

Bijbaan toegestaan?

Een onderzoek naar de 'objectieve reden' van art. 7:653a BW in de rechtspraak

Naam: Oscar Pater

Studentnummer: XXXXXXXXXX

Universiteit: Universiteit Utrecht

Datum: 24-6-2024

Scriptiebegeleider: Marize Verhagen

Woorden: 23.230

Inhoud

Lijst van afkortingen	3
1. Inleiding.....	4
1.1 Inleiding onderwerp	4
1.1.1 Nevenwerkzaamhedenbedingen voor en sinds Richtlijn EU 2019/1152	4
1.2 Probleemstelling	5
1.3 Onderzoeksvragen.....	7
1.4 Onderzoeksmethodiek.....	7
2. Relevante grondrechten werknemer.....	10
2.1 Inleiding.....	10
2.2 Onderscheid grondrechten: klassiek en sociaal	10
2.3 Doorwerking van grondrechten	11
2.3.1 Doorwerking op grond van artt. 93 en 94 Gw	12
2.4 Recht op vrijheid van arbeidskeuze	13
2.4.1 Art. 19 lid 3 Gw.....	13
2.4.2 Doorwerking art. 19 lid 3 Gw	14
2.4.3 Recht op vrijheid van arbeidskeuze in verdragsbepalingen	15
2.5 Recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer	16
2.5.1 Art. 10 lid 1 Gw.....	16
2.5.2 Doorwerking art. 10 lid 1 Gw	17
2.5.3 Recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in artikel 8 EVRM	17
2.6 Conclusie	18
3. Implementatie en relevantie art. 9 Richtlijn EU 2019/1152	19
3.1 Inleiding.....	19
3.2 De richtlijn als wetgevend instrument	19
3.2.1 Doctrine van directe werking.....	20
3.2.2 Doctrine van directe werking.....	20
3.3 Achtergrond Richtlijn EU 2019/1152: de Europese Pijler van sociale rechten	21
3.4 Doel en strekking van Richtlijn EU 2019/1152.....	21
3.4.1 Personele werkingssfeer	22
3.4.2 Materiële werkingssfeer	23
3.5 Inhoud art. 9 Richtlijn EU 2019/1152	23
3.5.1 Bevindingen Expert Group: vaststellen werkrooster	26
3.5.2 Bevindingen Expert Group: de objectieve reden.....	26
3.6 Implementatie in de Nederlandse wet: art. 7:653a BW	27
3.6.1 De verhouding tussen art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en art. 7:653a BW	29

3.7	Conclusie	31
4.	Analyse: art. 7:653a BW in relatie tot bestaande (wettelijke) voorschriften	32
4.1	Inleiding.....	32
4.1.1	Norm van goed werkgever- en werknemerschap	32
4.1.2	Toetsingskader AWW	33
4.1.3	Arbeidstijdenwet.....	35
4.1.4	Wet Flexibel Werken	36
4.2	Conclusie	36
5.	Jurisprudentieanalyse art. 7:653a BW.....	38
5.1	Inleiding.....	38
5.2	Nevenwerkzaamhedenbeding voor art. 7:653a BW.....	38
5.3	De objectieve reden in de rechtspraak	38
5.3.1	Gezichtspunt 1: rechters zoeken aansluiting bij redenen in art. 9 Richtlijn EU 2019/1152.....	39
5.3.2	Gezichtspunt 2: cumulatie van redenen.....	40
5.3.3	Gezichtspunt 3: weinig-inzichtelijke belangenafweging.....	40
5.3.4	Tot slot.....	41
5.4	Conclusie	42
6.	Cao-analyse art. 7:653a BW	43
6.1	Inleiding.....	43
6.2	De ‘objectieve reden’ in de collectieve arbeidsovereenkomst	43
6.2.1	De ‘objectieve reden’ in de bedrijfstak-cao	43
6.2.2	De ‘objectieve reden’ in de ondernemings-cao.....	47
6.3	Conclusie	49
7.	Conclusie en aanbevelingen.....	51
7.1	Conclusie	51
7.2	Suggestie aanpassing art. 7:653a BW.....	53
	Bibliografie.....	56
	Literatuur	56
	Jurisprudentie.....	59
	Kamerstukken.....	60
	Overige.....	60

Lijst van afkortingen

Atw	Arbeidstijdenwet
ARAR	Algemeen Rijksambtenarenreglement
AVV	Algemeen Verbindend Verklaring
BW	Burgerlijk Wetboek
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
de Raad	De Raad voor de Rechtspraak
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
EU-Handvest	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gw	Grondwet
HvJ-EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
Rgbv	Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen
Richtlijn EU 2019/1152	Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie (PbEU 2019, L 186).
Wfw	Wet Flexibel Werken
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

1. Inleiding

1.1 Inleiding onderwerp

De wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden is met ingang van 1 augustus 2022 in Nederland in werking getreden. Een van de algemene doelen van Richtlijn EU 2019/1152, de richtlijn die de basis vormt voor deze wet, is het verbeteren van arbeidsvoorwaarden door transparante en voorspelbare werkgelegenheid te bevorderen.¹ Deze wet heeft verschillende arbeidsrechtelijke veranderingen met zich mee gebracht, onder andere op het gebied van de mogelijkheid tot het verrichten van nevenwerkzaamheden.

Er bestaat geen eenduidige definitie van de term ‘nevenwerkzaamheden’. De term wordt in dit onderzoek gedefinieerd als de werkzaamheden die een werknemer naast zijn arbeidsovereenkomst, vrijwillig of tegen betaling uitvoert en die een effect kunnen hebben op de hoofdwerkzaamheden van de werknemer.² In Nederland heeft het verrichten van nevenwerkzaamheden in de afgelopen tien jaar een hoge vlucht genomen. In het eerste kwartaal van 2013 verrichtten 576.000 mensen met een arbeidsovereenkomst in Nederland nevenwerkzaamheden. Ruim 10 jaar later, in het vierde kwartaal van 2023, is dat aantal gestegen tot 776.000.³ Dit betekent een stijging van maar liefst 25,77%. Het moge duidelijk zijn: de Nederlandse beroepsbevolking doet er graag iets naast.

1.1.1 Nevenwerkzaamhedenbedingen voor en sinds Richtlijn EU 2019/1152

Voor de implementatie van de richtlijn was de mogelijkheid tot het verrichten van nevenwerkzaamheden te omschrijven als een ‘nee-tenzij-stelsel’. In dit stelsel mocht een werkgever een verzoek van de werknemer om nevenwerkzaamheden te verrichten (op basis van een contractueel nevenwerkzaamhedenbeding) in beginsel afwijzen.⁴ Dit was slechts anders als (het beroep op) het nevenwerkzaamhedenbeding niet aan de norm van goed werkgever- en werknemerschap, als bedoeld in art. 7:611 BW, voldeed.⁵

Dit stelsel voor augustus 2022 was niet alleen strenger, maar ook onduidelijker voor de werknemer. De Nederlandse wet kende namelijk geen bepaling – zoals voor het concurrentiebeding al het geval was⁶ – waarin regels over het nevenwerkzaamhedenbeding waren neergelegd. De restricties die de werkgever met de werknemer mocht afspreken op het gebied van nevenwerkzaamheden waren enkel begrensd door de norm van art. 7:611 BW. Hierbij is het belangrijk om te benoemen dat restricties op het mogen verrichten van nevenwerkzaamheden mogelijk restricties op grondrechten betekenen. Met name het in art. 19 lid 3 Grondwet neergelegde recht op vrije arbeidskeuze en het in art. 8 EVRM neergelegde recht op eerbieding van de persoonlijke levenssfeer zijn in dit kader relevant. In het kader van die grondrechten is het dus onwenselijk om een werknemer strenge en op voorhand onzekere restricties op te leggen.

Sinds de implementatie van de richtlijn is de mogelijkheid tot het, ondanks een contractueel verbod daartoe, verrichten van nevenwerkzaamheden op grond van art. 7:653a BW geworden tot een ‘ja-tenzij-stelsel’. Dit artikel luidt als volgt:

¹ Richtlijn (EU) 2019/1152.

² Schreurs & Van der Kind 2006, p. 30.

³ CBS, Werknemers; Combibanen (geraadpleegd op 21 februari 2024).

⁴ Dalmolen 2022, p. 22.

⁵ Olsthoorn 2022, p. 4.

⁶ Art. 7:653 BW.

“Artikel 653a 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.
2. De werkgever mag de werknemer niet benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte de in dit artikel aan hem toegekende rechten geldend maakt, ter zake bijstand heeft verleend of een klacht hierover heeft ingediend.”

In het huidige stelsel mag een werkgever een verzoek van de werknemer tot het verrichten van nevenwerkzaamheden dus niet afwijzen, tenzij de werkgever dit kan rechtvaardigen met een objectieve reden.⁷

Een nevenwerkzaamhedenbeding hoeft overigens niet te worden neergelegd in een individuele arbeidsovereenkomst. Een dergelijk beding kan ook middels een personeelsreglement of een collectieve arbeidsovereenkomst worden overeengekomen met een werknemer.⁸ Art. 7:653a BW is ook in die gevallen van toepassing.

Dat het binnen het nieuwe stelsel vaker is toegestaan om nevenwerkzaamheden te verrichten, blijkt ook uit de cijfers. Sinds de invoering van art. 7:653a BW is het aantal werknemers dat nevenwerkzaamheden verricht gestaag gestegen. Cijfers van het CBS tonen aan dat er ten tijde van de invoering van het wetsartikel – kwartaal 3 in 2022 – 743.000 personen in Nederland nevenwerkzaamheden verrichtten⁹. Sindsdien is dit aantal gestegen tot 776.000 in het vierde kwartaal van 2023 – tevens de meest recente beschikbare periode. Dit betekent een stijging van 4,44%.¹⁰ In dit onderzoek wordt deze stijging overigens niet in verband gebracht met de invoering van art. 7:653a BW.

De Nederlandse beroepsbevolking heeft dus minder restricties op hun recht op vrije arbeidskeuze en verricht steeds vaker nevenwerkzaamheden, waarmee het wetsartikel – kijkend naar het doel van de richtlijn een succes lijkt. Het voorgaande vertelt echter niet het hele verhaal. Er klinkt namelijk ook kritiek op de manier waarop de Nederlandse wetgever vorm heeft gegeven aan de nevenwerkzaamhedenbepaling.¹¹

1.2 Probleemstelling

De Nederlandse wetgever heeft besloten dat deze objectieve reden niet in het nevenwerkzaamhedenbeding hoeft te zijn opgenomen, maar dat de werkgever achteraf mag toetsen of er sprake is van een dergelijke rechtvaardiging om nevenwerkzaamheden te verbieden. Het is twijfelachtig of een dergelijke aanpak zich leent voor het eerder genoemde doel van de richtlijn: het bevorderen van beter voorspelbare werkgelegenheid. Door de objectieve reden achteraf te (mogen) vaststellen, weet een werknemer van tevoren immers niet of zijn beroep op

⁷ Art. 7:653a lid 1 BW.

⁸ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 3.

⁹ CBS, *Werknemers; Combibanen* (geraadpleegd op 21 februari 2024).

¹⁰ Deze constatering behoeft een kritische noot. De stijging sinds het eerste kwartaal van 2013 tot het tweede kwartaal van 2022 is 0,96% per kwartaal; de stijging in de periode van het derde kwartaal 2022 tot het vierde kwartaal van 2023 (0,74% per kwartaal) is lager. Het is dus de vraag in hoeverre de stijging in die laatste periode is toe te schrijven aan de invoering van art. 7:653a BW.

¹¹ *Dalmolen 2022*, p. 24; *Advies Raad voor de Rechtspraak, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 8.

het verrichten van nevenwerkzaamheden zal/mag worden afgewezen. Deze kritiek wordt onder meer in een advies van de Raad voor de Rechtspraak (de Raad) geuit:

“Het beding in de arbeidsovereenkomst hoeft echter de (door de werkgever beoogde) rechtvaardiging niet te bevatten. Per geval moet dan dus achteraf getoetst worden of die rechtvaardiging er is. Dat kan tot uitvoeringsproblemen leiden en zelfs conflicten uitlokken. Indien een arbeidsovereenkomst een verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden bevat, weet de werknemer immers niet of de werkgever daarvoor enige rechtvaardigingsgrond heeft, en zo ja, of die steekhoudend is. Een werknemer kan zich daar geen beeld van vormen. Het zou de doelmatigheid van dit wetsartikel ten goede komen, indien de werkgever in de arbeidsovereenkomst de reden van het verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden dient te vermelden.”¹²

Uit het advies wordt duidelijk dat de Raad betwijfelt of art. 7:653a BW voldoende duidelijkheid biedt aan de werknemer. Dit zou volgens de Raad kunnen worden gerepareerd door de reden van het verbod – de objectieve rechtvaardiging – in de arbeidsovereenkomst te vermelden.¹³

Op 15 november 2021 reageert de wetgever op het advies van de Raad. In de Memorie van Toelichting legt de wetgever (summier) uit dat het niet doelmatig zou zijn om van de werkgever te verlangen de objectieve rechtvaardiging vooraf in een beding op te nemen:

“De Raad adviseert wel om in het artikel voor de werkgever de plicht op te nemen dat de objectieve rechtvaardigingsgrond vooraf bekend dient te worden gemaakt. Dit wordt niet opportuun geacht. De richtlijn biedt de ruimte om voorwaarden te stellen aan het invoeren van het beding zoals opgenomen in art. 7:653a BW. Het is voor een werkgever niet op voorhand te overzien welke omstandigheden een objectieve rechtvaardigingsgrond opleveren. Bovendien kunnen deze omstandigheden met het verloop van tijd veranderen.”¹⁴

Nadien ontstaat in de literatuur een discussie over de vraag of het advies van de Raad hout snijdt. Zo volgt Dalmolen de redenering van de Raad, waarbij hij stelt dat art. 7:653a BW in deze vorm mogelijk zijn doel voorbij schiet.¹⁵ Barentsen & Sagel schrijven hierop dat zij zich kunnen vinden in de kritiek van Dalmolen, maar toch opteren voor de huidige toepassingsvorm van art. 7:653a BW: “(...) alleen laten legitieme redenen om nevenwerkzaamheden te verbieden zich lastig van meet af aan uitputtend en adequaat vastleggen. Hoewel dat wel enige onzekerheid en onduidelijkheid mee kan brengen, is een rechterlijke toets achteraf toch werkbaarder.”¹⁶

Hoewel het standpunt van de wetgever begrijpelijk is – in veel situaties is het simpelweg onmogelijk om te voorspellen of en waarom nevenwerkzaamheden in de toekomst op een objectieve weigeringsgrond stuiten – wordt het standpunt van de Raad – dat art. 7:653a BW nog steeds veel onzekerheid met zich meebrengt – ook breed gedragen.

Kijkend naar art. 9 van Richtlijn EU 2019/1152 – dat de basis vormt voor art. 7:653a BW – staat het de Nederlandse wetgever vrij om te bepalen dat de objectieve rechtvaardiging niet hoeft te zijn opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Uit lid 2 van art. 9 volgt namelijk dat de lidstaten in hun implementatie voorwaarden *kunnen* vastleggen voor het beperken van de mogelijkheid tot het

¹² Advies Raad voor de Rechtspraak, bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 8.

¹³ Advies Raad voor de Rechtspraak, bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 8.

¹⁴ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 3.

¹⁵ Dalmolen 2022, p. 24.

¹⁶ Barentsen & Sagel 2022, p. 2787.

verrichten van nevenwerkzaamheden. In dit lid wordt verder een viertal objectieve redenen genoemd die het beperken van de vrijheid van arbeid rechtvaardigen, te weten:

1. gezondheid en veiligheid;
2. bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie;
3. integriteit van overheidsdiensten; en
4. het vermijden van belangenconflicten.

De Nederlandse wetgever heeft benadrukt dat deze opsomming niet limitatief is en benoemt dat bijvoorbeeld ook het overtreden van een wettelijk voorschrift een verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden kan rechtvaardigen.¹⁷

Wat er precies onder deze (eerste vier) gronden wordt verstaan, wordt niet nader toegelicht. Hierdoor blijft het – ook met deze door de wetgevers gegeven gronden – voor een individuele werknemer lastig voor te stellen wanneer een verzoek tot het verrichten van nevenwerkzaamheden kan worden afgewezen.

Uit het voorgaande volgt dat art. 7:653a BW de Nederlandse werknemer meer mogelijkheden tot het verrichten van nevenwerkzaamheden heeft gegeven, maar dat er nog altijd onduidelijkheid bestaat over wanneer de werknemer dat niet mag. De enige aanwijzingen die een werknemer heeft om dat in te schatten zijn de ruim geformuleerde voorbeelden van de (Europese) wetgever. Dit lijkt zich niet goed te verhouden tot het algemene doel van Richtlijn EU 2019/1152: het verbeteren van arbeidsvoorwaarden door transparante en voorspelbare werkgelegenheid te bevorderen.

Zoals geschreven, hebben verschillende partijen erkend dat de tekst van art. 7:653a BW onduidelijkheid met zich mee brengt over het mogen verrichten van nevenwerkzaamheden in een concrete situatie. Verschillende auteurs hebben voorspellingen gedaan over welke uitwerking het artikel op de praktijk zou hebben.¹⁸ Nu het artikel nagenoeg twee jaar oud is, is het nuttig om te onderzoeken wat de uitwerking van het artikel daadwerkelijk is. Hierom is het zinvol om te onderzoeken hoe er in de (rechts)praktijk – concreet: jurisprudentie en collectieve arbeidsovereenkomsten – invulling wordt gegeven aan art. 7:653a BW en met name aan de objectieve redenen als genoemd in art. 9 Richtlijn EU 2019/1152. De uitkomsten van een dergelijk onderzoek kunnen het voor een individuele werknemer namelijk makkelijker maken om in te schatten of hij in concreet geval nevenwerkzaamheden mag verrichten.

1.3 Onderzoeksvragen

Op basis van het voorgaande heb ik de volgende onderzoeksvraag opgesteld:

Op welke wijze wordt in jurisprudentie en cao's invulling gegeven aan de objectieve reden in de zin van art. 7:653a BW en de objectieve redenen in art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en in hoeverre draagt dit bij aan het algemene doel van Richtlijn EU 2019/1152?

1.4 Onderzoeksmethodiek

Om deze hoofdvraag te kunnen beantwoorden heb ik de volgende deelvragen opgesteld:

1. Op welke wijze is het recht op vrijheid van arbeidskeuze en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer verankerd in de Nederlandse wet en in internationale verdragen?

¹⁷ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p.13.

¹⁸ Dalmolen 2022, p. 25-26; Boelens & Stavleu 2022, p. 489; Olsthoorn 2022, p. 4.

2. Op welke wijze is art. 9 van Richtlijn (EU) 2019/1152 geïmplementeerd in de Nederlandse rechtsorde?
3. Welke bestaande voorschriften in de Nederlandse wet kunnen een verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden rechtvaardigen?
4. Wat voegt art. 7:653a BW toe ten opzichte van de bestaande voorschriften ter nastreving van het algemene doel van Richtlijn EU 2019/1152?
5. Op welke wijze worden de objectieve redenen in de zin van art. 7:653a BW in de Nederlandse rechtspraak uitgelegd?
6. Op welke wijze wordt de objectieve reden in de zin van art. 7:653a BW in collectieve arbeidsovereenkomsten ingekleed?
7. In hoeverre kunnen de uit jurisprudentie en collectieve arbeidsovereenkomsten gedistilleerde gezichtspunten bijdragen aan het in Richtlijn EU 2019/1152 genoemde doel van de verbetering van arbeidsvoorwaarden op het gebied van meer transparantie en voorspelbaarheid van werkgelegenheid?

In dit onderzoek wordt geput uit literatuur en (Europese) wetgevingsgeschiedenis alsmede uit (analyses van jurisprudentie) en collectieve arbeidsovereenkomsten. In Hoofdstuk 2 tot en met 4 verricht ik hoofdzakelijk literatuuronderzoek. Waar relevant betrek ik hier ook jurisprudentie bij.

In Hoofdstuk 5 verricht ik een jurisprudentieanalyse. Binnen deze analyse heb ik naar 19 rechterlijke uitspraken gekeken. Deze uitspraken heb ik gevonden door te zoeken via de databases van Rechtspraak.nl en Legal Intelligence. Bij het zoeken naar en verzamelen van deze uitspraken heb ik verschillende selectiecriteria gebruikt. Het eerste selectie criterium ziet op de periode waarin de uitspraken zijn gedaan. Vanwege het feit dat art. 7:653a BW op 1 augustus 2022 in werking is getreden, heb ik enkel gezocht op uitspraken die op of na deze datum zijn gedaan. Het tweede selectie criterium ziet op het rechtsgebied. Ik heb ervoor gekozen om enkel te zoeken naar uitspraken binnen het rechtsgebied ‘arbeidsrecht’. Dit omdat ik onderzoek doe naar art. 7:653a BW dat voorschrijft in hoeverre werkgevers hun werknemers beperkingen in het verrichten van nevenwerkzaamheden mogen opleggen. Het derde selectie criterium ziet op de zoekterm ‘7:653a’ die ik heb gebruikt. De codering van de jurisprudentieanalyse is neergelegd in Bijlage 1. Hier staat aangegeven welke uitspraken wel en welke uitspraken niet zijn meegenomen in de analyse, van welke (nieuwe) objectieve redenen melding wordt gemaakt, eventuele bijzonderheden in de uitspraak en welke rechtsoverwegingen relevant zijn.

In Hoofdstuk 6 verricht ik een cao-analyse. Binnen deze analyse heb ik naar nevenwerkzaamhedenbepaling van twee verschillende versies van 100 cao’s – onderverdeeld naar 50 bedrijfstak- en 50 ondernemings-cao’s – gekeken. Deze cao’s heb ik gevonden via de databases van het Ministerie van SZW en Loonwijzer.nl. Bij het zoeken naar en verzamelen van deze cao’s heb ik verschillende selectiecriteria gebruikt. Het eerste selectie criterium ziet op welke cao’s ik heb gebruikt voor deze analyse. Via de AWWN heb ik inzage gekregen in de 50 grootste (ten aanzien van het aantal werknemers dat onder de werking van de cao valt) bedrijfstak- en ondernemings-cao’s. Om de resultaten van mijn onderzoek zoveel mogelijk te kunnen generaliseren heb ik deze cao’s onderzocht. Het tweede selectie criterium ziet op de datum waarop de cao’s zijn overeengekomen. Omdat ik in dit onderzoek de situatie voor met de situatie na 1 augustus 2022 vergelijk, heb ik bij elke cao twee versies geselecteerd. Namelijk: de (laatste) versie die is overeengekomen voor 1 augustus en de meest recente versie van de cao die is overeengekomen na 1 augustus. Het derde selectie criterium ziet op de zoektermen die ik heb gebruikt. In eerste instantie heb ik gezocht op de termen ‘nevenwerk’, ‘nevenwerkzaamheden’, ‘nevenfuncties’ en ‘objectieve’. In de cao’s waar die termen niet voorkwamen heb ik vervolgens

gezocht op 'toestemming' en 'arbeidstijdenwet'. De codering van de cao-analyse is neergelegd in Bijlage 2. Hier staat per cao-versie aangegeven welke cao's (g)een nevenwerkzaamhedenbepaling bevatten, of de term 'objectieve reden' wordt gebruikt in de bepaling en of de bepaling (nieuwe) objectieve redenen specificieert. Tot slot wordt ook melding gemaakt van eventuele bijzonderheden.

2. Relevante grondrechten werknemer

2.1 Inleiding

Grondrechten hebben een vrijheidsbeschermend karakter dat door de wetgever als volgt wordt omschreven: “Grondrechten hebben tot doel bij te dragen aan de ontplooiing van elk individu naar eigen geaardheid door hem in een aantal facetten van zijn persoonlijk leven te beschermen, zoals zijn intimiteit, zijn uitingsmogelijkheden, zijn deelname aan het openbaar leven.”¹⁹

Grondrechten vormen hiermee “algemene garanties voor de vrijheidssfeer van burgers.”²⁰ In de relatie tussen werkgever en werknemer zijn diverse grondrechten relevant. In het kader van dit onderzoek acht ik de volgende grondrechten relevant: 1) het recht van vrijheid van arbeidskeuze en 2) recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. In dit hoofdstuk licht ik nader toe hoe deze grondrechten relevant zijn met betrekking tot het onderwerp van dit onderzoek.

Ter beantwoording van de deelvraag: “Op welke wijze is het recht op vrijheid van arbeidskeuze en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer verankerd in de (inter)nationale rechtsorde?” verklaar ik eerst het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten. Hierna ga ik in op de doorwerking van grondrechten in de Nederlandse rechtsorde. Vervolgens behandel ik achtereenvolgens het recht op vrijheid van arbeidskeuze en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Hier onderzoek ik hoe deze grondrechten in de (inter)nationale rechtsorde zijn verankerd en welke bescherming zij (pogen te) bieden. In mijn deelconclusie zet ik mijn bevindingen uiteen waarmee ik de eerste deelvraag beantwoord.

