

ANNOTATIE

Concurrentiebeding, relatiebeding en schriftelijkheidseis: een rocky road voor de werkgever

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

Annotatie bij Hoge Raad, 03-03-2017, ECLI:NL:HR:2017:364 (AR-2017-0245)

1. Inleiding

In deze zaak vorderde een adviesbureau bijna drie ton boete van een voormalig werknemer. Deze belastingadviseur had ontslag genomen en was zijn eigen onderneming begonnen. Daarbij zou hij, volgens het adviesbureau, het tussen hen overeengekomen relatiebeding hebben geschonden. Het belangrijkste verweer van de belastingadviseur was dat dat beding niet schriftelijk was overeengekomen en hem dus niet kon worden tegengeworpen.

Het arrest van de Hoge Raad is interessant omdat het laat zien hoe strikt een van zijn eerder (in het Philips/Oostendorp-arrest) geformuleerde vereisten voor schriftelijkheid ex artikel 7:653 lid 1 BW moet worden uitgelegd. Daarnaast geeft het arrest antwoord op de vraag in hoeverre die uitleg onverkort geldt voor een relatiebeding.

Deze bijdrage vangt aan met een uiteenzetting van de zaak, het procesverloop in feitelijke instanties en het arrest van de Hoge Raad. Vervolgens wordt ingegaan op de reikwijdte van artikel 7:653 BW. Daarbij komt de verhouding tussen een concurrentiebeding en (onder andere) een relatiebeding aan de orde en wordt gezien welke bedingen in deze zaak aan de orde waren. Daarna kom ik bij de kern van de zaak: hoe streng is de schriftelijkheidseis van artikel 7:653 BW en moet daarbij nog onderscheid worden gemaakt tussen een regulier concurrentiebeding en een relatiebeding? De bijdrage sluit af met een conclusie.

2. De feiten

De feiten in deze zaak zijn, voor zover relevant, als volgt. X is per 1 januari 2003 als senior belastingadviseur in dienst getreden bij Lodder & Co, een adviesbureau dat onder meer accountants en fiscalisten in dienst heeft. In de arbeidsovereenkomst zelf (art. 5 lid 1) die op 28 januari 2003 door beide partijen is ondertekend en (op alle pagina's) geparafeerd, staat het volgende beding:

'U bent verplicht om overleg te plegen met werkgever alvorens in dienst te treden bij een andere werkgever, waarvan u weet, of waarvan blijkt, dat deze een cliënt is van werkgever of van de met werkgever samenwerkende ondernemingen en personen.'

De arbeidsovereenkomst is, zo bepaalt artikel 8, nader uitgewerkt in de arbeidsvoorwaarden in het personeelsreglement van 1 januari 2002, *'die bij deze overeenkomst zijn gevoegd en daarmee een ondeelbaar geheel vormen. U heeft kennis genomen van het bepaalde in de arbeidsvoorwaarden en verklaart daarmee akkoord te gaan. De inhoud van de arbeidsvoorwaarden wordt geacht onderdeel uit te maken van deze arbeidsovereenkomst. De aanhangsels op deze arbeidsovereenkomst vormen een onlosmakelijk onderdeel van deze arbeidsovereenkomst'* (cursivering toegevoegd, SP).

In artikel 6.1 van genoemd personeelsreglement zijn de volgende bedingen opgenomen:

'1. De werknemer is verplicht om overleg te plegen met werkgever alvorens in dienst te treden bij een andere werkgever, waarvan hij weet, of waarvan blijkt dat deze een cliënt is van de werkgever of van de met werkgever samenwerkende ondernemingen en personen.

2. Het is de werknemer, behoudens voorafgaande schriftelijk [sic] goedkeuring van werkgever, gedurende een periode van 24 maanden, aanvangende op de datum van het einde van de arbeidsovereenkomst niet toegestaan om (...) zelfstandig of als ondergeschikte werkzaam of betrokken te zijn bij het verrichten van werkzaamheden op het gebied van de belastingadviespraktijk en/of de accountancy en/of management consultants voor een cliënt van een van de in de groep van werkgever samenwerkende kantoren van accountants, belastingadviseurs, bedrijfsjuristen, arbeidsjuristen en management consultants.'

