

# De grenzen en mogelijkheden van het verbod van nevenactiviteiten

## EEN TOETSINGSKADER AAN DE HAND VAN DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

MW. S.W.G. WOLTERS

Met een verbod van nevenactiviteiten kan de werkgever zijn bedrijfsbelangen beschermen tegen de gevolgen van ongewenste nevenactiviteiten van zijn werknemer. Een dergelijk verbod maakt echter inbreuk op belangrijke rechten van de werknemer: het recht van vrije arbeidskeuze en het recht op privacy. In dit artikel bespreek ik onder welke omstandigheden het contractuele verbod van nevenactiviteiten met een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in zijn werking kan worden beperkt.<sup>1</sup> Aan de hand van een toetsingskader wordt inzichtelijk gemaakt hoe een dergelijke belangenafweging plaats zou kunnen vinden.

### De totstandkoming en mogelijke vormen van het verbod van nevenactiviteiten

Nevenactiviteiten zijn er in vele soorten en maten. Te denken valt bijvoorbeeld aan nevenactiviteiten die rechtstreeks refereren aan het werk, zoals de advocaat die commissaris is bij zijn cliënt, maar ook aan nevenactiviteiten die de goede naam van de werkgever aantasten, zoals de leerkracht die onder andere met behulp van computers van de onderwijsinstelling twee sekswebsites exploiteert.<sup>2</sup>

Met behulp van een verbod van nevenactiviteiten kan de werkgever de nevenactiviteiten van zijn werknemer reguleren.<sup>3</sup> Het contractuele verbod van nevenactiviteiten wordt opgenomen in de individuele of collectieve arbeids-

overeenkomst.<sup>4,5</sup> Bij gebrek aan een wettelijke bepaling is de wijze van totstandkoming echter vormvrij, een verbod van nevenactiviteiten kan derhalve ook mondeling worden overeengekomen. Het verbod kan in drie vormen worden gegoten: het voorwaardelijke, absolute of specifieke verbod van nevenactiviteiten.<sup>6</sup> Een *voorwaardelijk* verbod van nevenactiviteiten verbiedt nevenactiviteiten behoudens toestemming van de werkgever. Uit de aanwezigheid van de toestemmingseis vloeit een informatieverplichting voor de werknemer voort, nu er zonder zijn inlichtingen voor de werkgever weinig valt toe te staan.<sup>7</sup> Een *absoluut* verbod

1 Onder nevenactiviteiten versta ik: alle (al dan niet bezoldigde) activiteiten die de werknemer naast zijn arbeidsovereenkomst verricht en die van invloed kunnen zijn op zijn hoofdwerkzaamheden. Zie voor eenzelfde definitie Schreurs, K.S. en O. van der Kind, 'Werk naast werk: baas boven (eigen) baas?', in: *ArbeidsRecht* 2006, 39, p. 30-33, p. 30.

2 Zie Ktr. Emmen 29 november 2000, «JAR» 2001/4; de rechter oordeelde dat deze nevenactiviteiten, vermengd met de activiteiten als werknemer bij zijn werkgever, maatschappelijk onacceptabel zijn en dat de werknemer zich diende te onthouden van activiteiten die de goede naam van de werkgever kunnen schaden.

3 Een concurrentiebeding is daarvoor in beginsel minder geschikt, nu dit slechts ziet op de activiteiten van de werknemer *na afloop van de arbeidsovereenkomst*. In de praktijk treft men echter met grote regelmaat concurrentiebedingen aan waarin tevens een verbod van nevenactiviteiten is verwerkt.

4 Van het contractuele verbod van nevenactiviteiten dient het *feitelijke* verbod van nevenactiviteiten te worden onderscheiden. Het *feitelijke* verbod van nevenactiviteiten wordt door de werkgever opgelegd, waartoe hij gebruik kan maken van zijn directierecht (art. 7:660 BW); het betreft een nadere uitwerking van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst op basis van het gezag van de werkgever (waardoor instemming van de werknemer niet vereist is). Het *feitelijke* verbod van nevenactiviteiten is derhalve een snelle en effectieve manier om ongewenste nevenactiviteiten (voor de toekomst) tegen te gaan, waarbij de werkgever echter in de gaten moet houden dat de werknemer slechts redelijke instructies hoeft op te volgen.