2.2 Onderscheid grondrechten: klassiek en sociaal

Grondrechten kunnen grofweg worden onderverdeeld in drie categorieën: 1) klassieke grondrechten, 2) sociale grondrechten en 3) institutionele bepalingen.²¹ De laatste categorie, die ziet op de verdeling van overheidsbevoegdheden, is voor dit onderzoek niet relevant en wordt derhalve niet besproken.

Klassieke grondrechten vertonen in grotere mate het vrijheidsbeschermende karakter dat hierboven is beschreven. Bij deze categorie grondrechten ligt de nadruk op de bescherming van de burger tegen actief handelen van de overheid. Dergelijke grondrechten verplichten de overheid dus tot niet-handelen.²² Een voorbeeld van een klassiek grondrecht is de vrijheid van meningsuiting.²³ Sociale grondrechten daarentegen verplichten de overheid juist tot actief optreden. Om aan deze verplichting te voldoen moet de overheid gunstige voorwaarden scheppen. Omdat het beoogde resultaat van sociale grondrechten niet nauwkeurig beschreven is, heeft de overheid hier een grote mate van beleidsvrijheid.²⁴ Een voorbeeld van een sociaal grondrecht is het recht op bestaanszekerheid.²⁵ Het onderscheid van klassieke en sociale grondrechten is met name relevant bij de vraag of een grondrecht in rechte kan worden ingeroepen. Ofwel: of een burger dit recht kan afdwingen bij de rechter.

¹⁹ Nehmelman & Noorlander 2013, par. 2.4; *Bijlage Handelingen II 1975/76*, 13 872, 3, p. 10.

²⁰ Nehmelman & Noorlander 2013, par. 2.4.

²¹ *Rechtspraak: maak toetsen door de rechter aan de Grondwet mogelijk 2022*, p. 1667-1669.

²² Burkens e.a. 2017, p. 132.

²³ Art. 7 Gw.

²⁴ *Rechtspraak: maak toetsen door de rechter aan de Grondwet mogelijk 2022*, p. 1668.

²⁵ Art. 20 Gw.

In beginsel zijn de klassieke grondrechten in rechte inroepbaar.²⁶ Er bestaat discussie over de vraag of dit ook voor de sociale grondrechten geldt. Bunschoten stelt dat sociale grondrechten – uitzonderingen daargelaten – niet inroepbaar zijn.²⁷ De regering stelt zich daarentegen op het standpunt dat deze grondrechten wel inroepbaar zijn, maar dat de ruime beleidsvrijheid van de overheid maakt “dat zij zich niet of nauwelijks tot toetsingscriterium lenen.”²⁸ Beide visies leiden tot een rechtspraktijk waarin sociale grondrechten een zeer beperkte rol spelen.²⁹

2.3 Doorwerking van grondrechten

Het is een rechter niet toegestaan om te beoordelen of formele wetten en verdragen in overeenstemming met de in de Grondwet vervatte rechtsbeginselen zijn.³⁰ Grondrechten kunnen echter verticaal en horizontaal doorwerken. De verticale werking ziet op het toepassingsbereik van grondrechten in rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger.³¹ Het maakt hierbij niet uit of een overheid(sorgaan) handelt vanuit een publiekrechtelijke bevoegdheid of als een privaat rechtspersoon.³² De horizontale werking van grondrechten ziet op het geldingsbereik van grondrechten in de relatie tussen burgers (of andere private partijen) onderling.³³

Kijkend naar het eerdergenoemde doel van grondrechten – het bijdragen aan de ontplooiing van ieder individu – kan horizontale doorwerking problematisch zijn. Bijvoorbeeld wanneer twee partijen, zoals een werkgever en een werknemer, zich beiden op een grondrecht beroepen, waardoor de grondrechten ‘botsen’.³⁴ Een relevant voorbeeld hierbij is een afgesproken verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden tussen werknemer en werkgever.³⁵ Hier botsen de vrijheid van arbeidskeuze van de werknemer en vrijheid van ondernemerschap – waar het beginsel van contractsvrijheid onder valt – van de werkgever.³⁶ Roozendaal schrijft over de botsing van grondrechten dat “arbeidsrechtgeleerden (...) minder moeite met directe werking [hebben] dan algemeen civilisten.³⁷ Dat kan verklaard worden door de verwachting dat directe werking van grondrechten zal leiden tot een verhoogde bescherming van de zwakkere partij.” Gelet op de omstandigheid dat de wetgever heeft benadrukt dat de Grondwet geen hiërarchie van grondrechten heeft, zijn rechters genoodzaakt om in situaties zoals het beschreven voorbeeld pragmatisch te werk te gaan door de belangen van beide partijen tegen elkaar af te wegen.³⁸

Binnen de horizontale doorwerking van grondrechten kan onderscheid worden gemaakt tussen directe en indirecte werking. Directe horizontale werking betekent dat een grondrecht “rechtstreeks in de verhouding tussen burgers onderling” wordt toegepast.³⁹ In de praktijk wordt

²⁶ Bunschoten, in: T&C Grondwet en Statuut, commentaar op hoofdstuk 1 Gw, par. 2 (online, geraadpleegd op 19 april 2024).

²⁷ Bunschoten, in: T&C Grondwet en Statuut, commentaar op hoofdstuk 1 Gw, par. 2 (online, geraadpleegd op 19 april 2024).

²⁸ *Kamerstukken II 1975/76*, 13873, 3, p. 7.

²⁹ Vlemminx 2003, p. 233.

³⁰ HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, *NJ 1987/251 (Landbouwwliegers)*; Art. 120 Gw.

³¹ Pennings & Peters 2021, p. 37.

³² HR 26 april 1996 ECLI:NL:HR:1996:ZC2051, *AB 1996/372 (Rasti Rostelli)*.

³³ Pennings & Peters 2021, p. 37; Burkens e.a. 2017, p. 145.

³⁴ Nieuwenhuis 2016, p. 20; Burkens e.a. 2017, p. 146-147.

³⁵ De Vries 2016, par. 1.15.

³⁶ Art. 19 lid 3 Gw; art. 16 EU-Handvest; HvJ-EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk*), par. 42.

³⁷ Roozendaal 2011, par. 14.3.1; Verhulp 1999, p. 41-42.

³⁸ Burkens e.a. 2017, p. 147-148; zie bijvoorbeeld HR 4 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8703, *NJ 1989/361 (Borbon-Parma)*.

³⁹ Burkens e.a. 2017, p. 148.

vaker uitgegaan van indirecte horizontale werking. Conform indirecte werking zijn rechters verplicht om de waarden achter de grondrechten (en niet de bepalingen) te vertalen naar een privaatrechtelijke belangenafweging. Dit wordt ook wel ‘reflexwerking’ genoemd.⁴⁰ Bij de interpretatie van open normen als ‘goed werkgeverschap’ (art. 7:611 BW) wordt het belang achter het grondrecht een zwaarwegend belang dat dergelijke begrippen ‘inkleurt’.⁴¹ Kort gezegd houdt indirecte horizontale werking in dat privaatrechtelijke belangen worden geïnterpreteerd in het licht van relevante grondrechten.⁴² In 1999 concludeerde De Wit echter dat in het arbeidsrecht zelden een beroep wordt gedaan op grondrechten ter invulling van open normen.⁴³ Nu er (naar mijn weten) sindsdien geen soortgelijk onderzoek is gedaan, is het onzeker of reflexwerking nog altijd zo’n marginale rol in het arbeidsrecht speelt.

2.3.1 Doorwerking op grond van artt. 93 en 94 Gw

Zoals hierboven omschreven, staat het een rechter niet vrij om formele wetten en verdragen te toetsen aan Grondwettelijke rechtsbeginselen. Via artt. 93 en 94 Gw is dergelijke toetsing – en inroepbaarheid door burgers – echter wel mogelijk als rechtsbeginselen zijn neergelegd in ‘een ieder verbindende verdragsbepalingen.’⁴⁴

Het is aan de rechter om te bepalen of sprake is van een ieder verbindendheid. Al wordt de rechter hierbij tegenwoordig wel geholpen door de wetgever. Sinds 2017 is de wetgever namelijk verplicht om te verduidelijken of wat haar betreft sprake is van een ieder verbindende bepaling.⁴⁵ Desondanks is de visie van de rechter nog steeds doorslaggevend, dit wordt bevestigd door de wetgever.⁴⁶ Wanneer noch uit de wetstekst noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van het verdrag in kwestie volgt dat een ieder verbindendheid is beoogd, is beslissend of de inhoud van de verdragsbepaling “onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast.”⁴⁷ Uiteindelijk is het, zoals gezegd, aan de rechter om hier een oordeel over te vellen.

Op het moment dat een bepaling niet een ieder verbindend is, is geen sprake van ‘recht’ in de zin van art. 79 lid 1 onderdeel b Wet op de rechterlijke organisatie. In die situatie kan de Hoge Raad een arrest, vonnis of beschikking waarin in strijd met een dergelijke bepaling wordt gehandeld, niet vernietigen op grond van schending van het recht.⁴⁸

Tot slot is het relevant om te noemen dat ook EU-bepalingen die niet een ieder verbindend zijn, kunnen doorwerken in de nationale rechtsorde “met voorrang op nationale wettelijke voorschriften” en “rechtsgevolgen voor particulieren in het leven roepen”.⁴⁹ Net zoals een nationale rechter zich uitsprekt over of een bepaling een ieder verbindend is, is het Hof van

⁴⁰ Fleuren, in: T&C Grondwet en Statuut, commentaar op art. 93 Gw: Een ieder verbindende bepalingen, par. 6 (online, geraadpleegd op 5 mei 2024).

⁴¹ Burkens e.a. 2017, p. 148; HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, NJ 1994/704 (*Agfa/Schoolderman*).

⁴² Nehmelman & Noorlander 2013, par. 12.3.3.

⁴³ De Wit 1999, p. 214.

⁴⁴ Burkens e.a. 2017, p. 204.

⁴⁵ Art. 2 lid 2 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R 19), 7, p. 4; *Handelingen II* 1955/56, p. 800; *Handelingen II* 1979/80, p. 4441).

⁴⁷ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AB 2015/21, r.o 3.5.2-3.5.3.

⁴⁸ HR 8 november 1968, NJ 1969/10 (*Portalon*).

⁴⁹ Fleuren, in: T&C Grondwet en Statuut, commentaar op art. 93 Gw: Een ieder verbindende bepalingen, par. 6 (online, geraadpleegd op 5 mei 2024); HvJ EG 5 februari 1963, C-26-62, *Jur.* 1963 (*Van Gend & Loos*), p. 8; HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, *Jur.* 1964 (*Costa/ENEL*), p. 1199.

Justitie bevoegd om uitspraak te doen “of en in hoeverre een bepaling van EU-recht zich er voor leent om voor de nationale rechter door of tegen particulieren te worden ingeroepen.”⁵⁰

2.4 Recht op vrijheid van arbeidskeuze

2.4.1 Art. 19 lid 3 Gw

Het recht op vrijheid van arbeidskeuze is een sociaal grondrecht dat is verankerd in art. 19 lid 3 Gw. Deze bepaling is als volgt geformuleerd: “Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.”

Bij de meest recente wijziging van de Grondwet in 1983 heeft de wetgever de reikwijdte en strekking van art. 19 lid 3 Gw verduidelijkt. Hierbij is vastgesteld dat de term ‘arbeid’ ruim worden uitgelegd:

“Vrijheid van arbeidskeuze heeft zowel betrekking op zelfstandige arbeid in bedrijf en beroep, als op arbeid in dienstbetrekking; zowel op arbeid in de particuliere sector als op arbeid in overheidsdienst (ambtenaren en arbeidscontractanten); zowel op betaalde als op onbetaalde arbeid; zowel op hoofdberoep als op nevenwerkzaamheden.”⁵¹

Ook het woord ‘keuze’ behoeft nadere uitleg. Deze term ziet niet alleen op de vrijheid die een Nederlander heeft om een keuze te maken (en te realiseren), maar ook op de vrijheid om deze keuze te heroverwegen en uiteindelijk te herzien.⁵² Wat niet binnen deze term valt is de garantie dat een arbeidskeuze wordt gerealiseerd.⁵³

Uit de laatste bijzin van de bepaling volgt dat de vrijheid van arbeidskeuze enkel bij of krachtens de wet mag worden beperkt.⁵⁴ In dit onderzoek is de meest relevante wettelijke beperking art. 7:653a BW. Andere wettelijke beperkingen van de vrijheid van arbeidskeuze – ten aanzien van de mogelijkheid tot het verrichten van nevenwerkzaamheden – worden in hoofdstuk 4 uitvoerig besproken. Het is belangrijk om te benadrukken dat ook zonder een beding als bedoeld in art. 7:653a BW, een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze mogelijk is. Dit blijkt uit jurisprudentie over het concurrentiebeding, dat de werknemer niet tijdens – zoals het nevenwerkzaamhedenbeding – maar na een dienstverband beperkt in zijn vrijheid van arbeidskeuze.⁵⁵ De Hoge Raad stelt dat het “niet aangaan van een concurrentiebeding (...) nog geen vrijbrief [is] om in strijd met een overeenkomst of met de in art. 6:248 lid 1 BW bedoelde eisen van redelijkheid en billijkheid zijn wederpartij concurrentie aan te doen.”⁵⁶ Daarnaast kan onrechtmatige concurrentie ook zonder overeengekomen concurrentiebeding kwalificeren als een onrechtmatige daad jegens de werkgever.⁵⁷ Hiervoor moet aannemelijk zijn dat de werknemer “gericht en stelselmatig de opdrachtgevers heeft benaderd of doen benaderen met het oogmerk de opdrachtgevers over te halen met de nieuw te starten onderneming in zee te gaan.”⁵⁸

⁵⁰ Fleuren, in: T&C Grondwet en Statuut, commentaar op art. 93 Gw: Een ieder verbindende bepalingen, par. 6 (online, geraadpleegd op 5 mei 2024).

⁵¹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19376, 2, p. 5.

⁵² *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, 2, p. 4; Delfos-Roy 2007, p. 85.

⁵³ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, 2, p. 5; Delfos-Roy 2007, p. 85.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 1985/86, 19376, 2, p. 5.

⁵⁵ Art. 7:653 BW.

⁵⁶ HR 1 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1569, *NJ* 1997/685 (*Kolkman/Cornelisse*); Delfos-Roy 2007, p. 87-88.

⁵⁷ Art. 6:162 BW.

⁵⁸ Hof ‘s Gravenhage 25 november 1997, *JAR* 1998, p. 14; Delfos-Roy 2007, p. 88.

Naast beperkingen zijn er ook begrenzings van de vrijheid van arbeidskeuze te identificeren.⁵⁹ Waar beperkingen een inbreuk maken op het grondrecht, geven begrenzings aan wat de reikwijdte van een grondrecht is. Begrenzings van de vrijheid van arbeidskeuze verduidelijken de reikwijdte van art. 19 lid 3 Gw. In de wetsgeschiedenis wordt een niet-limitatieve opsomming gegeven. Allereerst kan de sociaal-economische situatie met zich meebrengen “dat de behoefte aan en de vraag naar diverse typen van arbeid beperkt is. Daardoor valt niet iedere individuele keuze met betrekking tot arbeid te realiseren.”⁶⁰ Daarnaast is het zo dat sommige werkgevers, bijvoorbeeld de overheid, ten aanzien van bepaalde activiteiten, een monopoliepositie hebben. De wetgever stelt terecht dat de personeelsformatie van die werkgevers in dat geval bepalend is voor het aantal beroepsbeoefenaars.⁶¹ Ook dit is een begrenzing (en geen beperking) van de vrijheid van arbeidskeuze. Een laatste voorbeeld van (een categorie van) een begrenzing van de vrijheid van arbeidskeuze is het totaal aan beroepsvoorschriften.⁶²

Tot slot is het relevant om te benoemen dat de wetgever in art. 19 lid 3 Gw twee hoofdelementen onderscheidt: 1. het verbod op dwangarbeid en 2. “niemand mag worden belemmerd om bepaalde arbeid te kiezen en de gekozen arbeid te (blijven) verrichten.”⁶³ Dit onderscheid is, zoals in 1.4.3. beschreven, ook in verschillende internationale verdragen zichtbaar.

2.4.2 Doorwerking art. 19 lid 3 Gw

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de vrijheid van arbeidskeuze horizontaal zou kunnen doorwerken en dus toepasbaar zou kunnen zijn in de rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling.⁶⁴ De wetgever zegt hierover het volgende:

“Ik meen dat de vraag in hoeverre aan het grondrecht horizontale werking toekomt, en hoe zwaar in concreto het rechtsbelang van vrijheid van arbeidskeuze dient te wegen ten opzichte van andere in het geding zijnde belangen vooralsnog aan de rechter kan worden overgelaten.”⁶⁵

In het voorgaande citaat stelt de wetgever mijns inziens dat horizontale indirecte werking van art. 19 lid 3 Gw voor de hand ligt (maar dat directe werking niet kan worden uitgesloten). De wetgever laat het eindoordeel aan de rechter.⁶⁶ Diverse auteurs betogen dat directe horizontale werking van art. 19 lid 3 Gw ook mogelijk is.⁶⁷ Deze lezing wordt door de rechtspraak echter niet erkend.⁶⁸

De mate waarin het op basis van een contractueel beding geoorloofd is om dit grondrecht in te perken, moet de rechter, volgens de wetgever, beoordelen op basis van privaatrechtelijke regels “waarbinnen het beginsel van vrijheid arbeidskeuze tot zijn recht kan komen.”⁶⁹ De normen van goed werkgever- en werknemerschap lijken het aangewezen middel om een indirect beroep te doen op art. 19 lid 3 Gw.⁷⁰ Uit een jurisprudentieanalyse van De Wolff volgt echter dat rechters slechts zelden (expliciet) toetsen aan deze norm in geschillen over nevenwerkzaamheden.⁷¹ Vaak

⁵⁹ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 5.*

⁶⁰ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 5.*

⁶¹ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 5.*

⁶² *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 5.*

⁶³ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 4.*

⁶⁴ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 19.*

⁶⁵ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 19.*

⁶⁶ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 19.*

⁶⁷ Hagendoorn 2019, p. 21; Verhulp 1999, p. 184.

⁶⁸ Houwerzijl & Zekić 2013, p. 12.

⁶⁹ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 19.*

⁷⁰ Art. 7:611 BW.

⁷¹ De Wolff 2005, p. 296.

wordt geoordeeld “op basis van de vraag of er sprake is van bijvoorbeeld schending van het vertrouwen van de werkgever.” Zoals hierboven geschreven, kunnen art. 6:248 en 6:162 BW onder omstandigheden ook uitkomst bieden.

2.4.3 Recht op vrijheid van arbeidskeuze in verdragsbepalingen

De vrijheid van arbeidskeuze volgt niet alleen uit de Gw, maar is ook verankerd in verschillende verdragen. Deze bepalingen zijn in dit onderzoek relevant gezien het feit dat een ieder verbindende verdragsbepalingen inroepbaar zijn.⁷² Ik behandel in deze paragraaf drie categorieën van verdragsbepalingen die (al dan niet gedeeltelijk) zien op de vrijheid van arbeidskeuze.

Allereerst wordt een van de hoofdelementen van de vrijheid van arbeidskeuze, het verbod op slavernij en dwangarbeid, genoemd in art. 4 EVRM en art. 8 IVBPR. Beide artikelen zijn ‘een ieder verbindend’ en kunnen dus rechtstreeks worden toegepast.⁷³

Art. 4 EVRM roept een positieve verplichting voor verdragsstaten in het leven om het verbod effectief te handhaven.⁷⁴ Verdragsstaten mogen hier niet van afwijken, iets dat art. 19 lid 3 Gw wel toelaat.⁷⁵ Dit geeft deze artikelen meerwaarde ten opzichte van de grondwettelijke bepaling. De reikwijdte van art. 19 lid 3 Gw is echter groter. Gezien het feit dat deze twee internationale artikelen slechts een gedeelte van de vrijheid van arbeidskeuze, het verbod op slavernij, bestrijken, worden ze in dit onderzoek niet behandeld.

Art. 4 EVRM en art. 8 IVBPR zijn in strekking en toepassingsmogelijkheden vergelijkbaar met de vrijheidsrechten die voortvloeien uit ILO-verdragen 29 en 105.⁷⁶ Om deze reden worden deze ILO-verdragen verder niet behandeld.

Ook relevant zijn de vrijheidsrechten die in het ESH en het IVESCR zijn neergelegd. Art. 1 lid 2 ESH geeft uitdrukking aan hoe de vrijheid van arbeidskeuze tussen ‘overeenkomstsluitende partijen’ moet worden gewaarborgd: “het recht van de werknemer om in zijn onderhoud te voorzien door vrijelijk gekozen werkzaamheden daadwerkelijk te beschermen.” Artikel 6 lid 1 IVESCR geeft de volgende formulering van de vrijheid van arbeidskeuze:

“De Staten die partij zijn bij dit verdrag erkennen het recht op arbeid, hetgeen insluit het recht van een ieder op de mogelijkheid in zijn onderhoud te voorzien door middel van vrijelijk gekozen of aanvaarde werkzaamheden; zij nemen passende maatregelen om dit recht veilig te stellen.”

Waar onder het ESH enkel werknemers aanspraak maken op de vrijheid van arbeidskeuze, geldt het IVESCR voor iedereen. Hoewel beide bepalingen naar inhoud relevant zijn voor dit onderzoek, bieden de bepalingen in de praktijk weinig bescherming voor werknemers. De Hoge Raad heeft namelijk gesteld dat beide bepalingen slechts instructienormen zijn: “Zij geven (...) aan het individu geen waarborg voor het recht op vrije keuze van dienstbetrekking.”⁷⁷ Naar het oordeel van de wetgever komt aan deze bepalingen geen rechtstreekse werking toe.⁷⁸

Ten slotte is ook art. 15 lid 1 EU-handvest relevant. Dit lid formuleert het grondrecht van vrijheid van beroep en het recht om te werken als volgt: “Eenieder heeft het recht te werken en een

⁷² Art. 94 Gw.

⁷³ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 15.*

⁷⁴ Lestrade 2018, p. 593.

⁷⁵ Art. 15 lid 2 EVRM.

⁷⁶ *Kamerstukken II 1985/86, 19376, 2, p. 15.*

⁷⁷ HR 17 oktober 1980, *NJ 1981/41.*

⁷⁸ *Kamerstukken II 8606 (R533), 3, p. 2; Kamerstukken II 8606 (R533), 6, p. 1; Kamerstukken II 13 932, 3, p. 12-13.*

vrijelijk gekozen of aanvaard beroep uit te oefenen.” Of deze bepaling rechtstreekse werking toekomt, staat ter discussie. Hiervoor is in eerste instantie art. 6 VEU relevant. Dit artikel bepaalt dat de inhoud van het EU-handvest dezelfde juridische waarde heeft als de verdragen die door de Europese Unie zijn ondertekend. Het artikel stelt echter ook dat de bepalingen van het EU-handvest geen verruiming van de bevoegdheden van de Unie met zich meebrengen. Art. 51 lid 2 EU-handvest onderschrijft dit. Verder schrijft art. 51 lid 1 voor dat de bepalingen van het EU-handvest “zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie.” Het voorgaande lijkt horizontale werking van het EU-handvest uit te sluiten.

Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie is (directe) horizontale werking van het EU-handvest echter niet onmogelijk als het gaat om als algemene rechtsbeginselen erkende grondrechten.⁷⁹ Verder moet het gaan om bepalingen die “volstaan om aan particulieren een subjectief recht te lenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan.”⁸⁰ In de literatuur wordt betoogd dat de vrijheid van arbeidskeuze als een zodanig algemeen rechtsbeginsel moet worden gezien en dat aan art. 15 EU-handvest derhalve directe horizontale werking toekomt.⁸¹ Helaas is er nog geen uitsluitsel wat betreft de vraag of artikel 15 EU-handvest directe horizontale werking toekomt. Gezien het voorgaande betoog ik dat het voor een werknemer, die restricties van een nevenwerkzaamhedenbeding ondervindt, zinvol is om de bescherming van dit artikel in te roepen.

2.5 Recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

2.5.1 Art. 10 lid 1 Gw

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is een klassiek grondrecht dat is neergelegd in art. 10 lid 1 van de Nederlandse Grondwet. Deze bepaling luidt als volgt: “Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.”

Wat onder de ‘persoonlijke levenssfeer’ valt, is niet eenvoudig af te kaderen. De wetgever heeft uitgelegd dat de uitleg van deze term contextafhankelijk is: “Eenstemmigheid bestaat op dit punt niet en mag ook nog niet worden verwacht. De persoonlijke levenssfeer bevat tal van terreinen, welke zeer uiteenlopend van aard en problematiek zijn en waarvan sommige volop in ontwikkeling zijn.”⁸²

Dat het gaat om een klassiek grondrecht is duidelijk terug te zien in de term ‘eerbiediging’. In de wetsgeschiedenis wordt beaamd art. 10 lid 1 Grondwet primair een recht van zelfbeschikking is: “Het uitgangspunt is evenwel, dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer naar zijn inhoud in de eerste plaats op de vrijheidssfeer van de burger betrekking heeft.”⁸³ Niettegenstaande het voorgaande is soms ook actief handelen van de overheid nodig om de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te waarborgen. Dit wordt bevestigd door de wetgever: “(...) dat de persoonlijke levenssfeer gebieden bestrijkt waar een opdracht aan de wetgever nodig is.”⁸⁴

⁷⁹ HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, (*Dominguez*), par. 25.

