

237. De reikwijdte van het belemmeringsverbod van art. 9a WAADI

MR. R. JONKMANS

De Hoge Raad heeft in zijn arrest Zzp'er/FOH¹ uit 2017 het toepassingsbereik van het zogenoemde belemmeringsverbod van art. 9a WAADI² zo uitgelegd dat niet alleen de werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst bij de voormalig inlener gaat werken met succes een beroep kan doen op dit belemmeringsverbod, maar ook de werknemer die op basis van een opdrachtovereenkomst voor de inlener gaat werken. Daarmee is echter niet automatisch gezegd dat ook een persoon die voor de inlener werkzaamheden verricht op basis van een opdrachtovereenkomst met de uitlener een beroep toekomt op art. 9a WAADI. Daarnaast blijft met deze uitspraak van de Hoge Raad de in de literatuur veelbesproken vraag onbeantwoord of een werknemer die in dienst is bij de uitlener op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een beroep toekomt op art. 9a WAADI.

Inleiding

Het is tijd hernieuwde aandacht te besteden aan de reikwijdte van het belemmeringsverbod. De aanleiding daarvoor wordt mede gevormd door een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam,³ die, kort weergegeven, besliste dat een arbeidskracht werkzaam op basis van een 'zzp-constructie' kan worden aangemerkt als arbeidskracht als bedoeld in art. 1 lid 1 onder c Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI). De rechter oordeelde dat in deze zaak leiding en toezicht werd uitgeoefend door de inlener en concludeerde dat de WAADI van toepassing is. Een in de algemene voorwaarden opgenomen boetebeding viel onder het belemmeringsverbod van art. 9a WAADI en was derhalve nietig. Partiële nietigheid was volgens de rechter niet mogelijk. Ook kon het boetebeding niet worden gezien als een redelijke vergoeding als bedoeld in art. 9a lid 2 WAADI. De Rechtbank Rotterdam nam dit alles vrij eenvoudig aan, en de vraag is hoe dit zich verhoudt tot de rechtspraak van de Hoge Raad.

In deze bijdrage wordt een antwoord op deze vraag gezocht en daarnaast meer in zijn algemeenheid aan de hand

van jurisprudentie en literatuur onderzocht hoe ver het belemmeringsverbod zich uitstrekt. Daartoe wordt eerst het toepassingsbereik van de WAADI besproken. Daarna komt de concrete vraag aan de orde of een werknemer die in dienst is bij de uitlener op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een beroep kan doen op art. 9a WAADI. Vervolgens ga ik in op de vragen waarover de Rechtbank Rotterdam oordeelde, te weten (i) of art. 9a WAADI ook van toepassing is op personen die werkzaamheden verrichten voor de inlener op basis van een opdrachtovereenkomst met de uitlener, of (ii) partiële nietigheid mogelijk is en (iii) wat wordt gezien als een redelijke vergoeding als bedoeld in art. 9a lid 2 WAADI. Ik sluit af met een conclusie en probeer daarbij bruikbare handvatten te geven voor de praktijk.

Toepassingsbereik art. 9a WAADI

Art. 1 lid 1 onder c WAADI definieert het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als *'het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid'*.

Art. 9a WAADI luidt:

'1 Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt legt geen belemmeringen in de weg voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking gestelde arbeidskracht en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld.'

1 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689.

2 Art. 9a WAADI (voluit: Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs) is de implementatie van art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid). Voor een uitgebreide toelichting op de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel verwijs ik naar het artikel van M.C. Van Koppen, 'Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a WAADI', TAP 2013, nr. 2, p. 66-73.

3 Rb. Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6944.

2 Elk beding in strijd met het eerste lid is nietig, met uitzondering van een beding op grond waarvan door degene aan wie de arbeidskracht ter beschikking is gesteld een redelijke vergoeding verschuldigd is aan degene die de arbeidskracht ter beschikking heeft gesteld voor de door deze verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht.

