

Vergaderjaar 2001–2002

**28 167**

## **Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **ALGEMEEN**

##### **1. Inleiding**

Een concurrentiebeding is een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn op een wijze die hij zelf verkiest. Het concurrentiebeding kan de werknemer treffen in een zwaarwegend belang, namelijk in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet (H.R. 31 maart 1978, NJ 1978, 325). In artikel 653 Boek 7 BW worden ter zake van de rechtsgeldigheid van het concurrentiebeding twee voorwaarden gesteld: het beding moet schriftelijk zijn overeengekomen en de werknemer moet bij het aangaan van het beding meerderjarig zijn. Voor het overige stelt de regeling van het concurrentiebeding geen nadere voorwaarden aan de totstandkoming of de inhoud van dit beding. Wel kan de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen indien de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever. Bij een gedeeltelijke vernietiging kan de rechter het concurrentiebeding beperken voor wat betreft de verboden werkzaamheden, de geografische reikwijdte en de geldingsduur. Ook kan de rechter op verzoek van de werknemer de werkgever verplichten voor de duur van het beding een vergoeding te betalen, indien de werknemer in belangrijke mate belemmerd wordt om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn. Deze vergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld. Is de werknemer wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadelijkt, dan is er geen vergoeding verschuldigd. De werkgever kan aan het concurrentiebeding geen rechten ontleen indien hij wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadelijkt is.

In het voorliggende wetsvoorstel worden nieuwe voorwaarden gesteld aan de geldigheid van een concurrentiebeding teneinde de rechtszekerheid te bevorderen, een beter evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van werkgever en werknemer en onnodig beroep op het concurrentiebeding tegen te gaan. Alvorens nader op de inhoud van het wetsvoorstel in te gaan wordt het traject geschetst dat tot dit voorstel heeft geleid.

## **2. Voorgeschiedenis**

In de nota Flexibiliteit en Zekerheid (kamerstukken II 1995/96, 24 543, § 4.10) heeft het vorige kabinet haar beleidsvoornemens ten aanzien van de flexibilisering van de arbeidsmarkt uiteengezet. In de nota wordt overwogen dat het concurrentiebeding onder condities legitiem is, maar dat het de mobiliteit en de concurrentie nadelig kan beïnvloeden. In de nota wordt onderzoek in het vooruitzicht gesteld naar het voorkomen van concurrentiebedingen en de eventuele belemmeringen voor flexibiliteit en mobiliteit.

In het kader van het project Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) is een werkgroep ingesteld met als taakopdracht na te gaan welke consequenties het concurrentiebeding heeft op de flexibiliteit en mobiliteit van werknemers.

## **3. Rapport MDW-werkgroep**

De werkgroep heeft de verschillende juridische aspecten van het concurrentiebeding in kaart gebracht. Daarnaast heeft het onderzoeksbureau Research voor Beleid in opdracht van de MDW-werkgroep een onderzoek gedaan naar de ervaringen van werkgevers en werknemers met het concurrentiebeding. In het onderzoeksrapport wordt aangegeven, dat de vrijheid van arbeidskeuze als gevolg van het concurrentiebeding te zeer in het gedrang kan komen. Eén van de oorzaken hiervan is, volgens het rapport, dat de tegenstrijdige belangen van werkgever en werknemer bij het aangaan van het beding niet voldoende tegen elkaar worden afgewogen. Uit het onderzoeksrapport komt naar voren, dat de inhoud van een concurrentiebeding vaak een zeer ruim bereik heeft en dat concurrentiebedingen als een soort standaardclausule in contracten worden opgenomen. Deze praktijk komt, aldus het rapport, de duidelijkheid en de rechtszekerheid niet ten goede en kan een belemmering vormen voor de arbeidsmobiliteit. In dit onderzoek is vastgesteld dat 10% van de werknemers voor wie een beding geldt zich op een of andere manier belemmerd voelt bij het zoeken van een andere baan of het starten van een eigen bedrijf. Ook blijkt dat partijen nu onvoldoende zekerheid hebben over de toelaatbaarheid van een beding. Het is primair aan de werknemer om deze zekerheid te verkrijgen. Dit geldt zowel voor de gehele of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding als voor de vergoeding. Voorts wordt in het rapport opgemerkt dat de huidige praktijk van het concurrentiebeding in strijd lijkt te zijn met een aantal beleidsdoelstellingen, zoals de bevordering van de marktwerving op de product- en arbeidsmarkten en het vergroten van de «employability» van de werknemer. Tenslotte zegt het rapport, dat een concurrentiebeding een belemmering kan zijn om in te gaan op nieuwe carrièremogelijkheden. Op 31 mei 1997 heeft de MDW-werkgroep haar rapport uitgebracht. De werkgroep heeft verschillende opties overwogen om een beter evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van werkgever en werknemer. Een wettelijk verbod van het concurrentiebeding wijst de werkgroep af, aangezien dit onvoldoende recht doet aan de belangen van de werkgever. In bepaalde situaties kan de werkgever een gerechtvaardigd belang hebben bij de bescherming van zijn bedrijfsdebiët. Een concurrentiebeding kan dan een goed middel zijn om te voorkomen dat de werkgever schade lijdt. Een ander mogelijk nadeel van een wettelijk verbod is volgens de werkgroep het vrijwel geheel ontbreken van de preventieve werking die het concurrentiebeding thans heeft. Tenslotte kan volgens het rapport een wettelijk verbod er toe leiden dat andere – belemmerende – constructies gebruikt worden. De werkgroep bepleit aanscherping van de regeling van het concurrentiebeding. Daarbij dient naar het oordeel van de werkgroep gestreefd te worden naar een beter evenwicht tussen de belangen van de werkgever en de werknemer en naar bevordering van de

rechtszekerheid. De werkgroep presenteert tenslotte elf conclusies en aanbevelingen met betrekking tot een nieuwe regeling van het concurrentiebeding, luidende:

1. Concurrentiebedingen kunnen alleen worden overeengekomen in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden concurrentiebedingen wettelijk verboden.
2. De werking van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding wordt opgeschort voor de duur van de proeftijd. Dat wil zeggen dat het beding pas kan worden ingeroepen indien de arbeidsovereenkomst na afloop van de proeftijd wordt gecontinueerd voor onbepaalde tijd.
3. De geldingsduur van concurrentiebedingen wordt wettelijk begrensd. De werkgroep denkt hierbij aan een termijn van bijvoorbeeld maximaal één jaar.
4. Het geografisch en functioneel bereik van concurrentiebedingen moet in het beding worden beschreven, zodat voldoende duidelijk blijkt op welk gebied en op welke activiteiten het individuele beding betrekking heeft.
5. Aan de hoogte en de wijze van berekening van de in concurrentiebedingen overeen te komen boetes worden in de wet nadere eisen gesteld.
6. Concurrentiebedingen kunnen alleen overeengekomen worden indien de werkgever de werknemer voor de duur van het beding een vergoeding aanbiedt.
7. Het concurrentiebeding moet door partijen heroverwogen worden indien de functie van de werknemer gedurende de arbeidsovereenkomst wezenlijk is gewijzigd danwel indien het concurrentiebeding anderszins zwaarder is gaan drukken.
8. De verplichting voor de werknemer tot nakoming van het concurrentiebeding dient te vervallen indien de werkgever failliet gaat.
9. De werkgever kan alleen een beroep op het concurrentiebeding doen indien hij kan aantonen een zwaarwichtig belang bij het concurrentiebeding te hebben. De rechter dient te beoordelen of dit belang zodanig zwaarwichtig is dat het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.
10. Het is wenselijk dat in ontbindingsprocedures tevens het concurrentiebeding ter discussie kan worden gesteld, zodat het concurrentiebeding betrokken kan worden bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding ingevolge artikel 7:685 lid 8 BW.
11. Het is wenselijk dat de toetsing van concurrentiebedingen aan de orde kan komen in een verzoekschriftprocedure ex artikel 429a Rv. waarin dezelfde procedureregels gelden als in de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 lid 8 BW, evenwel met behoud van de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie.

