

136. Houd rekening met het mededingingsrecht bij personeelsbeleid

MR. S. VAN DER HEUL EN MR. F.J.J. CORNELISSEN

Met de flexibilisering van de arbeidsmarkt worden steeds meer werknemers na het einde van hun dienstverband concurrent van hun oud-werkgever: hetzij als zzp'er, hetzij bij een concurrerende werkgever. Dat maakt de vraag urgenter hoe mededingingsrechtelijk om te gaan met arbeidsrechtelijke non-concurrentie- en relatiebedingen. Die bepalingen lijken de concurrentie immers te beperken. Daarnaast rijst de vraag of via een (oud-)werknemer verboden afstemming kan ontstaan tussen de oud-werkgever en een opvolgende werkgever of opdrachtgever. Afstemming kan het gevolg zijn van verboden informatie-uitwisseling, bijvoorbeeld als gevolg van de arbeidsrechtelijke verplichting om een oud-werknemer met een relatiebeding van een klantenlijst te voorzien. En hoe gaat ACM om met informatie-uitwisseling via de (oud-)werknemer?

Is er dan sprake van een verboden overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen? Daarvoor dient de (oud-)werknemer te kwalificeren als onderneming. En is in dat geval geen sprake van een geoorloofde nevenrestrictie? Daarnaast rijst de vraag of een non-concurrentiebeding kan leiden tot verboden afstemming tussen de oud-werkgever en een opvolgende werkgever of opdrachtgever. Afstemming kan het gevolg zijn van verboden informatie-uitwisseling, doordat de oud-werkgever arbeidsrechtelijk verplicht is een klantenlijst over te leggen om de reikwijdte van een relatiebeding te bepalen. Of rechtvaardigt de juridische context deze informatie-uitwisseling?

1. Inleiding

In onze bijdrage zullen wij in de eerste plaats uiteenzetten onder welke omstandigheden een (oud-)werknemer of zzp'er kwalificeert als onderneming waarop de Mededingingswet ("Mw") van toepassing is (paragraaf 2). Voor het geval dat de (oud-)werknemer inderdaad onderneming is geworden, gaat paragraaf 3 vervolgens in op de (inhoudelijke) toelaatbaarheid van non-concurrentiebedingen. Naar aanleiding van een tussenarrest van het Hof Den Bosch, de misbruikzaak tegen de NS bij de aanbesteding van de Limburgse spoorconcessie en een boetebesluit over het tractiebatterijenkartel bespreken wij in paragraaf 4 het risico van uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie met een (opvolgend) werkgever(s) en de wijze waarop de Autoriteit Consument & Markt ("ACM") daarmee omgaat.¹

¹ In dit artikel gaan wij uitsluitend in op de mededingingsrechtelijke houdbaarheid van een non-concurrentiebeding. Eventuele arbeidsrechtelijke aantastbaarheid blijft buiten beschouwing.

2. De (oud-)werknemer als onderneming

Een non-concurrentiebeding beoogt een werkgever te beschermen tegen concurrentie en lijkt als zodanig de mededinging te beperken in de zin van artikel 101 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") en artikel 6 lid 1 Mw.² Het kartelverbod heeft uitsluitend betrekking op afspraken of afstemming tussen verschillende ondernemingen. Van een kartel tussen de partijen die het beding aangaan, werkgever en werknemer, kan hooguit sprake zijn als beide gelden als onderneming. Een werkgever die een non-concurrentiebeding hanteert, zal steeds een onderneming zijn.

De arbeidskracht als onderneming

Een klassieke werknemer wordt in zijn relatie tot derden niet beschouwd als onderneming. Hij verschilt in dat opzicht niet van de agent die op basis van zijn agentuur-overeenkomst geen (financiële of commerciële) risico's draagt bij de handel voor zijn principaal. Ook die agent is geen onderneming ten overstaan van derden.³ Een agent is wel onderneming in zijn relatie tot de principaal. In zoverre bestaat wel een verschil met de arbeidsovereenkomst. Het Hof van Justitie overwoog in zijn arrest *Becu* dat werknemers ook in hun relatie tot werkgever(s) individueel noch collectief een *onderneming* vormen.⁴ Arbeidskrachten die

² Gemakshalve noemen wij in het vervolg van dit artikel uitsluitend artikel 6 lid 1 Mw, waarbij moet worden bedacht dat het Verdragsregime daarmee inhoudelijk overeenstemt.

³ HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 54-56, 111, 113, 114/73, ECLI:EU:C:1975:174 (*Suiker Unie/Commissie*), r.o. 537-542. *Richt-snoeren inzake verticale beperkingen*, PbEU 2010, C 130, rnr. 16-17.

⁴ HvJ EG 16 september 1999, zaak C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (*Becu*), r.o. 25-17.

hun arbeid *als werknemer* aanbieden, zijn dus geen onderneming.⁵ Voor zover arbeidskrachten die zich, na de dienstbetrekking, als zelfstandige ondernemers op de markt begeven zijn zij daarentegen wél “onderneming”.⁶

De grens tussen werknemer en onderneming is overigens diffuus. Omdat het begrip “onderneming” in de zin van artikel 6 lid 1 Mw functioneel moet worden uitgelegd, is het voor de toepassing van het kartelverbod niet doorslaggevend of de voormalige werknemer in persoon, als eenmanszaak, de markt betreedt dan wel door tussenkomst van een rechtspersoon waarover hij de volledige zeggenschap heeft. Het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip is dus niet de pendant van de arbeidsrechtelijke werknemer. Een directeur-grotaandeelhouder kan weliswaar werknemer zijn van de vennootschap, maar is tevens een onderneming. Als aandeelhouder die zich direct of indirect bezighoudt met het bestuur neemt hij immers deel aan de economische activiteit.⁷ Treedt de ex-werknemer echter toe tot een (personen)vennootschap waarin ook anderen participeren, dan zal hij in de regel zélf niet als onderneming gelden. De ex-werknemer oefent dan namelijk geen zelfstandige economische activiteit uit.⁸ De zzp’er, die arbeidsrechtelijk *niet* als werknemer geldt, hoeft mededingingsrechtelijk nog niet als onderneming te gelden. Het arrest *FNV KIEM* van het Hof van Justitie bevestigt dat het kartelverbod niet van toepassing is op schijnzelfstandigen.⁹ Bij aanwezigheid van typische kenmerken van een arbeidsrelatie – een gezagsrelatie met de werkgever of voorgeschreven werktijden – moet een zzp’er dus *mededingingsrechtelijk* toch worden gekwalificeerd als werknemer-schijnzelfstandige en niet als onderneming. Wanneer hierna wordt gesproken over werknemer omvat dat begrip dus ook de schijnzelfstandige. Met werkgever wordt ook bedoeld op een opdrachtgever aan een schijnzelfstandige.

Timing van de mededingingstoets

De vraag of een non-concurrentiebeding een mededingingsinbreuk betreft, doet zich voor op het moment dat een werkgever onderneming wordt. Dat is in de regel pas het geval nadat de werknemer uit dienst is getreden, bijvoorbeeld zodra hij zzp’er (niet-schijnzelfstandige) wordt.¹⁰ Het is ook denkbaar dat de werknemer, die ook mededingingsrechtelijk als zodanig geldt, gedurende en *naast* zijn dienstverband (parttime) onderneemt. Met betrekking tot die activiteit kan dan uiteraard sprake zijn van een “onderneming”. Indien een werknemer lopende de arbeidsover-

eenkomst al onderneming wordt, dan moet het toepasselijke non-concurrentiebeding reeds op dat moment worden getoetst aan artikel 6 lid 1 Mw.

Kortom, een werknemer die een zelfstandige onderneming begint, hetzij als eenmanszaak, hetzij als directeur-grotaandeelhouder, geldt als onderneming in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. Die situatie ontstaat in de regel pas na afloop van de arbeidsovereenkomst maar kan zich ook voordoen tijdens het dienstverband. Het non-concurrentiebeding, dat alsdan geldt tussen twee ondernemingen, moet dan nader worden getoetst aan het kartelverbod.

