

5.15. Aangezien de grieven niet tot vernietiging van het vonnis kunnen leiden, zal het vonnis worden bekrachtigd, met veroordeling van [appellant] in de kosten van het hoger beroep.

6. *Beslissing*

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis; veroordeelt [appellant] in de kosten van het hoger beroep en begroot deze aan de zijde van KPN tot de datum van dit arrest op € 5.610,= wegens verschotten en € 9.702,= wegens salaris, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet binnen veertien dagen na dit arrest aan deze kostenveroordeling is voldaan; verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

afgewezen. Het hof heeft het vonnis in eerste aanleg vernietigd en het concurrentiebeding geschorst met ingang van 1 maart 2020. Het hof heeft hierbij overwogen dat het concurrentiebeding bedoeld is om het bedrijfsdebet van de werkgever te beschermen. Het beding is volgens het hof niet bedoeld om werknemers te binden. De werkgever stelt in cassatie dat het hof heeft miskend dat bij de belangenafweging van art. 7:653 BW ook moet worden meegewogen het belang van de werkgever om de werknemer nog een zekere tijd te binden zodat de werkgever de gelegenheid krijgt om in een krappe arbeidsmarkt vervangend personeel te vinden. Anders komen de bedrijfsvoering en de continuïteit van de onderneming in het gedrang, hetgeen ten koste gaat van het bedrijfsdebet.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. 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, kan op grond van art. 7:653 lid 3 aanhef en onder b BW door de rechter geheel of gedeeltelijk worden vernietigd indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Een vordering tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een dergelijk beding kan niet in kort geding worden toegewezen. In kort geding kan wel een vordering tot schorsing van een dergelijk beding worden toegewezen. Bij de beoordeling van deze vordering dient de voorzieningenrechter zich een voorlopig oordeel te vormen over de op grond van art. 7:653 lid 3 aanhef en onder b BW te maken belangenafweging. Bij deze belangenafweging speelt geen rol het belang van de werkgever om een werknemer nog een zekere tijd in dienst te houden, ook niet indien de werkgever tijd nodig heeft om in een krappe arbeidsmarkt vervangend personeel te vinden.

178

Binden van werknemer is geen belang voor handhaven concurrentiebeding

Hoge Raad

17 juni 2022, nr. 20/03561,

ECLI:NL:HR:2022:894

(mr. Du Perron, mr. Wattendorff, mr. Schaafsma, mr. Makkink, mr. Teuben)
(Concl. A-G De Bock)

Noot mr. drs. A.M. Helstone, deze noot heeft betrekking op «JAR» 2022/171 en «JAR» 2022/178

Concurrentiebeding. Belangenafweging. Bescherming bedrijfsdebet.

[BW art. 7:653 lid 3]

De werknemer is vanaf 2015 tot eind februari 2020 als internationaal chauffeur in dienst geweest bij de werkgever. In de arbeidsovereenkomst staat een concurrentiebeding. Op 1 maart 2020 is de werknemer als chauffeur in dienst getreden bij een concurrent van de werkgever. De werkgever vordert in kort geding werknemer te veroordelen tot nakoming van het concurrentiebeding. De werknemer heeft in reconventie schorsing van dat beding met ingang van 1 maart 2020 gevorderd. De kantonrechter heeft de vorderingen van de werkgever toegewezen en die van de werknemer

NB. Wordt het verzoek tot vernietiging van het concurrentiebeding in een bodemprocedure toegewezen, dan houdt het concurrentiebeding alsnog zijn werking als de werkgever tegen de afwijzing in hoger beroep gaat. Uitvoerbaarverklaring bij voorraad is dan dus wel nodig om de schorsing door het hoger beroep van de beslissing in eerste aanleg te voorkomen, terwijl dit voor de tenuitvoerlegging van een beslissing tot ontbinding of toekenning van een vergoeding niet zo is (art.

7:683 lid 1 BW). Zie ook Kamerstukken I 2013/14, 33818, nr. C, p. 114.

[Eiseres] B.V., rechtsopvolgster krachtens fusie van Meijndert Trucking B.V., te [vestigingsplaats], eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, hierna: Meijndert Trucking, advocaat: H.J.W. Alt, tegen [verweerder] te [woonplaats], verweerder in cassatie, eiser in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, hierna: de werknemer, advocaat: F.M. Dekker.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. De Bock)

Deze kortgedingprocedure gaat over de nakoming van een concurrentiebeding van een internationaal chauffeur. Het hof heeft voorop gesteld dat een concurrentiebeding bedoeld is ter bescherming van het bedrijfsdebet van de werkgever – de opgebouwde knowhow en goodwill – en niet om werknemers te binden. Anders dan de kantonrechter, heeft het hof het concurrentiebeding geschorst omdat het voorshands van oordeel is dat het beding de chauffeur onbillijk benadeelt in verhouding tot het te beschermen van zijn werkgever. Meijndert Trucking is daarbij veroordeeld tot terugbetaling van wat Werknemer al heeft betaald ter uitvoering van het kortgedingvonnis. Meijndert Trucking klaagt in cassatie onder meer dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting over de bedoeling van het concurrentiebeding. Werknemer heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld met betrekking tot de uitleg van het door Werknemer aanvaarde derdenbeding uit een overeenkomst tussen enerzijds Meijndert Trucking en anderzijds de concurrerende werkgever waar Werknemer aansluitend in dienst is getreden. Deze cassatieprocedure hangt samen met zaak 20/03562, waarin vandaag eveneens conclusie wordt genomen.

1. Feiten

In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan het kortgedingvonnis van de

kantonrechter Arnhem van 8 mei 2020.¹ Die feiten heeft het hof Arnhem-Leeuwarden tot uitgangspunt genomen in zijn arrest in kort geding van 8 september 2020 (hierna: het bestreden arrest).²

1.1. [verweerder] (hierna: Werknemer) is vanaf 18 mei 2015 tot 27 februari 2020 als internationaal chauffeur in dienst geweest bij Meijndert Trucking B.V., de rechtsvoorganger van eiser in cassatie (zie hierna onder 2.13).

1.2. In de arbeidsovereenkomst van 15 juni 2017, waarbij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is in art. 5 ‘Non concurrentiebeding’ het volgende opgenomen:

“Het is werknemer verboden – zonder schriftelijke toestemming van werkgever – gedurende de dienstbetrekking en gedurende een periode van één jaar na beëindiging van de arbeidsovereenkomst in enigerlei vorm in Nederland, een onderneming die haar activiteiten ontplooit op het terrein van het transporteren en behandelen van bulkkladingen en tankcontainers met betrekking tot gassen en tankvloeistoffen in de ruimste zin deze woords, te vestigen, te drijven, of mede te drijven of te doen drijven, hetzij indirect, hetzij direct, als ook financieel in welke vorm dan ook bij een dergelijke zaak belang te hebben, daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, al dan niet in dienstbetrekking, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet of om daarin een aandeel te hebben.

Tevens zal werknemer zich er gedurende deze periode van twee jaar onvoorwaardelijk van onthouden om in welke hoedanigheid dan ook relaties en mogelijke toekomstige relaties van werkgever te benaderen of daarmee zaken te doen. Dit verband strekt zich nadrukkelijk uit tot alle personen, bedrijven of instellingen, waarvan werknemer weet of redelijker wijs moet weten dat deze een relatie van werkgever zijn of dat werkgever doende is om deze als relatie aan zich te binden.

Bij overtreding van het in dit artikel bepaalde zal werknemer aan werkgever een dadelijk opeisbare boete van € 500,- (zegge vijfhonderd euro) verbeu-

1 Rechtbank Gelderland (ktr. Arnhem) 8 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2575, AR-Updates 2020-0579, rov. 2.1-2.5 (hierna: het kortgedingvonnis).

2 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, 8 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7033, AR-Updates 2020-1083, rov. 3.

ren voor iedere dag waarop een overtreding plaats vindt of voortduurt, onverminderd het recht van de werkgever om schadevergoeding van werknemer te vorderen.”

1.3. In de periode oktober 2018 – mei 2019 zijn door Meijndert Holding B.V., met als directeur [betrokkene 1], de aandelen van Meijndert Trucking B.V. verkocht en geleverd aan Kees in ‘t Veen Moerdijk B.V.

1.4. Op 1 maart 2020 is Werknemer als chauffeur in dienst getreden bij Anne Transport B.V. (hierna: Anne Transport). [betrokkene 1] is inmiddels betrokken bij Anne Transport en niet meer bij Meijndert Trucking.

1.5. Op 17 maart 2020 heeft de gemachtigde van Meijndert Trucking Werknemer gesommeerd om binnen 24 uur na ontvangst van haar brief zijn werkzaamheden ten behoeve van Anne Transport te staken, alsmede gestaakt te houden gedurende de resterende looptijd van het overeengekomen concurrentiebeding en gesommeerd om de reeds verbeurde contractuele boete wegens overtreding van het concurrentiebeding (€ 8.500,=) te voldoen binnen veertien dagen.

1.6. Werknemer heeft geen gehoor gegeven aan de sommatie van Meijndert Trucking.

1.7. Op 22 mei 2020 – nadat de voorzieningenrechter bij vonnis van 8 mei 2020 Werknemer heeft veroordeeld om zijn werkzaamheden voor Anne Transport te staken en Meijndert Trucking een bedrag van € 11.000,= als voorschot op de gevorderde contractuele boete te voldoen, zie onder 2.4 – is tussen Meijndert Trucking en Anne Transport een schikkingsovereenkomst tot stand gekomen. Deze mondelinge afspraak is op 2 juni 2020 schriftelijk vastgelegd.³

1.8. In een e-mail van 4 juni 2020 heeft de advocaat van Werknemer het volgende geschreven aan de advocaat van Meijndert Trucking:⁴

“Van de advocaat van Anne Transport B.V. heb ik vernomen dat in de overeenkomst tussen de voormalige werkgever en de huidige werkgever/opdrachtgever van mijn cliënten [A-G: volgen de namen van de zes chauffeurs] een derdenbeding is

opgenomen ten behoeve van mijn cliënten dat, zakelijk weergegeven, inhoudt dat het aan mijn cliënten vrijstaat om werkzaamheden voor Anne Transport B.V. te verrichten zonder daarvoor een boete te verbeuren.

Op de voet van artikel 6:253 BW bericht ik u hierbij dat al mijn cliënten dit derdenbeding aanvaarden.”

