

TRA 2022/30

Het non-concurrentiebeding gewogen

M.F. Bartsch, D. Grijpstra & A.R. Houweling, datum 01-03-2022

Datum	01-03-2022
Auteur	M.F. Bartsch, D. Grijpstra & A.R. Houweling ^[1]
JCDI	JCDI:ADS637518:1
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

In 2021 is empirisch onderzoek gedaan naar de werking van het non-concurrentiebeding in de praktijk. Gebleken is dat het beding veelvuldig voorkomt en zowel werkgevers als werknemers verkeerde veronderstellingen hebben van de werking, de handhaving en het bereik van het beding. Op basis van de onderzoeksresultaten doen de auteurs verschillende voorstellen tot aanpassing van de wettelijke regeling als genoemd in art. 7:653 BW. Overwogen wordt een wettelijke regeling met ruimte voor afwijking bij driekwartdwingend recht. Ook zouden een wettelijke vergoedingsplicht bij aangaan en handhaving nodig zijn.

1. Inleiding

De huidige regeling van het non-concurrentiebeding in art. 7:653 BW is terug te voeren op art. 1637x BW uit 1907.^[2] Net als destijds bij de parlementaire behandeling is sinds de invoering van art. 1637x BW met enige regelmaat kritiek geuit op (de regeling van) het non-concurrentiebeding.^[3] Deze regeling kenmerkt zich immers door een eenvoudige schriftelijke binding van een meerderjarige werknemer aan een verder niet genormeerde beperking van arbeidskeuze na afloop van het contract. Wel komt de rechter een matigingsbevoegdheid toe ten aanzien van zowel de reikwijdte en inhoud van het beding als de eventuele boete.^[4] Sinds 2015 dient de werkgever het concurrentiebeding in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd bovendien schriftelijk te motiveren welke zwaarwegende bedrijfsbelangen een dergelijk beding noodzakelijk maken. In de memorie van toelichting bij die wetwijziging lezen we dat voor verdergaande wijziging van de regeling van het non-concurrentiebeding (ook in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd) de SER geconsulteerd zal worden.^[5] Tot op heden is daaraan nog geen gevolg gegeven. Eind 2019 is de motie-Van Weyenberg/Van Dijk aangenomen die vraagt om onderzoek naar de toepassing van het non-concurrentiebeding in de praktijk.^[6] De achterliggende (politieke) vraag was de wens tot hernieuwde regeling van het non-concurrentiebeding. Ook de Commissie-Borstlap (2020) vraagt om het beding nader aan banden te leggen.^[7] Eerdere pogingen het non-concurrentiebeding sterk te hervormen zijn mislukt.^[8] In de literatuur zijn meermaals voorstellen gedaan over de wijze waarop het beding anders vormgegeven kan (of moet) worden, soms met rechtsvergelijkende argumenten^[9] en soms onderbouwd vanuit grondwettelijk perspectief.^[10]

Maar hoe werkt het non-concurrentiebeding in de praktijk (uit)?^[11] Voor hoeveel werknemers is überhaupt een non-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen? In hoeverre laten werkgevers en werknemers hun gedrag beïnvloeden door binding aan een dergelijk beding? Leiden non-concurrentiebedingen vaak tot juridische conflicten? Het onderzoeksrapport “De werking van het concurrentiebeding” uit 2021 geeft op deze en meer vragen antwoord.^[12] De (toenmalige) Minister van SZW heeft aangekondigd naar aanleiding van deze onderzoeksresultaten in samenspraak met sociale partners beleidsopties te zullen uitwerken.^[13] In dit artikel bespreken we de voornaamste onderzoeksbevindingen en

verkennen we welke beleidsopties op basis van de onderzoeksresultaten te overwegen zijn. Het onderzoeksrapport is opgesteld door de auteurs van dit artikel.

2. Methode van onderzoek

In het onderzoek naar de werking van het non-concurrentiebeding is gekozen voor een ‘*mixed methods design*’. Deze methodiek omvatte literatuurstudie, interviews met juridische experts en ervaringsdeskundigen, kwantitatief jurisprudentieonderzoek, microdata-analyses op de Enquête Beroepsbevolking en enquêtes onder werknemers en werkgevers. Het onderzoek beoogde daarmee een zo volledig mogelijke doorlichting van de werking van het non-concurrentiebeding.