3. Mededingingsbeperkende afspraak of toelaatbare nevenrestrictie?

Ontoelaatbaar op grond van artikel 6 lid 1 Mw is een non-concurrentiebeding tussen twee ondernemingen met merkbaar concurrentiebeperkend doel of gevolg. Een non-concurrentiebeding lijkt op het eerste gezicht tot *doel* te hebben de mededinging te beperken: *nomen est omen*. Zij brengt altijd een vorm van marktverdeling mee tussen de arbeidskracht die onderneming is – de (voormalig) werknemer – en zijn werkgever. Die vaststelling zou tot de (premature) conclusie leiden dat de merkbaarheid van de mededingingsbeperking tevens is gegeven, zodat het beding behoudens rechtvaardiging (artikel 6 lid 3 Mw) of een bagatel (artikel 7 Mw) strijd oplevert met het kartelverbod.¹¹ De vraag of een mededingingsbeperkend doel aanwezig is, kan echter niet op basis van uitsluitend (de bewoordingen van) het non-concurrentiebeding worden beantwoord. Het beding moet worden beoordeeld in het licht van zijn juridische en economische context.¹²

Bij die beoordeling ligt een vergelijking voor de hand met andere veelvoorkomende typen non-concurrentiebedingen, die voorkomen bij concentraties, franchise-, licentie- of distributieovereenkomsten. In alle gevallen kan sprake zijn van een toelaatbare nevenrestrictie, een beweerdelijke mededingingsbeperking die noodzakelijk is voor een niet-beperkende hoofdtransactie en daaraan evenredig is.¹³ Een nevenrestrictie is niet mededingingsbeperkend indien zij noodzakelijk is met het oog op een legitiem doel: de totstandbrenging van de hoofdtransactie. Met betrekking tot concentraties geeft de Commissie in haar *Mededeling nevenrestricties* aanwijzingen voor

5 Zie de Conclusie van A-G Jacobs van 28 januari 1999, zaak C-67/96, ECLI:EU:C:1999:28 (*Albany*), rnr. 209-217.

6 Hof 's-Hertogenbosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1968, r.o. 4.15.

7 HvJ EG 10 januari 2006, zaak C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8 (*Cassa di Risparmio*), r.o. 112-113.

8 S.F. Sagel & Y. de Vries, 'Het arbeidsrechtelijk concurrentiebeding uit mededingingsrechtelijk perspectief', *SR* 2002/10, p. 284.

9 HvJ EU 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM*).

10 Vgl. Hof 's-Gravenhage 2 september 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3913, r.o. 4.4.

11 Van een bagatel, waarop artikel 6 lid 1 Mw in ieder geval niet van toepassing is, is ingevolge artikel 7 lid 2 Mw sprake indien de werkgever en zijn (voormalige) werknemer tezamen minder dan 10% aandeel op de relevante markt(en) bezitten én indien het non-concurrentiebeding de handel tussen lidstaten niet op ongunstige wijze kan beïnvloeden. Een bagatel vanwege de absolute omvang van de ondernemingen, op grond van artikel 7 lid 1 Mw, kan zich bij (zeer) kleine ondernemingen voordoen, waarbij de jaaromzet van werkgever en (voormalig) werknemer tezamen minder bedraagt dan € 5,5 miljoen (bij hoofdzakelijk levering van goederen) respectievelijk minder dan € 1,1 miljoen (in andere gevallen, zoals dienstverlening).

12 HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 53.

13 *Richt snoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag*, PbEU 2004, C 101, nr. 29.

toelaatbare non-concurrentiebedingen.¹⁴ De Commissie vindt ze gerechtvaardigd indien zij noodzakelijk zijn om opgebouwde *goodwill* of ontwikkelde *knowhow* te beschermen. Vergelijkbaar zijn ook non-concurrentiebedingen in franchiseovereenkomsten. Dergelijke bepalingen verbieden de franchisenemer om tijdens en na afloop van de overeenkomst te concurreren met de franchiseformule. Als nevenrestricties zijn die non-concurrentiebepalingen toelaatbaar mits zij zich beperken tot een “passende periode” na afloop van de overeenkomst en – ook hier – ertoe strekken te voorkomen dat aan de franchisenemer overgedragen *knowhow* een concurrent van de franchisegever ten goede komt.¹⁵

Ook een werkgever heeft soms *goodwill* en *knowhow* te beschermen, bij gebreke van welke bescherming andere legitieme doelen in het gedrang komen

Ook een werkgever heeft soms *goodwill* (onder meer klantencontacten) en *knowhow* te beschermen, bij gebreke van welke bescherming andere legitieme doelen in het gedrang komen. Tegen die achtergrond is goed voorstelbaar dat een non-concurrentiebeding noodzakelijk is om überhaupt een arbeidsovereenkomst tot stand te laten komen of om investeringen mogelijk te maken in de opleiding en het netwerk van de werknemer.

