

Concurrentiebeding in faillissement

K.W.M. Bodewes en C.J. Jager¹

41 Werknemers kunnen door middel van een concurrentiebeding gehouden zijn af te zien van concurrerende activiteiten jegens hun voormalige werkgever. Hoewel bij een faillissement vrijwel altijd alle werknemers direct door de curator worden ontslagen, zwijgt de wet over de werking van een concurrentiebeding bij een faillissement. Toch kunnen concurrentiebedingen in geval van faillissement een belangrijke rol spelen. Immers, een faillissement wordt niet zelden gebruikt om een doorstart te bewerkstelligen. Een curator én de koper van de activa van de failliete werkgever kunnen er in dat geval belang bij hebben dat door de curator ontslagen werknemers aan hun concurrentiebedingen worden gehouden. Het Hof 's-Hertogenbosch bepaalde onlangs dat een curator de door hem ontslagen werknemers in beginsel niet aan een concurrentiebeding kan houden.²

Stand van zaken

De werking van het concurrentiebeding bij faillissement was geregeld in wetsvoorstel 28 167.³ In dit wetsvoorstel was onder meer bepaald dat een concurrentiebeding komt te vervallen indien de werkgever in staat van faillissement wordt verklaard. Hoewel het wetsvoorstel na talloze amendementen uiteindelijk door de Tweede Kamer werd aangenomen, werd het voorstel door de Eerste Kamer toch verworpen, vanwege bezwaren die overigens niets te maken hadden met de desbetreffende bepaling over het vervallen van het concurrentiebeding bij faillissement van de werkgever. Het voorstel om het concurrentiebeding te laten vervallen bij faillissement van de werkgever is niet zonder kritiek gebleven.⁴ Deze kritiek vindt haar grondslag voornamelijk in de belangen die

de curator en derden kunnen hebben bij het laten wetslagen van een doorstart na een faillissement. Deze belangen – aldus de critici – wegen zwaarder dan het belang van verval van een concurrentiebeding voor een werknemer die door een curator is ontslagen. Het ontbreken van een wettelijke regeling omtrent de werking van het concurrentiebeding tijdens een faillissement, heeft geleid tot grillige (lagere) jurisprudentie. De Hoge Raad heeft zich (nog) niet over deze specifieke problematiek gebogen. Hierdoor is onzeker of een werknemer aan een concurrentiebeding nu niet of wel – en in het laatste geval onder welke omstandigheden – gehouden is nadat hij door een curator is ontslagen. Het Hof 's-Hertogenbosch verschaft de rechtspraak meer duidelijkheid over de werking van het concurrentiebeding in faillissement.

Curator en werknemer

Aandacht verdient de vraag of de curator als vereffenaar van de failliete boedel wel een beroep kan doen op een in een arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding. De Faillissementswet geeft in een aantal bepalingen regels voor de werking en beëindiging van overeenkomsten nadat het faillissement van een van de contractspartijen is uitgesproken.

Art. 40 Fw ziet op de beëindiging van arbeidsovereenkomsten in het geval de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Ingevolge art. 40 Fw komt de curator in dat geval de bevoegdheid toe om de werknemers te ontslaan. De maximale opzegtermijn is zowel voor de werknemer als de curator zes weken. De curator heeft voor het ontslaan van de werknemers toestemming nodig van de rechter-commissaris; een ontslagvergunning is niet vereist.

Art. 40 Fw geeft enkel voorschriften ten aanzien van de beëindiging van arbeidsovereenkomsten, en rept niet over de werking van arbeidsovereenkomsten na faillissement. Art. 37 Fw ziet op de werking van wederkerige overeenkomsten ten tijde van het faillissement van een van de contractspartijen. Art. 37 Fw lijkt derhalve ook van toepassing te zijn op arbeidsovereenkomsten.⁵ Van belang is het leidende principe dat de faillietverklaring van een van de contractspartijen bij een overeenkomst in beginsel geen gevolgen heeft voor de bestaande werking van wederkerige overeenkomsten.⁶ Ingevolge art. 37 Fw kan de wederpartij van de failliet verlangen dat de curator verklaart zijn verplichtingen uit de overeenkomst te

1. Mevr. mr. K.W.M. Bodewes is redacteur van dit tijdschrift, mr. C.J. Jager is advocaat bij Baker & McKenzie te Amsterdam.