2. Procesverloop

2.1. Bij inleidende dagvaarding van 9 april 2020 heeft Meijndert Trucking Werknemer in kort geding gedagvaard voor de kantonrechter Nijmegen.⁵ Meijndert Trucking heeft daarbij, samengevat en voor zover van belang, gevorderd om Werknemer bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad te veroordelen:

(i) om binnen 24 uur na betekening van het vonnis, de werkzaamheden voor Anne Transport te staken en gestaakt te houden gedurende de resterende looptijd van het concurrentiebeding;

(ii) tot betaling aan Meijndert Trucking van de contractuele boete ter hoogte van € 500,=, per dag⁶ met ingang van 1 maart 2020 tot de dag dat geen sprake meer is van overtreding van het concurrentiebeding, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van opeisbaarheid tot de dag der algehele voldoening;

(iii) tot onverkorte nakoming van het concurrentiebeding; en

(iv) in de proceskosten.

2.2. Op 24 april 2020 heeft Werknemer bij conclusie van antwoord verweer gevoerd en tevens een eis in reconventie ingesteld. Daarbij heeft Werknemer, samengevat, gehele vernietiging dan wel schorsing van het concurrentiebeding gevorderd, zodat het hem is toegestaan om vanaf 1 maart 2020 voor Anne Transport werkzaam te zijn, met veroordeling van Meijndert Trucking in de proceskosten en de nakosten.

2.3. Op 24 april 2020 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, via Skype vanwege de

3 Memorie van antwoord Meijndert Trucking, onder punt 8.

4 Prod. 2 bij de memorie van antwoord Meijndert Trucking. Zie ook het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, dat betrekking heeft op de uitleg van deze e-mail.

5 In de dagvaarding wordt Werknemer opgeroepen om te verschijnen voor de kantonrechter optredende als voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, locatie Nijmegen. Het vonnis is echter gegeven door de kantonrechter optredende als voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, locatie Arnhem.

6 De toevoeging ‘per dag’ is niet opgenomen in het petium van de dagvaarding, maar wel zo door de kantonrechter begrepen. Zie rov. 3.1 van het kortgedingvonnis.

coronacrisis. De gemachtigde van Meijndert Trucking heeft vooraf een pleitnotitie met producties overgelegd en heeft verweer gevoerd tegen de eis in reconventie.

2.4. Bij kortgedingvonnis van 8 mei 2020 heeft de kantonrechter Werknemer uitvoerbaar bij voorraad veroordeeld:

- om binnen 24 uur na betekening van het kortgedingvonnis de werkzaamheden voor Anne Transport te staken en gestaakt te houden gedurende de resterende looptijd van het concurrentiebeding;
- tot betaling aan Meijndert Trucking van een bedrag van € 11.000 als voorschot op de gevorderde contractuele boete, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 31 maart 2020 tot aan de dag van algehele voldoening; en
- tot onverkorte nakoming van het concurrentiebeding als bedoeld in art. 5 van de arbeidsovereenkomst.

De vorderingen in reconventie zijn afgewezen en Werknemer is, zowel in conventie als in reconventie, in de proceskosten veroordeeld.

2.5. Werknemer is een week na dit kortgedingvonnis in hoger beroep gekomen bij hof Arnhem-Leeuwarden. De dagvaarding van 15 mei 2020 bevat tevens de grieven.⁷ Werknemer heeft gevorderd dat het hof het kortgedingvonnis vernietigt en dat het hof Meijndert Trucking *primair* niet ontvankelijk verklaard in haar vorderingen, althans haar deze ontzegt, *subsidiar* het concurrentiebeding vernietigt althans schorst met ingang van 1 maart 2020 zodat het Werknemer is toegestaan om vanaf die datum als chauffeur werkzaam te zijn in dienst van Anne Transport, en *primair en subsidiar* dat het hof Meijndert Trucking veroordeelt tot terugbetaling van hetgeen Werknemer ter uitvoering van het bestreden vonnis heeft betaald, vermeerderd met de wettelijke rente, met veroordeling van Meijndert Trucking in de proceskosten en de nakosten.

2.6. Meijndert Trucking heeft tegen 9 juni 2020 bij memorie van antwoord verweer gevoerd.

2.7. In hoger beroep heeft geen mondelinge behandeling plaatsgevonden.

2.8. Bij arrest in kort geding van 8 september 2020 heeft het hof het kortgedingvonnis vernietigd en

de conventionele vorderingen van Meijndert Trucking alsnog afgewezen. Verder heeft het hof in reconventie, eveneens uitvoerbaar bij voorraad:

- het concurrentiebeding geschorst per 1 maart 2020 totdat over de rechtskracht daarvan definitief is beslist in een bodemprocedure, in de zin dat het Werknemer is toegestaan om vanaf 1 maart 2020 in dienst van Anne Transport als chauffeur werkzaam te zijn; en
- Meijndert Trucking veroordeeld om al hetgeen Werknemer ter uitvoering van het kortgedingvonnis aan Meijndert Trucking heeft betaald aan Werknemer terug te betalen, te vermeerderen met wettelijke rente.

Meijndert Trucking is veroordeeld in de kosten van beide instanties en in de nakosten.

2.9. Meijndert Trucking heeft op 3 november 2020 cassatieberoep ingesteld.

2.10. Werknemer heeft op 15 januari 2021 een verweerschrift ingediend, waarmee tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep is ingesteld.

2.11. Meijndert Trucking heeft op 12 februari 2021 verweer gevoerd in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

2.12. Beide partijen hebben op 21 mei 2021 een schriftelijke toelichting gegeven.

2.13. Meijndert Trucking heeft bij akte van 21 mei 2021 – met instemming van Werknemer – verzocht om schorsing van het geding op grond van art. 225 Rv en onmiddellijke hervatting op grond van art. 227 Rv. Dit omdat Meijndert Trucking per 30 december 2020 krachtens fusie is opgegaan in Kees in 't Veen Tanktransporten B.V. als verkrijgende vennootschap. Daarmee is die vennootschap partij in deze procedure, maar voor de leesbaarheid duid ik haar aan als Meijndert Trucking.

2.14. Partijen hebben op 4 juni 2021 gerepliceerd en gedupliceerd.

3. Bespreking van het principale cassatiemiddel

3.1. Het principale cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen, genummerd als 2.1 tot en met 2.3. Onderdelen 2.1 en 2.2 hebben verschillende subonderdelen (met soms nog een tweede subniveau), die weer uiteenvallen in diverse klachten. Onderdeel 2.3 bevat alleen een voortbouwklacht.

Het bestreden arrest

3.2. Voorafgaand aan bespreking van de principale cassatieklachten, geef ik eerst een samenvatting van het bestreden kortgedingarrest.

7 Bij conclusie van eis van 26 mei 2020 heeft Werknemer geconcludeerd conform het gestelde in de appel-dagvaarding. Deze conclusie zit alleen in het B-dossier.

– De kernvraag die het hof dient te beantwoorden is of Meijndert Trucking Werknemer aan het concurrentiebeding kan houden. Tussen partijen is niet in geschil dat Anne Transport een concurrerende onderneming is omdat zij zich met dezelfde activiteiten bezighoudt als Meijndert Trucking en dat Werknemer met zijn indiensttreding bij Anne Transport op zichzelf in strijd met het concurrentiebeding heeft gehandeld (rov. 5.2, in cassatie onbestreden).

– Meijndert Trucking stelt zich op het standpunt dat Werknemer geen belang meer heeft bij zijn primaire en subsidiaire vordering, als gevolg van de vaststellingsovereenkomst tussen Meijndert Trucking en Anne Transport. Met die vaststellingsovereenkomst is geheel tegemoetgekomen aan de vordering strekkende tot schorsing van de werking van het concurrentiebeding. Dit standpunt is door het hof verworpen: Werknemer heeft belang bij zijn vordering tot terugbetaling van hetgeen hij reeds in het kader van de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis heeft voldaan, aangezien Meijndert Trucking haar aanspraak op de verbeurde contractuele boete, althans het voorschot daarop, handhaaft. Daartoe is relevant of Werknemer in de periode waarop het verbeuren van die boete ziet (18 maart 2020 tot 9 april 2020) aan het concurrentiebeding kon worden gehouden (rov. 5.3, bestreden met onderdeel 2.1).

– Meijndert Trucking heeft, als eisende partij in eerste aanleg in het kort geding, ten tijde van het arrest van het hof een spoedeisend belang bij de gevorderde voorlopige voorzieningen (rov. 5.4, bestreden met onderdeel 2.1).

– Het hof dient zich te richten naar een te verwachten uitspraak in een eventuele bodemzaak en als uitgangspunt geldt bovendien dat in een kortgedingprocedure in het algemeen geen plaats is voor (uitgebreide) bewijslevering (rov. 5.5, in cassatie onbestreden).

– Werknemer heeft zich erop beroepen dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken, zodat het is komen te vervallen. Werknemer stelt in dit verband dat sprake is van wijziging van de arbeidsverhouding, omdat het concern waar hij nu werkt 240 fte heeft in plaats van de oorspronkelijke 50 fte. Het hof verwerpt dit verweer (neergelegd de eerste grief). Dit betekent dat volgens het voorhandse oordeel van het hof het concurrentiebeding zijn geldigheid heeft behouden (rov. 5.7-5.9, in cassatie onbestreden).

– De tweede tot en met de vierde grief hebben betrekking op de vraag of Werknemer door het concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van Meijndert Trucking.

– Volgens het voorhandse oordeel van het hof is dat het geval: het belang van Werknemer om ontheven te worden van de werking van het concurrentiebeding is groter dan het belang van Meijndert Trucking bij handhaving daarvan (rov. 5.10-5.16, deels bestreden met onderdeel 2.2).

– Aan dit oordeel legt het hof, samengevat weergegeven, het volgende ten grondslag:

- Op grond van art. 7:653 lid 3 onder b BW kan de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen (in kort geding: schorsen tot dat in de bodemprocedure uitspraak is gedaan) op de grond dat in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onredelijk wordt benadeeld (rov. 5.11).

- Een concurrentiebeding is bedoeld om het bedrijfsdebiet van de werkgever – de opgebouwde knowhow en goodwill – te beschermen. Het beding is niet bedoeld om werknemers te binden (rov. 5.13).

- Een concurrentiebeding biedt geen bescherming tegen het vertrek van een ervaren werknemer en ook niet tegen de indiensttreding van die werknemer bij een concurrent, maar alleen tegen de aantasting van het bedrijfsdebiet door zo'n overstap (rov. 5.13).

- Het enkele feit dat Werknemer bij een concurrent in dienst treedt, hoe vervelend ook voor Meijndert Trucking, levert geen door het concurrentiebeding beschermd belang op (rov. 5.14).

- Ook al zou Anne Transport 'niet zomaar een concurrerende vennootschap zijn', zoals Meijndert Trucking heeft aangevoerd, dan nog weegt het belang van Werknemer zwaarder dan dat van Meijndert Trucking, mede gezien het feit dat Meijndert Trucking niet heeft gesteld dat concrete schade is geleden (rov. 5.14).

