

Advies Wetsvoorstel herziening concurrentiebeding

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

## **Inhoud**

Samenvatting	2
1. Inleiding	4
2. Achtergrond en totstandkoming wetsvoorstel herziening concurrentiebeding	6
3. Advisering SER en Stichting van de Arbeid; reacties sociale partners	13
4. Beschouwing en beantwoording van de adviesaanvraag	15
4.1 Inleiding	15
4.2 De vier adviesvragen	15
4.3 Conclusie	24

## **Bijlagen**

1. De adviesaanvraag
2. Het advies van de Stichting van de Arbeid van 5 maart 1998
3. De brieven van de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties aan de Tweede Kamer van 16 januari 2002, 25 juni 2002 en 6 februari 2004
4. De brieven van het CNV, de MHP en de FNV aan de Tweede Kamer van 8 februari 2002 en 29 september 2004 en aan de Eerste Kamer van 22 oktober 2004
5. De samenstelling van de Commissie Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap

## Samenvatting

De Eerste Kamer heeft het advies van de Sociaal-Economische Raad gevraagd over het wetsvoorstel tot wijziging van het concurrentiebeding. Dit wetsvoorstel is thans bij de Eerste Kamer in behandeling.

De adviesaanvraag bevat een algemene vraagstelling over de balans tussen flexibiliteit in arbeidsrelaties en mobiliteit van de arbeid enerzijds, en stabiliteit en rechtszekerheid voor werkgever en werknemer anderzijds. Daarnaast wordt een viertal specifieke vragen gesteld die betrekking hebben op de positie van de uitzendwerknemer en -werkgever, op het relatiebeding en op de koppeling van een procedure over het concurrentiebeding met die over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Een concurrentiebeding is een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij de werknemer wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst 'op zekere wijze werkzaam te zijn'; de regeling is nader uitgewerkt in artikel 7: 653 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Het wetsvoorstel, dat eind 2001 aan de Tweede Kamer is voorgelegd, bevatte als belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling een (verplicht) door de werkgever aan de werknemer te betalen vergoeding (voor de beperking in arbeidskeuze die deze door het beding ondervindt) en een beperking van de geldingsduur van het beding tot een jaar. Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer is daar bij amendement onder meer nog aan toegevoegd dat het relatiebeding van de werking van de regeling van het concurrentiebeding is uitgesloten. Het (geamendeerde) wetsvoorstel is eind 2004 aan de Eerste Kamer voorgelegd.

De raad komt in het advies tot de conclusie dat het wetsvoorstel op een aantal onderdelen vooral in juridische zin onvoldoende duidelijkheid biedt. Dit kan ertoe leiden dat de rechtszekerheid voor zowel de werkgever als de werknemer in het gedrang komt. Dit klemt temeer nu juist de bevordering van de rechtszekerheid een van de beleidsdoelstellingen van het wetsvoorstel is.

Verder merkt de raad op dat, gezien vanuit het element 'Wetgevingskwaliteit' (het wetsvoorstel is opgezet vanuit het overheidsproject Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit) vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het wetsvoorstel.

Wat betreft de *positie van de uitzendwerkgever en -werknemer* hebben de bewindslieden van Justitie en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer aangegeven dat in de situatie waarin het de uitzendwerknemer wordt verboden in dienst te treden bij de opdrachtgever, er noch sprake is van een relatiebeding, noch van een concurrentiebeding.

Volgens de raad is het op grond van de tekst van het wetsvoorstel echter mogelijk dat een beding tussen een uitzendonderneming en een uitzendwerknemer, dat verbiedt dat de werknemer rechtstreeks bij de opdrachtgever in dienst treedt (belemmeringsbeding), dient te worden aangemerkt als een beding tussen een 'gewone' werkgever en werknemer. Er is dan (anders dan de bewindslieden meenden) sprake van een

concurrentiebeding; het betreft immers een beperking voor de uitzendwerknemer in zijn bevoegdheid om 'op zekere wijze werkzaam te zijn'.

Daarmee kan het wetsvoorstel tot onzekerheid voor de uitzendwerkgever en -werknemer aanleiding geven. Enerzijds zouden zij op grond van de nadere uitleg van de bewindslieden kunnen menen dat een tussen hen overeengekomen belemmeringsbeding niet onder de werking van de gewijzigde regeling inzake het concurrentiebeding zal vallen en daarmee vormvrij is, anderzijds is het volgens de raad niet ondenkbaar dat de rechter daarover anders zal oordelen.

In het (geamendeerde) wetsvoorstel wordt het *relatiebeding* omschreven als 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.

Uit de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer blijkt dat de regering van opvatting is dat het relatiebeding wezenlijk anders is dan het concurrentiebeding.

De raad signaleert dat uit de literatuur, maar ook uit de jurisprudentie, kan worden afgeleid dat over deze opvatting twijfel bestaat. In de in het advies aangehaalde literatuur wordt gesteld dat het beding dat de ex-werknemer op enigerlei wijze verbiedt contacten aan te gaan of te onderhouden met klanten van de ex-werkgever, hem (de ex-werknemer) wel degelijk kan beperken in zijn bevoegdheid om na het einde van het dienstverband 'op zekere wijze werkzaam te zijn'.

De gekozen definitie in het wetsvoorstel bergt volgens de raad het risico in zich dat bedingen die qua strekking op het relatiebeding lijken, door de rechter toch niet als zodanig zullen worden uitgelegd. Denkbaar is dat deze bedingen dan volgens de regeling van het concurrentiebeding zullen worden beoordeeld. Er kan dan gedurende lange tijd onzekerheid blijven bestaan of het 'relatiebeding' ook daadwerkelijk een relatiebeding is.

Het wetsvoorstel creëert *de mogelijkheid om aan een tot de rechter gedaan verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te koppelen een verzoek met betrekking tot een concurrentiebeding*.

De raad meent dat dit voorstel past in een ontwikkeling die ook op andere terreinen waarneembaar is, namelijk om procedures zoveel mogelijk te concentreren bij één rechter. Verder schept het voorstel duidelijkheid en kan het bijdragen aan de snelheid van de afwikkeling van arbeidsrechtelijke procedures.

Ook kan de raad zich vinden in het voorstel van de regering om ter zake van het concurrentiebeding niet af te wijken van het uitgangspunt van het recht op behandeling in meerdere instanties.

## 1. Inleiding

Op 4 november 2005 heeft de voorzitter van de Eerste Kamer het advies van de Sociaal-Economische Raad gevraagd over het wetsvoorstel tot wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek (BW) met betrekking tot het concurrentiebeding (Wetsvoorstel 28 167). Dit wetsvoorstel is thans bij de Eerste Kamer in behandeling.

In de adviesaanvraag wordt erop gewezen dat het wetsvoorstel in de loop van de behandeling nogal wat wijzigingen heeft ondergaan<sup>1</sup>. Voor de leden van de fracties van de PvdA en het CDA is dit gegeven aanleiding advies te vragen over dit wetsvoorstel, zo wordt in de adviesaanvraag gesteld.

De adviesaanvraag bevat een algemene vraagstelling en vier specifieke vragen. In meer algemene zin wordt verzocht 'met name' aandacht te besteden aan de balans tussen enerzijds flexibiliteit in arbeidsrelaties en mobiliteit van de arbeid, anderzijds stabiliteit en rechtszekerheid voor zowel werkgever als werknemer.

Meer in het bijzonder worden de volgende vragen voorgelegd:

1. Hoe luidt het oordeel van de SER over het geamendeerde wetsvoorstel voor wat betreft de positie van uitzendwerknemers? Is de regeling adequaat, met name in het licht van het veelvuldig voorkomende beding dat de uitzendkracht na afloop van de uitzendperiode niet in dienst treedt bij de inlener?
2. Geeft de regeling afdoende bescherming aan de (uitzend)werkgever in het licht van door hem gedane investeringen in enerzijds de (employability van de) werknemer en anderzijds in de via de werknemer onderhouden relatie met opdrachtgever of klant?
3. Hoe luidt het oordeel van de SER over de regeling voor het zogeheten relatiebeding? Is deze, in het licht van de bovengenoemde belangen, redelijk en evenwichtig?
4. Dient uitdrukkelijk te worden voorzien in een mogelijke koppeling van een procedure over het concurrentiebeding met één ex artikel 7:685 BW (ontbinding van de arbeidsovereenkomst)?

Het dagelijks bestuur van de SER heeft de adviesaanvraag in handen gesteld van de Commissie Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap (AOM), ter voorbereiding van een ontwerpadvies<sup>2</sup>.

De raad heeft dit advies vastgesteld in zijn vergadering van 17 maart 2006<sup>3</sup>.

Dit advies is als volgt opgebouwd. De achtergrond en de totstandkoming van het wetsvoorstel worden in het hierna volgende hoofdstuk 2 belicht. In hoofdstuk 3 wordt gerefereerd aan eerdere advisering door de SER en de Stichting van de Arbeid over het concurrentiebeding. Tevens komen daarin de brieven aan de orde die door de centrale organisaties van werkgevers en van werknemers in de loop van de parlementaire

<sup>1</sup> De adviesaanvraag is als bijlage 1 bij dit advies gevoegd.

<sup>2</sup> De samenstelling van de commissie is opgenomen in bijlage 5 bij dit advies.

<sup>3</sup> Het verslag van de raadsvergadering is te raadplegen op de website van de SER ([www.ser.nl](http://www.ser.nl)).

behandeling van het wetsvoorstel zijn gericht aan het Parlement. In hoofdstuk 4 komt de raad toe aan een beschouwing en beantwoording van de adviesaanvraag.

## 2. Achtergrond en totstandkoming wetsvoorstel herziening concurrentiebeding

### *Doel aanpassing regeling concurrentiebeding*

In het wetsvoorstel tot wijziging van het concurrentiebeding<sup>4</sup> dat in december 2001 aan de Tweede Kamer werd voorgelegd worden nieuwe voorwaarden gesteld aan de geldigheid van een concurrentiebeding<sup>5</sup>. Met de voorgestelde wijziging wordt een drieledig doel beoogd:

- bevordering van de rechtszekerheid;
- een beter evenwicht tussen de belangen van de werkgever en de werknemer;
- een onnodig beroep op het concurrentiebeding tegengaan.

### *Voorgeschiedenis*

In de in 1995 uitgebrachte nota Flexibiliteit en Zekerheid<sup>6</sup> heeft het toenmalige kabinet zijn beleidsvoornemens ten aanzien van de flexibilisering van de arbeidsmarkt uiteengezet. In de nota wordt overwogen dat het concurrentiebeding onder condities legitiem is, maar dat het de mobiliteit en de concurrentie nadelig kan beïnvloeden. In de nota wordt onderzoek in het vooruitzicht gesteld naar het vóórkomen van concurrentiebedingen en de eventuele belemmeringen voor flexibiliteit en mobiliteit. In het kader van het project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) is een werkgroep ingesteld met als taakopdracht na te gaan welke consequenties het concurrentiebeding heeft op de flexibiliteit en mobiliteit van werknemers.

De MDW-werkgroep heeft de verschillende juridische aspecten van het concurrentiebeding in kaart gebracht. Daarnaast heeft het onderzoeksbureau Research voor Beleid in opdracht van de MDW-werkgroep een onderzoek gedaan naar de ervaringen van werkgevers en werknemers met het concurrentiebeding.

In het op 1 mei 1997 uitgebrachte onderzoeksrapport<sup>7</sup> wordt het volgende vastgesteld.

- De vrijheid van arbeidskeuze kan als gevolg van het concurrentiebeding te zeer in het gedrang komen. Een van de oorzaken hiervan is dat bij het aangaan van het beding de tegenstrijdige belangen van werkgever en werknemer niet voldoende tegen elkaar worden afgewogen.
- De inhoud van een concurrentiebeding heeft vaak een zeer ruim bereik; concurrentiebedingen worden als een soort standaardclausule in contracten opgenomen. Deze praktijk komt de duidelijkheid en de rechtszekerheid niet ten goede en kan een belemmering vormen voor de arbeidsmobiliteit.
- 10 procent van de werknemers voor wie een beding geldt voelt zich op een of andere manier belemmerd bij het zoeken van een andere baan of het starten van een eigen bedrijf.

<sup>4</sup> Strikt genomen zou gesproken moeten worden van het non-concurrentiebeding. Aangezien de term 'concurrentiebeding' in het spraakgebruik is ingeburgerd, ligt het in de rede deze term te handhaven. Aldus de raad in zijn advies (1992) *Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, publicatienr. 91/20, Den Haag, p. 46.

<sup>5</sup> Een concurrentiebeding is een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om aan het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn (de regeling is uitgewerkt in artikel 7: 653 BW).

<sup>6</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 543, nr. 1, bijlage bij de brief van de minister van SZW, § 4.10.

<sup>7</sup> Als bijlage gevoegd bij de brief van de minister van SZW en de minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 20 augustus 1997; Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 036, nr. 58.

- Partijen hebben onvoldoende zekerheid over de toelaatbaarheid van een beding. Het is primair aan de werknemer om deze zekerheid te verkrijgen. Dit geldt zowel voor de gehele of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding als voor de vergoeding.
- De huidige praktijk van het concurrentiebeding lijkt in strijd te zijn met een aantal beleidsdoelstellingen, zoals de bevordering van de marktwerking op de product- en arbeidsmarkten en het vergroten van de employability van de werknemer.
- Een concurrentiebeding kan een belemmering zijn om in te gaan op nieuwe carrièremogelijkheden.

Op 31 mei 1997 heeft de MDW-werkgroep haar rapport uitgebracht<sup>8</sup>. De werkgroep heeft verschillende opties overwogen om een beter evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van werkgever en werknemer. Een wettelijk verbod van het concurrentiebeding wijst de werkgroep af. De werkgroep bepleit aanscherping van de regeling van het concurrentiebeding. Daarbij dient naar het oordeel van de werkgroep gestreefd te worden naar een beter evenwicht tussen de belangen van de werkgever en de werknemer en naar bevordering van de rechtszekerheid. De werkgroep presenteert elf conclusies en aanbevelingen met betrekking tot een nieuwe regeling van het concurrentiebeding. Deze luiden als volgt:

1. Concurrentiebedingen kunnen alleen worden overeengekomen in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden concurrentiebedingen wettelijk verboden.
2. De werking van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding wordt opgeschort voor de duur van de proeftijd. Dat wil zeggen dat het beding pas kan worden ingeroepen indien de arbeidsovereenkomst na afloop van de proeftijd wordt gecontinueerd voor onbepaalde tijd.
3. De geldingsduur van concurrentiebedingen wordt wettelijk begrensd. De werkgroep denkt hierbij aan een termijn van bijvoorbeeld maximaal één jaar.
4. Het geografisch en functioneel bereik van concurrentiebedingen moet in het beding worden beschreven, zodat voldoende duidelijk blijkt op welk gebied en op welke activiteiten het individuele beding betrekking heeft.
5. Aan de hoogte en de wijze van berekening van de in concurrentiebedingen overeen te komen boetes worden in de wet nadere eisen gesteld.
6. Concurrentiebedingen kunnen alleen overeengekomen worden indien de werkgever de werknemer voor de duur van het beding een vergoeding aanbiedt.
7. Het concurrentiebeding moet door partijen heroverwogen worden indien de functie van de werknemer gedurende de arbeidsovereenkomst wezenlijk is gewijzigd dan wel indien het concurrentiebeding anderszins zwaarder is gaan drukken.
8. De verplichting voor de werknemer tot nakoming van het concurrentiebeding dient te vervallen indien de werkgever failliet gaat.

---

<sup>8</sup> Als bijlage gevoegd bij de brief van de minister van SZW en de minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 20 augustus 1997; Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 036, nr. 58.



9. De werkgever kan alleen een beroep op het concurrentiebeding doen indien hij kan aantonen een zwaarwichtig belang bij het concurrentiebeding te hebben. De rechter dient te beoordelen of dit belang zodanig zwaarwichtig is dat het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.
10. Het is wenselijk dat in ontbindingsprocedures tevens het concurrentiebeding ter discussie kan worden gesteld, zodat het concurrentiebeding betrokken kan worden bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding ingevolge artikel 7: 685 lid 8 BW.
11. Het is wenselijk dat de toetsing van concurrentiebedingen aan de orde kan komen in een verzoekschriftprocedure ex artikel 429a Rv<sup>9</sup>, waarin dezelfde procedureregels gelden als in de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7: 685 lid 8 BW, evenwel met behoud van de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie.

#### *Regeringsstandpunt*

Na over het MDW-rapport advies te hebben ingewonnen van de Stichting van de Arbeid, de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht, de Nederlandse Orde van Advocaten en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, stelde de regering zich op het standpunt dat de door de MDW-werkgroep bepleite aanscherping van de regeling van het concurrentiebeding navolging verdient<sup>10</sup>.

In het licht van het sinds 1983 in de Grondwet verankerde recht op vrijheid van arbeidskeuze dienen volgens de toenmalige regering beperkende maatregelen proportioneel en subsidiair te zijn. Dit betekent dat de reikwijdte van het concurrentiebeding in verhouding moet staan tot de eventuele aantasting van het bedrijfsbelang van de werkgever en dat minder verstrekkende maatregelen niet beschikbaar zijn. Nu de positie van werkgever en werknemer niet gelijk is, gelden de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit temeer. Immers, de werknemer die met zijn nieuwe werkgever een arbeidsovereenkomst sluit waarin een concurrentiebeding is opgenomen, bevindt zich in een kwetsbare positie. Hij is voor zijn levensonderhoud op arbeid aangewezen en is dus afhankelijk van het tot stand komen van de arbeidsrelatie. Het is dan 'bepaald niet ondenkbaar' dat het belang van de werkgever sterker in het concurrentiebeding wordt uitgewerkt en dat het recht van de werknemer om na het einde van de arbeidsovereenkomst naar eigen keuze werkzaam te zijn, verder wordt beperkt dan het belang van de werkgever rechtvaardigt.

De regering constateert dat de thans geldende regeling van het concurrentiebeding slechts twee voorwaarden stelt voor de geldigheid van dit beding: het beding moet schriftelijk zijn overeengekomen en de werknemer moet bij het aangaan daarvan meerderjarig zijn. Voor het overige kunnen werkgever en werknemer zelf de inhoud van het beding bepalen (zoals de duur en de reikwijdte). Achteraf kan het beding ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.

<sup>9</sup> Dit artikel is vervallen per 1 januari 2002.

<sup>10</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 5 e.v.

Dit betekent echter dat er voor werknemer én werkgever lange tijd onzekerheid kan bestaan over de toelaatbaarheid van het beding. Dit kan de mobiliteit van werknemers belemmeren. De vrijheid van arbeidskeuze komt hierdoor in het gedrang. Op grond van het vorenstaande acht de regering het wenselijk dat de voorwaarden voor de toelaatbaarheid van het concurrentiebeding nader worden uitgewerkt. Aldus wordt voor zowel werkgever als werknemer vooraf meer duidelijkheid geboden over de toelaatbaarheid van de verschillende aspecten van een concurrentiebeding. De rechtszekerheid wordt hiermee vergroot. Een uitgewerkte regeling van het concurrentiebeding creëert voorts een betere balans tussen de verschillende belangen van werkgever en werknemer.

#### *Inhoud van de voorstellen*

Naast een aantal procesrechtelijke wijzigingen bevatte het wetsvoorstel, zoals dat eind 2001 aan de Tweede Kamer is voorgelegd, de volgende wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling<sup>11</sup>.

1. Een (verplicht) door de werkgever aan de werknemer te betalen vergoeding voor de beperking in arbeidskeuze die laatstgenoemde door het beding ondervindt.
2. Een beperking van de geldingsduur van het beding tot ten hoogste een jaar en het vervallen van het beding als de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wordt beëindigd en bij faillissement.
3. Het geografisch en functioneel bereik, waarvoor de beperking geldt, dienen in het beding te worden vermeld, evenals de duur van de beperking en de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding.

#### *Behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer*

Na indiening van het wetsvoorstel heeft een overleg plaatsgevonden van de vaste commissie Justitie<sup>12</sup>, waarin vragen en opmerkingen vanuit de commissie naar voren zijn gebracht. In de nota naar aanleiding van het verslag van 15 mei 2002<sup>13</sup> gaan de bewindslieden van Justitie en SZW op deze vragen en opmerkingen in. Vervolgens zijn in februari 2004 ettelijke amendementen op het wetsvoorstel ingediend, waarna via een tweede Nota van wijziging (16 maart 2004)<sup>14</sup> en nog twee amendementen in oktober 2004 uiteindelijk het wetsvoorstel in gewijzigde vorm is aanvaard. Dit is op 5 oktober 2004 aan de Eerste Kamer gezonden<sup>15</sup>.

#### *Het wetsvoorstel zoals aanvaard door de Tweede Kamer*

Zoals hiervoor aangegeven is na tamelijk ingrijpende amendering het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aanvaard. De belangrijkste wijzigingen in het aanvaarde wetsvoorstel ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel zijn de volgende.

1. De werkgever heeft (ruimere) mogelijkheden gekregen 'af te komen' van het betalen van de vergoeding, door af te zien van een beroep op het beding (amendering lid 3).

<sup>11</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 6 e.v.

<sup>12</sup> Het verslag van de vergadering is vastgesteld op 5 februari 2002. Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 4.

<sup>13</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 5.

<sup>14</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 167, nr. 23.

<sup>15</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 28 167, A.

2. Aan lid 6 is een ‘werkgeversequivalent’ toegevoegd in die zin dat de rechter het concurrentiebeding kan vernietigen als de werknemer op onredelijke gronden heeft geweigerd in te stemmen met het vervallen van de vergoeding.
3. De rechter kan een vergoeding ook *verlagen* indien hem dit met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt (lid 7).
4. Het relatiebeding is van de werking van de regeling van het concurrentiebeding uitgesloten (lid 8).

