

# ECLI:NL:PHR:2016:1323

|                      |                                                                                                                                                                                                                                        |
|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Parket bij de Hoge Raad                                                                                                                                                                                                                |
| Datum conclusie      | 23-12-2016                                                                                                                                                                                                                             |
| Datum publicatie     | 03-03-2017                                                                                                                                                                                                                             |
| Zaaknummer           | 15/05146                                                                                                                                                                                                                               |
| Formele relaties     | Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2017:364, Gevolgd                                                                                                                                                                                         |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                                                                                                            |
| Bijzondere kenmerken | -                                                                                                                                                                                                                                      |
| Inhoudsindicatie     | Arbeidsrecht. Art. 7:653 lid 1 BW. Maakt relatiebeding in personeelsreglement deel uit van de arbeidsovereenkomst? Uitleg van HR 25 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, NJ 2008/503. Terugkomen van beslissing in eerder tussenarrest. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>JAR 2017/92 met annotatie van mr. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken                                                                                                                                                   |

## Conclusie

15/05146

Mr. F.F. Langemeijer

23 december 2016

1. [eiseres 1]

2. [eiseres 2]

tegen

[verweerder]

In deze arbeidszaak staat de geldigheid van een 'relatiebeding' (een beding dat verhindert dat een werknemer bij zijn vertrek cliënten van de werkgever meeneemt) centraal. Is voldaan aan alle eisen die de wet stelt aan de schriftelijke vastlegging daarvan?

## 1 Feiten en procesverloop

### 1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten<sup>1</sup>:

- 1.1.1. Eiseres in cassatie onder 1, [eiseres 1] , exploiteert een adviesbureau met accountants, fiscalisten en management consultants. [eiseres 1] heeft vestigingen in diverse plaatsen<sup>2</sup>. [eiseres 1] heeft op of omstreeks 1 december 1997 de aandelen in [A] B.V. verworven. Die vennootschap maakte vanaf dat moment deel uit van de [eiseres] -organisatie.
- 1.1.2. Verweerder in cassatie, [verweerder] , is op 1 maart 2001 als senior belastingadviseur in dienst getreden bij [A] B.V. In de arbeidsovereenkomst van 1 maart 2001 was in artikel 12 een concurrentiebeding opgenomen, dat in het tussenvonnis in eerste aanleg is geciteerd onder 2.3.
- 1.1.3. Per 1 januari 2003 is [verweerder] als senior belastingadviseur in dienst getreden bij [eiseres 1] . In de arbeidsovereenkomst die op 28 januari 2003 door beide partijen is ondertekend en (op alle pagina's) geparafeerd is het navolgende bepaald:

#### "Artikel 5

1. U bent verplicht om overleg te plegen met werkgever alvorens in dienst te treden bij een andere werkgever, waarvan u weet, of waarvan blijkt, dat deze een cliënt is van werkgever of van de met werkgever samenwerkende ondernemingen en personen.
2. Onder het begrip "cliënt" in de zin van dit artikel wordt een ieder verstaan, waaronder gedurende een periode van 24 (vierentwintig) maanden - voorafgaande aan het einde van het dienstverband - één of meerdere keren door werkgever de in artikel 5, lid 2 genoemde werkzaamheden zijn verricht.
3. Bij overtreding van dit verbod verbeurt u een vergoeding van eenmaal de door werkgever aan de desbetreffende cliënt gedeclareerde bedragen over de 12 (twaalf) maanden, onmiddellijk voorafgaande aan het einde van het dienstverband, onverminderd het recht van werkgever op volledige schadevergoeding.

#### Artikel 8

Deze arbeidsovereenkomst is nader uitgewerkt in de arbeidsvoorwaarden d.d. 01-01-2002, die bij deze overeenkomst zijn gevoegd en daarmee een ondeelbaar geheel vormen. U heeft kennis genomen van het bepaalde in de arbeidsvoorwaarden en verklaart daarmee akkoord te gaan. De inhoud van de arbeidsvoorwaarden wordt geacht onderdeel uit te maken van deze arbeidsovereenkomst.

De aanhangsels op deze arbeidsovereenkomst vormen een onlosmakelijk onderdeel van deze arbeidsovereenkomst."

- 1.1.4. In art. 6.1 van het Personeelsreglement [eiseres] d.d. 01-01-2002, dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard, is het volgende relatiebeding opgenomen:

- "1. De werknemer is verplicht om overleg te plegen met werkgever alvorens in dienst te treden bij een andere werkgever, waarvan hij weet, of waarvan blijkt dat deze een cliënt is van de werkgever of van de met werkgever samenwerkende ondernemingen en personen.
2. Het is de werknemer, behoudens voorafgaande schriftelijk goedkeuring van werkgever, gedurende een periode van 24 maanden, aanvangende op de datum van het einde van de arbeidsovereenkomst niet toegestaan om, onder eigen naam of onder naam van derden, direct, indirect of alleen, in enige vorm van samenwerking met derde(n) zelfstandig of als ondergeschikte werkzaam of betrokken te zijn bij het verrichten van werkzaamheden op het gebied van de belastingadviespraktijk en/of de accountancy en/of management consultants voor een cliënt van een van de in de groep van werkgever samenwerkende kantoren van accountants, belastingadviseurs, bedrijfsjuristen, arbeidsjuristen en management consultants.

3. Onder het begrip 'cliënt' in de zin van dit artikel wordt een ieder verstaan, waarvoor gedurende een periode van 24 maanden — voorafgaande aan het einde van het dienstverband — één of meerdere keren door werkgever de in lid 2 genoemde werkzaamheden zijn verricht.

4. Bij overtreding van dit verbod verbeurt de werknemer een vergoeding, van eenmaal de door werkgever aan de desbetreffende cliënt gedeclareerde bedragen voor de 12 maanden, onmiddellijk voorafgaande aan het einde van het dienstverband onverminderd het recht van werkgever op volledige schadevergoeding.

5. Ten aanzien van de ten gunste stelling van de boete wijken werkgever en werknemer uitdrukkelijk af van het in de wet bepaalde, in die zin dat elke door de werknemer op basis van dit artikel verschuldigde boete volledig ten gunste van werkgever komt.”

1.1.5. [eiseres 1] heeft per 1 januari 2006 een nieuw personeelsreglement vastgesteld, waarin geen concurrentiebeding is opgenomen. In het kader daarvan is aan [verweerder] een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. In die arbeidsovereenkomst was een concurrentiebeding opgenomen. [verweerder] heeft de hem per 1 januari 2006 aangeboden arbeidsovereenkomst niet ondertekend.

1.1.6. Bij brief van 16 oktober 2006 heeft [verweerder] de arbeidsovereenkomst met [eiseres 1] opgezegd tegen 1 januari 2007. [verweerder] heeft per 1 januari 2007 een eigen onderneming in Zevenaar, in de nabijheid van de vestiging van [eiseres 1] .

1.1.7. [eiseres 1] heeft bij brief van 26 oktober 2006 de opzegging bevestigd. Tussen partijen is gecorrespondeerd, onder meer over de afwikkeling van het door de werkgeefster ingeroepen relatiebeding. Zie voor de weergave van de correspondentie het tussenvonnis van de rechtbank onder 2.7 – 2.13.

1.2. Op 9 december 2008 heeft [eiseres 1] [verweerder] gedagvaard en betaling gevorderd van € 294.190,60, te vermeerderen met wettelijke rente. Aan deze vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat [verweerder] het overeengekomen relatiebeding heeft geschonden en daarom de bedongen boete is verschuldigd.

