

## Reactie op Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding

### *Wijziging van artikel 653 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de modernisering van het concurrentiebeding*

#### (Internetconsultatie)

#### Algemeen

Koninklijke Metaalunie (hierna Metaalunie) onderschrijft de noodzaak en het belang van herziening/modernisering van het concurrentiebeding (daaronder ook begrepen het relatiebeding). Het concurrentiebeding is al in 1907 opgenomen in een wettelijke regeling en sindsdien nauwelijks gewijzigd, zodat de regels rondom dit beding sterk verouderd zijn en niet meer voldoen aan de tijd waarin we nu leven.

De vele redenen voor de modernisering van het beding, zoals genoemd in hoofdstuk 1 van de Memorie van Toelichting, worden herkend door werkgevers. Breed en oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding maakt het voor werkgevers moeilijker om aan nieuwe werknemers te komen en onnodige beperking van werknemers raakt het goed functioneren van de arbeidsmarkt. Het opnemen van een standaardbeding in modelcontracten, ongeacht de functie en bijvoorbeeld de hoogte het salaris van de werknemer, moet worden voorkomen. Ditzelfde geldt voor onjuiste motieven voor gebruik van een concurrentiebeding, zoals het voorkomen van vertrek of het weggakpen van personeel. Daartegenover staat dat een concurrentiebeding investeringen in werknemers door werkgevers bevordert.

De nieuwe wettelijke beperkingen voor gebruik van een concurrentiebeding moeten dan ook als hoofddoel hebben om oneigenlijk gebruik van het beding te voorkomen. Het oorspronkelijke doel van een concurrentiebeding betreft het belang van de werkgever om het bedrijf te beschermen tegen onrechtmatige concurrentie. Dit doel moet blijvend beschermd kunnen worden, zonder dat dit (teveel) afbreuk doet aan de vrije arbeidskeuze en de arbeidsmobiliteit van werknemers.

#### Juridische kanttekeningen bij het wetsvoorstel

##### **Maximumtermijn**

De voorgestelde maximumtermijn van 12 maanden voor het concurrentiebeding lijkt een voor de hand liggende keuze, gelet op de meerderheid van de bedingen die uitgaan van deze termijn en de rechtspraktijk waarbij matiging door de rechter tot deze termijn vaak aan de orde is. Deze maatregel draagt volgens Metaalunie bij aan de gewenste helderheid en rechtszekerheid. Uitzonderingen, in de zin van een afwijkende (langere) termijn voor speciale categorieën werknemers, zijn echter denkbaar en moeten mogelijk blijven. Het Panteia-rapport geeft aan dat veel lidstaten bij wet de maximale duur van het concurrentiebeding bepalen, waarbij gemiddeld genomen in Europa een temporeel bereik van 18 maanden geldt bij 'gewone arbeidsovereenkomsten'.

##### **Geografische reikwijdte**

Ten aanzien van het expliciteren van de geografische reikwijdte valt op te merken dat maatwerk voorop moet staan. Terecht wordt dus niet beoogd een maximale geografische reikwijdte van het beding in te voeren. Uit het wetsvoorstel blijkt dan ook dat zelfs een reikwijdte op mondiaal niveau mogelijk blijft, zolang de geografische reikwijdte maar wordt gedefinieerd. Onduidelijk is echter of de werkgever óók een specifieke motivatie moet opnemen in het beding voor wat betreft de keuze van het geografische bereik. In de MvT wordt namelijk gesteld dat 'het beding deze reikwijdte moet

specificeren' en dat de reikwijdte moet passen bij het belang van de werkgever. Dit wijst op een afzonderlijke motiveringsplicht ten aanzien van de geografische reikwijdte. Deze kennelijke bedoeling wordt bevestigd door de daarop volgende tekst uit de Mvt:

*“Wanneer de werknemer meent dat de motivatie voor de geografisch reikwijdte onvoldoende is, kan deze zich wenden tot de rechter. Die kan het beding vervolgens geheel vernietigen indien de beperking niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, en geheel of gedeeltelijk vernietigen indien de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever. Het is dus verstandig en passend dat een werkgever goed motiveert waarom is gekozen voor de betreffende geografische reikwijdte.”*