Het vierde lid voegt hieraan toe dat de werknemer bij overtreding van het verbod een vergoeding verbeurt 'van eenmaal de door werkgever aan de desbetreffende cliënt gedeclareerde bedragen voor de 12 maanden, onmiddellijk voorafgaande aan het einde van het dienstverband'. Deze boetebepaling is ook opgenomen in artikel 5 lid 3 van de arbeidsovereenkomst.

Belastingadviseur X heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 januari 2007. Hij is per die datum een eigen onderneming in de buurt van de vestiging van Lodder & Co gestart. Het

adviesbureau vordert van hem een krappe twee jaar later bijna drie ton, wegens schending van het relatiebeding. Deze vordering is door de kantonrechter toegewezen tot een bedrag van bijna 2,5 ton. Het verbaast niet dat de belastingadviseur na dit vonnis besloot verder te procederen.

3. Het procesverloop in feitelijke instanties

Van belang is dat onze belastingadviseur uitsluitend schending van het 'relatiebeding in het personeelsreglement' werd verweten door Lodder & Co. Schending van het 'non-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst' was niet aan de orde (Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7692, AR 2013-0864, r.o. 4.7; zie over het hier gemaakte onderscheid par. 5.1). Voorts is van belang dat X niet ontkende dat hij relaties van zijn ex-werkgever had bediend. Hij meende echter dat hij in het geheel niet aan het relatiebeding gebonden was. Zijn belangrijkste verweer was namelijk dat het relatiebeding niet rechtsgeldig was overeengekomen. Er zou niet zijn voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 lid 1 BW, zoals uitgelegd in het arrest Philips/Oostendorp (HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, AR 2008-0207). Daartoe voerde hij aan dat hij het personeelsreglement niet vóór of bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst had ontvangen.

Hij ving met dit verweer bot bij de kantonrechter en in eerste instantie ook bij het hof. De kantonrechter oordeelde dat uit het samenstel van artikel 6.1 personeelsreglement en artikel 8 arbeidsovereenkomst volgt dat is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. De bewijslast dat het personeelsreglement aan X ter hand is gesteld, rust weliswaar op Lodder & Co., maar de door laatstgenoemde overgelegde arbeidsovereenkomst levert dwingend bewijs daarvan op (art. 157 lid 2 Rv). X is niet geslaagd in het leveren van tegenbewijs.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft vervolgens een drietal arresten in deze zaak gegeven. In het hierboven al genoemde tussenarrest (AR 2013-0864) oordeelde het hof, evenals de kantonrechter, dat het relatiebeding in het personeelsreglement rechtsgeldig is overeengekomen tussen partijen. Het hof verwees daarbij naar en citeerde de hierboven (in par. 2) cursief weergegeven zinnen van artikel 8 arbeidsovereenkomst. De door X ondertekende arbeidsovereenkomst is een onderhandse akte (ex art. 156 lid 3 Rv), 'hetgeen ingevolge artikel 157 lid 2 Rv met zich brengt dat Lodder daarmee dwingend bewijs heeft geleverd, behoudens tegenbewijs, van het feit dat [X] bekend en akkoord was met de toepasselijkheid van het relatiebeding in artikel 6.1 van het personeelsreglement' (r.o. 4.9). Ten aanzien van het namens X gepresenteerde tegenbewijs oordeelt het hof: 'uit de verklaringen (blijkt) (...) dat [X] in januari 2002 beschikte over het personeelsreglement 2002 en [X] heeft in het licht van deze getuigenverklaringen het door Lodder met de ondertekende

arbeidsovereenkomst geleverde dwingende bewijs van het feit dat [X] *beschikte over en instemde met het personeelsreglement 2002 niet ontzenuwd* (cursiveringen toegevoegd, SP). Daarom is het relatiebeding vervat in artikel 6.1 personeelsreglement rechtsgeldig overeengekomen tussen partijen. X heeft dit beding volgens het hof in maar liefst 50 gevallen geschonden.

