

Inbreng NEVOA internetconsultatie Wet modernisering concurrentiebeding

Wij zijn van oordeel dat de verplichtingen die het nieuwe artikel 7:653 BW aan werkgevers oplegt – en dan met name de vergoedingsplicht voor werkgevers als bedoeld in het nieuw voorgestelde lid 6 van artikel 7:653 BW – leidt tot veel uitvoeringsproblemen en een verhoogde administratieve lastendruk voor werkgevers, met verstrekkende ongewenste gevolgen voor de werkgevers als resultaat. Hierdoor raakt de balans in belangen tussen werkgevers en werknemers uit evenwicht ten nadele van de werkgevers, waardoor niet wordt voldaan aan alle doelstellingen van de Wet modernisering concurrentiebeding. Met name MKB-werkgevers worden door het nieuwe wetsvoorstel hard getroffen. Bovendien bevatten het nieuw geformuleerde artikel 7:653 BW en de bijbehorende Memorie van Toelichting onduidelijkheden, hetgeen veel vragen oproept. Hieronder zullen wij de onderbouwing van onze standpunten nader uiteenzetten.

We zullen in onze bijdrage aan de internetconsultatie allereerst motiveren waarom NEVOA van mening is dat er in het wetsvoorstel niet goed is nagedacht over de financiële risico's en gevolgen voor werkgevers als het wetsvoorstel in deze vorm ongewijzigd zou worden voortgezet. Daarna gaan we in op de praktische bezwaren die we zien bij de motiveringsplicht van de reikwijdte en periode en bij de zwaarwegende bedrijfsbelangen en tot slot staan we stil bij het feit dat het relatiebeding onterecht wordt gelijkgesteld met een concurrentiebeding. Daardoor hebben werkgevers straks het nakijken en moeten ze vertrekkende werknemers betalen om de eigen klanten niet te benaderen.

Deel 1. Financiële verplichtingen voor de werkgever

Ten eerste krijgen werkgevers door het nieuwe artikel 7:653 BW verschillende verplichtingen opgelegd die de nodige kosten en administratieve lasten met zich meebrengen en waarvan de consequenties groot kunnen zijn indien de werkgever deze verplichtingen niet, niet tijdig of niet naar behoren nakomt, hetgeen veelal het gevolg is van (onbewuste) onoplettendheid of onwetendheid van een werkgever. Opvallend is dat het nieuwe wetsvoorstel geen enkele verplichting aan de werknemers oplegt. **Zo rust er geen verplichting op de werknemer om de werkgever – in geval van opzegging door de werknemer – te informeren over het feit of hij wel of niet voor een concurrent gaat werken.** Dit kan tot het zeer ongewenste gevolg leiden dat een werkgever wel netjes de vergoeding betaalt, terwijl de werknemer vervolgens bij een nieuwe werkgever in dienst treedt die helemaal geen concurrent is van de betalende werkgever. De nieuwe regeling is hierdoor fraudegevoelig met als gevolg dat de werknemer ten onrechte ten koste van de werkgever kan worden verrijkt. Dat kan niet de bedoeling zijn van dit wetsvoorstel.

Het zou daarom in de rede liggen om aan werknemers – enerzijds ten tijde van de opzegging door de werknemer en anderzijds gedurende de periode dat de werkgever zich op een concurrentie-, relatie- en/of ronselbeding beroept – een **informatieverplichting op te leggen op basis waarvan zij de werkgevers periodiek dienen te informeren over de stand van zaken met betrekking tot de nakoming van de voorwaarden van het beding.** Het nieuwe artikel 7:653 BW bevat wel de bepaling dat een werkgever de vergoeding niet langer verschuldigd is indien de werknemer de voorwaarden van het beding niet nakomt (lid 9 onder b), maar het is voor werkgevers lastig te controleren – laat staan bewijzen – of een werknemer al dan niet aan de verplichtingen van het beding voldoet.

NEVOA pleit voor een informatieplicht door de werknemer ten tijde van (1) de opzegging en (2) de periode gedurende welke de werknemer zich aan het beding moet houden.

Mocht een werkgever al kunnen controleren of en bewijzen dat een werknemer het beding overtreedt, dan is het vervolgens nog een hele (kostbare) exercitie om de – volgens de Memorie van Toelichting – onverschuldigd betaalde vergoeding van de werknemer terug te krijgen. Naast de vraag of de vergoeding in een dergelijk geval volledig of slechts gedeeltelijk onverschuldigd is betaald, zal een werknemer de vergoeding veelal niet uit eigen beweging terug (kunnen) betalen en dient de werkgever dus een juridische procedure te voeren om een gerechtelijk vonnis te verkrijgen. De kosten die deze procedure voor een werkgever –en zeker voor een MKB-werkgever– met zich meebrengen (griffierecht, kosten juridische bijstand, tijdsinvestering werkgever, etc.), zullen in veel gevallen niet opwegen tegen de baten. Als de werkgever er desondanks voor kiest om een juridische procedure te voeren en hij nadien een toewijzend vonnis ontvangt, dan is het bovendien nog maar de vraag of de (ex-)werknemer wel voldoende verhaal biedt en de onverschuldigd betaalde vergoeding alsnog terugbetaalt. Het nieuw voorgestelde artikel 7:653 lid 9 onder b BW lijkt aldus een voor de werkgever gunstige bepaling, maar zal de werkgever in de praktijk weinig soelaas bieden. Bovendien leidt deze nieuw voorgestelde bepaling naar alle waarschijnlijkheid tot een toename van het aantal rechtszaken. Dit is een ongewenst gevolg nu het Pantheia-rapport juist een dalende lijn in het aantal rechtszaken over het concurrentiebeding heeft laten zien, onder meer omdat het overgrote deel van de geschillen hieromtrent wordt geschikt.