---

#### **Gewijzigd Voorstel van wet Tweede Kamer 5 oktober 2004**

(wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel Tweede Kamer zijn in cursief weergegeven)

#### Artikel 653

1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer en de werkgever zich daarbij heeft verbonden een billijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking duurt.

2. De vergoeding, bedoeld in lid 1, wordt betaald in termijnen aan het eind van iedere maand. Van dit lid kan bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken.

3. De vergoeding, bedoeld in lid 2, is niet verschuldigd indien:

a. de werknemer wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig is op grond van artikel 677, leden 1 en 3;

*b. de werkgever vóór opzegging door de werknemer of uiterlijk bij gelegenheid van de opzegging door hem aan de werknemer te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding;*

*c. de werkgever na de opzegging door de werknemer aan deze te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding en de werknemer instemt met het vervallen van de plicht tot betaling van de vergoeding;*

*d. de werkgever, in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, ten minste een maand voor het einde van die arbeidsovereenkomst, aan de werknemer te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding.*

*In de in de onderdelen b en d bedoelde gevallen blijft de vergoeding verschuldigd indien de werknemer door het vervallen van de vergoedingsplicht onbillijk zou worden benadeeld.*

4. In een beding als bedoeld in lid 1 worden vermeld:

a. de werkzaamheden en het geografisch gebied waarvoor de beperking geldt;

b. de duur van de beperking, die ten hoogste een jaar kan bedragen;

c. de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding, bedoeld in lid 1.

5. Een beding als bedoeld in lid 1 komt te vervallen, indien:

a. de arbeidsovereenkomst in de proeftijd wordt beëindigd;

b. de werkgever wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig is op grond van artikel 677, leden 1 en 3;

c. de werkgever in staat van faillissement is verklaard.

6. De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 geheel of gedeeltelijk vernietigen op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. *Voorts kan de rechter een beding als bedoeld in lid 1 vernietigen indien de werknemer op onredelijke gronden de instemming, bedoeld in lid 3, heeft geweigerd.*

7. De rechter kan de vergoeding, bedoeld in lid 1, *wijzigen* indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.

8. *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.*

9. Elk beding in strijd met dit artikel is nietig.

---

Verder is in het uiteindelijk aanvaarde wetsvoorstel nog een opvallende wijziging ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel aangebracht. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was voorzien in een overgangsregeling<sup>16</sup>, inhoudende dat de (gewijzigde) regeling van het concurrentiebeding *gedurende een termijn van een jaar* niet van toepassing zou zijn op bedingen die vóór het tijdstip van de inwerkingtreding ervan waren overeengekomen.

Deze overgangsregeling is in het aanvaarde wetsvoorstel in die zin herzien dat voor alle bedingen die gemaakt waren vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de gewijzigde regeling, de uitzonderingsregel (ongeclausuleerd en zonder tijdsbeperking) geldt.

De (processuele) wijziging van artikel 7: 685 BW is ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel niet gewijzigd.

#### *Behandeling van het gewijzigd voorstel van wet in de Eerste Kamer*

De behandeling in de Eerste Kamer is begonnen met een voorbereidend onderzoek door de vaste commissie voor Justitie, waarvan het voorlopig verslag is vastgesteld op 17 december 2004<sup>17</sup>. Hierin zijn de vragen en opmerkingen van de leden van de vaste commissie opgenomen. In de memorie van antwoord (11 maart 2005)<sup>18</sup> reageren de bewindslieden van Justitie en van SZW uitvoerig op de vragen en opmerkingen. In het nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor Justitie, vastgesteld op 24 mei 2005<sup>19</sup>, zijn de vragen en opmerkingen opgenomen naar aanleiding van de memorie van antwoord.

Uit dit nader voorlopig verslag blijkt dat de leden van het CDA niet overtuigd zijn door de memorie van antwoord, noch van de noodzaak van het voorstel, noch van de juridische deugdelijkheid. De leden van de PvdA brengen naar voren dat de in de memorie van antwoord geboden duidelijkheid weer vervolgvragen oproept. De memorie van antwoord heeft bij de leden van de VVD nog niet de reserve over het wetsvoorstel

---

<sup>16</sup> Op te nemen in artikel 213 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.

<sup>17</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 28 167, B.

<sup>18</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 28 167, C.

<sup>19</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 28 167, D.

kunnen wegnemen. De vragen die bij deze fractie leven, zijn mede geïnspireerd op de artikelen van Loonstra<sup>20</sup> en Dingemans en Van Broekhuijsen<sup>21</sup>.

In de nadere memorie van antwoord (13 juli 2005)<sup>22</sup> gaan de bewindslieden van Justitie en van SZW in op de vragen en opmerkingen van de vaste commissie, als verwoord in het nader voorlopig verslag.

Bij brief van 11 oktober 2005 van de vaste commissie voor Justitie aan de voorzitter van de Eerste Kamer<sup>23</sup> wordt meegedeeld dat de fracties van het CDA en de PvdA tot het oordeel zijn gekomen dat het wenselijk zou zijn advies te vragen aan de SER. De brief is besproken en aanvaard in de plenaire vergadering van de Eerste Kamer van 1 november 2005.

---

<sup>20</sup> Loonstra, C.J. (2005): *Het nieuwe art. 7: 653 BW gewogen in het licht van art. 19 lid 3 Grondwet*, SMA, februari 2005.

<sup>21</sup> Dingemans, C.E. en M.P. van Broekhuijsen (2005): *Het concurrentiebeding: de stand van zaken*, ArbeidsRecht, 2005/5.

<sup>22</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 28 167, E.

<sup>23</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 28 167, F.

### 3. Advisering SER en Stichting van de Arbeid; reacties sociale partners

#### *SER-advies Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst (1991)*

De raad heeft in 1991, in het kader van zijn advisering over het voorstel voor Titel 7.10 Nieuw Burgerlijk Wetboek, ook een passage gewijd aan het daarin gepresenteerde voorstel voor een nieuw artikel 656 (thans 653<sup>24</sup>) inzake het concurrentiebeding. Daarin geeft de raad aan dat in de gevoerde discussies onder meer de vraag aan de orde is geweest of een werknemer gehouden kan worden aan een concurrentiebeding als hij gedurende de proeftijd door de werkgever zou worden ontslagen. Voorts heeft de raad zich afgevraagd of de werkgever zich op het concurrentiebeding zou kunnen beroepen in de situatie waarin de kantonrechter een matiging van de loonvordering aangewezen acht. Ten slotte heeft de raad stilgestaan bij de vraag welke waarde en rechtskracht zouden moeten worden toegekend aan het concurrentiebeding bij de overgang van ondernemingen. In het kader van de destijds aan de orde zijnde technische herziening van het BW heeft de raad de discussie echter niet voltoerd<sup>25</sup>.

#### *Advies Stichting van de Arbeid (1998)*

Op 5 maart 1998 heeft de Stichting van de Arbeid op verzoek van de bewindslieden van SZW en van Justitie een reactie gegeven op het rapport van de MDW-werkgroep inzake het concurrentiebeding<sup>26</sup>.

De vertegenwoordigers van de centrale organisaties van *werknemers* bepleiten daarin primair een wettelijk verbod van concurrentiebedingen. Mocht hiertoe niet worden besloten dan is aanscherping van de regelgeving een eerste stap in die richting. Deze leden wijzen het gebruik van het concurrentiebeding om werknemers te binden af. Werkgevers kunnen naar het oordeel van deze leden een gerechtvaardigd belang hebben bij het tegengaan van ongeoorloofde concurrentie. Een actie uit onrechtmatige daad of wegens wanprestatie vormen echter principieel meer geëigende instrumenten om deze ongeoorloofde concurrentie tegen te gaan. Deze leden achten verschillende effecten van het concurrentiebeding bezwaarlijk, zoals de belemmerende werking op de flexibiliteit en arbeidsmobiliteit.

De vertegenwoordigers van de centrale organisaties van *werkgevers* wijzen erop dat het concurrentiebeding voorziet in een reële behoefte. Een actie uit onrechtmatige daad achten zij onvoldoende om achteraf onrechtmatig gedrag aan te pakken. Deze vertegenwoordigers zijn van mening dat het empirisch onderzoek onvoldoende onderbouwing geeft van de stelling dat de praktijk rond het concurrentiebeding in belangrijke mate belemmerend werkt op de arbeidsmobiliteit. Voorts zijn deze vertegenwoordigers van mening dat gedetailleerde nieuwe regels afbreuk kunnen doen aan de afweging van belangen in het specifieke geval. Ten slotte concluderen zij dat de voorstellen van de MDW-werkgroep een te verregaande regulering van een op zichzelf weinig problematisch onderwerp meebrengen.

<sup>24</sup> De tekst van het toen voorgestelde artikel 656 wijkt enigszins af van het huidige artikel 653.

<sup>25</sup> SER-advies (1992) *Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, publicatienr. 91/20, Den Haag, p.46.

<sup>26</sup> Stichting van de Arbeid (1998) *Advies inzake het concurrentiebeding*, kenmerk S.A. 98.05.361 EB/JS, Den Haag. Het advies van de Stichting van de Arbeid is als bijlage 2 bij dit advies gevoegd.

Over de meeste van de elf afzonderlijke voorstellen van de MDW-werkgroep zijn de meningen van werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers verdeeld.

*Reacties sociale partners op het wetsvoorstel tijdens de parlementaire behandeling*

In de loop van de parlementaire behandeling van het in december 2001 bij het Parlement ingediende wetsvoorstel zijn van de kant van de sociale partners brieven aan de vaste commissies voor Justitie van de Tweede en Eerste Kamer gezonden. Het gaat om de volgende brieven:

- de brief van de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO) aan de Tweede Kamer van 16 januari 2002;
- de brief van de RCO aan de Tweede Kamer van 25 juni 2002;
- de brief van de RCO aan de Tweede Kamer van 6 februari 2004<sup>27</sup>;
- de brief van CNV, MHP en FNV aan de Tweede Kamer van 8 februari 2002;
- de brief van dezelfde vakorganisaties aan de Tweede Kamer van 29 september 2004;
- de brief van dezelfde vakorganisaties aan de Eerste Kamer van 22 oktober 2004<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Deze brieven zijn als bijlage 3 bij dit advies gevoegd.

<sup>28</sup> Deze brieven zijn als bijlage 4 bij dit advies gevoegd.

## 4. Beschouwing en beantwoording van de adviesaanvraag

### 4.1 Inleiding

De raad constateert dat het wetsvoorstel inzake de herziening van het concurrentiebeding een lange historie heeft. Zoals vermeld in hoofdstuk 2 heeft reeds halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw het toenmalige kabinet in de nota Flexibiliteit en Zekerheid een onderzoek in het vooruitzicht gesteld naar het vóórkomen van concurrentiebedingen en de eventuele belemmeringen voor flexibiliteit en mobiliteit. Na het verschijnen van het rapport van de MDW-werkgroep en het inwinnen van verschillende adviezen daarover is eind 2001 het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend. De afronding van de behandeling in de Tweede Kamer heeft tot oktober 2004 geduurd. Sedertdien is het (geamendeerde) wetsvoorstel in behandeling bij de Eerste Kamer.

De raad heeft ervan kennisgenomen dat over de regeling van het concurrentiebeding in het algemeen en over het wetsvoorstel in het bijzonder veel is gepubliceerd. Ook de centrale organisaties van werkgevers en van werknemers hebben via de Stichting van de Arbeid en afzonderlijk in de aanloop naar respectievelijk in de loop van het parlementaire wetgevingsproces in meer algemene zin van hun opvattingen over het concurrentiebeding en het wetsvoorstel tot wijziging daarvan blijk gegeven.

Mede op grond van bovenstaande overwegingen heeft de raad ervoor gekozen af te zien van beschouwingen over het concurrentiebeding in brede zin. Voor zover van toepassing wordt hiervoor verwezen naar het advies van de Stichting van de Arbeid en de genoemde correspondentie van de (in de raad vertegenwoordigde) centrale organisaties van werkgevers en van werknemers. De raad beperkt zich in dit advies dan ook tot de hem in de adviesaanvraag voorgelegde vragen.

De raad zal allereerst ingaan op de vier concrete vragen. Deze beschouwingen monden uit in een conclusie ten aanzien van (de wenselijkheid van) het wetsvoorstel zoals dat thans voorligt in de Eerste Kamer; hierin ligt tevens het antwoord besloten op de in de adviesaanvraag geformuleerde meer algemene vraagstelling.

### 4.2 De vier adviesvragen

1. *Hoe luidt uw oordeel over het geamendeerde wetsvoorstel voor wat betreft de positie van uitzendwerknemers? Is de regeling adequaat, met name in het licht van het veelvuldig voorkomende beding dat de uitzendkracht na afloop van de uitzendperiode niet in dienst treedt bij de inlener?*

De raad vermoedt dat met ‘het veelvuldig voorkomende beding dat de uitzendkracht na afloop van de uitzendperiode niet in dienst treedt bij de inlener’, wordt bedoeld op de afspraken tussen de uitzendonderneming en de opdrachtgever<sup>29</sup> over de vergoeding voor het rechtstreeks in dienst nemen van uitzendkrachten. Een verbod op indiensttreding is in de uitzendbranche zeer ongebruikelijk. Een verbod op overname van de

---

<sup>29</sup> De raad geeft de voorkeur aan de term opdrachtgever boven inlener.



uitzendwerknemer door de opdrachtgever komt in de praktijk wel voor bij uitzending in de hogere marktsegmenten, ook wel ‘detachering’ genoemd. In onderstaand kader wordt een uiteenzetting gegeven van in de praktijk voorkomende bedingen bij uitzending en detachering en van de hiervoor geldende regels.

---

### **Bedingen bij uitzending en detachering**

#### *Directe belemmering*

Sedert 1 januari 1999 is de uitzendovereenkomst als bijzondere overeenkomst opgenomen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 7: 690 BW definieert de uitzendovereenkomst als een bijzonder type arbeidsovereenkomst. Daarnaast geldt voor ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). Deze wet is op 1 juli 1998 in werking getreden. Zij beoogt gedragsnormen vast te stellen voor degenen die arbeidskrachten ter beschikking stellen aan opdrachtgevers. De Waadi kent geen verbodsbepaling ter zake van het belemmeren van arbeidskrachten. Net als een reguliere werkgever kan een uitzendwerkgever met de werknemer een concurrentiebeding of een relatiebeding overeenkomen. De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 4 april 2003 (JAR 2003/107) dat uit de wetsgeschiedenis van de Waadi ook niet kan worden afgeleid dat een concurrentiebeding bij het ter beschikking stellen ontoelaatbaar is.

Bij de leden van de Algemene Bond voor Uitzendondernemingen (ABU, bestrijkt 64 procent van de uitzendmarkt) is het niet gebruikelijk dat de uitzendwerkgever een concurrentiebeding of een relatiebeding overeenkomt met de uitzendkracht. Bij detachering – een klein gedeelte van de markt – daarentegen wordt in de praktijk wel gebruik gemaakt van een concurrentiebeding en/of een relatiebeding.

De toelaatbaarheid van een beding, ook als het door de rechter niet wordt aangemerkt als concurrentiebeding, kan door de rechter worden beoordeeld op grond van artikel 6: 248 BW (de redelijkheid en de billijkheid).

#### *Indirecte belemmering*

Tussen de uitzendonderneming en de opdrachtgever worden in de praktijk afspraken (in een mantelovereenkomst of in de algemene voorwaarden) gemaakt over het rechtstreeks in dienst nemen van uitzendkrachten. In de algemene voorwaarden die door ABU-leden gehanteerd worden, is veelal bepaald dat de opdrachtgever bij rechtstreekse indienstneming van de uitzendkracht binnen zes maanden na de aanvang van de uitzending, een vergoeding verschuldigd is van 20 procent, 15 procent of 10 procent van het opdrachtgeverstarief. Dit percentage is afhankelijk van het moment waarop de opdrachtgever de uitzendkracht overneemt en neemt af naarmate de uitzending langer heeft geduurd. De vergoeding is bedoeld als vergoeding om de uitzendonderneming zelf in stand te houden en als compensatie voor de investeringen in tijd en geld om uitzendkrachten te werven en aan de uitzendonderneming te binden. Daarbij is het doel de uitzendkrachten voor terbeschikkingstelling inzetbaar te maken of te houden. Het beding beoogt niet concurrentie tegen te gaan. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan het beding, als het een algemene voorwaarde is voor de opdrachtgever, onredelijk bezwarend zijn (artikel 6: 233 BW).

Bij detachering wordt meestal een overnameverbod overeengekomen gedurende een bepaalde periode na beëindiging van de opdracht, behoudens toestemming van de detacheringsonderneming. Bij overtreding van dit verbod is de opdrachtgever een boete verschuldigd.

Het verbod op indienstneming beoogt, evenals de vergoeding die door de uitzendonderneming wordt gevraagd, de investeringen zeker te stellen die de detacheringsonderneming heeft gedaan

in haar bedrijf, in haar werknemers en in haar relatie met de opdrachtgevers. Als het beding een algemene voorwaarde is, kan de opdrachtgever er een beroep op doen dat het onredelijk bezwarend is (artikel 6: 233 BW).

De bedoeling van de genoemde bedingen is meestal niet het tegengaan van concurrentie, maar direct of indirect kunnen ze wel een belemmering vormen voor de werknemer. In dat geval kan door de rechter op grond van artikel 6: 248 BW worden beoordeeld of een beding tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (on)aanvaardbaar is.

---

Tot 1 juli 1998 bestond er in de Nederlandse wetgeving een zogeheten belemmeringsverbod, neergelegd in de Arbeidsvoorzieningswet. In de wet werd elke vorm van door de uitzendwerkgever aan de uitzendwerknemer opgelegde belemmering tot indiensttreding bij een derde – toegespitst op de opdrachtgever – verboden. Dat betekende dat niet alleen aan de uitzendwerknemer opgelegde belemmeringsbedingen niet waren toegestaan, maar ook bedingen tussen uitzendwerkgever en opdrachtgever die aan de laatste een verbod oplegden om de uitzendwerknemer in dienst te nemen. Ten tijde van de totstandkoming van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi, 1998) is geoordeeld dat een apart publiekrechtelijk verbod voor uitzendkrachten niet meer nodig is omdat op grond van het algemene overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwarende bedingen; bedingen die het recht op vrije arbeidskeuze beperken kunnen voor vernietiging vatbaar zijn.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Waadi in de Eerste Kamer kwam het vervallen van het belemmeringsverbod nogmaals expliciet aan de orde. De toenmalige minister van SZW zette uiteen dat het verbod enerzijds betrekking heeft op de arbeidsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht en anderzijds op de verhouding tussen het uitzendbureau en de opdrachtgever. Een apart publiekrechtelijk verbod gericht tot degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, zo vervolgde de minister, is niet meer nodig, omdat op grond van het algemene overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwarende bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden. Een beding dat een arbeidskracht in zijn vrije arbeidskeuze belemmert is in algemene zin al als bezwarend te beschouwen en zou in de relatie arbeidskracht-uitzendbureau vernietigbaar kunnen zijn. Het belemmeringsverbod kan in deze arbeidsrelatie in samenhang met het concurrentiebeding worden gezien, aldus de minister.

De minister merkte verder op dat het kabinet naar aanleiding van het rapport over het concurrentiebeding in het kader van het MDW-project, het standpunt heeft ingenomen dat een concurrentiebeding verboden zou moeten zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en opgeschort zou moeten worden tot na de proeftijd. Waar de relatie uitzendbureau en arbeidskracht in zijn aard tijdelijk is, is daarmee ook aangegeven dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze voor vernietiging in aanmerking kan komen. Een aparte bepaling in het wetsvoorstel om ook langs deze weg een optimale arbeidsallocatie te bevorderen, achtte de minister dan ook niet nodig<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 264, nr. 133b, p. 4.

De raad constateert in de eerste plaats dat het door de toenmalige minister van SZW ingenomen kabinetsstandpunt, dat een concurrentiebeding verboden zou moeten zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (zoals ook de eerste aanbeveling van de MDW-werkgroep luidde), geen onderdeel uitmaakt van het thans voorliggende wetsvoorstel.

In de tweede plaats wijst de raad op de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel herziening concurrentiebeding in de Eerste Kamer ter zake van de positie van de uitzendwerknemer.

Tijdens die behandeling is de regering gevraagd in te gaan op de situatie dat het uitgezonden werknemers wordt verboden in dienst te treden bij de opdrachtgever, die een klant is van de uitzendwerkgever en zeker indien de werknemer bij de opdrachtgever een meer bestendige arbeidsrelatie aangeboden krijgt dan de uitzendwerkgever hem wil of kan garanderen. Daaraan werd de vraag gekoppeld of in dergelijke gevallen sprake is van een concurrentiebeding of een relatiebeding. De bewindslieden van Justitie en van SZW hebben daarop geantwoord dat in de geschetste situatie waarin het de uitzendwerknemer wordt verboden in dienst te treden bij de opdrachtgever, er noch sprake is van een relatiebeding, noch van een concurrentiebeding<sup>31</sup>.

In de Nadere memorie van antwoord stelden de bewindslieden van Justitie en van SZW dat de ratio van een concurrentiebeding onderscheiden dient te worden van die van het beding waarbij een uitzendkracht wordt verboden om na afloop van de uitzendperiode in dienst te treden bij de opdrachtgever. Met het concurrentiebeding beoogt de werkgever concurrerende activiteiten van de werknemer na afloop van de arbeidsovereenkomst tegen te gaan. Het verbod tot indiensttreding bij de opdrachtgever beoogt volgens de regering de investering zeker te stellen die het uitzendbureau heeft gedaan in zijn werknemer en in zijn relatie met de opdrachtgever. Daarbij kan gedacht worden aan het vergoeden van cursuskosten, het verzorgen van het begeleiden van het personeel en het voeren van reclamecampagnes. Dit verbod is ook niet beperkt tot dezelfde werkzaamheden die de werknemer oorspronkelijk bij de opdrachtgever verrichtte op basis van de arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Het beding verbiedt met andere woorden indiensttreding bij de opdrachtgever ongeacht de aard van de werkzaamheden en ongeacht de vraag of er sprake is van concurrerende activiteiten, aldus de bewindslieden<sup>32</sup>.