1.3. [verweerder] heeft als verweer onder meer aangevoerd dat het relatiebeding niet geldig is overeengekomen. Naar zijn mening is niet voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:653 lid 1 BW. Voor het geval dat hij door de rechter gebonden wordt geacht aan het beding, heeft [verweerder] in reconventie vernietiging van het relatiebeding gevorderd dan wel de matiging van de duur daarvan.

1.4. Bij tussenvonnis van 28 december 2009 overwoog de kantonrechter in de rechtbank Arnhem samengevat het volgende. Het relatiebeding is niet opgenomen in de tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst van 28 januari 2003, maar het beding is wel vermeld in het personeelsreglement 2002. In art. 8 van die arbeidsovereenkomst wordt daarnaar verwezen. In de arbeidsovereenkomst is vermeld dat [verweerder] van deze arbeidsvoorwaarden heeft kennisgenomen en verklaart daarmee akkoord te gaan. Uit HR 28 maart 2008 (NJ 2008/503, hierna uitvoerig te bespreken) volgt dat daarmee is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. [verweerder] heeft aangevoerd dat hij dit personeelsreglement niet vóór of bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst heeft ontvangen. Op [eiseres 1] rust de bewijslast dat het personeelsreglement aan [verweerder] ter hand is gesteld. Echter, de door [eiseres] overgelegde arbeidsovereenkomst levert dwingend bewijs daarvan op (art. 157 lid 2 Rv). Tegen dit dwingend bewijs staat tegenbewijs vrij (art. 151 lid 2 Rv). De kantonrechter heeft [verweerder] toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorshands bewezen geachte stelling van de werkgeefster dat hij het personeelsreglement vóór of bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst heeft ontvangen.

1.5. Na verhoor van getuigen heeft de kantonrechter bij vonnis van 29 augustus 2011 geoordeeld dat [verweerder] niet is geslaagd in het leveren van tegenbewijs. De kantonrechter veroordeelde [verweerder] tot betaling van € 247.218,99, vermeerderd met wettelijke rente. De vordering in

(voorwaardelijke) reconventie werd afgewezen.

1.6. Op het hoger beroep van [verweerder] heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 15 oktober 2013 een tussenarrest gewezen<sup>3</sup>. Daarin oordeelde het hof dat het relatiebeding in art. 6.1 van het Personeelsreglement 2002 rechtsgeldig is overeengekomen tussen partijen. Het hof stelde voorop dat zowel het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst van [verweerder] als het relatiebeding in het Personeelsreglement 2002 een beding zijn in de zin van art. 7:653 BW. [eiseres 1] verwijt [verweerder] alleen een schending van het relatiebeding; schending van het concurrentiebeding wordt [verweerder] niet verweten (rov. 4.7). Het hof verwierp het verweer van [verweerder] dat alle bepalingen in het Personeelsreglement 2002 automatisch zijn vervallen met de invoering van het Personeelsreglement 2006: nu [verweerder] ervoor heeft gekozen de hem aangeboden nieuwe arbeidsovereenkomst niet te ondertekenen<sup>4</sup>, zijn de arbeidsvoorwaarden zoals vervat in de arbeidsovereenkomst van 28 januari 2003 met bijlagen ongewijzigd gebleven (rov. 4.8).

1.7. Het tussenarrest vervolgt:

"4.9 (...) Aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 lid 1 BW is voldaan als in een arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden waarin een concurrentiebeding voorkomt en de werknemer zich door ondertekening van die arbeidsovereenkomst akkoord heeft verklaard met die arbeidsvoorwaarden, zoals in casu ook is gebeurd door middel van artikel 8 in de arbeidsovereenkomst. Deze arbeidsovereenkomst is een onderhandse akte als bedoeld in artikel 156 lid 3 Rv, hetgeen ingevolge artikel 157 lid 2 Rv met zich brengt dat [eiseres] daarmee dwingend bewijs heeft geleverd, behoudens tegenbewijs, van het feit dat [verweerder] bekend en akkoord was met de toepasselijkheid van het relatiebeding in artikel 6.1 van het personeelsreglement 2002. Tot het leveren van voormeld tegenbewijs is [verweerder] in eerste aanleg toegelaten, maar naar het oordeel van de kantonrechter is hij daarin niet geslaagd. Nu in eerste aanleg al getuigen zijn gehoord en [verweerder] in hoger beroep geen voldoende specifiek en ter zake dienend bewijsaanbod heeft gedaan, zal het hof [verweerder] niet toelaten tot het leveren van (nader) bewijs op dit punt.

4.10 De waardering van het zijdens [verweerder] reeds gepresenteerde (tegen)bewijs leidt het hof niet tot het oordeel dat [verweerder] het dwingend bewijs van [eiseres] heeft ontzenuwd. Daartoe zijn naar het oordeel van het hof de volgende verklaringen, in onderlinge samenhang bezien, van belang. De getuige [getuige 1], een collega van [verweerder], heeft onder meer verklaard dat het personeelsreglement 2002 eind 2001 in de postvakjes van de medewerkers was gelegd. Getuige [getuige 2], voormalig assistent medewerker personeelszaken bij [eiseres], heeft verklaard dat personeelsfunctionaris [getuige 3] een gesprek heeft gehad met [verweerder] over het personeelsreglement 2002 en de nieuw te ondertekenen arbeidsovereenkomst en dat [verweerder] kritiek had op de inhoud daarvan. Getuige [getuige 3] bevestigt in haar verklaring voorafgaand aan de invoering van het personeelsreglement 2002 over de inhoud daarvan met [verweerder] te hebben gesproken. [getuige 3] heeft voorts verklaard dat medewerkers het personeelsreglement 2002 hetzij persoonlijk overhandigd hebben gekregen hetzij, bij hun afwezigheid, via hun postvakje hebben ontvangen. Naar het oordeel van het hof blijkt uit de verklaringen van [getuige 1], [getuige 2] en [getuige 3] dat [verweerder] in januari 2002 beschikte over het personeelsreglement 2002 en heeft [verweerder] in het licht van deze getuigenverklaringen het door [eiseres] met de ondertekende arbeidsovereenkomst geleverde dwingende bewijs van het feit dat [verweerder] beschikte over en instemde met het personeelsreglement 2002 niet ontzenuwd.

4.11 Uit het voorgaande volgt, kortom, dat het relatiebeding zoals vervat in artikel 6.1 van het personeelsreglement 2002 rechtsgeldig is overeengekomen tussen [eiseres] en [verweerder]."

1.8. Na dit arrest heeft [verweerder] het hof bij akte gevraagd terug te komen van de eindbeslissing dat het relatiebeding rechtsgeldig is overeengekomen tussen partijen. Het hof heeft aan dit verzoek gehoor gegeven en is in zijn tussenarrest van 4 november 2014 inderdaad hiervan teruggekomen<sup>5</sup>. Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld bij akte te reageren op deze koerswijziging. Daarbij overwoog het hof als volgt:

"2.6 (...) Zoals het hof in het tussenarrest onder 4.10 heeft overwogen, blijkt uit de verklaringen van [getuige 1] , [getuige 2] en [getuige 3] , anders dan [verweerder] voorstaat, dat [verweerder] in januari 2002 beschikte over het personeelsreglement 2002. Het hof acht derhalve bewezen dat dit 'op enig moment' aan [verweerder] ter hand althans ter beschikking is gesteld.

[verweerder] wijst er, naar het hof begrijpt, evenwel terecht op dat uit de getuigenverklaringen niet blijkt dat het personeelsreglement 2002 hem *in samenhang met* de derde overeenkomst d.d. 28 januari 2003 ter beschikking is gesteld. De getuige [getuige 4] , financieel directeur van [eiseres] , die de derde overeenkomst namens [eiseres] heeft ondertekend, heeft verklaard niet zelf het personeelsreglement van 1 januari 2002 aan [verweerder] te hebben overhandigd.