Kort weergegeven besliste de Hoge Raad in *Zzp'er/FOH* dat het belemmeringsverbod niet alleen betrekking heeft op het sluiten van een arbeidsovereenkomst, maar (ook) op het tot stand komen van een arbeidsverhouding.⁴ Het begrip 'arbeidsverhouding' is ruimer. Onder verwijzing naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie⁵ is volgens de Hoge Raad sprake van een arbeidsverhouding als een persoon (i) gedurende een bepaalde tijd (ii) voor een ander en (iii) onder diens leiding en toezicht (iv) prestaties levert en (v) in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt. De juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen, kunnen niet doorslaggevend geacht worden. Dit betekent dat de woorden 'geen belemmeringen (...) voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst' in art. 9a WAADI moeten worden gelezen als 'geen belemmeringen (...) voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding'. Het Hof Den Bosch⁶ oordeelde na verwijzing dat in dit geval aan alle vijf hiervoor genoemde criteria was voldaan. De uitlener kon daarom geen beroep doen op het belemmerende beding.

Uit de jurisprudentie blijkt dat met name het criterium 'leiding en toezicht' veel discussie oplevert. Situaties waarbij werd geoordeeld dat de WAADI van toepassing was omdat leiding en toezicht werd uitgeoefend door de inlener zijn die, waarin:

- de functie is ingebed in de organisatie van de inlener;⁷
- contractueel is overeengekomen dat leiding en toezicht bij de inlener berust en de arbeidskracht werkzaam is op locatie van de inlener;⁸
- de werknemer verantwoording dient af te leggen aan de direct leidinggevende werkzaam bij de inlener en dat de uitlener de werkzaamheden van de arbeidskracht niet inhoudelijk begeleidt.⁹

Contractueel kan toepasselijkheid van de WAADI niet worden uitgesloten door overeen te komen dat leiding en toezicht wordt uitgeoefend door de uitlener, indien de

feitelijke situatie anders is.¹⁰ Wezen gaat voor schijn. De Rechtbank Gelderland¹¹ overwoog in een zaak dat de arbeidskracht op papier niet onder leiding en toezicht van de inlener werkte. Dat de arbeidskracht feitelijk wel onder leiding en toezicht van de inlener stond, kon in kort geding niet worden vastgesteld, aldus de voorzieningenrechter. De WAADI was dus niet van toepassing.

Uit het voorgaande volgt dat de WAADI een ruim toepassingsbereik heeft. Zowel een tussen de uitlener en arbeidskracht overeengekomen concurrentie-/relatiebeding, als indirecte belemmerende (boete)bedingen (tussen uitlener en inlener) vallen in beginsel onder art. 9a WAADI.¹² Ook bij incidentele en niet-beroepsmatige terbeschikkingstelling is de WAADI van toepassing.¹³ Dit is in 2011 (impliciet) bevestigd in de Nota naar aanleiding van het verslag, waarbij de SP vroeg of de WAADI ook van toepassing was op andere vormen van (tijdelijke) inleen van werknemers, zoals payrollconstructies en detacheringsovereenkomsten. Minister Kamp antwoordde – zonder voorbehoud – dat is voldaan aan art. 1 lid 1 onder c, de WAADI van toepassing is.¹⁴

Werknemer met een contract voor onbepaalde tijd bij de uitlener

In de literatuur is onder andere door Van Koppen in 2013 het standpunt verdedigd dat een werknemer met een contract voor onbepaalde tijd bij de uitlener geen beroep toekomt op art. 9a WAADI.¹⁵ De Rechtbank Rotterdam¹⁶ heeft in twee uitspraken van 2014 in vergelijkbare zin beslist. Als argument voor dit standpunt wordt verwezen naar overwegingen van de Europese Commissie in de toelichting bij het voorstel voor de Uitzendrichtlijn, inhoudende dat volgens de Commissie het belemmeringsverbod ertoe dient 'de toegang tot vast werk' te vergemakkelijken en dat geen hindernissen mogen bestaan als een uitzendkracht bij de inlener een overeenkomst voor onbepaalde tijd kan aangaan.¹⁷

De Graaf en De Vos beargumenteren daarentegen in 2015 dat werknemers met een contract voor onbepaalde tijd wel degelijk de bescherming van art. 9a WAADI genieten.¹⁸ Zij

4 Voor een uitgebreide achtergrond van deze uitspraak verwijs ik naar A.R. Houweling, 'De onbelemmerde richtlijnconforme uitleg van art. 9a WAADI', *ArA* 2017, nr. 2, p. 66-79.

