

Vergaderjaar 2021–2022

29 544

Arbeidsmarktbeleid

Nr. 1089

BRIEF VAN DE MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 25 februari 2022

Het belang van het moderniseren van de arbeidsmarkt wordt breed gedeeld. Zeker in tijden van krapte is een goede werking van de arbeidsmarkt noodzakelijk. Vorig jaar is een duidelijk probleem gesignaleerd met de werking van het concurrentiebeding. Het gebruik van het concurrentiebeding blijkt zodanig breed dat het tot een ongerechtvaardigde beperking van de noodzakelijke arbeidsmobiliteit kan leiden. In gesprek met sociale partners is een ambtelijke verkenning uitgevoerd naar een mogelijke hervorming. Zoals toegezegd doe ik u een inventarisatie toekomen van mogelijke beleidsopties om het concurrentiebeding te hervormen.

Op 25 juni 2021 heeft u het rapport «De werking van het concurrentiebeding in de praktijk» ontvangen, dat door het onderzoeksbureau Panteia is uitgevoerd. Aanleiding voor dit rapport was de motie van de leden Van Weyenberg en Gijs van Dijk, die verzocht te onderzoeken op welke manier het gebruik van het concurrentiebeding tot het strikt noodzakelijke kan worden beperkt.¹ In de begeleidende aanbiedingsbrief bij het onderzoek is een nadere uitwerking van beleidsopties toegezegd.² In bijlage één van deze brief treft u deze nadere uitwerking aan, en is daarmee een vervolgstap in de uitvoering van de moties van de leden Van Weyenberg en Gijs van Dijk en van de leden Van Beukering-Huijbregts en Gijs van Dijk.³

De opzet van deze ambtelijke verkenning is als volgt. Allereerst wordt de aanleiding voor het onderzoek «De werking van het concurrentiebeding in de praktijk» geschetst, evenals de achtergrond van het huidige concurrentiebeding zoals dat in artikel 7:653 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) geformuleerd is. Vervolgens worden er op basis van de resultaten van het onderzoek maatschappelijke uitdagingen benoemd. Daarna worden er

¹ Kamerstuk 35 300 XV, nr. 61.

² Kamerstuk 29 544, nr. 1064.

³ Kamerstuk 35 925 XV, nr. 56.

beleidsopties gepresenteerd die mogelijk aan deze maatschappelijke uitdagingen invulling kunnen geven.

De in de ambtelijke verkenning gesignaleerde maatschappelijke uitdagingen en de mogelijke beleidsopties zijn met de sociale partners besproken. De maatschappelijke uitdagingen worden breed gedeeld. Ook is er onder sociale partners draagvlak voor aanpassing van het concurrentiebeding, waarbij er echter nog wel verschillend gedacht wordt over de beleidsopties.

Met het oog op de hierboven geschetste problematiek en de gedeelde noodzaak om het concurrentiebeding te hervormen, is het mijn voornemen een aanpassing van het concurrentiebeding nader uit te werken en vervolgens een voorstel tot aanpassing te doen. Het onderzoek geeft hiertoe aanleiding. Tevens is hiervoor draagvlak onder sociale partners.

Over de uitwerking van dit voorstel, alsmede de inrichting van het pakket van elementen, zal met sociale partners dit voorjaar nader gesproken worden. Over dit proces zal uw Kamer in de zomer van 2022 opnieuw worden geïnformeerd.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
C.E.G. van Gennip

Aanleiding onderzoek

Het vermoeden bestond dat er oneigenlijk gebruik van het beding wordt gemaakt, daarom werd motie van de leden Van Weyenberg en Gijs van Dijk ingediend. Het onderzoek is vervolgens breder opgezet door de werking van het beding in de praktijk in zijn geheel te onderzoeken. Daarbij zijn ook de aanbevelingen van de commissie Regulering van Werk meegenomen. In dit rapport is geadviseerd dat regelgeving rondom het concurrentiebeding bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (zie hieronder) ook moet gelden bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Dit houdt in dat ook bij een vast contract alleen sprake kan zijn van een concurrentiebeding indien dit vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen noodzakelijk is en schriftelijk is gemotiveerd.

