

# 171. De reikwijdte van art. 9a Waadi

MR. L.B. DE GRAAF EN MR. DRS. J.R. VOS

Het belemmeringsverbod in art. 9a van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) verbiedt het degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt belemmeringen in de weg te leggen voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de ter beschikking gestelde werknemer en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld na afloop van de terbeschikkingstelling. De literatuur en rechtspraak neigen ernaar dat dit verbod niet geldt voor ter beschikking gestelde werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de werkgever die hen ter beschikking stelt. Naar onze mening behoeft dit standpunt nuancering.

## 1. Inleiding

Sinds 27 april 2012 bevat de Waadi een belemmeringsverbod. Art. 9a lid 1 Waadi verbiedt degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt belemmeringen in de weg te leggen voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de ter beschikking gestelde werknemer en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld na afloop van de terbeschikkingstelling. Zo'n beding is nietig, met uitzondering van een beding op grond waarvan de inlener een redelijke vergoeding aan de uitlener is verschuldigd voor verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht (art. 9a lid 2 Waadi).

De lijn in de literatuur en rechtspraak lijkt te zijn dat het belemmeringsverbod van art. 9a lid 1 Waadi niet geldt voor ter beschikking gestelde werknemers die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben met de werkgever die hen ter beschikking heeft gesteld. Hier worden in de regel twee redenen voor gegeven. Ten eerste dat doel en strekking van het belemmeringsverbod zich niet zouden uitstrekken tot ter beschikking gestelde werknemers met 'vast werk'. Ten tweede dat de Nederlandse wetgever bij invoering van art. 9a Waadi lijkt te hebben beoogd om geen afbreuk te doen aan geldende jurisprudentie, terwijl toepasbaarheid van het belemmeringsverbod op alle soorten ter beschikking gestelde werknemers strijdig zou zijn met HR 4 april 2003, «JAR» 2003/107 (Ghisyan/LAN-Alyst).

Wij zijn van oordeel dat deze lijn in rechtspraak en literatuur nuancering behoeft.

## 2. Voorgeschiedenis<sup>1</sup>

Tot 1 juli 1998 gold reeds een belemmeringsverbod. Art. 93 lid 1 aanhef en onder a van de Arbeidsvoorzieningenwet 1990 (en de Arbeidsvoorzieningenwet 1996) verbood het vergunningplichtige uitzendbureau 'aan ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan'. Zowel directe belemmering, waarbij de werknemer werd belemmerd elders in dienst te treden, als indirecte belemmering, waarbij de inlenende partij – bijvoorbeeld middels een boetebeding – werd ontmoedigd de werknemer in dienst te nemen, was verboden.

Op 1 juli 1998 trad de Waadi in werking<sup>2</sup> en verviel de Arbeidsvoorzieningenwet 1996 grotendeels. In de Waadi was geen belemmeringsverbod opgenomen. De regering achtte dit niet noodzakelijk, omdat een dergelijk beding in de overeenkomst tussen de ter beschikking stellende werkgever en de ter beschikking gestelde werknemer op grond van het overeenkomstenrecht kon worden aangevochten.<sup>3</sup> Hiermee bedoelde de minister dat de rechter belemmerende bedingen in dergelijke overeenkomsten kon

- 1 Zie voor uitgebreidere beschrijvingen van de geschiedenis van het belemmeringsverbod onder meer M.C. van Koppen, 'Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi', *TAP* 2013, nr. 2, p. 66-73 en L.J. de Vroe, 'Het belemmeringsbeding ten grave gedragen; handvatten voor een redelijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2013/14.
- 2 Besluit van 24 juni 1998, houdende vaststelling van het tijdstip van de inwerkingtreding van de Wet van 14 mei 1998, houdende Regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs), *Stb.* 1998, 384.
- 3 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 264, nr. 5, p. 6.

vernietigen als ze onredelijk bezwarend zouden zijn voor de ter beschikking gestelde werknemer.<sup>4</sup>

Met het verval van het wettelijke belemmeringsverbod beoogde de regering geen materiële wijzigingen door te voeren.<sup>5</sup> Toch was dit wel het gevolg. Uit de rechtspraak uit de eerste jaren na de invoering van de Waadi (en dus: na het verval van het wettelijke belemmeringsverbod) blijkt dat een belemmerend beding dan weer wel, dan weer niet toelaatbaar werd geacht.<sup>6</sup> De Hoge Raad maakte aan deze onzekerheid een einde met het arrest in de zaak Ghisyawan/LAN-Alyst.<sup>7</sup> Hij oordeelde dat uit de wetgeschiedenis van de Waadi niet volgt dat een concurrentiebeding met een ter beschikking gestelde werknemer in het algemeen ontoelaatbaar is, maar dat de bescherming van de werknemer in het algemene overeenkomstenrecht moet worden gezocht. Van een absoluut belemmeringsverbod, zoals dat gold onder de Arbeidsvoorzieningswet 1996, was daarom niet langer sprake.