De motiveringsplicht die hier geïntroduceerd lijkt te worden voor het gekozen geografische bereik is ongewenst en onduidelijk. Op de eerste plaats omdat het vereiste van motivering niet volgt uit de tekst van het wetsvoorstel (lid 1 sub c), waarin enkel staat dat moet blijken *voor welke* geografische reikwijdte de beperking geldt en niet *waarom* deze voor dat gebied geldt. Onduidelijk blijft dus of het in de nieuwe wet zal gaan om een vereiste motivering bij de geografische reikwijdte of enkel de vermelding van de geografische reikwijdte. Zie hiervoor ook de tekst onder 'II Artikelsgewijs' in de Mvt, waarin staat:

*“Het nieuw voorgestelde onderdeel c bevat nog een nieuwe voorwaarde, namelijk dat het beding vermeldt voor welke geografische reikwijdte de beperking geldt.”*

In de tweede plaats omdat het praktisch gezien niet wenselijk is om óók een zware althans inhoudelijke motiveringsplicht op te leggen voor wat betreft de duiding/keuze van het geografisch bereik (het concurrentiebeding zal steeds langer en onleesbaarder worden). Bovendien leidt deze motiveringsplicht niet tot meer, maar juist tot minder rechtszekerheid, omdat ook twistpunten en discussies zullen ontstaan over het wel of niet voldoende zijn van de motivatie voor de overeengekomen geografische reikwijdte.

De verplichting tot aanduiding van een geografisch bereik met eventueel zelfs een inhoudelijke motiveringsplicht roept tot slot vragen op bij toepassing op een relatiebeding (artikel 7:653 BW ziet immers ook op het relatiebeding). Het lijkt (mede) hierdoor noodzakelijk om bij invoering van de wetwijzigingen onderscheid te gaan maken tussen het concurrentie- en het relatiebeding.

### **Motiveren zwaarwegend bedrijfsbelang bij contracten onbepaalde tijd**

Het invoeren van de verplichte motivering van het zwaarwegend bedrijfs- en dienstbelang voor contracten voor onbepaalde tijd moet eveneens leiden tot minder onnodig gebruik van (standaard) concurrentiebedingen. Extra struikelblok voor de werkgever op dit punt vormt het dubbele toetsingsmoment. Bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst moet de motivering immers ook nog voldoen aan de noodzakelijkheidsnorm, waardoor tussentijdse evaluatie en aanpassing nodig kan zijn. Hier wordt onvoldoende aandacht besteed aan het feit dat

- 1) daarvoor instemming van de werknemer is vereist; en
- 2) dit niet mogelijk is als vereist blijft dat de motivering gelijktijdig met het aangaan van het beding moet plaatsvinden en aan de werknemer kenbaar moet zijn gemaakt.

De aanbeveling uit de MvT, dat het verstandig is dat werkgever en werknemer het beding periodiek bezien bijvoorbeeld tijdens functioneringsgesprekken, lijkt ons hier in ieder geval niet realistisch en (praktisch en juridisch gezien) onhaalbaar.

### **Verplichte vergoeding bij inroepen concurrentiebeding en termijn**

De voorgestelde verplichte vergoeding bij het inroepen van het concurrentiebeding wordt in de MvT gepresenteerd als effectieve prikkel voor het wel of niet opnemen en handhaven van een concurrentiebeding. Metaalunie is op dit punt echter van mening dat deze maatregel niet zal bijdragen aan (een van de) doelstellingen van het wetsvoorstel, namelijk het bieden van meer rechtszekerheid en het zoveel mogelijk voorkomen van conflicten of een gang naar de rechter. De vergoedingsplicht vormt, zoals nu opgenomen in het wetsvoorstel, een praktisch en juridisch struikelblok. Wij zien deze bezwaren met name om de volgende redenen en in de volgende situaties.

