



Postbus 3008 / 2700 KS Zoetermeer

Reactie op Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding (internetconsultatie)

Transport en Logistiek Nederland (TLN) is de ondernemersorganisatie voor logistiek dienstverleners, wegtransportbedrijven en expediteurs. Binnen de sector transport en logistiek zijn ruim 170.000 werknemers werkzaam.

Algemeen

Transport en Logistiek Nederland (hierna TLN) herkent de redenen voor modernisering rondom het concurrentiebeding die in de Memorie van Toelichting zijn opgesomd. De wetgeving is sterk verouderd. Daarnaast treedt veelvuldig oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding op door het standaard opnemen in de arbeidsovereenkomst, ongeacht functie, hoogte van het salaris en het ontbreken van de juiste motieven.

Ondanks het feit dat het bovenstaande afbreuk doet aan de arbeidsmobiliteit en vrije arbeidskeuze van werknemers is TLN van mening dat het doel van het concurrentiebeding, te weten het door werkgevers beschermen van het bedrijf tegen onrechtmatige concurrentie, door het voorliggende wetsvoorstel niet langer kan worden gerealiseerd. TLN vraagt daarom uw aandacht voor onderstaande juridisch inhoudelijke kanttekeningen.

Temporeel bereik van het concurrentiebeding

Uit het onderzoeksrapport van Panteia blijkt dat er tussen de lidstaten grote verschillen zitten met betrekking tot de maximale duur van het concurrentiebeding, variërend tussen een maximale duur van 6 maanden tot een maximale duur van 36 maanden.¹ TLN kan de in het wetsvoorstel gemaakte keuze voor een maximale duur van 12 maanden volgen en onderschrijft dat dit bijdraagt aan rechtszekerheid en uitvoerbaarheid. Uit voornoemd onderzoek blijkt echter dat er in de onderzochte lidstaten altijd sprake is van een mogelijkheid tot een (gemotiveerde) verlenging van de maximale duur in bepaalde uitzonderingsgevallen. Denk hierbij aan bepaalde functies, branches of belangen op de internationale markt. Deze mogelijkheid is in het wetsvoorstel niet opgenomen, terwijl deze gevallen ook in Nederland aanwezig zijn en de bescherming van het bedrijfsbelang ook in deze gevallen mogelijk moet blijven. TLN zou dan ook graag een uitzonderingsmogelijkheid opgenomen zien worden in de definitieve wetgeving.

Verder verlangt het voorstel dat het concurrentiebeding geldt voor hele maanden, art. 7:653 lid 4 BW. Dat is weer een extra norm buiten die met de maximaal duur. TLN pleit ervoor de norm, dat het concurrentiebeding slechts voor hele maanden mag gelden, te schrappen.

¹ De werking van het concurrentiebeding 2021 (eindrapport van Panteia), p. 25 – 26.

Het moment van inroeping van het concurrentiebeding

Werkgever dient zich expliciet en schriftelijk op het concurrentiebeding te beroepen. Werkgever moet hierbij ook duidelijk aangeven hoe lang werknemer aan het concurrentiebeding is gebonden, rekening houdend met de maximale duur van één jaar. In beginsel moet werkgever uiterlijk een maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst het concurrentiebeding inroepen.

TLN onderschrijft dat het goed is dat er voor werkgevers en werknemers snel duidelijkheid ontstaat over het al dan niet inroepen van het concurrentiebeding. Voor opzegging door de werknemer en opzegging door de werkgever op grond van artikel 7:677 BW geldt echter dat er uiterlijk binnen twee weken na de datum van opzegging een beroep op het concurrentiebeding moet worden gedaan. Zowel voor opzegging door de werknemer als voor ontslag vanwege een dringende reden geldt dat deze situatie tamelijk onverwacht kan ontstaan en veel onrust met zich mee kan brengen. De gestelde termijn van twee weken is daarom te kort en dient minimaal een maand te zijn.

Verplichte vergoeding bij het inroepen van het concurrentiebeding

In de ons omringende lidstaten is het gebruikelijk dat er een vergoeding aan de werknemer wordt betaald voor het inroepen van het concurrentiebeding.² Er is sprake van een breed pallet aan werkwijzen, variërend van een wettelijk vastgesteld percentage van het jaarloon tot opname van een dergelijk percentage in de cao of een 'redelijke' of 'adequate' vergoeding zonder specifiek percentage. In het wetsvoorstel is gekozen voor het opnemen van de volgende tekst in artikel 653 lid 6:

'De werkgever die zich beroept op een beding is aan de werknemer een vergoeding verschuldigd die voor elke maand dat de beperking duurt gelijk is aan de helft van het loon per maand of een hoger bedrag, indien dat is overeengekomen. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald wat wordt verstaan onder loon.'

