

Omdat een concurrentiebeding een verboden mededingingsbeperking kan zijn, kunnen afspraken tussen twee grote advocatenkantoren over de overstap van advocaat en cliënten in strijd zijn met de Mededingingswet.

Concurrentiebeding kan strijden met Mededingingswet

.....
Marcel de Vries en Alain Camonier
advocaten te Amsterdam¹
.....

Ter bescherming van de werknemer zijn aan het concurrentiebeding formele eisen gesteld in art. 7:653 BW. Een concurrentiebeding moet schriftelijk zijn overeengekomen met een meerderjarige werknemer. Een concurrentiebeding opgenomen in een CAO is niet rechtsgeldig.² Indien een concurrentiebeding is opgenomen in een personeelshandboek, is het concurrentiebeding geldig indien de werknemer zich door ondertekening van de arbeidsovereenkomst akkoord verklaart met de inhoud van dit handboek, mits dit is bijgevoegd bij de arbeidsovereenkomst.³ Een rechtsgeldig overeengekomen concurrentiebeding zou haar geldigheid geheel of gedeeltelijk kunnen verliezen indien er sprake

is geweest van een wijziging van de arbeidsverhouding (bijvoorbeeld een promotie) waardoor het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken. Hierbij wordt dan wel betekenis gehecht aan de mate waarin de wijziging van de arbeidsverhouding redelijkerwijs was te voorzien voor de werknemer toen deze het concurrentiebeding aanvaardde.⁴

Veel werkgevers en werknemers denken ten onrechte dat concurrentiebedingen in Nederland niet goed zijn te handhaven. De oorsprong van dit misverstand is waarschijnlijk dat de Eerste Kamer in 2006 het wetsvoorstel tot wijziging van het concurrentiebeding heeft verworpen. Dit afschieten van het wetsvoorstel is in de media breed uitgemeten, maar onderbelicht bleef dat de bestaande regelgeving over concurrentiebedingen van toepassing blijft.

Uit de arbeidsrechtpraktijk blijkt dat (kanton)rechters veel meer dan vroeger werknemers houden aan het overeengekomen concurrentiebeding. Waar vroeger het concurrentiebeding sneller werd beperkt, zijn rechters thans meer geneigd om het concurrentiebeding in

stand te laten en werknemers soms ook forse boetes te laten betalen.⁵ De precieze reden hiervoor heeft waarschijnlijk te maken met de bestaande krapte op de arbeidsmarkt, en het toenemend aantal zzp'ers.

Omgezet in relatiebeding

Indien een werknemer bij een concurrent van zijn werkgever wil gaan werken, ontstaat in de arbeidsrechtpraktijk niet zelden een discussie tussen de bestaande werkgever, de nieuwe werkgever en de werknemer. Of en zo ja, hoe moet het concurrentiebeding worden gehandhaafd? Het bestaande concurrentiebeding is in de meeste gevallen een aantal jaren eerder tussen werkgever en werknemer overeengekomen, waardoor het bereik van dit beding in het algemeen vrij breed is. Indien tussen de betrokken partijen wordt gesproken over aanpassing van het concurrentiebeding op het moment dat het einde van de arbeids-

.....
¹ Advocaten bij Pallas Advocaten te Amsterdam.

² Kamerstukken II 1993/94, 23 438, MvT.

³ HR 28 maart 2008, JAR 2008, 113.

⁴ HR 5 januari 2007, JAR 2007, 37.

.....
⁵ Zie onder andere: Gerechtshof Den Bosch 4 december 2007, JAR 2008, 13; kantonrechter Amsterdam 29 november 2007, JAR 2008, 60; Gerechtshof Arnhem 23 oktober 2007, JAR 2007, 301; kantonrechter Tilburg 13 augustus 2007, JAR 2007, 221

De maatschap
wenst je bijzonder
succes bij de volgende
stap in je carrière
(



overeenkomst nabij is, zal hiermee het concurrentiebeding beter kunnen worden toegespitst op de bestaande situatie. Vaak is de oude werkgever in principe wel bereid de werking van het bestaande concurrentiebeding te beperken, mits de beperking blijft bestaan (of zelfs wordt opgevoerd) aan de kant waar op dat moment de grootste bescherming nodig is. In veel gevallen wordt om deze reden het bestaande concurrentiebeding vaak 'omgezet' in een relatiebeding, waarbij

de werknemer belooft af te blijven van bijvoorbeeld de top 5-klienten van de werkgever. Daarbij wordt van de nieuwe werkgever vaak verlangd dat deze het nieuwe relatiebeding mede ondertekent. Op deze wijze wordt voorkomen dat de werknemer zelf weliswaar klanten van de oude werkgever niet actief werft, maar zijn nieuwe collega's iets 'influxtert'.