Het hof is echter in een later arrest, op verzoek van X, teruggekomen op deze beslissing (tussenarrest d.d. 4 november 2014 (niet gepubliceerd), zie conclusie A-G Langemeijer 23 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1323, punt 1.8). Uit de getuigenverklaringen blijkt – zo meent het hof nog steeds – dat X in januari 2002 (anders dan X betoogde) beschikte over het personeelsreglement 2002. Daarmee acht het hof bewezen dat dit reglement hem “op enig moment” ter hand althans ter beschikking is gesteld’. X wijst er echter terecht op dat uit de getuigenverklaringen niet blijkt dat het personeelsreglement hem *in samenhang met de arbeidsovereenkomst* ter beschikking is gesteld. Nu X ook niet uitdrukkelijk heeft verklaard dat hij met het concurrentiebeding instemt, is niet voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 BW (gelet op het Philips/Oostendorp-arrest). Daarmee heeft X, aldus het hof, het dwingend bewijs (toch) door tegenbewijs ontzenuwd voor zover in artikel 8 arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar *bijgevoegde* arbeidsvoorwaarden. Vervolgens heeft het hof in zijn eindarrest (d.d. 14 juli 2015) de vonnissen van de kantonrechter vernietigd en de vordering van Lodder & Co alsnog afgewezen.

4. Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt dat artikel 7:653 BW ook ziet ‘op een relatiebeding als in het onderhavige geval door [Lodder & Co] tegen [X] is ingeroepen’. Dat betekent dat het in het Philips/Oostendorp-arrest geformuleerde toetsingskader voor de schriftelijkheidsvereiste van genoemd artikel van toepassing is.

Het cassatiemiddel betoogde dat wel degelijk zou zijn voldaan ‘aan de uit art. 7:653 voortvloeiende eis dat het personeelsreglement “*in samenhang met*” de arbeidsovereenkomst (...) aan [X] ter beschikking is gesteld’ (arrest HR, r.o. 3.4.1). Het voerde daartoe aan dat eind 2001 het personeelsreglement persoonlijk aan de medewerkers van Lodder & Co is overhandigd of, bij hun afwezigheid, in hun postvakjes is gelegd; dat over de inhoud van het personeelsreglement, vóór de invoering ervan, met X gesproken is; en dat X in ieder geval in januari 2002 over de tekst van het personeelsreglement beschikte. De Hoge Raad oordeelt echter dat hiermee niet is voldaan aan zijn uitleg van het schriftelijkheidsvereiste in het Philips/Oostendorp-arrest. De eisen uit dat arrest moeten strikt worden uitgelegd, aldus de Hoge Raad. Voor zover het cassatiemiddel een ruime uitleg of een verruiming van deze eisen bepleit, doet het dat dus tevergeefs. Aan die eisen is niet voldaan in de omstandigheden die

het onderdeel vermeldt. De Hoge Raad merkt hierbij nog op dat de wijziging van artikel 7:653 BW als gevolg van de Wet werk en zekerheid hierin geen verandering heeft gebracht. Ook de totstandkomingsgeschiedenis van deze wetswijziging biedt geen aanknopingspunt voor een versoepeling van de in het arrest gegeven eisen (r.o. 3.4.4).

5. Commentaar

5.1. Reikwijdte artikel 7:653 BW

De regeling van artikel 7:653 BW geldt voor het 'beding tussen werkgever en werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn'. Dit beding wordt algemeen aangeduid als het concurrentiebeding (of ook wel non-concurrentiebeding). Een 'standaard' concurrentiebeding verbiedt de (dan: ex-)werknemer om na einde dienstverband activiteiten te ontplooiën die concurreren met de ondernemingsactiviteiten van de werkgever. De in het beding opgelegde beperkingen betreffen de (aard van de) werkzaamheden en zij gelden meestal gedurende een bepaalde tijd en in een bepaald geografisch gebied.

