

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteurs(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2023

27^e jaargang | 22 september 2023 | nummer 9

Margot van Herwerden¹

It takes three to tango

2023-0159

Er is nog steeds krapte op de arbeidsmarkt. In de arbeidsrechtpraktijk leidt dit volgens mijn eigen waarneming tot toegenomen discussies over relatie- en concurrentiebedingen. Werknemers en ZZP'ers worden met aantrekkelijke arbeidsvoorwaardenpakketten verleid om over te stappen naar een andere werkgever of beginnen voor zichzelf. Meestal wordt in goed overleg een oplossing bereikt over een eventueel rechtsgeldig overeengekomen relatie- en concurrentiebeding, maar soms ook niet. In detachingsconstructies is dit niet anders, maar kunnen werknemers en ZZP'ers wellicht een beroep doen op het belemmeringsverbod uit de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). In deze bijdrage wordt hierop nader ingegaan aan de hand van een aantal interessante uitspraken in de afgelopen maanden.

Krappe arbeidsmarkt

Kort geleden was in het nieuws dat honderden scholen in Nederland hebben afgesproken om voortaan geen uitzendkrachten en ZZP'ers meer in te huren. Ze vinden dat het geld moet worden besteed aan het onderwijs voor de kinderen en niet aan de kostbare bemiddelingsbureaus.² Scholen hebben net als de zorg te weinig personeel. Een snelle oplossing is het inhuren van een invalskracht. Als een leerkracht wordt ingehuurd als ZZP'er of via een bemiddelingsbureau kost de school dat veel meer dan een vaste leerkracht. Bovendien worden vaste leerkrachten bij scholen weggevoerd door bemiddelingsbureaus die een beter pakket aan arbeidsvoorwaarden aanbieden, wat de kosten verder opdrijft. Ook de overheid wil de inhuur van uitzendkrachten inperken.

Uit cijfers van het CBS blijkt dat er nog steeds veel meer vacatures zijn dan werklozen. In het tweede kwartaal van 2023 stonden tegenover elke 100 werklozen 122 vacatures. De markt is goed voor werkzoekenden, maar lastig voor werkgevers. Als een flexkracht goed bevalt, wordt deze vaker rechtstreeks in dienst genomen door de inlener. Hierdoor is de inhuur van flexkrachten in 2023 afgenomen. Deze ontwikkeling leidt tegelijkertijd tot meer discussies over relatie- en concurrentiebedingen. In de driehoeksverhouding van uitlener-arbeidskracht-inlener speelt daarbij ook het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi een belangrijke rol.

Het belemmeringsverbod uit de Waadi

Artikel 9a Waadi bepaalt dat degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt (de uitlener) geen belemmeringen in de weg legt voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking gestelde arbeidskracht en degene aan wie deze ter beschik-

king is gesteld (de inlener). Elk beding dat in strijd is hiermee is nietig, met uitzondering van een beding op grond waarvan door de inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de uitlener voor de door deze verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving, of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht. Het belemmeringsverbod voorkomt dus dat een arbeidskracht na afloop van de tewerkstelling bij de inlener daar niet in dienst mag treden.

De bepaling is evenwel alleen van toepassing als sprake is van arbeidsbemiddeling of het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van de Waadi. De Waadi is ingevoerd ter implementatie van Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzending (de Uitzendrichtlijn). De Waadi is van toepassing als sprake is van het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid. De definitie bestaat uit een aantal elementen. Allereerst moet er een vergoeding worden betaald voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De intermediair moet dus voor zijn diensten worden beloond. Verder moet de terbeschikkingstelling geschieden aan een ander. Als de terbeschikkingstelling binnen een concern plaatsvindt, valt deze dus buiten de toepassing van de Waadi.

De arbeidskracht hoeft niet per se werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Ook zelfstandigen kunnen onder de definitie vallen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich in het Ruhrlandklinik-arrest uitgelaten over de begrippen arbeidsverhouding en werknemer.³ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat het begrip werknemer in de zin van de Uitzendrichtlijn zo moet worden uitgelegd dat het iedere persoon omvat die een arbeids-

verhouding heeft, waarvan het hoofdkenmerk is dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt en in de desbetreffende lidstaat worden beschermd op grond van de arbeid die hij verricht. Uit artikel 1 lid 1 Uitzendrichtlijn en artikel 3 lid 1 onderdeel c, dat het begrip 'uitzendkracht' definieert, volgt namelijk dat deze richtlijn niet alleen van toepassing is op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op werknemers die een arbeidsverhouding hebben met een bureau. Voor toepasselijkheid van de Waadi is dus niet vereist dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de uitlener en de arbeidskracht. De Waadi kan ook van toepassing zijn op zelfstandigen.