Partijen bij een dergelijk driepartijen-relatiebeding beseffen meestal niet dat

.....
Veel werkgevers en werknemers denken ten onrechte dat concurrentiebedingen niet goed zijn te handhaven, omdat de Eerste Kamer een wetsvoorstel tot wijziging van het concurrentiebeding verwierp
.....

een dergelijk beding in strijd kan zijn met art. 6 Mededingingswet, daar het een overeenkomst betreft tussen twee ondernemingen (en een werknemer) die in zich kan dragen dat een deel van de markt wordt beperkt.

Verschillende kaders

Art. 6 Mededingingswet (Mw) verbiedt: 'overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.' Bij de mededingingsrechtelijke toetsing van een concurrentiebeding gaat het vooral om het element 'afspraken tussen ondernemingen'. Volgens de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet maakt het niet uit in welke juridische vorm de overeenkomst wordt gegoten, zodat ook een concurrentiebeding hieronder kan vallen.

In de jurisprudentie is diverse malen door een werknemer een beroep gedaan op art. 6 Mw, ook omdat het toetsingskader van art. 7:653 BW verschilt van art.

De rechter laat het concurrentiebeding tegenwoordig vaker in stand, vanwege krapte op de arbeidsmarkt en het toenemend aantal zzp'ers

6 Mw. In het kader van art. 6 Mw wordt een concurrentiebeding uitsluitend getoetst aan één algemeen belang, het belang van de bevordering en instandhouding van de mededinging. Hierbij kan alleen de bescherming van goodwill en knowhow worden beschouwd als legitiem doel voor het aangaan van een concurrentiebeding.⁶ In de arbeidsrechtelijke toetsing van het concurrentiebeding kunnen juist meer (werkgevers)belangen worden aangevoerd die instandhouding van het concurrentiebeding rechtvaardigen. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan vrees voor benadeling, omdat de werknemer kennis heeft van bedrijf c.q. de bedrijfsgeheimen, verlies van in de werknemer gedane investeringen, maar ook weer het belang van bescherming van goodwill en knowhow. Dit zorgt ervoor dat in bepaalde gevallen een concurrentiebeding wel de toets van art. 7:653 BW doorstaat, maar niet die van art. 6 Mw.

Voorwaarden en rechtvaardiging

Uit de Europese en nationale jurisprudentie blijkt dat voor een geslaagd beroep op art. 6 lid 1 Mw moet zijn voldaan aan enkele voorwaarden en omstandigheden. Allereerst geldt dat art. 6 lid 1 Mw alleen van toepassing is op mededingingsbeperkende afspraken

tussen ondernemingen. Als de nieuwe werkgever een nieuw concurrentiebeding niet mede ondertekent, moet de werknemer voor wie een concurrentiebeding (of relatiebeding) geldt zich dus als onderneming of zelfstandig ondernemer op de markt begeven. Hieronder vallen ook vrije-beroepsbeoefenaars zoals artsen,⁷ fysiotherapeuten, advocaten en notarissen, maar ook bijvoorbeeld een werknemer die aan de slag gaat als directeur-grotaandeelhouder van een door hemzelf opgezette onderneming.

