

Vergaderjaar 2004–2005

28 167

Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 11 maart 2005

Naar aanleiding van de door de leden van de vaste commissie voor Justitie gestelde vragen merken wij het volgende op.

1. Algemeen

De leden van de fractie van de CDA hebben aangegeven niet overtuigd te zijn van enige (dwingende) noodzaak om de bestaande wettelijke regeling ingrijpend te herzien en zij vonden de genoemde empirische gegevens gedateerd en te summier, omdat gewerkt is met schattingen. Bovendien hadden zij de indruk dat in nogal wat sectoren vertrek van werknemers naar een nieuwe werkgever of om zich te vestigen als zelfstandig ondernemer, gepaard gaat met afkoop of een omzetting van een geografisch, c.q. functioneel beperkend beding in een relatiebeding, waarbij vastgelegd wordt dat betrokkene gedurende een bepaalde tijd niet voor door hem of haar laatstelijk bediende klanten werkzaam zal zijn. Zij vroegen zich derhalve af voor welk probleem dit wetsvoorstel een oplossing is en of er wel sprake is van een verbetering van de huidige situatie.

In het voorliggende wetsvoorstel worden nieuwe voorwaarden gesteld aan de geldigheid van een concurrentiebeding teneinde de rechtszekerheid te bevorderen, een beter evenwicht aan te brengen tussen de belangen van werkgever en werknemer en een onnodig beroep op het concurrentiebeding tegen te gaan. In de huidige regeling is daarvan geen sprake, omdat daarin slechts twee voorwaarden worden gesteld voor de toelaatbaarheid van het beding. Het beding moet schriftelijk zijn overeengekomen en de werknemer moet bij het aangaan daarvan meerderjarig zijn. Daar slechts achteraf door de rechter de toelaatbaarheid van een beding kan worden vastgesteld, kan dit de mobiliteit van werknemers belemmeren en komt de vrijheid van de arbeidskeuze hiermee in het gedrang. Daarom is ervoor gekozen om in de uitgewerkte regeling van het concurrentiebeding (met ondermeer een beperking van de duur van het beding, de verplichte beschrijving van het functionele en geografische bereik en de verplichte billijke vergoeding) de rechtszekerheid te vergroten en een betere balans te creëren tussen de verschillende belangen van werkgever en werknemer.

Het in het wetsvoorstel aangehaalde inventariserend onderzoek dateert

inderdaad van 2 mei 1997. Dit betekent echter niet, dat de situatie inmiddels sterk is verbeterd. Uit een meer recent onderzoek van MarktResponse Nederland BV van juni 2002 blijkt namelijk, dat 41% van de werkgevers een concurrentiebeding hanteren en dat 75% van de werkgevers, die geen concurrentiebeding hanteren, overweegt dit in de toekomst wel op te nemen in het arbeidscontract. Ook gaven 16% van de werknemers aan, dat in hun contract een concurrentiebeding is opgenomen en dat 65% van de werknemers verwacht dat de werkgever hen aan het concurrentiebeding zal houden.

Wij beschikken echter niet over informatie of cijfermatige gegevens, waaruit zou kunnen worden afgeleid of en in welke mate sectoren met werknemers overgaan tot afkoop van een concurrentiebeding dan wel omzetting van een concurrentiebeding in een relatiebeding.

Aanpassing van de regeling van het concurrentiebeding is en blijft noodzakelijk om een beter evenwicht tussen de belangen van werkgever en werknemer tot stand te laten komen en om voldoende rechtszekerheid te bieden. Daarnaast moeten de nieuwe regels ervoor zorgen, dat werknemers alleen nog in hun vrije arbeidskeuze worden beperkt, indien dat vanuit het bedrijfsbelang strikt noodzakelijk is.

Het antwoord op de vraag of en in welke mate sectoren met werknemers overgaan tot afkoop van een concurrentiebeding dan wel omzetting van een concurrentiebeding in een relatiebeding, moeten wij schuldig blijven. Wij beschikken niet over informatie of cijfermatige gegevens, waaruit dat zou kunnen worden afgeleid.

De leden van de CDA-fractie vroegen naar cijfermateriaal over de aantallen zaken die de afgelopen 10 jaren aan de kantonrechter zijn voorgelegd, de aard van de geschillen en de inhoud van de rechterlijke beslissingen, eventueel ook in hoger beroep.

De Raad voor de Rechtspraak heeft de volgende informatie verstrekt. De gegevens over het aantal procedures, waarin een concurrentiebeding aan de orde is, worden niet landelijk verzameld. De Raad heeft dus moeten volstaan met een ruwe schatting. Op basis van cijfers uit twee arrondissementen kan worden geschat dat over de periode 1996–2004 jaarlijks gemiddeld 300 voorlopige voorzieningen en 50 bodemzaken aanhangig worden gemaakt waarin een concurrentiebeding onderwerp van geding is. Daarnaast behandelt de voorlopige voorzieningenrechter van de sector civiel naar schatting zo'n 75 zaken betreffende een concurrentiebeding. Deze schatting is gebaseerd op productiecijfers van een grote rechtbank over 2004. Het is onbekend hoeveel hoger beroepsprocedures jaarlijks worden aangebracht. De Raad gaat er vanuit dat gelet op de cijfers in eerste aanleg het niet in de lijn ligt dat deze erg hoog zullen zijn.

Gegevens over de aard van de geschillen en de inhoud van de rechterlijke beslissingen worden niet landelijk verzameld. Uit de gepubliceerde jurisprudentie komt naar voren dat rechtspraak over het vierde lid van art. 7:653 BW (vergoeding bij handhaving van het beding) weinig voorkomt. De duur en de reikwijdte van het beding komen regelmatig aan de orde in procedures.

Ook is het voor de leden van de CDA-fractie niet aanstonds duidelijk dat er sprake is van oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding indien dit verband houdt met het feit dat een werkgever een interne opleiding en scholing aanbiedt ofwel dat er tijd en energie van andere werknemers of de werkgever zelf wordt ingezet. Dat geldt aldus de CDA-fractie ook voor de opbouw van een vertrouwensrelatie met klanten van een werkgever. Gevraagd wordt hier nader op in te gaan.

Het concurrentiebeding is bedoeld als instrument voor de werkgever ter bescherming van zijn bedrijfsdebiet. In de praktijk blijkt echter dat het beding ook voor andere doeleinden wordt gebruikt dan het tegengaan van concurrentie. Een belangrijke doelstelling van dit wetsvoorstel is het tegengaan van oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om het binden van een werknemer aan een

bedrijf vanwege investeringen die een werkgever pleegt via het aanbieden van een interne of externe opleiding/scholing. De werkgever kan zijn belangen in deze langs een andere weg veiligstellen. Zo kan de werkgever een opleidingsbeding in de arbeidsovereenkomst opnemen voor het geval de werknemer binnen een bepaalde tijd na het afronden van een door de werkgever betaalde opleiding of scholing vertrekt naar een andere werkgever. Met de werknemer kan ook worden afgesproken, dat hij bij vertrek (een deel van) de opleidingskosten moet terugbetalen.

Het opbouwen van vertrouwensrelaties, waarover de leden van het CDA spreken, is van een geheel andere orde. Dit is inherent aan bijvoorbeeld een commerciële functie en derhalve niet goed te vergelijken met investeringen in opleiding of scholing. Wel is het een aspect dat voor de werkgever van belang is bij het beantwoorden van de vraag of een concurrentiebeding nodig is om de bedrijfsbelangen veilig te stellen. De leden van de VVD-fractie hadden met gemengde gevoelens kennisgenomen van het wetsvoorstel en waren er voornamelijk niet van overtuigd dat de omvang van het geschetste probleem dermate groot is dat de bestaande wettelijke regeling op de voorgestelde wijze moet worden herzien. Zij vroegen zich derhalve af of de bewindslieden werkelijk van oordeel zijn dat het onderzoek van Research voor Beleid van mei 1997 de voorgestelde – ingrijpende – wetswijzigingen rechtvaardigt en in hoeverre er sprake zal zijn van een verbetering ten opzichte van de huidige situatie c.q. wetgeving.

Zoals hiervoor in een reactie op een vraag van de CDA-fractie aangegeven, blijkt uit een onderzoek van MarketResponse Nederland van juni 2002 dat een substantieel deel (41%) van de werkgevers een concurrentiebeding hanteert en dat de verwachting is dat andere werkgevers in toenemende mate dit voorbeeld zullen gaan volgen. Dit gegeven én de noodzaak om een beter evenwicht aan te brengen tussen de belangen van werkgever en werknemer rechtvaardigen een aanscherping van het concurrentiebeding, zoals door ons voorgesteld.

De leden van de fractie van GroenLinks vroegen om een verhandeling over de relatie van het wetsvoorstel met artikel 6 van de Mededingingswet. Tevens werd gevraagd in te gaan op de relatie tussen beide normen, de kwestie van het relatiebeding en welke grenzen vanuit het oogpunt van de bescherming van het belang van mededinging zijn te stellen aan het gebruik van het relatiebeding.

Over de verhouding van het relatiebeding tot artikel 6 Mededingingswet kan het volgende worden opgemerkt.

