

# De (gedeeltelijke) vernietiging van concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten

ArbeidsRecht 2024/35

**Concurrentiebedingen zijn onverminderd actueel in een tijdperk van schaarste en een krappe arbeidsmarkt. Ook de houdbaarheid van concurrentiebedingen blijft onderwerp van het actuele maatschappelijke debat. Hoe zit het met de houdbaarheid van een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst? Speelt de omstandigheid dat een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst is opgenomen een rol in geval van een beroep op (gedeeltelijke) vernietiging? Heeft een rechter vrijheid inzake toepasselijkheid van een of meerdere vernietigingsnormen, en zo ja, in welke mate? Welke vernietigingsnormen en vrijheden passen rechters in de praktijk toe en valt er een lijn in de jurisprudentie te ontdekken? Deze vragen staan centraal in dit artikel.**

## 1. Achtergronden

Empirisch onderzoek wijst uit dat Nederland in 2021 naar schatting 3,1 miljoen werknemers telde die waren gebonden aan een concurrentiebeding. Dat betrof destijds ongeveer 37% van de Nederlandse beroepsbevolking.<sup>2</sup> Circa 89% van alle ontslagen in Nederland werd in 2018 t/m 2019 gerealiseerd via een beëindigingsovereenkomst.<sup>3</sup> In beëindigingsovereenkomsten worden veelal afspraken gemaakt over toepasselijkheid van een concurrentiebeding na de einddatum. Een belangrijke vraag is in hoeverre een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst valt binnen de reikwijdte van art. 7:653 BW en of de in lid 3 sub b van dat artikel opgenomen belangenafweging daarop (integraal) van toepassing is. Dit onderwerp heeft tot dusver weinig pennen in beweging gebracht,<sup>4</sup> ondanks het onverminderde belang daarvan voor de arbeidsrechtpraktijk. In dit artikel ga ik op zoek naar de normen die rechters hanteren bij een beroep op (gedeeltelijke) vernietiging van concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten. Die normen duid ik hierna aan als 'vernietigingsnormen'.

1 Mr. A.T.M. (Arjan) Adams is advocaat bij Houthoff in Amsterdam.

2 M.F. Bartsch, D. Grijpstra & A.R. Houweling, *De werking van het concurrentiebeding*, Eindrapport, Zoetermeer: Panteia 2021, p. 117.

3 S. van der Werff e.a., *Effecten van maatregelen flexibele arbeid in de Wet werk en zekerheid*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2020, p. 8.

4 Zie enkel J. Rosendahl & S. Theunissen, 'Het concurrentiebeding in de beëindigingsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2017/22.

## 2. Het concurrentiebeding<sup>5</sup> en de reikwijdte van art. 7:653 BW

Een concurrentiebeding beperkt een ex-werknemer om na zijn dienstverband werkzaamheden te verrichten voor met de ex-werkgever concurrerende ondernemingen, ter bescherming van het bedrijfsdebet van de werkgever.<sup>6</sup> Het wettelijke regime dat van toepassing is op concurrentiebedingen, is geregeld in art. 7:653 BW. Dat artikel is "een bij wet gestelde beperking" op het recht op vrije arbeidskeuze in de zin van art. 19 lid 3 Gw.

In de praktijk wordt onderscheid gemaakt tussen een concurrentiebeding, een relatiebeding en een anti-ronselbeding. De Hoge Raad heeft in 2017 beslist dat ook een relatiebeding kan kwalificeren als concurrentiebeding en onder de werking van art. 7:653 BW kan vallen.<sup>7,8</sup> Dat kan eveneens gelden voor een anti-ronselbeding.<sup>9</sup>

Een concurrentiebeding in de zin van art. 7:653 BW moet schriftelijk<sup>10</sup> zijn overeengekomen met een meerderjarige werknemer. Art. 7:653 BW heeft uitsluitend betrekking op concurrentiebedingen die zijn overeengekomen "tussen werkgever en werknemer". Dat brengt met zich dat concurrentiebedingen in andersoortige verhoudingen dan arbeidsovereenkomsten – zoals een koopovereenkomst<sup>11</sup> – niet onder de werking van art. 7:653 BW vallen.<sup>12</sup>

Het concurrentiebeding kan bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst worden gesloten, maar ook gedurende

5 Hoewel het grammaticaal zuiverder is om te spreken van een 'non-concurrentiebeding', wordt in deze bijdrage om praktische redenen aangesloten bij de gangbaardere term 'concurrentiebeding'.

6 Zie HR 17 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:894, rov. 3.1.4 (*Meijndert Trucking*), waarin de HR heeft beslist dat het belang van een werkgever om een werknemer nog een tijd aan zich te binden instandhouding van een concurrentiebeding niet rechtvaardigt, ook niet indien de werkgever daarmee de gelegenheid krijgt om in een krappe arbeidsmarkt vervangend personeel te vinden.

7 HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364, rov. 3.4.3.

8 Met de aanduiding concurrentiebeding wordt in dit artikel ook een relatiebeding en (voor zover toepasselijk) een anti-ronselbeding bedoeld, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld.

9 Zie voor zaken waarin een anti-ronselbeding onder de reikwijdte van art. 7:653 BW viel: Hof 's-Hertogenbosch 19 november 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4227, rov. 3.14 en Rb. Zeeland-West-Brabant 17 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1947, rov. 3.9. Zie voor een zaak waarin dat niet het geval was: Rb. Utrecht 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:402, rov. 4.27.

10 Zie Rb. Dordrecht 8 september 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BS1170, rov. 4.5 en HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, rov. 3.4 (*Philips/Oostendorp*), waaruit blijkt dat ook aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan indien het concurrentiebeding per e-mail is overeengekomen, of indien in een arbeidsovereenkomst of brief wordt verwezen naar een bijgevoegde arbeidsvoorwaardenregeling waarin een concurrentiebeding is opgenomen en waarbij de werknemer zich door ondertekening van die arbeidsovereenkomst of brief akkoord verklaart met toepasselijkheid daarvan.

