever bij meerdere werknemers hetzelfde concurrentiebeding in hun arbeidsovereenkomst heeft opgenomen en dat de werkgever tijdens het pleiten wel duidelijk kon maken waarom juist voor de werknemer in het concrete geval een concurrentiebeding gerechtvaardigd is.

4.3.2 Omstandigheden die tot op heden niet van belang zijn geweest voor de beoordeling of het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen
De omstandigheden die een rol kunnen spelen in de rechtvaardiging van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn benoemd. Nu volgt een opsomming van omstandigheden die eerder zijn aangevoerd, maar waarbij de rechter heeft geoordeeld dat deze niet relevant zijn voor de belangenafweging.

4.3.2.1 De werknemer die bij zijn nieuwe werkgever ook een concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst heeft opgenomen

Het hof en de Hoge Raad hebben de situatie dat de werknemer bij de nieuwe werkgever ook een concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst heeft opgenomen niet meegenomen in de belangenafweging.⁶⁰ Uit de omstandigheid dat de werknemer bij zijn nieuwe werkgever ook een concurrentiebeding heeft afgesloten (heeft moeten afsluiten) kan niet worden afgeleid dat een concurrentiebeding noodzakelijk is. Hieruit blijkt hooguit dat dit in de branche gebruikelijk is. Niet valt echter in te zien waarom dit een omstandigheid is die het belang van werkgever bij naleving van het beding ondersteunt.

4.3.2.2 Opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer

Indien sprake is van een arbeidsovereenkomst met tussentijdse opzegmogelijkheid, staat het de werknemer vrij om op grond van art. 7:667 lid 3 BW zijn contract tussentijds te beëindigen met inachtneming van de opzegtermijn. De werknemer hoeft daarover niet in overleg te treden met werkgever. De vrije arbeidskeuze, die in art. 19 van de Grondwet is verankerd, zorgt ervoor dat de rechter de opzegging door de werknemer niet als omstandigheid meeweegt.⁶¹

4.3.2.3 Krapte op de arbeidsmarkt

Krapte op de arbeidsmarkt wordt door de rechter niet meegewogen in de belangenafweging. Een krappe arbeidsmarkt valt niet onder zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, want het opnemen van een concurrentiebeding met als doel een werknemer vast te houden staat lijnrecht tegenover de vrije arbeidskeuze van art. 19 Grondwet.⁶²

4.3.2.4 Standpunt/mening van de werknemer of de werkgever of sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen

De rechter oordeelt of sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding rechtvaardigen. De mening van de werknemer of de werkgever of sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen doet niet ter zake. Ook als de werknemer zelf stelt dat sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen wordt dit niet

⁶⁰ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 2.47.

⁶¹ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 2.50.

⁶² Rb. Midden-Nederland 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:416.

meegenomen in de belangenafweging.⁶³ Hieruit blijkt dat de belangenafweging feitelijk is, een mening maakt daar geen onderdeel van uit.

4.3.2.5 Branchegerichte motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen

In de motivering van het concurrentiebeding hoeft de branche waarin de werknemer werkt niet specifiek beschreven te worden. Het gaat erom dat de door de werkgever gemaakte afweging voldoende kenbaar moet zijn voor de werknemer. Het opnemen van ‘dezelfde zaken en/of diensten als de onderneming van de werkgever’ is genoeg.⁶⁴

4.4 Wat is voldoende specifiek?

De rechter oordeelt dat ‘enige’ motivering niet voldoende is, de vraag is dan wanneer een motivering wel voldoende is. Eventuele vernietiging van een concurrentiebeding is aan de orde wanneer er weliswaar een motivering is opgenomen, maar vast komt te staan dat op het moment van aangaan van het concurrentiebeding of op het moment dat een beroep wordt gedaan op het concurrentiebeding, geen sprake is van zodanige zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen dat die een concurrentiebeding noodzakelijk maken. De rechter kan het concurrentiebeding vernietigen als hij van mening is dat de motivering van de noodzaak van het concurrentiebeding onvoldoende is onderbouwd.

‘In het beding zelf dient gemotiveerd te worden welke bedrijfs- of dienstbelangen het betreft en waarom die een concurrentiebeding vereisen. Dit noopt de werkgever tot een concrete afweging en voorkomt daarmee een lichtvaardig gebruik van het beding.’

