

Ingediend via internetconsultatie.nl en via e-mail

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
t.a.v. mevrouw ir. C.E.G. van Gennip
Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer F.M. Weerwind

Den Haag, 12 april 2024

dossiernummer: 205006

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: +31 (0)6 21 55 66 58

e-mail: e.trinthamer@advocatenorde.nl

Betreft: concept Wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding

Geachte ministers,

Op 4 maart 2024 is de internetconsultatie 'Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding' gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissies arbeidsrecht en insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie arbeidsrecht. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken. Vanuit de adviescommissie insolventierecht volgt ook nog een advies.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mr. drs. W.M. van Tellingen
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie arbeidsrecht

Bezoekadres

Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie arbeidsrecht
Datum:	8 april 2024
Betreft:	Concept Wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding

SAMENVATTING

Conclusie

Het wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding bevat in de visie van de wetgevingsadviescommissie arbeidsrecht (hierna "commissie") zonder meer verbeteringen ten opzichte van de huidige wettelijke regeling en zal naar verwachting de arbeidsmobiliteit van werknemers versterken en het gebruik van concurrentiebedingen verminderen. De voorgestelde wettekst roept evenwel met name op het gebied van de vergoeding en de opeisbaarheid daarvan vragen op en procedures zijn te verwachten over de uitleg van die wettekst. Het verdient aanbeveling onderwerpen specifiekere toe te lichten. De commissie geeft in het onderstaande daartoe haar advies.

De commissie verwacht dat het wetsvoorstel voor de rechtzoekende en de geleverde rechtsbijstand tot gevolg zal hebben dat minder procedures zullen worden gevoerd over de vraag of de werknemer door het concurrentiebeding, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, onbillijk wordt benadeeld. Werkgevers zullen door de drempel van de verplichte vergoeding het concurrentiebeding minder vaak inzetten alleen om personeel te behouden.

CONSULTATIEREACTIE

Inleiding

Met dit wetsvoorstel worden de volgende doelen beoogd:

- Een afname van het gebruik van het aantal (niet noodzakelijke) bedingen, waarbij de vrije arbeidskeuze, de arbeidsmobiliteit en een optimale arbeidsallocatie bevorderd worden.
- Het in evenwicht brengen van de balans in belangen tussen werkgevers en werknemers.
- Het bieden van meer rechtszekerheid, zodat op voorhand duidelijk is welke rechten en plichten voor werkgevers en werknemers gelden, waardoor een gang naar de rechter minder vaak nodig is.
- Het in stand houden van de mogelijkheid voor werkgevers tot het beschermen van het bedrijfsdebiet.

Door deze wet worden de bestaande regels die gelden voor het concurrentiebeding aangescherpt:

1. Een concurrentiebeding kan maximaal één jaar effect hebben na het einde van de arbeidsovereenkomst.
2. Het gebied waarin de werknemer niet mag werken vanwege het concurrentiebeding moet worden geëxpliciteerd.
3. Het zwaarwegende bedrijfs-of dienstbelang voor een concurrentiebeding moet worden gemotiveerd voor alle arbeidsovereenkomsten (dus niet alleen voor tijdelijke arbeidsovereenkomsten, zoals nu het geval is).

4. Een werkgever moet de werknemer een vergoeding betalen wanneer een beroep op het concurrentiebeding wordt gedaan. De vergoeding bedraagt 50% van het laatstverdiende maandloon, voor elke maand dat het concurrentiebeding wordt ingeroepen.

De commissie deelt de visie van de regering dat het concurrentiebeding gezien de beperking die het vormt van het grondrecht op vrije arbeidskeuze, alleen opgenomen en ingeroepen zou moeten worden wanneer dit echt belangrijk is voor de bescherming van bedrijfsgeheimen, tarieven of klantgegevens (bedrijfsdebiet). Als er geen noodzaak is om het bedrijfsdebiet te beschermen, dan dienen vrije arbeidskeuze en arbeidsmobiliteit voorop te staan.