Met analoge toepassing van het regime dat van toepassing is op concentraties en franchiseovereenkomsten, moet dus een proportionaliteitstoets worden aangelegd. Een arbeidsrechtelijk non-concurrentiebeding mag niet verder gaan, met betrekking tot duur, onderwerp en geografische toepassingsgebied, dan de legitieme doelstellingen redelijkerwijs vergen.¹⁶ De *Mededeling nevenrestricties* acht een beding met een duur van maximaal twee jaar gerechtvaardigd indien het de bescherming van goodwill voor ogen heeft. Als ook *knowhow* moet worden beschermd, is een periode van drie jaar toelaatbaar. Met betrekking tot de geografische reikwijdte van het non-concurrentiebeding geldt tot slot dat deze niet ruimer mag zijn dan de markt waarop de werkgever als onderdeel van de onderneming van de werkgever actief was. Ook het onderwerp van het beding zal veelal moeten worden begrensd: het non-concurrentiebeding mag niet zien op producten of diensten waarmee de

werkgever zich niet bezig houdt. Uit de evenredigheid volgt bovendien dat een werkgever niet zal mogen staan op een vergaand non-concurrentiebeding als zijn belangen evenzeer zijn gediend bij een minder bezwaarlijk relatiebeding.

Een (oud-)werknemer kan ook als *hub* voor uitwisseling van informatie tussen de oude werkgever en de opvolgend werkgever fungeren

Kortom, non-concurrentiebedingen in arbeidsrelaties leveren in ieder geval geen mededingingsbeperkende afspraak op tussen enerzijds de (voormalig) werknemer die onderneming werd en anderzijds de werkgever, mits de bedingen niet verder gaan dan redelijkerwijs noodzakelijk om gelegitimeerde doelen – afname en investering in personeel – te behalen. Als een non-concurrentiebeding verder gaat dan noodzakelijk zal alsnog moeten worden onderzocht of er sprake is van een merkbare concurrentiebeperking.

4. Uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie

Een (oud-)werknemer kan ook als *hub* voor uitwisseling van (al dan niet concurrentiegevoelige) informatie tussen ondernemingen fungeren, namelijk de oude werkgever en de opvolgend werkgever. Naar ons oordeel zal die informatie-uitwisseling slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot een overtreding van het kartelverbod (kunnen) leiden, namelijk als (i) de eenmalige informatie-uitwisseling onderdeel wordt van een systeem van uitwisseling van klanteninformatie, of (ii) de marktsituatie zodanig (oligopolistisch) is dat zelfs de eenmalige verstrekking van historische klantenlijsten tot een heimelijke verstandhouding en concurrentiebeperkende gevolgen kan leiden.

Het mededingingsrechtelijke risico van informatie-uitwisseling via de (oud-)werknemer wordt geïllustreerd door een pas recent gepubliceerd tussenarrest van 14 februari 2017 van het hof 's-Hertogenbosch.¹⁷

In deze zaak vorderde een werknemer vernietiging van een non-concurrentiebeding en - in een voorlopige voorzieningsincident op grond van artikel 223 Rv - een lijst van namen, woon- en vestigingsplaatsen van diegenen waarop het non-concurrentiebeding betrekking heeft (hierna: “klantenlijsten”). De werknemer was inmiddels namelijk in dienst getreden van een nieuwe, met zijn voormalig werkgever concurrerende werkgever en wilde voorkomen dat hij gedurende de looptijd van de bodemprocedure in strijd zou handelen met het door hem betwiste non-concurrentiebeding. Het Hof wijst de vordering tot verstrekking van de klantenlijsten toe omdat de oud-werknemer daarbij een rechtmatig belang had. Door de kantonrechter was hij in

14 *Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties*, PbEU 2005, C 56, nr. 13.

15 HvJ EG 28 januari 1986, zaak 161/84, ECLI:EU:C:1985:261 (*Pronuptia de Paris*), r.o. 16. Zie uitgebreider: H.E. Urlus, *Actualia contractspraktijk*. Update mededingingsrechtelijke aspecten van postcontractuele concurrentieverboden in franchiseovereenkomsten, *Contracteren* 2016/4.6.

16 *Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties*, PbEU 2005, C 56, nr. 13.