De raad constateert dat de hierboven vermelde opvatting van de bewindslieden van Justitie en van SZW afwijkt van de eerder vermelde opvatting van de toenmalige minister van SZW tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Waadi.

De raad meent dat het op grond van de tekst van het wetsvoorstel mogelijk is dat een beding tussen een uitzendonderneming en een uitzendwerknemer dat verbiedt dat de uitzendkracht rechtstreeks bij de opdrachtgever in dienst treedt, dient te worden

<sup>31</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 28 167, C, p. 4.

<sup>32</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 28 167, E, p. 5.

aangemerkt als een beding tussen een ‘gewone’ werkgever en werknemer. Er is alsdan sprake van een concurrentiebeding; het betreft immers een beperking voor de uitzendwerknemer in zijn bevoegdheid om ‘op zekere wijze werkzaam te zijn’<sup>33</sup>.

Op grond van het vorenstaande, in combinatie met de gesignaleerde (verschillende) interpretaties van de bewindslieden, meent de raad dat het wetsvoorstel tot onduidelijkheid en daarmee tot onzekerheid voor de uitzendwerkgever en -werknemer aanleiding kan geven. Enerzijds zouden dezen op grond van de nadere uitleg van de bewindslieden kunnen menen dat een tussen hen overeengekomen belemmeringsbeding niet onder de werking van het gewijzigde artikel 7: 653 BW zou vallen en daarmee vormvrij zou zijn; anderzijds acht de raad het niet ondenkbaar dat de rechter daarover in de praktijk anders zal oordelen.

2. *Geeft de regeling, naar uw oordeel, afdoende bescherming aan de (uitzend)werkgever in het licht van door hem gedane investeringen in enerzijds de (employability van de) werknemer en anderzijds in de via de werknemer onderhouden relatie met opdrachtgever of klant?*

In aanvulling op hetgeen de raad bij de beantwoording van de vorige vraag in dit verband reeds naar voren heeft gebracht, merkt hij nog het volgende op. Uit de schriftelijke behandeling in de Eerste Kamer blijkt dat de regering van mening is dat het concurrentiebeding niet is bedoeld voor een afdoende bescherming van de werkgever voor de investeringen die hij in de werknemer heeft gedaan. Een dergelijk gebruik van het concurrentiebeding zou oneigenlijk gebruik zijn, althans een gebruik voor andere doeleinden dan waarvoor het is bedoeld. Het tegengaan van oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding vormt nu juist een belangrijke doelstelling van het wetsvoorstel, aldus de regering. Het concurrentiebeding is bedoeld als instrument voor de werkgever ter bescherming van zijn bedrijfsdebiel (belichaamd in goodwill, knowhow en eventueel de sleutelpositie van een bijzonder gekwalificeerde werknemer). Een praktijkvoorbeeld van het oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding is het binden van een werknemer aan een bedrijf vanwege investeringen die een werkgever pleegt via het aanbieden van een interne of externe opleiding/scholing. Met de bewindslieden van Justitie en SZW is de raad van mening dat de werkgever deze belangen langs een andere weg kan veilig stellen. Zo kan de werkgever een opleidingsbeding in de arbeidsovereenkomst opnemen voor het geval de werknemer binnen een bepaalde tijd na het afronden van een opleiding of scholing, die door de werkgever is betaald, vertrekt naar een andere werkgever. Met de werknemer kan ook worden afgesproken, dat hij bij vertrek (een deel van) de opleidingskosten moet terugbetalen.

<sup>33</sup> In de literatuur is verdedigd dat ook in het geval van indirecte belemmering, waarbij het de opdrachtgever in enigerlei vorm verboden is om de bij hem tewerkgestelde uitzendwerknemer in dienst te nemen (het zgn. inlenersbelemmeringsbeding), (indirect) aan de regels van artikel 7: 653 BW zou moeten worden getoetst (zie Grapperhaus, F.B.J. (2000), *Beperkingen aan de vrijheid van arbeidskeuze van de uitzendwerknemer uit artikel 7:691 BW*, Ondernemingsrecht 2000-15). In de jurisprudentie die nadien is verschenen, is daarvoor evenwel geen steun te vinden (zie uitspraken van het Hof Amsterdam van 8 maart 2001, JAR 2001/66, Hof Amsterdam van 14 januari 2002, JAR 2002/65 en Hof Arnhem van 2 juli 2002, NJ 2003/473).

3. *Hoe luidt uw oordeel over de regeling voor het zogeheten relatiebeding? Is deze, in het licht van de bovengenoemde belangen, redelijk en evenwichtig?*

Lid 8 van het gewijzigde voorstel voor artikel 7: 653 BW luidt:

“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.”

Het oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag niet in dit artikellid. Het is bij amendement<sup>34</sup> eraan toegevoegd. Uit de bij het amendement gegeven toelichting blijkt dat de indieners ervoor willen kiezen het zogenaamde relatiebeding niet onder de werking van het wetsvoorstel te brengen en het dus van het concurrentiebeding af te zonderen. Een relatiebeding beperkt volgens hen de werknemer niet in zijn recht op vrije arbeidskeuze. Een relatiebeding kan daarom vormvrij zijn. Om daarover geen misverstanden te laten bestaan in de (rechts)praktijk, kiezen de indieners voor een ‘expliciete regeling’.

Uit de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer blijkt dat de regering van opvatting is dat het relatiebeding wezenlijk anders is dan het concurrentiebeding: het verbiedt het aanzoeken of benaderen van bepaalde personen en niet het verrichten van bepaalde werkzaamheden, wat het concurrentiebeding doet. Een relatiebeding legt volgens de regering minder zware beperkingen op dan een concurrentiebeding: bij een relatiebeding mag de werknemer wel in dienst treden bij een concurrerend bedrijf, maar alleen niet gedurende een bepaalde periode klanten van de ex-werkgever benaderen. De bewoordingen ‘het op zekere wijze werkzaam zijn’ in de bepaling over het concurrentiebeding maken het onderscheid met het relatiebeding duidelijk; in dat laatste gaat het volgens de regering niet om het op zekere wijze werkzaam zijn.

Het handelen van de werknemer in het kader van een relatiebeding moet betrekking hebben op activiteiten die de werknemer ontplooit. Het door de nieuwe werkgever toezenden van een brochure aan klanten in een bepaalde regio, waaronder de voormalige klanten van de nieuwe werknemer, waarbij deze wordt voorgesteld als contactpersoon, kan volgens de regering dan ook niet worden beschouwd als inbreuk op het relatiebeding.

Met het wetsvoorstel wordt, aldus de regering, niet beoogd enige wijziging aan te brengen in de bestaande praktijk van relatiebedingen.

De raad stelt vast dat het relatiebeding thans niet specifiek wettelijk is geregeld. Te constateren valt dat in de praktijk in toenemende mate het relatiebeding in enigerlei vorm voorkomt. Uit de literatuur (zie onderstaand kader), maar ook uit de jurisprudentie, blijkt tenminste te kunnen worden afgeleid dat er twijfel bestaat over de opvatting van de regering dat ‘het relatiebeding wezenlijk anders is dan het concurrentiebeding’. Met name wordt aan deze twijfel in de literatuur voeding gegeven door de stelling dat het beding waarbij het de ex-werknemer op enigerlei wijze

<sup>34</sup> Amendement van de leden Jan de Vries en Weekers d.d. 19 mei 2004. Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 167, nr. 24.

verboden is contacten aan te gaan, respectievelijk te onderhouden met klanten van de ex-werkgever, hem (de ex-werknemer) wel degelijk kan beperken in zijn bevoegdheid om na het einde van het dienstverband ‘op zekere wijze werkzaam te zijn’. Uitgaande van deze in de literatuur geponeerde stelling kan het relatiebeding als een concurrentiebeding worden getypeerd.

Met de indiening van het amendement waarbij het relatiebeding via het aan het wetsvoorstel toegevoegde lid 8 van het concurrentiebeding werd ‘losgekoppeld’, is kennelijk beoogd aan deze discussie een einde te maken.

---

### Het relatiebeding in de literatuur

In de literatuur is met verbazing kennis genomen van de duidelijke stellingname van de regering dat een relatiebeding wezenlijk iets anders is dan een concurrentiebeding. Ter illustratie enkele opvattingen die in de literatuur zijn verwoord.

Dat een relatiebeding niet valt onder de werking van artikel 7: 653 BW is nieuw en volgens *Breedveld\** juist strijdig met de rechtspraak waar is uitgemaakt dat een relatiebeding ook een concurrentiebeding is. De regering toont zich volgens hem niet bepaald gevoelig voor de rechtspraak.

Het relatiebeding wordt niet langer beschouwd als een concurrentiebeding in de zin van de wet. Dat betekent volgens *Van Zijl\*\** dat voor het relatiebeding niet langer de verplichting geldt om vooraf een billijke vergoeding overeen te komen en ook geldt niet langer de mogelijkheid voor de werknemer om matiging van het concurrentiebeding te vragen. Helaas wordt als relatiebeding alleen beschouwd het beding dat verbiedt om relaties te benaderen (hetgeen waarschijnlijk ook zonder concurrentiebeding wel zou zijn verboden omdat het al snel een onrechtmatige daad oplevert) en niet om die te bedienen, wat veel effectiever is.

Verbaasd is *Van Stigt Thans\*\*\** over het gemak waarmee het kabinet in zijn wetsvoorstel over het nieuwe concurrentiebeding voorbij is gegaan aan de heersende opvatting in rechtspraak en literatuur over het relatiebeding. Dit wordt algemeen als een vorm van een concurrentiebeding aangemerkt waardoor het ook is onderworpen aan de daarvoor geldende regels. Hij merkt op dat het idee achter een relatiebeding is het voorkomen dat een relatie (die veelal ook klant zal zijn) door toedoen van een (ex-)werknemer wegloopt. Het gaat in zijn visie niet alleen om het weglopen naar de concurrent en/of naar een eigen (nieuwe) onderneming van de (ex-)werknemer, maar ook om te verhinderen dat een werknemer – al dan niet door toedoen van diezelfde relatie en al dan niet bij deze relatie in loondienst tredend – opstapt om zelf voor die bewuste relatie te werken. In zijn optiek zijn ook bedingen die een werknemer (mede) verbieden bij zo'n relatie in dienst te treden te bestempelen als een relatiebeding. De definitie van relatiebeding in het wetsvoorstel (als zijnde een beding tussen werkgever en werknemer waarbij deze laatste wordt verboden om na het einde van het dienstverband de klanten van de werkgever te benaderen) vindt hij veel te beperkt en onnodig verwarrend.

Het bij herhaling door de betrokken ministers verdedigde standpunt dat het relatiebeding geen concurrentiebeding is, is volgens hem onhoudbaar. Ook een beding dat een ex-werknemer verbiedt om na einde dienstverband klanten te benaderen, beperkt hem immers in zijn bevoegdheid om na einde dienstverband op zekere wijze werkzaam te zijn. Hij voegt daaraan toe dat het in het licht van deze definitie overigens helemaal onbegrijpelijk is dat het kabinet meent dat een beding dat een uitzendwerknemer verbiedt om bij de inlener in dienst te treden, noch als een concurrentiebeding noch als een relatiebeding kan worden aangemerkt.

“Het enige echte monstrum dat in het wetsvoorstel is geslopen”, zo betitelt *Grapperhaus\*\*\*\** het achtste lid van artikel 7: 653 BW. Hij doelt hiermee op de definitie van het begrip

relatiebeding en op het feit dat dit beding uitgezonderd is van de werkingssfeer van genoemd artikel. Volgens Grapperhaus dankt dit amendement overigens zijn bestaan aan het eigen gebrek aan kennis bij de meeste betrokkenen gedurende de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer over de vraag wat nu precies een concurrentiebeding is en dan met name de vraag: is een relatiebeding wel of niet een concurrentiebeding in de zin van artikel 7: 653 BW?

\* Breedveld, M. (2004), *Onduidelijkheid is troef; eindelijk een wetsvoorstel over het concurrentiebeding*, Rendement 2004 nr.11, november.

\*\* Zijl, J.P.M. van (2004), *Het concurrentiebeding opnieuw geregeld*, Accountant-Adviseur 2004 nr. 11, november.

\*\*\* Stigt Thans, E.H. van (2005), *Relatiebeding versus het nieuwe non-concurrentiebeding: wie snapt het nog?*, NJB 2005 afl. 34, 30 september, p. 1792-1793.

\*\*\*\* Grapperhaus, F.B.J. (2005), *De lijdensweg van het wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst (wetsvoorstel 28 167)*, Ondernemingsrecht 2005-10.

Het komt de raad voor dat de gekozen definitie van het relatiebeding een tamelijk willekeurige is. De gekozen definitie bergt het risico in zich dat bedingen die qua strekking het relatiebeding lijken te benaderen, bij letterlijke interpretatie ervan door de rechter toch niet als zodanig zullen worden uitgelegd. Denkbaar is dat deze bedingen dan volgens de regeling van het concurrentiebeding zullen worden beoordeeld. Er kan in dergelijke gevallen gedurende lange tijd onzekerheid blijven bestaan of het 'relatiebeding' ook daadwerkelijk een relatiebeding is. De raad meent dat hiermee de rechtszekerheid zowel voor de werkgever als voor de werknemer niet is gediend, terwijl bevordering van de rechtszekerheid een van de pijlers is waarop het wetsvoorstel berust. Van onduidelijkheid en (daardoor rechts-) onzekerheid is, zoals uit het voorgaande is gebleken, ook sprake ten aanzien van het bij de beantwoording van de eerste adviesvraag aan de orde gekomen belemmeringsbeding en mogelijk nog bij andere bedingen waarvan niet op voorhand kan worden vastgesteld of deze al dan niet onder het begrip 'op zekere wijze werkzaam zijn' vallen.

Op basis van het voorgaande kan volgens de raad worden gesteld dat het voorgestelde lid 8 van artikel 653 BW in de gekozen opzet in ieder geval geen einde zal maken aan de lopende discussie over dit onderwerp.

4. *Dient uitdrukkelijk te worden voorzien in een mogelijke koppeling van een procedure over het concurrentiebeding met één ex artikel 7: 685 BW (ontbinding van de arbeidsovereenkomst)?*

Het in het wetsvoorstel opgenomen voorstel ten aanzien van artikel 7: 685 BW creëert de mogelijkheid om aan een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst een verzoek te koppelen met betrekking tot een concurrentiebeding. In verweer kan in een ontbindingszaak een zelfstandig verzoek met betrekking tot een concurrentiebeding worden gedaan. Ten aanzien van de beschikking inzake het concurrentiebeding blijft, in tegenstelling tot de ontbindingsbeschikking, de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie open.

Met het voorstel wordt tegemoetgekomen aan aanbevelingen 10 en 11 van de MDW-werkgroep (zie hoofdstuk 2), zij het dat de regering van oordeel is dat de

ontbindingsvergoeding en de in het kader van het concurrentiebeding verschuldigde vergoeding ieder een zelfstandige grondslag hebben en mitsdien aan de hand van verschillende criteria dienen te worden vastgesteld. De rechter zal ten aanzien van de verschillende verzoeken moeten aangeven hoe hij tot zijn beslissing is gekomen. Dit geldt zowel voor de toekenning van een vergoeding van een bepaalde omvang of het achterwege laten daarvan in het kader van het ontbindingsverzoek, als voor het geheel of gedeeltelijk vernietigen van het concurrentiebeding c.q. het wijzigen van de door partijen afgesproken vergoeding.

Het onderscheid ten aanzien van het rechtsmiddelenverbod tussen enerzijds ontbindingsbeslissingen en anderzijds beslissingen betreffende het concurrentiebeding sluit volgens de regering aan bij het thans geldende recht. Er zijn geen zwaarwegende redenen om ter zake van het concurrentiebeding af te wijken van het uitgangspunt van het recht op behandeling in meerdere instanties. Door de mogelijkheid van hoger beroep tegen de beschikking over het concurrentiebeding, bestaat de mogelijkheid dat de werknemer nog enig tijd in onzekerheid blijft over de werking en omvang van het beding. De regering wijst erop dat deze situatie zich ook kan voordoen als buiten het kader van een ontbindingsverzoek een procedure over het concurrentiebeding aanhangig is.

Zoals ook uit het voorgaande is gebleken, achtte de MDW-werkgroep het wenselijk dat in ontbindingsprocedures tevens het concurrentiebeding aan de orde kan worden gesteld. Voorts wees zij op de wenselijkheid van het aan de orde kunnen komen van de toetsing van het concurrentiebeding in een korte, op snelle beslissing gerichte bodemprocedure. Haar gedachten gingen daarbij uit naar een verzoekschriftprocedure ex artikel 429a Rv, die dezelfde procedureregels kent als de ontbindingsprocedure ex artikel 7: 685 BW.

In het rapport van de MDW-werkgroep wordt geconstateerd dat de rechtspraak niet eensluidend is over de vraag of de kantonrechter (reeds thans) in een procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen tevens een oordeel kan vellen over het concurrentiebeding.

Ook in de literatuur is er meermalen voor gepleit<sup>35</sup> wettelijk mogelijk te maken dat aan een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt gekoppeld een verzoek met betrekking tot een concurrentiebeding.

De raad wijst erop dat in het advies van de Stichting van de Arbeid van 1998 de MDW-aanbeveling, die erop is gericht om het concurrentiebeding aan de orde te kunnen stellen in een korte, gerichte bodemprocedure, ondersteund is door zowel de werkgevers- als de werknemersorganisaties.

Verder constateert de raad dat de minister de MDW-werkgroep niet heeft gevolgd in haar aanbeveling het rechtsmiddelenverbod, zoals dat geldt ter zake van de ontbindingsbeslissing, tevens van toepassing te doen zijn op de beslissing inzake het concurrentiebeding. Ook in de literatuur en door de Adviescommissie voor het

---

<sup>35</sup> Zie o.m. Loonstra, C.J. (2002), *Op zoek naar het evenwicht. Het nieuwe wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding*, Njb 2002, afl. 8, 22 februari 2002, p. 350 e.v.



burgerlijk procesrecht en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak is daarvoor gepleit.

De raad meent dat het voorstel om in artikel 7: 685 BW de mogelijkheid op te nemen om in het kader van een ontbindingsprocedure bij verzoekschrift (of verweerschrift) tevens het concurrentiebeding aan de orde te stellen, past in een ontwikkeling die ook op andere terreinen waarneembaar is, namelijk zoveel mogelijk procedures te concentreren bij één rechter. Verder is de raad van oordeel dat het voorstel duidelijkheid schept, kan bijdragen aan de snelheid van de afwikkeling van arbeidsrechtelijke procedures en daarmee is aan te merken als een verbetering ten opzichte van de bestaande situatie. Vanuit een oogpunt van eenheid van rechtssystematiek kan de raad zich vinden in het voorstel van de regering om ter zake van het concurrentiebeding niet af te wijken van het uitgangspunt van het recht op behandeling in meerdere instanties.

### **4.3 Conclusie**

De raad heeft zich in het voorgaande beperkt tot een beschouwing van de vier in de adviesaanvraag geformuleerde concrete vragen. Daarmee wil uitdrukkelijk niet gezegd zijn dat alle vragen en opmerkingen die bij de raad leven met betrekking tot het wetsvoorstel zoals dat thans bij de Eerste Kamer in behandeling is, in dit advies aan de orde zijn gekomen. Niettemin leiden de beschouwingen van de raad rond de voorgelegde vragen hem tot een conclusie ten aanzien van het wetsvoorstel als zodanig. De raad meent, en hij verwijst hierbij in het bijzonder naar hetgeen naar voren is gebracht in het kader van de beantwoording van de eerste en derde adviesvraag, dat het wetsvoorstel op een aantal onderdelen vooral in juridische zin onvoldoende duidelijkheid biedt. Dit kan ertoe bijdragen dat de rechtszekerheid voor zowel de werkgever als de werknemer in het gedrang komt. Dit doet zich te meer gevoelen nu juist de bevordering van de rechtszekerheid als een van de beleidsdoelstellingen van het wetsvoorstel is aangemerkt.

In aanvulling hierop tekent de raad nog aan dat de (mogelijke) herziening van de regeling van het concurrentiebeding destijds is aangevangen vanuit het overheidsproject Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit. Bezien in relatie tot dit laatste element van het overheidsproject komt het de raad voor dat op zijn minst vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het onderhavige wetsvoorstel.

Den Haag, 17 maart 2006

H.H.F. Wijffels  
Voorzitter

N.C.M. van Niekerk  
Algemeen secretaris



VOORZITTER

De Voorzitter van de Sociaal Economische Raad  
Postbus 90405  
2509 LK Den Haag

Den Haag, 4 november 2005

Geachte heer Wijffels,

In haar vergadering van 1 november jl. heeft de Eerste Kamer besloten in te stemmen met het verzoek van de vaste commissie voor Justitie om inzake het wetsvoorstel tot wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding (28.167) een advies te vragen aan de Sociaal Economische Raad. Ik wil u dan ook onderstaande vragen voorleggen.