#### **4. Voorlopig kabinetsstandpunt**

Uit het voorlopig standpunt van het kabinet Kok I (brief van 20 augustus 1997, kamerstukken II 1996/97, 24 036, nr. 58) blijkt onder meer dat dit kabinet zich in beginsel kon vinden in de voorstellen van de werkgroep tot aanpassing van de bestaande wettelijke regeling. Aangegeven is dat dit kabinet positief staat tegenover de voorstellen met betrekking tot de opschortende werking van de geldigheid van het concurrentiebeding tot na het einde van de proeftijd en de voorstellen om de maximale duur van een beding te begrenzen, alsmede tegenover de verplichting om het geografisch en functioneel bereik van een beding nauwkeurig te omschrijven. Ook staat dit kabinet positief tegenover het voorstel een

verbod in te voeren voor het opnemen van een beding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Over de voorstellen betreffende een wettelijke normering van een boeteregeling en het in de wet opnemen van een vergoedingsregeling, alsmede met betrekking tot het kunnen aantonen van een zwaarwegend belang door de werkgever bij een beroep op het beding, is opgemerkt dat deze voorstellen nog nadere uitwerking behoeven.

## **5. Adviezen**

### *Stichting van de Arbeid*

De Stichting van de Arbeid heeft op 5 maart 1998 een reactie op het MDW-rapport inzake het concurrentiebeding uitgebracht. In zijn advies maakt de Stichting in eerste instantie een aantal algemene opmerkingen over de voorstellen van het MDW-rapport concurrentiebeding. Daarnaast gaat de Stichting in op de concrete voorstellen van de MDW-werkgroep. De vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers bepleiten primair een wettelijk verbod van concurrentiebedingen. Mocht hiertoe niet worden besloten dan is aanscherping van de regelgeving een eerste stap in die richting. Deze leden wijzen het gebruik van het concurrentiebeding om werknemers te binden af. Werkgevers kunnen naar het oordeel van deze leden een gerechtvaardigd belang hebben bij het tegengaan van ongeoorloofde concurrentie. De actie uit onrechtmatige daad of wanprestatie vormen echter principiële meer geëigende instrumenten om deze ongeoorloofde concurrentie tegen te gaan. Deze leden achten verschillende effecten van het concurrentiebeding bezwaarlijk, zoals de belemmerende werking op de flexibiliteit en arbeidsmobiliteit. De vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werkgevers wijzen erop dat het concurrentiebeding voorziet in een reële behoefte. Een actie uit onrechtmatige daad achten zij onvoldoende om achteraf onrechtmatig gedrag aan te pakken. Deze vertegenwoordigers zijn van mening dat het empirisch onderzoek onvoldoende onderbouwing geeft van de stelling dat de praktijk rond het concurrentiebeding in belangrijke mate belemmerend werkt op de arbeidsmobiliteit. Voorts zijn deze vertegenwoordigers van mening dat gedetailleerde nieuwe regels afbreuk kunnen doen aan de afweging van belangen in het specifieke geval. Tenslotte concluderen deze leden dat de voorstellen van de MDW-werkgroep een te vergaande regulering van een op zichzelf weinig problematisch onderwerp meebrengen.

Over de meeste van de elf afzonderlijke voorstellen van de MDW-werkgroep zijn de meningen van werkgevers- en werknemers-vertegenwoordigers verdeeld. In het vervolg van deze memorie zal hierop worden teruggekomen.

### *Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht*

Aan de adviescommissie is de vraag voorgelegd of het mogelijk moet worden om het concurrentiebeding in de ontbindingsprocedure aan de orde te stellen en, zo ja, of het rechtsmiddelenverbod van artikel 685 lid II Boek 7 BW dan ook voor de beslissing op het concurrentiebeding moet gelden. In het MDW-rapport was voorgesteld om in ontbindingsprocedures ook het concurrentiebeding aan de orde te kunnen stellen en geschillen met betrekking tot een concurrentiebeding te laten verlopen via de verzoekschriftprocedure, zoals ingericht in artikel 685 Boek 7 BW (met behoud van hoger beroep en cassatie).

De adviescommissie beantwoordt de hiervoor genoemde vraag positief. Wel moet naar het oordeel van de adviescommissie de beslissing over het concurrentiebeding bindende kracht hebben. De adviescommissie is van mening dat de beslissing op het concurrentiebeding in de ontbindingsprocedure onder het rechtsmiddelenverbod van artikel 685 lid 11 Boek 7 BW moet vallen.

#### *De Nederlandse Orde van Advocaten*

Bij brief van 30 mei 2000 heeft de Nederlandse Orde van Advocaten commentaar geleverd op het concept-wetsvoorstel. Bij de introductie van een vergoeding aan de werknemer bepleit de Orde duidelijkheid over de vraag of de vergoeding ook moet worden betaald indien de werkgever eerst het concurrentiebeding heeft willen handhaven en pas daarna bereid is gebleken daarvan ontheffing te verlenen. Onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen situaties dat het beding reeds ingetrokken is voorafgaand aan een opzegging, dan wel tijdens de opzegtermijn, dan wel na het einde van het dienstverband. Daarbij zal volgens de Orde ook aandacht moeten worden besteed aan de verhouding van deze vergoeding tot de aanspraak op een WW-uitkering.

Verder wordt de mogelijkheid om het concurrentiebeding aan de orde te stellen in een ontbindingsprocedure toegejuicht. De Orde geeft in overweging om alle procedures tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een concurrentiebeding met een verzoekschrift in te leiden. De Orde ziet geen grond om een appelverbod in te stellen terzake van beslissingen inzake concurrentiebedingen, ook niet in het kader van een ontbindingsprocedure. Het voorstel dat de werkgever in geval van faillissement geen rechten kan ontlenen aan een concurrentiebeding dient nader op haar merites te worden bezien, aldus de Orde. Voor lopende bedingen wordt een overgangsregeling bepleit.

#### *De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak*

Bij brief van 28 juni 2000 heeft de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) commentaar geleverd op het concept-wetsvoorstel. De NVvR is van mening dat alleen een werkgever die zich op het beding beroept voor een vergoeding zorg moet dragen. Tevens vraagt de NVvR zich af, wat er gebeurt bij niet-tijdige betaling/oneigenlijk gebruik en of de vergoeding ook verplicht is indien de werknemer gaat studeren. Ook wordt aanbevolen in de memorie van toelichting in te gaan op mogelijke sociaal-verzekeringsrechtelijke gevolgen bij samenloop van een vergoeding aan de werknemer en de aanspraak op een WW- of andere uitkering. De NVvR stelt verder aan de orde, dat de sanctie dat de vergoedingsplicht van de werkgever komt te vervallen bij schadeplichtigheid van de werknemer vanwege het in acht nemen van een te korte opzegtermijn buitenproportioneel kan zijn. Over het vervallen van het beding bij faillissement (met name in het kader van een doorstart) zijn de meningen binnen de NVvR verdeeld. Voorts acht de Vereniging een samenloop van een verzoekschriftprocedure en een dagvaardingsprocedure niet wenselijk. Het gevaar schuilt, aldus de NVvR, hierin dat bij een ontbindingsprocedure waarin het beding aan de orde komt deze tevens opnieuw in een tweede procedure aan de orde kan komen. De voorkeur wordt uitgesproken voor één procedure, de verzoekschriftprocedure met toepassing van het regime van artikel 685 Boek 7 BW.

In het vervolg van de memorie van toelichting wordt op bovenstaande adviezen teruggekomen.

## **6. Regeringsstandpunt**

De regering is – ook na kennisneming van de ontvangen reacties – van mening dat de door de MDW-werkgroep bepleite aanscherping van de regeling van het concurrentiebeding navolging verdient. Hierbij tekent zij het volgende aan.

Uit het MDW-rapport blijkt dat werkgevers met een concurrentiebeding niet alleen (on)eerlijke concurrentie tegen willen gaan. Het beding wordt ook gebruikt om onmisbare werknemers aan het bedrijf te binden of om investeringen in de werknemer veilig te stellen. Tegenover deze belangen van de werkgever staat het belang van de werknemer om zich vrij te kunnen bewegen op de arbeidsmarkt, naar eigen keuze inkomen te

verwerven en zich verder te ontplooiën. Met een aantal van deze belangen lopen de arbeidsmarktbelangen parallel. Zo is de arbeidsmarkt erbij gebaat wanneer werkgevers bijdragen in de kosten van vorming en opleiding van werknemers. Er moet dan wel enige zekerheid bestaan dat de investeringen in de werknemer enige tijd behouden blijven voor de werkgever. Terughoudendheid met mobiliteit-beperkende maatregelen kan – zoals de MDW-werkgroep signaleert – bijdragen aan een optimale allocatie van de factor arbeid en een transparante arbeidsmarkt. De toepassing van een concurrentiebeding kan een andere werkgever hinderen bij het aantrekken van geschikte werknemers. Voorts kan een concurrentiebeding startende ondernemers de toetreding tot de arbeidsmarkt bemoeilijken. Bij de afweging van de hier in het geding zijnde belangen is het sinds 1983 in de Grondwet verankerde recht op vrijheid van arbeidskeuze een belangrijke factor.