Ook geen van de andere getuigen heeft verklaard dat het personeelsreglement 2002 [verweerder] in samenhang met de derde overeenkomst is overhandigd althans aan hem ter beschikking is gesteld.

Aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 BW is niet voldaan in gevallen waarin de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met de inhoud van een niet als bijlage in schriftelijke vorm bijgevoegd document waarin een concurrentiebeding voorkomt, tenzij de werknemer daarbij uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt (Hoge Raad 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384).

Nu van een dergelijke uitdrukkelijke verklaring geen sprake is, leidt het voorgaande ertoe dat geoordeeld moet worden dat [verweerder] het dwingend bewijs door tegenbewijs heeft ontzenuwd voor zover in artikel 8 van de derde arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar *bijgevoegde* arbeidsvoorwaarden en dat het hof terugkomt op zijn in het tussenarrest onder 4.11 opgenomen beslissing dat het relatiebeding rechtsgeldig tussen [eiseres] en [verweerder] is overeengekomen.

2.7 Het hof ziet aanleiding [eiseres] de gelegenheid te geven zich bij akte over hetgeen onder 2.6 is overwogen uit te laten en daarbij tevens aan te geven of zij gebruik wenst te maken van de gelegenheid, die het hof haar biedt, nader bewijs te leveren ter zake de bijvoeging van het personeelsreglement 2002 bij de derde overeenkomst.

[verweerder] zal in de gelegenheid worden gesteld daarop bij antwoordakte te reageren.

Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden."

1.9. In het eindarrest van 14 juli 2015 verwierp het hof het standpunt van [eiseres 1] dat het hof niet bevoegd was van zijn eindbeslissing terug te komen en dat dit terugkomen bovendien niet juist zou zijn op inhoudelijke gronden (zie rov. 2.5 – 2.8 eind arrest). Het hof heeft de vonnissen van de kantonrechter vernietigd en de vordering van [eiseres 1] alsnog afgewezen.

1.10. [eiseres 1] heeft – tijdig – beroep in cassatie ingesteld. [verweerder] heeft tot verwerping van het beroep geconcludeerd en op zijn beurt voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. [eiseres 1] heeft geconcludeerd tot verwerping daarvan. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten.

## **2 Inleidende beschouwingen**

2.1. In art. 7:653 lid 1 BW wordt een concurrentiebeding omschreven als een beding tussen werkgever en werknemer waarbij deze laatste beperkt wordt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn. Onder deze omschrijving valt ook een 'relatiebeding', d.w.z. een beding dat verbiedt zaken te doen met relaties van de (voormalige) werkgever<sup>6</sup>. Het artikel verlangt dat een concurrentiebeding *schriftelijk* is overeengekomen. Dit vereiste is strenger dan de vroegere regeling in art. 7A:1637x lid 1 (oud) BW, toen een concurrentiebeding ook tot stand kon komen door opneming daarvan in het personeelsreglement. In de parlementaire geschiedenis van art. 7:653 BW is deze keuze toegelicht als volgt:

“Een concurrentiebeding is een beding van een zo persoonlijk karakter, dat bovendien zo’n inbreuk op de vrijheid van de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst inhoudt, dat het met de werknemer persoonlijk aangegaan behoort te worden. Daarom is, evenals in het voorontwerp, de mogelijkheid om het beding bij reglement aan te gaan geschrapt. Verder is de redactie van het artikel enigszins gewijzigd om tot uitdrukking te brengen dat het concurrentiebeding - schriftelijk - overeengekomen moet worden tussen de werkgever en de werknemer en niet geldig is als het in een collectieve arbeidsovereenkomst is opgenomen, maar geen deel uitmaakt van de individuele arbeidsovereenkomst.”<sup>7</sup>

2.2. In de vakliteratuur wordt aangenomen dat het schriftelijkheidsvereiste vooral een waarborgfunctie heeft: de werknemer moet bij het aangaan van het concurrentiebeding zich bewust zijn geweest van de gevolgen die dit beding met zich brengt<sup>8</sup>. De Hoge Raad heeft deze functie van het schriftelijkheidsvereiste onderschreven. In 1978 overwoog de Hoge Raad dat een concurrentiebeding de werknemer kan treffen in een zwaarwegend belang, te weten in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet. De wet heeft voor het aangaan van een dergelijk beding strengere voorwaarden gesteld dan voor de arbeidsovereenkomst in het algemeen. In het vereiste van schriftelijke vastlegging is de bijzondere waarborg gelegen dat de werknemer de consequenties van dit, voor hem bezwarende, beding goed heeft overwogen<sup>9</sup>. In latere arresten heeft de Hoge Raad deze overwegingen herhaald<sup>10</sup>.

2.3. In het arrest van 28 maart 2008 ( [P/O] )<sup>11</sup> heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgesproken over de vraag *hoe* aan het schriftelijkheidsvereiste wordt voldaan. Het ging toen om een concurrentiebeding dat was opgenomen in arbeidsvoorwaarden die niet door de werknemer waren ondertekend, maar waarmee de werknemer zich akkoord had verklaard door ondertekening van een brief waarbij die arbeidsvoorwaarden waren gevoegd. Het hof was van oordeel dat daarmee voldaan was aan het schriftelijkheidsvereiste. Hiertegen werd in cassatie opgekomen met het betoog dat op grond van het schriftelijkheidsvereiste de arbeidsvoorwaarden zelf door de werknemer moeten zijn ondertekend, althans dat op zijn minst de akkoordverklaring in de brief uitdrukkelijk naar de aanvaarding van het concurrentiebeding moet verwijzen. De Hoge Raad heeft dat betoog verworpen:

“3.4. (...) Aan art. 7:653 lid 1 BW, voor zover inhoudende dat een concurrentiebeding schriftelijk moet worden overeengekomen, ligt de gedachte ten grondslag dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen.

Aan het schriftelijkheidsvereiste is in ieder geval voldaan indien de werknemer een arbeidsovereenkomst waarin een concurrentiebeding is opgenomen of enig ander geschrift waarin een concurrentiebeding als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden voorkomt, heeft ondertekend, omdat de werknemer daarmee tot uitdrukking brengt dat hij heeft kennisgenomen van het concurrentiebeding zoals dat in schriftelijke vorm aan hem ter hand is gesteld en dat hij daarmee instemt.

Wordt in een arbeidsovereenkomst of - zoals in het onderhavige geval - in een brief verwezen naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden waarin een concurrentiebeding voorkomt en verklaart de werknemer zich door ondertekening van die arbeidsovereenkomst of die brief akkoord met die arbeidsvoorwaarden, dan is aan het genoemde schriftelijkheidsvereiste eveneens voldaan. Ook in een zodanig geval heeft de werknemer door die ondertekening tot uitdrukking gebracht dat hij heeft kennisgenomen van het concurrentiebeding zoals dat in schriftelijke vorm aan hem ter hand is gesteld en dat hij daarmee instemt. Voor de geldigheid van het concurrentiebeding in een geval als het onderhavige is - anders dan het middel primair betoogt - niet vereist dat de bijgevoegde arbeidsvoorwaarden zelf waarnaar in de begeleidende brief wordt verwezen, door de werknemer zijn ondertekend. Evenmin is vereist dat de akkoordverklaring op de brief uitdrukkelijk naar de aanvaarding van het concurrentiebeding verwijst, zoals het middel subsidiair aanvoert.

Op het voorgaande stuit het middel in zijn geheel af.

