



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

NJ 2020/389-390

Verhulp, E.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Verhulp, E. (2020). NJ 2020/389-390. 389-390. Case note on: HR, 14/04/17, ECLI:NL:HR:2017:689 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2020(46), 6820-6865.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

NJ 2020/389**HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)**

14 april 2017, nr. 16/01359

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk,
T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron,
M.J. Kroeze; A-G mr. R.H. de Bock)
m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390

Art. 7:650, 7:653 BW; art. 1, 9a Waadi; art. 1, 2, 3, 5, 6
Richtlijn 2008/104/EG

RvdW 2017/481

JAR 2017/136

RAR 2017/97

NJB 2017/975

TRA 2017/74

JWB 2017/158

ECLI:NL:HR:2017:689

ECLI:NL:PHR:2017:46

**Concurrentiebeding; belemmeringsverbod art. 9a
Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
(Waadi); reikwijdte. Ziet belemmeringsverbod
ook op voortzetting (na afloop terbeschikkingstel-
ling) als zzp'er van werkzaamheden die eerst als
gedetacheerd werknemer werden verricht? Uitleg
art. 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG in licht van HvJ EU
17 november 2016, C-216/15 (Ruhrlandklinik).
Richtlijnconforme uitleg, bedoeling wetgever.**

*Uit de tekst van art. 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG
volgt dat het belemmeringsverbod in de richtlijn niet
alleen betrekking heeft op het sluiten van een arbeids-
overeenkomst, maar ook op het tot stand komen van
'een arbeidsverhouding'. Naar vaste rechtspraak van
het HvJEU (zie HvJEU 17 november 2016, zaak
C-216/15 (Ruhrlandklinik)) is sprake van een arbeids-
verhouding als een persoon gedurende een bepaalde
tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties
levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt,
waarbij de juridische kwalificatie naar nationaal
recht en de vorm van deze verhouding, evenals de
aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee perso-
nen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn. Art. 9a
Waadi moet in overeenstemming met art. 6 lid 2
Richtlijn 2008/104/EG worden uitgelegd. Dit betekent
dat de woorden 'geen belemmeringen (...) voor de tot-
standkoming van een arbeidsovereenkomst' in art. 9a
Waadi moeten worden gelezen als 'geen belemmerin-
gen (...) voor de totstandkoming van een arbeidsover-
eenkomst of een arbeidsverhouding', waarbij het be-*

grip 'arbeidsverhouding' moet worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ EU over de Uitzendrichtlijn. Het is dus de vraag of de rechtsverhouding tussen de gedetacheerde werknemer en de opdrachtgever die tot stand komt na afloop van de terbeschikkingstelling voldoet aan de hiervoor bedoelde omschrijving van het begrip 'arbeidsverhouding'. Indien dat het geval is, treft het belemmeringsverbod het concurrentiebeding ook voor zover het betrekking heeft op die rechtsverhouding.

[eiser], eiser tot cassatie, adv.: mr. K. Teuben, tegen

Focus on Human B.V., te Almere, verweerster in cassatie, niet verschenen.

Hof:

6 De beoordeling van de grieven

6.1 Met *grief 1* betoogt [eiser] allereerst dat het concurrentie- en relatiebeding (hierna ook: het beding) nietig of vernietigbaar is wegens strijd met art. 9a van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi).

6.2 Het hof deelt het uitgangspunt van [eiser], dat sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door FOH zoals bedoeld in art. 1 lid 1 sub c Waadi. FOH heeft zijn arbeidskracht tegen vergoeding ter beschikking gesteld aan de Huisartsenpraktijk en — nu FOH zulks niet gemotiveerd heeft betwist — ook aan de psychiatriepraktijk van B. Vast staat dat FOH met de Huisartsenpraktijk een detachingsovereenkomst heeft gesloten; FOH heeft niet gemotiveerd gesteld dat de overeenkomst met [betrokkene 2] op andere leest is geschoeid. In artikel 4 van de overeenkomst met de Huisartsenpraktijk staat dat de zorgprestaties (die volgens artikel 1 worden uitgevoerd door [eiser], die ingevolge artikel 3 niet door een ander mag worden vervangen) worden uitgevoerd op basis van instructies van de Huisartsenpraktijk. Bijlage 3 bij die overeenkomst vermeldt dat de huisarts de taken bepaalt, dat de GGZ-ondersteuner de huisarts ondersteunt en op medisch terrein niet eindverantwoordelijk is. Daarmee is naar voorlopig oordeel van het hof voldaan aan het vereiste van verrichten van arbeid onder toezicht en leiding van de derde.

Dat FOH in strijd met art. 7a Waadi deze detachingsactiviteit niet heeft vermeld in het handelsregister, zoals het hof ambtshalve constateert, neemt niet weg dat feitelijk sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

6.3 Anders echter dan [eiser] betoogt is het beding niet nietig om de enkele reden dat sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoeld in art. 1 lid 1 sub c Waadi. Het belemmeringsverbod in art. 9a van die wet ziet slechts op de situatie waarin de opdrachtgever (in casu dus de Huisartsenpraktijk of [betrokkene 2]) hem na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst zou willen nemen.

Daarvan is geen sprake. [eiser] heeft gesteld dat hij de werkzaamheden als zzp-er wil voortzetten. Naar voorlopig oordeel van het hof geniet [eiser] als zelfstandig ondernemer niet de bescherming van het belemmeringsverbod.

6.4 In de toelichting op *grief 1* heeft [eiser] nog, onder verwijzing naar een schriftelijke verklaring van [betrokkene 2], aangevoerd dat hij toestemming van FOH heeft gekregen om bij [betrokkene 2] te blijven werken. FOH heeft de juistheid van die stelling gemotiveerd betwist. Nu dit spoedappell zich niet leent voor bewijslevering, moet het hof er vooralsnog van uitgaan dat [eiser] die toestemming niet heeft verkregen.

Grief 1 faalt.

6.5 In *grief 9* klaagt [eiser] erover dat de kantonrechter het beding ten onrechte niet heeft geschorst op grond van art. 7:653 lid 4 BW. [eiser] heeft in eerste uitleg uitvoerig betoogd dat hij noodzaak was tot opzegging van zijn arbeidsovereenkomst omdat FOH fraudeerde met PGB-budgetten.

Het hof overweegt dat [eiser] zijn arbeidsovereenkomst op 22 april 2015 heeft opgezegd tegen 1 juni 2015, zodat art. 7:653 BW van toepassing is zoals dat luidde voor 1 juli 2015. Het vierde lid, waarop [eiser] zich beroept, is eerst per 1 juli 2015 in werking getreden. Het voor 1 juli 2015 geldende art. 7:653 lid 3 BW bepaalde dat een werkgever geen recht aan een concurrentiebeding kan ontleenen indien hij schadeplichtig is wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. De arbeidsovereenkomst van [eiser] is evenwel niet geëindigd op een wijze als bedoeld in art. 7:667 BW oud.

Indien art. 7:653 lid 4 BW wel van toepassing zou zijn geweest, zou het hof de *grief* ook hebben verworpen. De door [eiser] in eerste aanleg overgelegde verklaringen geven weliswaar aanwijzingen dat zich onregelmatigheden hebben voorgedaan, maar nu de juistheid van die verklaringen door FOH gemotiveerd is betwist, is in deze spoedprocedure, die zich niet voor nadere bewijslevering leent, nog onvoldoende aannemelijk dat [eiser] zijn arbeidsovereenkomst moest beëindigen in verband met ernstig verwijtbaar handelen door FOH.

6.6 Volgens *grief 4* heeft de kantonrechter ten onrechte overwogen dat [eiser] in strijd met het beding handelt door werkzaamheden te verrichten bij de Huisartsenpraktijk en [betrokkene 2].

Het hof acht die *grief* gedeeltelijk gegrond. Tijdens het pleidooi heeft FOH erkend dat het zoeken naar behandelpraktijken waar zij BIG-geregistreerde behandelars zoals [eiser] kon plaatsen, niet tot haar bezigheden behoorde. Zij heeft de Huisartsenpost niet zelf als klant geacquireerd. Ter zitting heeft FOH laten weten er geen bezwaar meer tegen te hebben dat [eiser] zijn werkzaamheden bij de Huisartsenpraktijk hervat.

Met betrekking tot [betrokkene 2] heeft FOH haar bezwaar gehandhaafd. [betrokkene 2] behandelt (ook) cliënten van FOH, en maakt daarbij tevens

gebruik van ruimte in het gebouw van FOH te Almere. [eiser] heeft niet betwist dat ook [betrokkene 1] via FOH bij [betrokkene 2] behandelwerkzaamheden verricht, evenals de door FOH gecontracteerde zzp-er [betrokkene 4] die eveneens een BIG-registratie heeft.

Het hof is, gelet de hieruit blijkende intensieve samenwerking tussen FOH en [betrokkene 2], voorshands van oordeel dat het beding eraan in de weg staat dat [eiser] tot 1 juni 2016 anders dan als werknemer van [betrokkene 2] bij [betrokkene 2] werkzaamheden verricht, niet alleen in Almere maar ook in Lelystad.

6.7 [eiser] is van mening dat patiënten van [betrokkene 2], voor zover zij ook cliënt zijn bij FOH, het recht hebben hem als behandelaar te kiezen, ook in de periode voor 1 juni 2016. Daartoe beroept hij zich in *grief 2* op art. 7:450 lid 1 BW.

Naar voorlopig oordeel van het hof stuit deze *grief* af op het relativiteitsvereiste: de norm van art. 7:450 BW strekt met tot bescherming van het belang van [eiser].

6.8 *Grief 6* is voor een deel gericht tegen de afwijzing van de subsidiair gevorderde vernietiging van het beding. De kantonrechter heeft evenwel terecht geoordeeld dat voor vernietiging in een kort geding geen ruimte is.

6.9 Met *grief 3* komt [eiser] op tegen de afwijzing van zijn beroep op (gedeeltelijke) schorsing van het beding met het oog op de afweging van de belangen van beide partijen. In hoger beroep heeft [eiser] aangevoerd dat de straal van 50 kilometer vanaf de vestigingsplaats van FOH in Almere veel groter is dan het behandelingsgebied waarin FOH opereert. Volgens [eiser] heeft FOH geen belang bij een groter verbodsbereik dan met een straal van, 20 kilometer wordt bereikt terwijl hijzelf ernstig wordt getroffen bij handhaving, omdat binnen de geestelijke gezondheidszorg kennis van het netwerk/het verwijscircuit essentieel is.

Het hof stelt voorop dat FOH zelf geen medische instelling is; zij heeft dan ook zelf geen te behandelen patiënten. Zoals reeds in overweging 6.6 naar voren is gekomen, acquireert FOH geen behandelpraktijken teneinde aldaar BIG-geregistreerde behandelaars tewerk te stellen, hetgeen overigens ook in strijd zou zijn met art. 7a Waadi. Het hof begrijpt dat FOH in het kader van haar eigen activiteiten (officieel als organisatie-adviesbureau voor het verlenen van advies, training en coaching op het gebied van personeel en autisme) samenwerking heeft gezocht met [betrokkene 2] ten behoeve van door haar begeleide cliënten uit Almere met een (autistische) stoornis, en feitelijk arbeidskrachten (behandelaars met BIG-registratie) aan [betrokkene 2] ter beschikking heeft gesteld.

FOH heeft niet gesteld dat zij ook (buiten Almere) cliënten heeft die worden behandeld door een andere relatie met wie een vergelijkbare samenwerking is als met [betrokkene 2]. Het hof ziet daarom vooralsnog niet in dat het beding in de weg staat aan onder de BIG vallende behandelwerkzaamhe-

den buiten Almere door [eiser] ten behoeve van patiënten die niet uit Almere komen. In dat verband is een verboden zone voor behandelwerkzaamheden binnen een straal van 20 kilometer rond de vestiging van FOH in Almere naar het oordeel van het hof voldoende, naast het onder 6.6 geformuleerde verbod van ook andere werkzaamheden voor [betrokkene 2] buiten die zone.

Voor wat de niet BIG-geregistreerde activiteiten van advies, training en coaching op het gebied van personeel en autisme betreft, ziet het hof niet in dat de belangen van [eiser] tot verkleinen van de verboden zone zwaarder wegen dan de belangen van FOH bij handhaving daarvan.

Grief 3 slaagt daarmee gedeeltelijk.

6.10 Voor het, ook in de toelichting op *grief 6* gevraagde, voorschot op een vergoeding omdat het beding [eiser] in belangrijke mate belemmert anders dan in dienst van FOH werkzaam te zijn zoals bedoeld in art. 7:653 lid 4 oud BW, bestaat — mede gelet op de beperking die het hof onder 6.9 passend heeft geoordeeld — geen reden. Dit onderdeel van *grief 6* faalt eveneens.

6.11 *Grief 5* gaat uit van de veronderstelling dat [eiser] geen dwangsommen heeft verbeurd, zodat geen sprake kan zijn van verrekening met zijn — overigens niet betwiste — loonvordering c.a. Het hof begrijpt dat [eiser] hier bedoelt dat hij geen (voorschot op de) boete verschuldigd is wegens overtreding van het beding.

Die veronderstelling is evenwel onjuist, nu [eiser] tot het vonnis in kort geding, waarvan beroep, in strijd met het beding werkzaamheden heeft verricht bij [betrokkene 2] en nog tijdens zijn dienstverband zijn eenmanszaak heeft ingeschreven in het handelsregister.

Het hof constateert dat [eiser] niet heeft gevraagd om matiging of aanpassing van het voorschot op de boete, zodat de omvang van het voorschot buiten de rechtsstrijd in hoger beroep valt.

De *grief* slaagt niet.

6.12 Daarmee valt ook het doel voor *grief 7*, waarmee [eiser] de afwijzing van zijn vordering betreffende buitengerechtigde incassokosten bestrijdt. De kantonrechter heeft deze vordering terecht afgewezen.

6.13 Met *grief 8* komt [eiser] evenwel terecht op tegen de door de kantonrechter in reconventie uitgesproken veroordeling tot exhibitie van correspondentie en de daaraan ten grondslag liggende motivering.

[eiser] wijst er terecht op dat de vordering van FOH als bedoeld in art. 843a Rv moet zien op bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarbij FOH (en niet, zoals de kantonrechter overwoog: [eiser]) partij is. FOH is evenwel partij bij de rechtsbetrekking uit hoofde van het beding in haar overeenkomst met [eiser], zodat haar vordering niet hierop afstuit.

Volgens [eiser] is het dictum zodanig ruim geformuleerd dat daaronder ook stukken vallen die betrekking hebben op behandeling van patiënten,

welke stukken [eiser] in verband met zijn beroepsgeheim niet mag verstrekken.

Dit bezwaar is terecht. FOH heeft dat ook onderkend, en tijdens het pleidooi aangegeven dat zij haar vordering op dit punt beperkt tot stukken over de periode vanaf 1 mei 2015 tot heden, waaruit blijkt welke contracten [eiser] heeft gesloten, wat het inkomen van [eiser] is geweest, welke facturen en declaraties hij aan wie heeft gestuurd voor zijn werkzaamheden alsmede de bankafschriften waaruit blijkt van betalingen aan [eiser] voor zijn werkzaamheden, een en ander zonder patiëntgegevens. [eiser] heeft zich daartoe bereid verklaard, zodat het hof de vordering van FOH aldus zal toewijzen met uitzondering van correspondentie betreffende de Huisartsenpraktijk, na vernietiging van het dictum van de kantonrechter op dit punt.

6.14 Nu het vonnis, gelet op de gedeeltelijke gegrondheid van grief 3 en de gegrondheid van grief 8, niet onverkort in stand kan blijven, dient het hof te beoordelen of er als gevolg van de devolutieve werking van het appel nog – binnen de grenzen van het appel – stellingen uit de eerste aanleg zijn – voor zover niet prijsgegeven – die in hoger beroep opnieuw of alsnog beoordeeld moeten worden. Naar het oordeel van het hof is dat niet het geval.

6.15 De slotsom is dat het vonnis in conventie moet worden vernietigd voor zover daarin het beroep op (gedeeltelijke) schorsing van het beding is afgewezen en, in zoverre opnieuw rechtdoende, moet worden aangepast op de wijze als in 6.6 en 6.9 is overwogen en in 6.3 voorwaardelijk is overwogen, en dat het vonnis in reconventie moet worden vernietigd voor zover het gaat om de veroordelingen tot nakoming van het beding en tot exhibitie met de daaraan gekoppelde dwangsom.

Het hof zal voor de duidelijkheid de vonnissen geheel vernietigen en opnieuw rechtdoen zoals hierna in het dictum opgenomen, waarbij het hof aantekent dat FOH tijdens het pleidooi heeft verklaard dat [eiser] aan de hierna onder 7.7 opgenomen veroordeling al heeft voldaan.

Voor wat de procedure in eerste aanleg betreft wordt [eiser] als grotendeels in het ongelijk gestelde partij in conventie veroordeeld in de proceskosten. In reconventie zijn beide partijen over en weer in het ongelijk gesteld, zodat de kosten daarvan worden gecompenseerd. Ook in hoger beroep zijn partijen over en weer in het ongelijk gesteld, zodat ook de kosten daarvan worden gecompenseerd.

