FNV
Hertogswetering 159
3543 AS Utrecht

T 088 368 0 368

CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht

T 030 751 11 00

VCP
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90525
2509 LM 's-Gravenhage

T 070 349 97 40

Aan de leden van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Per e-mail: cie.szw@tweedekamer.nl

CC:
Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, drs. A.D. Wiersma
per e-mail: staatssecretaris@minszw.nl

Datum
13 december 2021

Uw kenmerk

Ons kenmerk
21-174/ZB/RS/ivdj

Telefoonnr.
06 – 341 855 14

Onderwerp
Wetsvoorstel Implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden (dossier nr. 35 962)

E-mail
charlotte.sep@fnv.nl
r.vanderploeg@cnv.nl
s.heemskerk@vcp.nl

Geachte dames en heren,

Inleiding

De gezamenlijke Nederlandse vakcentrales (FNV, CNV en VCP) ondersteunen de doelstellingen van EU-richtlijn 2019/1152 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie - hierna 'de richtlijn' - om transparantere en beter voorspelbare arbeidsvoorwaarden te bevorderen en gelijktijdig te zorgen voor aanpassingsvermogen op de arbeidsmarkt.

Sommige nieuwe vormen van werk kunnen immers aanzienlijk minder voorspelbaar zijn dan traditionele arbeidsrelaties en kunnen zo leiden tot onzekerheid omtrent de toepasselijke rechten en sociale bescherming voor de betrokken werknemers. In die veranderende arbeidswereld is het dus steeds belangrijker voor werknemers om volledig geïnformeerd te zijn over hun essentiële arbeidsvoorwaarden, en dat moet tijdig en schriftelijk gebeuren in een voor werknemers gemakkelijk toegankelijke vorm. Om zich voldoende aan de ontwikkeling van nieuwe vormen van werk te kunnen aanpassen, moeten werknemers in de Unie ook een aantal nieuwe minimumrechten krijgen.

In de veranderende arbeidswereld hebben sommige mensen meer banen nodig om

financieel rond te kunnen komen, zoals ook bleek uit de SER Verkenning '*De vele kanten van banen combineren*'.[1] Met het oog daarop verplicht de richtlijn de lidstaten ervoor te zorgen dat de werkgever de werknemer niet verbiedt, buiten het werkrooster bij die werkgever, voor andere werkgevers te gaan werken.

De wijze waarop dit onderdeel van de richtlijn middels het concept wetsvoorstel (35 962) wordt geïmplementeerd leidt echter niet tot de door de richtlijn beoogde (inkomens)zekerheid voor werknemers. Een zekerheid welke de vakcentrales noodzakelijk achten om het doel van de richtlijn te verzekeren. Voor werknemers is niet transparant en voorspelbaar wanneer de werkgever hen zal verbieden om een andere baan ernaast te accepteren. De vakcentrales verzoeken dan ook dringend om het betreffende artikel aan te passen als voorgesteld in deze brief (zie voor het volledige tekstvoorstel *'Voorstellen aanpassing wetsvoorstel'* aan het eind van deze brief), zodat werknemers afdoende zekerheid hebben dat zij voor een andere werkgever kunnen werken.

Ten aanzien van het wetgevingsproces
Er is voor gekozen om de implementatiewetgeving niet via internetconsultatie voor te leggen. Deze keuze lijkt gebaseerd op de najaarsrapportage regeldruk van 17 november 2016 (Kamerstukken II 2016/17, 29515, nr. 397, p. 5) en de intentie om bij de implementatie geen andere regels op te nemen dan strikt noodzakelijk (de zogenaamd 'zuivere implementatie').

De gezamenlijke vakcentrales zijn van mening dat deze keuze de kwaliteit van de implementatie en de uitvoerbaarheid van de geïmplementeerde wetgeving niet ten goede komt. Zoals ook blijkt uit de vele opmerkingen ten aanzien van het concept wetsvoorstel - onder andere vanuit de Raad voor de Rechtspraak - wil een zuivere implementatie niet zeggen dat er 'slechts' sprake is van een letterlijke omzetting van de Richtlijn. De vakcentrales willen het kabinet via u daarom dringend verzoeken om in het vervolg ook bij een 'zuivere' implementatie van een richtlijn in beginsel een internetconsultatie te laten plaatsvinden. Dit draagt bij aan de transparantie van het proces, vergroot de mogelijkheden voor publieke participatie en komt de kwaliteit en uitvoerbaarheid van de implementatiewetgeving ten goede.

