

LLU WETSVOORSTEL MODERNISERING CONCURRENTIEBEDING

Commentaar expertgroep LabourLawUnited op het Wetsvoorstel
Modernisering Concurrentiebeding



VAAN-VvA-VJAA

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	3
2.	Functioneel bereik van artikel 7:653 BW en artikel 19 lid 3 Gw	5
2.1	Inleiding	5
2.2	Op zekere wijze werkzaam zijn	5
2.3	Relatiebeding.....	8
2.4	Anti-ronselbeding	11
2.5	Advies	12
3.	Het bereik en de constitutieve vereisten (lid 1).....	13
3.1	Inleiding	13
3.2	Motivering	13
3.3	Motiveren, expliciteren of vermelden?	16
3.4	Artikel 7:653 BW versus artikel 7:653a BW: tegengestelde technieken?	17
3.5	(Geen) Aanvullende geldigheidsvereisten? Proeftijd, korte dienstverbanden en motie inkomensgrens.....	18
3.6	Advies	20
4.	Inroepen van het concurrentiebeding (lid 2 t/m 5)	22
4.1	Inleiding	22
4.2	Beroep doen op... (lid 2)	22
4.3	Tijdig en schriftelijk beroepen (lid 3)	23
4.4	Duur in gehele maanden (lid 4)	25
4.5	Geen beroep bij ernstig verwijtbaar handelen (lid 5)	25
4.6	Advies	26
5.	Vergoeding voor de duur van de beperking (lid 6 t/m 9)	27
5.1	Inleiding	27
5.2	Wettelijke vergoeding (lid 6).....	27
5.3	Fatale betalingstermijn (lid 7).....	28
5.4	Onvolledige betaling, verlies werking beding (lid 8)	30
5.5	Onverschuldigheid vergoeding (lid 9).....	30
5.6	Advies	32
6.	Geheel of gedeeltelijke vernietiging en afwijking bij beëindigingsovereenkomst (lid 10-11) ...	33
6.1	Inleiding	33
6.2	Geheel of gedeeltelijke vernietiging (lid 10).....	33
6.3	Afwijking bij beëindigingsovereenkomst (lid 11).....	35
6.4	Advies	36

7.	Procedurele aspecten bij aanwenden van rechtsmiddelen	37
7.1	Inleiding	37
7.2	Tijdigheidsvereiste	37
7.3	Consequenties van het aanwenden van rechtsmiddelen.....	38
7.4	Advies	43

1. Inleiding

LabourLawUnited (LLU)¹ heeft met belangstelling kennisgenomen van het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding. Tegen de achtergrond van de wens om het oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding terug te dringen, onderschrijven we de noodzaak van modernisering van de huidige regeling inzake non-concurrentie (artikel 7:653 BW). De huidige wettelijke regeling is in disbalans, omdat het nauwelijks voorziet in materiële waarborgen voor de werknemer bij het aangaan van een dergelijk beding. Bovendien betreft het een inperking van een (internationaal) grondrecht (vrije keuze van arbeid), waarbij een zorgvuldige belangenafweging past. Een belangenafweging die in de huidige wettelijke regeling op voorhand ontbreekt. Kortom, wij moedigen aanpassing van de wettelijke regeling aan.

Het onderhavige wetsvoorstel doet een aantal voorstellen tot aanpassing. Hoewel wij als uitgangspunt waardering hebben voor de regeling (motiveringsvereisten, beperking temporeel bereik en wettelijke vergoedingsplicht) en gekozen techniek (overeenkomen versus inroepen), constateren we ook een aantal knelpunten. Met deze LLU-reflectie hopen we een constructief kritische bijdrage te leveren aan de verdere vormgeving van een ‘modern 653-beding’.

In de zes hoofdstukken die volgen gaan we uitvoerig in op de voorgestelde regeling. In hoofdstuk 2 staat het functioneel bereik centraal. Hoofdstukken 3 t/m 6 behandelen verschillende onderdelen van de voorgestelde wettelijke regeling. We sluiten af met een hoofdstuk waarin procedurele aspecten (in het bijzonder hoger beroep) centraal staan (hoofdstuk 7). Elk hoofdstuk sluit af met een aantal kernadviezen. De belangrijkste kernadviezen noemen we hier.

- **Algehele waardering voor modernisering van artikel 7:653 BW.** We lopen – ook internationaal gezien – uit de pas met de huidige regeling, die bovendien een grote inbreuk vormt op het (internationale) grondrecht van vrije arbeidskeuze, met als gevolg dat oneigenlijk gebruik van concurrentiebedingen veelvuldig voorkomt. Het huidige voorstel brengt hierin verandering.
- **Cumulatie van aanscherpingen in balans?** De combinatie van zwaardere constitutieve vereisten, een wettelijke beperking van het temporeel bereik tot maximaal 12 maanden en een wettelijke vergoedingsplicht, waarbij administratieve vergissingen leiden tot ontheffing van het beding, maar toch tot doorbetaling van de vergoeding verplichten, maakt de regeling ingrijpend voor werkgevers. Op onderdelen rijst dan ook de vraag of de balans steeds gevonden is.
- **Welk beding wordt geregeld? Aandacht gevraagd voor de bijzondere status van het relatiebeding.** Het voorstel schaaft het relatiebeding en anti-ronselbeding samen met het concurrentiebeding onder het functioneel bereik van artikel 7:653 lid 1 BW. Dit uitgangspunt is enerzijds te billijken, anderzijds roept met name het relatiebeding onder de voorgestelde regeling tal van vragen op. Omdat in het vorige – gesneuvelde – wetsvoorstel (28 167)² het relatiebeding een (gevoelige) cruciale rol speelde in de Kamerbehandeling, is een (her)doordenking op zijn plaats (zie hierna hoofdstuk 2).

¹ LabourLawUnited (LLU) is het samenwerkingsverband tussen de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN), de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) en de Vereniging Jonge Arbeidsrecht Advocaten (VJAA). Met ruim 3500 unieke leden binnen de genoemde verenigingen, vertegenwoordigt LLU een brede groep van advocaten, juristen, wetenschappers, rechters, werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers en beleidsmedewerkers die zich met het arbeidsrecht bezighouden.

² *Kamerstukken II*, 2001/02, 28167, nr. 3.

- **‘Hard rules by law’ versus ‘maatwerk bij beëindigingsovereenkomst.** Er is overduidelijk gekozen voor ‘hard rules’. Als een beding te laat wordt ingeroepen of als de verschuldigde vergoeding een dag te laat wordt betaald, of zelfs met klein verschil van één cent, dan is de werknemer bevrijd van het beding. In dat geval blijft de werkgever veelal echter nog steeds de vergoeding verschuldigd. Deze hardheid in de regels dwingt de werkgever die zekerheid wil, om ‘maatwerk’ overeen te komen in de beëindigingsovereenkomst. Op sommige onderdelen kunnen deze hardheden iets afgezwakt worden, deels omdat er nu juridische leemtes in de voorgestelde regeling zitten die moeten worden opgevuld, en deels omdat de regeling anders praktisch niet uitvoerbaar is. Dit verandert echter niet het uitgangspunt van ‘hard rules by law’, maatwerk in de beëindigingsovereenkomst.
- **Expliciteer causaliteit vergoeding en (inperking) vrije arbeidskeuze.** De wettelijke vergoedingsplicht kan op instemming rekenen. Tegelijkertijd werpt deze vergoedingsplicht tal van vragen op, in het bijzonder als partijen gaan procederen over de geldigheid van het beding, eventuele ernstige verwijtbaarheid of geheel of gedeeltelijke vernietiging van het beding als dan niet in kortgeding of bodemprocedure (in hoger beroep). Veel van deze complexe vragen lossen op, indien de regering expliciteert dat de vergoedingsplicht is gekoppeld aan de feitelijke inperking van het grondrecht van vrije arbeidskeuze. Zodra die inperking ongedaan kan worden gemaakt, ligt vergoeding niet langer in de rede. Is evenwel geen ongedaanmaking van dit grondrecht meer mogelijk, dan ligt het niet voor de hand dat de vergoedingsplicht geheel of gedeeltelijk komt te vervallen. Ook werpt dit causale verband nieuw licht op welke vormen van ernstig verwijtbaar handelen wel en niet een rol mogen spelen binnen de 653-toets en in hoeverre deze vergoeding mag worden betrokken bij de vaststelling van een billijke (ontslag)vergoeding.
- **Een aantal wetstechnische aanpassingen, veel meer duiding in de toelichting om de regeling ook echt werkbaar te maken in de praktijk.** Tot besluit constateerden wij enkele juridische onregelmatigheden (zoals de afstemming tussen lid 3 en lid 7) of ambigue formuleringen (zoals lid 3 sub b of lid 9 sub b). In de tekst hierna expliciteren we die knelpunten en doen we verbetervoorstellen (met name hoofdstukken 3 t/m 6). Op veel onderdelen vragen we om nadere toelichting om justitiabelen meer richting te geven hoe de regeling in de praktijk dient te worden toegepast. Dit geldt in het bijzonder voor wat rechtens te gelden heeft indien over het beding wordt geprocedeerd (zie hoofdstuk 7). Het overgangsrecht riep op een enkel punt geen bijzonderheden op.

Mocht het commentaar aanleiding geven tot nadere gedachtewisseling dan zijn wij daartoe van harte bereid. Wij wensen u veel wijsheid toe met de nadere uitwerking van dit voorstel.



Irina Timp (VAAN) | Christiaan Zillinger Molenaar (VAAN)
 Pascal Besselink (VvA) | Jeroen Quist (VvA) | Erick Hagendoorn (VAAN)
 Caspar Bosma (VJAA) | Ruben Houweling (VvA)

2. Functioneel bereik van artikel 7:653 BW en artikel 19 lid 3 Gw

2.1 Inleiding

In het wetsvoorstel wordt artikel 7:653 BW aangescherpt en worden de mogelijkheden om een concurrentiebeding (of zuiverder een ‘653-beding’) overeen te komen aanzienlijk beperkt. Reden van deze aanscherping, blijkens de memorie van toelichting en het gepubliceerde beleidsformulier, is het tegengaan van oneigenlijk gebruik van een non-concurrentiebeding, het tegengaan van het nodeloos opnemen van een non-concurrentiebeding en een bevordering van de arbeidsmobiliteit van werknemers en daarmee een bevordering van het goed functioneren van de arbeidsmarkt.

In de memorie van toelichting wordt slechts zeer kort – en niet onderbouwd – benoemd dat artikel 7:653 BW ook ziet op een relatiebeding en een anti-ronselbeding, maar niet op een geheimhoudingsbeding. Hoewel er op voorhand waardering is voor het zo generiek mogelijk houden van het functioneel bereik van artikel 7:653 BW, plaatsen wij enkele kanttekeningen bij het op één lijn stellen van een non-concurrentiebeding en het relatiebeding.

2.2 Op zekere wijze werkzaam zijn

Sinds 1907 wordt de reikwijdte van artikel 7:653 BW (en diens voorganger 1637x) bepaald door de tekst ‘op zekere wijze werkzaam zijn’. Alleen als een bepaling een werknemer beperkt om op zekere wijze werkzaam te zijn, is artikel 7:653 BW van toepassing.

Onder de tekst ‘op zekere wijze werkzaam zijn’ zoals dit in artikel 7:653 lid 1 BW is opgenomen, en ongewijzigd is overgenomen in het wetsvoorstel, moet blijkens de parlementaire geschiedenis bij de Wet op de arbeidsovereenkomst, onder verwijzing naar het Duitse recht, worden verstaan een beperking: ‘nach Zeit, Ort und Gegenstand’. Oftewel een beperking naar tijd, plaats en object/doel.³ Kortweg: de werknemer mag gedurende periode X in gebied Y de werkzaamheden Z niet uitoefenen. Daarbij had de wetgever bij de tekst zoals dit uiteindelijk in artikel 1637x (oud) BW is opgenomen voor ogen: *“het beding dat de arbeider na afloop van de dienstbetrekking niet volkomen vrij zal zijn in zijn bewegingen ten nadeele van den werkgever, dan is de strekking van het beding om te voorkomen dat de arbeider van heden wordt de concurrerende ondernemer van morgen, of, in een andere reeks van gevallen, om te voorkomen dat de arbeider zijn nieuwen patroon kan inlichten, opdat deze beter met den ouden patroon kunne concurreren.”*⁴ Dit ziet dan ook op het beperken van concurrerende werkzaamheden. In de parlementaire geschiedenis bij artikel 1637x noch in jurisprudentie is een nadere omschrijving te vinden wat onder de woorden ‘op zekere wijze werkzaam zijn’ precies wordt verstaan en wat de grenzen zijn van deze reikwijdte.

Om te beoordelen of een contractueel beding onder artikel 7:653 BW valt, kan dus niet zomaar worden uitgegaan van ‘de naam’ van het beding. Er zal moeten worden beoordeeld of het beding tot effect heeft dat de werknemer naar tijd, plaats en/of object (aard van de werkzaamheden) wordt beperkt na het dienstverband werkzaam te zijn. Of een beding onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW valt, zal dus van beding tot beding moeten worden beoordeeld. Een algemene opmerking dat ieder relatiebeding en ieder anti-ronselbeding zondermeer onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW valt is naar onze mening – in ieder geval zonder nadere toelichting – te kort door de bocht, zoals hierna ook verder uiteen zal worden gezet.

³ A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gavenhage 1908, p. 402.

⁴ A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gavenhage 1908, p. 386.

Een van de belangrijke doelen van deze wetswijziging is het bevorderen van de arbeidsmobiliteit van werknemers. Hierbij wordt vervolgens gewezen op het grondrecht op vrije arbeidskeuze uit artikel 19 lid 3 Gw.⁵ Vrije arbeidskeuze en ‘op zekere wijze werkzaam zijn’ hoeven echter niet hand in hand te gaan. Dit is volledig afhankelijk van de betekenis die wordt toegekend aan ‘op zekere wijze werkzaam zijn’. In de rechtspraak wordt artikel 7:653 BW structureel gezien als bepaling waarmee de wetgever heeft beoogd balans aan te brengen tussen het recht op vrije arbeidskeuze en de redelijke belangen van de werkgever (bescherming van het bedrijfsdebiët).⁶ Recent nog heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden overwogen dat artikel 19 lid 3 Gw de mogelijkheid geeft het recht op vrije arbeidskeuze bij wet in te perken en dat de wetgever dit heeft gedaan met de regeling van artikel 7:653 BW.⁷

De wetgever heeft deze afweging echter nooit bewust gemaakt.⁸ Artikel 7:653 BW, en met name het eerste lid, is inhoudelijk niet anders dan zijn voorganger artikel 1637x oud BW. Dat artikel is in 1907 ingevoerd. Artikel 19 lid 3 Gw is ‘pas’ in 1983 in de grondwet opgenomen en pas vijf jaar later in werking getreden. Eerst in 2001 heeft het grondrecht op vrije arbeidskeuze een rol gespeeld toen de wetgever artikel 7:653 BW mede omwille van het recht op vrije arbeidskeuze wilde aanpassen.⁹ Dit wetsvoorstel heeft het echter nooit tot wet gehaald. Er ligt nu dan ook een wetsvoorstel ter consultatie dat van invloed is op het recht van vrije arbeidskeuze, maar de exacte verhouding tussen het wetsvoorstel, de gevolgen van het wetsvoorstel en het grondrecht op vrije arbeidskeuze wordt in de memorie van toelichting nagenoeg niet afgewogen. De regering zou dit wetsvoorstel kunnen aangrijpen die afweging wel goed toe te lichten. Daarbij merken wij op dat in het arbeidsrechtelijke (beroepen)veld deze afweging niet in twijfel wordt getrokken.

Toch is de verwijzing naar artikel 19 lid 3 Gw niet zonder betekenis. Artikel 19 lid 3 Gw ziet alleen op de arbeidskeuze en niet op de beroepsuitoefening. Als alleen de beroepsuitoefening wordt begrensd, is dat geen beperking van het grondrecht op vrije arbeidskeuze. Maar als door de beperking van de beroepsuitoefening ook de daadwerkelijke keuze wordt beperkt, is er wel sprake van een beperking van artikel 19 lid 3 Gw.¹⁰ Het recht op vrije arbeidskeuze strekt zich uit over de gehele periode van arbeidsuitoefening, waardoor het onderscheid tussen beide soms lastig scherp te trekken is. Bepalingen die bedoeld zijn om de beroepsuitoefening te beperken zouden de arbeidskeuze kunnen frustreren.¹¹ Als platgeslagen voorbeeld zou het volgende kunnen worden genomen: iedereen heeft de vrije arbeidskeuze te kiezen om arts of advocaat te worden. Maar op het moment dat iemand die keuze wenst te realiseren is men tot op zekere hoogte wel beperkt in de beroepsuitoefening. Er zijn immers opleidingsverplichtingen (vooraangaand en tijdens de beroepsuitoefening) en men moet aan bepaalde

⁵ Opvallend genoeg wordt daarbij niet gewezen op artikel 15 Handvest Grondrechten van de EU waar het recht op vrije arbeidskeuze eveneens in wordt benoemd maar waartegenover artikel 16 Handvest Grondrechten van de EU staat, het recht op vrijheid van ondernemerschap waaronder onder de contractsvrijheid wordt begrepen.

⁶ Ter illustratie: Ktr Groningen 13 maart 2018, ECLI:NL:NL:RBNNE:2018:1232; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2879; Ktr Groningen 8 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1321; Ktr Amsterdam 26 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2652; Ktr Groningen 29 september 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4749; Ktr Roermond 5 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:4979; Ktr Dordrecht 23 juni 2009, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ9843; Hof Arnhem 21 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ4525; Hof Arnhem 14 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ4503; Ktr Breda 28 oktober 2009, ECLI:NL:BRBRE:2009:BK4886; Hof Amsterdam 20 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC2844; Conclusie AG 4 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF2844.

⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3896.

⁸ F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie, beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*, Deventer: Kluwer 1995, p. 63-64.

⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 28167, nr. 3.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1985/86, 19376, nr. 2, p. 6.

¹¹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19376, nr. 2, p. 8.

wettelijke eisen en gedragsregels voldoen. De beperkingen komen voort uit het borgen van een verantwoorde beroepsuitoefening, waarvan expliciet is aangegeven dat een dergelijke beperking niet onder het recht op vrije arbeidskeuze valt.

Als de tekst ‘op zekere wijze werkzaam zijn’ naast artikel 19 lid 3 Gw wordt gelegd, is cruciaal hoe ‘op zekere wijze werkzaam’ wordt uitgelegd. Op zekere wijze werkzaam zijn kan ruim worden uitgelegd: *‘de manier waarop iemand zijn werk doet’*, of kan eng worden uitgelegd: *‘de aard van het werk dat iemand doet’*.