Voor een geslaagd beroep op het mededingingsrechtelijk kartelverbod moet het beding voorts de strekking hebben de mededinging te beperken, en zulks merkbaar (merkbaarheidsvereiste). Van belang is of één of meer ondernemingen worden beperkt in hun vrijheid commerciële beslissingen te nemen. Om te beoordelen of een overeenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, dient de overeenkomst niet op zichzelf te worden bekeken, maar te worden geplaatst in de juridische en economische context waarin zij tot stand komt.⁸

Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief kan er een rechtvaardigingsgrond bestaan voor het concurrentie- of relatiebeding, als dit namelijk in de specifieke economische context de vrije mededinging bevordert of in stand houdt. In dat geval lopen de belangen van de werkgever samen met het belang van bevorderen en in stand houden van de mededinging. Dit moet van geval tot geval worden bekeken. In het ene geval zal het concurrentiebeding (of relatiebeding) de vrije mededinging dus juist bevorderen of in stand houden, bijvoorbeeld indien het concurrentiebeding noodzakelijk is om een onderneming in staat te stellen zich een plaats te verwerven op een voor

haar nieuwe markt,⁹ terwijl het in het andere geval de vrije mededinging in de weg zal staan.

Indien er sprake is van een op zichzelf gerechtvaardigd concurrentiebeding of relatiebeding, dient voorts te worden bezien of het beding noodzakelijk is voor het te bereiken doel. Dit is afhankelijk van zowel de duur als de geografische en materiële reikwijdte van het beding in een concreet geval.

Art. 7 Mw bevat een belangrijke uitzondering op het kartelverbod. Het kartelverbod is niet van toepassing op mededingingsbeperkende overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken en (cumulatief) waarvan de totale concernomzet niet meer beloopt dan € 5.500.000 (in geval van goederen) dan wel € 1.100.000 (bij diensten). Het laatste bedrag levert maar een beperkte grens op indien een advocaat (met cliënten) verhuist van het ene naar het andere advocatenkantoor. Strijd met de Mededingingswet kan dan ook al snel op de loer liggen.

Grote kantoren moeten opletten

Recente rechtspraak toont aan dat concurrentiebedingen door werknemers en werkgevers (nog steeds) serieus moeten worden genomen. Bij het in der minne oplossen van geschillen over concurrentiebedingen kan niet in alle gevallen enkel worden volstaan met een arbeidsrechtelijke benadering, maar zal ook moeten worden gekeken naar de gevolgen van een nieuw concurrentie- of relatiebeding op mededingingsrechtelijk gebied. Dit is met name het geval indien bij het ondertekenen van een nieuw concurrentie- of relatiebeding de nieuwe werkgever partij wordt bij dit beding. Veel grote advocatenkantoren zouden dit aspect beter moeten meewegen bij het overhalen van advocaten om hun praktijk te verhuizen.

⁶ Zie ook mr. S.F. Sagel en mr. Y. de Vries, 'Het arbeidsrechtelijk concurrentiebeding uit mededingingsrechtelijk perspectief', *SR* 2002, p. 287.

⁷ Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem, 9 januari 2006, LJN AV 3317.

⁸ Zie GvEA 27 september 2006, GlaxoSmithKline v. Commissie, *Jur* 2006, II-2969.

⁹ HvJ EG 28 januari 1986, zaak 161/84, *Jur.* 1986, 353.

Nieuw arrest

De gevolgen van Salduz en Panovits

Na twee EHRM-uitspraken móet advocaat toegang krijgen tot verhoor



Na de uitspraak in de zaak Salduz begon de discussie over de implicaties voor de Nederlandse praktijk.¹ Twee Nederlandse rechters kozen voor een beperkte uitleg, maar na een tweede, vergelijkbare uitspraak van het EHRM vroeg Taru Spronken de griffier om uitleg van een passage en concludeert ze dat de wet explicieter moet vaststellen dat de advocaat tot het verhoor moet worden toegelaten.

Taru Spronken

Hoogleraar straf(proces)recht en advocaat te Maastricht

In een kort geding oordeelde de voorzieningenrechter in Amsterdam op 18 december 2008 dat de uitspraak van het EHRM² door de verschillende rechtbanken en hoven wordt bestudeerd en dat gelet op de verschillende interpretaties van de uitspraak het thans niet voldoende aannemelijk is dat hieruit moet worden afgeleid dat raadslieden tot de politieverhoren dienen te worden toegelaten.³ De R-C in Rotterdam besliste een dag later, bij een toetsing van de rechtmatigheid van de invzekeringstelling van een minderjarige verdachte, bij wie de raadsman met een beroep op de Salduz-zaak niet werd toegelaten bij de politieverhoren, dat uit het arrest Salduz niet volgt dat de raadsman het recht heeft de politieverhoren bij te wonen.⁴