Zoals vermeld, bestaat sinds 2012 weer een wettelijk belemmeringsverbod in Nederland. Dit is neergelegd in art. 9a lid 1 Waadi en komt voort uit de Uitzendrichtlijn.<sup>8</sup> Art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn bepaalt:

*‘De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard.*

*Dit lid laat regelingen volgens welke uitzendondernemingen een redelijke vergoeding ontvangen voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, aanwerving en opleiding van uitzendkrachten onverlet.’*

De Nederlandse wetgever heeft beoogd deze bepaling zonder ‘nationale kop’ te implementeren in art. 9a Waadi. Dat luidt als volgt:

*‘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.*

*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.’*

### 3. Beschermingsbereik art. 9a Waadi

*Het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’*

In de Waadi staat het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ centraal. Art. 1 lid 1 sub c Waadi definieert dit als volgt: *‘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’.*

Hieruit maken wij twee gevolgtrekkingen. De eerste is dat de Waadi een geheel eigen reikwijdte kent, die bovendien minder beperkt is dan het begrip ‘uitzenden’ uit art. 7:690 Burgerlijk wetboek (BW). Voor ter beschikking stellen in de zin van de Waadi is immers niet vereist, zoals bij art. 7:690 BW het geval is, dat dit gebeurt *‘in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever’.*<sup>9</sup> Het is niet moeilijk voor te stellen dat een onderneming daardoor al snel onder de reikwijdte van de Waadi valt, ook

### De Waadi kent een ruimer bereik dan uitzending als bedoeld in artikel 7:690 BW

al lijkt de onderneming op het eerste gezicht geen uitzender, detacheerder of payroller te zijn. Daarmee komen wij direct bij de tweede gevolgtrekking, namelijk dat de reikwijdte van de Waadi wel is beperkt tot situaties waarin de partij aan wie de werknemer ter beschikking is gesteld leiding en toezicht uitoefent bij het verrichten van de arbeid.

De beperking van het onder leiding en toezicht moeten werken van de derde verhindert desondanks niet dat er door invoering van de Waadi vaker situaties ontstaan waarin partijen ongewild, onbedoeld of ongewenst met de beschermende bepalingen van de Waadi worden geconfronteerd. Neem een ICT-bedrijf dat eigen werknemers tijdelijk aan een klant uitleent om nieuwe software te maken of te implementeren. Gebeurt dat onder leiding en toezicht van de klant – bijvoorbeeld diens Hoofd ICT – dan is de Waadi in beginsel van toepassing. Zou de klant dan één of meer werknemers willen overnemen aan het einde van het project, dan kan het belemmeringsverbod toepassing vinden. Hierdoor zouden bedingen die de werknemer verbieden een dergelijke overstap te maken of bedingen die de overnemende klant ‘overstapboetes’ opleggen, nietig kunnen zijn. Dat dit het verdienmodel van het ICT-bedrijf in gevaar kan brengen, behoeft geen toelichting.

<sup>4</sup> Kamerstukken I 1997-1998, 25 264, nr. 133b, p. 4.

<sup>5</sup> M. Poort en Y.A.E. van Houte, ‘Het belemmeringsbeding. De Uitzendrichtlijn: Terugkeer van het belemmeringsverbod?’, in: J.H. Even e.a., *Arbeidsrechtelijke bedingen. Themabundel Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2012*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 153.

<sup>6</sup> Van Koppen 2013, a.w., p. 68.

<sup>7</sup> HR 4 april 2003, «JAR» 2003/107.

<sup>8</sup> Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, PB L 327/9.

<sup>9</sup> Het vervullen van een allocatiefunctie – voor zover vereist in het kader van art. 7:690 BW (vgl. Hof Amsterdam 28 oktober 2014, «JAR» 2015/106) – is derhalve geen eis om onder de werkingsfeer van de Waadi te vallen.

