

Wat betekent een functiewijziging voor het concurrentiebeding?

Inleiding

Nadat na veel discussie het afgewezen wetsvoorstel herziening concurrentiebeding afgelopen jaar een stille dood gestorven is, is het concurrentiebeding recent vanuit de rechtspraak nieuw leven ingeblazen. Volgens vaste jurisprudentie kan een concurrentiebeding na een functiewijziging zijn geldigheid verliezen. Over de voorwaarden waaronder het beding zijn geldigheid kan verliezen, blijkt in de jurisprudentie reeds geruime tijd onduidelijkheid te bestaan. Op 5 januari 2007 wees de Hoge Raad twee arresten, waarin een duidelijke toelichting wordt gegeven op het spanningsveld tussen een functiewijziging en een concurrentiebeding.¹ Gelet op de onderlinge gelijkenis zal ik in deze bijdrage slechts één van de twee arresten bespreken. Daarnaast zal ik aan de hand van de jurisprudentie het belang van de arresten voor de rechtspraak trachten vast te stellen.

Tendens in de jurisprudentie

In 1979 schetst de Hoge Raad met het arrest *Brabant/Van Uffelen*² een ruw kader waarbinnen wordt aangegeven in welke omstandigheden handhaving van een concurrentiebeding mogelijk is. Deze zaak betreft een makelaar die na verloop van tijd opklimt tot statutair directeur en beëdigd makelaar, zodat volgens de makelaar het oorspronkelijk overeengekomen concurrentiebeding onevenredig zwaar op hem komt te drukken. Volgens de Hoge Raad zijn (1) de arbeidsrechtelijke status, (2) de wettelijke status, (3) de maatschappelijke waardering én (4) de inhoud van zijn werkzaamheden veranderd. De Hoge Raad overweegt dat een concurrentiebeding zijn gelding kan verliezen, indien het beding als gevolg van (1) een *ingrijpende* functiewijziging (2) *aanmerkelijk zwaarder* op de werknemer is gaan drukken. Vervolgens concludeert de Hoge Raad dat het concurrentiebeding zijn gelding is verloren en derhalve opnieuw zou moeten zijn overeengekomen, zodat de werknemer zich rekenschap had kunnen geven van de betekenis en de gevolgen van het beding. Onduidelijkheid blijft echter bestaan over de status van het concurrentiebeding bij een ander complex van feiten en omstandigheden. Dient de conclusie uit *Brabant/Van Uffelen* dan nog steeds als uitgangspunt? In de periode vanaf 1979 hebben vele rechters zich hierover in verschillende zin uitgelaten, wat de rechtszekerheid niet ten goede is gekomen. Ik zal een aantal uitspraken kort bespreken.

1. HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en HR 5 januari 2007, JAR 2007/38.
2. HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467 (*Brabant/Van Uffelen*).

Concurrentiebeding houdt geen stand

*Hof Amsterdam 1995*³

Een sales consulent wordt na twee jaar sales manager. In deze laatste functie is hij naast zijn gebruikelijke werkzaamheden verantwoordelijk voor het aansturen van vijf andere consulenten. Het hof oordeelt dat niet doorslaggevend is of de arbeidsrechtelijke status dan wel de maatschappelijke positie is gewijzigd, maar dat van belang is dat de werkzaamheden aanmerkelijk zijn verzwaaard. Dit is het geval en het concurrentiebeding verliest zijn gelding.

*Hof Leeuwarden 1999*⁴

Een administratieconsulent werkt zich in vijftien jaar op tot manager. Hiertoehaalt hij verschillende diploma's en zijn werkzaamheden zijn gewijzigd. Het hof oordeelt dat de mogelijkheden voor de werknemer om zich zelfstandig te gaan vestigen zijn toegenomen, mede gelet op een andere maatschappelijke waardering van zijn functie, zodat het concurrentiebeding aanzienlijk zwaarder is gaan drukken en het concurrentiebeding zijn gelding verliest.

*Hoge Raad 2002*⁵

De functie van een werknemer wijzigt van leidinggevende van zeven vertegenwoordigers in adjunct-directeur van het moederbedrijf en statutair directeur van een dochteronderneming. De Hoge Raad oordeelt dat de arbeidsvoorwaarden in de nieuwe functie dusdanig zijn gewijzigd, dat het concurrentiebeding geen stand kan houden.