NEVOA denkt dat artikel 7:653 lid 9 onder b BW zal leiden tot kosten voor de werkgever en een toename van het aantal rechtszaken.

Daarnaast kan er zich nog een andere, voor de werkgever ongewenste, situatie voordoen. Deze situatie houdt verband met het bepaalde in lid 10 van het nieuw voorgestelde artikel 7:653 BW. Indien een werkgever besluit om een werknemer gedurende een bepaalde periode aan het concurrentie-, relatie- en/of ronselbeding te houden en hij vervolgens ook de vergoeding betaalt die daar tegenover staat, dan kan een werknemer gedurende of na voornoemde periode besluiten om de inhoud van het overeengekomen beding alsnog door een rechter te laten toetsen. Indien de rechter het beding vervolgens op grond van het tiende lid geheel of gedeeltelijk vernietigt, dan is het de vraag wat er vervolgens geldt ten aanzien van de reeds door de werkgever betaalde vergoeding. Dit blijkt noch uit het wetsvoorstel noch uit de Memorie van Toelichting. Het zou in dat geval juridisch gezien logisch zijn als de vergoeding in een dergelijk geval ook onverschuldigd is betaald en de rechter in diezelfde procedure kan oordelen dat de werknemer de vergoeding – al dan niet gedeeltelijk – dient te terug te betalen. Het betreffende beding wordt dan immers geacht nooit te hebben bestaan, zodat de werkgever zich ook niet – overeenkomstig het nieuwe tweede lid van artikel 7:653 BW - op het beding heeft kunnen beroepen en dienovereenkomstig ook niet gehouden kon zijn om de vergoeding als bedoeld in het nieuwe lid 6 van artikel 7:653 BW te betalen. Ten aanzien van deze situatie is het gewenst dat de wetgever meer duidelijkheid verschaft.

NEVOA is van mening dat de vergoeding onverschuldigd is, indien achteraf een beding ongeldig blijkt.

Verder wordt nog opgemerkt dat het voor werkgevers een zeer grote financiële last kan zijn om de te betalen vergoeding in één keer te voldoen, zeker als het gaat om werknemers met een hoog salaris en/of aanzienlijke bonussen (die waarschijnlijk ook onder de reikwijdte van het loonbegrip gaan vallen). Het in één keer moeten voldoen van een dergelijk groot bedrag gaat ten koste van de liquiditeitspositie van een (MKB-)werkgever, met alle mogelijke nadelige gevolgen van dien

(zoals ontslagen of zelfs faillissement). Om die reden geven wij de wetgever in overweging om voor de werkgever alsnog de mogelijkheid te creëren om de vergoeding – al dan niet onder voorwaarden (bijvoorbeeld vanaf een bepaald drempelbedrag) – in termijnen te betalen.

NEVOA is van mening dat betaling van de vergoeding in termijnen mogelijk moet zijn.

Na het lezen van het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting is er ook enige onduidelijkheid ontstaan over de uiterlijke dag van betaling van de vergoeding (indien er geen sprake is van een opzegging ex artikel 7:677 BW). Het nieuw geformuleerde lid 7 van artikel 7:653 BW bepaalt dat de werkgever de vergoeding uiterlijk op de laatste dag van de arbeidsovereenkomst dient te betalen, maar in de Memorie van Toelichting wordt tot tweemaal toe gesuggereerd dat dit ook bij de eindafrekening mogelijk is. In dit kader wordt verwezen naar pagina 19 (schematische weergave, kader rechtsonder) en pagina 24 (onder 'Cumulatie van regelingen'). Het is wenselijk om hierover duidelijkheid te verschaffen, waarbij de uitdrukkelijke wens van de werkgevers zal zijn om de vergoeding ook bij de eindafrekening uit te mogen keren, zoals ook reeds geldt ten aanzien van de uitbetaling van de transitievergoeding. De eindafrekening wordt normaliter binnen een maand na het einde van het dienstverband door de werkgever opgemaakt en uitbetaald, zodat werknemers niet onredelijk lang op de vergoeding hoeven te wachten. Mede om de administratieve lastendruk voor de werkgevers enigszins te verlagen, wordt hierbij het verzoek gedaan om het nieuwe artikel 7:653 lid 7 BW zodanig te wijzigen dat daaruit voortvloeit dat de vergoeding ook bij de eindafrekening door de werkgever mag worden uitgekeerd.