5 HvJ EU 17 november 2016, nr. C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*).

6 Hof Den Bosch 10 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1504.

7 Hof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2591.

8 Rb. Midden-Nederland 28 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183.

9 Rb. Noord-Holland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:848. Zie ook de uitspraak van Hof Den Haag, voetnoot 7.

10 Rb. Overijssel 29 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:304.

11 Rb. Gelderland 7 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1138.

12 Zie o.a. M.C. van Koppen, voetnoot 2, p. 70.

13 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam, voetnoot 3 (r.o. 5.4). Een naar mijn mening onjuiste uitspraak op dit punt is van de Rb. Gelderland, voetnoot 11, waarin werd geoordeeld dat de WAADI niet van toepassing is bij incidentele terbeschikkingstelling.

14 *Kamerstukken II* 2011/12, 32895, nr. 5, p. 1.

15 M.C. van Koppen, voetnoot 2, p. 73.

16 Rb. Rotterdam 11 februari 2014, «JAR» 2014/77 en Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4425.

17 Zie J. Dop, «JAR» 2014/77. Ook Houweling schrijft in zijn annotatie bij HR *Zzp'er/FOH* dat voor deze benadering sympathie valt op te brengen (zie voetnoot 4, p. 75).

18 L.B. de Graaf & J.R. de Vos, 'De reikwijdte van art. 9a WAADI', *TAP* 2015/171, p. 6.

stellen zich op het standpunt dat de wettekst van art. 9a WAADI, de Nederlandse parlementaire geschiedenis en de tekst van de Uitzendrichtlijn geen aanknopingspunt bieden voor de stelling dat terbeschikkinggestelden met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij de uitlener niet onder het belemmeringsverbod vallen. De hiervoor genoemde opmerkingen van de Europese Commissie (een niet-wetgevend orgaan) leggen in hun ogen onvoldoende gewicht in de schaal.

A-G De Bock schrijft in haar conclusie voor *Zzp'er/FOH* dat een richtlijnconforme interpretatie van art. 9a WAADI volgens haar meebrengt dat het belemmeringsverbod ook van toepassing is op terbeschikkinggestelden die (reeds) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben met de uitlener.¹⁹

In de jurisprudentie is na het verschijnen van het artikel van De Graaf en De Vos steeds geoordeeld dat ook aan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij de uitlener een beroep toekomt op art. 9a WAADI.²⁰ Zo overwoog Hof Den Haag²¹ dat uit de definities van het begrip 'uitzendbureau' en 'uitzendkracht' in de Uitzendrichtlijn niet volgt dat voor de toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn relevant is of de arbeidskracht al dan niet een dienstverband voor onbepaalde tijd had. Ook uit de doelstelling van de Uitzendrichtlijn zoals neergelegd in art. 2 volgt dat volgens het hof niet. Voorts merkt het hof op dat de Uitzendrichtlijn voor specifieke situaties wel degelijk onderscheid maakt tussen uitzendkrachten met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde en onbepaalde tijd, maar niet voor art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn, waar art. 9a WAADI op gebaseerd is. Ook in de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn zijn geen aanwijzingen te vinden voor dit standpunt. Het hof concludeert dat uit de tekst, het doel en de systematiek van de Uitzendrichtlijn volgt dat art. 6 lid 2 toepasselijk is, ongeacht of de uitzendkracht in vaste of tijdelijke dienst is bij de uitzendorganisatie. Voor de toepassing van art. 9a WAADI is dus (ook) niet van belang of de arbeidskracht voor onbepaalde tijd in dienst is, aldus het hof. Ook in daaropvolgende uitspraken oordeelden verschillende rechters gelijklopend.²²

Concluderend: naar mijn overtuiging kan, gelet op de tekst en strekking van de Uitzendrichtlijn, de tekst van art. 9a WAADI, de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie van de afgelopen jaren, een uitgeleende werknemer met een

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met succes een beroep doen op art. 9a WAADI. Als dit niet de bedoeling is geweest, is het aan de wetgever art. 9a WAADI aan te passen.