Concurrentiebeding houdt stand

*Hof Amsterdam 2002*⁶

Een kapper is naast de gebruikelijke knip- en stijlwerkzaamheden tevens verantwoordelijk voor het aansturen van collega's en het beheren van relaties. Na zes jaar spitst de functie zich meer toe op relatiebeheer van de grote klanten van de werkgever. Nu sprake is van een doorgroei in een bestaande functie, met een verdieping van één specifieke taak, kan niet worden gesproken van een zwaarder wegende functie en blijft het concurrentiebeding gewoon geldig.

3. Hof Amsterdam 13 april 1995, JAR 1995/125.
4. Hof Leeuwarden 6 oktober 1999, JAR 1999/253.
5. HR 25 oktober 2002, JAR 2002/277. In vergelijkbare zin: concurrentiebeding houdt geen stand i.v.m. wijziging beloningsstructuur: Rb. Assen 12 mei 1998, JAR 1998/147. Anders: beding houdt geen stand ondanks behoud van salaris en emolumenten: Ktr. Amsterdam 9 augustus 1999, JAR 1999/182.
6. Hof Amsterdam 14 augustus 2002, JAR 2003/22.

*Hof Den Haag 2002*⁷

Een statutair directeur wordt na verloop van twaalf jaar benoemd tot lid van de raad van bestuur van het moederbedrijf van het bedrijf waarbinnen hij werkzaam is. Door de functiewijziging veranderen zijn arbeidsrechtelijke positie en de aard van zijn werkzaamheden. Echter, nu de werknemer zowel vóór als na de functiewijziging werkzaam is in een leidinggevende functie en het hof daarnaast van oordeel is dat de promotie de mogelijkheden van de werknemer op de arbeidsmarkt juist vergroot, acht het hof het niet aannemelijk dat het concurrentiebeding zwaarder is gaan drukken.

*Hof Leeuwarden 2005*⁸

Een junior-programmeur werkt bij een automatiseringsbedrijf en promoveert tot de functie van programmeur. Nu deze stap geheel binnen het verwachtingspatroon van beide partijen valt, kan niet worden gesproken van een relevante functiewijziging, zodat geen sprake is van zwaarder drukken van het concurrentiebeding. Dat de werknemer tijdelijk een aantal taken van de directeur heeft overgenomen, maakt deze situatie niet anders.

De vernieuwing: de AVM-arresten van 5 januari 2007

Gelet op de onderlinge gelijkenis van de twee AVM-arresten zal ik alleen het arrest Osinga/AVM bespreken. De heer Osinga treedt op 1 mei 1993 in dienst van het Accountantskantoor AVM (hierna: AVM) in de functie van vestigingsdirecteur. Als directeur houdt hij zich voornamelijk bezig met managementwerkzaamheden en slechts zijdelings met relatiebeheer. In zijn arbeidsovereenkomst staat een concurrentiebeding op basis waarvan hij tijdens de duur van het dienstverband en gedurende twee jaar na beëindiging daarvan geen werkzaamheden mag verrichten voor relaties van AVM. Na drie jaar wordt zijn functie gewijzigd in accountant. Omdat de heer Osinga en AVM geen overeenstemming bereiken over de arbeidsvoorwaarden, komt er geen nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand en blijft de oude arbeidsovereenkomst gehandhaafd. Als AVM vervolgens besluit haar marktbenadering te wijzigen, dient de heer Osinga zich minder bezig te houden met het verlenen van advies. Ook deze wijziging heeft invloed op de inhoud van de functie van de heer Osinga. Met ingang van 1 maart 2001 zegt de heer Osinga zijn arbeidsovereenkomst op bij AVM en richt hij Accountantskantoor Priore op, waarna hij in rechte een verklaring vordert dat het concurrentiebeding uit zijn arbeidsovereenkomst niet meer geldig is.