17 Hof 's-Hertogenbosch van 14 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:525, zie voor het eindarrest: Hof 's-Hertogenbosch van 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3505.

eerste instantie namelijk reeds geboden om zich te houden aan het non-concurrentiebeding. Bij gebreke van inzage van de klantenlijsten was onvoldoende voorzienbaar of de oud-werknemer boetes zou verbeuren.

(Risiko van) afstemming

Volgens vaste jurisprudentie kan de uitwisseling van informatie leiden tot (verboden) onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen (korthedshalve zal een onderling afgestemde feitelijke gedraging hierna worden aangeduid met afstemming).¹⁸

Een oud-werknemer kan conform het arrest van het Hof Den Bosch succesvol vorderen dat zijn oud-werkgever hem klantenlijsten verstrekt teneinde het toepassingsbereik van het non-concurrentiebeding te beoordelen. Als de werknemer is aangetreden bij een nieuwe werkgever op het moment dat de klantenlijsten door zijn oud-werkgever worden verstrekt, heeft dat echter ook consequenties voor de opvolgend werkgever. Immers, vanaf het moment dat de oud-werknemer in dienst aantreedt, maakt hij onderdeel uit van de economische eenheid van de onderneming van de opvolgend werkgever.

Het gedrag van de werknemer wordt alsdan toegerekend aan de opvolgend werkgever, ook als deze daarvan niet noodzakelijkerwijs op de hoogte was.¹⁹ De uitwisseling van een klantenlijst heeft in die situatie tot gevolg dat rechtstreeks informatie wordt verstrekt door de onderneming van de oud-werkgever, althans indien en voor zover de oud-werknemer op het moment van informatieverstrekking al was aangesteld bij de opvolgend werkgever.

Bij eenzijdige verstrekking van (concurrentiegevoelige) informatie door een onderneming aan een andere onderneming, wordt afstemming tussen deze ondernemingen vermoed als beide op dezelfde markt actief blijven.²⁰ Ook als informatie over (toekomstig) marktgedrag eenmalig wordt verstrekt, kan dat leiden tot afstemming.²¹

Weerlegging van het bewijsvermoeden is moeilijk omdat daarvoor in principe is vereist dat de opvolgend werkgever zich distantieert van de ontvangen informatie. Daarmee zou hij echter zijn werknemer in de problemen (kunnen) brengen omdat hij is gebonden door het non-concurrentiebeding. Deze praktische belemmering om het bewijsvermoeden te weerleggen brengt mee dat afstemming tussen oud-werkgever en opvolgend werkgever waarschijnlijk is als een klantenlijst wordt verstrekt op het moment dat de werknemer al bij zijn nieuwe werkgever in dienst is getreden. Die situatie deed zich voor naar aanleiding van het arrest van het Hof Den Bosch.

Het risico van afstemming tussen oud-werkgever en opvolgend werkgever kan naar ons oordeel preventief worden weggenomen. Op het moment dat de klantenlijst aan de

(oud-)werknemer wordt verstrekt voordat hij in dienst komt bij zijn nieuwe werkgever, vindt namelijk geen uitwisseling van informatie plaats tussen de onderneming van de oud-werkgever en de op opvolgend werkgever. In dat geval maakt de werknemer immers (nog) geen onderdeel uit van de economische eenheid van de opvolgend werkgever. Van afstemming tussen de oud-werkgever en de opvolgend werkgever kan dan ook geen sprake zijn.

Concurrentiebeperkend doel?

Ook als door de verstrekking van klantenlijsten afstemming plaatsvindt, is daarmee niet gegeven dat het kartelverbod wordt overtreden. Een overtreding van het kartelverbod vereist immers tevens een merkbare concurrentiebeperking op de relevante markt.²² Een merkbare concurrentiebeperking is aanwezig als de partijen bij de uitwisseling concurrentiebeperking als doel hadden.²³

Als een klantenlijst eenzijdig wordt verstrekt om te voldoen aan de verplichting van de oud-werkgever bij een non-concurrentiebeding, brengt de specifieke juridische en economische context naar ons oordeel mee dat een concurrentiebeperkend doel ontbreekt.²⁴ De subjectieve bedoeling van partijen van de betrokken ondernemingen was niet de beperking van concurrentie maar de naleving van het non-concurrentiebeding (en de uitwisseling kan in zoverre worden aangemerkt als onderdeel van de reeds benoemde nevenrestrictie mits deze niet verdergaat dan noodzakelijk). Een concurrentiebeperkend doel ontbreekt volgens ons al helemaal als de onderneming door een vonnis wordt geboden om de klantenlijsten ter beschikking te stellen, zoals in de zaak die de aanleiding was voor het hiervoor besproken arrest van het hof 's-Hertogenbosch.