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om aan het concurrentiebeding een aantal beperkende voorwaarden te verbinden. Dit betekent dat een geldig concurrentiebeding qua inhoud en strekking beperkter wordt dan het huidige concurrentiebeding, zodat ook de beperking van de mededinging in beginsel geringer zal zijn dan onder het huidige artikel het geval is. Een werknemer zou een vordering tot vernietiging van het concurrentiebeding of relatiebeding op grond van artikel 6, tweede lid, Mededingingswet kunnen instellen. Of en in hoeverre deze vordering een kans van slagen heeft, is afhankelijk van de vraag of een concurrentiebeding of relatiebeding onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet valt. Voor de interpretatie van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet, zijn de Europese jurisprudentie en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie met betrekking tot het kartelverbod van artikel 81 EG Commissie op het terrein van het concurrentiebeding, van belang. Het nationale kartelverbod is immers geënt op het Europese. Uit de analoge toepassing van deze Europese jurisprudentie en beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie, kan worden afgeleid dat voor een geslaagd beroep op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet, de volgende voorwaarden en omstandigheden dienen te zijn vervuld:

- Artikel 6, eerste lid, is alleen van toepassing op mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen. De werknemer voor wie een concurrentiebeding of relatiebeding geldt, moet zich dus als onderneming op de markt begeven.
- Het beding moet als strekking hebben de mededinging te beperken.
- Er dient geen rechtvaardigingsgrond te zijn voor het concurrentiebeding of relatiebeding. Een rechtvaardigingsgrond is aanwezig indien het in de economische context waarbinnen het geldt, de vrije mededinging bevordert of in stand houdt. In dat geval lopen de belangen van de werkgever samen met het belang van bevorderen en instandhouden van de mededinging. Of dit het geval is, is afhankelijk van de casus. In het ene geval zal het concurrentiebeding of relatiebeding de vrije mededinging dus juist bevorderen of in stand houden, terwijl het in het andere geval de vrije mededinging in de weg zal staan. Een concurrentiebeding dat strekt tot bescherming van de knowhow, kan onder omstandigheden een rechtvaardigingsgrond vormen. Een relatiebeding dat wegkaping van een vast klantenbestand voorkomt, zou gezien kunnen worden als strekkend tot het voorkomen van een oneerlijke concurrentievoorsprong van de ondernemer (ex-werknemer) ten opzichte van diens concurrenten en dus strekkend tot instandhouding van de vrije mededinging, terwijl een relatiebeding dat wordt gehanteerd bij een wisselend klantenbestand, niet als zodanig zal worden beschouwd. Indien er sprake is van een op zichzelf gerechtvaardigd concurrentiebeding of relatiebeding, dient voorts te worden gezien of het beding proportioneel is aan het te bereiken doel, d.w.z. het beding dient noodzakelijk te zijn voor het te bereiken doel. Dit is afhankelijk van zowel de duur als de geografische en materiële reikwijdte van het beding in een concreet geval.
- Het beding dient te voldoen aan het zogenaamde merkbaarheidsvereiste en dient de mededinging dus merkbaar te beperken.

Eveneens vroegen de leden van de GroenLinks-fractie in te gaan op het probleem dat het uitgezonden werknemers wordt verboden in dienst te treden bij de inlener, zijnde een klant van de uitzendwerkgever en zeker indien de werknemer bij de inlener een meer bestendige arbeidsrelatie aangeboden krijgt dan de uitzendwerkgever hem wil of kan garanderen. Ook vroegen zij of er sprake is van een relatiebeding of van een concurrentiebeding. Tenslotte vroegen zij zich in zijn algemeenheid af of het geen aanbeveling zou verdienen de bescherming van de belemmerde uitzendkracht (weer) beter wettelijk te verankeren.

In de door de leden van de GroenLinks-fractie geschetste situatie, dat de uitzendwerknemer wordt verboden in dienst te treden bij de inlener, is er noch sprake van een relatiebeding, noch van een concurrentiebeding. Wel kunnen het uitzendbureau en het inleenbedrijf onderling afspraken maken over gemiste inkomsten.

Ten tijde van de invoering van de Waadi (1998) is besloten dat een apart publiekrechtelijk verbod gericht op uitzendkrachten niet meer nodig is omdat op grond van het algemeen overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwarende bedingen. Bedingen in een overeenkomst die het wettelijk recht op vrije arbeidskeuze van de uitzendkracht direct of indirecte beperken kunnen voor vernietiging vatbaar zijn. De rechter beoordeelt dit per geval aan de hand van maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Deze andere verankering heeft wel consequenties voor het voeren van procedures; Aanvankelijk was er sprake van een verbod (in de Arbeidsvoorzieningswet 1996) en nu vormen redelijkheid en billijkheid de maatstaf. Er zijn geen signalen uit het veld ontvangen die aanleiding geven deze regeling te wijzigen.

De leden van de SGP- en CU-fractie betwijfelden of de rechtszekerheid zal worden bevorderd en of de voorstellen niet aanleiding zullen geven tot het entameren van gerechtelijke procedures.

De huidige regeling van het concurrentiebeding is zeer beperkt van aard in die zin dat er alleen twee vereisten worden gesteld ten aanzien van de geldigheid van dit beding, te weten meerderjarigheid van de werknemer en de schriftelijke vorm. In het voorstel worden daarentegen verschillende belangrijke aspecten van het beding uitgewerkt.

Zo wordt de duur van de beperking vastgelegd, maximaal een jaar. Daarnaast moeten het geografisch en functioneel bereik in het beding beschreven worden, alsmede de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding. Voorts worden de situaties benoemd waarin de vergoeding niet verschuldigd is en waarin het beding komt te vervallen. Aldus wordt werkgever en werknemer meer duidelijkheid geboden over de toelaatbaarheid van de verschillende aspecten van het concurrentiebeding.

Deze aanscherping van de regeling van het concurrentiebeding zal er ook toe leiden dat werkgevers zich van te voren goed zullen beraden over de vraag of een concurrentiebeding daadwerkelijk nodig is en daarbij de inhoud van het beding zorgvuldig zullen beoordelen. De thans gesignaleerde praktijk dat concurrentiebedingen als een soort standaardclausule in een arbeidsovereenkomst worden opgenomen zal dan ook naar mag worden aangenomen verdwijnen.

Nu de uitgewerkte wettelijke regeling ertoe leidt dat er duidelijkheid bestaat over de toelaatbaarheid van een concurrentiebeding, is het niet waarschijnlijk dat de voorstellen aanleiding zullen geven tot het entameren van gerechtelijke procedures, zoals de leden van de SGP- en CU-fractie veronderstellen.

2. Overgangsrecht

De leden van de PvdA-fractie vroegen of het kabinet de regeling van artikel 213 evenwichtig acht en verzochten het kabinet de argumenten voor een onbeperkt eerbiedigend overgangsrecht af te wegen tegen het nadeel van de in de tijd onbegrensde rechtsongelijkheid (in de zin dat het tot in lengte van jaren zal afhangen van het moment waarop een beding is aangegaan, welk regime het rechtens geldende is). Tevens werd gevraagd of het niet meer voor de hand had gelegen te kiezen voor een wat langere, maar wel in de tijd begrensde overgangsregeling.

Aanvankelijk was in het wetsvoorstel een overgangstermijn van één jaar opgenomen. De Tweede Kamer heeft via amendement 20 van de leden Jan de Vries (CDA) en Weekers (VVD) ervoor gekozen om alle bestaande bedingen zonder begrenzing te respecteren. Dit om onzekerheid, gerechtelijke procedures, verstoorde arbeidsverhoudingen en administratieve lasten voor het bedrijfsleven te voorkomen. Het amendement leidt ertoe dat gedurende een langere periode de oude en de nieuwe regeling naast elkaar blijven bestaan. Dit betekent overigens niet, dat bestaande concurrentiebedingen tot in lengte van jaren zullen voortduren. Als de duur van een bestaand beding niet door partijen zelf is geregeld, wordt deze begrensd door de redelijkheid en billijkheid. Voorts duren arbeidsverhoudingen in de praktijk gemiddeld niet langer dan zes á zeven jaren en is er in deze zin ook sprake van een beperking in de tijd. Daarnaast veranderen werknemers regelmatig van functie, waarbij het in de rede ligt dat gelijktijdig een nieuw beding wordt afgesloten. In dit verband kan ook nog worden gewezen op de bevoegdheid van de rechter (overeenkomstig artikel 7:653 lid 6) om op verzoek van de werknemer het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen.

De leden van de VVD-fractie vroegen wat bedoeld wordt met «gemaakt» in artikel 213. Gemaakt betekent hier overeengekomen. Deze term wordt

ook elders in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek gebruikt. Inhoudelijk kan er onzes inziens geen onduidelijkheid bestaan over de betekenis van deze bepaling.

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen te overwegen om het woord «gemaakt» in artikel 213 On BW te vervangen door het juridisch correctere begrip «overeengekomen».

De term «gemaakt» wordt in de Overgangswet nieuw BW vaker gebruikt in relatie met de notie «bedingen». Verwezen zij in dit verband naar art. 115. Er bestaat dan ook geen aanleiding tot wijziging.

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen of de visie juist is dat de bepalingen van het huidige art. 7:653 BW, met name de leden 3 en 4 van toepassing zullen blijven op relatiebedingen die voor de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel overeengekomen zijn of worden. In afwijking van de visie van de leden van de GroenLinks-fractie, zijn wij van mening dat het relatiebeding onderscheiden moet worden van het concurrentiebeding. Zoals tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer is aangegeven (Handelingen II, 19 mei 2004, 75–4878) gaat het om iets wezenlijks anders. Het relatiebeding verbiedt, in tegenstelling tot het concurrentiebeding, niet het verrichten van bepaalde werkzaamheden maar wel het aanzoeken/benaderen van bepaalde personen. De huidige regeling van het concurrentiebeding is dan ook niet van toepassing op het relatiebeding. Dit betekent dat het overgangsrecht, zoals geformuleerd in art. 213 On BW, ook niet van toepassing is op relatiebedingen die voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet nog tot stand komen of reeds tot stand zijn gekomen.