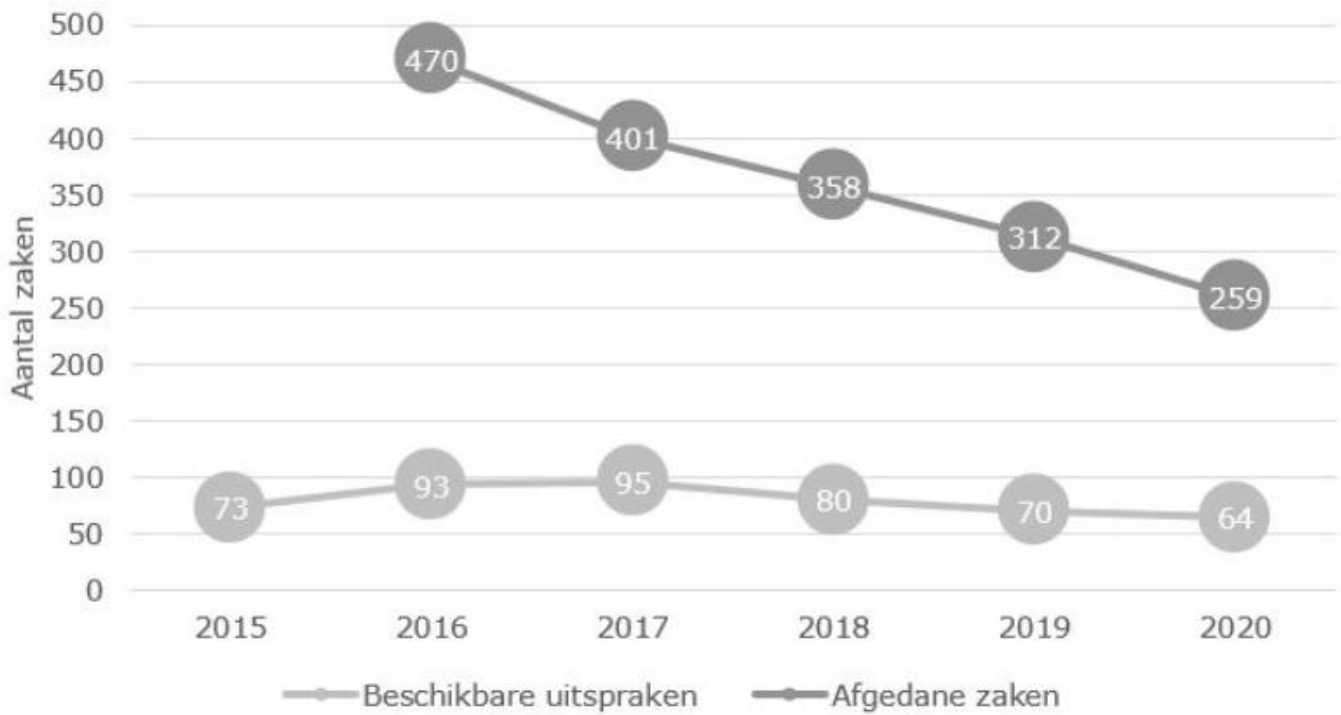
3. Rechtspraak

Sinds 2015 is het aantal procedures over non-concurrentiebedingen bij de civiele rechter (sterk) afgenomen (zie figuur 1). Van 470 zaken in 2016 tot 259 zaken per jaar in 2020. Daarvan is slechts een deel gepubliceerd, te weten 475 unieke zaken vanaf 2015. De rechter besloot in 53% van deze gevallen het non-concurrentiebeding te schorsen/vernietigen. Bij 37% van de geschillen bleef het beding gehandhaafd. In de resterende 10% van de gevallen koos de rechter voor een middenweg, het vaakst door het non-concurrentiebeding te matigen (9%) en een enkele keer door de beslissing aan te houden en de partijen te bewegen tot bemiddeling (1%). Splitst men de data uit naar sectoren, dan valt (niet verrassend) op dat ‘dienstverlening’ en ‘groot- en detailhandel’ een groot aandeel van de geschillen voor hun rekening nemen (38 resp. 25%), gevolgd door de sectoren ‘industrie, delfstoffen en energie’ en ‘informatie en communicatie’ (beide ongeveer 10%).^[14]

Werknemers en werkgevers treden vrijwel even vaak als eiser in gerechtelijke procedures op. Opvallend is dat, indien een werkgever eiser is, de zaak in 56% van de gevallen tot een schorsing/vernietiging leidt. Het percentage voor de werknemer in eisende positie bedraagt 49% schorsing/vernietiging. De uitkomst is voor beide partijen op voorhand nogal ‘ongewis’.

Hoewel geschillen over dit type beding impact hebben op werkgevers en werknemers en aanleiding kunnen geven tot gerechtelijke procedures, vertegenwoordigen zij slechts een klein deel van alle gepubliceerde arbeidsrechtelijke uitspraken (in 2020 slechts 4%).^[15]

Figuur 1. Rechtspraak non-concurrentiebeding in beeld^[16]



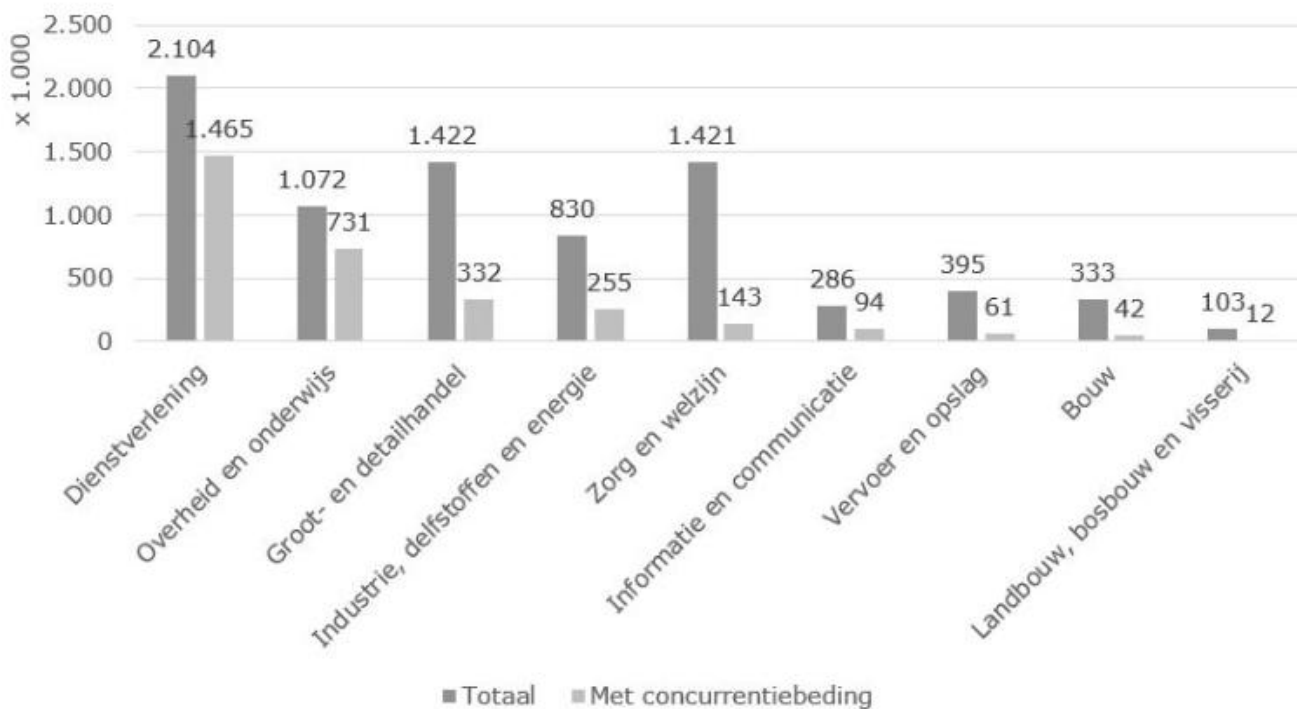
Bron: [AR-updates.nl](https://www.ar-updates.nl), [Rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl) en InfoRM; bewerking door Panteia