Gelet op deze implicaties is het begrijpelijk dat inmiddels regelmatig wordt geprocedeerd over toepasselijkheid van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi.<sup>10</sup> Onze aandacht werd gegrepen door Rb. Rotterdam 28 mei 2014, «JAR» 2014/170. Daarin werd de toepasselijkheid van art. 9a Waadi op een ter beschikking gestelde werknemer van de hand gewezen met de navolgende overweging:<sup>11</sup>

*‘Deze op Richtlijn 2008/104 EG gebaseerde regel heeft ten doel de toegang van de gedetacheerde werknemer tot vast werk te vergroten. De werknemer had echter bij NCIM [het detachingsbedrijf, tov. LBdG en JRV] ook ‘vast werk’, nu hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had. Het concurrentiebeding is niet in strijd met art. 9a Waadi.’*

De gedachte dat de ter beschikking gestelde werknemer die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met zijn uitlenende werkgever geen beroep toekomt op art. 9a Waadi komt ook in de literatuur terug. In zijn – overigens uitstekende – bijdrage in TAP 2013/2 verdedigt Van Koppen deze gedachte, alsook Dop in zijn annotatie in «JAR» 2014/77. Beide schrijvers baseren zich hierbij op het feit dat de Europese Commissie, in de toelichting bij zijn voorstel dat tot de Uitzendrichtlijn heeft geleid, opmerkte dat het belemmeringsverbod ertoe dient om ‘de toegang tot vast werk’ te vergemakkelijken.<sup>12</sup> Voorts merkte de Commissie op dat de ter beschikking gestelde werknemer niet op hindernissen zou mogen stuiten ‘wanneer hem de mogelijkheid wordt geboden om na afloop van zijn opdracht met de inlenende onderneming een overeenkomst voor onbepaalde tijd te sluiten.’<sup>13</sup>

Wij zijn van mening dat de voornoemde schrijvers en de Rechtbank Rotterdam te veel gewicht toekennen aan deze opmerkingen van de Europese Commissie. Volgens ons genieten ter beschikking gestelde werknemers die een onbepaaldetijdcontract hebben met hun uitlenende werkgever in beginsel wel degelijk bescherming van art. 9a lid 1 Waadi. Wij lichten dit als volgt toe.

#### *Criteria art. 1 Waadi zijn leidend*

Ten eerste behoort de tekst van de Nederlandse wet leidend te zijn bij de vraag of het belemmeringsverbod van toepassing is. Art. 9a lid 1 Waadi ziet op de arbeidsverhouding tussen ‘degene die arbeidskrachten ter beschikking

stelt’ en ‘de ter beschikking gestelde arbeidskracht’. Zojuist lieten wij zien dat het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van de Waadi inhoudt ‘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. 1 lid 1 sub c Waadi).

Als een terbeschikkingstelling aan deze eisen voldoet – of dat nu detachering, uitzending, payrolling of een secondment wordt genoemd – dan is art. 9a lid 1 Waadi van toepassing. Art. 9a lid 1 noch art. 1 lid 1 sub c Waadi noemt de eventuele tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst tussen de ter beschikking gestelde werknemer en diens formele werkgever als toetsingselement. Uitgangspunt dient daarom te zijn dat een terbeschikkingstelling waarbij is voldaan aan de eisen van art. 1 lid 1 sub c Waadi onder het bereik van art. 9a lid 1 Waadi valt, ook al heeft de ter beschikking gestelde een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met diens uitlenende werkgever.

Aan dat uitgangspunt kan een kenbare, andersluidende bedoeling van de wetgever afbreuk doen. In casu is dat echter niet het geval, althans zeker niet waar het gaat om de Nederlandse wetgever. In de parlementaire geschiedenis is geen enkele aanwijzing te vinden voor het standpunt dat de wetgever heeft beoogd ter beschikking gestelde werknemers met een onbepaaldetijdcontract uit te sluiten van de bescherming van art. 9a Waadi. Het tegendeel lijkt zelfs het geval te zijn. In de parlementaire geschiedenis is onder ogen gezien dat detachering en payrolling bijzondere vormen van ter beschikking stellen zijn, in die zin dat de betrokken werknemers veelal een bestendige arbeidsrelatie hebben met hun (formele) werkgever.<sup>14</sup> Zo wierp de SP-fractie de vraag op of de wijzigingen in de Waadi ook van toepassing zouden zijn op ‘andere vormen van (tijdelijke) inleen van werknemers zoals payrollconstructies en detacheringsovereenkomsten’.<sup>15</sup> In antwoord daarop merkte de Minister op:<sup>16</sup>

*‘Het uitgangspunt is om de richtlijn zonder nationale kop te implementeren. Dit betekent dat de toepasselijkheid van de voorgestelde regeling afhangt van de wijze waarop invulling is gegeven aan payrolling of detachering. De situatie zal getoetst worden aan de omschrijving van ‘het ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ in artikel 1 lid 1 onder c van de WAADI. Het ter beschikking stellen is gedefinieerd 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. Voldoet de payrollconstructie of detacheringsovereen-*

10 Zie Ktr. 's-Hertogenbosch 12 december 2013, «JAR» 2014/23; Ktr. Rotterdam 11 februari 2014, «JAR» 2014/77 en Rb. Rotterdam 28 mei 2014, «JAR» 2014/170.

