

Vergaderjaar 2004–2005

**28 167**

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

**E**

### **NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 13 juli 2005

Naar aanleiding van de door de leden van de vaste commissie voor Justitie gestelde vragen merken wij het volgende op.

#### **Inhoud wetsvoorstel**

##### *Betekenis Concurrentiebeding*

De leden van de CDA-fractie zijn van mening, dat de percentages in het onderzoek van MarketResponse Nederland BV onwaarschijnlijk hoog zijn en verzoeken de minister het integrale rapport aan de Kamer te doen toekomen. Ook volgt in de visie van deze leden uit de in de memorie genoemde gegevens, met inbegrip van genoemd rapport, niet, althans niet dwingend, dat er een dringend probleem bestaat dat met dit wetsvoorstel wordt opgelost.

De regering heeft met de gegevens uit het overigens niet grootschalige onderzoek alleen willen aangeven, dat daaruit niet kan worden afgeleid dat de situatie voor werknemers ten opzichte van het inventariserende onderzoek van 2 mei 1997 is verbeterd. Op verzoek treft u bijgaand het onderzoek van MarketResponse Nederland BV aan, waarin de eerder weergegeven percentages deels zijn terug te vinden<sup>1</sup>. Zo overweegt 7% van de werkgevers die geen concurrentiebeding hanteren, om dit in de toekomst wel op te nemen in het arbeidscontract (Overigens wordt in de memorie van antwoord per abuis gesproken van 75%). Verder verwacht 64% van de werknemers dat de werkgever hen aan het concurrentiebeding zal houden.

Dat er nog steeds problemen zijn die met dit wetsvoorstel worden opgelost, blijkt ondermeer uit genoemd onderzoek, waarin staat dat maar liefst 16% van de werknemers met een concurrentiebeding wordt geconfronteerd en van wie de overgrote meerderheid ook denkt dat de werkgever hen eraan zal houden. Bovendien zijn de vele concurrentiebedingen thans zo algemeen geformuleerd, dat werknemers niet goed weten waar zij aan toe zijn. Voorts bestaat er geen recht op een vergoeding ter compensatie van de beperking van de vrije arbeidskeuze. Hiervoor biedt dit wetsvoorstel juist oplossingen.

De leden van de fractie van GroenLinks menen dat een beding – waarbij het een uitzendkracht wordt verboden na afloop van de uitzendperiode in

<sup>1</sup> Is ter inzage gelegd op het Centraal Informatiepunt onder griffiennr. 133524.

dienst te treden bij de inlener – de werknemer beperkt om na het einde van de arbeidsovereenkomst als uitzendwerknemer «op zekere wijze werkzaam te zijn», en vragen de regering haar standpunt nog eens te verduidelijken.

De ratio van een concurrentiebeding dient onderscheiden te worden van die van het beding waarbij een uitzendkracht wordt verboden om na afloop van de uitzendperiode in dienst te treden bij de inlener. Met het concurrentiebeding beoogt de werkgever concurrerende activiteiten van de werknemer na afloop van de arbeidsovereenkomst tegen te gaan.

Het verbod tot indiensttreding bij de inlener beoogt de investering zeker te stellen die het uitzendbureau heeft gedaan in zijn werknemer en in zijn relatie met de opdrachtgever/de inlener. Daarbij kan gedacht worden aan het vergoeden van cursuskosten, het verzorgen van het begeleiden van het personeel, het voeren van reclamecampagnes. Dit verbod is ook algemeen van aard in die zin dat het niet beperkt is tot dezelfde werkzaamheden die de werknemer oorspronkelijk bij de inlener verrichtte op basis van de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Het beding verbiedt met andere woorden indiensttreding bij de inlener ongeacht de aard van de werkzaamheden en ongeacht de vraag of er sprake is van concurrerende activiteiten.

### *Billijke vergoeding*

De leden van de CDA-fractie zijn van mening dat de vergoeding het karakter van een schadevergoeding heeft, omdat de werkgever en werknemer bij het begin van de arbeidsrelatie die vergoeding moeten overeenkomen en moeten beoordelen wat alsdan een redelijke vergoeding zal zijn.

Zij kunnen dan niet abstraheren van de alsdan te verwachten gevolgen – lees schade – voor de werknemer vanwege de beperkingen in zijn vrijheid van arbeidskeuze. Welk ander houvast hebben partijen, zo vragen deze leden.

De regering is van mening dat de vergoeding op grond van artikel 7:653 BW niet kan worden aangemerkt als een schadevergoeding veroorzaakt door wanprestatie of onrechtmatig handelen van de werkgever. De werkgever is immers bevoegd zich te beroepen op het beding. De regering beschouwt de vergoeding als compensatie voor de beperking van de vrijheid van arbeidskeuze voor de werknemer. Het gaat er – anders dan de leden van de CDA-fractie veronderstellen – dan ook niet om dat partijen bij het afspreken van de billijke vergoeding de eventuele gevolgen in de zin van schade voor de werknemer ten gevolge van de beperking in aanmerking moeten nemen. Dat is ook niet goed mogelijk omdat het gaat om een toekomstige situatie. Schade is dus geen berekeningsfactor. De vergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld. Factoren die bij de vaststelling van de vergoeding betrokken kunnen worden zijn bijv. de duur van de beperking, de reikwijdte van het beding en de hoogte van het bij de functie behorende salaris. Over de hoogte van de billijke vergoeding stelt het wetsvoorstel geen nadere regels. Dit is niet doenlijk gelet op de grote verschillen in aard en omvang van dergelijke bedingen en gelet op het feit dat bij de vaststelling van de billijke vergoeding alle omstandigheden van het concrete geval in aanmerking moeten worden genomen. De vraag of de door partijen afgesproken vergoeding billijk is wordt beoordeeld aan de hand van de op dat moment bestaande omstandigheden. Beoordeeld zal moeten worden of betrokkenen in redelijkheid tot de afgesproken vergoeding hebben kunnen komen. Is daarvan geen sprake dan is het beding nietig.