De leden van de SGP- en CU-fractie vroegen of met de regeling van het overgangsrecht voldoende recht is gedaan aan werkgeversbelangen. Deze vraag kan o.i. bevestigend worden beantwoord aangezien, zoals de toelichting bij het betreffende amendement (Kamerstukken II, 2003–2004, 28 167, nr. 20) aangeeft, alle bestaande bedingen zonder begrenzing worden gerespecteerd.

Het voorstel om alle vóór de inwerkingtreding van deze wet overeengekomen bedingen van rechtswege te converteren in bedingen die voldoen aan de nieuwe wettelijke eisen, is niet te realiseren aangezien het ondoenlijk is inhoudelijk de in artikel 653 lid 4 gestelde eisen uit te werken. Deze eisen moeten in elk concreet, individueel geval worden ingevuld. De wetgever kan dit niet voor zijn rekening nemen aangezien deze materiële voorwaarden in onderhandelingen tussen werkgever en werknemer moeten worden afgesproken.

3. Verplichte vergoeding, rechtsgrond ervan

De leden van de CDA-fractie waren van mening dat de initieel overeengekomen vergoeding een gefixeerde schadevergoeding is voor nog onbekende schade, waarvan de omvang achteraf nog aan de rechter ter beoordeling kan worden voorgelegd. Zou dat niet zijn om de werkelijke omvang van de schade vast te stellen, dan zou de rechter de bijzondere bevoegdheid krijgen om een billijke prijs vast te stellen voor een prestatie. Met betrekking tot de overwegingen van de CDA-fractie terzake van de verplichte vergoeding zij het volgende opgemerkt.

Artikel 7:653 lid 1 BW bepaalt onder meer dat de werkgever zich moet hebben verbonden om een billijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking duurt. De notie «billijke vergoeding» geeft aan dat het hier niet gaat om een schadevergoeding.

Deze billijke vergoeding is bedoeld als compensatie voor de beperking in de vrijheid van arbeidskeuze van de betreffende werknemer die het concurrentiebeding teweegbrengt bij het einde van de arbeidsovereen-

komst. De ex-werknemer zal immers bij het zoeken naar een nieuwe baan het beding met de daarin beschreven functionele en geografische reikwijdte moeten respecteren. De beperking is de rechtvaardiging voor de vergoeding. Irrelevant is of de werknemer door de werking van het beding daadwerkelijk schade lijdt.

Zoals de leden van de CDA-fractie terecht aangeven verbindt de werknemer zich in het concurrentiebeding bij voorbaat aan een beperking in zijn vrijheid van arbeidskeuze; daartegenover staat de verplichting van de werkgever om een billijke vergoeding te betalen voor de duur van deze beperking. Daarmee wordt ook meer evenwicht gebracht in de relatie tussen werkgever/werknemer. Het gaat hier dus niet om vergoeding van vermogensschade die veroorzaakt wordt door wanprestatie of onbehoorlijk handelen van de werkgever. De werkgever is gerechtigd het beding te handhaven en de werknemer moet het beding in acht nemen. Echter tegenover de beperking in de vrijheid van arbeidskeuze die het beding inhoudt, staat de billijke vergoeding als compensatie. Het billijke karakter van de vergoeding houdt in dat deze wordt vastgesteld met inachtneming van de omstandigheden van het concrete geval. Deze omstandigheden kunnen voor de rechter aanleiding zijn om de aanvankelijk tussen partijen afgesproken vergoeding te wijzigen.

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe de rechter zal oordelen in het geval een werknemer opzegt om werkzaam te zijn in een geheel andere branche, niet bestreken door het concurrentiebeding. Moet de werknemer dan stellen en bewijzen dat hij van andere mogelijkheden heeft afgezien. Of moet de werkgever het tegendeel stellen.

In het door de CDA-fractie geschetste geval heeft de werknemer zich gehouden aan het concurrentiebeding: hij heeft immers een baan gevonden in een branche die niet valt onder het concurrentiebeding. De werkgever is de overeengekomen vergoeding verschuldigd. Verzoekt de werkgever de rechter vervolgens om de vergoeding te verlagen op grond van art. 7:653 lid 7 BW, dan zal de werkgever de omstandigheden moeten stellen op grond waarvan deze wijziging billijk is.

De leden van de CDA-fractie hebben vragen gesteld met betrekking tot de verplichting voor de werkgever om in de arbeidsovereenkomst de werkzaamheden van de werknemer te omschrijven. Voorts is gevraagd of de werkzaamheden gerelateerd dienen te zijn aan de met de werknemer afgesproken functie.

Bij de verplichte beschrijving van de werkzaamheden gaat het om duidelijkheid omtrent de reikwijdte van het concurrentiebeding. Met een beschrijving van het functioneel bereik wordt nauwkeurig aangegeven welke werkzaamheden door een werknemer elders niet mogen worden verricht. Dit vloeit ook voort uit het feit dat de werknemer geen grotere beperkingen mogen worden opgelegd, dan strikt noodzakelijk is om de bedrijfsbelangen te beschermen. Dit is ook in het belang van de mobiliteit van de werknemer. Bij een geringe functiewijziging zal er uiteraard geen aanleiding zijn het beding aan te passen, hetgeen in de regel ook niet het geval zal zijn als het gaat om de overige bepalingen van de arbeidsovereenkomst. Maar naarmate in de overeengekomen functie meer en meer wijzigingen worden aangebracht, zal er eerder aanleiding zijn met de werknemer een nieuw concurrentiebeding overeen te komen.

De leden van de PvdA-fractie hebben nog vragen met betrekking tot de situaties waarin de werknemersvergoeding niet verschuldigd is (lid 3). Zo verzochten zij nog eens in te gaan op de reden om de werkgever van zijn vergoedingsplicht te ontslaan, wanneer hij de werknemer bij gelegenheid van diens opzegging laat weten geen gebruik te zullen maken van het concurrentiebeding (behoudens ingeval van onbillijke benadeling, waarvan de bewijslast, naar wordt aangenomen, op de werknemer rust). Bij opzegging door de werkgever wordt ervan uitgegaan dat de

werknemer nog geen stappen heeft gezet om met inachtneming van het beding elders zijn loopbaan te vervolgen. In die situatie is het ook in het belang van de met ontslag bedreigde werknemer om niet langer gebonden te zijn aan het concurrentiebeding. Dientengevolge wordt immers op geen enkele wijze de vrije arbeidskeuze voor de werknemer beperkt. Dit neemt echter niet weg, dat de werknemer van de werkgever in voorkomende gevallen een vergoeding kan verlangen ingeval van een onbillijke benadeling. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn, indien de werknemer met inachtneming van het beding al een nieuwe baan heeft gevonden tegen een lager salaris.

De PvdA-fractie vroeg zich voorts af hoe de wens tot een beter evenwicht zich verhoudt tot het feit dat, enerzijds, concurrentiebedingen bij bepaalde duurcontracten toelaatbaar blijven, terwijl de werkgever van zo'n duurcontract daar, anderzijds, tot één maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst eenzijdig vanaf kan. Hoe evenwichtig is de regeling nog bij bijvoorbeeld een bepaalde duurovereenkomst van drie jaar. Er is voor gekozen om een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet te verbieden. Ook bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten kan er immers sprake zijn van gerechtvaardigde belangen van werkgevers die bescherming behoeven. Daarbij zal de werkgever de verplichte billijke vergoeding aan de werknemer ter compensatie van de beperking van de vrije arbeidskeuze moeten afwegen tegenover de vraag of hij daadwerkelijk belang heeft bij een concurrentiebeding. Indien bij een contract voor bepaalde tijd voor een concurrentiebeding wordt gekozen, is het belang van de werkgever om op enig moment af te zien van een beroep op het concurrentiebeding niet anders dan ingeval van een concurrentiebeding met een werknemer met wie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is overeengekomen. Bij een contract voor bepaalde tijd is wel de termijn van een maand opgenomen teneinde te voorkomen dat de werkgever op het laatste moment afziet van het beding. De termijn van een maand leidt er ook toe dat de werknemer, die na de afloop van het contract naar een andere baan zoekt duidelijkheid heeft over de vraag of de werkgever het beding al dan niet wil handhaven. Naar ons oordeel kan dan ook niet worden gesproken van een onevenwichtige regeling.