Wetsvoorstel 28167 heeft in de loop van de behandeling nogal wat wijzigingen ondergaan. Voor de leden van de fracties van de PvdA en het CDA is dit gegeven aanleiding uw Raad te verzoeken advies over dit wetsvoorstel uit te brengen en in dat verband met name aandacht te besteden aan de balans tussen, enerzijds flexibiliteit in arbeidsrelaties en mobiliteit van de arbeid, anderzijds stabiliteit en rechtszekerheid voor zowel werkgever als werknemer. Meer in het bijzonder leven bij deze fracties de volgende vragen:

- 1) Hoe luidt uw oordeel over het geamendeerde wetsvoorstel voor wat betreft de positie van uitzendwerknemers? Is de regeling adequaat, met name in het licht van het veelvuldig voorkomende beding dat de uitzendkracht na afloop van de uitzendperiode niet in dienst treedt bij de inlener?
- 2) Geeft de regeling, naar uw oordeel, afdoende bescherming aan de (uitzend)werkgever in het licht van door hem gedane investeringen in enerzijds de (employability van de)



VOORZITTER

werknemer en anderzijds in de via de werknemer onderhouden relatie met opdrachtgever of klant?

- 3) Hoe luidt uw oordeel over de regeling voor het zogeheten relatiebeding? Is deze, in het licht van de bovengenoemde belangen, redelijk en evenwichtig?
- 4) Dient uitdrukkelijk te worden voorzien in een mogelijke koppeling van een procedure over het concurrentiebeding met één ex artikel 7:685 BW (ontbinding van de arbeidsovereenkomst)?

Conform in het verleden gemaakte afspraken is de voorzitter van de commissie Justitie, mr. R.H. van de Bæeten, bereid mondeling een toelichting te verstrekken bij deze vragen en met u in overleg te treden over de termijn waarop een advies tegemoet kan worden gezien.

Voor het maken van een afspraak en voor nadere inlichtingen kunt u zich wenden tot de griffier van de commissie, mw.mr. W.A.J.M. van Dooren ([kim.vandooren@eerstekamer.nl](mailto:kim.vandooren@eerstekamer.nl) 070-3129246).

Hoogachtend,

  
mr. Yvonne E.M.A. Timmerman-Buck,  
Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Aan de Minister van Sociale Zaken  
en Werkgelegenheid  
Postbus 90801  
2509 LV DEN HAAG

Den Haag : 5 maart 1998  
Ons kenmerk : S.A. 98.05.361 EB/JS  
Uw kenmerk : AV/RV/97/1181  
Betreft : Advies inzake het concurrentiebeding

Excellentie,

Bij bovenvermelde brief van 20 augustus 1997 hebt u, mede namens de Minister van Justitie, de Stichting van de Arbeid gevraagd een reactie te geven op het rapport van de MDW-werkgroep inzake het concurrentiebeding.

Alvorens in te gaan op dit rapport c.a. wil de Stichting reageren op uw oproep aan het slot van uw brief, gericht aan de in de Stichting vertegenwoordigde centrale organisaties van werkgevers en van werknemers, om hun leden te attenderen op de omstandigheid dat de mogelijkheid om een concurrentiebeding bij reglement aan te gaan, per 1 april 1997 is komen te vervallen. In uw brief schrijft u dat dit impliceert dat in reglementen opgenomen concurrentiebedingen sedert die datum niet langer geldig zijn. Ingevolge artikel 653 lid 1 Boek 7 BW dient een concurrentiebeding voortaan schriftelijk te worden overeengekomen.

Inmiddels hebben de in de Stichting vertegenwoordigde centrale organisaties van werkgevers en van werknemers dit punt onder de aandacht van hun leden gebracht.

#### **Voorlopig kabinetsstandpunt inzake de voorstellen van de MDW-werkgroep**

De Stichting heeft met belangstelling kennis genomen van het bij het MDW-rapport gevoegde inventariserende onderzoek, alsmede van het voorlopige kabinetsstandpunt inzake het concurrentiebeding.

Uit dit laatste blijkt dat het kabinet zich in beginsel kan vinden in de voorstellen van de MDW-werkgroep tot aanpassing van de wettelijke regeling en dat het positief staat tegenover voorstellen tot invoering van een verbod van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de opschorting van de werking van de geldigheid van een concurrentiebeding tot na het einde van de proeftijd, alsmede tegenover de voorstellen de maximale geldigheidsduur van een concurrentiebeding wettelijk te begrenzen en in de wet de verplichting op te nemen het geografisch en functioneel bereik van een concurrentiebeding nauwkeurig te omschrijven.

De voorstellen over onder meer wettelijke normering van een boeteregeling en een wettelijke regeling inzake een door de werkgever verschuldigde vergoeding behoeven nadere uitwerking, aldus het kabinet.

De Stichting wil in eerste instantie in algemene zin ingaan op de voorstellen tot wijziging van de regelgeving terzake het concurrentiebeding. Vervolgens zullen de elf voorstellen van de MDW-werkgroep, zoals deze zijn verwoord op pagina 2 van het voorlopige kabinetsstandpunt, achtereenvolgens worden besproken.

### **Algemene opvattingen van de Stichting van de Arbeid**

Een deel van het bestuur van de Stichting, bestaande uit de **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers**, stelt voorop dat zij de aanbevelingen van de MDW-werkgroep van commentaar voorziet in het volgende perspectief: zij bepleiten primair een algeheel wettelijk verbod van concurrentiebedingen. Mocht hiertoe nog niet worden besloten, dan beschouwen zij de aanscherping van regelgeving die voortvloeit uit het onderhavige MDW-project als een eerste stap in die richting.

Werkgevers die werknemers willen binden aan hun bedrijf kunnen dat doen door hen goede primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden (eventueel ook in de sfeer van employee benefits) aan te bieden. Deze leden wijzen het in de praktijk voorkomende gebruik van het concurrentiebeding om werknemers te binden aan het bedrijf, af. Zij achten dit een oneigenlijk middel voor dat doel en een zodanig gebruik van het concurrentiebeding zou dan ook als ongeoorloofd moeten worden beschouwd. Werkgevers die aarzelen om meer dan gemiddeld te investeren in de opleiding van werknemers omdat zij vrezen dat niet zij, maar hun concurrent daarvan het meeste profijt zal hebben, kunnen hun toevlucht nemen tot het instrument van het onder condities laten terugbetalen van opleidingskosten; ook voor dit probleem zouden zij geen gebruik mogen maken van het concurrentiebeding.

Werkgevers kunnen in de visie van dit deel van het bestuur een gerechtvaardigd belang hebben bij het tegengaan van vormen van concurrentie die als ongeoorloofd (oneerlijk) moeten worden beschouwd. In het kader van dit advies gaat het dan om gedrag van de werknemer en/of van diens nieuwe werkgever dat in strijd moet worden geacht met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals - onder omstandigheden - het meenemen van klanten, waardoor de oude werkgever schade lijdt. Voor het tegengaan van bedoelde vormen van ongeoorloofde concurrentie bestaan echter andere, principieel meer geëigende instrumenten dan het concurrentiebeding, waarvan de actie uit onrechtmatige daad of uit wanprestatie het meest aangewezen instrument is. Waar het gaat om de regulering van de concurrentie tussen ondernemingen onderling (in het geval de werknemer voor zichzelf gaat beginnen is deze te beschouwen als de ondernemer die de oude werkgever concurrentie aandoet) ligt het voor de hand dat het in dit soort gevallen de oude werkgever is die actie moet ondernemen en die moet aantonen dat de voor zichzelf begonnen zijnde of beginnende oud-werknemer en/of diens nieuwe werkgever hem - op ongeoorloofde wijze - schaadt of dreigt te schaden. Andere instrumenten zijn bijvoorbeeld gedragscodes of gentlemen's agreements en onder bepaalde omstandigheden en condities het geheimhoudingsbeding.

Dit deel van het bestuur acht verschillende effecten van het concurrentiebeding bezwaarlijk. Het concurrentiebeding heeft onmiskenbaar een belemmerende uitwerking op de flexibiliteit en de arbeidsmobiliteit. Het mobiliteitsbelemmerende effect kan

zowel bij de toetreding tot als bij de uittreding uit ondernemingen optreden, alsmede bij de toetreding tot de markt als zelfstandig ondernemer. Het beding heeft vaak (in het bij de stukken gevoegde onderzoek wordt gesteld dat het hier zo'n 100.000 werknemers zou betreffen) een immobiliserende werking: de werknemer laat zich in zijn zoekgedrag naar ander werk leiden door het concurrentiebeding in die zin dat hij zoekt naar functies die of werk dat niet onder het beding valt.

Een ongewenst effect treedt eveneens op in de situatie waarin de werknemer een overstap wil maken, maar de (oude) werkgever niet bereid is om naar een aanvaardbare oplossing te zoeken en de werknemer simpelweg aan het beding houdt. Hoewel het in wezen gaat om de concurrentie tussen de oude en de (beoogde) nieuwe werkgever, ligt in dit geval het risico bij de werknemer die naar de rechter moet stappen voor een uitspraak over (de handelwijze van de oude werkgever met betrekking tot) het concurrentiebeding. Aangenomen mag worden dat de gang naar de rechter voor veel werknemers een extra drempel is waardoor een redelijke belangenafweging op voorhand niet meer aan de orde is.

Door deze effecten van het concurrentiebeding komt ook de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer in het gedrang.

Dit deel van het bestuur constateert dat het concurrentiebeding steeds vaker wordt afgesloten, ook in arbeidscontracten met werknemers waarbij dat niet in de rede ligt (schoonmakers, winkelpersoneel). Dit wijst er op dat het concurrentiebeding te vaak 'blind' wordt afgesloten. Daarom pleit dit deel van het bestuur voor maatregelen om die groepen geheel buiten het bereik van het concurrentiebeding te houden.

Vooruitlopend op hetgeen hierna van werkgeverszijde wordt betoogd, wijst dit deel van het bestuur er op dat de arbeidsovereenkomst het karakter heeft van een adhesiecontract. In de praktijk is de werknemer doorgaans niet in de positie om in vrijheid te beslissen of hij wel of niet akkoord gaat met de opname van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst.

Een ander deel van het bestuur van de Stichting, bestaande uit de **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werkgevers**, wijst erop dat het concurrentiebeding voldoet aan de reële behoefte in het bedrijfsleven om in de arbeidsovereenkomst op voorhand te kunnen bedingen dat bepaalde werknemers niet na afloop van het dienstverband op zodanige wijze werkzaam kunnen zijn dat daarmee rechtstreeks concurrentie wordt aangedaan aan de ex-werkgever met middelen of kennis betreffende (onderdelen van) de bedrijfsvoering van de ex-werkgever die deze werknemers juist exclusief in dienst van en ten behoeve van die ex-werkgever hebben verworven. De mogelijkheid om achteraf onrechtmatig gedrag aan te pakken via een actie uit onrechtmatige daad is daartoe onvoldoende.

Ten eerste is denkbaar dat (ook zonder dat sprake is van onrechtmatig handelen in de zin van dat leerstuk) sprake kan zijn van schadelijk en onwenselijk gedrag ten opzichte van de ex-werkgever. Ten tweede komt op de werkgever een uiterst zware bewijslast te liggen in een procedure uit onrechtmatige daad. Ten derde is dat een langdurige procedure. Ten vierde is de preventieve werking van een actie uit onrechtmatige daad veel kleiner dan van een beding in de arbeidsovereenkomst.

Ten vijfde is het ook van belang voor de werknemer vooraf zijn rechtspositie te kennen met betrekking tot het aandoen van concurrentie aan zijn ex-werkgever met middelen of kennis die hij juist in dienst en ten behoeve van die ex-werkgever heeft verworven. Ten

zesde is in het kader van een procedure uit onrechtmatige daad slechts vergoeding van schade aan de werkgever te vorderen en niet een boete zoals op basis van een concurrentiebeding.

Het empirisch onderzoeksrapport dat ten grondslag ligt aan de voorstellen van de MDW-werkgroep geeft naar het oordeel van dit deel van het bestuur onvoldoende onderbouwing van de stelling dat de praktijk rond het concurrentiebeding in belangrijke mate belemmerend werkt op de arbeidsmobiliteit. En het is deze stelling die ten grondslag ligt aan de nadere actie waarover het kabinet moet besluiten zoals blijkt uit de adviesaanvraag aan de Stichting van de Arbeid en de brief van de ministers van Justitie en Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 20 augustus 1997 aan de Tweede Kamer.

Het rapport stelt dat naar schatting 15 tot 20% van de werknemers in Nederland te maken heeft met een concurrentiebeding. Daarbij zegt zo'n 1,5 tot 2% van alle werknemers zich belemmerd te voelen door het beding. Dit deel van het bestuur van de Stichting tekent hierbij nog aan dat van dit (geringe) aantal gevallen van belemmering naar hun oordeel zal kunnen worden vastgesteld dat deze belemmering ook een gerechtvaardigde achtergrond heeft in de betrokken beschermwaardige belangen van de werkgever in die specifieke gevallen. Daartoe strekt immers het beding. Voorts geeft het rapport aan dat slechts in uitzonderlijke gevallen het concurrentiebeding daadwerkelijk remmend werkt op de uitstroom en dat werknemers vaak niet aan het beding worden gehouden of dat getracht wordt tot een voor alle partijen bevredigende oplossing te komen.

Ten slotte stelt het rapport dat op macro-niveau de invloed van het concurrentiebeding op de totale arbeidsmobiliteit in Nederland gering is.

Al met al meent dit deel van het bestuur dat dit niet aanleiding zou moeten zijn tot een 'reguleringsoperatie' die maar liefst elf nadere regels omvat met betrekking tot één mogelijk beding in de arbeidsovereenkomst op basis van de stelling dat het concurrentiebeding de arbeidsmobiliteit in betekenende mate zou hinderen.

Ten slotte wijst dit deel van het bestuur erop dat met betrekking tot het praktisch functioneren van het concurrentiebeding de zeer specifieke omstandigheden van iedere situatie een doorslaggevende rol toekomt. In de praktijk van dit moment wordt daaraan ook recht gedaan doordat de rechter veel ruimte heeft om (de werking van) het beding te matigen en daarbij alle relevante belangen te wegen. Door op een aantal terreinen gedetailleerde nieuwe regels te stellen, wordt afbreuk gedaan aan deze afweging van belangen in het specifieke geval.

Op basis van bovenstaande overwegingen komt dit deel van het bestuur van de Stichting tot de conclusie dat zij weliswaar de opvatting deelt dat het wenselijk is dat concurrentiebedingen weloverwogen worden gehanteerd en niet automatisch zouden moeten worden opgenomen maar dat de voorstellen van de MDW-werkgroep over het algemeen een te vergaande regulering van een op zichzelf weinig problematisch onderwerp meebrengen.

De Stichting zal thans ingaan op de elf afzonderlijke voorstellen terzake wijzigingen in de regelgeving rond het concurrentiebeding.

1. *Concurrentiebedingen kunnen alleen worden overeengekomen in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden concurrentiebedingen wettelijk verboden.*

In het kader van bovenstaand perspectief steunen de **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers** in het bestuur van de Stichting de aanbeveling van de MDW-werkgroep om concurrentiebedingen voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te verbieden. Zij delen de argumenten die de MDW-werkgroep in dit verband aanvoert zoals de beperkte mogelijkheden om elders werkzaam te zijn na afloop van het dienstverband. Het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betekent dat partijen zich willens en wetens op voorhand neerleggen bij het einde van hun arbeidsrelatie. In dat licht is het niet redelijk om een beding te incorporeren waarvan de werking zich uitstrekt tot na die onderliggende contractuele relatie. De werknemer geraakt daardoor in een te kwetsbare positie.

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werkgevers** in het bestuur van de Stichting kunnen zich niet vinden in een verbod op het opnemen van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het valt niet in te zien waarom zo'n beding in een contract voor onbepaalde tijd dat de facto na enkele maanden kan worden beëindigd, toelaatbaar zou zijn terwijl het in een contract voor bijvoorbeeld drie jaar niet toelaatbaar zou zijn. De specifieke omstandigheden moeten kunnen worden gewogen om over de toelaatbaarheid van het beding in een concreet geval te kunnen oordelen. Temeer waar in het kader van de flexibilisering van de arbeidsmarkt het gebruik van met name ook langer durende overeenkomsten voor bepaalde tijd toeneemt, menen zij dat een dergelijk verbod geen recht doet aan de reële belangen van werkgevers noch aan de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt.

2. *De werking van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding wordt opgeschort voor de duur van de proeftijd.*

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers** onderschrijven deze aanbeveling. Gelet op de bijzondere aard van de proeftijd en de onevenredig grote gevolgen voor de werknemer indien deze in geval van beëindiging tijdens de proeftijd geconfronteerd wordt met de onmogelijkheid om elders werkzaam te zijn, zijn zij van oordeel dat de werkgever zich in zo'n geval niet op een concurrentiebeding mag beroepen, ook niet indien het de werknemer is die de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd beëindigt. Overigens achten zij het onwaarschijnlijk dat de werknemer in de betrekkelijk korte proeftijd wezenlijke kennis en goodwill kan opdoen.

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werkgevers** kunnen zich voorstellen dat bij beëindiging van het dienstverband tijdens de proeftijd *door de werkgever* in de afweging van betrokken belangen de conclusie wordt getrokken dat het concurrentiebeding niet kan worden ingeroepen. Niettemin gaan zij er vanuit dat een werkgever de werknemer niet aan het beding zal houden als hij daarbij niet een werkelijk en zwaarwegend belang heeft. Ook de conclusies van het empirisch rapport van Research voor Beleid wijzen erop dat de werknemer vaak niet aan het beding wordt gehouden. In de praktijk zal het daarom weinig voorkomen dat een werknemer daadwerkelijk door het concurrentiebeding zal worden gehinderd om na ontslag tijdens de proeftijd ander werk te vinden. Voorzover dat wel zou gebeuren en de zorgvuldige afweging van belangen dit meebrengt, zal de rechter een beroep op het beding kunnen afwijzen. Het is om deze redenen niet wenselijk dat vooraf een beroep op het



concurrentiebeding bij het einde van het dienstverband tijdens de proeftijd wordt uitgesloten.

3. *De geldingsduur van concurrentiebedingen wordt wettelijk begrensd. De werkgroep denkt hierbij aan maximaal één jaar.*

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers** onderschrijven deze aanbeveling. Concurrentiebedingen met een geldingsduur van meer dan één jaar dienen naar hun oordeel als nietig te worden beschouwd. Bij een langere geldingsduur komt de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer te zeer in het gedrang. Indien de werknemer een langere periode moet overbruggen, neemt het risico snel toe dat hij de verworven (relevante strategische) kennis alsmede de opgedane ervaring verliest met alle risico's van dien voor zijn toekomstige loopbaan. Een maximum van een jaar sluit overigens een gedifferentieerde geldingsduur niet uit.

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werkgevers** wijzen dit voorstel af. De termijn van een jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst is een willkeurige termijn die onder omstandigheden onrecht kan doen aan de betrokken belangen. Temeer waar de duur van het beding in relatie zal moeten worden gezien met andere elementen daarvan zoals de geografische en de functionele werkingssfeer. Zo kan het zijn dat het nodig en niet onredelijk is de werknemer voor langere tijd aan een beding te houden terwijl dat voor de werknemer niet extra bezwarend is als het geografische gebied zeer klein is of de functie waarom het gaat zo specifiek is dat de belemmerende werking voor de werknemer beperkt is. Het is daarnaast ook nog denkbaar dat een vergoeding is afgesproken voor de duur van de werking van het beding. Ook die omstandigheid zal de duur van de werking van het beding in een bepaald perspectief kunnen plaatsen. Al met al dient dus het element van de duur in samenhang met alle andere relevante omstandigheden en elementen te worden beoordeeld en niet vooraf wettelijk te worden beperkt.

Een langere termijn dan een jaar kan bijvoorbeeld wenselijk zijn als het gaat om kennis omtrent interne zaken als calculatiemethoden en strategisch beleid en dergelijke. Ten slotte wijst dit deel van het bestuur erop dat een wettelijke maximumtermijn van een jaar in de praktijk wellicht snel als een standaard zal gaan werken waarmee dus omtrent de werkingsduur van het beding iedere reële afweging van belangen op voorhand nadelig wordt beïnvloed.

4. *Het geografisch en functioneel bereik van concurrentiebedingen moet in het beding worden beschreven, zodat voldoende duidelijk blijkt op welk gebied en op welke activiteiten het beding betrekking heeft.*

De omschrijving van het geografisch en functioneel bereik is in hoge mate bepalend voor de mate waarin de werknemer wordt beperkt in zijn mogelijkheden om na afloop van het dienstverband een andere werkkring te zoeken.

Dit onderstreept de noodzaak dat het bereik van het concurrentiebeding zorgvuldig wordt afgestemd op de functie van de betrokken werknemer, opdat deze bij vertrek niet onnodig wordt belemmerd in zijn mogelijkheden.

De Stichting meent dat het hier gaat om een constitutief vereiste, bij gebreke waaraan het concurrentiebeding als nietig zou moeten worden beschouwd.

5. *Aan de hoogte en de wijze van berekening van de in concurrentiebedingen opgenomen boete worden in de wet nadere eisen gesteld.*

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers** zijn het eens met de gedachte achter deze aanbeveling die overigens wel nadere uitwerking behoeft. Een maximum bedrag per dag beperkt de remmende werking van het concurrentiebeding. Evenals de MDW-werkgroep achten zij de thans in de praktijk voorkomende buitensporig hoge boetes, soms ook nog eens verschuldigd als een bedrag ineens, onaanvaardbaar. Een duidelijke boeteregeling heeft als bijkomend voordeel mogelijk een afname van het aantal procedures, waarin om matiging wordt verzocht.

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werkgevers** zijn van mening menen dat de praktijk geen aanleiding geeft om dit in de wet te regelen, mede gezien de algemene boeteregeling op grond van de artikelen 6:91 e.v. BW. Bij het sluiten van een concurrentiebeding wordt de boete bepaald, mede op grond van de eventueel te verwachten schade bij overtreding van het beding. De rechter kan, zo nodig, de boete matigen.