Achtergrond van het huidige concurrentiebeding

Het concurrentiebeding stamt uit 1907, en is sindsdien goeddeels ongewijzigd gebleven. Het concurrentiebeding is wettelijk geregeld in artikel 7:653 van het BW. Het concurrentiebeding is een beding dat alleen met een meerderjarige werknemer schriftelijk overeengekomen kan worden. In het beding kan overeengekomen worden dat een werknemer binnen een bepaalde termijn na afloop van het dienstverband bij de oude werkgever niet werkzaam mag zijn in eenzelfde functie/bij eenzelfde bedrijf. Het doel hiervan is het beschermen van de concurrentiepositie van de oude werkgever (beschermen bedrijfsdebiët). Bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten mag sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (hierna: Wwz) sinds 1 juli 2015 alleen een concurrentiebeding overeengekomen worden indien uit de schriftelijke motivering van de werkgever bij dat beding blijkt dat het beding noodzakelijk is met het oog op zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen van de werkgever.

Het concurrentiebeding is een (wettelijk toegestane) inperking van de vrije arbeidskeuze van de werknemer (art. 19 lid 3 Grondwet). De rechter kan het concurrentiebeding (gedeeltelijk) vernietigen indien de werknemer onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever of als het, wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen van de werkgever. Ook kan de rechter bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen indien de werknemer in belangrijke mate wordt belemmerd. In beide situaties maakt de rechter een afweging tussen de belangen van de werkgever enerzijds, en de belangen van de werknemer anderzijds.

In 2006 strandde een in 2001 geïnitieerd wetsvoorstel tot herziening van het concurrentiebeding in de Eerste Kamer.⁴ Er was aanvankelijk overeenstemming over een maximale termijn van een jaar voor de duur van het concurrentiebeding, het expliciteren van functioneel en geografisch bereik van het beding, het uitsluiten van het beding bij proeftijd-ontslag en faillissement, en een vergoedingsplicht bij gebruik van het beding. De oorzaak dat het wetsvoorstel werd verworpen, lag in verschillende factoren: het verschil tussen het concurrentiebeding en het relatiebeding was niet voldoende duidelijk uitgewerkt, de rechtsbescherming voor uitzendkrachten leek ondanks tegengestelde bedoelingen

⁴ Kamerstuk 28 167, nr. 3.

te verslechteren, en er waren onduidelijkheden rondom de verschuldigde vergoeding bij het invoeren van het concurrentiebeding.⁵

Maatschappelijke probleembevindingen

In de Kamerbrief van 25 juni 2021 is reeds aandacht besteed aan de resultaten van het genoemde Panteia-onderzoek naar het concurrentiebeding. Op basis van de onderzoeksresultaten zijn de onderliggende maatschappelijke problemen in kaart gebracht, zodat de beleidsopties hierop kunnen aansluiten.

Een van de belangrijkste resultaten uit het onderzoek is dat het gebruik van het concurrentiebeding fors is toegenomen. Waar in onderzoek uit 2015 19% van de werknemers aangaf een concurrentiebeding in het contract te hebben (CentERdata, 2015), wordt dit percentage in het onderzoek van Panteia geschat op 37% (Panteia, 2021). Panteia schat hiermee in dat in het totaal 3,1 miljoen werknemers aan het concurrentiebeding gebonden zijn op een beroepsbevolking van 8,4 miljoen werkenden. Dit maakt dat een steeds grotere groep van de beroepsbevolking wordt beperkt in de vrijheid van arbeidskeuze.

Het rapport noemt als redenen voor de toename dat veel werkgevers het beding graag hanteren, de drempel voor werkgevers om een concurrentiebeding aan te bieden erg laag is en dat het beding bij wijze van automatisme wordt opgenomen.

Voor werkgevers is het van belang dat zij zich kunnen beschermen tegen het weglekken van concurrentiegevoelige informatie, intellectueel eigendom en klantgegevens en -contacten door werknemers die bij een concurrent gaan werken (of ongeoorloofd het gebruik van deze informatie door oud-werknemers die zelf een concurrerende onderneming starten) en zo het bedrijfsdebietschaden. In het onderzoeksrapport wordt erop gewezen dat een deel van deze bescherming ook via alternatieven kan geschieden (wet bescherming bedrijfsgeheimen, onrechtmatige daad), maar dat de bewijslast voor werkgevers aanzienlijk hoger wordt.⁶ Een toekomstige hervorming zou daarom moeten blijven voorzien in een mogelijkheid tot de bescherming van het bedrijfsdebiets via een vorm van concurrentiebeding.