De Hoge Raad stelt dat een werkgever voldoende moet motiveren waarom een concurrentiebeding noodzakelijk is voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en dat het voor de werknemer kenbaar moet zijn welke afwegingen de werkgever heeft gemaakt. Dit leidt ertoe dat een werkgever niet enkel kan volstaan met het opschrijven van een beschrijving van zijn bedrijfseconomisch belang, dat mogelijk wordt geschaad als de werknemer bij de concurrent gaat werken. De werkgever zal de noodzaak van het opnemen van een concurrentiebeding moeten koppelen aan de kennis en informatie waarover de werknemer gaat beschikken. De werkgever zal per situatie moeten motiveren welke zwaarwegende belangen een concurrentiebeding rechtvaardigt.⁶⁵ Om in te schatten wanneer de motivering van het concurrentiebeding voldoende specifiek is geformuleerd, wordt eerst onderzocht wanneer het concurrentiebeding onvoldoende specifiek is gemotiveerd, vervolgens wanneer het concurrentiebeding voldoende specifiek is gemotiveerd en tot slot wordt het verschil tussen een voldoende en onvoldoende gemotiveerd concurrentiebeding geduid.

4.4.1 Onvoldoende specifiek gemotiveerd concurrentiebeding

De rechter oordeelt niet snel dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voldoende specifiek is geformuleerd. Voorbeelden waarbij de rechtvaardiging van het concurrentiebeding onvoldoende specifiek is gemotiveerd zijn: ‘de waarborging van

⁶³ Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 2019, ECLI:NL:GHSE:2019:1692.

⁶⁴ Rb. Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1385, r.o. 4.4.

⁶⁵ HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 10-15.

het voortbestaan van de werkgever’ en *‘het belang van de continuïteit van de werkgever’*.⁶⁶ Daarnaast is een algemene opsomming van belangen als het voorkomen van weglekken van *‘kennis van klantenbestand’* en *‘bedrijfsprocessen’* vaak niet voldoende. Deze bewoordingen kunnen voor veel werkgevers relevant zijn en maken niet duidelijk waarom juist de betrokken werkgever bescherming nodig heeft.⁶⁷ Daarnaast hoeft het feit dat een werknemer meer kennis krijgt van een bedrijf geen gegronde reden te zijn om een concurrentiebeding op te nemen.

*‘Werkgever heeft als schriftelijke motivering een algemene en uitvoerige opsomming gegeven van belangen, die ook voor ieder ander commercieel bedrijf kan gelden. Het feit dat een werknemer in de uitoefening van zijn functie kennis en ervaring over bedrijfsprocessen, klanten en leveranciers heeft opgedaan waar zijn nieuwe (concurrerende) werkgever profijt van kan hebben, is inherent aan zijn vertrek en is een omstandigheid die in zijn algemeenheid voor alle werkgevers geldt.’*⁶⁸

De rechter bedoelt met deze uitleg niet dat de omstandigheden ertoe leiden dat een concurrentiebeding niet gerechtvaardigd zou zijn. Want als het concurrentiebeding specifiek was geformuleerd, was er een kans geweest dat het concurrentiebeding noodzakelijk werd geacht.

*In de toelichting op het beding had werkgever duidelijk en concreet moeten vermelden welke specifiek door werknemer te verwerven bedrijfsinformatie, kennis en ervaring het betreft, waarmee hij het bedrijfsdebiets van werkgever daadwerkelijk in gevaar kan brengen, zodat het daarop gerichte concurrentiebeding absoluut noodzakelijk is.’*⁶⁹

Aan de hand van deze bewoordingen kan worden opgemaakt dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen geldig is indien deze absoluut noodzakelijk is en dat het beding specifiek moet worden toegesneden op de werknemer. De rechter kan namelijk oordelen dat een concurrentiebeding gerechtvaardigd zou kunnen zijn, maar dat uit het concurrentiebeding zelf niet blijkt waarom het juist voor de betrokken werkgever en werknemer een concurrentiebeding noodzakelijk is. Een ander voorbeeld van een concurrentiebeding dat onvoldoende specifiek is:

‘De door werknemer te bekleden functie van adviseur geeft hem/haar toegang tot belangrijke informatie, daaronder begrepen tarifiering en marges, zowel ten aanzien van opdrachtgevers van werkgeefster alsook van werkgeefster zelf.’

