

Memorandum

INZAKE Internetconsultatie wetsvoorstel
modernisering concurrentiebeding DATUM 15 april 2024

VAN Clifford Chance LLP
Sara Schermerhorn

Clifford Chance reageert graag op het ter internetconsultatie aangeboden 'wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding' (het "**wetsvoorstel**"). Wij hebben ons beperkt tot de onderstaande punten aan de hand van vragen die wij in onze praktijk verwachten te krijgen indien het wetsvoorstel in de huidige vorm aangenomen zou worden:

1. Spreekplicht uit dienst tredende medewerker?

In vaststellingsovereenkomsten ten aanzien van de voorwaarden waaronder het dienstverband beëindigd wordt, wordt aan de betaling van de beëindigingsvergoeding wel als voorwaarde gesteld dat de werknemer geen concreet uitzicht heeft op een nieuw dienstverband.

Het wetsvoorstel roept de vraag op of aan de betaling van de vergoeding bij het invoeren van het concurrentiebeding voorwaarden gesteld kunnen worden die eventueel misbruik van de regeling tegen kunnen gaan.

Stel dat de werknemer bij de opzegging ten onrechte stelt geen plannen te hebben zijn concurrentiebeding te overtreden, zou dat een reden voor de werkgever kunnen zijn hem uit zijn concurrentiebeding te ontslaan.

Omgekeerd: als de werknemer de werkgever bij zijn opzegging de indruk geeft een rol bij een concurrent te overwegen, enkel en alleen om een vergoeding op te strijken terwijl de werknemer al weet dat hij bij de uitvoering van zijn toekomstplannen niet gehinderd zal worden door zijn concurrentiebeding.

De vraag is: welke verplichtingen heeft de werknemer in ruil voor de verplichting van de werkgever het concurrentiebeding bij beëindiging van het dienstverband in te roepen. Moet de werknemer zich uitspreken over zijn/ haar plannen waar het gaat om de aard van de verwachte nieuwe werkzaamheden en de beoogde nieuwe werkkring. Dit zal vooral aan de orde zijn als een werknemer zelf opzegt.

2. Praktische uitwerking/ rechtszekerheid

In de praktijk zegt een werknemer die een nieuwe werkring overweegt zijn dienstverband in veruit de meeste gevallen pas op met het aanbod van een nieuw dienstverband op zak. Werknemers zullen voorafgaand aan hun opzegging duidelijkheid willen hebben over de status van hun concurrentiebeding. Zij kunnen indiensttreding bij een nieuwe werkgever, indien nodig, dan uitstellen tot na de afloop van de overeengekomen duur van het concurrentiebeding.

Het is onze verwachting dat een nieuwe onzekerheid in het leven zal worden geroepen indien werknemers niet direct duidelijkheid hebben of zij na afloop van het dienstverband gebonden zullen zijn aan een concurrentiebeding of niet? Hoe verhoudt dit zich tot de met het wetsvoorstel beoogde doel van meer rechtszekerheid?

Zou de hoofdregel niet moeten zijn dat indien er een concurrentiebeding is overeengekomen, de werknemer ervan uit kan gaan dat dit concurrentiebeding voor de overeengekomen duur en met betaling van de wettelijk voorgeschreven vergoeding van toepassing zal zijn? Dit concurrentiebeding zal immers tot stand zijn gekomen na afweging van de zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen op grond waarvan het concurrentiebeding noodzakelijk wordt geacht. Dat belang zal zowel bij het aangaan van het beding als bij het invoeren van het beding moeten bestaan om van een geldig concurrentiebeding te kunnen spreken. Mocht de werkgever in de loop van het dienstverband van mening zijn dat hij geen belang meer heeft bij het beding (bijvoorbeeld als uitkomst van een periodieke beoordeling door de werkgever van overeengekomen concurrentiebedingen) dat staat het hem vrij het concurrentiebeding voortijdig te 'waiven', althans dan zou het voor de werkgever mogelijk moeten zijn het concurrentiebeding eenzijdig te laten vervallen (net zoals dat in bijvoorbeeld Duitsland het geval is)¹.

Naast rechtszekerheid voor de werknemer, zal de bovenstaande oplossing nog meer dan het huidige wetvoorstel bijdragen aan de andere doelstelling: de afname van het gebruik van (niet noodzakelijke) bedingen.