7 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

7.1 vernietigt het vonnis in kort geding van de kantonrechter te Almere van 16 september 2015, zowel in conventie als in reconventie, en doet opnieuw recht;

In de oorspronkelijke conventie

7.2 schorst het tussen partijen overeengekomen beding in artikel 9 van hun arbeidsovereenkomst tot 1 juli 2016 of zoveel eerder als daarvoor in

een bodemprocedure is beslist, voor zover het betreft:

a. de werkzaamheden van [eiser] bij de Huisartsenpraktijk;

b. onder de Wet BIG vallende behandelwerkzaamheden die plaatsvinden buiten een straal van 20 kilometer van de vestigingsplaats van FOH in Almere ten behoeve van patiënten die eveneens buiten die straal woonachtig zijn, welke schorsing niet geldt voor patiënten van [betrokkene 2];

c. alle werkzaamheden bij [betrokkene 2] indien [eiser] bij hem in dienst treedt;

7.3 wijst de overige vorderingen in oorspronkelijke conventie af;

7.4 veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in eerste aanleg in conventie, aan de zijde van FOH vastgesteld op € 800 voor salaris gemachtigde;

7.5 verklaart deze uitspraak in oorspronkelijke conventie uitvoerbaar bij voorraad;

In de oorspronkelijke reconventie

7.6 veroordeelt [eiser] zich te houden aan het in de arbeidsovereenkomst overeengekomen concurrentie- en relatiebeding, behoudens voor zover het betreft:

a. de werkzaamheden van [eiser] bij de Huisartsenpraktijk;

b. onder de Wet BIG vallende behandelwerkzaamheden die plaatsvinden buiten een straal van 20 kilometer van de vestigingsplaats van FOH in Almere ten behoeve van patiënten die eveneens buiten die straal woonachtig zijn, welke schorsing niet geldt voor patiënten van [betrokkene 2];

c. alle werkzaamheden bij [betrokkene 2] indien [eiser] bij hem in dienst treedt;

7.7 veroordeelt [eiser] tot betaling van € 15.000 aan FOH, bij wege van voorschot van de op grond van artikel 10 van de arbeidsovereenkomst verbeurde boetes,

7.8 veroordeelt [eiser] om op kosten van FOH binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis afschriften te verstrekken van correspondentie (waaronder mede verstaan de op een gegevensdrager aangebrachte gegevens) betreffende de periode van 1 mei 2015 tot heden van [eiser], al dan niet handelend onder de naam van enig bedrijf, met:

- [betrokkene 2] psychiatrie te Lelystad,
- [naam 1] t/m [naam 10],

voor zover het gaat om

a. contracten,

b. het inkomen van [eiser],

c. facturen en declaraties voor zijn werkzaamheden, waaronder btw aangiftes, alsmede bankafschriften waaruit blijkt van betaling aan [eiser] voor zijn werkzaamheden, een en ander zonder patiëntgegevens;

7.9 veroordeelt [eiser] om aan FOH een dwangsom te betalen van € 500 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat [eiser] niet aan de in 7.8 uitgesproken hoofdveroordeling voldoet, zulks tot een maximum van € 20.000;

7.10 compenseert de proceskosten in eerste aanleg in oorspronkelijke reconventie;

7.11 verklaart deze uitspraak in oorspronkelijke reconventie zoverre uitvoerbaar bij voorraad;

7.12 wijst het meer of anders gevorderde af;

En voorts

7.13 compenseert de proceskosten in hoger beroep;

7.14 wijst het meer of anders gevorderde in hoger beroep af.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het hof heeft geoordeeld als vermeld in rov. 6.3, 6.6, 6.9 tot en met 6.12, 6.15 en het dictum van zijn arrest, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

Inleiding

Eiser tot cassatie (hierna: *[eiser]*) is een BIG-geregistreerde GGZ-verpleegkundige.¹ Al vóór 2010 was *[eiser]* als zodanig gedurende 16 uur per week werkzaam bij Huisartsenpraktijk Stadsweiden te Harderwijk (hierna: *de Huisartsenpraktijk*), zulks als gedetacheerde van GGZ-organisatie Indigo.² Voorts is *[eiser]* vanaf omstreeks 2010/2011 gedurende een aantal dagen per week in dienst geweest als sociaal psychiatrisch verpleegkundige/maatschappelijk werker bij Stichting Autisme Almere (hierna: *STAA*), waarbij hij vanaf 1 maart 2013, voor 13 uur per week op basis van uitleen door STAA (in plaats van Indigo) werkzaamheden bleef verrichten voor de Huisartsenpraktijk.³

Op 1 januari 2014 is *[eiser]* full time en voor onbepaalde tijd in de functie van sociaal psychiatrisch verpleegkundige/maatschappelijk werker en hoofd zorg in dienst getreden bij verweerster in cassatie (hierna: *FOH*). *FOH* heeft *[eiser]*, op basis van detacheringsovereenkomsten, gedetacheerd voor het verrichten van (de daarvoor ook reeds door *[eiser]* verrichte) werkzaamheden bij de Huisartsenpraktijk, alsmede bij de psychiatriepraktijk van [betrokkene 2].⁴ In de arbeidsovereenkomst tussen *[eiser]* en *FOH* was een non-concurrentie- en relatiebeding opgenomen (art. 9), alsmede een (mede daaraan gekoppeld) boetebeding (art. 10), welke bedingen – voor zover in cassatie van belang – als volgt luiden:

“Artikel 9. Non-concurrentie- en relatiebeding

1. Het is de werknemer verboden zonder schriftelijke toestemming van werkgever om zowel tijdens als wet gedurende jaar na beëindiging van de dienstbetrekking, binnen een straal

van 50 km van werkgever, in enigerlei vorm een zaak, gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van de werkgever te vestigen, te drijven, mede te drijven of te doen drijven, hetzij direct hetzij indirect, alsook financieel in welke vorm ook bij een dergelijke zaak belang te hebben, direct of indirect, of daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, hetzij in dienstverband hetzij anderszins, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet, of daarin aandeel van welke aard ook te hebben, alles in de meest ruime zin des woord.

2. Het is de werknemer zonder schriftelijke toestemming van de werkgever gedurende 1 jaar na beëindiging van de dienstbetrekking bij relaties van de werkgever tegen vergoeding of om niet, direct of indirect, in dienstverband of anderszins, cliënten/patiënten van Focus on Human te begeleiden-coachen, in de meest ruime zin des woord.

Artikel 10. Boete

1. (...)

2. Indien de werknemer in strijd met zijn verplichtingen uit hoofde van het bepaalde in het geheimhoudingsbeding, het beding inzake nevenwerkzaamheden en het non-concurrentiebeding handelt, zal hij/zij in afwijking van artikel 7:650 lid 3 BW aan de vennootschap, zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, in afwijking van artikel 7:650 lid 5 BW, voor iedere overtreding een boete verbeuren van € 2.500 alsmede een boete van € 500 voor iedere dag dat de overtreding voortduurt, onverminderd het recht van de werkgever om in plaats daarvan volledige schadevergoeding plus kosten en interesten te vorderen voor zover de werkelijk geleden schade de bedongen boete te boven gaat.”⁵

Bij e-mail van 22 april 2015 heeft *[eiser]* zijn arbeidsovereenkomst met *FOH* opgezegd tegen 1 juni 2015. *[eiser]* heeft daaraan in de genoemde e-mail ten grondslag gelegd dat de directeur/aandeelhouder van *FOH*, de heer [betrokkene 1], kort gezegd niet deugt en misbruik maakt van kwetsbaarheid van cliënten en naaste collega's.⁶

Na opzegging van zijn arbeidsovereenkomst met *FOH* is *[eiser]* verder gegaan als zzp-er via zijn eenmanszaak “[A]”.⁷ Als zodanig heeft *[eiser]* onder meer werkzaamheden verricht bij de Huisartsenpraktijk en [betrokkene 2].⁸

In deze kortgedingprocedure heeft *[eiser]*, voor zover in cassatie nog van belang, schorsing, subsidiair vernietiging, van het concurrentie- en relatiebeding gevorderd. Hij heeft zich daarbij onder meer op

⁵ Zie rov. 3.5 van 's hofs arrest.

⁶ Zie rov. 3.6. van 's hofs arrest en de (uitvoerge) toelichting op de redenen van *[eiser]* voor zijn ontslagname in § 17 onder a tot en met q van de inleidende dagvaarding. Zie ook rov. 3.14, waaruit blijkt dat inmiddels door de sociale recherche onderzoek wordt gedaan naar de fraude met PGB-gelden waarvan *[eiser]* *FOH* c.q. haar directeur/aandeelhouder heeft beschuldigd.

⁷ Zie rov. 3.8 van 's hofs arrest.

⁸ Zie rov. 3.11–3.12 van 's hofs arrest.

¹ Zie rov. 3.2 van 's hofs arrest.

² Zie rov. 3.2 van 's hofs arrest.

³ Zie rov. 3.3 van 's hofs arrest.

⁴ Zie rov. 3.4 van 's hofs arrest.

het standpunt gesteld dat het beding in strijd is met het belemmeringsverbod van art. 9a van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: *Waadi*). Subsidiair heeft [eiser] gevorderd dat de geografische reikwijdte van het concurrentie- en relatiebeding door de rechter zal worden beperkt.

In het bestreden arrest heeft het hof [eiser] echter in conventie en reconventie (onder meer) veroordeeld om zich te houden aan het non-concurrentie- en relatiebeding, dit behoudens (a) de werkzaamheden van [eiser] bij de Huisartsenpraktijk, (b) onder de Wet BIG vallende behandelwerkzaamheden *buiten* een straal van 20 km van de vestigingsplaats van FOH in Almere ten behoeve van patiënten die eveneens buiten die straal woonachtig zijn (dit met uitzondering van patiënten van [betrokkene 2]); (c) alle werkzaamheden bij de psychiatriepraktijk van [betrokkene 2] indien [eiser] bij hem in dienst treedt.⁹ Daarnaast heeft het hof [eiser] in reconventie onder meer veroordeeld tot betaling van € 15.000 aan FOH als voorschot op verbeurde boetes wegens overtreding van het concurrentie- en relatiebeding.¹⁰ Het hof heeft aan vernoemd oordeel over het concurrentie- en relatiebeding onder meer ten grondslag gelegd dat het belemmeringsverbod van art. 9a lid 1 *Waadi* (met daaraan gekoppelde nietigheidssanctie in art. 9a lid 2 *Waadi*), waarop [eiser] in de procedure een beroep heeft gedaan, slechts zou zien op de situatie waarin een opdrachtgever na afloop van de terbeschikkingstelling een gedetacheerde in dienst zou willen nemen. [eiser], die zijn werkzaamheden als zzp-er wil voortzetten, geniet naar het oordeel van het hof als zelfstandig ondernemer niet de bescherming van het belemmeringsverbod.¹¹

[eiser] meent dat het hof met dit oordeel de reikwijdte van het belemmeringsverbod té beperkt heeft uitgelegd. Daarnaast kan [eiser] zich niet verenigen met het (geheel ongemotiveerde) oordeel van het hof dat er geen reden is om de op grond van het concurrentie- en relatiebeding verboden zone van 50 km rond de vestiging van FOH in Almere te verkleinen voor zover het de niet-BIG-geregistreerde activiteiten van advies, training en coaching op het gebied van personeel en autisme betreft. [eiser] stelt daarom tegen het arrest van het hof cassatieberoep in, onder aanvoering van de navolgende cassatieklachten.

Klachten

1. In rov. 6.2 van zijn arrest neem het hof – als zodanig terecht – tot uitgangspunt dat, doordat FOH [eiser] tegen vergoeding ter beschikking heeft gesteld aan de Huisartsenpraktijk en [betrokkene 2] op basis van detacheringsovereenkomsten, sprake is geweest van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoeld in art. 1 lid 1 sub c *Waadi* (waaraan, zoals het hof in zoverre eveneens terecht

overweegt, niet afdoet dat FOH in strijd met art. 7a *Waadi* deze detacheringsactiviteit niet heeft vermeld in het Handelsregister). Ten onrechte oordeelt het hof echter vervolgens in rov. 6.3 dat het concurrentie- en relatiebeding in (art. 9 van) de arbeids-overeenkomst van [eiser] met FOH niet in strijd is met het belemmeringsverbod van art. 9a lid 1 *Waadi* (en derhalve niet nietig op grond van art. 9a lid 2 *Waadi*), omdat dit belemmeringsverbod slechts zou zien op de situatie waarin de opdrachtgever (in casu de Huisartsenpraktijk of [betrokkene 2]) [eiser] na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst zou willen nemen (waarmee het hof kennelijk bedoelt: een arbeidsovereenkomst zou willen aangaan), en niet op de (zich hier voordoende) situatie waarin [eiser] de werkzaamheden als zzp-er wil voortzetten.

Art. 9a *Waadi* vormt de implementatie van art. 6 lid 2 van Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (*PbEU* 2008, L 327/9; hierna: *de Uitzendrichtlijn*). Art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn verplicht de lidstaten om de nodige maatregelen te treffen opdat eventuele bepalingen die *het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding* tussen de inlener en de uitzendkracht na afloop van de uitzend opdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig worden verklaard. In het licht van deze bepaling moet art. 9a *Waadi* – zo nodig bij deze van richtlijnconforme interpretatie – aldus worden uitgelegd dat het daarin vervatte belemmeringsverbod óók geldt in het geval waarin een (voormalige) gedetacheerde na afloop van de detachering c.q. terbeschikkingstelling dezelfde werkzaamheden blijft verrichten voor degene bij wie hij eerder gedetacheerd was, maar nu als zzp-er. Ook in een dergelijke situatie is immers sprake van het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de (voormalige) gedetacheerde en de (voormalige) inlener, als bedoeld in art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn. 's Hof's andersluidende oordeel in rov. 6.3 geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

2. In rov. 6.9 oordeelt het hof over het beroep van [eiser] op (gedeeltelijke) schorsing van het concurrentie- en relatiebeding met het oog op de afweging van de belangen van beide partijen. Het hof honoreert dit beroep (gedeeltelijk) ten aanzien van de BIG-geregistreerde werkzaamheden van [eiser], maar oordeelt ten aanzien van de niet-BIG-geregistreerde activiteiten (advies, training en coaching op het gebied van personeel en autisme) – zonder enige motivering – dat het 'niet inzicht' dat de belangen van [eiser] tot verkleinen van de verboden zone zwaarder wegen dan de belangen van FOH bij handhaving daarvan.

Laatstgenoemd oordeel van het hof is onvoldoende gemotiveerd, want voldoet immers niet aan de minimale (en ook in kort geding geldende) eis dat de rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende ge-

⁹ Zie het dictum onder 7.2 en 7.6 van 's hofs arrest.

¹⁰ Zie het dictum onder 7.7 van 's hofs arrest.

¹¹ Zie rov. 6.3 van 's hofs arrest.

dachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden (waaronder begrepen de hogere rechter) controleerbaar en aanvaardbaar te maken (HR 4 juni 1993, NJ 1993/659).

Dit geldt nog te meer, en in elk geval, in het licht van de stellingen die [eiser] in feitelijke instanties heeft aangevoerd. [eiser] heeft immers aangevoerd dat hij door handhaving van het concurrentie- en relatiebeding ten onrechte ernstig wordt beperkt in het (gaan) verrichten van werkzaamheden,¹² bijvoorbeeld voor Het Spectrum in Amersfoort,¹³ en (daarmee) in zijn recht op vrije arbeidskeuze en zijn mogelijkheden om in zijn levensonderhoud te voorzien.¹⁴ Voorts heeft [eiser] aangevoerd dat FOH geen redelijk belang heeft bij naleving van het non-concurrentie- en relatiebeding, onder meer omdat de werkzaamheden die [eiser] wil gaan verrichten geen werkzaamheden zijn waarmee FOH zich bezig houdt,¹⁵ omdat FOH enkel werkzaamheden verricht in de gemeente Almere,¹⁶ omdat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst direct en alleen te wijten is aan de verwijtbare gedragingen van de directie van FOH,¹⁷ en omdat relaties reeds uit eigener beweging afscheid hadden genomen van FOH.¹⁸ In het licht van deze stellingen van [eiser] – waarop het hof bij zijn oordeel over de niet-BIG-geregisteerde activiteiten in het geheel niet heeft gerespondeerd – is dat oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet begrijpelijk.

3. Gegrondbevinding van een of meer van de in het vorenstaande aangevoerde klachten vitieert ook 's hofs (voortbouwende) oordelen in rov. 6.6, 6.10 tot en met 6.12, 6.15 en het dictum van zijn arrest.

Conclusie A-C mr. R.H. de Bock:

De centrale vraag in deze zaak is of het belemmeringsverbod in art. 9a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) ook bescherming biedt aan een voormalig gedetacheerde werknemer die zijn werkzaamheden na afloop van de terbeschikkingstelling als zzp'er bij de voormalige opdrachtgever van de detacheerder wil voortzetten.

1 Feiten

In cassatie kan, voor zover nog van belang, worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan het

12 Zie voor deze stellingname van [eiser] de Inleidende dagvaarding, § 30; pleitnotities van mr. N.A.E. Adema, § 19; memorie van grieven, § 17–20; pleitnotities van mr. LS van Dis, § 26–28.

13 Zie hierover de inleidende dagvaarding, § 30; pleitnotities van mr. N.A.E. Adema, § 7, 9; pleitnotities van mr. LS van Dis, § 28.