⁸⁰ HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, *NJ* 2014/246, par. 47.

⁸¹ Hagendoorn 2019, p. 22.

⁸² *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 40.

⁸³ *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 40.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 40.

2.5.2 Doorwerking art. 10 lid 1 Gw

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, ook wel aangeduid als het recht op privacy, leent zich voor horizontale werking.⁸⁵ De wetgever heeft het standpunt ingenomen dat directe horizontale werking mogelijk is.⁸⁶ Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan derhalve in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling, worden ingeroepen. Gezien de ruime uitleg van de ‘persoonlijke levenssfeer’ alsmede de (directe) horizontale werking, is het verdedigbaar dat ook inmenging van een werkgever met het privéleven van zijn werknemer hieronder valt. Zeker gezien het eerder beschreven doel van (klassieke) grondrechten: het bijdragen aan de ontplooiing van ieder individu. Uit de praktijk blijkt echter dat werknemers zich in procedures niet op dit grondrecht beroepen en dat rechters het ook niet ambtshalve toepassen.⁸⁷

2.5.3 Recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in artikel 8 EVRM

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is in verschillende verdragen opgenomen, waaronder art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR en art. 7 EU-handvest. Afgaand op de literatuur is dit artikel namelijk “de meest concrete bron voor rechtsbescherming.”⁸⁸ Roozendaal schrijft dat de wijze waarop art. 8 EVRM (veelvuldig) in rechtspraak is toegepast aanknopingspunten biedt om ook toe te passen in de arbeidsrelatie.⁸⁹ Ook belangrijk is dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ook van toepassing is op de werkplek.⁹⁰

Art. 8 EVRM luidt als volgt:

“1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

De Nederlandse rechter heeft de horizontale werking van art. 8 EVRM erkend.⁹¹ Hierdoor is het als burger mogelijk om in relatie tot particulieren een beroep op dit artikel te doen. In bovenstaande bepaling geldt het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer dus niet alleen jegens de overheid, maar jegens een ieder.

De doorwerking van dit grondrecht in particuliere verhoudingen vindt echter wel indirect plaats.⁹² Dit heeft ertoe geleid dat rechters de beperkingstoets van art. 8 lid 2 EVRM in privaatrechtelijke geschillen grotendeels loslaten. Waar een beperking van art. 8 EVRM normaliter bij wet moet zijn voorzien, wordt dit in horizontale rechtsbetrekkingen minder strikt getoetst. In *Hyatt-II* oordeelde de Hoge Raad namelijk dat “de bevoegdheid overeenkomsten te sluiten (de contractsvrijheid)”

⁸⁵ Bunschoten, in: T&C Grondwet en Statuut, commentaar op art. 10 Gw, aant. 4 (online, geraadpleegd op 26 april 2024).

⁸⁶ *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 40.

⁸⁷ De Wolff 2005, p. 296.

⁸⁸ Roozendaal 2011, par. 14.2.2.

⁸⁹ Roozendaal 2011, par. 14.2.2.

⁹⁰ EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993/400 (*Niemitz*), par. 28.

⁹¹ HR 16 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9997, *NJ* 1988/850, r.o 3.3.2; HR 9 januari 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG550, *NJ* 1987/928 (Bespiede bijstandsmoeder, Edamse bijstandsvrouw), r.o 4.4.

⁹² HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1834 (*Hyatt-II*), r.o 2.25.

een wettelijke basis heeft en het daarom op basis van overeenkomst mogelijk is om grondrechten te beperken.⁹³ Mijns inziens betekent dit dat een nevenwerkzaamhedenbeding, opgenomen in een arbeidsovereenkomst, dan ook kwalificeert als een 'wettelijke basis' in de zin van art. 8 lid 2 EVRM. Ter volledigheid: de Hoge Raad stelt dat een dergelijke overeenkomst ook stilzwijgend kan ontstaan.⁹⁴

Uit het voorgaande volgt dat art. 8 EVRM zich, via reflexwerking, leent voor indirecte toepassing in de relatie tussen werkgever en werknemer. Gezien het feit dat de Hoge Raad van oordeel is dat men de rechten voortvloeiend uit deze bepaling bij overeenkomst mag beperken, is het echter zeer de vraag of dit artikel een werknemer die zich geconfronteerd ziet met een nevenwerkzaamhedenbeding, bescherming biedt.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik uiteengezet hoe het recht op vrijheid van arbeidskeuze en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zijn vormgegeven in de (inter)nationale rechtsorde. Deze grondrechten zijn binnen dit onderzoek relevant waar zij de werknemer bescherming kunnen bieden tegen een verregaand verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden.

(Nederlandse⁹⁵) burgers maken aanspraak op de bescherming van de grondrechten van vrijheid van arbeidskeuze en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Als het gaat om de vrijheid van arbeidskeuze lijkt directe horizontale werking momenteel niet mogelijk. Ook de verschillende verdragsbepalingen waarin dit grondrecht is neergelegd – onder meer art. 1 lid 2 ESH, art. 15 lid 1 EU-Handvest en art. 6 lid 1 IVESCR - bieden geen soelaas. Dit omdat dit geen 'een ieder verbindende bepalingen' zijn. Op dit moment kunnen burgers in een privaatrechtelijke rechtsbetrekking dus enkel indirect een beroep doen op de vrijheid van arbeidskeuze. Bij juridische geschillen binnen de arbeidsrelatie lijkt de norm van goed werkgever- en werknemerschap hiervoor het meest geschikte instrument.⁹⁶ Al lijken rechters in de praktijk weinig met deze norm op te hebben wanneer het gaat om reflexwerking.⁹⁷ Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer heeft indirecte horizontale werking en is derhalve inroepbaar in rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling. Dit recht is ook neergelegd in diverse verdragsbepalingen, zoals art. 8 EVRM. Gezien het toetsingskader dat de Hoge Raad hier hanteert, is het echter twijfelachtig of dit artikel de werknemer beschermt tegen verregaande restricties op het verrichten van nevenwerkzaamheden.

Ten aanzien van de restricties op het verrichten van nevenwerkzaamheden, vond de (Europese) wetgever dat de besproken grondrechten niet voldoende bescherming boden. Zoals besproken in Hoofdstuk 1, heeft dit geleid tot art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en de implementatie daarvan in art. 7:653a BW. In Hoofdstuk 3 ga ik in op de inhoud en de totstandkomingsgeschiedenis van deze artikelen.

⁹³ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1834 (*Hyatt-II*), r.o 2.4.1.

⁹⁴ HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1834 (*Hyatt-II*), r.o 2.8.

⁹⁵ Art. 19 lid 3 GW.

⁹⁶ Art. 7:611 BW.

⁹⁷ De Wolff 2005, p. 296.

3. Implementatie en relevantie art. 9 Richtlijn EU 2019/1152

3.1 Inleiding

Sinds 1 augustus 2022 kent het Nederlandse arbeidsrecht een algemene wettelijke bepaling voor het nevenwerkzaamhedenbeding: art. 7:653a BW. Art. 7:653a BW implementeert art. 9 Richtlijn EU 2019/52. Voor augustus 2022 hoefde een werkgever die een nevenwerkzaamhedenbeding in een arbeidsovereenkomst opnam, zich niet te houden aan concrete wettelijke voorwaarden. Een werknemer die zich tegen een dergelijk beding wilde verzetten, was in dergelijke gevallen aangewezen op de open normen van goed werkgever- en werknemerschap en het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Zoals in Hoofdstuk 2 opgemerkt, blijkt uit de praktijk dat deze route weinig houvast biedt. Op het moment dat een rechter de (al dan niet) legitieme toepassing van ieder nevenwerkzaamhedenbeding op basis van de omstandigheden van het geval moet bepalen, biedt dit namelijk weinig rechtszekerheid en bescherming voor de werknemer.

Zoals in de inleiding aangehaald, is het de vraag of art. 7:653a BW de werknemer, kijkend naar het doel van de richtlijn, voldoende bescherming biedt. Om deze reden onderzoek ik in dit hoofdstuk in welke mate de inhoud en strekking van art. 7:653a BW aansluit bij (het doel van (art. 9)) van Richtlijn EU 2019/1152.

Hiertoe schets ik eerst een kort theoretisch kader van de Europese richtlijn als wetgevend instrument van de Europese Unie. Hier leg ik uit op welke wijze richtlijnbevestiging doorwerkt in de nationale rechtsorde. In de tweede paragraaf ga ik in op de achtergrond van Richtlijn EU 2019/52. Hier schets ik wat de aanleiding en het doel van de richtlijn zijn. In de derde paragraaf behandel ik de inhoud van art. 9 Richtlijn EU 2019/52 en beoordeel ik welke verplichtingen dit artikel voor lidstaten met zich meebrengt. Ook ga ik in op welke vlakken het artikel ruimte laat voor beleidsvrijheid van de lidstaten. Vervolgens behandel ik in de vierde paragraaf de inhoud en totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:653a BW. Dan weeg ik mijn bevindingen ten aanzien van art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en art. 7:653a BW tegen elkaar af. Tot slot concludeer ik of art. 7:653a BW aansluit bij de bedoeling van de Europese wetgever.

3.2 De richtlijn als wetgevend instrument

Arbeidsrechtelijke wetgeving wordt vanuit Europa vooral via een richtlijn vastgesteld.⁹⁸ Een richtlijn verbindt de lidstaten niet met een uniforme wettelijke regeling, maar tot het bereiken van een bepaald resultaat of doel.⁹⁹ De manier waarop dit resultaat bereikt wordt, wordt in grote mate aan de lidstaten zelf gelaten.¹⁰⁰ De richtlijn is als wetgevend instrument populair omdat deze de mogelijkheid biedt om rekening te houden met de nationale situatie, bijvoorbeeld op sociaal-economisch vlak.¹⁰¹ De richtlijn is in die zin een flexibeler wetgevend instrument dan bijvoorbeeld de verordening. Een verordening is namelijk “verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.”¹⁰² Zoals hieronder wordt beschreven, staat dit in sterk contrast met de richtlijn, waarvan de bepalingen in beginsel niet in rechte afdwingbaar zijn.

⁹⁸ Pennings & Peters 2021, p. 18.

⁹⁹ Art. 288 VWEU.

¹⁰⁰ Art. 288 VWEU.

¹⁰¹ Pennings & Peters 2021, p. 18.

¹⁰² Art. 288 VWEU.

3.2.1 Doctrine van directe werking

De lidstaten moeten een richtlijn omzetten in nationale wetgeving om het beoogde resultaat van de richtlijn te bereiken. Dit brengt met zich mee dat de richtlijn in beginsel voor burgers geen rechtstreeks afdwingbare rechten in het leven roept.¹⁰³ Desalniettemin *kunnen* bepaalde Unierechtelijke bepalingen, waaronder richtlijnbevestigingen, toch rechtstreeks afdwingbaar zijn. Dit noemt men de ‘doctrine van directe werking’.¹⁰⁴ Een bepaling heeft directe werking wanneer deze voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is geformuleerd, en de bepaling geen nadere uitvoeringshandelingen van lidstaten behoeft.¹⁰⁵

Richtlijnbevestigingen vereisen vrijwel altijd nadere uitvoeringsmaatregelen. Om die reden zullen dergelijke bepalingen niet snel directe werking hebben. Dit is anders op het moment dat lidstaten de richtlijn niet, te laat of onjuist implementeren in hun nationale wetgeving. In deze situaties kunnen burgers zich in juridische procedures voor hun nationale rechter rechtstreeks beroepen op bepalingen die zijn neergelegd in de richtlijn.¹⁰⁶ Let wel: het gaat hier dan enkel om directe verticale werking. Richtlijnbevestigingen hebben – ook als zij niet, te laat of onjuist zijn geïmplementeerd – geen directe horizontale werking.¹⁰⁷

3.2.2 Doctrine van directe werking

Aangezien maar zelden sprake is van directe werking van richtlijnbevestigingen, is de ‘doctrine van indirecte werking’ hier van groot belang. Dit verwijst naar de rechterlijke praktijk van ‘richtlijnconforme uitleg’. In Europese jurisprudentie is geoordeeld dat de nationale rechter nationale wetgeving “zo veel mogelijk (moet) uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn ten einde het hiermee beoogde resultaat te bereiken.”¹⁰⁸ Deze verplichting betekent niet dat een nationale rechter ‘contra legem’ moet oordelen, wat inhoudt dat de nationale rechter in strijd met de nationale wetsbepaling oordeelt om recht te spreken conform de richtlijn.¹⁰⁹ De nationale rechtsbepaling moet namelijk niet ter zijde worden geschoven, maar zo worden uitgelegd dat deze overeenstemt met (het doel van) de richtlijnbevestiging.¹¹⁰ Hier is ook de vraag van belang of de desbetreffende nationaalrechtelijke bepaling is ingevoerd ter implementatie van de richtlijn. Pennings en Peters stellen “in dat geval kan en moet de nationale rechter in het bijzonder richtlijnconform uitleggen; het uitgangspunt is dan immers dat de Staat de bedoeling heeft gehad keurig de richtlijn uit te voeren.”¹¹¹

De verplichting die de nationale rechter heeft om richtlijnconform uit te leggen wordt op verschillende manieren begrensd. Zoals gezegd is het niet de bedoeling dat ‘contra legem’ wordt geoordeeld. Ook moet de nationale rechter binnen de grenzen van zijn bevoegdheden blijven; het is niet de bedoeling dat de rechter met zijn uitleg nieuwe wetgeving maakt.¹¹² Tot slot mag richtlijnconforme uitleg niet tot rechtsonzekerheid leiden.¹¹³

¹⁰³ Art. 288 VWEU; Pennings & Peters 2021, p. 18.

¹⁰⁴ Pennings & Peters 2021, p. 36.

¹⁰⁵ Pennings & Peters 2021, p. 36; Eijsbouts e.a. 2010, p. 255.

¹⁰⁶ Pennings & Peters 2021, p. 37.

¹⁰⁷ HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (*Marshall*), par. 48.

¹⁰⁸ HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*), par. 8; art. 4 lid 3 VEU.

¹⁰⁹ Pennings & Peters 2021, p. 35; HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07 (*Angelidaki*), par. 200.

¹¹⁰ HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07 (*Angelidaki*), par. 199.

¹¹¹ Pennings & Peters 2021, p. 35.

¹¹² Pennings & Peters 2021, p. 35.

¹¹³ HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07 (*Angelidaki*), par. 199.

De manieren waarop een richtlijn door kan werken zijn relevant binnen dit onderzoek. In Hoofdstuk 1 is namelijk aangehaald hoe verschillende partijen van mening zijn dat art. 7:653a BW geen – of slechts beperkt – recht doet aan (het doel van) Richtlijn EU 2019/1152. In het vervolg van dit hoofdstuk ga ik dieper in op de achtergrond van de richtlijn en de implementatie daarvan in art. 7:653a BW. Hieruit kan ik vervolgens concluderen of art. 7:653a BW aansluit bij het doel van de richtlijn en of er ruimte is voor richtlijnconforme uitleg. Dit laatste is met name relevant voor Hoofdstuk 4, waarin ik rechtszaken analyseer waarbij rechters art. 7:653a BW uitleggen.

3.3 Achtergrond Richtlijn EU 2019/1152: de Europese Pijler van sociale rechten

De afgelopen jaren hebben grote veranderingen op de arbeidsmarkt plaatsgevonden. Zo valt te denken aan de opkomst van de platformeconomie en de steeds dunner wordende grens tussen werken in loondienst en als (schijn)zelfstandige.¹¹⁴ In 2016 vraagt de Europese Commissie zich hardop af of de huidige wetgeving nog toepasbaar is op de vraagstukken van deze tijd.¹¹⁵ De Europese Commissie borduurt in april 2017 op deze vraag voort door de Europese Pijler van sociale rechten aan te bevelen aan het Europees Parlement en de Europese Raad.¹¹⁶ De pijler “is bedoeld om bij huidige en toekomstige uitdagingen als leidraad te fungeren voor de doelmatige verwezenlijking van resultaten op sociaal en werkgelegenheidsgebied, die zich rechtstreeks richten op de essentiële behoeften van mensen en een betere afbakening en uitvoering van sociale rechten bewerkstelligen.”¹¹⁷ De pijler bestaat uit twintig beginselen, welke zijn verdeeld in drie categorieën: 1) gelijke kansen en toegang tot de arbeidsmarkt, 2) billijke arbeidvoorwaarden en 3) sociale bescherming en inclusie.¹¹⁸

De waarde van de pijler is duidelijk zichtbaar in het voorstel dat de Europese Commissie in december 2017 doet voor wat later (onder meer) zal resulteren in Richtlijn EU 2019/1152. In dit voorstel verwijst de Europese Commissie expliciet naar vijf van de twintig beginselen van de Pijler.¹¹⁹ In 2019 stellen het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie de richtlijn vast. De richtlijn vervangt richtlijn 91/533/EEG en is onderdeel van het *social fairness* package: een pakket van maatregelen van de Europese wetgever dat een eerlijkere interne markt beoogt.¹²⁰ De richtlijn roept minimumstandaarden voor de lidstaten in het leven “op het gebied van informatie over de arbeidsvoorwaarden teneinde een passende mate van transparantie en voorspelbaarheid over de arbeidsrelatie te waarborgen.” Ook worden er criteria gegeven voor de definitie van ‘werknemer’. Dit laatste wordt in paragraaf 1.4 besproken.

Nu de achtergrond van de richtlijn kort uiteen is gezet, kan worden onderzocht wat het doel en de inhoud van Richtlijn EU 2019/1152 is.

3.4 Doel en strekking van Richtlijn EU 2019/1152

Het doel van Richtlijn EU 2019/1152 is “arbeidsvoorwaarden te verbeteren door meer transparante en beter voorspelbare werkgelegenheid te bevorderen en tegelijkertijd te zorgen voor aanpassingsvermogen op de arbeidsmarkt.”¹²¹

¹¹⁴ *De vele kanten van banen combineren*, p. 10

¹¹⁵ Mededeling Sociale Pijler 2016.

¹¹⁶ COM (2017)251; Art. 292 VWEU.

¹¹⁷ COM (2017)251, p. 4.

¹¹⁸ COM (2017)251, p. 5.

¹¹⁹ COM (2017)251, p. 4.

¹²⁰ Art. 24 Richtlijn EU 2019/1152.

¹²¹ Art. 1 lid 1 Richtlijn EU 2019/1152.

Om dit doel te behalen, formuleert de richtlijn minimumstandaarden voor verschillende arbeidsrechtelijke onderwerpen. Bij het implementeren van de richtlijn moeten lidstaten dus in ieder geval het niveau van werknemersbescherming bieden dat de richtlijn voorschrijft. Het staat lidstaten vrij om in hun implementatiewetgeving een hogere mate van werknemersbescherming op te nemen.¹²²

3.4.1 Personele werkingssfeer

Richtlijn 2019/1152 hanteert het ‘Unierechtelijke werknemersbegrip’. Hiermee is de richtlijn van toepassing op verschillende groepen werknemers, waaronder werknemers met atypische arbeidsrelaties. In art. 1 lid 2 van de richtlijn wordt dit werknemersbegrip als volgt gespecificeerd:

“Deze richtlijn bepaalt minimumrechten die van toepassing zijn op elke werknemer in de Unie met een arbeidsovereenkomst of arbeidsrelatie zoals omschreven in het recht, de praktijk of de collectieve overeenkomsten die van kracht zijn in elke lidstaat, met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie.”

Met deze ruime personele werkingssfeer wijkt deze richtlijn af van verschillende andere gerelateerde richtlijnen waarin geen definitie van ‘werknemer’ is opgenomen,¹²³ maar zoekt het aansluiting bij een tendens die waarneembaar is in Europese rechtspraak. Uit Europese rechtspraak volgt dat rechters steeds vaker aansluiting zoeken bij het Unierechtelijke werknemersbegrip als genoemd in Richtlijn EU 2019/1152. Pennings omschrijft het Unierechtelijke werknemersbegrip als volgt:

“iemand is werknemer indien hij onder leiding van een ander handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, tegen loon prestaties verricht, en tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.”¹²⁴

Bij het uitvoeren van de richtlijn moet Nederland, als lidstaat, de brede Europese en niet de eigen benadering hanteren. Een mogelijk gevolg hiervan is dat iemand naar Nederlands recht niet, maar naar de(z) Europese uitleg wél als werknemer wordt aangemerkt en dus bescherming van de richtlijnbevestigingen geniet.

De Europese Commissie heeft bewust voor een ruimere toepassing gekozen om te voorkomen dat de verschillende definities van lidstaten van ‘werknemer’, ‘arbeidsrelatie’ en ‘arbeidsovereenkomst’ ervoor zorgen dat werknemers met een atypische arbeidsrelatie (onbedoeld) buiten het toepassingsbereik van de richtlijn vallen.¹²⁵ In de toelichting op het eerste richtlijnvoorstel zegt de Europese Commissie hierover: “Door ontoereikende rechtskaders kunnen werknemers met atypisch werk het slachtoffer worden van onduidelijke of oneerlijke praktijken en het moeilijk hebben hun rechten te doen gelden.”¹²⁶ Dit sluit nauw aan op de

¹²² Art. 20 lid 2 Richtlijn EU 2019/1152.

¹²³ Zie bijvoorbeeld Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie en Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie.

¹²⁴ Pennings 2021, p. 15.

¹²⁵ Art. 1 lid 3 Richtlijn 2019/1152/EU; COM(2017)797, p. 3.

¹²⁶ COM(2017)797, p. 1.

wetsgeschiedenis die in paragraaf 1.3 beschreven is: de flexibele arbeidsmarkt van nu vraagt om andere wetgeving op het gebied van sociaal beleid.

Overigens volgt uit dat artikel 1 van Richtlijn EU 2019/1152 dat niet alle werkenden onder het toepassingsbereik van de richtlijn (hoeven te) vallen. Lidstaten hebben de vrijheid om de verplichtingen uit de richtlijn niet toe te passen op “werknemers met een arbeidsrelatie met een vooraf bepaalde en daadwerkelijk gewerkte tijd van gemiddeld drie uur of minder per week in een referentieperiode van vier opeenvolgende weken.”¹²⁷ Deze vrijheid geldt echter niet voor arbeidsrelaties “waarbij geen gewaarborgde hoeveelheid betaald werk is bepaald vóór de aanvang van het werk.”¹²⁸ Hierbij valt te denken aan werknemers die op basis van een nulurencontract werken.

3.4.2 Materiële werkingssfeer

Richtlijn EU 2019/1152 verplicht lidstaten tot het implementeren van regelgeving met als doel “arbeidsvoorwaarden te verbeteren door meer transparante en beter voorspelbare werkgelegenheid te bevorderen en tegelijkertijd te zorgen voor aanpassingsvermogen op de arbeidsmarkt.”

De richtlijn bestaat uit vijf hoofdstukken. In Hoofdstuk 1 wordt het doel, onderwerp en het toepassingsbereik van de richtlijn geregeld. In Hoofdstukken 2, 3 en 4 wordt geregeld ten aanzien van welke onderwerpen de lidstaten zich verbinden. Hoofdstuk 2 regelt dat lidstaten werkgevers verplichten hun werknemers te informeren over “de belangrijkste aspecten van de arbeidsrelatie.”¹²⁹ Hoofdstuk 3 stelt de minimumstandaarden voor verschillende arbeidsvoorwaarden vast. Binnen dit onderzoek is enkel art. 9, inzake bescherming tot het verrichten van nevenwerkzaamheden, relevant. Hoofdstuk 4 omschrijft bepalingen die horizontale werking hebben voor burgers en Hoofdstuk 5 bevat verschillende algemene bepalingen ten aanzien van de inwerkingtreding van de richtlijn.

3.5 Inhoud art. 9 Richtlijn EU 2019/1152

In art. 9 wordt geregeld dat lidstaten moeten garanderen dat werknemers niet door werkgevers kunnen worden beperkt in het verrichten van nevenwerkzaamheden. Deze bepaling luidt als volgt:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat de werkgever de werknemer niet verbiedt, buiten het werkrooster bij die werkgever, voor andere werkgevers te gaan werken en dat de werkgever de werknemer daarvoor geen nadelige behandeling doet ondergaan.
2. 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.”

Uit lid 1 volgt dat het een werknemer vrij staat om buiten het werkrooster voor een andere werkgever te werken. Deze vrijheid mag in beginsel niet door de werkgever worden beperkt of een reden zijn om de werknemer een nadelige behandeling te geven. Lid 2 geeft lidstaten de mogelijkheid om de vrijheid neergelegd in lid 1 te beperken in geval van ‘objectieve redenen’. De richtlijn noemt als objectieve redenen: gezondheid en veiligheid, de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie, de integriteit van overheidsdiensten en het vermijden

¹²⁷ Artikel 1 lid 3 Richtlijn 2019/1152/EU.

¹²⁸ Artikel 1 lid 4 Richtlijn 2019/1152/EU.

van belangenconflicten. Het woord 'zoals' verraadt dat het hier om een niet-limitatieve opsomming gaat. Andere objectieve redenen zijn dus mogelijk.

