

Vergaderjaar 2004–2005

**28 167**

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

**B**

### **VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE<sup>1</sup>**

Vastgesteld 17 december 2004

Het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel heeft de leden van de vaste commissie aanleiding gegeven tot het stellen van de volgende vragen en het maken van de volgende opmerkingen.

#### **Inhoudsopgave**

Algemeen  
Overgangsrecht  
Verplichte vergoeding, rechtsgrond ervan  
Inhoud voorstellen  
Billijke vergoeding  
Relatiebeding  
Nietigheid  
Rechtszekerheid  
Ontbinding  
Opzegging  
Overig  
Proeftijd  
Faillissement  
Procedurele/Processuele Verbeteringen  
Boeteregeling  
Advies MDW-werkgroep

#### **1. Algemeen**

De leden van de **CDA**-fractie hadden met gemengde gevoelens kennisgenomen van dit wetsvoorstel. Allereerst waren zij niet overtuigd van enige (dwingende) noodzaak om de bestaande wettelijke regeling te herzien. De in de stukken genoemde empirische gegevens leken deze leden niet alleen gedateerd, maar ook summier, temeer omdat gewerkt is met schattingen. Alhoewel het bestaande wettelijke systeem niet uitnodigt om concurrentiebedingen aan de rechter voor te leggen, was hun vraag of het kabinet bekend is met enig cijfermateriaal over aantallen zaken die de afgelopen tien jaar aan de kantonrechters in den lande zijn voorgelegd, de aard van de geschillen en de inhoud van de rechterlijke beslissingen, eventueel ook in hoger beroep. Deze leden hadden namelijk de indruk, dat

<sup>1</sup> Samenstelling: Holdijk (SGP), Wagemakers (CDA), Rosenthal (VVD), Witteveen (PvdA), De Wolff (GL), Van de Beeten (CDA), (voorzitter), Broekers-Knol (VVD), Kox (SP), Westerveld (PvdA), Engels (D66), Franken (CDA).

in de praktijk de betekenis van concurrentiebedingen kwantitatief beperkt is, ook in de zin dat het effect op de arbeidsmobiliteit in Nederland verwaarloosbaar of gering is. Bovendien hadden zij de indruk dat in nogal wat sectoren vertrek van werknemers naar een nieuwe werkgever of om zich te vestigen als zelfstandig ondernemer, gepaard gaat met afkoop of een omzetting van een geografisch, c.q. functioneel beperkend beding in een relatiebeding, waarbij vastgelegd wordt dat betrokkene gedurende een bepaalde tijd niet voor door hem of haar laatstelijk bediende klanten werkzaam zal zijn. Kortom: voor welk probleem is dit wetsvoorstel een oplossing? Die vraag klemt temeer waar het voorstel nieuwe problemen schept die aan de rechter moeten worden voorgelegd, of aan de rechter zullen worden voorgelegd. De blijkens de memorie van toelichting beoogde rechtszekerheid voor met name werknemers wordt dan twijfelachtig, zoals hierna nog aan de orde komt.

De leden van de CDA-fractie wezen echter eerst op twee andere aspecten. In de nota naar aanleiding van het verslag schrijft het kabinet, dat het oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding oplevert indien een werkgever beoogt investeringen in een werknemer veilig te stellen. Dat moet de werkgever maar doen via een terugbetalingsregeling voor opleidingskosten. Afgezien van de vraag of dit niet zal leiden tot allerlei oneigenlijke regelingen, was het de leden van de CDA-fractie niet aanstonds duidelijk dat hier sprake is van een oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding. Investeren in een werknemer doet een werkgever immers niet alleen door externe opleidingskosten te maken, maar meestal juist door interne opleiding en scholing, door inzet van tijd en energie van andere werknemers en de werkgever zelf. Een nieuwe werkgever profiteert direct van de aldus vergrote bekwaamheden van een werknemer van een concurrent. Dat geldt overigens ook voor de opbouw van een vertrouwensrelatie met klanten van een werkgever; dat is evenmin alleen het resultaat van de persoonlijke bekwaamheden die een werknemer meebrengt bij indiensttreding, maar evenzeer van de inspanningen die de werkgever daarbij levert. De leden van de CDA-fractie verzochten het kabinet hier nader op in te gaan.

De leden van de **VVD**-fractie hadden met gemengde gevoelens kennisgenomen van het wetsvoorstel. Zij waren er vooralsnog niet van overtuigd dat de omvang van het door de geschetste probleem dermate groot is dat de bestaande wettelijke regeling op de voorgestelde wijze moet worden herzien. Uit het ruim zeven jaar oude onderzoek van Research en Beleid van mei 1997 dat ten grondslag ligt aan het wetsvoorstel, blijkt dat slechts 1,5 tot 2% van de 15 tot 20% werknemers die überhaupt een concurrentiebeding zijn overeengekomen, zich belemmerd voelt door dat beding. Zijn de bewindslieden werkelijk van oordeel dat dit onderzoek de voorgestelde – ingrijpende – wetswijzigingen rechtvaardigt? In hoeverre zal er sprake zijn van een verbetering ten opzichte van de huidige situatie c.q. wetgeving?