Ook is het mogelijk dat de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding op een later moment niet langer meer billijk wordt geoordeeld. Het beding

verliest dan niet zijn geldigheid; de rechter kan de vergoeding dan wijzigen (d.w.z. verhogen of verlagen). Het is naar het oordeel van de regering redelijk dat de vergoeding in die omstandigheden kan worden aangepast. Overigens zijn wij met de leden van de CDA-fractie van mening dat de concurrentiebedingvergoeding onderscheiden moet worden van de ontbindingsvergoeding. Punt van overeenstemming is wel dat beide vergoedingen gebaseerd zijn op billijkheid. De onderliggende juridische factoren zijn echter verschillend.

De leden van de CDA-fractie begrijpen niet waarom het irrelevant is of de werknemer nog maar kort heeft gewerkt bij de werkgever of na het einde van het dienstverband met pensioen gaat, factoren die immers in een ontbindingsprocedure ook een rol spelen bij de bepaling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding.

De regering is van opvatting, dat de vergoeding in het kader van een ontbindingsprocedure moet worden onderscheiden van de billijke vergoeding in het kader van een concurrentiebeding. De eerste vergoeding is onder meer een compensatie voor (de gevolgen van) het verlies van de arbeidsplaats en eventueel verwijtbaar gedrag van de werkgever. De verplichte billijke vergoeding bij een concurrentiebeding dient ter compensatie van de beperking die de werknemer gedurende een bepaalde periode na het einde van het dienstverband in acht moet nemen. Om die reden is in de memorie van antwoord aangegeven dat in ieder geval de duur van de beperking, de omvang van de beperking van de arbeidskeuze en de hoogte van het bij de functie behorende salaris, voor partijen elementen vormen die voor de onderlinge vaststelling van de vergoeding van belang zijn. Hierbij gaat het dus niet om de vraag welke schade een werknemer daadwerkelijk lijdt en kan er dan ook niet gesproken worden over een (gefixeerde) schadevergoeding. Indien een werknemer na het einde van het dienstverband met pensioen gaat, zal in de regel de werkgever aan hem te kennen geven geen beroep te zullen doen op het beding.

De leden van de CDA en VVD-fractie vragen uiteen te zetten waarom het risico van toename van procedures over de billijke vergoeding en nietigheid niet groot is.

De leden van de VVD-fractie vragen in dit verband op welk moment de vergoeding billijk moet zijn; op het moment van de afspraak of op het moment van daadwerkelijke betaling. Zij menen dat door verloop van tijd het aantal procedures juist zal toenemen, nu de rechter moet vaststellen dat een vergoeding niet langer billijk is.

Het is naar het oordeel van de regering in het belang van werkgever en werknemer dat er deugdelijke en duidelijke afspraken worden gemaakt over de inhoud van het concurrentiebeding. Dit geeft immers beide partijen duidelijkheid en rechtszekerheid. Het belang van partijen is er in eerste instantie op gericht om een voor hen acceptabele arbeidsovereenkomst tot stand te brengen, waarin naast andere zaken ook afspraken over een concurrentiebeding kunnen worden opgenomen. Evenals over die andere arbeidsvoorwaarden zal naar mag worden aangenomen ook over het specifieke onderdeel «concurrentiebeding» op constructieve wijze worden onderhandeld.

Door louter verloop van tijd behoeven deze afspraken nog niet – zoals de leden van de VVD-fractie veronderstellen – aanleiding te geven tot conflicten c.q. juridische procedures. Daarvoor zullen andere bijkomstige omstandigheden aan de orde moeten zijn.

In dit verband zij nog opgemerkt dat de nieuwe vereisten inzake de beschrijving van het geografisch en functioneel bereik van het beding met zich brengen dat dit beding niet statisch is maar regelmatig op zijn actualiteit getoetst zal moeten worden.

Zowel op het moment dat de afspraak wordt gemaakt als op het moment

van betaling van de vergoeding dient deze billijk te zijn. Nietigheid van het beding doet zich voor als partijen niet in redelijkheid tot de overeengekomen vergoeding hebben kunnen komen bij de totstandkoming van het beding.

Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat de oorspronkelijk afgesproken vergoeding niet langer meer billijk kan worden geoordeeld, bijvoorbeeld door wijziging van de omstandigheden. De rechter kan de vergoeding dan wijzigen op grond van artikel 7:653 lid 7 BW. Het concurrentiebeding als zodanig blijft in die situatie in stand. Er moeten mitsdien 2 situaties onderscheiden worden. De vergoeding is van meet af aan niet billijk. Dit zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden op het tijdstip dat het beding werd afgesproken. In dat geval is het beding nietig.

