

Verplichte vergoeding leidt tot vragen

Johan Pel en Kyrsten Winkel

beiden advocaat te Amsterdam bij Boekel De Nerée

Op 5 oktober 2004 is wetsvoorstel 28 167, over het concurrentiebeding, door de Tweede Kamer aangenomen. Het voorstel is bijna drie jaar geleden door het Paarse kabinet ingediend als uitvloeisel van het project Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit. De behandeling ging vervolgens erg langzaam, mede door de verschillende kabinetswisselingen, maar het voorstel is uiteindelijk door de ministers De Geus en Donner door de Tweede Kamer geloodst. Dat ging niet probleemloos, vooral de verplichte vergoeding (artikel 7:653 BW, zie hieronder) gaf aanleiding tot stevig debat. Het voorstel is op onderdelen dan ook aangepast. Op eerdere versies van het wetsvoorstel is in de vakliteratuur veel kritiek geuit.¹ Ook de nu aangenomen tekst roept nog de nodige vragen op. Uiteraard moet het voorstel nog door de Eerste Kamer. Mocht dat spoedig verlopen, dan zou het voorstel in de loop van de eerste helft van 2005 in werking kunnen treden.

Volgens de door de Tweede Kamer aangenomen tekst komt artikel 7:653 BW als volgt te luiden:

1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer en de werkgever zich daarbij heeft verbonden een billijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking duurt.
2. De vergoeding, bedoeld in lid 1, wordt betaald in termijnen aan het eind van iedere maand. Van dit lid kan bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken.
3. De vergoeding, bedoeld in lid 2, is niet verschuldigd indien:
 - a. de werknemer wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadelijkt is op grond van artikel 677, leden 1 en 3;
 - b. de werkgever vóór opzegging door de werknemer of uiterlijk bij gelegenheid van de opzegging door hem aan de werknemer te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding;

Wat dient onder een ‘billijke vergoeding’ in de zin van art. 7:653 lid 1 BW te worden verstaan? Dit is een van de vragen die het wetsvoorstel over het concurrentiebeding oproept. Een uiteenzetting hierover en over de wijzigingen in het wetsvoorstel.

Naast een wijziging van artikel 7:653 BW voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid in een ontbindingsprocedure ook een uitspraak over het concurrentiebeding te verkrijgen. Die mogelijkheid en het overgangsrecht komen ook ter sprake.

BELANGRIJKSTE WIJZIGINGEN

Het concurrentiebeding dient in het vervolg het geografisch en functioneel bereik van de beperking uitdrukkelijk te vermelden. Ook de duur van de beperking dient in het concurrentiebeding te worden bepaald. Deze wordt in het voorstel bovendien beperkt tot ten hoogste één jaar. Dit alles staat in lid 4. Nieuw is voorts dat het wetsvoorstel uitdrukkelijk bepaalt dat het concurrentiebeding vervalt indien de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd tijdens de proeftijd en bij faillissement van de werkgever (lid 5).

De meest omstreden wijziging is de introductie van de ‘billijke vergoeding’. Het concurrentiebeding is alleen geldig indien erin opgenomen is dat de werkgever aan de werknemer een billijke vergoeding betaalt voor iedere maand dat de beperking duurt. Deze billijke vergoeding is de werkgever verschuldigd als compensatie voor de beperking van de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de vergoeding niet het karakter heeft van een schadevergoeding. Ook indien de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst iets gaat doen wat helemaal niet door het concurrentiebeding wordt bestreken en die keuze ook niet gemaakt lijkt te zijn als gevolg van het concurrentiebeding, blijft de vergoeding verschuldigd, behoudens de algemene wijzigingsbevoegdheid van lid 7. In de Memorie van Toelichting heet het: ‘Wat de werknemer vervolgens tijdens de looptijd van het beding aan activiteiten ontplooit, is voor de verplichting tot het

- c. de werkgever na de opzegging door de werknemer aan deze te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding en de werknemer instemt met het vervallen van de plicht tot betaling van de vergoeding;
 - d. de werkgever, in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, ten minste een maand voor het einde van die arbeidsovereenkomst, aan de werknemer te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding.
- In de in de onderdelen b en d bedoelde gevallen blijft de vergoeding verschuldigd indien de werknemer door het vervallen van de vergoedingsplicht onbillijk zou worden benadeeld.
4. In een beding als bedoeld in lid 1 worden vermeld:
 - a. de werkzaamheden en het geografisch gebied waarvoor de beperking geldt;
 - b. de duur van de beperking, die ten hoogste een jaar kan bedragen;
 - c. de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding, bedoeld in lid 1.
 5. Een beding als bedoeld in lid 1 komt te vervallen, indien:
 - a. de arbeidsovereenkomst in de proeftijd wordt beëindigd;
 - b. de werkgever wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadelijkt is op grond van artikel 677, leden 1 en 3;
 - c. de werkgever in staat van faillissement is verklaard.
 6. De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 geheel of gedeeltelijk vernietigen op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Voorts kan de rechter een beding als bedoeld in lid 1 vernietigen indien de werknemer op onredelijke gronden de instemming, bedoeld in lid 3, heeft geweigerd.
 7. De rechter kan de vergoeding, bedoeld in lid 1, wijzigen indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.
 8. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de werkgever te benaderen, valt niet onder de werking van dit artikel.
 9. Elk beding in strijd met dit artikel is nietig.