Voorgesteld art. 7:653a BW inzake nevenwerkzaamheden

Het nevenwerkzaamhedenbeding is - in tegenstelling tot de wettelijke regeling ten aanzien van het concurrentiebeding in art. 7:653 BW - momenteel op nationaal niveau niet wettelijk geregeld.

[1] SER Verkenning 18/02 (maart 2018) 'De vele kanten van banen combineren'. De vele kanten van banen combineren VERKENNING 18/02 | Maart 2018 (ser.nl)

De vakcentrales vinden het terecht dat het neven(werkzaamheden)beding nu wettelijk wordt geregeld. Het gaat hier immers om een beperking op het grondwettelijke recht op vrije arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Grondwet). Waar art. 7:653 BW grenzen stelt aan bedingen die de werknemer verbieden om *na* de dienstbetrekking elders als werknemer of als zelfstandige werkzaamheden te verrichten (concurrentiebeding), richt het nieuwe artikel 7:653a BW zich op werkzaamheden elders als werknemer of als zelfstandige *tijdens* de dienstbetrekking. Met een wettelijke regeling wordt de rechtszekerheid bevorderd.

De vakcentrales zijn echter van mening dat het voorgestelde artikel 7:653a BW de werknemer onvoldoende beschermt. Hun kritiek richt zich op de zinsnede 'tenzij dit beding kan worden gerechtvaardigd op grond van een objectieve reden' in het voorgestelde lid 1:

> 'Een beding waarbij de werkgever verbiedt of beperkt dat de werknemer voor anderen arbeid verricht buiten de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht bij die werkgever, is nietig, *tenzij dit beding kan worden gerechtvaardigd op grond van een objectieve reden'.*

Deze formulering biedt werknemers te weinig houvast, rechtszekerheid en rechtsbescherming. Dit wordt nog versterkt doordat volgens de toelichting niet vereist is dat de objectieve rechtvaardigingsgrond in de arbeidsovereenkomst wordt vastgelegd. In plaats hiervan zouden de objectieve gronden schriftelijk dienen te worden vastgelegd. Het eerste lid zou daartoe als volgt moeten worden aangepast:

> 'Een beding waarbij de werkgever verbiedt of beperkt dat de werknemer voor anderen arbeid verricht buiten de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht bij die werkgever, is nietig, *tenzij dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer en uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen als bedoeld in artikel 653 lid 2*.

Gebeurt dit niet, dan verwachten de vakcentrales hier talloze rechtszaken over.
De kritiek richt zich tevens op het feit dat in de regeling geen belangenafweging is opgenomen voor het geval er door de werkgever een beroep wordt gedaan op de rechtvaardigingsgrond in het door hem met de werknemer overeengekomen nevenbeding. Een dergelijke belangenafweging is wel expliciet opgenomen in art. 7:653 BW. Ook op dit punt dient het voorstel daarom te worden aangepast.

In strijd met (doelstelling) richtlijn
De richtlijn beoogt transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden. De voorgestelde regeling van art. 7:653a is echter allesbehalve transparant en voorspelbaar. De toetsing van de rechtvaardigingsgrond aan de hand van de objectieve reden die door de werkgever wordt aangedragen zal immers pas achteraf kunnen plaatsvinden. De werknemer weet op het moment van het aangaan van een arbeidsovereenkomst immers - in geval van een beding zonder vermelding van de expliciete rechtvaardigingsgrond en/of (des te meer) bij het ontbreken van de motivering daaromtrent, laat staan in het geval slechts mondeling bedongen is dat toestemming nodig is - niet wanneer hem dit beding kan worden

tegengeworpen. De werknemer heeft daarmee vooraf geen enkele zekerheid over de mogelijkheid om een tweede of bijbaan te nemen.
De voorgestelde regeling is gezien het voorgaande dan ook in strijd met de doelstelling van de Richtlijn, zoals onder meer verwoord in overweging 4 van de Richtlijn:

> '.. Doel daarvan is de zekerheid en de voorspelbaarheid van arbeidsrelaties te bevorderen….'