14 Zie de inleidende dagvaarding, § 40; memorie van grieven, § 17–20; pleitnotities van mr. LS van Dis, § 26–28.

15 Zie de inleidende dagvaarding, § 30, 40; pleitnotities van mr. N.A.E. Adema, § 8 en (voor zover het werkzaamheden m.b.t. Het Spectrum betreft) § 9.

16 Zie de pleitnotities van mr. N.A.E. Adema, § 7.

17 Zie voor deze stellingname van [eiser] de inleidende dagvaarding, § 38–39.

18 Zie de pleitnotities van mr. N.A.E. Adema, § 16.

arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) van 12 januari 2016, rov. 3.2 t/m 3.14.¹

1.1 [eiser] is een BIG-geregisteerde GGZ-verpleegkundige. Al vóór 2010 was hij gedurende 16 uur per week als zodanig werkzaam bij Huisartsenpraktijk Stadsweiden te Harderwijk (hierna: de Huisartsenpraktijk), als gedetacheerde van GGZ-organisatie Indigo.

1.2 Omstreeks 2010/2011 is [eiser] naast zijn werk bij de Huisartsenpraktijk voor enkele dagen per week als sociaal psychiatisch verpleegkundige/maatschappelijk werker in dienst getreden bij Stichting Autisme Almere (hierna: STAA), waarvan [betrokkene 1] en zijn broer [betrokkene 3] bestuurders zijn. De activiteiten van STAA zijn, volgens het uittreksel van de Kamer van Koophandel, “overige belangenbehartiging. Een fundamentele bijdrage leveren aan de ontwikkeling van de eigenwaarde en onafhankelijkheid van personen met autisme en hun omgeving.” De werkzaamheden van [eiser] bestonden uit begeleiding en behandeling van mensen met autisme.

1.3 De arbeidsomvang van [eiser] bedroeg aanvankelijk 24 uur per week en werd vanaf 1 maart 2013 uitgebreid met 13 uur waarin [eiser] het onder 1.1 bedoelde werk bleef doen, maar nu uitgeleend door STAA in plaats van door Indigo.

1.4 Op 1 januari 2014 is [eiser] full time en voor onbepaalde tijd in de functie van sociaal psychiatisch verpleegkundige/maatschappelijk werker en hoofd zorg in dienst getreden bij FOH, waarvan bestuurder is FOH Holding BV met [betrokkene 1] als enig directeur en aandeelhouder. FOH staat bij de Kamer van Koophandel ingeschreven als organisatie-adviesbureau voor het verlenen van advies, training en coaching op het gebied van personeel en autisme.

1.5 FOH had inmiddels met de Huisartsenpraktijk een overeenkomst gesloten op grond waarvan [eiser] vanaf 1 januari 2014 door FOH werd gedetacheerd voor het verrichten van de onder 1.1 bedoelde werkzaamheden. Deze overeenkomst is uitgebreid tot 16 uur met ingang van 1 maart 2014. Hiernaast zette FOH [eiser] in voor dergelijke werkzaamheden bij de psychiatriepraktijk van [betrokkene 2].

1.6 In de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen FOH en [eiser] is opgenomen dat [eiser] zal worden ingeschakeld voor het begeleiden, coachen en behandelen van cliënten/patiënten van FOH en dat de CAO-GGZ op dit contract van toepassing is. De arbeidsovereenkomst bevat voorts een non-concurrentie- en relatiebeding, alsmede een boetebeding. Deze luiden, voor zover van belang:

“Artikel 9. Non-concurrentie- en relatiebeding

1. Het is de werknemer verboden zonder schriftelijke toestemming van de werkgever om zowel

1 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:142, JAR 2016/55, JIN 2016/48 m.nt. E.M. Bevers, RAR 2016/64 en AR-Updates.nl 2016-0090.

tijdens als wel gedurende jaar na beëindiging van de dienstbetrekking, binnen een straal van 50 km van de vestiging van werkgever, in enigerlei vorm een zaak, gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van de werkgever te vestigen, te drijven, mede te drijven of te doen drijven, hetzij direct hetzij indirect, alsook financieel in welke vorm ook bij een dergelijke zaak belang te hebben, direct of indirect, of daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, hetzij in dienstverband hetzij anderszins, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet, of daarin aandeel van welk aard ook te hebben, alles in de meest ruime zin des woord.

2. Het is de werknemer zonder schriftelijke toestemming van de werkgever gedurende 1 jaar na beëindiging van de dienstbetrekking bij relaties van de werkgever tegen vergoeding of om niet, direct of indirect, in dienstverband of anderszins, cliënten/patiënten van Focus on Human te begeleiden-coachen, in de meest ruime zin des woord.

Artikel 10. Boete

1. (...)

1. Indien de werknemer in strijd met zijn verplichtingen uit hoofde van het bepaalde in het geheimhoudingsbeding, het beding inzake nevenwerkzaamheden en het non-concurrentiebeding handelt, zal hij/zij in afwijking van artikel 7:650 lid 3 BW aan de vennootschap, zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, in afwijking van artikel 7:650 lid 5 BW, voor iedere overtreding een boete verbeuren van € 2.500,- alsmede een boete van € 500,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt, onverminderd het recht van de werkgever om in plaats daarvan volledige schadevergoeding plus kosten en interesten te vorderen voor zover de werkelijk geleden schade de bedongen boete te boven gaat."

1.7 [eiser] heeft bij e-mailbericht van 22 april 2015 aan [betrokkene 1] en overige collega's meegedeeld dat hij zijn arbeidsovereenkomst opzegt tegen 1 juni 2015 omdat [betrokkene 1], kort gezegd, niet deugt en misbruik maakt van kwetsbaarheid van cliënten en naaste collega's.

1.8 Nadat [eiser] op 18 mei 2015 een cliënt van FOH had bezocht, heeft deze zich tegenover derden negatief uitgelaten over FOH en haar directeur [betrokkene 1]. [betrokkene 1] heeft [eiser] bij e-mailbericht van 20 augustus 2015 meegedeeld dat hij [eiser] aansprakelijk houdt voor het gedrag van deze cliënt.

1.9 [eiser], die al op 11 mei 2015 had aangekondigd als zzp'er verder te willen gaan, heeft op 18 mei 2015 zijn eenmanszaak "[A]" ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. De activiteiten van de eenmanszaak bestaan uit GGZ-hulpverlening, behandeling, coaching, begeleiding en onderwijs aan mensen met een GGZ hulp-aanvraag alsook coaching aan zorgprofessionals.

1.10 FOH heeft [eiser] op 21 mei 2015 met onmiddellijke ingang op non-actief gesteld.

1.11 Bij brief van 5 juni 2015 deelt FOH aan [eiser] mee dat zij heeft vernomen dat [eiser] een dienstverband wenst aan te gaan met Ambulante Begeleiding Het Spectrum BV te Amersfoort en dat dit in strijd is met het concurrentie- en relatiebeding waaraan zij [eiser] zal houden.

1.12 Op 30 juni 2015 heeft de Huisartsenpraktijk per brief 'aan wie zulks aangaat' meegedeeld dat de detachering van [eiser] door FOH stopt omdat [eiser] zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, naar zeggen van [eiser] omdat hij aanwijzingen heeft dat Geijtenbeek zijn werknemers en cliënten voor grote bedragen heeft opgelicht.

De Huisartsenpost wenst de samenwerking met [eiser] te continueren en acht zich niet gebonden aan een concurrentie- of relatiebeding waarover niets staat in de detacheringsovereenkomst.

1.13 Ten tijde van de uitspraak (van de rechtbank) in kort geding (zie onder 2.3) was [eiser] als BIG-geregistreerde GGZ-verpleegkundige werkzaam bij de Huisartsenpraktijk en [betrokkene 2].

1.14 FOH heeft over mei 2015 € 2.902 bruto te weinig loon betaald en het vakantiegeld over de periode van 1 juni 2014 tot en met mei 2015 en een bedrag van € 1.337,72 wegens eindejaarsuitkering niet aan [eiser] voldaan.

1.15 Inmiddels is FOH een groot deel van haar klandizie kwijtgeraakt. Er wordt door de sociale recherche onderzoek gedaan naar de fraude met PGB-gelden waarvan [eiser] haar beschuldigt.

1.16 [eiser] heeft de door de kantonrechter opgelegde boete betaald en zijn werkzaamheden bij de Huisartsenpraktijk en [betrokkene 2] gestaakt.

2 Procesverloop

2.1 [eiser] heeft in kort geding van FOH gevorderd, voor zover nog van belang, betaling van de onder 1.14 genoemde bedragen, vermeerderd met wettelijke verhoging en rente. Daarnaast heeft hij schorsing, subsidiair vernietiging van het concurrentie- en relatiebeding gevorderd en, voor zover dat niet wordt toegewezen, een voorschot op de vergoeding ex art. 7:653 lid 4 BW.

2.2 In reconventie heeft FOH gevorderd [eiser] te veroordelen tot nakoming van het concurrentie- en relatiebeding en het handelen in strijd daarmee en in strijd met art. 7:611 BW te staken, op straffe van een dwangsom. Voorts is gevorderd dat [eiser] wordt veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 50.000, met wettelijke rente, wegens het overtreden van die bedingen alsmede het plegen van onrechtmatige concurrentie.

2.3 De kantonrechter heeft geoordeeld dat de onder 1.13 vermelde werkzaamheden van [eiser] in strijd zijn met het concurrentie- en relatiebeding, en dat er zonder bewijslevering, waar het kort geding zich niet toe leent, niet van kan worden uitgegaan dat de beschuldigheden van [eiser] aan [betrokkene 1] juist zijn, nu deze laatste zulks betwist.

Daarom kan er ook niet van worden uitgegaan dat FOH [eiser] in redelijkheid niet meer aan deze bedingen kan houden. FOH heeft haar belang bij

handhaving voldoende aannemelijk gemaakt. Voor de subsidiair gevorderde vernietiging is in kort geding geen plaats en van een ernstig nadeel dat een vergoeding rechtvaardigt is niet gebleken.

De loonvordering c.a. in conventie is door de kantonrechter afgewezen, omdat FOH het erkende bedrag mag verrekenen met het in reconventie gevorderde voorschot op de boete wegens schending van het concurrentie- en relatiebeding, dat daarnaast is toegewezen tot € 15.000 onder afwijzing van de andere grondslagen. [eiser] is voorts in reconventie veroordeeld zich te houden aan het concurrentie- en relatiebeding. Ten slotte is [eiser] veroordeeld in de proceskosten.

2.4 [eiser] heeft hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. FOH heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

2.5 Bij arrest van 12 januari 2016 heeft het hof het vonnis zowel in conventie als reconventie vernietigd en, voor zover nog van belang, het tussen partijen overeengekomen beding in artikel 9 van hun arbeidsovereenkomst geschorst tot 1 juli 2016 of zoveel eerder als daarover in een bodemprocedure is beslist, voor zover het betreft:

a. de werkzaamheden van [eiser] bij de Huisartsenpraktijk;

b. onder de Wet BIG vallende behandelwerkzaamheden die plaatsvinden buiten een straal van 20 kilometer van de vestigingsplaats van FOH in Almere ten behoeve van patiënten die eveneens buiten die straal woonachtig zijn, welke schorsing niet geldt voor patiënten van [betrokkene 2];

c. alle werkzaamheden bij [betrokkene 2] indien [eiser] bij hem in dienst treedt.

[eiser] is veroordeeld tot naleving van het niet geschorste deel van het concurrentie- en relatiebeding en tot betaling van € 15.000 aan FOH, bij wege van voorschot van de op grond van artikel 10 van de arbeidsovereenkomst verbeurde boetes. De overige vorderingen van FOH in de oorspronkelijke reconventie zijn afgewezen.

2.6 [eiser] heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Tegen FOH is verstek verleend. [eiser] heeft zijn klachten schriftelijk toegelicht.

3 Het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen.

3.2 Het eerste onderdeel richt zich tegen rov. 6.3 van het bestreden arrest. In rov. 6.1-6.4 respondeert het hof op grief 1. Met die grief betoogde [eiser] dat het concurrentie- en relatiebeding nietig of vernietigbaar is wegens strijd met art. 9a van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). Het hof overweegt hierover als volgt:

“6.3 Anders echter dan [eiser] betoogt is het beding niet nietig om de enkele reden dat sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedoeld in art. 1 lid 1 sub c Waadi. Het belemmeringsverbod in art. 9a van die wet ziet slechts op de situatie waarin de opdrachtgever

(in casu dus de Huisartsenpraktijk of [betrokkene 2]) hem na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst zou willen nemen.

Daarvan is geen sprake. [eiser] heeft gesteld dat hij de werkzaamheden als zzp'er wil voortzetten. Naar voorlopig oordeel van het hof geniet [eiser] als zelfstandig ondernemer niet de bescherming van het belemmeringsverbod.”

In cassatie wordt geklaagd dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. In art. 9a Waadi is art. 6 lid 2 van Richtlijn 2008/104/EG (de Uitzendrichtlijn) geïmplementeerd.² In het licht van deze bepaling moet art. 9a Waadi – zo nodig bij wege van richtlijnconforme interpretatie – aldus worden uitgelegd dat het daarin vervatte belemmeringsverbod óók geldt in het geval waarin een (voormalige) gedetacheerde na afloop van de detachering c.q. terbeschikkingstelling dezelfde werkzaamheden blijft verrichten voor degene bij wie hij eerder gedetacheerd was, maar nu als zzp'er. Volgens het middelonderdeel is ook in een dergelijke situatie immers sprake van het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de (voormalige) gedetacheerde en de (voormalige) inleners, als bedoeld in art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn.

3.3 Het tweede onderdeel bevat een motiveringsklacht tegen de laatste alinea van rov. 6.9, waarin het hof het beroep van [eiser] op (gedeeltelijke) schorsing van het concurrentie- en relatiebeding afwijst voor wat betreft de niet BIG-geregistreerde werkzaamheden van [eiser].

3.4 Het derde onderdeel is een voortbouwklacht en heeft geen zelfstandige betekenis.

3.5 Voor de beoordeling van het eerste onderdeel geldt het volgende juridisch kader. Art. 9a Waadi is per 27 april 2012 in werking getreden en luidt als volgt (mijn cursivering):

“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.”

3.6 De bepaling van art. 9a Waadi dient ter omzetting van art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn. Deze bepaling luidt als volgt (mijn cursivering):

“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 on-

² Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.

derneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard.”

Art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn spreekt dus niet alleen over het verbieden of verhinderen van ‘het sluiten van een arbeidsovereenkomst’, maar ook over ‘het tot stand komen van een arbeidsverhouding’. Daarmee lijkt art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn een ruimere strekking te hebben dan art. 9a Waadi. De vraag die in het eerste onderdeel aan de orde wordt gesteld is of art. 9a Waadi, zo nodig bij wege van richtlijnconforme interpretatie, gelet op art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn ruimer moet worden uitgelegd en ook de zvp-relatie van [eiser] met de psychiatriepraktijk van [betrokkene 2] of de Huisartsenpraktijk geacht moet worden te omvatten. Dat zou betekenen dat het concurrentie- en relatiebeding dat is opgenomen in art. 9 lid 1 en lid 2 van de arbeidsovereenkomst tussen FOH en [eiser] in zoverre nietig is.

3.7 Ter beantwoording van deze vraag zal hierina worden ingegaan op de volgende onderwerpen:

4. De Uitzendrichtlijn

5. De omzetting van de Uitzendrichtlijn in de Waadi

6. Het belemmeringsverbod vóór de inwerkingtreding van art. 9a Waadi

7. De reikwijdte van het belemmeringsverbod onder de Waadi

8. Het concurrentiebeding

9. Richtlijnconforme interpretatie

Nadat onder 10 enkele conclusies worden getrokken, zullen onder 11, 12 en 13 de verschillende onderdelen van het cassatiemiddel worden besproken.

4 De Uitzendrichtlijn

Doelstellingen Uitzendrichtlijn

4.1 Vanaf begin jaren tachtig heeft de Europese Commissie gewerkt aan de totstandkoming van regulering van zogenoemde atypische arbeidscontracten.³ Daaronder worden verstaan alle arbeidsrelaties die afwijken van de standaardarbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Na moeizame onderhandelingen met de sociale partners is in 1997 een richtlijn voor deeltijdwerk tot stand gekomen (Richtlijn 1997/81 EG).⁴ In 1999 volgde een richtlijn voor tijdelijk werk (Richtlijn 1999/70/EG).⁵ Uiteindelijk is pas

in 2008 de Uitzendrichtlijn aangenomen.⁶ De Uitzendrichtlijn berust niet, zoals de andere richtlijnen voor atypische arbeid, op een raamovereenkomst van de sociale partners, maar is rechtstreeks vastgesteld door de Europese Raad en het Europees Parlement.