In cassatie overweegt advocaat-generaal Spier (hierna: de A-G), dat de heer Osinga vanaf het moment dat hij accountant werd, de managementtaken en verantwoordelijkheden van zijn directeurschap verloor, zodat is komen vast te staan dat er tijdens zijn dienstverband een functiewijziging heeft plaatsgevonden. Uit het arrest Brabant/Van Uffelen volgt, dat een concurrentiebeding zijn gelding kan verliezen, indien het beding als gevolg van (1) een *ingrijpende* functiewijziging (2) *aanmerkelijk zwaarder* op de werknemer is gaan drukken. Hoeveel nadeel de werknemer als gevolg van een functiewijziging daadwerkelijk zal hebben, is, aldus de A-G, nauwelijks vast te stellen. In dit verband is het voldoende, wanneer kan worden vastgesteld dat de mogelijkheid dat de werknemer nadeel lijdt, zeer reëel is. Hierbij moet, aldus de A-G, worden gedacht aan de (hypothetische) situatie dat een advocaat degradeert tot documentalist. In een dergelijke situatie is deze functiewijziging niet bevorderlijk voor de arbeidsmarktpositie van deze werknemer. Immers, op de functie van documentalist heeft het concurrentiebeding dat is overeengekomen ten behoeve van de functie van advocaat, een veel beperkendere werking. In dat kader stelt de A-G vast dat deze regel niet altijd opgaat, bijvoorbeeld indien de betrokken werknemer bij een volgende werkgever weet te verhullen dat zijn functie tijdens zijn vorige dienstverband op een bepaald moment is gedegradeerd. Er is dan geen sprake van een verslechterde positie op de arbeidsmarkt, als gevolg waarvan het concurrentiebeding niet zwaarder is gaan drukken op de werknemer. Ook is het van belang zich te realiseren dat niet alleen een demotie, maar ook een promotie voor de werknemer nadelig kan zijn, bijvoorbeeld omdat hij te gespecialiseerd is of te duur is voor andere functies. Daarnaast stelt de A-G vast dat volgens de jurisprudentie uit een relevante functieverandering al spoedig wordt afgeleid dat een concurrentiebeding wezenlijk zwaarder is gaan drukken.

De Hoge Raad overweegt dat de jurisprudentiële regel uit Brabant/Van Uffelen gelijkenis toont met de rechterlijke vernietiging van het concurrentiebeding, zoals opgenomen in artikel 7:653 lid 2 BW. De Hoge Raad stelt vast dat deze rechterlijke vernietiging niet verder reikt dan de strekking van het concurrentiebeding en concludeert dat, in het verlengde daarvan, voornoemde jurisprudentiële regel er niet toe kan leiden dat het beding onder alle omstandigheden zijn geldigheid *volledig* verliest en opnieuw schriftelijk moet worden overeengekomen. De rechter dient een evenwichtige belangenafweging te maken tussen de bescherming die de werknemer wordt geboden op grond van artikel 7:653 lid 1 BW (het concurrentiebeding moet weloverwogen worden overeengekomen), en het te beschermen belang van de werkgever bij de nakoming van het concurrentiebeding.

Teneinde de rechter (en de advocaat die zijn cliënten van advies moet voorzien!) in dit proces een handvat te bieden, heeft de Hoge Raad een stappenplan uiteengezet om

7. Hof Den Haag 20 december 2002, JAR 2003/36.

8. Hof Leeuwarden 19 oktober 2005, JAR 2006/32. In vergelijkbare zin: een landbouwkundige wordt hoofdlandbouwkundige: Hof Leeuwarden 2 februari 2005, JAR 2005/171, en: een managementtrainee wordt productmanager: Ktr. Amsterdam, 11 mei 1995, JAR 1995/119.

te kunnen vaststellen of het concurrentiebeding stand kan houden:

1. Is er sprake van een *ingrijpende* wijziging van de arbeidsverhouding? Zo ja:
2. brengt deze wijziging mee dat het concurrentiebeding *aanmerkelijk zwaarder* op de werknemer is gaan drukken, waarbij:
3. rekening moet worden gehouden met de *voorzienbaarheid* van de wijziging?

Ten aanzien van deze drie voorwaarden legt de Hoge Raad de rechter vervolgens een onderzoeksplicht en een motiveringsplicht op:

4. Aan de enkele vaststelling dat sprake is van een ingrijpende wijziging, mag *niet zonder meer de conclusie worden verbonden* dat het concurrentiebeding ook aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken.
5. De rechter zal moeten *onderzoeken en motiveren* of en in welke mate de wijziging van de arbeidsverhouding bij handhaving van het concurrentiebeding de werknemer zal belemmeren om een nieuwe passende baan te vinden.

Op grond van het voorgaande had het hof volgens de Hoge Raad niet zonder motivering mogen oordelen dat de functiewijziging van de heer Osinga een verslechtering van zijn positie op de arbeidsmarkt meebracht. De enkele *mogelijkheid* dat zijn positie zou kunnen zijn verslechterd, is onvoldoende voor het vaststellen van een oorzakelijk verband met de functiewijziging, met name indien voorwaarde 2 in acht wordt genomen ('aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken'). Nu eenmaal is vastgesteld dat niet aan voornoemde voorwaarden is voldaan, behoeft verder niet te worden onderzocht op welk tijdstip het concurrentiebeding zijn werking heeft verloren. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof te Leeuwarden en verwijst het naar het hof te Amsterdam.