Voorgaand verzoek tot aanpassing van het nieuwe zevende lid van artikel 7:653 BW houdt eveneens verband met de vergaande consequenties voor de werkgever indien hij de vergoeding niet op tijd betaalt. Op basis van het nieuw voorgestelde artikel 7:653 lid 8 BW leidt een niet-tijdige betaling door de werkgever tot het gevolg dat het beding in kwestie zijn werking verliest, terwijl de werkgever wel gehouden blijft om de vergoeding aan de werknemer te voldoen. Zeker als de laatste dag van betaling de einddatum van de arbeidsovereenkomst blijft, is dit een zware sanctie voor de onwetende of onoplettende (MKB-)werkgever. De werkgever is immers vaak afhankelijk van een salarisadministratiekantoor. Bovendien kan de berekening van de vergoeding ingewikkeld en tijdrovend zijn in geval van vaste of variabele looncomponenten (indien voor de definitie van het loon wordt aangesloten bij de systematiek zoals deze ook geldt voor de transitievergoeding) en kan hierover ook discussie ontstaan tussen een werkgever en een werknemer. Ook kan een bankinstelling een storing hebben, waardoor betalingen niet kunnen worden verricht of later worden bijgeschreven op de rekening van de werknemer. Op deze omstandigheden kan een werkgever geen invloed uitoefenen, zodat de sanctie van het vervallen van de geldigheid van het beding een te vergaande sanctie is. Een alternatieve en meer passende sanctie zou de mogelijkheid voor de werknemer zijn om wettelijke rente en/of een wettelijke verhoging (vergelijkbaar met het bepaalde in artikel 7:625 BW) van de werkgever te kunnen vorderen bij niet-tijdige betaling.

NEVOA is van mening dat betaling van de vergoeding bij de eindafrekening mogelijk moet zijn.

Uit het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting blijkt voorts niet of er ook een vervaltermijn gaat gelden voor het indienen van een verzoekschrift bij de kantonrechter ter zake het vorderen van de vergoeding als bedoeld in het nieuwe artikel 7:653 lid 6 BW en/of voor de mogelijkheid van de werknemer om het concurrentie-, relatie- en/of ronselfeding door een rechter te laten vernietigen op grond van het nieuw voorgestelde tiende lid van artikel 7:653 BW. Een dergelijke vervaltermijn geldt bijvoorbeeld wel voor het vorderen van de transitievergoeding (artikel 7:686a

lid 4 BW), zodat het in het kader van de rechtszekerheid wenselijk is om ook een vervaltermijn te hanteren voor het vorderen van de vergoeding voortvloeiend uit het nieuwe artikel 7:653 lid 6 BW en de mogelijkheid tot vernietiging op basis van het nieuwe artikel 7:653 lid 10 BW.

NEVOA is van mening dat een vervaltermijn dient te worden toegevoegd voor de vordering van de vergoeding (vergelijkbaar met de transitievergoeding)

Tot slot wordt hieronder nog een aantal kanttekeningen geplaatst ten aanzien van de werking van het voorgestelde artikel 7:653 BW in geval van een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet ex artikel 7:677 BW.

Op basis van het nieuw voorgestelde artikel 7:653 lid 3 onder b BW dient een werkgever uiterlijk twee weken na de datum waarop de werknemer op staande voet is ontslagen schriftelijk aan de werknemer kenbaar te maken of hij zich beroept op het overeengekomen concurrentie-, relatie- en/of ronsselbeding. De betalingstermijn eindigt conform het nieuw voorgestelde zevende lid een dag later, namelijk op de vijftiende dag na het ontslag op staande voet. Ook in deze situatie wordt het uitdrukkelijke verzoek gedaan om voor de werkgever de mogelijkheid te creëren om de vergoeding bij de eindafrekening te voldoen dan wel te verrekenen (bijvoorbeeld met de fictieve schadevergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW) en de sanctie bij niet-tijdige betaling te matigen, zeker nu de opzegging door de werkgever te wijten is aan het handelen of nalaten van de werknemer.

Voorts zal een werkgever zich vaak op het standpunt stellen dat er in geval van een ontslag op staande voet sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, waardoor de werkgever de vergoeding uit het nieuw voorgestelde artikel 7:653 lid 6 BW conform het nieuwe lid 9 onder a van dat artikel niet verschuldigd is. Wat is het gevolg voor (de tijdigheid van) een eventueel beroep op het concurrentie-, relatie- en/of ronsselbeding alsmede de daaraan gekoppelde (niet betaalde) vergoeding indien een rechter achteraf – mogelijk pas na hoger beroep of cassatie – beslist dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven? Het antwoord op deze vraag is aan de hand van het nieuw voorgestelde artikel 7:653 BW in combinatie met het huidige ontslag- en procesrecht niet te geven en dit leidt derhalve eveneens tot rechtsonzekerheid.

NEVOA is van mening dat de voorgestelde termijnen niet haalbaar zijn bij ontslag op staande voet.

Deel 2. De uitgebreide motiveringsplicht in het wetsvoorstel Modernisering van het Concurrentiebeding

In artikel 7:653 lid 1 van het wetsvoorstel is de **motiveringsplicht** opgenomen:

Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij de werknemer wordt beperkt in de bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is nietig, tenzij:

- a. de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer;*
- b. uit de bij het beding opgenomen schriftelijke motivering blijkt gedurende welke periode na het einde van de overeenkomst, die uit gehele maanden bestaat en ten hoogste twaalf maanden bedraagt, de beperking ten hoogste geldt;*
- c. uit de bij het beding opgenomen schriftelijke motivering blijkt voor welke geografische reikwijdte de beperking geldt; en*

d. uit de bij het beding opgenomen schriftelijke motivering blijkt vanwege welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen de werkgever de beperking noodzakelijk vindt.