2. Hof 's-Hertogenbosch, 9 januari 2007, *JOR* 2007/58, m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

3. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 167, nr. 3, p. 2.

4. E. Loesberg in onder meer zijn noot onder Rb. Amsterdam 13 september 2001, *JOR* 2001/22 en S.A. Tan en R.M.L. Keunen, 'Het concurrentiebeding in faillissement', *ArbeidsRecht* 2003, 25 en Kortmann a.w.

5. E. Loesberg in zijn noot onder Pres. Rb. Roermond, 3 oktober 2001, *JOR* 2001/267 en F.B.J. Grapperhaus, 'Concurrentiebeding en faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1997, p. 71.

6. Zie onder meer *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2006, aant. 2 bij art. 37 Fw, p. 65.

zullen nakomen. Ook kan ex art. 37 Fw de wederpartij van de failliet vorderen dat de curator zekerheid stelt voor deze nakoming. Wij komen hierna terug op de rol die art. 37 Fw kan bieden in geval een curator een werknemer aan een concurrentiebeding wenst te houden.

Hoewel het voor de curator dus mogelijk is om een beroep te doen op een concurrentiebeding, blijft art. 7:653 lid 2 BW van kracht. Hierdoor kan op vordering van een werknemer de rechter een belangenafweging maken tussen de belangen van de curator en die van de werknemer bij een eventueel beroep op een concurrentiebeding. Voorts komt de werknemer ook een beroep toe op art. 7:653 lid 4 BW: de werknemer heeft recht op een billijke vergoeding indien het concurrentiebeding de werknemer in belangrijke mate hindert om ergens anders in dienst te treden.

Belangenafweging

Hiervoor stonden wij al kort stil bij de doorstart na faillissement. De curator zal na zijn benoeming zo snel mogelijk de activa van de gefailleerde (rechts)persoon, zoals voorraad, contracten en debiteuren, trachten te verkopen. Hierbij kan de overnemende partij ervoor kiezen (een deel van) het personeel over te nemen door hen nieuwe arbeidsovereenkomsten aan te bieden. Van groot belang is dat art. 7:663 BW geen werking heeft in een faillissementssituatie. Ingevolge art. 7:663 BW gaan door de overgang van een onderneming de rechten en plichten ten aanzien van werknemers van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming. In geval van faillissement zal de overnemende partij veelal niet schromen een selectie aan de poort te maken: het staat de koper vrij om bepaalde werknemers wel of niet in dienst te nemen. Wel zal – en soms moet – het behoud van werkgelegenheid voor een curator een belangrijke overweging zijn bij zijn keuze voor een van de gegadigde kopers.

Het is mogelijk dat de curator de activa verkoopt aan de bestuurder(s)/aandeelhouder(s) van de failliet. Deze bestuurder(s)/aandeelhouder(s) hebben in dat geval een nieuwe rechtspersoon opgericht om (een deel van de activiteiten) te kopen en continueren. Een andere optie is dat de curator de activa verkoopt aan een concurrent. De overnemende partij zal derhalve doorgaan met de activiteiten van de failliet.