11 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:763, rov. 4.12 e.v.

12 HR 9 juli 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC0964, rov. 3.4 (*Arrow/Brujns c.s.*).

de looptijd daarvan. Een concurrentiebeding gesloten na het einde van een arbeidsovereenkomst – waarbij dus geen sprake meer is van een werkgever-werknemer relatie – is in beginsel geen concurrentiebeding in de zin van art. 7:653 BW. Volgens het hof Leeuwarden kan dat slechts anders zijn indien het overeenkomen van het concurrentiebeding na het einde van de arbeidsovereenkomst niet geschiedt uit vrije wil van de (ex-)werknemer, maar doordat omstandigheden die zich tijdens het dienstverband hebben voorgedaan hem daartoe verplichten.<sup>13</sup>

Valt een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst eveneens onder de reikwijdte van art. 7:653 BW? Op basis van de wet lijkt die vraag bevestigend te moeten worden beantwoord. Ook in geval van een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst tussen een werknemer en werkgever zal doorgaans zijn voldaan aan de wettelijke vereisten van art. 7:653 lid 1 BW. Een dergelijk concurrentiebeding wordt immers eveneens overeengekomen tussen een werkgever en werknemer gedurende het dienstverband. Dit is slechts anders indien een beëindigingsovereenkomst wordt overeengekomen *nadat* de arbeidsovereenkomst is geëindigd, bijvoorbeeld bij een einde van rechtswege, na intreding van een ontbindende voorwaarde of na een ontslag op staande voet. In die gevallen is geen sprake meer van een werkgever-werknemer relatie ten tijde van het overeenkomen van de beëindigingsovereenkomst. Ook in de jurisprudentie<sup>14</sup> en de literatuur<sup>15</sup> wordt overwegend geconcludeerd dat concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten onder de reikwijdte van art. 7:653 BW vallen.

### 3. (Gedeeltelijke) vernietiging van het concurrentiebeding in de zin van art. 7:653 lid 3 BW

Op grond van art. 7:653 lid 3 BW heeft een rechter de mogelijkheid om een concurrentiebeding (gedeeltelijk) terzijde te schuiven. De grondslagen zijn, zo blijkt uit art. 7:653 lid 3 sub a en b BW, dat: (i) een concurrentiebeding in arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd “niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen” (sub a); en/of (ii) een werknemer “in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, (...) onbillijk wordt benadeeld” door een concurrentiebeding (sub b). Voornamelijk die laatste grond is van belang voor concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten. Arbeidsovereenkomsten

voor bepaalde tijd eindigen doorgaans immers van rechtswege en niet via beëindigingsovereenkomsten.<sup>16</sup>

Het gaat in geval van de vernietigingsgrond van art. 7:653 lid 3 sub b BW om een belangenafweging. De rechtspraak is wisselend over hoe daar invulling aan wordt gegeven. Wel kunnen enkele werkgevers- en werknemersbelangen worden onderscheiden.

Specifieke werkgeversbelangen zijn onder meer: (i) bescherming van het bedrijfsdebet van de werkgever;<sup>17</sup> (ii) de omvang van de vrees voor benadeling door de werknemer;<sup>18</sup> (iii) de (potentiële) schade die de werkgever ten gevolge daarvan kan lijden;<sup>19</sup> en (iv) de investeringen van een werkgever in opleiding en bekwaamheid van de werknemer.<sup>20</sup>

Specifieke werknemersbelangen zijn onder meer: (i) de lengte van het dienstverband;<sup>21</sup> (ii) de positie en kansen op de arbeidsmarkt na instandhouding van het concurrentiebeding;<sup>22</sup> (iii) de mogelijkheid om een hoger salaris elders te verdienen;<sup>23</sup> (iv) de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd<sup>24</sup> (op wiens initiatief en wie hiervan in overwegende mate een verwijt valt te treffen); (v) de gebondenheid van een werknemer aan een geheimhoudingsbeding;<sup>25</sup> (vi) het wel of niet aanbieden van een vergoeding door de werkgever;<sup>26</sup> (vii) de wijze waarop het concurrentiebeding tot stand is gekomen;<sup>27</sup> en (viii) persoonlijke omstandigheden (zoals gezins- en leefomstandigheden<sup>28</sup> of een ziekteverleden<sup>29</sup>).

### 4. De (gedeeltelijke) vernietigingsnorm voor concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten in jurisprudentie

Passen rechters de (gedeeltelijke) vernietigingsnorm en belangenafweging van art. 7:653 lid 3 sub b BW (integraal) toe op een in een beëindigingsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding, of worden andere vernietigingsnormen gehanteerd, en zo ja, waarom? Een analyse van de jurisprudentie laat een diffuus beeld zien. Over de periode 2008

13 Hof Leeuwarden 31 maart 1971, ECLI:NL:GHLEE:1971:AC5100 (*Friteko/ Span*).

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4352, rov. 3.24, Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3896, rov. 3.14; Rb. Rotterdam 7 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4335, rov. 4.3 en Rb. Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2568, rov. 4.3.

15 J. Rosendahl & S. Theunissen, ‘Het concurrentiebeding in de beëindigingsovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2017/22, p. 19.

16 Zie voor een zaak waarin een in een beëindigingsovereenkomst bekrachtigd concurrentiebeding – door verwijzing naar dat concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – werd vernietigd op grond van art. 7:653 lid 3 sub a BW: Rb. Limburg 9 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9822, rov. 4.9-4.11.

17 Hof Amsterdam 11 mei 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1385, rov. 3.8.

18 Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1784, rov. 8.7.3.