De VVD-fractie vroeg het kabinet in te gaan op de juridische grondslag van de bepalingen over de verplichte vergoeding, daar een regeling waarbij het niet relevant is of de werknemer daadwerkelijk schade lijdt haar doel voorbij schiet en gevreesd moet worden dat de billijke vergoeding verwordt tot een soort «tekengeld» bij vertrek. De billijke vergoeding die de werkgever bij het einde van de arbeidsovereenkomst moet betalen is bedoeld als compensatie voor de beperking van de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer. De werknemer dient immers gedurende de looptijd van het beding de geografische en functionele reikwijdte van het beding in acht te nemen. Deze beperking is de rechtvaardiging voor de vergoeding. Los daarvan staat de vraag of een werknemer zich feitelijk beperkt voelt door het beding. Dit is een persoonlijke kwestie, die moeilijk objectief te beoordelen is. Tegen deze achtergrond kan de vergoeding dan ook niet worden gezien als «tekengeld» bij vertrek. Bovendien staat deze verplichting los van de vraag of de werknemer door de werking van het beding daadwerkelijk schade lijdt. Van een schadevergoeding is dan ook geen sprake. De introductie van de verplichting voor de werkgever om een billijke vergoeding te betalen is ook bedoeld om er voor te zorgen dat werkgevers alleen een concurrentiebeding overeenkomen in situaties waarin het noodzakelijk is om de bedrijfsbelangen te beschermen. Zie in dit verband ook de memorie van toelichting (Kamerstukken II,

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen het kabinet de omstandigheden te verduidelijken, waaronder de werknemer op onredelijke gronden zijn instemming weigert aan het laten vervallen van de schadevergoedingsplicht. Bovendien vroegen zij aan te geven of de vergoeding bedoeld is voor de belemmering tijdens het dienstverband, na het einde van het dienstverband of voor allebei. En wat als het dienstverband maar kort heeft geduurd en de werknemer inderdaad daarna met pensioen gaat. Van een onredelijke opstelling van de werknemer kan bijvoorbeeld sprake zijn, indien de werknemer uitsluitend vanwege de eerder overeengekomen vergoeding (niet zijnde een schadevergoeding), weigert mee te werken aan het laten vervallen van het beding.

De vergoeding is niet bedoeld voor de belemmering tijdens het dienstverband, doch dient te worden aangemerkt als compensatie voor de beperking van de vrije arbeidskeuze na het einde van de arbeidsovereenkomst. Daarbij is het dus niet relevant of de werknemer nog maar kort heeft gewerkt. Ook de vraag of de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst met pensioen gaat is daarbij niet aan de orde. Immers in geval van een beding is er sprake van een beperking van de vrije arbeidskeuze en is de werkgever in beginsel gehouden om een billijke vergoeding te betalen. Het ligt echter in de rede, dat een werkgever die weet dat de werknemer na korte tijd met pensioen zal gaan van te voren goed zal afwegen of hij een concurrentiebeding daadwerkelijk nodig heeft.

Van de zijde van de SGP- en CU-fractie werd gevraagd of het niet veel meer voor de hand ligt de verplichte vergoeding als een schadevergoeding aan te merken.

De verplichte billijke vergoeding van de werkgever aan de werknemer is bedoeld als compensatie voor de beperking van zijn vrijheid van arbeidskeuze. Deze verplichte vergoeding kan niet worden aangemerkt als een schadevergoeding vanwege wanprestatie of onrechtmatig handelen van de werkgever. Hij mag zich immers beroepen op het beding. Dat een eventuele inkomensachteruitgang met de vergoeding kan worden opgevangen, geeft daaraan nog niet het karakter van een schadevergoeding. De vergoeding is verschuldigd ongeacht of er een inkomensachteruitgang is.

Zie in dit verband ook paragraaf 7.1 van de memorie van toelichting (Kamerstukken II, 2001–2002, 28 167, nr. 3)

De leden van de VVD-fractie vroegen of het de bedoeling is dat bij het bepalen van de billijke vergoeding rekening wordt gehouden met een eventueel sterke inkomensachteruitgang, die het gevolg kan zijn van de verplichting voor de werknemer om ex. artikel 24 WW te solliciteren naar functies met een (veel) lager salaris waardoor hij bij hernieuwde werkloosheid na 26 weken werken tegen dat lagere salaris slechts aanspraak kan maken op een (veel) lagere WW-uitkering.

Zoals uit het voorgaande blijkt, is de vergoeding geen schadevergoeding en is een mogelijke inkomensachteruitgang dan ook niet het uitgangspunt bij de vaststelling van de billijke vergoeding. De elementen die daarbij in ieder geval een rol kunnen spelen, zijn de duur van de beperking, de omvang van de beperking van de arbeidskeuze en de hoogte van het bij de functie behorende salaris.

Voorts vreesden de leden van de VVD-fractie dat werkgevers, bijvoorbeeld in kennisgevoelige bedrijven, hoge kosten moeten maken om hun gerechtvaardigde bedrijfsbelangen te beschermen waardoor de conti-

nuïteit van het bedrijf in gevaar komt en vroegen het kabinet hier nader op in te gaan.

Een belangrijke doelstelling van dit wetsvoorstel is het voorkomen van onnodige concurrentiebedingen. De introductie van de verplichte billijke vergoeding draagt ertoe bij dat de werkgever goed zal overwegen of een beding wel noodzakelijk is om de belangen van het bedrijf veilig te stellen. Is dat het geval, dan zal de werkgever in overleg met de werknemer naar billijkheid een vergoeding moeten vaststellen. Dit brengt uiteraard voor de werkgever kosten met zich mee, echter deze zullen naar verwachting niet zodanig hoog zijn dat de continuïteit van het bedrijf daarmee in gevaar zal worden gebracht. Bovendien staat tegenover deze vergoeding, de plicht van de werknemer om zich aan het beding te houden. Dat dient ook een belang van de werkgever.

4. Inhoud voorstellen

Billijke vergoeding

De leden van de CDA-fractie vroegen zich af wat onder een billijke vergoeding in de zin van artikel 7:653 BW, eerste lid, moet worden verstaan en welke maatstaven of omstandigheden bij de berekening daarvan relevant zijn. En of verwezen kan worden naar een toekomstig te ontvangen WW-uitkering of toekomstig elders te ontvangen lager salaris. De leden van de VVD-fractie vroegen zich eveneens af wat moet worden verstaan onder een billijke vergoeding, welke maatstaven in acht genomen dienen te worden en of het ontbreken daarvan daarvan niet leidt tot een toename van juridische procedures.

Ook de leden van de GroenLinks-fractie vroegen het kabinet een uiteenzetting te wijden aan de billijke vergoeding en met name om een zo uitgebreid mogelijke opsomming van omstandigheden te geven, die relevant zijn voor de berekening van de billijke vergoeding.

Hierover kan het volgende worden opgemerkt.

Zoals hiervoor is opgemerkt, gaat het hier niet om een vergoeding van vermogensschade maar om een vergoeding die op grond van de omstandigheden van het concrete geval wordt vastgesteld. Vandaar dat er niet voor is gekozen om de hoogte van de vergoeding in de wet op te nemen. De inhoud en de omvang van het beding kunnen immers zo divers zijn, dat moeilijk kan worden aangegeven welk vergoedingsbedrag billijk is. Ook is het niet mogelijk om een volledig inzicht te geven in mogelijke relevante factoren. In ieder geval zullen de duur van het beding, de omvang van de beperking in arbeidskeuze en de hoogte van het bij de functie behorende salaris, voor partijen elementen vormen die voor de vaststelling van de vergoeding van belang kunnen zijn.

In het verlengde hiervan werd door de CDA-fractie de vraag gesteld of bij de vergoeding kan worden verwezen naar een toekomstig te ontvangen WW-uitkering of toekomstig elders te ontvangen lager salaris.

Het is in eerste instantie aan werkgever en werknemer om de hoogte van de vergoeding vast te stellen. Dat geldt ook voor de kwestie of en op welke wijze daarbij verwezen wordt naar toekomstige inkomensbronnen. Hoewel de vaststelling van de billijke vergoeding bepaald wordt door de omstandigheden van het concrete geval achten wij het risico van toename van juridische procedures niet groot. Partijen zullen er naar streven om bij de totstandkoming van het beding ook overeenstemming te bereiken over de hoogte van de billijke vergoeding. Het is in geen van beider belang om de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst in de waagschaal te stellen door onredelijke eisen met betrekking tot de vergoeding. Dit zal ook het geval zijn als een beding op enig moment tijdens de arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen.

Verder vroeg de VVD-fractie zich af of emolumenten zoals de auto van de zaak en pensioen bij het overeenkomen van de vergoeding betrokken zouden kunnen worden en of dit niet zou kunnen leiden tot vergaande stellingen van werknemers als het gaat om de vergoeding, in die zin dat door een werknemer ook de vergoeding voor vakantiedagen, een bijdrage in de ziektekostenverzekering of kinderopvang bij een billijke vergoeding wordt betrokken. Is het in dat kader niet beter aan te sluiten bij de rechtspraak van de kantonrechttersaanbevelingen, te weten: de definitie van de B-factor in de kantonrechterformule, zo vroegen deze leden. Wij hebben geen aanwijzingen te veronderstellen dat de werknemer zich als zodanig zal opstellen. Hij zal in de regel vragen om een bepaald percentage van het maandsalaris, voor elke maand dat het beding duurt. Voor zover het gaat om secundaire arbeidsvoorwaarden, die onderdeel uitmaken van het salaris, kunnen deze worden betrokken bij de overeen te komen billijke vergoeding.

Relatiebeding

In de ogen van de CDA-fractie ging het te ver om alle relatiebedingen die benadeling (bedoeld zal zijn: benadering) van «de» klanten van de werkgever betreffen, uit te sluiten van de werking van art. 7:653 BW. Doorgaans laat de rechter dergelijke bedingen in de regel in stand, zonder een vergoeding toe te kennen, aldus de CDA-fractie. Een relatiebeding is niet hetzelfde als een concurrentiebeding. Dit is ook tot uitdrukking gebracht in artikel 7:653 lid 8 BW. Anders dan bij een concurrentiebeding mag een werknemer bij een concurrerend bedrijf in dienst treden om soortgelijke werkzaamheden te verrichten. De werknemer mag alleen gedurende een bepaalde periode geen klanten van de ex-werkgever benaderen. Een relatiebeding legt dus minder zware beperkingen op dan een concurrentiebeding. Relatiebedingen worden door de rechter dan ook op hun eigen merites beoordeeld.