Het concurrentiebeding zou de goede werking van de arbeidsmarkt niet nodeloos moeten beperken, voor werkgevers om goed personeel te vinden, voor werknemers om de genoemde vrijheid van arbeidskeuze te kunnen realiseren.

Maatregelen

Artikel 7:653 BW

Lid 1

Duur (sub b) en geografische reikwijdte (sub c)

Een concurrentiebeding is nietig tenzij uit de bij het beding opgenomen schriftelijke motivering blijkt

b. gedurende welke periode na het einde van de overeenkomst (...) de beperking ten hoogste geldt;

c. voor welke geografische reikwijdte de beperking geldt.

De vraag komt op wat in deze onderdelen van lid 1 bedoeld is met het woord *motivering*. Enerzijds lijkt uit het gebruik van datzelfde woord in lid 1 sub d (zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen) te volgen dat noodzakelijk is dat wordt onderbouwd *waarom* is gekozen voor de periode respectievelijk geografische reikwijdte, anderzijds wordt bij de artikelsgewijze toelichting in de memorie van toelichting (MvT) slechts gesproken over de verplichting te *vermelden* gedurende welke periode de beperking ten hoogste geldt. Ook is de onduidelijkheid ingegeven door de zinssnede in MvT 2.4: *Het motiveren van de geografische reikwijdte en zwaarwegende bedrijfsbelangen dragen bij aan een betere motivering van de noodzakelijkheid van het beding*, waaruit lijkt te volgen dat er inderdaad een verplichting bestaat tot motivering van de geografische reikwijdte en de zwaarwegende bedrijfsbelangen, maar niet van de duur. Voorts vermeldt de MvT dat de werkgever de geografische reikwijdte dient te expliciteren. Onduidelijk is of er een verschil bestaat tussen *expliciteren* en *motiveren*. Tot slot wordt elders in de MvT gesproken over de verplichting te *vermelden* voor welke geografische reikwijdte de beperking geldt. De vraag is dus: is vermelden voldoende of moet afzonderlijk worden onderbouwd waarom gekozen is voor bepaalde duur en geografische reikwijdte?

Zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen (sub d)

De MvT verwijst zonder nadere toelichting naar jurisprudentie die vereist dat de motivering van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen specifiek is en gericht is op de *werknemer* en zijn *functie*. De commissie vindt het onduidelijk hoe de motivering gericht zou moeten zijn op de individuele werknemer. Gaat het niet om de vraag waarom deze functie zo kritisch is voor de bescherming van het bedrijfsdebiet dat specifiek deze functie tot een beperking noodzaakt? Onduidelijk is hoe de motivering gericht moet zijn op de werknemer los van diens nieuwe functie. Nu deze vraag zich ook voordoet bij het tweede toetsmoment ex art. 653 lid 10, beveelt de commissie aan de toelichting op dit punt te verduidelijken.

Lid 6 (vergoeding)

Een werkgever die zich beroept op een concurrentiebeding dient – kort samengevat – een vergoeding aan de werknemer te betalen. Deze systematiek is helder als het concurrentiebeding waarop de werkgever zich beroept rechtsgeldig is. Maar wat geldt indien een werkgever zich beroept op een niet rechtsgeldig concurrentiebeding, bijvoorbeeld een beding met een looptijd van 18 maanden (zijnde nietig) of op een beding dat later wordt vernietigd omdat de motivering ontoereikend blijkt te zijn? De wettekst wekt de suggestie dat de werkgever ook in die omstandigheden gehouden is de vergoeding te betalen aan de werknemer zonder de mogelijkheid van een latere terugvordering.

Dit geldt temeer omdat ook op p. 15 van de MvT apart vermeld wordt dat, indien de werkgever zich op een rechtsgeldige wijze op het beding beroept, de juridische consequentie is dat er een vergoeding verschuldigd is. De commissie is van mening dat dit een onaannemelijk rechtsgevolg zou zijn. Het beding is immers nietig, dan wel (met terugwerkende krachtige kracht) vernietigd in zo'n geval, dus een onomkeerbare vergoedingsplicht in die gevallen lijkt te moeten worden uitgesloten.