In de huidige wettekst is er alleen een motiveringsplicht opgenomen voor wat betreft de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die naar de mening van de werkgever een concurrentiebeding rechtvaardigen in een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd. In het wetsvoorstel wordt deze motiveringsplicht ook verplicht voor de arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde tijd*. Niet alleen om de zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen nader te motiveren, maar er moet nu ook gemotiveerd worden gedurende welke periode (van maximaal 12 maanden) het beding geldt en voor welke geografische reikwijdte de beperking geldt.

De motivering van de geografische reikwijdte: Een werkgever met één bedrijfsvestiging in Nederland kan kiezen voor een bepaalde kilometerstraal. Uit de praktijk en de jurisprudentie blijkt dat een straal van 30, 50 of 100 kilometer, gemeten vanaf de betreffende vestigingsplaats gemeten, gangbaar is. Voor beroepen als de kapper is de afstand vaak kleiner. De vraag is hoe een werkgever de kilometerstraal dan nader *inhoudelijk* dient te motiveren. Waarom wel 50 en geen 35 kilometer? En wat als de werkgever één bedrijfsvestiging heeft, maar landelijk opereert? Dan lijkt een geografische beperking voor heel Nederland niet ondenkbaar. Lastiger wordt het als een werknemer inzetbaar is voor meerdere vestigingen van de werkgever in één willekeurig gebied. Kun je dat gebied dan goed nader motiveren en daar een kilometerstraal omheen weven? Een werknemer die een bepaalde regio bedient kan gemotiveerd worden beperkt in het werken voor een concurrent binnen die regio. Het opstellen van de juiste motivatie is wel cruciaal omdat er grote risico's aan zitten voor de (MKB-) werkgever. Ik zal daar later op ingaan.

De motivering van de periode: De periode waarvoor de werkgever een beding kan afsluiten is maximaal 12 maanden. Uit de jurisprudentie en uit de (schikkingen in de) praktijk is gebleken dat 12 maanden een gangbare periode is. Deze beperking in tijd zal op zich niet tot grote problemen leiden, verwacht NEVOA. **Wel is het ook hier de vraag, hoe je de tijdsperiode als werkgever op de juiste manier inhoudelijk motiveert?** Is het twaalf maanden omdat je als werkgever je bedrijfsdebet maximaal wilt kunnen beschermen? Denk je als werkgever dat je commerciële en vertrouwelijke kennis die je werknemer heeft van je bedrijfsvoering al na zes maanden verouderd is? Maar waarom niet al na vijf of pas na zeven maanden kan de werknemer daartegenover stellen.

Het probleem zit niet zozeer in het opnemen van een bepaalde reikwijdte en/of een bepaalde periode in tijd. Het probleem zit in de motivering die er voor gegeven moet worden. Dat die er voor de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen moet worden opgenomen, is begrijpelijk, omdat de inhoudelijke motivering per keer (en dus per werknemer) kan verschillen, mede afhankelijk van de functie en de (persoonlijke) omstandigheden. **De inhoudelijke motivering van tijd en plaats is veel lastiger voor de werkgever. De risico's voor de werkgever die naar het oordeel van de werknemer en/of de rechter niet de juiste motivering gebruikt zijn groot, zo blijkt uit de sanctie van artikel 7:653 BW nieuw: Risico: 7:653 lid 10.**

De rechter kan een beding:

- a. geheel vernietigen indien de beperking niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen; of*
- b. geheel of gedeeltelijk vernietigen indien de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever.*

Dat betekent dat als een werkgever een periode van 6 maanden inhoudelijk motiveert en redelijk vindt, en hij de werknemer na opzegging daaraan houdt, hij de werknemer daarom drie maandsalarissen als vergoeding betaalt. Die werknemer kan de rechter vervolgens alsnog op grond van artikel 7:653 lid 10 naderhand om vernietiging vragen omdat de periode naar zijn oordeel te lang is. Er hangt voor de werkgever dus nog al wat af van de juiste motivering van de periode en de reikwijdte. De vraag is bijvoorbeeld wat er geldt ten aanzien van de reeds betaalde vergoeding

indien het beding alsnog door de rechter wordt vernietigd. Zeker ook over de reikwijdte kan er veel geprocedeerd gaan worden. Dat terwijl het wetsvoorstel juist tot doel heeft de *rechtszekerheid te vergroten* en het *aantal procedures te verminderen*.

Over de verplichting om de periode van maximaal twaalf maanden nader te motiveren, kan nog gezegd worden dat het strijdig lijkt dat hier een inhoudelijke motivatie voor moet worden gegeven bij het aangaan van het dienstverband terwijl de werkgever pas bij de opzegging besluit of hij de werknemer aan het concurrentiebeding gaat houden en zo ja, voor welke periode. Er zit uiteindelijk, met andere woorden, geen zekere samenhang tussen de initiële periode in het concurrentiebeding en de periode dat de werknemer er uiteindelijk aan gehouden wordt. Dan is het risico; een beroep op gehele of gedeeltelijke vernietiging, een te zwaar middel.