- Verder heeft Meijndert Trucking onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij door het overstappen van Werknemer naar Anne Transport in haar bedrijfsdebiet is geschaad. Het is onvoldoende aannemelijk geworden dat Werknemer een dusdanige kennis over specifieke werkwijzen voor de klanten van Meijndert Trucking heeft opgedaan dat daarmee haar bedrijfsdebiet wordt aangetast, ook al oefent Werknemer bij Anne Trans-

port – een directe concurrent in het vervoer van vloeistoffen en gassen – dezelfde functie uit als voorheen en ook al bedienende beide ondernemingen een specifieke klantenkring. Hierbij verwijst het hof naar bepaalde stellingen van partijen over de specifieke kennis en werkwijze van Werknemer als internationaal vrachtwagenchauffeur (rov. 5.14).

- Dat de bedrijfsvoering van Meijndert Trucking mogelijk in gevaar komt door het overstappen van haar chauffeurs, althans dat ze daardoor mogelijk schade lijdt, wordt in die zin gerelativeerd dat ‘slechts’ zes van de 250 fte naar Anne Transport zijn overgestapt (rov. 5.14).

- Verder acht het hof van belang dat Werknemer geen commerciële functie vervult waarbij hij op de hoogte is van essentiële relevante (commerciële en technische) informatie of van unieke werkprocessen, die Anne Transport kan aanwenden om met Meijndert Trucking te concurreren. Weliswaar heeft Werknemer tijdens zijn dienstverband knowhow/kennis opgedaan door het volgen van cursussen met betrekking tot het vervoeren van vloeistoffen en gassen, maar daarvan heeft Meijndert Trucking profijt gehad. Voor zover zij haar ‘investering’ in Werknemer niet heeft teruggekregen, heeft zij die Werknemer zelf laten vergoeden (rov. 5.15).

- Het is evident dat Werknemer, zoals elke werknemer, belang heeft om vrij te zijn in de keuze van een opvolgend dienstverband. Werknemer is al 47 jaar als internationaal chauffeur in het tanktransport werkzaam en een baan als vrachtwagenchauffeur (waartoe hij bij handhaving van het concurrentiebeding veroordeeld zou zijn) betekent een salarisachteruitgang van € 400,= per maand en dat acht het hof een aanzienlijke positievermindering (rov. 5.16).

– Aangezien het hof het voorshands voldoende aannemelijk acht dat de bodemrechter het concurrentiebeding zal vernietigen, slaagt het hoger beroep en vernietigt het hof het vonnis van de kantonrechter (rov. 5.16).

Bespreking van de klachten in het principale cassatieberoep

3.3. Het eerste onderdeel, in de procesinleiding aangeduid als onderdeel 2.1, bestaat uit zes sub-

onderdelen (2.1-I t/m 2.1-V).⁸ De klachten uit dit onderdeel hebben betrekking op het oordeel van het hof dat Werknemer belang heeft bij het hoger beroep (rov. 5.3) en op het oordeel van het hof dat Werknemer (in de woorden van de steller van het middel: zelfs) een spoedeisend belang heeft (rov. 5.4).

3.4. Dit laatste berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Het hof heeft immers niet geoordeeld dat dat *Werknemer*, maar juist dat *Meijndert Trucking* – als eiser in kort geding – een spoedeisend belang heeft. In zoverre falen de klachten uit onderdeel 2.1.

3.5. Verder wordt in dit onderdeel geklaagd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat Werknemer belang heeft bij zijn vordering tot terugbetaling van hetgeen hij reeds in het kader van de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis heeft voldaan, althans dat het hof dat oordeel onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd.

3.6. Volgens het onderdeel zou het hof hebben miskend dat de derde die een derdenbeding heeft aanvaard als partij bij de overeenkomst geldt (*subonderdeel 2.II*), dat de overeenkomst aan de hand van *Haviltex*-maatstaf moet worden uitgelegd (*subonderdeel 2.III*), en dat dit tot een andere uitleg had moeten leiden (*subonderdeel 2.IIII*). Verder klaagt Meijndert Trucking dat het hof niet had mogen aannemen dat zij haar aanspraak op de verbeurde contractuele boete handhaaft (*subonderdeel 2.IV1*) en dat het hof het belang van Werknemer niet mocht aanvullen (*subonderdeel 2.IIV2*).⁹

3.7. Bij de bespreking van deze klachten is voorop te stellen dat het oordeel van het hof dat Werknemer belang heeft bij zijn vordering tot terugbetaling van hetgeen hij reeds in het kader van de tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis heeft voldaan, wordt gedragen door de overweging dat Meijndert Trucking haar aanspraak op de verbeurde contractuele boete, althans het door de kantonrechter toegekende voorschot van € 11.000,=, handhaaft (rov. 5.3, laatste alinea).

3.8. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 3:303 BW blijkt dat de rechter in beginsel ervan uit moet gaan dat de eiser een voldoende belang

8 Dat zijn zes subonderdelen en niet vijf, omdat er twee als 2.1-IV zijn aangeduid.

9 Subonderdeel 2.1-V kan onbesproken blijven, gelet op mijn opmerkingen onder 3.4.

heeft bij zijn vordering.¹⁰ Slechts in uitzonderlijke situaties zal een partij moeten aantonen dat zij voldoende belang heeft bij haar vordering, hetzij in de situatie dat de wederpartij betwist dat eiser belang heeft bij zijn vordering, hetzij als de rechter zich ambtshalve afvraagt of er belang is bij de vordering. Voor het hoger beroep betekent dit dat de rechter in beginsel aanneemt dat een partij belang heeft bij het hoger beroep, tenzij de wederpartij dit gemotiveerd betwist of de rechter ambtshalve oordeelt dat er geen belang is bij het hoger beroep.¹¹

3.9. Volgens vaste rechtspraak is voor een partij die bij een uitspraak van de rechter in eerste aanleg in de proceskosten is veroordeeld, reeds deze proceskostenveroordeling een voldoende belang voor het instellen van hoger beroep.¹²

3.10. In dit geval heeft Meijndert Trucking in haar memorie van antwoord (onder 6-14) een beroep gedaan op het ontbreken van belang van Werknemer bij zijn primaire en subsidiaire vordering in hoger beroep, omdat tussen haar en Anne Transport een afspraak is gemaakt dat Werknemer niet meer zal worden gehouden aan het concurrentiebeding en dat aan het vonnis geen verder vervolg zal worden gegeven. Werknemer was op de hoogte van de voorgenomen afspraak, wat ook blijkt uit de door de advocaat van Werknemer verzonden e-mail (zie onder 1.8). Het hof heeft de onderbouwing van het beroep van Meijndert Trucking als volgt opgevat (rov. 5.3):

“(...) omdat aan de vordering strekkende tot schorsing van de werking van het non-concurrentiebeding geheel is tegemoetgekomen en [Werknemer] vanaf 22 mei 2020 zijn werkzaamheden bij Anne Transport kan voortzetten.”

3.11. Deze uitleg van de stellingen van Meijndert Trucking wordt in cassatie niet bestreden. Er moet daarom van worden uitgegaan dat het beroep van Meijndert Trucking op het ontbreken van belang bij het hoger beroep van Werknemer,

slechts betrekking had op de schorsing van de werking van het non-concurrentiebeding vanaf 22 mei 2020.

3.12. Dat het hof de stellingen van Meijndert Trucking zo heeft opgevat, is overigens geheel begrijpelijk. Meijndert Trucking heeft namelijk niet aangevoerd dat Werknemer (ook) geen belang zou hebben bij het hoger beroep, omdat Meijndert Trucking haar aanspraak op de verbeurde boetes niet zou handhaven. Evenmin is aangevoerd dat er geen belang bij het hoger beroep zou zijn omdat zou zijn afgesproken dat alle lopende procedures worden ingetrokken (met kwijtschelding of terugbetaling van reeds verbeurde boetes).

3.13. Integendeel, uit de memorie van antwoord blijkt juist dat Meijndert Trucking afziet van ‘verdere executie’ van het vonnis (mijn onderstrepningen (geromaniseerd; red.)):

“7. (...) afspraken tussen Meijndert Trucking (en haar gelieerde ondernemingen) en Anne Transport (en haar betrokkenen waaronder de heer Rien [Marius, A-G] Meijndert). Op 22 mei 2020 is tussen de voornoemde partijen expliciet overeengekomen dat o.a. [Werknemer] niet meer gehouden zou worden aan het non-concurrentiebeding en dat aan het bestreden vonnis geen verder gevolg zal worden gegeven. In die zin dat Meijndert Trucking afziet van verdere executie van dat vonnis.

(...)

11. (...) Deze afspraken zijn inmiddels geformaliseerd, waarbij duidelijk is dat voor [Werknemer] met ingang van 22 mei 2020 geen beletsel meer bestaat om zijn werkzaamheden bij Anne Transport voort te zetten. Daarnaast heeft Meijndert Trucking reeds toegezegd dat van het geweten vonnis – het vonnis waarvan appel – geen verdere executie zal plaatsvinden.”

3.14. Uit deze passages volgt dat Meijndert Trucking de overgestapte chauffeurs niet meer houdt aan het non-concurrentiebeding en ‘geen verder gevolg’ zal geven aan het vonnis, in die zin dat wordt afgezien van ‘verdere executie’. Uit de passage blijkt niet dat reeds verbeurde boetes worden terugbetaald of kwijtgescholden.

3.15. Dat Meijndert Trucking eventueel betaalde boetes zou terugbetalen (of kwijtschelden), is ook moeilijk te rijmen met het inhoudelijke verweer dat Meijndert Trucking heeft gevoerd¹³ tegen de

10 T.M., *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 915. Zie ook A.W. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, aant. 6 bij art. 3:303 BW (online, bijgewerkt t/m 20 september 2019); *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2018/180.

11 *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2018/180-182.

12 Zie onder meer HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1782, NJ 2019/130 m.nt. A.I.M. van Mierlo.

13 Memorie van antwoord, par. 45-49.

zesde grief van Werknemer, ‘Ten onrechte heeft de kanonrechter de verbeurde boete slechts gematigd tot EUR 11.000,00’¹⁴ en met par. 51 van de memorie van antwoord:

“51. (...) Dat naar de mening van Meijndert Trucking de acceptatie van het derdenbeding in combinatie met de formulering daarvan, in de weg staat aan de eventuele toewijzing van de vordering tot terugbetaling van hetgeen reeds in het kader van de executie door [Werknemer]¹⁵ is voldaan.”