Tegelijkertijd laat het Panteia-onderzoek zien dat het beding in veel gevallen te makkelijk wordt opgenomen. Niet alleen wordt het concurrentiebeding in grotere mate toegepast, ook signaleert het onderzoek van Panteia dat een grote groep werknemers wel aan een concurrentiebeding gebonden is, terwijl zij niet te maken hebben met redenen om een concurrentiebeding op te nemen (zoals bijv. het werken met klanten, relaties, bedrijfsgevoelige informatie). Het onderzoeksrapport laat zien dat een concurrentiebeding bij wijze van automatisme opgenomen wordt, bijvoorbeeld door een standaardclausule in de modelarbeidsovereenkomst op te nemen. Werkgevers kiezen bovendien in het beding voor een zwaarder handhavingsregime (o.a. geldigheidsduur en (meermaalse) vordering) dan doorgaans bij de rechter standhoudt. In de rechtspraak wordt het beding bijvoorbeeld vaak voor wat betreft de duur gematigd naar maximaal een jaar of wordt de boete gematigd naar een voor de werknemer betaalbaar bedrag. Ook in het rapport wordt opgemerkt dat (met name kleine) bedrijven zich wenden tot (soms op internet gevonden) standaardteksten. Deze worden dan breder dan noodzakelijk toegepast.

⁵ Zie o.a. Houweling, A.R. «Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding: hadden Osinga en Spaan maar later geleefd», *ArA 2015 (9) 4*.

⁶ Panteia (2021), *De werking van het concurrentiebeding*, p. 69.

Door het (brede) gebruik van de standaardclausule, is het in veel gevallen dan ook niet duidelijk waarom een concurrentiebeding is opgenomen en waarom deze specifiek op de werknemer in kwestie van toepassing is.

Uit het onderzoek van Panteia blijkt daarnaast dat 35% van de werkgevers aangeeft het beding te gebruiken om schaars personeel vast te houden. Hier is beding niet voor bedoeld, en uit de jurisprudentie blijkt dan ook overduidelijk dat het concurrentiebeding enkel op deze gronden vrijwel nooit standhoudt.⁷ Dit wil niet zeggen dat werknemers zich hier altijd van bewust zijn: uit het onderzoek blijkt dat werknemers vaak slecht op de hoogte zijn van het beding. Daarnaast ligt de bal bij de werknemer zodra een werkgever het concurrentiebeding heeft ingeroepen. Het is vervolgens aan de werknemer om voor de rechter te bepleiten waarom het concurrentiebeding niet geldig zou zijn of in reikwijdte of duur beperkt zou moeten worden. Werknemers deinzen vaak terug voor deze juridische procedures omdat deze tijdrovend en duur zijn.

Daarmee kan een concurrentiebeding dat op oneigenlijke gronden wordt ingezet, toch effect hebben. In het onderzoek geïnterviewde juridisch experts en vakbonden stellen daarnaast dat het concurrentiebeding wordt ingezet als onderhandelingsmiddel bij exitgesprekken (waarbij bijv. resterend verlof, vakantiegeld of variabele beloningscomponenten uitgeruild worden tegen het niet effectueren van het concurrentiebeding), waarvoor het beding ook niet bedoeld is.

Het rapport geeft aan dat een kwart van de werknemers die vanuit de huidige arbeidsovereenkomst gebonden is aan een concurrentiebeding, denkt dat een mogelijk conflict over dit beding hen ervan zal afschrikken/weerhouden ander werk te accepteren. Het rapport stelt dat dit kan drukken op de employability van deze groep werknemers. Specifiek signaleert Panteia dat er een toename is van het gebruik van het concurrentiebeding onder jongere werknemers, en dat juist deze groep binnen de arbeidsmarkt mobiel zou moeten zijn (en blijven).

Er is ook een groep werknemers die onderschat dat zij wel degelijk aan het concurrentiebeding kan worden gehouden, al dan niet via de rechter.

Werknemers bij wie het beding (nog) niet is ingeroepen, staan niet negatief tegenover het concurrentiebeding, maar zijn dit wel zodra ze eerder met het beding te maken hebben gehad.

