

# Ad rem

## Ongelijkheidscompensatie?

*Mr. J. van Hulst\**

Arbeidsrecht is ongelijkheidscompensatie. En dat is niet ten onrechte. De positie van de werkgever ten opzichte van de potentiële werknemer is zo sterk dat de wetgever tal van beschermingsbepalingen in de wet heeft opgenomen. In de loop der jaren zijn die bepalingen vaak nog aangescherpt door de Hoge Raad.

Neem het concurrentiebeding. Een geldig concurrentiebeding kan een ernstige belemmering vormen voor de werknemer om elders aan de slag te gaan. Soms terecht, maar vaak ook onterecht, omdat de belangen van de werkgever net zo goed beschermd zouden kunnen worden met het minder ingrijpende relatiebeding.

De werknemer die met de vraag worstelt of zijn concurrentiebeding wel of niet geldig is, zit in een lastig pakket. Om duidelijkheid te krijgen zou een bodemprocedure gevoerd moeten worden. Omdat de werknemer juist snel aan de slag wil en moet, duurt dat in de regel veel te lang. Die ongelijkheidscompensatie is er dus niet voor niets.

Opmerkelijk genoeg heeft de Hoge Raad in twee uitspraken de positie van de werknemer aanzienlijk verslechterd.

### 1. Verslechtering 1

Vanaf het arrest Brabant/Van Uffelen<sup>1</sup> was het vaste rechtspraak dat wanneer een concurrentiebeding in de loop van tijd aanmerkelijk zwaarder ging drukken dat beding opnieuw moest worden overeengekomen. De Hoge Raad had daarbij de situatie voor ogen waarbij een functie, bijvoorbeeld door carrièreverloop, gedurende de arbeidsovereenkomst dusdanig was gewijzigd dat het niet meer redelijk werd geacht de werknemer aan het oorspronkelijke concurrentiebeding te houden. Het zal duidelijk zijn dat velen vanuit de postkamer doorgegroeiende managers met dank van dit arrest gebruik hebben gemaakt.

Maar in de AVM-arresten<sup>2</sup> is de Hoge Raad een heel andere weg ingeslagen. Een ingrijpende wijziging van de arbeidsovereenkomst is niet langer voldoende om het concurrentiebeding aan de kant te schuiven. Is er sprake van zo een wijziging, dan moet de rechter eerst nog uitzoeken of die wijziging inderdaad met zich brengt dat daardoor het concurrentiebeding zwaarder gaat drukken. En, en daar komt het, dat de rechter er daarbij ook rekening mee moet houden of die wijziging voorzienbaar was. Aannemende dat bij een regulier carrièreverloop iedere volgende promotie telkens weer als een min of meer voorzienbare stap valt te kwalificeren, zal het duidelijk zijn dat deze ontsnapingsroute voor de werknemer zo goed als afgesloten is.

### 2. Verslechtering 2

De tweede uitspraak van de Hoge Raad ziet op de aanmerkelijke versoepeling van het schriftelijkheidsvereiste. Op grond van artikel 7:653 lid 1 BW moet een concurrentiebeding schriftelijk worden overeengekomen. Hier is in de loop der tijd aldus invulling aan gegeven dat het concurrentiebeding door partijen diende te worden ondertekend en onderdeel diende uit te maken van de arbeidsovereenkomst. Een concurrentiebeding opgenomen in de cao, arbeidsvoorwaardenreglement of andere bijlage voldeed dan niet aan het schriftelijkheidsvereiste en werd niet rechtsgeldig geacht.

Tot aan het arrest HR 28 maart 2008, JAR 2008/113. Wat was het geval? Een werkgever deelde zijn werknemers per brief mee 'het genoeg te hebben hierbij een nieuw exemplaar van de geldende arbeidsvoorwaarden toe te zenden'. Of de werknemers de brief even voor akkoord wilden tekenen. Hoewel bij een dergelijk aanbod enige alarmbellen zouden moeten gaan rinkelen, tekende de werknemer in kwestie de brief. De arbeidsvoorwaarden bleken een concurrentiebeding te bevatten.

\* Advocaat bij Höcker Advocaten te Amsterdam.

1 HR 9 maart 1979, NJ 1979, 497.

2 HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en JAR 2007/38.

De Hoge Raad oordeelde dat als in een brief wordt verwezen naar een document en dat document (in schriftelijke vorm) wordt bijgevoegd, dan een in dat document voorkomend concurrentiebeding geldig is overeengekomen. En, om de laatste hoop voor de werknemers de grond in te boren, daarbij is het niet nodig dat er in de brief zelf melding van wordt gemaakt dat het document een concurrentiebeding bevat.

Hoezo ongelijkheidscompensatie? De werknemer wordt hier op eens als een volwaardige contractspartij van de werkgever gezien. En als die werkgever zo handig is om het concurrentiebeding weg te moffelen in bijlage 23a sub 2 van het Personeelshandboek, ná het hoofdstuk over het recht op een kolfkamer en vóór de bepalingen over de jubileumuitkering bij het vijftigjarig dienstverband, en de werknemer heeft dit niet gezien? Pech gehad. Had je maar beter moeten lezen.

Nog los van tal van vragen over hoe het gaat als je je voorwaarden per disk ontvangt of via een link naar een website (de Hoge Raad kent slechts *de schriftelijke vorm*), zijn beide uitspraken van de Hoge Raad een grote stap terug in de bescherming van de werknemer.

Dit is des te opmerkelijker, omdat in de voortijdig gesneuvelde plannen van de politiek over de modernisering van het concurrentiebeding een verdergaande bescherming van de werknemer juist het uitgangspunt was.

Terecht of niet terecht, als arbeidsadvocaat heb ik weinig op met politieke inmenging in het arbeidsrecht. Daarvoor heeft de politieke besluitvorming de afgelopen jaren tot iets te veel onwerkbaar compromissen geleid. Maar, als de politiek de ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht nog enig warm hart toedraagt, dan wordt het hoog tijd de onderlinge ruzies te beslechten en als de donder met een goed wetsvoorstel te komen voor de modernisering van het concurrentiebeding.