Bij een ruime uitleg zou men in de sfeer van de beroepsuitoefening komen en zou artikel 7:653 BW dus ook zien op bepalingen die het recht op vrije arbeidskeuze niet beperken. In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel wordt aangegeven dat artikel 7:653 BW niet ziet op een geheimhoudingsbeding, echter bij de ruime uitleg van artikel 7:653 BW zouden alle beperking ten aanzien van de beroepsuitoefening onder artikel 7:653 BW vallen. Als een werknemer bepaalde specifieke kennis heeft opgedaan – bijvoorbeeld hoe met bepaalde software bepaalde werkprocessen efficiënter kunnen worden uitgevoerd – en een geheimhoudingsbeding verbiedt een werknemer die specifieke kennis anders aan te wenden dan ten gunste van de (ex-)werkgever, dan beperkt dat geheimhoudingsbeding de werknemer ook op zekere wijze in zijn beroepsuitoefening. Hij mag bij de nieuwe werkgever werk op een bepaalde manier immers niet uitvoeren omdat hij de bij de oude werkgever opgedane kennis niet mag aanwenden. Dit is niet anders dan bepaalde relaties niet mogen benaderen. In 2012 is in de rechtspraak overwogen dat algemene kennis en ervaring die wordt opgedaan in principe niet onder een geheimhoudingsbeding valt, maar dat partijen ten aanzien van bepaalde specifieke kennis wel afspraken kunnen maken. Als deze beperking van de beroepsuitoefening dan zo ver gaat dat iemand daarmee wordt beperkt in hoe hij of zij het werk kan doen, dan zou dit bij een ruime uitleg een beperking zijn van op zekere wijze werkzaam zijn en dus onder artikel 7:653 BW vallen.¹² Als zelfs geheel geen kennis en ervaring zouden mogen worden gebruikt op basis van een geheimhoudingsbeding, zou een geheimhoudingsbeding ook tot een beperking van de vrije arbeidskeuze kunnen leiden en daarmee zelfs onder de enge werking van artikel 7:653 BW kunnen vallen.¹³ De enkele stelling dat een geheimhoudingsbeding *dus* niet onder artikel 7:653 BW valt – hoewel breed aanvaard in de literatuur en rechtspraak – is ietwat kort door de bocht. Dit zal niet moeten beoordeeld op basis van de naam van het beding, maar op basis van de inhoud en het effect van het beding. Bij een ruime uitleg zou er in ieder geval veel meer ‘bijvangst’ kunnen zijn met artikel 7:653 BW dan gerechtvaardigd kan worden door het na te streven doel met deze wetswijziging. Denk naast een geheimhoudingsbeding bijvoorbeeld aan een studiekostenbeding. Als een werknemer een MBA heeft gevolgd (op eigen verzoek) en bij overstap naar een andere werkgever € 20.000 aan studiekosten moet terugbetalen kan dit een behoorlijke beperking zijn voor de arbeidsmobiliteit van de werknemer en daarmee (indirect) dus ook de vrije arbeidskeuze van de werknemer. De werknemer mag wel vrij kiezen, maar alleen als een ‘afkoopsom’ wordt betaald. Zo heeft het Europese Hof van de Rechten van de Mens reeds overwogen dat de verplichting tot terugbetaling van studiekosten onder omstandigheden een inbreuk kan vormen op artikel 4 EVRM (verbod op dwangarbeid). In die zaak moest een piloot een bedrag van ruim € 100.000 in eenmaal terugbetalen wilde hij zijn arbeidsovereenkomst beëindigen.¹⁴

Bij een enge uitleg komt artikel 7:653 BW in de sfeer van de arbeidskeuze en sluit dit aan bij het doel van het onderhavige wetsvoorstel, waarborgen bieden tegen nodeloze beperkingen van de arbeidsmobiliteit (recht op vrije arbeidskeuze) van werknemers. Bij de enge uitleg ziet artikel 7:653

¹² Ktr. Tiel 25 april 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW4465.

¹³ Ktr. Alkmaar 17 juni 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BI6762.

¹⁴ EHRM 19 oktober 2015, No. 51637/12 (Chitos v. Greece).

BW ‘alleen’ op verboden om bepaalde werkzaamheden te verrichten, of bij bepaalde werkgevers in dienst te treden. Op het moment dat een werknemer bij een werkgever gaat werken die niet onder de beperking valt kunnen er dan echter nog wel beperkingen worden opgelegd ten aanzien van de manier waarop de werknemer gaat werken of hoe de werknemer zich voor een bepaalde tijd in het zakelijk verkeer dient te gedragen. Hiermee kan een betere balans worden aangebracht tussen de belangen van de werkgever en de werknemer. In een dergelijk geval kan bijvoorbeeld een relatiebeding worden afgesproken waarbij een werknemer alleen bepaalde relaties niet mag bewegen het contact met de ex-werkgever te verbreken, maar voor het overige mag de werknemer overal werken (ook bij een concurrent die bijvoorbeeld naast de ex-werkgever is gevestigd). Een dergelijk beding valt niet onder de enge uitleg en daarmee wordt de werknemer ook niet in de arbeidsmobiliteit beperkt. De werknemer wordt alleen ‘verplicht’ zich netjes te gedragen en de klanten van zijn ex-werkgever niet te ‘stelen’, waartegenover de werkgever mogelijk een groot belang heeft om het klantenbestand – het bedrijfsdebiet – te beschermen. Een dergelijke bepaling biedt geen belemmering voor de arbeidsmobiliteit van de werknemer en het valt dan ook af te vragen of de zware eisen die nu in dit wetsvoorstel worden verbonden aan een 653-beding proportioneel zijn in verhouding met een minimale, of zelfs niet aanwezige, beperking voor de werknemer. Zoals hiervoor al kort aangegeven is de grens tussen arbeidskeuze en beroepsuitoefening niet altijd scherp te trekken. Uiteraard zijn er situaties denkbaar waarbij een ‘zuiver’ relatiebeding (waarbij een werknemer wordt verboden klanten van de ex-werkgever te benaderen en te bewegen de relatie met die ex-werkgever te beëindigen) toch de arbeidskeuze kan beperken. Hier kan bijvoorbeeld sprake van zijn als de werkgever actief is in een zeer specifieke niche waarbij de markt beperkt is tot enkele afnemers. Door een relatiebeding zou een werknemer dan beperkt kunnen worden om in de markt te werken. In dat geval werkt de beperking van de beroepsuitoefening door in de arbeidskeuze. Het gaat dus niet om de naam van het beding, maar om het effect van het beding.

Dat een relatiebeding en een anti-ronselbeding niet zomaar gelijkgesteld kunnen worden met een non-concurrentiebeding en daarmee ook niet zomaar onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW (zouden moeten) vallen, zal hieronder nader worden toegelicht.

2.3 Relatiebeding

De algemene opvatting is dat een relatiebeding ‘gewoon’ onder het bereik van artikel 7:653 BW valt.¹⁵ Hierbij wordt dan vaak gewezen op het Lodder-arrest, zoals ook in het onderhavige wetsvoorstel.¹⁶ In dat arrest valt echter niet terug te lezen dat een relatiebeding per definitie onder artikel 7:653 BW valt. Het relatiebeding waar het in die zaak over ging zag op, onder andere, een verbod bij een relatie in dienst te treden.¹⁷ Een dergelijk beding valt inderdaad onder artikel 7:653 BW en is in feite niets anders dan een geclausuleerd non-concurrentiebeding omdat er simpelweg wordt verboden bij een bepaalde partij te werken. Echter, ‘het’ relatiebeding bestaat niet. In de praktijk komen relatiebedingen in een veelvoud aan verschijningsvormen voor. Het kan zien op een aftroggelverbod, een verbod om relaties te bewegen de zakelijke relatie met de ex-werkgever te verbreken. Het kan zien op een contactverbod, het verbod om zakelijke contacten te onderhouden met relaties van de ex-werkgever. Het kan ook zien op een verbod om bij relaties in dienst te treden, het voorkomen van concurrentie door insourcing door relaties, en alle mogelijke varianten daartussen.

¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3896; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke Themata I*, Den Haag: Boom Juridisch 2023, p.373.

¹⁶ HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364 (Lodder).

¹⁷ HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364, r.o. 3.4.3.

In een arrest van 26 september 2023 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden overwogen dat de gangbare betekenis van een relatiebeding is dat het werknemers verbiedt na afloop van het dienstverband gedurende een bepaalde periode zaken te doen of contacten te onderhouden met relaties van de (ex) werkgever.¹⁸ Als over een relatiebeding wordt gesproken, zou eigenlijk alleen uitgegaan moeten worden van een relatiebeding in de zin van een aftroggelverbod of een contactverbod en niet van een beding dat een werknemer verbiedt om bij relaties in dienst te treden. In datzelfde arrest is overwogen dat een relatiebeding, anders dan een non-concurrentiebeding, geen belemmering voor het grondrecht op vrije arbeidskeuze behelst. In de rechtspraak wordt een relatiebeding in de regel (wellicht onterecht) hetzelfde beoordeeld als een non-concurrentiebeding, maar wel met dien verstande dat een relatiebeding als een veel minder vergaande beperking voor de werknemer wordt gezien, juist omdat het geen beperking van het recht op vrije arbeidskeuze behelst omdat dit een werknemer niet verbiedt om bij klanten in dienst te treden.¹⁹ Als een relatiebeding de werknemer niet beperkt in zijn vrije arbeidskeuze en dus niet in de arbeidsmobiliteit, valt het dan wel te rechtvaardigen om aan een dergelijk relatiebeding dezelfde zware eisen te verbinden als aan een non-concurrentiebeding dat een werknemer wel vergaand in zijn arbeidskeuze en arbeidsmobiliteit beperkt?

Deze vraag heeft bij het in 2001 ingediende wetsvoorstel 28 167 ook gespeeld.²⁰ Bij amendement van 19 mei 2004 is aan het toenmalige wetsvoorstel toegevoegd om relatiebedingen uit te sluiten van de reikwijdte van artikel 7:653 BW. In het gewijzigde wetsvoorstel was in lid 8 opgenomen: *“Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de werkgever te benaderen valt niet onder de werking van dit artikel.”* De gedachte hierachter was dat een relatiebeding de vrije arbeidskeuze niet beperkte en daarmee dus niet gelijk te stellen was met een non-concurrentiebeding. Uiteindelijk heeft deze toevoeging er mede (ook over de wijze waarop invulling gegeven moest worden aan een verplichte vergoeding bestond veel discussie) toe geleid dat wetsvoorstel 28 167 het niet tot wet heeft gehaald. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de reikwijdte van het voorgestelde achtste lid te ruim was. Er werd bijvoorbeeld voorgesteld het te beperken tot alleen relaties die door de werknemer waren bediend in de laatste 12-24 maanden.²¹ Ook vroeg men zich af hoe ver het ‘benaderen’ ging en wat hier precies wel en niet onder moest worden begrepen. De formulering zou teveel ruimte hebben gelaten voor discussie. Daarnaast zou het volledig uitzonderen van een relatiebeding van artikel 7:653 BW betekenen dat een relatiebeding geheel vormvrij zou worden, waarbij het wel wenselijk werd geacht om in ieder geval een schriftelijkheidsvereiste aan een relatiebeding te verbinden.²² Door de ruime formulering bestond de vrees dat in de praktijk zeer ruime relatiebedingen zouden worden overeengekomen waarmee men zeer dicht tegen een non-concurrentiebeding aan zou gaan zitten, zonder aan enige beperkingen gebonden te zijn.²³ Ook de SER heeft destijds geadviseerd dat een ruim geformuleerd relatiebeding tot effect zou kunnen hebben dat de werknemer alsnog in de arbeidskeuze wordt beperkt. De door de wetgever gekozen definitie was naar mening van de SER te willekeurig.²⁴

¹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 september 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:8057

¹⁹ Ktr Rotterdam 9 februari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:1015; ECLI:NL:GHARL:2023:8057; Ktr Utrecht 2 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:6074; Ktr Utrecht 1 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:261; Hof Den Bosch 24 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3211; Hof Den Bosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:417; Ktr Haarlem 13 maart 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA1035; Ktr Zwolle 22 september 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AY9058.

²⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 28167, nr. 24.

²¹ *Kamerstukken I* 2003/04, 28167, nr. B, p. 7.

²² *Kamerstukken I* 2003/04, 28167, nr. B, p. 8.

²³ *Kamerstukken I* 2003/04, 28167, nr. D, p. 7-8.

²⁴ *Kamerstukken I* 2003/04, 28167, nr. I, p. 5-7.

Het 'zomaar' wel of niet onder artikel 7:653 BW scharen van een relatiebeding behoeft een goede afweging. De oorspronkelijke gedachte bij wetsvoorstel 28 167 dat een beding dat een werknemer alleen verbiedt bepaalde relaties te benaderen de arbeidskeuze niet beperkt, was juist. Bij de wijze waarop dit vervolgens is vertaald in het toenmalige wetsvoorstel lijkt echter onvoldoende te zijn stilgestaan bij de vele verschillende varianten die in de praktijk voorkomen. Een (zuiver) relatiebeding en een non-concurrentiebeding hebben echter een verschillend doel en daarmee verschillend effect. Mocht de regering kiezen voor het uitzonderen van het relatiebeding in het onderhavige wetsvoorstel, dan kunnen lessen worden getrokken uit het verleden en zal de aandacht uit moeten gaan naar een precieze formulering welk relatiebeding wel en welk relatiebeding niet onder de reikwijdte van de nieuw voorgestelde regeling komt te vallen.

Veelal is een keuze voor een non-concurrentiebeding ingegeven vanuit praktische overwegingen. Werkgevers die willen voorkomen dat een vertrekkende werknemer klanten meeneemt en dus het bedrijfsdebet aantast nemen veelal een non-concurrentiebeding op in plaats van een relatiebeding omwille van bewijsproblemen. Het is veel eenvoudiger voor een werkgever om aan te tonen dan een werknemer naar een concurrent gaat en om dus die overstap te verbieden, dan dat het is te bewijzen dat een werknemer klanten heeft meegenomen en de klanten niet door een ander zijn benaderd of uit eigen beweging zijn weggegaan. Zonder een van beide bedingen is een werkgever overgeleverd aan het juridische leerstuk van onrechtmatige concurrentie en zal de werkgever eerst schade moeten hebben en vervolgens moeten aantonen dat de werknemer stelselmatig en substantieel afbreuk heeft gedaan aan het bedrijfsdebet. De schade is dan echter al geleden, daar waar een non-concurrentie- en relatiebeding bedoeld zijn om de schade te voorkomen. Als een non-concurrentiebeding en een relatiebeding dezelfde eisen hebben, zal een werkgever er waarschijnlijk voor kiezen om dan maar het zwaardere maar makkelijker te controleren middel in te zetten. Immers, als een werkgever dan de bewuste keuze zou maken een werknemer alleen aan een (zuiver) relatiebeding te houden en de werknemer dus geen klanten mag aftroggelen in plaats van een veel verderstrekkend (en makkelijk te handhaven) non-concurrentiebeding, moet de werkgever op basis van het huidige wetsvoorstel ook een vergoeding betalen (uitgaande van een beding van een jaar een vergoeding van een halfjaarsalaris). De werkgever heeft dan ook als praktisch bewijsprobleem dat hij het causaal verband tussen vertrek van de klant en dat van de werknemer zal moeten aantonen. Dit terwijl de werknemer geheel niet is beperkt in de arbeidsmobiliteit (de werknemer mag overal werken) en de werknemer voor het overige ook relatief weinig hinder ondervindt van het relatiebeding. Het enige reële belang dat de werknemer zou hebben is dat hij zonder relatiebeding eenvoudig de relaties van zijn ex-werkgever kan overbrengen naar zijn nieuwe werkgever. Die relaties behoren echter tot het bedrijfsdebet van zijn oude werkgever en had de werknemer niet gehad als hij niet voor de oude werkgever had gewerkt. Als een zuiver relatiebeding echter minder zware eisen krijgt dan een non-concurrentiebeding, bijvoorbeeld alleen een schriftelijkheidsvereiste en een beperking in duur, dan wordt het voor een werkgever 'aantrekkelijk' om een bewuste keuze te maken tussen het gebruik van een non-concurrentiebeding of een relatiebeding. Een relatiebeding is wellicht moeilijker te handhaven door het bewijsprobleem, maar daar hoeft een werkgever dan ook geen vergoeding voor aan de werknemer te betalen. Door de voorgestelde strenge eisen ook aan een (zuiver) relatiebeding te verbinden is de 'balans' tussen de belangen van de werkgever en de belangen van de werknemer ons inziens wat uit evenwicht. Het wordt een werkgever dan vrijwel onmogelijk gemaakt zijn bedrijfsdebet goed te beschermen, zelfs niet bij een minimale beperking van eventuele werknemersbelangen. Dit roept de vraag op of het voorgestelde middel van het wetsvoorstel op dit punt niet verder gaat dan het beoogt te bereiken (proportionaliteitsbeginsel).

2.4 Anti-ronselbeding

Voor de opmerking dat een anti-ronselbeding onder artikel 7:653 BW zou vallen geldt een gelijke afweging als voor het relatiebeding. Bij de opmerking dan een anti-ronselbeding onder artikel 7:653 BW zou vallen kan direct worden gedacht aan de uitspraak van het Hof Den Bosch uit 2019, waarbij een recruiter gebonden was aan een anti-ronselbeding. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is in die zaak overwogen dat gekeken moet worden welke werkzaamheden worden verricht en welke werkzaamheden worden beperkt. In beide instanties is geoordeeld dat de recruiter niet geheel vrij was om de werkzaamheden (normaal) uit te voeren, waardoor dit werd gezien als een beperking om op zekere wijze werkzaam te zijn.²⁵ Ook in een recente zaak lijkt te zijn geoordeeld dat een anti-ronselbeding onder artikel 7:653 BW valt.²⁶ In die zaak heeft de werkgever echter geen verweer gevoerd tegen het standpunt van de werknemer dat artikel 7:653 BW van toepassing zou zijn op het anti-ronselbeding. Bij deze zaken is de ruime uitleg van op zekere wijze werkzaam zijn toegepast. De recruiter mocht immers overal werken. Alleen bij het uitvoeren van die werkzaamheden werd door de ex-werkgever de beperking opgelegd dat de recruiter geen ex-collega's mocht benaderen. Dit betreft geen beperking van de arbeidsmobiliteit en de arbeidskeuze, maar alleen een beperking van de beroepsuitoefening waar artikel 19 lid 3 Gw dus geen betrekking op heeft. Dit blijkt ook met zoveel woorden uit de overweging van de kantonrechter waarbij is aangegeven dat op zekere wijze werkzaam zijn ruimer is dan vrije arbeidskeuze.²⁷

Anders is bijvoorbeeld geoordeeld door de Kantonrechter Utrecht waarbij is overwogen dat onder 'werkzaam zijn' moet worden verstaan 'werkend zijn, in dienst zijn'. Een bepaling waarbij een werknemer geen contact mag hebben met ex-collega's valt daar niet onder. Als gevolg daarvan werd het beding niet beoordeeld op basis van artikel 7:653 BW, maar op basis van het goedwerkgeverschap van artikel 7:611 BW.²⁸ Ook recenter heeft een kantonrechter geoordeeld dat een anti-ronselbeding wat anders is dan een relatiebeding en een non-concurrentiebeding. Een verbod om contact te hebben met (ex-)werknemers valt niet onder de reikwijdte van een relatiebeding. Een anti-ronselbeding strekt tot bescherming en behoud van het personeelsbestand van de werkgever en in die zaak was geen anti-ronselbeding opgenomen alleen een relatiebeding.²⁹

Een anti-ronselbeding heeft geen invloed op de arbeidsmobiliteit en daarmee de vrije arbeidskeuze van de werknemer waarmee het beding is overeengekomen. Wel kan dit er (indirect) voor zorgen dat werknemers die geen partij zijn bij het beding door het anti-ronselbeding worden beperkt.³⁰ Die werknemers zouden immers indirect kunnen worden beperkt een ex-collega te volgen naar een nieuwe werkgever. Of dit wenselijk is, is een hele andere discussie maar geen discussie die onder het bereik van 'op zekere wijze werkzaam zijn' en daarmee onder artikel 7:653 BW valt.

Als ook hier naar de uitleg van 'op zekere wijze werkzaam zijn' wordt gekeken zou een anti-ronselbeding bij een ruime uitleg wel onder artikel 7:653 BW vallen en bij een enge uitleg niet. Met het ruim uitleggen van 'op zekere wijze werkzaam zijn' wordt de arbeidsmobiliteit van werknemers echter niet gediend omdat een werknemer niet in de arbeidsmobiliteit wordt beperkt door een anti-ronselbeding. Door een anti-ronselbeding in algemene zin toch onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW te scharen

²⁵ Hof Den Bosch 19 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4227; Ktr Breda 17 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1947.

²⁶ Ktr Rotterdam 23 januari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:355.

²⁷ Ktr Breda 17 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1947.

²⁸ Ktr Utrecht 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:402.

²⁹ Ktr Haarlem 2 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:891.

³⁰ Ktr Arnhem 16 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3560.

zouden de doelen van het onderhavige wetsvoorstel dan ook voorbij worden geschoten en zou dit in strijd komen met de proportionaliteit van de onderhavige regeling.

2.5 Advies

Het beperken van het nodeloos opnemen van non-concurrentiebedingen omwille van oneigenlijke redenen is een te rechtvaardigen doelstelling van het wetsvoorstel. Door met het huidige wetsvoorstel een relatiebeding en anti-ronselbeding (hoe ook geformuleerd) ook onder dit bereik te brengen wordt (mogelijk onbedoeld?) verder gegaan dan strikt noodzakelijk. De balans tussen de belangen van de werkgever enerzijds en de belangen van de werknemer anderzijds zou dan geheel uit het oog worden verloren. De werknemer krijgt in alle gevallen, ook waarin dit niet nodig is wat de vrije keuze van arbeid betreft, vergaande bescherming waartegenover de werkgever het welhaast onmogelijk wordt gemaakt om ook met minimale beperkingen de redelijke bedrijfsbelangen te beschermen.