Opmerking verdient nog dat, gelet op de hiervoor vermelde ratio van art. 7:653 BW, niet aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan in gevallen waarin de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met de inhoud van een niet als bijlage in schriftelijke vorm bijgevoegd document waarin een

concurrentiebeding voorkomt, tenzij de werknemer daarbij uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt.”

- 2.4. Uit het arrest volgt dat wanneer een werknemer schriftelijk (door ondertekening van een arbeidsovereenkomst of brief) zich akkoord verklaart met in een ander document vastgelegde arbeidsvoorwaarden waarin een concurrentiebeding voorkomt, aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan (i) indien de arbeidsvoorwaarden als bijlage bij de akkoordverklaring zijn bijgevoegd of (ii) indien de werknemer bij de akkoordverklaring uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt<sup>12</sup>. Het is vooral de eerstgenoemde mogelijkheid die in de commentaren op dit arrest kritisch is besproken.

Zo heeft Verhulp in zijn NJ-noot opgemerkt dat daarmee de werknemer ruimte wordt gelaten voor een akkoordverklaring zonder zich bewust te zijn van het (in meegezonden arbeidsvoorwaarden opgenomen) concurrentiebeding. Volgens Verhulp lijkt deze invulling van het schriftelijkheidsvereiste niet in overeenstemming met de bedoeling zoals aangeduid in eerdere rechtspraak, namelijk het waarborgen dat de werknemer de consequenties van het beding goed heeft overwogen. Houweling is van mening dat, gelet op de waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste, de werknemer in de gelegenheid moet worden gesteld de bijgevoegde documenten goed te bestuderen<sup>13</sup>. Ambagtsheer acht het onjuist dat wanneer de werknemer enkel tekent voor de toezending van de arbeidsvoorwaardengids, hij ervan blijk geeft dat hij daadwerkelijk heeft kennisgenomen van het concurrentiebeding<sup>14</sup>. Stamhuis maakt een vergelijking met de wettelijke regeling van algemene voorwaarden; zij maakt uit het arrest op dat het erop aankomt of de werkgever aan de werknemer een redelijke mogelijkheid heeft geboden om kennis te nemen van de inhoud van de arbeidsvoorwaarden waarin het concurrentiebeding voorkomt<sup>15</sup>.

- 2.5. In de literatuur is gesignaleerd dat het arrest [P/O] in de lagere rechtspraak veelal strikt wordt toegepast<sup>16</sup>. Zo heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Overijssel geoordeeld dat niet aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan wanneer de werknemer een op schrift gesteld concurrentiebeding alleen mondeling heeft aanvaard<sup>17</sup>. Een vonnis van de Rotterdamse voorzieningenrechter betrof een relatiebeding dat was opgenomen in een niet door de werknemer getekende arbeidsovereenkomst. De werkgever en werknemer hadden daarna nieuwe afspraken gemaakt, die zij in een door beiden ondertekende brief hadden vastgelegd. De brief vermeldde dat het relatiebeding onverminderd van kracht zal blijven. De voorzieningenrechter constateerde dat het beding zelf niet in de brief was opgenomen en dat ook niet een document was bijgevoegd waarin het relatiebeding is opgenomen en waarnaar wordt verwezen; evenmin was rechtstreeks verwezen naar een (ander) document waarin het relatiebeding is opgenomen. Nu de werknemer in de brief niet uitdrukkelijk had verklaard dat hij met het relatiebeding instemt en daarvoor tekent, was volgens de voorzieningenrechter niet aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan, “zelfs als vaststaat dat het relatiebeding aan de werknemer is verstrekt, dat de werknemer ervan kennis genomen heeft en er mondeling mee akkoord gegaan is”<sup>18</sup>.

- 2.6. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) is de regeling van het concurrentiebeding gewijzigd per 1 januari 2015<sup>19</sup>. Het nieuwe eerste lid van art. 7:653 BW bepaalt dat een concurrentiebeding slechts geldig is indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan *voor onbepaalde tijd* en het beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer. Het nieuwe tweede lid houdt in, dat in een arbeidsovereenkomst *voor bepaalde tijd* een concurrentiebeding kan worden opgenomen mits uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Uit de parlementaire geschiedenis van de WWZ blijkt dat hieraan ten grondslag ligt de gedachte dat een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ‘dubbel nadeel’ ondervindt: het staat op voorhand vast dat het tijdelijke contract in duur beperkt is, terwijl een concurrentiebeding vaak belemmerend zal werken bij de overstap naar een andere baan<sup>20</sup>.

- 2.7. Van belang is verder dat de minister in de parlementaire geschiedenis heeft opgemerkt dat “[uit] het voorgestelde art. 7:653, lid 2, BW volgt dat het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst moet zijn opgenomen.”<sup>21</sup> De minister heeft tevens opgemerkt dat de wet geen verandering brengt in de regels voor het aangaan van een concurrentiebeding in contracten *voor onbepaalde tijd*<sup>22</sup>. Uit het

nieuwe eerste en tweede lid van art. 7:653 en de zojuist bedoelde passages uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat met de inwerkingtreding van de WWZ verschillende schriftelijkheidsvereisten gelden, naar gelang het concurrentiebeding betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* dan wel voor *onbepaalde* tijd. Wat betreft een contract voor bepaalde tijd, dient het concurrentiebeding in de overeenkomst zelf te zijn opgenomen en kan niet meer worden volstaan met verwijzing naar een ander document. Gaat het om een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd, dan geldt nog steeds de maatstaf van het arrest [P/O]. Daaraan doet m.i. niet af dat de minister op de vraag of het concurrentiebeding in een collectieve regeling kan worden opgenomen, heeft geantwoord dat dit niet mogelijk is "(a)angezien een concurrentiebeding tussen een individuele werkgever en de individuele werknemer moet worden overeengekomen".<sup>23</sup> De minister lijkt hier alleen te spreken over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: de passage is onderdeel van de beantwoording van vragen van de Adviescommissie Arbeidsrecht van de NOvA over contracten voor bepaalde tijd.<sup>24</sup> De rechtvaardiging voor een strikter schriftelijkheidsvereiste bij een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd is dan gelegen in het in de parlementaire geschiedenis benadrukte dubbele nadeel voor de werknemer. Overigens blijft een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst die gesloten is vóór de wijziging van art. 7:653 per 1 januari 2015 onder het vóór die datum geldende recht vallen.<sup>25</sup>

- 2.8. Tot slot: in het arrest Van der Pasch/Hydraudyne heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat indien een werknemer *binnen een concern* van werkgever wisselt, het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk moet worden overeen gekomen, tenzij sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 e.v. BW.<sup>26</sup> De vraag of opnieuw aan het schriftelijkheidsvereiste moet worden voldaan speelt ook in het geval dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (zonder tegenspraak) wordt voortgezet.<sup>27</sup>