De rechter oordeelt dat het concurrentiebeding een algemene strekking heeft en onvoldoende kenbaar is toegesneden op de persoon van de werknemer. Niet duidelijk is om welke specifieke werkzaamheden het gaat. Ook de *‘belangrijke informatie’* is onvoldoende omschreven om de noodzaak van het concurrentiebeding, naast het geheimhoudingsbeding, te kunnen onderbouwen.⁷⁰

⁶⁶ Hof ‘s-Hertogenbosch 2 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1704, r.o. 3.7.3.

⁶⁷ Rb. Oost-Brabant 28 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6797.

⁶⁸ Rb. Oost-Brabant 28 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6769, r.o. 3.6.

⁶⁹ Rb. Oost-Brabant 28 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6769, r.o. 3.6.

⁷⁰ Rb. Amsterdam 24 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1680, r.o. 3.9.

Het enkel aangeven dat het concurrentiebeding nodig is voor het beschermen van klantenbestanden en persoonlijke banden met klanten is niet voldoende.⁷¹ Uit het concurrentiebeding moet blijken dat deze specifiek is toegesneden op de betrokken werkgever en werknemer.

4.4.2 Voldoende specifiek gemotiveerd concurrentiebeding

Hiervoor is uiteengezet dat de rechter niet snel oordeelt dat het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd specifiek is omschreven. Er zijn ook zaken waarbij de rechter heeft geoordeeld dat het concurrentiebeding wel noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. In deze zaken is het concurrentiebeding voldoende specifiek gemotiveerd, een voorbeeld van een voldoende specifiek geformuleerd concurrentiebeding is:

‘Dit betreft ten eerste het belang van werkgever om haar klanten, relaties en knowhow te behouden. Ten tweede dient het ter voorkoming van het risico dat bedrijfsgeheimen of andere belangrijke strategische en/of beleidsmatige informatie van de onderneming, zouden worden doorgespeeld aan een concurrent. Het betreft hier informatie waarvan de werknemer in de uitoefening van zijn functie kennis neemt, en die de onderneming zou kunnen schaden indien de Werknemer deze informatie elders verspreidt.’⁷²

In deze zaak oordeelt het hof dat vanuit de functie van werknemer, met kennis van *‘bedrijfsgeheimen of andere belangrijke strategische en/of beleidsmatige informatie van de onderneming’* de werknemer mogelijkheden heeft om de werkgever relevante concurrentie aan te doen.⁷³

De zaken waarbij het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk wordt geacht hoeven niet erg te verschillen van de zaken waarin het concurrentiebeding niet noodzakelijk wordt geacht. Een voorbeeld waarbij het concurrentiebeding noodzakelijk wordt geacht is het concurrentiebeding waarin staat omschreven dat de werknemer door zijn werkzaamheden concurrentiegevoelige aspecten te weten krijgt, dat dit bepalend is voor het succes van de onderneming en dat kennisname daarvan door concurrenten de werkgever grote schade kan toebrengen. Het hof oordeelt op 2 augustus 2016 dat dit concurrentiebeding voldoende is gemotiveerd en dat het noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.⁷⁴ Een ander voorbeeld van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dat noodzakelijk is geacht is:

- *‘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/*

⁷¹ Rb. Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3811, r.o. 5.12.

⁷² Hof Den Haag 23 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:839, r.o. 3.7.

⁷³ Hof Den Haag 23 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:839, r.o. 3.7.

⁷⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6261, r.o. 5.12.

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.*⁷⁵

Volgens de rechter is in het concurrentiebeding precies omschreven welke bedrijfsspecifieke informatie de werknemer in zijn functie kennis kreeg en voor een bedrijf als werkgever, dat haar bedrijf maakt van bemiddelen tussen potentiële werkgevers en potentiële werknemers, is het van groot belang dat zowel informatie over haar werkwijze als over degenen die zij te werk stelt als informatie over potentiële opdrachtgevers wordt beschermd.⁷⁶ Ook zijn er voorbeelden van zaken waarin het concurrentiebeding uitgebreid is geformuleerd en noodzakelijk wordt geacht door de rechter. Er kan geen eenduidig antwoord worden gegeven hoe specifiek het concurrentiebeding geformuleerd dient te worden, wil deze het concurrentiebeding rechtvaardigen.