Persoon werkzaam op basis van een opdrachtovereenkomst

In *Zzp'er/FOH* besliste de Hoge Raad dat in art. 9a WAADI moet worden gelezen dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht niet mag worden belemmerd in de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst of *arbeidsverhouding*. In die zaak ging het echter om een belemmerend beding overeengekomen in een arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een uitlener. Daarmee is niet automatisch gezegd dat een belemmerend beding dat is opgenomen in een opdrachtovereenkomst tussen uitlener en arbeidskracht ook onder art. 9a WAADI valt. De vraag is dus of de term 'arbeidskracht' in art. 9a WAADI niet alleen werknemers met een arbeidsovereenkomst omvat, maar ook (bijvoorbeeld) arbeidskrachten die werkzaam zijn op basis van een opdrachtovereenkomst.

De term 'arbeidskracht' wordt in de WAADI niet gedefinieerd. Art. 9a WAADI is, zoals gezegd, gebaseerd op art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. Art. 3 van de Uitzendrichtlijn definieert een uitzendkracht als een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken. De Uitzendrichtlijn definieert daarnaast een werknemer als 'iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer'.

Verhulp concludeert dat voor de toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de WAADI niet is vereist dat tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen.²³ Ook op de arbeidsrelatie van een zelfstandig werkende met een uitzendbureau dat hem ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken, is de Uitzendrichtlijn volgens hem van toepassing.

Zwemmer meent dat de omschrijving van art. 1 lid 1 onder c WAADI ruimer is dan de definitie van de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW en dat daarmee ook andere vormen van uitzendwerk onder de WAADI vallen.²⁴ Dat brengt volgens hem mee dat het belemmeringsverbod ook van toepassing kan zijn op personen die anders dan op

19 Conclusie Advocaat-Generaal R.H. de Bock 18 september 2019, ECLI:NL:PHR:2017:46, nr. 7.2.

20 Voor zover mij bekend zijn er geen uitspraken van na 2014 waarin is geoordeeld dat een arbeidskracht met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij de uitlener geen beroep toekomt op art. 9a WAADI.

21 Zie voetnoot 7.

22 Zie Rb. Midden-Nederland 28 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183; Rb. Rotterdam 27 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9295; Rb. Noord-Holland 14 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10539 en Rb. Noord-Holland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:848.

23 E. Verhulp, 'Platformwerkers verdienen meer!', *ArbeidsRecht* 2018/1.

24 J.P.H. Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgeverschap' (diss. UvA), *Monografieën Sociaal Recht* nr. 55, Deventer: Kluwer 2012, p. 92. Zie in gelijke zin zijn noot in «JAR» 2016/306 onder HvJ EU 17 november 2016, nr. C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*).

basis van een uitzendovereenkomst arbeid verrichten voor een ander. Voor de toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn is niet vereist dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht, het gaat erom of betrokkene is aan te merken als ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn.

A-G De Bock stelt in haar eerder aangehaalde conclusie voor *Zzp’er/FOH* de vraag of art. 9a WAADI ook geldt voor personen die als opdrachtnemer werkzaamheden verrichten voor de inlener.²⁵ De A-G sluit zich, zeker na de uitspraak van het HvJ EU (*Rubrlandkliniek*²⁶), aan bij de visie van Zwemmer. Uit die uitspraak blijkt dat voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn niet vereist is dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht. Het gaat erom of betrokkene is aan te merken als ‘werknemer’ in de zin van de richtlijn, dus of betrokkene gedurende een bepaalde tijd voor een andere persoon en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt.

