

Belemmeringsverbod Waadi ook voor zzp'er

De Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (Waadi) geeft regels aan partijen die arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden (opdrachtgevers). Zo geldt dat aan ter beschikking gestelde arbeidskrachten geen beperkingen mogen worden opgelegd om na de terbeschikkingstelling in dienst te treden bij de opdrachtgever. De Hoge Raad heeft zich recent uitgelaten over de vraag of dit belemmeringsverbod ook geldt voor zzp'ers.

De Waadi regelt het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een derde. Art. 1 Waadi spreekt concreet over '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'. Hiermee heeft de Waadi een vrij ruim toepassingskader, omdat vrijwel alle vormen van het ter beschikking stellen van personeel eronder zijn te scharen. Wel dient de derde toezicht en leiding uit te oefenen over de uitzendkracht, hetgeen doorgaans al vrij snel het geval is wanneer de werknemers de werkzaamheden rechtstreeks in opdracht van de derde verrichten. Het ruime toepassingskader zorgt ervoor dat bij uitzending, detachering en payrollrekening moet worden gehouden met de spelregels van de Waadi. De Waadi geeft in art. 1 lid 3 ook aan wanneer er geen sprake is van terbeschikkingstelling, namelijk wanneer sprake is van overeenkomst van opdracht, collegiale dienstverlening en terbeschikkingstelling binnen de eigen onderneming. Dit betekent onder meer dat op intracore concern inlening van arbeidskrachten de Waadi niet van toepassing is. De feiten en omstandigheden van het concrete geval zijn van belang bij de bepaling of daadwerkelijk sprake is van een terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, of dat met succes een beroep kan worden gedaan op een uitzonderingsgrond.

Belemmeringsverbod

Een belangrijke bepaling van de Waadi betreft art. 9a, het zogeheten belemmeringsverbod: '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'. Bedingen die hiermee in strijd komen zijn nietig.

Er wordt wel betoogd in de literatuur dat de ter beschikking gestelde werknemer die reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft geen beroep toekomt op de bescherming van het belemmeringsver-

bod. De gedachte achter deze redenering is dat het belemmeringsverbod bedoeld zou zijn om de toegang tot vast werk te vergemakkelijken, en dat de werknemer met een contract voor onbepaalde tijd niet (langer) deze bescherming nodig heeft omdat hij al over vast werk beschikt. Hier valt tegen in te brengen dat noch in de tekst van art. 6 lid 2 van de Europese Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG) noch in art. 9a Waadi expliciet is opgenomen dat het belemmeringsverbod niet zou gelden voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze laatste opvatting lijkt mij correct. De vraag rijst hoever het toepassingskader van art. 9a Waadi gaat, indien ook niet-werknemers (zzp'ers) een beroep gaan doen op het belemmeringsverbod.

De casus

De casus waarover de Hoge Raad zich onlangs heeft uitgelaten heeft betrekking op een verpleegkundige, die al voor 2010 voor 16 uur per week werkzaam was bij een huisartsenpraktijk. De verpleger deed dit als gedetacheerde van een GGZ-organisatie. Op 1 januari 2014 is de werknemer fulltime en voor onbepaalde tijd in de functie van sociaal-psychiatrisch verpleegkundige/maatschappelijk werker en hoofd zorg in dienst getreden bij FOH. FOH had inmiddels met de huisartsenpraktijk een overeenkomst gesloten op grond waarvan de werknemer vanaf 1 januari 2014 door FOH werd gedetacheerd voor het verrichten van de werkzaamheden. De arbeidsovereenkomst tussen FOH en werknemer bepaalde dat de werknemer zal worden ingeschakeld voor het begeleiden, coachen en behandelen van cliënten/patiënten van FOH en dat de cao GGZ van toepassing is.

In de arbeidsovereenkomst was voorts een non-concurrentie- en relatiebeding opgenomen, alsmede een boetedebing. De werknemer heeft op enig moment de arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 juni 2015 en is vanaf medio mei 2015 als zzp'er gaan werken. Die werkzaamheden als zzp'er bestaan uit GGZ-hulpverlening in brede zin aan mensen met een GGZ-hulpaanvraag alsmede coaching aan zorgprofessionals. De huis-

artsenpost wil de samenwerking met de werknemer voortzetten en acht zich niet gebonden aan een concurrentie- of relatiebeding waarover niets staat in de detacheringsovereenkomst.