Een concurrentiebeperkend doel kan uiteraard wel ontstaan als de verstrekking van klantenlijsten door de oud-werkgever ertoe leidt dat ook de opvolgend werkgever zijn klantenlijsten met hem gaat delen. In dat geval kan een systeem van informatie-uitwisseling ontstaan met het doel elkaars klanten niet te benaderen. Een dergelijk (impliciet) niet-aanvalspect heeft een concurrentiebeperkend doel en levert in de regel strijd op met het kartelverbod.²⁵ De oud-werkgever mag dus niet als voorwaarde aan de verstrekking van een klantenlijst verbinden dat de opvolgend werkgever ook inzage geeft in zijn klantenlijsten.

Concurrentiebeperkend gevolg?

De eenzijdige verstrekking van een klantenlijst die niet als nevenrestrictie kan worden aangemerkt, levert bij gebreke van een mededingingsbeperkend doel alleen een inbreuk op het kartelverbod op als concrete concurrentiebeperkende gevolgen kunnen worden aangetoond door de partij die veronderstelt dat het kartelverbod erdoor wordt

18 Zie bijvoorbeeld HvJ EU van 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356 (*Anic*).

19 CBB van 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118 (*Boomkwekerijen*).

20 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 8 juli 1999, in zaak C-199/92P, ECLI:EU:C:1999:358 (*P Hüls*).

21 HvJ EU van 4 juni 2009 in zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-mobile*).

22 HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11 ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*).

23 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-mobile*).

24 HvJ EU 6 oktober 2009, zaken C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P en C519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610 (*Glaxo*).

25 CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:184 (*Meel*).

geschonden. De eenzijdige verstrekking van klantenlijsten zal concurrentie beperkende gevolgen kunnen hebben als daardoor een heimelijke verstandhouding over klantverdeling ontstaat tussen de verstrekker van de informatie en de ontvanger.²⁶

Wat ons betreft is de kans dat eenzijdige verstrekking van klantenlijsten leidt tot heimelijke verstandhouding uitsluitend aanwezig als de betrokken ondernemingen een bepaalde mate van marktmacht hebben. Indien er nog diverse andere ondernemingen op de relevante markt actief zijn die bovendien over een substantieel marktaandeel beschikken, zullen de partijen bij de eenzijdige informatie-uitwisseling worden gedisciplineerd door de overige marktdeelnemers. In dat geval leidt transparantie er volgens het Hof van Justitie in de regel toe dat “de concurrentie tussen de aanbieders verscherpt [...]”²⁷

De ACM houdt wel degelijk rekening met de informatie die ondernemingen via (oud-)werknemers met elkaar kunnen uitwisselen

Zelfs als de marktomstandigheden uitnodigen tot een heimelijke verstandhouding, kunnen de kenmerken van de uitgewisselde informatie daaraan in de weg staan. In het algemeen wordt namelijk aangenomen dat uitsluitend het frequent verstrekken van strategische, geïndividualiseerde en actuele informatie tot mededingingsbeperkende gevolgen zal leiden.²⁸

Als een klantenlijst wordt verstrekt aan een werknemer die al voor de uitwisseling in dienst is getreden bij een opvolgend werkgever, wordt geïndividualiseerde strategische informatie gedeeld tussen de ondernemingen van de oud-werkgever en de opvolgend werkgever. Het feit dat individualiseerbare strategische informatie door middel van een klantenlijst wordt verstrekt, kan het risico op een heimelijke verstandhouding (en dus een kartelinbreuk) vergroten. Daar staat tegenover dat iedere vorm van wederkerigheid ontbreekt (tenzij sprake is van het hiervoor genoemde systeem van informatie-uitwisseling). De oud-werkgever die een klantenlijst verstrekt omdat hij daartoe via een non-concurrentiebeding wordt gehouden, verkrijgt zelf geen inzicht in de klantenlijsten van de opvolgend werkgever. Daarmee ontbreekt – in ieder geval bij de oud-werkgever – de mogelijkheid om tot heimelijke verstandhouding te komen over het al dan niet benaderen van elkaars klanten. In zulke gevallen zijn concurrentie beperkende gevolgen (zeer) onwaarschijnlijk.