De omschrijving van artikel 7:653 lid 1 BW is echter ruim – beperking in de bevoegdheid 'op zekere wijze werkzaam te zijn' – en daaronder valt méér dan alleen een 'standaard' concurrentiebeding. Algemeen wordt aangenomen dat het relatiebeding ook onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW valt. Dit beding wordt beschouwd als een beperkte vorm van een concurrentiebeding. Een relatiebeding verbiedt slechts *bepaalde* vormen van concurrentie, namelijk het benaderen en bedienen van zakelijke relaties van de (ex-)werkgever (zie bijv. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten. *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 239; *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:653 BW, aant. 20). Daaronder valt ook het 'meenemen' van cliënten van de (ex-)werkgever. Andere concurrerende activiteiten, zoals het zelf opstarten van een concurrerende onderneming of het in dienst treden bij een concurrent, worden niet verboden. Dat neemt niet weg dat de in een relatiebeding opgenomen beperkingen wel betrekking hebben op het *werkzaam zijn* van de ex-werknemer na beëindiging van het dienstverband. Bepaalde activiteiten mag hij immers niet verrichten.

Dat is anders bij een studiekostenbeding. Hoewel het vooruitzicht (een deel van) de studiekosten aan de werkgever terug te moeten betalen het voor de werknemer onaantrekkelijker kan maken het dienstverband te beëindigen, beperkt het beding hem niet in het werkzaam zijn na die beëindiging. De door het beding opgeworpen drempel betreft de beëindiging van de arbeidsrelatie, niet het daarna op zekere wijze werkzaam zijn. Hetzelfde geldt voor vergelijkbare bedingen die zien op de terugbetaling van andere door de werkgever gemaakte kosten, zoals van een leaseauto.

Over de vraag of een geheimhoudingsbeding eronder valt, zijn de meningen verdeeld (zie voor een overzicht P.L.M. Schneider, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs*, editie 2015, art. 7:653 BW, C.1.2.4). Mijns inziens is dat afhankelijk van de inhoud van het beding. Een geheimhoudingsbeding verbiedt de ex-werknemer bepaalde informatie over de onderneming, haar organisatie, werkwijze en relaties te openbaren. Als men bijvoorbeeld kennis heeft van de gedifferentieerde prijsstelling van de diensten van de werkgever jegens verschillende relaties, dan hoeft het beding tot geheimhouding daarvan het werkzaam zijn van de ex-werknemer niet te beperken. Dat is anders als het beding ziet op bijvoorbeeld een bepaalde werkwijze, denk aan een bewerkings- of productieprocedé. De ex-werknemer kan zijn kennis van dat procedé (dat hij wellicht ook nog eens zelf ontwikkeld heeft) dan niet gebruiken bij zijn nieuwe werkgever en daar dus niet op voortbouwen. In dat geval leidt de bescherming van het bedrijfsdebiët van de werkgever via een geheimhoudingsbeding, evenals het concurrentiebeding, tot een beperking van de mogelijkheden van de ex-werknemer op zekere wijze werkzaam te zijn.

Voor de vraag of een beding onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW valt, is de naam van het beding dus niet bepalend. Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de door het beding opgeworpen beperkingen. Indien die beperkingen betrekking hebben op de bevoegdheid van de werknemer na einde arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn – een ruime omschrijving waaronder mijns inziens ook valt het benaderen/bedienen van zakelijke relaties van de ex-werkgever en het gebruikmaken/verder ontwikkelen van een bepaalde specifieke werkwijze – dan valt het beding onder artikel 7:653 BW.

5.2. De bedingen in de onderhavige zaak

Welke bedingen waren in onze casus aan de orde? De Hoge Raad citeert de in het eerste en tweede lid van artikel 6.1 van het personeelsreglement opgenomen bedingen en spreekt daarbij (uitsluitend) over het *relatiebeding* (r.o. 3.1 onder (iv)). Het in het eerste lid van artikel 6.1 opgenomen beding is eveneens opgenomen in de arbeidsovereenkomst (art. 5). Partijen en het hof maken echter onderscheid tussen 'het non-concurrentiebeding' in de arbeidsovereenkomst en het 'relatiebeding' in het personeelsreglement. Zij menen kennelijk dat het beding in artikel 6.1 lid 1 personeelsreglement (en het gelijkkluidende beding in de arbeidsovereenkomst) een concurrentiebeding is, en het beding in lid 2 een relatiebeding.