4.2 De drie richtlijnen voor atypische arbeidscontracten (de ‘flexrichtlijnen’) hebben zowel sociale bescherming van de werknemer (sociale doelstelling), als het bevorderen van flexibiliteit op de arbeidsmarkt tot doel (flexibele werkgelegenheidsdoelstelling). De sociale bescherming van de werknemer blijkt met name uit het gebod tot gelijke behandeling dat de flexrichtlijnen kennen: deeltijdwerkers, tijdelijke contractanten en uitzendkrachten mogen niet worden achtergesteld ten opzichte van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁷ Maar anders dan in de jaren tachtig worden atypische arbeidscontracten niet langer alleen gezien als een bedreiging voor de bestaanszekerheid van werknemers. Zij worden ook beschouwd als een noodzakelijke bijdrage aan het competitiever maken van bedrijven door hun aanpassingsvermogen en flexibiliteit te vergroten.⁸ De flexrichtlijnen hebben daarom ook tot doel belemmeringen weg te nemen voor atypische arbeidscontracten. Deze dubbele doelstelling van meer zekerheid (voor werknemers) en flexibiliteit (voor werkgevers) wordt wel uitgedrukt met het begrip ‘flexizekerheid’ (*‘flexicurity’*).⁹ Duidelijk is dat dit begrip een inherente spanning heeft: zekerheid of bescherming van werknemers gaat niet altijd samen met het vergroten van de concurrentiekracht van bedrijven door flexibele arbeidscontracten.¹⁰

4.3 Deze dubbele doelstelling is ook te vinden in de Uitzendrichtlijn, zodat ook daarin sprake is van een zeker spanningsveld.¹¹ De dubbele doelstelling blijkt al uit de preambule. Zo wordt onder punt 8 van de preambule melding gemaakt van het streven naar bevordering van flexibiliteit in combinatie

6 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *PbEG* 2008, L 327/9. Zie voor een uitvoerige beschrijving van de totstandkomingsgeschiedenis van de Uitzendrichtlijn ook Ronnie Eklund, *Who is Afraid of the Temporary Agency Work Directive?* In R. Eklund et al., *Skrifter till Anders Victorins minne, lustus*, 2009, p. 139-166; S. Burri en A. Veldman 2016, p. 224-225. Zie over de Uitzendrichtlijn voorts K.H. Hermans en M.S. Houwerzijl, *Verbeterde positie uitzendkracht en uitzendarbeid*. In: *TRA* 2009/60; M. Hennevelt, M. Louisse en W. Bijveld, *Nederland en gelijke bezoldiging: in lijn met de Uitzendrichtlijn?* In: *TRA* 2011/58.

7 S. Burri en A. Veldman 2016, p. 223.

8 S. Burri en A. Veldman 2016, p. 225.

9 Zie voor dit begrip de conclusie van A-G Szpunar d.d. 20 november 2014 voor HvJ EU voor 17 maart 2015, C-533/13 ECLI:EU:C:2015:173 (*AKT/Shell Aviation*), sub 13, met verwijzing naar de relevante Europese documenten. Zie ook S. Burri en A. Veldman 2016, p. 223.

10 S. Burri en A. Veldman 2016, p. 223, 225.

11 Volgens Zappala wordt de sociale doelstelling in de Uitzendrichtlijn uiteindelijk overschaduwd door de werkgelegenheidsdoelstelling. Loredana Zappala, *The Temporary Agency Workers’ Directive: An Impossible Political Agreement?* In: *Industrial Law Journal*, Vol. 32, no. 4, p. 310-317.

3 Ontleend aan S. Burri en A. Veldman, *Flexibele arbeid*. In: F.J.L. Pennings en S.S.M. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht*. Deventer: Kluwer 2016, p. 223-225.

4 Richtlijn 1997/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, *PbEG* 1998, L 14/9.

5 Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 1999, L 175/43.

met arbeidszekerheid en vermindering van de segmentering van de arbeidsmarkt. Onder punt 9 wordt verwezen naar de bijdrage aan het aanpassingsvermogen (van bedrijven) dat geleverd kan worden door nieuwe vormen van arbeidsorganisatie en een grotere verscheidenheid aan arbeidscontractuele regelingen. Punt 11 van de preambule noemt de behoeften van werknemers om werk en privéleven te combineren en punt 12 vermeldt het stellen van een beschermingskader voor uitzendkrachten. In punt 8 van de preambule is ook weer het begrip 'flexizekerheid' (*'flexicurity'*) te vinden. Zie voor de dubbele doelstelling ook art. 2 van de Uitzendrichtlijn.¹²

"Deze richtlijn heeft tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het in artikel 5 vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van uitzendkrachten te waarborgen, en uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen."¹³

Het "creëren van een kader voor uitzendwerk teneinde op doeltreffende wijze bij te dragen tot het scheppen van werkgelegenheid en het ontwikkelen van flexibele arbeidsvormen" ziet op het opheffen, althans opnieuw ter discussie stellen, van beperkingen aan de inzet van uitzendarbeid zoals die in verschillende lidstaten bestaan.¹⁴

4.4 Aan de bescherming van uitzendkrachten wordt in de Uitzendrichtlijn in de eerste plaats inhoud gegeven met art. 5 lid 1 (onder het kopje 'beginsel van gelijke behandeling'), dat bepaalt, als hoofdregel, dat voor uitzendkrachten, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde essentiële voorwaarden gelden als voor de werknemer die in dienst is van de inlenende onderneming en die dezelfde functie bekleedt.¹⁵ Verder strekt ook art. 6 (met als kopje 'Toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding') tot bescherming van uitzendkrachten. Daartoe voorziet art. 6 in een recht op informatie van uitzendkrachten over vacatures, opdat zij dezelfde kansen op een vaste baan hebben als de overige werknemers van die onderneming (lid 1), toegang van de uitzendkracht tot collectieve voorzieningen als bedrijfskantine, kinderopvang- en vervoersfaciliteiten (lid 4), en de toegang tot beroeps-

opleidingen in de inlenende onderneming (lid 5). Het tweede lid van art. 6 bevat het zogenoemde belemmeringsverbod, dat relevant is voor de onderhavige zaak. Dit zal hierna (onder 4.8) nader worden besproken.

Werkingsfeer Uitzendrichtlijn

4.5 De Uitzendrichtlijn is van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau,¹⁶ die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken (art. 1 lid 1). Inlenende ondernemingen en uitzendbureaus omvatten zowel publieke als particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk (art. 1 lid 2). Het kan daarbij gaan om rechtspersonen of natuurlijke personen (art. 3 lid 1, onder b en d). Deze begripsbepalingen brengen mee dat geen commerciële praktijk is vereist, en evenmin dat het uitzendbureau een allocatiefunctie (arbeidsbemiddeling) vervult. Ook detacheringbureaus of payrollbedrijven vallen dus onder de Uitzendrichtlijn.¹⁷

4.6 De Uitzendrichtlijn geeft geen definitie van de begrippen 'arbeidsovereenkomst' en 'arbeidsverhouding'. Wel is in art. 3 lid 2, eerste volzin, bepaald dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van onder meer arbeidsovereenkomst, arbeidsverhouding of werknemer betreft. In art. 3 lid 2, tweede volzin, is bepaald dat werknemers of arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen niet van de werkingsfeer van de richtlijn worden uitgesloten enkel en alleen op de grond dat zij werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of personen met een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met een uitzendbureau zijn. Art. 3 lid 2, tweede volzin, ziet daarmee specifiek op de arbeidsrelatie tussen de uitzendkracht (werknemer) enerzijds en het uitzendbureau anderzijds. De strekking van deze bepaling is een einde te maken aan de rechtsonzekerheid waarmee uitzendkrachten te maken kunnen hebben.¹⁸ Die onzekerheid hing samen met de zeer uiteenlopende kwalificaties van de overeenkomsten op grond waarvan uitzendkrachten hun opdrachten uitvoeren, waardoor zij mogelijk niet in alle lidstaten de bescherming van de arbeidswetgeving genieten. In bepaalde gevallen garandeerden de uitzendbureaus de uitzendkrachten uitdrukkelijk de status van werknemer, terwijl in andere gevallen de uitzendkrachten als zelfstandigen werden beschouwd. Tot slot bleek uit bepaalde uitspraken van rechtbanken dat uitzendkrachten door een overeen-

12 Conclusie van A-G Szpunar d.d. 20 november 2014 voor HvJ EU voor 17 maart 2015, C-533/13 ECLI:EU:C:2015:173 (AKT/Shell Aviation), sub 30-35.

13 Zoals ook weergegeven door de Nederlandse wetgever in *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 895, nr. 3 (MvT), p. 2, sub A en in de schriftelijke toelichting, nr. 3.4.

14 Zie daarover S. Burri en A. Veldman 2016, p. 243.

15 Zie art. 5 lid 1. Zie voorts de preambule onder (14). Het begrip 'essentiële arbeidsvoorwaarden' is gedefinieerd in art. 1 onder f van de richtlijn.

16 Zie over deze definitie nader bij punten 4.12-4.17, naar aanleiding van het arrest HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, *JAR* 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik*).

17 S. Burri en A. Veldman 2016, p. 240.

18 Zie het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten (COM(2002) 149 definitie 2002/0072 COD)), p. 15.

komst *sui generis* waren gebonden: ze waren geen werknemer van het uitzendbureau, maar evenmin van de inlenende onderneming.¹⁹ In Nederland speelde deze problematiek overigens niet, omdat de uitzendovereenkomst naar ons recht een arbeids-overeenkomst is.²⁰

4.7 De implementatiedatum van de Uitzendrichtlijn is gesteld op uiterlijk op 5 december 2011.²¹ Voorts bepaalt art. 12 dat toepassing van de richtlijn uiterlijk op 5 december 2013 door de Commissie aan een evaluatie wordt onderworpen, teneinde zo nodig de vereiste wijzigingen voor te stellen. Deze evaluatie heeft inmiddels plaatsgevonden.²² Voor wat betreft de toepassing van art. 6 lid 2 zijn in het verslag geen bijzonderheden vermeld.²³

Belemmeringsverbod van art. 6 lid 2
Uitzendrichtlijn

4.8 Het in art. 6 lid 2, eerste volzin, van de Uitzendrichtlijn neergelegde belemmeringsverbod (hiervoor geciteerd onder 3.6) is ruim geformuleerd. Het geldt niet alleen voor ‘het sluiten van een arbeids-overeenkomst’, maar ook voor ‘het tot stand komen van een arbeidsverhouding’ tussen uitzendkracht en inlenende onderneming. Het lijkt erop dat deze begrippen – het sluiten van een arbeidsovereenkomst of de totstandkoming van een arbeidsverhouding – in alle taalversies van de Uitzendrichtlijn zijn gebruikt. Zo wordt in de Engelstalige versie gesproken van “the conclusion of a contract of employment or an employment relationship”. De Franstalige versie heeft het over “la conclusion d’un contrat de travail ou d’une relation de travail” en de Duitstalige versie over “den Abschluss eines Arbeitsvertrags oder die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses.”

Te wijzen is nog op art. 6 lid 2, tweede volzin, dat de enige toegestane uitzondering op het belemmeringsverbod bevat. Deze uitzonderingsbepaling is bij amendement van het Europees Parlement aan art. 6 lid 2 toegevoegd en luidt als volgt:²⁴

“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.”

Een bepaling die inhoudt dat de inlenende onderneming een redelijke vergoeding verschuldigd is bij indienstneming van de voormalige uitzendkracht is dus wel toegestaan.

4.9 In haar toelichting op het richtlijnvoorstel heeft de Commissie met betrekking tot art. 6 lid 1 en 2 opgemerkt:

“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 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.”²⁵

En verder:

“Artikel 6 voorziet in een reeks bepalingen die de kwaliteit van het werk van de uitzendkracht moeten verbeteren. Opdat de uitzendkracht toegang zou hebben tot vast werk, moet hij worden ingelicht over de vacante betrekkingen en mag hij op geen hindernissen stuiten wanneer hem de mogelijkheid wordt geboden om na afloop van zijn opdracht met de inlenende onderneming een overeenkomst voor onbepaalde tijd te sluiten (lid 1 en 2)(...)”²⁶

Uit deze toelichting is af te leiden dat de Commissie met art. 6 lid 2, eerste volzin, heeft beoogd de toegang van de uitzendkracht tot vast werk te vergemakkelijken. De achterliggende gedachte is kenmerkend dat uitzendwerk naar zijn aard niet voorziet in vast werk voor de uitzendkracht. De uitzendkracht mag daarom niet op hindernissen stuiten wanneer hem de mogelijkheid wordt geboden om na afloop van de uitzendopdracht met de inlenende onderneming een overeenkomst voor onbepaalde tijd te sluiten. De geciteerde passage vermeldt echter ook dat ‘alle bepalingen’ die ‘de aanwerving’ van een uitzendkracht verbieden of verhinderen, nietig zijn. Dat duidt weer op een ruimer bereik dan alleen een verbod voor bepalingen die het in vaste dienst treden van een uitzendkracht verbieden of verhinderen. ‘Aanwerven’ betekent immers winnen, werven, ronselen.²⁷

4.10 De gedachte dat art. 6 lid 2, eerste volzin, Uitzendrichtlijn ertoe strekt dat geen belemmeringen worden opgeworpen voor het in vaste dienst treden van de uitzendkracht, is ook te vinden in het ten behoeve van de totstandkoming van de richtlijn

19 Zie het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten (COM(2002) 149 definitief 2002/0072 COD)), p. 4-5.

20 Zie art. 7:690 BW.

21 Zie art. 11 lid 1 van de Uitzendrichtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen dienen vast te stellen en bekend te maken om uiterlijk 5 december 2011 aan deze richtlijn te voldoen. Deze datum is door Nederland niet gehaald.

22 Zie het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees en Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over de toepassing van Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid van 21 maart 2014 COM(2014) 176 final.

23 Art. 6 lid 2 wordt in het verslag in het geheel niet genoemd.

24 Zie het advies van het Europees Parlement van 21 november 2002 (PB C 25 E van 29 januari 2004, p. 376). Zie voorts het gewijzigd voorstel van de Commissie voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten van 28 november 2002 (COM (2002) 701 definitief 2002/0072 (COD), p. 4 en 12.

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

26 Idem, p. 16.

27 Van Dale woordenboek. Overigens betekent ‘aanwerven’ volgens Van Dale in België: bij uitbreiding in dienst nemen.

uitgebrachte advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité, waarin uitzendwerk als *'insecure employment'* wordt bestempeld:

"The Committee also approves the provisions of Article 6(2) which serve to render null and void any obstacles preventing temporary workers being taken on by the user undertaking at the end of their posting, thereby ensuring that workers are not forced to remain in insecure employment."²⁸

Echter, daar waar art. 6 zowel in het oorspronkelijke als in het later gewijzigde richtlijnvoorstel van de Commissie de kop *"Toegang tot vast en goed werk"* draagt, spreekt de definitieve richtlijn van *"Toegang tot werk, collectieve voorzieningen en beroepsopleiding"*.

In de definitieve tekst van de richtlijn is het woordje "vast" dus niet gehandhaafd.²⁹

Onduidelijk is wat de reden van deze wijziging is geweest. Er zou uit kunnen worden afgeleid dat het voorkomen van belemmeringen in de toegang tot werk van de uitzendkracht zich niet beperkt tot 'vast en goed werk', maar ziet op 'werk' in het algemeen, maar zeker is dit niet.

De definitieve tekst van art. 6 lid 2, eerste volzin, bevat twee tekstuele wijzigingen ten opzichte van het voorstel van de Commissie. Hiermee lijken echter geen inhoudelijke wijzigingen te zijn beoogd.³⁰

Uitspraak HvJ EU Ruhrlandkliniek

4.11 Het Hof van Justitie voor de Europese Unie heeft tot op heden twee uitspraken gedaan over de uitleg van de Uitzendrichtlijn: HvJ EU 17 maart 2015, *AKT/Shell*³¹ en HvJ EU 17 november 2016, *Ruhrlandkliniek*.³² Alleen laatstgenoemde uitspraak is relevant voor de onderhavige kwestie. In die zaak legde het Bundesarbeitsgericht aan het Hof de vraag

voor – kort gezegd – of de Uitzendrichtlijn van toepassing was op de terbeschikkingstelling van een persoon (een verpleegkundige) aan een inlenende onderneming (Ruhrlandkliniek), terwijl de verpleegkundige naar Duits recht geen arbeidsovereenkomst had met de uitlenende instelling (in casu een vereniging zonder winstdoelmerk). Het Hof overwoog onder meer het volgende:

"25. Voor de uitlegging van het begrip 'werknemer', in de zin van richtlijn 2008/104, dient te worden benadrukt dat dit begrip krachtens artikel 3, lid 1, onder a), van deze richtlijn 'iedere persoon [omvat] die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer'.

26. Derhalve volgt uit de bewoordingen van die bepaling dat 'werknemer' in de zin van voornoemde richtlijn iedere persoon is die arbeid verricht en op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd.

27. Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof is het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals als de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn (zie in die zin arrest van 11 november 2010, *Danosa*, C-232/09, EU:C:2010:674, punten 39 en 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28. Bovendien volgt uit artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 alsmede uit artikel 3, lid 1, onder c), ervan, dat het begrip 'uitzendkracht' definieert, 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 dergelijk bureau.

29. Hieruit volgt dat noch de juridische kwalificatie naar nationaal recht van de verhouding die de betrokkene met het uitzendbureau verbindt, noch de aard van hun rechtsbetrekking, noch de vorm van deze verhouding doorslaggevend is voor de aanduiding van deze persoon als 'werknemer' in de zin van richtlijn 2008/104. Derhalve kan, anders dan de Ruhrlandkliniek in haar opmerkingen betoogt, een persoon als K. niet van het begrip 'werknemer' in de zin van deze richtlijn, en daarmee niet van de werkingsfeer daarvan, worden uitgesloten enkel op de grond dat zij niet door een arbeidsovereenkomst is verbonden met het uitzendbureau en dus naar Duits recht geen werknemer is.