De leden van de fractie van **GroenLinks** betoonden zich ongelukkig met de tekst van dit wetsvoorstel. Zij achtten het resultaat van de beraadslaging in de Tweede Kamer ten opzichte van de bestaande regeling in het algemeen geen verbetering. Het wetsvoorstel lijkt meer vragen op te roepen dan te beantwoorden en lijkt daarmee, ondanks de lange duur van de behandeling door de Tweede Kamer onvoldragen.

De leden van de fractie van GroenLinks hadden tot dusverre een verhandeling gemist over de relatie van het wetsvoorstel tot art. 6 van de Mededingingswet. Kan het kabinet duidelijkheid verschaffen over de verhouding tussen beide normen? Kan het daarbij ook ingaan op de kwestie van het relatiebeding? Welke grenzen zijn vanuit het oogpunt van

de bescherming van het belang van mededinging te stellen aan het gebruik van het relatiebeding?

In de detachings- en uitzendbranche komt het voor dat het uitgezonden werknemers verboden wordt in dienst te treden bij de inlener, zijnde een klant van de uitzendwerkgever. In het algemeen achtten de leden van de fractie van GroenLinks zo'n beding een zeer vergaande belemmering van de werknemer. Deze belemmering komt ook in de indirecte vorm voor, namelijk waar het de inlener wordt verboden de uitzendwerknemer rechtstreeks in dienst te nemen. Hoewel de leden van de fractie van GroenLinks begrip hadden voor het belang dat uitzendwerkgevers bij dergelijke bedingen hebben – zij maken immers soms aanzienlijke kosten voor werving, opleiding en selectie, vormen dergelijk bedingen vaak een wezenlijke inbreuk op de uitoefening van de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer, zeker als er sprake is van een direct verbod van indienst-treding bij de klant en zeker indien de werknemer bij de inlener een meer bestendige arbeidsrelatie aangeboden krijgt dat de uitzendwerkgever hem wil of kan garanderen. Hoe kijken de bewindslieden tegen dit probleem aan? Is hier om te beginnen sprake van een relatiebeding of van een concurrentiebeding? Zou het bovendien in zijn algemeenheid geen aanbeveling te verdienen de bescherming van de belemmerde uitzendkracht (weer) beter wettelijk te verankeren?

De leden van de **SGP**-fractie alsmede de leden van de **CU**-fractie hadden met belangstelling van het wetsvoorstel tot aanpassing van de bepalingen met betrekking tot het concurrentiebeding kennisgenomen. Zij konden zich vinden in de doelstellingen zoals die in de memorie van toelichting worden omschreven, doch waren niet vrij van twijfel omtrent de vraag of en in hoeverre de concreet gedane voorstellen er daadwerkelijk in zullen resulteren dat de aldaar genoemde doelstellingen worden gerealiseerd. Met name betwijfelden deze leden of de rechtszekerheid zal worden bevorderd en of de voorstellen niet aanleiding zullen geven tot het entameren van gerechtelijke procedures.

## **2. Overgangsrecht**

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen of het kabinet de regeling van artikel 213 evenwichtig acht. Willen de bewindslieden in hun antwoord de argumenten vóór een onbeperkt eerbiedigend overgangsrecht afwegen tegen het nadeel van de in tijd onbegrensde rechtsongelijkheid, in de zin dat het tot in lengte van jaren zal afhangen van het moment waarop een beding is aangegaan, welk regime het rechtens geldende is? Licht, indien een duurbepanking van één jaar te krap bemeten wordt gevonden vanwege het euvel van een grote hoeveelheid over te sluiten bedingen – een wat langere, maar wel in tijd begrensde overgangsregeling niet méér voor de hand?

De leden van de **VVD**-fractie stelden de vraag wat wordt bedoeld met het woord «gemaakt» in artikel 213 (overgangsrecht). Moet dit niet worden gewijzigd in «overeengekomen»?

Wil het kabinet overwegen om het woord «gemaakt» in het voorgestelde artikel 213 BW te vervangen door het juridisch correctere begrip «overeengekomen», zo vroegen aansluitend de leden van de fractie van **GroenLinks**.

Ook in verband met het overgangsrecht stelden de leden van de GroenLinks-fractie een vraag over het relatiebeding. Het komt de leden van de fractie van GroenLinks voor dat onder de vigour van het huidige art. 7:653 BW het relatiebeding moet worden gezien als een vorm van een

concurrentiebeding. Dat betekent dat de bepalingen van het huidige art.7:653 BW, met name de leden 3 en 4, van toepassing zullen blijven op relatiebeding die voor de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel overeengekomen zijn of worden. Is die visie juist?

De leden van de fracties van de **SGP** en **CU** stelden de vraag aan de orde of met de regeling van het overgangsrecht wel voldoende recht is gedaan aan de belangen van werkgeverszijde. Zij vroegen wat erop tegen zou zijn om te bepalen dat alle concurrentiebedingen die voorafgaande aan de datum van inwerkingtreding van de wet zijn aangegaan, van rechtswege worden geconverteerd in concurrentiebedingen die beantwoorden aan alle (minimum- en maximum)eisen van de nieuwe wet.