Een tweede situatie doet zich voor als op een later moment moet worden geconstateerd dat de overeengekomen vergoeding aanvankelijk billijk was maar dat niet meer is door bijv. gewijzigde omstandigheden. Dan kan de rechter het bedrag wijzigen. Overigens kunnen ook partijen in die omstandigheden ook zelf tot andere afspraken komen over het nieuwe vergoedingsbedrag.

De leden van de GroenLinks-fractie vragen zich af of ze goed begrijpen dat het kabinet ten aanzien van de verhouding tussen de billijke vergoeding en het bepaalde in artikel 16 lid 3 WW nu feitelijk, anders dan in de plenaire behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer, niet uit zijn op wijziging van het (UWV-)beleid.

De leden van de fractie van GroenLinks veronderstellen dat het UWV een beleid voert om vergoedingen in verband met een concurrentiebeding niet aan te merken als inkomsten waarop de werknemer recht heeft in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking, als bedoeld in artikel 16, derde lid van de WW. Van een dergelijk UWV-beleid is geen sprake. Op dit moment hebben WW-gerechtigden slechts zelden recht op zo'n vergoeding. Als dat wel het geval is, is er doorgaans ook een ontbindingsvergoeding toegekend waarmee de fictieve opzegtermijn volledig kan worden afgedekt. De vraag of een vergoeding in verband met een concurrentiebeding onder het bereik van artikel 16, derde lid, van de WW valt, komt daarom thans om praktische redenen niet aan de orde. Maar mocht die vraag wel aan de orde komen, dan wordt ook op deze vergoeding artikel 16 derde lid, van de WW toegepast.

#### *Rechtsgrond billijke vergoeding*

De leden van de PvdA-fractie vragen wat moet worden verstaan onder de term «looptijd van het beding». Is dit de periode na de verbreking van de arbeidsovereenkomst? Of loopt een beding feitelijk vanaf het moment van ondertekening en hangt het aldus als belemmering boven zijn mogelijkheden om elders tot positieverbetering te komen? Zo dit laatste niet bedoeld wordt, wat is daarvan dan de rechtvaardiging, zo vragen deze leden.

Zoals de leden van de PvdA-fractie aangeven, loopt een concurrentiebeding feitelijk vanaf het tijdstip van totstandkoming; de werknemer moet immers het beding in acht nemen als hij naar een andere baan gaat zoeken.

De «looptijd van het beding» eindigt op het moment dat de in het beding vastgestelde duur van de beperking, die op grond van artikel 7:653 lid 4 maximaal een jaar mag bedragen, is verstreken. Deze termijn wordt gerekend vanaf het einde van de arbeidsovereenkomst. Vanaf dat moment kan de werkgever daadwerkelijk een beroep doen op het beding. Gedurende die periode van beperking is de werkgever ingevolge het eerste lid van artikel 653 een billijke vergoeding verschuldigd. De omstandigheid dat het beding na het einde van de arbeidsovereenkomst een

beperkte geldigheidsduur heeft, laat onverlet dat de werknemer het beding ook in acht moet nemen vóór het einde van de arbeidsovereenkomst. Dat wil zeggen dat hij bij het zoeken naar een andere baan, terwijl hij nog werkzaam is bij de werkgever met wie hij het beding is overeengekomen, het beding in acht moet nemen. Dat is inherent aan de aard van het beding, dat de werknemer immers beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn.

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering tevens de oorspronkelijke doelstelling van het wetsvoorstel, om de balans meer te laten uitslaan in de richting van de door het beding belemmerde werknemer, hierbij te betrekken. Wordt naar het oordeel van de regering de doelstelling met het voorliggende wetsvoorstel gehaald, zo vragen deze leden. In het voorleggende 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 een onnodig beroep op het concurrentiebeding tegen te gaan.

De vereisten ten aanzien van de beschrijving van het functioneel en geografisch bereik van het beding en de beperkte maximale geldigheidsduur bevorderen de duidelijkheid en de rechtszekerheid. De werknemer weet waar hij aan toe is. Naar verwachting zal dit leiden tot minder rechterlijke procedures en worden werknemers minder belemmerd in de arbeidsmarktmogelijkheden. Ook het feit dat er bij een concurrentiebeding compensatie moet worden geboden aan de werknemer in de vorm van een billijke vergoeding, maakt dat een werkgever zorgvuldiger zal beoordelen of hij een beding echt nodig heeft en vaker zal afzien van een concurrentiebeding. Het gevolg zal zijn dat minder werknemers worden belemmerd in hun arbeidskeuze. Naar het oordeel van de regering zal dit alles leiden tot een substantiële vermindering van het aantal concurrentiebedingen en daar waar wel een concurrentiebeding noodzakelijk is zullen de wettelijke vereisten leiden tot duidelijke en in de tijd begrensde beperkingen in de arbeidskeuze. De huidige praktijk van ruim en vaag geformuleerde bedingen wordt daarmee gewijzigd.