11 Eenzelfde argument werd gevoerd in Ktr. Rotterdam 11 februari 2014, «JAR» 2014/77, maar daar liep het beroep van de werknemer op toepasselijkheid van art. 9a Waadi al stuk op afwezigheid (voorshands) van leiding en toezicht door de inlener.

12 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten van 20 maart 2002, COM(2002) 149 definitief, 2002/0072 (COD), p. 14.

13 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten van 20 maart 2002, COM(2002) 149 definitief, 2002/0072 (COD), p. 16.

14 Vgl. J.P.H. Zwemmer, ‘De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payroll-werknemer’, in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag (2012), p. 501.

15 *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 4, p. 6.

16 *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 11.

*komt daaraan dan is het wetsvoorstel van toepassing.*  
[dikgedrukt door ons, LBdG en JRV]

Tijdens het debat in de Tweede Kamer voegde de minister hier nog aan toe:<sup>17</sup>

*‘Er is een vraag van mevrouw Hamer blijven liggen over payrollrolling en detachering: valt dat onder de WAADI? Dat kan ik zo niet zeggen, omdat er geen eenheidsmodel is voor payrollrolling en detachering om heel precies te kunnen zeggen: nu is het payrollrolling en dan is dat wel of niet van toepassing. Het hangt er heel sterk van af hoe je het hebt vormgegeven en, nog meer, hoe je het in de praktijk brengt. Het gaat er nog steeds om of je aan artikel 1 van de WAADI voldoet. Gaat het om het beschikbaar stellen van arbeidskrachten aan een ander, die dan onder diens toezicht en leiding arbeid laat verrichten door de ter beschikking gestelde arbeidskracht? Als het voldoet aan de criteria van artikel 1 van de WAADI, val je onder de WAADI; als het er niet aan voldoet, val je er niet onder.’* [dikgedrukt door ons, LBdG en JRV]

Hieruit blijkt naar onze mening dat de Nederlandse wetgever van oordeel is dat alleen de criteria van art. 1 Waadi relevant zijn en niet de eventuele tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst tussen de ter beschikking gestelde en diens werkgever.

Voorts heeft ook de wetgevende macht van de Europese Unie – het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie – niet laten blijken dat het belemmeringsverbod alleen zou behoren te gelden voor ter beschikking gestelde werknemers met een tijdelijk contract. Art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn stelt geen voorwaarden aan het soort arbeidsovereenkomst dat de ter beschikking gestelde met diens werkgever heeft. Dit, terwijl uit Overweging 15 van de Uitzendrichtlijn blijkt dat de Europese wetgever zich wel degelijk bewust is geweest van de in beginsel betere (vastere) positie die ter beschikking gestelde werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met hun uitlenende werkgever hebben:

*‘Voor werknemers die aan het uitzendbureau gebonden zijn door een overeenkomst voor onbepaalde tijd dient derhalve, gelet op de specifieke bescherming die de aard van hun arbeidsovereenkomst biedt, in de mogelijkheid te worden voorzien om af te wijken van de regels die in de inlenende onderneming gelden.’*

Art. 5 lid 2 van de Uitzendrichtlijn houdt dan ook een bijzondere regeling in voor deze groep werknemers op het punt van de beloning: ter beschikking gestelde werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd behoren niet zonder meer recht te hebben op (minstens) de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden bij de inlener, terwijl

dit wel zo is waar het gaat om ter beschikking gestelden met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn – de grondslag van het belemmeringsverbod van art. 9a lid 1 Waadi – is op het punt van de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst van ter beschikking gestelden echter geen onderscheid gemaakt. De *a contrario*-redenering is daarmee helder: als het belem-

**De tekst van de Uitzendrichtlijn biedt geen steun aan de stelling dat ter beschikking gestelden met een onbepaalde tijdcontract niet onder het belemmeringsverbod vallen**

meringsverbod niet zou zijn bedoeld voor ter beschikking gestelde werknemers met een onbepaaldetijdcontract, waarom is dat in art. 6 lid 2 dan niet duidelijk gemaakt, zoals dat wel in art. 5 lid 2 is gebeurd?<sup>18</sup>

Zodoende bieden én de Nederlandse wettekst én de Nederlandse parlementaire geschiedenis én de tekst van de Uitzendrichtlijn geen aanknopingspunt voor de stelling dat ter beschikking gestelden met een onbepaaldetijdcontract met hun werkgever niet onder het belemmeringsverbod vallen.

