



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Concurrentiebeding bij zzp'ers?

Zekić, N.; Tjong Tjin Tai, T.F.E.

Publication date

2024

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zekić, N., & Tjong Tjin Tai, T. F. E. (2024). Concurrentiebeding bij zzp'ers? *Nederlands Juristenblad*, (29), 2285-2292. Article 1880.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Concurrentiebeding bij zzp'ers?

Nuna Zekić & Eric Tjong Tjin Tai¹

Het is bekend dat concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten op grote schaal oneigenlijk worden gebruikt. Dit oneigenlijke gebruik van concurrentiebedingen beknot onnodig de kansen van werknemers om een andere dienstbetrekking te vinden. Het concurrentiebeding werpt belemmeringen op voor de uitoefening van het grondrecht op vrije arbeidskeuze. Het is echter ook interessant te onderzoeken hoe we het gebruik van concurrentiebedingen in overeenkomsten met zzp'ers tegen deze achtergrond moeten zien, hoe dit zich verhoudt tot het belemmeringsverbod en de hervormingsplannen voor het concurrentiebeding. Gaat het om gerechtvaardigde bescherming van bedrijfsbelangen van de opdrachtgever en is het beperken van de opdrachtnemer in zijn mogelijkheden om opdrachtgevers te vinden noodzakelijk om die gerechtvaardigde belangen te beschermen? Bij echte zelfstandigen zal niet vaak een legitieme reden aanwezig zijn om een concurrentiebeding op te nemen. De aanwezigheid van een concurrentiebeding zou dus een aanwijzing kunnen zijn dat sprake is van schijnzelfstandigheid.

1. Inleiding

Nederland telt veel zzp'ers.² Het belangrijkste verschil tussen een zzp'er en een werknemer is dat de laatste werkzaam is in een gezagsverhouding. De werknemer verricht arbeid in dienst van de werkgever. De zzp'er daarentegen werkt 'voor eigen rekening en risico', wat wil zeggen dat de zzp'er zelf verantwoordelijk is voor de financiële en juridische consequenties van zijn of haar werk. Waar de werknemer meestal één werkgever heeft,³ zal een 'echte' zzp'er niet afhankelijk zijn van één opdrachtgever, maar heeft hij meerdere opdrachtgevers (nodig). Bovendien werkt de zzp'er doorgaans maar tijdelijk voor één opdrachtgever, namelijk zo lang als zijn opdracht duurt, terwijl de werknemer doorgaans voor onbepaalde tijd aan één werkgever is verbonden.

Het oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding beknot onnodig de kansen van werknemers om een andere dienstbetrekking te vinden

Het is dus voor opdrachtnemers, waaronder zzp'ers, belangrijk om steeds opnieuw opdrachtgevers te kunnen vinden.

Het is daarom opvallend dat in contracten met zzp'ers concurrentiebedingen gebruikt worden, althans dat kunnen we uit jurisprudentie afleiden.⁴ Door een concurrentiebeding in een overeenkomst van opdracht op te nemen willen opdrachtgevers verhinderen dat de zzp'er na afloop van de opdracht voor een concurrent gaat werken.

Nu weten we dat concurrentiebedingen in *arbeidsovereenkomsten* op grote schaal oneigenlijk worden

Auteurs

1. Mr. dr. N. Zekić is universitair hoofddocent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. dr. T.F.E. Tjong Tjin Tai is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University.

Noten

2. Het CBS meldt dat in 2022 1,8 miljoen personen inkomsten als zzp'er hadden, zie [cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp](https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp).
3. Het aantal werknemers dat banen combineert, neemt echter ook toe. Zie bijvoor-

beeld N. Zekić, 'Arbeidsrechtelijke bescherming van platformwerkers met meerdere banen', in: M. Houwerzijl, S. Montebovi & N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming*, Deventer: Kluwer 2021, p. 61-83.

4. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 29 november 2016,

ECLI:NL:GHDHA:2016:3526.

Zie ook V. Heidsma, 'Driehoeksrelaties: de zzp'er en het belemmeringsverbod', *ArbeidsRecht* 2023/49.



© Shutterstock

gebruikt.⁵ Het oneigenlijk gebruik van het concurrentiebeding beknot onnodig de kansen van werknemers om een andere dienstbetrekking te vinden. Het werpt op een oneigenlijke manier belemmeringen op voor de uitoefening van het grondrecht op vrije arbeidskeuze. Om die redenen is er nieuwe wetgeving in voorbereiding die het gebruik van concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten moet terugdringen.⁶

Het is echter ook interessant te vragen hoe we het gebruik van concurrentiebedingen in overeenkomsten met zzp'ers tegen deze achtergrond moeten zien. In paragraaf 2 schetsen we eerst het wettelijk kader van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst – waar het concurrentiebeding meestal aangetroffen wordt – en de voorstellen ter herziening van dit kader. In paragraaf 3 gaan we in op concurrentiebedingen in driehoeksverhoudingen, zoals uitzendovereenkomsten. Hier is het wettelijk kader anders vanwege Europese wetgeving die expliciet verbiedt dat bij terbeschikkingstelling van arbeidskrachten belemmeringen in de weg worden gelegd voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding tussen de arbeidskracht en zijn of haar inlener.⁷ Het is interessant naar dit zogenoemde belemmeringsverbod te kijken, omdat zzp'ers niet zelden hun opdrachtgevers vinden met tussenkomst van een bemiddelaar. Zij bevinden zich dus dikwijls ook in een driehoeksverhouding vergelijkbaar met bijvoorbeeld een uitzendwerknemer. De (deels Europese) jurisprudentie over het belemmeringsverbod zit echter vrij ingewikkeld in elkaar en is allesbehalve uitgekristalli-

seerd, zeker waar het de zzp'er betreft. Vervolgens kijken we in paragraaf 4 naar het juridisch kader dat van toepassing is wanneer zzp'ers als opdrachtnemers contracten sluiten die een concurrentiebeding bevatten. Hier komt ook de jurisprudentie over dergelijk gebruik van concurrentiebedingen aan bod. In paragraaf 5 analyseren we de bevindingen uit de vorige paragrafen om uiteindelijk in paragraaf 6 de conclusies te kunnen trekken over de toelaatbaarheid van het concurrentiebeding in overeenkomsten met zzp'ers.