Ons advies zou zijn om zinsnede 'op zekere wijze werkzaam te zijn' nader te definiëren. Ofwel door toe te lichten waarom het gerechtvaardigd is om alle vormen van een relatiebeding en anti-ronselbeding (dus ook de vormen waarbij de werknemer niet wordt beperkt in arbeidsmobiliteit) onder artikel 7:653 BW te brengen, maar een geheimhoudingsbeding (dat met een strikte formulering een even zware beperking kan vormen als een zuiver relatiebeding/aftroggelbeding) hier niet onder te brengen. Dan wel door nader te definiëren wanneer sprake is van een 653-beding. Daarbij kan dan aansluiting worden gezocht bij de vraag of een beding nu de arbeidskeuze (beroepskeuze) beperkt of alleen de beroepsuitoefening. In 1986 heeft de wetgever geoordeeld dat de rechter over voldoende middelen beschikt om deze afweging te kunnen maken.³¹

Wij hechten belang aan een goede motivering van het functioneel bereik van artikel 7:653 BW, temeer omdat 'het relatiebeding' tijdens de behandeling van het vorige wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding (28 167) op enig moment een belangrijke rol ging spelen. Het komt verstandig voor uitdrukkelijk in de memorie van toelichting uit te leggen waarom is gekozen voor de ruime of enge uitleg van 'zekere wijze werkzaam zijn'. Zoals we hierna nog zullen toelichten lijken sommige constitutieve vereisten van de voorgestelde regeling ook niet helemaal te passen bij een relatiebeding (denk aan de motivering van het geografisch bereik van 'relaties', lid 1 sub c).

De wetgever heeft bij invoering van artikel 19 lid 3 Gw daarnaast enkele handvatten gegeven een onderscheid te kunnen maken tussen arbeidskeuze en beroepsuitoefening. Hiervoor zou gekeken moeten worden naar (i) het motief van een regeling; (ii) de proportionaliteit van de regeling tot het nagestreefde doel; (iii) het feitelijke effect van de regeling.

De criteria moeten in onderlinge samenhang worden beschouwd om te beoordelen of er nu sprake is van een beperking van de arbeidskeuze of de beroepsuitoefening.³² Als een regeling alleen beoogt de beroepsuitoefening in goede banen te leiden, zal het motief van die regeling niet snel tot strijd met de vrije arbeidskeuze leiden. Deze handvatten kunnen op een gelijke wijze worden gebruikt om te beoordelen of een beding in een arbeidsovereenkomst de arbeidskeuze of de beroepsuitoefening beperkt en of een werknemer daarmee dus wordt beperkt om op zekere wijze werkzaam te zijn.

³¹ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, nr. 2, p. 19.*

³² *Kamerstukken II 1985/86, 19376, nr. 2, p. 8-10.*

3. Het bereik en de constitutieve vereisten (lid 1)

3.1 Inleiding

De voorgestelde regeling scherpt de constitutieve vereisten van artikel 7:653 BW stevig aan. Naast de vertrouwde vereisten van meerderjarigheid en schriftelijkheid, wordt een drietal motiveringsvereisten geïntroduceerd, te weten een motivering van het temporele bereik, het geografisch bereik en van de zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

3.2 Motivering

Sinds 1 januari 2015 geldt voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als hoofdregel dat geen concurrentiebeding kan worden overeengekomen. Van die hoofdregel kan worden afgeweken als de werkgever schriftelijk motiveert dat een concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Aan die motiveringseis zijn hoge eisen gesteld.³³

De motivering moet worden gegeven bij het sluiten van de overeenkomst met het beding. Het beding kan dus niet later nader worden gemotiveerd. Als de motivering op het moment van sluiten ontbreekt is het beding nietig.³⁴

Door de voorgestelde wetswijziging wordt de lijn van het moeten motiveren van het zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd doorgetrokken naar (ook) arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van het concurrentiebeding in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is destijds het volgende bepaald:

“Een concurrentiebeding zal voor een werknemer immers vaak belemmerend werken bij de overstap naar een andere baan, terwijl er met het oog op duurzame inzetbaarheid steeds meer van werknemers zelf wordt gevraagd. Enige belemmering is inherent aan het concurrentiebeding, maar gezien het belang van de werknemer dient zorgvuldig gebruik te worden gemaakt van het beding. Dit geldt des te meer voor werknemers met een tijdelijk contract. Zij hebben een in duur beperkt contract en iedere beperking van de mogelijkheden elders een (vast) contract aan te gaan of als zelfstandige aan de slag te gaan in dezelfde branche, is daarom in beginsel onwenselijk (onderstreping: red.).”³⁵

Wat opvalt is dat het zogenoemde “dubbele nadeel” dat een werknemer ondervindt in het geval een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt overeengekomen, omdat de werknemer alsdan een in duur beperkte arbeidsovereenkomst heeft en ook nog eens wordt belemmerd bij een overstap naar een andere baan, volgens de wetgever thans klaarblijkelijk geen reden meer is voor het maken van een onderscheid tussen concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Sterker nog, in het wetsvoorstel moet de werkgever niet alleen in alle gevallen (zowel bij concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als bij concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd) voldoen aan de motiveringseis, maar is hij daarnaast óók een vergoeding verschuldigd als hij zich op het beding beroept. In het wetsvoorstel wordt dus niet alleen gewicht van de kant van de weegschaal van de werknemer weggehaald, maar er aan de kant van de werkgever ook nog extra gewicht toegevoegd.

³³ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 17.

³⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 129-130 en Kantonrechter Rotterdam 18 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7885 (r.o. 4.5).

³⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 17.

In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel³⁶ staat dat, meer nog dan bij tijdelijke contracten, er bij het zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang voor contracten voor onbepaalde tijd sprake zal zijn van een dubbel toetsmoment. Immers, zo schrijft de wetgever, bij het aangaan van het beding kan een andere situatie van kracht zijn dan wanneer werknemer en werkgever uit elkaar gaan. Te denken valt aan een functiewisseling of een verandering van het bedrijf zelf (bijv. in verband met reorganisaties of overnames). Hierbij kan een beding zwaarder zijn gaan drukken, of anderszins een veranderde rol spelen (hetgeen thans ook kan spelen bij een concurrentiebeding). Verstandig is daarom volgens de wetgever dat werkgever en werknemer periodiek het beding bezien, en opnieuw bekijken of het beding nog wenselijk of van toepassing is, bijvoorbeeld tijdens functioneringsgesprekken.

Wij menen dat het actueel houden van de motivering van het concurrentiebeding problematisch is als de hiervoor genoemde wettelijke eis, inhoudende dat de schriftelijke motivering gelijktijdig met het aangaan van het concurrentiebeding moet worden overeengekomen, van kracht blijft. De wet (zowel het huidige artikel 7:653 lid 2 BW als het voorgestelde artikel 7:653 lid 1 sub d BW) spreekt immers over “uit de bij dat beding opgenomen”.

Wij schetsen twee lezingen.

In de eerste wordt het “dubbele toetsmoment” zo gelezen dat moment A - bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst - in de sfeer van de nietigheid zit (artikel 7:653 lid 1 sub c BW) en moment B - bij het uit elkaar gaan - in de sfeer van de vernietigbaarheid (artikel 7:653 lid 10 sub b BW). Moment A moet dan *ex tunc*³⁷ worden beoordeeld en moment B *ex nunc*.³⁸

Als het concurrentiebeding dan periodiek wordt herzien of (opnieuw) overeengekomen ontstaat er weer een “nieuw moment A”, namelijk het moment van aangaan van de herziene / opnieuw overeengekomen versie. Vraag die dan opkomt is of, als de herziene versie niet gemotiveerd is, die herziene versie dan nietig is? En is het concurrentiebeding dan vernietigbaar als de herziene versie op het moment van uit elkaar gaan - moment B - niet langer noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen (of in geval van onbillijke benadeling)?

Uit het wetsvoorstel wordt ons niet duidelijk hoe deze systematiek zich verhoudt tot het 'zwaarder drukken-criterium' uit de AVM-arresten³⁹, waarover verderop meer. Uit die arresten volgt namelijk dat een - lees: op moment A - overeengekomen concurrentiebeding "geheel of gedeeltelijk" "zijn geldigheid verliest". Dat is iets anders dan nietigheid (dan wordt het beding geacht nooit te hebben bestaan). Bij het verliezen van geldigheid heeft het beding wel gegolden. Het lijkt ons goed dat de regering, in het kader van dit onderwerp, alsnog ingaat op de betekenis van de AVM-arresten. Als de wetgever de hierboven genoemde eerste lezing voor ogen heeft, dan kunnen wij ons voorstellen dat de jurisprudentiële norm daaruit ook nu nog geldt en dat een ooit voldoende gemotiveerd concurrentiebeding niet nietig is, maar onder omstandigheden niet meer geldig.

In de tweede lezing is het concurrentiebeding nietig als de motivering niet up to date wordt gehouden. Als wij het goed zien, moet volgens deze benadering *ex nunc* naar de nietigheid worden gekeken. Als dat inderdaad de insteek is - maar naar onze mening is dat niet het meest werkbaar, want kan een op enig moment nietig beding dan later weer geldig worden? -, ligt het voor de hand de werkgever tegemoet te komen de motivering (eenzijdig) aan te mogen passen, omdat hem anders wel erg

³⁶ Memorie van toelichting, p. 12.

³⁷ Beoordeling *ex tunc* is een beoordeling naar de situatie van toen of vanaf het moment dat de gebeurtenis plaatsvond.

³⁸ Beoordeling *ex nunc* is een beoordeling vanuit de huidige situatie, niet naar de situatie ten tijde van een gebeurtenis uit het verleden.

³⁹ HR 5 januari 2007, *JAR* 2007/37 en 38.

makkelijk kan worden tegengeworpen dat het concurrentiebeding nietig is als de werknemer niet "meewerkt".

Bij artikel 7:653a BW heeft de wetgever voor het ontbreken van de objectieve gronden nietigheid als sanctie voorgeschreven. Hierbij heeft de wetgever geen onderscheid gemaakt tussen het ontbreken bij het aangaan en het ontbreken bij het invoeren. In de parlementaire geschiedenis is door de wetgever echter wel aangegeven dat de objectieve reden bij het aangaan en het invoeren moet bestaan, maar dat deze kan wijzigen. Als dit hetzelfde zou zijn bij de motiveringsplicht voor artikel 7:653 BW is de vraag hoe dan om moet worden gegaan met een situatie waarbij een geldig beding wordt gesloten mét motivering, die motivering na 3 jaar niet meer passend is en er op dat moment dus een 'nietig' beding is, maar waarbij de motivering na nog eens 2 jaar wellicht wel weer passend is. Is dat nietige beding dan toch weer geldig geworden?

Wij geven de wetgever in overweging om goed na te gaan welke benaderingswijze de juiste is en vervolgens een keuze te maken tussen de eerste en de tweede lezing, althans dit in ieder geval te verduidelijken. Als de wetgever de eerste lezing nastreeft is onze aanbeveling om de betekenis van de AVM-arresten te verduidelijken: geldt die regel inderdaad nog of moet de werknemer het hebben van artikel 7:653 lid 10 BW? Als de wetgever de tweede lezing voor ogen heeft zijn wij van mening dat de werkgever moet worden tegemoet gekomen. Wij geven de wetgever in dat geval in overweging om het voorgestelde artikel 7:653 lid 1 sub d BW op dit punt te wijzigen, althans te nuanceren door de mogelijkheid te creëren de motivering gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst te updaten, zonder dat dit tot nietigheid van het beding leidt. Dit is mede noodzakelijk omdat de thans voorgestelde formulering ("uit de bij het beding opgenomen")⁴⁰ afwijkt van hetgeen de Hoge Raad in het arrest Philips/Oostendorp⁴¹ heeft bepaald over de schriftelijkheidseis.

Uit de AVM-arresten⁴² volgt dat het zogenoemde Brabant/Van Uffelen-criterium⁴³ een cumulatieve toets betreft. In concreto betekent dit dat naast een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding ook nog is vereist dat het concurrentiebeding daardoor aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken. Alleen een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding is dus, zo volgt uit de rechtspraak sinds de AVM-arresten, onvoldoende om de geldigheid van het concurrentiebeding te kunnen aantasten. Als die ingrijpende functiewijziging komt vast te staan moet vervolgens nog worden beoordeeld of, vanwege die wijziging, het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken. Bij de beoordeling of van dit laatste sprake is zal de rechter moeten onderzoeken – en in zijn motivering tot uitdrukking moeten brengen – of, en zo ja in hoeverre en in welke mate, die wijziging, na een eventuele beëindiging van het dienstverband van de werknemer, bij handhaving van het concurrentiebeding een belemmering voor hem zal vormen om een nieuwe, gelijkwaardige werkkring hetzij in loondienst hetzij als zelfstandig ondernemer te vinden.

De Hoge Raad heeft in de AVM-arresten voorts het volgende overwogen: *"Daarbij zal de rechter betekenis mogen hechten aan de mate waarin de wijziging van de arbeidsverhouding redelijkerwijze was te voorzien voor de werknemer toen deze het beding aanvaardde."*

Terug naar het wetsvoorstel werpen wij de vraag op of de motivering, gelijk aan hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in de AVM-arresten over zwaarder drukken, kan meebewegen op het moment dat de wijziging van de arbeidsverhouding (een functiewijziging) voorzienbaar is. Wij menen dat dit het geval

⁴⁰ Artikel 7:653 lid 1 sub a BW bepaalt "schriftelijk is overeengekomen" terwijl artikel 7:653 lid 1 sub b-d BW spreekt over "uit de bij het beding opgenomen".

⁴¹ HR 28 maart 2008, JAR 2008/113.

⁴² HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en 38.

⁴³ HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467.

is en er in een dergelijke situatie geen plicht op de werkgever rust om het concurrentiebeding opnieuw aan te gaan, althans het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang dan opnieuw (al dan niet anders) te moeten motiveren.

De wetgever adviseert dat het verstandig is dat werkgever en werknemer periodiek het beding bezien en opnieuw bekijken of het beding nog wenselijk of van toepassing is.⁴⁴ Tegelijkertijd vereist een wijziging van de motivering volgens de wetgever toestemming van de werknemer.⁴⁵ Wij menen dat de mogelijkheid moet worden geboden om, in bepaalde situaties, de motivering van het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang eenzijdig door de werkgever te laten aanpassen. Dit zonder dat de werkgever moet voldoen aan de relatief strenge voorwaarden die de Hoge Raad in de rechtspraak heeft geformuleerd voor het eenzijdig kunnen wijzigen van arbeidsvoorwaarden.⁴⁶ Wij menen dat bij het wijzigen van de motivering géén sprake is van het wijzigen van een arbeidsvoorwaarde. Mocht dat echter wel het geval zijn, menen wij dat de Stoof/Mammoet-toets voor dergelijke situaties een te strenge toets is en de werkgever gerechtigd is om de motivering eenzijdig aan te passen, zonder dat hiervoor expliciete instemming van de werknemer nodig is, althans dat de werknemer een redelijk aanpassingsvoorstel moet aanvaarden. Het advies van de wetgever dat het *“verstandig is werkgever en werknemer periodiek het beding bezien, en opnieuw bekijken of het beding nog wenselijk of van toepassing is”* lijkt ons, zowel praktisch als juridisch, lastig uitvoerbaar.

Artikel 7:653 lid 1 sub d BW behoeft op een ander punt nog verduidelijking, namelijk door aan “uit de bij het beding opgenomen schriftelijke motivering” toe te voegen “gericht op de werknemer en zijn functie”. Dit overigens ook in lijn met hetgeen vermeld bovenaan pagina 12 van de memorie van toelichting: *“Het is te voorzien 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 willen opnemen van een beding in de arbeidsovereenkomst.”* De hiervoor voorgestelde toevoeging draagt er naar onze mening ook aan bij dat *“Hierdoor een deel van de bedingen niet gesloten zal worden”*.⁴⁷ Om het door de wetgever beoogde doel *“het automatisme van de standaardclausule te laten verdwijnen”* te behalen achten wij het zinvol de verduidelijking in de wet zelf en niet (enkel) in de memorie van toelichting (die, anders dan de wettekst zelf, rechtzoekenden niet snel zullen lezen) op te nemen.

3.3 Motiveren, expliciteren of vermelden?

Het voorgestelde artikel 7:653 lid 1 subs b t/m d bevatten een motiveringseis. In sub d is daar – gelijk aan de huidige motiveringseis in artikel 7:653 lid 2 BW – aan toegevoegd dat uit de motivering een *noodzaak* moet blijken van het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang. Onduidelijk is wat nu precies met motivering van sub b (temporeel bereik) en sub c (geografisch bereik) wordt bedoeld, mede in het licht van sub d (zwaarwegende belangen). Uit de memorie van toelichting volgt geen consistent beeld. De ene keer lijkt het enkele ‘vermelden van de duur’ voldoende om als motivering te dienen, terwijl de andere keer toch meer een noodzakelijk onderbouwing van deze duur en geografisch bereik lijkt te zijn vereist. Bovendien komt het ons voor dat de ‘noodzakelijkheid’ van sub d, tevens de niet geclausuleerde motivering van subs b en c treft. Immers, als een werkgever de noodzakelijkheid van een concurrentiebeding moet motiveren, dan zal hij niet ontkomen ook iets over de noodzaak van de duur en het geografisch bereik te zeggen. Voor relatiebedingen komt een motivering van het geografisch bereik wat vreemd voor. Immers, het zal veelal om Altag BV of Jansen BV gaan, waar de werknemer geen zaken meer mee mag doen. Hoe moeten deze relaties – op staffe van nietigheid –

⁴⁴ Memorie van toelichting, p. 12.

⁴⁵ Memorie van toelichting, p. 24 laatste bullet.

⁴⁶ Zie o.a. HR 11 juli 2008, JAR 2008/204.

⁴⁷ Memorie van Toelichting, p. 12.

geografisch worden geduid? Is dan een zetelvermelding van de relatie voldoende of moet komen te staan 'het is werknemer verboden Altag B.V., gevestigd te Rotterdam, en de door Altag verrichtte activiteiten in een straal van x km van haar hoofdvestiging en y km van al haar nevenvestigingen nu en in de toekomst, inclusief eventuele zetelverplaatsing van Altag B.V.... etc.? Ook hier is verduidelijking gewenst.

Omwille van de leesbaarheid en daar het (mogelijk) driemaal om dezelfde type motivering gaat, geven wij in overweging het eerste lid als volgt te wijzigen:

1. 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 op de persoon en functie toegespitste schriftelijke motivering blijkt:
 - 1°. gedurende welke periode na het einde van de overeenkomst, die uit gehele maanden bestaat en ten hoogste twaalf maanden bedraagt, de noodzakelijke beperking ten hoogste geldt;
 - 2°. voor welke geografische reikwijdte de noodzakelijke beperking geldt; en
 - 3°. vanwege welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen de werkgever de beperking noodzakelijk vindt.

3.4 Artikel 7:653 BW versus artikel 7:653a BW: tegengestelde technieken?

Op 1 augustus 2022 trad artikel 7:653a BW in werking. Dit artikel regelt het zogenoemde nevenwerkzaamhedenbeding. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

“1. Een beding waarbij de werkgever verbiedt of beperkt dat de werknemer voor anderen arbeid verricht buiten de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht bij die werkgever, is nietig, tenzij dit beding kan worden gerechtvaardigd op grond van een objectieve reden.”

Het artikel dat onderdeel uitmaakt van de Wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden⁴⁸ implementeert artikel 9 van de EU-richtlijn. Het artikel beoogt te voorkomen dat het werknemers verboden wordt nevenwerkzaamheden te verrichten, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging is. Nevenwerkzaamheden worden gedefinieerd als ‘werkzaamheden voor anderen’. Hieronder vallen ook werkzaamheden die de werknemer als zelfstandige verricht.

Het voorgestelde, nieuwe artikel 7:653 lid 1 BW bepaalt dat een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij de werknemer wordt beperkt in de bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zeker wijze werkzaam te zijn, nietig is, tenzij Lid 2 van het nieuwe artikel 7:653 BW bepaalt voorts dat een beding slechts van toepassing is indien en gedurende de periode dat de werkgever zich op het beding beroept.