Het enige aanknopingspunt voor die stelling is dat het (niet wetgevende) EU-orgaan dat het voorstel voor de Uitzendrichtlijn heeft ingediend, de Europese Commissie, in de toelichting bij het voorstel heeft overwogen dat het belemmeringsverbod uit de Richtlijn ertoe dient ‘de toegang tot vast werk’ te vergemakkelijken en dat geen hindernissen mogen bestaan als de uitzendkracht bij de inlener een ‘overeenkomst voor onbepaalde tijd’ kan aangaan.<sup>19</sup> Wij menen dat deze opmerkingen, afgezet tegen onze hiervoor weergegeven constatering, onvoldoende grondslag vormen om te aanvaarden dat ter beschikking gestelden met een onbepaaldetijdcontract geen beroep toekomt op het belemmeringsverbod. Daarvoor zijn ook aanvullende redenen aan te wijzen.

Zo heeft de Commissie in dezelfde toelichting bij het voorstel voor de Uitzendrichtlijn ook het volgende gesteld, waarin geen beperking voor ter beschikking gestelden met een onbepaaldetijdcontract valt te lezen:<sup>20</sup>

*‘Het voorstel voor een richtlijn bevat aanvullende bepalingen die de situatie van de uitzendkrachten moeten verbeteren. In de eerste plaats moet hen de toegang tot*

18 Diezelfde redenering gaat overigens op voor de Waadi. In art. 8b wordt specifiek gerefereerd aan arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bij de inlener, waar dat in art. 9a niet gebeurt.

19 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten van 20 maart 2002, COM(2002) 149 definitief, 2002/0072 (COD), p. 14 en 16.

20 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten van 20 maart 2002, COM(2002) 149 definitief, 2002/0072 (COD), p. 14.

17 *Handelingen II* 2011-2012, nr. 58-6, p. 43.

*vast werk worden vergemakkelijkt. Daarom is enerzijds bepaald dat uitzendkrachten die in een inlenende onderneming worden ingezet, moeten worden ingelicht over de betrekkingen die er vacant worden verklaard, en anderzijds dat alle bepalingen die de aanwerving van een uitzendkracht door een inlenende onderneming verbieden of moeten verhinderen, nietig zijn.* [dikgedrukt door ons, LBdG en JRV]

Voorts moet worden bedacht dat uitsluiting van ter beschikking gestelden met een onbepaaldetijdcontract van de bescherming van het belemmeringsverbod – op basis van de mogelijke bedoeling van de Europese Commissie – potentieel tot een beperking kan leiden van het vrij verkeer van diensten, één van de vier kernvrijheden van de Europese Unie. Die groep werknemers zou dan immers wél belemmerd mogen worden om na afloop van de terbeschikkingstelling bij de inlener in dienst te treden. Naar onze mening kan interpretatie van de Richtlijn op basis van de mogelijke bedoeling van de Europese Commissie er niet toe leiden dat daarmee de mogelijkheid ontstaat om potentieel één van de vier kernvrijheden van de EU te beperken.

## De wetgever beseft wel degelijk dat het nieuwe art. 9a Waadi de lijn uit het arrest Ghisyawan/LAN-Alyst zou doorkruisen

Bovendien, ook als de opmerkingen van de Europese Commissie wel het door ons bestreden gewicht in de schaal zouden leggen, is van belang dat art. 9 lid 1 Uitzendrichtlijn bepaalt dat het lidstaten is toegestaan werknemers meer bescherming te bieden dan de Richtlijn voorschrijft. De Waadi mag dus verder gaan dan de Commissie mogelijk zou hebben bedoeld. ‘Mogelijk’, omdat ook niet buiten twijfel staat dat de Commissie met ‘de toegang tot vast werk’ heeft bedoeld dat de ter beschikking gestelde werknemer geen onbepaaldetijdcontract kan hebben met zijn uitlenende werkgever. De Commissie lijkt met ‘vast werk’ namelijk niet slechts het oog te hebben op het soort overeenkomst dat een werknemer heeft, maar tevens op de aard van zijn status als uit-fingeleende arbeidskracht. In het voorstel noemt de Commissie de uitzendverhouding immers ‘een van nature preciaire arbeidsverhouding, die tot permanente onzekerheid kan leiden’.<sup>21</sup> Waar de Commissie vervolgens de term ‘vast werk’ gebruikt, kan daarmee zijn bedoeld dat een positie bij een inlener een vaster karakter en minder onzekerheid kent, en niet dat (alleen) een onbepaaldetijdcontract ‘vast werk’ betekent.