4. Werkgevers en de werking van het non-concurrentiebeding

4.1 Omvang

Een op de drie werkgevers treft een non-concurrentiebeding met de eigen werknemers. Naar schatting vertaalt zich dit in 3,13 miljoen werknemers die aan een concurrentiebeding gebonden zijn.^[17] Een uitsplitsing naar sector laat zien dat er grote verschillen zijn (van 19% in de sector 'vervoer' tot 44% in de sectoren 'zorg en welzijn', 'informatie en communicatie', 'dienstverlening' en 'overheid en onderwijs'). De helft van alle werknemers die gebonden zijn aan een non-concurrentiebeding werkt in de sector 'dienstverlening' (zie fig. 2). Het hoge percentage rechtsgeschillen in het rechtspraakonderzoek dat op deze sector betrekking heeft, stemt met dit cijfer overeen.

Figuur 2. Aantal werknemers met een non-concurrentiebeding afgezet tegen de totale populatie werknemers, naar sector



Bron: Werkgeversenquête concurrentiebeding, Panteia (2021); CBS Statline (2021); bewerking door Panteia (weging/ophoging naar aantal werknemers)

Bijna driekwart van de werkgevers die een non-concurrentiebeding opleggen aan hun werknemers, neemt het beding op in elke arbeidsovereenkomst dat gesloten wordt. Bij een uitsplitsing naar bedrijfsomvang valt op dat het aandeel werkgevers dat een non-concurrentiebeding in arbeidsovereenkomsten opneemt, groter is naarmate de onderneming in een hogere grootteklasse valt. Zo stelt 23% van de kleine ondernemingen in alle arbeidsovereenkomsten een beding op te nemen, terwijl dit aandeel bij middelgrote en grote ondernemingen op respectievelijk 35% en 45% uitkomt. Ook het aandeel werkgevers dat een non-concurrentiebeding in een deel van de arbeidsovereenkomsten opneemt, loopt op van kleine (7%), naar middelgrote (16%) tot grote onderneming (28%).^[18]

Wel geldt dat grote ondernemingen vaak selectiever zijn in de toepassing van het non-concurrentiebeding. Grote ondernemingen zijn dan ook het meest selectief en nemen het op in het arbeidscontract van gemiddeld 35% van de werknemers. Bij middelgrote ondernemingen ligt dit percentage op 43, en bij kleinere op 46.

4.2 Waarom hechten werkgevers zoveel belang aan een non-concurrentiebeding?

Het beschermen van het bestand aan relaties (bezorgdheid dat vertrekkende werknemers relaties meenemen) staat bij werkgevers met stip op één als reden voor het hanteren van het te treffen non-concurrentiebeding (85%). Ook de bescherming van bedrijfsgevoelige informatie (76%), en het beschermen van eigen methoden en toepassingen (55%) zijn voor werkgevers belangrijke overwegingen om hiervoor een beding te treffen. Voorkomen dat personeel weggekaapt wordt door concurrenten is voor de helft van de werkgevers een reden voor gebruik van het non-concurrentiebeding. Schaarste op de arbeidsmarkt lijkt een ondergeschikte rol te spelen; van de werkgevers zegt 35% een beding te gebruiken om de uitstroom van schaars personeel te verhinderen. Uitsplitsing naar ondernemingsomvang laat zien dat ondernemingen het beding om uiteenlopende andere redenen toepassen. Voor kleine ondernemingen weegt relatief vaak (41%) het beschermen van de afzetmarkt mee als overweging. Middelgrote ondernemingen gebruiken het non-concurrentiebeding daarentegen relatief vaak ter bescherming van eigen methoden en toepassingen (57%) en van intellectueel eigendom (54%). Grote ondernemingen verklaren een en ander dan weer relatief vaak met een beroep op arbeidsmarktoverwegingen, zoals het voorkomen van uitstroom (65%) of wegkaping (60%) van personeel.^[19]

4.3 Het (standaard)beding: temporeel en geografisch bereik, boetes en compensatie

In vrijwel alle sectoren wordt een 'standaardclausule' gehanteerd (gemiddeld 90%). Voor werkgevers in de ICT geldt zelfs een percentage van 99. Bij administratief personeel wordt in 93% van de gevallen een standaardclausule gehanteerd. Werkgevers die meer differentiëren in de tekst van het beding, zeggen vaker dat zij non-concurrentiebedingen ook in tijdelijke arbeidsovereenkomsten opnemen. Differentiatie ligt voor de hand in verband met de dan geldende wettelijke eis van schriftelijke motivering. Overigens heeft de invoering van de motiveringsplicht niet geleid tot minder arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Dit was wel een beoogd effect van de Wwz; de verzwaarde eisen aan het concurrentiebeding voor bepaalde tijd zouden de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aantrekkelijker (moeten) maken.^[20] Werkgevers die eerder meemaakten dat een werknemer het non-concurrentiebeding schond, kiezen vaker voor differentiatie dan werkgevers die deze situatie niet meegemaakt hebben (24% tegenover 8%).^[21]