30. Aan die conclusie wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat richtlijn 2008/104, krachtens artikel 3, lid 2, ervan, geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van werknemer betreft.

28 Opinion of the Economic and Social Committee on the "Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers" (COM(2002) 149 final – 2002/0072 (COD)), PB C 61 van 14 maart 2003 (nr. 5.2.2).

29 Voor zover ik heb kunnen nagaan is de kop gewijzigd met het Gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 24/2008 door de Raad vastgesteld op 15 september 2008 (2008/C 254 E/04).

30 Het door de Commissie voorgestelde art. 6 lid 2 luidde: "De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het totstandkomen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht verbieden of verhinderen na afloop van de periode tijdens welke hij ter beschikking wordt gesteld, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard." De twee wijzigingen ten opzichte van het voorgestelde artikel betreffen de toevoeging van het woordje "eventuele" na "opdat" en vervanging van de frase "na afloop van de periode tijdens welke hij ter beschikking wordt gesteld" door het korter en bondiger "na afloop van zijn uitzendopdracht".

31 HvJ EU 17 maart 2015, C-533/13, ECLI:EU:C:2015:173 (*AKT/Shell Aviation*). In deze zaak heeft het Hof zich uitgesproken over de vraag of aan art. 4 lid 1 van de Uitzendrichtlijn directe werking toekomt, waardoor uitzenders of inlenende ondernemingen de opheffing van ongerechtvaardigde belemmeringen voor de rechter zouden kunnen afdwingen tegenover de nationale overheid.

32 HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, *JAR* 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Betriebsrat der Ruhrlandkliniek*).

31. Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 29 van zijn conclusie, betekent die bepaling enkel dat de Uniewetgever de bevoegdheid van de lidstaten om te bepalen welke personen naar nationaal recht onder het begrip 'werknemer' vallen en binnen het kader van hun nationale recht beschermd moeten worden – welk aspect richtlijn 2008/104 niet beoogt te harmoniseren – wilde behouden.

32. Daarentegen kan voornoemde bepaling niet worden uitgelegd als zou de Uniewetgever ervan af hebben gezien de reikwijdte van dat begrip in de zin van richtlijn 2008/104 en daarmee de personele werkingssfeer ervan, zelf vast te leggen. De Uniewetgever heeft het immers, zoals blijkt uit de punten 25 en 26 van het onderhavige arrest, niet aan de lidstaten overgelaten om dit begrip eenzijdig te definiëren, doch in artikel 3, lid 1, onder a), van deze richtlijn zelf de contouren daarvan nader aangegeven, zoals hij dit overigens ook heeft gedaan met betrekking tot de definitie van 'uitzendkracht' in artikel 3, lid 1, onder c), van voornoemde richtlijn.

33. Daarom moet het bovengenoemde begrip aldus worden uitgelegd dat het iedere persoon omvat die een arbeidsverhouding in de zin zoals aangegeven in punt 27 van het onderhavige arrest heeft en in de desbetreffende lidstaat op grond van de arbeid die hij verricht, wordt beschermd.

34. Bovenstaande uitlegging wordt gestaafd door de doelstellingen die door richtlijn 2008/104 worden nagestreefd.

35. Uit de overwegingen 10 en 12 van die richtlijn blijkt immers dat deze, aangezien er grote verschillen bestaan in het gebruik van uitzendarbeid en in de rechtspositie, het statuut en de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten binnen de Europese Unie, beoogt een beschermingskader vast te stellen voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt. Zo heeft de richtlijn, blijkens artikel 2 ervan, tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van deze werknemers, en door uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen.

36. Een beperking van het begrip 'werknemer' in de zin van richtlijn 2008/104 tot personen die krachtens nationaal recht onder dat begrip vallen, en met name tot diegenen die door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden met het uitzendbureau, zou de verwezenlijking van deze doelstellingen evenwel in gevaar kunnen bren-

gen en derhalve, door de werkingssfeer van deze richtlijn bovenmatig en ongerechtvaardigd te beperken, afbreuk doen aan het nuttig effect ervan.

37. Een dergelijke beperking zou de lidstaten of de uitzendbureaus immers toestaan naar eigen goeddunken bepaalde categorieën personen uit te sluiten van de door die richtlijn beoogde bescherming en met name van de toepassing van het in artikel 5 van diezelfde richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten ten opzichte van werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming zijn tewerkgesteld, terwijl de arbeidsverhouding die deze personen verbindt met het uitzendbureau niet wezenlijk verschilt van die welke personeelsleden die krachtens het nationale recht de hoedanigheid van werknemer hebben verbindt met hun werkgever.

(...)

43. Gelet op het voorgaande moet het begrip 'werknemer' in de zin van richtlijn 2008/104 aldus worden uitgelegd dat het iedere persoon omvat die arbeid verricht, dat wil zeggen die gedurende een bepaalde tijd voor een andere persoon en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt, en die op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat is beschermd, zulks ongeacht de juridische kwalificatie van zijn arbeidsverhouding naar nationaal recht, de aard van de rechtsbetrekking tussen deze personen en de vorm van deze verhouding. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze voorwaarden in casu zijn vervuld en of K. dus moet worden aangemerkt als 'werknemer' in de zin van deze richtlijn."

Verder heeft het Hof geoordeeld dat onder economische activiteit in de zin van art.1 lid 2 van de richtlijn moet worden verstaan iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt. Het feit dat de Ruhrlandkliniek geen winstoogmerk heeft is dus niet relevant. Ook is de rechtsvorm van de Ruhrlandkliniek niet van belang.

Materiële benadering Uniebegrip 'werknemer'

4.12 De uitspraak *Ruhrlandkliniek* sluit aan bij eerdere rechtspraak van het Hof, waarin gekozen is voor een materiële benadering van het werknemersbegrip. Het Hof oordeelt immers dat het er niet om gaat of formeel gezien, naar nationaal recht sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar of materieel voldaan wordt aan de kenmerken van een arbeidsovereenkomst, namelijk *dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt*.

Deze omschrijving van het unierechtelijke begrip 'werknemer' berust op vaste rechtspraak van

het Hof.³³ Zij is bijvoorbeeld ook te vinden in de uitspraak *FNV Kiem*, met de overweging dat aan de hand van objectieve criteria moet worden bepaald of voldaan is aan het begrip 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie (rov. 34).³⁴ De verwijzing naar 'objectieve criteria' zou er volgens Boot op kunnen wijzen dat het Hof wil abstraheren van de partijbedoeling en enkel kijkt naar de feitelijke vormgeving van de arbeidsverhouding.³⁵ Dit zou volgens Boot meebrengen dat sprake is van een relativering van de rechtspraak van de Hoge Raad,³⁶ waarin bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst óók de partijbedoeling meeweegt.³⁷ Verder overwoog het Hof in zijn uitspraak *FNV Kiem* dat de kwalificatie als 'zelfstandige' naar nationaal recht, niet uitsluit dat een persoon moet worden aangemerkt als 'werknemer' in de zin van het Unierecht, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhuult.³⁸ Het Hof noemt daarbij drie kenmerken die kunnen meebrengen dat iemand werknemer is in de zin van het Unierecht en dus een 'schijnzelfstandige' is (rov. 36-37).³⁹

(1) handelt betrokkene onder leiding van zijn werkgever wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen;

(2) deelt betrokkene niet in de commerciële risico's van de werkgever;

(3) is betrokkene tijdens de duur van de arbeidsverhouding opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.

Het Hof geeft dus een eigen, unierechtelijke invulling aan het begrip 'werknemer' dat materieel is ingekleurd, waardoor onder omstandigheden — de rechter zal dit van geval tot geval moeten beoorde-

len — ook een zelfstandige als een werknemer is aan te merken.

4.13 In zijn noot onder de uitspraak *Ruhrlandklinik* schrijft Zwemmer dat de door het Hof gestelde eisen voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn zodanig ruim zijn dat daaronder ook zzp'ers of vrijwilligers kunnen vallen.⁴⁰ Ook een opdrachtnemer die op basis van een overeenkomst van tussenkomst werkzaam is voor een opdrachtgever van zijn opdrachtgever, zou daaronder kunnen vallen. Deze valt daarmee volgens Zwemmer ook onder de reikwijdte van de Waadi.

4.14 De uitspraak *Ruhrlandklinik* gaat weliswaar over de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en degene die de uitzendkracht ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming (het uitzendbureau), en ziet daarmee op de werkingsfeer van de richtlijn. Maar zowel de materieelrechtelijke invulling die het Hof geeft aan het werknemersbegrip als zijn overwegingen in rov. 28 e.v., zijn ook van belang voor de onderhavige kwestie. De in art. 6 lid 1 Uitzendrichtlijn gekozen bewoordingen voor het toepassingsgebied van de richtlijn ('*werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding*') zijn immers vrijwel dezelfde als die in art. 6 lid 2 ('*het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding*').

De uitspraak van het Hof biedt naar mijn mening dan ook veel steun voor de gedachte dat art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn ook betrekking heeft op uitzendkrachten die met de inlenende onderneming een arbeidsverhouding aangaan die formeel geen arbeidsovereenkomst is, maar daarmee materieel wel gelijk moet worden gesteld. Dat zal het geval zijn als diegene na afloop van de terbeschikkingstelling *gedurende een bepaalde tijd voor de inlenende onderneming en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt* (rov. 43 *Ruhrlandklinik*). Ook een zzp'er kan onder omstandigheden voldoen aan dit criterium.

Voor deze uitleg pleiten dezelfde argumenten als het Hof gebruikt in de uitspraak *Ruhrlandklinik*: de richtlijn beoogt een beschermingskader vast te stellen voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen in de lidstaten eerbiedigt. Daarbij past niet dat het beschermingsniveau van de uitzendkracht afhangt van de 'toevallige' omstandigheid of hij na afloop van de terbeschikkingstelling met de inlenende onderneming een arbeidsovereenkomst sluit of een arbeidsrelatie aangaat die naar nationaal recht niet als een arbeidsovereenkomst kwalificeert maar daarmee materieel wel sterk op lijkt.

Dit geldt temeer nu de bewoordingen van art. 6 lid 2 ruimer zijn dan die in art. 1 lid 1, omdat in art. 6 lid 2 niet de koppeling met '*werknemers*' wordt gelegd. Daardoor heeft art. 6 lid 2 naar de letter al een ruimer bereik dan art. 1 lid 1.

40 HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*).

33 S. Burri en A. Veldman, Gelijke behandeling als grondrecht. In: F.J.L. Pennings en S.S.M. Peters (red.), *Europees arbeidsrecht*. Deventer: Kluwer 2016, p. 151-222, p. 166.

34 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, NJ 2015/205 m.nt. Mok, JAR 2015/19 m.nt. A. Stege (*FNV Kiem*).

35 G.C. Boot, Groen Schoevers op losse schroeven? In: *ArbeidsRecht* 2015/14.

36 HR 14 november 1997, NJ 1998/149, JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

37 Dat de partijbedoeling bij de kwalificatie van een arbeidsverhouding als arbeidsovereenkomst van ondergeschikt belang behoort te zijn, volgt volgens Loonstra ook uit art. 9 van ILO Recommendation 198: "*For the purpose of the national policy for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties.*" C.J. Loonstra, Noot bij Groen/Schoevers. In: *«JAR» 25 jaar. Een hooggeleerde selectie met annotaties verfraaid*. Den Haag 2016, p. 68-70.

38 Het Hof verwijst daarbij naar zijn eerdere arrest HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, JAR 2011/24, TRA 2011/31 m.nt. S.S.M. Peters (*Danosa*).

39 Vergelijk ook HvJ EU 10 september 2014, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, NJ 2005/48 m.nt. Mok (*Allonby*), rov. 71. Voorts Burri en Veldman 2016, p. 166-167.

Begrip 'arbeidsverhouding'

4.15 Zoals gezegd (onder 4.6) is in art. 3 lid 2, eerste volzin van de Uitzendrichtlijn bepaald dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van onder meer arbeidsovereenkomst, arbeidsverhouding of werknemer betreft. Het begrip 'arbeidsverhouding' is in het Nederlandse recht niet duidelijk omlijnd. Het is een aanduiding van alle mogelijke vormen van arbeidsrelaties, waarvan de arbeidsovereenkomst er slechts één is. Andere arbeidsverhoudingen dan die op basis van de reguliere arbeidsovereenkomst zijn bijvoorbeeld die van de ambtenaar, de docent, de geestelijke, de bestuurder van een vennootschap, de zeevarende, de handelsagent- en vertegenwoordiger, de huishoudelijk werker, de door de overheid gesubsidieerde werknemer, de sporter, de zzp'er en de vrijwilliger.⁴¹

4.16 Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) geeft een meer specifieke omschrijving van het begrip 'arbeidsverhouding'. Art. 1, aanhef en sub d, omschrijft de 'arbeidsverhouding' als 'de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer'. Daarmee heeft niet alleen de traditionele arbeidsovereenkomst te gelden als een arbeidsverhouding in de zin van het BBA. Op grond van art. 1 aanhef en sub b onder 2 BBA valt onder de omschrijving van 'werknemer' namelijk ook degene, die persoonlijk arbeid verricht voor een ander, tenzij hij (1) dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht of hij (2) zich door meer dan twee andere personen laat bijstaan of (3) deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is. Op grond van deze omschrijving kon onder het BBA ook aan opdrachtnemers (zzp'ers) de ontslagbescherming van art. 6 BBA toekomen.⁴² Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 is het ontslagverbod van art. 6 BBA echter overgeheveld naar art. 7:681 BW. Dit brengt mee dat de ontslagbescherming van een specifieke groep opdrachtnemers – namelijk degene die in de regel niet voor meer dan twee anderen arbeid verrichten en gehouden zijn zelf de arbeid uit te voeren – is verval-⁴³

4.17 Ik acht het niet aannemelijk dat het begrip 'arbeidsverhouding' in de Uitzendrichtlijn verwijst naar de zeer specifieke omschrijving daarvan in het BBA. Wel is duidelijk dat het begrip 'arbeidsverhouding' (niet alleen naar Unierecht maar) ook naar Nederlands recht een ruimere betekenis heeft dan 'arbeidsovereenkomst'. Daarmee is niet gezegd dat alle arbeidsrelaties die naar Nederlands recht als

een 'arbeidsverhouding' zijn aan te merken, onder de werking van de richtlijn vallen. Wel is er ook in het Nederlandse recht voldoende grondslag om sommige van die arbeidsrelaties onder de werking van art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn te brengen. Zoals hiervoor is besproken is dat aan de orde als de overeenkomst die de uitzendkracht na afloop van de terbeschikkingstelling aangaat met de inlenende onderneming, materieel als een arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd, doordat betrokkene *gedurende een bepaalde tijd voor de inlenende onderneming en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt*.

De implementatie van het belemmeringsverbod in enkele andere Europese lidstaten

4.18 Het belemmeringsverbod is in Duitsland geïmplementeerd in art. 9, leden 3 en 4 van de 'Arbeitnehmerüberlassungsgesetz' (AÜG). Het belemmeringsverbod beperkt zich daar tot uitzendkrachten die een arbeidsovereenkomst aangaan met de inlenende onderneming. Het verbod van art. 9 AÜG zou zich derhalve beperken tot uitzendkrachten die een arbeidsovereenkomst aangaan.⁴⁴

In België is de Uitzendrichtlijn geïmplementeerd bij wet van 9 juli 2012, *Stb.* 2012, 2159. Deze wet was een aanvulling op een wet van 24 juli 1987 (Wet betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers). Laatstgenoemde wet bevatte in art. 16 al een ruim geformuleerd belemmeringsverbod, dat niet is gewijzigd met de implementatie van de Uitzendrichtlijn:

"De contractuele bedingen waarbij het de uitzendkracht verboden is zich bij een gebruiker te verbinden, worden als niet bestaande beschouwd."

Daarmee lijkt het belemmeringsverbod in België niet beperkt te zijn tot uitzendkrachten die een arbeidsovereenkomst aangaan met de inlenende onderneming, maar zeker is dit niet.⁴⁵ Ten slotte is het belemmeringsverbod in Frankrijk geïmplementeerd in art. L1251-44 Code du travail ("*Toute clause tendant à interdire l'embauche par l'entreprise utilisatrice du salarié temporaire à l'issue de sa mission est réputée non écrite*"). Met het woord 'embauche' lijkt ook hier het verbod zich te beperken tot belemmeringen aan de indienstneming van de uitzendkracht.⁴⁶

44 Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 42. Edition, § 9 AÜG, Randnummer 56.

45 In W. van Eeckhoutte, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht* (Deel I van het Handboek Belgisch Sociaal Recht), Wolters Kluwer Belgium: uitgave 2014-2015, p. 192-193 wordt alleen gesproken over de mogelijkheid dat dat de gebruiker (hiermee is bedoeld: inlener) na afloop van de overeenkomst voor uitzendarbeid de uitzendkracht als werknemer in dienst neemt. Ook is vermeld dat het verboden is te bedingen dat de uitzendkracht zich verbindt niet in dienst te treden.

46 Of de bepaling inderdaad zo moet worden uitgelegd, heb ik niet kunnen vinden.

41 A.R. Houweling en G.W. van der Voet, Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht. Een nationaal en rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging en toekomst van bijzonder arbeidsverhoudingen. In: *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2013, p. 3-61.