Het concurrentiebeding ziet, zoals gezegd, op een bepaalde periode na einde arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer. De werking van het concurrentiebeding kan van belang zijn voor de curator. De curator is er immers niet bij gebaat als werknemers overstappen naar de ene concurrent, terwijl hij al de activiteiten wil verkopen aan een andere con-

current en daarbij beoogt de werknemers bij de kopers partij in dienst te laten treden. Hierbij speelt mee dat de curator en de partij, die de activa van de curator koopt, niet graag zien dat bepaalde werknemers met hun kennis van ondermeer de klantenportefeuille bij een concurrent aan de slag gaan. Voorts kan het zijn dat de curator bepaalde garanties aan de koper heeft verstrekt, bijvoorbeeld ten aanzien van de te behalen omzet in de toekomst. Ook in dat kader kunnen werknemers die na hun ontslag overstappen naar een concurrent de curator en de koper van de activa schaden.

Wij menen dat de koper van de activa geen beroep kan doen op het overeengekomen concurrentiebeding. Ingevolge art. 7:666 lid 1 zijn de art. 7:663 BW e.v. niet van toepassing indien bij overgang van onderneming de werkgever in staat van faillissement is verklaard. De consequentie hiervan lijkt ons duidelijk: de rechten uit een concurrentiebeding gaan niet over naar de verkrijger van de onderneming.⁷ Wessels beoogt echter dat de koper van de activa een belang heeft bij naleving van het concurrentiebeding.⁸ Vervolgens wijst Wessels erop dat de rechten aangaande het concurrentiebeding veelal kwalitatief zijn verbonden aan de (overgedragen) onderneming. Deze argumentatie overtuigt naar onze mening niet. Juist om de overgang van rechten en plichten die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten niet bij de overgang van onderneming in geval van faillissement naar de verkrijger over te laten gaan, heeft de wetgever art. 7:666 BW in het leven geroepen. Er is naar onze mening geen reden om het concurrentiebeding anders te behandelen dan de overige bepalingen uit een arbeidsovereenkomst in geval van overgang van onderneming in faillissement.

Tegenover het belang van de curator staat het belang van werknemer. De ontslagen werknemer kan worden geconfronteerd met voor hem nadelige situaties. Zo kan een werknemer lange tijd in spanning zitten of hij wel of niet in dienst mag treden bij de koper van de activa. Verder kan het zijn dat de werknemer vervelende ervaringen heeft opgedaan met zijn beoogde nieuwe werkgever. Voorts is het niet ongebruikelijk dat de nieuwe werkgever aan de over te nemen werknemers arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aanbiedt. Ten slotte kan natuurlijk worden betoogd dat een buiten zijn schuld om ontslagen werknemer ondanks zijn concurrentiebeding het recht

7. Zie voor een overzicht van de verschillende visies op deze problematiek E. Loesberg in zijn noot onder Ktr. Amsterdam 29 april 1998, *JOR* 2000/131 alsook F.B.J. Grapperhaus a.w., p. 71 e.v.

8. B. Wessels, *Polak-Wessel Insoventierecht, Gevolgen van de Faillietverklaring (1)*, Deventer: Kluwer 2000, nr. 2574, p. 323.

heeft om onmiddellijk ergens anders aan de slag te gaan. Zijn (oud)werkgever is immers in staat van faillissement verklaard en ontplooit in de meeste gevallen geen verdere activiteiten meer.