De wetgever wil dat werkgevers van tevoren bedenken of zij met een werknemer een concurrentiebeding afspreken

betalen van de vergoeding dan ook niet relevant.²

De wetgever heeft beoogd werkgevers van tevoren goed te laten bedenken of zij met een werknemer een concurrentiebeding afspreken of niet. Daarmee zouden onnodige concurrentiebedingen voorkomen kunnen worden. Voor de bepaling van de hoogte van de vergoeding geeft tekst noch toelichting bruikbare aanknopingspunten. Dit valt te betreuren, nu in de opzet van lid 1 het ontbreken van een als billijk aan te merken – bijvoorbeeld te lage – vergoeding het hele concurrentiebeding onderuit haalt, tenzij zou moeten worden aangenomen dat de rechterlijke correctiebevoegdheid van lid 7 de werkgever de helpende hand kan bieden.

Veel van de discussie bij de parlementaire behandeling ging over de vraag in welke situaties de werkgever alsnog onder de overeengekomen vergoeding uit kan komen. Aan die regeling (lid 3) is dan ook flink gesleuteld. Zo is geen vergoeding verschuldigd indien de werknemer schadeplichtig is (lid 3, onder a). Voorts is de werkgever geen vergoeding ver-

schuldigd indien hij, al dan niet op verzoek van werknemer, maar in ieder geval voordat de werknemer heeft opgezegd, aan de werknemer te kennen geeft geen beroep te zullen doen op het concurrentiebeding (lid 3, onder b, eerste deel). Ook een werkgever die 'bij de gelegenheid van' de opzegging door hem aan werknemer te kennen geeft geen beroep te zullen doen op het concurrentiebeding, is geen vergoeding verschuldigd (lid 3, onder b, tweede deel). Evenmin is een vergoeding verschuldigd indien de werkgever, nadat de werknemer heeft opgezegd, te kennen geeft geen beroep te zullen doen op het concurrentiebeding én de werknemer ermee instemt dat de verplichting tot betaling komt te vervallen (lid 3, onder c). De laatste situatie waarin de werkgever alsnog onder de vergoeding uitkomt, is die waarin de werkgever in het geval van een contract voor bepaalde tijd ten minste één maand voor het einde van dat contract te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding (lid 3, onder d). Zowel bij b en d kan de rechter de vergoeding toch toekennen, namelijk als de

werknemer door het vervallen van de vergoeding onbillijk wordt benadeeld.

Gebleven is de mogelijkheid om de rechter te verzoeken het concurrentiebeding (gedeeltelijk) te vernietigen indien het belang van de werknemer door handhaving van het beding onbillijk wordt benadeeld (lid 6, eerste volzin). Onthoudt de werknemer – in de situatie dat de werkgever na opzegging door de werknemer te kennen heeft gegeven dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding, de situatie van lid 3, onder c – op onredelijke gronden instemming met het verval van de plicht tot betaling van de vergoeding, dan kan de rechter op deze grond het concurrentiebeding vernietigen met als gevolg dat de werkgever de vergoeding niet verschuldigd is (lid 6, tweede volzin). Daarnaast kan de rechter de vergoeding steeds verhogen of verlagen indien hem dat billijk voorkomt (lid 7).

Opmerkelijk is het bij amendement toegevoegde lid 8 over het relatiebeding. Een beding dat de werknemer verbiedt om na het



Foto: Jiri Bühler

einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van zijn ex-werkgever te benaderen, valt buiten de werkingssfeer van het nieuwe artikel 7:653 BW. Volgens minister Donner was dit een overbodige toevoeging, omdat relatiebedingen toch al niet onder artikel 7:653 BW zouden vallen. Hoewel deze opvatting incidenteel in de rechtspraak is gevolgd, lijkt dit niet de heersende opvatting. Relatiebedingen zijn er bovendien in alle soorten en maten. Zo is onduidelijk wat de status is van een relatiebeding dat niet (alleen) het benaderen van klanten, maar gedurende korte tijd ook het doen van zaken met klanten van de ex-werkgever verbiedt.

WIJZIGING ARTIKEL 7:685 BW

Naast wijziging van artikel 7:653 BW houdt het wetsvoorstel tevens een uitbreiding in van het huidige artikel 7:685 BW. Het wetsvoorstel scheidt namelijk de mogelijkheid om bij het ontbindingsverzoek en/of het verweerschrift een (zelfstandig) verzoek te doen met betrekking tot het concurrentiebeding. De werkgever kan bijvoorbeeld een verzoek indienen tot matiging van de vergoeding, de werknemer kan bijvoorbeeld verzoeken om een (gedeeltelijke) vernietiging van het beding. Tegen het deel van de beschikking dat betrekking heeft op het concurrentiebeding, is hoger beroep mogelijk. Door artikel 236 Rv van overeenkomstige toepassing te verklaren, zal de beschikking van de kantonrechter op dit gedeelte van het verzoek, nadat deze in kracht van gewijsde is gegaan, tussen partijen bindende kracht hebben.

OVERGANGSRECHT

Een beding dat niet voldoet aan de vereisten die het nieuwe artikel 7:653 BW aan het concurrentiebeding stelt, is nietig. Aanvankelijk was in het wetsvoorstel opgenomen dat het nieuwe artikel 7:653 BW nog gedurende een jaar na inwerkingtreding niet op 'oude' concurrentiebedingen van toepassing zou zijn. Gedurende dat jaar zouden werkgever en werknemer het beding kunnen vervangen door een beding dat voldoet aan de eisen van de nieuwe regeling. Dit zou echter op te veel praktische problemen stuiten. Daarom luidt de huidige regeling dat het nieuwe artikel

7:653 BW alleen van toepassing is op concurrentiebedingen die tot stand zijn gekomen na inwerkingtreding van de wet. Oude concurrentiebedingen hoeven daarom niet te worden vervangen.

Vragen

Het wetsvoorstel heeft vergaande gevolgen voor de praktijk en roept veel vragen op, zoals:

Wat dient onder een 'billijke vergoeding' in de zin van 7:653 lid 1 BW te worden verstaan? Uit de parlementaire geschiedenis blijkt weliswaar dat het geografisch en functioneel bereik alsook de duur van het concurrentiebeding aanknopingspunten zijn voor het vaststellen van de hoogte van de vergoeding, meer concrete uitlatingen over de wijze waarop de hoogte van de vergoeding dient te worden vastgesteld, heeft het kabinet echter niet gedaan.

Het voorgestelde lid 3 BW bevat twee situaties waarin een werkgever die de arbeidsovereenkomst met zijn werknemer opzegt, geen vergoeding verschuldigd is. Dit roept de vraag op waarom het wetsvoorstel bepaalt dat verval van de betalingsverplichting alleen plaatsvindt in geval van opzegging en niet indien de werkgever in plaats van op te zeggen een ontbindingsverzoek heeft ingediend. Uiteraard kan in die ontbindingsprocedure door de verruiming van artikel 7:685 BW het concurrentiebeding worden 'meegenomen', maar het zou toch praktischer zijn geweest onder opzegging mede te verstaan het indienen van een ontbindingsverzoek.

Hoe verhoudt de billijke vergoeding zich met de recente plannen van minister De Geus met betrekking tot de ontslagvergoeding en de WW; is het de bedoeling dat de billijke vergoeding niet in mindering wordt gebracht op een eventueel te ontvangen WW-uitkering? De werkgever en werknemer zouden een ontslagvergoeding kunnen uitbetalen onder de noemer van 'billijke vergoeding', opdat deze niet in mindering hoeft te worden gebracht op de WW. Desgevraagd gaf minister De Geus te kennen dat in het huidige systeem de bil-

lijke vergoeding wel meetelt in het kader van de fictieve opzegtermijn en in die zin als inkomsten als bedoeld in artikel 16, lid 3 WW worden aangemerkt, maar verder niet met de WW-uitkering worden verrekend. De minister liet daarbij echter uitdrukkelijk in het midden hoe dit in de toekomst zal zijn.³

Het nieuwe lid 8 bepaalt dat een beding dat de werknemer verbiedt om klanten van de ex-werkgever te benaderen, buiten de werking van het artikel valt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat lid 8 aan artikel 7:653 BW (wetsvoorstel) is toegevoegd ter bevestiging dat het wetsvoorstel beoogt om 'het relatiebeding' buiten de werking van het artikel te laten. Het relatiebeding kan echter vele vormen hebben, waaronder het verbod om klanten van ex-werkgever te benaderen maar ook het verbod om voor deze klanten te werken. De wetsgeschiedenis doet de vraag rijzen of alleen het relatiebeding dat in artikel 7:653 BW lid 8 BW is omschreven buiten de werking van artikel 7:653 BW valt of elk relatiebeding.

Wat is het gevolg van de overgangsregeling voor de geldigheid van een concurrentiebeding, opgenomen in een contract voor bepaalde tijd dat is gesloten voor inwerkingtreding van het wetsvoorstel, en dat wordt voortgezet (met handhaving van het (oude) concurrentiebeding) na inwerkingtreding van het wetsvoorstel?

Het zou de rechtspraak bepaald ten goede komen als deze en andere in de literatuur gestelde vragen bij de behandeling in de Eerste Kamer van een helder antwoord worden voorzien, voordat het voorstel wet wordt. ●

NOTEN

- ¹ De meeste recente beschouwing, met verwijzing naar eerdere artikelen is: C.E. Dingemans en M.P. Broeckhuijsen, 'De onzekere toekomst van het concurrentiebeding; een updating', *Arbeidsrecht* 8/9, 2004.
- ² Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 167, nr. 3, p. 8.
- ³ Tweede Kamer, Handelingen, 22 september 2002, p. 2-38.