Temporeel bereik

Meer dan de helft van de werkgevers laat het non-concurrentiebeding langer dan een jaar gelden. Van de werkgevers beperkt 46% de geldigheid van het beding tot hoogstens een jaar, waarbij het merendeel het voor langer dan een halfjaar vastlegt. Eén op de drie werkgevers kiest voor een non-concurrentiebeding dat tot twee jaar na uitdiensttreding geldt. Eén op de vijf werkgevers kiest er zelfs voor het beding langer dan twee jaar te laten duren. Werkgevers die een non-concurrentiebeding aangaan met productiepersoneel, technisch specialisten en medewerkers R&D laten het beding het vaakst lang doorlopen. Respectievelijk 27%, 24% en 22% van deze werknemers krijgt een beding opgelegd dat langer dan twee jaar geldt. Waar het beding aangegaan wordt met (para)medisch personeel en financiële en juridische specialisten, kiest respectievelijk 65% en 62% van de werkgevers voor een looptijd na einde arbeidsovereenkomst van één tot twee jaar. De geldingsduur is vaak het kortst bij werkgevers die een non-concurrentiebeding treffen met administratief personeel; van die werkgevers kiest 17% voor een periode van hoogstens een halfjaar. Werkgevers die het non-concurrentiebeding gebruiken om het meenemen van *relaties* te verhinderen, kiezen het vaakst (25%) voor een duur van meer dan twee jaar. Werkgevers die met het beding een overstap naar een *concurrent* willen verhinderen, laten het beding het vaakst (48%) tot hoogstens een jaar duren.^[22]

Geografisch bereik

Werkgevers die hun non-concurrentiebedingen beperken in *geografische reikwijdte* (72% van het totaal), kiezen in zeven op de tien gevallen voor een kilometerbepaling. Een kwart van de werkgevers kiest voor een regionale dan wel landelijke afbakening. Een gelding tot het volledige Europese gebied noemt geen van de respondenten. Wel is er een groep van 3% die het concurrentiebeding wereldwijd laat gelden.

Boeteclausule

Meer dan driekwart van de werkgevers kiest ervoor een boeteclausule op te nemen in het non-concurrentiebeding. Van deze werkgevers kiest één op de drie voor een eenmalig boetebedrag, ten bedrage van gemiddeld € 8647. De resterende werkgevers kiezen voor een per periode van schending vervallende boete. Op het aangaan van klantrelaties staat vaker een boete dan op het in dienst treden bij een directe concurrent.

Compensatie

Eén op de tien werkgevers compenseert werknemers voor de binding aan een non-concurrentiebeding. Ongeveer de helft van de werkgevers die dit doen, kiest voor toekenning van een hoger loon. Voor een

eerdere promotie naar een hogere functie opteert nagenoeg geen enkele werkgever. De andere helft van de werkgevers biedt andersoortige compensatie, zoals het uitzicht op een arbeidscontract voor onbepaalde tijd of training en opleiding.^[23] Het MKB past compensatie het meest toe (13%). Kleine werkgevers compenseren vooral in de vorm van hoger loon, terwijl middelgrote werkgevers vooral andersoortige vormen van compensatie geven, zoals trainingen en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

4.4 Ervaren overtredingen en (niet-)handhaving (bij de rechter)

Bij één op de vijf werkgevers heeft een werknemer weleens een non-concurrentiebeding overtreden. Ook hier verschillen uitkomsten per sector: van vrijwel nooit (landbouw en vervoer) tot 32% (onderwijs en overheid). De sectoren informatie en communicatie, zorg en welzijn, groot- en detailhandel en dienstverlening tonen hoge percentages van ervaren overtredingen (variërend van 17-25). Gemiddeld hebben al deze werkgevers dit 2,3 keer meegemaakt.

Twee op de drie werkgevers die zich geconfronteerd zien met een overtreding van een concurrentiebeding, besluiten af te zien van handhaving. Zij doen dit in gemiddeld 95% van de gevallen. Meestal rapporteren zij dat er geen zwaarwegende bezwaren waren tegen de overstap van de werknemer, namelijk in 47% van de gevallen. Van deze werkgevers zegt 23% daarnaast geen schade van de overstap voorzien te hebben. Ten slotte besloot 21% om af te zien van handhaving van het beding omdat men verwachtte dat de rechter tot vernietiging over zou gaan.^[24] Dit getal is interessant in het licht van de rechtspraakanalyse dat in 47% van de gevallen het non-concurrentiebeding in stand gelaten is of hoogstens gedeeltelijk gematigd is.

Van de werkgevers die bij overtreding van het beding wel besloten te handhaven, heeft 42% weleens geprobeerd buiten de rechter om tot een schikking te komen. Deze pogingen tot schikking slaagden vrijwel altijd. In het merendeel van deze gevallen is het beding afgekocht door de nieuwe werkgever (88%). Van de hier bedoelde gevallen werd 15%^[25] (ook) afgekocht door de werknemer. In 8% van de gevallen van schikking vond betaling (mede) plaats door af te zien van uitstaande (eind)tegoeden, zoals vakantiegeld. Nadere afspraken over de werkzaamheden bij de nieuwe werkgever waren in 8% van de gevallen de uitkomst. Tot structureel uitstel van de overstap kwam het in schikkingsvoorstellen nooit.

Tot juridische stappen naar aanleiding van een conflict over een non-concurrentiebeding komt het zelden. Van de werkgevers die niet afzagen van handhaving, zette 13% uiteindelijk de stap naar de rechter. Het betrof in de steekproef voor dit onderzoek uiteindelijk vijf werkgevers.^[26] Dit onderschrijft het beeld uit het rechtspraakonderzoek dat geschillen over een non-concurrentiebeding relatief weinig tot een daadwerkelijke rechtszaak leiden.

4.5 (Algehele) waardering en noodzaak van en voor het non-concurrentiebeding

Meer dan driekwart van de werkgevers acht het non-concurrentiebeding noodzakelijk tot zeer noodzakelijk voor de bescherming van relaties en informatie die men essentieel acht voor de concurrentiepositie. In sommige sectoren, zoals dienstverlening en bouw, gaat het zelfs om percentages van 85 resp. 93. Twee op de drie van de hier bedoelde werkgevers acht het beding in de huidige vorm geschikt tot zeer geschikt voor bescherming van het bedrijfsdebiët.^[27] Uiteindelijk waardeert 60% van de werkgevers het non-concurrentiebeding positief tot zeer positief. Zij hechten vooral belang aan de rol die het beding speelt ter voorkoming van het meenemen van kennis en relaties (aldus 53% van deze categorie werkgevers). Ongeveer een derde van de werkgevers beoordeelt het non-concurrentiebeding positief noch negatief. 7% waardeert het beding negatief. Die laatste categorie ziet vooral op tegen de rechtszaken (44%), en veronderstelt dat deze toch niet het resultaat opleveren waarop gehoopt wordt (21%).