De waarde van het concurrentiebeding

Het onderzoek laat zien dat ongeveer 10% van de werkgevers de werknemer gedurende het dienstverband compenseert voor het concurrentiebeding. Geïnterviewde experts stellen dat het gebruik van een concurrentiebeding eenvoudig is voor werkgevers: het kost hen niets en verplicht hen tot niets. Aan het einde van het dienstverband van de werknemer kan de werkgever de keuze maken of hij het beding wel of niet inroept. Zelfs als hiervan afgezien wordt, heeft het beding al effect, aangezien de werknemer tijdens het dienstverband mogelijk heeft afgezien van een eventuele overstap. Geïnterviewde juridisch experts zijn zodoende van mening dat het concurrentiebeding niet gratis zou moeten zijn: «door de prijs van het gebruik van het concurrentiebeding te verhogen zou de werkgever gemotiveerd kunnen worden zich te beperken

⁷ zie o.a. Rechtbank Gelderland 17 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8278, Hof Amsterdam 11 mei 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1385.

tot eigenlijk gebruik van het beding – het beschermen van klantcontacten en marktgevoelige informatie».⁸

Een werknemer die aan het beding wordt gehouden, kan zonder inkomen komen te zitten (het contract bij oude werkgever is opgezegd en geëindigd, maar het contract bij de nieuwe werkgever kan nog niet gestart worden). In omringende landen is dit, naast schadeloosstelling, mede een reden geweest om een vergoedingsplicht bij het invoeren van het beding in te richten. In het huidige artikel 7:653, lid 5, BW wordt de rechter een mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding gegeven, maar hiertoe geldt geen verplichting voor de rechter. Het toekennen van een dergelijke vergoeding komt in de praktijk niet vaak voor.

Rechtspositie en rechtszekerheid

Als laatste is op te merken dat rechtszaken over het concurrentiebeding zich kenmerken door hun onvoorspelbaarheid, wat leidt tot rechtsonzekerheid. Doordat veel processen uitmonden in een individuele belangenafweging, is de uitkomst op voorhand moeilijk in te schatten. Niet alleen werknemers, maar ook een deel van de werkgevers ziet vaak af van een rechtsgang omdat ze geen vertrouwen heeft dat de uitkomst in hun voordeel gaat uitvallen. Tegelijkertijd kunnen zaken over het concurrentiebeding sterk casuïstisch zijn, waarbij de mogelijkheid voor maatwerk in rechterlijke uitspraken behouden zou moeten blijven.

Bovenstaande leidt tot de volgende analyse:

- het gebruik van het concurrentiebeding neemt sterk toe. Dit maakt dat een steeds grotere groep van de beroepsbevolking wordt beperkt in de vrijheid van arbeidskeuze;
- het concurrentiebeding is voor werkgevers van belang omdat zij zich hiermee kunnen beschermen tegen werknemers die met concurrentiegevoelige informatie, intellectueel eigendom en klantgegevens en -contacten naar een concurrent gaan (of zelf een concurrent worden) en zo het bedrijfsdebiet schaden;
- de drempel om een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst op te nemen is zeer laag, terwijl dit voor de werknemer wel zwaarwegende consequenties kan hebben;
- bij het invoeren van het concurrentiebeding zijn de gevolgen voor de werknemer groot, zonder dat deze hiervoor doorgaans wordt gecompenseerd, en staan niet altijd in verhouding met de belangen voor de werkgever;
- de werknemer aan zet is om aan te tonen waarom een werkgever geen gerechtvaardigd belang heeft bij het invoeren van het concurrentiebeding. Dit is voor veel werknemers niet opportuun, vanwege de onzekere uitkomsten van een procedure, en de kosten en tijdsduur hiervan.

Er is met sociale partners over bovenstaande probleemanalyse gesproken, waarbij het algemene beeld gedeeld werd. Er is draagvlak om het concurrentiebeding te herzien, waarbij er binnen sociale partners nog verschillend gedacht wordt over de manier waarop.

Beleidsopties

Een toekomstig voorstel van de regering tot modernisering van het concurrentiebeding zal waarschijnlijk uit een beleids optie van verschillende elementen bestaan. Deze elementen zouden zoveel mogelijk moeten voorzien in een oplossing voor de hierboven geschetste

⁸ Panteia (2021), *De werking van het concurrentiebeding*, p. 75.

problemen en invulling moeten geven aan de hierboven geformuleerde doelstellingen.

De route van een uit meerdere elementen bestaande beleidsoptie ligt in lijn met het (onder «achtergrond onderzoek» geschetste) eerdere wetsvoorstel uit 2001, waarin ook verschillende elementen tegelijkertijd werden voorgesteld.