19 Rb. Noord-Holland 20 april 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:3171, rov. 2.9.

20 Rb. Midden-Nederland 2 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:6076, rov. 4.8.

21 Rb. Overijssel 24 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1963, rov. 10.3.

22 HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221, rov. 3.4.5.

23 Rb. Overijssel 23 april 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:2261, rov. 5.12.

24 Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2652, rov. 3.6.7.

25 Rb. Rotterdam 13 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8151, rov. 4.10.

26 Rb. Amsterdam 23 mei 1996, rov. 7 en Rb. Den Haag 28 februari 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AF5286, rov. 3.7.

27 Rb. Leeuwarden 8 november 2001, ECLI:NL:KTGHRV:2001:AD6076, rov. 3.

28 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:9210, rov. 3.15.

29 Rb. Amsterdam 26 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2652, rov. 15 e.v.

t/m 2024 heb ik achtentwintig uitspraken gevonden waarin een (ex-)werknemer – na beëindiging van de arbeidsovereenkomst via een beëindigingsovereenkomst – een beroep deed op schorsing of (gedeeltelijke) vernietiging van het daarin opgenomen concurrentiebeding.

In een kleine meerderheid van de uitspraken – zestien van de achtentwintig – speelt de omstandigheid dat afspraken over een concurrentiebeding zijn gemaakt in een beëindigingsovereenkomst expliciet mee in het oordeel van de rechter. De *mate* waarin wisselt echter van geval tot geval. Bestudering van de overige twaalf uitspraken – waarin deze omstandigheid geen rol lijkt te spelen en in ieder geval niet expliciet door de rechter aan de orde wordt gesteld – leidt tot de voorzichtige conclusie dat deze omstandigheid veelal: (i) niet lijkt te zijn aangevoerd als relevant(e) omstandigheid; en (ii) niet ambtshalve door een rechter wordt meegewogen als relevante omstandigheid.

Uit de bestudeerde uitspraken vallen vier vernietigingsnormen te destilleren.<sup>30</sup> Binnen dat spectrum aan vernietigingsnormen verschilt het gewicht dat wordt toegekend aan de omstandigheid dat afspraken over een concurrentiebeding zijn gemaakt in een beëindigingsovereenkomst. Duidelijke gezichtspunten op grond waarvan een rechter voor een van deze vernietigingsnormen kiest, ontbreken veelal.

1. In twaalf uitspraken is (gedeeltelijke) vernietiging van een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst mogelijk op grond van een 'normale' belangenafweging in de zin van art. 7:653 lid 3 sub b BW, waarbij de omstandigheid dat afspraken over een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst zijn gemaakt, geen rol lijkt te spelen (ongeacht of die omstandigheid lijkt te zijn aangevoerd of niet).<sup>31</sup>
2. In vijf uitspraken is (gedeeltelijke) vernietiging van een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst eveneens mogelijk op grond van een normale belangenafweging in de zin van art. 7:653 lid 3 sub b BW, waarbij de omstandigheid dat afspraken over een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst zijn gemaakt, wél een rol lijkt te spelen – ten voordele van de werkgever.<sup>32</sup>

30 Sommige uitspraken dateren van vóór 1 juli 2015. Met de verwijzing naar art. 7:653 lid 3 BW wordt eveneens art. 7:653 lid 2 BW (oud) bedoeld.

31 Rb. Zeeland-West-Brabant 8 september 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:6527; Rb. Rotterdam 15 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6818; Rb. Den Haag 13 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11943; Hof 's-Hertogenbosch 24 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3211; Hof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1948; Rb. Zeeland-West-Brabant 4 april 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:2089; Rb. Noord-Holland 5 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7429; Rb. Rotterdam 7 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4335; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5178; Rb. Rotterdam 6 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2568; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1917 en Rb. Utrecht 8 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7655.

32 Rb. Den Haag 15 maart 2024, C/09/661562; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3896; Rb. Noord-Holland 20 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1566; Hof Amsterdam 18 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:512 en Rb. Amsterdam 13 mei 2019, AR-2019-0558.

3. In zeven uitspraken leidt de omstandigheid dat afspraken over een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst zijn gemaakt tot een 'terughoudende' belangenafweging in de zin van art. 7:653 lid 3 sub b BW. Deze terughoudende belangenafweging kenmerkt zich door (expliciete) overwegingen van een rechter: (i) waarbij een belangrijk – en soms zelfs doorslaggevend – belang wordt gehecht aan de omstandigheid dat afspraken over het concurrentiebeding zijn gemaakt in een beëindigingsovereenkomst; en/of (ii) door deze omstandigheid een sterke mate van terughoudendheid dient te worden betracht bij een belangenafweging in de zin van art. 7:653 lid 3 BW.<sup>33</sup>
4. In vier uitspraken heeft de omstandigheid dat afspraken over een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst zijn gemaakt tot gevolg dat enkel een succesvol beroep op de hogere normen van art. 6:248 lid 2 BW en/of 6:258 BW kan leiden tot aantasting van een concurrentiebeding.<sup>34, 35</sup>

In negen uitspraken werd een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst geschorst of (gedeeltelijk) vernietigd. Zes daarvan betroffen de schorsing of (gedeeltelijke) vernietiging van een zuiver concurrentiebeding,<sup>36</sup> twee van een relatiebeding<sup>37</sup> en één van een relatie- én concurrentiebeding.<sup>38</sup>

Het aantal uitspraken per vernietigingsnorm – inclusief succesvolle beroepen waarbij een gevorderde schorsing of (gedeeltelijke) vernietiging werd toegewezen – kan schematisch als volgt worden weergegeven:

33 Rb. Gelderland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2323; Hof 's-Hertogenbosch 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2776; Rb. Overijssel 9 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6635; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5488; Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7362; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN4495 en Rb. Groningen 6 mei 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BM5230.