### **3. Verplichte vergoeding, rechtsgrond ervan**

De leden van de **CDA**-fractie hadden twijfel bij de rechtsgrond van de vergoeding voor de werknemer. Het kabinet stelt, dat die vergoeding geen schadevergoeding is, maar een vergoeding voor de beperkingen die uit het concurrentiebeding voortvloeien (memorie van toelichting, pag. 7, eerste volle alinea). Dat leek de hier aan het woord zijnde leden ongerijmd. De enkele beperking is immers nog niet onrechtmatig of – in een contractuele verhouding – in strijd met goed werkgeverschap of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De beperking is alleen aldus te kwalificeren, indien zij de werknemer schaadt in diens (gerechtvaardigde) belangen. Nu zou het kabinet nog kunnen stellen dat er sprake is van een *quid pro quo*. De werknemer verbindt zich op voorhand om een beperking op zijn keuzevrijheid te aanvaarden; de werkgever verplicht zich om daar tegenover een vergoedingsplicht te aanvaarden. Ook die benadering neemt niet weg dat er een relatie moet bestaan tussen de betekenis van de ene prestatie en die van de andere. Zou die relatie niet terzake doen, dan was er geen reden om de rechter achteraf nog een mogelijkheid te bieden in te grijpen, zowel in de ene als in de andere prestatie. Die ingreep pleegt hij dan bovendien op basis van de feiten en omstandigheden van dát moment. Anders gezegd: de initieel overeengekomen vergoeding is een gefixeerde schadevergoeding voor een nog onbekende schade, waarvan beider omvang achteraf nog aan de rechter ter beoordeling kan worden voorgelegd. Zowel de werknemer (in het oorspronkelijke wetsvoorstel) als de werkgever (thans ook in het gewijzigde voorstel) kunnen immers de rechter verzoeken de vergoeding aan te passen. Zou dat niet zijn om de werkelijke omvang van de schade vast te stellen, dan zou met dit wetsvoorstel immers de rechter de bijzondere bevoegdheid krijgen om een billijke prijs vast te stellen voor een prestatie.

Daarnaast vroegen deze leden hoe de rechter zal oordelen in het geval een werknemer opzegt om werkzaam te zijn in een geheel andere branche, niet bestreken door het concurrentiebeding. Moet de werknemer dan stellen, dat hij van andere mogelijkheden heeft afgezien en, zo ja, moet hij dat dan bewijzen? Of moet de werkgever het tegendeel stellen en bij voldoende betwisting bewijzen?

De leden van de **CDA**-fractie stelden nog wat vragen met betrekking tot de verplichting voor de werkgever om in de arbeidsovereenkomst de werkzaamheden van de werknemer te omschrijven waarvoor het beding geldt. Thans is de praktijk, dat dit vrijwel niet gebeurt. Consequentie is, dat volgens vaste rechtspraak bij iedere functiewijziging van enige betekenis het beding opnieuw moet worden aangegaan, wil het te zijner tijd na het einde van de arbeidsovereenkomst kunnen worden ingeroepen. Functiewijzigingen gaan zelden gepaard met een nieuw arbeidscontract; veelal worden zij per brief vastgelegd. Veel werknemers kunnen zodoende

zonder problemen van werkgever wisselen of als zelfstandig ondernemer starten. Het thans voorliggende voorstel nodigt werkgevers echter als het ware uit om in de initiële arbeidsovereenkomst al een zodanige omschrijving van werkzaamheden vast te leggen, dat ook toekomstige functiewisselingen daaronder zullen zijn begrepen. Nu zou het kabinet dat kunnen afdoen met verwijzing naar de aanspraak op de billijke vergoeding, maar – afgezien van de hierna nog te stellen vragen terzake – blijft het merkwaardig, dat het wetsvoorstel zou kunnen leiden tot *vermindering* van de arbeidsmobiliteit, doordat het concurrentiebedingen effectiever maakt. Terzijde: in de nota naar aanleiding van het verslag wordt op pag. 18 in een ander verband wel opgemerkt, dat de werkzaamheden «gerelateerd» moeten zijn aan de met de werknemer afgesproken functie, maar dit vloeit noch uit de structuur van de wettelijke bepaling, noch uit haar bewoordingen, noch uit de memorie van toelichting voort. Gaarne vernamen de CDA-leden een reactie van het kabinet.

De leden van de **PvdA**-fractie stelden nog wat vragen met betrekking tot de situaties waarin de werknemersvergoeding niet verschuldigd is (lid 3). Kan het kabinet nog eens ingaan op de reden om de werkgever van zijn vergoedingsplicht te ontslaan, wanneer hij de werknemer bij gelegenheid van diens opzegging laat weten geen gebruik te zullen maken van het concurrentiebeding (behoudens in geval van onbillijke benadeling, waarvan de bewijslast, naar wij aannemen, op de werknemer rust)? Hoe verhoudt de wens tot een beter evenwicht zich tot het feit dat, enerzijds, concurrentiebedingen bij bepaalde-duurcontracten toelaatbaar blijven, terwijl de werkgever van zo'n duurcontract daar, anderzijds, tot één maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst eenzijdig vanaf kan? Hoe evenwichtig is de regeling nog bij bijvoorbeeld een bepaalde-duurovereenkomst van drie jaar?