### 3 Bespreking van het principaal cassatiemiddel

- 3.1. Naast een inleiding omvat het middel twee onderdelen. Beide hebben betrekking op het uiteindelijke oordeel van het hof dat in dit geval is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:653 lid 1 (oud) BW. In de inleiding wordt benadrukt dat uit de getuigenverklaringen<sup>28</sup> de volgende omstandigheden zijn gebleken:
- a. het personeelsreglement 2002 is, eind 2001, in de postvakjes van de medewerkers van [eiseres 1] gelegd bij hun afwezigheid, dan wel aan hen persoonlijk overhandigd;
  - b. de personeelsfunctionaris [getuige 3] heeft, vóór invoering van het personeelsreglement 2002, een gesprek gehad met [verweerder] over de inhoud van het personeelsreglement en de nieuw te ondertekenen arbeidsovereenkomst, op de inhoud waarvan [verweerder] toen kritiek had;
  - c. [verweerder] beschikte in ieder geval in januari 2002 over (de tekst van) het personeelsreglement 2002.
- 3.2. In onderdeel 1 klaagt [eiseres 1] dat het uiteindelijke oordeel van het hof (in rov. 2.6 van het tweede tussenarrest en in rov. 2.6 - 2.8 van het eindarrest) dat niet is voldaan aan de uit art. 7:653 lid 1 BW voortvloeiende eis dat het personeelsreglement 2002 *in samenhang met de arbeidsovereenkomst* d.d. 28 januari 2003 aan [verweerder] ter beschikking is gesteld, en dat [verweerder] ook niet uitdrukkelijk heeft verklaard met het relatiebeding in te stemmen, onjuist of ontoereikend gemotiveerd is in het licht van de onder a - c hiervoor genoemde omstandigheden. De klacht is nader uitgewerkt onder 1.1 - 1.4.
- 3.3. De rechtsklacht *onder 1.1* heeft betrekking op het in alinea 2.4 hiervoor onder (i) genoemde vereiste. [eiseres 1] betoogt dat uit het arrest [P/O] volgt dat het erom gaat of de werknemer tot uitdrukking heeft gebracht dat hij van het concurrentiebeding heeft kennisgenomen, dat hij de consequenties van dit voor hem bezwarende beding heeft overwogen en met dat beding heeft ingestemd. Volgens de



klacht is daartoe al voldoende dat [verweerder] (blijkens art. 8 van de arbeidsovereenkomst) kennis had genomen van de arbeidsvoorwaarden in het personeelsreglement 2002, waaronder het relatiebeding in art. 6.1, dat deze voorwaarden een ondeelbaar geheel met de arbeidsovereenkomst vormen en dat [verweerder] uitdrukkelijk heeft verklaard daarmee akkoord te gaan.

- 3.4. Dit betoog van [eiseres 1] treft geen doel. Het arrest [P/O] brengt mee dat aan het schriftelijkheidsvereiste niet is voldaan wanneer de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met de inhoud van een niet als bijlage bijgevoegd document waarin een concurrentiebeding voorkomt, tenzij de werknemer daarbij uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt. Daaruit volgt dat in dit geval niet aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan op grond van enkel de inhoud van art. 8 van de door [verweerder] ondertekende arbeidsovereenkomst. Voor zover de klacht mede steunt op de hiervoor onder a - c genoemde omstandigheden, leidt zij niet tot een andere uitkomst. Het hof heeft de eis mogen stellen dat de tekst van de arbeidsvoorwaarden met het beding "in samenhang met" de arbeidsovereenkomst aan de werknemer ter beschikking wordt gesteld. Het arrest [P/O] spreekt immers van de "bijgevoegde arbeidsvoorwaarden". Wanneer de tekst van de arbeidsvoorwaarden geruime tijd voor het tekenen van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer is verstrekt (in dit geval: ongeveer een jaar eerder), bestaat onvoldoende zekerheid dat de werknemer ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst op basis van de enkele verwijzing in die arbeidsovereenkomst naar de arbeidsvoorwaarden zich ervan bewust is dat hij een concurrentiebeding aangaat. Het oordeel laat zich heel goed plaatsen in de door de Hoge Raad bedoelde waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste.
- 3.5. De rechtsklacht *onder 1.2* heeft betrekking op het in alinea 2.4 hiervoor onder (ii) genoemde vereiste. [eiseres 1] klaagt dat het hof (in rov. 2.6 van het tweede tussenarrest en rov. 2.8 van het eindarrest) ten onrechte ervan is uitgegaan dat slechts dan sprake is van een 'uitdrukkelijke verklaring' dat de werknemer met het concurrentiebeding instemt, wanneer de werknemer met zoveel woorden verklaart met het beding in te stemmen. Volgens het onderdeel is niet vereist dat in de verklaring expliciet naar het concurrentiebeding wordt verwezen. Hieraan wordt toegevoegd *onder 1.3* dat het hof bij de uitleg van de akkoordverklaring had moeten letten op alle relevante omstandigheden waaruit kan worden opgemaakt dat de werknemer (vóór de ondertekening van de arbeidsovereenkomst) kennis heeft genomen van de arbeidsvoorwaarden met het beding, ook al waren die niet bijgevoegd, en de consequenties daarvan goed heeft overwogen. Volgens het onderdeel is het hof uitgegaan van een onjuiste maatstaf, door niet de onder a - c genoemde omstandigheden te betrekken in het antwoord op de vraag.
- 3.6. Ook deze rechtsklacht faalt. Gelet op de waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste, is met de eis dat de werknemer "uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt" beoogd dat de werknemer zich ervan bewust is dat hij een beding met een ver gaande strekking aangaat. Daarom is niet voldoende dat de werknemer "uitdrukkelijk" kan verklaren met een concurrentie- of relatiebeding in te stemmen, als dit beding niet in de verklaring wordt genoemd. De klacht miskent dat het schriftelijkheidsvereiste, zoals ingevuld in het arrest [P/O], dwingendrechtelijk van karakter is<sup>29</sup>. Dat laat geen ruimte om bij de beantwoording van de vraag of aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan, enkel de Haviltex-norm toe te passen<sup>30</sup>.
- 3.7. *Onder 1.4* vervolgt het middelonderdeel dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de hiervoor onder a - c genoemde omstandigheden niet de conclusie wettigen dat [verweerder] bij de ondertekening van de arbeidsovereenkomst van 28 januari 2003 beschikte over de tekst van het personeelsreglement 2002, dat hij van de inhoud daarvan had kennis genomen en dat hij de consequenties van het relatiebeding in art. 6.1 van het reglement goed heeft kunnen overwegen.
- 3.8. Zoals ik hiervoor heb toegelicht, heeft het hof de eis mogen stellen dat het personeelsreglement 2002 *in samenhang met de arbeidsovereenkomst* aan [verweerder] verstrekt had moeten worden, zodat niet voldoende is de stelling dat de tekst van dat reglement een jaar eerder aan [verweerder] ter beschikking is gesteld. Een rechtsoordeel kan niet met succes worden bestreden door middel van een

motiveringsklacht. Daarop strandt het betoog over het tekortschieten van de door het hof gegeven motivering.

3.9. De slotsom van het voorgaande is dat onderdeel 1 niet tot cassatie leidt.

3.10. Onderdeel 2 klaagt over het feit dat het hof in zijn tweede tussenarrest is teruggekomen van de bindende eindbeslissing in het eerste tussenarrest dat het relatiebeting rechtsgeldig tussen partijen is overeengekomen.

3.11. *Onder 2.1* wordt geklaagd dat de eindbeslissing in het eerste tussenarrest (dat het relatiebeting geldig is overeengekomen, zie rov. 4.11) niet op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag heeft berust, omdat het antwoord op de vraag of het relatiebeting rechtsgeldig is overeengekomen niet ervan afhankelijk is of de tekst van het personeelsreglement *in samenhang met de arbeidsovereenkomst* aan [verweerder] ter beschikking was gesteld.

*Onder 2.2* wordt subsidiair geklaagd dat het terugkomen op deze eindbeslissing onbegrijpelijk is in het licht van de hiervoor onder a - c genoemde omstandigheden. De omstandigheden onder a en b laten volgens [eiseres 1] geen andere conclusie toe dan dat [verweerder] in januari 2002 al van het personeelsreglement had kennisgenomen, dat hij daarop kritiek heeft geuit in een gesprek met een personeelsfunctionaris, maar vervolgens wel de arbeidsovereenkomst heeft getekend op 28 januari 2003.