34 Rb. Overijssel 8 mei 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1635; Rb. Noord-Holland 24 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:12519; Rb. Gelderland 6 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2489 en Ktr. Brielle 13 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD5924, JAR 2008/152.

35 Ondanks dat een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 en 6:258 BW formeel niet leidt tot (gedeeltelijke) vernietiging, zullen de daarin opgenomen normen gemakshalve wel worden aangeduid als vernietigingsnormen.

36 Rb. Utrecht 8 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7655; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1917; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5178; Rb. Den Haag 13 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11943; Rb. Noord-Holland 5 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7429 en Hof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1948.

37 Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7362 en Rb. Rotterdam 15 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6818.

38 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3896.

Norm	Aantal uitspraken (N + %)	Aantal succesvolle beroepen; toewijzing schorsing of (gedeeltelijke) vernietiging (N + %)
Vernietigingsnorm van art. 7:653 lid 3 BW. Toepassing normale belangenafweging. Afspraken over concurrentiebeding in beëindigingsovereenkomst lijken geen rol te spelen in de belangenafweging.	12 (43%)	7 (58%) <sup>39</sup>
Vernietigingsnorm van art. 7:653 lid 3 BW. Toepassing normale belangenafweging. Afspraken over concurrentiebeding in beëindigingsovereenkomst lijken wel een rol te spelen in de belangenafweging.	5 (18%)	1 (20%)
Vernietigingsnorm van art. 7:653 lid 3 BW. Toepassing terughoudende belangenafweging. Afspraken over concurrentiebeding in beëindigingsovereenkomst spelen een belangrijke rol in de belangenafweging.	7 (25%)	1 (14%)
Hoge normen van art. 6:248 lid 2 en/of 6:258 BW.	4 (14%)	0 (0%)

**4.1.1 Normale belangenafweging; geen rol voor concurrentiebeding in beëindigingsovereenkomsten**

In een groot aantal van de onderzochte uitspraken past de rechter een normale belangenafweging toe, waarbij het niet van belang lijkt dat afspraken over een concurrentiebeding zijn gemaakt in een beëindigingsovereenkomst. In slechts

één uitspraak werd *expliciet* aandacht besteed aan het ontbreken van dat belang.

Het hof Arnhem-Leeuwarden kende geen gewicht toe aan het feit dat een beëindigingsovereenkomst was gesloten, waarin het reeds in de arbeidsovereenkomst overeengekomen concurrentiebeding werd bekrachtigd. In een dergelijk geval zag het hof geen reden om af te wijken van de normale belangenafweging in de zin van art. 7:653 lid 3 BW aangezien “(...) *geen wijziging [wordt] aangebracht in de tussen [werkgever] en [werknemer] bestaande rechtsverhouding*”. De omstandigheid dat het concurrentiebeding in de beëindigingsovereenkomst werd bekrachtigd, legde “*geen gewicht in de schaal*”, aangezien het concurrentiebeding niet bij het einde van het dienstverband was aangegaan als onderdeel van een uitonderhandeld pakket van afspraken, maar reeds bij aanvang van het dienstverband.<sup>40</sup> De belangenafweging viel in het voordeel van de werknemer uit en het concurrentiebeding werd geschorst.

**4.1.2 Normale belangenafweging; wel rol voor concurrentiebeding in beëindigingsovereenkomsten**

Andere rechters passen eveneens een normale belangenafweging toe, maar wegen afspraken over een concurrentiebeding in beëindigingsovereenkomsten wél mee.

Zo achtte de rechtbank Noord-Holland het van belang dat partijen een beëindigingsovereenkomst hadden gesloten, waarbij het concurrentiebeding een onderwerp van gesprek was geweest en de temporele werkingssfeer door de werkgever was beperkt van twaalf naar negen maanden.<sup>41</sup> Ook de rechtbank Amsterdam nam deze omstandigheid mee in haar belangenafweging: “[Werknemer] *had [de keuze] om onder deze voorwaarden niet akkoord te gaan met de vaststellingsovereenkomst. Zij heeft dit niet gedaan maar, daarentegen, ingestemd met een (...) ruimhartige vertrekregeling inclusief onverkorte handhaving van het concurrentiebeding.*”<sup>42</sup> Beide rechtbanken wezen de vordering tot schorsing van het concurrentiebeding af.

Een andere kenmerkende uitspraak is wederom van het hof Arnhem-Leeuwarden. In deze zaak was in de beëindigingsovereenkomst afgesproken dat de temporele werkingssfeer van een eerder overeengekomen concurrentiebeding werd verlengd van zes maanden naar vijf jaar. De werknemer had reuma ten tijde van het sluiten van de beëindigingsovereenkomst. Het hof woog de omstandigheid dat een concurrentiebeding was overeengekomen in de beëindigingsovereenkomst mee in haar belangenafweging: “*Bij de belangenafweging (...) dient evenwel te worden betrokken dat het non-concurrentiebeding onderdeel uitmaakt van een samenstel aan afgewogen afspraken in een vaststellingsovereenkomst. Daarover hebben partijen onderhandeld, zijn*

<sup>39</sup> In een van deze zaken, Rb. Utrecht 8 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7655, rov. 3.4, achtte de kantonrechter “*vernietiging van het concurrentiebeding voor zover dit langer duurde dan zeven maanden redelijk*”. De nakomingsvordering van de werkgever werd afgewezen. Formeel is dus geen sprake van een (gedeeltelijke) vernietigingsvordering. Aangezien de werknemer zich succesvol beriep op art. 7:653 lid 3 sub b BW, tel ik dit vonnis wél mee.

<sup>40</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1917, rov. 3.5.

<sup>41</sup> Rb. Noord-Holland 20 februari 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:1566, rov. 4.14.