Zoals beschreven in paragraaf 1.4.1 moet de term 'werknemer' in dit artikel breed worden uitgelegd. Deze – en niet de Nederlandse – uitleg moet dus worden gehanteerd bij de implementatie van dit artikel in de Nederlandse wet.

Het eerste voorstel voor dit artikel had overigens een andere tekst:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat de werkgever zijn werknemers niet verbiedt buiten het werkrooster bij die werkgever voor andere werkgevers te gaan werken.
2. De werkgevers mogen wel voorwaarden van onverenigbaarheid vastleggen wanneer dergelijke beperkingen worden gerechtvaardigd door gegronde redenen zoals de bescherming van bedrijfsgeheimen of het vermijden van belangenconflicten.”

De verschillende versies van het artikel beschouwend, vallen een aantal zaken op. Zo had de eerste versie van het artikel geen benadelingsverbod. Ook valt op dat beperkingen tot het verrichten van nevenwerkzaamheden in eerste instantie gerechtvaardigd konden worden op grond van 'gegronde redenen'. In de uiteindelijke versie wordt gesproken over 'objectieve redenen'. Deze verandering is niet los te zien van het advies dat het Europees Economisch en Sociaal Comité gaf naar aanleiding van het eerste richtlijnvoorstel. Dit adviesorgaan van de Europese Unie bestaat uit werkgevers (lees: ondernemingsverenigingen), werknemers (lees: vakbonden) en overige belanghebbenden uit de lidstaten.¹³⁰ De ondernemingsverenigingen waren van mening “dat de beperkingen om voor specifieke categorieën van werkgevers te werken het onmogelijk maken de noodzakelijke beperkingen toe te passen, met name waar het werknemers in sleutelfuncties betreft, ongeacht de categorie van werkgevers waar zij voor willen werken.” Deze suggestie zou een ruime vrijstelling van het huidige art. 9 betekenen, iets waar de vakbonden zich niet in konden vinden. In de argumentatie van de vakbonden is terug te lezen wat de 'objectieve reden' voor heeft op de 'gegronde reden':

“De vakbonden zijn echter tegen vrijstellingen in deze ruime zin, omdat dit werkgevers het eenzijdige recht zou geven om voorwaarden van onverenigbaarheid vast te stellen ter beperking van het recht op meerdere banen. In het geval een werkgever gegronde redenen heeft voor dergelijke beperkingen, dan moeten deze op objectieve wijze onderbouwd kunnen worden en dienen de wetgevers en de rechterlijke instanties van de lidstaten in de eerste plaats verantwoordelijk te zijn voor het zoeken naar een evenwicht tussen de verschillende met elkaar strijdige belangen.”¹³¹

Hieruit wordt duidelijk dat 1) vakbonden tegen ruime vrijstellingen van de toepassing het huidige art. 9 zijn. Dit is logisch omdat dit de bescherming van werknemers om nevenwerkzaamheden te verrichten, beperkt. Belangrijker is 2) dat de vakbonden stellen dat het beperken van deze vrijheid niet gerechtvaardigd zou kunnen worden door de omstandigheid dat een werkgever hiervoor een gegronde reden heeft. In plaats daarvan is het aan de rechter om een belangenafweging te maken tussen het belang van de werkgever en dat van de werknemer. Hieruit volgt vervolgens of de gegronde reden van de werkgever ook kwalificeert als een objectieve reden, die zou moeten prevaleren boven het belang van de werknemer.

¹³⁰ 2017/0355 (COD), p. 9.

¹³¹ 2018/C 283/06 (COD), p. 7.

Daarnaast legt de uiteindelijke versie van art. 9 lid 2 Richtlijn EU 2019/1152 minder macht bij de werkgever in het geval van het overeenkomen van een nevenwerkzaamhedenbeding. In het eerste voorstel staat in feite dat werkgevers in een nevenwerkzaamhedenbeding mogen vastleggen onder welke voorwaarden sprake is onverenigbare nevenwerkzaamheden van de werknemer. In de uiteindelijke versie wordt de mogelijkheid tot het opnemen van voorwaarden van onverenigbaarheid gelaten aan de lidstaten zelf. Deze wijziging lijkt uit de koker van het Europees Parlement te komen.¹³² In een amendement stelde het Europees Parlement verder, overigens zonder succes, voor om aan lid 2 toe te voegen: “Werkgevers hebben niet het recht om unilateraal voorwaarden van onverenigbaarheid vast te leggen.”¹³³ Ik schat in dat het toevoegen van deze slotzin niet nodig was, omdat de ‘gegronde reden’ intussen plaats had gemaakt voor de ‘objectieve reden’ waarmee de macht van de werkgevers al aanzienlijk was ingeperkt. De door het Europees Parlement voorgestelde slotzin had in het huidige art. 9 lid 2 daarom niets toegevoegd.

Tot slot geven de twee versies verschillende voorbeelden van redenen die een beperking tot het verrichten van nevenwerkzaamheden zouden rechtvaardigen. Hierbij is met name opvallend dat ‘bedrijfsgeheimen’ is vervangen door ‘de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie.’ Het Europees Comité van de Regio’s sloeg in reactie op het eerste voorstel acht op de Europese definitie van ‘bedrijfsgeheim’¹³⁴. Er is naar Europees recht sprake van een bedrijfsgeheim wanneer informatie aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoet:¹³⁵

- “a. de informatie is geheim in die zin dat zij, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening van haar bestanddelen, niet algemeen bekend is bij of gemakkelijk toegankelijk is voor personen binnen de kringen die zich gewoonlijk bezighouden met de desbetreffende soort informatie;
- b. de informatie bezit handelswaarde omdat zij geheim is, en
- c. de informatie is door de persoon die rechtmatig daarover beschikt onderworpen aan redelijke maatregelen, gezien de omstandigheden, om deze geheim te houden”¹³⁶

Het Europees Comité van de Regio’s merkte op dat werkgevers aan de hand van de bovenstaande definitie “grotendeels zelf kunnen beslissen welke informatie zij willen beschermen “ (en dus kunnen opwerpen als gegronde reden om nevenwerkzaamheden te beperken).¹³⁷ Om te garanderen dat de wetgevers en rechters van de lidstaten toekomen aan een belangenafweging “van de partijen bij de arbeidsovereenkomst — zoals de vrijheid van beroep van de werknemer en de belangen van de werkgever als ondernemer” – suggereerde het Comité om niet ‘de bescherming van bedrijfsgeheimen’ op te nemen in de bepaling. Ik zie ‘de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie’ ook als een betere ‘objectieve reden’. Dit omdat het mij niet onredelijk lijkt dat werkgevers in sommige situaties ook bedrijfsinformatie zonder handelswaarde moeten kunnen beschermen.

¹³² 2017/0355(COD), p. 39.

¹³³ 2017/0355(COD), p. 39.

¹³⁴ 2018/C 387/10, p. 6.

¹³⁵ Art. 2 lid 1 Richtlijn EU 2016/943.

¹³⁶ Deze definitie is overigens ook als zodanig geïmplementeerd in de Nederlandse wet, zie: artikel 1 Wet bescherming bedrijfsgeheimen.

¹³⁷ 2018/C 387/10, p. 6.

3.5.1 Bevindingen Expert Group: vaststellen werkrooster

Om de lidstaten te ondersteunen bij de implementatie van de richtlijn heeft de Europese Commissie een Expert Group opgezet. Deze Expert Group bestaat uit experts die de regeringen van de lidstaten van de Europese Unie en de EEA-EFTA-landen, en de toezichthoudende autoriteit EFTA vertegenwoordigen.¹³⁸ De experts hebben tussen november 2019 en juni 2021 negen vergaderingen gehouden die hebben geleid tot de 'Report of the Expert Group'. Dit verslag poogt onduidelijkheden voor de lidstaten weg te nemen bij het implementeren van de richtlijnbevestigingen. Het document is echter juridisch niet-bindend en heeft enkel een ondersteunende rol.¹³⁹ De Expert Group heeft ten aanzien van art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 twee complicaties geïdentificeerd die zich voor kunnen doen bij implementatie in de nationale wetgeving.

Zo wordt er gewezen op het feit dat de bepaling voorschrijft dat 'de werkgever' de werknemer niet verbiedt om buiten het werkrooster nevenwerkzaamheden te verrichten. Vanuit de Expert Group komt de vraag op welke werkgever dit werkrooster organiseert (en welke werkgever dus als secundaire werkgever moet worden gezien).¹⁴⁰ De richtlijn zwijgt hier namelijk over. Het is mijn verwachting dat dit in de praktijk organisch zal verlopen. De werknemer zal het voornemen om nevenwerkzaamheden te gaan verrichten namelijk moeten afstemmen met de werkgever die hij op dat moment heeft. Het is in dat kader logisch dat deze partijen afspraken maken over de momenten waarop de nevenwerkzaamheden (niet) worden verricht.

3.5.2 Bevindingen Expert Group: de objectieve reden

Interessant is dat de Expert Group zich buigt over de vraag wat onder 'objectieve reden' moet worden verstaan in de context van artikel 1 lid 6 van de richtlijn. Dit artikel geeft lidstaten de mogelijkheid om ervoor te kiezen om op grond van 'objectieve redenen' bepaalde groepen werknemers buiten het toepassingsbereik van de richtlijn te laten. Ook in dit artikel komt de term 'objectieve reden' dus terug.

De Expert Group meent dat bij de invulling van de objectieve reden in artikel 1 lid 6 inspiratie kan worden gehaald uit de voorbeelden genoemd in art. 9 lid 2 van de richtlijn. Dit is relevant omdat de Expert Group ter inspiratie voor de invulling van de 'objectieve reden' vervolgens aansluiting zoekt bij anti-discriminatie jurisprudentie van het HvJ-EU. Hier wordt onder andere het arrest *Aubriet* genoemd dat ziet op het vrij verkeer van werknemers en het non-discriminatiebeginsel.¹⁴¹ De rechter oordeelde hier dat deze twee zaken kunnen worden ingeperkt wanneer hiervoor een 'objectieve rechtvaardiging' bestaat.¹⁴² Hiervan is sprake wanneer de inperking geschikt is om de verwezenlijking van een legitiem doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel.¹⁴³

Gelet op het voorgaande is het de vraag of voor de invulling van de 'objectieve reden' in art. 9 lid 2 Richtlijn EU 2019/1152 andersom ook aansluiting kan worden gezocht bij artikel 1 lid 6 en (vooral) de genoemde jurisprudentie. Ik kom hier op terug in paragraaf 1.6.1.

De Expert Group heeft zich tot slot nog kort uitgelaten over de 'objectieve reden' in art. 9 lid 2. Hier noemt de Expert Group ambtenaren als een groep waarbij de mogelijkheid tot het verrichten

¹³⁸ 'Expert Groups', kcbr.nl (geraadpleegd op 20 mei 2024).

¹³⁹ *Report Expert Group 2021*, p. 1.

¹⁴⁰ *Report Expert Group 2021*, p. 49.

¹⁴¹ HvJ EG 10 juli 2019, Case C-410/18 (*Aubriet*); art. 45 VWEU.

¹⁴² HvJ EG 10 juli 2019, Case C-410/18 (*Aubriet*), par. 29.

¹⁴³ HvJ EG 21 november 2018, Case C-619/17 (*Porrás*), par. 60.

van nevenwerkzaamheden wordt beperkt door de omstandigheden van het geval.¹⁴⁴ ‘Reguliere’ werknemers kunnen worden beperkt in hun vrijheid tot het verrichten van nevenwerkzaamheden als het gaat om werken voor concurrerende ondernemingen.¹⁴⁵ Dit laatste kan mijns inziens worden gezien als een situatie die ziet op de objectieve reden(en) van het beschermen van vertrouwelijke bedrijfsinformatie en/of het vermijden van belangenconflicten.

3.6 Implementatie in de Nederlandse wet: art. 7:653a BW

Het wetsvoorstel Implementatie richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden is in november 2021 ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁴⁶ Het wetsvoorstel is per 1 augustus 2022 in werking getreden en betekent onder meer de introductie van art. 7:653a BW. De bepaling waarmee art. 9 van Richtlijn EU 2019/1152 wordt geïmplementeerd, luidt als volgt:

“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.

2. De werkgever mag de werknemer niet benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte de in dit artikel aan hem toegekende rechten geldend maakt, ter zake bijstand heeft verleend of een klacht hierover heeft ingediend.”

Het artikel geldt overigens niet voor alle werknemers. In art. 7:653a BW zijn ook groepen uitgezonderd van de werking van dit artikel. Het gaat om werknemers met een zee-arbeidsovereenkomst en werknemers die als zeevisser werken.¹⁴⁷ Ook geldt er een ontslagverbod voor werknemers die hun rechten op grond van art. 7:653a BW geldend maken.¹⁴⁸ Dit is een specificatie van het algemene benadelingsverbod dat in lid 2 van art. 7:653a BW is genoemd.¹⁴⁹

Zoals in de inleiding besproken, ontstond voorafgaand aan de inwerkingtreding een discussie over het feit dat het binnen art. 7:653a BW is toegestaan om de ‘objectieve reden’ voor het weigeren van de nevenwerkzaamheden niet in de arbeidsovereenkomst op te nemen.¹⁵⁰ De Raad heeft kritiek geuit op deze aanpak en suggereert dat werkgevers de rechtvaardiging vooraf moeten vermelden om duidelijkheid te bieden.¹⁵¹ Nadat de wetgever dit voorstel afwees, omdat objectieve redenen niet te voorzien zouden zijn en zouden kunnen veranderen met de tijd, is er in de literatuur discussie ontstaan over de doelmatigheid van deze wetgeving. Sommigen, zoals Dalmolen, scharen zich achter het standpunt van de Raad, terwijl anderen, zoals Barentsen en Sagel, het eens zijn met de wetgever.¹⁵² De wetgever heeft suggesties om de inhoud van art. 7:653a BW aan te passen naast zich neergelegd. De wetgever heeft echter wel enige duidelijkheid geboden over hoe een rechter dient te oordelen over de ‘objectieve reden’. Volgens de wetgever moet de rechter alle omstandigheden van het geval betrekken bij de vraag “of het verbieden van de nevenwerkzaamheden doelmatig (passend en geschikt) en noodzakelijk (proportioneel) is om het zwaarwegend belang van de werkgever te beschermen (tegenover het belang van de

¹⁴⁴ *Report Expert Group 2021*, p. 49-50.

¹⁴⁵ *Report Expert Group 2021*, p. 49-50.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 2, p. 2.

¹⁴⁷ Art. 7:696 jo. 7:740 BW.

¹⁴⁸ Art. 7:670 lid 9 BW.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 19.

¹⁵⁰ Om herhaling te voorkomen ga ik hier slechts summier in op deze discussie. Ik verwijs naar paragraaf 1.2 voor een uitgebreidere uiteenzetting.

¹⁵¹ Advies Raad voor de Rechtspraak, bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 8.

¹⁵² *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 3; Dalmolen 2022, p. 24; Barentsen & Sagel 2022, p. 2787.

werknemer om nevenwerkzaamheden te verrichten).¹⁵³ In paragraaf 3.6.1 ga ik verder in op dit toetsingskader.

Omdat de rechtvaardiging voor het verbod op nevenwerkzaamheden achteraf kan worden gegeven, hoefden bestaande nevenwerkzaamhedenbedingen, neergelegd in (collectieve) arbeidsovereenkomsten, niet te worden aangepast. Maar: werkgevers die hun werknemers voor 1 augustus 2022 verboden om nevenwerkzaamheden te verrichten, konden dit verbod in sommige gevallen niet langer handhaven na 1 augustus 2022. Alleen als de werkgever (een beroep op) het beding (achteraf) kan rechtvaardigen met een objectieve reden, is het beding rechtsgeldig.¹⁵⁴ Wanneer de werkgever een dergelijke rechtvaardiging niet kan overleggen, is het beding nietig en wordt het geacht nooit te hebben bestaan.¹⁵⁵ Over deze nietigheidssanctie is het nodige geschreven. Met name over de vraag wat de nietigheidssanctie precies inhoudt: zorgt dit voor de nietigheid van het beding *an sich* (wat de wetsbepaling lijkt te impliceren, er staat namelijk ‘beding’ en niet ‘beroep op het beding’¹⁵⁶) of is, bij het ontbreken van een objectieve reden op het moment van invoeren, enkel de invoering van het beding nietig? Hierover overweegt De Wolff dat een situatie zich voor kan doen waarbij de werkgever op grond van een beding een verzoek tot het verrichten van nevenwerkzaamheden weigert, zonder daarbij een (geldige) reden te geven. Op dit moment kan de werknemer dan de nietigheid van het beroep invoeren. De Wolff concludeert ten aanzien van de grammaticale lezing van art. 7:653a lid 1 BW: “Dit zou betekenen dat de werkgever de toestemming vervolgens niet meer kan weigeren met opgave van een reden die wel een objectieve rechtvaardiging zou kunnen vormen.”¹⁵⁷ Deze uitleg is problematisch, zo concluderen ook Schepers en Baijens. Op het moment dat een werkgever zich te lichtzinnig op een nevenwerkzaamhedenbeding beroept “bestaat het risico dat het nevenwerkzaamhedenbeding vanaf dat moment ook voor toekomstige (andere) nevenwerkzaamheden nietig is en het de werknemer in principe vrijstaat om nevenwerkzaamheden te verrichten.”¹⁵⁸ Ondanks deze problematiek zijn laatstgenoemden van mening dat dit wel de juiste uitleg van art. 7:653a BW is. Overigens erkennen de auteurs dat ook voor een andere uitleg argumenten te vinden zijn; helaas specificeren zij niet wat die argumenten zijn.¹⁵⁹ Batenburg en Miguel zijn het niet eens met Schepers en Baijens. Volgens hen zou een redelijke uitleg met zich meebrengen “dat het invoeren van een verbod op nevenwerkzaamheden nietig is indien een objectieve rechtvaardiging ontbreekt, zonder dat het nevenwerkzaamhedenbeding daardoor in de toekomst niet rechtsgeldig door de werkgever kan worden ingeroepen.”¹⁶⁰ Batenburg en Miguel onderbouwen hun standpunt met het volgende citaat van de wetgever: “Een beding als bedoeld in het eerste lid waarvoor geen objectieve rechtvaardiging gegeven is of gegeven kan worden, is zoals geschreven nietig.” Zij menen dat dit impliceert dat “ook indien de werkgever het beding invoert en op dat moment er geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat, dit niet uitsluit dat zich in de toekomst een situatie kan voordoen waarin het beroep op het nevenwerkzaamhedenbeding wel gerechtvaardigd kan zijn.”¹⁶¹ Ik vind deze argumentatie niet overtuigend. Mijns inziens verzet het citaat zich niet tegen de grammaticale uitleg van de eerdergenoemde citaten. Daarbij komt dat de wetgever ook schrijft: “Indien in de arbeidsovereenkomst is bepaald dat het verrichten van arbeid

¹⁵³ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 962, 6, p. 8.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 14.

¹⁵⁵ Art. 7:653a lid 1 BW.

¹⁵⁶ Art. 7:653a lid 1 BW.

¹⁵⁷ De Wolff 2022, p. 4.

¹⁵⁸ Schepers & Baijens 2022, p. 7.

¹⁵⁹ Schepers & Baijens 2022, p. 7.

¹⁶⁰ Batenburg & Miguel 2022, p. 31.

¹⁶¹ Batenburg & Miguel 2022, p. 31.

voor een ander niet is toegestaan en daarvoor geen objectieve reden is gegeven, is het beding nietig.”¹⁶² Dit citaat sluit mijns inziens direct aan bij de grammaticale uitleg van art. 7:653a lid 1 BW. Desondanks sluit ik mij toch aan bij het standpunt Batenburg en Miguel. Naar mijn oordeel zou de nietigheid van het gehele beding kunnen leiden tot onwenselijke en zeer onredelijke situaties voor werkgevers. Een voorbeeld hierbij is de situatie waar een werknemer succesvol de nietigheid van het beding inroept en 20 jaar later nevenwerkzaamheden gaat verrichten bij een concurrerende werkgever. Een grammaticale uitleg van art. 7:653a BW zou met zich meebrengen dat een werkgever zich hier niet tegen kan verzetten (op grond van het contractuele nevenwerkzaamhedenbeding).¹⁶³ Daarnaast is het zeer de vraag wat de nietigheid van een dergelijk beding zou betekenen wanneer het zou zijn neergelegd in een collectieve arbeidsovereenkomst.

Tot slot het volgende. In de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:653a BW is niet gesproken over de situatie waarin een beroep op een nevenwerkzaamhedenbeding van vóór 1 augustus 2022 – voor de in de inwerkingtreding van art. 7:653a BW dus – na 1 augustus 2022 wordt beoordeeld in de rechtszaal. Van den Burg overweegt hier dat, analoog aan de Cornstar-beschikking¹⁶⁴, gesteld kan worden dat “hoewel sprake is van onmiddellijke werking, de vraag of sprake is van een bepaald ‘juridisch gekwalificeerd feit’ waarop de rechtsregel betrekking heeft, moet worden beoordeeld naar het oude recht.”¹⁶⁵ Deze visie is bevestigd in de rechtspraak.¹⁶⁶ Wanneer de gebeurtenissen zich hebben voorgedaan voor de inwerkingtreding van art. 7:653a BW, hoeft het nevenwerkzaamhedenbeding dus niet te worden beoordeeld conform art. 7:653a BW.

3.6.1 De verhouding tussen art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en art. 7:653a BW

Nederland is bij de implementatie van art. 9 niet verder gegaan dan de richtlijn vergt.¹⁶⁷ De wetgever heeft besloten de werknemer niet meer bescherming te bieden dan op grond van art. 9 is vereist.

In paragraaf 1.5.2 is besproken hoe de Expert Group meent dat bij het inkleuren van de term ‘objectieve reden’ in artikel 1 lid 6 Richtlijn EU 2019/1152 kan worden gekeken naar de interpretatie van de term ‘objectieve rechtvaardiging’ die in zaken over de inperking van het vrij verkeer van werknemers is gebezigd. Deze objectieve rechtvaardiging bestaat wanneer de inperking geschikt is om de verwezenlijking van een legitiem doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel.¹⁶⁸ In paragraaf 1.5.2 vroeg ik mij af of dit analoog ook geldt voor de invulling van de term ‘objectieve reden’ in art. 9 lid 2 Richtlijn EU 2019/1152. Hier kom ik nu op terug, waarbij ik ook de koppeling maak met art. 7:653a BW.

Mijns inziens is het niet ver gezocht om bij de invulling van de ‘objectieve reden’ in art. 9 lid 2 aansluiting te zoeken bij de wijze waarop wordt nagegaan of een objectieve rechtvaardiging bestaat om het vrij verkeer van werknemers in te perken. Artikel 45 VWEU, waar HvJ Aubriet naar verwijst, brengt met zich mee dat EU-werknemers die in een andere lidstaat arbeid verrichten, niet gediscrimineerd mogen worden wat betreft werkgelegenheid, beloning en overige

¹⁶² *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 13.

¹⁶³ NB: in dergelijke gevallen heeft de werkgever mogelijkheden op grond van art. 6:162 en art. 7:611 BW.

¹⁶⁴ HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905, r.o. 3.8.2.

¹⁶⁵ Van den Burg, in: T&C BW, commentaar op art. 7:653a BW, par. 5 (online, geraadpleegd op 8 mei 2024).

¹⁶⁶ Rb. Rotterdam 23 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:10061, r.o. 4.5.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 6.

¹⁶⁸ HvJ EG 21 november 2018, Case C-619/17 (*Porras*), par. 60.

arbeidsvoorwaarden.¹⁶⁹ Daarbij komt dat ook de anti-discriminatiewetgeving ten aanzien van werknemers in de Nederlandse wet de maatstaf van de ‘objectieve reden’ kent.¹⁷⁰

Het moge duidelijk zijn dat het vrij verkeer van werknemers een ander beginsel is dan de vrijheid van arbeidskeuze. Eenzelfde maatstaf waaraan beperkingen van het vrij verkeer werknemers in Europese jurisprudentie getoetst worden, is voor de vrijheid van arbeidskeuze echter terug te vinden in de Nederlandse wetgeschiedenis. Minister Rietkerk schreef in 1986 een notitie over de verhouding tussen de vrijheid van arbeidskeuze en de vrijheid van beroepsuitoefening. Hij stelde drie criteria voor aan de hand waarvan kon worden bepaald of een regeling enkel de beroepsuitoefening raakte, of ook de vrijheid van arbeidskeuze. Rietkerk stelde dat hier 1) het motief van de regeling, 2) de proportionaliteit van de beperking en 3) het effect van de beperking, van belang zijn.¹⁷¹ Deze drie factoren zouden in onderling verband moeten worden beschouwd om te bepalen of een beperking van de vrije beroepsuitoefening óók kwalificeert als een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze.¹⁷² Deze drie factoren zijn ook grotendeels terug te zien in het hierboven aangehaalde lid 10 van art. 7:646 BW:

“Het in lid 1 neergelegde verbod van onderscheid geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”

Mijns inziens sluit dit toetsingskader nauw aan bij het toetsingskader van de ‘objectieve reden’ in art. 7:653a BW waar de rechter nagaat of een restrictie op het verrichten van nevenwerkzaamheden doelmatig en noodzakelijk is.¹⁷³ Op basis van het voorgaande meen ik dat zowel in de totstandkomingsgeschiedenis van Richtlijn EU 2019/1152 – en dan met name het report van de Expert Group – als in de Nederlandse wetgeschiedenis en anti-discriminatiewetgeving, argumenten zijn te vinden om de ‘objectieve reden’ ex art. 7:653a BW conform het voorstel Rietkerk en de aangehaalde EU-rechtspraak uit te leggen.