4.4.3 Het verschil tussen een voldoende en onvoldoende specifiek gemotiveerd concurrentiebeding

In de literatuur wordt beschreven dat het concurrentiebeding specifiek en uitgebreid geformuleerd dient te worden. Deze veronderstelling komt niet altijd overeen met het oordeel van de rechter. Een voorbeeld hiervan is het concurrentiebeding waarin de werkgever met 486 woorden de motivatie van het concurrentiebeding specifiek formuleert. In het concurrentiebeding was onder andere het volgende opgenomen:

*Tot de werkzaamheden van de werknemer behoort dat hij kennis neemt van vertrouwelijke informatie en alle essentiële bedrijfsgegevens zoals het netwerk van klanten en relaties, klantmanagementsystemen, de (prijs)afspraken die met klanten en relaties worden gemaakt, alsmede de wijze waarop het bedrijf is opgezet en wordt geëxploiteerd. Ook zal kennis worden genomen van kostprijzen, handelstactieken en – strategieën, werkwijzen, innovaties en knowhow en zal werknemer tevens tastbare informatie in schriftelijke, digitale en/of andere vorm verkrijgen welke in een later stadium is na te slaan;*⁷⁷

Ondanks de uitgebreide en specifieke motivatie wordt het concurrentiebeding niet noodzakelijk geacht. De rechter oordeelt dat de werkgever onvoldoende heeft geconcretiseerd welke specifiek door de werknemer te verwerven bedrijfsinformatie, kennis en kunde het betreft, waarmee werkgever het bedrijfsdebiët van voormalige werkgever daadwerkelijk in gevaar kan brengen, zodat het daarop gerichte concurrentiebeding absoluut noodzakelijk is.⁷⁸

⁷⁵ Rb. Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:1385.

⁷⁶ Hof Amsterdam 30 juni 2020, ECLI:GHAMS:2020:1833, r.o. 3.7.

⁷⁷ Rb. Midden-Nederland 4 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5960.

⁷⁸ Rb. Midden-Nederland 4 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5960, r.o. 4.6 en 4.7.

Hieronder staat een voorbeeld van een concurrentiebeding dat wel noodzakelijk wordt geacht vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen:

*'In de uitoefening van zijn functie zal werknemer kennis opdoen van een samenhangend geheel van financiële, organisatorische en (marketing)technische informatie die werkgever onderscheidt van zijn concurrenten en in belangrijke mate zijn marktpositie bepaalt. Werknemer krijgt bovendien, gelet op zijn functie volledig inzicht in de locatie waar werkgever actief is, alsmede de financiële positie van werkgever en haar klanten. Werkgever heeft er een groot belang bij dat voornoemde kennis niet gebruikt wordt door zijn concurrenten. Het in dit artikel opgenomen concurrentiebeding is derhalve noodzakelijk vanwege zwaarwegende bedrijfsbelangen als bedoeld in artikel 653 lid 2 BW.'*⁷⁹

De kantonrechter komt tot het voorlopige oordeel dat de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen voldoende zijn onderbouwd. In het concurrentiebeding wordt volgens de rechter voldoende specifiek ingegaan op de kennis die de werknemer zal vergaren en in het relatiebeding wordt expliciet gewezen op het klantencontact. Daarmee zijn de belangen gespecificeerd met betrekking tot de werkzaamheden en de functie van de werknemer. Een opmerkelijk aspect van deze zaak is dat de werkgever ter zitting voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat werknemer in zijn functie in aanraking is gekomen met vertrouwelijke informatie en kennis heeft genomen van de werkwijzen en knowhow van werkgever.

Als puur naar de inhoud van het concurrentiebeding wordt gekeken, dan ligt het in de lijn der verwachtingen dat het concurrentiebeding van 6 juli 2017 niet voldoende specifiek is geformuleerd aangezien het concurrentiebeding van 4 december 2018 ook niet noodzakelijk werd geacht. Het tweede concurrentiebeding is namelijk niet specifiek of meer op de werknemer/werkgever toegesneden dan het eerste concurrentiebeding.