2. Artikel 7:653 BW: verleden, heden en toekomst

De ratio van een concurrentiebeding is het beschermen van de concurrentiepositie van de oude werkgever, wat doorgaans wordt aangemerkt als het beschermen van het bedrijfsdebiet.⁸ In de literatuur wordt zelden eenduidig aangegeven wat daarmee wordt bedoeld.⁹ Als rechtmatige belangen in dit verband noemt de wetgever recent de bescherming tegen het weglekken van concurrentiegevoelige informatie, intellectueel eigendom en klantgegevens en -contacten door werknemers die bij een concurrent gaan werken of ongeoorloofd deze informatie gebruiken en zelf een concurrerende onderneming starten.¹⁰ Overigens kunnen veel van deze belangen ook op een andere – voor de werknemer minder ingrijpende – manier beschermd worden, zoals door een geheimhoudingsbeding. Omdat er een rechtmatig belang gemeoid kan zijn met een concurrentiebeding, maar dit ook kan leiden tot beperking van mededinging en

belemmering van de vrijheid van de werknemer, heeft de wetgever van het begin af aan grenzen gesteld aan concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten.

De regeling van het concurrentiebeding in artikel 7:653 BW stamt uit 1907 en is sindsdien grotendeels ongewijzigd gebleven. Uit artikel 7:653 BW wordt doorgaans een definitie van het concurrentiebeding afgeleid: een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn. Ook andere bedingen die de werknemer beperken om na het einde zijn dienstbetrekking op zekere wijze werkzaam te zijn, zoals het *relatiebeding* (het beding dat verbiedt met of bij specifieke relaties te gaan werken), kunnen onder het bereik van artikel 7:653 vallen.¹¹ Een concurrentiebeding is slechts geldig indien het schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer (artikel 7:653 lid 1 BW).

Lange tijd waren dit de enige wettelijke vereisten voor een concurrentiebeding. Sinds 2015, met de invoering van Wet Werk en Zekerheid (Wwz), is daarbij het vereiste gekomen dat in arbeidsovereenkomsten voor bepaal-

De uitkomst van rechtszaken over het concurrentiebeding wisselt enorm

de tijd het concurrentiebeding vergezeld gaat van een schriftelijke motivering van de werkgever waaruit blijkt dat het beding *noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen* (artikel 7:653 lid 2 BW).¹² Het idee hierachter is dat tijdelijke werknemers in het bijzonder veel hinder kunnen ondervinden van een concurrentiebeding bij het zoeken naar een nieuwe baan, zodat zo'n beding alleen met een duidelijke noodzaak mag worden overeengekomen.

Verder kan de rechter een concurrentiebeding (opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of in een tijdelijke arbeidsovereenkomst met de vereiste motivering) geheel of gedeeltelijk vernietigen indien, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld (artikel 7:653 lid 3 onder b BW).¹³ De rechter heeft bij deze belangenafweging tamelijk veel vrijheid. De uitkomst van rechtszaken over het concurrentiebeding wisselt enorm, waardoor op voorhand moeilijk is te voorspellen hoe de rechter zal oordelen.¹⁴

De huidige wettelijke regeling zorgt in de praktijk voor een onbalans tussen de belangen van werknemers en werkgevers, ten gunste van de laatste groep, aldus de wetgever.¹⁵ De huidige drempels om een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst op te nemen zijn voor werkgevers erg laag, waardoor het beding vaak automatisch opgenomen wordt.¹⁶ Onderzoek wijst uit dat het beding vaak om oneigenlijke redenen wordt gebruikt, bijvoorbeeld om personeel te weerhouden naar een andere werkgever over te stappen of als 'wisselgeld' bij onderhandelingen over het einde van de arbeidsovereenkomst.¹⁷ Werkgevers bedingen voor zichzelf zo alvast een betere onderhandelingspositie bij het einde van arbeidsovereenkomst: de nieuwe werkgever wordt bijvoorbeeld gevraagd het concurrentiebeding af te kopen of de werknemer moet concessies doen, door bijvoorbeeld bij wijze van afkoping af te zien van uitstaande beloningen als verlof- en vakantiedagen.

Daarom wordt al lange tijd betoogd dat de wettelijke regeling van het concurrentiebeding gemoderniseerd moet worden. Reeds in 2001 is na een consultatie van de sociale partners een wetsvoorstel ter hervorming ingediend.¹⁸ Uiteindelijk strandde dit voorstel in de Eerste Kamer in 2006.¹⁹ Nu is de wetgever wederom voornemens artikel 7:653 BW aan te scherpen.²⁰

Een van de voorgestelde wijzigingen is dat de motiveringsplicht van het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang voor *alle* arbeidsovereenkomsten zou moeten gelden, dus ook de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.²¹ Daarnaast zou de maximale duur van het concurrentiebeding één jaar zijn en zou het verplicht worden om de geo-

5. M. Bartsch, D. Grijpstra & R. Houweling, 'De werking van het concurrentiebeding', Eindrapport, Zoetermeer: Panteia 2021.