3.16. Het voorgaande betekent dat het hof dat Meijndert Trucking haar aanspraak op de verbeurde contractuele boete handhaafde, alleszins begrijpelijk is. Van een verboden aanvulling door het hof van de stellingen van Werknemer (dat wil zeggen, van het belang van Werknemer bij het hoger beroep) is geen sprake. Daarmee falen de subonderdelen 2.IV1 en 2.IV2.

3.17. Zoals gezegd, wordt het oordeel van het hof dat Werknemer belang heeft bij zijn vordering tot terugbetaling zelfstandig gedragen door de overweging dat Meijndert Trucking haar aanspraak op de verbeurde contractuele boete, althans het door de kantonrechter toegekende voorschot daarop van € 11.000,=, handhaaft. Bij die stand van kunnen de subonderdelen 2.II tot met 2.III verder onbesproken blijven.

3.18. Ten overvloede: reeds een proceskostenveroordeling in eerste aanleg vormt een voldoende belang om hoger beroep in te stellen (zie hiervoor onder 3.9). Nu Werknemer door de voorzieningenrechter is veroordeeld in de kosten van de kortgedingprocedure, is reeds daarmee gegeven dat Werknemer voldoende belang had bij het hoger beroep.

3.19. Onderdeel 2.1 faalt.

3.20. Het tweede onderdeel, in de procesinleiding aangeduid als onderdeel 2.2, is gericht tegen rov. 5.13-5.16. Daarin oordeelt het hof, kort samengevat, dat voorshands het belang van Werknemer om van de werking van het concurrentiebeding te worden ontheven, groter is dan het belang van Meijndert Trucking bij handhaving daarvan. Zie de uitgebreidere samenvatting van dit oordeel onder 3.2.

3.21. Dit onderdeel bevat zes subonderdelen (2.2I t/m 2.2VI), waarvan er twee (II en IV) zijn onder-

verdeeld in nog weer zes respectievelijk drie subonderdelen, aangeduid met kleine letters.

3.22. Onderdeel 2.2 klaagt in de kern dat het met het concurrentiebeding te beschermen bedrijfsdebet méér omvat dan het hof in rov. 5.13 t/m 5.16 aanneemt. Tegen die achtergrond, en ook in het licht van de overige klachten van dit tweede onderdeel, maak ik eerst enkele algemene opmerkingen over het concurrentiebeding en over de rechterlijke belangenafweging bij een vordering tot vernietiging wegens onbillijke benadeling van de werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, als omschreven in art. 7:653 lid 3 onder b BW. Dat is ook relevant voor de beoordeling van een vordering tot schorsing van het concurrentiebeding in kort geding.

*Intermezzo: juridisch kader*¹⁶

3.23. Allereerst ga ik in op de ratio en strekking van de wettelijke regeling van het concurrentiebeding.

3.24. Het begrip ‘concurrentiebeding’ is geen wettelijke term. In de praktijk wordt dit begrip gebruikt voor een beding zoals bedoeld in art. 7:653 lid 1 BW, dat bepaalt dat een beding dat de werknemer beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn slechts geldig is indien (a) de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan en (b) de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.¹⁷

3.25. Het concurrentiebeding beperkt de werknemer in zijn recht om na het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn op een wijze die hij zelf heeft gekozen. Het kan de werknemer daarom treffen in een zwaarwegend belang, namelijk in de wijze waarop hij in zijn levensonder-

16 Dit juridisch kader is deels gebaseerd op mijn conclusie van 3 februari 2017 (ECLI:NL:PHR:2017:46) voor HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp (*Focus on Human*), onder 8.1-8.3.

17 Naast een ‘concurrentiebeding’ valt (in ieder geval) ook een zgn. ‘relatiebeding’, op grond waarvan een werknemer na einde arbeidsovereenkomst wordt verboden zaken te doen met relaties van de voormalige werkgever, onder de werkingssfeer van art. 7:653 BW. Zie HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364, JAR 2017/92 m.nt. C.F.J. van Tuill van Serooskerken, rov. 3.4.3.

14 Appeldagvaarding, par. 31.

15 Bedoeld zal zijn: Meijndert Trucking.

houd voorziet.¹⁸ Al meer dan een eeuw geleden (tijdens de parlementaire behandeling van de wet op de arbeidsovereenkomst) werd erop gewezen dat het concurrentiebeding op grote schaal door werkgevers werd gebruikt om werknemers aan zich te binden en lonen laag te houden.¹⁹

3.26. Tegen deze achtergrond is een wettelijke regeling vormgegeven die de contractsvrijheid van werkgevers en werknemers op dit punt beperkt. Zo is de rechtsgeldigheid van een concurrentiebeding aan een aantal voorwaarden onderworpen en heeft de rechter de mogelijkheid een beding geheel of gedeeltelijk te vernietigen op de grond dat het in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever voor de werknemer onbillijk nadeel met zich brengt (art. 7:653 lid 3 sub b BW).²⁰ Ook heeft de wetgever inmiddels het overeenkomen van een concurrentiebeding in tijdelijke arbeidsovereenkomsten als uitgangspunt verboden.²¹

3.27. Met de wettelijke regeling van het concurrentiebeding in art. 7:653 BW heeft de wetgever gepoogd de spanning tussen enerzijds het (grond) recht op vrijheid van arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Grondwet)²² en anderzijds de rechtmatige be-

scherming van de werkgever van zijn bedrijfsbelangen op te heffen.²³ De bescherming van bedrijfsbelangen wordt ook wel aangeduid als de bescherming van het bedrijfsdebiet. Grapperhaus merkt in dit verband op dat in de literatuur veelvuldig het begrip bedrijfsdebiet wordt gehanteerd zonder dat eenduidig wordt aangegeven wat daarmee wordt bedoeld. In zijn dissertatie komt hij tot de volgende definitie van bedrijfsdebiet: *'de afzetmogelijkheden van een bedrijf op grond van goodwill, bijzondere kennis en inzichten en gedane investeringen'*.²⁴

3.28. De wettelijke regeling van het concurrentiebeding stamt uit 1907 en is sindsdien, in ieder geval voor wat betreft het beding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, slechts marginaal gewijzigd.²⁵ Grapperhaus stelt, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat het

& N. Zekić, *Artikel 19 Werkgelegenheid en arbeidskeuze*, in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 403-404.

18 HR 31 maart 1978, NJ 1978/325. Zie ook A.G.J.J. Jansen, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:653 BW, aant. 4 (actueel t/m 01-09-2019).

19 F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie, beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*. Deventer: Kluwer 1995, p. 2-3.

20 Tot 1 januari 2015 was deze rechterlijke bevoegdheid neergelegd in art. 7:653 lid 2 BW. Onder de Wet werk en zekerheid is deze bevoegdheid – inhoudelijk ongewijzigd – verplaatst naar art 7:653 lid 3 sub b BW.

21 Ik ga in deze conclusie niet verder in op de met de Wet werk en zekerheid ingevoerde beperkingen voor een concurrentiebeding in een tijdelijke arbeidsovereenkomst.

22 Sinds 1983 bepaalt art. 19 lid 3 Grondwet dat iedere Nederlander het recht heeft op de vrije keuze van arbeid, behoudens beperkingen bij of krachtens de wet gesteld. Het recht op vrije keuze van arbeid is ook erkend in art. 23 lid 1 Universele verklaring van de rechten van de mens, art. 6 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESCR), art. 1 lid 2 Europees Sociaal Handvest (ESH) en art. 15 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Zie over art. 19 lid 3 Grondwet en het concurrentiebeding ook recentelijk M. Houwerzijl

23 Zie M.S.A. Vegter, *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:653 BW, aant. 1 (actueel t/m 01-07-2021). Zie ook F.B.J. Grapperhaus 1995, p. 4-5 die opmerkt dat door invoering van (destijds) art. 1637X BW en het in beginsel toelaatbaar houden van concurrentiebedingen de wetgever in 1906 de afweging heeft gemaakt tussen contractsvrijheid en het recht op vrije keuze van arbeid. Volgens de minister van Justitie was het de bedoeling om met art. 1637X BW het evenwicht te behouden tussen het rechtmatig werkgeversbelang en het rechtmatig werknemersbelang.

24 F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie, beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*. Deventer 1995, p. 105.

25 Zie over de (marginale) wijzigingen van art. 7:653 BW tot 1 januari 2015 A.G.J.J. Jansen, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:653 BW aant. 1 (actueel t/m 01-09-2019). Zie over de kritiek op de huidige regeling mijn eerdere conclusie van 3 februari 2017, vindplaats hiervoor al vermeld, onder nr. 8.3 met verwijzingen. Zie voorts A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 7.4.7. Recentelijk heeft de Commissie-Borstlap geadviseerd om het concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd alleen nog toe te staan indien de werkgever de noodzaak hiertoe kan motiveren op basis van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Commissie-Borstlap, *In wat voor land willen wij werken? Eindrapport van de Com-*

primaire oogmerk van de wettelijke regeling destijds was, de wens om voor werknemers te verstrekkende concurrentiebedingen binnen redelijke grenzen terug te dringen.²⁶

3.29. De aanleiding voor en noodzaak van deze regelgeving is overigens nog altijd actueel. In juni van dit jaar heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het eindrapport van onderzoeksbureau Panteia naar de werking van het concurrentiebeding aangeboden aan de Tweede Kamer.²⁷ Uit het rapport komt onder andere naar voren dat één op de drie werkgevers (ook) een concurrentiebeding hanteert om de uitstroom van personeel te voorkomen. Op Kamervragen over ditzelfde onderwerp had de minister eerder al geantwoord dat een concurrentiebeding niet bedoeld is om personeel vast te houden in een krappe arbeidsmarkt.²⁸ Volgens de minister geven de uitkomsten van het onderzoek van Panteia aanleiding om het concurrentiebeding nader tegen het licht te houden:²⁹

“(...) In het rapport wordt aangegeven dat doordat het concurrentiebeding door veel werkgevers als standaardclausule wordt gebruikt, en vrij breed

missie Regulering van werk, Den Haag: 23 januari 2020, p. 66.

26 F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie, beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*. Deventer 1995, p. 2, die daar verwijst naar A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel II*, Den Haag: Belinfante 1908, p. 385 en 386. Op p. 386 valt te lezen dat de Minister van Justitie in dit kader heeft gezegd: ‘De bedoeling nu van dit artikel is duidelijk, namelijk om, wanneer het beding, om welke reden dan ook, te ver gaat, dit binnen redelijke grenzen terug te brengen.’

27 Zie de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 25 juni 2021, 2021-0000099740 en M. Bartsch, D. Grijpstra, R. Houweling (Panteia), *De werking van het concurrentiebeding, Eindrapport*. Zoetermeer, 2021.