De commissie verzoekt dit te verduidelijken, nu de enige twee situaties waarin de werkgever de vergoeding niet, dan wel niet langer verschuldigd is, volgens lid 9 zijn: vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer, of wanneer de werknemer de voorwaarden uit het beding niet nakomt.

Lid 6 (berekening vergoeding)

Voor de hoogte van de vergoeding zal bij Algemene Maatregel van Bestuur worden bepaald wat wordt gezien als loon. Het voornemen is om voor de definitie van loon aan te sluiten bij de systematiek zoals deze ook geldt voor de transitievergoeding, namelijk het bruto maandsalaris, vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoelage, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag. In het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding wordt een onderscheid gemaakt tussen overeengekomen *vaste* en *variabele* looncomponenten. De voorbeelden van vaste looncomponenten zoals die op p. 17 van de MvT worden omschreven, doen vermoeden dat slechts aansluiting wordt gezocht bij de systematiek van de transitievergoeding voor zover het gaat om de berekening van *vaste* looncomponenten, waardoor de variabele looncomponenten (zoals bonus, winstuitkeringen en niet-vaste eindejaarsuitkeringen) niet zouden meetellen voor de vergoeding en voor wat dat betreft dus juist wordt afgeweken van de systematiek van de transitievergoeding. De commissie adviseert om dit punt te verduidelijken in de nog te volgen Algemene Maatregel van Bestuur. Overigens zou de berekening van de vergoeding volgens de commissie minder discussiegevoelig zijn als inderdaad slechts de vaste looncomponenten hoeven te worden meegerekend.

Verder vraagt de commissie zich af wat de gevolgen zijn als de vergoeding verkeerd is berekend. Als de werkgever bijvoorbeeld per abuis is vergeten om een looncomponent mee te nemen in de berekening en daardoor een te lage vergoeding heeft betaald, betekent dat dan dat de werkgever niet heeft voldaan aan de verplichting om voor het einde van het dienstverband de vergoeding te betalen, op straffe van verval van het beding? Ook als het gaat om een paar euro verschil? Ook bij de berekening van de transitievergoeding zijn partijen het niet altijd op voorhand eens over de juiste uitkomst.

Lid 7 (betalingstermijnen)

Bij opzegging vanwege een dringende reden ex artikel 7:677 BW, heeft de werkgever 14 dagen na de datum van de opzegging de tijd om zich op het beding te beroepen en krijgt kennelijk dan nog (slechts) één extra dag voor de betaling, die immers volgens lid 7 op de 15e dag na de opzegging dient te zijn betaald. Het is in de praktijk niet altijd haalbaar om op zulke korte termijnen een betaling te verrichten via de payroll, zeker niet als het gaat om een betalingstermijn van één dag.

Ook overigens geldt dat de betalingstermijnen kort zijn. Bij opzegging door de werknemer heeft bijvoorbeeld de werkgever 14 dagen om de kennisgeving te delen met de werknemer, hetgeen bij een opzegtermijn van een maand betekent dat er slechts ongeveer 16 dagen overblijven om de betaling in orde te maken voor het einde van het dienstverband. In de praktijk is de werkgever echter gebonden aan uiterlijke data waarop de payroll nog voor de komende maand kan worden geïnstrueerd, bij gebreke waarvan de betaling pas in de volgende maand kan worden verwerkt. De gevolgen voor het niet tijdig betalen van de vergoeding zijn zó groot, dat het de commissie redelijker voorkomt als de werkgever de betaling ineens - zou het een betaling ineens blijven - uiterlijk binnen een maand na einde dienstverband kan voldoen in plaats van voor de einddatum van de arbeidsovereenkomst.