*Onder 2.3* klaagt het onderdeel over onbegrijpelijkheid van het oordeel van het hof dat het relatiebeting niet rechtsgeldig is overeengekomen, niettegenstaande de (drie) door [eiseres 1] vermelde bijzondere omstandigheden (rov. 2.8 van het eindarrest).

3.12. Deze drie klachten bouwen slechts voort op het eerste middelonderdeel. Om dezelfde reden als bij dat middelonderdeel kunnen zij niet tot cassatie leiden.

3.13. *Onder 2.4* klaagt [eiseres 1] over onbegrijpelijkheid van het oordeel (in rov. 2.7 van het eindarrest) dat de getuigenverklaring van de personeelsfunctionaris [getuige 3] niet betrekking had op de arbeidsovereenkomst van 28 januari 2003, maar op de tweede arbeidsovereenkomst van [verweerder] , afgesloten in het kader van een kantoor-brede aanpassing van de model-arbeidsovereenkomsten. Volgens de klacht wijkt het hof hiermee af van het (in appel niet bestreden) oordeel van de kantonrechter.

3.14. Deze motiveringsklacht faalt. Het hof heeft in rov. 4.4 van zijn eerste tussenarrest – in cassatie onbestreden – overwogen dat [verweerder] met zijn grieven, die het geschil in volle omvang ter beoordeling aan het hof voorleggen, opkwam tegen het oordeel van de kantonrechter dat hij een boete heeft verbeurd wegens schending van het concurrentiebeting. Bij deze uitleg van de grieven stond het hof vrij, het getuigenbewijs zelfstandig te beoordelen. Voor het hof overige heeft het hof in rov. 2.7 van het eindarrest alleszins begrijpelijk gemotiveerd waarop zijn oordeel berust dat de getuigenverklaring van de personeelsfunctionaris [getuige 3] betrekking had op de tweede arbeidsovereenkomst; niet op de arbeidsovereenkomst d.d. 28 januari 2013.

3.15. *Onder 2.5* klaagt [eiseres 1] dat het hof in rov. 2.6 en 2.7 van het tweede tussenarrest ten onrechte heeft geoordeeld dat het aan haar was om nader bewijs te leveren dat het personeelsreglement 2002 bij de derde arbeidsovereenkomst was gevoegd. Verder wordt geklaagd over onjuistheid of onbegrijpelijkheid van het oordeel in rov. 2.8 van het eindarrest dat het relatiebeting niet rechtsgeldig is overeengekomen, niettegenstaande de (drie) door [eiseres 1] vermelde omstandigheden.

3.16. Deze klachten falen omdat ze – zoals het onderdeel zelf vermeldt – voortborduren op die van het eerste middelonderdeel. Het tweede middelonderdeel kan eventueel met toepassing van art. 81 lid 1 RO worden afgedaan.

#### 4 Bespreking van het voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel

- 4.1. Het incidenteel cassatiemiddel is voorgedragen op voorwaarde dat het principaal cassatiemiddel doel treft. Nu in mijn ogen niet aan deze voorwaarde is voldaan, volsta ik met een korte bespreking. Onderdeel 1 bestrijdt de beide tussenarresten en het eindarrest met de klacht dat de (ruime) uitleg die de Hoge Raad in het arrest [P/O] aan het schriftelijkheidsvereiste heeft gegeven onjuist althans inmiddels achterhaald is. In onderdeel 2 klaagt [verweerder] dat, ook als de maatstaf van het arrest [P/O] nog geldt, het hof deze maatstaf heeft miskend. Meer subsidiair klaagt [verweerder] in onderdeel 3 dat het hof in zijn eerste tussenarrest te zware eisen stelt aan het door hem te leveren (tegen)bewijs.
- 4.2. De klacht *onder 1.1 en 1.2* houdt in dat het hof heeft miskend<sup>31</sup> dat het enkele voor akkoord tekenen van een document waarin wordt verwezen naar een - al dan niet bijgevoegde - bijlage met daarin opgenomen een concurrentie- of relatiebeding, niet voldoende is om de gevolgtrekking te maken dat de werknemer het in die bijlage opgenomen concurrentie- of relatiebeding schriftelijk heeft aanvaard. Op zijn minst zal bij een akkoord als hier aan de orde (te weten: met een bijlage die niet is bijgevoegd) de eis worden gesteld dat het akkoord óók naar de aanvaarding van het in de bijlage opgenomen concurrentie- of relatiebeding verwijst.
- 4.3. Blijkens de inleiding op het middel wordt met deze klacht beoogd de Hoge Raad ertoe te bewegen terug te komen op de ruime invulling die in het arrest [P/O] aan het schriftelijkheidsvereiste is gegeven<sup>32</sup>. In de schriftelijke toelichting namens [verweerder] worden daartoe, samengevat, de volgende argumenten naar voren gebracht:
- op grond van het arrest [P/O] is het effectief mogelijk - in strijd met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever - een concurrentiebeding bij reglement aan te gaan;
  - als voldoende is dat naar een bijlage wordt verwezen en dat door de werknemer in algemene zin is verklaard dat hij kennis heeft genomen van die bijlage en met de inhoud akkoord is, dan leidt dit tot nodeloze bewijsrechtelijke issues, aangezien in arbeidsovereenkomsten dikwijls wordt verwezen naar bijlagen die in werkelijkheid niet zijn bijgevoegd;
  - uit de parlementaire geschiedenis van de WWZ blijkt dat het (nog altijd) de bedoeling van de wetgever is dat een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst zelf wordt opgenomen;
  - waar volgens de wetgever een concurrentiebeding in een arbeidscontract voor bepaalde tijd moet zijn opgenomen in de overeenkomst, valt niet in te zien dat een concurrentiebeding in een vast contract niet aan dezelfde eis zou moeten voldoen;
  - met de eis dat de werknemer uitdrukkelijk voor het concurrentiebeding moet tekenen wordt recht gedaan aan de waarborgfunctie van het schriftelijkheidsvereiste<sup>33</sup>.
- 4.4. De door de klacht bepleite invulling van het schriftelijkheidsvereiste zou in de praktijk tot rechtsonzekerheid kunnen leiden wanneer het schriftelijkheidsvereiste (in ieder geval voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd) acht jaar na het arrest [P/O] plotsklaps weer strenger zou worden. Het argument dat het arrest [P/O] het weer mogelijk heeft gemaakt een concurrentiebeding aan te gaan bij reglement, ziet eraan voorbij dat dit arrest aan de schriftelijke akkoordverklaring eisen stelt die niet onder art. 7A:1637x (oud) BW golden. Over de betekenis van de parlementaire geschiedenis van de WWZ voor het schriftelijkheidsvereiste is hiervoor onder 2.6 en 2.7 al het een en ander opgemerkt. Ik merk in dat kader nog op dat ook wanneer de door het middel voorgestane rechtsopvatting zou worden gevolgd, vanaf de inwerkingtreding van de WWZ sprake is van twee schriftelijkheidsvereisten. Sinds die datum geldt voor arbeidsovereenkomsten *voor bepaalde tijd* dat het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst moet worden opgenomen, terwijl volgens het middel kan worden volstaan met een uitdrukkelijke verwijzing naar een concurrentiebeding dat in een ander document is opgenomen<sup>34</sup>. De klacht onder 1.1 en 1.2 faalt.
- 4.5.