5 Het concurrentiebeding kan, in tegenstelling tot het verbod van nevenactiviteiten, slechts schriftelijk en in de individuele arbeidsovereenkomst worden overeengekomen. Zie de tekst van art. 7:653 BW. Het collectief overeengekomen *absolute* verbod van nevenactiviteiten komt overigens niet voor algemeen verbindend verklaring in aanmerking, omdat dat inbreuk maakt op art. 19 lid 3 Grondwet, zie Toetsingskader AVV, per 1 januari 2007, p. 9.

6 Een verbod van nevenactiviteiten kan kenmerken van meerdere vormen hebben.

7 Welke verplichting bij afwezigheid van een (voorwaardelijk) verbod van nevenactiviteiten, eveneens uit de norm van goed werknemerschap kan voortvloeien.

van nevenactiviteiten kent twee subvormen: het *streng absolute* verbod verbiedt alle nevenactiviteiten (ongeacht hun aard)<sup>8</sup>, het *milde absolute* verbod verbiedt alle nevenactiviteiten die de 'hoofdwerkzaamheden' van de werknemer kunnen beïnvloeden. Het *specifieke* verbod van nevenactiviteiten ten slotte, verbiedt slechts de specifiek door de werkgever omschreven nevenactiviteiten.<sup>9</sup>

### Juridisch kader

De werkgever kan de nevenactiviteiten van zijn werknemer reguleren door een verbod van nevenactiviteiten overeen te komen. De werknemer die zich niet aan het verbod houdt, pleegt in beginsel wanprestatie, op basis waarvan de werk-

## Gezien de impact van de aanwezigheid van een verbod van nevenactiviteiten en de gevolgen bij overtreding daarvan voor de werknemer, dient het verbod redelijk van aard te zijn

gever actie kan ondernemen. Pijnpunten voor de werknemer bij overtreding van het verbod zijn bovendien gelegen in de mogelijke aanwezigheid van een boetebeding en het risico dat de arbeidsovereenkomst door de overtreding van het verbod eindigt.<sup>10</sup>

Gezien de impact van de aanwezigheid van een verbod van nevenactiviteiten en de gevolgen bij overtreding daarvan voor de werknemer, dient het verbod redelijk van aard te zijn. Het is belangrijk dat er balans bestaat tussen de belangen van de werkgever en de werknemer. Tegenover het beschermen van zijn bedrijfsbelangen door de werkgever staan het kunnen uitoefenen van het recht van vrije arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Grondwet) en het recht op privacy (art. 10 lid 1 Grondwet en art. 8 EVRM) voor de werknemer.<sup>11</sup>

Door het verbod van nevenactiviteiten kan de werknemer immers worden belemmerd in zijn arbeidskeuze en kan hij niet langer volledig zelf bepalen hoe hij zijn privéleven wenst in te delen. Aan beide grondrechten komt (in enige mate) horizontale werking toe.<sup>12</sup>

Wat kan de werknemer, die vindt dat zijn verbod van nevenactiviteiten niet redelijk is, ondernemen? Doordat het recht van vrije arbeidskeuze en het recht op privacy horizontale werking hebben, kan de werknemer zich erop beroepen dat de beperking daarvan door het verbod van nevenactiviteiten in strijd is met de normen van redelijkheid en billijkheid, derhalve in strijd met de normen van goed werkgeverschap.<sup>13</sup> Het gevolg van een dergelijk beroep is dat het verbod van nevenactiviteiten in zijn werking kan worden beperkt (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid). Bij de beoordeling van het beroep zou de rechter aansluiting kunnen zoeken bij de toetsing aan proportionaliteit en subsidiariteit, welke toets wordt ontleend aan de procedure die bij een inbreuk op grondrechten plaatsvindt.<sup>14</sup> Deze aansluiting ligt voor de hand: de voor de werknemer in het geding zijnde belangen betreffen juist grondrechten en die grondrechten kunnen via de reflexwerking de redelijkheid en billijkheid nader inkleuren.