In het licht van dit grondrecht dienen beperkende maatregelen proportioneel en subsidiair te zijn. Dit betekent dat de reikwijdte van het concurrentiebeding in verhouding moet staan tot de eventuele aantasting van het bedrijfsbelang van de werkgever en dat minder verstrekkende maatregelen niet beschikbaar zijn. Nu de positie van werkgever en werknemer niet gelijk is, gelden de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te meer. Immers de werknemer die met zijn nieuwe werkgever een arbeidsovereenkomst sluit, waarin een concurrentiebeding is opgenomen, bevindt zich in een kwetsbare positie. Hij is voor zijn levensonderhoud op arbeid aangewezen en is dus afhankelijk van het tot stand komen van de arbeidsrelatie. Het is dan bepaald niet ondenkbaar dat het belang van de werkgever sterker in het concurrentiebeding wordt uitgewerkt en het recht van de werknemer om na het einde van de arbeidsovereenkomst naar eigen keuze werkzaam te zijn, verder wordt beperkt dan het belang van de werkgever rechtvaardigt.

De thans geldende regeling van het concurrentiebeding stelt slechts twee voorwaarden voor de geldigheid van dit beding: het beding moet schriftelijk zijn overeengekomen en de werknemer moet bij het aangaan daarvan meerderjarig zijn. Voor het overige kunnen werkgever en werknemer zelf de inhoud van het beding bepalen (zoals de duur en de reikwijdte).

Achteraf kan het beding ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd. Dit betekent echter dat er voor werknemer én werkgever lange tijd onzekerheid kan bestaan over de toelaatbaarheid van het beding. Dit kan de mobiliteit van werknemers belemmeren. De vrijheid van arbeidskeuze komt hierdoor in het gedrang.

Op grond van het vorenstaande acht de regering het wenselijk dat de voorwaarden voor de toelaatbaarheid van het concurrentiebeding nader worden uitgewerkt. Aldus wordt voor zowel werkgever als werknemer meer duidelijkheid vooraf geboden over de toelaatbaarheid van de verschillende aspecten van een concurrentiebeding. De rechtszekerheid wordt hiermee vergroot. Een uitgewerkte regeling van het concurrentiebeding creëert voorts een betere balans tussen de verschillende belangen van werkgever en werknemer.

## **7. Inhoud van de voorstellen**

Naast een aantal procesrechtelijke wijzigingen bevat het wetsvoorstel de volgende wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling. Een (verplicht) door de werkgever aan de werknemer te betalen vergoeding voor de beperking in arbeidskeuze die laatstgenoemde door het beding ondervindt; een beperking van de geldingsduur van het beding tot een jaar en het vervallen van het beding als de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wordt beëindigd en bij faillissement.

Voorts dienen het geografisch en functioneel bereik, waarvoor de beperking geldt, in het beding te worden vermeld, evenals de duur van de



beperking en de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding als hiervoor genoemd.

### *7.1 Een verplichte vergoeding*

Concurrentiebedingen kunnen op grond van dit voorstel alleen worden overeengekomen indien de werkgever zich verbonden heeft een billijke vergoeding te betalen aan de werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst als compensatie voor de beperking van zijn vrijheid van arbeidskeuze. Deze verplichting staat los van de vraag of de werknemer door de werking van het beding daadwerkelijk schade lijdt. Van een schadevergoeding is geen sprake.

De verplichting een billijke vergoeding te betalen bevordert, dat alleen in die gevallen een beding wordt afgesloten waarin de werkgever een daadwerkelijk belang heeft.

Een ander aspect van de verplichte vergoeding is, dat het hierdoor voor een werknemer gemakkelijker wordt om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Uit het onderzoek van Research voor Beleid blijkt dat naar schatting 100 000 werknemers zich door het concurrentiebeding belemmerd voelen in hun zoekgedrag. Het beding heeft dus een passief remmende werking op de arbeidsmobiliteit. De vrees om er in financieel opzicht op achteruit te gaan is niet denkbeeldig en oefent een rem uit op de wisseling van baan. Hierin kan verandering optreden doordat de werknemer via dit wetsvoorstel compensatie ontvangt in de vorm van een vergoeding. Daarmee kan de werknemer – die zijn kennis en ervaring gedurende de duur van het beding niet (optimaal) kan benutten – een mogelijke inkomensachteruitgang opvangen. Na het aflopen van het beding kan de werknemer de loopbaan weer in de gewenste functie en sector vervolgen. Met andere woorden, de vergoeding kan er mede toe bijdragen, dat werknemers zich minder belemmerd voelen in hun mobiliteit.

De werkgeversvertegenwoordiging in de Stichting van de Arbeid is van mening, dat een eventuele vergoeding onderdeel moet zijn van een belangenafweging die dient te worden gemaakt bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst c.q. het concurrentiebeding. Aan dit uitgangspunt wordt in zoverre tegemoet gekomen dat partijen zelf de hoogte van de billijke vergoeding vaststellen. Wel bepaalt het wetsvoorstel dat er altijd een vergoeding betaald moet worden ter compensatie van de beperking van de vrijheid van arbeidskeuze.

In de adviezen van de NVvR en de NOvA wordt naar aanleiding van de verplichte vergoedingsregeling gevraagd om duidelijk te maken tot wanneer een werkgever een beding kan intrekken (en daarmee de verplichting een vergoeding te betalen kan ontlopen). Voorts wordt in deze adviezen gevraagd of een verplichte vergoedingsregeling niet kan leiden tot misbruik door de werknemer en hoe met de vergoeding wordt omgegaan in het kader van de sociale verzekeringen.

Met betrekking tot de mogelijkheid van intrekking van het beding geldt, dat de werkgever dat niet eenzijdig kan doen. Immers voor de afstand van een vorderingsrecht is in artikel 6:160 BW bepaald, dat dit gebeurt door een overeenkomst van de schuldeiser (de werkgever) met de schuldenaar (de werknemer). Er kan dan geen sprake zijn van afstand door een eenzijdige rechtshandeling. Bij aanvang van de arbeidsovereenkomst moet de werkgever dus goed overwegen of hij het concurrentiebeding nodig heeft om de bedrijfsbelangen veilig te stellen. Is dat het geval dan is de werkgever na het einde van de dienstbetrekking verplicht de vergoeding te betalen. Immers de werknemer is gebonden aan het concurrentiebeding en heeft niet de mogelijkheid om vrijelijk een andere werkkring te zoeken. Komt de werkgever voor het einde van de arbeidsovereenkomst met de werknemer overeen dat het concurrentiebeding niet langer van kracht is, dan is hij ook geen vergoeding verschuldigd. De werknemer wordt in dat

geval niet langer in zijn mogelijkheden beperkt, waarmee de grond voor de vergoeding vervalst.

Wat betreft de door de NVvR geopperde mogelijkheid tot misbruik van de vergoedingsregeling door de werknemer (als voorbeeld wordt genoemd de situatie dat de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst een scholing gaat volgen) kan het volgende worden opgemerkt. Het is aan de werkgever om bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst c.q. het concurrentiebeding te beoordelen of de bedrijfsbelangen nopen tot het overeenkomen van een beding, waarbij hij uiteraard ook de te betalen vergoeding zal betrekken. Is dat het geval, dan is de werkgever na het einde van de arbeidsovereenkomst een vergoeding verschuldigd. Als de ex-werknemer in de periode dat hij de eigen werkzaamheden niet kan verrichten, tijdelijk andere arbeid aanvaardt of bijvoorbeeld een scholing gaat volgen, ontslaat dit de werkgever niet van de verplichting de vergoeding te betalen. Het beding blijft immers geldig en de werknemer blijft daardoor in principe in zijn vrije arbeidskeuze beperkt. Wat de werknemer vervolgens tijdens de looptijd van het beding aan activiteiten ontplooit, is voor de verplichting tot het betalen van de vergoeding dan ook niet relevant.