NEVOA is van mening dat er geen inhoudelijke motivatie moet worden opgenomen voor het opnemen van de periode en de reikwijdte. Wel zouden deze schriftelijk overeen gekomen moeten worden.

NEVOA doet een tekstuele suggestie voor aanpassing van reikwijdte en periode in het wetsvoorstel.

De suggestie van NEVOA is om géén (inhoudelijke) motivatieplicht op te nemen voor de reikwijdte en de periode. In plaats daarvan kan artikel 7:653 lid 1 onder b en c zo worden aangepast dat er geen motivering noodzakelijk is, maar ze wel onderdeel uitmaken van het schriftelijke beding:

b. uit het beding blijkt gedurende welke periode na het einde van de overeenkomst, die uit gehele maanden bestaat en ten hoogste twaalf maanden bedraagt, de beperking ten hoogste geldt;

c. uit het beding blijkt voor welke geografische reikwijdte de beperking geldt.

Als de werknemer dan van mening is dat de reikwijdte te ruim is kan hij op grond van artikel 7:653 lid 10 de kantonrechter verzoeken het beding geheel of gedeeltelijk te vernietigen. De werkgever zal met die gedachte in het achterhoofd er voor willen zorgen een redelijke reikwijdte op te nemen in zijn beding.

Bedrijfsdebiet: In de memorie van toelichting staat bedrijfsdebiet omschreven als “ *Het doel van de werkgever is om hiermee zijn bedrijfsbelangen te beschermen, zoals bijvoorbeeld bedrijfsgeheimen, kennis over tarieven, klantgegevens en -bestanden en goodwill (hierna: het bedrijfsdebiet)*”. Het bedrijfsdebiet heeft te maken met de (omschrijving van de) zwaarwegende bedrijfsbelangen en niet met reikwijdte of periode. Dat is voor NEVOA een reden te meer om bovenstaande aanpassing te doen in de tekst van artikel 7:653 lid 1.

De motivering van het zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang.

Het criterium van zwaarwegend bedrijfsbelang is nog niet exact gedefinieerd, maar moet aan strenge eisen voldoen. Dat houdt in dat de werkgever niet mag volstaan met algemene bewoordingen. Een standaardbepaling is onvoldoende. De werkgever moet specifiek vermelden welke nieuwe kennis of ervaring de werknemer zal opdoen en hoe dit de concurrentie kan beïnvloeden. De mogelijke schade moet concreet worden beschreven, zodat het objectief vastgesteld kan worden, ook door de werknemer. Dat vergt nogal wat inhoudelijke kennis van een (MKB-) werkgever.

Het hoofddoel van de Maatregel motiveren zwaarwichtig bedrijfsbelang arbeidsovereenkomsten onbepaalde tijd wordt door de Minister in de toelichting bij de internetconsultatie als volgt verwoord: “*door deze maatregel wordt het opnemen van het beding als standaardclausule*

tegengegaan. De verwachting is dat werkgevers die tot de conclusie komen dat zij er onvoldoende in slagen een motivering op de functie en persoon te specificeren, zullen afzien van het opnemen van een beding in de arbeidsovereenkomst."

Om standaardbedingen en ongewenste belemmering van werknemers op de arbeidsmarkt tegen te gaan, stelt de Minister voor om ook bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een motivering te eisen, op straffe van nietigheid. Op grond van het nieuwe artikel kan de rechter het beding tevens "geheel of gedeeltelijk vernietigen indien de beperking niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende

bedrijfs- of dienstbelangen; of geheel of gedeeltelijk vernietigen indien de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever". De risico's voor de (MKB-) werkgever bij het opstellen van de motivatie zijn dus groot.

Als de motivatieplicht ook gaat gelden voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zal de werkgever zich van te voren moeten afvragen wat precies de motivatie/beweegrede is van een beding opnemen in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Als hij er vervolgens een beroep op wil doen, moeten die zelfde redenen nog steeds geldig zijn op het moment dat hij ze in wil roepen (de zogenaamde tweetrapsraket). Deze moeten heel concreet beschreven worden.

Dat kan praktisch gezien een probleem vormen voor werkgevers.

De redenen om een werknemer aan een concurrentie- en of relatiebeding te kunnen houden, kunnen in de loop der tijd wijzigen. Het probleem van die tweetrapsraket speelt ook bij de huidige motivatieplicht voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, maar daar is de tijd/periode beperkt.

NEVOA voorziet ook problemen bij een motiveringsplicht bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat de werkgever op diezelfde motivering moet kunnen terugvallen op het moment dat hij een beroep op het beding wil doen. Wat als daar een aantal jaren tussen zit?

- De functie van de werknemer kan zijn veranderd in de loop der tijd;
- De taken en verantwoordelijkheden kunnen zijn veranderd in de loop der tijd;
- De locatie van de onderneming kan zijn verplaatst (geografisch bereik is onderdeel van de motivering);
- De verandering in de rol (bijvoorbeeld meer senioriteit) kan leiden tot een andere verhouding tot het bedrijfsdebiet;
- In de loop der tijd kunnen de bedrijfsomstandigheden zijn aangepast waardoor vertrouwelijke informatie een kortere looptijd heeft, en de periode van het beding verkort zou moeten worden.