De betekenis van de AVM-arresten voor de rechtspraktijk

De hiervoor besproken arresten van vóór 5 januari 2007 illustreren de onduidelijkheid met betrekking tot de geldigheid van een concurrentiebeding bij veranderende omstandigheden. In iedere uitspraak wordt een andere omstandigheid doorslaggevend geacht, achtereenvolgens: verzwaring van de werkzaamheden; de toegenomen mogelijkheid om als zelfstandige te gaan werken; wijziging van de arbeidsvoorwaarden; doorgroei in een reeds bestaande functie; voorzienbaarheid van de functiewijziging. Daarnaast wordt in een aantal uitspraken een wijziging van de aard van de werkzaamheden of de arbeidsrechtelijke positie juist níét doorslaggevend geacht.

Indien het 'AVM-stappenplan' op de genoemde arresten zou zijn toegepast, dan waren de verschillende rechtsoverwegingen om vast te stellen of het concurrentiebeding al dan niet zou standhouden, waarschijnlijk homo-

gener van aard geweest en de uitkomsten wellicht anders. Op grond van de AVM-arresten dient te worden onderzocht en gemotiveerd of een functiewijziging een verslechtering van de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt meebrengt. Dit onderzoek omvat alle vijf stappen. Indien de functiewijziging geen invloed heeft op de arbeidsmarktpositie, houdt het concurrentiebeding stand. Het is daarbij niet (meer) doorslaggevend of er wel of niet sprake is van wijziging van de arbeidsvoorwaarden, de arbeidsrechtelijke positie of de voorzienbaarheid van de wijziging. Het opnemen van een clause in de arbeidsovereenkomst, waarin de werknemer reeds bij indiensttreding verklaart 'het concurrentiebeding bij een eventuele functieverzwaring wilens en wetens te aanvaarden' zodat deze *voorzienbaar* was, kan de werkgever mijns inziens sinds de AVM-arresten geen uitkomst meer bieden.⁹

Alhoewel het voorzienbaarheids criterium voor de discussie over het concurrentiebeding geen doorslaggevende betekenis heeft, is het criterium wel degelijk van belang en past het in de algehele 'Haviltexering' van het arbeidsrecht. Het vernieuwende van de AVM-arresten is gelegen in het door de Hoge Raad uitgetekende schema aan de hand waarvan de geldigheid van het concurrentiebeding kan worden vastgesteld. Daarnaast is van belang dat de Hoge Raad een vergelijking heeft getrokken tussen de jurisprudentiële regel uit Brabant/Van Uffelen (concurrentiebeding was geldig of geheel nietig) en de rechterlijke gehele dan wel partiële vernietiging ex artikel 7:653 lid 2 BW (partiële vernietiging is mogelijk). Door deze verwantschap te benadrukken heeft de Hoge Raad de mogelijkheid geschapen om de geldigheid aan het beding te ontnemen voor het gedeelte dat volgens het 'stappen-schema' nietig is.¹⁰

Conclusie

Het concurrentiebeding kan grote gevolgen voor zowel de werkgever als de werknemer meebrengen. Het is om die reden van belang dat partijen zich bewust zijn van de gevolgen van het concurrentiebeding en van het feit dat de werking van het beding kan worden beperkt, indien een werknemer door het beding onevenredig wordt belemmerd. Na jarenlange onduidelijkheid over de voorwaarden voor deze beperking heeft de Hoge Raad met de AVM-arresten meer duidelijkheid geschapen. De werkgever wordt erop gewezen dat hij bij een relevante (en onvoorzien) functiewijziging van de werknemer voor de zekerheid opnieuw een concurrentiebeding zou moeten overeenkomen. Tegelijkertijd wordt de werknemer voorgesteld dat een concurrentiebeding pas nietig kan worden verklaard, indien en voor zover komt vast te staan dat de functiewijziging daadwerkelijk leidt tot nadelige

9. Zie hierover P.Th. Sick & P.R.W. Schaik, *Hoedt u voor de concurrent, ArbeidsRecht* 2002/8, p. 3.

10. F.B.J. Grapperhaus, *De geldigheid van het concurrentiebeding na een (ingrijpende) wijziging van de functie, Ondernemingsrecht* 2007, p. 69.

gevolgen voor zijn positie op de arbeidsmarkt. Zelfs indien dit het geval is, brengt dit niet automatisch de nietigheid van het gehele beding mee: ook partiële nietigheid behoort nu tot de mogelijkheden.

Mr. F.A.C. von Maltzahn
Loyens & Loeff

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker