

Kenmerk	W03.01.0339/I
Datum advies	13 september 2001
Vindplaats	Kamerstukken II 2001/02, 28 167, nr B

## Volledige tekst

Voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding.

Bij Kabinetsmissive van 18 juli 2001, no.01.003486, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, mede namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding.

Het wetsvoorstel strekt ertoe de in titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek (BW) neergelegde regeling betreffende het concurrentiebeding te wijzigen, alsmede enige daarmee samenhangende wijzigingen van procedurele aard te bewerkstelligen. Blijkens de aanhef van het wetsvoorstel is het doel daarvan tweeledig: beoogd wordt een beter evenwicht tot stand te brengen tussen de belangen van de werkgever en de werknemer, en de rechtszekerheid te bevorderen. De belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de huidige regeling van het concurrentiebeding zijn:

- de werkgever wordt verplicht de werknemer na beëindiging van de arbeidsovereenkomst een billijke vergoeding te betalen voor de duur van het concurrentiebeding;
- het concurrentiebeding mag maximaal één jaar van kracht zijn;
- op straffe van nietigheid dienen de werkzaamheden en het geografisch gebied waarvoor het beding geldt, te worden omschreven in het concurrentiebeding;
- in de (verzoekschrift)procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan eveneens het concurrentiebeding worden betrokken.

De Raad van State is van oordeel dat enige aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

### 1. Het concurrentiebeding en de rol van de rechter

In het eerste lid van het voorgestelde artikel 653 is bepaald dat het concurrentiebeding slechts geldig is, onder meer indien de werkgever zich daarbij heeft verbonden een billijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking om op zekere wijze werkzaam te zijn duurt. Het vierde lid, aanhef en sub c, juncto het achtste lid, bepaalt dat de hoogte van deze vergoeding, op straffe van nietigheid, in het beding moet worden vermeld. Dit betekent dat reeds bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst overeenstemming dient te worden bereikt over de hoogte van de billijke vergoeding. De Raad plaatst hierbij de volgende kanttekeningen.

- a. Uit de memorie van toelichting (*zie noot 1*) blijkt dat de vergoeding een compensatie is

waarmee de werknemer, die zijn kennis en ervaring gedurende de duur van het beding niet (optimaal) kan benutten, een mogelijke inkomensachteruitgang kan opvangen. Anderzijds staat het compensatie-element in de hoogte van de billijke vergoeding los van de schade die de werknemer door de werking van het beding daadwerkelijk lijdt, aldus de memorie van toelichting. (zie noot 2) Deze toelichting geeft aldus naar het oordeel van de Raad onvoldoende duidelijkheid over de aard van de vergoeding. Meer houvast is gewenst over de mate waartoe, vanuit een oogpunt van billijkheid, de overeengekomen verplichting tot compensatie strekt, afgemeten tegenover in het bijzonder de hoogte en samenstelling van de door de werknemer ten tijde van het einde van de dienstbetrekking genoten beloning in ruime zin, de duur van het dienstverband, de van tijd tot tijd in feite verrichte werkzaamheden en het geografische gebied waarin deze werden verricht.

Uit de memorie van toelichting blijkt weliswaar dat de billijkheid (van de hoogte) van de vergoeding sterk afhankelijk zal zijn van de concrete situatie waarin de werknemer komt te verkeren na afloop van de arbeidsrelatie, maar met die veelheid van situaties kan bezwaarlijk rekening worden gehouden bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst en het maken van het beding. In de voorgestelde regeling wordt in het midden gelaten of die situatie (bijvoorbeeld gehele of gedeeltelijke werkloosheid) ook werkelijk in enigerlei mate het gevolg moet zijn van de werking van het concurrentiebeding.

Vanwege het bij de naleving van een concurrentiebeding vanuit een oogpunt van redelijkheid en billijkheid gewenste evenwicht tussen de belangen van de werkgever en de werknemer meent de Raad dat het uitgangspunt dat partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst in staat zullen zijn zelf de hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen, niet onder alle omstandigheden kan worden aangehouden, in het bijzonder niet bij gewijzigde of onvoorziene omstandigheden. Het wetsvoorstel voorziet weliswaar in een mogelijkheid voor de rechter het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen indien de werknemer door het beding onbillijk wordt benadeeld, en om de bedongen vergoeding te verhogen. (zie noot 3) De memorie van toelichting geeft echter niet aan waarom billijkheidshalve een dergelijke correctiemogelijkheid niet ook in het belang van de werkgever zou (moeten) kunnen worden aangewend indien deze door de werking van het beding onredelijk zou worden benadeeld.

De (on)mogelijkheid om vooraf rekening te houden met alle voor het invoeren en nakomen van een concurrentiebeding van belang zijnde omstandigheden die zich tijdens en na afloop van het dienstverband kunnen voordoen - die voor beide partijen geldt -, rechtvaardigt naar het oordeel van de Raad een ruime(re) bevoegdheid van de rechter het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen en de hoogte van de vergoeding, maar ook de overige componenten van het concurrentiebeding zoals de werkzaamheden en het geografische gebied, te wijzigen. De rechtszekerheid wordt daarmee gediend.

De Raad adviseert daarom het zesde lid van het voorgestelde artikel 653 zo te wijzigen dat (gedeeltelijke) vernietiging mogelijk is indien één van beide partijen door het beding onredelijk wordt benadeeld, en in het zevende lid de rechter de bevoegdheid te geven naar billijkheid de hoogte van de vergoeding en de in het vierde lid genoemde concurrentiebeperkende onderdelen van het beding te wijzigen. Daarnaast adviseert de Raad de rechtsgrond van de vergoeding alsook de maatstaven aan de hand waarvan de vergoedingshoogte kan worden bepaald te verduidelijken.

b. Eén van de uitgangspunten van het wetsvoorstel is dat de werkgever bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst terdege dient te overwegen of hij een concurrentiebeding nodig heeft. Is het beding eenmaal onderdeel van de arbeidsovereenkomst, dan kan de werkgever er niet meer eenzijdig afstand van doen, aangezien artikel 6:160 BW bepaalt dat afstand van

recht geschiedt bij overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Dit heeft tot gevolg dat, indien de werknemer (tussentijds) niet instemt met intrekking van het beding, de werkgever daaraan gebonden blijft en dientengevolge gehouden blijft de bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst vastgestelde vergoeding te betalen, ook indien hij de werknemer niet meer wenst te houden aan het beding.

Dit gevolg lijkt niet in alle omstandigheden redelijk. Naar het oordeel van de Raad zou het wetsvoorstel moeten voorzien in de mogelijkheid voor de werkgever om, uiterlijk bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, de werknemer schriftelijk mede te delen dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding. Voor de werknemer heeft dat als voordeel dat deze direct zekerheid heeft over zijn mogelijkheden om te zoeken naar een nieuwe werkkring. Indien de werknemer desondanks aanspraak blijft maken op de vergoeding doordat hij geen medewerking wenst te verlenen aan hetgeen neerkomt op wijziging van het concurrentiebeding is er behoefte aan een beroep op de rechter. Ook daartoe acht de Raad wijziging gewenst van het zesde lid van het voorgestelde artikel 653, zodat de rechter het beding geheel of gedeeltelijk kan vernietigen op de grond dat volledige instandhouding van het beding niet redelijk is in verhouding tot de te beschermen belangen van een van beide partijen.

## 2. Flexibilisering van de vergoeding

In de toelichting wordt niet vermeld of met "de hoogte van (...) de vergoeding" in het voorgestelde artikel 653 lid 4, onder c, alleen is bedoeld de hoogte van het te betalen bedrag uitgedrukt in een bepaald geldbedrag, of dat de hoogte ook kan worden uitgedrukt in maatstaven aan de hand waarvan de vergoeding kan worden berekend. De laatste mogelijkheid heeft als voordeel dat de vergoeding meer flexibel kan worden vastgesteld, bijvoorbeeld aan de hand van het aantal jaren dat de werknemer in dienst is geweest en aan de hand van het laatst verdiende loon. Het is zeer wel voorstelbaar dat een bedrag dat destijds bij aanvang van de arbeidsrelatie billijk leek, dat na verloop van een aantal jaren niet meer is, bijvoorbeeld als gevolg van inflatie of veranderde omstandigheden op de arbeidsmarkt. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid ziet de Raad geen bezwaar tegen een stelsel met een keuze tussen enerzijds een vast bedrag en anderzijds een vergoeding die aan de hand van vaste maatstaven bepaalbaar is. Het evenwicht tussen de belangen van de werknemer en de werkgever lijkt met een dergelijke flexibilisering van de vergoeding niet in gevaar.

Het college adviseert de strekking van het voorgestelde artikel 653 lid 4, onder c, nader toe te lichten.

## 3. Verhouding billijke vergoeding tot uitkering op grond van de Werkloosheidswet

In de memorie van toelichting wordt ingegaan op de relatie tussen de billijke vergoeding en een eventuele uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW). (zie noot 4) Naar het oordeel van de Raad is de toelichting niet overal duidelijk.

a. Blijkens de toelichting worden ingevolge artikel 16, derde lid, WW, de inkomsten die de werknemer ontvangt in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking (tot een bepaald bedrag) gelijkgesteld met het recht op doorbetaling van loon als bedoeld in het eerste lid van artikel 16 WW, indien de dienstbetrekking wordt beëindigd anders dan door opzegging met inachtneming van de rechtens geldende termijn. Bij de totstandkoming van artikel 16 WW is indertijd uitdrukkelijk overwogen of vergoedingen die geen betrekking hebben op de niet in acht genomen opzegtermijn moesten worden uitgezonderd. Volgens de toelichting is daartoe niet besloten omdat dit misbruik in de hand zou werken: door een vergoeding (op papier)

anders te bestemmen dan voor de niet in acht genomen opzegtermijn, zou de werking van artikel 16, derde lid, WW te gemakkelijk kunnen worden omzeild. Om dezelfde reden wordt volgens de toelichting de vergoeding uit hoofde van een concurrentiebeding niet uitgezonderd.

Deze redenering is niet zonder meer begrijpelijk. Immers, de vergoeding uit hoofde van het concurrentiebeding (en dus de bestemming van die vergoeding) wordt reeds bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst schriftelijk vastgelegd. Wijziging van de bestemming van de vergoeding uit hoofde van het concurrentiebeding is gezien de aard van de vergoeding niet denkbaar. Het niet uitzonderen van de vergoeding uit hoofde van het concurrentiebeding heeft bovendien tot gevolg dat, indien de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd in strijd met de wettelijke opzegtermijn, de vergoeding wel gelijkgesteld wordt met het recht op doorbetaling van loon waardoor het recht op een WW-uitkering later ingaat. Wordt de arbeidsovereenkomst opgezegd met inachtneming van de opzegtermijn, dan wordt de vergoeding niet gelijk gesteld met het recht op doorbetaling van loon, waardoor het recht op een WW-uitkering eerder zou ingaan. Het is niet duidelijk of dit verschil in gevolg beoogd is. De Raad adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken.

b. Uit de negende alinea van paragraaf 7.1 van de memorie van toelichting blijkt dat onder meer inkomsten wegens loonderving op een WW-uitkering in mindering moeten worden gebracht. Een vergoeding voor de werknemer vanwege een concurrentiebeding valt daar volgens de toelichting niet onder. Uit de tweede alinea van paragraaf 7.1 van de memorie van toelichting blijkt evenwel dat de vergoeding bedoeld is om een mogelijke inkomensachteruitgang op te vangen. De memorie van toelichting verdient naar het oordeel van de Raad ook op dit punt verduidelijking.

#### 4. Overgangsrecht

Het voorgestelde artikel 213 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: ONBW) geeft partijen een jaar de tijd (vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe regeling) om bestaande concurrentiebedingen aan te passen aan de voorgestelde regeling. Indien de werkgever en werknemer in die periode geen overeenstemming hebben bereikt over een nieuw beding, is een oud beding dat niet aan de nieuwe vereisten voldoet nietig ingevolge het voorgestelde artikel 653 lid 8, terwijl de arbeidsovereenkomst zonder concurrentiebeding in stand blijft. Of in een dergelijke situatie het oude beding ingevolge artikel 3:42 BW (van rechtswege) geconverteerd wordt in een nieuw beding waarvan de strekking zoveel mogelijk overeenkomt met het oude beding, is niet duidelijk. Het geheel vervallen van een concurrentiebeding zonder dat er een nieuw beding voor in de plaats komt, kan zowel het belang van de werkgever als het belang van de werknemer schaden. Het is niet uitgesloten dat de werknemer op onredelijke gronden weigert mee te werken aan wijziging van het concurrentiebeding. De werknemer wordt in dat geval wel in een zeer sterke positie gebracht, aangezien het resultaat van de onredelijke weigering ingevolge het voorgestelde artikel 653 lid 8, zal leiden tot nietigheid van het bestaande beding.

In verband hiermee, adviseert de Raad om aan het voorgestelde artikel 213 ONBW een lid toe te voegen waarin wordt bepaald dat de rechter desverzocht de inhoud van het (nieuwe) concurrentiebeding kan vaststellen in die gevallen dat de werkgever en de werknemer het oude beding niet tijdig door een nieuw beding hebben vervangen.

#### 5. Inwerkingtreding

Artikel III van het wetsvoorstel bepaalt dat de wet in werking treedt met ingang van de eerste dag van de tweede kalendermaand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin

zij wordt geplaatst. In verband met de inwerkingtreding van de Tijdelijke Referendumwet op 1 januari 2002, dient naar het oordeel van de Raad overwogen te worden de tekst van artikel III te wijzigen in die zin dat de wet in werking treedt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip (aanwijzing 178 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar), model C) dan wel op de eerste dag van de derde maand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst (aanwijzing 178 Ar, aangepast model A).

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Vice-President van de Raad van State

---

### **Nader rapport (reactie op het advies) van 4 december 2001**

De Raad geeft in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met de opmerkingen van de Raad rekening zal zijn gehouden.

#### **1. Het concurrentiebeding en de rol van de rechter**

1a. De Raad is van mening dat de memorie van toelichting (paragraaf 7.1.) onvoldoende duidelijkheid geeft over de aard van de vergoeding. Kern van de billijke vergoeding is, zoals ook in paragraaf 7.1, van de memorie van toelichting wordt aangegeven, de compensatie voor de beperking van de werknemer in zijn vrijheid van arbeidskeuze. De verplichting van de werkgever tot betaling van de billijke vergoeding staat los van de vraag of de werknemer schade lijdt. Met andere woorden, er is geen sprake van een schadevergoeding. De aard van de vergoedingsverplichting moet onderscheiden worden van een mogelijke bestemming die aan de vergoeding wordt gegeven door de individuele werknemer, zoals het opvangen van een eventuele tijdelijke inkomensachteruitgang. De vergoeding kan er zo toe bijdragen dat een werknemer zich minder belemmerd voelt in het zoeken van een nieuwe baan, met inachtneming van het betreffende concurrentiebeding.

Aan de hand van de concrete omstandigheden zal in elk individueel geval beoordeeld moeten worden wat een billijke vergoeding is. Daarbij kunnen bijvoorbeeld het geografisch en functioneel bereik en de duur van het beding in aanmerking worden genomen. De concrete situatie waarin de werknemer verkeert na het einde van de arbeidsovereenkomst kan ertoe leiden dat de afgesproken vergoeding heroverwogen dient te worden. Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst zijn de gevolgen van het concurrentiebeding voor de beperking van de vrijheid van arbeidskeuze niet altijd te overzien.

De memorie van toelichting is overeenkomstig het advies van de Raad van State op deze punten verduidelijkt.

De Raad van State is van mening dat het uitgangspunt dat partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst in staat zullen zijn zelf de hoogte van de vergoeding vast te stellen, niet onder alle omstandigheden kan worden aangehouden, in het bijzonder niet bij gewijzigde of onvoorziene omstandigheden. Deze opvatting wordt niet gedeeld. Het maken van afspraken omtrent de hoogte van de billijke vergoeding bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst moet onderscheiden worden van de situatie dat er zich later gewijzigde of onvoorziene omstandigheden kunnen voordoen.

Aan de hand van de duur van het beding en het geografisch en functioneel bereik moet het bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst mogelijk zijn om een billijke vergoeding vast te stellen. De hoogte van de vergoeding kan bijvoorbeeld gesteld worden op een vast bedrag of op een bepaald percentage van het laatst verdiende loon.

De voorgestelde regeling sluit niet uit dat de werkgever wijziging van de afgesproken vergoeding aan de orde kan stellen, indien handhaving van de oorspronkelijke vergoeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 248 lid 2 Boek 6 BW). Ook kan de rechter op verzoek van de werkgever de hoogte van de vergoeding wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij (werknemer) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding daarvan niet mag verwachten (artikel 258 Boek 6 BW).

Gelet op het vorenstaande zijn de door de Raad van State bepleite wijzigingen in het zesde en zevende lid van artikel 653 niet nodig. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de specifieke regeling in het voorgestelde lid 6 van artikel 653, dat ontleend is aan de thans geldende regeling, stoelt op de gedachte dat het aangaan van een concurrentiebeding alleen een werkgeversbelang is en dat er aanleiding is om het concurrentiebeding in het voordeel van de werknemer te wijzigen, als blijkt dat dit beding te zwaar op hem drukt, gelet op de belangen die de werkgever wenst veilig te stellen met dit beding. Overigens ontbreekt deze belangenafweging in de door de Raad bepleite wijziging van lid 6.

In het kader van de in artikel 653 lid 6 voorziene bevoegdheid tot gehele of gedeeltelijke vernietiging heeft de rechter de mogelijkheid elementen van het concurrentiebeding aan te passen. Daarnaast is - eveneens met het oog op de positie van de werknemer - in het zevende lid uitdrukkelijk vastgelegd dat de rechter de vergoeding kan verhogen, indien hem dit met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt.

1b. De Raad is van mening dat het wetsvoorstel zou moeten voorzien in de mogelijkheid voor de werkgever om uiterlijk bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst de werknemer schriftelijk mede te delen dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding. Dit heeft, aldus de Raad, het voordeel voor de werknemer dat deze direct zekerheid heeft over zijn mogelijkheden om te zoeken naar een nieuwe werkkring.

Dit voorstel van de Raad is niet overgenomen, aangezien het voorbij gaat aan het feit dat het concurrentiebeding ook tijdens de arbeidsovereenkomst van kracht is. Voor de werknemer geldt immers dat hij het concurrentiebeding ook in acht moet nemen, indien hij tijdens zijn arbeidsrelatie besluit - om welke redenen dan ook - een andere baan te zoeken. Het concurrentiebeding heeft wel betrekking op de situatie na het einde van de arbeidsovereenkomst, maar de werknemer moet ook tijdens de arbeidsovereenkomst het beding in acht nemen, indien hij een nieuwe baan zoekt.

Het door de Raad genoemde voordeel van de directe zekerheid over de mogelijkheden voor een nieuwe werkkring is mitsdien betrekkelijk. Daarbij komt dat werknemers veelal niet in een vroeg stadium aan hun werkgever zullen kenbaar maken dat ze op zoek zijn naar een nieuwe baan (conform het concurrentiebeding). Dit kan immers de arbeidsrelatie verstoren. De werknemer die opzegt in verband met een nieuwe, met het concurrentiebeding overeenstemmende, werkkring zou volgens dit voorstel geconfronteerd kunnen worden met de mededeling van de werkgever dat hij geen beroep zal doen op het beding. Een dergelijke regeling zou het evenwicht tussen de belangen van werkgever en werknemer schaden en staat ook haaks op het uitgangspunt van het wetsvoorstel dat de werkgever van te voren goed moet overwegen of hij het concurrentiebeding nodig heeft om zijn bedrijfsbelangen veilig te stellen.

De Raad overweegt voorts dat indien de werknemer desondanks aanspraak blijft maken op

de vergoeding doordat hij geen medewerking wenst te verlenen aan hetgeen neerkomt op wijziging van het concurrentiebeding, er behoefte is aan beroep op de rechter. De mededeling van de werkgever dat hij geen beroep zal doen op het beding kan niet op één lijn worden gesteld met wijziging van het concurrentiebeding. Het is ook niet duidelijk in welk opzicht wijziging van het concurrentiebeding in de door de Raad geschetste omstandigheden aan de orde is. In de door de Raad geschetste casus wil de werkgever immers het concurrentiebeding met de daaraan gekoppelde vergoedingsverplichting ongedaan maken. De door de Raad in dit verband voorgestelde specifieke vernietigingsmogelijkheid is niet nodig, gelet op de algemene regels inzake rechtsgevolgen van overeenkomsten (artikelen 248 lid 2 en 258 Boek 6 BW). Zo is op grond van artikel 248 lid 2 Boek 6 BW een uit de overeenkomst geldende regel niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Daarnaast kan de werkgever aan de werknemer voorstellen een overeenkomst van afstand te sluiten (artikel 160 Boek 6 BW).

## 2. Flexibilisering van de vergoeding

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State wordt in de toelichting bij artikel 653 lid 4 onder c geëxpliciteerd dat de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding mag worden uitgedrukt in een vast bedrag, maar bijvoorbeeld ook in een percentage van het laatste salaris. In ieder geval dient bij aanvang van de arbeidsovereenkomst duidelijk te zijn welke vergoeding de werkgever verschuldigd is. Dit in het belang van de met dit wetsvoorstel beoogde duidelijkheid en rechtszekerheid voor de werknemer.

## 3. Verhouding billijke vergoeding tot uitkering op grond van de Werkloosheidswet

De Raad geeft aan in de memorie van toelichting de redenering niet zonder meer te begrijpen, dat de vergoeding uit hoofde van het concurrentiebeding (en dus de bestemming van de vergoeding) die reeds bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst schriftelijk wordt vastgelegd, niet wordt uitgezonderd van de werking van artikel 16, derde lid, WW. Bij de totstandkoming van genoemd artikellid is besloten om vergoedingen die geen betrekking hebben op de niet in acht genomen opzegtermijn, niet uit te zonderen. Dit om de gebruikersruimte te minimaliseren en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid te maximaliseren.

Met uitzondering van de door de rechter toegewezen vergoeding van proceskosten worden alle vergoedingen onder welke noemer dan ook, aangemerkt als inkomsten in de zin van artikel 16, derde lid, van de WW. Vergoeding van immateriële schade, alsmede vergoedingen waaraan een bepaalde bestemming is gegeven (pensioenopbouw, studiekosten, outplacement) vallen derhalve onder het inkomstenbegrip van dit artikel. Voor het recht op een WW-uitkering dient niet uit te maken welke bestemming wordt gegeven aan een vergoeding. Van belang is dat het dienstverband van de werknemer tengevolge van de wijze van beëindiging eerder eindigt dan bij opzegging.

De Raad vraagt zich af, of is beoogd, dat de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder inachtneming van de opzegtermijn, wel gelijk gesteld wordt met het recht op doorbetaling van loon ingevolge artikel 16, derde lid, WW en bij beëindiging met inachtneming van de opzegtermijn niet. Zoals ook blijkt uit het bovenstaande, is dit inderdaad beoogd en wel om te voorkomen dat voor de werknemer wiens arbeidsovereenkomst is beëindigd zonder inachtneming van de opzegtermijn het recht op een WW-uitkering eerder zou ingaan dan voor de werknemer wiens dienstbetrekking met

inachtneming van de opzegtermijn is beëindigd.