Hieronder volgt een inventarisatie, die naar aanleiding van de motie van de leden Van Weyenberg en Gijs van Dijk en de toezegging in de Kamerbrief van 25 juni is gemaakt. De hierin beschreven verschillende elementen zijn terug te leiden tot de ingediende motie van de leden Van Weyenberg en Gijs van Dijk, het rapport van de commissie Regulering van Werk en het onderzoeksrapport van Panteia.

Bij de verschillende beleidsopties zal kort worden toegelicht wat de voor- en nadelen zijn, en voor welke onderliggende problematiek deze wel of niet een oplossing kunnen bieden. Tot slot zijn er nog een aantal elementen die in geen van de gepresenteerde beleidsopties terugkomen. Voor deze elementen worden in bijlage twee overwegingen gegeven waarom deze elementen minder logisch of doelmatig zijn om in een beleidsoptie op te nemen. Gelet op het doel om verschillende beleidsopties in kaart te brengen, worden zij wel genoemd.

Voordat hieronder de vier beleidsopties gepresenteerd worden, wordt eerst ingegaan op twee voorliggende mogelijkheden, die niet in de beleidsopties terugkomen omdat zij gezien hun verstrekkende aard of antwoord op de in het rapport gesignaleerde problematiek niet voor de hand liggen:

- Het concurrentiebeding in zijn huidige vorm in stand laten.
Gezien de aard van de in het onderzoek geschetste problematiek ligt deze optie niet voor de hand, omdat er dan niets zal veranderen. Bovendien zou dit niet in lijn met de uitvoering van de motie van de leden Van Beukering-Huijbregts en Gijs van Dijk zijn. Voorzienbaar is dat het aantal en percentage concurrentiebedingen op het huidige niveau zal blijven of zal stijgen, waarbij onderliggende problematiek niet opgelost zal worden.
- Het concurrentiebeding wordt in zijn geheel afgeschaft.
Door het concurrentiebeding in zijn geheel af te schaffen, zouden werkgevers tegen het schaden van het bedrijfsdebiet beschermd moeten worden door procedures op basis van de onrechtmatige daad. Werknemers zouden een maximale invulling hebben van de grondwettelijke vrije arbeidskeuze. De keerzijde is dat de bewijslast geheel verschuift richting werkgeverskant, waarbij een werkgever lastig kan aantonen dat er klantgegevens of bedrijfsgeheimen ongeoorloofd zijn meegenomen (actie o.g.v. onrechtmatige daad), terwijl het schenden van het concurrentiebeding makkelijker te bewijzen was. De balans kan zodoende weer doorslaan door naar werknemerszijde, terwijl voor continuïteit en draagvlak het beter is een balans te vinden tussen werkgevers- en werknemersbelangen.

Beleidsopties ter herziening van het concurrentiebeding

Beleidsoptie 1

- Beperken maximale duur tot 1 jaar
- Verplicht expliciteren en motiveren van geografisch bereik in het beding
- Concurrentiebeding vervalt bij faillissement.
- Concurrentiebeding vervalt bij ontslag in proeftijd.
- Het concurrentiebeding kan alleen worden ingeroepen als ontslag op initiatief van werknemer plaatsvindt
- Voorwaarden stellen aan bekendmaking intentie werkgever wel/niet inroepen beding na afloop dienstverband.

Beleidsoptie 2

- Alle elementen van beleidsoptie 1
- Verplichte vergoeding modaliteiten:
 - Vergoeding bij inroep beding
 - Vergoeding bij afsluiting beding (signing fee) optioneel

Beleidsoptie 3

- Alle elementen van beleidsoptie 1
- Beperking concurrentiebeding alleen bij zwaarwegend bedrijfsbelang, motivering werkgever bij aangaan beding. Conform de huidige situatie voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Beleidsoptie 4

- Alle elementen van beleidsoptie 1
- Verplichte vergoeding beleidsoptie 2
- Beperking concurrentiebeding alleen bij zwaarwegend bedrijfsbelang beleidsoptie 3.

Toelichting op de elementen in de beleidsopties.