De leden van de PvdA- en de GroenLinks-fractie vroegen zich af of bijvoorbeeld degene die (gewezen of potentiële) cliënten (en wie kunnen allemaal daartoe worden gerekend) van zijn vorige werkgever bij gelegenheid aanspreekt of via advertenties en reclameboodschappen benadert in overtreding is in het licht van het door hem getekende benaderingsverbod. En ook of het de bedoeling van de afsplitsing is dat een dergelijk verbod tot in lengte van jaren gelding kan blijven en hoe dat zich verhoudt tot art. 6 Mededingingswet en art. 19 lid 3 Grondwet. Daar waar het gaat om advertenties en reclameboodschappen die tot eenieder zijn gericht, kan moeilijk worden beweerd dat door de oud-werknemer in strijd met het relatieverbod gewezen of potentiële cliënten worden benaderd.

In hoeverre een werknemer met een relatiebeding in allerlei andere situaties in overtreding is, zal afhangen van de formulering en de reikwijdte van een dergelijk beding, alsmede van de concrete omstandigheden van het geval. Met dit wetsvoorstel wordt niet beoogd in de bestaande praktijk van relatiebedingen enige wijziging aan te brengen. Het enkele feit dat het relatiebeding niet onder de werking van de regeling inzake het concurrentiebeding valt en de duur derhalve vrij is, betekent nog niet dat het beding tot in lengte van jaren in stand kan blijven. Als partijen geen duur van het beding hebben bepaald, hetgeen in de praktijk weinig zal voorkomen, wordt deze begrensd door de redelijkheid en de billijkheid. Op grond van artikel 6:2, lid 1 BW zijn schuldeiser en schuldenaar verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Ook kan worden gewezen op artikel 6:248, lid 2 BW op grond waarvan een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

onaanvaardbaar zou zijn. Artikel 7:611 BW bepaalt voorts dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.

Voor de verhouding van het relatiebeding tot artikel 6 Mededingingswet verwijzen wij naar de paragraaf «Algemeen», waarbij wij in het antwoord op een vraag van GroenLinks hierop zijn ingegaan.

Met betrekking tot het relatiebeding in verhouding tot artikel 19 lid 3 van de Grondwet kan worden opgemerkt dat een beding waarbij het de werknemer verboden wordt na het einde van de arbeidsovereenkomst klanten van de werkgever te benaderen, de vrije arbeidskeuze waar deze bepaling op ziet, niet aantast. Overigens merken wij op dat artikel 19, derde lid van de Grondwet beperkingen van de vrije arbeidskeuze bij of krachtens de wet mogelijk maakt. De wettelijke regeling van het concurrentiebeding is een dergelijke beperking.

In het verlengde hiervan wilde de GroenLinks-fractie weten of een werknemer met een relatiebeding niet beschermd zou moeten worden door het schriftelijkheidsvereiste en dat het niet wenselijk is, dat bijvoorbeeld een CAO de individuele werknemer aan een relatiebeding bindt. Het vereiste van schriftelijkheid geldt ook niet voor andere bedingen, zoals bijvoorbeeld het geheimhoudingsbeding en het opleidings- of kostenbeding. Het is een zaak voor werkgever en werknemer. In de praktijk worden dergelijke bedingen overigens bijna altijd schriftelijk aangegaan. Dit om in voorkomende gevallen te kunnen bewijzen dat een beding is overeengekomen en duidelijkheid over de inhoud te bewerkstelligen. Het ligt in de rede, dat een relatiebeding door de betrokken (individuele) partijen wordt geformuleerd en overeengekomen. Gelet op de aard van een dergelijk beding, is het niet goed mogelijk om hierover bij CAO afspraken te maken. En dat geldt evenzeer voor een concurrentiebeding.

De leden van de VVD-fractie constateerden dat het kabinet zich op het standpunt stelt dat het relatiebeding geen concurrentiebeding is en zich daarbij baseert op een uitspraak van de kantonrechter te Utrecht. Het standpunt dat het relatiebeding moet worden onderscheiden van het concurrentiebeding is niet gebaseerd op de genoemde uitspraak. Deze uitspraak is alleen aangehaald om aan te geven dat in de rechtspraak dit standpunt wordt gedeeld. Overigens gaat het hier om een uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 24 juni 2003, Kortgeding 2003, nr. 199. Inhoudelijk onderscheidt het relatiebeding zich van het concurrentiebeding doordat het de werknemer niet beperkt in zijn vrijheid van arbeidskeuze. Het verbiedt de (ex)-werknemer om gedurende enige tijd na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de (ex)-werkgever te benaderen. In het bij amendement (stuk nr.24) opgenomen nieuwe lid 8 van art. 7:653 BW wordt het relatiebeding uitgesloten van de werking van dit artikel. Voor wijziging van lid 1 van art. 7:653 BW, waarin het concurrentiebeding wordt beschreven en waarin gesproken wordt van «het op zekere wijze werkzaam zijn», is geen aanleiding. Deze bewoordingen maken het onderscheid met het relatiebeding duidelijk. In dat laatste beding gaat het niet om een beperking ten aanzien van het op zekere wijze werkzaam zijn.

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen of in aansluiting bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over het concurrentiebeding ook een relatiebeding, dat zwaarder gaat drukken, zijn geldigheid verliest. In artikel 653 lid 8 van het wetsvoorstel is bepaald dat een relatiebeding niet valt onder de werking van dit artikel. Dit betekent dat de eisen die in artikel 653 worden gesteld voor het aangaan en de inhoud van een dergelijk beding niet gelden voor het relatiebeding. In de door de GroenLinks-fractie aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 9 maart 1979, NJ. 1979, 467 en HR 25 oktober 2002, Jurisprudentie

Arbeidsrecht 2002/277) wordt verwezen naar de strengere voorwaarden die de wet stelt voor het aangaan van een concurrentiebeding dan voor de arbeidsovereenkomst in het algemeen en wordt tevens overwogen dat deze strengere voorwaarden ook dienen te gelden indien de wijziging in de arbeidsverhouding van zo ingrijpende aard is dat het beding aanmerkelijk zwaarder gaat wegen, hetgeen dan meebrengt dat de in het vereiste van geschrift gelegen bijzondere waarborg, dat de arbeider de consequentie van dit voor hem zwaar wegende beding goed heeft overwogen, hier opnieuw op zijn plaats is.

Voor het aangaan van een relatiebeding geldt het vereiste van geschrift niet. Het is dan ook de vraag of deze specifieke jurisprudentie van de Hoge Raad ook relevant kan zijn voor het relatiebeding.

Nietigheid

De leden van de CDA-fractie vroegen in hoeverre de werknemer nietigheid van het concurrentiebeding kan invoeren omdat hij de vergoeding – achteraf – niet billijk vindt.

In dit door de leden van de CDA-fractie geschetste geval, waarin de werknemer later van mening is dat de vergoeding vanwege bijv. gewijzigde omstandigheden onbillijk is, kan de werknemer de rechter verzoeken de vergoeding te wijzigen (art. 7:653, lid 7 BW).

De leden van de VVD-fractie vroegen wat de consequentie is als een rechter vaststelt dat de afgesproken vergoeding niet kan worden aangemerkt als een billijke vergoeding, zoals bedoeld in art. 7:653 lid 1 BW.

Als de rechter vaststelt dat partijen niet in redelijkheid tot de overeengekomen vergoeding hebben kunnen komen dan moet worden geconcludeerd, dat het beding nietig is. Voor de werkgever is dit een stok achter de deur om met de werknemer een reële vergoeding overeen te komen. Deze situatie dient te worden onderscheiden van de situatie waarin de rechter tot het oordeel komt, dat de oorspronkelijk afgesproken vergoeding niet langer billijk kan worden genoemd, bijvoorbeeld als gevolg van gewijzigde omstandigheden. In dat geval blijft het beding geldig doch kan de rechter de vergoeding wijzigen, zoals hiervoor in het antwoord op de vraag van de CDA-fractie aangegeven.

Naar aanleiding van de vragen van de PvdA-fractie over de billijke vergoeding als bestaansvoorwaarde voor een geldig beding merken wij het volgende op.

Lid 1 van art. 7:653 BW stelt als geldigheidsvereiste onder meer dat de werkgever zich heeft verbonden een billijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking duurt. Het vierde lid, onderdeel c houdt de eis in dat in het concurrentiebeding de hoogte van de vergoeding wordt vermeld, die partijen op grond van het eerste lid met elkaar hebben afgesproken. Lid 4 heeft met andere woorden betrekking op de concretisering van de algemene verplichting tot betaling van een billijke vergoeding.

Op grond van het zevende lid kan de rechter de op grond van lid 1 overeengekomen vergoeding wijzigen als hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt.

Is echter in een beding een niet reële vergoeding overeengekomen dan is het beding niet geldig op grond van het feit dat niet wordt voldaan aan een van de in het eerste lid gestelde geldigheidsvereisten. De rechter komt dan niet toe aan de in lid 7 genoemde toets.

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen in te gaan op de verhouding tussen de artikelliden 1 en 4 van art. 7:653 BW.

Lid 1 van art. 7:653 stelt een aantal vereisten met betrekking tot de geldigheid van het beding. Wordt aan een van deze vereisten niet voldaan, dan is het ongeldig. Is aan het bepaalde in lid 1 voldaan maar

niet aan een van de in lid 4 gestelde voorwaarden dan is het beding eveneens niet geldig/nietig.