Zoals in de inleiding is beschreven, en hierboven weer is aangehaald, ontstond rond de implementatie van Richtlijn EU 2019/1152 discussie over de verhouding tussen het doel van de richtlijn, transparantie en voorspelbaarheid voor werknemers, en het feit dat de ‘objectieve reden’ volgens art. 7:653a BW achteraf mag worden gegeven. Bij de voorbereiding van het wetsvoorstel verlangden de sociale partners meer transparantie en voorspelbaarheid van de wetgever. Hierom verzochten zij om een limitatieve opsomming van objectieve rechtvaardigingsgronden. De wetgever heeft echter aangegeven dat het niet mogelijk is om een dergelijke opsomming te overleggen.¹⁷⁴ Wel geeft de wetgever, naast de in art. 9 genoemde voorbeelden, een vijfde objectieve rechtvaardigingsgrond om nevenwerkzaamheden te mogen weigeren: het overtreden van een wettelijk voorschrift.¹⁷⁵ De wetgever haalt hier als voorbeeld de Atw aan.¹⁷⁶ In Hoofdstuk 4 ga ik verder in op de verschillende onderdelen van de Atw die hier relevant zijn. Hoewel ik het met de wetgever eens ben dat het ondoenlijk is om een limitatieve opsomming van rechtvaardigingsgronden op te stellen, kijk ik met minder begrip naar het feit dat de wetgever de voorbeelden van ‘objectieve redenen’ genoemd in art. 9 niet heeft opgenomen in de tekst van art.

¹⁶⁹ Art. 45 lid 2 VWEU.

¹⁷⁰ Art. 7:646 lid 10 BW.

¹⁷¹ *Kamerstukken II 1985/1986, 19376, 2, p. 3-4.*

¹⁷² *Kamerstukken II 1985/1986, 19376, 2, p. 4.*

¹⁷³ *Kamerstukken II 2021/22, 35 962, 6, p. 8.*

¹⁷⁴ *Kamerstukken II 2021/22, 35962, 3, p. 6.*

¹⁷⁵ *Kamerstukken II 2021/22, 35962, 3, p.13.*

¹⁷⁶ O.a. art. 5:7 Atw.

7:653a BW. De wetgever geeft tenslotte zelf aan dat een werknemer zich geen voorstelling kan maken van wat een objectieve reden inhoudt.¹⁷⁷ Om de werknemer een handje te helpen, had de werknemer mijns inziens de voorbeelden van de objectieve rechtvaardigingsgronden genoemd in art. 9 lid 2 Richtlijn EU 2019/1152 in de wetstekst kunnen opnemen. Hier had inspiratie uit kunnen worden geput bij de voorbeelden van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die genoemd worden in de Wet Flexibel Werken.¹⁷⁸ Overigens hebben de vakcentrales voorafgaand aan de inwerkingtreding van art. 7:653a BW voorgesteld om de ‘objectieve reden’ te vervangen door de norm van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.¹⁷⁹ De wetgever wilde hier niet in mee omdat de richtlijn nu eenmaal de objectieve rechtvaardiging als maatstaf voorschrijft. Het hanteren van een andere maatstaf zou een onjuiste implementatie van de richtlijn betekenen. Maar, zo voegde de wetgever toe: een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang zou wel kunnen kwalificeren als een objectieve reden.¹⁸⁰

3.7 Conclusie

Dit hoofdstuk staat in het teken van de totstandkoming en inhoud van art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en art. 7:653a BW. Dit laatste artikel maakt dat een werkgever de vrijheid van de werknemer om buiten het werkrooster elders te werken, niet zomaar meer mag beperken. Op basis van art. 7:653a BW heeft een werkgever hier een ‘objectieve reden’ voor nodig.

Hiermee is de deelvraag: ‘Op welke wijze is art. 9 van Richtlijn (EU) 2019/1152 geïmplementeerd in de Nederlandse rechtsorde?’ beantwoord. Mijns inziens verdienen dit artikel en de Nederlandse implementatie niet de schoonheidsprijs. Art. 7:653a BW brengt te veel onduidelijkheden met zich mee. Hoewel ik begrip heb voor het standpunt van de wetgever dat het ondoenlijk is om in een beding ex art. 7:653a BW een schriftelijke motivering van de werkgever te verlangen, had de wetgever na kunnen en moeten denken over andere manieren waarop art. 7:653a BW meer had kunnen toevoegen aan voorspelbaarheid. Dit had in de vorm van een voorstel tot een toetsingskader in de wetstekst kunnen zijn (al dan niet conform het voorstel Rietkerk). Daarnaast acht ik de kritiek op de nietigheidssanctie in art. 7:653a lid 1 BW op zijn plaats. Mijns inziens zou een grammaticale uitleg van deze bepaling tot onredelijke en onwenselijke uitkomsten leiden. Deze onduidelijkheden staan lijnrecht tegenover het doel van de richtlijn: het creëren van transparantie en voorspelbaarheid voor de werknemer.

Nu de achtergrond, strekking en discussiepunten van de algemene nevenwerkzaamhedenbepaling ex art. 7:653a BW zijn geïdentificeerd, ga ik in Hoofdstuk 4 in op de verhouding tussen art. 7:653a BW en andere Nederlandse regelgeving die relevant is op het gebied van het verrichten van nevenwerkzaamheden. De verhoudingen tussen deze bepalingen zullen in de analyses in Hoofdstuk 5 en 6 aan bod komen.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 3.

¹⁷⁸ O.a. art. 2 lid 9 Wet Flexibel Werken.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 6, p. 18.

¹⁸⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 6, p. 18.

4. Analyse: art. 7:653a BW in relatie tot bestaande (wettelijke) voorschriften

4.1 Inleiding

Voor 1 augustus 2022 kende de Nederlandse wet geen bepaling waarin het nevenwerkzaamhedenbeding was geregeld. Dit betekent echter niet dat er in de Nederlandse wet tot dan toe geen voorschriften waren, die het verrichten van nevenwerkzaamheden konden beperken of faciliteren. Voorbeelden hiervan, die in Hoofdstuk 2 en 3 al zijn aangestipt, zijn de normen van goed werkgever- en werknemerschap en de Atw. Het is voor dit onderzoek relevant om na te gaan wat deze voorschriften inhouden en hoe ze de mogelijkheid om nevenwerkzaamheden te verrichten beïnvloeden. Door in kaart te brengen wat de strekking van deze voorschriften is, kan beoordeeld worden of art. 7:653a BW toegevoegde waarde voor werknemers heeft (ten aanzien van andere voorschriften) en zo ja waarin deze waarde schuilt.

4.1.1 Norm van goed werkgever- en werknemerschap

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of het een werknemer die niet is gebonden aan een nevenwerkzaamhedenbeding in beginsel vrij staat om nevenwerkzaamheden te verrichten.¹⁸¹ De Wolff is van mening dat een dergelijke werknemer in beginsel vrij is om nevenwerkzaamheden te verrichten.¹⁸² Zij zoekt hier aansluiting bij de visie van Boelhouwer.¹⁸³ Boelhouwer is van mening dat wanneer een werkgever een verbod wil stellen op de wijze waarop de werknemer zijn vrije tijd invult (dat de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer raakt), de werkgever van goeden huize moet komen. Zij stelt dat (zonder een contractueel verbod) een dergelijk verbod alleen mogelijk is als de handelwijze van de werknemer een bedrijfsbelang van de werkgever raakt. Boelhouwer noemt in dit kader de goede orde, de sfeer, de goede naam of veiligheid van het bedrijf, de arbeidsprestatie van de werknemer of het bereiken van een bepaalde doelstelling als voorbeelden van bedrijfsbelangen.¹⁸⁴ Terstegge en De Vries nemen een ander standpunt in. Zij hechten meer waarde aan het beginsel van goed werknemerschap. Zij menen dat een werknemer de plicht heeft om zijn werkgever in te lichten over nevenwerkzaamheden.¹⁸⁵ Dit omdat de werkgever bijvoorbeeld moet kunnen beoordelen of de werknemer de werkgever in zijn vrije tijd geen concurrentie aandoet.

De Wolff lijkt dus te kiezen voor een standpunt dat de persoonlijke levenssfeer van de werknemer sterk eerbiedigt. De Laat betwijfelt echter of haar standpunt voldoende recht doet aan dit grondrecht van de werknemer. Hij stelt dat de Wolff “nauwelijks verschil maakt tussen een concrete schending van gerechtvaardigde belangen van de werkgever (bij de het terzijde-stellen van het grondrecht) enerzijds en de concrete schending van gerechtvaardigde werkgeversbelangen (bij goed-werknemerschap) anderzijds.”¹⁸⁶ Hij komt vervolgens tot de volgende conclusie:

“Dit leidt tot het in mijn ogen merkwaardige resultaat dat, ook wanneer een werkgever in de arbeidsovereenkomst met de werknemer niets opneemt over nevenwerkzaamheden, hij bij een concrete schending van zijn gerechtvaardigde belangen op grond van goed-werknemerschap toch bereikt wat hij eigenlijk door middel van een beding had moeten regelen.”

¹⁸¹ Schreurs & Van der Kind 2006, p.1.

¹⁸² De Wolff 2007, p. 148.

¹⁸³ Boelhouwer 1997, p. 356.

¹⁸⁴ Boelhouwer 1997, p. 356.

¹⁸⁵ Terstegge & De Vries 1994, p. 155.

¹⁸⁶ De Laat 2016, par 9.10.3.

De Laat is van mening dat wanneer geen duidelijk verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden is overeengekomen, de werknemer deze vrij mag uitvoeren.¹⁸⁷ Mijns inziens klopt het wat De Laat zegt. De visie van De Wolff leidt praktisch gezien tot de situatie waarin het niet lijkt uit te maken of een contractueel nevenwerkzaamhedenverbod is opgenomen. Tegelijkertijd kan ik mij niet vinden in het standpunt van De Laat dat een werknemer zonder nevenwerkzaamhedenverbod volledig vrij is om (bijvoorbeeld) concurrerende nevenwerkzaamheden te verrichten. Mijns inziens zou dit een uitholling zijn van de norm van goed werknemerschap.

Ook in de rechtspraak zijn de verschillende standpunten terug te zien. De Wolff concludeert dat het, kijkend naar jurisprudentie, ogenschijnlijk weinig uitmaakt of een contractueel nevenwerkzaamhedenverbod overeen is gekomen.¹⁸⁸ Wat van belang is of de werkgever in een concreet geval een gerechtvaardigd belang heeft om de nevenwerkzaamheden te verbieden.¹⁸⁹

Al met al kan ik mij vinden in het standpunt dat de werknemer rekening heeft te houden met de belangen van de werkgever ook als hij niet gebonden is aan een nevenwerkzaamhedenbeding. De norm van goed werknemerschap brengt, kijkend naar de verschillende visies in literatuur en jurisprudentie, echter weinig voorspelbaarheid met zich mee. Voor een werknemer is het namelijk niet eenvoudig om te beoordelen of de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft om de nevenwerkzaamheden te verbieden (ondanks het feit dat er geen contractueel beding is overeengekomen). Het is voor een werknemer dus ook niet eenvoudig te beoordelen of hij de werkgever inzicht moet geven in de nevenwerkzaamheden die hij uitvoert of wil gaan uitvoeren. In die zin heeft art. 7:653a BW toegevoegde waarde ten opzichte van de wijze waarop de toelaatbaarheid van nevenwerkzaamheden ex artikel 7:611 BW getoetst wordt. Hierbij moet wel gezegd dat art. 7:653a BW enkel ziet op de situatie waarin wél een nevenwerkzaamhedenbeding is overeengekomen.

4.1.2 Toetsingskader AVV

In Hoofdstuk 6 analyseer ik nevenwerkzaamhedenbepalingen die zijn opgenomen in collectieve arbeidsovereenkomsten. Hoe ingrijpend een dergelijke cao-bepaling in collectieve zin is, is (ook) afhankelijk van de vraag of deze algemeen verbindend is verklaard (AVV). AVV is een daad van materiële wetgeving die ervoor zorgt dat een cao(-bepaling) van toepassing is op alle werkgevers en werknemers in de bedrijfssector. Vanwege de verregaande impact van een AVV komen niet alle cao-bepalingen hiervoor in aanmerking.

In het Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (Toetsingskader) onderdeel 5.3 staat dat cao-bepalingen die inbreuk maken op de vrijheid van arbeidskeuze, niet voor AVV in aanmerking komen.¹⁹⁰ Het Toetsingskader geeft ‘absolute verboden op nevenarbeid’ als voorbeeld en voegt toe dat: “eventuele restricties (op nevenarbeid) dienen gemotiveerd te zijn.”¹⁹¹

Het Ministerie van SZW heeft in 2018 de ‘Praktische handreiking nevenarbeid’ gepubliceerd. In deze handreiking wordt toegelicht onder welke voorwaarden een nevenwerkzaamhedenbepaling voor AVV in aanmerking komt:

¹⁸⁷ De Laat 2016, par 9.10.3.

¹⁸⁸ De Wolff 2007, p. 153.

¹⁸⁹ De Wolff 2007, p. 153.

¹⁹⁰ Onderdeel 5.3.a Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV).

¹⁹¹ Onderdeel 5.3.a Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV).

“De praktische toepassing van deze beleidsregel leidt er toe dat uit de CAO-bepaling moet blijken op welke gronden de werkgever het recht van vrije arbeidskeuze kan belemmeren. Blijkt deze motivering uit de CAO-bepaling, dan komt deze voor AVV in aanmerking, mits de norm in rechte toetsbaar is. Ongemotiveerde, niet toetsbare AVV-bepalingen komen niet voor AVV in aanmerking.”¹⁹²

Uit het citaat hierboven valt op te maken dat ongemotiveerde en niet-toetsbare cao-bepalingen niet voor AVV in aanmerking komen. Het is, kijkend naar voorbeelden van bepalingen die zijn toegestaan (zie hieronder), echter twijfelachtig hoe streng deze toets is. Deze voorbeelden zijn namelijk zeer ruim geformuleerd.

In de handreiking worden vijf voorbeelden gegeven van motieven op basis waarvan restricties op het verrichten van nevenwerkzaamheden worden toegestaan.

1. concurrerende arbeid;
2. overschrijding van de Arbeidstijdenwet;
3. onverenigbaarheid van beide functies;
4. belemmering van goede arbeidsprestaties;
5. schending van de gerechtvaardigde belangen van de werkgever.

Voor elk van deze motieven worden in de handreiking een of meerdere voorbeelden gegeven van bepalingen die, op grond van deze motieven, voor AVV in aanmerking komen. Een aantal van deze voorbeelden tonen aan dat de eisen van motivering en toetsbaarheid niet veel om het lijf hebben. Zie hier bijvoorbeeld een beding dat restricties op het verrichten van nevenwerkzaamheden goedkeurt wanneer deze werkzaamheden de goede arbeidsprestaties belemmeren:

“De werknemer met een dienstverband is gehouden de werkgever schriftelijk in kennis te stellen van het voornemen in loondienst van een andere werkgever nevenarbeid te gaan verrichten dan wel uit te breiden. Indien deze werkzaamheden of de uitbreiding daarvan naar oordeel van de werkgever het verrichten van goede arbeidsprestaties belemmeren, heeft de werkgever het recht het verrichten van deze nevenarbeid te verbieden.”

Mijns inziens is het in veel gevallen niet toetsbaar of de nevenwerkzaamheden *naar oordeel van de werkgever* het verrichten van goede arbeidsprestaties belemmeren. Of de nevenwerkzaamheden de arbeidsprestaties daadwerkelijk belemmeren is iets dat, in veel gevallen, uit de praktijk zal moeten blijken voordat dit getoetst kan worden.

Al met al is het niet vreemd dat de AVV-bepalingen weinig concreet zijn. Deze bepalingen worden namelijk geschreven om toepasbaar te zijn op duizenden werknemers. In die zin zijn er overeenkomsten met (de kritiek op) art. 7:653a BW: het artikel betekent te weinig transparantie en voorspelbaarheid voor de werknemer. Zoals in hoofdstuk 3 aangestipt, heeft de wetgever laten weten dat het ondoenlijk is om de objectieve reden om nevenwerkzaamheden te mogen weigeren, op te nemen in een nevenwerkzaamhedenbeding. Dit omdat men simpelweg niet kan voorspellen wat die reden is of zal zijn. Ook kan die reden met de tijd veranderen.¹⁹³ Zowel ten aanzien van vereisten van (de handreiking van) onderdeel 5.3 van het Toetsingskader als ten aanzien van art. 7:653a BW kan beargumenteerd worden dat de vereisten noodzakelijk vaag zijn.

¹⁹² Praktische handreiking nevenarbeid, p. 2.

¹⁹³ *Kamerstukken II 2021/22, 35962, 3, p. 3.*

AVV-bepalingen kunnen dus resulteren in een verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden. Het Toetsingskader beschermt de werknemer in die zin dat absolute verboden en verboden zonder motivering niet voor AVV in aanmerking komen.¹⁹⁴ De werknemer wordt ook door art. 7:653a BW beschermd tegen dergelijke verboden. Op het eerste oog lijkt het dan ook alsof art. 7:653a BW weinig toegevoegde waarde heeft ten opzichte van het toetsingskader. Dit is echter niet waar, aangezien het Toetsingskader enkel werknemers beschermt die alleen op basis van een AVV aan een cao gebonden zijn.

Werknemers die op grond van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst¹⁹⁵ of op basis van een incorporatiebeding in hun arbeidsovereenkomst gebonden zijn aan een cao(-bepaling) die niet AVV is verklaard, konden ondanks het Toetsingskader alsnog worden geconfronteerd met een absoluut of een ongemotiveerd nevenwerkzaamhedenbeding dat in de cao was neergelegd. Dit geldt ook voor werknemers die überhaupt niet onder de werkingssfeer van een cao vallen, maar bij wie een dergelijk nevenwerkzaamhedenbeding in de arbeidsovereenkomst staat opgenomen. Ook is relevant dat een AVV geen nawerking heeft.¹⁹⁶ Dit zorgt ervoor dat werknemers die enkel op basis van een AVV zijn gebonden, na expiratie van een AVV plotseling niet meer gebonden zijn aan een nevenwerkzaamhedenbepaling in de cao. Ook om deze reden is het onwenselijk als werknemers enkel op basis van een AVV bescherming toekomt (om nevenwerkzaamheden te verrichten). Art. 7:653a BW lost dit probleem op vanwege het feit dat deze bepaling altijd en bij iedereen van toepassing is.

Uit het voorgaande volgt dat de nevenwerkzaamheden die zijn toegestaan op grond van het Toetsingskader onderdeel 5.3a en art. 7:653a BW soortgelijke beperkingen kennen in de wijze waarop ze de werknemer kunnen beschermen tegen restricties op het verrichten van nevenwerkzaamheden. Toch heeft art. 7:653a BW toegevoegde waarde ten opzichte van het Toetsingskader, omdat art. 7:653a BW bescherming biedt aan een groep werknemers die buiten de bescherming van het Toetsingskader valt.

4.1.3 Arbeidstijdenwet

De Atw schept voor de werkgever verschillende verplichtingen ten aanzien van de wijze waarop hij de arbeid van zijn personeel moet organiseren. Zo schrijft artikel 5:7 Atw voor hoeveel uren arbeid de werknemer maximaal verrichten. Als de werkgever zich niet aan deze bepaling houdt, maakt hij zich schuldig aan een strafbaar feit.¹⁹⁷ In het geval een werknemer nevenwerkzaamheden verricht of wil gaan verrichten, kan het voor een werkgever moeilijk inzichtelijk zijn of de werknemer de maximale arbeidsduur hiermee niet overschrijdt. Artikel 5:15 lid 6 Atw schrijft daarom voor dat de werknemer die bij meer dan één werkgever arbeid verricht, uit eigen beweging, aan al zijn werkgevers informatie verstrekt die nodig is om overtreding van de Atw te voorkomen. Zoals in Hoofdstuk 3 aangestipt, kunnen nevenwerkzaamheden worden verboden als deze leiden tot een overtreding van de Atw. Dit wordt gezien als een 'objectieve reden' in de zin van art. 7:653a BW. Mijns inziens is art. 7:653a BW een nuttige aanvulling op de Atw, aangezien de Atw de werknemer enkel verplicht informatie te verstrekken. Het is op grond van de Atw niet mogelijk om nevenwerkzaamheden te verbieden (omdat deze zouden leiden tot overtreding van de Atw). Wat

¹⁹⁴ Onderdeel 5.3.a Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (AVV); Praktische handreiking nevenarbeid, p. 2.

¹⁹⁵ Art. 9 lid 1 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.

¹⁹⁶ Art. 2 lid 2 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

¹⁹⁷ Artikel 10:1 jo. 11:1 Atw.

dit betreft geeft art. 7:653a BW meer voorspelbaarheid (ondanks het feit dat de overtreding van de Atw als 'objectieve reden' niet in de wettekst is opgenomen).

4.1.4 Wet Flexibel Werken

Op grond van de Wfw kan de werknemer die ten minste 26 weken in dienst is een verzoek doen om zijn arbeidsduur, de arbeidsplaats of de werktijd aan te passen.¹⁹⁸ Nadat de werknemer een dergelijk verzoek heeft gedaan, is de werkgever verplicht om met de werknemer in overleg te treden over diens verzoek.¹⁹⁹ Een werknemer die voornemens is nevenwerkzaamheden te verrichten en daartoe zijn arbeidsduur wil verminderen of zijn werktijd bij de huidige werkgever wil aanpassen, kan hiervoor dus een Wfw-verzoek indienen.

Een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur of de werktijd moet in beginsel worden ingewilligd door de werkgever. Dit is anders wanneer zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich hiertegen verzetten.²⁰⁰ Bij de afwijzing van een Wfw-verzoek hoeft de werkgever het belang van de werknemer bij toewijzing van het verzoek overigens niet mee te nemen. De wetgever heeft expliciet aangegeven dat er geen belangenafweging plaats dient te vinden, maar dat afwijzing is toegestaan als de werkgever hiervoor een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang heeft.²⁰¹

Mijns inziens is het niet aan de werkgever om een dergelijk verzoek af te wijzen vanwege het feit dat de werknemer voornemens is om met de vrijgekomen tijd nevenwerkzaamheden te gaan verrichten. De werkgever dient enkel te beoordelen of hij de arbeid binnen zijn onderneming conform het verzoek van de werknemer kan organiseren (of dat zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich hiertegen verzetten). Mijns inziens erkent de Wfw het belang dat de werknemer heeft bij de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, door geen motivering van de werknemer te verlangen bij het doen van een Wfw-verzoek.

Het moge duidelijk zijn dat art. 7:653a BW en de Wfw verschillende wetten met verschillende doelen zijn. Art. 7:653a BW regelt namelijk dat de (aan een nevenwerkzaamhedenbeding gebonden) werknemer in beginsel vrij is om buiten het werkrooster nevenwerkzaamheden te verrichten. De Wfw geeft de werknemer mogelijkheden om te realiseren dat het op basis van het werkrooster überhaupt mogelijk is om nevenwerkzaamheden te verrichten. De reden dat ik de Wfw hier toch behandel is omdat het, zoals hierboven aangegeven, mogelijk is dat afwijzing van een Wfw-verzoek ertoe kan leiden dat de werknemer beperkt wordt in zijn mogelijkheden om nevenwerkzaamheden te verrichten. Ook is relevant dat de wetgever heeft benadrukt dat de vrijheid van arbeidskeuze als neergelegd in artikel 19 lid 3 Gw de werknemer niet alleen de beslissingsvrijheid om arbeid te kiezen omvat, maar ook de vrijheid om een gemaakte keuze te herzien.²⁰²

4.2 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik uiteengezet welke wettelijke voorschriften het verrichten van nevenwerkzaamheden kunnen beperken, wat hun relatie is tot art. 7:653a BW en wat art. 7:653a BW (eventueel) aan deze voorschriften toevoegt. Geconcludeerd moet worden dat art. 7:653a BW ten aanzien van vrijwel alle genoemde wetten een verbetering of een nuttige aanvulling is in het kader van transparantie en voorspelbaarheid voor de werknemer op het gebied van het (mogen) verrichten van nevenwerkzaamheden.

¹⁹⁸ Artikel 2 lid 1 Wet flexibel werken.

¹⁹⁹ Artikel 2 lid 4 Wet flexibel werken.

²⁰⁰ Artikel 2 lid 5 Wet flexibel werken.

²⁰¹ *Kamerstukken I*, 1999/00, 26358, 52c, p. 8.

²⁰² *Kamerstukken II* 1985/86, 19376, 2, p. 4.