#### *Afzien van vergoeding en onbillijke benadeling*

De leden van de PvdA-fractie willen weten of bij het opleggen van een concurrentiebeding en het vervolgens weer intrekken ervan door de werkgever bij opzegging niet evenzeer, bijzondere omstandigheden daargelaten, sprake is van een onbillijke benadeling, wanneer de werknemer na ontslag uit een langdurig dienstverband en na een last minute bevrijding van het concurrentiebeding ondanks gerede inspanningen en een geheel open arbeidsmarkt werkloos blijft.

Bij opzegging door de werkgever dient ervan te worden uitgegaan, dat daaraan een geldige reden ten grondslag ligt. In een dergelijke situatie is het toegestaan dat de werkgever bij gelegenheid van deze opzegging kenbaar maakt geen beroep te zullen doen op het concurrentiebeding. In beginsel wordt een werknemer daardoor niet benadeeld. Integendeel, hij kan zich in die situatie vrijelijk op de arbeidsmarkt bewegen bij het zoeken naar een andere baan. Dit neemt niet weg dat dit bijvoorbeeld anders kan zijn, indien de werknemer vlak daarvoor met inachtneming van het concurrentiebeding een andere baan heeft aanvaard. In een dergelijke situatie is het mogelijk, dat hij door het vervallen van de vergoedingsplicht wordt benadeeld. In de door de leden van de PvdA-fractie geschetste situatie is de werkloosheid als zodanig echter niet het gevolg van het concurrentiebeding.

De leden van de CDA-fractie vragen of de regering het met hen eens is, dat bij problemen met de continuïteit van het bedrijf als gevolg van het betalen van een vergoeding de rechter dit mag betrekken bij de beoordeling van de vergoeding. Dat klemt temeer, indien het om meerdere werknemers, vaak sleutelfiguren, gaat, aldus deze leden.

Het voorstel voorziet erin, dat de rechter de vergoeding kan wijzigen indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. Daarvan zou in de geschetste situatie sprake kunnen zijn. Wel dient te worden beseft, dat het de werkgever is die bepaalt óf er een beding nodig is en die zijn instemming verleent aan de hoogte van de vergoeding.

De regering gaat er voorts vanuit, dat doorgaans de kosten als gevolg van het betalen van een vergoeding niet zodanig hoog zullen zijn dat daardoor de continuïteit van een bedrijf in gevaar wordt gebracht.

De leden van de VVD-fractie verwijzen naar de situatie dat een werknemer in een geheel andere branche werkzaamheden is gaan verrichten, en de vergoedingsplichtige werkgever zich niet gehouden acht dit te betalen en dit bij de rechter aanhangig maakt.

De bewijslast drukt dan – aldus deze leden – onevenredig zwaar op de werkgever omdat hij moeilijk kan aantonen dat de werknemer van bepaalde mogelijkheden in dezelfde branche heeft afgezien. Het leggen van de bewijslast bij de werkgever past niet in de doelstelling van de wet van een betere balans tussen de belangen van werkgever en werknemer. In het door de leden van de VVD-fractie geschetste geval heeft de werknemer zich gehouden aan het beding. In een andere branche heeft hij, conform het beding, werk gevonden. De werkgever is dan de afgesproken billijke vergoeding verschuldigd. Verlagen van deze vergoeding is in dat geval alleen mogelijk indien dit de rechter op grond van de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. Het is in dat geval ook aan de werkgever om de omstandigheden op grond waarvan hij meent dat verlaging billijk is, aannemelijk te maken. Dit is een uitvloeisel van de algemene regels van het bewijsrecht.

Overigens zal ook als er sprake is van bepaalde mogelijkheden in dezelfde branche het concurrentiebeding in acht genomen moeten worden. De werknemer is evenwel vrij om de baan te kiezen die voldoet aan de vereisten van het beding. Het beding verplicht hem niet om eerst uit te zien naar functies in dezelfde branche die wel voldoen aan het beding. De leden van de VVD-fractie stellen de situatie aan de orde dat een werknemer met inachtneming van het beding een nieuwe baan vindt en de werkgever voor de opzegging door de werknemer meedeelt dat hij geen beroep zal doen op het beding. In dat geval kan de rechter beoordelen of de werkgever nog een vergoeding verschuldigd is. Het beding is vervallen maar er is toch een vergoeding verschuldigd. Deze leden vragen of dit de bedoeling is.

Zoals hiervoor opgemerkt, is onderdeel b van artikel 653 lid 3 een uitvloeisel van het aannemen van amendement stuk nr. 26. In de toelichting bij dit amendement wordt overwogen dat de vergoeding verschuldigd blijft als de werknemer onbillijk zou worden benadeeld door het vervallen van de vergoedingsplicht. Hiervan kan sprake zijn – aldus de toelichting – in de situatie dat de werkgever niet op de hoogte was van het feit dat de werknemer inmiddels met inachtneming van het beding een andere baan heeft gevonden tegen een lager salaris. Deze regel beperkt zich tot de in de onderdelen b en d beschreven situaties. Op grond van de hiervoor weergegeven passage uit de toelichting bij het amendement mag worden afgeleid dat het door de leden van de VVD-fractie geschetste resultaat door dit amendement beoogd is.