Onze tussenconclusie is dan ook dat het eerste door ons besproken argument – doel en strekking van het belemmeringsverbod zouden zich niet uitstrekken tot ter

beschikking gestelde werknemers met een onbepaaldetijdcontract – onvoldoende grondslag biedt om deze groep bescherming van art. 9a Waadi te ontzeggen.

### Art. 9a Waadi doorkruist Ghisyawan/LAN-Alyst

Daarmee komen wij bij het tweede argument: het arrest Ghisyawan/LAN-Alyst en de wetgever die met art. 9a Waadi niet aan de daarin neergezette lijn zou hebben willen afdoen. In de zaak die leidde tot het arrest Ghisyawan/LAN-Alyst had werknemer Ghisyawan een arbeidsovereenkomst met LAN-Alyst waarin een concurrentiebeding was opgenomen. Ghisyawan werd door LAN-Alyst gedetacheerd bij derde partijen en liep na opzegging van zijn arbeidsovereenkomst met LAN-Alyst tegen de beperkingen van het concurrentiebeding aan. Ghisyawan betoogde in rechte dat, ofschoon het absolute belemmeringsverbod bij de invoering van de Waadi in 1998 niet was gehandhaafd, het concurrentiebeding ook onder de Waadi (toen dus zonder belemmeringsverbod) niet zou zijn toegestaan. De Hoge Raad verwierp dit betoog en overwoog dat uit de wetsgeschiedenis bij de Waadi volgt dat de bescherming van de werknemer na afschaffing van het absolute belemmeringsverbod moet worden gezocht in het algemene overeenkomstenrecht, op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen vernietigd kunnen worden. Oftewel: een concurrentiebeding met een ter beschikking gestelde werknemer was toegestaan, zolang het niet onredelijk bezwarend was. Bij de voorgestelde invoering van het belemmeringsverbod in de Waadi heeft de minister vervolgens het volgende opgemerkt in de Memorie van Toelichting:

*‘Tot 1 juli 1998 was het belemmeringsverbod wettelijk geregeld. Hoewel het thans niet meer wettelijk geregeld is, wordt in de rechtspraak aangenomen dat het verbod nog wel bestaat. De rechter kan op grond van artikel 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) een verbod als een onredelijk bezwarend beding aanmerken en het beding vernietigen. Ook artikel 7:611 BW (goed werkgever- en werknemerschap) biedt een handvat voor de uitzendkracht om een beding dat de indiensttreding bij de inlener belemmert ongedaan te maken. Voor een uitzendkracht en voor een uitzendwerkgever zal het echter niet altijd duidelijk zijn wat op grond van redelijkheid en billijkheid en van goed werkgever- en werknemerschap verlangd kan worden, terwijl de richtlijn op dit punt om duidelijkheid vraagt. De richtlijn verplicht de lidstaten erin te voorzien dat elk beding dat de indiensttreding bij de inlener belemmert, nietig is of nietig kan worden verklaard. De enig toegestane uitzondering is een beding op grond waarvan een inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan het uitzendbureau voor de door deze verleende diensten in verband met werving, terbeschikkingstelling of opleiding van de ter beschikking gestelde arbeidskracht, als die bij de inlener in dienst treedt.’*

Van Koppen merkt op dat de wetgever met dit citaat lijkt te hebben willen zeggen dat de herinstructie van het belemmeringsverbod een codificatie van jurisprudentie betrof

21 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten van 20 maart 2002, COM(2002) 149 definitief, 2002/0072 (COD), p. 8.

en vooral bedoeld zou zijn om duidelijkheid te scheppen.<sup>22</sup> Omdat de Hoge Raad in Ghisyawan/LAN-Alyst evenwel heeft aanvaard dat een concurrentiebeding voor een ter beschikking gestelde werknemer slechts dan niet is toegestaan als het onredelijk bezwarend is, stelt Dop op zijn beurt dat het erop lijkt dat de wetgever niet heeft bedoeld om met art. 9a Waadi een algeheel verbod voor dergelijke bedingen voor ter beschikking gestelde arbeidskrachten in te voeren.<sup>23</sup>