De Raad meent in de memorie van toelichting een tegenstrijdigheid te bespeuren in het gestelde (negende alinea paragraaf 7.1) dat een vergoeding vanwege een concurrentiebeding niet als inkomsten wegens loonderving in mindering worden gebracht op een WW-uitkering en een andere alinea (tweede alinea van paragraaf 7.1) waaruit blijkt dat de vergoeding is bedoeld om een inkomensachteruitgang op te vangen. Zoals ook blijkt uit hetgeen hiervoor onder 1a is opgemerkt wordt de vergoeding vanwege een concurrentiebeding niet toegekend vanwege uit de vorige dienstbetrekking (waar artikel 34 van de WW op ziet) maar als vergoeding voor de beperking van de vrijheid van arbeidskeuze.

De memorie van toelichting is overeenkomstig het advies van de Raad van State op deze punten verduidelijkt.

#### 4. Overgangsrecht

De Raad merkt op dat het geheel vervallen van een concurrentiebeding zowel het belang van de werkgever als van de werknemer kan schaden. Het is niet uitgesloten dat de werknemer op onredelijke gronden weigert mee te werken aan wijziging van het concurrentiebeding. De Raad adviseert aan het voorgestelde artikel 213 de bepaling toe te voegen dat de rechter desverzocht de inhoud van het nieuwe concurrentiebeding kan vaststellen in die gevallen dat de werknemer en de werkgever het oude beding niet tijdig door een nieuw beding hebben vervangen.

De Raad maakt niet duidelijk welk belang van de werknemer kan worden geschaad bij het vervallen van een concurrentiebeding na ommekomst van de in artikel 213 voorgestelde termijn van een jaar. In ieder geval geldt dan niet meer de beperking in de bevoegdheid van de werknemer om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn.

Overigens is het niet zo, zoals de Raad veronderstelt, dat onder alle omstandigheden na verloop van een jaar na de inwerkingtreding de nietigheidssanctie van toepassing is op een "oud" concurrentiebeding, dat niet voldoet aan het nieuwe artikel 653 Boek 7 BW. Artikel 75, Overgangswet nieuw BW, brengt immers mee dat de nieuwe bepaling buiten toepassing blijft in overgangssituaties, indien die toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat is niet ondenkbaar als een werknemer, kennelijk afsturend op de nietigheid van het beding, op onredelijke gronden aanpassing van het beding aan de nieuwe bepalingen weigert.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor de werkgever om de rechter te verzoeken de werknemer die op onredelijke gronden weigert mee te werken aan de totstandkoming van een nieuw beding, te bevelen de onderhandelingen voort te zetten. Overigens zal de bereidheid van de werknemer om mee te werken aan een nieuw concurrentiebeding conform het nieuwe artikel 653 positief worden beïnvloed door het feit dat de werkgever de verplichting heeft een billijke vergoeding te betalen.

Gelet op het vorenstaande wordt het voorstel van de Raad niet overgenomen. Bij dit voorstel zij de kanttekening geplaatst dat het voor de rechter geen eenvoudige taak zal zijn om, rekening houdend met de belangen van de betrokken werkgever en werknemer, een voor dat specifieke geval adequaat concurrentiebeding te formuleren.

#### 5. Inwerkingtreding

Naar aanleiding van het advies van de Raad is artikel III van het wetsvoorstel in die zin gewijzigd, dat de wet in werking treedt op de eerste dag van de derde kalendermaand na de



datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst.

Ik moge U, mede namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie

---

- (1) Memorie van toelichting, paragraaf 7.1, tweede alinea.
- (2) Memorie van toelichting, paragraaf 7.1, eerste alinea.
- (3) Artikel I, onderdeel A, Artikel 653, lid 6 en 7.
- (4) Memorie van toelichting, paragraaf 7.1.