In bovenstaand overzicht ben ik niet ingegaan op het nevenwerkzaamhedenbeding in de arbeidsovereenkomst voor 1 augustus 2022. Dit komt aan bod in Hoofdstuk 5, waarin ik het nevenwerkzaamhedenbeding voor en na 1 augustus 2022 – en de wijze waarop hier in jurisprudentie mee wordt omgegaan – tegen elkaar afzet.

5. Jurisprudentieanalyse art. 7:653a BW

5.1 Inleiding

In de hoofdstukken hiervoor heb ik uiteengezet dat een nevenwerkzaamhedenverbod raakt aan verschillende grondrechten en op welke wijze art. 7:653a BW is vastgesteld. Uit deze hoofdstukken volgt dat twijfelachtig is of art. 7:653a BW de werknemer – met oog op het doel van de richtlijn: transparantie en voorspelbaarheid voor de werknemer – genoeg bescherming biedt.

In Hoofdstuk 3 is uiteengezet hoe de term ‘objectieve reden’ in art. 7:653a BW voor veel discussie heeft gezorgd. Om deze discussie weg te nemen – en de werknemer daadwerkelijk transparantie en voorspelbaarheid te bieden – zijn verschillende voorstellen gedaan door bijvoorbeeld de Raad, politieke partijen en auteurs. Zo is voorgesteld om een limitatieve opsomming van objectieve redenen te communiceren.²⁰³ Ook is opgeworpen om de maatstaf van zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen te hanteren.²⁰⁴ Deze voorstellen hebben het niet gered: de werknemer moet het nog steeds doen met (enkele voorbeelden van) de open norm ‘objectieve reden’. Vanwege het voorgaande heb ik relevante jurisprudentie geanalyseerd in de hoop gezichtspunten te kunnen ontdekken in de manier waarop rechters de objectieve reden in art. 7:653a BW beoordelen. Ter inleiding van de analyse ga ik kort in op de rechtspraak voorafgaand aan de inwerkingtreding van art. 7:653a BW. Op deze wijze kan ik nagaan in hoeverre de werknemer door de introductie van art. 7:653a BW daadwerkelijk meer duidelijkheid en transparantie heeft gekregen.

5.2 Nevenwerkzaamhedenbeding voor art. 7:653a BW

Voor 1 augustus 2022 kende de Nederlandse wet geen algemene bepaling voor het nevenwerkzaamhedenbeding. Tot de introductie van art. 7:653a BW werd het nevenwerkzaamhedenbeding (in beginsel, zie Hoofdstuk 4) gereguleerd door de contractsvrijheid van werkgever en werknemer.²⁰⁵ Deze partijen konden een nevenwerkzaamhedenbeding afspreken en waren hier beide aan gebonden. Een dergelijk beding hoefde overigens niet in de arbeidsovereenkomst te zijn opgenomen. Ook een cao of bedrijfsregeling kon en kan een dergelijk beding bevatten.²⁰⁶ Scheurs en Van der Kind identificeerden in de jurisprudentie verschillende varianten: “een algeheel verbod op nevenwerkzaamheden, een verbod op nevenwerkzaamheden die belastend voor of concurrerend met de activiteiten van de werkgever zijn, of een informatieplicht, bijvoorbeeld gecombineerd met een vereiste van toestemming van de werkgever.”²⁰⁷

Door de introductie van art. 7:653a BW is een algeheel verbod op nevenwerkzaamheden niet meer mogelijk. De twee andere varianten zijn na 1 augustus 2022 nog steeds mogelijk. Het gaat erom of de werkgever een ‘objectieve reden’ heeft om een beroep op het beding te rechtvaardigen.²⁰⁸ Hoe dit in de rechtspraak wordt beoordeeld is hieronder uiteengezet.

5.3 De objectieve reden in de rechtspraak

Sinds de inwerkingtreding van art. 7:653a BW op 1 augustus 2022 heeft de rechter in tien verschillende uitspraken inhoudelijk geoordeeld over de objectieve reden. In deze rechtspraak zijn een aantal gezichtspunten te ontwaren.

²⁰³ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 6.

²⁰⁴ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 6, p. 18.

²⁰⁵ Dalmolen 2022, p. 22.

²⁰⁶ Dalmolen 2022, p. 22.

²⁰⁷ Schreurs & Van der Kind 2006, p. 30.

²⁰⁸ Art. 7:653a BW.

5.3.1 Gezichtspunt 1: rechters zoeken aansluiting bij redenen in art. 9 Richtlijn EU 2019/1152

In Hoofdstuk 3 is art. 9 Richtlijn EU 2019/1152, de Europese blauwdruk van art. 7:653a BW, uitvoerig besproken. Hier is benoemd dat art. 9 vier voorbeelden geeft van objectieve redenen op basis waarvan een verbod op nevenwerkzaamheden gerechtvaardigd kan worden. Dit zijn: gezondheid en veiligheid, de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie, de integriteit van overheidsdiensten of het vermijden van belangenconflicten. De Nederlandse wetgever voegde daar later een vijfde reden aan toe: het overtreden van een wettelijk voorschrift.²⁰⁹

In de onderzochte jurisprudentie is zichtbaar dat rechters bij het onderzoeken of sprake is van een objectieve reden zich vaak beperken tot het nagaan van de hierboven genoemde gronden. In de onderstaande tabel is inzichtelijk gemaakt hoe vaak dit gebeurt.

Objectieve reden	Aantal keer genoemd
Gezondheid en veiligheid werknemer	1
Bescherming bedrijfsinformatie	0
Integriteit overheidsdiensten	1
Vermijden belangenconflicten	4
Overtreden wettelijk voorschrift	3

Slechts in één zaak werd een, mijns inziens, nieuwe objectieve reden genoemd: de mogelijke afbreuk van bedrijfsdebiet.²¹⁰ Bedrijfsdebiet wordt gedefinieerd als “de afzetmogelijkheden van een bedrijf op grond van goodwill, bijzondere kennis en inzichten en gedane investeringen.”²¹¹ Onder deze definitie valt meer dan alleen bedrijfsinformatie waardoor dit naar mijn oordeel kwalificeert als een separate, al dan niet gerelateerde, objectieve reden. Het voorkomen van afbreuk van bedrijfsdebiet is een gerechtvaardigd belang om een werknemer te houden aan een concurrentiebeding.²¹² Olsthoorn zegt over het bestempelen van bedrijfsdebiet als ‘objectieve reden’ in de zin van art. 7:653a BW:

“Hoewel het toetsingskader voor het concurrentiebeding anders is, valt niet in te zien waarom het beschermen van het bedrijfsdebiet na einde dienstverband in het kader van een rechtsgeldig overeengekomen concurrentiebeding wel een gerechtvaardigd belang kan opleveren, maar tijdens het dienstverband niet. Ook tijdens het dienstverband heeft de werkgever een gerechtvaardigd belang bij het beschermen van het bedrijfsdebiet.”²¹³

Ik sluit mij hierbij aan. Gezien de waarde die ‘bedrijfsdebiet’ wordt toegedicht bij het inperken van de vrijheid van arbeidskeuze binnen de wettelijke regeling van het concurrentiebeding, ben ik van mening dat dit een ‘objectieve reden’ in de zin van art. 7:653a BW kan opleveren.

²⁰⁹ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p. 6.

²¹⁰ Hof Den Haag 12 december 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2337, r.o 6.15.

²¹¹ Grapperhaus 1995, p. 105.

²¹² Grapperhaus 1995, p. 105.

²¹³ Hof Den Haag 12 december 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2337, m.nt. mr. A. Olsthoorn, par 5.

5.3.2 Gezichtspunt 2: cumulatie van redenen

In vijf van de tien geanalyseerde uitspraken wordt aangenomen dat sprake is van een ‘objectieve reden’ in de zin van art. 7:653a BW. In de tabel staan in totaal echter negen redenen genoteerd. Dit komt vanwege het feit dat rechters veelal redenen cumuleren.

Deze cumulatie van redenen komt mij logisch voor. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een zaak van het Hof 's-Hertogenbosch.²¹⁴ Het gaat in deze zaak om een musicus die bij haar primaire werkgever een dienstverband van 75% van een fulltime dienstverband en bij haar nevenwerkgever een dienstverband van 65% had. De primaire werkgever heeft deze nevenwerkzaamheden gedurende het eerste gedeelte van de coronaperiode gedoogd, maar heeft de toestemming hiervoor in 2021 ingetrokken.²¹⁵ Het Hof overweegt dat het aantal uren dat de werknemer werkt, in strijd is met de Atw.²¹⁶ Daarnaast is de hoeveelheid arbeidsuren ook strijdig met artikel 7 van de van toepassing zijnde cao remplaçanten Nederlandse orkesten. Gezien het feit dat de werknemer (te) veel werkt, vreest de werkgever voor de gezondheid van de werknemer. Ook dit kwalificeert naar oordeel van het Hof als een ‘objectieve reden’ om de toestemming tot het verrichten van nevenwerkzaamheden in te trekken.²¹⁷ Hierin zijn de overtreding van een wettelijk voorschrift en de gezondheid en veiligheid van de werknemer te herkennen als ‘objectieve redenen’. Mijns inziens is dit een logische cumulatie van redenen. De wettelijke voorschriften die worden overtreden zijn namelijk (mede) opgezet met het oog op het beschermen van de gezondheid van de werknemer.²¹⁸

5.3.3 Gezichtspunt 3: weinig-inzichtelijke belangenafweging

In art. 7:653a BW is, in tegenstelling tot in artikel 7:653 lid 3 BW, geen belangenafweging opgenomen. Zoals in Hoofdstuk 3 aangestipt, heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat zo’n afweging wel door de rechter moet worden gemaakt: “Bij de beoordeling van de vraag of de werkgever een objectieve rechtvaardigingsgrond heeft om de werknemer te belemmeren elders te werken, dient altijd het belang van de werknemer om elders te kunnen werken te worden meegenomen.”²¹⁹ Of de werkgever een objectieve reden heeft om de nevenwerkzaamheden te weigeren, is dus afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hier moet worden getoetst “of het verbieden van de nevenwerkzaamheden doelmatig (passend en geschikt) en noodzakelijk (proportioneel) is om het zwaarwegend belang van de werkgever te beschermen.”²²⁰

Of deze belangenafweging daadwerkelijk plaatsvindt, is niet op te maken uit de jurisprudentie. Slechts in één van de geanalyseerde uitspraken gaat de rechter op de door de wetgever voorgestelde wijze te werk.²²¹ Het gaat in deze zaak om een boomverzorger in dienst van de gemeente Zaanstad. De werknemer verricht nevenwerkzaamheden voor bedrijven en particulieren in en rondom de gemeente Zaanstad. De nevenwerkzaamheden worden verricht met voorwaardelijke toestemming: partijen hebben afgesproken de nevenwerkzaamheden na twee jaar te evalueren. Nadat de evaluatieperiode ten einde komt, geeft de werkgever opnieuw toestemming. Ditmaal onder de volgende voorwaarden (die voortvloeien uit de gemeentelijke

²¹⁴ Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2397.

²¹⁵ Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2397, r.o 3.13-3.14.

²¹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2397, r.o 3.14; artikel 6 jo 5.16:2 Arbeidstijdenbesluit.

²¹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2397, r.o 3.14.

²¹⁸ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 646, 3, p. 4 (MvT).

²¹⁹ *Kamerstukken II* 2021/22, 35 962, 6, p. 8.

²²⁰ *Kamerstukken I* 2021/22, 35 962, C, p. 2.

²²¹ Rb. Noord-Holland 8 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6449.

gedragscode): lid mag voor maximaal 8 uur per week nevenwerkzaamheden buiten de gemeentegrenzen van Zaanstad uitvoeren. Maar: binnen de gemeentegrenzen mag de werknemer geen werkzaamheden uitvoeren voor overheid gerelateerde opdrachtgevers.

De werknemer maakt bezwaar tegen de voorwaarde dat hij zijn nevenwerkzaamheden voortaan alleen buiten de gemeentegrenzen zou mogen verrichten.²²² Hij vordert een verklaring van recht dat het nevenwerkzaamhedenbeding in de gedragscode op grond van art. 7:653a BW nietig en ongeldig is.

De rechter stelt uiteindelijk de werkgever in het gelijk: het inperken van de nevenwerkzaamheden vanwege het willen bewaken van de integriteit van overheidsdiensten en het vermijden van (de schijn van) belangenverstremming, wordt toegestaan.²²³ Vooral de manier waarop de rechter tot deze conclusie komt, is interessant:

“Het verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden binnen de gemeente Zaanstad is ook passend, geschikt en noodzakelijk om het belang van de gemeente Zaanstad het bewaken van de integriteit van haar overheidsdiensten te beschermen. Door dat verbod kan immers bij uitstek de schijn en het risico van belangenverstremming worden voorkomen en niet valt in te zien hoe dat op een andere wijze adequaat kan worden bewerkstelligd.²²⁴

De belangen van [eiser] leggen daartegenover onvoldoende gewicht in de schaal. Daarbij weegt mee dat [eiser] zijn nevenwerkzaamheden buiten de gemeente Zaanstad zonder beperkingen kan blijven verrichten en kan uitbreiden. Op de zitting is ook gebleken dat de nevenwerkzaamheden van [eiser] al voor ongeveer de helft betrekking hebben op klanten buiten de gemeente Zaanstad. De kantonrechter begrijpt dat [eiser] veel waarde hecht aan vrijheid in zijn nevenwerkzaamheden, zoals [eiser] op de zitting heeft toegelicht, maar die vrijheid heeft grenzen door de keuze die [eiser] maakt om ook voor de gemeente Zaanstad werkzaam te zijn en te blijven.²²⁵

De conclusie is dat de kantonrechter de vorderingen van [eiser] zal afwijzen.”²²⁶

In het bovenstaande citaat is expliciet waarneembaar hoe de rechter het belang van de werknemer tegen dat van de werkgever afweegt en daarbij nagaat of het verbod doelmatig, passend en geschikt is om het belang van de werkgever te beschermen. Er zijn helaas geen andere voorbeelden van rechtszaken waarin de rechter ingaat op deze vereisten. Het is onbekend of de belangenafweging in de andere uitspraken niet heeft plaatsgevonden of dat deze wel heeft plaatsgevonden, maar in de uitspraak niet kenbaar wordt gepresenteerd.

5.3.4 Tot slot

Tot slot een opmerking over het ontbreken van het schriftelijkheidsvereiste voor de objectieve reden. Een van de zaken waar niet is geoordeeld over de objectieve reden van art. 7:653a BW, wil ik niet onbenoemd laten. Het gaat hier om een zaak bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.²²⁷ In deze zaak betreft het een schoonmaakster die zonder dat haar werkgever het weet voor andere partijen schoonmaakwerkzaamheden verricht tijdens het dienstverband bij deze werkgever. Hiermee schendt de werkneemster een beding in haar arbeidsovereenkomst dat zowel als nevenwerkzaamheden- als concurrentiebeding kwalificeert. In het beding staat dat de werknemer

²²² Rb. Noord-Holland 8 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6449, r.o 4.1.

²²³ Rb. Noord-Holland 8 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6449, r.o 4.22.

²²⁴ Rb. Noord-Holland 8 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6449, r.o 4.20.

²²⁵ Rb. Noord-Holland 8 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6449, r.o 4.21.

²²⁶ Rb. Noord-Holland 8 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6449, r.o 4.22.

²²⁷ Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1031.

zowel tijdens als twee jaar na het dienstverband geen schoonmaakwerkzaamheden mag verrichten voor relaties van de werkgever. De werkgever sanctioneert deze schending van bedingen met een ontslag op staande voet en een boete van €15.000. De werkneemster roept op grond van art. 7:653a BW nietigheid van het beroep in, er zou namelijk geen ‘objectieve reden’ zijn om de nevenwerkzaamheden te verbieden. Omdat de gebeurtenissen zich afspeelden voor 1 augustus 2022, de datum waarop art. 7:653a BW in werking trad, is een beroep op dit artikel echter niet mogelijk.²²⁸ De rechter merkt wel op dat de werknemer onvoldoende heeft gemotiveerd dat er geen sprake zou zijn van een objectieve reden om het beding aan te merken als nietig. De rechter oordeelt op grond van artikel 7:653 BW echter alsnog dat het beding nietig is.²²⁹ Dit omdat de werkneemster op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam is bij de werkgever en het nevenwerkzaamheden-/concurrentiebeding geen schriftelijke motivering kent.²³⁰ Hiermee is niet voldaan aan de eis van artikel 7:653 lid 2 BW. Hier is bepaald dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd enkel geldig is op het moment dat het beding een schriftelijke motivering kent waaruit “blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.”²³¹ In deze zaak doet zich dus de bijzondere situatie voor waarbij de werknemer op grond van het nieuwe art. 7:653a BW geen bescherming toekomt (dit was niet anders geweest wanneer art. 7:653a BW wel terugwerkende kracht had gehad²³²), maar wel op grond van het oude artikel 7:653 BW.

5.4 Conclusie

In de voorgaande alinea’s is uiteengezet hoe in de rechtspraak wordt omgegaan met art. 7:653a BW. Helaas is bijna twee jaar na de invoering van art. 7:653a BW nog weinig jurisprudentie geweest waarin geoordeeld is over de objectieve reden. Desondanks heeft de rechtspraakanalyse een aantal relevante gezichtspunten opgeleverd.

Los van het feit dat in de rechtspraak slechts één nieuwe objectieve reden is geïdentificeerd, is vooral de beperkte motivatie van rechters een waardevolle uitkomst van deze analyse. Deze uitkomst is met name interessant in het licht van de kritiek van de Raad over het feit dat art. 7:653a BW de werknemer weinig transparantie en voorspelbaarheid geeft. Deze (terechte) kritiek valt mijns inziens niet te rijmen met de wijze waarop rechters doorgaans geen of slechts beperkt inzicht bieden in de door hen gemaakte belangenafweging. Hierbij wil ik wel de kanttekening maken dat hoewel de Raad onderdeel is van de rechterlijke macht, het standpunt van de Raad niet op één lijn kan worden gesteld met het standpunt en de handelingen van individuele rechters (en vice versa). Evengoed is het opzienbarend dat het adviesorgaan van de rechterlijke macht de wetgever verwijt dat art. 7:653a BW te weinig transparantie zou bieden, terwijl de rechtspraak op zijn beurt nalaat om inzicht te geven in de besluitvorming ten aanzien van hetzelfde wetsartikel.

Al met al kan worden geconcludeerd dat de rechtspraak weinig rechtszekerheid heeft gegeven over wat wel of niet kwalificeert als een ‘objectieve reden’ in de zin van art. 7:653a BW en hoe rechters deze afweging maken.

²²⁸ Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1031, r.o 5.4.

²²⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1031, r.o 5.8.

²³⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1031, r.o 5.8.

²³¹ Art. 7:653 lid 2 BW.

²³² Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1031, r.o 5.7.

6. Cao-analyse art. 7:653a BW

6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik jurisprudentie geanalyseerd met als doel meer duidelijkheid te verkrijgen over de term ‘objectieve reden’ in art. 7:653a BW. In dit hoofdstuk voer ik een cao-analyse met een tweeledig doel uit. Het eerste doel is hetzelfde als dat van de rechtspraakanalyse: inzichtelijk maken wat onder een ‘objectieve reden’ in de zin van art. 7:653a BW kan worden verstaan. Het tweede doel is duidelijkheid verkrijgen over de vraag of en zo ja wat de invoering van art. 7:653a BW heeft veranderd aan de bescherming van werknemers om nevenwerkzaamheden te kunnen verrichten. Hiertoe vergelijk ik versies van de cao’s overeengekomen voor 1 augustus 2022 (de datum waarop art. 7:653a BW in werking trad) en versies overeengekomen na 1 augustus 2022. In onderstaande analyses heb ik de resultaten gesplitst naar bevindingen in bedrijfstak-cao’s en bevindingen in ondernemings-cao’s.

6.2 De ‘objectieve reden’ in de collectieve arbeidsovereenkomst

In de cao-analyse zijn de 50 grootste bedrijfstak- en de 50 grootste ondernemings-cao’s onderzocht. In deze selectie van (in totaal 100) cao’s heb ik onderzocht of zij een nevenwerkzaamhedenbepaling bevatten, wat de inhoud van deze bepalingen is en in hoeverre er verschillen zichtbaar zijn tussen de cao’s die voor en de cao’s die na 1 augustus 2022 zijn overeengekomen. Ten aanzien van sommige cao’s geldt dat er nog geen versie na 1 augustus is overeengekomen. Voor twee cao’s geldt dat de eerste versie na 1 augustus is overeengekomen. In Bijlage 2 staat genoteerd om welke cao’s dit gaat. Door deze twee omstandigheden heb ik niet voor alle cao’s twee versies kunnen vergelijken. Ter verduidelijking van het voorgaande is in onderstaande tabel inzichtelijk gemaakt hoeveel cao’s zijn geanalyseerd.

Soort cao	Aantal voor 1-8-2022	Aantal na 1-8-2022
Bedrijfstak-cao	49	41
Ondernemings-cao	49	33

6.2.1 De ‘objectieve reden’ in de bedrijfstak-cao

29 van de 50 bedrijfstak-cao’s bevatten voorafgaand aan 1 augustus 2022 een bepaling over het mogen verrichten van nevenwerkzaamheden. 26 van deze bepalingen zijn in zekere mate gemotiveerd. Een voorbeeld van een ongemotiveerde bepaling is art. 3.3 van de KNDB cao: “Het is de fulltime medewerker verboden zonder toestemming van haar werkgever betaalde arbeid voor derden te verrichten.” 25 van de 29 bepalingen bevatten een kennisgevings- of een toestemmingsvereiste voor de werknemer. Een dergelijk vereiste betekent dat de werknemer zijn werkgever in kennis moet stellen van de nevenwerkzaamheden die hij verricht of wil gaan verrichten en/of de toestemming van zijn werkgever nodig heeft om deze te verrichten. Het hiervoor genoemde artikel in de KNDB cao is hier een voorbeeld van.

Na 1 augustus 2022 bevatten 30 van de 50 bedrijfstak-cao’s een nevenwerkzaamhedenbepaling. Slechts in de cao Kinderopvang, voor Kindercentra en Gastouderbureaus, was na 1 augustus 2022 wel een dergelijke bepaling opgenomen.²³³ Twee van de drie cao’s die voorafgaand aan 1 augustus 2022 een ongemotiveerde nevenwerkzaamhedenbepaling bevatten, hebben in de versie na 1 augustus 2022 wel een motivatie. Het aantal nevenwerkzaamhedenbepaling met een kennisgevings- en/of – toestemmingsvereiste was nog steeds 25. Deze resultaten zijn in de onderstaande tabellen inzichtelijk gemaakt.

²³³ Art. 2.2 cao Kinderopvang, voor Kindercentra en Gastouderbureaus.

	Aantal voor 1-8-2022	Aantal na 1-8-2022
Nevenwerkzaamhedenbepalingen	29	30

Soort nevenwerkzaamhedenbepaling in bedrijfstak-cao's	Aantal voor 1-8-2022	Aantal na 1-8-2022
Gemotiveerd	26	28
Ongemotiveerd	3	1
Kennisgevings-/toestemmingsvereiste	25	25

In de 41 geanalyseerde bedrijfstak-cao's die na invoering van art. 7:653a BW zijn overeengekomen, hanteren slechts 13 de termen 'objectieve reden' of 'objectieve rechtvaardiging' in het kader van een bepaling over nevenwerkzaamheden. In 4 van de 13 cao's worden een of meerdere van de objectieve redenen in art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en de wetsgeschiedenis van art. 7:653a BW genoemd.²³⁴ Slechts in 2 van de geanalyseerde bedrijfstak-cao's worden 'nieuwe' concrete voorbeelden gegeven van wat wordt verstaan onder een 'objectieve reden' voor het weigeren van nevenwerkzaamheden. Het gaat hier om de cao's Nederlandse Universiteiten en Universitair Medische Centra. Hieronder ga ik op beide cao's in.

Artikel 1.14 lid 3 van de cao Nederlandse Universiteiten formuleert dit als volgt:

“Onder een objectieve rechtvaardigingsgrond wordt in ieder geval verstaan de aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit, het beschermen van bedrijfsgeheimen, het voorkomen van belangenconflicten, het schaden van het belang van de universiteit, bescherming van de gezondheid en veiligheid van de werknemer en overtreding van de Arbeidstijdenwet.”

De cao verwijst naar de Sectorale regeling nevenwerkzaamheden Nederlandse universiteiten. Deze regeling maakt integraal onderdeel uit van de cao.²³⁵ Artikel 2 van deze regeling gaat verder in op wat als 'objectieve reden' wordt verstaan:

- a. die de wetenschappelijke, organisatorische en/of zakelijke belangen van de universiteit schaden, zoals de aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit en het beschermen van bedrijfsgeheimen; of
- b. die een goede en/of volledige uitoefening van de functie aan de universiteit belemmeren, zoals de gezondheid en veiligheid van betrokkene en overtreding van de Arbeidstijdenwet; of
- c. waarbij er sprake is van (de schijn van) belangenverstremgeling of een belangenconflict waarbij een persoonlijk belang direct tegenstrijdig is met het belang van de universiteit en daaraan gelieerde instellingen; of
- d. waarbij er sprake is van een andere door de universiteit te onderbouwen objectieve rechtvaardigingsgrond.”