Als het, overigens pas vrij recent ingevoerde, artikel 7:653a BW naast het voorgestelde artikel 7:653 BW wordt gelegd valt op dat de techniek van deze twee, opvolgende artikelen, die beiden aan de werknemer een beperking opleggen, namelijk om respectievelijk gedurende en na de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, tegengesteld, althans verschillend lijkt te zijn.

Zo volgt uit de memorie van toelichting bij het voorgestelde artikel 7:653 BW dat, meer nog dan bij tijdelijke contracten, er bij het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang, voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd sprake zal zijn van een dubbel toetsmoment. Immers, bij het aangaan van het beding kan een andere situatie van kracht zijn dan wanneer werknemer en werkgever uit elkaar gaan. In de memorie van toelichting staat dat hierbij valt te denken aan een functiewisseling of een verandering van het bedrijf zelf (bijv. in verband met reorganisaties of overnames). Hierbij kan een

⁴⁸ Stb. 2022, 277.

beding zwaarder zijn gaan drukken, of anderszins een veranderde rol spelen (hetgeen thans ook kan spelen bij een concurrentiebeding). Verstandig is daarom volgens de toelichting dat werkgever en werknemer periodiek het beding bezien, en opnieuw bekijken of het beding nog wenselijk of van toepassing is, bijvoorbeeld tijdens functioneringsgesprekken⁴⁹.

Daar waar artikel 7:653 BW een dubbel toetsmoment beoogt, geldt voor artikel 7:653a BW dat, als in de arbeidsovereenkomst is bepaald dat het verrichten van arbeid voor een ander niet is toegestaan en daarvoor geen objectieve reden is gegeven, het beding nietig is. De objectieve rechtvaardiging hoeft niet in het beding zelf te worden opgenomen. De werkgever mag de rechtvaardiging ook geven op het moment dat hij zich op het beding wil beroepen. Is er op dat moment géén objectieve grond, dan is er dan pas sprake van nietigheid. Deze systematiek suggereert dat er enkel bij het invoeren van het beding een rechtvaardiging op grond van een objectieve reden gegeven hoeft te worden, dus, anders dan bij het wijzigen artikel over het concurrentiebeding, géén dubbel toetsmoment. Wij werpen de vraag op of de wetgever zich van deze tegengestelde techniek (een dubbel toetsmoment voor artikel 7:653 BW en het “slechts” enkel bij het invoeren van het nevenwerkzaamhedenbeding hoeven voldoen aan de rechtvaardigingseis voor artikel 7:653a BW) bewust is en zo ja, waarom hiervoor is gekozen. Is het niet consequenter om voor beide artikelen dezelfde techniek te hanteren, in concreto, in navolging van het recent, namelijk op 1 augustus 2022, in werking getreden artikel 7:653a BW, voor het nieuwe artikel 7:653 BW dezelfde techniek (enkel bij invoeren in plaats van het dubbele toets moment) toe te passen? Of, omgekeerd, ook voor artikel 7:653a BW een dubbel toetsmoment in plaats van, zoals dat thans geldt, enkel bij het invoeren? Het komt ons in ieder geval logisch(er) voor om voor artikel 7:653 BW en artikel 7:653a BW (die beiden een beperking van de vrije keuze van arbeid in de zin van artikel 19 lid 3 Gw regelen) eenzelfde regime te hanteren.

3.5 (Geen) Aanvullende geldigheidsvereisten? Proeftijd, korte dienstverbanden en motie inkomensgrens

In verschillende ons omringende lidstaten worden nadere situationele eisen gesteld, bijvoorbeeld in geval van proeftijdontslag of dienstverband tot zes maanden. Het komt ons evenwel juist voor dat in het voorliggende wetsvoorstel geen uitzonderingen zijn gemaakt bij ‘proeftijdontslag’ of ‘korte dienstverbanden’. Een werknemer kan in de proeftijd juist vanwege het opstarten van een concurrerende onderneming zijn ontslagen, waardoor juist belang bestaat deze persoon uit de branche te weren. Ook kan iemand in korte tijd waardevolle informatie tot zich nemen die handhaving van het concurrentiebeding rechtvaardigen. Uit de memorie van toelichting volgt dat voor handhaving van het concurrentiebeding in faillissement bij een nader te verschijnen wetsvoorstel (WOVOF) regels zullen worden gesteld. Wij hebben begrip voor die keuze, omdat de uitzonderingen in faillissement mogelijk het debat over de ‘normaaltipe’ zouden doen vertroebelen.

Op 13 februari 2024 is de motie Van Oostenbruggen/Patijn⁵⁰ inhoudende dat “naast de voorgestelde 4 elementen om concurrentiebedingen bij wet redelijk en billijk te maken, tevens een duidelijke grens op te nemen, ter hoogte van anderhalf keer modaal salaris (periodeloon + vakantietoelage + vaste uitkeringen) bij voltijd dienstverband, waaronder een non-concurrentiebeding geacht wordt te allen tijde nietig te zijn” door de Tweede Kamer aangenomen. De Minister heeft op 4 maart 2024 aangekondigd dat het kabinet zal verkennen of concurrentiebedingen kunnen worden verboden tot een minimumsalarisgrens (1,5 modaal). De toezegging aan de Tweede Kamer is dat deze verkenning voor komende zomer wordt opgeleverd.

⁴⁹ Memorie van toelichting, p. 12.

⁵⁰ *Kamerstukken II*, 2023/24, 29 544, nr. 1235.

Wij willen de Minister bij deze verkenning het volgende meegeven.

In zijn algemeenheid bestaat er geen rechtvaardiging voor het verbieden van concurrentiebedingen in het geval werknemer onder een nader te bepalen inkomensgrens valt. In de praktijk komt het voor dat een werknemer met een (relatief) laag loon een functie verricht, althans hierin kennis en informatie opdoet, die voor de werkgever zeer concurrentiegevoelig is en, na beëindiging van de arbeidsovereenkomst, van aantasting van het bedrijfsdebiets sprake kan zijn wanneer deze werknemer concurrerende werkzaamheden gaat verrichten. Wij denken in het bijzonder ook aan allerlei startups waar het inkomen niet onmiddellijk hoog zal zijn en waarbij het belang van een concurrentiebeding zeer groot kan zijn of gevallen waarin het basisinkomen relatief bescheiden is, maar de werknemer via niet jaarlijks uit te keren *stock appreciation rights* of opties substantieel inkomen kan genieten. Bij dit alles moet ook worden bedacht dat de huidige opvatting in de jurisprudentie is dat de spelregels van artikel 7:653 BW niet gelden voor beperkende bedingen in aandeelovereenkomsten of koopovereenkomsten. Niet valt uit te sluiten dat – zeker bij startups – het nader en aangescherpte concurrentiebeding uit het wetsvoorstel plaats maakt voor ongeclausuleerde concurrentiebedingen in aandeelovereenkomsten. Dit zou een onbedoeld neveneffect kunnen zijn van het categoriaal uitzonderen van werknemers onder een bepaald inkomen. Omgekeerd geldt dat er ook werknemers zijn met een (relatief) hoog loon, maar die de werkgever, na beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen enkele vorm van concurrentie kunnen aandoen, althans waarvan de werkgever aantasting van zijn bedrijfsdebiets hoeft te duchten.

Voorts achten wij de in de aangenomen motie voorgestelde inkomensgrens arbitrair. Waarom anderhalf keer modaal salaris en niet bijvoorbeeld één keer modaal salaris of twee keer modaal salaris? Een toelichting op deze keuze ontbreekt en dat geldt tevens voor een rechtvaardiging. Binnen 7.10 BW kennen we op dit moment overigens een inkomensgrens gerelateerd aan het minimumloon voor het overeenkomen van een hoger boetebeding dan wettelijk is bepaald. Wij kunnen ons voorstellen dat zo de regering al kiest voor een inkomensgrens, aansluiting wordt gezocht bij deze bepaling om werknemers aan het fundament van de arbeidsmarkt nog meer bescherming te bieden.

Wij zijn er mee bekend dat in een aantal (buur)landen wordt gewerkt met een inkomensgrens. Zo moet in België een zogenoemd “niet-concurrentiebeding”, onder meer betrekking hebben op een arbeidsovereenkomst waarin het bruto-jaarloon meer bedraagt dan € 41.969 (bedrag vanaf 1 januari 2024) op het ogenblik van de verbreking van de overeenkomst.

Hierbij geldt nog het volgende onderscheid:

- bruto-jaarloon tussen € 41.969 en € 83.939 (bedragen vanaf 1 januari 2024): het beding is geldig wanneer een collectieve arbeidsovereenkomst werd gesloten die de functies aanduidt waarvoor een niet-concurrentiebeding kan worden toegepast.
- bruto-jaarloon van meer dan € 83.939 : het beding is altijd geldig behalve voor de functies die bij collectieve arbeidsovereenkomst werden uitgesloten.

Als gezegd zijn wij geen voorstander van een categoriale uitzondering op basis van inkomen. Dit doet geen recht aan de rechtvaardigde belangen van partijen voor het overeenkomen van een dergelijk beding. Ook merken wij op dat in België allerlei uitzonderingen gelden op deze regel (bijvoorbeeld voor bepaalde branches). Ook valt een afwervingsbeding (een anti-ronselbeding van werknemers en volgens sommigen ook klanten) in beginsel niet onder de reikwijdte van het niet-concurrentiebeding. Men moet dus voorzichtig zijn te wijzen naar een buurland om de conclusie te rechtvaardigen dat een inkomensgrens evenredig is. Mocht wel voor een inkomensgrens worden gekozen, dan hebben wij sterke aarzeling om verschillende inkomensregimes voor te stellen. Dit geeft op verschillende momenten twijfel over de rechtsgeldigheid van een beding. Bovendien kunnen ook nu al bij cao nadere

regels worden gesteld voor het rechtsgeldig overeenkomen van een concurrentiebeding. Voor zover er bescherming op inkomensniveau zou moeten plaatsvinden, ligt het eerder op de tafel van de cao-partijen om hierover nadere regels te stellen.⁵¹

Ander punt is hoe de voorgestelde salariegrens zich verhoudt tot situaties waarin de werknemer een salarisgroei doormaakt, aanvankelijk onder de in de motie genoemde inkomensgrens zit, maar op enig moment daarboven. In dat geval zou de werkgever op het moment dat de inkomensgrens wordt gepasseerd gerechtigd zijn om alsnog rechtsgeldig een concurrentiebeding met de werknemer overeen te komen. Echter, de werknemer (immers al in dienst) zal hier dan in de meeste gevallen zijn medewerking niet aan willen verlenen. De werkgever heeft op dat moment geen juridische mogelijkheden om af te dwingen dat de werknemer instemt met het (alsnog) sluiten van een concurrentiebeding. Omgekeerd geldt dat (in de wellicht wat minder voorkomende situatie) wanneer een werknemer (bijvoorbeeld bij een demotie) aanvankelijk boven de in de motie voorgestelde inkomensgrens zit en op enig moment hieronder. Vervalt het op dat moment geldende concurrentiebeding dan? Is het beding vanaf dat moment nietig?

3.6 Advies

De geldigheidsvereisten worden met de voorgestelde regeling behoorlijk aangescherpt. Dit dwingt werkgevers na te denken of en op welke wijze zij het concurrentiebeding wensen op te nemen in het contract. Dit draagt wat ons betreft bij aan het beoogde doel van de wet: het ongebreideld gebruik van concurrentiebedingen tegengaan.

Omdat de aanscherping behoorlijk is (beperking in duur en verschillende motiveringsplichten) en bovendien met nietigheid wordt bedreigd, adviseren wij op onderdelen verduidelijking van de voorgestelde regeling. Met name wat de motiveringsplicht betreft, is verduidelijking geboden, in het bijzonder of tussen de motivering van sub b en sub c enerzijds en sub d anderzijds verschil zit. Naast deze duiding (in de memorie van toelichting) stellen wij voor lid 1 qua structuur aldus aan te scherpen:

- “b. uit de bij het beding opgenomen op de persoon en functie toegespitste schriftelijke motivering blijkt:
- 1°. gedurende welke periode na het einde van de overeenkomst, die uit gehele maanden bestaat en ten hoogste twaalf maanden bedraagt, de noodzakelijke beperking ten hoogste geldt;
 - 2°. voor welke geografische reikwijdte de noodzakelijke beperking geldt; en
 - 3°. vanwege welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen de werkgever de beperking noodzakelijk vindt.”

Overwogen kan worden de aanscherpingen in lid 1 minder zwaar te maken (bijvoorbeeld door geen uitdrukkelijke motivering te verlangen op straffe van nietigheid), omdat de beperking van het temporeel bereik tot 12 maanden in combinatie met de vergoeding een voldoende corrigerende werking zullen hebben. Het voordeel is dat er dan minder ‘onzekerheid’ ontstaat over de geldigheid van het beding (ook achteraf als het door de werkgever wordt ingeroepen). Nu de werknemer materieel wordt beschermd door begrenzing in duur en compensatie in geld, valt de balans wellicht voldoende ver uit. Dit zou de regeling een stuk minder complex maken.

Ook adviseren wij in de memorie van toelichting te verduidelijken hoe de aangescherpte geldigheidsvereisten zich verhouden tot bestaande jurisprudentie, in het bijzonder de AVM-arresten.

Wij zijn op voorhand geen voorstander van een categorale uitsluiting van het concurrentiebeding op basis van inkomensgrens. Hoewel een dergelijke grens onbetwist een groot deel van de werkers

⁵¹ Zie over het concurrentiebeding vanuit rechtsvergelijkend perspectief: E.C.M.M. Sonnemans, Het concurrentiebeding aan banden: België en Duitsland als inspiratiebron, *TRA* 2021/65.

ontslaat van het juk van een concurrentiebeding, zien wij de rechtvaardiging niet goed in. Ook bij inkomens tot anderhalf keer modaal zullen werkgevers gerechtvaardigde belangen hebben werknemers aan een concurrentiebeding te houden. Kortom, de balans lijkt dan door te slaan. Bovendien is het nu al mogelijk om bij cao beperkingen op te leggen. Dit maatwerk geniet de voorkeur boven generiek wettelijke uitsluiting. Daarnaast zouden werkgevers een concurrentiebeperkend beding in andere documenten kunnen opnemen (aandeelovereenkomsten, overeenkomsten van geldlening) waardoor per saldo werknemers slechter af zouden zijn. Mocht wel gekozen worden voor een categorale uitsluiting, dan pleiten wij voor een eenvoudige regeling met niet veel differentiaties.

Tot besluit komt het ons juist voor dat geen uitzonderingen zijn gemaakt bij 'proeftijdontslag' of 'korte dienstverbanden'. Gelijk aan het argument van inkomensgrens kan iemand in de proeftijd juist vanwege het opstarten van een concurrerende onderneming zijn ontslagen en kan iemand in korte tijd waardevolle informatie tot zich nemen die handhaving van het concurrentiebeding rechtvaardigen. Uit de memorie van toelichting volgt dat voor handhaving van het concurrentiebeding in faillissement bij een nader te verschijnen wetsvoorstel (WOVOF) regels zullen worden gesteld. Wij hebben begrip voor die keuze, omdat de uitzonderingen in faillissement mogelijk het debat over de 'normaaltype' zouden doen vertroebelen.

4. Inroepen van het concurrentiebeding (lid 2 t/m 5)

4.1 Inleiding

Wanneer een rechtsgeldig concurrentiebeding eenmaal is overeengekomen, treedt het beding pas in werking wanneer de werkgever tijdig een beroep doet op dit beding. De artikelliden 2 t/m 5 werken de procedure voor het 'beroep doen op een beding' verder uit. Dit onderscheid tussen het 'rechtsgeldig overeenkomen' enerzijds en het 'beroepen op' anderzijds is nieuw in de zin van artikel 7:653 BW, maar lijkt goed doordacht te zijn. Niettemin roept de regeling op sommige onderdelen vragen op. Hierna bespreken wij per artikellid de voorgestelde regeling.

4.2 Beroep doen op... (lid 2)

Het voorgestelde tweede lid bepaalt dat een beding slechts van toepassing is indien en gedurende de periode dat de werkgever zich op het beding beroept. Hieruit volgt logischerwijs dat een concurrentiebeding waar de werkgever geen beroep op doet, niet van toepassing is, zoals toegelicht in de memorie van toelichting.

Hoewel de voorgestelde wettekst helder is, roept deze enkele vragen op die nadere verduidelijking vereisen. In de memorie van toelichting op pagina 4 wordt vermeld dat artikel 7:653 BW niet alleen betrekking heeft op het concurrentiebeding, maar ook op een relatiebeding en een anti-ronselbeding. Hierbij is opgemerkt dat waar in de toelichting wordt gesproken over het 'concurrentiebeding', dit ook van toepassing is op de andere bedingen die onder artikel 7:653 BW vallen. Dit leidt tot de vraag of de werkgever op basis van lid 2 van dit artikel op elk afzonderlijk beding apart een beroep moet doen om deze van toepassing te laten zijn. Met andere woorden, moet de werkgever elk specifiek overeengekomen beding (concurrentiebeding, relatiebeding, anti-ronselbeding) apart inroepen en eventuele gevolgen, waaronder verschuldigde vergoedingen zoals bedoeld in lid 6, afzonderlijk behandelen (lees: betalen)? Of dekt het inroepen van een enkel beding ook de andere bedingen die onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW vallen? Het ontbreken van expliciete vermelding hierover in de wettekst en memorie van toelichting kan voor verwarring zorgen en vereist nadere toelichting. Het lijkt redelijk, en ook in overeenstemming met het doel van het wetsvoorstel, dat de werkgever aan de werknemer kenbaar maakt welke bedingen hij inroept. Uit de voorgestelde wettekst zou echter kunnen worden afgeleid dat de werkgever per ingeroepen beding de vergoeding verschuldigd is zoals bepaald in lid 6 (*"De werkgever die zich beroept op een beding is aan de werknemer een vergoeding verschuldigd"*). Ofwel: de werkgever die zowel het concurrentie-, relatie- en anti-ronselbeding inroept, zou in dat geval per maand 1,5 keer het salaris aan de werknemer verschuldigd zijn. Dit zou wat ons betreft een onbillijke uitkomst zijn. Bovendien zou een creatieve werkgever het concurrentie-, relatie en anti-ronselbeding zodanig kunnen formuleren met als doel om te voorkomen dat het als drie afzonderlijke bedingen moet worden beschouwd. Dit zou dan weer tot een geschil kunnen leiden over de uitleg van de bepaling waarin de bedingen zijn opgenomen, hetgeen onwenselijk is.

Daarnaast is het denkbaar dat een werkgever ervoor kiest een beroep te doen op slechts één van de overeengekomen bedingen, bijvoorbeeld het concurrentiebeding, en niet op de andere bedingen, zoals het relatiebeding of het anti-ronselbeding. Wij nemen aan dat op basis van de huidige wettekst deze flexibiliteit bestaat en dat de werkgever in zo'n geval alsnog de (volledige) vergoeding zoals bedoeld in lid 6 is verschuldigd. Kortom, er is behoefte aan duidelijkheid omtrent de toepassing van lid 2 van artikel 7:653 BW en de behandeling van verschillende bedingen die onder dit artikel vallen.

Ook rijst de vraag hoe om te gaan met situaties waarin de werkgever het beding heeft ingeroepen in de veronderstelling dat de arbeidsovereenkomst zou eindigen, maar waarbij deze beslissing later door

de rechter, al dan niet in hoger beroep, wordt teruggedraaid. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een ontbonden arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld, of wanneer een opzegging door de rechter wordt vernietigd. Dergelijke scenario's kunnen leiden tot complexe juridische vraagstukken met betrekking tot de geldigheid van het (inroepen van het) beding en de vergoeding die aan de werknemer is betaald. Dit is vooral relevant gezien de toelichting in de memorie van toelichting, waaruit blijkt dat de werkgever een eenmaal ingeroepen beding niet kan intrekken. Ook rijst dan de vraag of de vergoeding onverschuldigd is betaald en de werkgever een vordering heeft op de werknemer. In hoofdstuk 7 gaan we nader in op deze procedurele knelpunten.