28 Zie *Aanhangsel Handelingen II*, 2019/2020, 1093 en *Aanhangsel Handelingen II*, 2019/2020, 1094. In de feitenrechtspraak is al eens geoordeeld dat werkgevers werknemers ook aan zich kunnen binden door bijv. goede arbeidsvoorwaarden aan te bieden. Zie bijv. gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3546, rov. 5.18 en hetzelfde gerechtshof op 24 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6776, rov. 5.6.

29 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 25 juni 2021, 2021-0000099740.

over het bedrijf wordt ingezet, ook werknemers onder het beding vallen bij wie er geen specifieke noodzaak voor is. Bij deze werknemers is bijvoorbeeld geen sprake van toegang tot specifieke bedrijfsinformatie of -processen, intellectueel eigendom, klanten, etc. Het rapport onderkent eveneens een categorie werknemers die oneigenlijk gebonden wordt door het concurrentiebeding. De werkgever gebruikt het beding dan enkel om schaars personeel aan zich te binden. Deze praktijk heeft effect op de arbeidsmobiliteit in brede zin.

Tegelijkertijd onderkent het rapport dat er wel degelijk werkgevers zijn die het beding terecht gebruiken en ook nodig hebben om hun bedrijfsdebiët te beschermen. Het beding zou, ook in eventueel aangepaste vorm, deze groep moeten blijven beschermen.

Ook blijkt uit het rapport dat werknemers beperkt ontevreden zijn over het beding. Waar werknemers eerder te maken hebben gehad met de gevolgen van een concurrentiebeding, zijn zij minder tevreden over het concurrentiebeding.

Concluderend geeft het rapport aanleiding om beleidsopties nader uit te werken, waarover uw Kamer en een volgend Kabinet een oordeel kunnen vormen. Hierbij zullen de beleidsopties zoals genoemd in de motie Van Weyenberg/Gijs van Dijk worden meegenomen, evenals de beleidsopties zoals genoemd in het rapport van de commissie Regulering van werk. Deze en mogelijk andere beleids-opties zullen ambtelijk worden uitgewerkt, waarbij de sociale partners betrokken zullen worden. Uw Kamer zal hier uiterlijk eind 2021 over worden geïnformeerd.”

3.30. Naar huidige recht zijn concurrentiebedingen binnen zekere grenzen toegestaan om zo het bedrijfsdebiët van de werkgever te beschermen. De wettelijke regeling van het concurrentiebeding maakt inbreuk op de contractsvrijheid en de achtergrond hiervan is het beschermen van werknemers. Een concurrentiebeding is niet bedoeld om werknemers te binden.

3.31. Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of in een concreet geval sprake is van een gerechtvaardigde belemmering van de vrijheid op arbeidskeuze van de werknemer. Zoals hiervoor al is genoemd, heeft de rechter de mogelijkheid om een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Een voorlopige voorzieningprocedure, zoals de onderhavige, leent zich niet voor een constitutieve uitspraak over de (gedeeltelijke) vernietiging of nietigheid van een

concurrentiebeding, maar er kan wel schorsing van het beding gevraagd worden totdat in een bodemprocedure uitspraak over een vordering ex art. 7:653 lid 3 sub b BW is gedaan.³⁰ De toets is een belangenafweging: de rechter moet beoordelen of in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door het concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld. De wet bevat hiervoor geen criteria en evenmin zijn in de parlementaire geschiedenis duidelijke gezichtspunten te vinden.³¹ Over de invulling van de belangenafweging is wel veel feitenrechtspraak verschenen. Volgens Heerma van Voss plegen rechters concreet te toetsen of de overstap een concreet concurrentienadeel oplevert.³² Houweling e.a. benoemen een aantal omstandigheden die vaak door rechters worden meegewogen.³³ Als specifieke werkgeversbelangen gelden de investeringen van de werkgever in opleiding en vakbekwaamheid van de werknemer, alsmede de rechten of onterechte vrees voor benadeling door de werknemer. Als specifieke werknemersbelangen zijn te noemen de lengte van het dienstverband, het salaris van de werknemer, de mogelijkheid elders een hoger salaris te verdienen, zijn kansen op de arbeidsmarkt en zijn gezins- en leefomstandigheden. In veel gevallen wordt ook betekenis toegekend aan de wijze waarop en de

omstandigheden waaronder de arbeidsovereenkomst is geëindigd (met andere woorden: wie treft in overwegende mate een verwijt?), het wel of niet aanbieden van een vergoeding door de werkgever en de wijze waarop het concurrentiebeding tot stand is gekomen.³⁴

Bespreking van de klachten uit onderdeel 2.2 van het principale cassatieberoep

3.32. Ik keer terug naar de bespreking van de cassatieklachten. Voorop te stellen is dat vaststaat dat Werknemer met zijn indiensttreding bij Anne Transport in strijd met het concurrentiebeding heeft gehandeld (rov. 5.2, in cassatie niet bestreden). Het tweede onderdeel draait dus slechts om de vraag of het hof in dit kort geding een juiste toepassing heeft gegeven aan de belangenafweging uit art. 7:653 lid 3 onder b BW ('onbillijke benadeling') en of het hof zijn voorhandse onderdeel voldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd.

3.33. Op te merken is verder dat eventuele onrechtmatige concurrentie door Anne Transport niet met zich mee hoeft te brengen dat de belangenafweging die hier aan de orde is – tussen de individuele werknemer en Meijndert Transport –, niet *reeds daarom* in het voordeel van Meijndert Trucking zou moeten uitvallen.

3.34. *Subonderdeel 2.2I* bevat enkel inleidende opmerkingen en overkoepelende klachten, die geen zelfstandige bespreking behoeven.

3.35. Voor zover met dit subonderdeel wordt beoogd om afzonderlijk te klagen dat het hof uitgaat van een onjuiste, want te beperkte, maatstaf ten aanzien van de belangenafweging in het kader van art. 7:653 lid 3 onder b BW (zie p. 9 van de procesinleiding), berust deze klacht op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Het hof heeft immers – anders dan Meijndert Trucking in cassatie doet voorkomen – niet overwogen dat aantasting van het bedrijfsdebet pas aan de orde zou zijn indien en voor zover het zou gaan om kennis van essentiële (commerciële en technische) informatie of van unieke werkprocessen of strategieën; dit heeft het hof enkel als voorbeelden genoemd.

30 HR 29 april 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4650, NJ 1966/301 m.nt. G.J.S. (*Van Rijnberk/Koninklijke Fabriek van C&C*). Zie over de vraag of vernietiging onder omstandigheden ook mogelijk is in een kort geding: A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*. Den Haag: Boom juridisch 2011, par. 11.3 en F.B.J. Grapperhaus *Werknemersconcurrentie, beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*. Deventer 1995, p. 315 e.v.

31 A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*. Den Haag 2011, par. 6.3.1.

32 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/235 (actueel t/m 01-09-2020).

33 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, 2020, par. 7.4.3.2. Andere auteurs geven een vergelijkbare opsomming. Zie o.a. N.T. Dempsey, *SDU Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, art. 7:653 BW, par. C.1.6. Den Haag: Sdu 2021 en Bouwens/Bij de Vaate/Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 2020/14.4.

34 Zie voor een meer uitvoerige analyse van de feitenrechtspraak tot 2010: A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*. Den Haag 2011, par. 6.3.2.

3.36. *Subonderdeel 2.2II* bevat een opsomming van omstandigheden die Meijndert Trucking in feitelijke instanties heeft gesteld ten behoeve van voor de belangenafweging. De daarop betrekking hebbende klachten zijn opgenomen in de subonderdelen 2.2IIa t/m 2.2IIc.

3.37. *Subonderdeel 2.2IIa* bevat de rechtsklacht dat – kort samengevat – het hof heeft miskend dat Meijndert Trucking bepaalde stellingen heeft aangevoerd (zie de eerste alinea van het subonderdeel). Niet duidelijk is welk rechtsoordeel daarmee wordt bestreden, zodat deze rechtsklacht reeds daarom faalt.

3.38. Verder klaagt dit subonderdeel:

“Het is dan ook rechtens onjuist en onbegrijpelijk dat er in casu volgens het hof, in deze specifieke omstandigheden geen sprake is van een aantasting van het bedrijfsdebet van Meijndert Trucking.”

3.39. De hier opgenomen rechtsklacht veronderstelt kennelijk dat in de gestelde omstandigheden hoe dan ook sprake is van een aantasting van het bedrijfsdebet van Meijndert Trucking. Of sprake is van een aantasting van het bedrijfsdebet is echter geen rechtsoordeel – het is ‘slechts’ een noodzakelijke voorwaarde voor de aanwezigheid van een rechtens te respecteren belang bij handhaving van het concurrentiebeding, zie onder 3.27 – zodat deze klacht daarop strandt.

3.40. De motiveringsklacht klaagt over de onbegrijpelijkheid van het oordeel van het hof dat in de specifieke omstandigheden geen sprake is van een aantasting van het bedrijfsdebet van Meijndert Trucking (procesinleiding p. 15, halverwege de eerste alinea). Zie ik het goed, dan wordt bedoeld op de volgende omstandigheden (pagina-verwijzingen steeds naar de procesinleiding):

- het gaat om specialistisch vervoer, waarbij de chauffeurs specifieke kennis en ervaring met klanten hebben en het gezicht naar de klant zijn (p. 14);

- er is sprake van een krappe arbeidsmarkt zodat Meijndert Trucking niet snel vervanging zal kunnen vinden (p. 14);

- het gaat niet om een willekeurig concurrerend bedrijf maar om Anne Transport (een vennootschap van [betrokkene 1] die beschikt over specifieke kennis van werkwijzen van Meijndert Trucking en zich op dezelfde klantenkring richt en een voorspong heeft ten aanzien van de concurrentiestrijd (p. 14);

- het gaat niet om louter het vertrek van Werknemer als ervaren medewerker, maar hij is één van

de zes ervaren chauffeurs die zijn overgestapt (p. 15);

- een specifiek concurrentiebeding zoals hier aan de orde beoogt juist *daartegen* bescherming te bieden in de zin dat Meijndert Trucking niet zonder meer hoeft te gedogen dat een concurrerende onderneming met haar zes werknemers een vliegende start maakt en zich richt op dezelfde klanten (p. 15).

3.41. Het kan in het midden blijven of de klacht mede het passeren van essentiële stellingen omvat, want het hof heeft deze stellingen onder ogen gezien en dat tot uitdrukking gebracht in rov. 5.13 en 5.14. Ter toelichting:

- Dat Werknemer specifieke kennis en ervaring met klanten zou hebben, acht het hof onvoldoende onderbouwd en dat Werknemer richting klanten het gezicht van het bedrijf was acht het hof van onvoldoende gewicht (rov. 5.14, zesde volzin).