In de geciteerde bepalingen kunnen de volgende rechtvaardigingsgronden worden onderscheiden die niet in de richtlijn of in de wetsgeschiedenis van art. 7:653a BW staan vermeld:

1. De aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit;
2. Het beschermen van bedrijfsgeheimen;

²³⁴ Zie Bijlage 2.

²³⁵ Artikel J.3 cao Nederlandse Universiteiten.

3. De omstandigheid dat de nevenwerkzaamheden de goede en/of volledige uitoefening van de functie aan de universiteit belemmeren (niet-zijnde de gezondheid en veiligheid van de werknemer of overtreding van de Atw).

Deze redenen zijn naar mijn oordeel om uiteenlopende redenen opvallend en/of problematisch. Allereerst de ‘aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit’. Mijns inziens behelst deze reden primair een maatschappelijk belang – het vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit – en slechts secundair een objectief belang van de werkgever. Waar KLM bijvoorbeeld baat heeft bij vertrouwen in luchtvaart in zijn algemeenheid, heeft een universiteit baat bij een hoog vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit. Dit is mijns inziens echter onvoldoende reden om een inbreuk op de grondrechten van de vrijheid van arbeidskeuze en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te rechtvaardigen. Voor deze conclusie zoek ik aansluiting bij de belangenafweging van het concurrentiebeding ex artikel 7:653 lid 3 BW. In de literatuur is gesteld dat omstandigheden die niet zozeer het werkgeversbelang, maar het belang van derden of het algemeen belang betreffen, niet meegenomen mogen worden bij de toets van artikel 7:653 lid 3 BW.²³⁶ Gezien het feit dat zowel het nevenwerkzaamhedenbeding als het concurrentiebeding beide inbreuk op de vrijheid van arbeidskeuze maken – het nevenwerkzaamhedenbeding tijdens het dienstverband en het concurrentiebeding na afloop van het dienstverband – ben ik van oordeel dat er aansluiting kan worden gezocht bij de uitleg van artikel 7:653 lid 3 BW. Tot slot is de omstandigheid dat het verrichten van nevenwerkzaamheden zou zorgen voor de aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit, bijzonder moeilijk toetsbaar. Dit brengt een lage mate van voorspelbaarheid en transparantie met zich mee. Al met al ben ik van mening dat de ‘aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit’ niet kwalificeert als ‘objectieve reden’. In dergelijke gevallen ligt een beroep op de schijn van belangenverstremgeling, ook als ‘objectieve reden’ genoemd in de cao, voor de hand. Deze reden lijkt op ‘het vermijden van belangenconflicten’, welke genoemd staat in art. 9 Richtlijn EU 2019/1152. Hoewel de twee redenen op elkaar lijken, is ‘de schijn’ van de belangenverstremgeling een andere toetsingsgrond. Conform de cao hoeft er dus geen sprake te zijn van daadwerkelijke belangenverstremgeling (of het dreigende gevaar hiervan), maar is het ook voldoende als het enkel deze schijn heeft. Het is mijns inziens problematisch om een beroep op nevenwerkzaamheden af te wijzen wanneer er enkel een schijn van belangenverstremgeling bestaat en geen reëel gevaar op het ontstaan hiervan. De Wolff betoogt dat restricties op het verrichten van nevenwerkzaamheden alleen geoorloofd zouden moeten zijn in duidelijk omschreven gevallen (en niet in om te voorkomen dat een situatie zich mogelijk voor zal doen).²³⁷ Ik sluit mij hierbij aan. Nevenwerkzaamheden zouden niet moeten worden kunnen verboden op grond van het feit dat omstandigheden de schijn van een objectieve reden met zich meebrengen. Een dergelijke reden is ongrijpbaar en speculatief. Een volgende cao zou de ‘objectieve reden’ van ‘reputatieschade’ kunnen bezigen in plaats van ‘de schijn van belangenverstremgeling.’ Reputatieschade van de werkgever is in de rechtspraak bestempeld als een grond die een verbod op nevenwerkzaamheden rechtvaardigt.²³⁸ Ook de tweede reden genoemd in de cao, het beschermen van bedrijfsgeheimen, is problematisch. Dit volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 9 Richtlijn EU 2019/1152. In paragraaf 3.5 is uiteengezet dat het beschermen van bedrijfsgeheimen ongeschikt is bevonden als rechtvaardiging voor een verbod op nevenwerkzaamheden, omdat de Europese (en de Nederlandse) juridische definitie van een bedrijfsgeheim de werkgever grotendeels vrijlaat om te

²³⁶ Grapperhaus 1995, p. 258.

²³⁷ De Wolff 2005, p. 297.

²³⁸ Rb. Noord-Holland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9384, r.o 5.4.

bepalen wat als bedrijfsgeheim kwalificeert.²³⁹ Door de bescherming van ieder bedrijfsgeheim per definitie als rechtvaardiging van een verbod op nevenwerkzaamheden te beschouwen, komt men niet toe aan de beoordeling of daadwerkelijk sprake is van een ‘objectieve reden’. Voor de volgende cao stel ik voor dat de cao-partijen, conform de richtlijn, ‘de bescherming van de vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie’ hanteren.²⁴⁰

Ook de cao Universitair Medische Centra (UMC) specificceert nieuwe ‘objectieve redenen’. In lid 3 van art. 9.3. staat hierover het volgende:

“De werkgever mag de nevenwerkzaamheden van de medewerker verbieden of daaraan voorwaarden verbinden als dit gerechtvaardigd is op grond van een objectieve reden. Er is sprake van een objectieve rechtvaardigingsgrond als de nevenwerkzaamheden leiden tot:

- a. overtreding van wetgeving, zoals de Arbeidstijdenwet, en op de arbeidsrelatie van toepassing zijnde gedragsregels c.q. gedragscodes;
- b. aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke of medische integriteit van de werkgever;
- c. hindering van de bedrijfsvoering van de werkgever, bijvoorbeeld doordat de werkgever concurrentie wordt aangedaan of de werknemer vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie of intellectuele eigendomsrechten van de werkgever schendt;
- d. een belangenconflict, zodanig dat het belang van werkgever wordt geschaad;
- e. imagoschade van de werkgever.

De bovengenoemde objectieve rechtvaardigingsgronden zijn niet limitatief.”

In deze bepaling kunnen verschillende nieuwe ‘objectieve redenen’ worden geïdentificeerd:

1. Overtreding van op de arbeidsrelatie van toepassing zijnde gedragsregels of gedragscodes.
2. Aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke of medische integriteit van de werkgever.
3. Schending van intellectuele eigendomsrechten van de werkgever.
4. Imagoschade van de werkgever.

Dat het overtreden van een van toepassing zijnde gedragscode *kan* leiden tot een objectieve reden om nevenwerkzaamheden te verbieden, is al opgemerkt in Hoofdstuk 5.²⁴¹ Mijns inziens kan het niet zo zijn dat iedere overtreding van een tussen werkgever en werknemer (of bijvoorbeeld ondernemingsraad) overeengekomen gedragscode, automatisch een objectieve reden geeft. Dat zou direct in strijd zijn met art. 7:653a BW dat voorschrijft dat een nevenwerkzaamhedenbeding nietig is, tenzij het kan worden gerechtvaardigd op grond van een objectieve reden. Het is dus wel mogelijk dat overtreding van de gedragscode een objectieve reden *kan* opleveren, maar dit is geen gegeven. De overtreding *an sich* kwalificeert namelijk niet automatisch als objectieve reden. In elk individueel geval zal beoordeeld moeten worden of hier sprake van is. De tweede ‘nieuwe’ reden ziet op de aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke of medische integriteit van de werkgever. Hoewel deze reden lijkt op de eerste reden van de cao Nederlandse Universiteiten – aantasting van het vertrouwen in de wetenschappelijke integriteit – is deze in de cao UMC niet problematisch. Dit omdat de cao hier niet, zoals in de cao Nederlandse Universiteiten, de wetenschappelijke (of medische) integriteit in het algemeen tracht te

²³⁹ Artikel 2 lid 1 Richtlijn EU 2016/943; artikel 1 Wet bescherming bedrijfsgeheimen.

²⁴⁰ Art. 9 lid 2 Richtlijn EU 2019/1152.

²⁴¹ Zie Rechtbank Noord-Holland 8 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6449, r.o 4.19.

beschermen, maar de integriteit van de desbetreffende werkgever. De derde reden is de ‘schending van intellectuele eigendomsrechten van de werkgever’. Echter: in intellectueel eigendomsbedingen of concurrentiebedingen die trachten intellectueel eigendom van de werkgever te beschermen, worden doorgaans andere vormen van intellectueel eigendom beschermd.²⁴² Het gaat hier met name om octrooirechten, modelrechten en auteursrechten en andere immateriële vermogensrechten ex artikel 3:6 BW.²⁴³ Intellectuele eigendom is “een verzamelterm voor uiteenlopende rechten die gemeen hebben dat ze bedacht zijn door de mens.”²⁴⁴ Het intellectuele eigendom wordt (in beginsel) gezien als een alternatief voor het eerder besproken bedrijfsgeheim. De twee vullen elkaar ook aan. Dit omdat intellectuele eigendomsrechten vaak beginnen met een geheim.²⁴⁵ Waar bedrijfsgeheimen per definitie geheim zijn, zijn octrooi-, model- en -auteursrechten (verplicht) openbaar. Ik heb geen literatuur of rechtspraak kunnen vinden waarin het verrichten van nevenwerkzaamheden in verband werd gebracht met een mogelijke schending van intellectueel eigendomsrecht. Desondanks komt het mij logisch voor om de schending van intellectuele eigendomsrechten als ‘objectieve reden’ in de zin van art. 7:653a BW te bestempelen. Allereerst vanwege het simpele feit dat de werkgever zijn intellectuele eigendom moet kunnen beschermen (tegen oneigenlijke exploitatie). Daarnaast hebben onderzoeksinstituten, zoals universitair medische centra, een bijzondere positie binnen het intellectuele eigendomsrecht. Dit blijkt met name uit Rijksoctrooiwet 1995. Hieruit volgt dat wanneer een uitvinding wordt gedaan door een werknemer in dienst van een onderzoeksinstituut, de aanspraak op octrooi toekomt aan de onderzoeksinstituut.²⁴⁶ Het zou de waarde van het intellectuele eigendom uithollen wanneer de werknemer de uitvinding, waar hij geen eigenaar van is, vervolgens kan ontwikkelen en exploiteren bij zijn nevenwerkgever. De laatste reden die de cao UMC noemt, is imago-schade van de werkgever. Dit is mijns inziens dezelfde reden als ‘reputatieschade van de werkgever’.

6.2.2 De ‘objectieve reden’ in de ondernemings-cao

32 van de 50 ondernemings-cao’s bevatten voorafgaand aan 1 augustus 2022 een bepaling over het mogen verrichten van nevenwerkzaamheden. 2 van deze bepalingen zijn ongemotiveerd; 31 van deze bepalingen bevatten een kennisgevings- en/of toestemmingsvereiste. De cao-versies die na 1 augustus 2022 zijn overeengekomen bevatten 22 nevenwerkzaamhedenbepaling. Na 1 augustus 2022 is nog slechts 1 bepaling ongemotiveerd en kennen maar 22 bepalingen een kennisgevings- en/of toestemmingsvereiste. Deze resultaten zijn in de onderstaande tabel inzichtelijk gemaakt.

Deze dalingen zijn vooral toe schrijven aan het feit dat 17 van de 50 geanalyseerde ondernemings-cao’s op het moment van schrijven (nog) geen cao-versie hebben die is overeengekomen na 1 augustus 2022.

	Aantal voor 1-8-2022	Aantal na 1-8-2022
Nevenwerkzaamhedenbepalingen	32	22

²⁴² Bartsch, Grijpstra & Houweling 2022, p. 9.

²⁴³ De Lange & Ruyters 2008, p. 1.

²⁴⁴ De Lange & Ruyters 2008, p. 1.

²⁴⁵ *Kamerstukken II* 2017/18, 34821, 3, p. 5.

²⁴⁶ Art. 12 lid 3 Rijksoctrooiwet 1995.

Soort nevenwerkzaamhedenbepaling in ondernemings-cao's	Aantal voor 1-8-2022	Aantal na 1-8-2022
Gemotiveerd	30	21
Ongemotiveerd	2	1
Kennisgevings-/toestemmingsvereiste	31	22

In de cao's die na invoering van art. 7:653a BW zijn overeengekomen, hanteren slechts 9 de termen 'objectieve reden' of 'objectieve rechtvaardiging' in het kader van een bepaling over nevenwerkzaamheden.

In 3 van deze 8 ondernemings-cao's overeengekomen na 1 augustus 2022 worden 'nieuwe' concrete voorbeelden gegeven van wat wordt verstaan onder een 'objectieve reden' voor het weigeren van nevenwerkzaamheden. Het gaat hier om de cao's APG Groep, Wageningen Research Stichting en Fokus Exploitatie Stichting. Ik zal echter enkel de cao APG Groep behandelen. De cao Wageningen Research Stichting heeft namelijk exact dezelfde nevenwerkzaamhedenbepaling als de cao Nederlandse Universiteiten (hier wordt ook verwezen naar de Sectorale regeling nevenwerkzaamheden Nederlandse universiteiten). Gezien het feit dat ik deze in de vorige paragraaf uitvoerig heb behandeld, ga ik verder niet op de cao Wageningen Research Stichting in. De cao Fokus Exploitatie Stichting zal ik niet behandelen, waar de nieuwe 'objectieve reden' in die cao – 'de bescherming van de goede naam en reputatie van de werkgever'²⁴⁷ – al behandeld is in de vorige paragraaf.

De cao APG Groep heeft de volgende nevenwerkzaamhedenbepaling:

“Vóór indiensttreding meld je je nevenactiviteiten aan APG. APG toetst of deze nevenactiviteiten zijn toegestaan. Ben je in dienst van APG dan is het alleen toegestaan om nevenactiviteiten te verrichten als APG vooraf schriftelijk toestemming verleent. APG mag toestemming alleen weigeren als zij hiervoor een objectieve reden heeft. Deze objectieve redenen kunnen zijn:

- (de schijn van) belangenverstremgeling;
- (mogelijke) reputatierisico's; of
- onevenredige tijdsbesteding.”²⁴⁸

De eerste twee redenen die hier worden genoemd, zijn eerder in dit onderzoek behandeld en worden om deze reden niet verder besproken. De derde reden is echter uniek, in die zin dat deze in geen enkele andere bestudeerde cao staat genoemd. Ik acht het zeer twijfelachtig of 'onevenredige tijdsbesteding' kan kwalificeren als een objectieve reden in de zin van art. 7:653a BW. Allereerst is het subjectief wat precies onder 'onevenredig' moet worden verstaan. Daarnaast is het mijns inziens is het niet aan de werkgever om te beoordelen of een werknemer onevenredig veel tijd besteedt aan nevenwerkzaamheden. Art. 7:653a BW beperkt de werkgever namelijk expliciet om de werknemer *buiten de tijdstippen* waarop hij bij de werkgever moet werken, te verbieden om nevenwerkzaamheden te verrichten. Kijkend naar de inhoud van art. 7:653a BW is het niet de bedoeling – en mijns inziens niet toegestaan – dat de werkgever beoordeelt of de werknemer onevenredig veel tijd besteedt aan zijn nevenwerk (en of hij deze werkzaamheden daarom wel of niet zou mogen voortzetten). Dit is uiteraard anders wanneer de

²⁴⁷ Art. 9 sub b cao Fokus Exploitatie Stichting.

²⁴⁸ Art. 8.1.3 cao APG Groep.

werknemer met zijn nevenwerkzaamheden de Atw zou (dreigen te) overtreden.²⁴⁹ Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:653a BW volgt dat dit wel als een objectieve reden kwalificeert.²⁵⁰ Het is mogelijk dat de cao APG Groep met 'onevenredige tijdsbesteding' doelt op de grenzen die de Atw stelt aan het aantal werkuren. Dit is echter niet inzichtelijk, wat voor de werknemer, die de juridische achtergrond van de 'objectieve reden' doorgaans niet kent, beperkte voorspelbaarheid betekent.

Tot slot volgt uit de cao-analyse nog een omstandigheid die het verrichten van nevenwerkzaamheden bemoeilijkt. Verschillende cao's, zowel bedrijfstak- als ondernemingscao's²⁵¹, hanteren een generatiepact waaraan alleen mag worden deelgenomen wanneer de werknemer geen nevenwerkzaamheden uitvoert. Het gaat hier niet om een 'objectieve reden' in de zin van art. 7:653a BW, omdat het een werknemer evengoed vrijstaat om nevenwerkzaamheden (te gaan) verrichten. De werknemer moet er echter wel rekening mee houden dat zijn deelname aan het generatiepact dan geweigerd of gestopt wordt. Mijns inziens vormt dit geen onredelijke barrière om nevenwerkzaamheden te verrichten. Dergelijke regelingen zijn namelijk in het leven geroepen om de duurzame inzetbaarheid van oudere werknemers te waarborgen. Deelname aan een dergelijke regeling betekent vaak dat de werknemer minder gaat werken, maar daarvoor niet evenredig veel salaris hoeft in te leveren. Met name de 80-90-100-variant, waarbij de werknemer 80% werkt, 90% salaris ontvangt en 100% pensioen opbouwt, komt vaak terug in cao's. Op het moment dat de werknemer nevenwerkzaamheden kan verrichten in de vrije tijd die hij door deelname aan het generatiepact heeft, zou dit ingaan tegen het doel van het generatiepact: de duurzame inzetbaarheid van de werknemer. Op basis van het voorgaande zie ik geen bezwaar om deelname aan een generatiepact af te wijzen dan wel te stoppen als de werknemer nevenwerkzaamheden verricht of gaat verrichten.

6.3 Conclusie

Concluderend heeft art. 7:653a BW een marginale rol in de collectieve arbeidsovereenkomst. Allereerst heeft de invoering van art. 7:653a BW niet tot gevolg gehad dat cao's significant vaker een nevenwerkzaamhedenbepaling bevatten. Slechts in één geval had een cao die voor 1 augustus 2022 geen nevenwerkzaamhedenbepaling had, na 1 augustus 2022 wel een nevenwerkzaamhedenbepaling. Statistisch relevant lijkt dat voor verschillende cao's na 1 augustus 2022 nog geen nieuwe versie is overeengekomen. Hierdoor daalt het totaal aan nevenwerkzaamhedenbepalingen automatisch. Echter, de relevantie hiervan zou wel eens gering kunnen zijn gezien het gebrek aan invloed van art. 7:653a BW op cao's waarvan sinds de inwerkingtreding van dit artikel wel een nieuwe versie is verschenen. Aannemelijk is dat nieuwe cao's geen grote veranderingen brengen in het beeld dat in deze scriptie is geschetst.

In de cao's waar wel 'objectieve redenen' zijn gespecificeerd, is waarneembaar dat vooral aansluiting wordt gezocht bij de objectieve redenen van art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:653a BW. In een aantal gevallen zijn echter ook nieuwe objectieve redenen opgenomen. De kwaliteit van deze redenen loopt uiteen. Imago- of reputatieschade van de werkgever zie ik bijvoorbeeld als een terechte reden om nevenwerkzaamheden af te wijzen. Algemene belangen, zoals afname van het vertrouwen in de

²⁴⁹ Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2397, r.o 3.14.

²⁵⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, 3, p.13.

²⁵¹ In Bijlage 2 staat genoteerd om welke cao's het gaat.

wetenschappelijke integriteit, kwalificeren mijns inziens niet als een objectieve reden in de zin van art. 7:653a BW.

De marginale invloed van 7:653a BW op de collectieve arbeidsovereenkomst is opmerkelijk. Dit omdat de vakbonden tijdens de voorbereidingen van de implementatie van Richtlijn EU 2019/1152 aangaven veel waarde te hechten aan transparantie en voorspelbaarheid voor werknemers op dit punt.²⁵² Hiertoe vroegen zij (tevergeefs) om een limitatieve opsomming van ‘objectieve redenen’ in de zin van art. 7:653a BW.²⁵³ De wens van de vakbonden is, kijkend naar de cao’s die nadien zijn gesloten, niet terug te zien. Het is aannemelijk dat werkgeversverenigingen zich ook niet wilden wagen aan een limitatieve opsomming van objectieve redenen in deze cao’s.²⁵⁴ Dit is begrijpelijk, maar de vakbonden hadden in ieder geval aan kunnen dringen op een (op de bedrijfssector of onderneming toegesneden) verankering van art. 7:653a BW in de cao’s. Dit is niet gebeurd, waardoor de intrede van art. 7:653a BW in veruit de meeste cao’s niet meer transparantie en voorspelbaarheid voor werknemers teweeg heeft gebracht. Een kanttekening hierbij is dat het ontbreken van een nevenwerkzaamhedenbepaling in de cao een werknemer mogelijk wel meer vrijheid geeft om nevenwerkzaamheden te verrichten. Dit omdat hij dan niet is gebonden aan een cao-bepaling die hier voorwaarden aan stelt.

²⁵² *Kamerstukken II 2021/22, 35962, 3, p. 6.*

²⁵³ *Kamerstukken II 2021/22, 35962, 3, p. 6.*

²⁵⁴ *Kamerstukken II 2021/22, 35962, 3, p. 6.*

7. Conclusie en aanbevelingen

7.1 Conclusie

Per 1 augustus 2022 is art. 7:653a BW in werking getreden. Dit artikel maakt dat het voor werkgevers slechts in beperkte mate mogelijk is werknemers te verbieden nevenwerkzaamheden te verrichten. Absolute verboden op het verrichten van nevenwerkzaamheden zijn niet meer toegestaan. Voortaan mag de werkgever enkel een beroep doen op een nevenwerkzaamhedenbeding als hier een 'objectieve reden' voor bestaat. Het doel van deze wetswijziging was om de drempel voor werknemers om nevenwerkzaamheden te aanvaarden, te verlagen. In aanloop naar de inwerkingtreding van art. 7:653a BW klinkt echter vanuit verschillende kampen kritiek op het artikel. De 'objectieve reden' zou de werknemer maar weinig transparantie en voorspelbaarheid bieden. Het is bijna twee jaar geleden dat art. 7:653a BW in werking is getreden. Om meer duidelijkheid te krijgen over de 'objectieve reden' als norm om nevenwerkzaamheden te mogen beperken, heb ik geanalyseerd op welke wijze men in de rechtspraak is omgegaan met art. 7:653a BW. De uitkomst van dit onderzoek kan bijdragen aan het vergroten van de mate van transparantie en voorspelbaarheid voor de werknemer die nevenwerkzaamheden verricht of wil gaan verrichten. De uitkomsten bieden namelijk inzage in hoe men in de rechtspraak omgaat, of hoe men, gezien literatuur en wetsgeschiedenis, zou moeten omgaan met de 'objectieve reden' van art. 7:653a BW. In mijn onderzoek staat de volgende vraag centraal:

“Op welke wijze wordt in jurisprudentie en cao's invulling gegeven aan de objectieve reden in de zin van art. 7:653a BW en de objectieve redenen in art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en in hoeverre draagt dit bij aan het algemene doel van Richtlijn EU 2019/1152?”

Ter beantwoording van deze vraag heb ik in Hoofdstukken 2 tot en met 4 het relevante juridisch kader voor het onderhavige onderzoek geschetst.

In Hoofdstuk 2 heb ik uiteengezet hoe de vrijheid van arbeidskeuze en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zijn vormgegeven. Deze grondrechten zijn binnen dit onderzoek relevant omdat zij de werknemer bescherming bieden tegens een verregaand verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden. Grondrechten kunnen direct en indirect doorwerken in juridische geschillen tussen burgers. Wanneer door een burger een direct beroep op een grondrecht wordt gedaan, is sprake van directe horizontale werking. Bij indirecte horizontale werking wordt geen beroep gedaan op het grondrecht, maar op het rechtsbelang achter dat grondrecht. Rechters dienen deze rechtsbelangen in te bedden in een privaatrechtelijke belangenafweging: reflexwerking. In de rechtspraak is veelal sprake van indirecte horizontale werking. Als het gaat om de vrijheid van arbeidskeuze en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer lijkt directe horizontale werking momenteel niet mogelijk. Dit geldt ook de verschillende verdragsbepalingen waarin deze grondrechten zijn neergelegd. Dit omdat dit geen 'een ieder verbindende bepalingen' zijn. Op dit moment kunnen burgers in een privaatrechtelijke rechtsbetrekking dus enkel indirect een beroep doen op de besproken grondrechten. Bij juridische geschillen binnen de arbeidsrelatie lijkt de norm van art. 7:611 BW hiervoor het meest geschikte instrument.²⁵⁵ Al lijken rechters in de praktijk weinig met deze norm op te hebben wanneer het gaat om reflexwerking.²⁵⁶ Het voorgaande in acht nemende is het twijfelachtig of deze grondrechten effectieve bescherming bieden aan een werknemer die verboden wordt om nevenwerkzaamheden te verrichten.

²⁵⁵ Art. 7:611 BW.

²⁵⁶ De Wolff 2005, p. 296.