4.3 Tijdig en schriftelijk beroepen (lid 3)

Dit artikellid legt vast welke vereisten gelden voor een werkgever om rechtsgeldig een beroep te doen op een concurrentiebeding. Uit de wettekst volgt dat aan de volgende voorwaarden moet worden voldaan: (i) de mededeling moet *schriftelijk* worden gedaan, (ii) de mededeling moet *tijdig* worden gedaan, en (iii) de mededeling moet *specificeren gedurende welke periode* de werkgever zich op het beding beroept. Hierbij vallen de volgende zaken op:

- In de eerste alinea wordt zowel verwezen naar de "overeenkomst" als de "arbeidsovereenkomst". Om eventuele onduidelijkheid te voorkomen, is het wellicht verstandig het begrip "arbeidsovereenkomst" consistent te blijven gebruiken.⁵²
- De memorie van toelichting geeft aan dat de mededeling ook op digitale wijze kan worden gedaan, zolang deze maar op schrift is gesteld, bijvoorbeeld per e-mail. Het zou echter wenselijk zijn om deze schriftelijkheidseis verder te verduidelijken. In de lagere rechtspraak is al bepaald dat aan de aanzegplicht zoals bedoeld in artikel 7:668 BW is voldaan door een mededeling via een Whatsappbericht dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, onder de voorwaarde dat dit bericht de werknemer heeft bereikt.⁵³ Het lijkt voor de hand te liggen dat deze jurisprudentie ook van toepassing is op het schriftelijkheidsvereiste zoals bedoeld in lid 3.
- In de parlementaire geschiedenis bij de Wet werk en zekerheid is bepaald dat een aanzegging van een tijdelijk contract ook bij voorbaat mogelijk is. Is het dan ook mogelijk om bij het aangaan van een concurrentiebeding een 'beroep bij voorbaat' overeen te komen? En is het ook mogelijk dat dit een voorwaardelijk beroep is, te weten 'bij voorbaat, tenzij de werkgever uiterlijk een maand van tevoren, of binnen de termijnen zoals vermeld in artikel 7:653 lid 3 BW, alsnog afziet van dit beroep.'? Een verduidelijking op dit punt zou de rechtspraktijk helpen.
- In lid 3 sub b staat: *tijdig* is uiterlijk een maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst, dan wel ingeval van opzegging door de werknemer *en* opzegging door de werkgever op grond van artikel 677: uiterlijk twee weken na de datum van opzegging. De tekst van dit lid kan onduidelijkheid geven. Zoals wij het begrijpen betreft dit de situatie waarin de werknemer zelf opzegt, waaronder begrepen de opzegging op grond van artikel 7:677 BW, *of* dat de werkgever opzegt op grond van artikel 7:677 BW. De voorgestelde wettekst zoals die nu luidt kan op verschillende manieren worden uitgelegd en verdient daarom aanpassing. We stellen voor om de tekst van dit lid te verduidelijken door specifiek te vermelden dat het verwijst naar de situatie waarin de werknemer zelf opzegt, inclusief de opzegging op grond van artikel 7:677 BW, *of* waarin de werkgever opzegt op grond van artikel 7:677 BW.
- In lid 3 sub c wordt alleen de situatie van ontbinding door de kantonrechter genoemd. Dit roept de vraag op wat 'tijdig' is in het geval dat de ontbindingsrechter het verzoek afwijst maar het hof alsnog overgaat tot 'beëindiging op grond van artikel 7:683 BW'. Deze situatie lijkt thans niet te zijn geregeld, hetgeen onwenselijk is. Zie ook hierna hoofdstuk 7.

⁵² De memorie van toelichting vermeldt op pagina 31 dat het de bedoeling is "overeenkomst" als "arbeidsovereenkomst" te lezen: "*Overigens wordt in de rest van het voorgestelde artikel 7:653 het woord 'overeenkomst' gebruikt, waarmee steeds 'arbeidsovereenkomst' wordt bedoeld.*"

⁵³ Ktr. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3968.

Gezien de combinatie van de laatste twee opmerkingen, rechtvaardigt dit mogelijk een aanpassing van het derde lid. Net zoals ons voorstel tot aanpassing van lid 1, zou ook hier wellicht kunnen worden volstaan met een aangepaste redactie:

- (...) Tijdig is uiterlijk een maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst, dan wel:
- a. ingeval van opzegging door de werkgever, anders dan op grond van artikel 677: uiterlijk de datum van de opzegging;
 - b. uiterlijk twee weken na de datum van de:
 - 1°. opzegging door de werkgever op grond van artikel 677;
 - 2°. opzegging door de werknemer;
 - 3°. dagtekening van de uitspraak van de rechter waarmee de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd.

Risico van strategisch handelen

Het wetsvoorstel lijkt geen rekening te houden met de mogelijkheid van strategisch handelen van werknemers of met mogelijke slechte intenties. Dit kan in twee situaties leiden tot een onredelijke benadeling van de werkgever.

Eenzijds kan het voorkomen dat de werkgever (onterecht) in de veronderstelling wordt gebracht dat er geen belang is bij handhaving van het beding, waardoor hij geen vergoeding verschuldigd is. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren wanneer de werknemer aangeeft dat hij in een niet-concurrerende branche of voor een niet-concurrent werkzaam zal zijn. Als gevolg hiervan zal de werkgever het beding niet tijdig invoeren en geen vergoeding betalen. Als de werknemer echter toch in dienst treedt bij een directe concurrent, is hij niet gebonden aan een beding dat bedoeld was om het bedrijfsdebet van de werkgever te beschermen.

Aan de andere kant kan het voorkomen dat de werknemer ten onrechte aangeeft bij een concurrent te willen gaan werken. In deze situatie doet de werkgever een beroep op het concurrentiebeding en betaalt hij de verschuldigde vergoeding. Later blijkt echter dat de werknemer niet van plan was om in een concurrerende branche te gaan werken en onjuiste mededelingen heeft gedaan.

Deze twee scenario's tonen aan dat er ruimte is voor misbruik van het concurrentiebeding, wat kan leiden tot onredelijke benadeling van de werkgever. Het is belangrijk dat het wetsvoorstel hiermee rekening houdt en mogelijke maatregelen biedt om dergelijke situaties te voorkomen of te corrigeren. Wij zullen hierna een aantal van deze maatregelen bespreken.

- a) Van een vertrekkende werknemer zou redelijkerwijs mogen worden verwacht dat hij openheid van zaken geeft over zijn toekomstplannen, zodat de werkgever een weloverwogen beslissing kan nemen over het al dan niet invoeren van het beding. In de memorie van toelichting staat dat de werkgever die zich op rechtsgeldige wijze op het beding beroept hier in principe niet op terug kan komen, tenzij het algemene verbintenissenrecht hier ruimte voor biedt. Hier zou nadere verduidelijking gegeven kunnen worden in welke situaties hier sprake van is, bijvoorbeeld wanneer een werknemer een valse mededeling heeft gedaan of een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven.
- b) Een mogelijke aanpak kan verder zijn te kijken naar termijnverschoning voor het invoeren van het concurrentiebeding. Termijnverschoning houdt in dat de werkgever een verlengde termijn krijgt om het concurrentiebeding in te roepen, zelfs nadat de normale termijn zoals bepaald in de wettekst is verstreken. Dit zou kunnen worden toegepast in situaties waarin de werkgever niet in staat was tijdig het concurrentiebeding in te roepen vanwege omstandigheden buiten zijn controle, zoals het niet beschikken over alle relevante informatie of het ontbreken van duidelijkheid over de toekomstplannen van de werknemer. In het geval van termijnverschoning

zou de werkgever bijvoorbeeld een beroep kunnen doen op het concurrentiebeding nadat hij op een later tijdstip informatie heeft ontvangen die aantoonde dat de werknemer wel degelijk van plan is om bij een concurrent te gaan werken, ondanks eerdere mededelingen van de werknemer dat dit niet het geval zou zijn. Dit zou de werkgever de mogelijkheid bieden alsnog passende maatregelen te nemen ter bescherming van zijn belangen, zelfs als de normale termijn voor het invoeren van het concurrentiebeding al verstreken is. Tegelijkertijd zien wij ook nadelen aan een termijnverschuiving. Ten eerste kan het leiden tot onzekerheid bij werknemers over de geldigheid en toepassing van het concurrentiebeding. Ze kunnen zich mogelijk niet volledig bewust zijn van de periode waarin het beding alsnog kan worden ingeroepen door de werkgever, wat hun vermogen om weloverwogen beslissingen te nemen over hun carrière kan belemmeren. Daarnaast bestaat het risico op misbruik door werkgevers, die termijnverschuiving strategisch kunnen gebruiken om hun belangen te behartigen. Dit kan leiden tot potentiële complicaties en geschillen tussen werkgevers en werknemers. Bovendien kan het vaststellen van duidelijke criteria voor wanneer termijnverschuiving gerechtvaardigd is, een uitdaging zijn.

- c) Daarnaast zou de werkgever ervoor kunnen kiezen om via een beroep op onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) schadevergoeding te claimen. Dit zou plaatsvinden in gevallen waarin de werknemer onjuiste informatie heeft verstrekt met opzet of nalatigheid, wat heeft geleid tot schade voor de werkgever. De werkgever moet in dit geval aantonen dat hij financiële schade heeft geleden als gevolg van de onjuiste verklaring van de werknemer, bijvoorbeeld doordat de werkgever kosten heeft gemaakt om zich te verdedigen tegen concurrentie van de werknemer, of doordat de werknemer bedrijfsgeheimen heeft meegenomen naar de concurrent.

4.4 Duur in gehele maanden (lid 4)

De keuze voor gehele maanden als referentieperiode voor het concurrentiebeding roept vragen op, aangezien de memorie van toelichting hier niet specifiek op ingaat. Mogelijk is deze benadering gekozen om de hoogte van de vergoeding eenvoudig vast te stellen, aangezien het berekenen van vergoedingen op basis van gehele maanden overzichtelijk kan zijn.

Aan de andere kant hanteren sommige werkgevers een salarisperiode van 4 weken, wat afwijkt van de gehele maandbenadering. Het is niet duidelijk waarom een werkgever bijvoorbeeld geen geldig beroep kan doen op een concurrentiebeding voor een periode van 13 weken (of 90 dagen wat in sommige branches niet ongebruikelijk is). Dit roept vragen op, vooral omdat het betekent dat de werkgever in dat geval geen beroep kan doen op het concurrentiebeding en de werknemer niet aan het concurrentiebeding gebonden is.

Het ontbreken van nadere uitleg hierover in de memorie van toelichting maakt het lastig om de redenering achter deze keuze volledig te begrijpen. Het kan nuttig zijn om aanvullende toelichting te verkrijgen.

4.5 Geen beroep bij ernstig verwijtbaar handelen (lid 5)

Dit lid komt inhoudelijk overeen met het bestaande lid 4, met als toevoeging dat een werkgever zich niet kan *beroepen* op een beding als het niet verlengen of beëindigen van de overeenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Deze toevoeging roept echter vragen op over situaties waarin de werkgever aanvankelijk een beroep heeft gedaan op het concurrentiebeding, de vergoeding heeft betaald, maar later door de rechter wordt geoordeeld dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, waardoor het beding niet geldig kon worden ingeroepen door de werkgever. In dat geval kan worden betoogd dat de vergoeding niet verschuldigd was en onverschuldigd aan de werknemer is betaald. Aan de andere kant heeft het beding mogelijk wel zijn beoogde effect gehad, namelijk het belemmeren van de werknemer om bij een concurrent in dienst te treden. Het zou dan een onredelijke uitkomst zijn als de werknemer in dat geval

geen recht heeft op de vergoeding en deze moet terugbetalen. Deze situatie roept om verdere verduidelijking in de toelichting, met name welke gevolgen dit heeft voor de betaalde vergoeding en hoe hiermee omgegaan moet worden in het geval van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. In hoofdstuk 7 wordt nader ingegaan op deze problematiek.

4.6 Advies

Er is waardering voor de nieuwe systematiek van 'geldig overeenkomen' enerzijds, en het 'tijdig inroepen' anderzijds. Dit geeft (met name de werkgever) de kans alsnog (geheel of gedeeltelijk) af te zien van de werking van het concurrentiebeding.

Wij vragen aandacht voor de huidige formulering van lid 3. Die formulering roept nu vragen op, met name onder sub b. Uit uitsplitsing van 'opzegging door de werknemer' en 'opzegging door de werkgever op grond van artikel 677' ligt voor de hand. Ook vragen we aandacht voor sub c in geval de kantonrechter niet overgaat tot ontbinding, maar de appelrechter wel. Gelijk aan lid 1 stellen we voor de redactie van het derde lid als volgt aan te scherpen:

- (...) Tijdig is uiterlijk een maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst, dan wel:
 - a. ingeval van opzegging door de werkgever, anders dan op grond van artikel 677: uiterlijk de datum van de opzegging;
 - b. uiterlijk twee weken na de datum van de:
 - 1°. opzegging door de werkgever op grond van artikel 677;
 - 2°. opzegging door de werknemer;
 - 3°. dagtekening van de uitspraak van de rechter waarmee de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd.

In de memorie van toelichting dient nader te worden verduidelijkt of 'beroep bij voorbaat' is toegestaan en of dit ook een voorwaardelijk beroep kan en mag zijn (en indien ja, wat die voorwaarden dan zouden mogen inhouden).

We signaleren dat de nieuwe regeling, vooral vanwege de verplichte wettelijke vergoeding zoals genoemd in lid 6, mogelijk strategisch gedrag kan uitlokken. Werknemers kunnen ten onrechte het standpunt innemen dat ze binnen of buiten een concurrerende werkingssfeer werkzaam zullen gaan zijn, waardoor een werkgever zich om verkeerde redenen wel of niet op het beding beroept. Het zou wenselijk zijn als de memorie van toelichting nader verheldert in welke gevallen dit wel of niet problematisch is. Wij zijn van mening dat naast de gebruikelijke leerstukken van dwaling en bedrog, de regering wellicht simpel moet benadrukken dat als men geen risico wil lopen, men een beroep moet doen op het beding en de vergoeding moet betalen. Maatwerk kan vervolgens worden toegepast via lid 11.

5. Vergoeding voor de duur van de beperking (lid 6 t/m 9)

5.1 Inleiding

Het wetsvoorstel introduceert een wettelijke vergoedingsplicht in lid 6. Met de introductie van een vergoedingsplicht gaat Nederland meer in de pas lopen met de ons omringende EU-lidstaten.⁵⁴ België, Duitsland en Frankrijk kennen allemaal in meer of mindere mate een vergoedingsregeling voor het feit dat een werknemer gedurende een bepaalde periode wordt beperkt in het uitoefenen van zijn grondrecht van vrije keuze van arbeid. De vergoedingsplicht als zodanig kan dan ook op instemming rekenen. De leden 7 t/m 9 werken uit wanneer de vergoeding uiterlijk moet zijn betaald en wanneer de vergoeding geheel of gedeeltelijk niet (langer) verschuldigd is. Hoewel het uitgangspunt van een compensatie voor de inperking van artikel 19 lid 3 Gw wordt onderschreven, signaleren wij in de uitwerking (en vooral uitvoering) van de vergoedingsplicht nog de nodige aandachtspunten. We bespreken de regeling per artikellid.

5.2 Wettelijke vergoeding (lid 6)

Uitleg loonbegrip

De memorie van toelichting vermeldt dat de regering voornemens is voor de definitie van het loon aan te sluiten bij de systematiek zoals deze ook geldt voor de transitievergoeding, te weten het brutosalaris, vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag.⁵⁵ Hoewel wij ervan uitgaan dat variabele looncomponenten ook meetellen bij de berekening van de hoogte van de vergoeding, merken wij op dat dergelijke variabele looncomponenten niet worden benoemd in de memorie van toelichting.

Wij denken dat dit loonbegrip tot veel discussie zal leiden over de exacte hoogte van de vergoeding. Wanneer een werkgever bijvoorbeeld abusievelijk nalaat een bonus mee te nemen bij de berekening van de hoogte van de vergoeding en derhalve niet de volledige vergoeding betaalt, heeft dit als consequentie dat hij een werknemer niet meer aan het beding kan houden, terwijl de betalingsverplichting onverminderd in stand blijft (zie lid 8). Dit betekent dat een werknemer er groot belang bij kan hebben de hoogte van de vergoeding ter discussie te stellen. Tegelijkertijd kan dit voor een werkgever het ongewenste gevolg hebben dat hij bewust een hogere vergoeding betaalt, met als doel de kans op een eventuele discussie over de hoogte van de vergoeding zo klein mogelijk te houden. Ons is bekend dat bijvoorbeeld in België discussies over de juiste hoogte van de zogenoemde 'uitwinningsvergoeding' regelmatig aan de orde zijn.

Een alternatief zou zijn aan te sluiten bij de aanzegvergoeding als bedoeld in artikel 7:668 lid 3 BW. Die vergoeding wordt berekend aan de hand van een 'kaal' bruto-uurloon, zonder eventuele toeslagen, variabele looncomponenten en vakantiebijslag. Daarmee is de aanzegvergoeding naar zijn aard aanzienlijk minder vatbaar voor discussie. De keerzijde daarvan is echter wel dat een werknemer die aanspraak heeft op voornoemde toeslagen of looncomponenten, een verhoudingsgewijs lagere vergoeding krijgt uitgekeerd dan een werknemer die daarop geen aanspraak heeft. Mogelijk is hier de gedachte de wettelijke regeling zo onaantrekkelijk te maken, dat partijen gedwongen zijn tot een

⁵⁴ A.R. Houweling, Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding, *ArA* 2015/4.2.

⁵⁵ Memorie van toelichting, p. 16-17.

minnelijke regeling van lid 11 te komen. Wij zouden liever zien dat de wettelijke regeling uitvoerbaar is. Daarvoor is nadere duiding hoe om te gaan met berekeningswijze gewenst.

Een andere vraag die in dit verband voor de geest komt is hoe moet worden omgegaan met cumulatie van vergoedingen. Denk hierbij aan een werkgever die vóór de inwerkingtreding van de wet al een vergoeding met de werknemer in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen voor het kunnen houden van die werknemer aan een concurrentiebeding. Als de werkgever ná de inwerkingtreding van de wet vervolgens het concurrentiebeding inroept, betekent dit dan dat hij naast de contractuele vergoeding ook nog de volledige wettelijke vergoeding verschuldigd is? Of is de totale vergoeding, ervan uitgaande dat die hoger is dan de contractuele vergoeding, dan 'slechts' gelijk aan de wettelijk verschuldigde vergoeding?

Wettelijke vergoedingsplicht versus WNT, Wft en RVU

Voorts achten wij het wenselijk om duidelijkheid te geven over de vraag hoe de vergoeding zich verhoudt tot bijvoorbeeld het bezoldigingsmaximum uit de Wet normering topinkomens (WNT). In artikel 2.10 lid 1 WNT is bepaald dat partijen geen hogere beëindigingsvergoeding overeen mogen komen dan de som van de beloning en de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn over de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging, tot ten hoogste € 75.000,-. Uit artikel 1.1 sub i WNT volgt dat uitkeringen die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift niet meetellen voor dit bezoldigingsmaximum.

Het wetsvoorstel zou in de praktijk ertoe kunnen leiden dat partijen bij de beëindiging van het dienstverband overeenkomen dat de werkgever het concurrentiebeding 'inroept', bijvoorbeeld voor een zeer beperkte geografische reikwijdte, met als gevolg dat de werknemer recht heeft op de vergoeding. Die vergoeding lijkt evenwel niet mee te tellen voor het bezoldigingsmaximum, nu die vergoeding voortvloeit uit een wettelijk voorschrift. Zo bezien lijkt de vergoeding vrij eenvoudig de mogelijkheid te bieden om het bezoldigingsmaximum uit de WNT te omzeilen. Anderzijds kan worden verdedigd dat wanneer partijen in een beëindigingsovereenkomst een vergoeding overeenkomen die gelijk is aan de wettelijk verschuldigde vergoeding (of die daar juist van afwijkt), deze vergoeding niet voortvloeit uit een wettelijk voorschrift, en deze dus wél meetelt voor het bezoldigingsmaximum. Ter vergelijking: als partijen in een beëindigingsovereenkomst een beëindigingsvergoeding overeenkomen die gelijk is aan de hoogte van de transitievergoeding, dan wordt deze wel genormeerd door de WNT, nu die vergoeding namelijk niet is verschuldigd op grond van een wettelijk voorschrift, maar op grond van een beëindiging met wederzijds goedvinden. Als deze benadering de juiste is, dan is de keerzijde daarvan echter dat indien partijen met wederzijds goedvinden uit elkaar willen gaan én de werkgever het concurrentiebeding wil inroepen, er voor partijen maar beperkte onderhandelingsruimte overblijft.