6. Zie het concept-wetsvoorstel 'Wijziging van artikel 653 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de modernisering van het concurrentiebeding (Wet modernisering concurrentiebeding)'.

7. Art. 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.

8. MvT bij het concept-wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding, p. 3-4.

9. F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie, beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*, Deventer, 1995, p. 105. Uitvoering over achtergrond en misbruik van concurrentiebedingen: Conclusie A-G De Bock van 19 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1083.

10. MvT bij het concept-wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding, p. 6.

11. Zie HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364.

12. Wanneer een dergelijke motivering in het geheel ontbreekt, is het concurrentiebeding nietig.

13. De rechter kan een concurrentiebeding

ook geheel vernietigen wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en het beding niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen van de werkgever.

14. M.F. Bartsch, D. Grijpstra & A.R. Houweling, 'Het non-concurrentiebeding gewogen', *TRA* 2022/30.

15. MvT bij het concept-wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding, p. 2.

16. MvT bij het concept-wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding, p. 6-8. Geschat wordt dat in totaal 3,1 miljoen werknemers aan het concurrentiebeding gebonden zijn op een beroepsbevolking van 8,4 miljoen werkenden.

17. M. Bartsch, D. Grijpstra & R. Houwe-

ling, 'De werking van het concurrentiebeding', Eindrapport, Zoetermeer: Panteia 2021, p. 120.

18. *Kamerstukken II* 2001/02, 28167, nr. 3 (MvT).

19. *Kamerstukken I* 2004/05, 28167, A.

20. Zie het concept-wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding.

21. Een motie is aangenomen om het concurrentiebeding alleen toe te staan boven een bepaalde loongrens, naar Belgisch voorbeeld, *Kamerstukken II* 2023/24, 29544 nr. 1235. Ten tijde van schrijven is het nog de vraag of de verantwoordelijke minister de motie ten uitvoer brengt, *Kamerstukken II* 2023/24, 29544, nr. 1247.

grafische reikwijdte te expliciteren. De meest vergaande maatregel is echter het instellen van een verplichte vergoeding die aan de werknemer uitbetaald moet worden bij een beroep op het concurrentiebeding.²² De werkgever moet bij het eindigen van het dienstverband schriftelijk en tijdig aan de werknemer meedelen hoe lang hij hem aan het concurrentiebeding wil houden en over die periode een vergoeding betalen ter hoogte van 50% van het laatstgenoten maandsalaris. Partijen kunnen echter bij een beëindigingsovereenkomst andersluidende afspraken maken.²³

3. Het belemmeringsverbod

In driehoeksverhoudingen – zoals uitzendrelaties – zien we een veel strikter wettelijk kader voor mogelijke contractuele belemmeringen voor het werken met de voormalige inlener.²⁴ Het zogenoemde belemmeringsverbod is geregeld in artikel 9a Wet arbeidsbemiddeling arbeidskrachten door intermediairs (Waadi): Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt legt geen belemmeringen in de weg voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking gestelde arbeidskracht en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld. Een dergelijke belemmering is nietig (lid 2). Dit artikel is een implementatie van artikel 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG (hierna: de Uitzendrichtlijn).²⁵

Het belemmeringsverbod heeft in principe een ruim toepassingsbereik. Ook indirect belemmerende (boete) bedingen, bijvoorbeeld tussen de uitlener en de inlener, vallen in beginsel onder artikel 9a Waadi, maar zeker ook de tussen de uitlener en arbeidskracht overeengekomen concurrentiebedingen waarbij het de arbeidskracht wordt verboden bij de inlener in dienst te treden. Een uitlener kan nog wel een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst met de ter beschikking gestelde arbeidskracht opnemen dat ziet op het in dienst treden bij andere concurrerende ondernemingen, bijvoorbeeld een ander uitzendbureau. De beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan het belemmeringsverbod en de nietigheidssanctie brengen echter met zich mee dat een dergelijk concurrentiebeding niet te ruim geformuleerd wordt.²⁶ Het moet de arbeidskracht duidelijk zijn dat er geen belemmeringen zijn om bij de inlener in dienst te treden. Eventueel kan het belemmeringsverbod ook ambtshalve worden toegepast.²⁷

De vraag is echter welke werkenden onder de term ‘arbeidskracht’ vallen. Het belemmeringsverbod moet richtlijnconform worden uitgelegd en de Uitzendrichtlijn heeft een ruimer bereik dan alleen arbeidsovereenkomsten naar nationaal recht. In het arrest *Ruhrlandklinik* heeft het Hof van Justitie van de EU geoordeeld dat het begrip ‘werknemer’ in de Uitzendrichtlijn omvat ‘iedere persoon die arbeid verricht, dat wil zeggen die gedurende een bepaalde tijd voor een andere persoon en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor

een beloning ontvangt, en die op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat is beschermd, zulks ongeacht de juridische kwalificatie van zijn arbeidsverhouding naar nationaal recht, de aard van de rechtsbetrekking tussen deze personen en de vorm van deze verhouding’.²⁸ Een *arbeidsverhouding* (‘employment relationship’) volstaat dus om onder de werkingssfeer van de Uitzendrichtlijn te vallen.