— Lagere jurisprudentie

Vanaf eind jaren '90 zijn diverse vonnissen geweest waarin door de rechters verschillend werd geoordeeld over de werking van het concurrentiebeding in een faillissement. Zo oordeelde de Kantonrechter Amsterdam in 1998 dat niet valt in te zien waarom het enkele feit dat een werknemer als het gevolg van het stopzetten van de bedrijfsactiviteiten het vervallen van het concurrentiebeding met zich zou brengen. Vervolgens maakt de kantonrechter een afweging tussen de belangen van de boedel bij het beroep van de curator op het concurrentiebeding en de individuele belangen van de werknemer. Deze belangenafweging leidt tot een schorsing van het concurrentiebeding. In 2000 diende de Kantonrechter Utrecht te oordelen over de vordering van een curator die een vergoeding eiste van werknemers voor het afzien van een beroep op een concurrentiebeding.⁹ Deze werknemers waren ondanks hun concurrentiebeding na hun ontslag in dienst getreden bij een andere concurrerende werkgever. De kantonrechter oordeelde dat de curator in casu geen bedrijfsdebet beheerde en ook een doorstart niet meer tot de mogelijkheden behoorde. Nu de curator enkel een vergoeding eiste, oordeelde de kantonrechter dat er onvoldoende reden was om de werknemers aan hun concurrentiebeding te houden. De president van de Rechtbank Roermond kwam in 2001 tot een resoluut oordeel.¹⁰ In deze specifieke casus was een deel van het management na het faillissement – ondanks een aanbod hiertoe – niet als werknemer in dienst getreden bij de koper van de activiteiten van de failliete onderneming. De curator stelde dat de doorstart in gevaar zou komen als hij geen beroep zou kunnen doen op de concurrentiebedingen. De president oordeelde dat nu de failliete vennootschap uiteindelijk zou worden ontbonden, zij geen activiteiten meer ontplooit en de arbeidsovereenkomsten zijn opgezegd, de curator geen belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding.¹¹ Kort na het vonnis van de president van de Rechtbank Roermond oordeelde achtereenvolgens de pre-

sident van de Rechtbank Amsterdam¹² en de Kantonrechter 's-Gravenhage¹³ dat een curator wel een beroep kan doen op een concurrentiebeding in faillissement. Het faillissement doet niet af aan de werking van het concurrentiebeding, aldus de president van de Rechtbank Amsterdam. In beide vonnissen werd door de president respectievelijk het kantongerecht overwogen dat de curator, gezien de belangen van de boedel en/of een succesvolle doorstart, een beroep toekomt op het concurrentiebeding. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle oordeelde dat de curator enkel een beroep toekomt op een concurrentiebeding voor zover de verkoop van de onderneming door de curator alleen kan worden gerealiseerd onder handhaving van het beding.¹⁴

— Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007

Recentelijk diende het Hof 's-Hertogenbosch te oordelen over de werking van het concurrentiebeding in faillissement. In tegenstelling tot de hiervoor omschreven vonnissen, komt naar onze mening het Hof 's-Hertogenbosch tot een wenselijker en beter oordeel.¹⁵

De casus waar het Hof 's-Hertogenbosch over diende te beslissen was als volgt. De heren De Bont en Verhoeven waren werkzaam bij Peelland Service BV (Peelland). In de arbeidsovereenkomsten van De Bont en Verhoeven was een concurrentiebeding overeengekomen. Peelland was een dochteronderneming van ABI Holding BV. Aan Peelland werd op 18 juli 2005 voorlopig surseance van betaling verleend. Vervolgens werd Peelland op 27 juli 2002 in staat van faillissement verklaard. Ook de andere vennootschappen behorend tot de ABI-groep faillieerden. Op 18 juli 2005 vond er een bespreking plaats tussen de curator, het personeel van de ABI-groep en vertegenwoordigers van het UWV. De werknemers kregen hierbij te horen dat hun werkgever de salarissen niet meer kon betalen. Het UWV zou de betalingsverplichtingen overnemen. Voorts kregen de werknemers te horen dat iedereen zich als werkzoekende moest inschrijven en op zoek moest gaan naar een andere baan. Op 1 augustus 2005 zegde de curator de arbeidsovereenkomsten met alle werknemers van Peelland schriftelijk op. In deze algemene ontslagbrieven werd niet gerept over eventuele concurrentiebedingen.

9. Ktr. Utrecht 12 september 2000, *JOR* 2000/248, m.nt. E. Loesberg.

10. Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001/267, m.nt. E. Loesberg.