Ook arbeidskrachten die werkzaamheden verrichten op basis van een opdrachtovereenkomst met de uitlener kunnen met succes een beroep doen op art. 9a Waadi

Gelet op de definitie die de Uitzendrichtlijn geeft aan een uitzendkracht (een werknemer met een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding met een uitzendbureau), de (ruime) richtlijnconforme uitleg van de Hoge Raad in *Zzp’er/FOH* en de tekst van art. 1 lid 1 onder c jo. 9a WAADI, die ruimer is dan de Uitzendrichtlijn, sluit ik mij aan bij A-G De Bock en Zwemmer. Ik meen dat ook arbeidskrachten die werkzaamheden verrichten op basis van een opdrachtovereenkomst met de uitlener, met succes een beroep kunnen doen op art. 9a WAADI.

Partiële nietigheid

Uit het voorgaande blijkt dat de WAADI ruim is geformuleerd en ook ruim wordt uitgelegd door rechters. Welk effect heeft het als een belemmerend beding deels in strijd is met art. 9a WAADI? Het beding zou voor het overige in stand kunnen blijven, voor zover dit restant, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat (partiële nietigheid ex art. 3:41 BW). Of komt een dergelijk beding in aanmerking voor conversie, de van rechtswege intredende omzetting van een nietige rechtshandeling in een andere rechtshandeling die wel geldig is (art. 3:42 BW)?

De Rechtbank Midden-Nederland²⁷ besliste in 2017 dat een relatiebeding slechts nietig is voor zover het in strijd is met het belemmeringsverbod en dat het voor het overige in stand blijft.

Het Hof Den Haag²⁸ oordeelde echter anders in een vergelijkbare kwestie. Volgens het hof verhindert art. 9a WAADI uitzendbureaus niet een beding overeen te komen dat de arbeidskracht belemmert in zijn mogelijkheden bij een concurrerend uitzendbureau in dienst te treden. In deze zaak had het uitzendbureau in het overeengekomen relatiebeding echter geen onderscheid gemaakt tussen de situatie waarbij de uitzendkracht in dienst treedt bij de klant en de situatie dat de uitzendkracht door een ander uitzendbureau wordt uitgezonden naar de klant. Het hof moest beoordelen of het nietige beding voor conversie in aanmerking kwam. Daartoe werd overwogen dat art. 9a WAADI dient ter bescherming van uitzendkrachten en tot doel heeft dat uitzendkrachten niet worden belemmerd na beëindiging van de uitzendovereenkomst een arbeidsverhouding met de inlener aan te gaan. Dit doel wordt gefrustreerd indien het werkgevers zou zijn toegestaan een te ruim geformuleerd relatiebeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen, zodat voor arbeidskrachten niet aanstonds duidelijk is dat bepaalde, door het relatiebeding verboden gedragingen niettemin (op grond van art. 9a WAADI) zijn toegelaten, aldus het hof. Het nietige relatiebeding was aldus niet vatbaar voor conversie.

De Rechtbank Rotterdam²⁹ besliste in de eerder aangehaalde uitspraak dat, nu in de algemene voorwaarden geen onderscheid wordt gemaakt tussen de periode gedurende de terbeschikkingstelling en de periode na de terbeschikkingstelling, deze bepaling niet anders kan worden uitgelegd dan dat zij mede ziet op de periode na de terbeschikkingstelling. Het door de uitlener gedane beroep op partiële nietigheid kan vanwege het genoemde gebrek aan onderscheid in tijdsperiode niet slagen, aldus de rechter.