In het *Focus on Human*-arrest heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of een zzp’er ook onder het belemmeringsverbod valt.²⁹ Een arts die eerst als uitzendkracht had gewerkt wilde bij dezelfde inlener zijn werkzaamheden voortzetten als zzp’er, maar hij was gebonden aan een relatiebeding. Deze arts kon uiteindelijk succesvol een beroep doen op het belemmeringsverbod ook al zou de relatie met de inlener geen arbeidsovereenkomst worden maar een overeenkomst als zzp’er, mits de relatie met de inlener kwalificeert als een arbeidsverhouding. Kijkend naar het *Ruhrlandklinik*-arrest zal dit dus het geval zijn wanneer een zzp’er gedurende een zekere tijd onder leiding van de inlener gaat werken en daarvoor een vergoeding ontvangt.

Ongeveer vijf jaar later moest de Hoge Raad echter oordelen over een omgekeerde situatie: een zzp’er (een jurist) was via een intermediair werkzaam bij een inlener (een overheidsinstantie) en wenste na het einde van de opdracht in dienst te treden bij die inlener.³⁰ De intermediair had echter zowel in de overeenkomst met de zzp’er als met de inlener een verbod opgenomen om direct met elkaar een samenwerking aan te gaan. Nu was de zzp’er minder succesvol. Wederom verwijzend naar het *Ruhrlandklinik*-arrest, oordeelde de Hoge Raad dat deze situatie alleen onder het bereik van het belemmeringsverbod valt wanneer eerst is vastgesteld dat de zzp’er onder leiding en toezicht van de inlener werkte. Hier werd echter vastgesteld dat de zzp’er niet onder leiding en toezicht werkte, maar als zelfstandige arbeid verrichtte. Een ‘echte’ zzp’er kan dus geen beroep doen op het belemmeringsverbod. Dat kan alleen de zzp’er die onder leiding en toezicht van de opdrachtgever werkt of die *schijnzelfstandige* is.³¹

4. Het concurrentiebeding buiten de arbeidsovereenkomst

Bij het belemmeringsverbod zien we dus dat het toepassingsbereik breder kan zijn dan alleen werknemers. Ook zelfstandigen die onder leiding en toezicht van de inlener werken kunnen er een beroep op doen. Daarmee komen we in een grijs gebied waar de vraag kan spelen of de werkende een echte zelfstandige is of een *schijnzelfstandige* (een vermomde werknemer). Dit is een inmiddels bekend vraagstuk dat vaker speelt, met name bij zzp’ers.³²

4.1. De wettelijke regels inzake concurrentiebedingen in overeenkomsten met zelfstandigen

Een zzp’er valt wat betreft het recht van bijzondere overeenkomsten in principe onder de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 e.v. BW).³³ De wettelijke regeling inzake de opdracht (en de bijzondere vormen van opdracht) bevat slechts weinig regels over bedingen die beperkingen opleggen aan het aanvaarden van opdrach-

De vraag is echter welke werkenden onder de term ‘arbeidskracht’ vallen

ten van toekomstige andere opdrachtgevers. Dit is niet verwonderlijk. Bij een professionele opdrachtnemer geldt immers dat deze in principe inkomen moet verwerven door het aannemen van opdrachten van vele verschillende opdrachtgevers,³⁴ wat sterk bemoeilijkt zou worden als hier te veel beperkingen aan zouden worden opgelegd. Dit uitgangspunt ligt dermate voor de hand dat dit nauwelijks geëxpliciteerd hoeft te worden.³⁵ Een opdrachtnemer zou, is blijkbaar de gedachte, er wel voor oppassen om modeloze beperkingen te accepteren.

Toch is in bepaalde gevallen wel reden voor beperkingen. Los van uitdrukkelijke contractuele beperkingen (waarover later), zijn de volgende kaders te vinden.

Een belangrijke beperking van de contractsvrijheid van een opdrachtnemer, in het bijzonder een lasthebber, is de verplichting om belangentegenstellingen te vermijden. Voor de lasthebber is dit neergelegd in artikel 7:416-418 BW, maar het wordt aangenomen dat deze regels ook – voor zover dat passend is gelet op de aard van de opdracht – bij de opdracht in het algemeen kunnen worden toegepast.³⁶ In dit verband is vooral relevant het verbod op twee heren dienen (artikel 7:417 BW).³⁷ Het gaat dan erom dat de opdrachtnemer/lasthebber niet de partij aan beide zijden van een transactie bijstaat. Dat is logisch, omdat bij een onderhandeling over een economische transactie de partijen tegenstrijdige belangen hebben: een voordeel voor de een is een nadeel voor de ander. Dit gaat dus om een beperking bij een concrete opdracht. Het is niet rechtstreeks een verbod voor toekomstige concurrentie, de lasthebber mag direct na de transactie wel de wederpartij bij een volgende transactie bijstaan.³⁸ Dit alles geldt bijvoorbeeld ook voor een bemiddelaar³⁹ zoals een makelaar in onroerende zaken: deze mag niet verkoper en koper bijstaan, maar kan bijvoorbeeld na een succesvolle

verkoop wel de wederpartij/verkoper bijstaan om een andere woning te zoeken.

Misschien wel de duidelijkste beperking is het verbod op tegenstrijdige belangen bij advocaten. In de Gedragsregels⁴⁰ zien we een herhaling van het algemene verbod op belangentegenstellingen dat we hierboven bespraken (zie artikel Gedragsregel 15.1 sub a). Het is advocaten ook niet toegestaan tegen een cliënt of een voormalige cliënt op te treden (Gedragsregel 15.1 sub b). Optreden tegen een cliënt is in feite ook een geval van tegenstrijdige belangen, maar interessant is de uitbreiding tot een voormalige cliënt. De reden hiervoor is:

‘De cliënt moet er ten volle op kunnen vertrouwen dat gegevens over zijn zaak, zijn persoon of zijn onderneming, die de cliënt de advocaat of zijn kantoorgenoot ter beschikking stelt, niet op enig moment tegen hem worden gebruikt. Het betreft vertrouwelijke informatie, dat wil zeggen informatie die geen openbaar karakter draagt en dus buiten de cliënt om niet zonder meer verkrijgbaar is.’⁴¹

In artikel 3.2 Gedragscode voor Europese advocaten⁴² is dit nog iets duidelijker uitgewerkt. Hier is uitdrukkelijk onder woorden gebracht dat de ratio ligt in schending van het beroepsgeheim en/of gebruik van verkregen kennis of informatie.

Hoewel deze strikte regel niet in deze vorm bij andere beroepsbeoefenaren is te vinden, leert de praktijk dat hier wel reden voor kan zijn. Een concreet voorbeeld is het schandaal in Australië rond PwC dat, na een advies aan de Australische regering te hebben gegeven over het verhogen van belasting bij multinationals, vervolgens

22. Op basis van het huidige art. 7:653 BW lid 5 kan de rechter bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen indien de werknemer in belangrijke mate wordt belemmerd om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn. De rechter maakt echter zelden gebruik van deze mogelijkheid, zie MvT bij het concept-wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding, p. 13.

23. MvT bij het concept-wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding, p. 12-18.

24. Bij zeevarenden geldt ook een verbod op het opnemen van een concurrentiebeding, zie art. 7:700 BW.

25. Zie voor een korte geschiedenis van het belemmeringsverbod, M.C. van Koppen, ‘Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi’, TAP 2013, nr. 2, p. 66-69.

26. R. Jonkmans, ‘De reikwijdte van het belemmeringsverbod van art. 9a WAADI’, TAP 2019/237.

27. Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2024,

ECLI:NL:GHSHE:2024:805.

28. HvJ EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (Ruhrlanklinik), JAR 2016/306, m.nt. Zwemmer, r.o. 43.

29. HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 (Focus on Human), JAR 2017/136, m.nt. Laagland.

30. HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:751, NJ 2022/304, m.nt. Verhulp.

31. V. Heidsma, ‘Driehoeksrelaties: de zzp'er en het belemmeringsverbod’, *ArbeidsRecht* 2023/49.

32. Zie bijvoorbeeld HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, NJ 2024/35 m.nt. Verhulp.

33. De zzp'er heeft immers per definitie geen arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever, terwijl de zzp'er werkzaamheden verricht tegen beloning. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/70a. Wel zijn varianten van de opdracht mogelijk (die wetstechnisch niet onder de opdracht vallen), zoals aanneming van werk (art. 7:750 BW).

34. Vgl. ook HR 24 maart 2023,

ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo), r.o. 3.2.5, waar wordt genoemd ‘het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt’ als factor voor de beoordeling of een werkende als opdrachtnemer of als werknemer moet worden aangemerkt.

35. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/124: ‘In het algemeen kan een opdrachtnemer ook aan concurrenten van de opdrachtgever diensten verlenen. Een telecommunicatiebedrijf kan twee concurrenten telefoniediensten verschaffen, ook al zou het in het belang van de een zijn dat de concurrent verstoken zou blijven van communicatiemogelijkheden. Evenzo kan een accountant in het algemeen de boeken van twee concurrenten controleren, kan de arts twee vijanden beiden behandelen.’

36. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/124, met rechtsvergelijkende opmerkingen: daar wordt aangegeven dat het vermijden van belangentegenstellingen vooral op zijn plaats is ‘waar de opdracht of verplichting strekt tot het behartigen of bevorderen van zekere belangen van de opdrachtgever of schuldeiser’.

37. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/238.

38. Al moet daarbij wel worden opgepast dat dit niet de indruk wekt dat er al tijdens de eerste transactie te vriendelijke contacten waren met de wederpartij waardoor de cliënt bij de eerste transactie minder goed is bijgestaan dan had behoren te gebeuren.

39. Bemiddeling in de zin van art. 7:425 BW is een ander soort opdracht, het is geen lastgeving.

40. Gedragsregels advocatuur 2018, regelgeving.advocatenorde.nl/content/gedragsregels-advocatuur.

41. Toelichting op regel 15, regelgeving.advocatenorde.nl/content/regel-15-belangenverstrengeling. Overigens kunnen de partijen (voormalige en nieuwe cliënt) wel er – goed geïnformeerd – mee instemmen dat de advocaat toch tegen de voormalige cliënt optreedt.