Hoogte van de vergoeding

Het wetsvoorstel zoekt dus aansluiting bij buurlanden Duitsland en België die de hoogste vergoeding van 50% van het jaarloon kennen. In de Memorie van Toelichting wordt niet gespecificeerd waarom aansluiting is gezocht bij deze hogere percentages. Begin 2024 waren er 426.810 MKB-bedrijven actief in Nederland, waarbij veruit het grootste gedeelte tussen de 2 en 10 werknemers in dienst heeft.³ Gezamenlijk zijn zij verantwoordelijk voor een groot deel van de Nederlandse werkgelegenheid. Voor met name het MKB wordt het beschermen van het bedrijfsbelang tegen onrechtmatige concurrentie onbetaalbaar. TLN vindt het daarom onbegrijpelijk dat aansluiting is gezocht bij de landen met excessief hoge percentages, zonder enige mogelijkheid om het bedrag te verlagen of verdiensten van de werknemer na ontslag(naam) te verrekenen. Als er al een vergoeding zou moeten zijn dan moet dit percentage aanzienlijk worden verlaagd. In elk geval zou sprake moeten zijn een wettelijke mogelijkheid tot matiging.

Reden voor de vergoeding

In de Memorie van Toelichting wordt de vergoeding ongemotiveerd gepresenteerd als prikkel om het concurrentiebeding niet in de arbeidsovereenkomst op te nemen, dan wel het reeds opgenomen concurrentiebeding niet in te roepen. TLN is van mening dat dit een verkeerd uitgangspunt is. Werkgevers worden door een wettelijke vergoeding immers niet gestimuleerd om beter na te denken

² De werking van het concurrentiebeding 2021 (eindrapport van Panteia), p. 24 – 25.

³ Bron: CBS

over het gebruik en de noodzaak van een concurrentiebeding, maar vooral om een overweging te maken op basis van kosten. Daarnaast zal met name in het MKB voorkomen dat er weldegelijk sprake is van een zwaarwegend bedrijfsbelang dat bescherming tegen oneerlijke concurrentie rechtvaardigt, maar dat dit door de hoogte van de vergoeding simpelweg niet haalbaar is. Anderzijds zullen grote bedrijven het beding nog steeds standaard opnemen en wellicht zelfs invoeren, omdat zij over voldoende liquide middelen beschikken om de vergoeding te betalen. Tevens wordt in de Memorie van Toelichting aangegeven dat de vergoeding bedoeld is als compensatie voor de werknemer, omdat deze niet in zijn specialisme kan blijven werken. Er is echter expliciet geen sprake van een schadevergoeding, omdat de vergoeding ook wordt betaald als de werknemer geen schade ondervindt. De vraag is echter of het niet voor de hand ligt om juist wél een schadevergoeding aan het concurrentiebeding te koppelen, zodat een werknemer hier pas aanspraak op kan maken als hij daadwerkelijk in zijn belangen op de arbeidsmarkt wordt geschaad of anderszins hinder van het concurrentiebeding ondervindt.

Het moment van betaling van de vergoeding en de gevolgen van een niet tijdige betaling

Conform het wetsvoorstel moet de betaling van de vergoeding voor het invoeren van het concurrentiebeding uiterlijk op de laatste dag van de arbeidsovereenkomst (en in geval van opzegging als bedoeld in art. 7:677 BW uiterlijk binnen vijftien dagen na opzegging) geschieden. In de Memorie van Toelichting staat dat de werkgever een redelijke, maar korte termijn dient te krijgen om tot betaling over te kunnen gaan en dat werknemer zo spoedig mogelijk duidelijkheid moet krijgen over de betaling en de geldigheid van het beding.

Werkgever moet dus wederom snel handelen om zijn belangen veilig te stellen, terwijl niet eens duidelijk is of zijn belangen in het geding zijn en of werknemer daadwerkelijk in zijn mogelijkheden op de arbeidsmarkt wordt geschaad door het invoeren van het concurrentiebeding. Immers, de vraag is nog maar of werknemer op welke wijze dan ook concurrerende werkzaamheden wil gaan uitvoeren. Daar komt ook nog eens bovenop dat van werkgever wordt verlangd het gehele bedrag in één keer te voldoen. Er is in het wetsvoorstel geen enkele mogelijkheid tot spreiding van de betaling opgenomen, omdat dit een verbinding tussen werkgever en werknemer in stand zou houden. Er zijn echter genoeg situaties denkbaar waarin er na het einde van de arbeidsovereenkomst toch een verbinding tussen werkgever en werknemer in stand blijft. Dit zijn situaties waarin de arbeidsovereenkomst eindigt en dat later (na de einddatum) dit einde van de arbeidsovereenkomst wordt vernietigd / nietig verklaard wordt. Denk aan de werknemer die zich na een opzegging beroept op een wilsgebrek. Ook kan gedacht worden aan de situatie waarbij de wederindiensttredingsvoorwaarde bij bedrijfseconomisch ontslag intreedt. Als de werkgever in die gevallen heeft aangegeven dat hij het concurrentiebeding in wil roepen en tijdig heeft betaald, leidt dat ertoe dat de werknemer zowel terug in dienst komt alsmede dat hij de vergoeding voor het invoeren van het concurrentiebeding heeft ontvangen. Dat is onwenselijk. Bovendien is het de vraag hoe e.e.a. in dit geval verder gaat. Stel nu dat dezelfde werknemer binnen korte tijd na het herstel van het dienstverband voor een tweede keer uit dienst gaat en de werkgever roept opnieuw het concurrentiebeding in, moet er dan opnieuw betaald worden? TLN pleit er daarom voor dat de vergoeding voor het invoeren van het concurrentiebeding achteraf wordt betaald en/of dat er een mogelijkheid in de wet wordt opgenomen om het bedrag maandelijks te betalen, verdeeld over het aantal maanden waarvoor het concurrentiebeding geldt.