42 Zie bijvoorbeeld HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7500, NJ 2012/259 m.nt. Verhulp (TROS/...).

43 Zie over de BBA-bescherming van de zzp'er, G.C. Boot en A.C. Damsteegt (red.), *De zelfstandige zonder personeel*. Deventer 2014, p. 27-34.

5 Omzetting Uitzendrichtlijn in Waadi

5.1 De Uitzendrichtlijn is omgezet bij wet van 27 april 2012 tot wijziging van de Waadi en de Wet op de Ondernemingsraden (WOR).⁴⁷ Het daarbij ingevoerde 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.

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.”

De Nederlandse wet spreekt dus slechts van ‘arbeidsovereenkomst’ en niet, zoals de richtlijn, tevens van ‘arbeidsverhouding’. De keuze om alleen te spreken van een arbeidsovereenkomst is door de wetgever niet toegelicht.

5.2 Bij de keuze om de (definitie)bepalingen in de artikelen 1 en 3 van de richtlijn, waarin het woord “arbeidsverhouding” eveneens voorkomt, niet te implementeren, lijkt te hebben meegespeeld — maar duidelijk is dit niet — dat artikel 7:690 BW de uitzendovereenkomst als een arbeidsovereenkomst definieert. In de MvT wordt namelijk gesteld dat als de overeenkomst voldoet aan de definitie van arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW, dan de regeling van de arbeidsovereenkomst in titel 7:10 BW van toepassing is, behoudens voor zover anders is bepaald.⁴⁸ Daarmee is echter over het hoofd gezien dat het in art. 9a Waadi niet gaat over (de kwalificatie van) de overeenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht, maar over een opvolgende overeenkomst, na afloop van de terbeschikkingstelling, tussen uitzendkracht en inlenende onderneming.

Parallel: Albron-arrest

5.3 Ook in de *Albron*-zaak (HR 5 april 2013) was aan de orde welke betekenis moest worden toegekend aan de omstandigheid dat de wetgever bij de omzetting van de richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EG in (de voorloper van) art. 7:663 BW (behoud van rechten werknemer bij overgang onderneming) ervan had afgezien om naast het begrip ‘arbeidsovereenkomst’ ook het in de richtlijn gebruikte begrip ‘arbeidsverhouding’ over te nemen.⁴⁹

Uit de MvT bij de omzettingwet bleek dat de toevoeging van het begrip ‘arbeidsverhouding’ overbodig werd geacht, omdat de uitzendovereenkomst naar Nederlands recht — anders dan in sommige andere lidstaten — een arbeidsovereenkomst is. De Hoge Raad leidde daaruit af dat uit de wetsgeschiedenis niet bleek dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen had gestaan dan de wens de richtlijnen getrouw om te zetten in het nationale recht. Daarom kan niet gezegd worden dat art. 7:663 BW vereist dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de onderneming die overgaat (rov. 3.6.8). De omstandigheid dat de werknemer ten tijde van de overgang van de onderneming waarvoor hij werkzaam was niet bij die onderneming in dienst was maar bij een zustermaatschappij, stond dan ook niet in de weg aan toepasselijkheid van art. 7:663 BW.⁵⁰

Parlementaire geschiedenis omzetting art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn

5.4 Met betrekking tot de omzetting van art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn is in de MvT opgemerkt:

“Het tweede lid bepaalt dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen zodat 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 laat onverlet dat uitzendbureaus een redelijke vergoeding kunnen ontvangen voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving en opleiding van uitzendkrachten. Volgens het derde lid mogen uitzendbureaus de werknemers geen honoraria rekenen voor opdrachten in een inlenende onderneming of het aangaan van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de inlenende onderneming na hun uitzendopdracht in de inlenende onderneming.

(...)

Het eerste, tweede en vierde lid behoeven implementatie.

(...)

Het tweede lid ziet op het zogenoemde «belemmeringsverbod» en bepaalt dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen zodat 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. Tot 1 juli 1998 was het belemmeringsverbod wettelijk geregeld. Hoewel het thans niet meer wettelijk geregeld is,

⁴⁷ Wet van 19 april 2012 tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs en de Wet op de ondernemingsraden in verband met implementatie van de Richtlijn 2008/104/EG van het Europese Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *Stb.* 2010/173.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 3 (MvT), p. 2-4.

⁴⁹ HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, *JAR* 2013/125, *NJ* 2013/384 m.nt. Verhulp (*Albron/FNV en [...]*), rov. 3.6.5-3.6.8.

⁵⁰ Overigens is Beltzer in zijn noot bij het *Albron*-arrest in *JAR* 2013/125 kritisch over wat nu precies de redenering van de Hoge Raad is geweest.

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. Gelet hierop is het noodzakelijk het belemmeringsverbod wederom wettelijk te regelen. Daar komt bij dat de richtlijn – met zowel het belemmeringsverbod als de verplichte vacaturemelding bij de inlener – beoogt dat ter beschikking gestelde uitzendkrachten dezelfde kansen worden gegeven op een vaste baan bij de inlener als de werknemers in die onderneming. Het bovenstaande laat regelingen waarbij uitzendbureaus een redelijke vergoeding vragen voor aan de inlener verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, werving en opleiding van uitzendkrachten onverlet. (...)”⁵¹

En verder:

“Het in het eerste lid van het nieuwe artikel 9a van de WAADI neergelegde directe en indirecte «belemmeringsverbod» houdt in dat de uitlener geen belemmeringen in de weg mag leggen voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener na afloop van de terbeschikkingstelling. Dit verbod waarborgt dat de uitlener op geen enkele wijze beperkingen zal stellen aan de vrije keuze van arbeid van de ter beschikking gestelde arbeidskracht om bij de inlener in dienst te treden. Een beding met een dergelijke strekking is nietig. In afwijking van het eerste lid van artikel 9a van de WAADI mag degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt een redelijke vergoeding in rekening brengen aan de inlenende onderneming, voor de door de uitlener verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling en de werving, selectie en opleiding van de ter beschikking gestelde arbeidskracht. De redelijkheid van een dergelijke vergoeding kan worden beoordeeld aan de hand van wat in

de markt gebruikelijk is, de kosten die zijn gemaakt en de duur van ter beschikkingstelling. Als de terbeschikkingstelling bijvoorbeeld lang heeft geduurd, zullen de inkomsten daaruit groter zijn (en de kosten voor een groter deel zijn terugverdiend). Het ligt in de rede dat bij de bepaling van de hoogte van een vergoeding hier rekening mee wordt gehouden.”⁵²

Naar aanleiding van vragen vanuit de Tweede Kamer⁵³ over de herinvoering van het belemmeringsverbod in de Waadi heeft de minister het volgende opgemerkt (mijn cursivering):

“Hoewel het thans niet meer wettelijk geregeld is, wordt in de rechtspraak aangenomen dat het belemmeringsverbod nog wel bestaat. De rechter kan op grond van artikel 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) een verbod als een onredelijk 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. De richtlijn schrijft in artikel 6 echter een verbod voor van elk beding dat de indiensttreding bij een inlener belemmert. Niet alleen een verbod op onredelijke bedingen. De enig toegestane uitzondering is een beding op grond waarvan een inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de uitlener voor werving, terbeschikkingstelling of opleiding van uitzendkrachten die bij hem in dienst treden. Een beding dat de werknemer belet in dienst te treden van de inlener is dan ook nietig. De werknemer hoeft ook dan niet naar de rechter om een dergelijk beding aan te vechten. Met het opnemen van het belemmeringsverbod in de WAADI wordt voldaan aan de richtlijn.”⁵⁴

En voorts:

“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 bezwarende 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. De regering ziet geen nadelen. Het verschaft de uitzendkracht en de uitzendwerkgever juist duidelijkheid over welke bedingen wel en niet zijn toegestaan.”⁵⁵

⁵² *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 895, nr. 3 (MvT), p. 14.

⁵³ *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 895, nr. 4 (verslag), p. 5.

⁵⁴ *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 895, nr. 5 (NnavV), p. 8.

⁵⁵ *Idem*.

⁵¹ *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 895, nr. 3 (MvT), p. 7-8.

Op de vraag van leden van de VVD-fractie⁵⁶ of de regering kan uitsluiten dat er zogenoemde 'nationale koppen' op deze richtlijn worden geïntroduceerd, heeft de minister geantwoord dat de Uitzendrichtlijn zonder 'nationale kop', dus 'kaal' wordt geïmplementeerd. Dit betekent dat niet meer wordt geregeld dan wat in de richtlijn wordt voorgeschreven.⁵⁷

5.5 Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer heeft de minister verder nog opgemerkt:

"(...) Uitzendkrachten mogen geen belemmeringen in de weg gelegd zien als het gaat om het in dienst treden bij een inlener. Als een uitzendbureau iemand bij een inlener neerzet en als de inlener de uitzendkracht op een gegeven moment in dienst wil nemen, dan mag dat gewoon. Het uitzendbureau mag dat niet in de weg staan. Er is daarop één uitzondering: er moet wel een redelijke vergoeding zijn voor de diensten die het uitzendbureau heeft verricht. Anders zou iemand tegen een uitzendbureau kunnen zeggen: ik heb iemand nodig, wil je iemand voor me zoeken, dat lukt, waarna die persoon rechtstreeks in dienst wordt genomen, waarmee dat bedrijf van dat uitzendbureau af is, wat lekker goedkoop is. Dat mag dus niet: in zo'n geval moet je wel een redelijke vergoeding geven voor de diensten van het uitzendbureau. Dat is de enige beperking die er is. Voor het overige mag aan het in dienst treden van uitzendkrachten bij de inlener geen beperking worden opgelegd."⁵⁸

Op de vraag van Azmani (VVD) of de herinvoering van het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi noodzakelijk is omdat de Uitzendrichtlijn elk belemmeringsbeding verbiedt (afgezien van de hiervoor door de minister genoemde uitzondering) en of de minister kan weerspreken dat er sprake is van een nationale kop,⁵⁹ antwoordde deze:

"De richtlijn verbiedt elk beding dat de indiensttreding bij de inlener belemmert. Alleen het belemmeringsverbod dat opgenomen wordt in de Waadi is datgene wat wij op grond van de richtlijn moeten doen. Dat doen wij dus ook. Er is op geen enkele wijze sprake van een nationale kop op de richtlijn. Van de heer Azmani heb ik goed begrepen dat hij ook ziet dat de enige uitzondering die wij erop maken, een uitzondering is die ons is aangereikt vanuit de richtlijn. De conclusie die hij trok dat er geen nationale kop is, is ook juist. (...)"⁶⁰

Als ik het goed zie, heeft de minister geen antwoord gegeven op een andere vraag van Azmani,⁶¹ of dit betekent dat er een onderscheid zal zijn in het rechtsregime ten aanzien van werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomst (toetsing door de rechter of een beding onredelijk is) en uitzend-

krachten (elk beding valt in principe onder het belemmeringsverbod). Deze vraag dient m.i. bevestigend te worden beantwoord.

5.6 Uit de hiervoor geschetste totstandkomingsgeschiedenis van art. 9a Waadi is af te leiden dat de Nederlandse wetgever de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen. Met de invoering van art. 9a Waadi beoogde hij art. 6 lid 2 van de richtlijn dan ook getrouw om te zetten in het nationale recht (zonder "nationale koppen"). Verder blijkt dat de wetgever aanknoopt bij de eerder (onder 4.9) aangehaalde toelichting van de Commissie bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, dat de richtlijn beoogt om uitzendkrachten dezelfde kansen op een *vaste baan* bij de inlener te geven als de werknemers in die onderneming.⁶²

Aannemelijk is verder dat tijdens de parlementaire behandeling niet onder ogen is gezien een geval als het onderhavige, waarin de gedetacheerde na afloop van zijn terbeschikkingstelling niet op basis van een arbeidsovereenkomst maar als zzp'er voor de inlenende onderneming aan de slag wenst te gaan.

5.7 In de parlementaire stukken wordt op diverse plaatsen gerefereerd aan een eerder belemmeringsverbod dat tot 1 juli 1998 wettelijk zou zijn geregeld en waarvan het bestaan nadien in de rechtspraak zou zijn aangenomen. Om een beter inzicht te verkrijgen in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 9a Waadi, zal ik nog kort ingaan op dit oude belemmeringsverbod.⁶³

6 *Belemmeringsverbod vóór inwerkingtreding art. 9a Waadi* Arbeidsvoorzieningswet

6.1 Reeds de Arbeidsvoorzieningswet 1990 kende een belemmeringsverbod.⁶⁴ Op grond van art. 93 lid 1 aanhef en onder a van die wet was het de uitlener⁶⁵ verboden om "*aan de ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan*." Met dit ruim geformuleerde verbod beoogde de wetgever te waarborgen dat de uitlener op geen enkele wijze beperkingen zou stellen aan de vrije arbeidskeuze van de gedetacheerde of uitgezonden

62 *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 895, nr. 3 (MvT), p. 7-8.

63 De passages over de voorgeschiedenis zijn grotendeels ontleend aan M.C. Van Koppen, Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2013-2.

64 Wet van 28 juni 1990 houdende instelling van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie en regelen op het gebied van de arbeidsvoorziening, *Stb.* 1990/402.

65 Art. 93 lid 1 aanhef spreekt over 'de vergunninghouder'. Destijds gold nog een publiekrechtelijk vergunningsstelsel voor uitzendwerk. Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten was slechts toegestaan indien daartoe een vergunning was verleend.

56 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 4 (verslag), p. 6.

57 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, nr. 5 (NnavV), p. 11.

58 *Handelingen II* 1 maart 2012, 58-6, p. 32.

59 *Handelingen II* 1 maart 2012, 58-6, p. 26-27, 34 en 43.

60 *Handelingen II* 1 maart 2012, 58-6, p. 43. Vgl. ook p. 34.

61 *Handelingen II* 1 maart 2012, 58-6, p. 34.

werknemer.⁶⁶ De Arbeidsvoorzieningswet 1990 is met ingang van 1 januari 1997 ingetrokken en vervangen door de Arbeidsvoorzieningswet 1996.⁶⁷ De bepalingen met betrekking tot de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, waaronder het belemmeringsverbod in art. 93 lid 1 aanhef en onder a, zijn daarbij echter gehandhaafd.⁶⁸ Uit de spaarzame (lagere) jurisprudentie uit die periode volgt dan ook dat door de uitlener geen rechten konden worden ontleend aan een met een gedetacheerde of uitgezonden werknemer overeengekomen concurrentiebeding, omdat een dergelijk beding in strijd werd geacht met het belemmeringsverbod, dat bovendien van openbare orde werd geacht.⁶⁹ Ook een zogenoemde "indirecte belemmeringsclausule" in de overeenkomst tussen de uitlener en de inlener, op grond waarvan het de inlener gedurende een bepaalde periode na afloop van de terbeschikkingstelling verboden was de gedetacheerde of uitgezonden werknemer in dienst te nemen, werd nietig geacht wegens strijd met het belemmeringsverbod.⁷⁰ Deze had immers feitelijk tot gevolg dat de gedetacheerde of uitgezonden werknemer werd belemmerd in zijn vrijheid een arbeidsverhouding aan te gaan met een derde. Onder het regime van de Arbeidsvoorzieningswet gold derhalve zowel een direct als een indirect belemmeringsverbod.

6.2 Het valt op dat het in de Arbeidsvoorzieningswet 1990 opgenomen belemmeringsverbod, net als de Uitzendrichtlijn maar anders dan de Waadi, spreekt over een verbod tot het in de weg leggen van belemmeringen voor het aangaan van een 'arbeidsverhouding'. In de wetsgeschiedenis van de Arbeidsvoorzieningswet 1990 heb ik hierop geen toelichting kunnen vinden.⁷¹ Ook de handboeken uit die tijd bieden geen aanknopingspunten voor de uitleg van het hiermee bedoelde belemmeringsver-

bod.⁷² Ik heb dan ook niet kunnen vaststellen of het oude belemmeringsverbod door het gebruik van het begrip 'arbeidsverhouding' ook betrekking had op andere arbeidsrelaties dan een arbeidsovereenkomst met de inlenende onderneming.

Waadi

6.3 Met ingang van 1 juli 1998 zijn de bepalingen in de Arbeidsvoorzieningswet 1996 die betrekking hadden op het uitzendwezen, (gewijzigd) overgegaan in de Waadi (toen nog geschreven als WAADI).⁷³ Met de Waadi zijn de mogelijkheden om gebruik te maken van uitzendbureau aanzienlijk verruimd. Zo werd in de Waadi niet langer het beginsel aangehouden dat uitzendwerk tijdelijk moet zijn en werd het tot die tijd geldende publiekrechtelijke vergunningstelsel voor uitzendbureaus afgeschaft.⁷⁴ Voorts is in diezelfde periode met de Wet Flexibiliteit en Zekerheid de (voorheen onzekere) rechtspositie van de uitzendkracht geregeld in Boek 7, Titel 10, Afdeling 11.⁷⁵ In deze afdeling is verduidelijkt dat de uitzendovereenkomst als een (specifieke vorm van de) arbeidsovereenkomst moet worden gezien, waarvoor enkele afwijkende regels gelden.⁷⁶

6.4 Het belemmeringsverbod in de Arbeidsvoorzieningswet 1990 (en later: 1996) is in de Waadi niet teruggekeerd. Op vragen vanuit de Tweede Kamer naar het komen te vervallen van het belemmeringsverbod, antwoordde de minister als volgt:

"De huidige regeling kent voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in artikel 93 van de Arbeidsvoorzieningswet en voor arbeidsbemiddeling in artikel 3 van de CBA-Regeling bepalingen die het de vergunninghouder verbieden aan een arbeidskracht resp. werkzoekende belemmeringen in de weg te leggen terzake van het al dan niet aangaan van een arbeidsovereenkomst. Het is niet noodzakelijk geacht een dergelijke bepaling in dit wetsvoorstel op te nemen,

66 De memorie van toelichting bij de Arbeidsvoorzieningswet 1990 geeft geen toelichting op het belemmeringsverbod. In *Kamerstukken I 1997-1998*, 25 264, nr. 133b, p. 4 is vermeld dat het belemmeringsverbod primair ten doel heeft te vermijden dat aan uitzendkrachten iets in de weg wordt gesteld om bij de inlener of een ander bedrijf in dienst te treden.