11. Zie in min of meer gelijke zin Ktg. Rotterdam 20 september 1993, *KG* 1993/404.

12. Pres. Rb. Amsterdam 13 september 2001, *JOR* 2002/21, m.nt. E. Loesberg.

13. Ktr. 's-Gravenhage 12 december 2001, *JOR* 2002/42, m.nt. E. Loesberg.

14. Vzng. Rb. Zwolle 3 december 2002, *KG* 2003/105.

15. Hof 's-Hertogenbosch borduurt met dit arrest verder op een eerder door haar gewezen arrest Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 2005, *LJN*, AO5405.

De curator heeft vervolgens getracht de onderneming van de failliete vennootschappen te verkopen. Hij had daartoe een gesprek met de onderneming Van Lanen. Van Lanen had alleen interesse in Peelland. De curator gaf echter de voorkeur aan verkoop van de activiteiten van ABI als geheel en zette daartoe onderhandelingen met andere geïnteresseerden voort. Van Lanen verkreeg van hem toestemming om informatie te vergaren over Peelland bij het management met het oog op eventuele verdere onderhandelingen. Van Lanen had in dat verband onder meer contact met De Bont. Van Lanen nodigde De Bont en Verhoeven met nog een aantal werknemers van Peelland bij haar op het bedrijf uit en maakte kenbaar belangstelling te hebben voor de indiensttreding van deze werknemers. Van Lanen bracht vervolgens een bod uit op Peelland, dat door de curator niet werd aanvaard. Van Lanen bood toen De Bont en Verhoeven een arbeidsovereenkomst aan, waarna zij bij Van Lanen in dienst traden. De curator beschuldigde De Bont en Verhoeven ervan dat zij onder meer buiten hem om Van Lanen van bedrijfsgevoelige informatie hadden voorzien en hadden getracht het bedrijf en de klanten van Peelland aan Van Lanen uit te leveren. Voorts meende de curator dat het in dienst treden bij Van Lanen door De Bont en Verhoeven een schending opleverde van het concurrentiebeding. Volgens De Bont en Verhoeven was er geen sprake van schending van het concurrentiebeding, dit mede gelet op het feit dat er buiten hun schuld ontslag is aangezegd en dat zij nog niet in dienst waren van Van Lanen. De curator ontsloeg vervolgens Verhoeven en De Bont op staande voet en verkocht de onderneming aan een derde partij. De curator vorderde onder meer dat Verhoeven en De Bont zich in ieder geval tijdens hun opzegtermijn van zes weken aan hun concurrentiebeding moesten houden. De voorzieningenrechter wees de vordering van de curator af. De curator ging van dit vonnis in beroep.

Het Hof oordeelde vervolgens dat de curator in redelijkheid geen beroep kan doen op het concurrentiebeding indien de werknemer, nadat de arbeidsovereenkomst door de curator is opgezegd, voor de opzegtermijn bij een andere werkgever in dienst treedt. Door met een algemene ontslagbrief de werknemers te ontslaan, kan de curator de werknemers niet in redelijkheid aan een concurrentiebeding houden, ook niet tijdens de opzegtermijn, aldus het Hof. Wel laat het Hof de mogelijkheid open dat onder bepaalde omstandigheden de curator de werknemer gedurende de opzegtermijn aan het concurrentiebeding zou kunnen houden. Het Hof overweegt immers:

'In aanmerking genomen de inhoud van het overeengekomen beding, zou dit (mogelijk) slechts anders zijn, indien de curator, voordien of in de ontslagbrief uitdrukkelijk zou hebben bedongen dat de werknemers in verband met een mogelijke doorstart niet voor het einde van de opzegtermijn elders in dienst zouden treden, dan wel tot het einde van die opzegtermijn niet bij een concurrerend bedrijf zouden gaan werken.'