### De huidige toetsing van het verbod van nevenactiviteiten in de rechtspraak

In het vervolg van dit artikel wordt een toetsingskader geschetst aan de hand waarvan een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden beoordeeld. Een dergelijke toetsing van het verbod van nevenactiviteiten aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarin het recht van een vrije arbeidskeuze en het recht op privacy expliciet worden betrokken, vindt tot op heden in

8 Zie De Wolff, D.J.B., 'Nevenbesognes. De arbeidsrechtelijke benadering van nevenarbeid door de werknemer voorzien van enkele kritische kanttekeningen', in: *Sociaal Recht* 2005, 59, p. 292 en Schreurs en Van der Kind 2006, p. 30.

9 Zie bijvoorbeeld art. 5.2 van de cao voor callcenters (Callcentermedewerkers Facilitaire Callcenters 2007/2008. Schreurs en Van der Kind 2006 (p. 30) en De Wolff 2005 (p. 292) benoemen eveneens deze soort van het verbod van nevenactiviteiten.

10 Zie voor een voorbeeld van ontbinding van de arbeidsovereenkomst: Ktr. Amsterdam 15 januari 2004, «JAR» 2004/35. In de praktijk komt de koppeling van het verbod van nevenactiviteiten aan een boetebeding regelmatig voor. Indien de rechter oordeelt dat het verbod van nevenactiviteiten in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid, moet ook het boetebeding (deels) buiten toepassing blijven. Zie Hartkamp, A.S., *Verbintenissenrecht: algemene leer der overeenkomsten* (Asser-Hartkamp 4-II). Deventer: Kluwer 2001 (11e druk), nr. 328. Een reeds door de werknemer betaalde boete zal in dat geval mijns inziens als onverschuldigd betaald moeten worden beschouwd.

11 De bedrijfsbelangen van de werkgever bestaan onder meer uit: het behalen van winst, het behouden van zijn positie in de markt, het beschermen van zijn goede naam, het uitdragen van een bepaalde ideologie en het waarborgen van de veiligheid binnen het bedrijf. Met dat laatste hangt samen dat de werkgever bovendien gebaat is bij een uitgeruste werknemer die de normen uit de Arbeidstijdenwet niet overtreedt. Ook het voorkomen van gezondheidsschade en het in voorkomende gevallen kunnen opdragen van overwerk horen ten slotte tot de belangen van de werkgever. Zie De Wolff 2005, p. 1.

12 Notitie Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze, *Kamerstukken II* 1985/86, nr. 1-2, p. 19. Zie voor horizontale werking van het recht op privacy HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 (Edamse bijstandsmoeder), HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850 en HR 14 september 2007, «JAR» 2007/250 (Hyatt/Dirksz).

Ook andere grondrechten van de werknemer kunnen een rol spelen, bijvoorbeeld het recht om het passieve en actieve kiesrecht uit te oefenen (art. 4 Grondwet); zie Ktr. Rotterdam 15 januari 2009, «JAR» 2009/121.

13 Horizontaal werkende grondrechten kleuren via de reflexwerking 'vage normen' (als de redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap) in. Derhalve werken het recht van vrije arbeidskeuze en het recht op privacy door in de belangenafweging die op basis van art. 7:611 BW wordt gemaakt. Zie Heerma van Voss, G.J.J., *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 7.

Art. 7:611 BW vormt een nadere concretisering van art. 6:248 BW. Aan een beroep hierop kunnen dezelfde gevolgen worden verbonden. Voor de werknemer ligt een beroep op schending van goed werkgeverschap dan ook meer voor de hand. Zie ook Heerma van Voss 1999, p. 23.

14 Zie voor het recht op privacy bijvoorbeeld HR Hyatt/Dirksz, 14 september 2007, «JAR» 2007/250, waarin de Hoge Raad de inbreuk op het grondrecht toetst aan noodzakelijkheid (legitiem doel), proportionaliteit en subsidiariteit. Zie verder de Notitie Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze, *Kamerstukken II*, 1985/86, 19 376 nummer 1-2, p. 8-9, De Wolff 2005, p. 291, Asscher-Vonk, I.P., *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 184 e.v. Zie met betrekking tot het recht op privacy: Verhey, L.F.M., *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 327.

de jurisprudentie nog niet plaats. Althans, jurisprudentie waarin de rechter zich hierover expliciet uitsprekt werd niet aangetroffen.<sup>15</sup> Hoe gaat de rechter dan wel om met het verbod van nevenactiviteiten? In sommige uitspraken krijgt de redelijkheid van het verbod slechts zijdelings de aandacht.<sup>16</sup> In andere gevallen besteedt de rechter geheel geen aandacht aan de redelijkheid van het voorgelegde verbod van nevenactiviteiten.<sup>17</sup>

### Een nieuw toetsingskader: toetsing van het verbod van nevenactiviteiten aan de eisen van redelijkheid en billijkheid

De rechter die een verbod van nevenactiviteiten krijgt voorgelegd en moet beoordelen of dat verbod in strijd is met de eisen van de redelijkheid en billijkheid, zou als volgt te werk kunnen gaan.

