



FNV
Hertogswetering 159
3543 AS Utrecht

T 088 368 0 368



CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht

T 030 751 11 00



VCP
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90525
2509 LM 's-Gravenhage

T 070 349 97 40

Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, C.E.G van Gennip

Per e-mail: minister@minszw.nl

Datum
14 maart 2024

Uw kenmerk

Ons kenmerk
24-30/ZB/RvS/ivdj
Onderwerp
Commentaar op wetsvoorstel modernisering
concurrentiebeding (internetconsultatie)

Telefoonnr.
06 – 33 313 006
E-mail
rik.vansteenbergen@fnv.nl
d.dewild@cnv.nl
s.heemskerk@vcp.nl

Geachte minister,

Inleiding

Hierbij gaat de reactie van de vakcentrales FNV, CNV en VCP op het voor internetconsultatie aangeboden wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding.

Voor de beoordeling van dit wetsvoorstel is voor de vakcentrales het volgende van belang:

- Het concurrentiebeding stamt uit 1907 en is sindsdien goeddeels ongewijzigd gebleven. De Nederlandse regeling is gebaseerd op de Duitse regeling, die sindsdien sterk gemoderniseerd is.
- Eind jaren negentig werd de zogenaamde MDW-werkgroep concurrentiebeding ingesteld, die een aantal aanbevelingen ter hervorming van het beding deed.¹
- Na consultatie van de sociale partners leidde dit tot een wetsvoorstel. In 2006 strandde dit in 2001 geïnitieerde wetsvoorstel (Kamerstukken, 2001/2002, 28167, nr. 3) tot herziening van het concurrentiebeding in de Eerste Kamer (hierna: wetsvoorstel 28167).² Het wetsvoorstel bevatte een maximale termijn van een jaar voor de duur van het concurrentiebeding, het expliciteren van de functionele en geografische reikwijdte van het beding, het uitsluiten van het beding bij proeftijdontslag en faillissement, en een

¹Zie o.a. Kamerstukken II, vergaderjaar 1996-1997, 24 036, nr. 58.

² Kamerstukken I, vergaderjaar 2004–2005, 28 167, A.

vergoedingsplicht bij gebruik van het beding.³

- In de aangenomen motie Weyenberg/G. van Dijk⁴ werd de regering verzocht te onderzoeken op welke manier het gebruik van het concurrentiebeding tot het strikt noodzakelijke kan worden beperkt.

- Uit in 2021 door Panteia opgeleverd onderzoek⁵ blijkt onder meer dat het gebruik van het concurrentiebeding fors is toegenomen, en bijna is verdubbeld. Waar in onderzoek uit 2015 19 procent van de werknemers aangaf een concurrentiebeding in het contract te hebben, wordt dit percentage in het onderzoek van Panteia geschat op 37 procent. Panteia schat hiermee in dat in totaal 3,1 miljoen werknemers aan het concurrentiebeding gebonden zijn op een beroepsbevolking van 8,4 miljoen werkenden. Dit maakt dat een steeds grotere groep van de beroepsbevolking wordt beperkt in de grondwettelijke vrijheid van werknemers tot vrije arbeidskeuze.⁶

Uit datzelfde onderzoek blijkt dat het concurrentiebeding vrijwel altijd als standaardclausule is opgenomen in het arbeidscontract. Eén op de drie werkgevers gebruikt het beding zelfs oneigenlijk, namelijk om uitstroom van personeel te voorkomen.

- Onze buurlanden België en Duitsland hebben een vergelijkbare modernere regeling van het concurrentiebeding.⁷

- De minister presenteerde de Tweede Kamer op 22 februari 2022 vier beleidsopties ter herziening van het concurrentiebeding. De vakcentrales hebben aangegeven de voorkeur te hebben voor beleidsoptie 4, waarbij voor o.a. de hoogte van de vergoeding aangesloten kan worden bij de regelingen in België en Duitsland.

- Het voorliggende wetsvoorstel kent de volgende doelstellingen:

1. Een afname van het gebruik van het aantal (niet noodzakelijke) bedingen.
2. Het in evenwicht brengen van de balans tussen de belangen van werkgevers enerzijds en de belangen van werknemers anderzijds.
3. Het bieden van meer rechtszekerheid, zodat op voorhand duidelijk is wanneer het beding wel of niet geldig is, en waardoor een rechtsgang niet nodig is.
4. Het in stand houden van de mogelijkheid tot het beschermen van het bedrijfsdebiet door ondernemingen.

³ De verwerving van het wetsvoorstel vloeide onder meer voort uit de stelling van de toenmalige minister – in strijd met de heersende jurisprudentie – dat het relatiebeding niet onder de regeling van het concurrentiebeding viel.

⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 2019-2020, 35300, nr. 61.

⁵ Panteia; Bartsch M., D. Grijpstra; A.R. Houweling, (2021). De werking van het concurrentiebeding. Eindrapport. Zoetermeer.

⁶ Hoofdstuk 1, artikel 19, derde lid, 3 van de Nederlandse Grondwet: 'Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld'. Het recht op vrije arbeidskeuze is opgenomen in artikel 1 van het Europees Sociaal Handvest (herzien) en artikel 6 van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR).). Zowel uit art. 1 ESH als uit art. 6 IVESCR volgt de erkenning van het recht van een werknemer om vrijelijk werk te kiezen, alsook een verplichting voor de lidstaat om dit recht te beschermen.

⁷ Mr. E.C.M.M. Sonnemans, Het concurrentiebeding aan banden: België en Duitsland als inspiratiebron, *TRA* 2021/65.

Beoordeling van het voorliggende wetsvoorstel

Bij de beoordeling vergelijken de vakcentrales het eerdere door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel, de regeling in onze buurlanden, de strekking van de motie, beleids optie 4 uit de Kamerbrief en de onderzoeksresultaten van Panteia met de in het wetsvoorstel geformuleerde doelstellingen en de daarin gekozen uitwerkingen.

Algemeen oordeel

Allereerst merken wij op dat de voorgestelde regeling een verbetering inhoudt ten opzichte van de huidige regeling. Die verbetering bestaat met name uit een verplichte vergoeding bij een beroep op het concurrentiebeding van tenminste 50 procent van het laatst verdiende maandsalaris, een verplichte motivering van het zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang van de werkgever ook bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd en een beperking in de duur van het concurrentiebeding tot maximaal 12 maanden.

Vervolgens constateren wij dat de voorgestelde maatregelen niet of nauwelijks prikkels bevatten om minder vaak een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen, dat maatregelen om het gebruik van het concurrentiebeding tot het strikt noodzakelijke te beperken die wel waren opgenomen in wetsvoorstel 28167 en in beleids optie 4 in het voorliggende wetsvoorstel ontbreken en dat het wetsvoorstel enkele onduidelijkheden bevat. In veel gevallen zal als gevolg van deze gebreken nog steeds een rechtsgang nodig zijn. Bescherming van het bedrijfsdebiet gaat op verschillende onderdelen nodeloos ten koste van het grondwettelijk recht op vrije arbeidskeuze en rechtszekerheid. Een en ander wordt in het hierna volgende toegelicht. We beginnen met de maatregelen die in het wetsvoorstel ontbreken, gevolgd door de onduidelijkheden.

Wat ten eerste ontbreekt: een vergoeding voor het opnemen van een concurrentiebeding
Het wetsvoorstel kent alleen een vergoeding voor het *inroepen* van het concurrentiebeding en dus niet voor het *aangaan* van het concurrentiebeding. Een effectieve prikkel om geen concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen ontbreekt. Tegenover de gebondenheid van de werknemer aan het concurrentiebeding, waarin in de regel een (soms torenhoge) boete is opgenomen bij overtreding, staat geen enkele verplichting van de werkgever. Uit onderzoek blijkt dat door de afschrikwekkende werking het enkele opnemen van een dergelijk beding de werknemer al belemmert in diens arbeidsmobiliteit. Gelet op de uitkomsten van de evaluatie van de Wwz zal de verplichting om in het concurrentiebeding het zwaarwegend bedrijfsbelang te formuleren niet leiden tot een daling van het aantal werknemers met een concurrentiebeding. Zonder effectieve prikkel blijft dat aantal dus waarschijnlijk schrikbarend hoog.
Een effectieve prikkel lijkt vooral de verplichting voor de werkgever om niet alleen een vergoeding te moeten betalen bij het inroepen van het concurrentiebeding, maar ook bij het opnemen van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst. Dit zou bijvoorbeeld een

vergoeding van tenminste het maandsalaris kunnen zijn, direct bij het aangaan van het dienstverband te betalen.

Wat ten tweede ontbreekt: het vervallen van het concurrentiebeding 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. Ruim twintig jaar geleden, bij de indiening van wetsvoorstel 28167, achtte de toenmalige regering 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 emplot te vinden, zo oordeelde de regering. Door de Stichting van de Arbeid werd dit voorstel unaniem ondersteund.

In alle vier de beleidsopties, die op 22 februari 2022 aan de Tweede Kamer werden gepresenteerd, was opgenomen: concurrentiebeding vervalt bij faillissement.