- 1 Zie R. Malewicz, G.P. Hamer, "U kunt er nu niet bij" is niet langer acceptabel, *Advocatenblad* 2008-18, 18 december 2008, en de discussie op NJBlog, www.njb.nl.
- 2 EHRM (Grand Chamber) 27 november 2008, appl.nr. 36391/02, *NbSr* 2009, 1.
- 3 Rb Amsterdam 18 december 2008, LJN BG7496, *NbSr* 2009, 31.
- 4 Rb Rotterdam 19 december 2008, *NbSr* 2009, 41.

Nieuwe zaak

De Salduz-zaak wordt thans door OM, rechterlijke macht, ministerie én advocatuur nauwkeurig bestudeerd – en nu is er nog een nieuwe Straatsburgse zaak bijgekomen! Het gaat om de zaak Panovits v. Cyprus, van 11 december 2008, waarin het EHRM eveneens heeft geconcludeerd tot schending van het EVRM wegens het gebrek aan bijstand voorafgaande en tijdens de politieverhoren van een 17-jarige verdachte van moord.⁵

Matthias Borgers en ik zetten naar aanleiding van het tweede arrest vandaag in het *NJB* (16 januari 2009) de discussie voort.⁶ In dit *Advocatenblad* bepleit ik het volgende.

Het feitencomplex in de zaak Salduz veronderstel ik bekend. Van de Panovits-zaak zet ik de discussiepunten en consequenties op een rij, om te voorkomendat advocaten zich te snel neerleggen bij de twee nogal teleurstellende Nederlandse uitspraken.

Panovits v. Cyprus

In het kader van een onderzoek naar een moord werd Panovits (17 jaar)

- 5 EHRM 11 december 2008, appl.nr. 4268/04, *NbSr* 2009, 2.
- 6 Matthias Borgers, 'Een nieuwe dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor?' en Taru Spronken, 'Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor!', te verschijnen in het *NJB* van 16 januari 2009.

samen met zijn vader uitgenodigd op het politiebureau. De politie informeert de vader en zoon dat de laatste werd verdacht van deze moord. Panovits ontkende. Vervolgens werd hij in afwezigheid van zijn vader door de politie verhoord. Hem werd de cautie gegeven maar al snel legde hij belastende verklaringen af. Zijn vader was niet bij de verhoren aanwezig maar werd wel geadviseerd een advocaat in te schakelen. De vader bleef echter op het politiebureau aanwezig, angstig dat zijn zoon geweld zou worden aangedaan.

In de daaropvolgende strafzaak werd Panovits veroordeeld wegens doodslag en beroving, waarbij gebruik werd gemaakt van zijn belastende verklaringen tegenover de politie. Het verweer van Panovits dat hij door de politie onder druk was gezet werd verworpen, evenals het verweer dat hij geen rechtsbijstand had gehad voorafgaande aan de politieverhoren. Volgens de nationale rechter had hij daarom niet gevraagd en evenmin was hem rechtsbijstand geweigerd. Voor het EHRM klaagt Panovits onder meer dat hij niet geïnformeerd was over zijn recht dat hij voorafgaande aan de politieverhoren een advocaat kon consulteren en dat hij ook niet in de gelegenheid was gesteld om een advocaat in te schakelen, dat hij onvoldoende was geïnformeerd over zijn zwijgrecht en dat zijn bekennende verklaring tegenover de politie ten onrechte voor het bewijs was gebruikt. Het EHRM acht alle klachten gegrond.