Daarnaast is er mede sprake van strijdigheid met (de doelstelling van) de richtlijn vanwege het feit dat de voorwaarden in het wetsvoorstel niet zijn vastgelegd zoals door de richtlijn vereist is voor de uitzondering op de nietigheid van het nevenwerkzaamhedenbeding. Artikel 9 lid 2 van de richtlijn stelt immers dat een afwijking mogelijk is voor zover lidstaten voorwaarden aan het gebruik van objectieve redenen stellen.

Artikel 9 lid 2 Richtlijn luidt:

'De lidstaten kunnen voorwaarden vastleggen voor het gebruik van onverenigbaarheidsbeperkingen door werkgevers, om objectieve redenen, zoals gezondheid en veiligheid, de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie, de integriteit van overheidsdiensten of het vermijden van belangenconflicten.'

Dit blijkt ook uit overweging 29 van de richtlijn:

'*Lidstaten moeten voorwaarden kunnen vaststellen voor het gebruik van onverenigbaarheidsbeperkingen; hieronder wordt verstaan beperkingen ten aanzien van het werken voor andere werkgevers om objectieve redenen zoals de bescherming van de gezondheid en veiligheid van werknemers, onder meer door beperking van de arbeidstijd, de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie, de integriteit van overheidsdiensten of het voorkomen van belangenconflicten*.''

Op gespannen voet met recht op vrije arbeidskeuze
Beperkingen aan nevenwerkzaamheden kunnen een inbreuk vormen op het fundamentele recht op arbeid als vastgelegd in artikel 19 lid 3 Gw en artikel 1 ESH. Vanwege deze mogelijke inbreuk dient de wet een dergelijke inbreuk tot het noodzakelijke te beperken. Dit pleit ervoor om wettelijk vast te leggen dat de werkgever de objectieve redenen op kenbare wijze dient te motiveren door een concreet en zakelijk belang, zoals ook in de literatuur wordt erkend.[2]

Mogelijke conflicten en uitvoeringsproblemen
Ook de Raad voor de Rechtspraak heeft reeds gewezen op de onzekerheid en onvoorspelbaarheid van de voorgestelde regeling. Hij heeft daarbij expliciet het risico van uitvoeringsproblemen benoemd en gewezen op het feit dat het voorgestelde artikel

---

[2] D.J.B. de Wolff, '*Het stapelen van banen arbeidsrechtelijk beschouwd'*, ArbeidsRecht 2014/42 en E. Hagendoorn, *'Hoe lang kunnen nevenwerkzaamheden nog worden verboden: kan dit überhaupt wel?*', Tijdschrift voor de Arbeidspraktijk nr. 8, 2019.

conflicten kan veroorzaken tussen werkgever en werknemer. Ook de Raad heeft daarom voorgesteld om een schriftelijkheidsvereiste ten aanzien van de rechtvaardigingsgrond en motivatie daarvan als voorwaarde te stellen.

In de Memorie van Toelichting is aangegeven dat dit niet opportuun zou zijn, omdat het voor werkgevers op voorhand niet te overzien zou zijn *welke omstandigheden* een objectieve rechtvaardigingsgrond opleveren. Deze redenering kan niet gevolgd worden. In de eerste plaats onderschrijft de toelichting hiermee het feit dat het huidige artikel leidt tot grote onvoorspelbaarheid voor werknemers. Er lijkt hierbij slechts rekening te zijn gehouden met de mate van voorspelbaarheid voor werkgevers, terwijl de richtlijn zich richt op de bescherming van werknemers door de voorspelbaarheid en transparantie van hun arbeidsvoorwaarden zoveel als mogelijk vast te leggen.
Daarbij heeft het feit dat omstandigheden tevoren niet voorspelbaar zouden zijn, niets van doen met de belangen van de werkgever die bij aanvang van het dienstverband reeds vastgesteld kunnen worden bij mogelijke toekomstige situaties. Dat is immers ook reeds mogelijk gebleken bij de regeling ten aanzien van het concurrentiebeding uit art. 7:653 BW.