Het meest onderscheidende kenmerk van de definitie van de ter beschikking stelling van arbeidskrachten is het onder toezicht en leiding van de inlener werkzaam zijn. De wetsgeschiedenis van de Waadi geeft niet duidelijk aan wat hier nu onder moet worden verstaan. De Hoge Raad heeft overwogen dat dit feitelijk moet worden getoetst.⁴ Uit het Care4Care arrest uit 2016 volgt dat aansluiting moet worden gezocht bij het gezagsvereiste als bedoeld in artikel 7:610 BW.⁵ Uit de vele rechtspraak die hierover is verschenen kan worden afgeleid dat al snel sprake is van leiding en toezicht door de inlener. In het befaamde Helpling-arrest uit 2021 is geoordeeld dat de schoonmakers die bij huishoudens werken via het online platform Helpling, de juridische status hebben van uitzendkracht.⁶

Ofschoon de definities niet helemaal op elkaar aansluiten, is het evident dat de uitzendovereenkomst uit artikel 7:690 BW onder de Waadi valt. Daarbij gaat het uitzendbureau, dat zich richt op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een arbeidsovereenkomst aan met een werknemer die - ter opvang van ziek en piek - wordt ingezet bij de inlener. De uitzendkracht is vervolgens onder toezicht en leiding van de inlener werkzaam.

Andere driehoeksverhoudingen

Payrolling

Van de klassieke uitzendovereenkomst moet onderscheiden worden de payrollovereenkomst, die ook onder de Waadi valt. Payrolling is het op basis van een overeenkomst van opdracht, die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, ter beschikking stellen van een arbeidskracht om onder toezicht en leiding van de opdrachtgever arbeid te verrichten waarbij degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt alleen met toestemming van de opdrachtgever bevoegd is deze arbeidskracht aan een ander ter beschikking te stellen.

Het onderscheidende element zit in het feit dat de inlener de arbeidskracht zelf heeft geselecteerd en die via het payrollbedrijf inhuurt. Een uitzendbureau werft en plaatst de arbeidskrachten.

Contracting

Niet onder de Waadi valt aanneming van werk, ook wel: contracting. De opdrachtgever besteedt een, meestal specialistische, opdracht uit aan een aannemer of opdrachtnemer. Die voert de opdracht uit met inzet van eigen en door hem zelf aangestuurde werknemers. Contracting verschilt van uitzending, met name door de inzet van eigen productiemiddelen en het onder leiding en toezicht van het contractingbedrijf uitoefenen van de werkzaamheden. Geeft een leidinggevende van het contractingbedrijf instructies en controleert die de werkzaamheden, dan is dit een aanwijzing dat sprake is van contracting en niet van een uitzendovereenkomst. Leiding en toezicht kunnen ook gedelegeerd zijn aan de opdrachtgever. Dan is voor kwalificatie van de arbeidsrelatie van belang bij wie het gezag ligt.

Detachering

Bij detachingsconstructies kan de beoordeling of de Waadi (en daarmee het belemmeringsverbod) van toepassing is, lastiger zijn. Een detachingsbedrijf stelt bedrijfsmatig een werknemer ter beschikking aan een derde, meestal om onder diens leiding arbeid te verrichten. De zeggenschap over plaatsing van de werknemer ligt daarmee bij het detachingsbedrijf. Als een deel van het productieproces door gedetacheerde werknemers wordt uitgevoerd onder leiding en toezicht van het detachingsbedrijf, dan is alsnog sprake van contracting. Het verschil tussen detachering en uitzending is dat detachering in praktijk meer gebruikt wordt om specialistische kennis tijdelijk ergens in te zetten. Ook krijgen werknemers van het detachingsbedrijf vaak doorbetaald als er geen opdrachten zijn. Meestal zal dan ook sprake zijn van een uitzendovereenkomst. De Waadi is dan van toepassing. Maar niet altijd is even duidelijk bij welke partij de leiding en toezicht liggen en of de Waadi van toepassing is.

Relatiebeding rechtsgeldig

Dit blijkt onder meer uit een zaak waarover het Hof Arnhem-Leeuwarden zich moest buigen dit jaar. Een zelfstandige is in 2016 werkzaamheden gaan verrichten bij de overheidsorganisatie ODRA (de inlener) op grond van een overeenkomst van opdracht met Fortec (de uitlener) actief in de arbeidsbemiddeling. Die overeenkomst bevat een relatiebeding dat de zelfstandige verbiedt om binnen 6 maanden na het einde van de opdracht bij de inlener te gaan werken. Tevens is een relatiebeding opgenomen in de overeenkomst tussen Fortec en de inlener, dat de inlener verbiedt om binnen 12 maanden na het einde van de opdracht gebruik te

maken van de inzet van de zelfstandige. Bij het einde van de opdracht wil de zelfstandige bij de inlener in dienst treden, maar Fortec houdt haar aan het relatiebeding. De zelfstandige meent dat het relatiebeding nietig is vanwege het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi. Zij vordert een verklaring voor recht dat Fortec jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door zich op het relatiebeding te beroepen. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep heeft het Hof Den Bosch de vordering alsnog toegewezen. Fortec is in cassatie gegaan.