Het incidenteel middel klaagt *onder 1.3* dat onbegrijpelijk is hoe het hof tot zijn oordeel is gekomen dat [verweerder] schriftelijk akkoord ging met het relatiebeding, op basis van niet meer dan zijn akkoord in art. 8 van de arbeidsovereenkomst d.d. 28 januari 2003 met het (niet bij die arbeidsovereenkomst gevoegde) 29 pagina's tellende personeelsreglement 2002, in combinatie met het feit dat [verweerder] ruim een jaar eerder de beschikking heeft gehad over de tekst van dat personeelsreglement.

- 4.6. Deze klacht is gericht tegen rov. 4.9 - 4.11 van het eerste tussenarrest, waarvan het hof later is teruggekomen. Indien de Hoge Raad aan de klacht toekomt, treft deze klacht doel: de maatstaf van het arrest [P/O] brengt mee dat aan het schriftelijkheidsvereiste niet is voldaan indien de akkoordverklaring van de werknemer betrekking heeft op een relatiebeding in een document dat niet bij de arbeidsovereenkomst is gevoegd, ook al is de tekst een jaar eerder aan de werknemer verstrekt.
- 4.7. Onderdeel 2 klaagt *onder 2.1* dat het hof (in rov. 4.7 en 4.9 - 4.11 van het eerste tussenarrest) de maatstaf van het arrest [P/O] heeft miskend, doordat het hof niet van belang heeft geacht dat het personeelsreglement 2002 niet bij de arbeidsovereenkomst d.d. 28 januari 2003 van [verweerder] was gevoegd, noch in samenhang met deze arbeidsovereenkomst aan [verweerder] ter beschikking was gesteld.
- 4.8. Het hof is in het tweede tussenarrest hiervan teruggekomen. Evenals de klacht in het incidenteel middel onder 1.3, is deze klacht gegrond indien de Hoge Raad hieraan zou toekomen.
- 4.9. [verweerder] klaagt *onder 2.2* over onjuistheid of onbegrijpelijkheid van het oordeel in het eerste tussenarrest, dat het door [verweerder] gepresenteerde (tegen-)bewijs niet heeft kunnen ontzenuwen dat het personeelsreglement 2002 bij de arbeidsovereenkomst van 28 januari 2003 was gevoegd, althans in samenhang met de arbeidsovereenkomst van 28 januari 2003 aan [verweerder] ter beschikking was gesteld. Volgens de klacht kunnen de door het hof in rov. 4.10 van het eerste tussenarrest geciteerde getuigenverklaringen niet de gevolgtrekking dragen dat het personeelsreglement bij de arbeidsovereenkomst d.d. 28 januari 2003 was gevoegd of in samenhang daarmee aan [verweerder] ter beschikking was gesteld.
- 4.10. In rov. 4.9 van het eerste tussenarrest heeft het hof overwogen dat [eiseres 1] , behoudens tegenbewijs, heeft aangetoond dat [verweerder] bekend en akkoord was met het relatiebeding in art. 6.1 van het personeelsreglement 2002. In het tweede tussenarrest is het hof daarvan teruggekomen. De klacht onder 2.2 deelt het lot van de eerder genoemde klachten.
- 4.11. Onderdeel 3 behelst de klacht dat het hof in het eerste tussenarrest te zware eisen heeft gesteld aan het door [verweerder] te leveren tegenbewijs. De rechtsklacht *onder 3.1* houdt in dat het hof in rov. 4.10 een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd. De klacht *onder 3.2* voegt hieraan toe dat het op grond van art. 7:653 lid 1 BW aan de werkgever is, te stellen en te bewijzen dat aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan. Met de beschermingsgedachte is volgens de klacht onverenigbaar dat een werkgever aan zijn stelplicht en bewijslast zou kunnen voldoen door in de arbeidsovereenkomst op te nemen dat een personeelsreglement is bijgevoegd en aan de werknemer ter beschikking is gesteld, behoudens door de werknemer te leveren tegenbewijs.
- 4.12. Daargelaten of als algemene regel kan worden aanvaard dat bij de toepassing van het schriftelijkheidsvereiste minder hoge eisen dienen te worden gesteld aan het door de werknemer te leveren (tegen)bewijs, zoals [verweerder] bepleit, kan in dit geval niet worden gezegd dat het hof in rov. 4.10 van het eerste tussenarrest te hoge eisen stelt aan het door [verweerder] te leveren tegenbewijs met betrekking tot de ontvangst van de tekst. Als de Hoge Raad aan deze klacht toekomt, faalt zij.
- 4.13. *Onder 3.3* klaagt [verweerder] dat het oordeel in het eerste tussenarrest dat [eiseres 1] heeft bewezen dat [verweerder] bekend en akkoord was met de toepasselijkheid van het relatiebeding in

art. 6.1 van het personeelsreglement, onjuist is, althans onbegrijpelijk is in het licht van de door [verweerder] ingeroepen getuigenverklaringen, waaruit blijkt:

- dat meerdere personen binnen de onderneming van [eiseres] verklaren dat zij nimmer een personeelsreglement hebben ontvangen bij het tekenen van een arbeidsovereenkomst;
- dat [verweerder] verklaart het personeelsreglement 2002 nimmer te hebben ontvangen;
- dat [verweerder] erop wijst dat geen van de getuigen verklaart dat zij het personeelsreglement (bij of in verband met het tekenen van de arbeidsovereenkomst d.d. 28 januari 2003) aan [verweerder] hebben overhandigd.

4.14. Het hof heeft in rov. 4.9 van het eerste tussenarrest beslist dat [verweerder] in staat wordt gesteld om tegenbewijs te leveren tegen het door [eiseres 1] reeds geleverde bewijs dat [verweerder] bekend en akkoord was met de toepasselijkheid van het relatiebeding. Dit bewijsthema was niet toegespitst op de vraag of [verweerder] het personeelsreglement heeft ontvangen *bij of in verband met de arbeidsovereenkomst d.d. 28 januari 2003*<sup>35</sup>. In dat licht is op zichzelf beschouwd onjuist noch onbegrijpelijk dat het hof in rov. 4.10 tot het oordeel is gekomen dat [verweerder] niet is geslaagd in het leveren van het bedoelde tegenbewijs.<sup>36</sup> Deze klacht faalt.

## 5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden  
plv

---

<sup>1</sup> Zie rov. 3 van het tussenarrest van het hof van 15 oktober 2013 in samenhang met het vonnis in eerste aanleg van 28 december 2009 onder 2.1 - 2.15, in deze conclusie sterk verkort weergegeven.

<sup>2</sup> De vordering in eerste aanleg is ingesteld door de maatschap [eiseres 1]. In hoger beroep heeft de werknemer naast deze maatschap ook [eiseres 2] gedagvaard. In zoverre heeft het hof de werknemer in zijn hoger beroep niet ontvankelijk geacht (zie rov. 4.2 van het tussenarrest van 15 oktober 2013).

<sup>3</sup> ECLI:NL:GHARL:2013:7692.

<sup>4</sup> Zie rubriek 1.1.5 hiervoor.

<sup>5</sup> Onder verwijzing naar HR 28 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521.

<sup>6</sup> Zie Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/221, A.R. Houweling en C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (2011), blz. 13-14.

<sup>7</sup> MvT, Kamerstukken II, 1993-1994, 23 438, nr. 3, blz. 35.

<sup>8</sup> Zie A.R. Houweling en C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (2011), blz. 45-46, F.B.J. Grapperhaus, Concurrentiebeding en artikel 7.10 BW; het schriftelijkheidsvereiste, ArbeidsRecht 1997/39. Vgl. A.R. Houweling, Schriftelijke bedingen in het arbeidsrecht en de noodzakelijke devaluatie van het schriftelijkheidsvereiste, in: J.H. Even e.a. (red.), Arbeidsrechtelijke bedingen, blz. 25 - 39, i.h.b. blz. 30-33.