Van Koppen schreef dat er een belangrijk verschil is tussen het huidige art. 9a WAADI, dat verbiedt belemmeringen op te leggen aan de totstandkoming van een arbeidsverhouding tussen de terbeschikkinggestelde arbeidskracht en degene aan wie deze ter beschikking is gesteld na afloop van de terbeschikkingstelling, en het oude belemmeringsverbod, dat verbod om belemmeringen in de weg te leggen ten aanzien van *elke willekeurige derde*. Hieruit leidde Van Koppen af dat de wetgever ‘slechts’ partiële nietigheid had beoogd. Volgens hem was het niet noodzakelijk een concurrentiebeding overeen te komen waarin expliciet is opgenomen dat het beding niet geldt ten aanzien van de inlener.³⁰

²⁵ Zie voetnoot 19, nr. 7.5.

²⁶ Zie voetnoot 5.

²⁷ Rb. Midden-Nederland 15 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4708.

²⁸ Hof ’s-Gravenhage 9 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3.

²⁹ Zie voetnoot 3.

³⁰ Het artikel genoemd in voetnoot 2, p. 71.

Houweling merkt op dat als uitgangspunt heeft te gelden dat indien een belemmerend beding geen onderscheid maakt tussen inlenersbelemmeringsverboden en concurrentiebedingen, het beding integraal getroffen wordt door de nietigheidssanctie. Hij wijst erop dat opportunistisch handelende werknemers hier misbruik van kunnen maken.³¹ Pronk schrijft in haar annotatie bij de hiervoor aangehaalde uitspraak van Hof Den Haag dat het uitgangspunt van het hof, dat het relatiebeding in kwestie integraal getroffen werd door de nietigheidssanctie van lid 2, juist is.³² In zijn algemeenheid geldt volgens haar dat vervolgens onderzocht kan worden of het beding deels in stand kan blijven op grond van partiële nietigheid of conversie.

Dekker merkt overigens op dat art. 9a WAADI enkel belemmerende bedingen verbiedt die in de weg staan aan de totstandkoming van een arbeidsverhouding na afloop van de terbeschikkingstelling. Daaruit kan volgens hem ten eerste worden afgeleid dat het wel is toegestaan om een arbeidskracht te verbieden gedurende de terbeschikkingstelling over te stappen.³³ Daarnaast kan ook een overstap enige tijd na de terbeschikkingstelling worden verboden. Ten tweede staat art. 9a WAADI volgens hem alleen in de weg aan een verbod voor de arbeidskracht te gaan werken bij degene aan wie hij ter beschikking is gesteld. Dat betekent dat de uitlener wel mag verbieden dat de arbeidskracht in dienst treedt bij een concurrerende onderneming (voor zover hij daar niet ter beschikking was gesteld), zoals een ander uitzendbureau. Een derde mogelijkheid die Dekker noemt is dat leiding en toezicht bij de uitlener liggen, aangezien de WAADI dan niet van toepassing is.

Gelet op de uitspraak van het Hof Den Haag, de breed gedragen ruime uitleg die aan art. 9a WAADI wordt gegeven en de beschermingsgedachte die aan het artikel ten grondslag ligt, komt naar mijn overtuiging een te ruim geformuleerd belemmerend beding niet snel voor conversie in aanmerking. Daarmee zouden uitleners te eenvoudig weggelaten met handelen in strijd met de wet. Van partiële nietigheid kan slechts sprake zijn voor zover het restant van het beding niet in onverbrekelijk verband staat met het nietige deel. Bovendien kunnen uitleners voorkomen dat werknemers geen misbruik maken van het belemmeringsverbod, door uitgebreide en gespecificeerde bedingen in de overeenkomst op te nemen, waarin duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen inlenersbelemmeringsverboden en overige belemmerende bedingen.

Redelijke vergoeding

Uit het voorgaande blijkt dat het voor ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen lastig is de uitgaande arbeidskrachten aan een concurrentie-/relatiebeding

te houden. Welke mogelijkheden staan hen nog wel ter beschikking?