6. *Concurrentiebedingen kunnen alleen worden overeengekomen indien de werkgever de werknemer voor de duur van het beding een vergoeding betaalt.*

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers** kunnen zich vinden in deze aanbeveling die zij zo begrijpen dat een concurrentiebeding alleen kan worden overeengekomen indien de werkgever zich verplicht aan de werknemer een vergoeding te betalen zodra en voor zolang hij zich beroept op het concurrentiebeding. Evenals de vorige behoeft deze aanbeveling nadere uitwerking, onder meer ten aanzien van de gevolgen van een eventuele samenloop met andere inkomsten (loon, uitkering).

De werknemer kan doordat de werkgever zich op het beding beroept op diverse wijzen schade lijden, zowel direct als indirect (verlies van verdiencapaciteit, verlies van carrière-perspectief, immateriële schade). De verplichting tot schadevergoeding bij het beroep op een concurrentiebeding bevordert, zeker indien die vergoeding aan een minimum gebonden is, dat niet lichtvaardig een beroep op het beding wordt gedaan.

Een beroep op de vergoeding als hier bedoeld is niet alleen aan de orde wanneer de werkgever het dienstverband verbreekt maar kan ook aan de orde zijn wanneer de werknemer dat doet. In dat geval moet wel vast staan dat de werknemer een functie elders kan en wil aanvaarden, dat de werkgever bij aanvaarding van die functie elders een beroep op het concurrentiebeding zal doen en dat de werknemer om die reden die functie niet aanvaardt. Procedureel kan dit als volgt worden opgelost: de werknemer aanvaardt de functie elders onder de uitdrukkelijke (opschortende of ontbindende) voorwaarde dat de oude werkgever hem/haar niet aan het concurrentiebeding zal houden.

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werkgevers** menen dat een eventuele vergoeding een onderdeel moet zijn van de eerder genoemde belangenafweging die ten grondslag dient te liggen aan het sluiten van een concurrentiebeding. Een beroep op een vergoeding is naar hun oordeel in principe alleen aan de orde in het geval waarin de werkgever het dienstverband verbreekt.

7. *Het concurrentiebeding moet door partijen worden heroverwogen indien de functie van de werknemer gedurende de arbeidsovereenkomst wezenlijk is gewijzigd dan wel indien het concurrentiebeding anderszins zwaarder is gaan drukken.*

De Stichting merkt op dat dit beginsel in de rechtspraak is erkend. Zij betwijfelt overigens of het mogelijk is dit beginsel, als afzonderlijk element, in een regeling te verwoorden, zo dat al nodig is.

Wanneer het (functionele, geografische en temporele) bereik van het concurrentiebeding, conform het gestelde onder punt 4, nauwkeurig is omschreven, heeft dat tot gevolg dat het concurrentiebeding ter discussie komt te staan, indien de omstandigheden wezenlijk veranderen.

Het formuleren van dat bereik luistert derhalve nauw, ook om te voorkomen dat de werking van het concurrentiebeding onbedoeld wordt opgerekt bij bijvoorbeeld een verbreding van het takenpakket van de werknemer.

8. *De verplichting voor de werknemer tot nakoming van het concurrentiebeding dient te vervallen indien de werkgever failliet gaat.*

De Stichting meent dat dit in de rede ligt, gelet op het belang van de werknemer om in vrijheid elders emplooi te kunnen zoeken, versus het belang van de failliete werkgever (zo deze nog een belang heeft).

9. *De werkgever kan alleen een beroep doen op een concurrentiebeding, indien hij kan aantonen dat hij een zwaarwegend belang heeft bij dat beding. De rechter dient te beoordelen of dit belang zodanig zwaarwegend is dat het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.*

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werknemers** in het bestuur van de Stichting kunnen zich vinden in deze aanbeveling, die zij zo verstaan dat de werkgever aannemelijk moet maken dat hij een zodanig zwaarwegend belang heeft dat het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze daarvoor moet wijken.

Nader moet worden gezien hoe deze aanbeveling zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 7:653 lid 2 BW inzake de mogelijkheid van een gehele of gedeeltelijke vernietiging van het beding door de rechter.

Dit deel van het bestuur meent overigens dat de rechter, onverlet het geformuleerde in de aanbeveling, in voorkomende gevallen tot de conclusie moet kunnen komen dat het beding geheel of gedeeltelijk moet worden vernietigd.

De **vertegenwoordigers van de centrale organisaties van werkgevers** in het bestuur van de Stichting wijzen dit voorstel van de hand. Met name het feit dat dit een 'alles-of-niets'-bepaling is doet naar hun oordeel geen recht aan de praktijk. Daarbij kan de *mate* waarin een belang beschermwaardig is in de afweging met andere belangen tot uitdrukking komen in een matiging door de rechter van de gevolgen van een beroep op het beding. Zo kan uiteindelijk een resultaat worden bereikt dat volledig recht doet aan alle betrokken belangen hetgeen op grond van de voorgestelde toetsingsnorm niet het geval is.

10. *Het is wenselijk dat in ontbindingsprocedures tevens het concurrentiebeding ter discussie kan worden gesteld, zodat het beding kan worden betrokken bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding ingevolge artikel 685 lid 8 Boek 7 BW.*

De Stichting realiseert zich dat in de situatie waarin een ontbindingsverzoek aan de rechter is voorgelegd, er tevens behoefte kan bestaan aan duidelijkheid over de betekenis van het concurrentiebeding indien dat in het concrete geval een rol speelt. Het is in zo'n geval aan partijen om de toetsing van het ontbindingsverzoek en de toetsing van het concurrentiebeding zo te geleiden dat de rechter beide aspecten gelijktijdig kan beoordelen.

Eventuele in het burgerlijk procesrecht gelegen belemmeringen voor zo'n beoordeling en gelijktijdige beslissing dienen zo mogelijk te worden weggenomen.

11. *Het is wenselijk, dat de toetsing van een concurrentiebeding aan de orde kan komen in een verzoekschriftprocedure ex artikel 429a Rv, waarin dezelfde procedureregels gelden als in de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 685 Boek 7 BW, evenwel met behoud van de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie.*

De Stichting steunt deze aanbeveling van de MDW-werkgroep die er op is gericht om het concurrentiebeding aan de orde te kunnen stellen in een korte, gerichte bodemprocedure.

Ten slotte merkt de Stichting op dat een afschrift van deze brief is toegezonden aan de Minister van Justitie

Hoogachtend,

STICHTING VAN DE ARBEID

drs E.H. Broekema  
secretaris

Reacties werkgeversorganisaties op het Wetsvoorstel herziening concurrentiebeding tijdens de parlementaire behandeling

- Brief van de raad van Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO) van 16 januari 2002 aan de Tweede Kamer
- Brief van de RCO van 25 juni 2002 aan de Tweede Kamer
- Brief van de RCO van 6 februari 2004 aan de Tweede Kamer

Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties  
RCO

Aan de Voorzitter en de leden van de  
Vaste Kamercommissie voor Justitie  
van de Tweede Kamer der Staten Generaal  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Briefnummer  
02/10.299/Ren/Bee

Den Haag  
16 januari 2002

Onderwerp  
Wetsvoorstel Wijziging  
Concurrentiebeding

Telefoonnummer  
070 349 02 07  
E-Mail  
rensink@vno-ncw.nl

Hoogedelgestrengedames en heren,

Op 17 december 2001 is door het kabinet ingediend het wetsvoorstel Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding (nr. 28167). Middels deze brief willen wij de bezwaren die de Raad van Centrale Werkgeversorganisaties (RCO) heeft tegen dit wetsvoorstel bij u onder de aandacht brengen.

De RCO onderschrijft de gedachte dat zorgvuldigheid met betrekking tot concurrentiebedingen op zijn plaats is en dat transparantie - met name met betrekking tot de reikwijdte van het beding - een vereiste is. Het wetsvoorstel biedt echter onvoldoende ruimte voor maatwerk in specifieke gevallen en verstoort het evenwicht in de belangen van werkgever en werknemer, zoals dat in de praktijk is gegroeid.

Het onderhavige wetsvoorstel is een uitvloeisel van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit. Met name in het kader van de door het kabinet gewenste marktwerking zou de mogelijkheid om een beding te sluiten waardoor de arbeidsmobiliteit wordt belemmerd, moeten worden beperkt. Het is echter opvallend, dat hiertoe méér in plaats van minder regels worden voorgesteld. Dit terwijl deregulering ook één van de speerpunten is.

**Algemeen**

Een werkgever kan er een gerechtvaardigd belang bij hebben dat een werknemer niet in dienst treedt bij een concurrent. Een werknemer in een bepaalde positie kan kennis hebben van bedrijfsgeheimen en/of andere concurrentiegevoelige gegevens van het bedrijf.

Daarnaast kan een werknemer (persoonlijk) contact hebben met klanten of andere relaties van de werkgever, waardoor de mogelijkheid bestaat dat de werkgever deze klanten en relaties bij vertrek van de werknemer verliest.

Tegenover het gerechtvaardigde belang van de werkgever staat het belang c.q. het recht van de werknemer om in vrijheid te komen tot een arbeidskeuze. De belangen zullen telkens tegenover elkaar moeten worden afgewogen. Dit is een afweging die moeilijk in algemene zin is te maken, maar per individueel geval behoort te worden gemaakt, waarbij rekening kan worden gehouden met alle (specifieke) omstandigheden van het geval. In de huidige rechtspraak gebeurt dit ook en uit de uitspraken is af te leiden dat er weinig algemene uitgangspunten te formuleren zijn. Integendeel: het wisselende beeld in de rechtspraak laat zien hoe zeer de concrete omstandigheden van het geval van belang zijn. De regeling voor een concurrentiebeding moet daarom naar de mening van de RCO niet 'dichtgeregeld' worden, maar moet algemene normen bevatten, waaraan in individuele gevallen kan worden getoetst. Alleen hierdoor kan voldoende recht worden gedaan aan de wederzijdse belangen.

#### **Geografisch en functioneel bereik**

De RCO onderschrijft het uitgangspunt dat het de werknemer voldoende duidelijk moet zijn waar het concurrentiebeding betrekking op heeft (geografisch en functioneel bereik). Het voorschrijven van een nadere specificering zorgt voor de nodige transparantie. Ook de gedachte dat een concurrentiebeding opnieuw moet worden overeengekomen, wanneer het beding zwaarder op de werknemer gaat drukken, wordt door de RCO ondersteund.

#### **Verplichte vergoeding**

Op aandrang van de Stichting van de Arbeid is al in 1954 voor werknemers de mogelijkheid gecreëerd om de rechter te verzoeken een vergoeding toe te kennen. Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk echter vrijwel nooit gebruik gemaakt. Dit is een belangrijke aanwijzing dat in de praktijk een voor beide partijen acceptabele regeling wordt getroffen.

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om in alle gevallen een vergoeding verplicht te stellen. Wanneer vooraf geen vergoeding wordt aangeboden, zou een concurrentiebeding zelfs in het geheel niet geldig zijn. De RCO heeft hier zeer sterke bezwaren tegen. Enige vorm van toetsing is niet mogelijk, doordat de vergoeding in alle gevallen verschuldigd is. Ook de Raad van State wijst op de rechtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer die ontstaat, doordat de werknemer wél om verhoging, maar de werkgever niet om verlaging van de toe te kennen vergoeding kan verzoeken.

De voorgestelde regeling doet tekort aan de casuïstiek die de praktijk rond het concurrentiebeding nu juist zo kenmerkt. Een dergelijke regeling zou bovendien calculerend gedrag van werknemers in de hand werken. Ook hier wijzen wij op de kritiek van de Raad van State op dit punt. De Raad van State stelt vast dat de aard van de vergoeding onhelder is. Door de Minister is op dit punt onvoldoende helderheid geboden.

De vergoeding verwordt in het wetsvoorstel meer tot een soort 'tekengeld'. De oorsprong van de vergoeding, namelijk een compensatie voor schade, wanneer de werknemer kan hard maken dat hij deze heeft geleden, raakt in de ogen van de RCO ten onrechte uit beeld.

Als belangrijkste reden voor het voorstellen van een verplichte vergoeding wordt door de Minister aangegeven dat uit onderzoek van Research voor Beleid blijkt dat ongeveer 100.000 werknemers (ofwel 1,5 à 2%) zich bij het zoeken naar een nieuwe baan belemmerd voelen door een concurrentiebeding. Uit het onderzoek blijkt echter ook dat werkgevers in de praktijk een concurrentiebeding afsluiten om te kunnen optreden, wanneer een werknemer vertrekt. In algemene zin concludeert Research voor Beleid dan ook dat de invloed van het concurrentiebeding op de totale arbeidsmobiliteit gering is. In verreweg de meeste gevallen wordt een werknemer niet aan het concurrentiebeding gehouden. In het onderzoek wordt dan ook geconcludeerd, dat de effecten van een concurrentiebeding op de arbeidsmobiliteit met name aanwezig zijn, wanneer de rechter van oordeel is dat de werknemer zich moet houden aan het concurrentiebeding. Maar hier betreft het nu juist de gevallen waarvoor het beding is bedoeld. De rechter zou immers anders niet de werkgever in het gelijk stellen.

Een verplichte vergoeding leidt ertoe dat een werkgever die in bepaalde gevallen (naar uit onderzoek blijkt echter in uitzonderingsgevallen) een gerechtvaardigd beroep wil kunnen doen op een concurrentiebeding, geconfronteerd wordt met een aanzienlijke kostenstijging. Het - naar uit onderzoek blijkt - geringe belang voor de arbeidsmobiliteit rechtvaardigt een dergelijke kostenstijging in de ogen van de RCO niet. Zeker niet, nu in het wetsvoorstel alleen de mogelijkheid wordt geboden dat de rechter de vergoeding verhoogt en verlaging wordt uitgesloten.

### **Concurrentiebeding en proeftijd**

Zoals hierboven is aangegeven, is de vraag of en in hoeverre een werknemer aan een concurrentiebeding kan worden gehouden in zeer hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ook gedurende de proeftijd kan het gerechtvaardigd zijn dat een werknemer aan een concurrentiebeding wordt gehouden. Zo komt het bijvoorbeeld in de praktijk geregeld voor dat een werknemer al tijdens de proeftijd een andere baan aanvaardt. De werkgever zou in dat geval niet kunnen voorkomen dat de werknemer, die tijdens de proeftijd een kijkje in de keuken heeft kunnen nemen, naar de concurrent vertrekt. Juist in de proeftijd krijgt de werknemer de meeste en het snelst informatie over het bedrijf. In het algemeen wordt de werknemer tijdens deze periode ingewerkt en krijgt hij inzicht in de wijze waarop de werkgever werkt. Een kok kan bijvoorbeeld heel snel zien hoe in een keuken wordt gewerkt en welke recepten worden gebruikt. Een en ander geeft nog eens aan hoe de specifieke omstandigheden van belang kunnen zijn. Ook tijdens de proeftijd zou daarom naar de mening van de RCO een beroep op een concurrentiebeding mogelijk moeten zijn.



**Beperking van de maximale duur van een concurrentiebeding tot een jaar**

In het onderhavige wetsvoorstel wordt voorgesteld dat een concurrentiebeding dat de werknemer voor langer dan een jaar beperkt in zijn arbeidskeuze nietig is. Dit geldt in alle gevallen. Dit betekent dat er geen ruimte is om te kijken naar de specifieke omstandigheden van het geval. In (zeer) bijzonder gevallen kan het gerechtvaardigd zijn dat een werknemer gedurende een langere periode niet bij een concurrent in dienst treedt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij functies in het onderzoek, waarbij onderzoeken jarenlang kunnen duren en bijvoorbeeld specifieke calculatiemethoden of kennis van het strategisch beleid, dat concurrentiegevoelig is, een belangrijke rol spelen. Wanneer een werkgever een zwaarwegend belang kan aantonen, zou naar de mening van de RCO de werking van een concurrentiebeding ook langer dan een jaar moeten kunnen zijn.

**Relatiebeding**

In de (rechts)praktijk bestaat er onduidelijkheid over de vraag of en in hoeverre een zogenoemd relatiebeding (een beding waarbij het de werknemer wordt verboden gedurende een bepaalde periode contact te hebben met klanten van de ex-werkgever) een concurrentiebeding is. De heersende opvatting is echter dat een relatiebeding een concurrentiebeding is met een beperkte werking.

De RCO is van mening dat de beperkingen die in het wetsvoorstel worden voorgesteld in ieder geval geen betrekking moeten hebben op een relatiebeding. Een relatiebeding schaadt de werknemer namelijk niet in zijn recht op vrije arbeidskeuze. De overwegingen die ten grondslag liggen aan het wetsvoorstel gelden dan ook niet. Een relatiebeding zou vormvrij (of ten hoogste schriftelijk) moeten kunnen worden overeengekomen, zonder dat de werkgever enige vorm van vergoeding is verschuldigd. Het is in voorkomende gevallen aan de rechter te beoordelen of en in hoeverre een relatiebeding redelijk dan wel onredelijk bezwarend is.

**Overgangsrecht**

Het wetsvoorstel voorziet in een overgangperiode van één jaar. Bedingen die na deze periode niet voldoen aan de in het wetsvoorstel opgenomen eisen, zouden nietig worden. Dit leidt naar de mening van de RCO tot een te grote ongelijkheid in onderhandelingspositie. Volgens het wetsvoorstel moet de werknemer namelijk instemmen met een wijziging van het concurrentiebeding. De Raad van State stelt op dit punt voor om de rechter de mogelijkheid te bieden des verzocht de inhoud van het nieuwe concurrentiebeding vast te stellen in die gevallen dat de werknemer en de werkgever het oude beding niet tijdig door een nieuw beding hebben vervangen. De Minister reageert hierop met de mededeling dat artikel 75 van de Overgangswet nieuw BW met zich meebrengt dat de nieuwe bepaling buiten toepassing blijft in overgangssituaties, indien die toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De Overgangswet nieuw BW is op het onderhavige wetsvoorstel echter niet van toepassing. De Overgangswet is alleen van toepassing op de overheveling van bepalingen uit het Oud Burgerlijk Wetboek naar het Nieuw Burgerlijk

Wetboek<sup>1</sup>. Dit betekent dat de -dus ook door de Minister onderkende- problematiek rond de werknemer die 'kennelijk afsturend op de nietigheid van het beding, op onredelijke gronden aanpassing van het beding aan de nieuwe bepalingen weigert' op een andere wijze zal moeten worden aangepakt. De RCO staat daarbij een regeling voor, waarbij de werkgever het beding kan aanpassen op die punten waar het niet aan de nieuwe regelgeving voldoet, zonder dat de werknemer hiermee hoeft in te stemmen.

### **Conclusie**

De RCO is voorstander van de bevordering van transparantie van concurrentiebedingen. Het wettelijk kader voor deze bedingen dient echter naar het oordeel van de RCO recht te doen aan de specifieke omstandigheden die in individuele gevallen kunnen spelen. Daarom doet de RCO een klemmend beroep op u om niet in te stemmen met het wetsvoorstel. Wanneer u instemt met de hoofdlijnen van het wetsvoorstel, doen wij een beroep op u om in ieder geval niet met de volgende punten in te stemmen:

- De verplichte vergoeding.
- De toepasselijkheid van het strengere regime op een relatiebeding.
- Uitsluiting van de mogelijkheid tot het beroep op een concurrentiebeding tijdens de proeftijd.
- De beperking van de maximale duur van een concurrentiebeding tot een jaar.
- Het gekozen overgangsregime.

Een kopie van deze brief zenden wij tevens aan minister mr. A.H. Korthals en minister dr. W.A.F.G. Vermeend.

Hoogachtend,  
RAAD VAN DE CENTRALE ONDERNEMINGSORGANISATIES RCO

Namens de Vereniging VNO-NCW

Mr. J.H. Schraven  
Voorzitter

Namens MKB-Nederland

Drs. J. de Boer  
Voorzitter

Namens LTO-Nederland

G.J. Doornbos  
Voorzitter

---

<sup>1</sup> Dezelfde discussie vond plaats tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Flexibiliteit en Zekerheid (zie EK 26257, nr 110a, p. 3 en EK 26257, nr 110b, p. 4/5).



Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties  
RCO

Aan de Voorzitter en de leden van de  
Vaste Kamercommissie voor Justitie  
van de Tweede Kamer der Staten Generaal  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Briefnummer  
02/13.559/Ren/Bee

Den Haag  
25 juni 2002

Onderwerp  
Wetsvoorstel Wijziging  
Concurrentiebeding

Telefoonnummer  
070 349 02 07  
E-Mail  
rensink@vno-ncw.nl

Hoogedelgestrengde dames en heren,

Op 17 december 2001 is het wetsvoorstel Wijziging concurrentiebeding (nr. 28 167) ingediend bij de Tweede Kamer. De Raad van Centrale Ondernemersorganisaties (RCO) heeft grote bezwaren tegen dit wetsvoorstel. Deze bezwaren zijn eerder onder uw aandacht gebracht bij schrijven van de RCO van 16 januari jl..

Met deze brief brengen wij de bezwaren nogmaals onder uw aandacht en doen wij een klemmend beroep op u het wetsvoorstel te verwerpen. Het wetsvoorstel brengt het bestaande evenwicht in de posities van werkgever en werknemer in onbalans en leidt ertoe dat werkgevers hoge kosten moeten maken om hun gerechtvaardigde bedrijfsbelangen te verdedigen.

Een concurrentiebeding wordt aangegaan om te voorkomen dat een werknemer die kennis draagt van concurrentiegevoelige informatie naar de concurrent overstapt. Zodoende kan de werkgever zijn bedrijfsinformatie beschermen en voorkomen dat klanten meelopen met een vertrekkende werknemer. Overigens doet een werkgever in de praktijk slechts in een zeer beperkt aantal gevallen daadwerkelijk een beroep op een concurrentiebeding.