Verrekeningsmogelijkheden

De vergoeding dient in de regel te worden betaald voor de einddatum van het dienstverband, behoudens de uitzondering in het geval van een ontslag op staande voet zoals hiervoor geschetst. De verplichte vergoeding kwalificeert volgens de MvT als loon uit vroegere dienstbetrekking. De commissie vraagt zich af of de vergoeding daarmee ook valt onder de (strikte) verrekeningsmogelijkheden van loon ex artikel 7:632 BW? Artikel 7:632 lid 1 BW is namelijk geschreven voor verrekeningsmogelijkheden die de werkgever tijdens het dienstverband heeft ten aanzien van zijn schuld ter zake van het uit te betalen 'loon', hetgeen impliceert dat dit artikel (slechts) de verrekeningsmogelijkheden voor loon uit tegenwoordige dienstbetrekking reguleert. De commissie verzoekt de regering dit punt te verduidelijken.

Lid 8 (geen vergoeding bij te late of onvolledige betaling)

De vergaande sanctie van lid 8 is het vervallen van de werking van het concurrentiebeding bij het uitblijven van volledige betaling op de laatste dag van de arbeidsovereenkomst (dan wel bij een ontslag op staande voet uiterlijk 15 dagen nadien). Het concurrentiebeding heeft geen werking maar de werkgever blijft wel tot betaling verschuldigd. De commissie voorziet de onwenselijke situatie van de calculerende werknemer die de werkgever bewust onjuist of onvolledig informeert. De werkgever dient zich in betrekkelijk korte tijd een oordeel te vormen over de vraag of hij zich op het concurrentiebeding beroept. Het is daarbij niet ondenkbaar dat de werknemer opzegt en aangeeft plannen te hebben voor bijvoorbeeld een opleiding of een lange reis en werkgever vergaande voorbereidingshandelingen daarvoor laat zien. Alles afwegende besluit de werkgever geen beroep te doen op het concurrentiebeding, waarop de werknemer terstond toch in dienst treedt bij de concurrent. Ook de spiegelbeeldsituatie is niet onrealistisch. Werknemer geeft signalen af benaderd te zijn door concurrenten, waarop de werkgever een beroep doet op het beding en de vergoeding betaalt. Werkgever treedt niet in dienst en financiert zijn opleiding of lange reis met de vergoeding artikel 653 lid 6. Er is dan geen sprake van een van de situatie bedoeld in lid 9 want de werknemer heeft niet ernstig verwijtbaar gehandeld of nagelaten met betrekking tot het beëindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst en overtreedt de voorwaarden van het beding evenmin. Toch kan de werkgever opzettelijk zijn misleid. De commissie adviseert de regering in deze situatie te voorzien door in de MvT te bevestigen dat de

werkgever de vergoeding niet verschuldigd is in geval van misleiding en/of bedrog door de werknemer.

Lid 9 (niet langer verschuldigd)

De werkgever is 'de vergoeding' niet langer verschuldigd indien de werknemer de voorwaarden van het beding niet nakomt. Heeft de werkgever de vergoeding dan al betaald, dan is die betaling onverschuldigd gedaan, hetgeen impliceert dat de volledige vergoeding moet worden terugbetaald, ook als de werknemer bijvoorbeeld pas in de laatste week de voorwaarden van het beding niet langer zou nakomen. De artikelsgewijze toelichting geeft echter aan dat de betaling onverschuldigd is *vanaf het moment* dat de werknemer de voorwaarden van het beding schendt. Onduidelijk blijft of hier een *pro rata temporis* correctie op moet plaatsvinden. Met andere woorden, de vergoeding is opgebouwd aan de hand van iedere maand dat de beperking duurt. Tot de schending blijft de vergoeding verschuldigd. Na de schending door de werknemer niet langer. Is de gehele vergoeding dan onverschuldigd betaald of alleen dat deel dat is toe te wijzen aan de maanden dat het beding nog zou werken na de overtreding door de werknemer? Op dit punt is duidelijkheid gewenst.

De commissie vraagt zich in het licht van lid 9 af welke rechtsgevolgen verbonden zijn aan de nietigheid van het concurrentiebeding op grond van lid 1 en aan de vernietiging van het beding op grond van bijvoorbeeld de wilsgebreken of artikel 10a of b. Bestaat er dan een ongedaanmakingsverplichting en vervalt de rechtsgrond aan de vergoeding zodat die onverschuldigd is betaald?