De leden van de **VVD**-fractie vroegen het kabinet in te gaan op de juridische grondslag van de bepalingen over de verplichte vergoeding. Een heldere grondslag zou zijn het lijden van schade door de werknemer. Die grondslag lijkt te ontbreken. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld dat een werkgever die een concurrentiebeding is overeengekomen met een werknemer verplicht is op voorhand een billijke vergoeding aan te bieden. De werkgever moet deze overeengekomen billijke vergoeding vervolgens altijd betalen wanneer de arbeidsovereenkomst met de desbetreffende werknemer eindigt. Of de werknemer daadwerkelijk schade lijdt, is niet aan de orde. Zelfs indien de werknemer zijn baan opzegt om bijvoorbeeld een half jaar een wereldreis te maken, zal de werkgever de vergoeding moeten betalen. Te vrezen valt dan ook dat een dergelijke regeling haar doel voorbijschiet: de billijke vergoeding verwordt dan tot een soort «tekengeld» bij vertrek.

Kan het kabinet de omstandigheden verduidelijken waaronder de werknemer op onredelijke gronden zijn instemming weigert aan het laten vervallen van de schadevergoedingsplicht, zo vragen de leden van de **GroenLinks**-fractie. Op het eerste gezicht kan het onredelijk lijken dat een werknemer die met pensioen gaat nog over maximaal 12 maanden een schadevergoeding zou opstrijken. Anderzijds is deze werknemer tijdens zijn misschien wel langdurige dienstverband voortdurend beperkt geweest in het verrichten van andere werkzaamheden en heeft hij daardoor wellicht inderdaad schade geleden. De vraag is met andere woorden wat nu eigenlijk de achtergrond is van de billijke schadevergoeding: is het een vergoeding voor de belemmering tijdens het dienstverband, voor de belemmering na einde dienstverband of voor allebei? Indien dat laatste het geval is de leden van de fractie van GroenLinks waren die opvatting toegedaan – zal het niet snel denkbaar zijn dat de werknemer op onredelijke gronden weigert in te stemmen met

het vervallen van de schadevergoeding, tenzij het dienstverband maar kort geduurd heeft en de werknemer inderdaad daarna met pensioen gaat. Kan het kabinet hier nader op ingaan?

Ook de leden van de **SGP**- en **CU**-fractie constateerden dat in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de verplichte vergoeding ex artikel 7:653 BW een vergoeding is, geen schadevergoeding. Of de werknemer in kwestie daadwerkelijk schade lijdt door de werking van het concurrentiebeding, is dus irrelevant. Deze leden stelden de vraag of deze benadering redelijkerwijs te rechtvaardigen is in gevallen waarin duidelijk is dat de betrokken werknemer geen schade lijdt doordat hij een gelijkwaardig beloonde baan heeft gevonden of in gevallen waarin de werknemer ervoor kiest (tijdelijk) geen betaald werk te aanvaarden. Licht het met het oog op deze en andere gevallen niet veel meer voor de hand de verplichte vergoeding als een schadevergoeding te beschouwen?

De leden van de **VVD**-fractie vroegen vervolgens of het de bedoeling is dat bij het bepalen van de billijke vergoeding rekening wordt gehouden met een eventuele sterke inkomensachteruitgang. Deze kan het gevolg kan zijn van de verplichting voor de werknemer om ex art. 24 WW te solliciteren naar functies met een (veel) lager salaris waardoor hij bij hernieuwde werkloosheid na 26 weken werken tegen dat lagere salaris slechts aanspraak kan maken op een (veel) lagere WW-uitkering.

Daarnaast constateerden deze leden dat een concurrentiebeding wordt aangegaan ter bescherming van de concurrentiegevoelige informatie en/of kennis van een onderneming. Een dergelijk beding draagt er mede toe bij de continuïteit van de onderneming te waarborgen: zo kan worden voorkomen dat klanten van een onderneming op een oneerlijke manier worden «meegenomen» door een werknemer die over concurrentiegevoelige informatie beschikt. Ook kan met behulp van het concurrentiebeding voor een bedrijf relevante kennis behouden blijven, hetgeen van groot belang is in onze kenniseconomie. Wanneer de kennis voor het bedrijf niet behouden kan blijven, loopt de continuïteit van het bedrijf ernstig gevaar. De leden van de VVD-fractie constateerden dat wellicht te vrezen valt dat door het wetsvoorstel werkgevers, bijvoorbeeld in kennisgevoelige bedrijven, hoge kosten moeten maken om hun gerechtvaardigde bedrijfsbelangen te beschermen, met daarvan weer als mogelijk gevolg dat de continuïteit van het bedrijf in gevaar komt. Hoe beoordeelt het kabinet dit en wat betekent het wetsvoorstel voor de continuïteit van ondernemingen?

#### **4. Inhoud voorstellen**

##### *Billijke vergoeding*

De leden van de **CDA**-fractie vroegen of het kabinet kan uitleggen wat onder een billijke vergoeding in de zin van art. 7:653, eerste lid moet worden verstaan. Welke maatstaven zijn daarbij in acht te nemen? Kan de vergoeding verwijzen naar een toekomstig te ontvangen WW-uitkering of toekomstig elders te ontvangen lager salaris?