### *Functioneel bereik*

De leden van de CDA-fractie vragen of niet alleen de verboden werkzaamheden moeten worden omschreven maar alle direct na de aanvang te verrichten werkzaamheden. Ook vragen zij of alleen de direct na aanvang daadwerkelijk te verrichten werkzaamheden mogen worden omschreven. Wat is de situatie als bij het aangaan van de arbeidsrelatie is voorzien dat de werkzaamheden zich zullen uitbreiden. Zij wezen erop dat de wetstekst niet uitsluit dat ook toekomstig te verrichten werkzaamheden, zelfs in een geheel andere functie, in het beding worden vermeld.

Het gaat bij de beschrijving van het functioneel bereik om een nauwkeurige omschrijving van de werkzaamheden die niet elders mogen worden verrichten. De omschrijving van het functioneel bereik heeft dus – anders dan de CDA-fractie veronderstelt – geen betrekking op alle na aanvang van de arbeidsrelatie te verrichten werkzaamheden. Het gaat dus alleen om een beschrijving van de werkzaamheden die onder het beding vallen. In beginsel geldt het beding niet automatisch voor nieuwe werkzaamheden. Het is evenwel denkbaar – zoals de leden van de CDA-fractie aangeven – dat bij het begin van de arbeidsovereenkomst al rekening wordt gehouden met en afspraken worden gemaakt over andere werkzaamheden die de werknemer in de loop van de tijd zal gaan verrichten. Het is dan ook voorstelbaar dat daarmee ook rekening wordt gehouden bij de beschrijving van de inhoud van het concurrentiebeding. In dat geval is dus de toekomstige functiewijziging al bekend bij het aangaan van de arbeidsrelatie en is de beschrijving van het concurrentiebeding daarop afgestemd.

Deze situatie dient onderscheiden te worden van het geval dat een functiewijziging na verloop van tijd zich voordoet zonder dat dat voorzien was bij het aangaan van de arbeidsrelatie.

De leden van de CDA-fractie willen weten wat de regering verstaat onder een «geringe wijziging» en of dat een wijziging is die niet een ingrijpende wijziging is waardoor het beding zwaarder gaat drukken. Wat indien door een opeenvolging van kleinere wijzigingen, achteraf op enig moment in die opeenvolging sprake zou zijn van een ingrijpende wijziging; moet dan worden beoordeeld of het beding op dát moment zwaarder is gaan drukken of moet dat worden beoordeeld aan de hand van de situatie bij het einde van het dienstverband?

De leden van de VVD-fractie willen weten hoe de huidige jurisprudentie (de Brabant/Van Uffelen-leer, HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467) zich verhoudt tot het standpunt van het kabinet inzake «naarmate meer en meer wijzigingen», of dit criterium voldoende is om te oordelen dat een nieuw beding moet worden aangegaan en of de regering denkt hiermee de rechtszekerheid te bevorderen.

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering nog eens uiteen te zetten of het wetsvoorstel hier nu een andere norm beoogt te stellen dan in het verleden door de rechter is ontwikkeld, bijvoorbeeld in het nadien meermalen bevestigde arrest Brabant/Van Uffelen (NJ 1979/467). En zo ja, waar de wijziging dan in zit.

Bij een geringe wijziging van de functie wordt de werkgever niet verplicht het concurrentiebeding aan te passen. Daarvan was ook geen sprake in het arrest in het door de leden van de fracties van de VVD en PvdA aangehaalde arrest Brabant/Van Uffelen. In dit arrest wordt gesproken over een werknemer die als assistent-makelaar een concurrentiebeding had ondertekend en die na zijn beëdiging als makelaar werd benoemd tot statutair directeur van een BV. De Hoge Raad verklaarde, dat de wet voor het aangaan van een concurrentiebeding strengere voorwaarden heeft gesteld dan voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst in het algemeen en dat deze strengere voorwaarden ook dienen te gelden indien de wijziging in de arbeidsverhouding van zo ingrijpende aard is, dat het

concurrentiebeding zwaarder gaat drukken. Volgens de Hoge Raad had in deze situatie dus een nieuw concurrentiebeding overeengekomen moeten worden.

In het onderhavige wetsvoorstel moet de werkgever de verboden werkzaamheden nauwkeurig en concreet omschrijven. Deze werkzaamheden dienen gerelateerd te zijn aan de met de werknemer overeengekomen functie. Bij wijziging van de werkzaamheden zal moeten worden nagegaan of de functionele omschrijving in het beding nog wel toereikend is. Zo niet dan zal het beding moeten worden aangepast aan de nieuwe situatie. Dit zal dienen te gebeuren met de instemming van de betrokken werknemer.

De verplichte omschrijving van het functioneel bereik leidt er mitsdien toe dat bij (ingrijpende) wijziging van de werkzaamheden zal moeten worden nagegaan of deze omschrijving moet worden geactualiseerd. Dit geldt – en hierin verschilt het onderhavige wetsvoorstel van het arrest Brabant/van Uffelen – ongeacht de vraag of het beding ook zwaarder is gaan drukken.

Daar waar regelmatig geringe functiewijzigingen worden afgesproken, kan er op enig moment sprake zijn van een geheel van wijzigingen dat tezamen als een wezenlijke wijziging moet worden beschouwd. Is dat het geval, dan dient het concurrentiebeding in overeenstemming te worden gebracht met de veranderde functie. Vandaar dat een werkgever er goed aan doet om bij functiewijzigingen na te gaan of er aanleiding is het functioneel bereik aan te passen. Wachten tot het einde van het dienstverband is dus niet verstandig, omdat dan wellicht geconstateerd moet worden dat het beding inmiddels nietig is.