Als werkgever het concurrentiebeding wel invoert, maar niet tijdig of niet volledig betaalt binnen de termijn dan is het concurrentiebeding niet langer geldig. Wel blijft de betalingsverplichting in stand. Wederom legt dit een enorme financiële druk op werkgevers, waarbij onduidelijk blijft welk belang ermee is gediend wanneer er toch een betalingsverplichting in stand blijft. Immers, werknemer behoudt zijn arbeidsmobiliteit en ondervindt geen hinder terwijl werkgever op kosten wordt gejaagd.

Het in stand laten van de huidige voorgestelde regeling over het moment van betaling zorgt ervoor dat het financiële risico ook nog eens geheel op werkgevers wordt afgewenteld. Als werknemer zich niet aan het concurrentiebeding houdt dan moet werkgever een terugvordering instellen, omdat het gehele bedrag al aan werknemer is voldaan. Als werknemer onwelwillend is met betrekking tot terugbetaling dan komen hier hoge kosten voor juridische procedures en deurwaarders bij kijken, hetgeen werkgever nog verder op kosten jaagt. Uit artikel 7:653 lid 9 sub b BW blijkt dat werkgever het bedrag niet langer verschuldigd is indien de werknemer de voorwaarden van het beding niet nakomt. Uit de Memorie van Toelichting blijkt vervolgens dat de terugvordering dan slechts kan worden ingesteld voor de periode vanaf schending van het concurrentiebeding en niet voor het volledige bedrag. Hierdoor blijven de nadelen voor werkgevers maar stapelen en stapelen.

TLN pleit daarom voor:

- Het opnemen van een wettelijke regeling voor het spreiden van de vergoeding, zodat het financiële risico evenredig wordt verdeeld tussen werkgever en werknemer;
- Het vervallen van de betalingsverplichting indien werkgever het concurrentiebeding inroept, maar de vergoeding niet binnen de geldende termijn betaalt;
- Het terugbetalen van de gehele vergoeding aan werkgever door werknemer indien en voor zover er sprake is van een situatie zoals bedoeld in artikel 7:653 lid 9 sub b BW.

Het begrip 'loon'

Middels AMvB wordt bepaald wat onder het begrip loon wordt verstaan. TLN vindt dit onwenselijk, omdat dit niet bijdraagt aan de uitvoerbaarheid voor werkgevers. Veel beter is om dit direct in de wet op te nemen (en eens na te denken over een definitie van het begrip 'loon' voor heel titel 10 van Boek 7 van het BW) of om aansluiting te zoeken bij het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding en dan met name bij de definitie zoals die geldt in het kader van de aanzegvergoeding.

Zwaarwegend bedrijfsbelang

Deze wet heeft als doel om het concurrentiebeding niet meer als standaard beding in elke arbeidsovereenkomst te laten opnemen door werkgevers. Dat het motiveren van een zwaarwegend bedrijfsbelang ook verplicht wordt in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd lijkt een beter middel te zijn om dit doel te bereiken dan een veel zwaarder en zinlozer middel als een vergoeding. Werkgevers moeten immers aan de voorkant nadenken over het wat ze in deze motivering zetten en daarmee dus ook of het opnemen van een concurrentiebeding wel noodzakelijk is.