26 *Richtlijn inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten*, PbEU 2011, C 11, nr. 66 e.v.

27 HvJ EU van 28 mei 1995 in zaak C-7/95, ECLI:EU:C:1998:256 (*John Deere*).

28 *Richtlijn inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten*, PbEU 2011, C 11, nr. 89 – 91.

Handhavingspraktijk Autoriteit Consument & Markt
Het voorgaande laat onverlet dat de Autoriteit Consument en Markt in twee boetebesluiten in 2017 wel degelijk rekening heeft gehouden met de informatie die ondernemingen via (oud-)werknemers met elkaar kunnen uitwisselen. Daarbij ging het niet zozeer om informatie die naar aanleiding van een non-concurrentiebeding werd uitgewisseld en wel om informatie-uitwisseling door (voor)kennis van een nieuwe werknemer uit een eerdere functie.

Ondernemingen doen er verstandig aan om rekening te houden met de (mededingingsrechtelijke) arbeidshistorie van hun nieuwe werknemers

Het betrof boetebesluiten ten laste van de N.V. Nederlandse Spoorwegen en diverse groepsmaatschappijen (gezamenlijk “NS”) voor misbruik van een economische machtspositie en Midac Nederland B.V. (“Midac”) voor deelname aan het tractiebatterijkartel. De praktijk van de ACM leert dat ondernemingen er verstandig aan doen om rekening te houden met de (mededingingsrechtelijke) arbeidshistorie van hun nieuwe werknemers.

Limburgse spoorconcessie

De ACM heeft de NS op grond van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU beboet voor het misbruiken van hun economische machtspositie op het Hoofdrailnet in een aanbesteding voor de Limburgse spoorconcessie.²⁹ Naast het hanteren van rooftprijzen constateerde de ACM dat de NS zich schuldig hebben gemaakt aan een complex van gedragingen die gezamenlijk ook een vorm van misbruik opleverden.

Het complex van gedragingen bestond onder meer uit het aantrekken van een concessiedirecteur van een concurrerende (potentiële) inschrijver Veolia. Hoewel de concessiedirecteur was gebonden door een non-concurrentiebeding ten gunste van Veolia, hebben de NS een constructie opgetuigd waarmee werd beoogd dat non-concurrentiebeding te omzeilen. De concessiedirecteur werd voor de duur van zijn non-concurrentiebeding via een derde partij (een adviesbureau) door de NS ingehuurd.

Vervolgens heeft de concessiedirecteur al voordat hij werkzaamheden voor de NS zou gaan verrichten en gedurende de looptijd van zijn non-concurrentiebeding bedrijfsvertrouwelijke, concurrentiegevoelige informatie over Veolia (zoals de efficiëntie en het ziekteverzuim) aan de NS ter beschikking gesteld. Volgens de ACM heeft deze informatie de NS in staat gesteld om hun inschrijving op de Limburgse spoorconcessie af te stemmen op die van Veolia (en (dus) een scherper bod in te dienen).

Het enkele inhuren van een werknemer levert ook volgens de ACM in beginsel geen misbruik van een economische machtspositie op. Het staat werknemers en ondernemin-

29 Besluit ACM 22 mei 2017, zaak 16.0691.31.

gen, ook als zij een economische machtspositie hebben, in beginsel vrij met elkaar een arbeidsovereenkomst af te sluiten. Het bezwaar van de ACM lijkt gelegen in de “oneigenlijke” handelwijze van de NS. Zij hebben hun positie ten opzichte van de concurrentie op een oneigenlijke manier versterkt door bewuste omzeiling van het non-concurrentiebeding, het uitvragen van bedrijfsvertrouwelijke informatie en het misbruik ervan bij het opstellen van hun bod op de Limburgse spoorconcessie.

Onder verwijzing naar het *T-Mobile*-arrest stelt de ACM zich op het standpunt dat de enkele kennis van de gedeelde vertrouwelijke informatie voldoende is voor een betere positionering tijdens de bieding.³⁰ Dit standpunt van ACM voelt contra-intuïtief. Het feit dat NS kennis verwerven om een goede inschrijving te doen, kan immers ook als concurrentiebevorderend worden aangemerkt.