De leden van de **VVD**-fractie vroegen eveneens wat moet worden verstaan onder «billijke» vergoeding in de zin van het voorgestelde art. 7:653 lid 1 BW. Zij meenden dat wanneer een antwoord op de vraag wat onder een «billijke» vergoeding moet worden verstaan, blijft ontbreken dit zal leiden tot een toename van juridische procedures. Achten de bewindslieden dit wenselijk? Het kabinet heeft als één van de mogelijke vingervijzingen in dit opzicht genoemd dat emolumenten als auto van de zaak en pensioen bij het overeenkomen van de vergoeding zouden kunnen worden betrokken. Zijn de bewindslieden het ermee eens dat dit kan

leiden tot vergaande stellingen van werknemers? Waarom zou bijvoorbeeld een vergoeding voor vakantiedagen of een bijdrage in de ziektekostenverzekering of kinderopvang niet ook betrokken moeten worden in de vaststelling van de billijke vergoeding? Waarom sluit het kabinet in dit kader niet aan bij de rechtspraak van de Kantonrechters Aanbevelingen, te weten: de definitie van de B-factor in de kantonrechtersformule?

Kan het kabinet een uiteenzetting wijden aan de billijke vergoeding en met name een zo uitgebreid mogelijke opsomming van omstandigheden geven die relevant zijn voor de berekening van de billijke vergoeding, zo vroegen de leden van de **GroenLinks**-fractie.

De leden van de **SGP**- en **CU**-fracties hadden twijfels met betrekking tot de vaststelling van de voorziene «billijke vergoeding». Zij vroegen of hun zienswijze juist is dat de individuele werkgever en de individuele werknemer zullen moeten bepalen welke vergoeding billijk is.

#### *Relatiebeding*

De leden van de **CDA**-fractie vroegen waarom het nieuwe lid 8 zo ruim is geformuleerd. In de praktijk gaat het bij relatiebedingen doorgaans om de klanten die door de werknemer in de laatste 12 of 24 maanden op een regelmatige basis zijn bediend. Dergelijke bedingen laat de kantonrechter doorgaans in stand zonder een vergoeding toe te kennen. Met die praktijk konden de leden van de CDA-fractie leven. Dan gaat het in hun visie echter niet aan om alle relatiebedingen die benadeling van «de» klanten van de werkgever betreffen, uit te sluiten van de werking van art. 7:653. Gaarne vernamen de leden hier aan het woord een reactie van het kabinet.

De leden van de **PvdA**-fractie zouden graag willen dat het kabinet met enige voorbeelden verduidelijkt welke handelingen bestreken worden door een beding om na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de werkgever te benaderen (lid 8). Is, bijvoorbeeld, degene die cliënten van zijn vorige werkgever bij gelegenheid aanspreekt in overtreding in het licht van het door hem getekende benaderingsverbod? Is de bedoeling van de afsplitsing van dit beding dat een dergelijk verbod tot in lengte van jaren geldig kan blijven? Zo ja, hoe verhoudt dat zich tot art. 6 Mededingingswet? En tot art. 19 lid 3 GW?

De leden van de **VVD**-fractie constateerden dat het kabinet zich stelt op het standpunt dat het «relatiebeding» geen concurrentiebeding is in de zin van art 7: 653 BW (nieuw). De bewindslieden baseren zich in dit kader op een uitspraak van de kantonrechter te Utrecht van (zondag!) 12 oktober 2003. Kunnen de bewindslieden verduidelijken op welke uitspraak, met vindplaats, wordt gedoeld? Hoe verhoudt voorts het standpunt van het kabinet ten aanzien van relatiebedingen zich tot de literatuur en de rechtspraak, waarin algemeen wordt aangenomen dat een dergelijk beding wel degelijk onder de definitie van het huidige art. 7: 653 BW valt, terwijl de voor dit onderwerp relevante onderdelen van die definitie in het wetsvoorstel niet worden gewijzigd?

De leden van de **GroenLinks**-fractie waren uiterst ongelukkig met de wijze waarop het relatiebeding nu in het BW (niet goed) geregeld wordt. Met name de omschrijving van het relatiebeding gaf aanleiding tot zeer veel vragen. Wat wordt bedoeld met «klanten van de werkgever»: gaat het daarbij bijvoorbeeld ook om gewezen of potentiële klanten van de werkgever? Zijn eventueel ook opdrachtnemers van de werkgever, bijvoorbeeld zelfstandigen met zeer gespecialiseerde kennis of vaardigheden, als klanten aan te merken? Wat is benaderen: adverteren in publieksmedia zal daar niet onder vallen, maar geldt dat ook voor het huis

aan huis laten verspreiden van een reclameboodschap of voor het adverteren in bijvoorbeeld vakbladen voor klanten in de betreffende branche? Is iedere vorm van mondelinge communicatie met klanten van de ex-werkgever «benaderen», of moet het gaan om het stelselmatig benaderen van klanten met het uitsluitende of overwegende doel klandizie bij de ex-werkgever weg te halen? Is het kabinet het voorts eens met de leden van de fractie van GroenLinks dat het sluiten van een relatiebeding, hoezeer dat ook terecht kan zijn ter bescherming van de bedrijfsbelangen van de werkgever, met enkele waarborgen omkleed zou moeten blijven, zoals met name het schriftelijkheidsvereiste? Kunnen de bewindslieden beamen dat het niet wenselijk is dat bijvoorbeeld een CAO de individuele werknemer aan een relatiebeding bindt?

De leden van de **GroenLinks**-fractie constateerden dat een concurrentiebeding in de loop van een arbeidsrelatie zwaarder kan gaan drukken op de werknemer. Volgens jurisprudentie van de Hoge Raad verliest het beding dan zijn geldigheid. Naar de mening van de leden van de fractie van GroenLinks is het ook denkbaar dat een relatiebeding zwaarder gaat drukken. Is het kabinet het met deze leden eens dat zo'n relatiebeding dan zijn geldigheid verliest?