Beleidsoptie 1 kan gezien worden als de lichtste variant van de vier bovenstaande beleidsopties. De huidige rechtspraak om werkingsduur van het beding te maximeren op 1 jaar wordt gecodificeerd. Op verzoek van sociale partners is het expliciteren van de geografische reikwijdte in beleidsoptie 1 opgenomen, waarbij werkgever een geografische reikwijdte waarbinnen het beding geldt, moet opnemen én motiveren. Daarnaast wordt de werknemer niet belast met een beding wanneer de oorzaak van het beëindigen van het dienstverband buiten zijn invloed lag. Dit kan komen naast het huidige lid 4 van artikel 7:653 BW, waarin is bepaald dat het beding niet geldt indien de beëindiging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Dit element, alsmede uitzonderingssituaties moet nader worden uitgewerkt.⁹ Tot slot is in het concept wetsvoorstel Overgang van Onderneming een voorstel gedaan tot aanpassing van het concurrentiebeding in geval van faillissement.¹⁰

In zekere zin heeft beleidsoptie 1 een aantal elementen die relatief van beperkte aard zijn, maar wel een oplossing bieden om een beperkt aantal zaken te reguleren waarbij het werknemersbelang nu sterk achterblijft. Daarnaast kunnen deze elementen voor zowel de werkgever als de werknemer meer duidelijkheid bieden omtrent de geldigheid (en bereik) van het beding. Om deze reden worden alle elementen in beleidsoptie 1 ook in de overige beleidsopties voorgesteld. Waarbij het tevens een mogelijkheid is om deze elementen op punten nader uit te werken.

De verwachting is echter dat beleidsoptie 1 een beperkte oplossing zal bieden voor de onder «maatschappelijke uitdagingen» genoemde problematiek. Beleidsoptie 1 zal beperkte invloed hebben op het aantal werknemers dat te maken zal krijgen met een beding, waarbij met name

⁹ Hoe deze uitzondering eruit zou komen te zien, dient nog nader te worden uitgewerkt.

Eveneens dient uitgewerkt te worden hoe om te gaan met het beding bij ontbinding wegens verwijtbaar handelen, ontslag op staande voet of situaties waarin de werknemer juist op ontslag aanstuurt om van het concurrentiebeding af te komen.

¹⁰ Internetconsultatie wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement, 31 augustus 2019.

van belang is dat de beleidsoptie geen oplossing biedt om werknemers waarvoor er geen duidelijke reden is tot de opname van het beding, te vrijwaren van het concurrentiebeding. Er worden weinig nadere eisen gesteld aan een specificatie wat het belang van de werkgever is om de arbeidsmobiliteit van de werknemer te reduceren. Een werknemer bevindt zich nog steeds in de situatie dat zodra het beding ingeroepen wordt, deze mogelijk zonder inkomen kan komen te zitten, omdat het aangaan van een nieuwe dienstbetrekking wordt beperkt.

Om het gebruik van het concurrentiebeding te reduceren, wordt in het rapport van Panteia gesuggereerd het gebruik, en met name het inroepen van het beding, te beprijzen. Om hier in te voorzien is in beleidsoptie 2 de verplichte vergoeding opgenomen. Op het moment dat de werkgever aan het einde van het dienstverband het concurrentiebeding inroept, moet hij een vergoeding dienen te betalen. Dit kan het kaf van het koren scheiden: de werkgever wordt hierdoor gestimuleerd om in te schatten welke werknemers daadwerkelijk het bedrijfsdebiets kunnen schaden, en welke niet. Als werknemers geen gevaar voor de bedrijfstoekomst vormen, zal de werkgever niet geneigd zijn hiervoor extra te willen betalen. Hij zal zodoende dus eerder aangeven om het beding niet in te roepen. Hierdoor wordt de arbeidsmobiliteit van grote aantallen werknemers vergroot. Deze zullen bovendien niet te maken krijgen met een eventuele rechtsgang. De werkgever kan, conform het laatste element in beleidsoptie 1, ook verplicht worden om de werknemer tijdig te informeren over het al dan niet inroepen van het beding, zodat de werknemer hier voor zijn overstap rekening mee kan houden.