De ACM pioniert met het standpunt dat het “oneigenlijk” inhuren van een werknemer bijdraagt aan misbruik. Wij kunnen ons vinden in het verweer van de NS dat zij mogelijk oneigenlijk heeft gehandeld bij het aantrekken en inschakelen van de concessiedirecteur, maar dat die gedraging niet bijdraagt aan een overtreding van artikel 24 Mw of artikel 102 VWEU. Oneigenlijk handelen bij het inhuren van personeel levert misschien strijdigheid op met een (andere) rechtsregel, maar naar ons oordeel geen misbruik van een economische machtspositie. De gedraging heeft in ieder geval geen enkel verband met de economische machtspositie.

Tractiebatterijenkartel

Ook in een van haar boetebesluiten met betrekking tot het tractiebatterijenkartel heeft de ACM rekening gehouden met de informatie die een werknemer meeneemt naar zijn nieuwe werkgever.³¹ De bij het kartel betrokken ondernemingen spraken gedurende een periode van 2004 tot en met 2013 onder meer af om de prijsveranderingen van lood door te berekenen in de verkoopprijs van tractiebatterijen en ontvingen in dat kader via de branchevereniging zogenaamde loodtoeslaglijsten. Twee van de beboete ondernemingen (naast Midac tevens Era S.R.L.) betwistten hun deelname aan het kartel.

Hoewel Midac erkende dat zij de loodtoeslaglijsten als lid van de branchevereniging had ontvangen, stelt zij dat er geen bewijs was voor haar betrokkenheid bij de afspraken. Zij heeft de loodtoeslaglijsten ontvangen maar niet gebruikt en heeft niet geparticipeerd aan de bijeenkomsten van de brancheverenigingen waar de loodtoeslagen werden besproken.

De ACM verwerpt het verweer van Midac en wijst als onderdeel van het bewijs op de voormalige dienstbetrek-

kingen van de directeur van Midac. Voordat hij bij Midac in dienst was getreden, was hij namelijk als directeur van twee andere (beboete) importeurs direct betrokken bij de afspraken. Volgens de ACM heeft hij de verboden handelwijze voortgezet nadat hij bij Midac was aangetreden.

Hij heeft welgeteld eenmaal contact opgenomen met een andere (beboete) onderneming om de consequenties van een prijsstijging van een loodsupplement te bespreken. Deze prijsstijging was in de loodtoeslaglijsten die Midac twee dagen later ontving verwerkt. De ACM past het *T-Mobile*-arrest dus zeer streng toe. Het eenmalige contact met een concurrent over voorgenomen prijzen en een daaropvolgende aangepaste prijslijst is volgens de ACM kennelijk voldoende bewijs om een overtreding met een duur van ruim negen maanden vast te stellen. Zou de ACM daartoe ook zijn overgegaan als de (arbeids)historie van de directeur van Midac anders was geweest?

5. Conclusie

Kortom, non-concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten kunnen leiden tot twee typen kartels. Ten eerste is van belang dat beide partijen – werkgever en werknemer – op enig moment concurrenten kunnen worden. Dat is bijvoorbeeld het geval als de werknemer zelfstandig ondernemer (zzp'er) wordt. De inhoud van het tussen werkgever en werknemer gesloten beding moet dan worden getoetst. Als toelaatbare nevenrestrictie gelden non-concurrentiebedingen die op het gebied van geografie, de duur en het onderwerp, niet verder gaan dan redelijkerwijs noodzakelijk. Een tweede mededingingsrisico is de uitwisseling van informatie tussen de oud-werkgever en de opvolgend werkgever die verder gaat dan noodzakelijk, onder meer wanneer – zoals het hof 's-Hertogenbosch onlangs beval – de oud-werkgever aan zijn voormalig werknemer een klantenlijst moet overleggen. Zelfs bij gebreke van een concurrentiebeding dat aanleiding vormt voor uitwisseling van informatie, moeten ondernemingen rekening houden met het feit dat hun nieuwe werknemer (concurrentiebeperkende) informatie uit zijn eerdere functies kan meenemen, zoals de besluiten van ACM over de NS en Midac hebben laten zien.

Over de auteurs

mr. S. (Sjaak) van der Heul
Advocaat bij Dirkzwager

mr.drs. F.J.J. (Frank) Cornelissen
Advocaat bij Dirkzwager

³⁰ Besluit ACM 22 mei 2017, zaak 16.0691.31, rnr. 632.

³¹ Besluit ACM 30 juni 2017, zaak 7615.