Dat laatste is zonder meer juist. Het tweede lid verbiedt de werknemer kort gezegd om op enigerlei wijze betrokken te zijn bij het verrichten van werkzaamheden voor een cliënt van werkgever (of van de groep waarvan hij deel uitmaakt). Het karakter van het in het eerste lid genoemde (en in de arbeidsovereenkomst zelf opgenomen) beding is echter diffuus. Het legt een *verplichting tot overleg* op de werknemer alvorens in dienst te treden bij een cliënt van

Lodder & Co. Ook een dergelijk *overleggebod* is een beperking in de zin van artikel 7:653 lid 1 BW. Het beding is beperkt tot *cliënten* van werkgever, en heeft dus niet (althans, niet direct) betrekking op concurrenten van werkgever. Dat lijkt op een relatiebeding te wijzen, maar anderzijds ziet het niet op het in algemene zin ‘bedienen’ of ‘benaderen’, maar specifiek op het *in dienst treden* bij een cliënt. Dat laatste wordt in het algemeen niet onder een relatiebeding verstaan, daar gaat het vooral om het zaken doen met relaties van de ex-werkgever en het ‘meenemen’ van diens cliënten (‘klantjepik’), niet om het in dienst treden bij een cliënt. Mijns inziens is het daarom verdedigbaar dit beding niet als relatiebeding aan te merken. In feite betreft het een *andere* beperkte vorm van een concurrentiebeding, namelijk een concurrentiebeding dat alleen ziet op indiensttreding bij een cliënt en in dat geval alleen gebiedt tot het voeren van overleg. (NB Het beding vertoont ook enige trekken van het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi, maar dat mist toepassing, aangezien geen sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten en dus ook niet van indiensttreding bij (de specifieke cliënt) de inlener (vgl. Ktr. Arnhem 7 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1138, AR 2017-0253).)

Voor de onderhavige zaak was dit alles van weinig belang. De belastingadviseur was een eigen onderneming gestart. Lodder & Co. verweet hem dan ook niet de indiensttreding bij maar het bedienen van haar cliënten. Het ging met andere woorden om de vraag of de belastingadviseur (overtreding van) het tweede lid van artikel 6.1 personeelsreglement kon worden tegengeworpen.

5.3. Strikte toepassing Philips/Oostendorp-eisen op relatiebeding

Het beding dat onze belastingadviseur werd tegengeworpen, werd door zowel het gerechtshof als de Hoge Raad als relatiebeding aangemerkt. Nu dit zoals gezegd een beperkte vorm van een concurrentiebeding is, rijst de vraag of aan een relatiebeding wellicht minder strenge eisen mogen worden gesteld dan aan een ‘gewoon’ concurrentiebeding. Die vraag rijst natuurlijk vooral, en werd in casu ook opgeworpen, ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste.

Krachtens artikel 7:653 lid 1 BW is een concurrentiebeding slechts geldig indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer (in een vast contract). Deze tekst is door de wetgever, bij de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek, bewust zó geredigeerd dat het beding tussen de werkgever en de betrokken werknemer zelf moet zijn aangegaan. Een concurrentiebeding in een toepasselijke cao of geldend personeelsreglement is niet meer voldoende (anders dan onder het oude artikel 7A: 1637x). Redengevend daarvoor was het persoonlijke karakter van het beding en de vérgaande inbreuk die het maakt op de vrije arbeidskeuze van de werknemer (*Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 35 (MvT bij

Vaststelling van titel 7.10 van het nieuw Burgerlijk Wetboek)).

De Hoge Raad heeft de zware schriftelijkheidseis voor het concurrentiebeding, zoals bekend, nader uitgelegd in het arrest Philips/Oostendorp (HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, AR 2008-0207). Hij overwoog dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen. Niettemin kan volgens de Hoge Raad aan dat vereiste ook voldaan zijn als het beding is opgenomen in een ander arbeidsvoorwaardendocument dan het document (veelal het arbeidscontract) dat de werknemer heeft ondertekend. In dat geval geldt wel als bijkomende eis dat:

ofwel (1) in het ondertekende document naar de arbeidsvoorwaarden waarin het beding staat is verwezen én die arbeidsvoorwaarden *als bijlage bij het ondertekende document waren gevoegd*; ofwel (2) de werknemer in het ondertekende document uitdrukkelijk heeft verklaard dat hij instemt met het concurrentiebeding.