#### 1. Kwalificeren: om welke vorm van het (contractuele) verbod van nevenactiviteiten gaat het?

Het is van belang om te bepalen om welk verbod van nevenactiviteiten het gaat. Nu het voorwaardelijke, absolute en specifieke verbod van nevenactiviteiten qua inhoud en gevolgen verschillend zijn, kunnen zij niet over één kam worden geschoren.<sup>18</sup>

#### 2. Analyseren: welke belangen spelen aan de zijde van werkgever en werknemer een rol?

Aan de zijde van de werkgever gaat het om het beschermen van zijn bedrijfsbelangen. Die bedrijfsbelangen bestaan onder meer uit het behalen van winst, het voorkomen en tegengaan van concurrentie, het uitdragen van een bepaalde ideologie, het behouden van een goede naam en het voorkomen dat de veiligheid binnen het bedrijf wordt verstoord.<sup>19</sup> Daarnaast zijn het beperken van mogelijke gezondheidsschade van de werknemer en het in voorkomende gevallen kunnen opdragen van overwerk voor de werkgever van belang.<sup>20</sup>

De belangen van de werknemer zijn gelegen in het uit kunnen oefenen van zijn grondrechten: het recht van vrije arbeidskeuze en het recht op privacy. De werknemer moet zich persoonlijk kunnen ontplooiën (zowel onder werktijd als in zijn privéleven). Arbeidsmarktfactoren en nijpende persoonlijke omstandigheden kunnen het bovendien noodzakelijk maken nevenactiviteiten te verrichten.<sup>21</sup> Zo kan het voor een parttime werknemer bijvoorbeeld belangrijk zijn om zijn inkomen met behulp van een tweede baan aan te vullen. (Ik ben overigens van mening dat de rechter een verbod van nevenactiviteiten in een parttime arbeidsovereenkomst eerder als in strijd met de eisen van de redelijkheid en billijkheid zal moeten beschouwen; die werknemer heeft immers relatief meer tijd voor nevenactiviteiten dan een fulltime werknemer, waardoor ‘niets doen’ of het niet verrichten van bepaalde (niet tot belangenverstrengeling/concurrentie leidende) nevenactiviteiten bezwaarlijker van hem kan worden gevergd.)

3. *Beoordelen: voldoet het verbod van nevenactiviteiten aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit?* Zoals hiervoor uiteengezet, kan een toetsing aan de proportionaliteit en subsidiariteit de rechter tot steun zijn in de beoordeling van de redelijkheid van het verbod van nevenactiviteiten. Aan de eis van proportionaliteit wordt voldaan wanneer de ernst van de inbreuk op de belangen van de werknemer (zie stap 2) in verhouding staat tot het doel dat met die inbreuk wordt gediend (bescherming van de belangen van de werkgever, zie stap 2). Aan de toets van subsidiariteit wordt voldaan wanneer enerzijds het voorliggende verbod van nevenactiviteiten de meest geschikte manier is om de belangen van de werkgever te beschermen, en anderzijds dat verbod de belangen van de werkgever niet op een (voor de belangen van de werknemer) minder ingrijpende manier kan beschermen. Aan de proportionaliteit wordt

### De belangen van de werknemer zijn gelegen in het uit kunnen oefenen van zijn grondrechten: het recht van vrije arbeidskeuze en het recht op privacy

bijvoorbeeld niet voldaan wanneer de nevenactiviteiten die de werkgever verbiedt de belangen van de werkgever niet kunnen bedreigen, en aan de subsidiariteit zal niet worden voldaan wanneer de werkgever gekozen heeft voor een absoluut verbod van nevenactiviteiten, maar zijn belangen op gelijke wijze kunnen worden beschermd door een voorwaardelijk of specifiek verbod van nevenactiviteiten.