Wat betreft de relatie met de sociale verzekeringen is met name de Werkloosheidswet van belang en dan meer in het bijzonder de artikelen 16, derde lid, en 34 van die wet. In artikel 16, derde lid, WW, is geregeld dat met het recht op doorbetaling van loon, als bedoeld in het eerste lid van dat artikel, worden gelijkgesteld (tot een bepaald bedrag) de inkomsten die de werknemer ontvangt in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking als de dienstbetrekking anders dan door opzegging met inachtneming van de rechtens geldende termijn wordt beëindigd. Door de gelijkstelling met het recht op doorbetaling van loon, gaat het recht op WW-uitkering op een later moment in dan zonder gelijkstelling het geval zou zijn. Zonder deze bepaling zou het recht op WW-uitkering van deze werknemer eerder ingaan dan van de werknemer wiens dienstbetrekking met inachtneming van de opzegtermijn is geëindigd. Met deze regeling wordt derhalve voorkomen dat de wijze waarop de dienstbetrekking wordt beëindigd (opzegging enerzijds, wederzijds goedvinden of ontbinding anderzijds) van invloed is op de ingangsdatum van de uitkering, althans voorzover aan de werknemer in verband met die beëindiging een vergoeding wordt toegekend. Bij de totstandkoming van deze bepaling is uitdrukkelijk overwogen of vergoedingen die geen betrekking hebben op de niet in acht genomen opzegtermijn van deze regeling moesten worden uitgezonderd. Hiertoe is destijds niet besloten om de gebruikersruimte te minimaliseren en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid te maximaliseren. Met uitzondering van de door de rechter toegewezen vergoeding van proceskosten worden alle vergoedingen, onder welke noemer dan ook, aangemerkt als inkomsten in de zin van artikel 16, derde lid, van de WW. Vergoeding van immateriële schade, alsmede vergoedingen waaraan een bepaalde bestemming is gegeven (pensioenopbouw, studiekosten, outplacement) vallen derhalve onder het inkomstenbegrip van dit artikel. Voor het recht op een WW-uitkering dient niet uit te maken welke bestemming wordt gegeven aan een vergoeding. Van belang is dat het dienstverband van de werknemer ten gevolge van de wijze van beëindiging eerder eindigt dan bij opzegging. Om die reden wordt ook thans niet voorgesteld om een vergoeding uit hoofde van een concurrentiebeding van de WW-regeling als hier bedoeld uit te zonderen.

In artikel 34 van de WW is geregeld, welke inkomsten op een WW-uitkering in mindering moeten worden gebracht. Dat zijn inkomsten wegens loonderving, inkomsten wegens ouderdomspensioen en inkomsten wegens uitkering op grond van de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers. Een vergoeding voor de werknemer vanwege een concurrentiebeding valt niet onder één van de hiervoor genoemde inkomenssoorten en wordt derhalve niet in mindering gebracht op de uitkering. De



vergoeding vanwege een concurrentiebeding wordt namelijk niet toegekend vanwege loonderving uit de vorige dienstbetrekking (waar artikel 34 van de WW op ziet) maar als vergoeding voor de beperking van zijn vrijheid van arbeidskeuze.

Verder is van belang op te merken, dat aan het recht op uitkering op grond van de WW – onder meer – de verplichting is verbonden om passende arbeid te zoeken c.q. te aanvaarden (artikel 24, eerste lid, onder b, WW) op straffe van een korting op de uitkering (maatregel). Wat op enig moment onder passende arbeid wordt verstaan is mede afhankelijk van de duur van de werkloosheid. Naarmate de werkloosheid langer duurt worden van de werknemer ten opzichte van het vroegere beroep meer concessies verwacht op het gebied van inhoud, niveau, beloning en reisafstand van de nieuwe arbeid. Als echter bij aanvang van de werkloosheid reeds duidelijk is dat het werkloosheidsrisico van betrokkene hoog is (bijvoorbeeld omdat hij niet in het eigen beroep werkzaam kan zijn) wordt uit hoofde van de WW van hem verlangd, dat hij zich van meet af aan ruimer beschikbaar stelt. Dit kan van toepassing zijn bij werknemers die als gevolg van op hen rustende verplichtingen uit hoofde van een concurrentiebeding beperkt worden in hun mogelijkheden tot werkherleving. Zij kunnen immers niet op korte termijn terugkeren in het vroegere beroep. Om in termen van passende arbeid te spreken: de betrokkene moet zich bij aanvang van de werkloosheid beschikbaar stellen voor andere arbeid (al dan niet op tijdelijke basis) dan in het vroegere beroep.

### *7.2 Geldigheidsduur*

Voorgesteld wordt om de geldigheidsduur van het concurrentiebeding wettelijk te limiteren. In navolging van de MDW-werkgroep concurrentiebeding wordt een termijn van maximaal één jaar voorgesteld, die loopt vanaf het einde van de arbeidsovereenkomst. De voorgestelde termijn van ten hoogste één jaar vormt naar onze mening een redelijk gemiddelde, dat enerzijds tegemoet komt aan het gerechtvaardigde belang van de werkgever bij een niet te korte verbodsperiode en anderzijds de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer niet te vergaand beperkt. Het is inderdaad niet uitgesloten, zoals door de werkgeversvertegenwoordigers in de Stichting van de Arbeid wordt opgemerkt, dat onder bijzondere omstandigheden de termijn van een jaar niet voldoende lang kan zijn om recht te doen aan de betrokken belangen. Er moet echter een afweging worden gemaakt tussen belangen van werknemers bij een vrije arbeidskeuze en belangen van werkgevers bij een langere termijn dan één jaar. Hierbij komt dat in de regel na verloop van deze periode de opgedane know how zodanig verouderd zal zijn en de contacten met klanten dusdanig zullen zijn verwaterd, dat het niet in de rede ligt om werknemers voor een langere duur aan een beding te houden. Mede in dat licht bezien zijn wij van mening dat met een langere geldingsduur van het beding de vrijheid van arbeidskeuze van werknemers te zeer in het gedrang komt. Alles afwegende komt de regering tot de conclusie, dat met een maximale termijn van een jaar een goed evenwicht wordt bereikt tussen de belangen van werkgever en werknemer. Limitering van de geldigheidsduur van het concurrentiebeding komt voorts de rechtszekerheid ten goede en zal conflicten/procedures over een (te) lange termijn voorkomen.

### *7.3 Proeftijd*

Voorgesteld wordt om het concurrentiebeding te laten vervallen, indien de arbeidsovereenkomst (ongeacht door wie) in de proeftijd wordt beëindigd. Dit houdt verband met de bijzondere aard van de proeftijd en de mogelijk onevenredig grote gevolgen voor de werknemer indien deze – in geval van beëindiging tijdens de proeftijd – geconfronteerd wordt met de beperking van het concurrentiebeding. Het voorstel leidt ertoe, dat het

beding pas in werking treedt als de arbeidsovereenkomst na afloop van de proeftijd wordt gecontinueerd. Het is bij beëindiging in de proeftijd evident dat de duur van de arbeidsovereenkomst dusdanig kort is geweest, dat in de regel de schade die door de werknemer veroorzaakt kan worden marginaal zal zijn en dat dit niet opweegt tegen het belang van de werknemer om zo min mogelijk belemmeringen te ondervinden bij het vinden van een nieuwe werkring.

De werknemersvertegenwoordiging in de Stichting onderschrijft het voorstel. De werkgeversgeleding is er niet van overtuigd dat een dergelijk voorschrift noodzakelijk is. Gewezen wordt op het feit, dat het in de praktijk weinig zal voorkomen dat een werkgever zich bij een ontslag in de proeftijd op een concurrentiebeding zal beroepen. De regering is desondanks van oordeel dat het voorschrift uit hoofde van rechtszekerheid voor de werknemer gewenst is. Gelet op de gebruikelijke handelwijze van werkgevers zal het bovendien niet op problemen stuiten. Uit het advies van de NVvR blijkt dat ook zij hiermee kan instemmen. De NOvA heeft zich hier niet over uitgelaten.