<sup>42</sup> Rb. Amsterdam 13 mei 2019, AR-2019-0558, rov. 8-9. Volledig vonnis te raadplegen via [www.ar-updates.nl/samenvatting/ar-2019-0558](http://www.ar-updates.nl/samenvatting/ar-2019-0558).

beiden deskundig bijgestaan, hebben zij over en weer voorstellen uitgewisseld en is uiteindelijk een uitputtende, allesomvattende regeling getroffen (...).” Echter, niet dusdanig dat de werkgeversbelangen boven de werknemersbelangen prevaleerden. Doorslaggevend werknemersbelang was volgens het hof daarbij dat de werknemer er ten tijde van het sluiten van de beëindigingsovereenkomst geen rekening mee had moeten houden dat het ziekteverloop hem in toenemende mate zou gaan belemmeren.<sup>43</sup> Bovendien had de werkgever niet goed gesubstantieerd waarom een temporele werkingssfeer van vijf jaar noodzakelijk was.<sup>44</sup> De temporele werkingssfeer werd beperkt tot vijftien maanden.

#### 4.1.3 Terughoudende belangenafweging

In andere zaken past de rechter een terughoudende belangenafweging toe.

Een in het oog springende overweging is te vinden in een uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden: “Het hof is (...) van oordeel dat (...) zeer zwaar zal wegen dat het onderhavige concurrentiebeding deel uitmaakt van een package deal waarbij – getuige de lange en zorgvuldige onderhandelingen – de belangen van beide partijen zijn meegenomen waarbij er uiteindelijk een zeker evenwicht is bereikt tussen beider belangen, resulterend in een akkoord. Het achteraf wegnemen van een substantieel element uit een dergelijk pakket, louter ten voordele van een der betrokken partijen, brengt het risico met zich dat het evenwicht ernstig wordt verstoord.”<sup>45</sup>

De schorsingsvordering werd afgewezen.

Ook de rechtbank Overijssel hanteerde een terughoudende belangenafweging, gelet op het rechtsbeginsel *pacta sunt servanda* (door de rechter verwoord als: “afpraak is afspraak!”). De werknemer had zich juridisch laten bijstaan en wist wat de gevolgen waren van het relatiebeding, dat ter vervanging kwam van een eerder overeengekomen concurrentiebeding. Derhalve had de werknemer zich moeten realiseren wat de gevolgen van de beëindigingsovereenkomst zouden zijn, aldus de rechtbank.<sup>46</sup> De schorsingsvordering werd afgewezen.

Het hof Amsterdam oordeelde dat “(...) de omstandigheid dat partijen de onderhavige overeenkomst hebben gesloten, zeker nu dat is gebeurd in het kader van het beëindigen van een arbeidsovereenkomst, noopt tot een verdergaande terughoudendheid bij de afweging van de belangen op de voet van art. 7:653 lid 2 BW [oud] dan de kantonrechter heeft gedaan”.<sup>47</sup> De temporele werkingssfeer van een in een beëindigingsovereenkomst opgenomen relatiebeding voor onbepaalde

tijd werd door het hof – ondanks deze terughoudende belangenafweging – toch beperkt tot drie jaar na einde dienstverband.

Ook de rechtbank Gelderland benadrukte dat een terughoudende belangenafweging moest worden toegepast: “(...) de in artikel 7:653 lid 3 sub b BW vastgelegde belangenafweging [dient] echter nog steeds te worden toegepast als sprake is van een beëindigingsovereenkomst (...) Wel moet een sterke mate van terughoudendheid worden betracht (...).”<sup>48</sup> De vordering tot schorsing werd afgewezen. Het verweer dat de afspraken over het concurrentiebeding in de beëindigingsovereenkomst enkel konden worden aangetast in geval van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW ging de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland echter een brug te ver.

#### 4.1.4 Hoge normen van art. 6:248 lid 2 en 6:258 BW

Voor andere rechters gaat het hiervoor genoemde argument niet te ver en leidt de omstandigheid dat afspraken over een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst zijn gemaakt tot de conclusie dat enkel een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 of 6:258 BW kan leiden tot aantasting van het concurrentiebeding.

De kantonrechter Brielle oordeelde in dat kader dat intensief overleg tussen partijen over de gevolgen van de beëindigingsovereenkomst met juridische bijstand “(...) eraan in de weg staan dat eiser één element uit die beëindigingsovereenkomst ongedaan wil maken, waarmee het destijds door partijen kennelijk beoogde evenwicht zou worden verstoord. (...) Aan eiser kan worden toegegeven dat weliswaar in de beëindigingsovereenkomst is opgenomen dat het non-concurrentiebeding uit de arbeidsovereenkomst zijn werking ten volle houdt, maar dit beding is aldus in de vaststellingsovereenkomst terechtgekomen als onderdeel van een totaalpakket. Naar het oordeel van de kantonrechter is daarmee dit beding niet langer te kwalificeren als een puur non-concurrentiebeding, doch als een onderdeel van een pakket van bedingen die allen direct zien op de gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.”<sup>49</sup>

In lijn daarmee oordeelde de rechtbank Noord-Holland dat de vrijheid van een rechter om een belangenafweging toe te passen “sterk wordt ingeperkt” ingeval een relatiebeding in een beëindigingsovereenkomst is bekrachtigd en de geldigheid daarvan slechts op grond van art. 6:248 lid 2 of 6:258 BW kan worden aangetast aangezien “(...) de werknemer de gevolgen van het relatiebeding na afweging van zijn eigen belangen [immers heeft] aanvaard. Bovendien heeft de werknemer, door bevestiging van het relatiebeding in de vaststellingsovereenkomst, het belang van werkgever bij instandhouding van het beding impliciet erkend. De werknemer is akkoord gegaan met een pakket voorwaarden en het relatiebeding is één van die voorwaarden. Een nieuwe

43 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3896, rov. 3.21.

44 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3896, rov. 3.22.