Met de leden van de GroenLinks-fractie zijn wij van mening dat de strekking van de in art. 7:653 gestelde vereisten (bescherming van de werknemer), die bij niet nakoming tot nietigheid van het beding leiden, met zich brengt dat er in beginsel geen plaats is voor conversie.

Verwezen zij in dit verband naar de ijzerenproeftijd-arresten van de Hoge Raad.

De leden van de fractie van GroenLinks suggereerden om aan de leden 5 en 6 van art. 7:685 BW telkens toe te voegen «dan wel een relatiebeding als bedoeld in lid 8 van dit artikel».

Deze toevoeging is naar onze mening niet verenigbaar met het voorgestelde in lid 8 van art. 7:653 BW, dat een relatiebeding uitsluit van de werking van artikel 653.

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen of nader kon worden ingegaan op de verhouding tussen de nietigheidssanctie van lid 9 en de rol van de rechter bij het nader vaststellen van de vergoeding. Zoals hiervoor in antwoord op vragen van de PvdA-fractie is aangegeven, is een concurrentiebeding waarin geen billijke vergoeding is afgesproken niet geldig op grond van art. 7:653 lid 1 BW.

De rechter kan dat beding in de terminologie van de GroenLinks-fractie ook niet «redden». De mogelijkheid tot wijziging van de vergoeding, zoals uitgewerkt in art. 7:653 lid 7, is in dat geval niet aan de orde, aangezien er van meet af aan sprake is van een onbillijke vergoeding, hetgeen het beding ongeldig maakt.

De leden van de SGP- en CU-fractie vroegen welke eisen aan de omschrijving van de werkzaamheden wordt gesteld en hoe nauwkeurig de omschrijving moet zijn.

Vooraf zij opgemerkt dat de beschrijving van de werkzaamheden dient te worden beperkt tot die werkzaamheden die door de werknemer voor de werkgever worden verricht en waarvan de verrichting na het einde van de arbeidsovereenkomst de werkgever schade kan berokkenen. Uit de beschrijving moet dus duidelijk kunnen worden opgemaakt op welk gebied en op welke activiteiten het beding betrekking heeft. Deze concrete beschrijving moet de werknemer houvast bieden bij de beoordeling van de vraag of een door hem beoogde nieuwe baan onder het beding valt. Bestaat er in een concreet geval niettemin toch onduidelijkheid over de functionele reikwijdte van een concurrentiebeding, dan kunnen partijen in eerste instantie zelf proberen om in onderling overleg duidelijkheid terzake te creëren. Lukt dit niet dan kan in laatste instantie de rechter worden benaderd.

De leden van de SGP- en CU-fractie vroegen of een concurrentiebeding waarvan de rechter oordeelt dat de vergoeding niet billijk is, voor nietigheid in aanmerking komt.

Deze vraag beantwoorden wij bevestigend. Deze nietigheid betekent dat het beding ook niet geldig is.

Voorts betreurden deze leden het dat het wetsvoorstel geen concreet percentage van het laatstverdiende loon voor de vergoeding noemt (vgl. de weg die de wetgevers in Duitsland en België hebben gekozen: 50%). Wij hebben als vergoeding niet gekozen voor een bepaald percentage van het laatstverdiende loon, zoals in Duitsland en België. Voor de achterliggende redenen wordt verwezen naar de nota naar aanleiding van het verslag Tweede Kamer (Kamerstukken II, 2001–2002, 28 167, nr. 5, blz. 17).

Rechtszekerheid

De leden van de CDA-fractie vroegen waarin de grotere rechtszekerheid voor de werknemer schuilt nu hij en de werkgever in veel gevallen de rechter kunnen adiëren.

Zoals in antwoord op een vraag van de SGP-fractie is aangegeven, is de huidige regeling van het concurrentiebeding beperkt van inhoud.

Het voorstel voorziet daarentegen in een gedetailleerde wettelijke regeling waardoor duidelijkheid bestaat over de voorwaarden waaraan het beding moet voldoen. Zekerheid over de toelaatbaarheid van het beding, die in het onderzoek van Research voor Beleid onder de huidige regeling als onvoldoende wordt aangemerkt, zal met dit voorstel zeker worden bevorderd. Dit neemt niet weg dat bepaalde aspecten van het voorstel aan de rechter kunnen worden voorgelegd als betrokkenen zelf daarover geen overeenstemming kunnen bereiken. Het gaat daarbij echter om specifieke elementen van de regeling. De voorwaarden, die aan de inhoud van het beding worden gesteld, zijn evenwel zodanig uitgewerkt en geconcretiseerd dat zij weinig aanleiding zullen geven tot rechterlijke procedures. Het voorstel bevordert dan ook dat partijen op basis van deze wettelijke voorschriften tot duidelijke afspraken over het beding kunnen komen. Ook met dit aangescherpte wettelijke kader kan niet worden uitgesloten dat er zich rechterlijke procedures zullen voordoen.

Dit laat echter de conclusie, dat de regeling in zijn huidige opzet de rechtszekerheid bevordert, onverlet.

De leden van de CDA-fractie vroegen of het ontbreken van vormvereisten met betrekking tot de opzegging c.q. afstand van het beding geen aanleiding zal geven tot onduidelijkheid over de vraag wie, wanneer als eerste wat gezegd heeft.

Ten aanzien van de opzegging van de arbeidsovereenkomst worden in titel 7.10 BW geen vormvereisten gesteld. Dit geldt ook voor de specifieke situatie beschreven in art. 653 lid 3.

Dit sluit niet uit dat de werknemer, bij opzegging en de werkgever bij afstand van het beding deze beslissing schriftelijk aan de andere partij kenbaar zullen maken teneinde elke onduidelijkheid te voorkomen. Het betreft hier immers belangrijke kwesties met verstrekkende gevolgen. Ook indien deze mededelingen mondeling worden gedaan, zal daarvan vaak schriftelijke aantekening of bevestiging worden gemaakt. Zo is het van belang voor partijen dat over de datum van opzegging geen onduidelijkheid bestaat; de opzegtermijn is hieraan immers gekoppeld. Het risico van onduidelijkheid is dan ook niet groot. De huidige praktijk rond opzegging geeft daar ook geen aanleiding toe.

Ontbinding

De leden van de VVD-fractie constateerden dat art. 7:653 lid 3 sub b en c alleen ziet op opzegging. Wat gebeurt er als er sprake is van ontbinding? Terecht constateerden de leden van de VVD-fractie dat de door hun genoemde artikelonderdelen alleen betrekking hebben op opzegging en niet op ontbinding.

Met deze onderdelen, die bij amendement zijn opgenomen (Kamerstukken II 2003/2004, 28 167, nr. 26) wordt de mogelijkheid voorzien dat de werkgever eenzijdig kan afzien van zijn rechten uit hoofde van het beding en als gevolg daarvan ook van de plicht tot betalen van een vergoeding. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft als zodanig geen gevolgen voor het concurrentiebeding ongeacht of het verzoek daartoe is gedaan door de werkgever of de werknemer.

Wel kan op grond van de nieuwe leden 5 en 6 van art. 7:685 BW in het kader van het ontbindingsverzoek bij wege van een neven- of zelfstandig verzoek het concurrentiebeding aan de orde worden gesteld (bijv. een

verzoek tot gehele of gedeeltelijke vernietiging of tot wijziging van de vergoeding, art. 7:653 leden 6 en 7).

Overigens hebben werkgever en werknemer altijd de mogelijkheid om met elkaar overeen te komen dat het beding vervalt.

Opzegging

De leden van de PvdA-fractie vroegen wanneer een kennisgeving bij gelegenheid van de opzegging geschiedt. Zoals hiervoor aangegeven, is artikel 653, lid 3, onder b, opgenomen bij gewijzigd amendement van de leden Weekers en Jan de Vries (stuk nr. 26).

In onderdeel b wordt gesproken van «uiterlijk bij gelegenheid van de opzegging». Deze zinsnede kan, gelet ook op de toelichting bij het amendement, zo worden uitgelegd dat uiterlijk tegelijk met de opzegging door de werkgever hij ook mededeelt dat hij geen beroep op het beding zal doen. Heeft de werkgever opgezegd, dan kan hij daarna niet meer eenzijdig het beding intrekken.

In de zinsnede «na opzegging door de werknemer» in onderdeel c worden geen termijnen genoemd, waarbinnen de mededeling moet gebeuren. Ook in de toelichting bij het amendement wordt dit niet nader geconcretiseerd.

De vraag van de leden van de PvdA-fractie of de kennisgeving «na opzegging» is, wanneer de mededeling de dag daarop wordt gedaan, kunnen we bevestigend beantwoorden. De formulering «na opzegging» (zonder een termijn) laat echter ook de mogelijkheid open dat op een later moment de werkgever de mededeling kan doen dat hij afziet van het beding. De werknemer moet dan ook instemmen met het vervallen van de vergoedingsplicht.

De in de onderdelen b en c beschreven situaties zijn duidelijk van elkaar te onderscheiden.

Zoals in antwoord op een vraag van de VVD-fractie is aangegeven, geldt deze regeling alleen voor situaties waarin sprake is van opzegging.

Op basis van de stelling dat een werkgever doorgaans niet weet wanneer de werknemer gaat opzeggen, is volgens de leden van de VVD-fractie de situatie als bedoeld in art. 7:653 lid 3 sub c BW slechts theorie en valt niet in te zien waarom een werknemer in die situatie zal instemmen met het afzien van de billijke vergoeding.