4. *Concluderen: in strijd met de redelijkheid en billijkheid?* Wanneer de rechter heeft vastgesteld dat het verbod van nevenactiviteiten de toets van proportionaliteit en subsidi-

doelen zijn om na te streven en dat het verbod van nevenactiviteiten in beginsel een geschikt middel vormt om die doelen te bereiken.

21 De Wolff 2005, p. 1 en Grapperhaus, F.B.J. ‘Regels voor werknemersconcurrentie aan het begin van de 21e eeuw’, *SMA* 2002, 1, p. 43-44. (Zijn conclusie over de werkgevers- en werknemersbelangen bij het concurrentiebeding, geldt naar mijn mening grotendeels ook voor het verbod van nevenactiviteiten.)

15 De oorzaak hiervan zou kunnen zijn dat werknemers in een gerechtelijk geschil over het verbod van nevenactiviteiten zich niet op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid beroepen. Over het verbod van nevenactiviteiten wordt überhaupt weinig geprocedeerd. Daarvoor kunnen mijns inziens meerdere mogelijke oorzaken worden aangewezen: het zou kunnen betekenen dat het verbod van nevenactiviteiten in de praktijk niet als problematisch wordt ervaren (1), dat werknemers niet procederen uit angst om de arbeidsverhoudingen te verstoren (2), tot slot zou het kunnen liggen aan een gebrek aan kennis van de mogelijkheden (3).

16 Bijvoorbeeld in Ktr. Utrecht 8 maart 2006, «JAR» 2006/79, Hof Amsterdam 12 juli 2007, «JAR» 2008/9 (uitspraak in hoger beroep), Rb. Zwolle 11 maart 1993, *TAR* 1993, 133 en Ktr. Alkmaar 24 maart 2009, «JAR» 2009/149.

17 Ktr. Heerlen 3 januari 2007, «JAR» 2007/27.

18 De wijze van totstandkoming (contractueel of feitelijk) heeft daarentegen geen invloed op de inhoud van het verbod van nevenactiviteiten, bij de beoordeling van de redelijkheid van het verbod kunnen contractueel en feitelijk overeengekomen verboden van nevenactiviteiten daarom gelijk behandeld worden en hoeft men slechts de vormen van elkaar te onderscheiden.

19 Boelhouwer, F. ‘Werkgever, werknemer en vrije tijd’, in: Betten, L. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer, p. 353-360.

20 De Wolff 2005, p. 1. Van al deze belangen aan de zijde van de werkgever kan men mijns inziens zeggen dat het voor de werkgever legitieme

ariteit niet doorstaat, moet hij concluderen dat het verbod in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid (de norm van goed werkgeverschap). Het verbod van nevenactiviteiten kan in dat geval (gedeeltelijk) in zijn werking worden beperkt (art. 7:611 jo. 6:248 lid 2 BW), hetgeen betekent dat het verbod (gedeeltelijk) buiten toepassing wordt gelaten.<sup>22</sup>

Bij zijn eindoordeel kan de rechter het volgende in gedachten houden. Het *specifieke* verbod van nevenactiviteiten is het minst belastend voor de werknemer. Doordat de verboden nevenactiviteiten specifiek zijn omschreven is de inbreuk op zijn grondrechten zo klein mogelijk, of in ieder geval kleiner dan bij het absolute of voorwaardelijk verbod van nevenactiviteiten, dat in zeer algemene bewoordingen aangeeft wat verboden is of alle nevenactiviteiten behoudens toestemming van de werkgever verbiedt. Bovendien is het specifieke verbod van nevenactiviteiten voor partij en het meest duidelijk, en daarmee bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Ook bij het specifieke verbod van nevenactiviteiten kan er echter aanleiding bestaan om het verbod in zijn werking te beperken, namelijk wanneer niet voldaan wordt aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Een *mild absoluut* of een *voorwaardelijk* verbod van nevenactiviteiten kan slechts door de beugel wanneer de omstandigheden van het geval dit rechtvaardigen. Anders wordt niet voldaan aan de subsidiariteitseis. Het specifieke verbod van nevenactiviteiten is immers minder ingrijpend van aard. Het *streng absolute* verbod van nevenactiviteiten ten slotte, staat in een zodanig gespannen verhouding tot de grondrechten van de werknemer dat het in beginsel in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Er laten zich nauwelijks omstandigheden bedenken waarin een dergelijke ingrijpende restrictie van de grondrechtuitoefening door de werknemer de toets van proportionaliteit en subsidiariteit kan doorstaan.