- Dat sprake is van een krappe arbeidsmarkt waardoor Meijndert Trucking niet snel vervanging zal kunnen vinden, is geen rechtens te respecteren belang van Meijndert Trucking bij het handhaven van het concurrentiebeding; dit probleem zou zich immers ook voordoet indien Werknemer een willekeurige andere werkkring zou vinden, terwijl een concurrentiebeding niet bedoeld is om werknemers te binden (zie ook onder 3.30).

- Dat het niet om een willekeurig concurrerend bedrijf maar om Anne Transport gaat, heeft het hof onderkend (rov. 5.14, tweede, derde en vijfde volzin).

- Dat Werknemer niet de enige is die is overgestapt, heeft het hof ook onder ogen gezien (rov. 5.14, achtste volzin).

3.42. Het hof heeft dit tezamen – in verhouding tot het te respecteren belang van Werknemer – van onvoldoende gewicht geoordeeld. Dat is een waardering van feitelijke aard, die zeker niet onbegrijpelijk is.

3.43. *Subonderdeel 2.2-IIa* bevat tot slot nog een rechtsklacht (direct na het citaat op p. 15 van de procesinleiding). Geklaagd wordt dat het hof miskent dat de bescherming van het bedrijfsdebet wel degelijk kan meebrengen dat een werknemer wordt beperkt in de wijze waarop die nadien werkzaam kan zijn.

3.44. Ook deze klacht faalt. Dat het hof dit niet heeft miskend, volgt reeds uit het feit dat het hof een belangenafweging heeft uitgevoerd. Afhankelijk van de uitkomst daarvan kan de bescherming

van het bedrijfsdebiet uiteraard meebrengen dat een werknemer beperkt wordt in zijn latere arbeidsmogelijkheden (zie ook onder 3.31).

3.45. *Subonderdeel 2.2IIB* bevat diverse met elkaar samenhangende klachten, die gericht zijn tegen rov. 3.14, achtste volzin:

“Dat de bedrijfsvoering van Meijndert Trucking mogelijk in gevaar komt door het overstappen van haar chauffeurs, althans dat zij hierdoor mogelijk schade lijdt, zoals zij heeft aangevoerd, wordt in die zin gerelativeerd dat ‘slechts’ 6 van de 250 FTE naar Anne Transport zijn overgestapt.”

3.46. Dit subonderdeel kan reeds niet tot cassatie leiden, omdat de bestreden overweging niet dragend is voor het oordeel van het hof. Het hof reageert hiermee slechts op de stellingen van Meijndert Trucking dat de overstap van de zes werknemers leidt tot capaciteitsproblemen.³⁵ Het voorkomen van capaciteitsproblemen is echter niet een met een concurrentiebeding te beschermen belang, omdat mogelijke capaciteitsproblemen wel samenhangen met het vertrek van werknemers, maar niet met hun specifieke nieuwe werkkring (zie onder 3.41, tweede opsommings-teken).

3.47. Ook de *subonderdelen 2.2IIC en 2.2IID* kunnen niet slagen. Binding van de werknemer is geen legitieme doelstelling vaneen concurrentiebeding, zodat het hof niet gehouden was om in te gaan op de stellingen van Meijndert Trucking over de krapte op de arbeidsmarkt (zie ook onder 3.30).

3.48. *Subonderdeel 2.2IIE* klaagt dat het hof de ex nunc-toetsing in hoger beroep van een kort geding heeft miskend. Het hof laat namelijk onbesproken dat het aanvankelijk voor een jaar aange-gane concurrentiebeding is beperkt tot de periode van 1 maart 2020 tot 22 mei 2020. Deze beperking in tijd volgt ook uit de lezing van het hof van de vaststellingsovereenkomst in rov. 5.3.

3.49. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Meijndert Trucking heeft in feitelijke instanties niet gesteld dat het concurrentiebeding door de vaststellingsovereenkomst in duur is beperkt en dat die omstandigheid een rol zou moeten spelen in de belangenafweging van het hof. Naar dergelijke stellingen wordt althans niet verwezen in de procesinleiding.

3.50. Hierop stuiten ook de overige klachten uit het slot van subonderdeel 2.2IIE af.

3.51. *Subonderdeel 2.2IIF* klaagt erover dat het onbegrijpelijk is dat het hof er geen rekening mee heeft gehouden dat Werknemer zélf zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en zich daarmee zelf in de positie heeft gebracht dat hij willens en wetens het concurrentiebeding overtrad.

3.52. Wat dit laatste betreft: dát het concurrentiebeding is overtreden, staat niet ter discussie (zie ook onder 3.32). Het hof heeft dat ook onderkend (rov. 5.2). Gelet hierop, hoefde het hof in verband met de belangenafweging niet daaraan – opnieuw – aandacht te besteden. Het hof is immers voorshands tot het oordeel gekomen dat Meijndert Trucking onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij door het overstappen van Werknemer naar Anne Transport in haar bedrijfsdebiet is geschaad en dat de belangenafweging daarom niet in haar voordeel kan uitvallen (rov. 5.14, vierde volzin). In het verlengde hiervan geldt dat er evenmin aanleiding was voor het hof om nog in te gaan op de omstandigheid dat Werknemer zelf zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.

3.53. Daarmee faalt subonderdeel 2.2II.

3.54. *Subonderdeel 2.2III* bevat enkel een herhaling van eerdere klachten, die onbesproken kunnen blijven. Voor zover hierin nog nieuwe klachten besloten zouden liggen, bouwen die voort op de klachten uit subonderdeel 2.2-II en delen zij hun lot.

3.55. *Subonderdeel 2.2IV* is gericht tegen het grootste deel van rov. 5.14, door de steller van het middel opgesplitst in vier gedeeltes (aangeduid met a t/m d).

3.56. De in dit subonderdeel opgenomen klacht luidt: ‘Voorts is zonder nadere toelichting rechtens onjuist en onbegrijpelijk dat het hof in rov. 5.14 overweegt’ en dit wordt toegelicht in subonderdelen 2.2IVa t/m 2.2IVc.

3.57. *Subonderdeel 2.2IVa* is een herhaling van subonderdeel 2.2IIB en kan niet tot cassatie leiden (zie onder 3.46).

35 Zie de pleitaantekeningen namens Meijndert Trucking in eerste aanleg, p. 3 (ook geciteerd in de procesinleiding in cassatie in de opsomming van subonderdeel 2.2-II onder B, tweede punt, p. 10 en 11): ‘(...) vanuit gegaan een onderneming te kopen met 35 vrachtwagens en met personeel om die vrachtwagens te laten rijden, waardoor de continuïteit van de bedrijfsvoering gewaarborgd kon worden. Valt het personeel weg, dan komt de bedrijfsvoering in gedra[n]g zoals ook thans het geval is.’

3.58. *Subonderdeel 2.2IVb* voldoet niet aan de eisen die aan cassatieklachten mogen worden gesteld. De opsomming van zeven tekstblokken (naar ik vermoed: citaten), die genummerd zijn van (3) tot en met (9)³⁶ en die elk gevolgd worden door dezelfde tekst ‘*Hierop zien overwegingen a t/m d*’, bevatten geen verwijzingen naar vindplaatsen waar deze stellingen in feitelijke instanties zouden zijn ingenomen. De verwijzing dat het gaat om ‘*stellingen uit onderdeel 2.2I C*’ maakt dit evenmin duidelijk, nu op die plaats geen citaten worden aangetroffen.

3.59. *Subonderdeel 2.2IVc* klaagt over de eerste volzin van de door de steller van het middel als d. aangeduide deel van rov. 5.14. Dat getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, althans is het betreffende oordeel van het hof onbegrijpelijk, aldus dit subonderdeel. Ter toelichting wordt verwezen op de stellingen (1) t/m (9), in het bijzonder stelling (5), die wel degelijk maken dat Werknemer een commerciële functie vervult, waarbij hij op de hoogte is van voor een goede uitvoering richting de klant essentiële informatie, aldus Meijndert Trucking in cassatie. Verdere vindplaatsen ontbreken.

3.60. Vanwege het ontbreken van verwijzingen naar vindplaatsen in de processtukken in feitelijke instanties, moet voorbij worden gegaan aan de stellingen (3) t/m (9). Dan resteren de stellingen (1) en (2), die te vinden zijn in *subonderdeel 2.2IVa*. Direct voorafgaand aan die stellingen valt op die plaats te lezen: ‘*In het bijzonder gaat het om de stellingen zoals weergegeven in onderdeel 2.2I C uit de pleitnotities namens Meijndert Trucking in eerste aanleg*’. Dat onderdeel 2.2.I C is echter getiteld: ‘*In appel bij memorie van antwoord (MvA)*’ en bevat geen stellingen uit en vindplaatsen in de pleitaantekeningen. Daarom kunnen ook de stellingen (1) en (2) niet worden betrokken bij de beoordeling van de klachten uit dit subonderdeel 2.2IVc. Nu alle verwijzingen naar stellingen in feitelijke instanties ontbreken terwijl sprake is van een cassatieklacht die gebaseerd is op in de feitelijke instanties aangevoerde stellingen, mist de motiveringsklacht de vereiste bepaaldheid en precisie.

3.61. *Subonderdeel 2.2IVc* bevat tot slot de rechtsklacht dat het hof van een onjuiste rechtsopvat-

ting uitgaat door als het ware te eisen dat het om de kennis van een geheim octrooi zou moeten gaan, wil een concurrentiebeding bescherming bieden.

3.62. Deze klacht slaagt niet, nu een dergelijke rechtsopvatting niet valt af te leiden uit de met dit subonderdeel bestreden overweging, dat het hof van belang acht dat Werknemer geen commerciële functie vervult waarbij hij op de hoogte is van essentiële relevante (commerciële en technische) informatie of van unieke werkprocessen die Anne Transport kan aanwenden om te concurreren met Meijndert Trucking. Zo valt bijvoorbeeld ook te denken aan kennis van prijsstellingen.³⁷

3.63. *Subonderdeel 2.2V* richt zich tegen rov. 5.15, waarin het hof de belangen van Werknemer bespreekt. Geklaagd wordt dat het hof de stellingen (8) en (9) onbesproken laat.

3.64. In zoverre voldoet de klacht niet aan de daaraan te stellen eisen (zie hiervoor onder 3.58).

3.65. Voor het overige wordt ook in dit subonderdeel opgemerkt dat Werknemer zelf heeft opgezegd. Dat is een herhaling van het tevergeefs voorgestelde subonderdeel 2.2IIf. Subonderdeel 2.2V slaagt daarom evenmin.

3.66. *Subonderdeel 2.2VI* is een voortbouwklacht. Die slaagt niet, gelet op het falen van de overige klachten.