Verder achten wij het raadzaam om helderheid te geven over de vraag hoe de vergoeding zich verhoudt tot de vertrekvergoeding als bedoeld in de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen (vgl. artikel 1:125 lid 2 Wft), en de Regeling Vervroegd Uittreden (RVU).

5.3 Fatale betalingstermijn (lid 7)

In het voorgestelde lid 7 is bepaald dat de werkgever de verschuldigde vergoeding uiterlijk op de laatste dag van de overeenkomst betaalt, dan wel, in het geval van een opzegging als bedoeld in artikel 677, uiterlijk vijftien dagen na die opzegging.

Wij merken op dat het in de praktijk gebruikelijk is dat een werkgever aan het einde van het dienstverband een eindafrekening stuurt, waarin onder andere openstaande vakantieverlofuren en een eventueel verschuldigde transitievergoeding zijn opgenomen. In de meeste gevallen vindt uitbetaling daarvan plaats bij de eerstvolgende salarisuitbetaling in de maand na de beëindiging van

de arbeidsovereenkomst. Het is ons niet duidelijk waarom er niet voor is gekozen om uitbetaling van deze vergoeding tegelijk te laten plaatsvinden met uitbetaling van de eindafrekening. Wij menen dat betaling van de vergoeding gelijktijdig met de eindafrekening meer voor de hand ligt, onder meer gezien (i) het feit dat de meeste werkgevers met vaste salarisrondes werken en tussentijdse betaling zodoende tot extra administratief werk zal leiden, en (ii) de (vergaande) consequentie op te late betaling: de werknemer kan niet meer aan het beding worden gehouden, terwijl de betalingsverplichting in stand blijft (lid 8).

Overigens zien wij ook in de huidige wetssystematiek goede aanknopingspunten om aan te sluiten bij betaling van de vergoeding in de maand na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zo heeft het kabinet met de WWZ gekozen voor een algemene vervaltermijn van twee maanden voor onder meer (i) de aanspraak op een gefixeerde schadevergoeding, (ii) een vernietiging van de opzegging van de werkgever door de kantonrechter, of (iii) het herstellen van de arbeidsovereenkomst van de werknemer door de kantonrechter (zie artikel 7:686a lid 4 BW). De enige uitzondering op die termijn is bij een geschil over de hoogte van de transitievergoeding; voor die situatie is uitdrukkelijk gekozen voor een vervaltermijn van drie maanden, juist nu de transitievergoeding doorgaans bij de eindafrekening wordt betaald.⁵⁶

Tegelijkertijd begrijpen we de ‘worsteling van de regering’ op dit punt. Immers, het beding heeft werking vanaf de eerste dag dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Als de werkgever drie weken later verzuimt te betalen, dan kan de werknemer mogelijk belangrijke aanbiedingen hebben afgeslagen vanwege de werking van het concurrentiebeding, die door niet-betaling geen werking heeft. Dat zou dan toch pleiten voor een betaling op uiterlijk de laatste dag. Wij denken evenwel dat dit pleidooi niet helemaal opgaat. Immers, de werknemer blijft na het invoeren van het beding gebonden aan de inhoud ervan (niet concurreren). De werkgever heeft na het invoeren van het beding de verplichting over zichzelf afgeroepen te betalen. Er wordt in die zin geen nadeel geleden als pas duidelijk wordt dat de werkgever niet (volledig) heeft betaald drie weken na einde dienstverband bij de eindafrekening. De werkgever zal alsnog de totale compensatie moeten voldoen en tot dit tijdstip moest de werknemer zich sowieso onthouden van enige vorm van concurrentie. Mocht sprake zijn van bewust nadeel toebrengen aan de werknemer, dan biedt artikel 7:611 BW en/of het algemeen vermogensrecht aanvullende compensatiegronden (artikel 6:162 BW).

Afstemming termijnen lid 3 en lid 7

De betaling van de vergoeding op de laatste dag van het dienstverband kan ook om andere redenen op problemen stuiten. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een werknemer per direct, oftewel zonder inachtneming van de opzegtermijn, opzegt. Nu de vergoeding op de laatste dag van het dienstverband moet worden betaald, moet de werkgever meteen beslissen of hij de werknemer aan het concurrentiebeding wil houden, en dient hij de vergoeding op diezelfde dag te betalen. Dit is vanuit praktisch oogpunt onwenselijk en niet reëel. Bovendien strookt het zevende lid niet (geheel) met de systematiek van lid 3. Een werkgever krijgt in lid 3 in een aantal gevallen twee weken ‘bedenktijd’ zich op het beding te beroepen, terwijl de arbeidsovereenkomst mogelijk al kan zijn geëindigd. Lid 7 biedt enkel voor het geval van ontslag op staande voet door de werkgever en werknemer uitzondering. Bovendien spreekt het zevende lid van uiterlijk 15 dagen na die opzegging. In de normaaltype zal de opzegging tevens het einde van het dienstverband betekenen, maar een opzegging onder voorwaarden is ook denkbaar. De opzeggingshandeling zelf heeft dan plaatsgevonden, maar de gevolgen treden pas in onder nader geschetste condities. Zou ook hier niet 15 dagen na einde dienstverband een betere formulering zijn? Deze toch wat ongewenste gevolgen kunnen ons inzien worden voorkomen wanneer

⁵⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 37.*

een werkgever ook in de maand na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een vergoeding mag betalen.

Verrekening

Verder denken wij dat het verstandig is als de regering helderheid geeft over de vraag of een werkgever de verschuldigde vergoeding mag verrekenen met eventuele vergoedingen die de werknemer aan de werkgever is verschuldigd, zoals een gefixeerde schadevergoeding, of een geldlening die de werknemer bij de werkgever heeft afgesloten. Een voorbeeld: werkgever wil werknemer aan het concurrentiebeding houden, en wil bovendien aanspraak maken op een door werknemer verschuldigde gefixeerde schadevergoeding. Kan de werkgever deze bedragen verrekenen, en kan de werkgever zich op het standpunt stellen dat de vergoeding op de laatste dag van de arbeidsovereenkomst (volledig) is betaald? Of moet de werkgever toch op de laatste dag van de arbeidsovereenkomst eerst de volledige vergoeding betalen, en vervolgens met de eindafrekening de gefixeerde schadevergoeding opvragen? De memorie van toelichting biedt daarover op dit moment geen duidelijkheid.

Verwant met verrekening is het all-in-beding. De werkgever bedingt dan dat de concurrentiebedingvergoeding reeds is verdisconteerd in het loon. Gelijk aan het all-in vakantieloon kan men kritisch staan tegenover een dergelijke betaalwijze, want op het moment dat de compensatie nodig is blijkt de werknemer terug te moeten vallen op reeds gedane betalingen. Het lijkt ons niet de bedoeling dat een dergelijk all-in-vergoeding is toegestaan, maar verduidelijking in de toelichting is gewenst.

5.4 Onvolledige betaling, verlies werking beding (lid 8)

Het voorgestelde lid 8 bepaalt dat wanneer de werkgever de vergoeding niet tijdig betaalt, de werkgever die vergoeding verschuldigd blijft, en het beding "*verder geen werking*" heeft. Het is ons niet duidelijk wat met de woorden 'verder geen werking' wordt bedoeld. Betekent dit bijvoorbeeld dat sprake is van een natuurlijke verbintenis, in die zin dat het beding nog wel geldig is maar uitsluitend niet meer kan worden afgedwongen bij een rechter? Of betekent dit dat het beding nietig is, en dus wordt geacht niet te hebben bestaan? Wij achten nadere toelichting op dit punt wenselijk.

5.5 Onverschuldigdheid vergoeding (lid 9)

Het voorgestelde lid 9 noemt een tweetal situaties waarin de werkgever de vergoeding niet (langer) verschuldigd is.

Lid 9 sub a: niet verschuldigd

Sub a bepaalt in de eerste plaats dat de vergoeding niet verschuldigd is indien het eindigen of niet voortzetten van de overeenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Deze bepaling is, zoals vermeld op pagina 34 van de memorie van toelichting in lijn met het huidige artikel 7:653 lid 5 BW. Wel heeft de voorgestelde regeling een veel ruimere strekking, aangezien de vergoeding in de voorgestelde regeling in beginsel in alle gevallen verplicht wordt en de huidige lid 5-vergoeding slechts sporadisch wordt toegekend. Juiste vanwege dat ruimere bereik komen diverse vragen pregnanter naar voren.

De in sub a genoemde uitzondering is tekstueel gelijk aan artikel 7:673 lid 7 sub c BW, waar is bepaald dat de transitievergoeding niet verschuldigd is indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Het gaat hierbij om het einde van het dienstverband, dat de grondslag vormt voor het recht op de

transitievergoeding. Er moet dan ook steeds een link bestaan tussen het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer enerzijds en het einde van de arbeidsovereenkomst anderzijds.⁵⁷ Dat (causaal) verband is bij de concurrentiebedingvergoeding minder evident. Desondanks wordt hetzelfde criterium voorgesteld. Dat kan tot gevolg hebben dat de werkgever de vergoeding bij het invoeren van het concurrentiebeding niet verschuldigd is (en het concurrentiebeding dus 'gratis' kan invoeren), terwijl het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer niets met het concurrentiebeding te maken heeft. Een voorbeeld: de arbeidsovereenkomst wordt op de e-grond ontbonden omdat de werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden (veel) te laat op het werk verschijnt. Ervan uitgaande dat dit als ernstig verwijtbaar wordt aangemerkt, hoeft de werkgever de concurrentiebedingvergoeding niet te betalen en dat terwijl het gedrag van de werknemer niets van doen heeft met de reden dat de werkgever het concurrentiebeding invoert en waarvoor de vergoeding verschuldigd is. Dat ligt anders indien een werknemer op staande voet wordt ontslagen omdat hij hangende het dienstverband zijn werkgever ernstige concurrentie aandoet. Wederom ervan uitgaande dat dit ernstig verwijtbaar is, is hier wél sprake van een verband tussen de ernstig verwijtbare gedragingen van de werknemer en het concurrentiebeding, dat juist het bedrijfsdebet van de werkgever beoogt te beschermen. De vraag rijst dan ook of er geen sprake zou moeten zijn van een verband tussen het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer aan de ene kant en het vervallen van de vergoedingsplicht aan de andere kant. Gelet op de aard en grondslag van de vergoeding is dat voorstelbaar. De keerzijde daarvan is dat de eis van een causaal verband (nieuwe) discussies zal uitlokken.

In sommige gevallen, bijvoorbeeld na een verleend ontslag op staande voet, komt pas na geruime tijd (onherroepelijk) vast te staan dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De werkgever heeft de vergoeding dan al wel moeten betalen, omdat het beding anders geen werking heeft (lid 8). Of kan de werkgever het concurrentiebeding invoeren en zich op het standpunt stellen dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid, zodat hij de vergoeding niet verschuldigd is. Kortom, de relatie tussen lid 8 en lid 9 is onduidelijk.

Indien pas na verloop van tijd komt vast te staan dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, dan is de werkgever, zo volgt uit het voorgestelde lid 9 sub a, de vergoeding niet verschuldigd. Die vergoeding zal in de regel echter al betaald zijn. Betekent dit dat de werkgever de vergoeding, net als bij lid 9 sub b, als onverschuldigd betaald van de werknemer kan terugvorderen?

Een andere vraag die opkomt is wat een werknemer kan/moet doen indien de werkgever het concurrentiebeding invoert en zich tegelijkertijd beroept op het voorgestelde lid 9 sub a. Moet de werknemer zich dan, ondanks dat geen vergoeding wordt betaald, houden aan het concurrentiebeding? Hij zou een kort geding kunnen starten om betaling van de vergoeding af te dwingen, maar dat levert nog geen definitieve duidelijkheid op ten aanzien van de vraag of nu wel of geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. De werknemer zou het concurrentiebeding ook naast zich neer kunnen leggen, met de stelling dat het beding geen werking heeft omdat de werkgever de vergoeding niet (tijdig) heeft voldaan. Dat is echter een groot risico voor de werknemer. Indien achteraf, in een bodemzaak, zou worden vastgesteld dat inderdaad sprake was van ernstige verwijtbaarheid, dan was de vergoeding dus niet verschuldigd, terwijl de werknemer het concurrentiebeding wel had moeten naleven. Indien de werknemer dat niet gedaan heeft, zijn mogelijk forse boetes verbeurd.

Tot slot ten aanzien van het voorgestelde lid 9 sub a: op pagina 34 van de memorie van toelichting is vermeld dat in geval van een ontslag op staande voet vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld: HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 (*Woondroomzorg*).

door de werknemer, de werkgever de werknemer aan het concurrentiebeding kan houden zonder een vergoeding verschuldigd te zijn. Het is goed hierbij te vermelden dat het slechts een voorbeeld betreft. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer kan zich immers ook buiten ontslag op staande voet-situaties voordoen.

Lid 9 sub b: niet langer verschuldigd

Het voorgestelde lid 9 sub b bepaalt dat de vergoeding niet langer verschuldigd is indien de werknemer de voorwaarden van het beding niet nakomt. Deze uitzondering is begrijpelijk; hier is namelijk (wél) sprake van een directe link tussen gedragingen van de werknemer enerzijds en het (naleven van het) concurrentiebeding anderzijds.

Wel roept het woord 'langer' vragen op. Stel dat sprake is van een concurrentiebeding voor de duur van zes maanden en aan het begin van de vijfde maand schendt de werknemer het concurrentiebeding. Is de vergoeding dan in het geheel niet meer verschuldigd of niet meer over de laatste twee maanden? Nu de vergoeding reeds door de werkgever zal zijn betaald, rijst de vraag welk deel van de vergoeding de werkgever als onverschuldigd betaald van de werknemer kan terugvorderen. Is dat de gehele vergoeding, ondanks dat het concurrentiebeding gedurende vier maanden wél is nageleefd, of is dat naar rato, waarbij kan worden teruggevorderd voor de periode vanaf de schending? De wettekst en de memorie van toelichting maken dat onvoldoende duidelijk. Zo is op pagina 13 van de memorie van toelichting weergegeven dat de vergoeding niet langer verschuldigd is indien de werknemer de voorwaarden van het beding niet nakomt. Daaraan is toegevoegd: "Een al betaalde vergoeding wordt dan een onverschuldigde betaling." Dat lijkt erop te duiden dat de volledige vergoeding terugbetaald moet worden. Op pagina 34 van de memorie van toelichting is echter vermeld dat sprake is van een onverschuldigde betaling 'vanaf het moment dat de werknemer de voorwaarden van het beding schendt'. Laatstgenoemde zin is voor meerdere uitleg vatbaar, aangezien dit ook kan betekenen dat een deel van de vergoeding moet worden terugbetaald. Duidelijkheid op dit punt is gewenst. Indien het de bedoeling is dat de gehele vergoeding vervalt, zou het woord 'langer' in lid 9 kunnen worden geschrapt.

Het voorgestelde lid 9 sub b roept verder de vraag op wat rechtens is indien de werknemer het concurrentiebeding schendt, maar de rechter het beding later met terugwerkende kracht matigt op zo'n manier dat niet langer sprake is van een schending. Het gaat hier om de relatie tussen lid 9 sub b enerzijds en lid 10 sub b anderzijds. De memorie van toelichting geeft nu geen handvatten hoe met deze situatie moet worden omgegaan, terwijl dat wel wenselijk wordt geacht.

5.6 Advies

Een wettelijke vergoedingsplicht voor de duur dat een werknemer zijn vrije keuze van arbeid (artikel 19 lid 3 Gw) geheel of gedeeltelijk prijsgeeft, komt ons juist voor. Met een wettelijke vergoedingsplicht kom de Nederlandse regeling ook meer in overeenstemming met die van onze buurlanden.

De uitwerking van de regeling roept wel de nodige vragen op. In het bijzonder vragen wij aandacht voor (discussies over) (a) het loonbegrip; (b) het tijdstip van betaling; en (c) de verschuldigdheid van de vergoeding. Al deze discussies vinden hun oorsprong in lid 8 waarin staat dat niet (volledige) betaling uiterlijk op de laatste dag van de overeenkomst ertoe leidt dat de vergoeding verschuldigd blijft, maar het beding geen werking meer heeft. Die harde regel, maakt dat een afrondingsverschil van één cent verstrekkende gevolgen kan hebben. Wij wijzen erop dat het uiterste moment van betaling (lid 7) niet in alle gevallen correspondeert met het moment waarop een beroep op het beding uiterlijk moet zijn gedaan (lid 3). Deze termijntellingen verdienen nadere afstemming.

6. Geheel of gedeeltelijke vernietiging en afwijking bij beëindigingsovereenkomst (lid 10-11)

6.1 Inleiding

Het voorgestelde tiende lid is qua strekking hetzelfde als het huidige derde lid, met dien verstande dat sub a ook zal gelden voor een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Verder bevat het voorgestelde lid enkele tekstuele aanpassingen. Lid 11 introduceert de afwijking bij beëindigingsovereenkomst. We bespreken de rechtsfiguren per artikellid.

6.2 Geheel of gedeeltelijke vernietiging (lid 10)

Nu het voorgestelde lid 10, blijkens pagina 34 van de memorie van toelichting, geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van het bestaande lid 3 beoogt, ligt het voor de hand dat de werknemer ook in de voorgestelde regeling reeds tijdens het dienstverband kan vorderen dat de rechter het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigt (of in kort geding tot schorsing overgaat). In de voorgestelde regeling heeft de werkgever het beding dan nog niet ingeroepen, zodat van een beperking strikt genomen nog geen sprake is en bovendien onduidelijk is of de werkgever het beding bij het einde van de arbeidsovereenkomst zal invoeren. Er is in deze fase onzekerheid of er wel een benadeling zal optreden, hoewel matiging van het overeengekomen beding gewenst is. Het is goed om iedere discussie op dit punt weg te nemen door in de memorie van toelichting te overwegen dat deze mogelijkheid voor de werknemer blijft bestaan, bijvoorbeeld door de vordering tot vernietiging c.q. schorsing onder voorwaarde (dat de werkgever zich op het beding zal beroepen) in te stellen.

Net als in het huidige lid 3 bepaalt het voorgestelde lid 10 sub a dat de rechter het concurrentiebeding geheel kan vernietigen indien de beperking niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Het woordje 'kan' duidt op een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Hij kan het beding vernietigen indien niet aan het noodzakelijkheidsvereiste wordt voldaan, maar hij kan ook besluiten dat niet te doen. De vraag is echter onder welke omstandigheden de rechter tot het oordeel zou kunnen komen dat het met de werknemer (rechtsgeldig) overeengekomen concurrentiebeding niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen van de werkgever, maar het beding desondanks in stand moet blijven. Voor zover ons bekend zijn er in de rechtspraak geen voorbeelden van een dergelijk oordeel bekend. Wellicht is het dan ook beter om in het voorgestelde lid 10 sub a afscheid te nemen van de discretionaire bevoegd, door te bepalen dat de rechter een concurrentiebeding vernietigt indien het beding niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende dienst- of bedrijfsbelangen.

Bij de gedeeltelijke of gehele vernietiging op grond van het voorgestelde lid 10 sub b rijst de vraag of en zo ja in hoeverre, de verplichte vergoeding een rol mag spelen in de door de rechter te maken belangenafweging. Nu de inbreuk op de vrije arbeidskeuze van de werknemer reeds wordt 'verzacht' door de vergoeding, zou betoogd kunnen worden dat de werknemer niet of minder snel onbillijk wordt benadeeld en dus een minder zwaarwegend belang heeft bij (gedeeltelijke) vernietiging van het concurrentiebeding, waardoor minder snel tot (gedeeltelijke) vernietiging van het beding zal worden geoordeeld. Door de verplichte vergoeding zal de belangenafweging in dat geval eerder in het voordeel van de werkgever uitvallen. Dat lijkt in ieder geval in lijn met de bedoeling bij de invoering van het huidige lid 4. Destijds is overwogen dat: "(...), indien eenmaal een vergoeding bij vonnis is vastgesteld, van matiging van het concurrentiebeding in de regel geen sprake meer [zal] zijn (...)." ⁵⁸ Het is goed in de memorie toe te lichten of deze omstandigheid al dan niet een rol kan spelen, zodat discussies (en

⁵⁸ Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 6, p. 32.

daarmee procedures) daarover kunnen worden voorkomen. Dat geldt te meer nu de vergoeding van het voorgestelde lid 6 (anders dan in het huidige lid 5) geen uitzondering wordt, maar juist de hoofdregel. Dat betekent dat deze factor in beginsel bij iedere belangenafweging ex lid 10 sub b een rol zal kunnen spelen. Dit impliceert ook dat bestaande rechtspraak over de belangenafweging niet één-op-één (meer) van toepassing is onder de werking van de nieuwe regeling.