Ingeval de werknemer heeft opgezegd om met inachtneming van het beding elders zijn loopbaan te vervolgen, ligt het inderdaad niet in de rede dat hij instemt met het vervallen van de plicht tot het betalen van de billijke vergoeding. Immers de werknemer kan bij het vervallen van deze vergoedingsplicht in zijn belangen worden geschaad, bijvoorbeeld omdat hij een nieuwe baan heeft aanvaard tegen een lager salaris. Weigert de werknemer echter op onredelijke gronden dan kan de werkgever vernietiging van het beding vorderen op grond van artikel 7:653 lid 6 BW.

Overig

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen het kabinet of de vergoeding geacht wordt betrekking te hebben op de zogeheten fictieve opzegtermijn als bedoeld in art. 16 lid 3 WW (MvT p. 8 Handelingen II p. 2–38) en haar visie nader te onderbouwen. De stelling van het kabinet leek de leden van de fractie van GroenLinks onjuist omdat art. 16 lid 3 WW slechts bepaalt dat de schadevergoeding *in verband met de beëindiging* wordt verrekend, terwijl hier sprake is van een vergoeding in verband met de belemmering op concurrerende werkzaamheden. Wij zijn van mening dat de billijkheidsvergoeding ex artikel 7:653 BW kan worden aangemerkt als «inkomsten waarop de werknemer recht heeft in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking». De tekst van artikel 16 lid 3 WW is bewust voldoende

ruim geformuleerd om deze vergoeding als «inkomsten in verband met...» mee te kunnen nemen. Uiteindelijk is het rechter die bepaalt of de vergoeding ex artikel 7:653 BW valt onder het bereik van artikel 16, derde lid WW. Voor zover wij kunnen nagaan heeft geen enkele rechter zich hier tot nu toe over uitgesproken.

In de instructies aan de uitvoering (UWV) wordt voor de vaststelling van de fictieve opzegtermijn op grond van artikel 16, derde lid, WW, niet expliciet ingegaan op het wel of niet meenemen van de vergoeding ex artikel 7:653, vierde lid, BW. In de huidige uitvoeringspraktijk komt het zelden voor dat aanvragers van een WW-uitkering een dergelijke vergoeding ontvangen. In dergelijke situaties is er doorgaans ook door de kantonrechter een ontslagvergoeding vastgesteld die qua omvang voldoende is om de fictieve opzegtermijn volledig af te dekken. De billijkheidsvergoeding van art. 7:653, vierde lid, BW, is dan niet relevant voor de vaststelling van de fictieve opzegtermijn.

5. Proeftijd

De leden van de CDA-fractie vroegen of een werkgever een werknemer ook voorwaardelijk kan ontslaan uit zijn concurrentiebeding in die zin dat de werknemer bij een andere niet concurrerende werkgever in dienst treedt, maar ontslag neemt in de proeftijd en dan toch bij een concurrent in dienst treedt.

Van een «voorwaardelijk ontslaan» uit het beding kan naar onze mening geen sprake zijn. Het door de CDA-fractie geschetste geval begrijpen wij zo dat de werknemer met inachtneming van het beding een nieuwe baan heeft gevonden. De werkgever is in dat geval verplicht tot betaling van een billijke vergoeding tenzij de in art. 7:653 lid 3, onder c, genoemde situatie zich voordoet. In dat geval heeft de werkgever na de opzegging door de werknemer aan hem meegedeeld dat hij het beding niet zal inroepen en de werknemer heeft ingestemd met het vervallen van de vergoedingsplicht.

Is daarvan geen sprake dan is de werkgever verplicht tot betaling van de billijke vergoeding. De werknemer, die nog steeds gebonden is aan het beding, is na opzegging in de proeftijd bij de nieuwe werkgever ook nog steeds gebonden aan het beding en mag dus niet in dienst treden bij een concurrerende onderneming, in strijd met het concurrentiebeding.

De leden van de PvdA-fractie hadden nog vragen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur versus beëindiging in de proeftijd en verzochten nader in te gaan op de reden waarom aanbeveling 1) van de MDW-werkgroep niet is opgevolgd. Ze vroegen of er omstandigheden denkbaar zijn, waarbij het belang van een werkgever die een arbeidsovereenkomst van zes maanden heeft niet heeft verlengd, prevaleert boven dat van de werknemer die elders in dezelfde branche een betrekking wil zoeken.

Vooropgesteld zij, dat de proeftijd niet kan worden vergeleken met een arbeidscontract voor bepaalde tijd. De proeftijd is een bijzondere periode in een arbeidsrelatie. Er bestaat in die – wettelijk gelimiteerde – tijd een bijzonder rechtsregime. Zo kan ieder der partijen het contract met onmiddellijke ingang opzeggen en heeft de werknemer geen ontslagbescherming. In dit opzicht verschilt de proeftijd van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Tijdelijke contracten kunnen in beginsel niet tussentijds worden opgezegd. Dit bijzondere karakter van de proeftijd en de korte duur van de arbeidsrelatie in geval van beëindiging tijdens die periode rechtvaardigen dat het beding in die situatie vervalt.

Bij tijdelijke arbeidsovereenkomsten, die in duur kunnen variëren, ligt dat duidelijk anders. Er kan dan sprake zijn van gerechtvaardigde belangen van de werkgever, die nopen tot het afsluiten van een concurrentiebeding. De verplichte vergoeding zal ertoe bijdragen, dat de werkgever de

noodzaak van een dergelijk beding steeds goed zal overwegen. Ook bij een tijdelijk contract van zes maanden kan er bij de werkgever sprake zijn van een zodanig bedrijfsbelang, dat het gerechtvaardigd is om de werknemer tijdelijk de mogelijkheid te onthouden om elders in dezelfde branche aan de slag te gaan. In verband met de beperking van de vrije arbeidskeuze heeft de werknemer dan wel recht op een billijke vergoeding.

6. Faillissement

Naar aanleiding van de vragen van de CDA-fractie over verval van het concurrentiebeding in geval van faillietverklaring van de werkgever merken wij het volgende op.

In het arbeidsovereenkomstenrecht noch in het faillissementsrecht zijn thans bijzondere regels opgenomen met betrekking tot het concurrentiebeding in geval van faillissement.

Bij gebreke daarvan is de werknemer bij faillissement in beginsel gehouden om het concurrentiebeding na te komen. Hij zal zich tot de rechter moeten wenden met het verzoek om het beding te vernietigen. Dit is naar onze mening niet wenselijk. Het (eventuele) belang van de failliet weegt in dit geval niet op tegen het belang van de ontslagen werknemer van een failliet bedrijf om zo snel mogelijk nieuw werk te vinden.

De situatie van een overname van een onderneming in de vorm van een doorstart vóór het faillissement moet naar onze mening onderscheiden worden van een doorstart na faillietverklaring. Immers in het eerste geval is op het moment van de doorstart een eventueel faillissement niet aan de orde. Voor de werknemers geldt het reguliere ontslagrecht. De regeling inzake overgang van een onderneming in art. 7:663 BW is in beginsel van toepassing; de rechten en verplichtingen van de vervreemder gaan over op de verkrijger, dus ook het concurrentiebeding. Art. 7:666 BW sluit de toepasselijkheid van art. 7:663 BW uit ingeval van een overgang van een onderneming tijdens een faillissement. De nieuwe werkgever zal dan met de overgenomen werknemer een nieuw concurrentiebeding moeten aangaan.

Het vorenstaande betekent dat ook al zou het verval van het concurrentiebeding in geval van faillissement anders zijn geregeld, de in artikel 7:666 BW geregelde uitzondering terzake van de overgang van rechten en verplichtingen van de vervreemder jegens zijn werknemers ertoe zou leiden dat ook het concurrentiebeding niet van rechtswege overgaat op de verkrijger.

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom bij faillietverklaring ook de aanspraak op vergoeding voor de werknemer wegvalt terwijl in dat geval de werknemer de behoefte kan hebben aan de vergoeding.

Zoals hiervoor opgemerkt, is de billijke vergoeding een compensatie voor de beperking van de werknemer in zijn vrijheid van arbeidskeuze. De vergoeding is niet verschuldigd gedurende de arbeidsovereenkomst, maar na afloop daarvan als de werknemer een andere werkkring zoekt/vindt met inachtneming van het concurrentiebeding. Vanzelfsprekend moet de werknemer ook tijdens de arbeidsovereenkomst het beding respecteren als hij van werkkring wil veranderen. De vergoeding is verschuldigd als de arbeidsovereenkomst is beëindigd, tenzij een van de in artikel 7:653 lid 3 BW beschreven situaties zich voordoet. Het vervallen van het beding bij faillissement van de werkgever betekent dat de werknemer geen beperkingen ondervindt in zijn mogelijkheden tot werkhervatting. Zo kan hij ook in zijn vroegere beroep werk zoeken. Dit zou bij handhaving van het beding (tijdelijk) niet mogelijk zijn. Het vervallen van het beding betekent dan ook dat de vergoeding, die een compensatie is voor de door het beding teweeggebrachte beperking in de

vrijheid van arbeidskeuze, vervalt. Zou deze vergoedingsplicht blijven voortbestaan dan zou dit het evenwicht in de positie van werkgever en werknemer doorbreken.

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen of een concurrentiebeding herleeft als het faillissement wordt vernietigd. Wij zijn van mening dat het beding in beginsel niet herleeft. Achtergrond van het vervallen van het beding in geval van faillissement van de werkgever is dat de ontslagen werknemer de gelegenheid heeft om zo snel mogelijk emplooi te vinden en daarbij niet gehinderd wordt door een concurrentiebeding. Ingevolge artikel 13a Faillissementswet wordt in geval van vernietiging van het faillissement, de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator beheerst door het recht dat van toepassing is buiten faillissement. Dit betekent dat de werknemer uit verschillende rechtsmiddelen kan kiezen.