### *Verplichte vergoeding*

In het wetsvoorstel Wijziging concurrentiebeding wordt voorgesteld dat een werkgever die een concurrentiebeding is overeengekomen met een werknemer verplicht is op voorhand een 'billijke vergoeding' aan te bieden. De werkgever moet deze 'billijke vergoeding' vervolgens altijd betalen wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt. Het doet er niet toe of de werknemer schade lijdt; zelfs als de werknemer zijn baan opzegt om een half jaar te gaan zeilen zal de werkgever de vergoeding moeten voldoen. Een dergelijke regeling schiet zijn doel voorbij: de 'billijke vergoeding' verwordt tot een soort tekengeld. Momenteel is het zo geregeld dat een werknemer een vergoeding kan vragen aan de rechter wanneer hij schade lijdt. Bovendien kan de werknemer matiging van het concurrentiebeding vorderen.

Een vergoeding zou volgens de RCO alleen aan de orde moeten zijn, wanneer de werknemer schade lijdt. In ieder geval zou de werkgever die voordat de arbeidsovereenkomst is geëindigd aan de werknemer mededeelt dat hij geen beroep doet op het concurrentiebeding niet gehouden moeten zijn tot het betalen van een vergoeding.

### *Relatiebedingen*

Een tweede belangrijk bezwaar dat de RCO heeft tegen het wetsvoorstel is dat de voorgestelde regeling onverkort van toepassing zal zijn op zogenoemde relatiebedingen. Een relatiebeding is een afgezwakte vorm van een concurrentiebeding, waarbij het de werknemer gedurende een bepaalde tijd wordt verboden om na einde van de arbeidsovereenkomst klanten van de werkgever te benaderen. Ook voor het beschermen van de eigen klantenkring zal de werkgever volgens het wetsvoorstel de 'billijke vergoeding' moeten voldoen. De werknemer wordt door een relatiebeding niet belemmerd in zijn keuze voor een nieuwe baan. Voor een vergoeding is in een dergelijk geval dan ook geen rechtvaardiging. Zo u de voorgestelde regeling inzake de verplichte vergoeding aanvaardt, dan zou deze in ieder geval niet van toepassing moeten zijn op relatiebedingen.

### *Overgangsrecht*

Tenslotte heeft de RCO ernstige bezwaren tegen het voorgestelde overgangsrecht. Voorgesteld wordt dat concurrentiebedingen die een jaar na invoering van het wetsvoorstel niet voldoen aan de nieuwe regels, van rechtswege nietig worden. Dit betekent dat de werknemer bij het (her)onderhandelen over het concurrentiebeding een zeer riant onderhandelingspositie heeft. De werknemer kan een zeer hoge 'billijke vergoeding' eisen, omdat hij weet dat het beding nietig wordt wanneer er geen vergoeding is overeengekomen.

- ./.
- Voor de overige bezwaren wordt korthedshalve verwezen naar de brief van 16 januari jl. (bijgevoegd). Omdat de regeling inzake de verplichte 'billijke vergoeding' de kern vormt van het wetsvoorstel doen wij een dringend beroep op u het wetsvoorstel wijziging concurrentiebeding te verwerpen. De bestaande regelgeving in samenhang met jurisprudentie op dit punt heeft in de praktijk geleid tot een evenwichtige situatie. Werkgevers onderhandelen op individueel niveau over een concurrentiebeding. In verreweg de meeste gevallen wordt bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst overeenstemming bereikt over de toepassing van het beding. De rechter kan correctie aanbrengen en eventueel een vergoeding toekennen aan een werknemer. Daarmee is de positie van de individuele werknemer voldoende gewaarborgd. Het wetsvoorstel verstoort het bestaande evenwicht naar de mening van de RCO in te hoge mate.

Een kopie van deze brief zenden wij tevens aan minister mr. A.H. Korthals en minister dr. W.A.F.G. Vermeend.

Hoogachtend,  
RAAD VAN DE CENTRALE ONDERNEMINGSORGANISATIES RCO

Namens de Vereniging VNO-NCW

Mr. J.H. Schraven  
Voorzitter

Namens MKB-Nederland

Drs. J. de Boer  
Voorzitter

Namens LTO-Nederland

G.J. Doornbos  
Voorzitter



# Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties RCO

Aan de Voorzitter en de leden van de  
Vaste Kamercommissie voor Justitie  
van de Tweede Kamer der Staten Generaal  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Briefnummer  
04/10.409/04-023/Blij/Gau

Den Haag  
6 februari 2004

Onderwerp  
Wetsvoorstel Wijziging  
Concurrentiebeding  
(Kamerstukken 28 167)

Telefoonnummer  
070 349 02 10  
E-Mail  
blijlevens@vno-ncw.nl

Hoogedelgestrengedames en heren,

Sedert februari 2002 ligt het wetsvoorstel Wijziging concurrentiebeding (Kamerstukken 28 167) klaar voor plenaire behandeling in de Tweede Kamer. De behandeling is steeds uitgesteld en staat nu op de agenda voor behandeling in februari. Ondertussen hebben reeds tweemaal nieuwe verkiezingen plaatsgevonden en zijn er portefeuillewisselingen geweest. De Raad van Centrale Ondernemersorganisaties (RCO) heeft grote bezwaren tegen dit wetsvoorstel. De bezwaren zijn eerder onder de aandacht gebracht van de Tweede Kamer bij brieven van de RCO van 16 januari 2002 en 25 juni 2002 (ter informatie bijgevoegd).

Met deze brief brengen wij de belangrijkste bezwaren opnieuw onder uw aandacht. Bij voorkeur zouden wij zien dat het wetsvoorstel zou worden verworpen. Mocht u besluiten tot verdere behandeling dan verzoeken wij u met de onderstaande bezwaren rekening te houden en tenminste wijzigingen in het wetsvoorstel aan te brengen.

Het wetsvoorstel brengt het bestaande evenwicht in de posities van werkgever en werknemer in onbalans en leidt ertoe dat werkgevers hoge kosten moeten maken om hun gerechtvaardigde bedrijfsbelangen te verdedigen. Een concurrentiebeding wordt aangegaan ter bescherming van de concurrentiegevoelige informatie. Dit middel schept een waarborg voor de continuïteit van ondernemingen: zo kan worden voorkomen dat klanten van een onderneming op een oneerlijke manier worden meegenomen door een werknemer, die een drager is van concurrentiegevoelige informatie. Het is niet meer dan logisch dat ook de werknemer zich dat zeer goed realiseert en daar niet lichtvaardig mee om gaat of daar misbruik van maakt. Dit geldt temeer bij het aanvaarden door de



werknemer van een andere werkkring waar deze bedrijfsinformatie van belang kan zijn. De rechter kan het beding geheel of gedeeltelijk vernietigen indien het beding, in verhouding tot het te beschermen belang van de ondernemer, onbillijk wordt geacht.

### *Verplichte vergoeding*

In het wetsvoorstel Wijziging concurrentiebeding wordt voorgesteld dat een werkgever die een concurrentiebeding is overeengekomen met een werknemer verplicht is op voorhand een 'billijke vergoeding' aan te bieden. De werkgever moet deze 'billijke vergoeding' vervolgens altijd betalen wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt. Het doet er niet toe of de werknemer schade lijdt; zelfs als de werknemer zijn baan opzegt om een half jaar te gaan zeilen zal de werkgever de vergoeding moeten voldoen. Een dergelijke regeling schiet zijn doel voorbij: de 'billijke vergoeding' verwordt tot een soort tekengeld. De werkgever moet de afgesproken 'vergoeding' betalen, losstaande van de vraag of werknemer inderdaad door het beding is belemmerd, dus ook als hij een betere baan krijgt, een jaartje ertussen uit wil, totaal iets anders wil doen of op staande voet is ontslagen. Momenteel is het zo geregeld dat een werknemer een vergoeding kan vragen aan de rechter wanneer hij schade lijdt. Bovendien kan de werknemer matiging van het concurrentiebeding vorderen.

Een vergoeding zou volgens de RCO alleen aan de orde moeten zijn, wanneer de werknemer schade lijdt. In ieder geval zou de werkgever die voordat de arbeidsovereenkomst is geëindigd aan de werknemer meedeelt dat hij geen beroep doet op het concurrentiebeding niet gehouden moeten zijn tot het betalen van een vergoeding.

### *Relatiebedingen*

Een tweede belangrijk bezwaar dat de RCO heeft tegen het wetsvoorstel is dat de voorgestelde regeling onverkort van toepassing zal zijn op zogenoemde relatiebedingen. Een relatiebeding is een afgezwakte vorm van een concurrentiebeding, waarbij de werknemer niets in de weg staat om een andere werkkring te aanvaarden, maar waarbij het hem of haar gedurende een bepaalde wordt verboden om na einde van de arbeidsovereenkomst tijd klanten van de werkgever te benaderen. Ook voor het beschermen van de eigen klantenkring zal de werkgever volgens het wetsvoorstel de 'billijke vergoeding' moeten voldoen. De werknemer wordt door een relatiebeding niet belemmerd in zijn keuze voor een nieuwe baan. Voor een vergoeding is in een dergelijk geval dan ook geen rechtvaardiging. Zo u de voorgestelde regeling inzake de verplichte vergoeding aanvaardt, dan zou deze in ieder geval niet van toepassing moeten zijn op relatiebedingen.

### *Overgangsrecht*

Tenslotte heeft de RCO ernstige bezwaren tegen het voorgestelde overgangsrecht. Voorgesteld wordt dat concurrentiebedingen die een jaar na invoering van het wetsvoorstel niet voldoen aan de nieuwe regels, van rechtswege nietig worden. Dit

betekent dat de werknemer bij het (her)onderhandelen over het concurrentiebeding een zeer riante onderhandelingspositie heeft. De werknemer kan een zeer hoge 'billijke vergoeding' eisen, omdat hij weet dat het beding nietig wordt wanneer er geen vergoeding is overeengekomen.

Omdat de regeling inzake de verplichte 'billijke vergoeding' de kern vormt van het wetsvoorstel doen wij een dringend beroep op u het wetsvoorstel wijziging concurrentiebeding te verwerpen. De bestaande regelgeving in samenhang met jurisprudentie op dit punt heeft in de praktijk geleid tot een evenwichtige situatie. Het wetsvoorstel verstoort het bestaande evenwicht naar de mening van de RCO te zeer en vormt daarmee een te zware ingreep in contractuele verhoudingen.

Een kopie van deze brief zenden wij tevens aan de minister van Justitie en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Hoogachtend,  
RAAD VAN DE CENTRALE ONDERNEMINGSORGANISATIES RCO

Namens de Vereniging VNO-NCW

mr. J.H. Schraven  
Voorzitter

Namens MKB-Nederland

drs. L.M.L.H.A. Hermans  
Voorzitter

Namens LTO-Nederland

G.J. Doornbos  
Voorzitter

Bijlagen

Reacties werknemersorganisaties op het Wetsvoorstel herziening concurrentiebeding tijdens de parlementaire behandeling

- Brief van CNV, MHP en FNV van 8 februari 2002 aan de Tweede Kamer
- Brief van CNV, MHP en FNV van 29 september 2004 aan de Tweede Kamer
- Brief van CNV, MHP en FNV van 22 oktober 2004 aan de Eerste Kamer

Aan de leden van de Vaste Commissie voor Justitie  
Tweede Kamer der Staten-Generaal  
Postbus 20018  
2500 EA Den Haag

Datum: 8 februari 2002

Onderwerp: wetsvoorstel 28 167 (concurrentiebeding)

Geachte dames en heren,

### Inleiding

De vakcentrales FNV, CNV en Unie mhp hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel tot wijziging van de regeling van het concurrentiebeding in het Burgerlijk Wetboek (wetsvoorstel 28 167).

Dat wetsvoorstel, waar we vier jaar op hebben moeten wachten, stelt ons bijzonder teleur. Het biedt werknemers aanzienlijk minder bescherming dan de voorstellen van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding en de regelingen in de ons omringende landen. Ook wijkt het kabinet met dit voorstel ten nadele van werknemers af van het voorlopige standpunt van het vorige kabinet. Daarmee staat het nog verder af van het voorstel van de vakcentrales voor een wettelijk verbod van het concurrentiebeding (zie voor het desbetreffende tekstvoorstel het slot van deze brief). Ten opzichte van het voorliggende wetsvoorstel biedt het voorstel van de vakcentrales bovendien meer Marktwerking, meer Deregulering en meer Wetgevingskwaliteit.

Het wetsvoorstel geeft ons aanleiding tot een uitvoerig commentaar. Nu we recentelijk vernomen hebben dat het wetsvoorstel wordt voorbereid door de Vaste Commissie voor Justitie en dat de fracties hun inbreng al hebben kunnen leveren, hebben we besloten u thans ons commentaar te doen toekomen en u eventueel aanvullend commentaar in een later stadium toe te zenden. Uiteraard zijn we graag bereid om een en ander nader toe te lichten.

### Concurrentiebeding als maatschappelijk fenomeen

Concurrentiebedingen worden zeer veel en steeds vaker gesloten. Zij worden gesloten met alle categorieën van werknemers (ook bijvoorbeeld met schoonmakers, winkelpersoneel en textielarbeiders) en voor diverse doelen, maar vooral om beëindiging van het dienstverband *op initiatief van de werknemer* zoveel mogelijk te voorkomen (bijvoorbeeld om te voorkomen dat schoonmaakpersoneel overstapt naar een concurrent die zijn werknemers wél contracten voor onbepaalde tijd aanbiedt).

Voor het sluiten van die bedingen zijn twee partijen nodig. In de praktijk betekent dit echter dat werknemers het concurrentiebeding noodgedwongen accepteren als voorwaarde voor indiensttreding. Wie het beding niet aanvaardt, krijgt de baan niet. Dat verklaart waarom werknemers 'instemmen' met concurrentiebedingen en daarin opgenomen volstrekt absurde voorwaarden (zie de voorbeelden onder paragraaf 3.2 van de bijgevoegde nota).

Het concurrentiebeding betekent een forse inbreuk op de vrijheid van de werknemer om zelf te bepalen waar hij werkt. Het treft de werknemer in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud kan voorzien. Uit onderzoek van Research voor Beleid blijkt dat - in 1997, de onderzoeksperiode - naar schatting 100.000 werknemers zich in hun zoekgedrag naar ander werk laten leiden door het concurrentiebeding in die zin dat zij zoeken naar functies of werk dat niet onder het beding valt. Ook blijkt daaruit dat veel werknemers zelfs helemaal niet meer zoeken vanwege het bestaan van een concurrentiebeding en vanwege de forse boetes die op overtreding van dat beding zijn gezet.

De werknemer die van dienstbetrekking wil verwisselen zal, wanneer hem een nieuwe werkkring wordt aangeboden, binnen vrij korte tijd moeten beslissen of hij deze functie wil aanvaarden. Maar het nemen van een verantwoorde beslissing is onmogelijk als een concurrentiebeding hem verbiedt de nieuwe werkzaamheden te verrichten. Gelet op de jurisprudentie kan de werknemer niet voorspellen in hoeverre het beding door de rechter naar tijd en plaats zal worden beperkt, in hoeverre het beding met andere woorden inderdaad rechtskracht bezit. Zekerheid hierover is niet op korte termijn te verkrijgen. Onder deze omstandigheden durft de werknemer de nieuwe werkkring niet te aanvaarden. Uit de jurisprudentie blijkt dan ook dat het concurrentiebeding pas aan de orde komt bij de rechter als de arbeidsovereenkomst *op initiatief van de werkgever* wordt ontbonden: als de werkgever de rechter inschakelt om het dienstverband te beëindigen, dan pas durft de werknemer als tegenverzoek om tenietdoening van het concurrentiebeding te vragen. Hij heeft dan immers niets meer te verliezen? Ook komt het aan de orde indien de nieuwe werkgever van de kandidaat-werknemer eist dat deze eerst zijn oude werkgever of de rechter zover krijgt te verklaren dat hij geen last zal ondervinden van het beding.

De elkaar beconcurrerende werkgevers kunnen achterover leunen en afwachten of en in hoeverre de werknemer de opgelegde beperkingen in de mededinging tussen die werkgevers bij de rechter ongedaan weet te maken.

#### Alternatief voor het concurrentiebeding

Uit de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel valt niet op te maken wat de visie van de regering is op het concurrentiebeding als fenomeen. Wat is het bestaansrecht van het beding? Welke concreet aangeduide belangen van werkgevers verdienen het om ten koste van de vrijheid van arbeidskeuze van werknemers beschermd te worden en waarom zou dat moeten via een instrument met zoveel evident nadelige effecten voor werknemer en maatschappij als het concurrentiebeding, dat als fenomeen aan het begin van de vorige eeuw al ter discussie stond.

Het is de visie van de vakcentrales dat werkgevers een gerechtvaardigd belang kunnen hebben bij het tegengaan van vormen van concurrentie die als ongeoorloofd (oneerlijk) moeten worden beschouwd. Het gaat dan om gedrag van de werknemer en/of van diens nieuwe werkgever dat in strijd moet worden geacht met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, zoals – onder omstandigheden – het meenemen van klanten of het ten eigen bate dan wel ten bate van de nieuwe werkgever aanwenden van concurrentiegevoelige, bedrijfsspecifieke productinformatie, waardoor de oude werkgever schade lijdt.

Voor het tegengaan van bedoelde vormen van concurrentie bestaan echter andere, principieel meer geëigende instrumenten dan het concurrentiebeding, waarvan de actie uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) het meest aangewezen instrument is. In paragraaf 1.2.2. van bijgaande nota wordt dat nader toegelicht.

Waar het gaat om de regulering van de concurrentie tussen ondernemingen onderling (in het geval de werknemer voor zichzelf gaat beginnen is deze te beschouwen als de ondernemer die de oude werkgever concurrentie aandoet) ligt het voor de hand dat het de oude werkgever is die actie moet ondernemen en die moet aantonen dat de voor zichzelf begonnen zijnde of beginnende oud-werknemer en/of diens nieuwe werkgever hem – op ongeoorloofde wijze – schaadt of dreigt te schaden.

De hamvraag is immers of het werkgeversbelang bij non-concurrentie zo zwaar moet wegen dat moet worden toegestaan dat een werknemer reeds bij indiensttreding beperkt kan worden in zijn mogelijkheden om in de toekomst bij een werkgever in dezelfde branche (of zelfs in andere branches) te werken.

De vakcentrales vinden van niet. Het belang van de werknemer bij het kunnen uitoefenen van zijn grondwettelijk recht op vrijheid van arbeidskeuze, inclusief de vrijheid van uitoefening, ontplooiing, ontwikkeling en behoud van de eigen vakbekwaamheid en vaardigheden, wordt daarmee naar hun oordeel onnodig, onevenredig en derhalve ontoelaatbaar geschaad. Zij zijn van oordeel dat bij zich in concreto voordoende oneerlijke concurrentie kan en moet worden volstaan met de mogelijkheden die de actie uit onrechtmatige daad biedt. Zo wordt de vrijheid van arbeidskeuze gerespecteerd. Dit recht op vrije arbeidskeuze behoort slechts zijn beperking te vinden in de door het recht erkende gerechtvaardigde belangen van de werkgever en dus niet door wat *de facto* door de werkgever als zodanig in het concurrentiebeding is weergegeven.

Tot slot: het gaat hier om een politieke vraag van sociaal-economische aard. Moet de werkgever gedwongen worden rechtmatige concurrentie te aanvaarden of mag hij zich daartegen contractueel indekken. De eerstgenoemde optie laat de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer relatief zwaarder wegen dan de

contractsvrijheid van de werkgever. Deze optie is ook consistent met het mededingingsrecht. Dit is de optie van de vakcentrales.

*Concreet verzoek*

Gelet op het voorgaande bepleiten de vakcentrales een zodanige amendering van het wetsvoorstel, dat artikel 7:653 BW als volgt komt te luiden:

**‘Nietig is een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn vrijheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn.’**

In de bijgevoegde nota wordt meer gedetailleerd ingegaan op onze conclusie dat met een verbod, zoals door ons bepleit, meer recht wordt gedaan aan de verschillende belangen van werkgever en werknemer, en dat het voorliggende wetsvoorstel beslist niet de door de regering beoogde rechtszekerheid biedt. Daarin wordt ook inhoudelijk commentaar geleverd op het wetsvoorstel, verwerkt in een alternatief wetsvoorstel (bijlage 2 bij de nota), voor het geval ons principiële betoog onverhoopt niet op voldoende steun kan rekenen.

Deze brief gaat in afschrift naar de Vaste Commissie voor Sociale Zekerheid en Werkgelegenheid.

Hoogachtend,

Namens CNV, Unie mhp en FNV,

Kitty Roozmond,

vice-voorzitter FNV



**FNV**  
Naritaweg 10  
Postbus 8456  
1005 AL Amsterdam

T 020 58 16 300  
F 020 68 44 541

**CNV**  
Ravellaan 1  
Postbus 2475  
3500 GL Utrecht

T 030 291 39 11  
F 030 294 65 44

**MHP**  
Multatulilaan 12  
Postbus 575  
4100 AN Culemborg

T 0345 85 19 00  
F 0345 85 19 15

Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

Aan de voorzitter van de Tweede Kamer  
der Staten-Generaal  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Datum	Uw kenmerk
29 september 2004	
Ons kenmerk	Telefoonnr.
363/315/50	
Onderwerp	E-mail
Wetsvoorstel 28 167 (concurrentiebeding)	<a href="mailto:rik.vansteenbergen@vc.fnv.nl">rik.vansteenbergen@vc.fnv.nl</a>
	<a href="mailto:A.Woltmeijer@cnv.nl">A.Woltmeijer@cnv.nl</a>
	<a href="mailto:w.muller@vc-mhp.nl">w.muller@vc-mhp.nl</a>

Geachte voorzitter,

Op dinsdag 5 oktober stemmen de leden van de Tweede Kamer over het wetsvoorstel 28 167 inzake het concurrentiebeding.

De vakcentrales FNV, CNV en MHP hebben zich eerder zeer kritisch uitgelaten over dit wetsvoorstel<sup>1</sup>, waarmee de regering beoogt (1) de rechtszekerheid te bevorderen, (2) een beter evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van werkgever en werknemer en (3) onnodig beroep op het concurrentiebeding tegen te gaan<sup>2</sup>.