In het voorliggende wetsvoorstel wordt allereerst opgemerkt dat deze optie invulling kan geven aan het scenario waarin het bedrijf failliet gaat, er geen sprake is van bedrijfsvoortzetting, en de werknemer zijn baan en daarmee ook zijn inkomen verliest. 'Dan is het voor de werknemer van groot belang zo snel mogelijk nieuw werk te kunnen accepteren en dient het invoeren van een concurrentiebeding geen doel.' Vervolgens wordt echter opgemerkt, dat in het wetstraject WOVOF (Wet overgang van onderneming in faillissement) wordt gezien hoe de positie van werknemers bij een bedrijfsvoortzetting na faillissement kan worden verduidelijkt. 'In dat kader zal dan ook nader worden stilgestaan bij de toepassing van een concurrentiebeding in een faillissementssituatie.'

De vakcentrales merken hierover het volgende op. In de eerste plaats moet er nog een wetsvoorstel WOVOF voor internetconsultatie worden aangeboden. In de tweede plaats was in het eerdere voor internetconsultatie aangeboden wetsvoorstel slechts geregeld voor welke werknemers het concurrentiebeding vervalt *in geval van overgang van onderneming in faillissement*. In het geval van faillissement zonder overgang van onderneming was in dat wetsvoorstel niets geregeld over het vervallen van het concurrentiebeding in een faillissementssituatie. Dat viel immers buiten het bestek van het wetsvoorstel WOVOF. Er is daarom ook geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat dit in een nieuwe versie van het wetstraject WOVOF wel geregeld zal worden. De regel hoort thuis in het onderhavige wetsvoorstel, de uitzondering bij overgang van onderneming in de WOVOF.

Daarom pleiten de vakcentrales voor het opnemen van een bepaling in het voorliggende wetsvoorstel, dat inhoudt dat een beding als bedoeld in het eerste lid (concurrentiebeding) komt te vervallen indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard. In de WOVOF kan dan worden opgenomen dat dit niet het geval is indien een werknemer in geval van overgang van onderneming in faillissement in dienst komt van de verkrijger.

Wat ten derde ontbreekt: het vervallen van het concurrentiebeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de proeftijd

Ruim twintig jaar geleden, bij de indiening van wetsvoorstel 28167, stelde de toenmalige regering voor 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 – van enige ontslagbescherming is nauwelijks sprake – 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 van destijds leidde ertoe dat het beding pas in werking kon treden als de arbeidsovereenkomst na afloop van de proeftijd werd gecontinueerd. Het is bij beëindiging in de proeftijd evident, aldus de regering toen, 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. Hoewel het in de praktijk weinig zal voorkomen dat een werkgever zich bij een ontslag in de proeftijd op een concurrentiebeding zal beroepen, was de regering desondanks van oordeel dat het voorschrift uit hoofde van rechtszekerheid voor de werknemer gewenst is. Gelet op de gebruikelijke handelwijze van werkgevers zou het bovendien niet op problemen stuiten. In alle vier de beleidsopties, die op 22 februari 2022 aan de Tweede Kamer werden gepresenteerd, was opgenomen: concurrentiebeding vervalt bij ontslag in proeftijd.

In de toelichting op het voorliggende wetsvoorstel wordt opgemerkt dat ook tijdens de proeftijd een werkgever belang kan hebben om het beding in te roepen. Daarom is deze maatregel toch niet voorgesteld. De vakcentrales achten dit belang van de werkgever echter niet opwegen tegen het belang van de werknemer bij het grondwettelijk gewaarborgde recht op vrije arbeidskeuze. Bovendien hechten zij aan het belang van rechtszekerheid voor de werknemer dat hij niet al tijdens zijn proeftijd geconfronteerd kan worden met een verbod elders te gaan werken.

Daarom pleiten de vakcentrales voor het opnemen van een bepaling in het voorliggende wetsvoorstel, dat inhoudt dat een beding als bedoeld in het eerste lid (concurrentiebeding) komt te vervallen indien de arbeidsovereenkomst in de proeftijd wordt beëindigd.

Wat ten vierde ontbreekt: expliciteren functioneel bereik

Ruim twintig jaar geleden, bij de indiening van wetsvoorstel 28167, stelde de toenmalige regering voor om niet alleen de verplichting in te voeren om in het concurrentiebeding het geografisch bereik te beschrijven, maar ook het functioneel bereik. Daardoor ontstaat duidelijkheid over de activiteiten waarop het beding betrekking heeft. Bij de beschrijving van het functioneel bereik gaat het 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. Indertijd stemden de Stichting van de Arbeid, alsook NOvA en de NVvR, met dit vereiste in.