#### *7.4 Faillissement*

Verder wordt voorgesteld, dat het concurrentiebeding vervalt bij faillissement. In het arbeidsovereenkomstenrecht, noch in de faillissementswet zelf, zijn bijzondere regels met betrekking tot het concurrentiebeding opgenomen. Dit betekent, dat ingeval van faillissement, de werknemer in beginsel gehouden is om het concurrentiebeding na te komen en zich tot de rechter zal moeten wenden met het verzoek om het beding te vernietigen. Naar de mening van de regering is dit ongewenst. Het (eventuele) belang van de failliet weegt in casu niet op tegen het belang van de ontslagen werknemer van een failliete onderneming om zo snel mogelijk nieuw emplooi te vinden. Door de Stichting van de Arbeid wordt dit voorstel unaniem ondersteund, terwijl de opvattingen bij de NVvR – daar waar het betreft de belangen van de werkgever in het kader van een doorstart – verdeeld zijn.

De NOvA heeft in dit verband nog de vraag gesteld of het niet voldoende zou zijn dat de rechter bij een procedure over gehele of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding het faillissement in zijn oordeel laat meewegen. De Orde verwijst in dat verband naar de situatie dat een lopend bedrijfs onderdeel wordt overgedragen en het daarbij van belang kan zijn dat bestaande concurrentiebedingen gehandhaafd blijven. Ingevolge artikel 666 lid 1 Boek 7 BW is de regeling inzake de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming niet van toepassing op de overgang van de onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Met andere woorden, het concurrentiebeding gaat in een dergelijke situatie niet van rechtswege over naar de nieuwe werkgever. De nieuwe werkgever zal een nieuw concurrentiebeding met de werknemer moeten aangaan.

#### *7.5 Inperking geografisch en functioneel bereik*

Het is voor werkgever en werknemer van belang dat er – vooraf maar ook bij het einde van de arbeidsrelatie – duidelijkheid bestaat over de reikwijdte van het concurrentiebeding. Dit voorkomt ook beroep op de rechter. Overeenkomstig het advies van de MDW-werkgroep wordt dan ook de verplichting ingevoerd het geografisch en functioneel bereik van een concurrentiebeding te beschrijven, zodat voldoende duidelijk blijkt op welk gebied en op welke activiteiten het beding betrekking heeft. Daarbij gaat het bij de beschrijving van het functioneel bereik om een nauwkeurige omschrijving van de werkzaamheden die elders niet mogen worden verricht. Dit betekent dat in de situatie dat de functie van de werknemer

wijzigt, de beschrijving van het functioneel bereik daaraan dient te worden aangepast en opnieuw met de werknemer dient te worden overeengekomen.

Aan de hand van deze verplichte beschrijving kan de werknemer makkelijker nagaan of het beding van toepassing is op de baan die hij op het oog heeft. De Stichting van de Arbeid, alsook NOvA en de NVvR, stemmen met deze wijziging in.

#### *7.6 Procedurele verbeteringen*

De regering is met de MDW-werkgroep van mening, dat het wenselijk is dat in ontbindingsprocedures – die met een verzoekschrift moeten worden ingeleid – tevens het concurrentiebeding ter discussie kan worden gesteld.

De regering heeft er echter niet voor gekozen de verzoekschriftprocedure in het algemeen (in alle gevallen) open te stellen voor toetsing van een concurrentiebeding. Een geding betreffende een concurrentiebeding strekt tot bepaling van een rechtsbetrekking tussen partijen in geschil. Daarvoor is de verzoekschriftprocedure niet bedoeld. Om deze reden neemt het voorstel de dagvaardingsprocedure tot uitgangspunt. Alleen ten aanzien van de min of meer voor de hand liggende samenloop met een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is, om die reden, in artikel 685 Boek 7 BW de mogelijkheid gecreëerd een concurrentiebeding bij (tegen)verzoek aan de rechter ter toetsing voor te leggen.

De regering maakt dus niet een exclusieve keuze voor de verzoekschriftprocedure ten koste van de dagvaardingsprocedure, zoals bepleit door de MDW-werkgroep en de Stichting van de Arbeid en geadviseerd door de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, alsmede door de NVvR en de NOvA. De volgende argumenten spelen daarbij een rol. Zoals al is opgemerkt, strekt een geding betreffende een concurrentiebeding tot bepaling van een rechtsbetrekking tussen partijen in geschil. Daarbij gaat het naast de al genoemde onderwerpen betreffende geldigheid en de vergoeding, ook om naleving of overtreding van het concurrentiebeding, waarbij schadevergoeding of een gebod of verbod wordt gevorderd. Daarvoor is niet de verzoekschriftprocedure, maar de dagvaardingsprocedure bedoeld. De behoefte om de verzoekschriftprocedure open te stellen bestaat (slechts) hieruit, dat de gezamenlijke behandeling van het concurrentiebeding met een ontbindingsverzoek mogelijk wordt gemaakt. Dit kan naar onze mening een exclusieve keuze voor de verzoekschriftprocedure in alle gevallen, waarmee zou worden afgeweken van de thans gekozen standaard bij de onderverdeling tussen de dagvaardings- en verzoekschriftprocedures niet rechtvaardigen. Dit geldt temeer als wordt bedacht dat de inhoudelijke problemen betreffende het concurrentiebeding zich veelal eerst na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zullen voordoen. Aangenomen moet worden dat de ontbindingsprocedure alsdan reeds is afgewikkeld.

Tevens geldt als nadeel van een algemene keuze voor de verzoekschriftprocedure dat gezamenlijke behandeling met andere acties met betrekking tot de (beëindiging van de) arbeidsverhouding die met een dagvaarding moeten worden ingeleid (gedacht zou kunnen worden aan kennelijk onredelijk ontslag) op moeilijkheden stuit. Alsdan zullen twee procedures – een verzoekschrift- en een dagvaardingsprocedure – naast elkaar moeten worden gevoerd. Dit komt uit proceseconomische overwegingen niet wenselijk voor. Hierbij verdient nog opmerking dat het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, thans wordt herzien (kamerstukken II 1999/2000, 26 855). Daarbij wordt nadrukkelijk ernaar gestreefd de dagvaardingsprocedure op het vlak van snelheid, doelmatigheid en eenvoud te verbeteren. Tevens worden de verschillen tussen de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure zoveel mogelijk teruggebracht. Dat de door de

MDW-werkgroep voorgestane «korte op snelle beslissing gerichte bodem-procedure» noodzakelijkerwijs tot de verzoekschriftprocedure voert, is derhalve in het kader van wetsvoorstel 26 855 niet meer een vast gegeven.

Verder strekt de door de regering voorgestelde wijziging ertoe, het huidige rechtsmiddelenverbod te beperken tot de beslissing aangaande een ontbindingsverzoek, zoals ook de MDW-werkgroep heeft voorgesteld en door de NOvA is geadviseerd. Voorts wordt – in lijn met het advies van de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht – voorgesteld bindende kracht toe te kennen aan de beschikking voor zover betrekking hebbend op een neven- of tegenverzoek betreffende een concurrentiebeding.

## **8. Overige aanbevelingen MDW-werkgroep**

Een aantal aanbevelingen van de MDW-werkgroep is niet overgenomen in het onderhavige voorstel. Deels gaat het om aanbevelingen ten aanzien waarvan een andere afweging is gemaakt en deels om aanbevelingen die niet in regelgeving behoeven te worden uitgewerkt. Onderstaand wordt hierop ingegaan.

### *8.1 Geen beding bij tijdelijk contract*

De MDW-werkgroep heeft voorgesteld om het opnemen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te verbieden. Het voorstel is niet overgenomen. Ook bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten kan immers sprake zijn van gerechtvaardigde belangen van werkgevers, die nopen tot het afsluiten van een concurrentiebeding. De verplichte vergoedingsregeling, zoals hiervoor toegelicht, leidt ertoe dat deze beperking van de reikwijdte van de onderhavige regeling niet nodig is. Immers de werkgever zal, gegeven die verplichting, slechts dan een concurrentiebeding afspreken als hij er een daadwerkelijk belang bij heeft. Dit geldt ook in het geval van een tijdelijk contract. De NVvR heeft in dit verband er nog op gewezen dat een werkgever juist gedurende de eerste maanden van de arbeidsovereenkomst informatie kan hebben overgedragen, die gevoelig is voor de concurrentiepositie van de onderneming.

### *8.2 Boeteregeling*

Aan de hoogte en de wijze van berekening van de in concurrentiebedingen overeen te komen boetes zouden volgens de MDW-werkgroep in de wet nadere eisen moeten worden gesteld. Een dergelijke beperking acht de werkgroep gewenst aangezien zij van mening is dat de boetes thans te hoog oplopen en de werknemer langdurig in het ongewisse blijft of een concurrentiebeding wel toelaatbaar is. Deze aanbeveling wordt ondersteund door de werknemersgeleding van de Stichting van de Arbeid, waarbij zij tevens erop wijzen dat een dergelijke bepaling kan leiden tot een mogelijke afname van het aantal procedures waarin om matiging van de boete wordt verzocht.