3.67. Dit subonderdeel bevat verder nog de klacht dat het hof ook in rov. 5.16 heeft miskend dat de toetsing ex nunc plaatsvindt, althans dat het hof zijn oordeel op dit punt nader had moeten motiveren. Om gelijke redenen als subonderdeel 2.2IIE slaagt deze klacht niet.

3.68. Het tweede onderdeel faalt dus.

3.69. Het *derde onderdeel* bevat enkel een voortbouwklacht. Die slaagt niet.

4. *Bespreking van het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep*

4.1. Het incidentele cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat een of meer klachten in het principale cassatieberoep (deels) slaagt/slagen met cassatie van het bestreden arrest tot gevolg.

36 In subonderdeel 2.2-IVa zijn met (1) en (2) genummerde stellingen te vinden.

37 Ten overvloede: in hoger beroep heeft Werknemer onweersproken gesteld dat hij geen kennis van prijsstelling heeft (en dat hij in zijn functie evenmin persoonlijk contact had met personen bij klanten/relaties van Meijndert Trucking die over het verstrekken van opdrachten beslissen). Zie appeldagvaarding, par. 21.

Uit het voorgaande volgt dat deze voorwaarde niet is vervuld, zodat dit cassatieberoep onbesproken kan blijven.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak 8431987\VV EXPL 20-43\25115\40141 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland van 8 mei 2020;

b. het arrest in de zaak 200.278.572 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 8 september 2020.

(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De werknemer is vanaf 2015 tot eind februari 2020 als internationaal chauffeur in dienst geweest bij Meijndert Trucking.

(ii) In de arbeidsovereenkomst is het volgende concurrentiebeding opgenomen:

“Het is werknemer verboden – zonder schriftelijke toestemming van werkgever – gedurende de dienstbetrekking en gedurende een periode van één jaar na beëindiging van de arbeidsovereenkomst in enigerlei vorm in Nederland, een onderneming die haar activiteiten ontplooit op het terrein van het transporteren en behandelen van bulkkladingen en tankcontainers met betrekking tot gassen en tankvloeistoffen in de ruimste zin des woords, te vestigen, te drijven, of mede te drijven of te doen drijven, hetzij indirect, hetzij direct, als ook financieel in welke vorm dan ook bij een dergelijke zaak belang te hebben, daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, al dan niet in dienstbetrekking, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet of om daarin een aandeel te hebben.

Tevens zal werknemer zich er gedurende deze periode van twee jaar onvoorwaardelijk van onthouden om in welke hoedanigheid dan ook relaties en mogelijke toekomstige relaties van werkgever te benaderen of daarmee zaken te doen. Dit verband strekt zich nadrukkelijk uit tot alle perso-

nen, bedrijven of instellingen, waarvan werknemer weet of redelijkerwijs moet weten dat deze een relatie van werkgever zijn of dat werkgever doende is om deze als relatie aan zich te binden.

Bij overtreding van het in dit artikel bepaalde zal werknemer aan werkgever een dadelijk opeisbare boete van € 500,= (zegge vijfhonderd euro) verbouwen voor iedere dag waarop een overtreding plaatsvindt of voortduurt, onverminderd het recht van de werkgever om schadevergoeding van werknemer te vorderen.”

(iii) Op 1 maart 2020 is de werknemer als chauffeur in dienst getreden bij een concurrent van Meijndert Trucking (hierna: de concurrent).

2.2. Voor zover in cassatie van belang vordert Meijndert Trucking in dit kort geding de werknemer te veroordelen (i) de werkzaamheden voor de concurrent te staken en gestaakt te houden gedurende de resterende looptijd van het concurrentiebeding, (ii) tot betaling van de contractuele boete en (iii) tot onverkorte nakoming van het concurrentiebeding. De werknemer heeft in reconventie vernietiging van het concurrentiebeding gevorderd althans schorsing van dat beding met ingang van 1 maart 2020 totdat over de rechtskracht daarvan definitief is beslist in een bodemprocedure. De kantonrechter rechtdoende als voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Meijndert Trucking toegewezen en de vorderingen van de werknemer afgewezen.³⁸

2.3. Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd, de vorderingen van Meijndert Trucking afgewezen en in reconventie het concurrentiebeding geschorst met ingang van 1 maart 2020 totdat over de rechtskracht daarvan definitief is beslist in een bodemprocedure.³⁹ Het hof overwoog onder meer:

“5.11. Op grond van artikel 7:653 lid 3 onder b BW kan de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen (in dit kort geding: schorsen totdat in de bodemprocedure uitspraak is gedaan) op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Wat betreft de belangen van Meijndert Trucking

³⁸ Rechtbank Gelderland 8 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2575.

³⁹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7033.

om [de werknemer] aan het concurrentiebeding te houden heeft de kantonrechter overwogen dat voorshands oordelend de belangenafweging in het voordeel van Meijndert Trucking uitvalt. Dat belang is volgens de kantonrechter vooral gelegen in het waarborgen van de continuïteit van de bedrijfsvoering (als gediplomeerde medewerkers overstappen komt de continuïteit in gedrang omdat de arbeidsmarkt krap is). (...)

(...)

5.13. (...) Onder verwijzing naar zijn arrest van 24 september 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:7739) overweegt het hof dat een concurrentiebeding bedoeld is om het bedrijfsdebet van de werkgever – de opgebouwde knowhow en goodwill – te beschermen. Het beding is niet bedoeld om werknemers te binden. Het enkele feit dat een werknemer in de uitoefening van zijn functie kennis en ervaring heeft opgedaan, betekent nog niet dat de werkgever bij het vertrek van die werknemer, en ook niet bij het vertrek van die werknemer naar een concurrent, in zijn bedrijfsdebet is aangetast. Dat een werknemer bij zijn vertrek kennis en ervaring die is opgedaan bij zijn werkgever ‘mee-neemt’ is inherent aan zijn vertrek. Dat de nieuwe werkgever profijt heeft van de kennis en ervaring van de werknemer is inherent aan het in dienst nemen van een werknemer met kennis en ervaring. Het concurrentiebeding biedt geen bescherming tegen het vertrek van een ervaren werknemer en tegen de indiensttreding van die werknemer bij een concurrent van de oude werkgever, maar alleen tegen de aantasting van het bedrijfsdebet door zo’n overstap. Van zo’n aantasting zal bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de betrokken werknemer door zijn functie op de hoogte is van essentiële relevante (commerciële en technische) informatie of van unieke werkprocessen en strategieën en hij deze kennis ten behoeve van zijn nieuwe werkgever kan gebruiken, waardoor de nieuwe werkgever in de concurrentieslag met de oude werkgever in het voordeel is, of bijvoorbeeld doordat de werknemer zo intensief samenwerkt met bepaalde klanten van de oude werkgever dat deze klanten overstappen naar diens nieuwe werkgever.

(...)

5.16. De belangen tegen elkaar afwegend oordeelt het hof voorshands dat het belang van [de werknemer] om van de werking van het concurrentiebeding ontheven te worden groter is dan het belang van Meijndert Trucking bij handhaving

daarvan. Dit betekent dat het hof, anders dan de kantonrechter, oordeelt dat voorshands voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter het concurrentiebeding zal vernietigen, zodat de kantonrechter ten onrechte de vorderingen in conventie heeft toegewezen en de vorderingen in reconventie heeft afgewezen.”

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1. Onderdeel 2.2 van het middel bevat onder meer een klacht die erop neerkomt dat het hof in rov. 5.13 heeft miskend dat bij de hier te maken belangenafweging op grond van art. 7:653 BW ook moet worden meegewogen het belang van de werkgever om de werknemer nog een zekere tijd te binden zodat de werkgever de gelegenheid krijgt om in een krappe arbeidsmarkt vervangend personeel te vinden. Anders komt de bedrijfsvoering en de continuïteit van de onderneming in het gedrang, hetgeen ten koste gaat van het bedrijfsdebet. Een concurrentiebeding strekt er ook toe om dit belang van de werkgever te waarborgen, aldus de klacht.

3.1.2. 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, kan op grond van art. 7:653 lid 3, aanhef en onder b, BW door de rechter geheel of gedeeltelijk worden vernietigd indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.

3.1.3. Een vordering tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een dergelijk beding kan niet in kort geding worden toegewezen.⁴⁰ In kort geding kan wel een vordering tot schorsing van een dergelijk beding worden toegewezen. Bij de beoordeling van deze vordering dient de voorzieningenrechter zich een voorlopig oordeel te vormen over de op grond van art. 7:653 lid 3, aanhef en onder b, BW te maken belangenafweging.

3.1.4. Bij de hiervoor in 3.1.3 bedoelde belangenafweging speelt geen rol het belang van de werkgever om een werknemer nog een zekere tijd in dienst te houden, ook niet indien de werkgever tijd nodig heeft om in een krappe arbeidsmarkt vervangend personeel te vinden. De hiervoor in 3.1.1 genoemde klacht faalt dus.

40 HR 29 april 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4650.

3.2. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.3. Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt Meijndert Trucking in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 415,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «JAR» 2022/171 en «JAR» 2022/178

Non-concurrentie-afspraken zijn onverminderd actueel in een tijdperk van schaarste en een krappe arbeidsmarkt: het behoud van specialistisch en gekwalificeerd personeel voor werkgevers is essentieel. Ook het toezicht van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) op concurrentie beperkende afspraken in de arbeidsmarkt is aangescherpt (zie hiervoor het persbericht van de ACM d.d. 16 februari 2022 'ACM waarschuwt werkgevers: afspraken over niet in dienst nemen elkaars personeel zijn verboden')? en de Leidraad van de ACM d.d. 26 februari 2019; 'Samenwerking tussen concurrenten'): afspraken tussen werkgevers om elkaars personeel niet te werven en niet in dienst te nemen zijn verboden op grond van het mededingingsrecht.

De relevantie van het arrest van de Hoge Raad («JAR» 2022/178) en de uitspraak van de rechtbank Rotterdam («JAR» 2022/171) is gelegen in het feit dat de arbeidsrechtelijke houdbaarheid van concurrentiebedingen onderwerp is van het actuele maatschappelijke debat. Tevens werpen beide uitspraken scherp licht op de gezichtspunten die bij art. 7:653 BW relevant zijn voor de afweging tussen enerzijds het belang van de werk-

gever bij handhaving van het concurrentiebeding en anderzijds het werknemersbelang van vrijheid van arbeidskeuze.