Aan deze schrijvers kan worden toegegeven dat het citaat uit de Memorie van Toelichting inderdaad de indruk geeft dat de wetgever meende dat art. 9a Waadi geen breuk betekende met bestaande rechtspraak, maar vooral duidelijkheid zou scheppen. Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag blijkt echter dat de wetgever wel degelijk beseftte dat het nieuwe art. 9a Waadi de lijn uit het arrest Ghisyawan/LAN-Alyst zou doorkruisen:<sup>24</sup>

*‘Tot 1 juli 1998 was het belemmeringsverbod wettelijk geregeld. Het belemmeringsverbod is met de komst van de WAADI komen te vervallen vanwege de bescherming op grond van het algemene overeenkomstenrecht tegen onredelijk[e] bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden. Zoals hierboven reeds is aangegeven, schrijft de richtlijn echter een verbod voor van elk beding dat de indiensttreding bij een inlener belemmert (m.u.v. een beding op grond waarvan een inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de uitlener voor werving, terbeschikkingstelling of opleiding). Daarom acht de regering het noodzakelijk het belemmeringsverbod wettelijk te regelen.’ [dikgedrukt door ons, cursivering in het origineel, LBdG en JRV]*

De woorden ‘echter’, ‘elk’ (door de regering benadrukt door cursivering) en ‘noodzakelijk’ maken duidelijk dat de regering met de invoer van art. 9a Waadi wel degelijk een breuk voor ogen had met het arrest Ghisyawan/LAN-Alyst. Daarmee kan dat arrest en de bedoeling van de Nederlandse wetgever evenmin een argument zijn om te aanvaarden dat ter beschikking gestelden met een onbepaaldetijdcontract niet onder art. 9a Waadi zouden kunnen vallen.

#### 4. Gevolgen

De omstandigheid dat ter beschikking gestelde werknemers met een onbepaaldetijdcontract niet mogen worden belemmerd om na afloop van de terbeschikkingstelling bij de inlener in dienst te treden, lijkt vergaande gevolgen te kunnen hebben voor bedrijven in de uitzend- en detachingsbranche.<sup>25</sup> Het verdienmodel van veel bedrijven in die branche is immers gericht op de omzet die uitgeleende

krachten genereren en het is bepaald geen uitzondering dat deze ‘assets’ door contractuele bedingen worden ontmoedigd bij de inlener in dienst te treden. Toch hoeft de soep niet zo heet te worden gegeten voor die bedrijven.

Zo zij herhaald dat het belemmeringsverbod alleen van toepassing is als de ter beschikking gestelde werknemer *onder leiding en toezicht* van de inlener werkt. Uitlenende ondernemingen hebben daardoor tot op zekere hoogte in eigen hand of die situatie zich moet verwezenlijken. Daarnaast ziet het belemmeringsverbod alleen op de situatie waarin de ter beschikking gestelde werknemer ‘*na afloop van de terbeschikkingstelling*’ bij de inlener in dienst wil treden. Het komt ons redelijk voor dat dit betekent dat een ter beschikking gestelde werknemer met een concurrentie- of relatiebeding niet lopende een terbeschikkingstelling naar de inlener mag overstappen met een beroep op art.

### Werkgevers hebben beperking van de bescherming van art. 9a Waadi in eigen hand door scherpe formulering van omvang en duur van de terbeschikkingstelling

9a lid 1 Waadi. Door scherpe formulering van omvang en duur van de terbeschikkingstelling in de contracten met de inlener en de werknemer – en zo nodig: tijdige aanpassing daarvan – kan de uitlenende onderneming hiermee in vergaande mate regie houden. Het belemmeringsverbod ziet voorts niet op bedingen die de uitgeleende werknemer belemmeren bij een ander dan de inlener in dienst te treden, zoals een concurrerend detachings- of uitzendbureau. Daarnaast zouden uitlenende ondernemingen meer gebruik kunnen maken van mogelijkheid om vooraf een vergoeding als bedoeld in art. 9a lid 2 Waadi te bedingen in het contract met de inlener.<sup>26</sup>