42. regelgeving.advocatenorde.nl/content/gedragscode-voor-europese-advocaten-gewijzigd-31-januari-2008-0.

andere cliënten hierover inlichtte (ondanks uitdrukkelijke geheimhoudingsverklaringen) waardoor zij de beoogde regeling konden omzeilen.⁴³ Toch is dit vrij uitzonderlijk. In zijn algemeenheid gaat het hier om postcontractuele verplichtingen van de opdrachtnemer, die kunnen leiden tot beperkingen in de dienstverlening aan latere cliënten.⁴⁴ Dat laat zien dat er spanningen kunnen ontstaan tussen de loyaliteit aan een eerdere cliënt en de verplichtingen jegens een latere cliënt.⁴⁵

Voor specifieke opdrachtnemers vinden we in de wet *wel* bepalingen over beperkende bedingen zoals het concurrentiebeding, bijvoorbeeld bij agentuur (artikel 7:443

Voor specifieke opdrachtnemers vinden we in de wet *wel* bepalingen over beperkende bedingen

BW).⁴⁶ Er wordt geen reden gegeven waarom er een concurrentiebeding nodig zou zijn; de regel is vooral bedoeld om de handelsagent te beschermen tegen te ongunstige concurrentiebedingen. Die bescherming is groter dan thans bij werknemers het geval is. Zo is er naast het schriftelijkheidsvereiste een temporele beperking die in artikel 7:653 BW ontbreekt: het beding is slechts geldig gedurende ten hoogste twee jaren na het einde van de overeenkomst.

Verder is het concurrentiebeding na de inwerkingtreding van de Wet franchise *wel* geregeld bij franchise. In artikel 7:920 lid 2 BW vinden we de voorwaarden. Naast het schriftelijkheidsvereiste, de beperkingen aan het temporele en het geografische bereik vinden we er de eis dat het beding enkel betrekking mag hebben op goederen of diensten die concurreren met de goederen of diensten waarop de franchiseovereenkomst betrekking heeft en dat het beding onmisbaar is om de door de franchisegever aan de franchisenemer overgedragen *knowhow* te beschermen. In de jurisprudentie lijkt de nadruk wat deze laatste eis betreft meer te liggen op de vraag of er inderdaad *knowhow* is overgedragen dan of het beding onmisbaar is.⁴⁷

De betrekkelijke schaarste aan wettelijke regels over concurrentiebedingen kan in twee tegengestelde richtingen worden uitgelegd. Allereerst kan men, met een beroep op contractsvrijheid, betogen dat bij afwezigheid van uitdrukkelijke regels, de opdrachtnemer zelf diens belangen moet bewaken in de onderhandeling, en – als dit te bezwarend zou zijn – moet weigeren een concurrentiebeding te aanvaarden en anders er blijk van geeft dat het beding niet bezwaarlijk is. Gewone opdrachtnemers hantieren meestal hun eigen voorwaarden, waar natuurlijk geen concurrentiebeding in zal staan. Een concurrentiebeding zal alleen worden opgenomen op verzoek van een (sterke) opdrachtgever. In dergelijke gevallen is zeer wel denkbaar dat het gaat om een (relatief) zwakke opdrachtnemer tegenover een belangrijke opdrachtgever, en die daardoor feitelijk niet in staat is om het beding te weigeren, en pre-

cies vanwege die zwakke positie bescherming behoeft. Anders gezegd: de regeling van de opdracht ging uit van werkelijk zelfstandige opdrachtnemers zoals advocaten die veel verschillende opdrachtgevers hebben. Het feit dat een opdrachtnemer gedwongen wordt een concurrentiebeding te aanvaarden wijst er juist op dat het niet een werkelijk *zelfstandige* opdrachtnemer is, en dus één die bescherming verdient naar analogie van die bij werknemers en uitzendkrachten. De aanwezigheid van een concurrentiebeding lijkt dus een aanwijzing te zijn dat sprake is van schijnzelfstandigheid.

4.2. Rechtspraak over concurrentiebedingen in overeenkomsten met zelfstandigen

Empirisch onderzoek naar het gebruik van concurrentiebedingen bij opdrachtnemers, zoals uitgevoerd voor werknemers,⁴⁸ ontbreekt. Hoewel we daar geen bewijs voor hebben, lijkt het *wel* voor te komen dat (grote) opdrachtgevers die een opdrachtnemer (langdurig) inschakelen ook een concurrentiebeding dan *wel* relatiebeding overeenkomen. Jurisprudentie laat zien dat het met name in bemiddelings- of uitleenconstructies lijkt voor te komen. De gepubliceerde jurisprudentie over concurrentiebedingen in overeenkomsten met zelfstandigen laat een wisselend beeld zien, die de twee tegengestelde perspectieven op de positie van opdrachtnemers weerspiegelt.

Het Hof Den Haag oordeelde in 2016 dat voor de zzp'er artikel 7:653 lid 1 BW en de daarop gebaseerde rechtspraak van de Hoge Raad niet geldt, maar dat dat niet wegneemt dat een zzp'er die persoonlijk gehouden is de met hem overeengekomen werkzaamheden te verrichten, 'een zodanig vergelijkbare positie heeft bij de totstandkoming van een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) als de werknemer – met dezelfde inhoudelijke kwalificaties – bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst, dat instemming van de zzp'er met een concurrentiebeding niet te snel mag worden aangenomen'.⁴⁹ Het Hof is derhalve niet bereid om aan te nemen dat de zzp'er in kwestie gebonden is aan een concurrentiebeding dat opgenomen was in een nog-niet-ondertekend contract. De opdrachtgever mocht er ook niet op vertrouwen dat de zzp'er (stilzwijgend) met het beding had ingestemd. Interessant is hier ook dat het Hof expliciet ingaat op de stelling van de opdrachtgever – een 'uitlener' – dat een dergelijk beding *gangbaar* is in de branche. Volgens het hof kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd dat 'bedingen niet onderhandelbaar zijn, ook niet als evident is dat de opdrachtgever [...] groot belang heeft bij enige vorm van een concurrentiebeding'.