#### *Nietigheid*

De leden van de **CDA**-fractie stelden vast dat de billijke vergoeding een constitutief vereiste is voor het bestaan van het concurrentiebeding. Niettemin moeten werkgever en werknemer de vergoeding op basis van consensus vaststellen. In hoeverre kan de werknemer nietigheid van het concurrentiebeding inroepen, omdat hij de vergoeding – achteraf – niet billijk vindt? Kan de rechter dit oordeel ook ambtshalve uitspreken?

De leden van de **VVD**-fractie vroegen wat volgens het kabinet de consequentie zou moeten zijn als een rechter op verzoek van werkgever of werknemer vaststelt dat de tussen partijen overeengekomen vergoeding niet kan worden aangemerkt als een billijke vergoeding zoals bedoeld in het voorgestelde art. 7: 653 lid 1 BW. Is in dat geval toch sprake van een geldig concurrentiebeding in de zin van dat artikel of moet worden aangenomen dat het overeengekomen concurrentiebeding nietig is, omdat aan één van de constitutieve vereisten niet is voldaan?

Ook de leden van de **PvdA**-fractie stelden vragen met betrekking tot de billijke vergoeding als bestaansvoorwaarde voor een geldig beding (lid 1 jo 4 en 7). Wat is de relatie tussen de geldigheidsvoorwaarde uit het eerste juncto het vierde lid, en de wijzigingsbevoegdheid van de rechter uit het zevende lid? Concreet: is een beding waarin een niet-reële vergoeding is overeengekomen (bijvoorbeeld 1 € voor iedere maand dat het verbod van kracht is)

- a) nietig, omdat geen billijke vergoeding is overeengekomen (lid 4 jo 9), of
- b) als uitgangspunt rechtsgeldig, omdat de kantonrechter iedere vergoeding tot een billijkheidsniveau kan optrekken en het beding aldus rechtsgeldigheid verlenen?

De leden van de **GroenLinks**-fractie vroegen of het kabinet kan ingaan op de verhouding tussen de artikelleden 1 en 4 van het voorgestelde art. 7:653 BW. Beide artikelleden lijken de constitutieve vereisten te bevatten voor een rechtsgeldig overeengekomen concurrentiebeding. De leden van de fractie van GroenLinks meenden dat verduidelijking noodzakelijk is over de sancties die gelden bij overtreding van deze artikelleden. Lid 9 bepaalt dat iedere afwijking van artikel 7:653 nietig is. De vraag is echter in de eerste plaats in hoeverre er sprake kan zijn van partiële nietigheden die op grond van art. 3:42 BW voor conversie in aanmerking kunnen



komen. Daarvan zou, althans in theorie, bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien een beding wordt overeengekomen voor een duur van meer dan 12 maanden. Indien evenwel een vergoeding is overeengekomen die niet aan de normen van een billijke vergoeding voldoet lijkt conversie niet goed denkbaar. Is het kabinet het met de leden van de fractie van GroenLinks eens dat conversie van een nietig beding in een rechtsgeldig beding in het kader van het concurrentiebeding, gezien de bescherming die artikel 7:653 met name de werknemer beoogt te bieden, niet aan de orde kan zijn? Daarnaast vroegen deze leden wat het kabinet vindt van de suggestie van de leden van de fractie van GroenLinks om aan de voorgestelde nieuwe leden 5 en 6 van art. 7:685 BW na de woorden «in artikel 653» telkens toe te voegen «dan wel een relatiebeding als bedoeld in lid 8 van dat artikel».

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen of de bewindslieden in kunnen gaan op de verhouding tussen de nietigheidssanctie van lid 9 en de rol die de rechter speelt bij het nader vaststellen van de vergoeding (lid 7). Is het niet een juridisch merkwaardige figuur dat een concurrentiebeding waarbij geen billijke vergoeding is overeengekomen getroffen wordt door de nietigheidssanctie, maar vervolgens «gered» zou kunnen worden door de rechter? Hoe verhoudt deze figuur zich tot het bepaalde in titel 3:2 BW?

De leden van de **SGP**- en **CU**-fracties merkten op dat in verband met het bereik van het concurrentiebeding in lid 4 sub van artikel 7:653 BW een aanduiding van de werkzaamheden wordt vereist. De leden van genoemde fracties stelden de vraag welke eisen aan de omschrijving van de werkzaamheden worden gesteld. Hoe nauwkeurig moet de omschrijving zijn? Zij stelden deze vraag, ervan uitgaande dat een onvoldoende nauwkeurige omschrijving de nietigheid van het hele beding tot gevolg kan hebben. Is deze veronderstelling juist?

De leden van de **SGP**- en **CU**-fractie vroegen of een concurrentiebeding waarvan de rechter oordeelt dat de vergoeding niet billijk is, voor nietigheid in aanmerking komt en consequenties kan hebben voor de geldigheid van het beding zelf. Overigens betreurden deze leden het dat het wetsvoorstel geen concreet percentage van het laatstverdiende loon voor de vergoeding noemt (vgl. de weg die de wetgevers in Duitsland en België hebben gekozen: 50 procent).