Nieuw onderhandelingsmoment

In de huidige rechtspraktijk leg je bij een nieuwe functie een nieuw concurrentiebeding voor. Als nu ook de *inhoudelijke motivatie* bij het beding moet worden aangepast aan veranderende omstandigheden zal dat naar onze verwachting ertoe leiden dat er voor de werknemer steeds een nieuw onderhandelingsmoment kan ontstaan. **De werknemer die beschikt over bedrijfsgevoelige informatie die de werkgever juist wil beschermen kan weigeren het nieuwe beding te tekenen.** Omdat hij het niet eens is met de inhoudelijke motivering, en/of de straal en/of de reikwijdte. **Dat maakt het bedrijfsdebiet van de werkgever kwetsbaar, want zonder getekend én gemotiveerd beding kan de werkgever nergens op terugvallen, er is dan geen geldig beding.** Zijn werknemer kan zo overstappen naar de concurrent.

Situatie: voortgezet dienstverband: werknemer wil uiteindelijk niet verlengen

Het is goed om ook stil te staan bij de situatie dat een werkgever een werknemer een contract voor onbepaalde tijd wil aanbieden aansluitend aan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Bijvoorbeeld: In de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is een concurrentiebeding met motivatie opgenomen. De werkgever moet in verband met de aanzegtermijn minimaal één maand voor de einddatum aan de werknemer laten weten of het dienstverband wordt voortgezet en zo ja, onder welke voorwaarden. Onder deze voorwaarden hoort ook het opnemen van een concurrentiebeding. Vanaf dat moment start de onderhandeling tussen partijen.

- Als de werknemer (gelijk of na een onderhandeling) akkoord gaat met de inhoud van het beding inclusief de motivatie, is er niets aan de hand;
- Als partijen het na twee weken onderhandelen -of langer- niets eens kunnen worden over de inhoudelijke motivatie (bijvoorbeeld omdat werknemer het niet eens is met de voorgelegde duur of reikwijdte) en de werknemer vervolgens afhaakt en niet meer wil verlengen, is de vraag: hoe dan verder? Twee weken of korter voor de einddatum? Wat zijn dan de consequenties voor de werkgever?

De werknemer zal dan aan de werkgever vragen of deze hem aan het concurrentiebeding (uit de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) wil houden. Moet de werkgever hem dat dan binnen 15 dagen laten weten op grond van 7:653 lid 3 onder b) "*ingeval van opzegging door de werknemer en opzegging door de werkgever op grond van artikel 677: uiterlijk twee weken na de datum van opzegging*"? **Er is in deze situatie geen sprake van opzegging door de werknemer, maar van niet verlengen van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer. Daarom kunnen de twee weken van lid 3 onder b) in deze situatie niet van toepassing zijn. Wat is dan de juiste termijn waarbinnen de werkgever de vergoeding moet betalen?**

In artikel 7:653 lid 7 is opgenomen "*De werkgever betaalt de verschuldigde vergoeding uiterlijk op de laatste dag van de overeenkomst, dan wel, in het geval van een opzegging als bedoeld in artikel 677, uiterlijk vijftien dagen na die opzegging*". **Maar wat nou als de onderhandelingen tussen partijen stranden en de werknemer één dag voor het einde van het dienstverband laat weten niet te willen verlengen? De werkgever heeft dan, in de situatie waarin het initiatief van het niet verlengen -vergelijk met de opzegging door de werknemer- bij de werknemer ligt, niet de bedenktijd van 14 dagen die lid 7 hem biedt. In dit voorbeeld heeft de werkgever slechts één dag om te besluiten of hij de werknemer aan het beding wil houden én zal hij op dezelfde dag de betaling van de vergoeding moet regelen.** Dat is praktisch onmogelijk (zulks nog los van de in deel 1 voorziene problemen van de berekening ervan door het salarisadministratiekantoor, storing bij banken, etc.). Stel dat de werknemer op een vrijdag laat weten niet te willen verlengen en zaterdag de laatste dag van het dienstverband is? De sanctie van te late betaling door de werkgever is: nietigheid van het beding, zie lid 8. "*Indien de werkgever de verschuldigde vergoeding op de dag, bedoeld in lid 7, niet volledig heeft betaald, blijft de werkgever daartoe verschuldigd, en heeft het beding verder geen werking*". **Bij deze de oproep aan de Minister om te voorzien in deze situatie en in artikel 7:653 BW op te nemen hoe te handelen in de situatie van niet verlengen van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer in samenhang met de verplichting van de betaling van de vergoeding op de laatste dag van het dienstverband.** Ook op basis van deze praktijksituatie is het juridisch te prefereren de (uiterste) datum van de betaling van de vergoeding mogelijk te maken binnen één maand na de einddatum (bij de eindafrekening) en zo aan te sluiten bij de betaling van de transitievergoeding.