Van belang is dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest expliciet overweegt dat artikel 7:653 lid 1 BW en de overwegingen in het Philips/Oostendorp-arrest ook betrekking hebben op een relatiebeding zoals in casu door Lodder & Co. is ingeroepen (r.o. 3.4.3). Die overweging ziet op het in artikel 6.1 lid 2 van het personeelsreglement ingeroepen beding, hetgeen (zo bleek in par. 5.2) een klassiek relatiebeding is. Voorts wordt overwogen dat de eisen uit Philips/Oostendorp strikt moeten worden uitgelegd (r.o. 3.4.4). ‘Voor zover het onderdeel een ruime uitleg of een verruiming van deze eisen bepleit, doet het dat (dus) tevergeefs.’

5.4. Toepassing schriftelijkheidseis op de casus

Rest de vraag waarom in casu niet aan de schriftelijkheidseis was voldaan. Het ging om de variant genoemd onder (1). In paragraaf 3 bleek reeds dat volgens het tussenarrest van het gerechtshof aan die eis is voldaan als de werknemer op het moment van ondertekenen van de arbeidsovereenkomst ‘beschikte over en instemde met het personeelsreglement’ waarin het concurrentiebeding is opgenomen. Van belang is het criterium ‘beschikken over’ dat het hof hier hanteert. Dát de werknemer vóór het moment van ondertekenen reeds beschikte over het personeelsreglement stond wel vast op basis van de getuigenverklaringen. Hij had het op een eerder moment (‘op enig moment’) in zijn bezit gekregen. Het criterium ‘op enig moment beschikken over’ is echter een ander – en een ruimer – criterium dan dat van de Hoge Raad. De Hoge Raad eist immers dat de arbeidsvoorwaarden waarin het beding staat (in casu het personeelsreglement) *als bijlagen bij het ondertekende document zijn gevoegd*. En dat laatste stond niet vast. Het hof komt hierop later terecht terug. Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt

dat deze eis strikt moet worden uitgelegd. Ook als de werknemer het document waarin het concurrentiebeding staat reeds in zijn bezit heeft, moet de werkgever dat document als bijlage bij de te ondertekenen arbeidsovereenkomst voegen om te voldoen aan schriftelijkheidsvariant (1). (Zie voor vergelijkbare lastige situaties C.C. Zillinger Molenaar, 'Kroniek concurrentiebeding en onrechtmatige werknemersconcurrentie 2015', *ArbeidsRecht* 2016/34, par. 2). Voorts maakt de Hoge Raad duidelijk dat dit ook geldt als het 'slechts' om een relatiebeding gaat.

Ten slotte nog een opmerking over de formulering die het Hof Arnhem-Leeuwarden voor deze schriftelijkheidsvariant hanteerde in zijn eindarrest. Die formulering – namelijk dat de arbeidsvoorwaarden (met het concurrentiebeding) de werknemer 'in samenhang met' de te ondertekenen arbeidsovereenkomst ter beschikking is gesteld – lijkt nog steeds ruimer te zijn dan de eis van de Hoge Raad ('als bijlage bij het ondertekende document gevoegd'). In casu was aan het criterium 'terbeschikkingstelling in samenhang met' van het hof duidelijk niet voldaan, nu de werknemer bijna een jaar eerder het reglement had ontvangen. Wat geldt echter als de werknemer enkele dagen voor het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst vast (en uitsluitend) het personeelsreglement (met daarin het concurrentiebeding) per mail toegezonden heeft gekregen? Als hij dan zeg drie dagen later ten kantore van de werkgever de arbeidsovereenkomst overhandigd krijgt, zonder bijgevoegde bijlage, en deze ondertekent, dan is aan de eis van de Hoge Raad niet voldaan, maar mijns inziens wél aan de 'samenhangeis' van het hof.