Voor wat betreft de hoogte van de verplichte vergoeding van 50% van het laatst verdiende maandsalaris verwijst de MvT (o.a.) naar buurlanden België en Duitsland, waar dit een gangbaar percentage is. Andere lidstaten kennen lagere percentages. Een financiële compensatie moet redelijk zijn en volgens de MvT substantieel genoeg om te kunnen spreken van een inkomen dat voorziet in het verminderd verdienvermogen van de werknemer. Van belang is echter ook dat de vergoeding die de werkgever betaalt niet wordt verminderd met een eventuele WW-uitkering. Zo kan de werknemer in totaal een inkomen genieten van 120-125%. Daar komt bij dat de werknemer bij inroeping van het concurrentiebeding natuurlijk niet volledig wordt beperkt in zijn arbeidsmobiliteit. Door de strikte motiveringseis en het geografisch bereik blijven er veel mogelijkheden open, zodat tijdelijk ook sprake kan zijn van een inkomen van 150% of meer. Verschillend met bijvoorbeeld de regeling in Duitsland is dat de uitbetaling van de vergoeding daar maandelijks plaatsvindt én dat inkomsten van de werknemer in mindering mogen worden gebracht indien een bepaalde drempelwaarde wordt bereikt (zie Panteia-onderzoek). Verder kan worden overwogen om in plaats van een verplichte vergoeding voor de totale termijn van het beding, te kiezen voor een financiële compensatie die pas verplicht is bij een concurrentiebeding die een temporeel bereik van 6 of 12 maanden overschrijdt.

De vergoedingsplicht zoals voorgesteld geldt voor het aantal maanden dat de werkgever de werknemer aan het concurrentiebeding wil houden. Bij het inroepen van het beding (tevens gebonden aan een strikte termijn) moet de werkgever de werknemer ook direct informeren over de duur van het inroepen. Dit betekent dat bij het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de werkgever zich uiterlijk een maand voor het eindigen op het concurrentiebeding moet beroepen. Allereerst dient de werkgever die het dienstverband opzegt, anders dan bij ontslag op staande voet, zich uiterlijk op de datum van de opzegging op het beding te beroepen. Dit moment kan eerder zijn dan een maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst. De plannen van de werknemer zijn op dat moment vaak nog onduidelijk (of zelfs nooit kenbaar) voor de werkgever. Voor de werkgever is het lastig om dan reeds een inschatting te maken van de noodzaak of wenselijkheid van het inroepen van het beding.

Tegelijkertijd is door de vergoedingsplicht duidelijk dat het concurrentiebeding geld waard is. Op dit punt houdt het wetsvoorstel geen rekening met de calculerende werknemer of slechte intenties. In twee situaties kan dit leiden tot een onredelijke benadeling van de werkgever. Enerzijds kan de werkgever (onterecht) in de veronderstelling zijn of worden gebracht dat er géén belang is bij handhaving van - en daarmee betaling voor - het beding. Bijvoorbeeld wanneer de werknemer aangeeft dat hij in een niet-concurrerende branche of voor een niet-concurrent werkzaam zal zijn. In dat geval zal de werkgever het beding niet tijdig inroepen en niet betalen. De werknemer treedt vervolgens toch in dienst bij een directe concurrent, zonder enige gebondenheid aan een beding dat het bedrijfsdebet van werkgever moest beschermen. Omgekeerd de situatie waarin de werknemer ten onrechte aangeeft bij een concurrent te willen gaan werken. De werkgever doet onder deze omstandigheden een beroep op het concurrentiebeding en betaalt de verschuldigde vergoeding (volledig en uiterlijk op de laatste dag van de arbeidsovereenkomst). Ten onrechte, althans onnodig, als later blijkt dat de werknemer niet in een concurrerende branche gaat werken en hier onjuiste mededelingen over deed.

Indien de werkgever zich op rechtsgeldige wijze op het beding beroept en dus een vergoeding verschuldigd is aan de werknemer, kan hij hier in principe niet meer op terug komen. In dit geval geldt dat bij een te late of onvolledige betaling aan de werknemer, het concurrentiebeding geen werking meer heeft. De werknemer behoudt zijn aanspraak op de gehele vergoeding (heeft dus een vordering op de werkgever) en is daarnaast volledig vrij om in dienst te treden bij een directe concurrent. Hierin zien wij de werkgever geconfronteerd met een onevenredig strikte regel voor het behalen van de genoemde doelstellingen.