In de zaak van 6 juli 2017 gaat het om een zeer kleine specialistische branche, waarbij de werknemers samen een eigen bedrijf beginnen binnen die branche. Zij hebben informatie van tenminste twee belangrijke klanten van de voormalig werkgever en zij konden waarschijnlijk daardoor binnen die branche de voormalig werkgever grote financiële schade toebrengen. De werknemer stelde dat het concurrentiebeding algemeen van aard is, nu een omschrijving van de specifieke financiële, organisatorische en (marketing)technische informatie die hij bij werkgever zal verwerven en die beschermd moet worden door het beding, ontbreekt.⁸⁰ Nu lijkt de werknemer daar een punt te hebben, maar als de rechter het concurrentiebeding niet had laten staan zou dit ertoe leiden dat de werknemers de geheimen van hun voormalig werkgever gingen misbruiken. De werknemer vormde namelijk 'het hart' van de onderneming, de werknemers konden de opgedane kennis bij de voormalig werkgever direct toepassen voor eigen gewin. Daarnaast is de kans aanwezig dat de werknemer zakelijke mogelijkheden die hij heeft opgedaan tijdens zijn dienstverband bij de voormalig werkgever, voor zichzelf bewaren en na hun uitdiensttreding te eigen bate benutten. Het lijkt erop dat de rechter het resultaat van een niet noodzakelijk concurrentiebeding onrechtvaardig vond en daarom heeft besloten om het concurrentiebeding niet te vernietigen.

⁷⁹ Rb. Noord-Holland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006.

⁸⁰ Rb. Noord-Holland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006, r.o. 5.6, 5.8 en 5.9.

In een andere zaak werd de omschrijving ‘*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*’ voldoende geacht.⁸¹ De rechter oordeelt dat in het concurrentiebeding niet verder is uitgelegd wat de gevoerde prijstactieken en prijsstellingen, volumes en andere strategische kennis zijn. De werkgever specificeert pas in de procedure het concurrentiebeding. Tijdens zitting wordt namelijk pas duidelijk waar de werknemer precies toegang toe had en wat de precieze bedrijfsvoering van werkgever is, de werknemer laat deze stellingen onweersproken. Dit heeft ertoe geleid dat de rechter oordeelt dat mede door deze stellingen de werkgever voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een brede omschrijving van het bedrijfsbelang in deze zaak gerechtvaardigd is en het beding niet op grond van art. 7:653 lid 3 sub a vernietigbaar is.

Een ruimere omschrijving hoeft dus niet te leiden tot een vernietigbaar beding. Ook het feit dat de werkgever de mogelijkheid krijgt om het concurrentiebeding te specificeren tijdens de zitting is opmerkelijk te noemen. De Hoge Raad heeft namelijk geoordeeld dat de bedoeling van het concurrentiebeding kenbaar moet zijn voor de werknemer op het moment dat de werknemer het concurrentiebeding ondertekent.⁸² Indien de werkgever tijdens de procedure bij de rechter mag uitleggen wat het concurrentiebeding betekent, dan is het aannemelijk dat het voor de werknemer niet kenbaar was wat het concurrentiebeding inhield toen de werknemer deze ondertekende. Het lijkt erop dat de rechter rechtvaardigheid laat prevaleren boven rechtszekerheid.

⁸¹ Rb. Midden-Nederland 19 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1216, r.o. 4.6.

⁸² HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313, r.o. 10-15.

Hoofdstuk 5 – Conclusie

Dit onderzoek is gedaan omdat niet duidelijk is wanneer de rechter het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk acht wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. De advocaat-generaal Wesseling-Van Gent heeft de onzekerheid wanneer het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk wordt geacht onderstreept. In dit onderzoek is geprobeerd om duidelijkheid te geven hoe een noodzakelijk concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gemotiveerd moet worden. De laatste jaren is de roep steeds groter geworden om het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, net als het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, tot het strikt noodzakelijke te beperken. Deze omstandigheden hebben geleid tot de volgende onderzoeksvraag:

Hoe beoordeelt de rechter de motivering van de noodzaak een concurrentiebeding te sluiten in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en kan op basis van de rechtspraak het vereiste van het motiveren van een concurrentiebeding ook gelden voor een concurrentiebeding overeengekomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?