45 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN4495, rov. 23.

46 Rb. Overijssel 9 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6635, rov. 4.6.

47 Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV7362, rov. 3.7.

48 Rb. Gelderland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2323, rov. 4.4.

49 Ktr. Brielle 13 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD5924, JAR 2008/152.

*belangenafweging in de zin van artikel 7:653 lid 3 sub b BW nadat de vaststellingsovereenkomst is gesloten doet (...) afbreuk aan de rechtszekerheid.*<sup>50</sup>

De rechtbank Overijssel oordeelde dat – onder meer aangezien in de beëindigingsovereenkomst finale kwijting was overeengekomen en afstand was gedaan van het ontbindings- en vernietigingsrecht – de werknemer een beroep op art. 7:653 lid 3 BW, ondanks het dwingendrechtelijke karakter van dat artikel, door die afspraken “*had prijsgegeven*”.<sup>51</sup> Een beroep op art. 6:248 lid 2 BW slaagde evenmin, aangezien beide partijen juridische bijstand hadden gehad en voldoende bewust werden geacht te zijn van de inhoud en gevolgen van de afspraken in de beëindigingsovereenkomst.

## 5. Welke vernietigingsnorm dient wanneer te worden toegepast?

Rechters passen in ogenschijnlijk vergelijkbare scenario's verschillende vernietigingsnormen toe. Daarbij is het vaak onduidelijk *waarom* een rechter in een specifiek scenario opteert voor een van de vier vernietigingsnormen. Ik zal een voorzet voor verduidelijking proberen te doen.

Mijns inziens dienen er in verschillende scenario's verschillende vernietigingsnormen te worden toegepast. Doorslaggevend daarbij is de wijze waarop een concurrentiebeding na beëindiging van de arbeidsovereenkomst via een beëindigingsovereenkomst van toepassing is op een (ex-)werknemer. Er zijn mijns inziens vier scenario's<sup>52</sup> waarin een concurrentiebeding na een dergelijke beëindiging van toepassing kan zijn op een (ex-)werknemer:

1. De werknemer is tijdens zijn dienstverband gebonden aan een rechtsgeldig overeengekomen concurrentiebeding. In de beëindigingsovereenkomst worden geen afspraken gemaakt over de geldigheid daarvan. Opmerking verdient dat in de jurisprudentie wisselend wordt geoordeeld in hoeverre finale kwijting in een beëindigingsovereenkomst in de weg staat aan rechtsgeldigheid van het concurrentiebeding na einde dienstverband.<sup>53</sup>

2. De werknemer is tijdens zijn dienstverband gebonden aan een rechtsgeldig concurrentiebeding. Dat concurrentiebeding wordt zonder inhoudelijke aanpassing expliciet bekrachtigd in een beëindigingsovereenkomst (bijvoorbeeld door verwijzing naar dat overeengekomen concurrentiebeding).
3. De werknemer is tijdens zijn dienstverband gebonden aan een rechtsgeldig concurrentiebeding. Dat concurrentiebeding wordt in aangepaste vorm – door beperking of verruiming van het functionele, geografische en/of temporele bereik – overeengekomen in een beëindigingsovereenkomst.
4. De werknemer is tijdens zijn dienstverband niet gebonden aan een rechtsgeldig concurrentiebeding. Er wordt een (nieuw) concurrentiebeding overeengekomen in een beëindigingsovereenkomst.

### 5.1 Scenario's 3 en 4

Indien een aangepast of nieuw concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst wordt overeengekomen (scenario's 3-4), vraag ik mij af of überhaupt plek zou moeten zijn voor een belangenafweging in de zin van art. 7:653 lid 3 sub b BW. Deze belangenafweging biedt bescherming aan een werknemer tegen het niet weloverwogen aangaan van een concurrentiebeding als *arbeidsvoorwaarde*, doorgaans bij *aanvang* van het dienstverband.<sup>54</sup> Dat is een fundamenteel andere situatie dan het aangaan van een aangepast of nieuw concurrentiebeding als *beëindigingsvoorwaarde* bij het *einde* van een dienstverband. In die situatie mag worden uitgegaan van een weloverwogen afweging van belangen, ook aan de zijde van de werknemer. De werknemer kan na een eigen belangenafweging immers besluiten om wel of niet akkoord te gaan met het pakket aan beëindigingsvoorwaarden. Dat een afweging weloverwogen is, wordt eens te meer onderschreven in geval van juridische bijstand en uitvoerige onderhandelingen over de tekst van het concurrentiebeding.

Het lijkt mij in deze scenario's redelijker dat enkel een succesvol beroep op de hoge norm van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW of aanwezigheid van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW die *na* het sluiten van de beëindigingsovereenkomst zijn gaan spelen, kunnen leiden tot aantasting van het concurrentiebeding.

50 Rb. Noord-Holland 24 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:12519, rov. 5.4.

51 Rb. Overijssel 8 mei 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1635, rov. 4.9.

52 In vergelijkbare zin: J. Rosendahl & S. Theunissen, 'Het concurrentiebeding in de beëindigingsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2017/22. Rosendahl en Theunissen kwalificeren het derde en vierde scenario echter als één scenario. Ik vind het zuiverder om daar een splitsing in aan te brengen en deze afzonderlijk te behandelen.

53 Zie voor gevallen waarin ondanks finale kwijting een beroep kon worden gedaan op het concurrentiebeding: Hof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8778, rov. 5.7 en Rb. Rotterdam 23 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1369, rov. 5.9. Zie voor gevallen waarin dat niet zo was: Rb. Leeuwarden 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9971, rov. 4.9 en Hof Amsterdam 28 april 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ2741, rov. 4.8.