Hoewel in de praktijk hoge boetes voorkomen, neemt de regering deze aanbeveling niet over. Voor het concurrentiebeding geldt reeds de algemene boeteregeling op grond van de artikelen 6:91 BW en volgende. De vraag is of voor de rechter een nadere regeling van de boete in artikel 653 Boek 7 BW noodzakelijk en wenselijk is. Naar onze mening is dit niet het geval.

In het wetsvoorstel wordt enerzijds de ongewisheid van de werknemer over de toelaatbaarheid van het beding beperkt door de inhoud en de reikwijdte van het beding wettelijk te regelen, waardoor dit bezwaar van de werkgroep komt te vervallen. Anderzijds speelt het praktische bezwaar dat de situaties waarbij een concurrentiebeding wordt overeengekomen

zo divers kunnen zijn dat een uniforme wettelijke boeteregeling niet mogelijk is. Diverse factoren zullen voor het bepalen van de hoogte van de boete een rol kunnen spelen zoals onder andere de hoogte van het salaris en de te verwachten omvang van de schade. Het wettelijk vastleggen van een maximum bedrag brengt tevens het risico met zich mee dat dit maximum bedrag ook gehanteerd zal worden in gevallen waarin dit niet redelijk is. Gelet op deze argumenten zijn wij van mening dat het opnemen van een specifieke boeteregeling in artikel 653 titel 7:10 BW niet wenselijk is.

### *8.3 Functiewijziging*

Het concurrentiebeding moet door partijen worden heroverwogen als de functie van de werknemer wezenlijk is gewijzigd, dan wel indien het concurrentiebeding anderszins zwaarder is gaan drukken, aldus de betreffende aanbeveling van de MDW-werkgroep. De Stichting van de Arbeid steunt deze aanbeveling unaniem. De regering sluit zich hierbij aan, maar vindt het niet nodig om dit – naast de in paragraaf 7 van deze memorie van toelichting reeds genoemde verplichte beschrijving van het functionele bereik – expliciet in de wet op te nemen. Hieruit vloeit reeds voort, dat de werkgever in het beding de verboden werkzaamheden nauwkeurig en concreet dient te omschrijven. Deze werkzaamheden dienen gerelateerd te zijn aan de met de werknemer overeengekomen functie. Dat geldt eveneens als het gaat om een zodanig ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding dat het beding voor de werknemer zwaarder is gaan drukken. Bij een wijziging (in de zwaarte) van de functie zal de werkgever moeten nagaan of met de werknemer die daardoor niet langer aan het beding is gebonden opnieuw een beding moet worden overeengekomen voor de gewijzigde functie teneinde de bedrijfsbelangen te beschermen. Is dat niet het geval, dan is er voor de werknemer bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst ten aanzien van de gewijzigde functie sprake van een vrije arbeidskeuze.

### *8.4 Alleen beroep mogelijk bij zwaarwichtig belang werkgever*

De werkgever kan volgens de MDW-aanbeveling alleen een beroep op het concurrentiebeding doen, indien hij kan aantonen een zwaarwichtig belang bij het concurrentiebeding te hebben. De rechter dient te beoordelen of dit belang van een zodanig gewicht is, dat het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.

Naar het oordeel van de regering is het in de wet opnemen van dit vereiste niet noodzakelijk. Immers in dit wetsvoorstel wordt de inhoud van een concurrentiebeding aan nadere eisen (zoals een beschrijving van het geografische en functionele bereik) onderworpen. Tevens wordt de geldingsduur beperkt tot een termijn van maximaal een jaar en is de werkgever aan de werknemer een vergoeding verschuldigd. De werkgever zal derhalve een afweging moeten maken of het beding nodig is om zijn belangen te beschermen. Verder geldt dat indien de werknemer – in verhouding tot het belang van de werkgever – door het beding onbillijk wordt benadeeld, hij de rechter kan verzoeken het beding geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Het toevoegen van een norm zoals de MDW-werkgroep voorstelt, heeft ook volgens de NVvR geen toegevoegde waarde voor de rechter om tot een zorgvuldige belangenafweging te komen. De regering sluit zich hierbij aan, mede gezien het feit dat – zoals eerder aangegeven – de voorstellen in het onderhavige wetsvoorstel al een aanscherping van de wettelijke vereisten voor een concurrentiebeding inhouden. Deze vereisten bieden niet alleen contractspartijen houvast, maar ook de rechter en vormen aldus een duidelijk kader voor de toetsing van concurrentiebedingen.

## 9. Internationale vergelijking

In de meeste landen kan het in verschillende internationale verdragen erkende recht op vrije arbeidskeuze via het concurrentiebeding worden beperkt. In de ons omringende landen geldt geen verbod ten aanzien van het gebruik van concurrentiebedingen, doch worden wel op straffe van nietigheid (beperkende) voorwaarden gesteld aan het concurrentiebeding. De (voorgestelde) regelgeving met betrekking tot het concurrentiebeding komt in grote lijnen overeen met hetgeen hierover in de ons omringende landen in de betreffende wetgeving is opgenomen. Onderstaand zal nader worden ingegaan op de belangrijkste voorwaarden, die in de verschillende landen worden gesteld.

Er moet sprake zijn van een bedrijfsbelang. De wettelijke regeling in Duitsland spreekt van een gerechtvaardigd (zakelijk) belang van de werkgever. De ontplooiing van de werknemer mag niet onevenredig worden bezwaard. Frankrijk gaat uit van een redelijk belang van de werkgever bij het inroepen van het beding. In Engeland is een concurrentiebeding niet toegestaan, tenzij het een redelijk belang van de werkgever betreft en het niet tegen de publieke belangen ingaat. Bovendien mag het beding niet onredelijk bezwarend zijn voor de werknemer.

Ten aanzien van de vergoeding kan worden opgemerkt, dat de werkgever in Duitsland en België voor de duur van het beding een vergoeding betaalt van minimaal 50% van het laatst genoten salaris. In Duitsland kan de vergoeding worden gematigd en kan de werkgever de inkomsten uit een nieuwe dienstbetrekking op de vergoeding in mindering brengen. Dit mag overigens alleen, indien de nieuw verdiende inkomsten hoger zijn dan 110% of 125% (ingeval er sprake is van een gedwongen verhuizing in verband met het beding). Ook in Finland, Spanje, Italië en Portugal is het beding slechts geldig indien de werkgever de werknemer een vergoeding betaalt. De hoogte van de vergoeding is in deze landen niet wettelijk bepaald.

Aan het functionele bereik worden ook voorwaarden gesteld. Zo wordt in Duitsland, Luxemburg en België het functioneel bereik gerelateerd aan een inkomensgrens, de soort functie of een daaraan gerelateerde materiële norm. In bijvoorbeeld België en Luxemburg moet het beding betrekking hebben op soortgelijke activiteiten van de werkgever, het zogenoemde gelijksoortigheidsvereiste. Wordt hier niet aan voldaan dan is het beding nietig. In Engeland moet het beding worden beperkt tot die werkzaamheden die een directe relatie vertonen met de werkzaamheden die de ex-werknemer bij zijn ex-werkgever heeft uitgevoerd.

De geldigheidsduur van het beding wordt in vrijwel alle landen beperkt. Zo kent Italië voor managers een maximale termijn van vijf jaar en voor alle andere werknemers drie jaar. In Portugal is de maximale looptijd van het beding drie jaar, in Duitsland twee jaar en in België, Luxemburg en Oostenrijk 12 maanden. In Denemarken geldt voor het beding een duur van 12 maanden, doch deze mag bij het aanbieden van een redelijke vergoeding aan de werknemer worden verlengd. Finland hanteert een maximumperiode van zes maanden voor werknemers in niet-uitvoerende functies, maar deze mag evenwel tot een jaar worden uitgebreid indien de werkgever de werknemers daarvoor een redelijke vergoeding betaalt. In Frankrijk tenslotte is alleen bepaald dat een beding waarin geen beperking van de duur is opgenomen, nietig is.