#### *Bewijslastverdeling*

De leden van de CDA-fractie zijn er niet van overtuigd dat het billijk is, de werkgever te belasten met het bewijs dat de werknemer binnen de branche van de werkgever zonder moeite een vergelijkbare baan had kunnen vinden, teneinde uit zijn vergoedingsplicht te worden ontslagen. Het is immers de werknemer die kan aantonen binnen de branche van de werkgever te hebben gezocht en belemmerd te zijn door het beding. Is het uitgesloten dat – indien de werkgever de bedoelde stelling opwerpt en de werknemer deze slechts in algemene bewoordingen bestrijdt – deze met het bewijs van het tegendeel wordt belast, zo vragen deze leden.

Vooropgesteld moet worden dat het voor de verschuldigdheid van de vergoeding niet relevant is of de werknemer binnen de branche van zijn oude werkgever een vergelijkbare baan had kunnen vinden. Relevant is alleen of de werknemer zich houdt aan het beding. Gedurende de looptijd van het beding moet de werknemer de geografische en functionele reikwijdte van het beding in acht nemen. De werknemer heeft ook niet de verplichting om aannemelijk te maken dat hij eerst heeft gezocht naar een baan binnen de branche van zijn ex-werkgever en dat hij daarbij daadwerkelijk belemmerd is door het beding. Dat is ook geen voorwaarde voor de verschuldigdheid van de vergoeding. De vergoeding blijft verschuldigd ongeacht in welke branche de werknemer een baan heeft gevonden met inachtneming van het beding.

#### *Voorwaardelijk ontslag*

De CDA-fractie schetst de situatie dat een werkgever tijdig de werknemer laat weten hem uit het beding te ontslaan en de werknemer instemt met het vervallen van de vergoeding. In de visie van deze leden zou het ontslag uit het beding voorwaardelijk zijn omdat het weer herleeft bij indiensttreding bij een concurrent.

In het door de leden van de CDA-fractie geschetste geval is van een «voorwaardelijk ontslag» uit het beding geen sprake omdat de werknemer



verplicht is om bij de keuze van een andere werkgever rekening te houden met het beding.

De mogelijkheid van misbruik is naar het oordeel van de regering niet aanwezig. Het is immers de werkgever die na de opzegging door de werknemer de beslissing heeft genomen om af te zien van beroep op het beding. Hij zal daarvoor goede redenen hebben. Vervolgens heeft de werkgever ingestemd met het vervallen van de vergoedingsplicht. De werkgever zal in een dergelijke situatie altijd rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de nieuwe arbeidsrelatie van de ex-werknemer wordt verbroken en dat deze na het vervallen van het beding vrijelijk een nieuwe werkkring kan zoeken.

#### *Relatiebeding: inhoud en overgangsrecht*

De leden van de PvdA-fractie vragen of het antwoord op de vraag van de leden van de GroenLinks-fractie niet had moeten luiden dat vraagstukken van overgangsrecht relevant zijn voor het concurrentiebeding zelf maar niet voor het daarvan afgescheiden beding in lid 8, nu het wetsvoorstel geen wijziging beoogt te brengen in de voor dat beding geldende regels. De vraag van de GroenLinks-fractie hield in of de bepalingen van het huidige artikel 7:653 BW, met name de leden 3 en 4, van toepassing zullen blijven op relatiebedingen die vóór de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel overeengekomen zijn of worden. Deze vraag houdt een verwijzing in naar het overgangsrecht (art. 213 OnBW) en wekt de indruk dat er voor relatiebedingen die na het tijdstip van inwerkingtreding zijn tot stand gekomen andere regels zouden gelden. Daarvan is geen sprake. Relatiebedingen vallen niet onder de regeling van het concurrentiebeding, ongeacht of zij voor of na het tijdstip van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zijn tot stand gekomen.

Naar de mening van de regering beoogt het door de leden van de PvdA-fractie aangehaalde antwoord hetzelfde tot uitdrukking te brengen als thans de PvdA-fractie aangeeft. Zoals in de memorie van antwoord is opgemerkt, is het overgangsrecht, zoals geformuleerd in artikel 213 OnBW, niet van toepassing op relatiebedingen die vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de wet tot stand zijn gekomen.

Het onderhavige wetsvoorstel beoogt alleen de huidige regeling inzake het concurrentiebeding te wijzigen. Dit betekent dat ook het overgangsrecht niet van toepassing is op relatiebedingen.

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering de omvang en inhoud van het beding waar lid 8 op ziet nog eens helder uiteen te zetten, bijvoorbeeld onder verwijzing naar in deze relevante rechterlijke uitspraken. In het algemeen houdt een relatiebeding in dat het een werknemer niet is toegestaan om gedurende een bepaalde periode na de beëindiging van het dienstverband zakelijke betrekkingen te zoeken of te onderhouden met (bepaalde) relaties van de werkgever. Het beding heeft een beperktere strekking dan een concurrentiebeding. De inhoud en de omvang van een relatiebeding hangt af van de formulering daarvan in het individuele geval. Gepubliceerde jurisprudentie, waarbij op de inhoud en de omvang van het beding wordt ingegaan, is ons overigens niet bekend.