Het mag niet verbazen dat werkgevers over het algemeen geen voorstander zijn van inperking van de huidige regeling. Een beperking in het temporele en geografische bereik doet volgens hen afbreuk aan het benodigde maatwerk, terwijl voor compensatie geen grondslag wordt gezien. Een beperking van de mogelijkheid van een non-concurrentiebeding tot uitsluitend vaste contracten, kan nog op de meeste bijval rekenen.

5. Werknemers en de werking van het non-concurrentiebeding

5.1 Wie laat zich binden?

Wat weten we eigenlijk van de werknemers die een non-concurrentiebeding aangaan? Allereerst dat het er veel zijn. Zoals hierboven opgemerkt zijn meer dan drie miljoen werknemers (meer dan een derde van de beroepsbevolking) in Nederland gebonden aan een non-concurrentiebeding. Het merendeel van deze werknemers is werkzaam in de sector 'dienstverlening'. Werknemers met een hbo- en wo-achtergrond hebben doorgaans (respectievelijk 19% en 20%) met een non-concurrentiebeding te maken. Onder mbo-geschoolde werknemers ligt dit percentage lager (13). Wel is sprake van een groter deel van deze werknemers dat zegt niet te weten of zij een afspraak op dit punt gemaakt hebben, 30% tegenover 23% en 22% van de hbo- en wo-geschoolde werknemers.^[28] Ook blijkt dat naarmate de werknemer meer verdient, een vaster dienstverband heeft en werkzaam is bij een grotere werkgever, de kans op binding aan een non-concurrentiebeding toeneemt.

5.2 Wel bewust, maar onwetend

Van de werknemers met een non-concurrentiebeding in de huidige arbeidsovereenkomst is 72% naar eigen zeggen bekend met de bepalingen van het beding. Van hen kan 99% daarbij specifieke bepalingen benoemen. Interessant is wel dat het merendeel vooral noemt dat hun 'verboden wordt bij concurrenten in dienst te treden'. Specifieke uit het non-concurrentiebeding voortvloeiende beperkingen die werkgevers wel noemen, worden door werknemers niet of in mindere mate genoemd. Dit doet vermoeden dat werknemers mogelijk minder goed op de hoogte zijn van de inhoud dan zij denken.^[29]

Bijna twee derde van de werknemers met een non-concurrentiebeding in de huidige functie stelt goed bekend te zijn met de mogelijke financiële gevolgen van overtreding van het beding. Bij navraag blijkt 16% van deze werknemers echter geen specifieke consequenties te kunnen benoemen. Ongeveer 8% van de werknemers denkt dat overtreding van het beding geen gevolgen heeft. Het resterende deel (75%) verwacht een boete, maar is er *fiftyfifty* over verdeeld of dit een eenmalige dan wel een voortdurende boete zal zijn.^[30] Twee op de drie werkgevers die een boetebepaling opnemen in het non-concurrentiebeding, voorzien in per periode vervallende boetes. Aangezien werkgevers het beding voornamelijk hanteren als standaardclausule, is de kans klein dat zij hierop uitzonderingen maken. Een deel van de werknemers stelt ten onrechte bij schending van het beding slechts een eenmalige boete te riskeren.

Een groot deel van de werknemers is er zich dus van bewust aan een non-concurrentiebeding gebonden te zijn, maar kan de inhoud niet (goed) reproduceren. Dit kan ook komen doordat het merendeel pas bij het tekenen van de arbeidsovereenkomst over het beding geïnformeerd wordt en de consequenties op dat moment onvoldoende overziet en tot zich neemt.^[31] Minder dan de helft van de werkgevers licht de reden van het opnemen van een non-concurrentiebeding in het contract toe.

5.3 De paradox van de beperkende werking en onderschatting aan de kant van werknemers

Het merendeel van de werknemers met een non-concurrentiebeding *in de huidige functie* gaat, als men daar behoefte aan heeft, gewoon op zoek naar ander werk. Zij vertrouwen erop dat de werkgever het beding uiteindelijk niet zal handhaven, of dat het beding vervallen zal zijn tegen de tijd dat zij ander werk vinden. Weinig werknemers ervaren dan ook druk om enkel te zoeken naar functies die niet door het contract getroffen worden, noch om eventueel af te zien van aangeboden werk. Slechts 9% van de werknemers voorziet 'hinder' als in de toekomst ander werk gezocht moet worden. Het non-concurrentiebeding drukt dan ook nauwelijks op de motieven van deze werknemers om van werkgever te wisselen. Wel spreken zij relatief veel onzekerheid uit over de kans dat een potentiële volgende werkgever afziet van een arbeidsovereenkomst vanwege het beding.^[32] Werknemers onderschatten de juridische waarde van het non-concurrentiebeding.

Bij werknemers die daadwerkelijk *van baan zijn gewisseld*, ontstaat een ander beeld. Bijna de helft van hen stelt bij het zoeken naar ander werk er rekening mee gehouden te hebben dat de baan waarnaar gesolliciteerd werd, niet onder het beding viel. Zij ervoeren hiertoe druk vanuit de werkgever, die relatief vaak preste om af te zien van bepaald aangeboden werk. Daarnaast zag een kwart van deze werknemers dat de nieuwe werkgever afzag van een arbeidsovereenkomst nadat duidelijk geworden was dat een non-concurrentiebeding in het spel was. Ruim 29% van deze werknemers voorziet hinder bij een baanwissel.