### Conclusie

In de rechtspraak betreft de rechter in zijn beoordeling van het verbod van nevenactiviteiten momenteel zelden tot nooit (expliciet) de vraag of dit verbod voldoet aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Aan het kunnen uitoefenen van het recht van vrije arbeidskeuze en het recht op privacy door de werknemer wordt zelden expliciet aandacht besteed.

Voor het concurrentiebeding, dat ook inbreuk maakt op de genoemde grondrechten, bestaan verschillende (wettelijke) vereisten om de belangen van de werknemer te beschermen (het concurrentiebeding kan slechts schriftelijk en met een meerderjarige werknemer worden overeengekomen in de individuele arbeidsovereenkomst). Het verbod van nevenactiviteiten moet het daarentegen – ondanks grote overeenkomsten met betrekking tot de beperking van deze grondrechten en het te beschermen belang van de werkge-

ver in de zin van het voorkomen van concurrentie – zonder wettelijke regeling doen. Een goede verklaring hiervoor heb ik niet kunnen vinden. Het verbod van nevenactiviteiten, en dan met name de ingrijpende gevolgen hiervan voor de grondrechtuitoefening door de werknemer, krijgt mijns inziens niet de aandacht die het verdient.

De rechter die een verbod van nevenactiviteiten krijgt voorgelegd, kan verandering brengen in deze ‘ongelijke behandeling’, door in het vervolg het verbod van nevenactiviteiten te beoordelen in het kader van de redelijkheid en billijkheid en in die beoordeling aan te sluiten bij de toetsing aan proportionaliteit en subsidiariteit. Het verdient aanbeveling dat de rechter dan uitgebreid(er) stilstaat bij de grondrechten van de werknemer. Het hiervoor uiteengezette toetsingskader kan voor de rechter een leidraad vormen in deze nieuwe benadering van het verbod van nevenactiviteiten.

Voor de (verdere) toekomst echter, bestaat er mijns inziens aanleiding om te onderzoeken of het verbod van nevenactiviteiten geen eigen wettelijke bepaling verdient, al dan niet geïntegreerd in het huidige art. 7:653 BW. Het vertoont immers grote gelijkenis met het concurrentiebeding: beide bedingen beschermen de belangen van de werkgever en maken inbreuk op de grondrechten van de werknemer. In die toekomstige wetsbepaling zou voor de toetsingsmaatstaf aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 7:653 lid 2 BW. Deze bepaling biedt de rechter de mogelijkheid het beding te vernietigen wanneer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door het beding onbillijk wordt benadeeld. Art. 7:653 lid 2 BW vormt daarmee een *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 BW en biedt verstrekendere mogelijkheden, namelijk vernietiging in plaats van derogerende werking. Bovendien gaat het bij deze belangenafweging meer om de *door het beding te beschermen belangen*, en minder om *alle* omstandigheden van het geval (zoals in art. 6:248 lid 2 BW). Hierdoor kan nog meer gewicht aan het recht van vrije arbeidskeuze en het recht op privacy worden toegekend, hetgeen voor de werknemer gunstig kan uitpakken.<sup>23</sup> Tot het moment dat de wettelijke regeling van het verbod van nevenactiviteiten een feit is, kan de rechter wellicht het hiervoor uiteengezette toetsingskader toepassen.



#### Over de auteur

Suzan Wolters is werkzaam bij Banning Advocaten te 's-Hertogenbosch. Dit artikel is een bewerking van haar masterscriptie.

<sup>22</sup> Evenals de rechten bij niet-nakoming van het verbod van nevenactiviteiten, zoals het boetebeding indien dat is opgenomen. Asser 4-II 2001, nummer 328.

<sup>23</sup> Grapperhaus behandelt art. 7:653 lid 2 BW zeer uitvoerig in zijn proefschrift, Grapperhaus, F.B.J. *Monografieën sociaal recht: Werknemersconcurrentie (beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalige werkgever)*, Deventer: Kluwer 1995, p. 248-249.