5.1 Oordeel van de rechter betreffende de motivering van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag is eerst de bedoeling van de regering onderzocht. De regering heeft bepaald dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel verboden is vanwege het dubbele nadeel dat de werknemer heeft. Een uitzondering hierop kan gelegen zijn in het beschermen van bedrijfsgeheimen of het voorkomen dat een voormalig werknemer bepaalde klanten meeneemt. Tegenover de belangen van de werkgever staat het grondwettelijk recht van de werknemer op vrijheid van arbeidskeuze. De regering heeft de rechter voor de beoordeling of sprake is van een noodzakelijk concurrentiebeding wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen veel vrijheid gegeven.

In de literatuur hebben verschillende schrijvers gespeculeerd hoe deze beoordelingsvrijheid tot uiting zal komen. Dit heeft zich ontpopt in modellen waarin omstandigheden staan die van belang kunnen zijn voor de noodzakelijkheid van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Ook is er overeenstemming dat een concreet en specifiek gemotiveerd concurrentiebeding eerder noodzakelijk wordt gedacht, dan een algemeen en niet specifiek op de werknemer toegesneden concurrentiebeding.

De beoordelingsvrijheid die de rechter heeft gekregen van de regering heeft tot uiteenlopende uitspraken geleid. Door deze uitspraken te analyseren is geconcludeerd dat een aantal omstandigheden door de rechter van belang wordt geacht wanneer een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk is. Deze omstandigheden komen deels overeen met de omstandigheden die worden gehanteerd in de modellen en die in de literatuur worden beschreven. De omstandigheden die altijd door de rechten worden meegenomen in de belangenafweging zijn: de geografische reikwijdte, de duur van het

concurrentiebeding, in welke mate de werknemer kennis droeg van concurrentiegevoelige aspecten van de onderneming en of de nieuwe werkgever een geduchte concurrent is. Ook kunnen de volgende gezichtspunten van belang zijn: de mate van betrokkenheid van de werknemer bij de belangrijkste klanten van de voormalig werkgever, de functieomschrijving van de werknemer en de genoten opleiding bij de voormalig werkgever. De rechter heeft ook geoordeeld dat bepaalde omstandigheden niet van belang zijn, zoals of de werknemer een concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst heeft opgenomen bij de nieuwe werkgever, dat de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, krapte op de arbeidsmarkt, het standpunt van de werknemer of werkgever of sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen en of de bedrijfsbelangen van het concurrentiebeding branchegericht zijn gemotiveerd.

Een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet volgens de regering en rechter zo specifiek worden geformuleerd dat uit die motivering blijkt dat het concurrentiebeding absoluut noodzakelijk is. Daarnaast moet het concurrentiebeding specifiek op de werknemer zijn toegesneden. De rechter oordeelt niet snel dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk is wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Door de grote beoordelingsvrijheid die de rechter heeft gekregen wordt de rechter vrijgelaten om in de concrete situatie een rechtvaardig oordeel te vellen. Deze beoordelingsvrijheid kan ertoe leiden dat een wat algemener concurrentiebeding noodzakelijk wordt geacht, terwijl een specifiek concurrentiebeding dat volgens de rechter niet is. Dat de rechter een billijke uitkomst hoog in het vaandel heeft staan blijkt ook uit de zaken waarin de rechter de motivering van het concurrentiebeding tijdens de zitting laat meewegen in zijn oordeel. Dit is opmerkelijk, want de regering heeft gesteld dat bij het aangaan van het concurrentiebeding kenbaar moet zijn wat de motivering is van het concurrentiebeding.⁸³

Het lijkt erop dat de rechter een billijke uitkomst laat prevaleren boven rechtszekerheid, aangezien niet eenduidig wordt omgesprongen met hoe specifiek het concurrentiebeding geformuleerd dient te worden. Daarnaast worden uitlatingen van de regering over de beoordeling van het concurrentiebeding in sommige gevallen aan de kant geschoven. Daarnaast geldt nog steeds dat de kans groter is dat het concurrentiebeding in stand blijft naarmate de motivatie daarvan specifiek is geformuleerd en meer op de werknemer is toegesneden. Dit betekent niet dat een algemener concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd er per definitie toe leidt dat het onvoldoende is gemotiveerd en daardoor niet noodzakelijk kan worden geacht wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

5.2 Het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Dit onderzoek is geschreven om te duiden wanneer de rechter oordeelt dat sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen, om vervolgens te beargumenteren of deze criteria ook bij een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen gelden.