54 N.T. Dempsey e.a., *SDU Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Den Haag 2020 en HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2221 rov. 3.4.2 (*AVM Accountants/Spaan*). Zie ook A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, tweede deel*, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1908, p. 387. De Minister van Justitie Van Raalte formuleerde in 1906 de ratio van de matigingsbevoegdheid tijdens de Kamerbehandeling als volgt: “Niemand zal ontkennen dat op het gebied van het arbeidscontract de toestemming van de arbeider, men noeme hem de economisch zwakkere, de economisch afhankelijke of hoe dan ook, een zodanige is dat hij arbeidsvoorwaarden moet accepteren en voor lief nemen welke hij, ware hij werkelijk vrij niet zou geaccepteerd hebben.”

Binnen de huidige wetssystematiek is het echter de vraag of art. 7:653 lid 3 sub b BW zomaar terzijde kan worden geschoven. De daarin opgenomen belangenafweging is immers dwingendrechtelijk van aard en lijkt onverminderd van toepassing te zijn op concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten. Het verdient naar mijn mening aanbeveling dat de wetgever aangepaste of nieuwe concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten uitsluit van voornoemde belangenafweging, bijvoorbeeld in het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding. Deze belangenafweging lijkt immers niet voor dergelijke concurrentiebedingen te zijn bedoeld. Alternatief is dat er in de jurisprudentie een bestendige lijn ontstaat dat werknemers in beginsel niet onbillijk kunnen worden benadeeld door aangepaste of nieuwe concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten, tenzij is voldaan aan de normen van art. 6:248 lid 2 of 6:258 BW.

## 5.2 Scenario 2

In geval van bekrachtiging van een eerder overeengekomen rechtsgeldig concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst is mijns inziens een terughoudende belangenafweging op grond van art. 7:653 lid 3 sub b BW op zijn plaats. Daarbij dient veel – en soms doorslaggevend – gewicht te worden toegekend aan de omstandigheid dat afspraken over een concurrentiebeding zijn gemaakt in een beëindigingsovereenkomst.

De aard van een beëindigingsovereenkomst in geval van een (voorgenomen) ontslag is om een definitief einde te maken aan een geschil, zonder losse eindjes. De beëindigingsovereenkomst wordt als *total package deal* aan voorwaarden overeengekomen. Toepasselijkheid van een concurrentiebeding is een van die voorwaarden. Die voorwaarde kan dus ook niet los worden gezien van de andere afspraken in een beëindigingsovereenkomst. Bovendien wordt het concurrentiebeding in dit scenario bekrachtigd in de beëindigingsovereenkomst, waarmee een nieuw 'bewustwordingsmoment' plaatsvindt. Indien het mogelijk zou zijn om na het sluiten van de beëindigingsovereenkomst één voorwaarde – het concurrentiebeding – relatief eenvoudig (gedeeltelijk) te vernietigen, dan wordt het tussen partijen overeengekomen evenwicht verstoord en wordt afbreuk gedaan aan het bereikte onderhandelingsresultaat. Dat druist in tegen de overeengekomen rechtszekerheid.

Daarnaast wordt de beëindigingsovereenkomst overeengekomen op een moment dat zowel werkgever als werknemer bekend zijn met op dat moment kenbare relevante omstandigheden en belangen, zoals de duur van de arbeidsrelatie, leeftijd en kansen op de arbeidsmarkt. Deze omstandigheden en belangen zijn dus al verdisconteerd in het bereikte onderhandelingsresultaat en doen niet meer mee bij een belangenafweging nadien. De gevolgen van het onderhandelingsresultaat – waaronder het concurrentiebeding – zijn, na afweging van de belangen van partijen doorgaans dus ook aanvaard. Betoogd zou kunnen worden dat de werknemer de werkgeversbelangen bovendien impliciet erkent

door afspraken over instandhouding van het concurrentiebeding overeen te komen in de beëindigingsovereenkomst.

De drempel voor (gedeeltelijke) vernietiging dient in dit scenario dus hoog te zijn. Dit geldt eens te meer indien: (i) partijen (en dan met name de werknemer) juridische bijstand hebben gehad; (ii) er meermaals beëindigingsvoorstellen zijn uitgewisseld; (iii) er specifiek en lang over instandhouding van het concurrentiebeding is onderhandeld; en (iv) de werknemer (financieel) is gecompenseerd voor instandhouding van het concurrentiebeding (bijvoorbeeld door verhoging van de ontslagvergoeding). Een minder hoge vernietigingsnorm zou kunnen leiden tot een onwenselijk resultaat waarbij de werknemer van twee walletjes kan eten door én aanspraak te maken op alle gunstige voorwaarden in de beëindigingsovereenkomst én concurrerende werkzaamheden te verrichten. Dat lijkt mij doorgaans een onredelijke en onwenselijke uitkomst, hetgeen niet snel het geval zou moeten kunnen zijn.

## 5.3 Scenario 1

Naar mijn mening is voor een normale belangenafweging uit hoofde van art. 7:653 lid 3 sub b BW slechts plek ingeval de rechtsverhouding van partijen met betrekking tot een rechtsgeldig concurrentiebeding na einde dienstverband hetzelfde blijft,<sup>55</sup> er geen overleg over de gevolgen, én ook geen bekrachtiging van het concurrentiebeding plaatsvindt. Met andere woorden: een eerder overeengekomen concurrentiebeding blijft ongewijzigd zonder dat een nieuw 'bewustwordingsmoment' plaatsvindt.

## 6. Uitsluiting van de belangenafweging van art. 7:653 lid 3 sub b BW?

Tot slot rijst de vraag of de belangenafweging van art. 7:653 lid 3 sub b BW buiten toepassing kan worden verklaard in een beëindigingsovereenkomst die tevens kwalificeert als vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW. Volgens Rosendahl en Theunissen,<sup>56</sup> en de rechtbank Gelderland<sup>57</sup> lijkt dat nagenoeg onbegrensd te kunnen. Dat lijkt mij niet juist. Mijns inziens is dat enkel mogelijk indien partijen met hun beëindigingsovereenkomst een specifieke onzekerheid of geschil over het in hun verhouding geldende concurrentiebeding beogen te beëindigen.