Op grond van het tweede lid van art. 9a WAADI is de enige uitzondering op de nietigheidssanctie een beding tussen de uitlener en de inlener, waarmee de uitlener een redelijke vergoeding ontvangt van de inlener voor de door de uitlener verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht. Wat een redelijke vergoeding is wordt niet toegelicht. In de parlementaire geschiedenis staat dat de redelijkheid van een dergelijke vergoeding kan worden beoordeeld aan de hand van de volgende gezichtspunten: (i) wat in de markt gebruikelijk is; (ii) de kosten die zijn gemaakt en (iii) de duur van de terbeschikkingstelling. Als de terbeschikkingstelling bijvoorbeeld lang heeft geduurd, zullen de inkomsten daaruit groter zijn en de kosten voor een groter deel zijn terugverdiend.³⁴

Grapperhaus/Verhulp menen dat hooguit een bedrag voor daadwerkelijk gemaakte wervingskosten, vermeerderd met een redelijke winstopslag in rekening mag worden gebracht bij de inlener.³⁵ Dit bedrag mag volgens hen niet hoger zijn dan de werkelijk gemaakte wervingskosten, eventueel verhoogd met een redelijk winstpercentage. De Vroe meent dat het door Grapperhaus/Verhulp gehanteerde criterium (werkelijk gemaakte wervingskosten) niet altijd even goed hanteerbaar is, aangezien die kosten niet altijd even concreet kunnen worden gemaakt.³⁶ Hij waagt in zijn artikel een poging om handvatten voor de praktijk aan te reiken, waarbij hij zich baseert op gelijklopende regelingen in de (oude) ABU- en NBBU-cao en de huidige algemene voorwaarden van Randstad. Daarin is een vergoedingsstelsel geïmplementeerd dat uitgaat van de duur van de opdracht, maar ook van het feit of de opdracht reeds was geëindigd of niet. Het komt er volgens De Vroe op neer dat een vergoeding redelijk kan worden genoemd, indien voor een arbeidskracht die minder dan 1040 uur heeft gewerkt een vergoeding wordt betaald van 20% van het tarief over die 1040 uur, verminderd met de reeds gewerkte uren. Als er meer dan 1040 uur is gewerkt, zou dan geen vergoeding verschuldigd zijn.

Hoe is in de rechtspraak geoordeeld over deze redelijke vergoeding? De Rechtbank Oost-Brabant³⁷ boog zich over een bepaling in de algemene voorwaarden van een uitlener waarin een absoluut geformuleerd verbod tot het in dienst nemen van de arbeidskracht was opgenomen; bij overtreding was een boete van zes maandsalarissen (in dit geval € 14.100) verschuldigd. De rechtbank overwoog dat de uitlener onvoldoende had onderbouwd waarom een boete van zes maandsalarissen voldoet aan bovengenoemde gezichts-

31 Zie voetnoot 4, p. 77-78.

32 E.C.A. Pronk, «JAR» 2018/50.

33 F.M. Dekker, 'Het belemmeringsverbod van art. 9a WAADI', *TRA* 2017/74.

34 *Kamerstukken II* 2010/11, 32895, nr. 3, p. 14.

35 Grapperhaus/Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht*, art. 9a WAADI, aant. 1.

36 L.J. de Vroe, 'Het belemmeringsverbod ten grave gedragen; handvatten voor een redelijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2013/14.

37 Rb. Oost-Brabant 12 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6814.

punten uit de parlementaire geschiedenis. Het boetebeding was aldus nietig.

In een zaak bij de Rechtbank Overijssel³⁸ was in de opdrachtovereenkomst tussen uitlener en inlener een verbod tot overname van personeel opgenomen, waaraan een boetebeding van € 30.000 was gekoppeld. Dit (indirecte) belemmeringsbeding was volgens de kantonrechter nietig op grond van art. 9a lid 2 WAADI. De kantonrechter besliste dat het overnamebeding geen beding is als bedoeld in art. 9a lid 2 WAADI, nu het een boetebeding betreft en geen beding waarin bepaald is dat de inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de uitlener voor de verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de arbeidskracht. Bovendien had de uitlener niet onderbouwd dat de in het overnamebeding opgenomen boete van € 30.000 een redelijke vergoeding zou zijn.