De Hoge Raad heeft overwogen dat artikel 9a Waadi op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. De Hoge Raad heeft het arrest van het Hof Den Bosch vervolgens vernietigd en de zaak verwezen naar het Hof Arnhem-Leeuwarden. Volgens dit Hof gaat het erom of de zelfstandige een uitzendkracht is in de zin van de Uitzendrichtlijn. Daarbij moet niet zozeer worden gekeken naar wat partijen zijn overeengekomen, maar naar de werkelijke situatie van hoe de werkzaamheden feitelijk worden uitgevoerd. Het Hof kijkt allereerst naar de vraag of de zelfstandige onder toezicht en leiding van de inlener heeft gewerkt. Fortec heeft ter betwisting van de stellingen van de zelfstandige aangevoerd dat nooit in discussie is geweest dat zij de werkzaamheden zelfstandig uitvoerde. Fortec wijst daarbij onder meer op de gevoerde correspondentie en op de overeenkomsten van opdracht met de zelfstandige en ODRA, waarin staat dat de zelfstandige de werkzaamheden geheel zelfstandig en zonder toezicht en leiding verricht en dat het aan de zelfstandige is om de werkzaamheden naar eigen professioneel inzicht en voor eigen risico te verrichten. Dat was ook de wens van partijen. Daarbij wijst Fortec erop dat de zelfstandige zelfs een ondernemster pur sang was, omdat zij tevens een eigen onderneming met meerdere personeelsleden dreef, voor werkzaamheden die naadloos aansloten bij de aard van de werkzaamheden die de zelfstandige bij ODRA had verricht. Dat laatste heeft zij niet betwist. De zelfstandige heeft op haar beurt haar stelling dat zij onder leiding en toezicht van ORDA werkte niet nader onderbouwd. Het Hof oordeelt dat de zelfstandige niet als uitzendkracht kwalificeert en dat het relatiebeding dus rechtsgeldig is.

Een terechte uitkomst lijkt me. Wat opvalt is dat het Hof eerst de vraag beantwoordt of de zelfstandige onder toezicht en leiding van de inlener werkt. Het Hof kijkt dus niet eerst naar de vraag of sprake is van een arbeidsverhouding in de zin van de Waadi. Dat had voor de hand gelegen, omdat de zelfstandige niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was maar op basis van een overeenkomst van opdracht.

Relatiebeding nietig

Anders liep het af in een zaak van de Kantonrechter Rotterdam.⁷ Op 18 augustus 2021 sluiten StarApple, een bedrijf in de recruitment en arbeidsbemiddeling van IT professionals, en de zelfstandige een overeenkomst van opdracht. Op basis daarvan verricht de zelfstandige van 3 september 2021 tot en met 31 december 2021 werkzaamheden als Front-end Developer voor een bedrijf in Amsterdam. Op die overeenkomst zijn algemene voorwaarden van toepassing. Daarin is tevens een relatie- en concurrentiebeding opgenomen, dat de zelfstandige verbiedt om in een periode van 12 maanden na afloop van de opdracht zonder tussenkomst van StarApple voor de inlener te gaan werken. Met ingang van 3 januari 2022 gaat de zelfstandige een overeenkomst aan met de inlener op basis waarvan hij vanaf deze datum dezelfde werkzaamheden is gaan verrichten als de werkzaamheden die hij daarvoor via StarApple verrichtte. Bij brief van 12 juli 2022 heeft StarApple de zelfstandige aangesproken op overtreding van het relatiebeding en betaling van de boete van € 20.000 gevorderd. Omdat de zelfstandige hieraan geen gehoor geeft, is StarApple een procedure gestart. Primair eist StarApple de boete van € 20.000 op en subsidiair, als het boetebeding geen stand houdt, een redelijke vergoeding van € 20.000 wegens het misbruik maken van het netwerk van StarApple. De zelfstandige heeft zich verweerd en zich beroepen op de nietigheid van het relatie- en concurrentiebeding wegens strijd met het belemmeringsverbod. Tevens heeft hij aangevoerd dat hij eigenlijk werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter beoordeelt eerst of de zelfstandige onder het beschermingsgebied van de Waadi valt. Voor die beoordeling is van belang of de verhouding tussen StarApple en de zelfstandige als een arbeidsverhouding in de zin van de Uitzendrichtlijn kan worden aangemerkt. Onder verwijzing naar het Hof van Justitie van de Europese Unie Ruhlanslinik-arrest stelt de kantonrechter vast dat de Waadi en het belemmeringsverbod ook van toepassing kunnen zijn op personen die anders dan op basis van een uitzendovereenkomst arbeid verrichten voor een ander. Dat betekent dat ook een zzp'er onder de definitie kan vallen als materieel sprake is van een arbeidsverhouding tussen de uitlener en de zzp'er. Volgens de kantonrechter is niet gesteld of gebleken dat de zelfstandige, ondanks dat hij werkzaam was als zzp'er op basis van een overeenkomst van opdracht, wezenlijk van een andere uitzendkracht was te onderscheiden. De vergoeding die hij ontving, was vergelijkbaar met die van andere werknemers van StarApple. Bovendien was de zelfstandige tijdens de opdracht (hoofdzakelijk) afhankelijk van StarApple. Aldus is sprake van een arbeidsverhouding met