#### *Rechtszekerheid*

De leden van de **CDA**-fractie stelden de vraag waarin in dit wetsvoorstel de grotere rechtszekerheid voor de werknemer schuilt, nu zowel hij als de werkgever in veel gevallen de rechter kunnen, en zeer waarschijnlijk: zullen, adiëren. Namelijk om vast te stellen of de werknemer schadeplichtig was (en dus zonder vergoeding het beding moet respecteren, art. 7:653, derde lid onder a), om vast te stellen of verval van de vergoeding onbillijk is (art. 7:653, derde lid onder b en d, jo slotzin) en om vast te stellen of de vergoeding verhoogd, danwel verlaagd moet worden ( art. 7:653, zevende lid). Gaarne vernamen de leden van de CDA-fractie de zienswijze van het kabinet.

Zowel de opzegging door de werknemer als prijsgeving van het concurrentiebeding door de werkgever kan vormvrij geschieden. Dat zal de praktijk zijn, ook als vervolgens briefjes worden geschreven. De leden van de CDA-fractie vroegen of dit niet aanleiding zal geven tot allerlei geharrewar over de vraag wie wanneer als eerste wat gezegd heeft? Brengt het stelsel van het derde lid van artikel 7:653 dan ook niet noodzakelijkerwijs veel rechtsonzekerheid en procedures met zich mee?

### *Ontbinding*

De leden van de **VVD**-fractie constateerden dat art. 7: 653 lid 3 sub b en c BW (nieuw) slechts op de situatie van opzegging zien, door werkgever of werknemer. Zij vroegen wat er gebeurt indien geen sprake is van opzegging, maar van ontbinding ex art. 7: 685 BW? Maakt het uit of de kantonrechter reeds een beschikking heeft afgegeven? Maakt het uit of de ontbinding is verzocht door de werkgever of de werknemer? De leden van de VVD-fractie zouden hierover graag de mening van de bewindslieden vernemen.

### *Opzegging*

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen vervolgens wanneer een kennisgeving «bij gelegenheid van de opzegging» geschiedt. Is dit het geval wanneer de werkgever de werknemer onmiddellijk na diens mededeling dat hij wil vertrekken, laat weten dat hij van een beroep op het concurrentiebeding afziet? Is de kennisgeving «na opzegging», wanneer die mededeling de dag daarop wordt gedaan? Zo ja, acht het kabinet het onderscheid tussen beide dan voldoende duidelijk? Geldt deze regeling inderdaad alleen ingeval van opzegging, of ook bij een ontbinding door de kantonrechter, bijvoorbeeld op initiatief van de werknemer?

De leden van de **VVD**-fractie vroegen of de bewindslieden het eens zijn met de stelling dat een werkgever doorgaans niet weet wanneer de werknemer gaat opzeggen, zodat de situatie als bedoeld in art 7: 653 lid 3 sub c BW (nieuw) slechts theorie is. Niet valt immers in te zien waarom een werknemer in die situatie zal instemmen met het afzien van de billijke vergoeding.

### *Overig*

Het kabinet lijkt, volgens de leden van de **GroenLinks**-fractie, te stellen dat de vergoeding die de werkgever op grond van het hanteren van een concurrentiebeding verschuldigd is, geacht wordt betrekking te hebben op de zogeheten fictieve opzegtermijn als bedoeld in art. 16 lid 3 WW (MvT p. 8, Handelingen II p. 2–38). Deze stelling leek de leden van de fractie van GroenLinks onjuist. Voor zover hun bekend is bij de totstandkoming van art. 16 lid 3 WW niet gesproken over de vergoeding op grond van art. 7:653 BW. Bovendien bepaalt art. 16 lid 3 WW slechts dat de schadevergoeding *in verband met de beëindiging* wordt verrekend, terwijl hier sprake is van een vergoeding in verband met de belemmering op concurrerende werkzaamheden. Deze leden meenden dat het kabinet in art. 16 lid 3 WW dus iets anders lees dan er staat en verzoeken het kabinet haar visie nader te onderbouwen.

## **5. Proeftijd**

De leden van de **CDA**-fractie vroegen of een werkgever ook voorwaardelijk de werknemer kan ontslaan uit zijn concurrentiebeding, bijvoorbeeld omdat de werknemer te kennen heeft gegeven bij een werkgever te willen gaan werken die in een ander deel van het land gevestigd is of zelfs in het buitenland? Kan het ontslag voorwaardelijk zijn in die zin, dat de werknemer wel bij die andere werkgever in dienst treedt, maar ontslag neemt in de proeftijd en dan toch bij een concurrent in dienst treedt voor wie de oude werkgever zeker geen ontslag uit het concurrentiebeding zou hebben verleend?

De leden van de **PvdA**-fractie hadden nog vragen met betrekking tot de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur versus beëindiging in de proeftijd. Kan het kabinet nog eens ingaan op de reden om aanbeveling 1) van de MDW-werkgroep niet op te volgen? Zijn er omstandigheden denkbaar en zo ja welke, waar het belang van de werkgever die een

arbeidsovereenkomst van zes maanden heeft aangeboden en deze vervolgens niet verlengt, dient te prevaleren boven dat van de werknemer om elders in dezelfde branche een betrekking te zoeken?