Het dubbele toetsmoment (was er zowel bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, als bij de beëindiging daarvan sprake van een zwaarwegend bedrijfsbelang?) is echter wel problematisch voor werkgevers. Het wijzigen of toevoegen van een concurrentiebeding in een lopende arbeidsovereenkomst is immers gewoon een tussentijdse wijziging van de arbeidsovereenkomst. Dit is aan strenge regels gebonden en kan veelal niet zonder instemming van de werknemer geschieden. Indien een werknemer zonder concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst is aangenomen kan het zo zijn dat er na een functiewijziging wel sprake is van werkzaamheden waarbij het bedrijfsbelang beschermd dient te worden tegen onrechtmatige concurrentie. Als er voor werkgever geen mogelijkheid komt om het concurrentiebeding gemakkelijker eenzijdig te wijzigen of toe te voegen, kan dit er tevens toe leiden dat werknemers minder makkelijk kunnen doorstromen naar een andere, door hen gewenste, functie. TLN pleit er dan ook voor om deze dubbele toetsing te koppelen aan een wettelijke mogelijkheid om het concurrentiebeding gemakkelijker te kunnen wijzigen in of toevoegen aan een lopende arbeidsovereenkomst.

Motie van de leden Van Oostenbruggen en Patijn (grens op anderhalf keer modaal)

Op 13 februari 2024 is de motie van de leden Van Oostenbruggen en Patijn aangenomen, inhoudende dat concurrentiebedingen niet geldig zijn indien deze gesloten zijn met werknemers die minder dan 1,5 keer modaal salaris verdienen bij een voltijd dienstverband. Ondanks het feit dat deze motie (nog) geen onderdeel is van dit wetsvoorstel wil TLN van de gelegenheid gebruik maken hier alvast op te reageren.

Allereerst is het volstrekt onduidelijk waarom deze maatregel noodzakelijk zou zijn, boven op de reeds voorgenomen maatregelen. Deze motie impliceert dat werknemers die minder dan anderhalf keer modaal verdienen nooit werkzaamheden doen waarbij het voor werkgevers van belang kan zijn om de bedrijfsbelangen te beschermen. Het lijkt onredelijk om het al dan niet verbieden van een concurrentiebeding aan de hoogte van het inkomen te koppelen in plaats van aan de branche en/of functie. Daarnaast wordt wederom aansluiting gezocht bij ons buurland België, zonder dat hiervoor een aanwijsbare reden is. In België geldt overigens een lager drempelbedrag voor het verbod op het concurrentiebeding, terwijl o.a. door automatische prijscompensatie het jaarinkomen in België gemiddeld genomen hoger ligt dan in Nederland.⁴ TLN vraagt zich daarom ook af waarom er is gekozen voor anderhalf keer modaal.

Met het oog op het bovenstaande is TLN van mening dat dit een onnodige en onnavolgbare extra inperking is van de mogelijkheid tot het opnemen van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst. TLN zou er dan ook voorstander van zijn om deze motie niet in dit wetsvoorstel te incorporeren.

Enkele afsluitende opmerkingen

Ten slotte wil TLN uw aandacht vragen voor een aantal afsluitende opmerkingen.

Toenemende kosten en regeldruk voor werkgevers

In de Memorie van toelichting wordt uitgegaan van eenmalig 2.5 miljoen aan werkgeverslasten voor scholing en advies omtrent het wetsvoorstel en dat de werkgeverskosten verder op nihil kunnen worden gesteld. TLN is van mening dat deze inschatting niet klopt en ziet graag dat de kosten op realistische wijze in beeld worden gebracht. Daarnaast is hier wederom sprake van een toename in regeldruk voor werkgevers, waarover in algemene zin grote zorgen zijn ontstaan.⁵ Zeker voor het MKB, waar het regelmatig ontbreekt aan een HR-medewerker, brengt dit wetsvoorstel veel kosten en ook risico's met zich mee. Denk hierbij aan de strikte termijnen, de vergoedingsplicht en het bijhouden van alle ontwikkelingen hieromtrent.

Het relatiebeding

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat ook het relatiebeding onder dit wetsvoorstel valt. Het concurrentiebeding en het relatiebeding pogen beiden verschillende werkgeversbelangen te beschermen. Er is onvoldoende specifiek onderzoek gedaan naar de uitwerkingen van de maatregelen in het wetsvoorstel ten aanzien van het relatiebeding. TLN zou dan ook graag zien dat hier nader onderzoek naar wordt gedaan.

MKB-toets

⁴ <https://www.averagesalarysurvey.com/>

⁵ <https://www.vno-ncw.nl/nieuws/driekwart-ondernemers-ziet-ondernemingsklimaat-verder-verslechteren>

Op 23 januari 2024 heeft een MKB-toets over het wetsvoorstel plaatsgevonden. De deelnemende ondernemers hebben hier vragen gesteld en commentaren geleverd die sterk overeenkomen met hetgeen door TLN in deze internetconsultatie is opgenomen. Ondanks dat deze zorgen dus vooraf breed door verschillende sectoren binnen het MKB met u zijn gedeeld is van deze geuite zorgen in het wetsvoorstel of in de Memorie van Toelichting niets zichtbaar. TLN vindt dit teleurstellend en verzoekt u hier alsnog op te reageren.