Belangenafweging
In art. 7:653 BW is momenteel de mogelijkheid tot een beperking vastgelegd op het recht op vrije arbeidskeuze *na* het dienstverband. Het welbekende concurrentiebeding.

Het artikel kent echter ook een ‘noodventiel’ voor het geval de beperking onevenredig is met de door de werkgever te beschermen belangen. Deze belangenafweging is echter niet opgenomen in het voorgestelde artikel. Daarmee is de mogelijkheid voor de rechter om bij de toetsing achteraf de belangen van de werknemer mee te wegen, met het voorgestelde artikel niet vastgelegd. Het verdient daarom aanbeveling om die belangenafweging nog expliciet vast te leggen in lijn met het huidige artikel 7:653 lid 3 sub b BW.

Arbeidstijdenwet en nevenwerkzaamheden
De richtlijn noemt voorbeelden van rechtvaardigingsgronden voor de gevallen waarin de werkgever zich wil beroepen op een (overeengekomen) verbod om voor een ander arbeid te verrichten. De rechtvaardigingsgronden genoemd in de richtlijn zijn niet uitputtend. De Memorie van Toelichting wijst er terecht op dat indien het verrichten van arbeid voor een ander zou leiden tot overtreding van de arbeidstijdenwetgeving, dat tot een rechtvaardigingsgrond kan leiden.

Werknemers zijn reeds verplicht om op grond van art. 5:15 lid 6 van de Arbeidstijdenwet aan werkgevers uit eigen beweging tijdig de voor de naleving van de Arbeidstijdenwet nodige inlichtingen te verstrekken. Tijdig impliceert dat de werknemers de werkgever dient te informeren op het moment dat de werknemer een andere baan wil aanvaarden waarbij sprake is van relevantie voor de Arbeidstijdenwet. Werkgever en werknemer kunnen hier dan over in gesprek gaan.

De werkgever heeft daarbij zijn verplichtingen op grond van de Arbeidstijdenwet welke bij niet naleving kunnen leiden tot een boete. De Arbeidstijdenwet geeft daarom reeds de mogelijkheid voor de werkgever om indien en voor zover als gevolg van

nevenwerkzaamheden strijdigheid zou ontstaan met de Arbeidstijdenwet, op grond van die wet afspraken te maken met werknemers. Het is daarom naar de mening van de vakcentrales dan ook niet nodig om hiertoe telkens een nevenwerkzaamhedenbeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Dat zou daarbij tot ongewenst resultaat kunnen hebben dat er een standaardbeding in het leven wordt geroepen dat hierop ziet.

Voorstellen aanpassing wetsvoorstel

Met het voorliggende art. 7:653a BW van het wetsvoorstel slaat de balans naar het oordeel van de vakcentrales te ver door in het voordeel van de bescherming van de belangen van bedrijven en organisaties. De voorspelbaarheid voor werknemers wordt er op zijn zachtst gezegd niet beter van. Om de balans meer in evenwicht te brengen en de voorspelbaarheid voor werknemers te bevorderen verzoeken de vakcentrales u om het voorliggende wetsvoorstel aan te passen op de volgende punten:

1. Een voorstel tot wijziging van het voorgestelde artikel 7:653a lid 1 BW:

    1. Een beding waarbij de werkgever verbiedt of beperkt dat de werknemer voor anderen arbeid verricht buiten de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht bij die werkgever, is nietig, tenzij dit beding ~~kan worden gerechtvaardigd op grond van een objectieve reden~~ *schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer en uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen als bedoeld in artikel 653 lid 2.*

2. Een voorstel tot invoering van een nieuw tweede lid in artikel 7:653a BW:

    2. Een beding als bedoeld in het vorige lid kan de rechter geheel of gedeeltelijk vernietigen indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.

3. Als gevolg van het voorgaande dient het huidige tweede lid (wetsvoorstel) te worden vernummerd tot derde lid.

De vakcentrales zijn bereid een en ander nader toe te lichten.

Hoogachtend,

Zakaria Boufangacha	Jan Pieter Daems	Nic van Holstein
Vicevoorzitter FNV	Lid bestuur CNV Vakcentrale	Voorzitter VCP