In de meeste landen worden de situaties geduid, waarin het beding vervalt ofwel het beding niet kan worden ingeroepen. Zo vervalt in Duitsland het beding, indien de werknemer ontslag op staande voet neemt wegens de niet nakoming door de werkgever van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Het beding vervalt ook indien de werkgever de dienstbetrekking beëindigt zonder dat daarvoor een belangrijke in de persoon van de werknemer gelegen reden is en in geval van beëindiging om economische of bedrijfsorganisatorische redenen. In België vervalt het



beding, indien het niet binnen 15 dagen na het einde van de arbeidsovereenkomst wordt ingeroepen. Bovendien kan het beding niet worden ingeroepen indien de dienstbetrekking binnen de proeftijd eindigt, wanneer de dienstbetrekking zonder dringende reden wordt opgezegd of wanneer de werknemer de arbeidsverhouding verbreekt vanwege wangedrag van de werkgever. In Oostenrijk, Finland en Luxemburg kan de werkgever het beding niet inroepen indien de beëindiging van de dienstbetrekking aan hem te wijten is en/of indien de werkgever de overeenkomst heeft beëindigd zonder belangrijke grond of wanneer de opzeggingstermijn niet in acht is genomen.

## **10. Gevolgen voor bedrijfsleven en rechterlijke macht**

### *Gevolgen voor bedrijfsleven*

Op grond van artikel 653 Boek 7 BW heeft de rechter de bevoegdheid om aan de werknemer een vergoeding toe te kennen ten laste van de werkgever, indien de werknemer door het concurrentiebeding in belangrijke mate wordt belemmerd om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn. Deze bevoegdheid komt de rechter al sinds 1 juli 1954 toe. Uit de rechtspraak blijkt dat slechts sporadisch van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt.

In dit wetsvoorstel wordt de verplichting tot betaling van een billijke vergoeding opgenomen voor iedere maand dat de beperking duurt. Dit betekent, dat niet langer incidenteel, maar in alle gevallen waarin een concurrentiebeding wordt gehanteerd, door de werkgever een vergoeding zal moeten worden betaald. Hierdoor kunnen de kosten voor het bedrijfsleven toenemen. In welke mate dat het geval zal zijn, is overigens moeilijk in te schatten. In ieder geval is te verwachten dat – vanwege de verplichte vergoeding – het aantal bedingen als gevolg van de onderhavige voorstellen zal afnemen.

De voorstellen houden geen informatieverplichtingen in aan de overheid of een derde. Om die reden is het wetsvoorstel niet relevant voor de vermindering van de administratieve lastendruk voor het bedrijfsleven.

### *Gevolgen voor de rechterlijke macht*

Een meer stringente regeling van het concurrentiebeding zal naar verwachting leiden tot meer duidelijkheid en dus tot minder conflicten over de rechtmatigheid respectievelijk de toepasselijkheid van concurrentiebedingen. De verwachting is dan ook dat door deze wetswijziging de belasting voor de rechterlijke macht zal afnemen en in ieder geval niet zal toenemen.

## **ARTIKELEN**

### **Artikel I, onderdeel A**

In het eerste lid van het nieuwe artikel 653 BW worden drie geldigheidsvereisten voor het concurrentiebeding geformuleerd. Twee vereisten (schriftelijke overeenkomst en meerderjarigheid van de werknemer) zijn ontleend aan het thans geldende artikel 653 Boek 7 BW. Nieuw is de eis dat de werkgever zich heeft verbonden een billijke vergoeding te betalen voor de duur van de beperking. In het rapport van de MDW-werkgroep concurrentiebeding wordt een vergoeding voor het niet-uitoefenen van concurrerende activiteiten door de werknemer een bruikbaar instrument genoemd. Het versterkt de positie van de werknemer en voorkomt dat werkgevers onnodig beroep doen op een concurrentiebeding. De overwegingen, die aan dit voorstel ten grondslag liggen, zijn in het algemeen deel van deze memorie nader toegelicht.

De verschuldigde vergoeding wordt door de werkgever betaald in

termijnen aan het einde van iedere maand. Wel kunnen de werkgever en de werknemer bij schriftelijke overeenkomst een andere betalingsregeling overeenkomen.

Indien de werkgever de overeengekomen vergoeding niet wil betalen, kan de werknemer nakoming vorderen. Overtreedt de ex-werknemer daarentegen het concurrentiebeding dan is de werkgever de vergoeding niet verschuldigd en zal deze (als zijnde onverschuldigd) moeten worden terugbetaald.

De werknemer heeft geen recht op een vergoeding, indien hij wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig is op grond van artikel 677, leden 1 en 3 BW. Deze wijziging vloeit voort uit het commentaar van de NVvR, die van mening is dat de regel dat de vergoeding niet verschuldigd is als de werknemer wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig is, een buitenproportioneel effect kan hebben, indien de werknemer een te korte opzegtermijn heeft gehanteerd.

In het huidige artikel 653 worden geen nadere eisen gesteld aan de inhoud van het concurrentiebeding. Uit de formulering van het eerste lid van dit artikel volgt dat het gaat om een «beperking om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn». Het is wenselijk dat het beding in ieder geval de activiteiten aangeeft die onder de beperking vallen. In verband hiermee wordt in het vierde lid nader geconcretiseerd aan welke vereisten een concurrentiebeding in ieder geval moet voldoen. Zo zal in het concurrentiebeding moeten worden aangegeven welke werkzaamheden elders niet mogen worden verricht door de (ex-)werknemer. Deze omschrijving is voor de werknemer een duidelijke richtsnoer voor de vraag of een eventuele andere baan valt onder de werking van het concurrentiebeding. Voorts moet in het concurrentiebeding de geografische reikwijdte, het gebied waarvoor de beperking geldt, zijn omschreven. Deze omschrijving geeft de werknemer inzicht in het geografisch bereik van het concurrentiebeding. Het geografisch bereik van het concurrentiebeding dient beperkt te blijven tot het gebied waarin de werkgever daadwerkelijk concurrentie kan ondervinden van de ex-werknemer. Aangezien dit van geval tot geval kan verschillen, is het niet doenlijk om met betrekking tot dit aspect van het concurrentiebeding nadere regels te stellen. De in het concurrentiebeding beschreven werkzaamheden en het geografisch gebied waarvoor de beperking geldt staan vast. Met andere woorden, zij veranderen niet automatisch als de werknemer in de loop der jaren andere werkzaamheden gaat verrichten of in een ander gebied werkzaam is.

Ook de termijn gedurende welke het concurrentiebeding kan worden ingeroepen dient te worden aangegeven. Partijen kunnen een kortere termijn afspreken dan het maximum van een jaar. Voorts moet in het concurrentiebeding de hoogte van de vergoeding worden aangegeven die de werkgever verschuldigd is voor de periode dat de beperking geldt. Deze vergoeding kan worden uitgedrukt in een vast bedrag of in een bepaald percentage van het laatste loon.

In het vijfde lid wordt een aantal situaties opgesomd waarin het concurrentiebeding komt te vervallen. Het betreft hier omstandigheden waarin het naar onze mening niet redelijk is dat de werkgever naleving van het concurrentiebeding kan afdwingen. Het concurrentiebeding vervalt indien de werkgever wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst in geëindigd schadeplichtig is op grond van artikel 677, leden 1 en 3 BW. Is de werknemer wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig op grond van artikel 677, leden 1 en 3 BW, dan is de werkgever de vergoeding niet verschuldigd. Het beding als zodanig blijft dan gelden. Deze wijziging vloeit voort uit het commentaar van de NVvR om buitenproportionele sancties richting werknemers te voorkomen.

Andere omstandigheden waarin het concurrentiebeding vervalt betreffen – zoals toegelicht in het algemeen deel van deze memorie – het faillissement van de werkgever en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de proeftijd (zowel op initiatief van de werkgever als de werknemer).

De in het zesde lid aan de rechter toegekende vernietigingsbevoegdheid is ontleend aan het huidige tweede lid van artikel 653. Ook onder vigeur van de voorgestelde regeling, waarin algemene vereisten worden gesteld aan de inhoud van het concurrentiebeding, blijft het mogelijk dat, ook al is een concurrentiebeding overeenkomstig deze vereisten opgemaakt, dit beding de werknemer niettemin onbillijk benadeelt. De mogelijkheid om in die omstandigheden gehele of gedeeltelijke opheffing van het concurrentiebeding te kunnen bewerkstelligen, dient dan ook te worden gehandhaafd.