De mate van hinder die werknemers met een conflict over een vorig dienstverband ervoeren, loopt geleidelijk terug van mbo- tot wo-niveau. Zo stelt 32% van de mbo-geschoolden (veel) hinder ervaren te hebben van het beding. Onder hbo- en wo-geschoolde werknemers ligt dit aandeel op respectievelijk 29% en 21%. Werknemers met een non-concurrentiebeding in een vorig arbeidscontract voor bepaalde tijd stellen vaker (33%) hinder ervaren te hebben van het beding dan werknemers met een eerder beding gekoppeld aan een contract voor onbepaalde tijd (26%).^[33]

Paradoxaal genoeg vinden werknemers die gebonden waren aan een non-concurrentiebeding na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst sneller een nieuwe baan dan werknemers voor wie geen beding van toepassing was. Mogelijke achtergrond hiervan is dat juist met kansrijkere werknemers een non-concurrentiebeding aangegaan wordt. Werknemers met een non-concurrentiebeding vinden binnen gemiddeld 3,8 maanden een nieuwe baan, waar werknemers voor wie geen beperkend beding geldt, er gemiddeld 4,3 maanden over doen. Van de werknemers met een beding vindt 65% binnen drie maanden een nieuwe baan. Onder werknemers zonder beding ligt dit percentage op 58. Na anderhalf jaar vervlakt dit verschil.

5.4 Handhaving: de soep wordt niet heet gegeten, toch?

Een kwart van de werknemers die vanuit de huidige arbeidsovereenkomst gebonden zijn aan een non-concurrentiebeding, beweert dat een mogelijk conflict over dit beding hen ervan zal weerhouden ander werk te accepteren. Het aandeel werknemers dat zich niet zegt te laten afschrikken, is twee keer zo groot. Van deze groep verwacht 81% geen hinder te ondervinden om met te leveren bewijs het beding eventueel nietig te laten verklaren. De overige werknemers kunnen hun reactie niet vooraf inschatten.

Van de groep werknemers met een non-concurrentiebeding verwachten vier op de vijf een mogelijk conflict over het beding zonder ingrijpen van de rechter op te lossen. Iets minder dan een kwart denkt zelfs dat er helemaal geen stappen nodig zijn, maar dat het conflict zich als vanzelf oplost. Het resterende deel hoopt buiten de rechter om een schikking te kunnen treffen, al dan niet door bemiddeling of in direct overleg met de werkgever. Slechts een kwart voorziet vooraf een procedure bij de rechter. Onder werknemers bij wie het non-concurrentiebeding het werken bij relaties beperkt, is de bereidheid bij een conflict naar de rechter te stappen, het grootst (34%). Deze bereidheid is het minst aanwezig bij werknemers die te maken hebben met beperkingen op het uitvoeren van specifieke werkzaamheden (4%).

In de praktijk komt het ook weinig aan op een rechtsgang (zie oordeel werkgevers en jurisprudentie). Van de werknemers met een non-concurrentiebeding in de vorige functie die overstapten naar een vergelijkbare baan (8%), kwam meer dan de helft uiteindelijk in conflict met de vorige werkgever. Hiervan stapte 8% uiteindelijk naar de rechter om het conflict op te lossen. In 38% van de gevallen bleken geen stappen nodig te zijn om tot oplossing van het conflict te komen.

5.5 Werknemers hebben begrip voor het non-concurrentiebeding, maar minder als het henzelf raakt

Van de werknemers met een non-concurrentiebeding in de huidige functie spreekt de helft zich niet nadrukkelijk positief of negatief uit over het instrument. Wie dat wel doet, is over het algemeen eerder positief (33%) dan negatief (18%) gestemd over het beding. Universitair opgeleide werknemers zijn het vaakst positief. Van deze groep waardeert 36% het beding als positief, tegenover 31% en 32% van werknemers op respectievelijk mbo- en hbo-niveau. Werknemers die eerder een baan hebben moeten weigeren wegens een non-concurrentiebeding, zijn vaker negatief (47%) dan positief (21%).

Werknemers die goed bekend zeggen te zijn met de inhoud van het non-concurrentiebeding waaraan zij momenteel gehouden zijn, zijn vaker (38%) positief over het middel dan werknemers die er slecht bekend mee zijn (29%). Een vergelijkbaar beeld doet zich voor onder werknemers met een non-concurrentiebeding in een vorige functie, waarvan degenen die goed bekend zeiden te zijn met de inhoud van het beding, er vaker (32%) positief tegenover staan dan diegenen die dat niet zijn (9%).

‘Voorstanders’ beweren vooral dat een non-concurrentiebeding duidelijkheid schept. Ook zien zij in het beding een voor de werkgever noodzakelijk middel om het bedrijfsbelang te beschermen. Voor de bescherming van relaties, informatie en intellectueel eigendom achten zij het een geschikt instrument. Ook denken zij dat het de werkgever motiveert om in de eigen werknemers te investeren, door bijvoorbeeld opleidingen aan te bieden. ‘Tegenstanders’ vinden het non-concurrentiebeding vooral een eenzijdig instrument. Zij zeggen dat het enkel het belang van de werkgever dient. Vooral de beperking op de arbeidsmarkt vinden zij problematisch.^[34]

6. Concluderende inzichten voor toekomstig beleid

Welke inzichten geeft dit (empirisch) onderzoek voor toekomstig beleid? Twee derde van de werkgevers die worden geconfronteerd met overtreding van het non-concurrentiebeding, besluit niet te handhaven. Een groot deel hiervan doet dit wegens gebrek aan belang. Ook blijkt een deel van de werkgevers het non-concurrentiebeding te gebruiken als middel werknemers te binden. Voorts wordt door werkgevers veelal met ‘standaardclausules’ gewerkt. Dit alles duidt op (een vermoeden van) overmatig gebruik van het non-concurrentiebeding. Tegelijkertijd voeren zowel werkgevers als werknemers het nut en de noodzaak van zulke bedingen aan. Een algeheel verbod op non-concurrentiebedingen als opgenomen in art. 7:700 BW (voor zeevarenden) ligt op basis van dit onderzoek niet (onmiddellijk) voor de hand.^[35] In het licht van het fundamentele recht op een vrije keuze van arbeid en gelet op het feit dat onrechtmatige concurrentie met een beroep op art. 6:162 BW kan worden tegengegaan, is de vraag of een specifieke wettelijke regeling van het concurrentiebeding noodzakelijk is, op zijn minst gerechtvaardigd. Uiteindelijk is dit een rechtspolitieke keuze. Wij gaan er voor het vervolg van uit dat die noodzaak door de wetgever (gevoed door sociale partners) gevoeld wordt. Hoe ziet dan die regeling eruit?