als doel om de zelfstandige ter beschikking te stellen van de inlenende onderneming.

Voor toepassing van de Waadi is ook vereist dat de zelfstandige onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming werkzaamheden verrichtte. De zelfstandige was verplicht om persoonlijk arbeid te verrichten en gehouden 40 uur per week te werken. Ook werkte hij op vaste tijden op locatie bij de inlener en werd geen onderscheid gemaakt tussen hem en eigen werknemers. Hij had zich te houden aan de instructies en opdrachten van de inlener en was niet vrij om het werk uit te voeren zoals hem dat goeddunkt. Tenslotte volgt uit het Ruhrlandklinik-arrest dat voor de kwalificatie als werknemer ook vereist is dat de zelfstandige in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd op grond van de arbeid die hij verricht. Ook daaraan is voldaan. Artikel 9a Waadi is dus van toepassing. Het concurrentie- en relatiebeding belemmert de zelfstandige om gedurende een bepaalde tijd te werken voor inlener. Daarmee is het relatie- en concurrentiebeding nietig en kan StarApple er geen beroep op doen. Ook is geen redelijke vergoeding verschuldigd. De zelfstandige had het recht om bij de inlener in dienst te treden. Daarmee heeft hij geen misbruik gemaakt van het netwerk van StarApple. De kantonrechter wijst de vorderingen van StarApple af.

Concurrentiebeding in bepaalde tijd contract niet rechtsgeldig

In deze zaak is de kantonrechter eerst nagegaan of sprake was van een arbeidsverhouding in de zin van de Waadi en vervolgens van leiding en toezicht bij de inlener. Volgens de kantonrechter is aan beide voldaan. De beoordeling is zeer feitelijk van aard. De kantonrechter kijkt naar de feitelijke situatie en kwalificeert die vervolgens. Op de stelling van de werknemer dat hij eigenlijk werkzaam was op grond van een arbeidsovereenkomst is de kantonrechter niet meer ingegaan. Dit vormde wel de reden in een andere zaak om de arbeids-

kracht niet aan een concurrentiebeding te houden.⁸ De arbeidskracht was via een detachingsbureau werkzaam geweest als beveiligiger. Hij is daarna gaan werken voor een concurrent. Het detachingsbureau is vervolgens een procedure gestart waarin het boetes op overtreding van het concurrentiebeding heeft gevorderd. In hoger beroep heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat de beveiligiger werkzaam was voor het detachingsbureau op basis van een arbeidsovereenkomst. Aangezien die was aangegaan voor bepaalde tijd en een motivering bij het concurrentiebeding ontbrak, was het beding niet rechtsgeldig. Of het beding niet geldig is omdat die in strijd is met het belemmeringsverbod, kon dan ook onbesproken blijven.

Tot besluit

Voor arbeidskrachten die onder de werking van de Waadi vallen en onder toezicht en leiding staan bij de inlener zal een overeengekomen relatie- en concurrentiebeding al snel in strijd zijn met het belemmeringsverbod. Detachingsbureaus die iets terug willen voor een overstap van een arbeidskracht naar de inlener, doen er dan ook verstandig aan om op voorhand een redelijke vergoeding af te spreken die door de inlener wordt betaald. Arbeidskrachten die projectmatig worden ingezet bij derden maar onder toezicht en leiding staan van de uitlener, kunnen geen beroep doen op het belemmeringsverbod. Voor deze categorie blijft het belangrijk goed doordachte relatie- en concurrentiebedingen overeen te komen.

Noten:

1. Mr. M.J. van Herwerden is werkzaam bij Van Herwerden Arbeidsrecht.
2. FD 2 september 2023, nr. 207, p.1.
3. HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883.
4. HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6755.
5. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356.
6. Zie o.m. het Helpling-arrest, Hof Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021.
7. Ktr. Rotterdam 24 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2602.
8. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5180.