Een vergoeding *achteraf* bij inroep van het beding kan een prikkel zijn voor de werkgever om kritischer te kijken bij welke werknemers hij wel of niet een beding wil opnemen. Van belang is echter niet alleen dat de werknemer na afloop mobieler wordt. Omwille van optimale arbeidsallocatie is het eveneens belangrijk dat werknemers *gedurende* hun dienstverband niet onnodig door het afschrikkeffect van een beding weerhouden worden om een beter passende arbeidssituatie elders te accepteren. Zoals het onderzoek van Panteia laat zien, is er een deel van de werknemers die zich wel door dit effect laat leiden, waarvan mogelijk de werkgever achteraf bepaalt dat het beding helemaal niet van belang was. Dit risico is op verschillende manieren te mitigeren: 1) door een verplichte (minimale) vergoeding *achteraf*, ook als de werkgever uiteindelijk niet het beding inroept, of 2) door een verplichte vergoeding *vooraf* (signing fee) bij het overeenkomen van het beding, of 3) door de werkgever de mogelijkheid te bieden om afstand te doen van het concurrentiebeding, maar dat de werkgever nog wel een periode kan worden gehouden aan de vergoedingsplicht bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, bijv. tot 12 maanden na afstand name (conform situatie in Duitsland). In deze gevallen heeft het opnemen van een beding in het contract op voorhand een prijs voor de werkgever. Bedingen die door de werkgever als niet noodzakelijk worden beschouwd, zullen naar verwachting minder worden overeengekomen. Indien de vergoedingsplicht in een toekomstig wetsvoorstel zal worden opgenomen, dient de hoogte hiervan nader te worden uitgewerkt. Uitgangspunt is hierbij dat de vergoeding van dusdanige hoogte dient te zijn dat de werkgever het beding niet onnodig opneemt. De vakbeweging heeft hierbij aangegeven dat het dan voor de hand ligt om aan te sluiten bij de regelingen zoals deze in buurlanden België en Duitsland van kracht zijn.

In beleidsoptie 3 wordt ingezet op het element van het zwaarwegend bedrijfsbelang, zoals deze nu ook al geldt als vereiste voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ook bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal dan het zwaarwegend bedrijfsbelang voor het

opnemen van dit beding schriftelijk moeten worden gemotiveerd. Het voordeel is dat dit werkgevers dwingt om specifiek te benoemen waarom het belang van de werkgever dient te prevaleren boven de arbeidsmobiliteit en het recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer. Dit is een zware toets, zo laten ook de ervaringen na de inwerkingtreding van de wijzigingen rond het concurrentiebeding via de Wwz zien.¹¹ In veel gevallen blijken werkgevers hun zwaarwegend bedrijfsbelang onvoldoende gemotiveerd te hebben, waardoor het beding in rechte geen stand houdt. Werkgevers houden echter de ruimte om het beding op te nemen, mits zij wel de moeite nemen dit duidelijk te motiveren waarom dit met het oog op zwaarwegende dienst- of bedrijfsbelangen noodzakelijk is. Tegelijkertijd laat het Panteia-onderzoek zien dat nog steeds in veel arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd geen expliciete motivering van het zwaarwegend bedrijfsbelang is te vinden. Ofschoon de kans groot is dat deze bedingen dan ook geen stand zullen houden, worden overeenkomsten met dergelijke ongemotiveerde bedingen nog steeds gesloten. Bepalend zal dan zijn in hoeverre de werknemer kan inschatten of zijn beding (niet) stand zal houden, en of hij bereid is dit aan te vechten. Uit de evaluatie van de Wwz blijkt dat het aandeel van concurrentiebedingen voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd versus onbepaalde tijd niet gewijzigd is (SEO, 2020). Een ander nadeel is dat het vereiste zwaarwegend bedrijfsbelang te motiveren mogelijk niet een afdoende rem is op het overeenkomen van (mogelijk niet rechtsgeldige) bedingen (want er zit geen prijs op het afsluiten ervan). De werknemer zal dus alsnog zijn recht moeten halen. Bovendien voorziet het niet in situaties waarin de werknemer door het inroepen van het beding door de werknemer zonder inkomen komt te zitten.

De inschatting is zodoende mogelijk dat beleidsoptie 3 op zichzelf voor een gedeelte van de geschetste problematiek een oplossing kan bieden (hogere drempel voor geldigheid van het beding doordat werkgevers ook bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd duidelijker moeten motiveren waarom er een zwaarwegend bedrijfsbelang is dat opname van het beding noodzakelijk maakt), maar wellicht onvoldoende prikkelt om spaarzaam het beding op te nemen en in te roepen (in tegenstelling tot beprijzing). Beleidsoptie 4 kan daarin voorzien, door de beleidsopties 2 en 3 met elkaar te combineren. Duidelijk is evenwel dat beleidsoptie 4 de minst lichte variant is.