In het zevende lid is bepaald dat de rechter een hogere vergoeding kan vaststellen dan de op grond van het eerste lid overeengekomen vergoeding, indien hem dit met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt. De huidige bevoegdheid van de rechter om aan de werknemer ten laste van de werkgever een vergoeding toe te kennen indien de handhaving van het concurrentiebeding een ernstige belemmering voor de werknemer vormt om elders passend werk te vinden, is in verband met de vergoedingsregeling, zoals uitgewerkt in het eerste en het vijfde lid, komen te vervallen.

In het achtste lid is de nietigheid van met artikel 653 strijdige bedingen geregeld. Wij zijn van mening dat dit, gelet op de inhoud van de voorliggende regeling, de aangewezen sanctie is. De nietigheid impliceert dat het betreffende beding niet bestaat.

#### **Artikel I, onderdeel B**

Uit de formulering van het voorgestelde nieuwe artikel 653 blijkt niet dat zaken betreffende het concurrentiebeding bij verzoekschrift moeten worden ingeleid. Dit betekent dat voor dergelijke zaken in beginsel de dagvaardingsprocedure moet worden gevolgd. Aangezien het gaat om de «bepaling van een rechtsbetrekking tussen partijen in geschil» ligt dit ook voor de hand. Voor dergelijke geschillen is de verzoekschriftprocedure immers niet en de dagvaardingsprocedure juist wel bedoeld (vgl. artikel 429b onder b Rv.). In het algemeen gedeelte van deze memorie zijn wij daarop al ingegaan. Daar is ook uiteengezet dat het met de voorgestelde wijziging van artikel 685 mogelijk wordt gemaakt, dat in het kader van het verzoek tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het concurrentiebeding bij wege van nevenverzoek of zelfstandig verzoek (tegenverzoek) in de procedure kan worden betrokken. Reeds ten tijde van de beëindiging van de arbeidsverhouding kunnen zich immers relevante vragen voordoen ten aanzien van het concurrentiebeding. Zo kan de werknemer er belang bij hebben dat wordt vastgesteld dat niet is voldaan aan de formele vereisten van het voorgestelde vierde lid van artikel 653, of dat de werkgever vanwege de in het vijfde lid genoemde gronden geen rechten aan het concurrentiebeding kan ontleen. De door de rechter op de voet van het zevende lid vast te stellen verhoging van de vergoeding zal ook reeds in dit stadium aan de orde kunnen komen. Het is wenselijk dat de rechter hieromtrent tegelijk met het ontbindingsverzoek een beslissing kan geven. Deze niet altijd ingewikkelde kwesties lenen zich er ook voor om in een verzoekschriftprocedure naar aanleiding van een ontbindingsverzoek te worden behandeld. Daartoe bepaalt het nieuwe vijfde lid dat een ontbindingsverzoek vergezeld kan gaan van een verzoek met betrekking tot een concurrentiebeding. Het nieuwe zesde lid geeft de verweerder de bevoegdheid bij verzoekschrift een zelfstandig verzoek (als bedoeld in artikel 429h, vierde lid, Rv.; vgl. ook artikel 3.4.5, vierde lid van wetsvoor-

stel 26 855) dat betrekking heeft op een concurrentiebeding in te dienen. Aan het connexiteitsvereiste dat de wet bij het zelfstandig verzoek stelt, zal naar de aard van de zaak zijn voldaan. Ingevolge de wet kan de rechter de (oorspronkelijke) verzoeker in de gelegenheid stellen bij verweerschrift tegen het zelfstandig verzoek op te komen (zie artikel 429h, vierde lid, tweede zin, Rv.; vgl. ook artikel 3.4.5, vierde lid van wetsvoorstel 26 855). De eisen van een goede procesorde brengen mee, dat de rechter dit slechts bij hoge uitzondering en onder bijzondere omstandigheden niet zal toestaan.

De wijziging van het tot lid 11 vernummerde lid 9 strekt ertoe duidelijk te stellen dat de intrekking van het ontbindingsverzoek daartoe is beperkt en een zelfstandig verzoek met betrekking tot het concurrentiebeding intact laat. Immers, het is niet aan verzoeker om aldus te beschikken over het lot van een tegenverzoek. Indien het concurrentiebeding bij wege van nevenverzoek aan de rechter is voorgelegd heeft verzoeker wel de mogelijkheid om het nevenverzoek al dan niet te handhaven, onverminderd de algemene procesregels ter zake.

De wijziging van het tot lid 12 vernummerde lid 10 betreft aanpassing aan de vernummering van lid 9 tot lid 11.

De wijziging van het tot lid 13 vernummerde lid 11 strekt ertoe het huidige rechtsmiddelenverbod te beperken tot de beslissing aangaande een ontbindingsverzoek, zoals ook de MDW-werkgroep heeft voorgesteld en door de NOvA is geadviseerd. Voorts wordt voorgesteld bindende kracht toe te kennen aan de beschikking voor zover betrekking hebbend op een neven- of tegenverzoek betreffende een concurrentiebeding. Hier volgen wij het advies van de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht. Een en ander hangt, ten dele, met elkaar samen. Zoals opgemerkt, houdt de voorgestelde regeling ermee rekening dat op enig moment nadat de arbeidsovereenkomst door de rechter is ontbonden (opnieuw) een geschil met betrekking tot het concurrentiebeding ontstaat. Alsdan kan een vordering daaromtrent, bijvoorbeeld op grond van schending van het concurrentiebeding, worden ingesteld. Overwegingen van doelmatigheid en proceseconomie verzetten zich ertegen dat daarbij een eerder door de rechter gegeven beslissing omtrent, bijvoorbeeld, de geldigheid van het concurrentiebeding, opnieuw aan de orde wordt gesteld. Zulks zou ook een inbreuk op het stelsel van rechtsmiddelen betekenen. In verband daarmee is artikel 67 Rv. van overeenkomstige toepassing verklaard. Gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad is het evenwel bezwaarlijk aan een beschikking bindende kracht toe te kennen, zonder dat daartegen hoger beroep en beroep in cassatie open staat. Om deze reden wordt voorgesteld dat het rechtsmiddelenverbod van het huidige lid 11 (in het voorstel vernummerd tot lid 13) niet geldt voor zover de beschikking betrekking heeft op een neven- of tegenverzoek betreffende een concurrentiebeding. Ook overigens vinden wij geen aanleiding om het rechtsmiddelenverbod van het huidige artikel 685 lid 11 Boek 7 BW uit te breiden, zoals de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht en de NVvR hebben geadviseerd. Het Nederlandse burgerlijk procesrecht neemt als uitgangspunt het recht op behandeling in meerdere instanties. Een uitzondering daarop kan dan ook slechts op zwaarwegende argumenten worden aanvaard. Wij menen dat dergelijke argumenten zich hier niet voordoen. Met name delen wij niet de opvatting van de NVvR dat de vergoeding betreffende de ontbinding en de vergoeding betreffende het concurrentiebeding dusdanig met elkaar samenhangen dat zij niet gescheiden van elkaar kunnen worden beoordeeld. Integendeel, in de voorgestelde regeling hebben beide vergoedingen ieder een aparte, zelfstandige grondslag en dienen zij mitsdien aan de hand van verschillende criteria te worden vastgesteld. Aldus zijn de voorwaarden geschapen om ten aanzien van de

ene vergoeding wel en de andere niet in hoger beroep en cassatie verder te procederen.

## **Artikel II**

In het in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in te voegen artikel 213 is bepaald dat op de vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de wet bestaande concurrentiebedingen gedurende een jaar na dat tijdstip het nieuwe artikel 653 niet van toepassing is. Op grond van artikel 68a lid 2 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek is op de oude bedingen gedurende het eerste jaar na de inwerkingtreding de voorheen geldende tekst van artikel 653 van toepassing. Dit geeft partijen de tijd de bedingen aan het nieuwe recht aan te passen.

Op grond van artikel 74 lid 1 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek worden gedingen, waarin de inleidende dagvaarding is betekend dan wel het inleidende verzoekschrift is ingediend voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, geheel afgedaan met toepassing van de voorschriften van procesrechtelijke aard, die voor dat tijdstip golden. Voor nieuwe bedingen geldt dat de wijziging van artikel 653 onmiddellijke werking heeft; dit vloeit voort uit artikel 68a lid 1 Overgangswet NBW.

De Minister van Justitie,  
A. H. Korthals

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,  
W. A. F. G. Vermeend