Ook bijstand tijdens verhoor

Dat er naar aanleiding van de Salduz-zaak iets moet gebeuren in de allereerste fase van de verhoren, daar is men het wel over eens. De discussie spitst zich echter toe op de vraag wat de woorden 'access to a lawyer' of 'assistance of a lawyer' betekenen en of hieruit kan worden afgeleid dat de verdachte ook recht heeft op aanwezigheid van zijn advocaat tijdens de verhoren. Borgers vindt dat dit uit de zaken Salduz en Panovits niet met zoveel woorden blijkt en dat de rechtsbijstand dus ook beperkt zou kunnen blijven tot een consultatierecht voorafgaande en tijdens de verhoren.⁷ Ik beargumenteer dat uit de ratio

7 Zie Matthias Borgers, hiervoor.

Het is voor de politie riskant geworden verdachten te verhoren voordat ze met een advocaat hebben gesproken

van de overwegingen van de Salduz-zaak en uit de gebezigde bewoordingen van de vier rechters die een concurring opinion hebben geschreven in de Salduz-zaak, niet anders kan worden geconcludeerd dan dat het ook gaat om bijstand tijdens de verhoren.

Dit lijkt bevestigd te worden in de zaak Panovits. Belangrijk is § 66 waarin het hof overweegt: 'The lack of legal assistance during an applicant's interrogation would constitute a restriction of his defence rights in the absence of compelling reasons that do not prejudice the overall fairness of the proceedings.' Omdat de strekking van deze overweging mij niet helemaal helder was heb ik het EHRM geschreven of er wellicht een fout zit in de tekst in die zin dat het woord 'not' had moeten worden geschrapt of het woord 'do' zou moeten worden vervangen door 'must', hetgeen meer in overeenstemming zou zijn met de tekst van § 55 in de Salduz-zaak.

Ik kreeg van de griffier het volgende antwoord: 'As indicated by the use of conditional tense in the sentence you referred to, lack of legal assistance during the questioning of a suspect would be an unjustified restriction of his defence rights unless there are compelling reasons for such restriction that, in any event, must not prejudice the overall fairness of the proceedings. Lastly, it is noted that paragraph 66 of the judg-

ment in Panovits v. Cyprus should be read in line with paragraph 55 of the judgment in Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, 27 November 2008'.⁸

Mijn conclusie: uit de twee uitspraken kan worden afgeleid dat de advocaat tot de verhoren moet worden toegelaten.

Aanpassing wettelijke regeling

Het EHRM past in beide zaken de exclusionary rule toe. Na de Salduz- en Panovits-zaak wordt het voor de politie riskant verdachten te verhoren voordat ze met een advocaat hebben gesproken. Belastende verklaringen lopen dan immers de kans te worden uitgesloten van het bewijs omdat het gebruik hiervan, als de verdachte hierop later terugkomt, in beginsel leidt tot een schending van art. 6 EVRM.⁹

Tot slot kan uit de Salduz-zaak worden afgeleid dat de positie van de advocaat tijdens de politieverhoren geenszins een passieve is en dat het niet alleen gaat om de waarborging van het pressieverbod maar om equality of arms.¹⁰

Duidelijk is nu al dat er een recht bestaat op consultatie voorafgaand aan het politieverhoor.¹¹ Veel zal nog moeten worden uitgewerkt: de financiering van de 'vroeghulp' door advocaten, wijziging van de piketdiensten, instructies aan de politie et cetera. De aanwezigheid tijdens verhoren zal door de advocatuur nog bevochten moeten worden. Desnoods tot aan Straatsburg toe - maar hopelijk hoeft het zover niet te komen. De Straatsburgse uitspraken zijn mijns inziens helder genoeg voor een wijziging van de huidige praktijk en een verheldering van de wettelijke regeling.

8 Brief Søren Nielsen, Section Registrar of the First Chamber of the ECHR, 16 december 2008.

9 Zie § 55 in de Salduz-zaak. Het uitgangspunt van het door Borgers geannoteerde arrest HR 13 november 2007, NJ 2008, 116 dat het feit dat een verdachte in het kader van de piket te laat wordt voorzien van rechtsbijstand niet tot bewijsuitsluiting van de bekennende verklaring leidt, kan dan ook niet meer worden volgehouden.

10 Zie § 53 van de Salduz-zaak.

11 Na de Salduz-zaak was overigens nog de vraag of de verdachte moet worden geïnformeerd over zijn recht op rechtsbijstand voorafgaande en tijdens de verhoren. Uit de Panovitszaak blijkt glashelder dat de staat een positieve verplichting heeft en dat een verdachte een reële kans moet krijgen om voorafgaand aan de politieverhoren te overleggen met een advocaat. Zie § 70-73 van de Panovits-zaak.