Vakbonden hebben aangegeven de voorkeur te hebben voor beleidsoptie 4, waarbij voor o.a. de hoogte van de vergoeding aangesloten kan worden bij de regelingen zoals deze in België en Duitsland gangbaar zijn.

De werkgevers achten dat er wel mogelijkheden zijn voor beleidsopties 1 en 3. Ze zijn daarentegen geen voorstander van beleidsopties 2 en 4.

¹¹ Zie o.a. Folmer, F.S., «Concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: het toetsingskader en de praktijk», in: *ArbeidsRecht* (2019), vol 41.

Overige elementen die niet opgenomen zijn de in de verkende beleidsopties

Overige elementen die niet zijn opgenomen in de beleidsopties:

- Beperken van het concurrentiebeding tot een relatiebeding;
- Overeenkomen van het beding wordt alleen in bepaalde sectoren mogelijk;
- Overeenkomen van het beding wordt afhankelijk van een bepaald brutoloon;
- Verbod op overeenkomen van een concurrentiebeding voor contracten bepaalde tijd.

Hieronder worden achterliggende redenen gegeven om deze elementen vooralsnog niet op te nemen in de beleidsopties.

- Beperken van het concurrentiebeding tot een relatiebeding:
 - o Geheimhoudingsbeding kan schijnbescherming bieden, aangezien het moeilijk te achterhalen is of (ex)werknemer bij een nieuwe werkgever informatie doorgeeft.
 - o Voor werkgevers is nadelig dat schade altijd pas achteraf vastgesteld kan worden. De inrichting van het huidige concurrentiebeding werkt vanwege de bredere reikwijdte preventiever.
 - o Omzetting van het huidige beding naar relatiebeding beschermt werkgevers niet tegen het verlies van kennis/knowhow richting concurrenten.
 - o Wellicht moeilijke afbakening van definitie «relatie» (bijv. leveranciers, adviseurs, netwerk), die zou kunnen leiden tot 1) niet veel kleinere scope dan huidige beding, waardoor feitelijk huidige praktijk in stand blijft 2) rechtsonzekerheid over definitie op basis van praktijksituaties, terwijl juist een doel is meer rechtszekerheid te bieden.
 - o Zowel de SER als juridische experts waren zeer kritisch op de opvatting van de regering bij de schriftelijke behandeling van het eerdere wetsvoorstel uit 2001 dat het relatiebeding wezenlijk anders is dan het concurrentiebeding. Naar het oordeel van de SER en de experts kan het relatiebeding als een concurrentiebeding worden getypeerd.
- Overeenkomen van het beding wordt alleen in bepaalde sectoren mogelijk
Als de overheid sectoren aan moet wijzen, kan dit arbitrair zijn en discussie oproepen. Bovendien kunnen binnen sectoren er functies zijn waar wel een beding logisch is, maar ook functies waarvoor dat niet is. Een sector aanwijzen kan dan te grofmazig zijn.
- Overeenkomen van het beding wordt afhankelijk van een bepaald brutoloon. Deze optie suggereert dat bij lage inkomensgroepen er geen legitiem belang is om de werkgever te beschermen, terwijl er wel degelijk casussen zijn waarin werkgever beschermd dient te worden. Daarnaast is een inkomensgrens die door wetgever bepaald wordt arbitrair.
- Verbod op overeenkomen van een concurrentiebeding voor contracten bepaalde tijd.
 - o Vergroting van de kloof tussen tijdelijk en vast, zowel contractueel als op werkvloer (verantwoordelijkheden/kennis wordt niet gedeeld met de werknemers bepaalde tijd).
 - o Vanuit de optiek van de werkgever kan de tijdelijke werknemer evenzeer het bedrijfsdebet schaden als de vaste werknemer.
 - o In het bedrijfsleven wordt ook gewerkt met tijdelijke contracten voor topmanagers.
 - o Groot verschil tussen contract bepaalde tijd van enkele maanden of van 5 jaar. In het laatste geval is het verschil tussen dit contract en

het onbepaalde tijdscontract inzake het kunnen schaden van het bedrijfsdebiet niet heel groot.

- o Mogelijk schrikt het niet kunnen opnemen van een concurrentiebeding werkgevers af om tijdelijk nieuw personeel aan te nemen (terwijl er bijv. vanwege piek/ziek, zorgen over loondoorbetaling bij ziekte- etc. (nog) geen ruimte bij werkgever is om nieuwe werknemer op vast contract aan te nemen).