⁸³ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 17.

Zoals beschreven zijn er bepaalde omstandigheden die van belang kunnen zijn, daarnaast is het belangrijk hoe specifiek het concurrentiebeding is gemotiveerd en of deze op de werknemer is toegesneden. Of het concurrentiebeding daadwerkelijk noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen is erg afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Doordat de rechter grote beoordelingsvrijheid heeft, kan de rechter voor een billijke uitkomst kiezen. Dit zorgt ervoor dat vooraf niet duidelijk is of het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd noodzakelijk is. Het is moeilijk om vooraf te zeggen of een concurrentiebeding noodzakelijk is, want ook een concurrentiebeding dat zeer specifiek op de werknemer is toegesneden kan niet noodzakelijk worden geacht, terwijl een algemeen concurrentiebeding in stand wordt gelaten. Daarnaast laat de rechter soms ook kernpunten, zoals het vooraf motiveren van het concurrentiebeding, varen zodat een billijke uitkomst het resultaat is. Het is mogelijk om het systeem dat nu geldt bij het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ook te laten gelden voor het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Toch heb ik mijn bedenkingen om de criteria zonder enige verandering over te nemen. Het zal vooraf niet duidelijk zijn of een concurrentiebeding noodzakelijk wordt geacht door de rechter. De vraag is of men rechtszekerheid wil of in elk concreet geval een billijke uitkomst prefereert. Kortom, de criteria van het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kunnen worden overgenomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hierbij dient de opmerking dat in de huidige rechtspraak naar voren komt dat de rechter de rechtvaardigingsgrond probeert bevredigen, wat ten koste kan gaan van de rechtszekerheid.

Hoofdstuk 6 - Bronnenlijst

Kamerstukken

Kamerstukken I, 2013/2014, 33818, C.
Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 7.
Kamerstukken II 2019/2020, 35300-XV-61, nr. 61.
Kamerstukken II 2019/2020, 3950.
Kamerstukken II 2019/2020, 1094.

Wetgeving

Art. 7:653 Burgerlijk Wetboek
Art. 19 lid 3 Grondwet

Literatuurlijst

Besselink, P., & Van Snippenburg, S. (2017). ‘Zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen’, zegen of misère? *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 69(2).
Bitterlich-Straver A.D. (2015). De motivering van het concurrentiebeding in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: hoe moet de werkgever dit vormgeven? *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 1(3).
Houweling, A.R. & Loonstra, C.J., ‘*Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*’, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.
Jansen, A.G.J.J. (2014) ‘Daar gaan we weer? Het concurrentiebeding revisited’, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 151(4).
Nijhoff, G.W., *De geldigheid van het concurrentiebeding*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2014.
Rapport van de commissie Borstlap: “In wat voor land willen wij werken?” (januari 2020), p. 66.

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364.
HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:313.

Hof

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6261.
Hof Amsterdam 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3932.
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7282.
Hof ‘s-Hertogenbosch 9 januari 2018, ECLI:NL:GHSE:2018:68.
Hof Den Haag 23 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:839.
Hof ‘s-Hertogenbosch 7 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1692.
Hof ‘s-Hertogenbosch 2 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1704.

Rechtbank

Rb Amsterdam 23 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4864.
Rb. Rotterdam 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7559.
Rb. Noord-Nederland 8 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2296.
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:2296
Rb Amsterdam 24 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1680
Rb. Rotterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4300.
Rb Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:381.
Rb. Gelderland 16 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:360.
Rb. Rotterdam 18 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7885.
Rb Noord-Nederland 4 april 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1199.
Rb. Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7593.
Rb. Noord-Nederland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006.
Rb. Oost-Brabant 28 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6797.
Rb. Limburg 1 oktober 2018 ECLI:NL:RBLIM:2018:9246.
Rb. Midden-Nederland 4 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5960.
Rb. Midden-Nederland 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:416.
Rb. Amsterdam 29 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7645.