6.1 Werknemers onderschatten beding: aanscherping voorwaarden voor binding

Allereerst valt op dat werknemers het non-concurrentiebeding enorm onderschatten. Werknemers denken dat werkgevers niet moeilijk zullen doen bij een eventuele overstap en dat ‘ze er wel met elkaar uit zullen komen’. Ook blijken werknemers slecht op de hoogte van hetgeen ze precies getekend hebben en worden ze doorgaans niet goed of in een laat stadium geïnformeerd. Ook blijkt dat de motiveringseis bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet of nauwelijks tot minder bedingen in dergelijke contracten geleid heeft. Werknemers die in het verleden ‘discussies’ over het non-concurrentiebeding gehad hebben, zijn aanmerkelijk ‘negatiever’ en ‘minder optimistisch’ over het ‘loslopen aan het einde van de rit’. Hieruit kan worden geconcludeerd dat het beding vaak (al te) lichtvaardig in het contract opgenomen wordt en tot een behoorlijke beperking van arbeidskansen leidt (ook al vinden werknemers doorgaans wel snel ander werk).

Als beleids optie is allereerst te overwegen dat er bij het aangaan van een non-concurrentiebeding een ‘Jip-en-Janneke’-verklaring komt, waarmee de ernst van het beding beter tot uitdrukking komt (gelijk aan de ‘informed consent’ bij veel financiële producten). De werknemer moet dan zelf opschrijven dat hij begrijpt dat hij na afloop van het contract niet werkzaam mag zijn in sector X en geen handelingen Y mag verrichten, etc. Dit zou het bewustzijn bij werknemers kunnen vergroten dat het ‘menens’ is. Het nadeel dat hiermee niet ondervangen wordt, is dat het beding veelal aan het begin van de arbeidsverhouding of bij een ‘volgende stap binnen het bedrijf’ in het arbeidscontract opgenomen wordt. Werknemers zullen daarom snel(ler) geneigd zijn uit optimisme of opportunisme akkoord te gaan met een beding dat uiteindelijk onevenredig zwaar op hen drukt. De huidige vereisten van ‘schriftelijkheid’ en ‘motivering’ lijken dan ontoereikend.

Het ligt daarom in de tweede plaats voor de hand meer materiële eisen aan het non-concurrentiebeding te

stellen. Gedacht kan worden aan het temporele en geografische bereik, maar vooral ook aan de toevoeging van een prikkel voor werkgevers zorgvuldiger om te gaan met het beding. Hoewel onder werkgevers niet favoriet, zou een 'vergoedingssysteem' zoals dat in Duitsland of België heel gewoon is, te overwegen zijn. Niet alleen zou voor de duur van handhaving van het beding een verplichte vergoeding moeten gelden, maar er zou ook een zekere 'tekenprikkel' overwogen kunnen worden. Het overeenkomen van een non-concurrentiebeding zou dan kostenverhogend moeten werken. De werknemer wordt immers (althans in theorie) beperkt in de mogelijkheden ook tijdens het dienstverband om te zien naar een andere werkomgeving. Bedacht moet worden dat nu al 10% van de werkgevers werknemers compenseert voor het aangaan van een dergelijk beding. Het wettelijk verplichten werknemers te compenseren door middel van meer loon, een verhoogde werkgeversafdracht WW-premie (gelijk aan de huidige Premiedifferentiatie WW) of een verhogingsfactor op de transitievergoeding, zou uiteindelijk verrekend kunnen worden in de kostprijs van arbeid. Gezien het feit dat slechts een relatief kleine groep van 10% van de werkgevers tot dusver compenseert, zal een wettelijke plicht tot vergoeding bij handhaving (en bij het overeenkomen) van een non-concurrentiebeding een groot effect hebben en een zekere gedragsprikkel bewerkstelligen. Of dat opweegt tegen het potentieel geschetste verrekennadeel zal moeten blijken.

6.2 Een duidelijke regeling met ruimte voor differentiatie

Het onderzoek laat zien dat er grote verschillen zijn in gebruik van het beding tussen sectoren en ondernemingsomvang. Het temporele bereik is voor de ene werkgever maximaal zes maanden terwijl de andere werkgever twee jaar als te kort ervaart. Uit jurisprudentieonderzoek is bekend dat rechters het temporele bereik gemiddeld genomen tot twaalf maanden matigen.^[36] Om recht te doen aan de pluraliteit van werkgevers(behoefte) zou een beleids optie kunnen zijn in de wet een maximale duur van één jaar op te nemen met een afwijkingmogelijkheid bij cao. In cao's kan dan in een sector tot meer maatwerk worden gekomen.

Ook valt op dat werkgevers en werknemers het non-concurrentiebeding en het relatiebeding als twee wezenlijk verschillende figuren ervaren. Overtreding van het relatiebeding wordt doorgaans als 'ernstiger' ervaren dan het overtreden van het non-concurrentiebeding. Daarom is het temporele bereik van een relatiebeding doorgaans langer dan dat van een non-concurrentiebeding. Hoewel te overwegen valt een onderscheid in de wet te maken tussen de twee typen, zijn wij hiervan niet onmiddellijk voorstander. De praktijk zal tal van gevallen laten zien waarin het onderscheid tussen beide niet zo evident is, met tal van geschillen over de juridische status als gevolg.^[37]