67 Wet van 29 september 1996 tot vaststelling van een nieuwe Arbeidsvoorzieningswet, *Stb.* 1996/618.

68 Zie art. 19 aanhef en onder d Invoeringswet Arbeidsvoorzieningswet 1996, *Stb.* 1996, 619.

69 Ktr. Apeldoom 4 februari 1998, ECLI:NL:KTGAPD:1998:AI9671, *Prg.* 1998/4938, rov. 8-9 en Rb. Zutphen 2 september 1999, *JAR* 1999/232, rov. 5.4-5.5.

70 Rb. Rotterdam 23 november 1995, *JAR* 1995/267, rov. 2.5.

71 Bevers verwijst in haar noot onder het onderhavige hofarrest (*JIN* 2016/48) naar passages uit de wetsgeschiedenis waaruit zou blijken dat de minister destijds (in 1987/88) al oog had voor andere soorten arbeidsverhoudingen dan het dienstverband. Dat moge zo zijn, maar de aangehaalde passages hebben geen betrekking op het belemmeringsverbod, maar op de verschillende soorten arbeidsverhoudingen waarvoor intermediaire dienstverlening bestaat of denkbaar is (*Kamerstukken II* 1987-1988, 20 569, nr. 3, p. 54).

72 Althans niet Asser/Kortmann-Leede-Thunnissen 5-III (1994); Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht* (11e, 12e en 13e druk); Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 1997; Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties RCO, *De Arbeidsvoorzieningswet in hoofdlijnen*, 1990 (2e herziene druk); *Arbeidsvoorzieningswet. Toelichting op en teksten van de wetsvoorstellen Arbeidsvoorzieningswet en Invoeringswet*, Deventer: Kluwer 1990 (PS 4 - februari 1990).

73 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.

74 Zie F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context* (Monografieën Sociaal Recht), Kluwer 2007, p. 146-147. Voorheen mochten uitzendkrachten volgens de wettelijke regels maximaal zes maanden of 1000 uur voor een bepaalde inlener werken.

75 Wet van 14 mei 1998, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Flexibiliteit en zekerheid), *Stb.* 1998/300.

76 Zie daarover ook de conclusie van A-G Van Peursem voor HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*), sub 3.3.

omdat een dergelijk beding in de overeenkomst tot arbeidsbemiddeling of in de overeenkomst tussen de ter beschikking stellende (de uitzendbureaus) en de ter beschikking gestelde op grond van het overeenkomstenrecht kan worden aangevochten. Daarnaast gelden voor de arbeidsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht collectieve arbeidsovereenkomsten. In artikel 13 van de ABU-cao is een bepaling opgenomen die het uitzendbureau verbiedt om uitzendkrachten te belemmeren in hun mobiliteit. Ook in deze collectieve overeenkomst wordt daarmee duidelijk gemaakt dat een dergelijk beding niet is toegestaan.⁷⁷

In de Eerste Kamer liet de minister zich in vergelijkbare zin uit: een apart tot de uitlever gericht publiekrechtelijk verbod was niet meer nodig, omdat partijen op grond van het algemene overeenkomstenrecht reeds zouden zijn beschermd tegen onredelijk bezwarende bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden.⁷⁸

6.5 De lagere rechtspraak en literatuur uit de eerste jaren na invoering van de Waadi laat zien dat de opmerkingen van de minister tot onduidelijkheid hebben geleid.⁷⁹ Een extra complicatie daarbij was dat de minister leek te verwijzen naar de regeling in het algemene overeenkomstenrecht met betrekking tot onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:231-6:247 BW), die niet van toepassing is op (collectieve) arbeidsovereenkomsten.⁸⁰ Hoewel rechters steeds expliciet de opmerkingen van de minister over het schrappen van het wettelijke belemmeringsverbod in hun overwegingen betrokken, verbonden zij daaraan verschillende conclusies. Er zijn zowel uitspraken te vinden waarin het belemmeringsverbod, ondanks het wegvallen van de wettelijke grondslag daarvan, strikt werd gehandhaafd,⁸¹ als uitspraken waarin het met een gedetacheerde werknemer overeengekomen concurrentiebeding rechtsgeldig

werd geacht. In de uitspraken binnen die laatste categorie kan bovendien onderscheid worden gemaakt tussen uitspraken waarin het concurrentiebeding werd getoetst aan de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW)⁸² en uitspraken waarin het beding lijkt te worden getoetst aan de redelijkheidsnorm van art. 7:653 lid 2 BW.⁸³

6.6 Bij de evaluatie van de Waadi in 2002 zag men geen aanleiding het wettelijke belemmeringsverbod opnieuw in te voeren. Daarbij werd nog opgemerkt dat het verbod niet in de Waadi was teruggekomen "in verband met het reeds bestaande en wettelijk geregelde recht op vrije arbeidskeuze."⁸⁴

Arrest [...]/Lan-Alyst

6.7 In 2003 heeft de Hoge Raad met het arrest [...]//LAN-Alyst een einde gemaakt aan de onduidelijkheid. In die zaak ging het om een werknemer die voor een detachingsbureau automatiseringswerkzaamheden verrichtte bij klanten (opdrachtgevers) van het bureau. Op een gegeven moment trad de werknemer in dienst bij een opdrachtgeefster, waarop het detachingsbureau zich beriep op de in de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentie- en boetebedingen. De werknemer beriep zich vervolgens op het belemmeringsverbod en stelde dat het concurrentiebeding onder de Waadi niet was toegestaan. De Hoge Raad overwoog het volgende:

"3.5 (...) Uit de wetgeschiedenis van de WAADI (...) kan (...) niet worden afgeleid dat een concurrentiebeding in het algemeen ontoelaatbaar is. Zoals in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is uiteengezet, moet de bescherming van de werknemer gezocht worden in het algemene overeenkomstenrecht op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen 'vernietigd kunnen worden'. Voorts wordt in die memorie opgemerkt dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze 'voor vernietiging in aanmerking kan komen'. De Rechtbank heeft derhalve terecht onderzocht of het beding op de voet van art. 7:653 lid 2 BW (gedeeltelijk) moet worden vernietigd."⁸⁵

Uit dit arrest volgt dat het onder de Waadi in beginsel toelaatbaar was om een concurrentiebeding overeen te komen met een gedetacheerde of uitgezonden werknemer en dat deze daar, behoudens

77 Kamerstukken II, 1996-1997, 25 264, nr. 5 (NnavV), p. 6.

78 Kamerstukken I, 1997-1998, 25 264, nr. 133b (MvA), p. 4.

79 Zo concludeerde De Vroe dat met de Waadi het belemmeringsverbod nog onverkort van kracht was en de uitzendkracht op geen enkele wijze mocht worden belemmerd in zijn vrije arbeidskeuze. Zie LJ. de Vroe, De onbelemmerde uitzendkracht. In: *ArbeidsRecht* 2000/5. Grapperhaus was van mening dat het belemmeringsbeding slechts in zeer beperkte mate was toegestaan, maar dat een beding dat leidt tot een absolute onmogelijkheid voor de uitzendkracht bij de inlener in dienst te treden hoe dan ook niet mocht. F.B.J. Grapperhaus, Beperkingen aan de vrijheid van arbeidskeuze van de uitzendwerknemer uit artikel 7:691 BW. In: *Ondernemingsrecht* 2000, p. 431. Bouman en Van der Pijl stelden dat het belemmeringsverbod van de baan was. A.M.J. Bouman & J. van der Pijl, Het belemmeringsverbod is niet meer van deze tijd. In: *ArbeidsRecht* 2001/40, p. 24-25. Frikkee en Jakimowicz concludeerden ten slotte dat een direct belemmeringsbeding rechtsgeldig kon worden overeengekomen, maar door de rechter kritisch dient te worden getoetst. Zie C.J. Frikkee en C.M. Jakimowicz, Het belemmeringsverbod bij detachingskrachten; nog van deze tijd. In: *SR* 2002-9.

80 Zie ook de (tweede) annotatie van M.S.A. Vegter onder HR 4 april 2003, *JAR* 2003/107 (onder '1. Concurrentiebeding').

81 Pres. Rb. Amsterdam 4 november 1999, *JAR* 1999/246, rov. 4; Ktr. Amsterdam 2 februari 2001, *JAR* 2001/59, rov. 10.

82 Rb. Amsterdam 13 december 2000, *JAR* 2001/17, rov. 4; Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001/66, rov. 5.2-5.3.

83 Hof Amsterdam 14 februari 2002, *JAR* 2002/65, rov. 4.4-4.6, Rb. Den Haag 4 december 2002, *JAR* 2003/9, 3.2-3.8.

84 Kamerstukken II 2001/02, 28 365, nr. 1, p. 19.

85 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844, *NJ* 2007/351 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, *JAR* 2003/107 m.nt. M.S.A. Vegter/E. Knipschild/M.S.A. Vegter ([...]//LAN-Alyst), rov. 3.5. Zie voor verdere gegevens over de wetgeschiedenis van de WAADI de conclusie van A-G Keus bij het arrest.

gevallen waarin dit onredelijk bezwarend is, ook aan kon worden gehouden.⁸⁶

Betekenis arrest [...] / LAN-Alyst bij implementatie Uitzendrichtlijn

6.8 Wanneer de totstandkomingsgeschiedenis van art. 9a Waadi wordt bezien in het licht van de voorgaande beschouwingen over het tot 1998 wettelijk geregelde belemmeringsverbod, dan moet worden vastgesteld dat de wetgever bij de implementatie van de Uitzendrichtlijn het arrest van de Hoge Raad uit 2003 ([...] / LAN-Alyst) over het hoofd lijkt te hebben gezien.⁸⁷ Met de opmerking in de MvT dat hoewel het belemmeringsverbod thans (bedoeld is: in de Waadi 1998) niet meer wettelijk geregeld is, in de rechtspraak wordt aangenomen dat het verbod nog wel bestaat (hiervoor geciteerd onder 5.3), wordt immers miskend dat dit in ieder geval na 2003 niet langer het geval was.

Reikwijdte belemmeringsverbod Arbeidsvoorzieningswet ten opzichte van Waadi

6.9 Verder valt op dat bij de implementatie van het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi geen aandacht is besteed aan de vraag in hoeverre (de reikwijdte van) het belemmeringsverbod in de Uitzendrichtlijn afwijkt van het (oude) belemmeringsverbod in de Arbeidsvoorzieningswet 1990 (en later: 1996). Duidelijk is dat het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi een beperktere reikwijdte heeft.⁸⁸ Zo ziet het slechts op de belemmering van de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst "na afloop van de terbeschikkingstelling", terwijl het belemmeringsverbod in de Arbeidsvoorzieningswet tevens de situatie omvatte dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht "tijdens de terbeschikkingstelling" bij de inlener in dienst wilde treden. Verder ziet het belemmeringsverbod in de Waadi uitsluitend op indiensttreding bij degene aan wie de arbeidskracht ter beschikking is gesteld (de inlener), terwijl op grond van de Arbeidsvoorzieningswet het belemmeren van het aangaan van een arbeidsverhouding met "derden" was verboden. Een concurrentiebeding om bij anderen dan de inlener in dienst te treden wordt dus niet getroffen door het belemmeringsverbod van de Waadi.⁸⁹

86 M.C. Van Koppen, Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2013-2, p. 68 en de (tweede) annotatie van M.S.A. Vegter onder HR 4 april 2003, *JAR* 2003/107 (onder '1. Concurrentiebeding'). Vegter concludeert dat de vraag of een concurrentiebeding van een uitzendkracht onredelijk bezwarend is, op dezelfde wijze moet worden beoordeeld als een concurrentiebeding bij 'gewone' werknemers.

87 Zie ook de annotatie van J. Dop onder Ktr. Rotterdam 11 februari 2014, *JAR* 2014/77.

88 Zie ook M. Poort en Y.A.E. van Houte, Het belemmeringsbeding. De Uitzendrichtlijn: Terugkeer van het belemmeringsverbod? In: *Themabundel Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2012, p. 153-162, p. 159.

89 Idem F.B.J. Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht* 2016, aant. 3 bij art. 9a Waadi.

7 Reikwijdte belemmeringsverbod Waadi

7.1 In de literatuur en feitenrechtspraak is discussie ontstaan over de reikwijdte van het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi. Dit betreft niet zozeer de vraag die in de onderhavige zaak aan de orde is (of het belemmeringsverbod ook geldt voor een werknemer die als zzp'er werkzaamheden voor de inlener wil verrichten), maar wel twee aanverwante vragen, te weten:

(1) of het belemmeringsverbod ook geldt voor ter beschikking gestelde werknemers die reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben met de werkgever die hen ter beschikking heeft gesteld; en

(2) of het belemmeringsverbod ook bescherming biedt aan werknemers die na afloop van de terbeschikkingstelling niet op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij de inlener in dienst treden, maar slechts op grond van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Voorts is nog aan de orde gesteld

(3) of het belemmeringsverbod ook geldt voor personen die als opdrachtnemer werkzaamheden verrichten voor de inlener.

Ook voor werknemers die al een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben?

7.2 Met betrekking tot vraag (1) geldt het volgende. Aanhangers van de opvatting dat de ter beschikking gestelde werknemer die reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met zijn uitlenende werkgever geen beroep toekomt op de bescherming van art. 9a Waadi, beroepen zich op het feit dat de Commissie in de toelichting op het voorstel tot de Uitzendrichtlijn heeft opgemerkt dat het belemmeringsverbod ertoe dient om "de toegang tot vast werk" te vergemakkelijken en voorts 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" (zie hiervoor onder 4.9). Indien de werknemer reeds op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werkzaam is voor de uitlener, valt hij buiten de reikwijdte van de Uitzendrichtlijn, omdat hij al over 'vast werk' beschikt en behoeft hij dus niet te worden beschermd, zo luidt de redenering.⁹⁰

7.3 Hier valt tegen in te brengen dat noch in de tekst van art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn noch in art. 9a Waadi expliciet is opgenomen dat het belemmeringsverbod niet zou gelden voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook uit het doel en de systematiek van de Uitzendrichtlijn kan dit niet worden afgeleid. Noch in de

90 Zie M.C. van Koppen, Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2013-2, p. 73. Zie voor voorbeelden uit de (lagere) rechtspraak: V.zr. Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4425, *JAR* 2014/170, rov. 4.3.1 en Ktr. Rotterdam 24 maart 2014, *JAR* 2014/77 m.nt. J. Dop.

preambule noch in de Uitzendrichtlijn zelf wordt onderscheid gemaakt tussen uitzendkrachten die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben met het uitzendbureau en uitzendkrachten met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De enige uitzondering is dat ten aanzien van uitzendkrachten met een overeenkomst voor onbepaalde tijd, gelet op de specifieke bescherming die de aard van hun arbeidsverhouding biedt, onder omstandigheden mag worden afgeweken van de regels die in de inlenende onderneming gelden (ten aanzien van de bezoldiging).⁹¹ Afgezien van de hiervoor genoemde opmerkingen van de Commissie in haar richtlijnvoorstel dat met het belemmeringsverbod beoogd is de toegang van uitzendkrachten tot 'vast werk' te verbeteren, zijn in de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn verder geen aanwijzingen te vinden voor een beperking van de reikwijdte van het belemmeringsverbod tot uitzendkrachten die een tijdelijke arbeidsovereenkomst hebben met het uitzendbureau. De parlementaire geschiedenis en de tekst van de Waadi bevatten evenmin aanwijzingen voor een dergelijke uitleg. Een richtlijnconforme interpretatie van art. 9a Waadi brengt naar mijn mening dan ook mee dat het belemmeringsverbod óók van toepassing is op ter beschikking gestelde werknemers die reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben met de werkgever die hen ter beschikking heeft gesteld.⁹²

Ook voor werknemers die bij inlener een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd krijgen?