— Ons oordeel

Wij erkennen dat er zwaarwegende belangen kunnen zijn die een beroep van een curator op een concurrentiebeding kunnen rechtvaardigen. In aanvulling op deze overweging menen de wij echter dat de curator niet enkel kan volstaan met de verwijzing naar het concurrentiebeding en een mogelijke doorstart in zijn ontslagbrief.¹⁶ Wij menen dat in een faillissement de belangen van de werknemer dienen te prevaleren en deze in beginsel niet aan zijn concurrentiebeding kan worden gehouden. Indien de curator toch meent dat een beroep op het concurrentiebeding gerechtvaardigd is, zal de curator moeten aantonen welke zwaarwegende belangen hij hiervoor heeft. Hierbij moet de curator onder meer duidelijkheid verschaffen over de toekomst van de betrokken werknemer bij de eventuele koper van de activa. Ook zal de curator moeten aantonen dat de eventuele concurrerende gedragingen van de werknemer daadwerkelijk een beoogde doorstart in hevige mate frustreren. Voorts kan de werknemer, indien hij aan een concurrentiebeding wordt gehouden, een billijke vergoeding eisen op grond van art. 7:653 lid 4 BW. Ook kan de werknemer van de curator verlangen dat deze zekerheid stelt voor nakoming van zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld – zo betoogt Grapperhaus – voor betaling van de genoemde vergoeding ex art. 7:653 lid 4 BW.¹⁷

Wij komen terug op de mogelijkheden die art. 37 Fw zou kunnen bieden indien een werknemer zich geconfronteerd ziet met een curator die hem aan een concurrentiebeding wil houden. Volgens Loesberg kan een werknemer in die situatie met een beroep op art. 37 Fw de curator verzoeken de arbeidsovereenkomst gestand te doen en zekerheid te verstrekken. Doet de curator dit niet, zou een curator geen beroep toekomen op een concurrentiebeding, aldus Loesberg.¹⁸

16. Zie ook Kortmann a.w.

17. F.H.J. Grapperhaus a.w., p. 74.

18. E. Loesberg in zijn noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, JOR 2001/267.

— Juist en rechtvaardig

De door het Hof 's-Hertogenbosch uitgezette lijn dat een curator in beginsel geen beroep toekomt op een concurrentiebeding, is naar onze mening juist en rechtvaardig. Indien een curator toch een beroep op een concurrentiebeding wenst te doen, zal hij dat bij de opzegging moeten laten weten en daartoe zwaarwegende belangen aanvoeren, die hij ook (later) kan aantonen.

Selectie op competenties en andere wetenswaardigheden: wijzigingen in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels

E.A. Roest en B.A. Spliet¹

42 In 2006 en in de loop van 2007 is opnieuw een aantal belangrijke wijzigingen doorgevoerd in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels van de CWI. In deze bijdrage zal worden stilgestaan bij de gevolgen die deze wijzigingen hebben voor de arbeidsrechtpraktijk. Vervolgens zal dieper worden ingegaan op de wijziging in de Beleidsregels van de uitleg van het begrip 'uitwisselbare functie', waarbij 'competenties' een rol gaan spelen en op de vraag of werkgevers werknemers daardoor nu ook op kwaliteit kunnen selecteren.

— Wijzigingen in het Ontslagbesluit

Inleiding

Indien een werkgever voornemens is de arbeidsovereenkomst met een werknemer te beëindigen door middel van opzegging, heeft hij daartoe in beginsel op grond van art. 6 lid 1 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhouding 1945 (BBA) voorafgaande toestemming nodig van de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI). Bij ministeriële regeling zijn in het Ontslagbesluit van 7 december 1998² ter uitvoering van art. 6 lid 3 en 4 BBA regels opgesteld. Bij de beoordeling of toestemming zal worden gegeven, toetst de CWI of de regels van het Ontslagbesluit zijn nageleefd. Een opzegging zonder toestemming van de CWI is vernietigbaar op grond van art. 9 lid 1 BBA. Het Ontslagbesluit neemt nog steeds een belangrijke

1. Mevr. mr. E.A. Roest en mevr. mr. B.A. Spliet zijn advocaat bij DLA Piper Nederland te Amsterdam.
2. *Stcr.* 1998, 238, p. 12-15.