NEVOA is van mening dat in het wetsvoorstel onvoldoende rekening is gehouden met de situatie dat de werknemer uiteindelijk afziet van het verlengen van het dienstverband. Die situatie kan zich voordoen vlak vóór de laatste dag van het dienstverband. In die situatie heeft de werkgever geen/weinig tijd om zich te beraden of hij de werknemer

aan het beding wil houden en de werkgever kan de betaling van de vergoeding praktisch niet altijd meer tijdig in orde maken. Sanctie bij te late betaling: geen beding, wel betaald.

NEVOA stelt voor dat de Minister deze situatie meeneemt in een eventueel aangepast voorstel. Het betalingsmoment verleggen naar de eindafrekening (betaling binnen één maand na de einddatum) is een mogelijke oplossing daarvoor.

Overgang van onderneming

Niet duidelijk is uit het wetsvoorstel en de Memorie van toelichting of de Minister heeft nagedacht over de consequenties in de praktijk voor de gelding van het beding met de bijbehorende motivatie van bedrijfsbelangen, periode en reikwijdte bij overgang van onderneming? **NEVOA verzoekt de Minister deze situatie mee te nemen in de Memorie van Toelichting en het voorstel om onnodige onduidelijkheid te voorkomen.**

Deel 3. Reikwijdte van het begrip 'concurrentiebeding': het relatie- en anti-ronselbeding.

Opvallend genoeg wordt er erg weinig aandacht besteed aan de definitie van een concurrentiebeding. Op pagina 4 van het concept wordt aangegeven dat artikel 7: 653 BW spreekt over een beding "waarbij de werknemer wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van het dienstverband op een zekere wijze werkzaam te zijn". Het zou volgens de wetgever eveneens betrekking hebben op een beding dat werknemers ervan weerhoudt te werken voor of bij relaties van de werkgever zoals klanten. Ook het anti-ronselbeding zou onder de werking van dit wetsvoorstel vallen.

NEVOA heeft veel problemen met deze bijzonder ruime uitleg van het concurrentiebeding. Het is haar bekend dat bij de behandeling van 128 67 'herziening concurrentiebeding' er vraagtekens werden gezet bij de bij amendement aangenomen verduidelijking op de definitie van het concurrentiebeding, namelijk het relatiebeding. Het relatiebeding werd als zodanig niet als concurrentiebeding beschouwd. Een standpunt dat de toenmalige minister van SZW onderschreef en om die reden een omschrijving overbodig achtte.

Onderkend daarmee is het feit dat een relatiebeding toch wezenlijk iets anders is dan een concurrentiebeding. De poging echter, om goed te omschrijven wat het verschil is, is helaas mislukt.

De uitspraak van de Hoge Raad uit 2017 (ECLI:NL:HR:2017:364) geeft geen inkijkje waarom de Hoge Raad van mening is dat het (onderhavige) relatiebeding tevens een concurrentiebeding is. Ook de PG refereert slechts op dit punt aan een onderdeel van de 'Asser 7-V-2012 pg 13-14'.

Uit het Panteia onderzoek uit 2021 wordt het onderscheid ook niet tot nauwelijks gemaakt en gemakshalve de ruime uitleg als onderwerp van onderzoek gebruikt. Er wordt geconstateerd dat de processen over het concurrentiebeding vaak een relatiebeding betreffen. Deze relatiebedingen worden door rechters ook vaak in stand gehouden, dan wel gematigd. Hieruit blijkt dat een dergelijk beding in de regel als rechtvaardig wordt beschouwd. Rechters verbinden hier niet de conclusie aan dat de werkgever over moet gaan tot het betalen van een vergoeding gedurende de tijd dat een werknemer zich dient te houden aan het beding.

Relatiebeding op één hoop met concurrentiebeding

NEVOA heeft grote bedenkingen tegen het feit dat het relatiebeding 'op een hoop wordt gegoid' met het concurrentiebeding. Wat NEVOA hierbij in gedachten heeft is het zuivere relatiebeding, waarbij centraal staat dat je van de klanten/leveranciers van de oude werkgever af blijft. **De (kennis van de) klanten vormt een heel groot en vaak wezenlijk deel van het bedrijfsdebiet dat de werkgever heeft opgebouwd en bij uitstek iets is dat beschermd moet worden. Beschermd tegen een werknemer die weggaat en die kennis meeneemt naar een nieuwe werkgever of deze gebruikt voor zijn eigen bedrijf. Zeker als men kijkt naar het MKB.** De invloed van een vertrek van een medewerker is al groot, laat staan dat deze de vrijheid heeft klanten (en al de kennis daarvan) mee te nemen. Daarbij is het ook zo dat voor een nieuwe werkgever juist deze medewerker waardevol kan zijn in verband met het feit dat deze wellicht klanten meeneemt, of deze goed kan bedienen vanwege zijn verleden. Als het al reeds klanten zijn van deze nieuwe werkgever dan voorziet NEVOA een minder groot probleem.