Die terughoudendheid zien we echter niet steeds. Bij het Hof Arnhem-Leeuwarden kon bijvoorbeeld het beroep op de laaggeletterdheid van de zzp'er in kwestie (die in de bouw werkt) niet baten.⁵⁰ Ook het Hof 's-Hertogenbosch is niet terughoudend in het aannemen van gebondenheid van de zzp'er in kwestie (een taxichauffeur) aan een concurrentiebeding dat opgenomen was in een contract met de rechtsvoorganger van de opdrachtgever die hem niet langer tot het werk toeliet.⁵¹ Dit hof oordeelt dat voor zover aan de zzp'er 'al dezelfde bescherming toe zou moeten komen als aan een werknemer op basis van het arbeidsrecht, stelt het hof vast dat in elk

geval is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 BW'. Daarbij neemt het hof echter niet in aanmerking dat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 BW op basis van de jurisprudentie juist een zware en strikte toets inhoudt. Dat resulteert er onder andere in dat de zzp'er de contractuele boete van € 60.000 moest betalen te vermeerderen met de wettelijke rente. De voorzieningenrechter in Rotterdam is stellig: artikel 7:653 BW is niet van toepassing, ook niet naar analogie.⁵² Als onderbouwing verwijst de rechter naar een oude uitspraak van de Hoge Raad waar het ging om een bestuurder die zijn werkkraft in een BV had ondergebracht en die BV vervolgens als directeur was benoemd van een ander BV.⁵³

De beschikbare jurisprudentie laat zien dat rechters een concurrentiebeding in een ondertekende overeenkomst van opdracht als geldig beschouwen. Pogingen om die geldigheid te beperken op grond van bijvoorbeeld de

Voor een geslaagd beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid zal vermoedelijk moeten worden aangetoond dat het gaat om evident onredelijke bedingen

beperkende werking van redelijkheid en billijkheid lijken weinig kans van slagen te hebben, mede gelet op de vereiste terughoudendheid bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW. Voor een geslaagd beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid zal vermoedelijk moeten worden aangetoond dat het gaat om evident onredelijke bedingen, bijvoorbeeld wanneer het geografisch bereik buitensporig groot is of de duur van het beding veel langer is dan gebruikelijk.⁵⁴

43. Een samenvatting is te vinden op abc.net.au/news/2023-06-05/pwc-privewater-housecoopers-government-tax-leak-scandal-explained/102409528. De respons van de overheid is te vinden op htreasury.gov.au/sites/default/files/2023-09/factsheet-government-response-pwc-tax-leaks-scandal_0.pdf. Zeer kritisch over de rol van consultancy-kantoren ten aanzien van overheden: M. Mazzucato & R. Collington, *The Big Con: How the Consulting Industry Weakens Our Businesses, Infantilises our Governments and Warps our Economies*, Penguin: London 2023.

44. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/99. Zie

bijvoorbeeld HR 2 februari 2001, *NJ* 2002/379; HR 22 maart 2013, *NJ* 2013/188.

45. Tegelijk laat de in de vorige noot genoemde rechtspraak zien dat het dus wel toegestaan is om achtereenvolgens verschillende cliënten te hebben die onderling tegenstrijdige belangen hebben: alleen kan de concrete bijstand soms beperkt worden of leiden tot bijzondere verplichtingen. Dit onderstreept dus juist de mogelijkheid van achtereenvolgens opdrachtgevers te hebben die tegenover elkaar staan (en/of elkaar beconcurreren).

46. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2022/343.

5. Analyse

Op dit punt aangekomen kunnen we de balans opmaken. Hoewel wordt erkend dat er legitieme belangen (met name specifieke investeringen, vertrouwelijke informatie, klantencontacten) kunnen zijn voor een concurrentiebeding, kunnen deze vaak ook met minder bezwarende middelen worden beschermd, zoals een geheimhoudingsbeding. Om zwakke partijen te beschermen en ter bescherming van mededinging worden er steeds strengere regels gesteld, die moeten verzekeren dat een concurrentiebeding niet misbruikt wordt om de werknemer te binden. Strengere regels ter bescherming van zwakkere partijen zien we ook bij uitzendwerk, agentuur en franchise. Deze vereisen veelal expliciete aanwezigheid van een zwaarwegend belang waar het concurrentiebeding voor nodig is.

Dit overzicht laat zien dat er reden is zwakke partijen te beschermen, wat te meer geldt voor kleine, zwakke opdrachtnemers aangezien deze economisch afhankelijk zijn van de mogelijkheid diverse opdrachtgevers te zoeken en tegelijk door een zwakke onderhandelingspositie moeilijk weerstand kunnen bieden tegen bezwarende concurrentiebedingen. Onzes inziens is er dan ook reden concurrentiebedingen bij zzpers kritischer te bejegenen.

Allereerst is het feit dat er een concurrentiebeding is opgenomen, met name als dit tot gevolg heeft dat een opdrachtnemer aanzienlijk wordt beperkt in de mogelijkheid om andere opdrachtgevers aan te nemen, een sterke aanwijzing dat het niet gaat om een echte zelfstandige, maar de facto om een werknemer die niet in vrijheid andere opdrachten mag aannemen. De opdrachtnemer wordt dan immers sterk beperkt om daadwerkelijk zelfstandig ondernemerschap uit te oefenen.⁵⁵ Het is daarbij niet relevant dat de werkzaamheden zelf niet onder leiding of toezicht plaatsvinden (zoals werd overwogen ten aanzien van het belemmeringsverbod, zie par. 3); het gaat niet om de zelfstandigheid van het werken maar het als zelfstandig ondernemer opereren op de markt. Het kan in een dergelijk geval passend zijn om de 'opdrachtnemer' te kwalificeren als een werknemer. Dit leidt er ook toe dat de regeling van artikel 7:653 BW rechtstreeks van toepassing wordt waaruit ook volgt dat het concurrentiebeding nader getoetst moet worden.