## 6. Faillissement

De bepaling omtrent verval van het concurrentiebeding in geval van faillietverklaring van de werkgever gaf de leden van de **CDA**-fractie aanleiding tot de volgende opmerkingen en vragen. Deze leden achtten het enigszins merkwaardig, dat de overname van een onderneming in de vorm van een doorstart vóór het faillissement wel leidt tot in standhouding van het beding, maar een doorstart ná faillietverklaring niet. Dat is temeer merkwaardig, omdat een doorstart na personele herstructurering zoals mogelijk bij een faillissement – de succeskans van de doorstart en daarmee de werkzekerheid voor de werknemer vergroot. Was het niet verstandiger geweest om verval aan te nemen, indien de curator niet binnen veertien dagen de doorstart had gerealiseerd? Bij een kansrijke doorstart is deze immers doorgaans ruim voor de faillietverklaring voorbereid.

Een ander aspect is, dat kennelijk bij faillietverklaring van de werkgever ook de aanspraak op vergoeding voor de werknemer wegvalt. De leden hier aan het woord hadden echter de indruk, dat juist in het geval van faillissement de werknemer behoefte kan hebben aan de vergoeding. Bovendien lijkt de gedachte achter het wetsvoorstel, dat de vergoeding een tegenprestatie is voor de beperking die de werknemer tijdens het dienstverband heeft ondervonden. Hij heeft dan dus wel «gepresteerd», maar zijn aanspraak op de «tegenprestatie» vervalft. Dat leek de leden van de CDA-fractie ongerijmd. Gaarne vernamen zij een reactie van de bewindslieden.

De leden van de **GroenLinks**-fractie constateerden dat het concurrentiebeding vervalft indien de werkgever in staat van faillissement wordt verklaard. De leden van de fractie van GroenLinks namen aan dat het beding niet herleeft als het faillissement vervolgens wordt vernietigd. Is dat juist?

## 7. Procedurele/Processuele verbeteringen

De leden van de **CDA**-fractie vroegen vervolgens in hoeverre de procedurele koppeling tussen de ontbindingsprocedure en de beoordeling van het concurrentiebeding met zich meebrengt, dat de huidige kantonrechttersformule met dit wetsvoorstel als het ware wordt gesanctioneerd. Hoe kan een werknemer die een ontbindingsvergoeding krijgt toegekend er zeker van zijn, dat in de hoogte daarvan géén rekening is gehouden met de billijke vergoeding ex 7:653 BW? Zie in dit verband met name Dingemans en Van Broeckhuijsen in: *De (on)zekere toekomst van het concurrentiebeding; een updating*, in *Arbeidsrecht* 8/9, pag. 42, en de verwijzing naar de Baijingsleer.

De leden van de **VVD**-fractie merkten op dat in de literatuur er door velen op is gewezen dat het een juridisch monstrum is om hoger beroep tegen de beslissing over het concurrentiebeding toe te staan ex art. 7: 685 lid 13 (nieuw), maar de ontbinding met vergoeding buiten dat hoger beroep te houden. De hoogte van de ontbindingsvergoeding hangt voor veel kantonrechtters doorgaans nauw samen met het bestaan van een concurrentiebeding, terwijl de rechter op grond van de door de Hoge Raad ontwikkelde «Baijings-leer» alle voor zijn oordeel relevante factoren bij zijn beslissing moet laten meewegen en tot uitdrukking moet brengen in de hoogte van de ontbindingsvergoeding. Het valt daarom te

verwachten dat dit juridisch monstrem tot onacceptabele uitkomsten zal leiden. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat geen of slechts een lage ontbindingsvergoeding wordt toegekend, omdat de werknemer aanspraak heeft op een aanzienlijke billijke vergoeding ex art. 7: 653 BW (nieuw), terwijl vervolgens in hoger beroep het concurrentiebeding wordt vernietigd, zodat de werknemer met (vrijwel) lege handen achterblijft. Is het oordeel van de leden van de VVD-fractie juist dat hierin niet is voorzien in het wetsvoorstel?

De leden van de **SGP**- en **CU**-fracties vroegen of, wat betreft de voorziene mogelijkheid om een ontbindingszaak (artikel 7:685 BW) te combineren met een regeling inzake het concurrentiebeding, zij het goed hadden begrepen dat hoger beroep en cassatie inzake het 653-deel van een 685-beschikking is toegestaan. Zo ja, dan rees bij deze leden de vraag of het gevolg hiervan niet kan zijn dat de werknemer (van wie de arbeids-overeenkomst zal worden ontbonden) vanaf de ontbindingsdatum in onzekerheid blijft verkeren over de werking van het concurrentiebeding en de omvang daarvan.

### **8. Boeteregeling**

De leden van de **CDA**-fractie vroegen in hoeverre op boetes in het kader van een concurrentiebeding art. 7:650 BW van toepassing is.

### **9. Advies MDW-werkgroep**

De leden van de **PvdA**-fractie hadden nog vragen met betrekking tot de rechtszekerheid versus open dan wel de afwezigheid van wettelijke normen. Hoe verhoudt de wens om met dit wetsvoorstel tot meer rechtszekerheid te komen zich tot het niet overnemen van de aanbevelingen 5 (opnemen van een boeteregeling, of althans een indicatie hiervan), 7 (heroverweging bij functieverandering) en 9 (belangenafweging rechter) van de MDW-werkgroep? Wordt de regeling daarmee niet onnodig open en dus voor degenen die het aangaat onvoldoende kenbaar?

De voorzitter van de commissie,  
Van de Beeten

De griffier van de commissie,  
Janssen