De vraag is vervolgens of er wat te zeggen valt voor de ruimere 'samenhangeis' van het hof. Kijkend naar de ratio van de strenge schriftelijkheidsleer van de Hoge Raad – het waarborgen dat de werknemer kennis heeft genomen van het concurrentiebeding en de consequenties van dit bezwarende beding goed heeft overwogen – kan het eerder per mail (of post) toesturen van het personeelsreglement aan de werknemer juist bijdragen aan bedoelde waarborgfunctie. De werknemer heeft dan immers – anders dan als hij dat reglement op het tekenmoment tegelijkertijd met de arbeidsovereenkomst onder zijn neus geschoven krijgt – alle tijd gehad het op zijn gemak te lezen en er desgewenst met iemand (bijvoorbeeld een jurist) over te spreken. Maar ja, evenals bij de bijgevoegde-bijlage-eis van de Hoge Raad blijft onzeker of de werknemer dat daadwerkelijk heeft gedaan, ja zelfs of hij het reglement überhaupt heeft ingezien. Wellicht biedt een setting conform de eis van de Hoge Raad daarvoor toch een betere waarborg: mogelijk straalt de gewichtigheid van het ondertekenenmoment af op alle daar aan de werknemer overhandigde documenten en maakt dat de kans groter dat de werknemer aan die bijgevoegde bijlagen de nodige aandacht geeft (daartoe moet hij dan natuurlijk wel in de gelegenheid worden gesteld en het belangrijke document met concurrentiebeding kan ook nog eens 'verdrinken' in een groot aantal bijlagen...).

Deze bespiegelingen laten in ieder geval zien dat schriftelijkheidsvariant (1) – hoe we de eis ook precies uitleggen – niet de gewenste zekerheid biedt. Schriftelijkheidsvariant (2) biedt een betere waarborg. De grootste zekerheid wordt echter, uiteraard, verkregen als het vereiste van geschrift van artikel 7:653 lid 1 BW even streng wordt uitgelegd als dat krachtens het nieuwe lid 2 geldt voor een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: het beding mag alleen in de arbeidsovereenkomst zelf worden opgenomen.

6. Conclusie

Onze belastingadviseur kwam in casu goed weg. Het adviesbureau (zijn voormalige werkgever) kon hem niet aan het relatiebeding houden, nu dat niet rechtsgeldig tussen hen was overeengekomen. Volgens de Hoge Raad gelden zijn in het arrest Philips/Oostendorp geformuleerde eisen voor schriftelijkheid óók voor een zuiver relatiebeding (een beperkte vorm van een concurrentiebeding) en moeten die eisen bovendien strikt worden uitgelegd.

En strikt is ook echt strikt. Uit het arrest blijkt dat zelfs indien:

in de door werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst staat dat bepaalde arbeidsvoorwaarden (waarin een concurrentiebeding staat) bij die overeenkomst zijn gevoegd en daarmee een ondeelbaar geheel vormen, en dat werknemer heeft kennisgenomen van het bepaalde in de arbeidsvoorwaarden en verklaart daarmee akkoord te gaan; en voorts vaststaat dat werknemer op het moment van ondertekenen van die arbeidsovereenkomst reeds over die arbeidsvoorwaarden, en dus over de tekst van het concurrentiebeding, beschikte;

niet is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 lid 1 BW als niet vaststaat dat die arbeidsvoorwaarden *daadwerkelijk bij de te ondertekenen arbeidsovereenkomst zijn gevoegd*. De werkgever kon dat laatste in casu niet bewijzen. Dat de werknemer reeds eerder over die arbeidsvoorwaarden beschikte, maakt dat niet anders. Hij dient ze bij het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst – eventueel: wederom – te ontvangen.

Voor werkgevers biedt het arrest een belangrijke les. Schriftelijkheidsvariant (1) is bepaald een *rocky road*. Als het concurrentiebeding niet in de te ondertekenen arbeidsovereenkomst zelf staat, dan is het vele malen veiliger te gaan voor variant (2), dus om in de arbeidsovereenkomst (of ander document dat de werknemer ondertekent) een uitdrukkelijke verklaring van de werknemer op te nemen dat hij instemt met het concurrentiebeding. Echter, de meeste zekerheid voor zowel werkgever als werknemer, en daarom te verkiezen, biedt de meest voor de hand liggende variant: de opname van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst zelf.