<sup>9</sup> HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065, NJ 1978/325 m.nt. P.A. Stein.

<sup>10</sup> HR 9 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC0770, NJ 1979/467 m.nt. P.A. Stein; HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4633, NJ 1984/88; HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0013, NJ 1988/234.

<sup>11</sup> ECLI:NL:HR:2008:BC0384, NJ 2008/503 m.nt. E. Verhulp, JAR 2008/113 m.nt. M.S.A. Vegter, JIN 2008/288 m.nt. A.R. Houweling, SR 2008, 55 m.nt. J.N. Stamhuis.

- <sup>12</sup> Zie A.R. Houweling (red.), Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata (2015), blz. 306-309.
- <sup>13</sup> Zie A.R. Houweling, Herijking van het schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding; afscheid van de waarborgfunctie, TRA 2008, 4. Zie ook de noot van Houweling bij [P/O] in JIN 2008/288, en A.R. Houweling (red.), Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata (2015), blz. 309.
- <sup>14</sup> F.W.G. Ambagtsheer, ArbeidsRecht 2008, 38.
- <sup>15</sup> J.N. Stamhuis, noot bij [P/O] , SR 2008, 55.
- <sup>16</sup> Zie C.C. Zillinger Molenaar, Kroniek concurrentiebeding en onrechtmatige werknemersconcurrentie 2015, ArbeidsRecht 2016/34 (onder 2). Zie ook A.R. Houweling en C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (2011), blz. 71-72.
- <sup>17</sup> Rb Overijssel 8 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1690.
- <sup>18</sup> Rb Rotterdam 9 juli 2015, ECLI:NL:HR:RBROT:2015:4898.
- <sup>19</sup> Wet van 14 juni 2014, Stb. 216, art. I onder I. Zie voor de datum van inwerkingtreding: Besluit van 10 juli 2014, Stb. 274, art. 1.
- <sup>20</sup> Parl. Gesch. Wet werk en zekerheid, Deel 1, blz. 315-316 en 327.
- <sup>21</sup> Parl. Gesch. Wet werk en zekerheid, Deel 1, blz. 324. Overigens merkt de minister tevens op: "De motivering waar uit moet blijken dat dit beding noodzakelijk is, kan in het beding zelf, onder het beding, of in een apart document dat tezamen met het beding wordt opgesteld en getekend worden opgenomen. Het opstellen van de motivering dient gelijktijdig met het aangaan van het beding plaats te vinden en aan de werknemer kenbaar te worden gemaakt." Zie daarover A.R. Houweling (red.), Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata (2015), blz. 313: "(...) het schriftelijkheidsvereiste met betrekking tot de motivering van het concurrentiebeding, is ruimer dan het schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding zelf. Het blijft evenwel enger dan het schriftelijkheidsvereiste uit [P/O] , nu de minister als meest ruime variant toestaat dat de motivering in een apart document staat, dat gelijktijdig met het concurrentiebeding wordt opgesteld en getekend. De variant dat een algemeen bedrijfsreglement als bijgevoegde bijlagen wordt geïncorporeerd zal niet volstaan. De bijlagen zullen zelf getekend moeten worden."
- <sup>22</sup> Parl. Gesch. Wet werk en zekerheid, Deel 1, blz. 317. Zie ook de memorie van antwoord: "Zoals in de memorie van toelichting beschreven (...) wordt de aanpassing van de regeling van het concurrentiebeding beperkt tot werknemers met een tijdelijk contract vanwege het dubbel nadeel dat zij ondervinden", Parl. Gesch. Wet werk en zekerheid, Deel 1, blz. 327.
- <sup>23</sup> Parl. Gesch. Wet werk en zekerheid, Deel 1, blz. 325.
- <sup>24</sup> De vragen zijn gesteld in het wetgevingsadvies van de Adviescommissie Arbeidsrecht van de NOvA van 17 januari 2014, blz. 5/6, onder het opschrift "Concurrentiebeding in contract voor bepaalde tijd (artikel 7:653 (nieuw)". Tot dezelfde conclusie komen A.R. Houweling (red.), Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata (2015), blz. 309 - 311. A.G.J.J. Jansen sluit niet uit "dat de in [P/O] door de Hoge Raad ingezette ruimere opvatting van het schriftelijkheidsvereiste door de nieuwe regelgeving wordt achterhaald", zie: Daar gaan we weer? Het concurrentiebeding revisited, TAP 2014, blz. 222-223 (genoemd in voetnoot 7 van de s.t. namens [verweerder] ). Zie ook C.C. Zillinger-Molenaar, Kroniek concurrentiebeding en onrechtmatige werknemersconcurrentie, ArbeidsRecht 2015/30.
- <sup>25</sup> Art. XXIIc WWZ, zoals nadien gewijzigd: "Op arbeidsovereenkomsten die tot stand zijn gekomen voor de inwerkingtreding van artikel I, onderdeel I, onder 1 en 2, blijft artikel 653, leden 1 en 2, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat luidde op de dag voor dat tijdstip van toepassing en is artikel 653, lid 3, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zoals dat komt te luiden na dat tijdstip niet van toepassing."
- <sup>26</sup> HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0013, NJ 1988/234. Zie ook het arrest van dezelfde datum, ECLI:NL:HR:1987:AD0014, NJ 1988/235 m.nt. P.A. Stein.
- <sup>27</sup> Zie daarover nader: A.R. Houweling (red.), Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata (2015), blz. 314-316; A.R. Houweling en C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (2011), blz. 61-69; R.C. Sies, Het schriftelijkheidsvereiste en het (non)concurrentiebeding bij (stilzwijgende) verlenging: wie schrijft die blijft, TAP 2011 blz. 227 - 234; C.C. Zillinger-Molenaar, Kroniek concurrentiebeding en onrechtmatige werknemersconcurrentie 2014, ArbeidsRecht 2015/30.

<sup>28</sup> Zoals weergegeven in het vonnis van 28 december 2009 onder 2.10 – 2.12.

<sup>29</sup> Vgl. A.R. Houweling en L.J.M. Langedijk, Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture, ArA 2011/1, blz. 20.

<sup>30</sup> Vgl. de noot van M.S.A. Vegter bij [P/O] , JAR 2008/113: "Het Haviltex-criterium wordt echter in zekere zin opzij gezet door het schriftelijkheidsvereiste."

<sup>31</sup> In rov. 4.7 en 4.9 - 4.11 van het eerste tussenarrest, rov. 2.6 van het tweede tussenarrest en rov. 2.6 - 2.8 van het eindarrest.

<sup>32</sup> Zie de conclusie van antwoord in cassatie, tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, blz. 2 (laatste alinea) en de s.t. namens [verweerder] , onder 9.

<sup>33</sup> Zie de s.t. namens [verweerder] , nrs. 11 - 15.

<sup>34</sup> Op de keper beschouwd is zelfs sprake van drie schriftelijkheidsvereisten: bij een tijdelijk contract is het schriftelijkheidsvereiste voor de motivering van een concurrentiebeding weer ruimer dan het voor het concurrentiebeding zelf geldende vereiste.

<sup>35</sup> Vgl. de s.t. namens [verweerder] , nrs. 19 t/m 21.

<sup>36</sup> Vgl. het oordeel van het hof in rov. 2.6 van het tweede tussenarrest dat uit de verklaringen van [getuige 1] , [getuige 2] en [getuige 3] blijkt dat [verweerder] in januari 2002 beschikte over het personeelsreglement en dat daarom bewezen is dat het personeelsreglement 'op enig moment' aan [verweerder] ter hand althans ter beschikking is gesteld.

---