De uitspraak van de Hoge Raad illustreert dat het belang om werknemers te binden vanwege een krappe arbeidsmarkt in ieder geval geen relevant gezichtspunt is voor de belangenafweging ex art. 7:653 BW. Deze uitkomst is in lijn met bestaande lagere rechtspraak (zie bijv. rb. Noord-Holland 29 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4201 en hof Amsterdam 11 mei 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1385): een concurrentiebeding heeft niet als doel werknemers te binden, maar om het bedrijfsdebet, zoals de *knowhow* en *goodwill* van de werkgever te beschermen. Eenzelfde overweging valt terug te lezen in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (zie r.o. 4.9). Daarbij dient de werkgever in ieder geval aan te tonen dat de werknemer over specifieke en concurrentiegevoelige kennis beschikt. Hiertegenover staat dat de vrijheid van arbeidskeuze moet worden gerelativeerd als die specifieke kennis van de betrokken werknemer eenmaal is komen vast te staan: in deze procedure weegt de rechtbank Rotterdam de belangen van de werkgever zwaarder (zie r.o. 4.11), zeker als er mogelijkheden voor de werknemer zijn om bij andere niet-concurrerende werkgevers aan de slag te gaan.

De oorsprong van het recente maatschappelijke debat over concurrentiebedingen is te herleiden tot de motie Weyenberg /Van Dijk (*Kamerstukken II* 2019/20, 35300-XV, nr. 61) die eind 2019 is aangenomen met een oproep aan de regering om nader onderzoek te doen naar het gebruik van concurrentiebedingen in arbeidscontracten. De kernvraag die in de motie aan de orde werd gesteld is of de voorwaarden voor het concurrentiebeding verder zouden moeten worden aangescherpt om oneigenlijk gebruik hiervan tegen te gaan. Deze opdracht aan de regering heeft in 2021 geresulteerd in een uitvoerig empirisch onderzoeksrapport (het 'Onderzoeksrapport') (M.F. Bartsch, D. Grijpstra & A.R. Houweling, 'De werking van het concurrentiebeding', Eindrapport, Zoetermeer: Panteia 2021. Zie ook hun verkenning van de mogelijke beleidsopties naar aanleiding van hun onderzoeksbevindingen in: M.F. Bartsch, D. Grijpstra & A.R. Houweling, 'Het non-concurrentiebeding gewogen', *TRA* 2022/30) en een toezegging van de minister van SZW om in samenspraak met sociale partners verschillen-

de beleidsopties voor aanpassing van het concurrentiebeding in overweging te nemen (zie hiervoor de Brief van de regering inzake het onderzoek naar de werking van het concurrentiebeding (*Kamerstukken II 2020/21, 29544, nr. 1064*)). Enkele van de belangrijkste bevindingen van het Onderzoeksrapport zijn dat (1) door werkgevers doorgaans met 'standaard' bedingen wordt gewerkt, (2) twee derde van de werkgevers die wordt geconfronteerd met overtreding van het concurrentiebeding besluit om dit niet te handhaven en (3) een deel van de betrokken werkgevers het concurrentiebeding gebruikt om werknemers aan zich te binden. Tegen deze achtergrond concluderen de onderzoekers dat dit duidt op een vermoeden van overmatig gebruik van concurrentiebedingen (zie *TRA 2022/30, p. 12*). Een van de beleidsopties die zij de regering aanreiken ziet op een zogenoemde 'Jip en Janneke-verklaring' (zie *TRA 2022/30, p. 13*) waarmee de werknemer verklaart zich bewust te zijn van de gevolgen van het concurrentiebeding. Daarnaast doen de onderzoekers voorstellen voor aanvullende wettelijke materiële eisen aan het concurrentiebeding, zoals een vergoedingsplicht en een beperking van de duur van het concurrentiebeding tot maximaal een jaar (zie voor een rechtspraakanalyse op basis waarvan een dergelijke maximumduur redelijk wordt geacht): A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011). Ook in de literatuur zijn, mede op basis van een rechtsvergelijkende analyse, voorstellen gedaan voor een wettelijke herziening van het concurrentiebeding (zie hiervoor bijvoorbeeld: E.C.M.M. Sonnemans, 'Het concurrentiebeding aan banden: België en Duitsland als inspiratiebron', *TRA 2021/65*). Bij de hiervoor aangehaalde voorstellen uit het Onderzoeksrapport zijn de nodige kanttekeningen te plaatsen. Hoewel de uitkomsten van het Onderzoeksrapport laten zien dat concurrentiebedingen regelmatig als 'standaard' worden opgenomen in de arbeidsovereenkomst, toont dit rapport tevens aan dat twee derde van de werkgevers bij overtreding van concurrentiebedingen besluit om dit niet te handhaven. De vraag dringt zich dan op welke noodzaak er is tot wettelijke herziening van het concurrentiebeding: in deze gevallen ondervinden werknemers immers geen nadeel van het beding en worden zij hierdoor niet belemmerd bij een overstap naar

een concurrent. Ik zie dan ook niet direct in welke urgente of juridisch inhoudelijke aanleiding er is om de wettelijke eisen voor een concurrentiebeding aan te passen. Hierbij wijs ik erop dat de huidige wettelijke regeling al een adequaat vangnet biedt. In de *eerste* plaats bepaalt de wet (art. 7:653 lid 3 onderdeel b BW) dat de rechter de mogelijkheid heeft om een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Bij gedeeltelijke vernietiging kan het concurrentiebeding ook in duur of geografisch bereik worden beperkt. In de *tweede* plaats kan de rechter ook een vergoedingsplicht aan de werkgever opleggen (art. 7:653 lid 5 BW), bijvoorbeeld als er redelijke belangen zijn voor handhaving van het concurrentiebeding, maar de werknemer hiervan ernstig nadeel ondervindt. Ook de noodzaak voor een 'Jip en Janneke-verklaring' lijkt ongefundeerd: de vergelijking van de onderzoekers op dit punt met '*informed consent bij veel financiële producten*' gaat in de arbeidsrechtelijke context mank (zie voor de argumenten van de onderzoekers: *TRA 2022/30, p.13*).

Deze argumentatie van de onderzoekers gaat volgens mij geheel voorbij aan de arbeidsrechtelijke bescherming die de wetgever juist aan de werknemer heeft willen bieden door in art. 7:653 BW strenge voorwaarden aan de rechtsgeldigheid van een concurrentiebeding te stellen en de rechter de mogelijkheid heeft gegeven tot vernietiging van een concurrentiebeding en hier eventueel een vergoedingsplicht aan te koppelen. Kort en goed: een werknemer die contractueel gebonden is aan een concurrentiebeding is bepaald niet vogelvrij. Dat wordt mijns inziens onderstreept door de rechterlijke belangenafweging die in beide uitspraken duidelijk naar voren komt. Er lijkt dus vooralsnog geen directe juridische noodzaak te zijn om de wettelijke regeling voor concurrentiebedingen aan te passen.

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe

179

Geen ruimte voor vuistregel verwijtbaarheid bij seksueel grensoverschrijdend gedrag

Hoge Raad

24 juni 2022, nr. 21/01616,

ECLI:NL:HR:2022:950

(mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Lock,

mr. Schaafsma, mr. Salomons)

(Concl. A-G Wesseling-van Gent)

Afhankelijkheidsrelaties. Transitievergoeding. Ernstig verwijtbaar. Handelen werkgever. Beleid.

[BW art. 7:669 lid 3 sub e, 7:673 lid 7 sub c]

De werknemer is sinds 1989 in dienst van de Toeneelacademie als senior docent bewegingsleer. De werknemer wordt meermalen aangesproken op grensoverschrijdend gedrag en krijgt in 2006 de opdracht zijn didactische aanpak aan te passen. In 2010 wordt hij expliciet gewaarschuwd dat elke vorm van fysiek contact tussen docent en student is verboden. Na enkele nieuwe incidenten in 2017 ontbindt de kantonrechter op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen zonder toekenning van een transitievergoeding. In hoger beroep kent het hof wel een transitievergoeding toe, omdat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid. De Hoge Raad vernietigt deze beschikking vanwege kort gezegd motiveringsgebreken. Na verwijzing oordeelt ook hof Arnhem-Leeuwarden dat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid, aangezien de begeleiding van de werkgever in gebreke is gebleven. De werkgever stelt opnieuw cassatie in. Ditmaal zou het hof hebben onderkend dat naar huidige maatschappelijke maatstaven de vuistregel geldt dat seksueel grensoverschrijdend gedrag in afhankelijkheidsituaties in beginsel ernstig verwijtbaar is.

De Hoge Raad oordeelt, anders dan uit de conclusie van de A-G volgt, dat voor deze vuistregel geen plaats is. Inachtneming van de vuistregel betekent immers dat in beginsel sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, zodat slechts onderzocht moet worden of zich uitzonderlijke omstan-

digheden voordoen die tot afwijking kunnen leiden. De uitzonderingsgrond voor het toekennen van een transitievergoeding ex art. 7:673 lid 7 sub c BW heeft een beperkte reikwijdte en moet terughoudend worden toegepast. Slechts in bijzondere omstandigheden vervalt het recht op de transitievergoeding. De voorgestelde vuistregel zou erop neerkomen dat de rechter wordt verplicht aan te nemen dat een werknemer ernstig verwijtbaar handelt en geen transitievergoeding toekomt. Bij dit uitgangspunt worden niet alle relevante omstandigheden, zoals het handelen of nalaten van werkgevers, betrokken en wordt onvoldoende recht gedaan aan de verantwoordelijkheid van werkgevers om binnen de organisatie grensoverschrijdend gedrag te voorkomen of hiertegen op te treden bij signalen.

NB. De door de werkgever genoemde vuistregel volgt uit de conclusie van de A-G bij de eerste cassatie in deze casus (ECLI:NL:PHR:2020:230). In de bij deze cassatie behorende conclusie schrijft de A-G dat zij in de eerste cassatiebeschikking las dat de Hoge Raad die vuistregel omarmde. Dat blijkt dus niet het geval. Aan de oproep die de A-G daarbij deed om voor de praktijk met die duidelijke vuistregel te komen zodat rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid worden tegengegaan en een signaalfunctie wordt gesteld, is dus geen gevolg gegeven.

Stichting Zuyd Hogeschool te Heerlen,
verzoekster tot cassatie,
advocaat: S.F. Sagel,
tegen
[de docent] te [woonplaats], België,
verweerder in cassatie,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Wesseling-van Gent)

Deze zaak is het vervolg op de beschikking van de Hoge Raad van 17 juli 2020¹ (hierna ook: de eerdere zaak) en heeft betrekking op de ontbinding van een arbeidsovereenkomst tussen eiseres tot cassatie (hierna: de Hogeschool) en verweerder in

1 HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1307, RvdW 2020/943, JAR 2020/218, m.nt. C.G.M. Fruytier, TRA 2020/74, m.nt. M.S.A. Vegter, RAR 2020/146.