Een te ruim geformuleerd belemmerend beding komt niet snel voor conversie in aanmerking

De Rechtbank Rotterdam³⁹ kwam in de eerder aangehaalde uitspraak tot een vergelijkbare conclusie. In die zaak was in de algemene voorwaarden een verbod opgenomen tot overname van arbeidskrachten, overtreding leidde tot een contractuele boete van € 25.000 per persoon. Het is de rechter niet gebleken dat het beding in de algemene voorwaarden tot doel of strekking heeft de kosten te dekken die de uitlener heeft gemaakt in verband met de terbeschikkingstelling en dat het bedrag van € 25.000 daarmee is aan te merken als een redelijke vergoeding in de zin van art. 9a lid 2 WAADI. Het betreft een boetebeding met een punitief karakter en bovendien is niet vermeld in het beding dat de inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de uitlener voor de verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de ter beschikking gestelde personen. Door de uitlener is niet onderbouwd dat dergelijke kosten zijn gemaakt en dat het bedrag van € 25.000 per persoon in dat verband als een redelijke vergoeding is aan te merken. De door de uitlener gevorderde boete wordt daarom afgewezen door de rechter.

Conclusie en handvatten voor de praktijk

Gelet op de ruime wettekst van art. 9a WAADI, de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie, kan een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij de uitlener ook een beroep doen op art. 9a WAADI. Ook een arbeidskracht die op basis van een opdrachtovereenkomst met

de uitlener ter beschikking wordt gesteld aan een inlener, kan op basis van de geldende wetgeving naar mijn overtuiging met succes een beroep doen op art. 9a WAADI. Een belemmerend beding is nietig en komt in beginsel niet voor conversie in aanmerking. Ook kan een boetebeding niet snel op een lijn worden gesteld met de redelijke vergoeding als bedoeld in art. 9a lid 2 WAADI. De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam – die in de inleiding wordt aangehaald en die over deze drie laatste punten moest oordelen – is naar mijn mening juist.

Als leiding en toezicht door de uitlener wordt uitgeoefend, is voor de uitlener niet alleen van belang dit duidelijk op te nemen in de contracten – bijvoorbeeld omdat het in kort geding beslissend kan zijn indien twijfel bestaat over de feitelijke uitvoering – maar ook om in de praktijk conform die contractuele bepalingen te handelen. Daarnaast kan worden verboden dat de arbeidskracht *gedurende* de terbeschikkingstelling bij de inlener gaat werken. Dat kan in de praktijk bijvoorbeeld relevant zijn als er door een arbeidskracht op verschillende projecten werkzaamheden worden verricht. In theorie kan worden verboden dat de arbeidskracht enige tijd na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst treedt bij de inlener. Als het verbod echter ziet op een periode kort na afloop van de terbeschikkingstelling is het de vraag of het niet in strijd is met de WAADI en als het verbod ziet op een periode van een wat langere tijd na afloop van de terbeschikkingstelling is het de vraag wat het belang van de uitlener nog is. Ik vraag me dan ook af of hier in de praktijk veel gebruik van zal worden gemaakt. Ook verdient het aanbeveling in het contract met de inlener een redelijke vergoeding overeen te komen die in ieder geval voldoet aan de gezichtspunten zoals genoemd in de parlementaire geschiedenis, waarbij zo concreet mogelijk wordt onderbouwd welke kosten voor werving en selectie zijn gemaakt en dat niet van het boetebeding met een punitief karakter wordt verwacht dat dit als redelijke vergoeding kan gaan gelden. Daarnaast is het gelet op de nietigheids-sanctie van art. 9a lid 2 WAADI, alsmede het risico dat geen conversie plaatsvindt, van belang in de overeenkomst tussen uitlener en arbeidskracht onderscheid te maken tussen inlenersbelemmeringsverboden en overige belemmerende bedingen die op grond van art. 9a WAADI wel zijn toegestaan.

Over de auteur



Mr. R. Jonkmans

Advocaat bij DingemansVanderKind in Amsterdam.

³⁸ Zie voetnoot 10.

³⁹ Zie voetnoot 3.