Op deze hoofdregel zou dan de uitzondering moeten bestaan in situaties waarin de werkgever het dienstverband beëindigt. In die gevallen zal de werkgever de mogelijkheid hebben alsnog af te zien van een overeengekomen concurrentiebeding volgens de nu in het wetsvoorstel overeengekomen termijnen, of om dit in duur te beperken.

Hiermee wordt direct het eventuele misbruik door werknemer zoals dat naar onze mening onder het wetsvoorstel mogelijk is (zie onder punt 1 hierboven), geadresseerd.

¹ In Duitsland bestaat dit recht niet ongeclausuleerd; de verplichting om een vergoeding te betalen blijft na het intrekken van het concurrentiebeding nog een periode bestaan.

3. Vergoeding en gemaximeerde beëindigingsvergoeding

De beoogde vergoedingsplicht voorziet in een substantieel bedrag om het daarmee een effectieve prikkel te laten zijn om het beding alleen maar in te roepen als dat noodzakelijk is. Hoe verhoudt dit bedrag zich tot gemaximeerde beëindigingsvergoedingen, zoals deze gelden voor bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen, in de financiële sector en op basis van de WNT?

Zoals de zogenaamde EBA Richtsnoeren betreffende een degelijk beloningsbeleid overeenkomstig Richtlijn 2013/36/EU (de "**EBA-richtsnoeren**") vermelden dat *'ontslagvergoedingen die overeenkomen met het extra bedrag dat verschuldigd is op grond van een non-concurrentiebeding in het contract en die in toekomstige termijnen worden uitbetaald'* niet gerekend worden tot de zogenaamde variabele beloning, lijkt het ons van belang dat de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ingaat op de kwalificatie van de vergoeding in het kader van de gemaximeerde ontslagvergoeding als hierboven bedoeld. De vraag is of deze vergoeding wel/ niet meetelt tot het maximum van (bijvoorbeeld) één jaarsalaris.

Overigens is de omschrijving van de in het kader van het concurrentiebeding bedoelde vergoeding in de EBA-richtsnoeren zodanig dat de beoogde vergoeding zoals bedoeld in het wetsvoorstel (te betalen als 'lumpsum' en niet in 'toekomstige termijnen') niet bij voorbaat uitgezonderd is als variabele beloning.

4. Vergoeding en contractuele ontslagvergoeding ('golden parachute')

Daarnaast komt de vraag op, of met een reeds overeengekomen contractuele beëindigingsvergoeding wellicht ook is beoogd een vergoeding te bieden voor de beperkingen van een concurrentiebeding, of dat er ruimte is voor een aanvullende vergoeding als een beroep wordt gedaan op het concurrentiebeding. Dit zal slechts voor werkgevers van een kleine groep werknemers relevant zijn, maar ongetwijfeld betreft dit een groep werknemers waarvoor het overeenkomen van een concurrentiebeding opportuun kan worden geacht. Ook dit is iets waaraan wellicht in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel nog aandacht kan worden besteed.

Ten tijde van de invoering van de transitievergoeding, is met het 'Besluit overgangsrecht transitievergoeding' (het "**besluit**") een oplossing geboden voor de situatie waarin een werknemer door de wetwijziging per 1 juli 2015 zowel aanspraak kon maken op een contractuele vergoeding, als aanspraak had op de transitievergoeding. Het besluit gaf de betreffende werknemer de keuze tussen de contractuele vergoeding of de transitievergoeding gedurende een termijn van 4 weken nadat de daartoe benodigde informatie door de werkgever aan de werknemer was verstrekt. Wij kunnen ons voorstellen dat bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel, het uitgangspunt is dat de contractuele ontslagvergoeding geacht wordt de wettelijke vergoeding voor het concurrentiebeding te omvatten, indien deze contractuele ontslagvergoeding aan bepaalde voorwaarden voldoet. Deze voorwaarden zouden kunnen zien op een minimale hoogte van de contractuele ontslagvergoeding, die bijvoorbeeld tenminste de wettelijke transitievergoeding en de met de duur van het concurrentiebeding corresponderende vergoeding daarvoor zou moeten omvatten. In nieuw overeen te komen contractuele ontslagvergoedingen

zal aandacht moeten worden besteed de rol van de vergoeding voor het concurrentiebeding, indien overeengekomen, en mogelijke variaties op de hoogte van deze vergoeding bij het al dan niet invoeren van het concurrentiebeding.