Zo kan hij zich beroepen op art. 9 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en een beroep doen op de in lid 1 van dit artikel voorziene vernietigingsgrond. De opzegging door de curator zal zijn geschied zonder de toestemming van de CWI.

In dat geval «herleeft» de arbeidsovereenkomst en daarmee ook het concurrentiebeding. Voorstelbaar is dat de ontslagen werknemer de voorkeur eraan geeft om schadevergoeding te vorderen op grond van art. 7:677 lid 4 BW omdat hij inmiddels een andere werkkring heeft gevonden. In dat geval wordt de arbeidsovereenkomst niet hersteld en dus ook niet het concurrentiebeding.

7. Procedurele/processuele verbeteringen

De leden van de CDA-fractie vroegen in hoeverre de procedurele koppeling tussen de ontbindingsprocedure en de beoordeling van het concurrentiebeding met zich meebrengt dat de huidige kantonrechttersformule met dit wetsvoorstel als het ware wordt gesanctioneerd.

Zoals de leden van de CDA-fractie zelf al aangeven, is de wijziging in artikel 7:685 BW louter van procedurele/processuele aard in die zin dat in het kader van een ontbindingsverzoek ook het concurrentiebeding bij wege van neven- of zelfstandig verzoek kan worden betrokken in de procedure. De door de leden van de CDA-fractie genoemde kantonrechttersformule is hier niet aan de orde. De ontbindingsvergoeding die de rechter op grond van art. 7:685 lid 8 BW kan toekennen moet onderscheiden worden van de vergoeding die werkgever en werknemer in het kader van een concurrentiebeding moeten afspreken en die eventueel door de rechter gewijzigd kan worden op grond van art. 7:653 lid 7. De vergoeding ex art. 7:653 BW kent een andere grondslag dan de ontbindingsvergoeding.

In het door de CDA-fractie genoemde Baijingsarrest en latere jurisprudentie heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of en in hoeverre het mogelijk is voor een werknemer om na een ontbinding wegens verandering in de omstandigheden (zonder of met een tegenvallende vergoeding) een (aanvullende) vergoeding te verkrijgen in een bodemprocedure wegens handelen van de werkgever in strijd met de redelijkheid en billijkheid/goed werkgeverschap.

Uit deze jurisprudentie volgt dat de rechter bij de vaststelling van de vergoeding alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren dient mee te wegen, zodat deze niet meer kunnen worden aangevoerd in een bodemprocedure. Partijen moeten deze billijkheidsfactoren, voorzover kenbaar, tijdens de ontbindingsprocedure naar voren brengen. De ontbindingsvergoeding is dus in beginsel exclusief. Geeft de kantonrechter echter uitdrukkelijk te kennen bepaalde op billijkheidsfactoren gebaseerde aanspraken buiten beschouwing te laten dan kunnen deze alsnog in een bodemprocedure geldend worden gemaakt.

Het exclusieve karakter van de ontbindingsvergoeding heeft echter

uitsluitend betrekking op aanspraken gebaseerd op handelen van de werkgever in strijd met de redelijkheid en billijkheid of het goed werkgeverschap in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Hiervan is naar onze mening geen sprake in geval van de verplichte vergoeding in het kader van een concurrentiebeding.

Naar aanleiding van de vraag van de CDA-fractie hoe een werknemer er zeker van kan zijn dat in de hoogte van de ontbindingsvergoeding geen rekening is gehouden met de vergoeding ex. art. 7:653 BW merken wij op dat in de uitspraak van de rechter de beslissing ten aanzien van het ontbindingsverzoek en die ten aanzien van het concurrentiebeding duidelijk te onderscheiden zullen zijn.

Naar aanleiding van de vragen van de VVD-fractie over de mogelijkheid van hoger beroep tegen de beslissing over het concurrentiebeding merken wij het volgende op.

De beslissing op een neven- of tegenverzoek betreffende een concurrentiebeding is duidelijk te onderscheiden van die op het ontbindingsverzoek (met eventueel toekenning van een vergoeding).

Niet alleen de door partijen op grond van art. 7:653 lid 1 afgesproken vergoeding maar ook andere aspecten van het concurrentiebeding kunnen in het kader van een ontbindingsprocedure aan de orde worden gesteld. In zijn uitspraak zullen de beslissingen van de rechter ten aanzien van het ontbindingsverzoek en het concurrentiebeding duidelijk te onderscheiden zijn. De voorgestelde wijziging van artikel 7:685 is dan ook louter procedureel van aard. Het strekt er uitsluitend toe dat in het kader van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ook het concurrentiebeding in de procedure kan worden betrokken. Dit wordt bereikt door in dergelijke zaken de verzoekschriftprocedure open te stellen.

Het onderscheid dat terzake van het rechtsmiddelenverbod wordt gemaakt tussen de ontbindingsbeslissingen enerzijds en de beslissingen betreffende het concurrentiebeding anderzijds sluit aan bij het thans geldende recht. Dit wetsvoorstel leent zich er niet voor om het rechtsmiddelenverbod terzake van de ontbindingsbeschikking aan de orde te stellen. Voorts bestaan er geen zwaarwegende argumenten om terzake van het concurrentiebeding af te wijken van het in het Nederlands burgerlijk procesrecht verankerde uitgangspunt van het recht op behandeling in meerdere instanties.

De kwalificatie «juridisch monstrum» onderschrijven wij dan ook niet. Het gaat hier om twee te onderscheiden vergoedingen die ieder een eigen, zelfstandige grondslag hebben en die aan de hand van verschillende criteria worden vastgesteld.

Voor wat betreft de door de VVD-fractie genoemde «Baijings leer» zij verwezen naar hetgeen hiervoor terzake is opgemerkt in antwoord op een vraag van de CDA-fractie.

De door de leden van de VVD-fractie beschreven situatie van vernietiging is naar onze mening weinig waarschijnlijk, aangezien de werknemer in eerste aanleg al de vernietiging van het beding aan de orde zal stellen en niet zal wachten tot een eventueel hoger beroep.

De leden van de SGP- en CU-fractie vroegen of hoger beroep en cassatie inzake het 653-deel van een artikel 685-beschikking is toegestaan.

Voorzover de beschikking van de rechter betrekking heeft op een concurrentiebeding staan daartegen hoger beroep en beroep in cassatie open (art. 7:685 lid 13, tweede zin BW).

De mogelijkheid bestaat dat na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, waartegen geen hoger beroep noch beroep in cassatie kan worden ingesteld, wel in hogere instantie nog wordt geprocedeerd over de beschikking met betrekking tot het concurrentiebeding.

Dit kan betekenen dat de werknemer nog enige tijd in onzekerheid blijft over de werking en de omvang van het beding. Dit kan zich overigens ook voordoen als buiten het kader van een ontbindingsverzoek een procedure over het concurrentiebeding aanhangig is.

8. Boeteregeling

De vraag van de CDA-fractie in hoeverre art. 7:650 BW van toepassing is op boetes in het kader van het concurrentiebeding dient ontkennend beantwoord te worden. Verwezen zij in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003, Jurisprudentie arbeidsrecht 2003/107, waarin de Raad heeft geoordeeld dat de boeteregeling van artikel 7:650 BW niet van toepassing is op het concurrentiebeding.

9. Advies MDW-werkgroep

Er waren bij de leden van de PvdA-fractie vragen opgekomen met betrekking tot de rechtszekerheid versus open dan wel de afwezigheid van wettelijke normen. In dit verband vroegen zij hoe dit wetsvoorstel, waarmee rechtszekerheid wordt beoogd, zich verhoudt tot het niet overnemen van de MDW-aanbevelingen 5 (Boeteregeling), 7 (functieverandering) en 9 (belangenafweging rechter). Wordt de regeling daarmee niet onnodig open en dus voor degenen die het aangaat onvoldoende kenbaar.

Wij hebben met betrekking tot de hierboven genoemde MDW-aanbevelingen overwogen, dat voor de rechter een nadere regeling van de hoogte van de boete in artikel 7:653 BW niet noodzakelijk (artikel 6:91 BW voorziet er al in) noch wenselijk (situaties zijn heel divers) is. Voorts is bij een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding, waardoor het beding zwaarder is gaan drukken, al sprake van een zodanige functiewijziging dat om die reden een nieuw beding dient te worden overeengekomen. Het beding wordt, zoals aangegeven, aan nadere eisen onderworpen, zoals de verplichte vergoeding, de geldigheidsduur, de beschrijving van de werkzaamheden. Hierdoor zullen werkgevers terughoudend zijn bij het overeenkomen van een concurrentiebeding. Met name door de introductie van de verplichte billijke vergoeding zullen werkgevers goed nagaan of het bedrijfsbelang zo groot is dat een concurrentiebeding nodig is om het veilig te stellen. Een uitbreiding met het vereiste van een zwaarwichtig belang (voor zover dit al te definiëren valt) zal voor de rechter in het kader van een zorgvuldige belangenafweging derhalve geen toegevoegde waarde hebben. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak heeft dit bevestigd in zijn advies.

Naar ons oordeel kan dan ook niet worden geconcludeerd dat hierdoor de kenbaarheid en de rechtszekerheid voor betrokken partijen als onvoldoende moeten worden gekwalificeerd.

Zie in dit verband ook de onderdelen 8.2, 8.3 en 8.4 van de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2001–2002, 28 167, nr. 3).

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
A. J. de Geus