Lid 11 (dwingend recht, tenzij)

Lid 11 regelt dat het nieuwe artikel van dwingend recht is. Daarop wordt één uitzondering gemaakt, namelijk dat in een beëindigingsovereenkomst afspraken kunnen worden gemaakt die afwijken van de leden 2 tot en met 4 en 6 tot en met 8 van het voorgestelde artikel. Bedingen in een dergelijke vaststellingsovereenkomst zullen echter wel moeten voldoen aan de voorwaarden gesteld in lid 1 en afwijken daarvan zijn ook bij vaststellingsovereenkomst bij voorbaat nietig, aldus de MvT.

Art. 7:902 BW bepaalt echter dat een vaststelling ter beëindiging van reeds bestaande onzekerheid of geschil ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. De commissie volgt dat het bewust buiten toepassing laten of onjuist toepassen van een regel van dwingend recht, de vaststelling in strijd met de openbare orde of goede zeden zal brengen. Het is echter onduidelijk of met lid 11 wordt beoogd dat ook elke vaststelling waarmee een geschil wordt beslecht over de uitleg of toepassing van dat dwingende recht, in gevallen waarin in redelijkheid van mening kan worden verschild, moet worden gesanctioneerd met nietigheid. Kortom, de commissie verzoekt de regering te verduidelijken of wordt beoogd om lid 1 van het artikel buiten de werkingssfeer van artikel 7:902 BW te plaatsen en zo ja, op welke wijze.

Reikwijdte

Een concurrentiebeding in de zin van artikel 653 BW is een beding waarbij de werknemer wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn. Zonder nadere toelichting geeft de regering (p.4 MvT) aan dat de bepaling ook ziet op het relatiebeding en het anti-ronselbeding. Volgens de regering gold de hervorming die de Wwz aanbracht ook al voor al deze bedingen, terwijl dit niet volgt uit de (toelichting op) de Wwz. Verder is het ook niet duidelijk wat de regering precies verstaat onder anti-ronselbedingen.

De commissie vraagt de regering te onderbouwen waarom het anti-ronsel beding, dat de werknemer beoogt te weerhouden werknemers van zijn voormalige werkgever mee te nemen naar zijn nieuwe werkzaamheden, dezelfde beperkingen dient te ondergaan als het concurrentiebeding. Immers, een dergelijk beding beperkt niet de arbeidsmobiliteit van de werknemer, terwijl het behoud van werknemers voor de werkgever van wezenlijk belang is. Bovendien staat op pagina 31 van de MvT weer dat de nieuwe wettelijke regeling geldt voor het concurrentiebeding (tevens relatiebeding) terwijl het anti-ronselbeding niet wordt genoemd. De commissie verzoekt de regering om dit punt nader toe te lichten.

Artikel 8:228 (overgangsrecht)

Concurrentiebedingen die rechtsgeldig zijn overeengekomen vóór inwerkingtreding van dit wetsvoorstel blijven geldig. Op bestaande bedingen zullen, na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, wel de bepalingen van toepassing zijn die zien op het doen van een beroep op een beding en het betalen van een vergoeding. De commissie vraagt zich af hoe dit uitpakt als de duur van een bestaand beding langer dan twaalf maanden bedraagt. Bijvoorbeeld een beding geldt twee jaar en de werkgever doet een beroep op dat beding, dient de werkgever dan een jaarsalaris te betalen om de werknemer aan dat rechtsgeldig overeengekomen reeds bestaande beding te kunnen houden?

Volgens het beoogde overgangsrecht hebben sommige bepalingen van het wetsvoorstel ook ten aanzien van bedingen die reeds bestonden voor de ingangsdatum van het wetsvoorstel directe werking. Hierdoor zullen werkgevers die nu een concurrentiebeding zijn overeengekomen onder meer verplicht zijn een vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking duurt. Denkbaar is dat een werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een hoger salaris heeft ontvangen juist omdat deze werknemer gebonden was aan een concurrentiebeding. De commissie verzoekt de regering aan te geven of zij het wenselijk acht dat de werkgever ook in die omstandigheden een vergoedingsplicht heeft bij oproeping van het concurrentiebeding.