Naar het oordeel van de vakcentrales leidt het wetsvoorstel niet tot hetgeen de regering beoogt.

Hoewel een aantal amendementen is ingediend, die de steun hebben van de vakcentrales<sup>3</sup>, geeft de behandeling van het wetsvoorstel in drie termijnen geen aanleiding om aan te nemen dat die amendementen zullen worden aangenomen.

De vakcentrales constateren dat de regering een aantal belangrijke aanbevelingen van de MDW-werkgroep concurrentiebeding<sup>4</sup> niet heeft overgenomen in haar wetsvoorstel. De belangrijkste aanbeveling die wel is overgenomen, is die dat concurrentiebedingen alleen kunnen worden

---

<sup>1</sup> Brief van 8 februari 2002 (kenmerk 363/307/05) met bijlagen. Te downloaden van de website:

[http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/Brief\\_vakcentrales\\_aan\\_TK\\_september\\_2002.htm](http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/Brief_vakcentrales_aan_TK_september_2002.htm)

[http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/Aanbiedingsbrief\\_bij\\_nota\\_concurrentiebeding.htm](http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/Aanbiedingsbrief_bij_nota_concurrentiebeding.htm)

[http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/Nota\\_concurrentiebeding.htm](http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/Nota_concurrentiebeding.htm)

[http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/bijlage\\_1.htm](http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/bijlage_1.htm)

[http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/bijlage\\_2.htm](http://home.fnv.nl/02werkgeld/arbo/themas/overige/bijlage_2.htm)

<sup>2</sup> Algemeen deel memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, pagina 1.

<sup>3</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 167, nrs. 14, 15, 16, 17 en 19.

<sup>4</sup> Algemeen deel memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, pagina 3.



Datum  
29 september 2004  
Ons kenmerk

Pagina(s)  
2 van 2

overeengekomen indien de werkgever de werknemer voor de duur van het beding een vergoeding aanbiedt. Die vergoeding dient ter compensatie voor de beperking van de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer.

Het wetsvoorstel gaat er van uit dat de werkgever het concurrentiebeding (met de vergoedingsplicht) niet eenzijdig kan intrekken. Daarmee wordt naar het oordeel van de regering bereikt dat 'alleen in die gevallen een concurrentiebeding wordt afgesloten waarin de werkgever een daadwerkelijk belang heeft.'<sup>5</sup> Bovendien wordt het daarmee voor de werknemer gemakkelijker om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Hij kan immers uitgaan van compensatie voor een mogelijke inkomensachteruitgang. Dat beperkt de passief remmende werking van het concurrentiebeding op de arbeidsmobiliteit.<sup>6</sup>

Hoewel de vakcentrales dit oordeel van de regering over de werking van de vergoeding nogal optimistisch achten, nu aan de hoogte daarvan geen substantieel minimum wordt gesteld<sup>7</sup>, maken zij zich grote zorgen over het bij de behandeling in derde termijn ingediende amendement nr. 26. Dat amendement geeft de werkgever de mogelijkheid om zich eenzijdig van zijn vergoedingsplicht te bevrijden. Daarmee ondergraaft dat amendement de met de verplichte vergoeding beoogde effecten en ontdoet het het gehele wetsvoorstel van zijn waarde.<sup>8</sup>

De vakcentrales doen dan ook een dringend beroep op u om amendement nr. 26 niet aan te nemen en, mocht dit amendement onverhoopt toch worden aangenomen, om in dat geval het gehele wetsvoorstel te verwerpen.

Hoogachtend,  
namens CNV, MHP en FNV,

Peter Gortzak  
federatiebestuurder FNV

---

<sup>5</sup> Algemeen deel memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, pagina 7.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Onze buurlanden stellen die op minimaal 50% van het laatstgenoten salaris.

<sup>8</sup> Zie hierover uitvoeriger: 'Wetsvoorstel concurrentiebeding toch niet ingetrokken', <http://www.fnv.nl/arbeid>.

De passief remmende werking van het concurrentiebeding houdt in dat werknemers hetzij zich gedwongen voelen om bij het zoeken naar ander werk functies die onder het beding vallen buiten beschouwing te laten, hetzij niet op zoek zijn naar ander werk vanwege het concurrentiebeding, hetzij geen eigen bedrijf starten vanwege het concurrentiebeding.

Zie daarover: Research voor Beleid, Het concurrentiebeding in de praktijk, Leiden, 2 mei 1997, pagina 26. De onderzoekers wijzen er op dat het over het algemeen niet de vrije keuze van de werknemer is om het contract met het concurrentiebeding te ondertekenen. Partijen die het contract ondertekenen bevinden zich over het algemeen immers niet in een gelijkwaardige positie (pagina 2).

Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

Aan de leden van de Vaste Commissie voor Justitie  
Eerste Kamer der Staten-Generaal  
Postbus 20017  
2500 EA Den Haag

**FNV**  
Naritaweg 10  
Postbus 8456  
1005 AL Amsterdam

T 020 58 16 300  
F 020 68 44 541

**CNV**  
Ravellaan 1  
Postbus 2475  
3500 GL Utrecht

T 030 291 39 11  
F 030 294 65 44

**MHP**  
Multatulilaan 12  
Postbus 575  
4100 AN Culemborg

T 0345 85 19 00  
F 0345 85 19 15

Datum	Uw kenmerk
22 oktober 2004	
Ons kenmerk	Telefoonnr.
363/307/52	
Onderwerp	E-mail
wetsvoorstel concurrentiebeding (28167)	

Geachte leden,

Hierbij vragen wij uw aandacht voor de bezwaren van FNV, CNV en MHP tegen het door de Tweede Kamer op 5 oktober 2004 gewijzigd voorstel van wet tot wijziging van titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding (nr. 28 167). Deze bezwaren zijn van dien aard, dat het wetsvoorstel naar onze mening geen wet behoort te worden.

Na een korte weergave van de ontstaansgeschiedenis, leggen wij u een aantal vragen en opmerkingen over dit wetsvoorstel en de daaraan gegeven uitleg voor. Wij hopen dat u die wilt betrekken bij de behandeling.

Achtereenvolgens worden de volgende onderwerpen uiteengezet:

*Wetsvoorstel afgezet tegen de doelstellingen.* Aan het wetsvoorstel ligt een aantal doelstellingen ten grondslag. Een *beter evenwicht* tussen de belangen van werkgever en werknemer, zoals de regering dat beoogt, wordt naar ons oordeel met dit wetsvoorstel niet tot stand gebracht. De wijze waarop de *verplichte vergoeding* wordt geïntroduceerd leidt niet tot de daarmee beoogde effecten. Een door de Tweede Kamer aangenomen amendement, waardoor de werkgever zich eenzijdig van zijn vergoedingsplicht kan bevrijden, is daar mede debet aan. Het gebruik in de regeling van vage, betwistbare en tegelijkertijd kritische normen als constitutief vereiste voor de geldigheid van het concurrentiebeding draagt niet bij aan de beoogde bevordering van de *rechtszekerheid*. Ook het voor langere tijd laten voortbestaan van twee zowel inhoudelijk als procedureel verschillende stelsels draagt juist bij aan rechtsonzekerheid.

*Relatiebeding.* Rechtsonzekerheid wordt voorts gecreëerd door de wijze waarop het relatiebeding in het Burgerlijk Wetboek wordt geïntroduceerd. Wij zien het relatiebeding als één van de geschikte instrumenten om oneerlijke concurrentie tegen te gaan en menen dat

Datum  
22 oktober 2004  
Ons kenmerk

Pagina(s)  
2 van 11

het niet gediend is met de wijze waarop het gewijzigd voorstel van wet het een plaats geeft in de wet.

*Boetebeding.* De boetes, die in concurrentiebedingen op het overtreden van het beding staan, zijn vaak buitenproportioneel hoog. De argumenten van de regering om de aanbeveling daaraan paal en perk te stellen niet over te nemen, achten wij onvoldoende.

*Mededingingsrecht.* Concurrentiebedingen, die volgens het gewijzigd voorstel van wet geldig zijn, kunnen desondanks vernietigbaar zijn op grond van artikel 6 Mededingingswet. Noch in de toelichting op wetsvoorstel noch bij de behandeling in de Tweede Kamer is aandacht besteed aan de mededingingsrechtelijke aspecten van het concurrentiebeding.

*Relatie met Waadi.* De regering meende in 1998 dat het zogenaamde belemmeringsverbod voor uitzendkrachten uit de wet kon worden geschrapt. Daarbij wees zij op haar voornemen om concurrentiebedingen in contracten voor bepaalde tijd te verbieden. Nu dit laatste niet geschiedt, is de problematiek van de optimale arbeidsallocatie van uitzendkrachten toch nog niet opgelost.

### **Ontstaansgeschiedenis in het kort**

In de nota 'Flexibiliteit en zekerheid' van 4 december 1995<sup>1</sup> kondigde het kabinet onderzoek aan naar de toepassing van het concurrentiebeding in de praktijk en de daaruit voortvloeiende belemmeringen voor mobiliteit en flexibiliteit, waarbij ook de jurisprudentie over dit onderwerp zou worden betrokken. Dat onderzoek vond plaats in het kader van het project Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW).

Ten behoeve van de daartoe uit ambtelijke leden en externe deskundigen samengestelde MDW-werkgroep concurrentiebeding, onder voorzitterschap van mevrouw prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, heeft Research voor Beleid te Leiden in 1997 een empirisch onderzoek uitgevoerd naar het vóórkomen van concurrentiebedingen in de praktijk. Centrale vraag daarbij was: Hoe belemmerend werken concurrentiebedingen voor de arbeidsmobiliteit en in welke mate staat hier een reëel werkgeversbelang tegenover?

De MDW-werkgroep formuleerde een elftal aanbevelingen. Het kabinet liet de Tweede Kamer weten positief te staan tegenover een aantal van die aanbevelingen, waaronder die met betrekking tot een verbod van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Andere aanbevelingen, zoals die over wettelijke normering van een boeteregeling en een vergoedingsregeling, alsmede met betrekking tot het kunnen aantonen van een zwaarwegend belang door de werkgever bij een beroep op het concurrentiebeding, vergden naar het oordeel van het kabinet nadere uitwerking<sup>2</sup>.

De aanbevelingen van de MDW-werkgroep werden voorgelegd aan de Stichting van de Arbeid. De Stichting oordeelde in 1998 zeer verdeeld. Kort gezegd oordeelden de centrale werknemersorganisaties positief en de centrale werkgeversorganisaties negatief over de aanbevelingen.

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1995/96, 25 543.

<sup>2</sup> Brief van 20 augustus 1997. Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 24 036, nr. 58.

Toen in 2001 het wetsvoorstel werd ingediend oordeelden de vakcentrales daarover zeer negatief. Zij deden zelfs een oproep aan de Tweede Kamer om het gewijzigd voorstel van wet te verwerpen. Een Kamermeerderheid gaf aan die oproep geen gehoor.

### **Wetsvoorstel afgezet tegen de doelstellingen**

Volgens de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel beoogt de regering hiermee (1) de *rechtszekerheid* te bevorderen, (2) een *beter evenwicht* tot stand te brengen tussen de belangen van werkgever en werknemer en (3) *onnodig beroep* op het concurrentiebeding tegen te gaan<sup>3</sup>.

#### *Beter evenwicht*

Volgens haar nota naar aanleiding van het verslag bestond bij de regering de behoefte om in lijn met de nota Flexibiliteit en Zekerheid 'ook ten aanzien van het concurrentiebeding een nieuw evenwicht aan te brengen tussen de belangen van werkgever en werknemer. Enerzijds beschouwd vanuit het principe van een vrije arbeidskeuze voor de werknemer en anderzijds vanuit de legitieme behoefte van de werkgever om *oneerlijke* concurrentie tegen te gaan.'<sup>4</sup> Daarop gelet is het volgende van belang. De MDW-werkgroep heeft zich over de vraag gebogen welke typen regelingen bruikbaar zouden zijn om een beter evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van de werkgever en de werknemer. Daarbij valt naar het oordeel van de werkgroep op hoofdlijnen te denken aan een (algeheel) verbod op het afsluiten van concurrentiebedingen of een wettelijke regeling die inhoud en reikwijdte van het concurrentiebeding nader normeert.<sup>5</sup> De werkgroep wijst er op dat de werkgever 'met een actie uit onrechtmatige daad alleen tegen *oneerlijke* concurrentie' kan optreden. Het concurrentiebeding maakt het echter mogelijk om ook *eerlijke*<sup>6</sup> concurrentie tegen te gaan. Het antwoord op de vraag of de werkgever ook beschermd moet worden tegen eerlijke concurrentie is – aldus de werkgroep – afhankelijk van het gewicht van het belang dat men hieraan toekent, afgezet tegen het recht van de werknemer zich vrijelijk op de arbeidsmarkt te kunnen bewegen.<sup>7</sup>

► Gelet op het voorgaande dringt zich de vraag op waarom de regering, die aangeeft *oneerlijke* concurrentie te willen tegengaan, kiest voor een type regeling die ook *eerlijke* concurrentie tegengaat.

---

<sup>3</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, pagina 1.

<sup>4</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 5, pagina 4.

<sup>5</sup> Eindrapport van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding, pagina 37.

<sup>6</sup> 'Eerlijke' concurrentie is concurrentie die geen strijd met een wettelijke plicht of een inbreuk op een recht van de werkgever oplevert en ook anderszins niet onzorgvuldig is ten opzichte van de werkgever. Iedere werknemer die zelfstandig of elders zijn eigen kennis, ervaring, vakbekwaamheid en goodwill inzet op een markt waarop ook zijn voormalige werkgever opereert, doet daarmee die werkgever concurrentie aan. Dat is op zichzelf echter niet oneerlijk/ ongeoorloofd. Een werkgever kan het concurrentiebeding gebruiken om eerlijke concurrentie tegen te gaan door daarmee bijvoorbeeld een onmisbare werknemer te binden of niet in te hoeven gaan op een verzoek om salarisverhoging of om gedane investeringen in de werknemer tegen te gaan.

<sup>7</sup> Eindrapport van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding, pagina's 11-13.

*Om onnodig beroep op het concurrentiebeding tegen te gaan: introductie van de verplichte vergoeding*

De regering introduceert in het wetsvoorstel de verplichting voor de werkgever om de werknemer, die te maken heeft met een concurrentiebeding, een vergoeding te betalen voor de beperking van diens vrijheid van arbeidskeuze. Het wetsvoorstel gaat er van uit dat de werkgever het concurrentiebeding (met de vergoedingsplicht) *niet eenzijdig* kan intrekken. Daarmee wordt naar het oordeel van de regering bereikt dat 'alleen in die gevallen een concurrentiebeding wordt afgesloten waarin de werkgever een daadwerkelijk belang heeft.'<sup>8</sup> Bovendien wordt het daarmee voor de werknemer gemakkelijker om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Hij kan immers uitgaan van compensatie voor een mogelijke inkomensachteruitgang. Dat beperkt de passief remmende werking van het concurrentiebeding op de arbeidsmobiliteit.<sup>9</sup>

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in tweede termijn, op 19 mei 2004, merkte minister Donner op: 'De wetgever kan niet bepalen dat de werkgever in tweezijdig gesloten contracten eenzijdig bedingen kan intrekken, zeker als het bedingen betreft die de werknemer in zijn vrijheid beperken. Daarover is ook overeenstemming, want om die reden zet de werkgever een prijs op het beding. Het is onredelijk en in strijd met de grondslagen van het contractrecht dat een beding dat op deze wijze wordt gesloten eenzijdig kan worden ingetrokken. Als dat mogelijk wordt, ontdoet men het gehele wetsvoorstel van zijn waarde. De kern ervan is dat een tempering van de concurrentiebedingen wordt bewerkstelligd door de noodzaak om daarvoor een prijs te betalen. Als de werkgever de mogelijkheid heeft om het eenzijdig in te trekken, zal hij er in alle gevallen ook weer van af kunnen. Dat maakt het wel erg verleidelijk om een dergelijk beding op te nemen.'<sup>10</sup>

De werknemer is vanaf het begin van een dienstverband met een concurrentiebeding gebonden aan dat beding: hij heeft niet de mogelijkheid om vrijelijk een andere werkkring te zoeken. Daar staat de verplichting van de werkgever tegenover om een vergoeding te betalen indien het inderdaad tot een wisseling van werkkring komt. Op dat moment heeft de werkgever al voordeel gehad van het beding en de werknemer nadeel. Daarom is het redelijk dat de werkgever niet van zijn verplichting om een vergoeding te betalen af kan als de werknemer daarmee niet instemt. Denkbaar is dat de werknemer ermee zal instemmen vóórdat hij besluit een door hem vurig gewenste baan – helemaal in lijn met zijn capaciteiten en ambities – te accepteren, waarvoor het concurrentiebeding een beletsel vormt. In dat geval heeft de werknemer in de regel liever de baan dan dat hij aan het concurrentiebeding en de daaraan gekoppelde boete bij overtreding vastzit, ook al krijgt dan compensatie. Zoekt en vindt de werknemer echter een 'mindere' baan – want niet in lijn met zijn capaciteiten en ambities –, die buiten het bereik van het concurrentiebeding valt, dan zal hij daarvoor de compensatie willen ontvangen.

► De Tweede Kamer heeft een amendement aangenomen dat de werkgever toch de mogelijkheid geeft om zich *eenzijdig* van zijn vergoedingsplicht te bevrijden. Die mogelijkheid is vastgelegd in artikel 7:653 lid 3 onder b en d van het gewijzigd voorstel van wet. Daarmee ondergraaft de Tweede Kamer naar ons oordeel de genoemde door de regering met het oorspronkelijke wetsvoorstel beoogde effecten.

---

<sup>8</sup> Algemeen deel memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, pagina 7.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Handelingen, Tweede Kamer, Concurrentiebeding, 19 mei 2004, TK 75, 75-4875 – 75-4876.

### *Rechtszekerheid*

De regering is met ons van oordeel dat de thans geldende regeling van het concurrentiebeding werknemer én werkgever lange tijd in onzekerheid houdt over de toelaatbaarheid van de verschillende aspecten van het concurrentiebeding en dat meer duidelijkheid vooraf wenselijk is. De vakcentrales merken op dat meer duidelijkheid vooraf ook meer recht doet aan het karakter van het concurrentiebeding als een vorm van beperking van een grondrecht, te weten de vrijheid van arbeidskeuze.

Toetsen we het gewijzigd voorstel van wet op de mate waarin dat de rechtszekerheid bevordert, zoals de regering beoogt, dan moeten we constateren dat ook deze nieuwe regeling van het concurrentiebeding weinig zekerheid vooraf biedt. Immers:

- krachtens lid 1 van het gewijzigd voorstel van wet is de werkgever verplicht een *billijke* vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking in de vrijheid van arbeidskeuze als gevolg van het concurrentiebeding duurt. Noch het wetsvoorstel, noch de toelichting daarop biedt echter een richtsnoer met behulp waarvan kan worden bepaald wat in het concrete geval een 'billijke' vergoeding is. In onze buurlanden België en Duitsland is de wettelijk verplichte vergoeding gesteld op tenminste 50% van het laatstgenoten salaris. Dat biedt veel meer duidelijkheid vooraf.  
In de Nederlandse praktijk zal het in eerste instantie de werkgever zijn die bepaalt wat een billijke vergoeding is. Die zal een bedrag opnemen in de standaardbepaling van het concurrentiebeding, aan welke bepaling naast talrijke andere bepalingen de werknemer gebonden is, indien hij door ondertekening van de arbeidsovereenkomst het door hem gewenste dienstverband aangaat.  
► Door het woordje 'billijk' op te nemen geeft de regering aan dat hier ook een taak voor de rechter ligt. Komt de rechter inderdaad tot de conclusie dat de vergoeding niet billijk is, dan volgt uit lid 9 van het gewijzigd voorstel van wet, dat het concurrentiebeding voor vernietiging in aanmerking komt. De *billijke* vergoeding is immers een constitutief vereiste voor de geldigheid van het beding zelf. Het is bij een dergelijk oordeel van de rechter van de aanvang af nietig geweest. Dit bevordert de rechtszekerheid allerminst.  
Daar komt nog iets bij. Krachtens lid 7 van het gewijzigd voorstel van wet kan de rechter de vergoeding wijzigen indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. Hieruit zou men kunnen afleiden dat de rechter bevoegd is om een nietig concurrentiebeding te converteren in een geldig concurrentiebeding. Ook dit draagt niet bij aan de rechtszekerheid.  
Hierbij is door een amendement, zoals hierboven weergegeven, ook nog eens de mogelijkheid toegevoegd (lid 3 onder b en d) dat de werkgever zich eenzijdig van de vergoedingsplicht bevrijdt, wat de rechtszekerheid evenmin bevordert. Krachtens de laatste volzin van lid 3 van het gewijzigd voorstel van wet, eveneens toegevoegd bij amendement, blijft de vergoeding verschuldigd indien de werknemer door het vervallen van de vergoedingsplicht onbillijk zou worden benadeeld. Dit is, zo mag worden aangenomen, ter beoordeling van de rechter.  
► Hoe zal dit nu gaan in de praktijk? Stel, een werkgever geeft zijn werknemer met een contract voor vijf jaren een maand voordat deze termijn van vijf jaren is verstreken te kennen, dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding (dat dus bijna vijf jaren lang zijn passief remmende werking heeft gehad), waardoor de werknemer geen vergoeding ontvangt. De werknemer acht deze benadeling onbillijk en stapt naar de

rechter. Betekent dit dat de rechter dan uitsluitend moet oordelen over (1) de onbillijkheid van het vervallen van de vergoeding (lid 3) of (desgevraagd) ook over de billijkheid van de vergoeding zelf (leden 1 en 7) en/of zelfs over de geldigheid van het beding (leden 1 en 9)?