6.3 De 'trade off': betere en voorspelbaardere balans, strengere handhaving

Maken we de balans op, dan ontstaat het volgende beeld. Werkgevers beweren het non-concurrentiebeding als wenselijk en noodzakelijk te ervaren. Werknemers hebben over het algemeen begrip voor deze wens en noodzaak. Zij onderwerpen zich evenwel in het merendeel van de gevallen aan een non-concurrentiebeding op basis van een verkeerde (te optimistische) voorstelling van zaken. Tot handhaving bij de rechter komt het niet vaak, maar dat wil niet zeggen dat partijen over en weer geen 'last hebben' van het beding. Ruim 20% van de werkgevers zegt niet te handhaven wegens 'gebrek aan vertrouwen dat de rechter het beding in stand laat'. Als we de beleids opties combineren, dan ontstaat er wellicht een trade off: een duidelijke en evenwichtige regeling met meer wettelijke materiële waarborgen voor werknemers en ruimte om bij cao meer maatwerk te leveren voor werkgevers, brengt dan mee dat werknemers in beginsel aan het beding gebonden zijn. Door de wettelijk geregelde (nieuwe) balans, zou de matigingsbevoegdheid van de rechter terughoudender kunnen zijn. Daarmee zijn de gebondenheid aan het non-concurrentiebeding en de eventuele compensatie, voor alle partijen op voorhand duidelijk, voorspelbaar en bieden zij (iets) meer rechtszekerheid.

Voetnoten

[1] Douwe Grijpstra en Merle Bartsch zijn onderzoekers bij Panteia. Ruben Houweling is hoogleraar arbeidsrecht bij Erasmus School of Law.

[2] De fijnproever zal opmerken dat het toekennen van een 'billijke vergoeding' pas in 1954 werd ingevoerd als gevolg van wetwijziging 881 ([Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3](#), p. 11) en dat in 1997 een aantal terminologische wijzigingen plaatsvond, terwijl bovendien de boetematiging verviel als gevolg van de invoering van afdeling 7 in het NBW. Dit neemt niet weg dat de kern van art. 7:653 BW alweer bijna 115 jaar ongewijzigd gebleven is.

[3] C.J. Loonstra, 'Op zoek naar het evenwicht. Het nieuwe wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding', *NJB* 2002, p. 350-355; C.G. Scholtens, 'Het concurrentiebeding, een hebbing of een onding?', *ArbeidsRecht* 2002-8/9, p. 33-36. Zie verder A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011.

[4] Deze boetematigingsbevoegdheid stond tot 1997 uitdrukkelijk in art. 7:653 BW.

[5] *Kamerstukken II* 2013/14, bijlage bij 33 750 XV, nr. 5. Zie ook [Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3](#), p. 18.

[6] [Kamerstukken II 2019/20, 35 300-XV, nr. 61](#).

[7] De Commissie Regulering van Werk adviseert een algemene schriftelijke motiveringsplicht voor het non-concurrentiebeding ongeacht de duur van de arbeidsovereenkomst. Zie: Commissie-Borstlap: "In wat voor land willen wij werken", Eindrapport, 2020, p. 66 en p. 87.

[8] Het bekendste voorbeeld is het wetsvoorstel 28 167. Zie hierover A.R. Houweling, 'Bevordering van de rechtszekerheid: een sterke vestingmuur?', *Arbeid Integraal* 2005/2.

[9] Zie recentelijk nog in dit tijdschrift E.C.M.M. Sonnemans, 'Het concurrentiebeding aan banden: België en Duitsland als inspiratiebron', *TRA* 2021/65, p. 8 e.v. Zie ook A.R. Houweling, 'Contouren van een nieuwe wettelijke regeling van het concurrentiebeding: hadden Osinga en Spanjaard maar later geleefd', *ArA* 2015, p. 11-22.

[10] C.J. Loonstra, 'Het nieuwe art. 7:653 BW gewogen in het licht van art. 19lid 3 Grondwet', *SMA* 2005-2.

[11] Het Evaluatierapport Wwz geeft informatie over de toe- en afname van non-concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (geen verschil). Een beeld van de 'concurrentiebedingpraktijk' als zodanig geeft het rapport niet. Zie A. Heyma c.s., 'Evaluatie Wet werk en zekerheid', SEO 2020, p. 20.

[12] M. Bartsch, D. Grijpstra en R. Houweling, 'De werking van het concurrentiebeding', Eindrapport, Zoetermeer: Panteia 2021, 150 pp.

[13] Bijlage bij Kamerbrief 25 juni 2021, 2021-0000099740.

[14] Eindrapport, p. 30-32.

[15] Dat is aanzienlijk minder dan het aandeel ontslagzaken (53%), zaken over vakantie en loon (11%), en transitievergoedingen (6%).

[16] Zie bijlage 7, tabel B7.1 voor een uitsplitsing van de afgedane zaken naar de bijbehorende rechtbanken.

[17] Eindrapport, p. 85.

[18] Eindrapport, p. 43.

[19] Eindrapport, p. 68.

[20] Deze conclusie volgt ook uit het Evaluatierapport WWZ. Zie A. Heyma c.s., 'Evaluatie Wet werk en zekerheid', SEO 2020, p. 20.

[21] Eindrapport, p. 52.

[22] Eindrapport, p. 56.

[23] Eindrapport, p. 60.

[24] Eindrapport, p. 62.

[25] De schikkingsvoorwaarden zijn aan de orde gesteld in een multiple-response set. Als gevolg hiervan tellen de aantallen niet op tot 100%.

[26] Eindrapport, p. 65.

[27] Eindrapport, p. 72.

[28] Eindrapport, p. 87.

[29] Eindrapport, p. 94.

[30] Eindrapport, p. 99.

[31] Eindrapport, p. 96.

[32] Eindrapport, p. 100.

[33] Eindrapport, p. 104.

[34] Eindrapport, p. 111.

[35] Vanuit meer economisch perspectief zijn er argumenten een 'verbod op non-concurrentiebedingen' te overwegen, omdat dit een optimale allocatie en innovatie in de weg zou staan. Zie E. Stam, 'The Case against Non-Compete Agreements', *U.S.E. Working Paper Series*, 2020, nr. 19-20.

[36] A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: BJu 2011.

[37] Het wetsvoorstel 28 167 struikelde bovendien over het 'relatiebeding' als uitzondering op het non-concurrentiebeding.