NEVOA pleit voor een onderscheid tussen het concurrentiebeding en het zuivere relatiebeding. Een concurrentiebeding beperkt de arbeidsmobiliteit van de werknemer. Het relatiebeding niet. De werknemer mag in dienst treden bij een nieuwe werkgever, alleen in dienst bij de nieuwe werkgever, tijdelijk geen contact onderhouden met de relaties van zijn oud werkgever

Betalen voor je eigen klantenportefeuille is onredelijk

Het is dan ook opvallend te moeten constateren dat de wetgever het redelijk acht dat de oude werkgever aan de werknemer een vergoeding dient te betalen om zijn eigen bedrijfsdebiet beschermen! Dit is voor NEVOA de omgekeerde wereld. Het leerstuk inzake de oneerlijke concurrentie volstaat niet, omdat dit een categorisch en structureel gedrag vereist dat bewezen moet worden. NEVOA vindt het belangrijk om hier ook onder de aandacht te brengen van de Minister dat in de praktijk veel zaken die betrekking hebben op het concurrentie- en relatiebeding vaak onderling geregeld worden. In de regeling wordt het concurrentiebeding vaak 'weggegeven' waardoor de werknemer toestemming krijgt om bij een concurrent in dienst te treden, maar er concrete afspraken worden gemaakt over de relaties (met naam genoemd) waar de vertrekkende werknemer voor een periode van bijvoorbeeld een jaar of een half jaar geen contact mee mag hebben bij zijn nieuwe werkgever/eigen onderneming. Het is met andere woorden gangbaar dat je niet aan de relaties van je oud werkgever komt, omdat de opvatting is dat deze klant (met kennis) aan de oud werkgever behoort. Daarvoor de uit dienst tredende werknemer nu moeten gaan betalen als (oud) werkgever zou onredelijk zijn. Dat kan zelfs tot bedrijfssluiting leiden. Stel dat er meerdere werknemers tegelijk vertrekken en hun werkgever gedwongen is aan het eind van de maand aan hen een hoge vergoeding van zes maandsalarissen (inclusief bonussen over de voorafgaande drie jaren als de berekening van de transitievergoeding gebuikt gaat worden) mee te geven om zijn bedrijfsdebiet te beschermen. Dat kan financieel onhaalbaar voor hem zijn, los van het feit dat hij zich geconfronteerd ziet met het vervullen van de vacatures. Die medewerkers dan maar ontheffen van hun relatiebeding, scheidt weer precedentwerking naar de andere collega's. Als iedereen weg kan met meenemen van klanten, omdat de werkgever vergoedingen niet kan betalen, betekent ook einde oefening voor de werkgever.

Hierbij ook wederom kijkend naar het MKB. Voor een MKB onderneming is een betaling van een aantal maandsalarissen relatief meer, dan wanneer men spreekt van een grote onderneming waarvan de medewerker relatief een kleiner onderdeel van uitmaakt. De betaling van extra maandsalarissen is dus minder belastend voor een grote werkgever.

NEVOA acht het mogelijk en noodzakelijk om te kunnen komen tot een nadere omschrijving van een zuiver relatiebeding en dat die moet worden uitgesloten van een vergoedingsplicht. Zo worden werkgevers niet onnodig benadeeld omdat ze zouden moeten gaan betalen voor het behoud van hun eigen klantenportefeuille. Dat het beding moet worden omschreven en toegelicht met als sanctie nietigheid, is overkomelijk.

Anti-ronselbeding

Nog pregnanter is het gemak waarmee ook het anti-ronselbeding onder de definitie van concurrentiebeding wordt geschaard. Het is de vraag of het beding er überhaupt onder valt, omdat de meeste werknemers helemaal niet gehinderd worden op een zekere wijze werkzaam te zijn. Het werven van medewerkers betreft echter, met uitzondering van een werving en selectiemedewerker, niet de 'corebusiness' van een werknemer.

NEVOA is van mening dat het anti-ronselbeding niet hoort tot het concurrentiebeding en dat het anti-ronselbeding uitgesloten zou moeten worden van artikel 7:653 NIEUW.

Overgangsrecht.

NEVOA voorziet een onevenredige belasting van de oude werkgever als na de inwerkingtreding van de wet onmiddellijk de vergoedingsplicht ontstaat.

Daar werkgevers met het afsluiten van nieuwe contracten op de hoogte kunnen zijn de werking van deze wet, kunnen werkgever die reeds een beding hebben opgenomen, dit niet.

De MKB kenmerkt zich niet door een verregaande kennis van het arbeidsrecht. Het feit dat je alleen een vergoeding verschuldigd bent als er wel een beroep op wordt gedaan, is een forse (lees dure) verbintenis scheppende handeling. De gemiddelde MKB-werkgever zal zich hier niet meteen van bewust zijn. Tevens heeft deze geen mogelijkheden om zijn 'toezegging' in te trekken als er onverhoopt een beroep wordt gedaan.

NEVOA vraagt zich af in hoeverre de Minister zich realiseert dat het overgangsrecht gaat zorgen voor vergaande wijzigingen van de (financiële) positie van werkgevers. Deze worden geconfronteerd met bedingen die plots niet meer geldig zijn als ze er geen beroep op hebben gedaan, en die, als ze er een beroep op doen, plots veel geld gaan kosten. Op welke manier denkt de Minister de werkgevers en werknemers in Nederland adequaat en effectief te gaan informeren over de nieuwe wet en de gevolgen daarvan?

**Namens NEVOA
Commissie Vaktechniek**

Mr. Danielle Boons

Mr. Savannah Snellenburg

Mr. Dietrich Loos