Kantonrechter en hof: belemmeringsverbod niet voor zzp'er

De werknemer (zzp'er) beroept zich op het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi, en vordert in kort geding schorsing (respectievelijk vernietiging) van het concurrentie- en relatiebeding. FOH stelt zich op het standpunt dat de beide bedingen zijn overtreden en claimt een voorschot op de contractuele boete. De kantonrechter oordeelt dat de verrichte werkzaamheden strijdig waren met het concurrentie- en relatiebeding en laat de bedingen in stand. Voorts wordt de werknemer veroordeeld tot het betalen van een boete van € 15.000. In tegenstelling tot de kantonrechter gaat het hof wel over tot – weliswaar gedeeltelijke – schorsing van het concurrentie- en relatiebeding. Wel wordt de werknemer (zzp'er) veroordeeld tot naleving van het niet geschorste deel van de bedingen, en tot betaling van de boete van € 15.000. Volgens het hof komt hem als zzp'er geen beroep toe op art. 9a Waadi, nu geen sprake is van een arbeidsovereenkomst maar een overeenkomst van opdracht. Het hof motiveerde haar beslissing met de overweging dat sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door FOH, zoals bedoeld in art. 1 lid 1 sub c Waadi. Dit maakt het concurrentie- en relatiebeding volgens het hof niet ongeldig. Het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi ziet volgens het hof alleen op de situatie waarin de opdrachtgever de werknemer na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst wil nemen, en niet als de werkzaamheden als zzp'er worden gecontinueerd. Tegen dit oordeel heeft de werknemer (zzp'er) cassatie ingesteld.

Hoge Raad: belemmeringsverbod beschermt ook zzp'er

De Hoge Raad kijkt voor de uitleg van art. 9a Waadi naar de Europese uitzendrichtlijn. Uit art. 6 lid 2 van deze richtlijn volgt volgens de Hoge Raad dat het belemmeringsverbod in de richtlijn niet alleen betrekking heeft op het sluiten van een arbeidsovereenkomst na de periode van terbeschikkingstelling, maar ook op het tot stand komen van 'een arbeidsverhouding'. In dat kader verwijst de Hoge Raad naar het arrest uit 2016 van het Europese Hof van Justitie inzake *Ruhrlandklinik*, waarin is bepaald dat sprake is van een arbeidsverhouding, als een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt. Hierbij zijn de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend.

De Hoge Raad oordeelt dat na (terug)verwijzing naar het hof zal moeten worden onderzocht of de rechtsverhouding tussen werknemer (zzp'er) enerzijds en de huisartsenpraktijk anderzijds, voldoet aan de hiervoor



bedoelde omschrijving van het begrip 'arbeidsverhouding'. Dit kan dus ook een overeenkomst van opdracht zijn. Indien sprake is van een arbeidsverhouding dan kan de werknemer (zzp'er) dus wel met succes het belemmeringsverbod inroepen en de geldigheid van het concurrentie- en relatiebeding aantasten. Interessant in deze kwestie is ook dat het Europese werknemersbegrip, zoals het naar voren komt in het arrest *Ruhrlandklinik*, kijkt naar de feitelijke invulling van de arbeidsrelatie. Voor de toetsing van de partijbedoeling lijkt, in tegenstelling tot de wijze waarop ons nationale recht de arbeidsrelatie toetst, veel minder plaats. Of partijen bedoeld hebben een arbeidsovereenkomst dan wel een opdrachtsovereenkomst te sluiten, maakt bij de beoordeling geen verschil omdat de werknemer ook op basis van een arbeidsverhouding (zoals bijvoorbeeld voor de zzp'er een opdrachtsovereenkomst) bij een ander werkzaam kan zijn.

Conclusie

De Hoge Raad heeft meer duidelijkheid gegeven op de reikwijdte van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi. De uitleg die het hof hieraan heeft gegeven door te oordelen dat een zzp'er geen beroep toekomt op het belemmeringsverbod art. 9a Waadi, nu geen sprake is van een arbeidsovereenkomst maar overeenkomst van opdracht, is te kort door de bocht. De Hoge Raad geeft zzp'ers een concreet handvat om een concurrentie- en relatiebeding, dat het verrichten van werkzaamheden voor de opdrachtgever na de terbeschikkingstelling aan diezelfde opdrachtgever wil voorkomen, van tafel te krijgen. ■

mr. M.A. de Vries, *Pallas Advocaten*,
www.pallasadvocaten.nl

Wet: art. 1. 9a Waadi;
art. 6 Richtlijn
2008/104/EG

Jurisprudentie: HR
14-04-2017,
16/01359 (ECLI:NL:
HR:2017:689); Con-
clusie AG 3-02-2017,
16/01359 (ECLI:NL:
PHR:2017:46); HvJ
EU 17-11-2016,
C-216/15 (ECLI:EU:
C:2016:883)

De bronnen bij dit ar-
tikel zijn te raadplegen
via www.loonzaken.nl