Daarnaast bestaat nog de situatie waarin lid 9 van het wetsvoorstel wil voorzien. Deze ziet op schending van het concurrentiebeding door de werknemer na het tijdig inroepen en betaling door de werkgever. Vanaf het moment van overtreding is de werkgever de vergoeding niet langer verschuldigd. Omdat de vergoeding eerder echter al volledig is voldaan, is sprake van een

onverschuldigde betaling. De werknemer zou dan het gehele bedrag moeten terugbetalen. Nog los van de praktische bezwaren en nadelige positie hierbij voor de werkgever, is de wettekst op dit punt onduidelijk. Heeft de werkgever inderdaad aanspraak op volledige terugbetaling of geldt er een terugbetalingsverplichting naar rato wanneer de overtreding pas later in de oproepingstermijn plaatsvindt?

Voor wat betreft de betaling zelf geeft de MvT aan dat deze in de eindafrekening (of eerder) kan worden meegenomen, zodat de extra administratieve lasten voor werkgevers op dit punt beperkt zijn. Dit is niet juist, omdat het wetsvoorstel in lid 7 bepaalt dat betaling "op laatste dag van de overeenkomst" moet plaatsvinden. De praktijk, waarin de eindafrekening (en daarmee mogelijke verrekeningen) binnen één maand na het einde van de arbeidsovereenkomst wordt voldaan, is anders en sluit hier dan ook niet op aan. Extra administratieve lasten spelen wel degelijk.

Tot slot formuleert het wetsvoorstel dat afwijking van de oproepings- en vergoedingseisen alleen bij een beëindigingsovereenkomst mogelijk is. De vraag is waarom deze afwijkingmogelijkheid niet breder zou kunnen gelden (dus afwijking bij een andere overeenkomst)?

Alles overziend zal de voorgestelde vergoedingsplicht in veel gevallen eerder leiden tot een rechtsgang, in ieder geval de noodzaak tot juridisch advies, en daarmee ook tot langdurige onzekerheid voor zowel werkgever als werknemer. Dit vooruitzicht strookt niet met het streven naar eenvoud, helderheid en duidelijkheid op voorhand zoals verwoord in de MvT.

### **Regeldruk voor werkgevers en MKB-toets**

Ten aanzien van de regeldruk wordt in de MvT opgemerkt dat geen extra regeldrukkosten worden geraamd voor juridisch advies. Door de vergaande en specifieke nieuwe regels inzake de geldigheidsvereisten voor het beding, met daarbovenop de strikte termijnen voor oproeping en de vergoedingsplicht, worden de regeldrukkosten voor de werkgever sterk onderschat.

Zoals opgemerkt onder 3.7 (MKB-toets) worden de voorgestelde wijzigingen gezien als wéér een nieuwe verplichting in de lange reeks werkgeversverplichtingen en is er zeker binnen het MKB veelal geen hrm-afdeling die intern kan adviseren. Tegelijkertijd komt uit de toets dat ondernemers het belang van het concurrentiebeding groot vinden. De opmerking dat door de verplichte vergoeding 'een actieve prikkel ontstaat om zowel het beding niet op ten nemen, alsook om het niet in te roepen' gaat dan ook niet op voor het MKB. Ditzelfde geldt voor de aannahme dat met het wetsvoorstel tegelijkertijd ruime mogelijkheid blijft voor werkgevers om de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen te beschermen. Voor deze categorie ondernemers wordt het veel eerder onmogelijk en/of onbetaalbaar om een rechtsgeldig concurrentiebeding te hanteren en te handhaven. Daarnaast spelen er terechte zorgen dat de nieuwe regels er toe kunnen leiden dat werkgevers niet meer investeren in werknemers.

Onduidelijk is verder waarom de eerder door de Tweede Kamer aangekomen motie inzake een verbod op een concurrentiebeding bij een jaarsalaris lager dan € 66.000,- bruto per jaar niet is meegenomen in het wetsvoorstel. Mogelijk biedt een beperking van deze aard meer duidelijkheid en evenwicht in de belangen dan de hiervoor besproken wijzigingen.

Tot slot zouden relatiebedingen moeten worden uitgezonderd van de voorgestelde strikte regels. Het relatiebeding kent immers een ander beschermingsdoel. De voorgestelde wetswijziging is niet (voldoende) specifiek toegespitst op relatiebedingen en de nieuwe regels zijn bovendien niet zonder meer toepasbaar op dit soort bedingen.