Kan de nietigheidssanctie onder bepaalde omstandigheden onaanvaardbare gevolgen hebben? Het vereist niet veel verbeeldingskracht om die vraag bevestigend te beantwoorden. In die situaties kan de uitlenende onderneming evenwel een beroep toekomen op partiële nietigheid<sup>27</sup> of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat laatste zou zich naar ons oordeel bijvoorbeeld kunnen voordoen in de volgende situatie. Een advocaat-medewerker is ten opzichte van zijn werkgever gebonden aan een beding dat hem verbiedt na afloop van de arbeidsovereenkomst bij klanten A, B en C in dienst te treden. Klant A verzoekt het advocatenkantoor of hij de advocaat-medewerker drie maanden mag ‘lenen’, omdat één van de eigen juristen

22 Van Koppen 2013, a.w., p. 69.

23 Zie Dop 2014, a.w.

24 Kamerstukken II 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 8.

25 Mits deze ter beschikking gestelde werknemers onder leiding en toezicht van de derde werken.

26 Zie hierover nader: De Vroe 2013, a.w.

27 HR 5 januari 2007, «JAR» 2007/37 (AVM/Osinga). Denk aan het geval waarin een werknemer is gebonden aan een beding dat hem zowel verbiedt bij de inlener als bij een concurrent in dienst te treden, en hij na afloop van de terbeschikkingstelling bij de inlener met een beroep op de nietigheid ex art. 9a Waadi wil bewerkstelligen dat hij bij de concurrent in dienst mag treden.

met zwangerschapsverlof gaat. De advocaat-medewerker werkt vervolgens drie maanden bij klant A, onder leiding en toezicht van het Head Legal, treedt vervolgens in dienst bij klant A en beroept zich daarbij op art. 9a Waadi. In zo'n geval lijkt oneigenlijk gebruik te worden gemaakt van de bescherming van art. 9a Waadi. Een beroep op art. 6:2 lid 2 BW kan dan mogelijk uitkomst bieden, hoewel de lat daarvoor hoog ligt.<sup>28</sup>

## 5. Conclusie

In rechtspraak en literatuur lijkt te zijn aanvaard dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi niet van toepassing is op ter beschikking gestelde werknemers die een onbepaaldetijdcontract hebben met hun uitlenende werkgever. Ten eerste wordt daarbij gewezen op de bedoeling van de Europese Commissie om met het belemmeringsverbod de toegang tot 'vast werk' te vergroten en de hier bedoelde werknemers hebben (al) een onbepaaldetijdcontract. Ten tweede is in dit verband aangehaald dat de Nederlandse wetgever bij de invoer van art. 9a Waadi geen breuk lijkt te hebben beoogd met de lijn uit Ghisyawan/LAN-Alyst. Op grond van dat arrest is een concurrentiebeding met een ter beschikking gestelde werknemer evenwel alleen niet toegestaan als het onredelijk bezwarend is.

In deze bijdrage is uiteengezet dat het eerste argument niet opgaat, omdat i) de Nederlandse wet geen onderscheid maakt naar de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst die de ter beschikking gestelde heeft met zijn werkgever, ii) de Nederlandse wetgever expliciet heeft aangegeven dat detachering en payrolling – uitleenvormen waarbij de werknemer veelal een onbepaaldetijdcontract heeft met zijn werkgever – onder de Waadi vallen als is voldaan aan de criteria van art. 1 Waadi, iii) in de Uitzendrichtlijn geen onderscheid naar tijdelijkheid van de arbeids-

overeenkomst is gemaakt bij de regeling over het belemmeringsverbod waar dat in een andere regeling in diezelfde Richtlijn wel is gedaan en iv) de centraal staande opmerking van de Europese Commissie in de toelichting bij het voorstel om verschillende redenen genuanceerd kan worden. Voorts is toegelicht dat de Nederlandse wetgever met art. 9a Waadi wel degelijk een doorkruising van de lijn uit Ghisyawan/LAN-Alyst voor ogen heeft gehad. Een en ander leidt er naar onze mening toe dat het belemmeringsverbod van toepassing is op iedere vorm van terbeschikkingstelling, mits de werknemer onder leiding en toezicht van de inlener werkt. Uitlenende ondernemingen hebben evenwel diverse andere mogelijkheden om te voorkomen dat hun werknemers – veelal de kern van het verdienmodel – met een beroep op art. 9a Waadi eenvoudig kunnen overstappen naar klanten. Het komt hierbij vooral aan op scherpe formulering van inhoud en duur van de terbeschikkingstelling.



### Over de auteurs

Mr. L.B. de Graaf is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag.



Mr. drs. J.R. Vos is advocaat bij Holland Van Gijzen in Rotterdam.

28 Vgl. HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 322 en HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297.