De leden van de VVD-fractie vragen hoe breed of hoe smal de werking van het relatiebeding is. Gaat het om benaderen of onderhouden (lees: benaderen en/of benaderd worden), zo vragen deze leden.

In het door het amendement van de leden Jan de Vries en Weekers (stuk nr. 24) ingevoegde achtste lid wordt het relatiebeding omschreven als een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de werkgever te benaderen. Gelet op de bewoordingen van deze bepaling gaat het om een activiteit die uitgaat van de ex-werknemer. Tot hem is het beding ook gericht; niet op de klanten van de ex-werkgever. De leden van de GroenLinks-fractie vragen een reactie op de stelling dat een relatie-

beding uitsluitend bij schriftelijke arbeidsovereenkomst kan worden gesloten, omdat het voor de werknemer van belang is dat hij zich realiseert waaraan hij is gebonden.

De regering gaat niet zover dat het schriftelijkheidsvereiste wordt aangemerkt als vormvereiste voor de rechtsgeldigheid van het relatiebeding. Dat is ook niet het geval voor andere belangrijke bedingen zoals het geheimhoudingsbeding. Dat neemt niet weg dat partijen er verstandig aan doen om dergelijke belangrijke afspraken schriftelijk vast te leggen. Dat is ook in de praktijk het geval. Gelet op de specifieke omstandigheden van de arbeidsrelatie die van belang zullen zijn voor de inhoud van een relatiebeding, leent een C.A.O. zich niet voor het maken van afspraken terzake.

Hoogstens zouden algemene elementen van een relatiebeding, zoals een maximale looptijd, in een C.A.O. aan de orde kunnen komen.

De leden van de fractie van GroenLinks vinden het van belang dat de kantonrechter in een ontbindingsprocedure bevoegd is te oordelen over de werking van een relatiebeding. Het is wenselijk – aldus deze leden – dat de ontbindingsrechter bevoegd is over beide bedingen te oordelen.

Vooropgesteld moet worden dat de procedurele voorstellen terzake van de toetsing van een concurrentiebeding in het kader van een ontbindingsprocedure een uitzondering vormen op de hoofdregel van het burgerlijk procesrecht dat procedures tot bepaling van een rechtsbetrekking tussen partijen in geschil, waartoe ook een geding betreffende een concurrentiebeding gerekend moet worden, moeten worden ingeleid met een dagvaarding.

De verzoekschriftprocedure is daarvoor niet bedoeld. Voor het concurrentiebeding is een uitzondering gemaakt, aangezien het, gelet op de materiële vereisten die het wetsvoorstel stelt ten aanzien van dit beding, niet ondenkbaar is dat reeds ten tijde van de beëindiging van de arbeidsverhouding zich relevante vragen kunnen voordoen ten aanzien van (de geldigheid van) dit beding. Zo kan de vraag aan de orde komen of het beding wel voldoet aan de formele vereisten van artikel 653 lid 4. Ruimere toepassing van deze uitzondering zou tot de situatie leiden dat ook andere aspecten van de arbeidsrelatie aan de orde kunnen worden gesteld in een procedure die daarvoor zowel materieel als formeel niet bedoeld is. Dit gaat het bestek van dit wetsvoorstel te buiten. Wel zal de verhouding tussen de dagvaarding- en verzoekschriftprocedure nader worden bezien in het kader van de fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht.

De leden van de CDA-fractie vragen of het niet mogen benaderen van klanten in het kader van een relatiebeding uitsluitend moet worden uitgelegd als actief handelen van de werknemer en wat dat betekent indien de nieuwe werkgever een brochure uitbrengt aan o.a. klanten van de ex-werkgever en waarin de nieuwe werknemer wordt voorgesteld als de contactpersoon voor producten of diensten die deze ook voor de vroegere werkgever verkocht. Ook willen deze leden weten of er dan sprake is van een overtreding door de werknemer dan wel een onrechtmatige daad van de nieuwe werkgever of ook van de werknemer. Ten slotte willen de leden van de CDA-fractie weten of een verbod op het benaderen van én het *onderhouden* van enig (zakelijk) contact met de klanten van de vroegere werkgever een niet toegelaten relatiebeding is en toch een concurrentiebeding.

Opgemerkt zij dat het handelen betrekking moet hebben op activiteiten die de werknemer ontplooit. Het door de nieuwe werkgever toezenden van een brochure aan klanten in een bepaalde regio, waaronder de voormalige klanten van de nieuwe werknemer, waarbij deze wordt voorgesteld als contactpersoon, kan dan ook niet worden beschouwd als inbreuk op het relatiebeding.

De leden van de CDA-fractie vragen zich af of in een beslissing van de kantonrechter de beslissingen over ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de beslissingen inzake het concurrentiebeding van elkaar te onderscheiden zullen zijn. Zij vragen een reactie op basis van 3 casusposities.

Het wetsvoorstel creëert de mogelijkheid om bij wege van een neven- of tegenverzoek in een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW ook het concurrentiebeding aan de orde te stellen. Het verzoek betreffende het concurrentiebeding kan op verschillende aspecten van dit beding betrekking hebben (en dus niet alleen de billijke vergoeding).