<sup>55</sup> Zie in gelijke zin Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1917, rov. 3.5.

<sup>56</sup> J. Rosendahl & S. Theunissen, 'Het concurrentiebeding in de beëindigingsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2017/22, p. 19: "Wij merken overigens op dat het naar onze mening mogelijk is in de beëindigingsovereenkomst de dwingendrechtelijke bepalingen aangaande het concurrentiebeding uit te sluiten, waaronder de belangenafweging van art. 7:653 lid 3 sub b BW. Niet valt in te zien waarom dit in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden."

<sup>57</sup> Rb. Gelderland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2323, rov. 4.4: "(...) Naar het oordeel van de voorzieningenrechter dient de in artikel 7:653 lid 3 sub b BW vastgelegde belangenafweging echter nog steeds te worden toegepast als sprake is van een beëindigingsovereenkomst, omdat het een dwingendrechtelijke bepaling betreft. Dit zou alleen anders zijn als deze belangenafweging in de beëindigingsovereenkomst expliciet is uitgesloten, maar dat is hier niet aan de orde."

De mogelijkheid om bij een beëindigingsovereenkomst in de zin van art. 7:902 BW af te wijken van de dwingendrechtelijke bepalingen – zoals art. 7:653 lid 3 sub b BW – is immers aan meerdere grenzen gebonden.<sup>58</sup> Zo mag een ‘vaststelling’ – zijnde enkel die bepaling(en) in de beëindigingsovereenkomst die betrekking hebben op een onzekerheid of geschil<sup>59</sup> – alleen *ter beëindiging* van een onzekerheid of geschil in strijd komen met dwingend recht en niet voor de vaststelling *ter voorkoming* van een onzekerheid of geschil.<sup>60</sup> Ook mogen partijen niet doelbewust afwijken van dwingend recht. Een vaststelling is enkel geldig indien die, achteraf, in strijd mocht blijken met dwingend recht.<sup>61</sup> Indien partijen het oogmerk<sup>62</sup> hebben om dwingendrechtelijke bepalingen te omzeilen, dan zal vaststelling daarmee naar inhoud of strekking in strijd komen met de goede zeden of de openbare orde.<sup>63</sup>

Het uitsluiten van de belangenafweging in art. 7:653 lid 3 sub b BW zonder onzekerheid of geschil over een tussen werkgever en werknemer geldend concurrentiebeding lijkt mij om voornoemde redenen niet op voorhand mogelijk. In die gevallen bestaat immers een oogmerk om af te wijken van dwingend recht, ter voorkoming van een onzekerheid of geschil.

## 7. Resumerend; geen duidelijke lijn

Welke vernietigingsnorm geldt voor aantasting van concurrentiebedingen in beëindigingsovereenkomsten? Het antwoord is cliché: dat hangt af van de omstandigheden van het geval. In verschillende scenario's dienen naar mijn mening verschillende vernietigingsnormen te worden toegepast. Uit de jurisprudentie volgt geen duidelijke lijn welke van de vier vernietigingsnormen wanneer moet worden toegepast. In de gevallen waarin gewicht wordt toegekend aan de omstandigheid dat een concurrentiebeding is opgenomen in een beëindigingsovereenkomst, hechten rechters doorgaans belang aan het argument dat dit concurrentiebeding onderdeel is van een *total package deal*. Daarbij lijkt het voor rechters vaak niet relevant dat een (aangepast of nieuw) concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst is bekrachtigd of overeengekomen.

De mate van terughoudendheid die een rechter bij de belangenafweging van art. 7:653 lid 3 sub b BW dient te betrachten, lijkt mij afhankelijk van feitelijke omstandigheden

(waaronder de wijze waarop een werknemer aan een concurrentiebeding is gebonden). Wanneer partijen met behulp van juridische bijstand specifiek en lang hebben onderhandeld over de bekrachtiging van een concurrentiebeding terwijl de belangen van partijen op dat moment helder waren, dan zal een (zeer) terughoudende belangenafweging op zijn plek zijn. Wanneer partijen geen afspraken over een concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst zijn overeengekomen en deze afspraken ook geen onderwerp van gesprek zijn geweest, dan lijkt een normalere belangenafweging meer voor de hand te liggen.

Voor gevallen waarin een aangepast of nieuw concurrentiebeding in een beëindigingsovereenkomst wordt overeengekomen, lijkt de belangenafweging in de zin van art. 7:653 lid 3 sub b BW niet te zijn bedoeld. In die gevallen lijkt het mij redelijk dat enkel een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 en 6:258 BW soelaas kan bieden.

58 R.L. van Heusden, 'De vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend arbeidsrecht; een panacee tegen knellende kaders?', *TAP* 2014/2, p. 125.

59 HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9917, rov. 5.3.

60 HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39, rov. 3.5 (*Coenraad/Heesen*) en HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19, rov. 3.3.3 (*Blue Taxi/SFT*).

61 A. Sturm, 'Contracteren in strijd met dwingend recht', *ORP* 2015/8, p. 30 en D.J. Buijs & E.B. Wits, 'De vaststellingsovereenkomst in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2019/26, p. 5.

62 Opmerking verdient dat het oogmerk van partijen in de praktijk lastig zal zijn aan te tonen, voornamelijk indien in de beëindigingsovereenkomst een toelichting is opgenomen op de specifieke onzekerheden of geschillen die dienen te worden beëindigd.

63 M.W. Knigge, 'De overeenkomst tot beëindiging van een arbeidsovereenkomst: een vaststellingsovereenkomst?', *RMThemis* 2020/2, p. 82.