Daarom pleiten de vakcentrales ervoor om in de regeling van het concurrentiebeding de verplichting op te nemen om niet alleen het geografisch bereik te expliciteren, maar ook het functioneel bereik.

Een 'bommetje' onder het hele wetsvoorstel: "een geheimhoudingsbeding valt niet onder 7:653 BW"

Op het laatste moment is aan de memorie van toelichting op het wetsvoorstel toegevoegd dat een geheimhoudingsbeding niet onder art. 7:653 BW valt. Dat lijkt op het eerste gezicht een tamelijk onschuldige toevoeging, maar kan – gelet op de ervaring met wetsvoorstel 28167 (toevoeging bij amendement van een nieuw lid 8) – een bom leggen onder het hele wetsvoorstel. In het BW komt de term 'geheimhoudingsbeding' evenmin voor als de termen 'concurrentiebeding' en 'relatiebeding'. Zoals in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is opgenomen, is het doel van het concurrentiebeding de bescherming van het 'bedrijfsdebiet', o.m. bestaande uit bedrijfsgeheimen, kennis over tarieven, klantgegevens en klantbestanden. Een concurrentiebeding zou je dus ook een geheimhoudingsbeding kunnen noemen. Daaruit volgt dan dat een concurrentiebeding niet onder art. 7:653 BW valt. Zeker wanneer het uitgezonderd zijn van het geheimhoudingsbeding als amendement in art. 7:653 BW zou worden opgenomen, zou de verwarring compleet zijn en het wetsvoorstel op losse schroeven komen te staan.

Daarom kan in de memorie van toelichting niet worden volstaan met de opmerking dat een geheimhoudingsbeding niet onder art. 7:653 BW valt. Daaraan moet worden toegevoegd dat een geheimhoudingsbeding een werknemer weliswaar verbiedt om bedrijfsgeheimen aan een concurrent door te spelen, maar niet om bij die concurrent in dienst te treden. Dat kan door aan de betreffende zin in de memorie van toelichting ('Een geheimhoudingsbeding valt overigens niet onder 7:653 BW') de volgende zinsnede toe te voegen: ' , aangezien een geheimhoudingsbeding de werknemer niet beperkt in de bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn.'

Expliciteren geografische reikwijdte

In het voorstel dient de werkgever bij het aangaan van het concurrentiebeding de geografische reikwijdte te expliciteren. Het is mogelijk om een zeer beperkte reikwijdte overeen te komen, maar eveneens mogelijk om aan te geven dat de reikwijdte op een nationaal, of zelfs mondiaal niveau ligt. Het doel achter deze maatregel is volgens de memorie van toelichting om via het specificeren van het beding de arbeidsmobiliteit van de werknemer niet verder dan nodig te beperken om het bedrijfsdebiet te beschermen. De geografische reikwijdte moet passen bij het belang van de werkgever. Hiermee draagt volgens de memorie van toelichting deze maatregel bij aan de reductie van standaardbedingen.

De vakcentrales vinden deze toelichting niet duidelijk genoeg. Wij zouden nader uitgelegd

Datum
14 maart 2024
Ons kenmerk
24-30/ZB/RvS/ivdj
Pagina('s)
7 van 7

willen zien wat het inhoudt dat de geografische reikwijdte moet passen bij het belang van de werkgever. Het moet niet zo kunnen zijn dat een werknemer die werkzaam is bij een onderneming met een actieradius die zich beperkt tot Zuid-Limburg geconfronteerd wordt

met een verbod om bij een zelfde soort onderneming in Den Helder te gaan werken. Of dat een kapper bij de plaatselijke kapsalon te maken krijgt met een geografische reikwijdte die zich uitstrekt tot de hele wereld. In België is in de wet opgenomen dat het geografisch bereik moet worden beperkt tot plaatsen waar de werknemer daadwerkelijk concurrentie aan kan gaan met de werkgever, gelet op de aard en actieradius van de onderneming. Ook in Duitsland mag het beding alleen zien op het gebied waar de werkgever actief is.

Naar het voorbeeld van onze buurlanden zou ook in de Nederlandse wet en/of de memorie van toelichting moeten worden opgenomen dat het geografisch gebied, waarvoor de beperking geldt, niet meer omvat dan het gebied waarin het bedrijf van de werkgever werkzaam is of, indien de werkzaamheden van de werknemer tot een bepaald gebied zijn beperkt, het laatstgenoemde gebied.

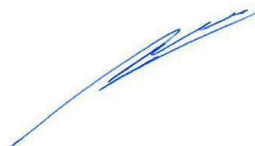
Hoogachtend,



Zakaria Boufangacha
Vicevoorzitter FNV



Piet Fortuin
Voorzitter CNV



Nic van Holstein
Voorzitter VCP