In afzonderlijke beslissingen zal de kantonrechter zijn oordeel over de verschillende verzoeken kenbaar maken. De ontbindingsvergoeding en de in het kader van het concurrentiebeding verschuldigde vergoeding hebben ieder een eigen, zelfstandige grondslag en dienen mitsdien aan de hand van verschillende criteria te worden vastgesteld. In de eerste door de CDA-fractie geschetste casus (werknemer vraagt verhoging van de concurrentiebedingvergoeding en de ontbinding wordt aan de werkgever verweten) zal dit laatste element zijn doorwerking hebben in de ontbindingsvergoeding via de zogeheten C-factor uit de kantonrechttersformule. Overigens zal indien de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt wegens een dringende reden, veroorzaakt door de werkgever, het beding op grond van artikel 653 lid 5 onder b komen te vervallen.

In de tweede casus, waarin de werknemer een dringende reden heeft veroorzaakt voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en deswege schadeplichtig is, komt op grond van artikel 653 lid 3 onder a de vergoedingsplicht van de werkgever te vervallen en kan terzake van de ontbinding geen vergoeding worden toegekend.

In de derde casus waarin de kantonrechter het concurrentiebeding vernietigt of beperkt, zal dit consequenties hebben voor de door betrokkenen afgesproken billijke vergoeding (hij vervalt bij vernietiging of wordt aangepast aan de beperking).

De beslissing tot vernietiging c.q. aanpassing van het concurrentiebeding op de grond dat de werknemer, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, onbillijk wordt benadeeld, staat los van de beoordeling van het verzoek om ontbinding en de in het kader daarvan eventueel vast te stellen vergoeding.

De rechter zal ten aanzien van de verschillende verzoeken moeten aangeven hoe hij tot zijn beslissing is gekomen. Dit geldt zowel voor de toekenning van een vergoeding van een bepaalde omvang of het achterwege laten daarvan in het kader van het ontbindingsverzoek als het geheel of gedeeltelijk vernietigen van het concurrentiebeding c.q. het wijzigen van de door partijen afgesproken vergoeding.

In de eerste casus is het niet uitgesloten dat de werkgever hoger beroep aantekent tegen een eventuele verhoging van de uit hoofde van het concurrentiebeding verschuldigde billijke vergoeding.

#### *Overgangsrecht en stilzwijgende verlenging contract bepaalde tijd*

De leden van de CDA- en VVD-fractie wijzen erop dat in jurisprudentie en literatuur algemeen is aanvaard dat bij stilzwijgende verlenging van een contract een concurrentiebeding ook wordt verlengd. Deze leden vragen of de respecterende werking van artikel 213 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek ook geldt voor een contract voor bepaalde tijd dat na inwerkingtreding stilzwijgend wordt verlengd.

Artikel 213 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek heeft betrekking op bedingen die vóór het tijdstip van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zijn gemaakt. Op dergelijke bedingen is het nieuwe artikel 653 niet van toepassing. Wordt na het tijdstip van inwerkingtreding van de

wet een tijdelijk contract voortgezet in de zin van continuering van de eerder overeengekomen afspraken dan is ook op deze «voortzetting» het oude recht van toepassing.

*Art. 7:653*

De leden van de VVD-fractie vragen welk moment wordt bedoeld met het in artikel 7:653 lid 3 genoemde «bij gelegenheid van de opzegging». Dit onderdeel is in het wetsvoorstel opgenomen door aanvaarding van het gewijzigd amendement van de leden Weekers en Jan de Vries (Kamerstukken II, 28 167, 2004–2005, nr. 26). In de toelichting bij het amendement wordt hierop niet nader ingegaan.

Het betreft hier de situatie dat de werkgever opzegt (dit kan zowel schriftelijk als mondeling gebeuren). In dat geval moet de werkgever daarvóór of uiterlijk bij die gelegenheid aan de werknemer mededelen dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding. Gelet op de bewoordingen van dit artikelonderdeel dient naar het oordeel van de regering dit zo uitgelegd te worden dat deze mededeling moet worden gedaan vóór of op zijn laatst tegelijk met de (schriftelijke of mondelinge) opzegging. Wordt de mededeling gedaan ná de opzegging maar wel op dezelfde dag, dan wordt naar het oordeel van de regering niet voldaan aan het criterium «uiterlijk bij gelegenheid van de opzegging». De opzegging door de werkgever is het laatste tijdstip waarop hij kan kenbaar maken af te zien van het beding.

De leden van de VVD-fractie vragen zich af of het niet aan de wetgever is om de gewenste duidelijkheid te verschaffen over de vraag of de vergoeding van artikel 7:653 BW valt onder artikel 16 WW (verrekening vergoeding). De regering onderschrijft de opvatting van de leden van de fractie van de VVD dat de wetgever tot taak heeft om duidelijke wetgeving tot stand te brengen. De vraag van de fractie van GroenLinks had betrekking op de toepasselijkheid van bestaande wetgeving (artikel 16, derde lid, van de WW) op de in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen vergoeding in verband met een concurrentiebeding. De regering is van opvatting dat deze vergoeding kan worden aangemerkt als inkomsten waarop de werknemer recht heeft in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking. Artikel 16, derde lid, van de WW is voldoende ruim geformuleerd om hierover geen onduidelijkheid te laten bestaan.

De Minister van Justitie,  
J. P. H. Donner

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,  
A.J. de Geus