Om de verwarring en rechtsonzekerheid compleet te maken bepaalt lid 6 van het gewijzigd voorstel van wet dat de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk kan vernietigen op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Voorts kan krachtens datzelfde lid de rechter een concurrentiebeding vernietigen indien de werknemer op onredelijke gronden de instemming, bedoeld in lid 3, heeft geweigerd. Dit laatste heeft betrekking op lid 3 onder c, waarin bepaald is dat de werkgever ook na de opzegging van het dienstverband te kennen kan geven dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding; in dit geval is de vergoeding niet verschuldigd indien de werknemer instemt met het vervallen van de betalingsplicht. In welke gevallen na opzegging van het dienstverband sprake kan zijn van een situatie waarin de werknemer 'op onredelijke gronden' weigert in te stemmen met het door de werkgever laten vervallen van de 'betalingsplicht' wanneer de werkgever te kennen geeft van betaling af te willen, is niet duidelijk.

- krachtens lid 4 van het gewijzigd voorstel van wet moet in een concurrentiebeding worden vermeld voor welke werkzaamheden en voor welk geografisch gebied de beperking geldt. Dit is een vage norm die niet bijdraagt aan de rechtszekerheid. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in eerste termijn merkte minister De Geus op dat (1) de functionele reikwijdte in een relatie dient te staan tot de aard van de functie die de betrokken werknemer uitoefent en (2) het gebied moet aansluiten bij de werkzaamheden die een werknemer voor een werkgever verricht. Deze beperkingen, die op zich ook al aan duidelijkheid te wensen overlaten, staan echter niet in de wet. In bijvoorbeeld de Belgische wet is dat wel het geval, waardoor die wet ook op dit punt meer duidelijkheid vooraf schept en dus meer rechtszekerheid. In de huidige Nederlandse praktijk komen in concurrentiebedingen zeer ruime omschrijvingen voor van de werkzaamheden en van het geografisch bereik. Het beding verbiedt bijvoorbeeld werkzaamheden in of bij een bedrijf of een organisatie, welke gelijk of soortgelijk is aan het bedrijf of de organisatie van de werkgever. Afgaande op de inhoud van concurrentiebedingen, beogen zij te voorkomen dat de werknemer bij een concurrent gaat werken, ongeacht de werkzaamheden. Uit het onderzoek van Research voor Beleid komt naar voren dat voor het grootste deel van de concurrentiebedingen het verbod landelijk van kracht is, maar dat ook wereldwijde bedingen regelmatig voorkomen<sup>11</sup>.
  - De vage norm in het gewijzigd voorstel van wet zal naar de letter de bestaande praktijk niet of nauwelijks beïnvloeden. Omdat dat echter volgens de toelichting daarop wel de bedoeling is, vloeit uit deze vage norm, zoals gezegd, rechtsonzekerheid voort. Net als bij de billijke vergoeding wordt de rechtsonzekerheid nog vergroot, doordat het ook hierbij om een constitutief vereiste gaat voor de geldigheid van het beding zelf.

---

<sup>11</sup> Het concurrentiebeding in de praktijk. Een inventariserend onderzoek. Research voor Beleid, Leiden, 1997, pagina 18.

- Het oorspronkelijke wetsvoorstel<sup>12</sup> bevatte de volgende bepaling van overgangsrecht: 'artikel 7:653, zoals dit artikel is gewijzigd bij de wet van (...), is *gedurende een termijn van een jaar na de inwerkingtreding van die wet* niet van toepassing op een beding dat vóór het tijdstip van het in werking treden van die wet is gemaakt.'  
In het gewijzigd voorstel van wet is als gevolg van een amendement de hierboven cursief weergegeven zinsnede geschrapt en daardoor de volgende bepaling totstandgekomen: 'artikel 7:653, zoals dit artikel is gewijzigd bij de wet van (...), is niet van toepassing op een beding dat vóór het tijdstip van het in werking treden van die wet is gemaakt.'  
Als gevolg van deze wijziging blijven nog decennia lang twee systemen naast elkaar bestaan. Dat heeft niet alleen tot gevolg dat er binnen een en hetzelfde bedrijf lange tijd werknemers zullen zijn die wel en werknemers die niet onder de nieuwe regeling vallen, maar dat heeft ook gevolgen voor de rechtspraak en de advocatuur. Extra complicatie is dat de twee regimes zeer afwijkende voorschriften van procesrechtelijke aard kennen. De arbeidsmarkt als geheel krijgt te maken met de langdurige druk van twee regimes. De nieuwe bepaling van het overgangsregime roept ook twijfels op over de vraag wat de wetgever ziet als het meest gewenste regime van de twee. Daarmee samen hangt de vraag in hoeverre de rechter de bedoeling van de nieuwe wetgever mag laten meewegen bij vragen die de geldigheid van bestaande concurrentiebedingen betreffen? Zo geeft de geldende wet in artikel 7:653 lid 4 de rechter al de mogelijkheid om te bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen. Thans maakt de rechter van deze mogelijkheid geen gebruik. Nu de wetgever het betalen van een vergoeding in het gewijzigd voorstel van wet als uitgangspunt neemt en daarmee aangeeft deze vergoedingsplicht in aanvang redelijk en billijk te vinden, rijst de vraag of de rechter zich hierdoor mag en zal laten leiden in die zin dat hij bij geschillen over de billijkheid van een concurrentiebeding dat onder het oude regime valt eerder geneigd zal zijn om de werkgever wel een vergoeding te laten betalen. Hoe relevant is voor de rechter het oordeel van de wetgever dat in het huidige regime het evenwicht ontbreekt als de rechter moet oordelen of een bestaand beding de werknemer onredelijk benadeelt?  
► Het overgangsrecht versterkt de onzekerheid over de geldigheid van concurrentiebedingen die onder het oude regime vallen.
- Een bron van rechtsonzekerheid, die hierna afzonderlijk wordt besproken vloeit voort uit de discussie of het relatiebeding wel of niet een variant op het concurrentiebeding is en de betekenis voor de rechtspraak in dat verband van artikel 7:653 lid 8 van het gewijzigd voorstel van wet.

### **Relatiebeding**

Bij amendement is in het gewijzigd voorstel van wet in lid 8 de bepaling opgenomen dat 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, niet onder de werking van dit artikel valt. De indieners willen met dit amendement bereiken dat

---

<sup>12</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nrs. 1-2.



het zogenaamde relatiebeding niet onder de werking van het onderhavige wetsvoorstel wordt gebracht en dus van het concurrentiebeding wordt afgezonderd. Een relatiebeding beperkt de werknemer volgens de indieners niet in zijn recht op vrije arbeidskeuze. Een relatiebeding kan daarom naar het oordeel van de indieners vormvrij zijn. Om daarover in de (rechts)praktijk geen misverstanden te laten bestaan, willen de indieners een expliciete regeling<sup>13</sup>.

Nu is het juist dat in de jurisprudentie geen eenduidig antwoord te vinden is op de vraag of een relatiebeding onder de werking van artikel 7:653 BW valt<sup>14</sup>. De heersende mening in de vakliteratuur lijkt te zijn dat het relatiebeding wel een soort concurrentiebeding is en dus onder de regeling van genoemd wetsartikel valt. De indieners van het amendement hebben daar blijkbaar geen boodschap aan, maar willen het relatiebeding eenvoudig uitsluiten van de regeling van het concurrentiebeding door het amendement dat als lid 8 in het gewijzigd ontwerp van wet is opgenomen.

Wordt daarmee nu ook duidelijkheid bereikt? Wij zijn van oordeel dat dit niet het geval is. De achteloosheid waarmee het amendement is ingediend en aangenomen verbaast en verontrust ons. En passant is hiermee 'het relatiebeding' in het Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd. Voorwaar, een historisch feit! Het relatiebeding wordt omschreven als: '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.' Hoe weloverwogen is deze omschrijving gekozen? Kijkend naar de (rechts)praktijk was ook een andere omschrijving van het relatiebeding mogelijk geweest: 'een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij het deze laatste wordt verboden om zonder schriftelijke toestemming van de werkgever, gedurende een periode van een jaar na beëindiging van het dienstverband, stelselmatig klanten van de werkgever, waarmee hij tijdens dat dienstverband een duurzame relatie heeft ontwikkeld, met behulp van de speciale kennis en gegevens die hij van of bij de werkgever heeft verkregen, te benaderen voor het verrichten van ondernemingsactiviteiten, die gelijk, gelijksoortig of verwant zijn aan ondernemingsactiviteiten die de werkgever voor die klanten verricht.'

In één beweging introduceren de indieners het relatiebeding in het BW, geven daarvan een omschrijving, zeggen daarover dat het niet onder de werking van artikel 7:653 valt, regelen het relatiebeding zelf verder niet, concluderen daaruit dat het relatiebeding vormvrij is en rechtvaardigen dat met de stelling dat het beding de werknemers niet beperkt in hun vrijheid van arbeidskeuze. Toegegeven, het alternatief om dit alles te regelen in een initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van het BW in verband met de introductie van een regeling van het relatiebeding zou tijdrovender zijn. Maar gemak dient de mens niet altijd.

► De reikwijdte van lid 8 is niet duidelijk. Welke categorieën van relaties vallen bijvoorbeeld onder 'de klanten'? Valt daar het schoonmaakbedrijf dat de wc bij de werkgever schrobt ook

---

<sup>13</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 167, nr. 24.

<sup>14</sup> Zie voor een bevestigend antwoord bijvoorbeeld de volgende overweging van de Rechtbank Arnhem van 11 juni 2003 (LJN: AM3262, Rechtbank Arnhem, 99061 / KG ZA 03-243): 'Voorop wordt gesteld dat het beding gekwalificeerd moet worden als een relatiebeding. Het beding verbiedt namelijk niet alle concurrerende activiteiten, maar in wezen alleen concurrentie die bestaat uit het benaderen en bedienen van zakelijke relaties van Suppliance. In dit verband wordt verder overwogen dat in de rechtspraak een relatiebeding principieel niet anders wordt benaderd dan een concurrentiebeding. Een relatiebeding voldoet immers aan de definitie in artikel 7:653 BW van een concurrentiebeding. Wel legt een relatiebeding in de regel minder beperkingen op dan een regulier concurrentiebeding.'

onder? Mag een enkele klant wel worden benaderd? Wat betekent 'benaderen'? Mag bijvoorbeeld de werknemer die een klant ontmoet op een symposium deze wel aanschieten om een praatje te maken over het thema van dat symposium? Is het te beschermen belang relevant? Mag bijvoorbeeld een verkoper van computers die bij zijn nieuwe werkgever koffieautomaten gaat verkopen, zijn oude computerklanten niet interesseren voor een koffieautomaat?

De betekenis van lid 8 voor andere concurrentiebeperkende bedingen, zoals het geheimhoudingsbeding, is eveneens onduidelijk. Moet worden aangenomen dat dergelijke bedingen, a contrario geredeneerd, dus wel onder de werking van artikel 7:653 vallen? Heeft lid 8 gevolgen voor de betekenis van 'op zekere wijze werkzaam te zijn' in lid 1?

► Hoe het ook zij, een beding dat de werknemer verbiedt om bepaalde klanten, relaties of afnemers te benaderen en/ of daarmee zaken te doen, legt de werknemer een beperking op bij het verrichten van werkzaamheden na afloop van zijn arbeidsovereenkomst en beperkt hem wel degelijk in zijn grondrecht van vrije arbeidskeuze. Een relatiebeding kan de werknemer zelfs zwaarder treffen dan een concurrentiebeding. Ook beperkingen die aan de werknemer worden opgelegd in de sfeer van het relatiebeding moeten daarom voldoen aan eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. 'Vormvrij' kan dus niet betekenen: vrij van beperkingen. En uit de Brabant/ Van Uffelen-leer moet worden geconcludeerd dat een relatiebeding bij het einde van de arbeidsovereenkomst in een aantal gevallen niet meer geldig zal zijn, omdat het beding zwaarder op de werknemer is gaan drukken dan toen deze zich daarmee schriftelijk akkoord verklaarde.<sup>15</sup>

### **Boetebeding**

Bij vrijwel elk concurrentiebeding wordt een boetebeding opgenomen. Aan de hoogte en de wijze van berekening van de in concurrentiebedingen overeen te komen boetes zouden volgens de MDW-werkgroep in de wet nadere eisen moeten worden gesteld. Een dergelijke beperking acht de werkgroep noodzakelijk<sup>16</sup> aangezien zij van mening is dat de boetes thans te hoog oplopen en de werknemer langdurig in het ongewisse blijft of een concurrentiebeding wel toelaatbaar is. Hoewel in de praktijk extreem hoge boetes voorkomen<sup>17</sup>, neemt de regering deze aanbeveling niet over.

De regering voert daarbij als argument aan dat voor het concurrentiebeding reeds de algemene boeteregeling op grond van de artikelen 6:91 BW en volgende geldt.<sup>18</sup>

In 2003 heeft de Hoge Raad bepaald dat op het boetebeding in het concurrentiebeding de regels voor het boetebeding van artikel 7:650 BW niet van toepassing zijn.<sup>19</sup>

De regering noemt ook een aantal praktische bezwaren<sup>20</sup>, die echter niet verklaren waarom de regering een aantal voor de hand liggende beperkingen niet in ogenschouw neemt: het verbieden van een boete ineens, het maximeren van de boete per dag (tot bijvoorbeeld ten

<sup>15</sup> Hoge Raad 23 oktober 1987, NJ 1988, 234.

<sup>16</sup> Eindrapport van de MDW-werkgroep Concurrentiebeding, pagina 40.

<sup>17</sup> De boetebedragen liggen soms (zeer) ruim boven het jaarsalaris; vaak moet naast een dergelijke forse boete ineens een boete per dag betaald worden. Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Arnhem, sector kanton, locatie Nijmegen, 17 mei 2002, JAR 2002/178.

<sup>18</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, pagina 12.

<sup>19</sup> Hoge Raad 4 april 2003, JAR 2003/107.

<sup>20</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, pagina 12-13.

hoogste het loon per dag).

► Opmerkelijk – ook gelet op de doelstellingen van het wetsvoorstel – is dat in het gewijzigd voorstel van wet niets geregeld is over een zo wezenlijk en beperkend element van het concurrentiebeding.

### ***Mededingingsrecht***

Ook de (ex-)werknemer die zich als zelfstandige (ondernemer) op de markt begeeft, kan gebonden zijn aan een concurrentiebeding. Zowel onder het huidige als onder het nieuwe regiem, kan het voorkomen dat het belang van de werkgever om verschoond te blijven van concurrentie en een bestaand marktaandeel te behouden beschouwd wordt als gerechtvaardigd werkgeversbelang, dat op zichzelf, ongeacht of de ex-werknemer gebruik maakt van knowhow of goodwill van zijn voormalige werkgever, instandhouding van een concurrentiebeding kan rechtvaardigen.

Uit mededingingsrechtelijk oogpunt kan echter het 'belang' om verschoond te blijven van concurrentie nimmer een legitiem doel voor het hanteren van een concurrentiebeding (of relatiebeding) vormen. Het zou volledig indruisen tegen de doelstelling die de Mededingingswet beoogt, te weten het bevorderen en instandhouden van effectieve concurrentie, om een beperking van de concurrentie te zien als legitiem doel voor het hanteren van een concurrentiebeding. De toetsing die artikel 6 Mededingingswet voorschrijft laat slechts ruimte voor een beperkt aantal rechtvaardigingen voor het hanteren van een concurrentiebeding, zoals bescherming van knowhow en goodwill. Bovendien stelt het mededingingsrecht veel strengere eisen aan het bestaan van die belangen<sup>21</sup>. Een en ander brengt met zich mee dat een concurrentiebeding in bepaalde gevallen niet voor vernietiging op grond van artikel 7:653 BW in aanmerking komt, maar wel op grond van artikel 6 Mededingingswet. Laatstgenoemd artikel laat geen ruimte voor matiging of gedeeltelijke vernietiging. Opmerkelijk is dat bij de totstandkoming van het gewijzigd voorstel van wet geen aandacht is besteed aan de mededingingsrechtelijke aspecten.

### ***Relatie met Waadi<sup>22</sup>***

Met het oog op het allocatieve karakter van uitzendwerk zijn zowel in het arbeidsrecht als in de sociale zekerheid diverse bijzondere regelingen getroffen. De uitzendbranche zelf beroept zich graag op dit allocatieve karakter, om handhaving of uitbreiding van deze bijzondere regels te bepleiten. Het gaat daarbij dan vooral om uitzendkrachten die 'met uitzendbeding' (d.w.z. voor de duur van de opdracht bij de inlener) werkzaam zijn, of een tijdelijke arbeidsovereenkomst hebben. Een groot deel van deze uitzendkrachten is op zoek naar een vaste (of langduriger tijdelijke) baan. Voor velen van hen is uitzendwerk een opstap naar een baan, bij de inlener of bij een andere werkgever. Slechts een beperkt (hoewel langzaam

---

<sup>21</sup> Zie voor een nadere uitleg van het beschermenswaardig bedrijfsdebet uit mededingingsrechtelijk oogpunt: Het arbeidsrechtelijk concurrentiebeding uit mededingingsrechtelijk perspectief, mr. S.F. sagel en mr. Y. de Vries, Sociaal Recht, 2002 – 10, pagina 284.

<sup>22</sup> Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs.

Datum  
22 oktober 2004  
Ons kenmerk

Pagina('s)  
11 van 11

groeierend) aantal van hen is gericht op het verkrijgen van een meer duurzame relatie met het uitzendbureau.

In deze situatie is het beperken van de arbeidsmarktmogelijkheden van een uitzendkracht – in ieder geval als het gaat om uitzendkrachten met een tijdelijk dienstverband – door middel van een concurrentiebeding naar onze mening volstrekt strijdig met doelstellingen van optimale flexibiliteit, mobiliteit en allocatie van arbeid in het algemeen, en met de pretentie dat vooral uitzendarbeid in deze behoeften voorziet in het bijzonder.

Daarom had naar ons oordeel in het wetsvoorstel 28 167 met betrekking tot het concurrentiebeding een regeling opgenomen moeten worden, die inhoudt dat het concurrentiebeding in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in het algemeen en in uitzendovereenkomsten voor bepaalde tijd in het bijzonder, niet toelaatbaar is.<sup>23</sup>

Een eventueel alternatief zou zijn om een dergelijk verbod in het bijzonder voor tijdelijke uitzendovereenkomsten op te nemen in de Waadi, in samenhang met het verbod van indirecte belemmering, een en ander gezien het bijzondere karakter van de uitzendrelatie.

► De regering gaat in het wetsvoorstel 28 167 geheel aan deze problematiek voorbij. In haar Memorie van Antwoord bij de behandeling van de Waadi in de Eerste Kamer, in 1998, merkte de regering op: 'Een apart publiekrechtelijk verbod gericht op degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt is niet meer nodig, omdat op grond van het algemene overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwarende bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden. (...) Het kabinet heeft, naar aanleiding van het rapport over het concurrentiebeding in het kader van het project marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit, als haar standpunt kenbaar gemaakt, dat een concurrentiebeding verboden zou moeten zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (...). Een aparte bepaling in dit wetsvoorstel om ook langs deze weg een optimale arbeidsallocatie te bevorderen is dus niet nodig.'<sup>24</sup> De aanbeveling van de MDW-werkgroep om een concurrentiebeding te verbieden bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is – tot onze teleurstelling – uiteindelijk noch in het wetsvoorstel noch in het gewijzigd voorstel van wet overgenomen. Daarmee vraagt de problematiek van de optimale arbeidsallocatie van uitzendkrachten toch nog om een oplossing.

Hoogachtend,  
namens CNV, MHP en FNV,

Peter Gortzak,  
Federatiebestuurder FNV

---

<sup>23</sup> Zie ook: C.J. Frikkee en C.M. Jakimovicz, Het belemmeringsverbod bij detachingskrachten; nog van deze tijd?, *Sociaal Recht* 2002-9.

<sup>24</sup> Eerste Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 264, nr. 133b, pagina 4.

**Samenstelling Commissie Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap (AOM)**  
*Voor het adviesproject concurrentiebeding*

*leden*

*plaatsvervangende leden*

**Onafhankelijke leden**

prof.mr. P.F. van der Heijden (voorzitter)  
mw. prof.mr. I.P. Asscher-Vonk  
prof.dr. A.W.A. Boot  
prof.mr. F.B.J. Grapperhaus  
prof.dr. M. van der Nat  
prof.mr. L. Timmerman

**Ondernemersleden**

mr. R.A.C. Blijlevens (VNO-NCW)  
mr. J.W. van den Braak (VNO-NCW)  
mw. mr. S.C.K. van Dijk (MKB-Nederland)  
ing. drs. G.A.M. van der Grind (LTO-Nederland)  
mr. R.A. van der Wel (VNO-NCW)  
vacature (MKB-Nederland)

mr. A. Rigutto  
mw. mr. Y.A.E. van Houte

mr. H. Hoogendijk

**Werknemersleden**

mr. J.C.M.G. Bloemarts (FNV)  
mr. P.J. Gortzak (FNV)  
mw. mr. F. Madani (CNV)  
W.W. Muller (MHP)  
mr. H. van Steenbergen (FNV)  
drs. A. Woltmeijer (CNV)

mw. mr. H. Kooymans  
drs. P.I.W. Oudenaarden  
mr. M.J. de Heer  
mw. mr. M.A.M. Verburg

**Ministeriële vertegenwoordigers**

mr. G.A.M. van Atteveld (SZW)  
drs. T.W.G. van Bergen (EZ)  
mw. A.C. de Hont (BZK)  
mw. mr. J.M. Meijer-van der Aa (Just)  
drs. J.J.A. Teeuwisse (SZW)

**Secretariaat**

mr. E.V. Knopper  
mw. mr. B.P.F.D. Hendrikx  
mr. A. de Groot