Indien de rechter op grond van het voorgestelde lid 10 sub b tot gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding overgaat en het beding daardoor een minder vergaand (temporeel, geografisch en/of functioneel) bereik krijgt, is de vraag of dit gevolgen heeft voor de verplichte vergoeding. Moet die dan worden verlaagd? De memorie van toelichting zwijgt op dit punt, hetgeen impliceert dat voornoemde vraag ontkennend moet worden beantwoord. De vraag is of dat terecht is. Aan de ene kant kan worden betoogd dat, indien het concurrentiebeding dat een werknemer onbillijk benadeelt door de rechter wordt beperkt tot een beding waarbij van een onbillijke benadeling geen sprake meer is, dient te worden aangenomen dat de vergoeding verschuldigd is voor nakoming van het (na matiging) billijke beding. In dat geval kan niet worden gezegd dat de verplichte vergoeding de vergoeding was die hoorde bij het onbillijke beding. De verplichte vergoeding als bedoeld in het voorgestelde lid 6 is de vergoeding die verschuldigd is bij het invoeren van het beding zoals dat ná de gedeeltelijke vernietiging luidt. De vraag is echter wel of het redelijk is de werkgever de volledige vergoeding te laten betalen indien het concurrentiebeding vergaand wordt gematigd. Zou de rechter in dat geval niet een mogelijkheid moeten hebben om (ook) de hoogte van de vergoeding naar beneden bij te stellen? Het voorgestelde lid 11 biedt partijen die mogelijkheid wel in een beëindigingsovereenkomst. Het wetsvoorstel geeft de rechter echter geen ruimte op dit vlak, waardoor oplossingen op maat wellicht niet kunnen worden bereikt als partijen ter zitting geen schikking treffen ex lid 11. Tot meer procedures zal een toevoeging op dit punt niet leiden, aangezien dit alleen speelt in procedures waarin de rechter tot gedeeltelijke vernietiging overgaat. Er is dus al een procedure aanhangig.

Daarnaast rijst de vraag wat geldt met betrekking tot een reeds betaalde vergoeding indien de rechter tot gehele vernietiging van het concurrentiebeding overgaat. Is ook die vergoeding dan onverschuldigd betaald, zoals bij het voorgestelde lid 9 sub b? En geldt dat ook indien de werknemer het beding gedurende een bepaalde tijd wél is nagekomen? Indien dat laatste het geval is, ligt een terugbetaling naar rato in de rede. Anders zou de werknemer een later vernietigd beding tegen zich hebben laten gelden, zonder daarvoor door de werkgever te zijn gecompenseerd door een vergoeding tot het moment dat het beding is vernietigd.

De vraag is wel of dit ook geldt indien het concurrentiebeding (nog) niet vernietigd is, maar in kort geding is geschorst. Een bevestigende beantwoording van deze vraag kan aanleiding geven tot allerlei complicaties, in het bijzonder in het geval in de bodemzaak anders zou worden beslist.

Als uitgangspunt dient de regering volgens ons te hanteren dat de vergoeding van lid 6 in causaal verband staat met de beperking van vrije arbeidskeuze. Als die beperking ongedaan kan worden gemaakt (bijvoorbeeld doordat het ontslag wordt vernietigd en de werknemer met terugwerkende kracht recht op loon heeft), dan is er geen enkele reden de vergoedingsplicht te handhaven. Is de vrije arbeidskeuze niet ongedaan te maken, dan blijft de vergoeding in beginsel verschuldigd. Eventueel zou hier het pro rata temporis-beginsel op toegepast kunnen worden, in die zin dat een beperking van de werking een beperking van de vergoeding met zich kan brengen, maar nooit meer dan de feitelijke beperking van vrije arbeidskeuze het geval is geweest. Dus als in maand negen het beding tot zes maanden wordt geschorst door de rechter, ligt het niet voor de hand dat de vergoeding tot zes maanden wordt teruggebracht. De werknemer heeft immers negen maanden onder het juk van het beding geleefd. Zie hieromtrent ook het volgende hoofdstuk.

6.3 Afwijking bij beëindigingsovereenkomst (lid 11)

Het voorgestelde lid 11 van artikel 7:653 BW bepaalt dat van dit artikel niet kan worden afgeweken, behalve dat bij schriftelijke overeenkomst waarmee de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd van de leden 2 tot en met 4 en 6 tot en met 8 kan worden afgeweken. Het is positief dat werkgever en werknemer de mogelijkheid wordt geboden om onder bepaalde omstandigheden contractueel af te wijken van de voorgestelde wettelijke regeling. Zoals de memorie van toelichting vermeldt kan daar bijvoorbeeld behoefte aan bestaan indien een ruim en verstrekkend concurrentiebeding wordt omgezet in een relatief beperkt relatiebeding. In dat geval is een lagere vergoeding voorstelbaar, aangezien de beperking in de wijze waarop de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaam kan zijn (veel) minder ver gaat. De vraag is wel waarom deze mogelijkheid uitsluitend wordt geboden indien de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:670b BW (met wederzijds goedvinden) wordt beëindigd. Ook bij andere beëindigingsmodaliteiten kan behoefte bestaan aan contractuele afspraken op maat. Denk bijvoorbeeld aan het geval een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na ommekomst van twee jaar van rechtswege afloopt. Ook in dat geval zou er behoefte kunnen bestaan aan een afspraak als hiervoor bedoeld. De vraag rijst waarom werkgever en werknemer bij andere wijzen van beëindiging dan met wederzijds goedvinden geen contractuele afwijkingsmogelijkheid krijgen. In de memorie van toelichting mist een rechtvaardiging op dit punt. In het verlengde hiervan rijst de vraag hoe lid 11 zich verhoudt tot artikel 7:902 BW: is afwijking van dwingend recht krachtens laatstgenoemde bepaling niet mogelijk ingeval het een contractuele afspraak betreft buiten de context van een beëindiging (ex lid 11)?

De vraag is ook of er juist bij onderhandelingen over een beëindigingsovereenkomst in de zin van artikel 7:670b BW niet het risico bestaat dat allerlei omstandigheden die niets met het concurrentiebeding, het bedrijfsdebet van de werkgever en het recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer te maken hebben, een rol zullen gaan spelen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een concurrentiebeding wordt omgezet in een veel minder beperkend relatiebeding, maar dat de werknemer wél de volledige vergoeding wenst omdat hij anders niet bereid is in te stemmen met de vso. Of het geval waarin sprake is van een dringende reden zonder ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer en de werkgever de werknemer een vso aanbiedt, waarmee een ontslag op staande voet kan worden voorkomen. Mogelijk zal de werkgever dan instandhouding van het concurrentiebeding verlangen, evenwel zonder vergoeding. In de onderhandelingen tussen werkgever en werknemer kunnen dus andere factoren een prominente rol gaan spelen. De vraag is of hier voldoende rekening mee is gehouden. Bij andere beëindigingsmodaliteiten lijken dergelijke omstandigheden minder een rol te spelen.

Ten aanzien van het voorgestelde lid 11 wordt ten slotte de aandacht gevestigd op pagina 24 van de memorie van toelichting. Daar is vermeld dat een bij-effect van de verplichte vergoeding bij het invoeren van het concurrentiebeding is dat de werkgever als eerste aan zet is te bepalen of hij het beding invoert of niet, en of hij hier de vergoeding voor wil betalen. Indien partijen onderhandelen over een beëindiging met wederzijds goedvinden en de werkgever daarbij niet rept over het invoeren van het concurrentiebeding, kan hij dat bij latere gelegenheid dan alsnog (binnen de grenzen van het voorgestelde lid 3) doen indien in de gesloten vaststellingsovereenkomst een finaal kwijtingsbeding is opgenomen? Of wordt met dat finale kwijtingsbeding afstand gedaan van de mogelijkheid het concurrentiebeding in te roepen? Aangezien de rechtspraak op dit punt wisselend is, lijkt het goed hier in de memorie van toelichting duidelijkheid over te verschaffen. Vanzelfsprekend gaat het hier om het uitgangspunt, want in het concrete geval zal veel (kunnen) afhangen van de uitleg van het beding waarmee finale kwijting wordt verleend. Ter voorkoming van iedere discussie lijkt het voor werkgevers hoe dan ook verstandig zich het recht het concurrentiebeding in te roepen uitdrukkelijk voor te

behouden en dit punt dus (uitdrukkelijk) buiten de finale kwijting in de vso te laten. Het gaat echter om de situatie waarin dat, om welke reden dan ook, niet is gebeurd.

6.4 Advies

De regeling van lid 10 is bij eerste lezing helder. De vragen ontstaan vooral als men doordenkt wat de mogelijke consequenties zijn van een geheel of gedeeltelijke vernietiging in relatie tot met name de vergoedingsplicht. Wij adviseren de rechter op dit punt – gelijk artikel 7:682 lid 6 en 683 lid 4 BW – de bevoegdheid toe te kennen ‘voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen’ te mogen treffen, waarmee de rechter maatwerk kan leveren.

Daarbij geldt volgens ons als uitgangspunt dat niet snel sprake zal zijn van een ‘onbillijke benadeling’ nu de wet enerzijds het temporeelbereik aan banden legt (lid 1/lid 4) en anderzijds de inperking van vrije arbeidskeuze compenseert met geld (lid 6) in de context van gerechtvaardigde belangen van de werkgever (lid 1). Kortom, de rechter past op dit punt een zekere mate van bescheidenheid.⁵⁹

Als uitgangspunt dient de regering volgens ons als uitgangspunt te hanteren dat de vergoeding van lid 6 in causaal verband staat met de beperking van vrije arbeidskeuze. Als die beperking ongedaan kan worden gemaakt (bijvoorbeeld doordat het ontslag wordt vernietigd en de werknemer met terugwerkende kracht recht op loon heeft), dan is er geen enkele reden de vergoedingsplicht te handhaven. Is de beperking van de vrije arbeidskeuze niet ongedaan te maken, dan blijft de vergoeding in beginsel verschuldigd. Eventueel zou hier het pro rata temporis-beginsel op toegepast kunnen worden, in die zin dat een beperking van de werking een beperking van de vergoeding met zich kan brengen, maar nooit meer dan de feitelijke beperking van vrije arbeidskeuze het geval is geweest. Dus als in maand negen het beding tot zes maanden wordt geschorst door de rechter, ligt het niet voor de hand dat de vergoeding tot zes maanden wordt teruggebracht. De werknemer heeft immers negen maanden onder het juk van het beding geleefd.

De afwijking van een aantal artikelleden bij beëindigingsovereenkomst wordt met instemming ontvangen. De complexiteit van de (rest van de) regeling, maakt dat als de werkgever het zekere voor het onzekere wil nemen, lid 11 uitkomst biedt. Wij hebben hierboven op een aantal details gewezen.

⁵⁹ Het doet denken aan de invoering van de transitievergoeding en de vraag of snel sprake zal zijn van een aanvullende billijke vergoeding vanwege het ontslag. Het enkele feit dat iemand ernstige gevolgen ondervindt van ontslag is onvoldoende voor ernstig verwijtbaar handelen. Zo ook de onbillijke benadeling wegens een concurrentiebeding. Daarvoor is meer nodig dan enkel ‘het juk dragen van’.

7. Procedurele aspecten bij aanwenden van rechtsmiddelen

7.1 Inleiding

In het wetsvoorstel wordt niet (uitdrukkelijk) ingegaan op wat rechtens is indien door de werknemer of werkgever rechtsmiddelen worden aangewend. Dergelijke rechtsmiddelen kunnen impact hebben op de vraag of, en zo ja, in hoeverre de werknemer en/of de werkgever rechten kunnen ontlenen aan het bepaalde in artikel 7:653 BW. Om die reden wordt hierna ingegaan op de betekenis van dergelijke rechtsmiddelen, worden daarmee verband houdende knelpunten gesignaleerd en enkele suggesties gedaan.

7.2 Tijdigheidsvereiste

Zoals hiervoor reeds besproken, is in lid 3 opgenomen dat een werkgever zich slechts op een beding kan beroepen door 1) *schriftelijk* en 2) *tijdig* aan de werknemer mede te delen dat en 3) *gedurende welke periode* na afloop van de overeenkomst de werkgever zich op het beding beroept. De hoofdregel voor het tijdigheidsvereiste – ad 2) – behelst dat de werkgever dit beroep uiterlijk een maand vóór het einde van de arbeidsovereenkomst heeft gedaan. De eerste uitzondering houdt in dat bij een reguliere opzegging door de werkgever – niet zijnde een ontslag op staande voet in de zin van artikel 7:677 BW –, deze zich uiterlijk op de datum van opzegging op dat beding moet hebben beroepen (sub a). De tweede uitzondering ziet op het geval waarin de werknemer de arbeidsovereenkomst opzegt – waaronder naar wij aannemen ook een ontslag op staande voet – *name* valt op grond van artikel 7:677 BW – en een opzegging door de werkgever op grond van artikel 7:677 BW. In dat geval moet de werkgever zich uiterlijk twee weken na de datum van opzegging op dat beding beroepen (sub b). De derde uitzondering geldt in geval van ontbinding door de kantonrechter. In dat geval geldt dat de werkgever zich op het beding moet beroepen, uiterlijk twee weken na de datum van de dagtekening van de uitspraak van de kantonrechter waarmee de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden (sub c).

Wij begrijpen dit tijdigheidsvereiste zo dat voor de beoordeling of aan dat vereiste is voldaan irrelevant is of de opzegging door de werkgever of de werknemer (sub a en sub b) rechtsgeldig is, en dat ook irrelevant is of in hoger beroep (al dan niet na cassatie) wordt beslist dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst had mogen ontbinden. Ook als een opzegging, uiteindelijk, *niet* rechtsgeldig blijkt te zijn, als, na hoger beroep en/of cassatie, definitief is beslist dat van een voldragen ontslaggrond *geen* sprake was, of dat de werknemer, respectievelijk de werkgever *ernstig verwijtbaar* heeft gehandeld, dan geldt dat de opzeggingshandeling, respectievelijk het moment van dagtekening van de uitspraak van de kantonrechter leidend is om te bepalen of aan het tijdigheidsvereiste is voldaan. Een andere opvatting achten wij onwerkbaar, omdat dan (te) lang onzeker blijft of aan het tijdigheidsvereiste is voldaan. Over de verdere consequenties van (afwijkende) oordelen na het aanwenden van rechtsmiddelen komen wij in de volgende paragraaf te spreken.

Voor wat betreft het tijdigheidsvereiste geven wij in overweging om aan de in lid 3 BW vervatte lijst van uitzonderingen toe te voegen de situatie dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst *niet* ontbindt, maar het hof vervolgens op de voet van artikel 7:683 lid 5 BW bepaalt dat de arbeidsovereenkomst *eindigt*. In dit scenario blijft de arbeidsovereenkomst na de uitspraak van de kantonrechter voortduren. Een beroep op het concurrentiebeding is dan nog niet aan de orde en de situatie van sub c doet zich niet voor. Pas als het hof bepaalt dat de arbeidsovereenkomst eindigt – welk moment in de toekomst moet liggen⁶⁰ – dan kan de werkgever een beroep doen op het concurrentiebeding. Een praktische oplossing zou zijn om aan de lijst van uitzonderingsgronden een sub d toe te voegen, dat voorziet in de

⁶⁰ HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (*Décor*), rov. 3.5.3.

situatie waarin het hof een einddatum voor de arbeidsovereenkomst bepaalt. Of, zoals wij hierboven hebben voorgesteld sub c anders te formuleren. Logisch lijkt om daarbij dezelfde systematiek te hanteren als in het thans voorgestelde sub c van lid 3 BW, te weten waarbij de werkgever uiterlijk twee weken na de datum van de dagtekening van de uitspraak van het hof op basis waarvan de arbeidsovereenkomst eindigt een beroep moet doen op het concurrentiebeding om aan het tijdigheidsvereiste te kunnen voldoen. Als het hof echter uitspreekt dat de arbeidsovereenkomst op een termijn korter dan twee weken na dagtekening van de uitspraak eindigt, – hetgeen mogelijk is nu de (thans) in artikel 7:671b lid 9 sub a BW opgenomen voorschriften met betrekking tot de door de rechter in acht te nemen termijnen in hoger beroep niet van toepassing zijn⁶¹ – is wel oplettendheid geboden. De werkgever moet de vergoeding in geval van een ontbindingsprocedure (in eerste aanleg of hoger beroep) immers op grond van lid 7 BW betalen uiterlijk op de laatste dag van de arbeidsovereenkomst. In hoger beroep kan het dus zo zijn dat de werkgever de vergoeding al moet betalen voordat het tijdigheidsvereiste is verstreken. Doet hij dat niet, dan zal het beding op grond van lid 8 BW "*verder geen werking*" hebben.

7.3 Consequenties van het aanwenden van rechtsmiddelen

Als gezegd, is in het wetsvoorstel geen aandacht besteed aan wat rechtens is indien rechtsmiddelen worden aangewend. Wij achten het zinvol daarop in te gaan om discussies daarover na invoering van het wetsvoorstel zoveel mogelijk te voorkomen. Daarbij verdient het wat ons betreft de voorkeur dat kwesties, waar mogelijk, al door de wetgever worden verhelderd. Hoe meer aan de rechtspraak wordt overgelaten, hoe groter de rechtsonzekerheid, in ieder geval totdat richtinggevende rechtspraak voorhanden is. Hierna schetsen wij de meest voor de hand liggende scenario's die zich zullen kunnen voordoen.

(i) Kortgedingprocedure

Vooropgesteld wordt dat geschillen over concurrentiebedingen regelmatig in kort geding plaatsvinden. Onder het huidige recht heeft de Hoge Raad beslist dat een vordering tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een 653-beding niet in kort geding kan worden toegewezen, maar dat wel een vordering tot schorsing van een dergelijk beding kan worden toegewezen.⁶² Wij menen dat deze rechtspraak van de Hoge Raad ook blijft gelden als het wetsvoorstel wordt aangenomen.

(ii) Discussie over de kwalificatie en rechtsgeldigheid van een opzegging

Voorts kan discussie bestaan over de vraag of een handeling überhaupt als opzegging kwalificeert⁶³ en – zo ja – over de vervolgvraag of die opzegging rechtsgeldig is. Zoals gezegd, menen wij dat het uiteindelijke antwoord op deze vragen niet van belang is voor de vraag of aan het tijdigheidsvereiste is voldaan: de werkgever zal er – voor dat doel – steeds van uit moeten gaan dat sprake is van een rechtsgeldige opzeggingshandeling. De vraag rijst vervolgens wat rechtens is als achteraf blijkt dat géén sprake is geweest van een opzegging (ad a), of dat de opzegging niet-rechtsgeldig is (ad b), maar als de werkgever wel een vergoeding heeft betaald wegens het intrekken van dat beding en de werknemer zich al dan niet aan dat beding heeft gehouden. Deze twee scenario's worden hierna besproken.

⁶¹ Idem.

⁶² HR 17 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:894 (*Meijndert Trucking*), rov. 3.1.3, onder verwijzing naar HR 29 april 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4650.

⁶³ Zie bijvoorbeeld: HR 10 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8387 (*Grillroom Ramses*), HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar*) en HR 26 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:111 (*Adede*).