In Hoofdstuk 3 heb ik onderzoek gedaan naar de wijze waarop Richtlijn EU 2019/1152 tot stand is gekomen, hoe dit geleid heeft tot art. 7:653a BW en geanalyseerd hoe art. 7:653a BW zich tot (het doel van) de richtlijn verhoudt. Het formele doel van de richtlijn is het verbeteren van arbeidsvoorwaarden door transparante en voorspelbare werkgelegenheid te bevorderen. Art. 9 van de richtlijn schrijft voor dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de werkgever de werknemer, behoudens objectieve redenen, niet verbiedt ‘buiten het werkrooster bij die werkgever, voor andere werkgevers te gaan werken.’ Dit artikel is vervolgens geïmplementeerd in art. 7:653a BW dat voorschrijft dat een beding dat werknemers verbiedt om nevenwerkzaamheden te verrichten, nietig is tenzij het beding kan worden gerechtvaardigd op grond van een objectieve reden. Volgens verschillende partijen komt de ‘objectieve reden’ echter onvoldoende tegemoet aan het doel van de richtlijn. Bijvoorbeeld omdat de ‘objectieve reden’ niet in het nevenwerkzaamhedenbeding hoeft te zijn opgenomen. In het slotstuk van dit hoofdstuk heb ik geconcludeerd dat ik het in grote mate eens ben met de kritiek dat art. 7:653a BW de werknemer slechts in beperkte mate transparantie en voorspelbaarheid geeft.

Vervolgens heb ik in Hoofdstuk 4 in kaart gebracht welke (andere) wettelijke voorschriften het verrichten van nevenwerkzaamheden kunnen beperken. In dit hoofdstuk heb ik bij ieder voorschrift geconcludeerd of en (zo ja) wat art. 7:653a BW toevoegt aan de verschillende voorschriften. Onder aan de streep heb ik geconcludeerd dat art. 7:653a BW toegevoegde waarde heeft ten aanzien van de andere voorschriften en transparantie en voorspelbaarheid biedt aan een werknemer die nevenwerkzaamheden verricht of wil gaan verrichten. Dit komt onder andere doordat art. 7:653a BW een groter toepassingsbereik heeft dan de andere voorschriften. Ook heeft 7:653a BW een in de wet opgenomen maatstaf waar de werknemer kennis van nemen. Dit is voordelig voor de werknemer die bij de beoordeling van zijn nevenwerkzaamhedenbeding dan niet af hoeft te gaan op de (onvoorspelbare) open norm van art. 7:611 BW.

In Hoofdstuk 5 en 6 heb ik met name gekeken naar de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de ‘objectieve reden’ van art. 7:653a BW. Hiertoe heb ik in Hoofdstuk 5 een jurisprudentieanalyse en in Hoofdstuk 6 een cao-analyse uitgevoerd. Helaas biedt ook de rechtspraak weinig vastigheden voor hoe moet worden gegaan met de ‘objectieve reden’ van art. 7:653a BW. In de rechtspraakanalyse valt vooral op dat aansluiting wordt gezocht bij de objectieve redenen die zijn genoemd in art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 en dat rechters slechts in zeer beperkte mate inzicht geven in hoe zij de belangen van partijen afwegen in art. 7:653a-zaken. Uit de cao-analyse volgt dat art. 7:653a BW slechts marginale invloed heeft gehad op de collectieve arbeidsovereenkomst. Wel waardevol is dat in deze analyses verschillende ‘nieuwe’ objectieve redenen zijn geïdentificeerd. Het gaat hier om: de afbreuk van bedrijfsdebiët, schending van intellectuele eigendom en imagoschade van de werkgever.

Op basis van mijn bevindingen in deze analyses kan ik de onderzoeksvraag als volgt beantwoorden. De intrede van art. 7:653a BW is een positieve verandering voor de werknemer die nevenwerkzaamheden verricht of wil gaan verrichten. Art. 7:653a BW heeft er namelijk voor gezorgd dat een absoluut verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden niet meer mogelijk is. In die zin zijn de grondrechten zijn de grondrechten van vrijheid van arbeidskeuze en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer beter gewaarborgd. De kritiek dat het artikel (te) weinig transparantie en voorspelbaarheid voor de werknemer zou creëren, is naar mijn oordeel terecht. Richtlijn EU 2019/1152 heeft aan de lidstaten veel ruimte gelaten om art. 9 naar eigen inzicht te implementeren. Helaas heeft Nederland geen gebruik gemaakt van de mogelijkheden die er waren. Art. 7:653a BW is naar mijn oordeel een luie implementatie van art. 9 Richtlijn EU 2019/1152 waarin met name de norm van de ‘objectieve reden’ voor veel onduidelijk zorgt. Daar heeft ook de rechtspraak (vooralsnog) geen verandering in kunnen brengen, zo blijkt uit de analyses van Hoofdstuk 5 en 6. Wat opvalt in deze analyses is dat zowel vanuit de rechtspraak als vanuit de vakbonden bij de uitvoering van hun taken – het spreken van recht

(doelend op het niet-inzichtig maken van de belangenafweging in art. 7:653a BW) en het uitoonderhandelen van cao's – ogenschijnlijk weinig moeite is gestoken in het creëren van transparantie en voorspelbaarheid voor werknemers. Dit terwijl zowel de Raad als de vakbonden openlijk kritiek hebben geuit op het feit dat art. 7:653a BW de werknemer weinig vastigheden geeft. Toekomstig empirisch onderzoek zou zich kunnen richten op de vraag waarom rechters slechts beperkt inzage geven op hoe zij de belangen van partijen afwegen in art. 7:653a-zaken of waarom cao-onderhandelaars geen prioriteit lijken te geven aan het opnemen van een nevenwerkzaamhedenbeding dat de werknemer in grotere mate beschermt.

Al met al heeft dit onderzoek de onduidelijkheid rondom de 'objectieve reden' van art. 7:653a BW niet weg kunnen nemen. Tegelijkertijd heeft dit onderzoek diverse relevante bevindingen opgeleverd die (kunnen) bijdragen aan een duidelijker kader voor hoe (de objectieve reden van) art. 7:653a BW moet worden gehanteerd. Tot slot moet ook worden geconcludeerd dat art. 7:653a BW simpelweg een gemankeerde wetsoepaling is. Ter afsluiting van het onderzoek doe ik daarom in paragraaf 7.2 een suggestie voor een nieuw art. 7:653a BW. Dit artikel sluit mijns inziens beter aan op het algemene doel van Richtlijn 2019/1152: transparantie en voorspelbaarheid voor de werknemer.

7.2 Suggestie aanpassing art. 7:653a BW

In de inleiding is veel aandacht besteed aan de kritiek die de Raad en verschillende auteurs hebben gegeven op art. 7:653a BW. In Hoofdstuk 3 is ook acht geslagen op soortgelijke kritiek vanuit vakbonden en politieke partijen. Deze kritieken zien met name op het feit dat het artikel weinig transparantie en voorspelbaarheid voor de werknemer zou bieden. De wetgever is het in grote lijnen niet oneens met deze kritieken, maar voerde om verschillende redenen geen aanpassingen in de tekst van art. 7:653a BW door. In dit onderzoek is al voldoende geschreven over de handelswijze van de wetgever. Dit zal ik hier dus niet opnieuw doen. Het onderhavige onderzoek, waaronder de kritieken van verschillende partijen alsmede de reacties van de wetgever, hebben echter voldoende inspiratie gegeven voor het slotstuk van dit onderzoek: een suggestie voor een nieuw art. 7:653a BW. Onderstaand zijn de huidige vorm van art. 7:653a BW en mijn suggestie voor een nieuw artikel uitgeschreven. Ik zal mijn suggestie vervolgens toelichten.

Huidig art. 7:653a 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.
2. De werkgever mag de werknemer niet benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte de in dit artikel aan hem toegekende rechten geldend maakt, ter zake bijstand heeft verleend of een klacht hierover heeft ingediend.

Voorstel nieuw art. 7:653a BW

1. De werknemer doet aan zijn werkgever schriftelijk melding van de bezoldigde nevenwerkzaamheden die hij buiten het werkrooster verricht of voornemens is te gaan verrichten.
2. De werkgever overlegt met de werknemer over diens melding.
3. De werkgever beslist binnen uiterlijk vier weken na de melding schriftelijk over de toelaatbaarheid van de gemelde nevenwerkzaamheden. Indien de werkgever niet tijdig beslist, worden de nevenwerkzaamheden geacht te zijn toegestaan.
4. De werkgever staat de nevenwerkzaamheden toe, tenzij de werkgever zich op grond van een objectieve reden kan beroepen op een nevenwerkzaamhedenbeding. De werkgever neemt de objectieve reden(en) op in het besluit dat hij naar aanleiding van de melding neemt.
5. De rechter kan een beroep van de werkgever op een beding als bedoeld in lid 4, inhoudende het niet toestaan van de nevenwerkzaamheden, geheel of gedeeltelijk vernietigen als

het beroep niet doelmatig en noodzakelijk is om het belang van de werkgever te beschermen ten aanzien van het belang van de werknemer om nevenwerkzaamheden te kunnen verrichten.

6. De werkgever mag de werknemer niet benadelen wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte de in dit artikel aan hem toegekende rechten geldend maakt, ter zake bijstand heeft verleend of een klacht hierover heeft ingediend.

In lid 1 tot en met 3 is aansluiting gezocht bij de suggestie voor art. 7:653a BW die Van Drongelen & Lacroix in 2012 deden.²⁵⁷ Van Drongelen & Lacroix hebben voor de meldingsplicht inspiratie geput uit (het inmiddels vervallen) artikel 61 ARAR.²⁵⁸ De meldingsplicht van Van Drongelen & Lacroix is, in de geest van artikel 61 ARAR, echter beperkt tot nevenwerkzaamheden 'die de belangen van de werkgever kunnen raken.'²⁵⁹ In mijn suggestie ziet de meldingsplicht op alle bezoldigde nevenwerkzaamheden die de werknemer verricht of voornemens is te gaan verrichten. Mijn reden hiervoor is tweeledig. Ten eerste is het goed voorstelbaar dat het voor een werknemer niet duidelijk is hoe de nevenwerkzaamheden de belangen van de werkgever kunnen raken. Het is niet wenselijk dat – nadat de nevenwerkzaamheden zijn aangevangen – discussie ontstaat over de vraag of de werknemer hiervan melding van moeten maken. Ten tweede draagt de werkgever de verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat de werknemer met zijn nevenwerkzaamheden de maximale arbeidsduur zoals neergelegd in de Atw niet overschrijft.²⁶⁰ De werkgever kan dit niet beoordelen wanneer de werknemer nevenwerk verricht waar de werkgever geen weet van heeft. Mogelijke kritiek op deze meldingsplicht is dat het ingaat tegen het grondrecht van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. De werknemer zou met deze meldingsplicht namelijk inzage moeten geven in hoe zijn vrije tijd invult. Mijns inziens is hier echter geen sprake van een verregaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De werknemer is op grond van de Atw namelijk al verplicht om bij zijn werkgever melding te maken van nevenwerkzaamheden die hij bij andere werkgevers verricht.²⁶¹ De meldingsplicht in mijn voorstel breidt deze verplichting slechts in beperkte mate uit: de werkgever is voortaan verplicht om bezoldigde nevenwerkzaamheden te melden, ook wanneer deze niet in dienst van een andere werkgever worden verricht. Te denken valt aan de situatie waarin de werknemer een eigen onderneming drijft en daarmee inkomsten vergaart.

Lid 3 schrijft voor dat de werkgever uiterlijk vier weken na de melding beslist over de toelaatbaarheid van de nevenwerkzaamheden. Hieraan heb ik toegevoegd dat de nevenwerkzaamheden geacht te worden toegestaan op het moment dat de werkgever niet (tijdig) reageert op de melding. Mijns inziens geeft een termijn van vier weken een werkgever voldoende tijd om in zijn totaliteit te beoordelen of er een objectieve reden is om de nevenwerkzaamheden niet toe te staan. In de laatste volzin is aansluiting gezocht bij de manier waarop in de Wfw wordt omgaan met een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur, arbeidsplaats of de werktijd. In lid 12 van de Wfw is bepaald dat wanneer de werkgever niet tijdig op een dergelijk verzoek reageert, het verzoek wordt ingewilligd. Dit geeft de werkgever een prikkel om de werknemer niet onnodig lang in twijfel te laten over de toelaatbaarheid van de nevenwerkzaamheden. Dat de werknemer binnen vier weken duidelijkheid heeft over het wel of niet mogen verrichten van de nevenwerkzaamheden biedt de werknemer in die zin al een mate van transparantie en voorspelbaarheid.

²⁵⁷ Van Drongelen & Lacroix, p. 129-130.

²⁵⁸ Van Drongelen & Lacroix, p. 129.

²⁵⁹ Van Drongelen & Lacroix, p. 130.

²⁶⁰ Art. 5:7 Atw.

²⁶¹ Art. 5:15 lid 6 Atw.

Lid 4 is mede door kritiek van De Wolff op het voorstel van Van Drongelen & Lacroix tot stand gekomen.²⁶² In hun voorstel is opgenomen dat de werkgever de nevenwerkzaamheden mag verbieden wanneer deze “een goede functie vervulling belemmeren dan wel de belangen van de werkgever schaden.”²⁶³ De argumentatie van De Wolff waarom dit geen goed voorstel zou zijn luidt als volgt:

“Van Drongelen en Lacroix miskennen immers dat het belang van de werknemer bij het uitvoeren van nevenwerkzaamheden in beginsel zwaar weegt. Niet ieder werkgeversbelang heeft daarom voldoende gewicht om nevenwerkzaamheden te verbieden. Een tekst waarin tot uitdrukking komt dat de werkgever steeds toestemming geeft, tenzij (hij aantoonde dat) een concreet en zakelijk belang aan zijn kant dusdanig zwaarwichtig is dat het belang van de werknemer bij de uitoefening van de nevenwerkzaamheden daarvoor redelijkerwijs moet wijken, zou mij daarom meer aanspreken.”²⁶⁴

Kijkend naar de wetsgeschiedenis van art. 7:653a BW is deze belangenafweging ingebakken in de norm van de ‘objectieve reden’. Deze belangenafweging wordt in lid 5 echter ook expliciet gegeven. De eisen die hier genoemd worden (doelmatigheid en noodzakelijkheid) vloeien, zoals hiervoor gezegd, direct voort uit de wetsgeschiedenis.²⁶⁵ De reden dat ik meen dat het niet volstaat om de ‘objectieve reden’ te noemen, is vanwege het feit dat, zoals in Hoofdstuk 5 is gebleken, rechters zelden inzicht geven in de manier waarop zij de belangenafweging maken. Door de belangenafweging in de wettelijke regeling op te nemen zullen rechters wellicht vaker en uitvoeriger ingaan op de weging van belangen en de eisen van doelmatigheid en noodzakelijkheid. Wanneer de rechtspraak meer vastigheden geeft over hoe wordt omgegaan met de ‘objectieve reden’ draagt ook dit bij aan de mate van transparantie en voorspelbaarheid van de werknemer.

Lid 6 is slechts het benadelingsverbod dat is neergelegd in het huidige art. 7:653a lid 2 BW.

De door mij gedane suggestie biedt de werknemer mijns inziens een grotere mate van transparantie en voorspelbaarheid dan het huidige art. 7:653a BW. Ook heb ik geen gronden geïdentificeerd – in de richtlijn, de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:653a BW of elders – die zich verzetten tegen de voorgestelde aanpassing van art. 7:653a BW.

Zodoende zie ik mijn voorstel als een flinke verbetering van het huidige artikel. Al is dat misschien een tikkeltje voorspelbaar.

²⁶² De Wolff 2014, par. 7.

²⁶³ Van Drongelen & Lacroix, p. 130.

²⁶⁴ De Wolff 2014, par. 7.

²⁶⁵ *Kamerstukken I* 2021/22, 35 962, C, p. 2.

Bibliografie

Literatuur

Barentsen & Sagel 2022

Barentsen, B., & Sagel S. F., 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2022/2371, afl. 33, p. 2783-2803.

Bartsch, Grijpstra & Houweling 2022

M.F. Bartsch, D. Grijpstra & A.R. Houweling, 'Het non-concurrentiebeding gewogen', *TRA* 2022/30, afl. 4, p. 7-14.

Batenburg & Miguel 2022

I.Z. Batenburg & B.C.J. Miguel, 'Een reactie op: 'R. Schepers & I. Baijens, 'Wet transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden: hete hangijzers besproken'', *AR* 2022/52, afl. 12, p. 30-31.

Boelhouwer 1997

F. Boelhouwer, 'Werkgever, werknemer en vrije tijd', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Wolters Kluwer 1997, p. 353-360.

Boelens & Stavleu 2022

H. Boelens & V. Stavleu, 'Nevenwerkzaamheden: hoe (minder) vrij staat het de bijklussende ambtenaar?' *TAR* 2022/19, afl. 11, p. 481-489.

Boot 2022

G.C. Boot, 'Het toepassingsgebied van de arbeidsvoorwaardenrichtlijn en van de implementatiewet', *TAP* 2022/48, afl. 2, p. 4-9.

Bunschoten, in: T&C Gw

D.E. Bunschoten, commentaar op art. 19 Gw, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Van den Burg, in: T&C BW

I.A. van den Burg, commentaar op art. 7:653a BW, in: H.B. Krans e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (online).

Burkens e.a. 2017

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginnselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer, 2017.

Dalmolen 2022

T.R. Dalmolen, 'Meer transparantie over het verbod op nevenwerkzaamheden: dekt artikel 7:653a BW de lading?' *AR* 2022/15, afl. 3, p. 22-26.

Delfos-Roy 2007

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, 'Beperking van het recht op vrije arbeidskeuze', in: Houben e.a. (red.), *Europees contractenrecht Techniek en moraal*, Deventer: Wolters Kluwer 2007.

Van Drongelen & Lacroix 2012

J. van Drongelen & S.E.H. Lacroix, *De vrijheid van arbeidskeuze en de regeling van nevenarbeid in collectieve arbeidsovereenkomsten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2012.

Eijsbouts e.a. 2010

W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal en L.A.J. Senden, *Europees recht – Algemeen deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2010.

Fleuren, in T&C Gw

J.W.A. Fleuren, 'Commentaar op art. 93 Gw', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Grapperhaus 1995

F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie. Beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 1995.

Hagendoorn 2019

E. Hagendoorn, 'Hoe lang kunnen nevenwerkzaamheden nog worden verboden: kan dit überhaupt wel?' *TAP* 2019/279, afl. 8, p. 18-24.

Houwerzijl & Zekić 2013

M. Houwerzijl & N. Zekić, 'Artikel 19 – Werkgelegenheid en arbeidskeuze', <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=19>

De Lange & Ruyter 2008

S. de Lange & N. Ruyter, 'Octrooi en dienstverband: Eureka! Voor werkgever of werknemer?', *AR* 2008/4, afl. 4, p. 20-26.

De Laat 2016

J.J.M. de Laat, *Naar zwarte, grijze en blauwe lijsten in het arbeidsrecht* (diss, Utrecht UU), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Lestrade 2018

S.M.A. Lestrade, 'De reikwijdte van artikel 4 EVRM en wederzijds voordelige uitbuiting', *NTM-NJCM Bull.* 2018/46, afl. 4, p. 591-605.

Nehmelman & Noorlander 2013

R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten (HSB)*, Deventer: Wolters Kluwer: Deventer 2013.

Nieuwenhuis 2015

A.J. Nieuwenhuis, 'Appreciatiemarge en botsing van grondrechten', *NJCM Bull.* 2015/02, afl. 1, p. 20-35

Olsthoorn 2022

A. Olsthoorn, 'Wetsvoorstel betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden: (opnieuw) een stap de goede richting in voor de oproepkracht?', *TRA* 2022/47, afl. 6, p. 3-8.

Pennings & Peters 2016

F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters, 'Europees arbeidsrecht – een inleiding', in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 2), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 1-40.

Pennings 2021

F.J.L. Pennings, 'Bestaat er een Europees werknemersbegrip?', *TRA* 2021/3, afl. 1, p. 10-16.

Roozendaal 2011

W. L. Roozendaal, *Werk en privé, de strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, (diss., Amsterdam VU) Deventer: Wolters Kluwer 2011.

Schepers & Baijens 2022

R. Schepers & I. Baijens, 'Wet transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden: hete hangijzers besproken', *AR* 2022/35, afl. 10, p. 3-7.

Schepers & Baijens 2022

R. Schepers & I. Baijens, 'Naschrift' *AR* 2022/53, afl. 12, p. 32.

Schreurs & Van der Kind 2006

S.K. Schreurs en O. van der Kind, 'Werk naast werk: baas boven (eigen) baas?', *AR* 2006/39, afl. 6, p. 30-33.

Terstegge & De Vries 1994

J.H.J. Terstegge & H.H. de Vries, *Privacy in arbeidsverhoudingen*, Den Haag: VUGA 1994.

De Wit 1999

M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

De Wolff 2005

D.J.B. de Wolff, 'Nevenbesognes. De arbeidsrechtelijke benadering van nevenarbeid door de werknemer voorzien van enkele kritische kanttekeningen' *SR* 2005/59, afl. 9, p. 290-297.

De Wolff 2007

D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007.

De Wolff 2014

D.J.B. de Wolff, 'Het stapelen van banen arbeidsrechtelijk beschouwd' *AR* 2014/42, afl. 10.

De Wolff 2022

D.J.B. de Wolff, 'Implementatie van de Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2022/12, afl. 2, p. 3-8.

Verhulp 1999

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 28, Deventer: Wolters Kluwer 1999.

Vlemminx 2003

F.M.C. Vlemminx, 'Onze tandeloze sociale grondrechten in het licht van twintig jaar EVRM', *NJCMBull* 2003, p. 233-234.

De Vries 2016

F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Monografieën BW nr. B54), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Jurisprudentie

EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993/400 (*Niemitz*).

Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2397.

Hof Den Haag 12 december 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2337, m.nt. mr. A. Olsthoorn.

HR 8 november 1968, *NJ* 1969/10 (*Portalon*).

HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, *NJ* 1987/251 (*Landbouwvliegers*).

HR 9 januari 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5500, *NJ* 1987/928 (*Bespiede bijstandsmoeder, Edamse bijstandsvrouw*).

HR 16 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9997, *NJ* 1988/850.

HR 4 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8703, *NJ* 1989/361 (*Borbon-Parma*).

HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *NJ* 1994/704 (*Agfa/Schoolderman*).

HR 26 april 1996 ECLI:NL:HR:1996:ZC2051, *AB* 1996/372 (*Rasti Rostelli*).

HR 1 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1569, *NJ* 1997/685 (*Kolkman/Cornelisse*).

HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *AB* 2015/21.

HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905.

HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1834 (*Hyatt-II*).

HvJ-EG 5 februari 1963, C-26-62, *Jur.* 1963 (*Van Gend & Loos*).

HvJ-EG 15 juli 1964, C-6/64, *Jur.* 1964 (*Costa/ENEL*).

HvJ-EG 26 februari 1986, C-152/84 (*Marshall*).

HvJ-EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*).

HvJ-EG 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07 (*Angelidaki*).

HvJ-EU 24 januari 2012, C-282/10, (*Dominguez*).

HvJ-EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, par. 42 (*Sky Österreich/Österreichischer Rundfunk*).

HvJ-EU 15 januari 2014, C-176/12, *NJ* 2014/246.

HvJ-EU 21 november 2018, C-619/17 (*Porras*).

HvJ-EU 10 juli 2019, C-410/18 (*Aubriet*).

Rb. Noord-Holland 15 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9384

Rb. Zeeland-West-Brabant 15 februari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:1031.

Rb. Noord-Holland 8 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6449.

Rb. Rotterdam 23 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:10061.

Kamerstukken

Advies Raad voor de Rechtspraak, bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 35962, nr. 3.

Bijlage Handelingen II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 10.

Handelingen II 1955/56..

Handelingen II 1979/80.

Kamerstukken I, 1999/00, 26358, nr. 52c, p. 8.

Kamerstukken I, 2021/22, 35962, nr. 3.

Kamerstukken II 1955/56, 4133 (R 19), nr. 7.

Kamerstukken II 1975/76, 13873, nr. 3.

Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 5.

Kamerstukken II 1977/78 13 932, nr. 3.

Kamerstukken II 1977/78 8606 (R533), nr. 3.

Kamerstukken II 1977/78 8606 (R533), nr. 6.

Kamerstukken II 1985/86, 19376, nrs 1-2.

Kamerstukken II 1997/98, 25426, nr. 3.

Kamerstukken II 2005/06, 30532, nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18, 34821, nr. 3.

Kamerstukken II 2021/22, 35962, nr. 3.

Kamerstukken II 2021/22, 35 962, nr. 6.

Overige

De vele kanten van banen combineren 2018

De vele kanten van banen combineren (SER-advies 18/02 van maart 2018 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2018.

Mededeling Sociale Pijler 2016

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over de lancering van een raadpleging over een Europese Pijler van Sociale Rechten, COM (2016) 127 def.

Praktische handreiking nevenarbeid 2018

Praktische handreiking nevenarbeid (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), 2018.

Rechtspraak 2022

Rechtspraak: maak toetsen door de rechter aan de Grondwet mogelijk, 2022.

Report Expert Group 2021

Report Expert Group (Transposition of Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union), Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021.