Voor gevallen waar kwalificatie als werknemer te ver gaat, blijft gelden dat de ratio van de werknemersbescherming van toepassing kan zijn. Een vóerstrekend concu-

47. J.H. Kolenbrander, 'Het non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst anno 2024', *Contracteren* 2024-1, p. 26-27.

48. Zie voetnoot 5.

49. Hof Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3526.

50. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11051.

51. Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4552.

52. Rb. Rotterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1274.

53. HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0964.

54. De omstandigheden die een timmerman

naar voren bracht – onder andere het feit dat hij geen andere opdrachtgevers kon vinden, maar als enig kostwinner een gezin van vier mensen moest onderhouden en dat hij daarom ondanks het concurrentiebeding voor de inlener is gaan werken – stonden volgens het hof toepassing van concurrentiebeding niet in de weg, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11051, r.o. 6.31 en 6.32.

55. Vgl. HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (*Deliveroo*), r.o. 3.2.5 over het aantal opdrachtgevers als factor voor zelfstandigheid.

Bij echte zelfstandigen zal niet vaak een legitieme reden aanwezig zijn om een concurrentiebeding op te nemen. Bij *schijnzelfstandigen* zal dit eerder het geval zijn, maar die verdienen dan ook de arbeidsrechtelijke bescherming

rentiebeding wijst op een relatief zwakke opdrachtnemer, immers zo'n beding gaat dan verder dan nodig is voor bescherming van de belangen van de opdrachtgever en hindert de opdrachtnemer in het vinden van andere opdrachtgevers. Die zwakke positie gaf bij agentuur en franchise aanleiding tot extra bescherming, zoals de eis dat het beding nodig was voor bescherming van specifieke belangen. Daarbij moet worden bedacht dat er bij 'echte' opdrachtnemers doorgaans ook geen goede rechtvaardiging is voor een concurrentiebeding bovenop de bestaande regels inzake belangentegenstellingen of eventueel bijkomende geheimhoudingsbedingen. Bij gewone opdrachtnemers worden er in de regel geen investeringen vanuit de opdrachtgever gedaan: een opdrachtnemer moet zelf zijn opleiding en hulpmiddelen financieren. De opdrachtnemer wordt immers in principe geen onderdeel van de organisatie zoals de werknemer dat wel wordt.

De beste oplossing zou zijn als de wetgever zou ingrijpen en, zoals ook bij andere arbeidsrechtelijke bepalingen als artikel 7:658 BW, toepassing van artikel 7:653 BW op de zzp'er mogelijk zou maken. Zolang er geen wettelijke regeling is, zou er door de rechter kritischer naar concurrentiebedingen bij zzp'ers moeten worden gekeken, door nader te onderzoeken welke belangen nu werkelijk gediend worden bij het concurrentiebeding en of die belangen niet mede of beter via minder vérstrekkende bedingen worden beschermd. Misbruik van een concurrentiebeding zou dan moeten worden tegengegaan op grond van artikel 3:13 BW dan wel (gedeeltelijk) buiten toepassing laten van het beding op grond van artikel 6:248 lid 2 BW, eventueel bij analogie aansluitend bij artikel 7:653 BW. De toets zou, vanwege de vérstrekkende consequenties voor het recht op vrije arbeid en mededinging, niet de contractsvrijheid moeten zijn, maar of het

concurrentiebeding noodzakelijk is om de gerechtvaardigde belangen van de opdrachtgever te beschermen.

6. Conclusie

De overeenkomst van opdracht gaat uit van een vrije opdrachtnemer die ook vrij is in het aannemen van andere opdrachten. Dit is economisch gezien ook onvermijdelijk omdat de opdrachtnemer anders onvoldoende inkomsten zou verwerven. Wettelijke beperkingen zijn er vooral voor concrete situaties wanneer het gaat om tegenstrijdige belangen (zoals in de advocatuur), maar deze moeten ook beperkt worden geïnterpreteerd. Contractuele beperkingen, zoals concurrentiebedingen, kunnen er echter ook zijn. In bijzondere gevallen, zoals de agentuur en franchise-overeenkomst, heeft de wetgever toch aanleiding gezien hier een uitdrukkelijke regeling over op te nemen, die een concurrentiebeding onder strikte voorwaarden toestaat. In overige gevallen vallen we terug op het gewone contractenrecht.

Wij betogen echter dat er reden is kritischer te kijken naar concurrentiebedingen bij opdrachtnemers, met name bij zzp'ers. Gaat het om gerechtvaardigde bescherming van bedrijfsbelangen van de opdrachtgever en is het beperken van de opdrachtnemer in zijn mogelijkheden om opdrachtgevers te vinden noodzakelijk om die gerechtvaardigde belangen te beschermen? Onze inschatting is dat bij echte zelfstandigen niet vaak een legitieme reden aanwezig zal zijn om een concurrentiebeding op te nemen. Bij *schijnzelfstandigen* zal dit eerder het geval zijn, maar die verdienen dan ook de arbeidsrechtelijke bescherming. Wij pleiten daarom voor strengere regels ten aanzien van concurrentiebedingen bij zzp'ers. Zolang de wetgever niet in actie is gekomen, kan de rechter de broodnodige bescherming bieden. •