(a) Handeling blijkt geen opzegging te zijn

Ingevolge lid 6 BW is de werkgever een vergoeding verschuldigd indien de werkgever "zich beroept op een beding" dat onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW valt. Uit deze formulering lijkt te volgen dat het enkele feit dat een werkgever zich op dat beding beroept, voldoende is om de vergoeding verschuldigd te doen zijn. Wij achten dat niet wenselijk als een handeling niet als een opzegging blijkt te kwalificeren. Dat kan, bij een "werknemersopzegging", het geval zijn als de werknemer de arbeidsovereenkomst niet 'duidelijk en ondubbelzinnig' heeft opgezegd.⁶⁴ In dat geval duurt de arbeidsovereenkomst immers – ononderbroken – voort, totdat deze op een andere wijze eindigt. Omdat de werknemer daarom feitelijk niet beperkt is geweest in zijn bevoegdheid om "*na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn*" (zoals lid 1 BW bepaalt), menen we dat de werkgever in zo een geval niet de in lid 6 BW bedoelde vergoeding verschuldigd behoort te zijn en betaling van de vergoeding onverschuldigd behoort te zijn (artikel 6:203 BW). Als destijds duidelijk was geweest dat van een opzegging geen sprake was, dan had de werkgever het beding niet kunnen invoeren en zou hij geen vergoeding verschuldigd zijn geweest. Omdat het zesde lid, naar de letter genomen, zo gelezen kan worden dat een vergoeding ook verschuldigd is als de werkgever zich – ten onrechte – op dat beding beroept, geven we de wetgever in overweging om in een nadere toelichting de zojuist weergegeven zienswijze te bevestigen, indien deze wordt gedeeld. Indien de wetgever deze zienswijze niet zou delen, maar zou menen dat de vergoeding uit lid 6 BW *wel* verschuldigd blijft, ook als de arbeidsovereenkomst juridisch niet onderbroken is geweest, dan geven wij in overweging om deze keuze kenbaar te motiveren.

(b) Opzegging blijkt niet rechtsgeldig te zijn

Achteraf kan blijken dat de opzegging door de werkgever of door de werknemer niet rechtsgeldig is geweest. Hierna bespreken wij wat volgens ons dan heeft te gelden.

- **Opzegging door werkgever: vernietigingsprocedure artikel 7:681 BW**

Als de *werkgever* de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig heeft opgezegd, dan kan de werknemer de kantonrechter, in bepaalde gevallen, op grond van artikel 7:681 BW verzoeken de opzegging te *vernietigen*, of anders verzoeken om toekenning van een *billijke vergoeding*.

- Omdat *vernietiging* terugwerkende kracht heeft (artikel 3:53 BW), moet worden aangenomen dat de opzegging nooit heeft plaatsgehad. Om die reden behoort in dat geval in onze visie hetzelfde te gelden als hiervoor onder (a) is opgemerkt: omdat de arbeidsovereenkomst juridisch – ononderbroken – heeft voortgeduurd, achten wij het niet redelijk als de werkgever een vergoeding verschuldigd zou zijn in verband met het beroep op een beding dat onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW valt. Wederom geldt dat we menen dat de rechtspraak gebaat is bij duidelijkheid. Als de wetgever zou menen dat de vergoeding uit lid 6 BW ook verschuldigd is c.q. blijft als de opzegging wordt vernietigd, verdient het naar onze mening de voorkeur als die – politieke – keuze duidelijk uit de wetsgeschiedenis blijkt;
- Als de kantonrechter een *billijke vergoeding* toekent, dan blijft een op grond van lid 6 BW door de werkgever aan de werknemer betaalde vergoeding in onze visie verschuldigd (vanzelfsprekend indien aan de voorwaarden als bedoeld in lid 9 BW is voldaan). In dat geval is de arbeidsovereenkomst immers door de opzegging geëindigd, ook al is gebleken dat de opzegging volgens de kantonrechter vernietigbaar was. De vervolgvraag is dan welke betekenis aan deze betaalde vergoeding uit lid 6 BW moet worden toegekend in het kader van de begroting van de billijke vergoeding uit artikel 7:681 BW. Bij die begroting kunnen alle (financiële) omstandigheden meewegen.⁶⁵ Strikt genomen, zou men kunnen zeggen dat een op grond van lid 6 BW betaalde vergoeding een "financieel voordeel" is dat de werknemer geniet als een

⁶⁴ Zie onder andere: HR 28 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4391 (*Coolwijk/Kroes*); HR 17 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4902 (*Pekela NV*).

⁶⁵ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*).

vernietigbare opzegging niet wordt vernietigd, welk "financieel voordeel" de werknemer in eerste instantie niet zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd. Dan zou de arbeidsovereenkomst immers – ononderbroken – hebben voortgeduurd en zou – in onze visie – een vergoeding op grond van lid 6 BW niet aan de orde zijn geweest, althans hooguit pas op het moment dat de arbeidsovereenkomst op een later moment eindigt en de werkgever zich dan (nogmaals) op het beding beroept. Zo bezien, kan aan de vergoeding een "verlagend effect" worden toegekend bij de begroting van de billijke vergoeding, in ieder geval als de werkgever in het hypothetische scenario géén beroep op het beding zou hebben gedaan.

Daarbij plaatsen wij twee kanttekeningen. In de eerste plaats is het de vraag hoe wenselijk het is om de vergoeding van lid 6 BW "in mindering te brengen" op de billijke vergoeding. Aan de ene kant wel, nu de werknemer onder de werking van het beding (mogelijk) geen werkzaamheden bij een concurrent is gaan verrichten en daardoor niet bij die concurrent inkomsten heeft kunnen verwerven. Dit kan resulteren in een hogere billijke vergoeding, aangezien de feitelijke inkomsten – die mogelijk lager zijn omdat het aangaan van een dienstverband bij de concurrent door het beding niet mogelijk was – moeten worden afgezet tegen de hypothetische inkomsten die de werknemer gedurende de hypothetische duur van het dienstverband bij zijn werkgever zou hebben verworven als de opzegging zou zijn vernietigd. Aan de andere kant niet, nu men ook kan zeggen dat tegenover het "financieel voordeel" een (indien op geld gewaardeerd) vergelijkbaar "nadeel" heeft gestaan, bestaande uit de beperking in de vrijheid van arbeidskeuze. Zo bezien, is er geen aanleiding om aan de vergoeding uit lid 6 BW bij de begroting van de billijke vergoeding een "verlagend" effect toe te kennen. In de tweede plaats merken wij op dat het de vraag is hoe realistisch een hypothetisch scenario is, waarin de werkgever zich *niet* op een beding uit artikel 7:653 BW beroept, nu de werkgever zich thans *wel* op het beding heeft beroepen. Zou de werkgever in dat hypothetische scenario wel een beroep op dat beding hebben gedaan, dan zou de vergoeding uit lid 6 BW ook in dat geval verschuldigd zijn, zodat de vergoeding dan géén effect op de billijke vergoeding behoort te hebben. Wat hier ook van zij: we geven de wetgever in overweging om inzicht te geven in hoe de vergoeding in lid 6 BW zich verhoudt tot een billijke vergoeding. Mocht de wetgever dit aan de rechter willen overlaten⁶⁶, dan achten wij het ook zinvol dat dit in een nadere toelichting tot uitdrukking komt. We achten het echter in het belang van de rechtseenheid en rechtszekerheid als de wetgever de rechtspraak handvatten biedt. Zo merken we op dat die handvatten niet geboden zijn ten aanzien van de vraag hoe de rechter in het kader van de begroting van de billijke vergoeding met een aan de werknemer betaalde transitievergoeding moet omgaan. De Hoge Raad heeft in de *New Hairstyle*-beschikking (niet meer) overwogen (dan) dat bij de begroting van de billijke vergoeding "*de eventueel aan de werknemer toekomende transitievergoeding [dient] te worden betrokken.*"⁶⁷ Op welke wijze die transitievergoeding moet worden betrokken, is echter op basis van die uitspraak niet duidelijk. Dit heeft erin geresulteerd dat die transitievergoeding door sommige rechters wél in mindering wordt gebracht op de billijke vergoeding en door sommige niet, hoewel dat verschil in waardering niet steeds voor de hand ligt.

- **Opzegging door werkgever: herstelprocedure artikel 7:682 BW**

In andere gevallen, waaronder na een onterecht door het UWV verleende ontslagvergunning, kan de werknemer de kantonrechter op grond van artikel 7:682 BW verzoeken de werkgever te veroordelen om de arbeidsovereenkomst te *herstellen* of ten laste van de werkgever een *billijke vergoeding* toekennen. Voor wat betreft de billijke vergoeding wordt veelal de eis gesteld dat de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

⁶⁶ Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3 (*MvT*), p. 32-34 en nr. 4, p. 61.

⁶⁷ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*), rov. 3.4.5.

- Een *herstel* kan ofwel plaatsvinden met terugwerkende kracht ofwel met ingang van een datum op een later moment.⁶⁸ In dat laatste geval is de arbeidsovereenkomst onderbroken geweest en kan de rechter op grond van artikel 7:682 lid 6 BW voorzieningen treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. In geval van *herstel* met terugwerkende kracht zal het in onze visie niet redelijk zijn als de werkgever een vergoeding uit lid 6 BW verschuldigd blijft. Deze visie is in lijn met de voornoemde visie bij vernietiging van de opzegging en het geval dat een bepaalde handeling niet als een opzegging kwalificeert. De arbeidsovereenkomst heeft in dat geval immers – juridisch gezien – ononderbroken voortgeduurd. Wordt de arbeidsovereenkomst per een later tijdstip hersteld, dan is de arbeidsovereenkomst juridisch wel onderbroken geweest. Wij menen dat dan wel een vergoeding verschuldigd kan zijn, omdat het beding in dat geval de werknemer heeft verhinderd, of heeft kunnen verhinderen, om een andere baan te vinden. Indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, kan de rechter bij het treffen van een voorziening in de zin van artikel 7:682 lid 6 BW, rekening houden met het feit dat de vergoeding uit artikel 7:653 lid 6 BW is betaald.
- Als een *billijke vergoeding* wordt toegekend dan geldt in onze visie hetzelfde als hiervoor is opgemerkt omtrent de billijke vergoeding die op grond van artikel 7:681 BW kan worden toegekend. We menen dat in dat geval de vergoeding artikel 7:653 lid 6 BW verschuldigd blijft. Voor wat betreft de wijze waarop dat doorklinkt in de billijke vergoeding, verwijzen we graag naar onze eerdere bespiegelingen daarover.

- **Opzegging door werkgever: afwijkend oordeel in hoger beroep**

Het voorgaande gaat uit van het scenario dat de kantonrechter het verzoek van de werknemer op grond van artikel 7:681 BW of artikel 7:682 BW heeft *toegewezen*. Denkbaar is echter ook dat de kantonrechter het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging, om herstel van de arbeidsovereenkomst of om toekenning van de billijke vergoeding heeft *afgewezen*, maar dat het hof (al dan niet: na cassatie) meent dat dit ten onrechte is gebeurd. In dat geval kan het hof de werkgever op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW veroordelen de arbeidsovereenkomst te *herstellen* – met terugwerkende kracht of na een onderbreking – of, in plaats daarvan, aan de werknemer een *billijke vergoeding* toekennen. In geval van herstel verklaart artikel 7:683 lid 4 BW artikel 7:682 lid 6 BW van overeenkomstige toepassing.

Wij menen dat hiervoor hetzelfde geldt als hiervoor is gezegd: in geval van *herstel* met terugwerkende kracht zal het in onze visie niet redelijk zijn als de werkgever een vergoeding uit artikel 7:653 lid 6 BW verschuldigd blijft. De arbeidsovereenkomst heeft in dat geval immers – juridisch gezien – ononderbroken voortgeduurd. Wordt de arbeidsovereenkomst per een later tijdstip hersteld, dan is de arbeidsovereenkomst wel onderbroken geweest. Wij menen dat in dat geval wel een vergoeding verschuldigd kan zijn, omdat het beding in dat geval de werknemer heeft verhinderd, of heeft kunnen verhinderen, om een andere baan te vinden. Wel biedt artikel 7:682 lid 6 BW jo. artikel 7:683 lid 4 BW de rechter de mogelijkheid om bij het treffen van een voorziening rekening te houden met een vergoeding die op grond van artikel 7:653 lid 6 BW is betaald. Voor wat betreft de impact op de begroting van de billijke vergoeding, verwijzen we (wederom) naar onze eerdere opmerkingen daarover.

- **Opzegging door werknemer**

Als de *werknemer* de arbeidsovereenkomst volgens de werkgever niet rechtsgeldig heeft opgezegd, dan voorzien wij geen problemen met betrekking tot de vergoeding uit lid 6 BW. De wet voorziet immers voor de werkgever niet in een vernietigingsprocedure of herstelprocedure, maar enkel in de mogelijkheid tot betaling van een schadevergoeding wegens de onregelmatige opzegging. De arbeidsovereenkomst eindigt dus, vanaf het moment dat de (onregelmatige) opzegging de werkgever heeft bereikt. Doet de werkgever een beroep op het beding uit artikel 7:653 BW, dan is de vergoeding

⁶⁸ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Stichting Amsta*).

verschuldigd (vanzelfsprekend: tenzij de werkgever die vergoeding op grond van lid 9 BW niet verschuldigd is).

(iii) Afwijkende oordelen over aanwezigheid voldragen ontslaggrond

Indien de kantonrechter het verzoek van de *werkgever* tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft *toegewezen*, maar het hof (al dan niet: na cassatie) beslist dat géén sprake was van een voldragen ontslaggrond, dan kan het hof de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:683 lid 3 BW *herstellen* of op die grond een *billijke vergoeding* toekennen. Voor wat betreft de betekenis voor de vergoeding uit artikel 7:653 lid 6 BW verwijzen wij naar de tekst onder het kopje 'Opzegging door de werkgever: afwijkend oordeel in hoger beroep'.

Indien de kantonrechter het verzoek van de *werknemer* tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft *toegewezen*, dan zijn de mogelijkheden in hoger beroep en cassatie beperkt. Ingevolge artikel 7:683 lid 2 BW kunnen die beroepen enkel betrekking hebben op de vergoeding (als bedoeld in artikel 7:671c lid 2 of 3 BW). Anders gezegd: herstel van de arbeidsovereenkomst is geen optie. De arbeidsovereenkomst was en blijft geëindigd. Een op grond van artikel 7:653 lid 6 BW verschuldigde vergoeding, zal dan ook verschuldigd blijven.

Als de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever of werknemer heeft *afgewezen*, blijft de arbeidsovereenkomst – zoals hiervoor is geschetst – na de uitspraak van de kantonrechter in stand. Meent het hof, anders dan de kantonrechter, dat toch een voldragen ontslaggrond aanwezig is, dan kan het hof op grond van artikel 7:683 lid 5 BW bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Als gezegd, rechtvaardigt dit wat ons betreft een afzonderlijke bepaling in artikel 7:653 lid 3 BW omtrent het tijdigheidsvereiste. In dit scenario zien wij geen perikelen voor wat betreft de vergoeding uit artikel 7:653 lid 6 BW. De werkgever is die vergoeding immers pas verschuldigd na de uitspraak van het hof (vanzelfsprekend: als hij zich op het beding beroept en als aan de voorwaarden uit artikel 7:653 lid 9 BW is voldaan).

(iv) Afwijkende oordelen kantonrechter en hof over ernstige verwijtbaarheid (bij overeenstemming over bestaan van een voldragen ontslaggrond)

In artikel 7:653 lid 5 BW is bepaald dat een werkgever zich niet kan beroepen op een beding indien het eindigen of niet voortzetten van de overeenkomst het gevolg is van *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever*. In lid 9 is bepaald dat de werkgever de vergoeding niet verschuldigd is indien het eindigen of niet voortzetten van de overeenkomst het gevolg is van *ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer*. Aldus heeft de beantwoording van de vraag of handelen, dan wel nalaten van de werkgever en/of de werknemer als *ernstig verwijtbaar* kwalificeert belangrijke implicaties. Over de kwalificatie van gedrag als wel of niet ernstig verwijtbaar kan echter verschillend worden gedacht. De rechtspraak bevat vele voorbeelden waarin de kantonrechter in eerste aanleg wel meent dat bepaald gedrag ernstig verwijtbaar is, maar dat het hof dat anders ziet, en *vice versa*.

Tegen die achtergrond rijst de vraag hoe moet worden omgegaan met de volgende situaties:

(1) de kantonrechter bestempelt het handelen of nalaten van de werkgever wel als ernstig verwijtbaar, maar het hof merkt dat gedrag *niet* als ernstig verwijtbaar aan

In dit scenario heeft de werkgever – naar achteraf blijkt: ten onrechte – geen beroep kunnen doen op het beding. Wat heeft te gelden als de werknemer ondertussen, binnen de temporele reikwijdte van het beding, naar een concurrent is gegaan? Volgens de huidige wettekst lijkt dat risico voor de werkgever te komen. Is dat inderdaad de bedoeling van de wetgever? Als dat zo is, geven we in overweging dat in de wetsgeschiedenis te verduidelijken. Is dat niet de bedoeling en meent de wetgever dat de werkgever in zo een geval wel enige (verhaals)mogelijkheden of juridische acties richting de werknemer behoort te hebben, dan geven wij in overweging om ook daarop in te gaan in het belang van de rechtszekerheid.

- (2) de kantonrechter bestempelt het handelen of nalaten van de werkgever *niet* als ernstig verwijtbaar, maar het hof merkt dat gedrag *wel* als ernstig verwijtbaar aan;

In dit geval heeft de werkgever mogelijk – naar achteraf blijkt: ten onrechte – *wel* een beroep gedaan op het beding. Wat heeft te gelden als de werknemer daardoor *wel* een vergoeding uit lid 6 BW heeft ontvangen, maar tegelijkertijd ook – naar achteraf blijkt: ten onrechte – beperkt is geweest in de vrijheid van arbeidskeuze? De betaling van de vergoeding kan worden teruggedraaid maar de beperking van de vrijheid van arbeidskeuze niet. Gelet hierop, verdient het naar onze mening de voorkeur dat de vergoeding dan niet behoeft te worden terugbetaald. Het "financiële voordeel" dat de werknemer – ten onrechte – heeft ontvangen, kan dan worden weggestreept tegen het nadeel dat de werknemer – ten onrechte – heeft geleden, doordat hij zich (tijdelijk) aan het (concurrentie)beding gebonden heeft geacht.

- (3) de kantonrechter bestempelt het handelen of nalaten van de werknemer *wel* als ernstig verwijtbaar, maar het hof merkt dat gedrag *niet* als ernstig verwijtbaar aan;

Dit scenario lijkt weinig problematisch. Hier lijkt te gelden dat de werkgever alsnog een vergoeding uit lid 6 BW moet betalen als in hoger beroep komt vast te staan dat het handelen of nalaten van de werknemer *niet* als ernstig verwijtbaar gedrag kwalificeert. Wel verwachten wij dat werkgevers sneller een beroep zullen doen op een (concurrentie)beding als de kantonrechter het handelen van de werknemer *wel* als ernstig verwijtbaar heeft aangemerkt. Bij die stand van zaken, is de werkgever namelijk op grond van lid 9 sub a BW geen vergoeding verschuldigd. We nemen echter aan dat dit "procesrisico" voor rekening van de werkgever behoort te komen. Deze zal bij zijn beslissing om het beding in te roepen rekening moeten houden met de mogelijkheid dat het hof een ander, negatief, oordeel velt over de vraag of de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten.

- (4) de kantonrechter bestempelt het handelen of nalaten van de werknemer *niet* als ernstig verwijtbaar, maar het hof merkt dat gedrag *wel* als ernstig verwijtbaar aan.

In dit scenario menen wij dat de werknemer gehouden is om een op grond van lid 6 BW van de werkgever ontvangen vergoeding aan de werkgever terug te betalen.

7.4 Advies

De memorie van toelichting bespreekt niet wat rechtens is als rechtsmiddelen worden aangewend en laat (onder meer) geen licht schijnen op de juridische complicaties van hoger beroep en cassatie. Daarbij moet bovendien worden bedacht dat juist bij geschillen met betrekking tot concurrentiebedingen snelheid is geboden en daarom veel zaken in kort geding plaatsvinden. Het oordeel van de rechter is dan altijd 'voorlopig', waardoor er een stapeling aan procedures kan ontstaan waarbij partijen in hoger beroep van het kortgeding procederen en inmiddels een bodemprocedure zijn gestart. Deze juridische stappen roepen tal van vragen op, waarbij het behulpzaam is dat de regering sturing geeft aan dit te voeren debat bij de rechter. We bevelen aan om in de memorie van toelichting uitgebreid(er) stil te staan bij (1) het tijdigheidsvereiste in geval van hoger beroep, (2) het (on)verschuldigd zijn van de vergoeding indien na het aanwenden van een rechtsmiddel blijkt dat deze vergoeding juist wel of toch niet verschuldigd was en (3) de verhouding tot de billijke vergoeding. De veelvoorkomende scenario's uit dit hoofdstuk bieden daar mogelijk een 'kapstok' voor om nadere duiding te geven in de memorie van toelichting.