7.4 Voor vraag (2) is het volgende van belang. Met een beroep op de hiervoor genoemde opmerkingen van de Commissie in het richtlijnvoorstel, alsmede het ontbreken van een expliciete inhoudelijke wijziging van het definitieve art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn ten opzichte van het voorgestelde artikel en het ontbreken van een (expliciete) andersluidende toelichting van de nationale wetgever (waaruit een ruimere uitleg zou blijken), is ook wel betoogd dat het belemmeringsverbod geen bescherming beoogt te bieden aan de werknemer die

bij de inlener 'slechts' een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan tekenen.⁹³

7.5 Ook deze visie deel ik niet.⁹⁴ Noch de Uitzendrichtlijn noch de Waadi stelt als eis dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Gesproken wordt over "een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding" (Uitzendrichtlijn) of "een arbeidsovereenkomst" (Waadi), waarbij de term 'onbepaalde tijd' of 'vast werk' niet wordt genoemd.⁹⁵ Ook de kop van art. 6 "toegang tot werk" in plaats van het destijds door de Commissie voorgestelde "toegang tot vast en goed werk" wijst erop dat het belemmeringsverbod een ruimere strekking heeft en ook het aangaan van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voor bepaalde tijd omvat. De tekst van art. 9a Waadi en de parlementaire geschiedenis bevatten evenmin aanwijzingen voor een dergelijke beperkte uitleg van het belemmeringsverbod.

Daarbij komt, zoals ook Konijn stelt, dat ook het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd soms een verbetering kan inhouden ten opzichte van de oude arbeidsverhouding (uitzendwerk) en dat er in een dergelijk geval alle redenen is om ook de totstandkoming van een tijdelijke overeenkomst niet te belemmeren.⁹⁶ Het sluiten van een overeenkomst voor bepaalde tijd met de inlener kan uiteindelijk, al dan niet via de ketenregeling, leiden tot de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geniet bovendien minimumbescherming op grond van Richtlijn 1999/70/EG aangaande tijdelijk werk. Het argument dat de Commissie in het voorstel heeft opgemerkt dat de toegang tot 'vast werk' moet worden vergemakkelijkt en dat de uitzendkracht niet op hinderen mag stuiten wanneer hem de mogelijkheid wordt geboden om na afloop van zijn terbeschikkingstelling met de inlener een arbeidsovereenkomst 'voor onbepaalde tijd' te sluiten, acht ik dan ook onvoldoende overtuigend om de toepasselijkheid van het belemmeringsverbod in art. 6 lid 2 te beperken tot werknemers die na afloop van hun terbeschikkingstelling voor onbepaalde tijd bij de inlener in dienst (kunnen) treden.

91 Zie de preambule onder (15) en art. 5 lid 2 van de Uitzendrichtlijn.

92 Idem C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2015, p. 339-340 en L.B. de Graaf en J.R. de Vos, De reikwijdte van art. 9a Waadi. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2015-4. Zie voor voorbeelden uit de (lagere) rechtspraak: Gerechtshof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2591, rov. 2.13-2.19; V.zr. Ktr. Rotterdam, 14 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10120, rov. 4.11 (zie over deze uitspraak ook *ArbeidsRecht* 2017/19); V.zr. Ktr. Midden-Nederland, 28 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183, *JAR* 2016/257, rov. 4.10-4.15 (zie over deze uitspraak E.M. Bevers in *ArbeidsRecht* 2016/563); Ktr. Rotterdam 12 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5083, *JIN* 2015/148 m.nt. J.D. de Rooij, rov. 4.6; Ktr. Rotterdam 12 juni 2014, *JAR* 2015/180 m.nt. Y. Konijn, rov. 4.6;

93 Zie o.m. M.C. van Koppen, Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2013-2, p. 70-73.

94 Zie voor deze kritiek ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2015, p. 339-340.

95 Ter vergelijking: in art. 6 lid 1 van de Uitzendrichtlijn is neergelegd dat uitzendkrachten worden ingelicht over de vacatures in de inlenende onderneming opdat zij dezelfde kans op een 'vaste baan' hebben als de overige werknemers van die onderneming. Uit de parlementaire geschiedenis van de in 2012 gewijzigde Waadi blijkt dat deze verplichting – gelet op de doelstelling – (dus) niet geldt voor vacatures voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

96 Zie de annotatie van Y. Konijn onder Ktr. Rotterdam 12 juni 2014, *JAR* 2015/180.

Ook voor personen die als opdrachtnemer werkzaamheden verrichten voor inlener?

7.6 In de literatuur is verder aan de orde gesteld (vraag 3) of de Waadi van toepassing kan zijn op de terbeschikkingstelling van een zelfstandige die een opdrachtovereenkomst sluit met een opdrachtgever, die hem op zijn beurt ter beschikking stelt aan een of meer opdrachtgevers. Volgens Zwemmer is dit inderdaad het geval. De omschrijving die artikel 1 lid 1 sub c Waadi geeft van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (“*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*”) is namelijk ruimer dan de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW.⁹⁷ Daarmee vallen ook andere vormen van uitzendwerk dan die krachtens uitzendovereenkomst onder de Waadi. Dit brengt mee dat ook het belemmeringsverbod van toepassing kan zijn op personen die anders dan op basis van een uitzendovereenkomst arbeid verrichten voor een ander.⁹⁸

Zeker na de onder 4.11 besproken uitspraak van het HvJ EU *Ruhrlandklinik* lijkt de visie van Zwemmer mij juist.⁹⁹ Uit die uitspraak blijkt immers 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, dat wil zeggen of betrokkene “*gedurende een bepaalde tijd voor een andere persoon en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt*”.

Ook voor werknemer die als opdrachtnemer voor inlener werkzaamheden gaat verrichten?

7.7 Ook de vraag die in de onderhavige zaak voorligt gaat over de reikwijdte van het belemmeringsverbod. Afgezien van een korte redactionele aantekening in RAR¹⁰⁰ heeft alleen Bevers zich hierover uitgelaten.¹⁰¹ Zij komt in haar noot onder het bestreden arrest tot de conclusie dat ook het verbod op verandering van een *opdrachtovereenkomst* on-

der het bereik van art. 9a Waadi valt. Hiermee wordt volgens haar meer recht gedaan aan de achtergrond en bedoeling van het belemmeringsverbod. De uitzendkracht wordt beter beschermd, zonder dat de positie van de uitzender daardoor sterk wijzigt c.q. verslechtert.

7.8 Bevers komt tot deze conclusie op basis van zowel een wetshistorische als een teleologische benadering van het belemmeringsverbod. In het kader van de wetshistorische interpretatie stelt zij, kort samengevat, dat de wetgever in de wettelijke tekst van het belemmeringsverbod in de Arbeidsvoorzieningswet 1990 vermoedelijk bewust heeft gekozen voor de term *arbeidsverhouding* om ook andere samenwerkingsvormen dan uitsluitend de arbeidsovereenkomst onder het bereik van het belemmeringsverbod te laten vallen. Zoals vermeld bij noot 71 acht ik dit argument niet erg overtuigend. Verder verwijst Bevers naar de hiervoor al besproken ruimere tekst van art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn (zie onder 3.6 en 4.8) en naar het uitgangspunt van de Europese Commissie, dat de positie van de uitzendkracht verbetering behoeft en dat alle bepalingen die ‘de aanwerving’ van een uitzendkracht verbieden of verhinderen daarom nietig zijn (zie onder 4.9). Met dit uitgangspunt strookt naar haar mening niet dat de ‘de aanwerving’ van een uitzendkracht wél kan worden belet door de rechtsvorm voor te schrijven waarin de uitzendkracht werkzaam dient te zijn. Naar mijn mening gaat het echter niet zozeer om de vraag of een rechtsvorm zou zijn voorgeschreven, maar om de vraag of het gaan verrichten van werkzaamheden als zzp’er voor de inlenende onderneming onder de reikwijdte van de Uitzendrichtlijn kan vallen (zie onder 3.6 en 4.14).

Verder stelt Bevers dat volgens de Nederlandse wetgever het belemmeringsverbod waarborgt “*dat de uilener op geen enkele wijze beperkingen zal stellen aan de vrije keuze van arbeid van de ter beschikking gestelde arbeidskracht om bij de inlener in dienst te treden*”.¹⁰² Als ‘in dienst treden’ louter zou worden opgevat als ‘in loondienst treden’, zou dat wel degelijk een beperking van de vrije arbeidskeuze van de uitzendkracht betekenen, aldus Bevers. Ook de waarde van dit argument acht ik beperkt, omdat, zoals besproken onder 5.1-5.6, de Nederlandse wetgever het belemmeringsverbod duidelijk in relatie heeft gezien met het aangaan van een arbeidsovereenkomst door de uitzendkracht, zodat ook de opmerking over het ‘*geen beperkingen stellen aan de vrije keuze van arbeid*’ in dat verband moet worden gelezen.

7.9 In het kader van de teleologische benadering stelt Bevers dat als verbetering c.q. bescherming van de positie van de uitzendkracht het doel van de Uitzendrichtlijn en de Waadi is, niet valt in te zien waarom een opdrachtovereenkomst tussen de uitzendkracht en de voormalige inlener per definitie

97 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, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*).

98 Vgl. ook F.B.J. Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht* 2016, aant. 4 bij art. 1 Waadi, over het verschil tussen de definitie van de uitzendovereenkomst in art. 7:960 BW en de omschrijving in de Waadi.

99 Zie overigens anders F.B.J. Grapperhaus, *T&C Arbeidsrecht* 2016, aant. 2 bij art. 1 Waadi, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van het begrip arbeidsbemiddeling in de Arbeidsvoorzieningswet 1990.

100 Belemmeringsverbod. Kan een zzp-er rechten ontnemen aan het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi? In: RAR 2016/64, onder ‘Wenk’.

101 Annotatie E.M. Bevers onder Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, JIN 2016/48.

102 Bevers verwijst in haar voetnoot naar *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 895, 3, p. 8 en 14 en voor het oude belemmeringsverbod naar *Kamerstukken I* 1997-1998, 25 264, 133b, p. 4.

buiten het bereik van het belemmeringsverbod valt, maar een (al dan niet tijdelijke) arbeidsovereenkomst niet. In tijden waarin “vast minder vast” is en “flex minder flex”, heeft een werknemer niet per se meer zekerheid dan een zzp'er. Bevers merkt in dit verband op dat een arbeidsovereenkomst voor korte duur kan worden gesloten, terwijl een freelancecontract juist voor een langere periode kan worden aangegaan. Ook wat arbeidsvoorwaarden betreft doet een opdrachtovereenkomst volgens haar niet altijd onder voor een arbeidsovereenkomst. Bovendien kan volgens Bevers in vervolg op een opdrachtovereenkomst alsnog een arbeidsovereenkomst ontstaan. Niet de aard van de rechtsverhouding, maar het recht van de voormalige uitzendkracht op (een vrije keuze van) werk zou daarom van doorslaggevend belang moeten zijn. Ook in de redactionele aantekening onder het hofarrest in RAR wordt dit aspect van de zaak belicht. De scheidslijn tussen werken als zelfstandige en werknemer kan soms dun zijn en de vraag is dan ook of het door het hof gemaakte scherpe onderscheid gerechtvaardigd is, zo wordt opgemerkt. Temeer nu de in de Waadi bedoelde ‘arbeidskracht’ geen werknemer hoeft te zijn van degene die hem ter beschikking stelt aan een ander (vergelijk onder 7.5), zou het na afloop van een terbeschikkingstelling door de betrokkene zelf aangaan van een opdrachtovereenkomst met een van die opdrachtgevers, op één lijn kunnen worden gesteld met het verkrijgen van ‘vast werk’.¹⁰³

7.10 De voorgaande observaties lijken mij juist. De afgelopen jaren is vaak aan de orde gesteld dat het scherpe onderscheid tussen mensen die arbeid verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst en zij die dat doen op basis van een overeenkomst van opdracht, niet altijd gerechtvaardigd is. Met name wanneer sprake is van een ‘afhankelijke zzp'er’, die economisch afhankelijk is van één opdrachtgever en materieel niet van een werknemer is te onderscheiden, zou meer arbeidsrechtelijke bescherming op zijn plaats zijn.¹⁰⁴ Zoals bekend heeft de Hoge Raad inmiddels beslist dat de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die een werknemer of een persoon die arbeid voor hem verricht maar met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft (art. 7:658 BW), zich onder omstandigheden ook kan uitstrekken tot een zzp'er.¹⁰⁵ In veel andere opzichten blijft de juridische bescherming van de zzp'er echter sterk achter bij die van de werknemer. Volgens sommigen betekent dit in feite dat het werknemersbe-

grip verouderd is en toe is aan herziening.¹⁰⁶ De beperkte bescherming van de zzp'er ten opzichte van de werknemer is met name klemmend nu er volgens het CBS inmiddels ruim een miljoen mensen werkzaam is als zzp'er.¹⁰⁷ Hierbij is verder nog op te merken dat de uitzendovereenkomst weliswaar een arbeidsovereenkomst is, maar een uitzendkracht zeker niet de volledige bescherming van het arbeidsrecht geniet.¹⁰⁸ Het aangaan van een overeenkomst van opdracht door de uitzendkracht met de voormalige inlener kan dan ook een verbetering zijn.

Tegen deze achtergrond ligt het temeer in de rede om – in aansluiting op het Unierecht – de bescherming die art. 9a Waadi biedt aan de uitzendkracht, niet per definitie te beperken tot degene die op basis van een arbeidsovereenkomst een arbeidsrelatie aangaat met de inlenende onderneming. Onder omstandigheden komt die bescherming ook toe aan de zzp'er.

Ter voorkoming van misverstanden merk ik op dat in de onderhavige zaak niet beoordeeld moet worden of [eiser] als een ‘afhankelijke zzp'er’ moet worden aangemerkt, maar om de vraag of hij ten aanzien van zijn werkzaamheden voor [betrokkene 2] en de Huisartsenpraktijk aanspraak kan maken op de bescherming van art. 9a Waadi.

7.11 Ten slotte besteedt Bevers nog aandacht aan het perspectief van de oud-werkgever (het uitzendbureau). Vanuit dit perspectief lijkt volgens haar evenmin rechtvaardiging te bestaan voor het onderscheid tussen enerzijds werknemerschap en anderzijds zelfstandig ondernemerschap na afloop van de terbeschikkingstelling. In beide gevallen raakt de voormalige uitzender zijn arbeidskracht kwijt, maar kan hij daarvoor een (beperkte) vergoeding van de inlener bedingen. Art. 9a lid 2 Waadi stelt immers geen eisen aan de aard van de arbeidsverhouding tussen de oorspronkelijk ter beschikking gestelde arbeidskracht en diens ex-inlener. Hetzelfde geldt voor art. 6 lid 2, tweede volzin, van de Uitzendrichtlijn. Volgens Bevers zal de arbeidskracht die zzp'er wordt zijn oud-werkgever ook niet ongelimiteerd kunnen ‘beconcurreren’. Het belemmeringsverbod heeft immers slechts betrekking op de werkzaamheden die hij bij zijn voormalige inlener verricht. Zodra de zzp'er (ook) voor andere opdrachtgevers van zijn ex-werkgever aan de slag gaat, overtreedt hij het eventueel overeengekomen concurrentie- en/of relatiebeding.

¹⁰⁶ Zie onder meer C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2015, p. 160-168, met verdere verwijzingen. Vergelijk voorts A.R. Houweling en G.W. van der Voet, Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht. Een nationaal en rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging en toekomst van bijzonder arbeidsverhoudingen. In: *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2013, p. 3-61. Zie ook A. van Drongelen en J. van Drongelen, *Van arbeidsovereenkomst naar arbeidsverhouding. Naar een transparanter arbeidsrecht*. Zutphen 2016.

¹⁰⁷ Website CBS, cijfers uit november 2016.

¹⁰⁸ Met name niet door de werking van de uitzendcao's ABU en NBBU. Zie over de 'uitgeholde werknemersstatus' van de uitzendkracht C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2015, p. 198 e.v.

¹⁰³ Belemmeringsverbod. Kan een zzp'er rechten ontleenen aan het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi? In: RAR 2016/64, onder 'Wenk'.

¹⁰⁴ G.C. Boot, *Flexibiliteit, bescherming en zekerheid* (oratie). Leiden 2012. Zie ook Boot, Arbeidsrechtelijke bescherming van afhankelijke zzp'er. In: TRA 2012/84. Van Boot is ook het begrip 'afhankelijke zzp'er' afkomstig.

¹⁰⁵ HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, JAR 2012/110 (Davelaar/Allspan). Zie over het arrest onder meer G.C. Boot en A.C. Damsteegt (red.), *De zelfstandige zonder personeel*. Deventer 2014, p. 35-48.

8 Concurrentiebeding

8.1 In een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan een concurrentiebeding worden opgenomen.¹⁰⁹ Het concurrentiebeding verbiedt de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst voor kortere of langere tijd als zelfstandige werkzaam te zijn dan wel bij een werkgever in dienst te treden die in hetzelfde of in een soortgelijk segment van de markt opereert als de (ex-)werkgever.¹¹⁰ Het concurrentiebeding treft daarmee de werknemer in een zwaarwegend belang, namelijk in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet. Om die reden heeft de wetgever de rechtsgeldigheid van een concurrentiebeding aan een aantal voorwaarden onderworpen en bovendien aan de rechter de mogelijkheid gegeven een beding geheel of gedeeltelijk te vernietigen op de grond dat het in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever voor de werknemer onbillijk nadeel met zich brengt. Door de wettelijke regeling van het concurrentiebeding in art. 7:653 BW heeft de wetgever gepoogd de spanning tussen enerzijds het (grond)recht op vrijheid van arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Grondwet)¹¹¹ en anderzijds de rechtmatige bescherming van de werkgever van zijn bedrijfsbelangen op te heffen.¹¹² Voor het sluiten van een rechtsgeldig concurrentiebeding met een werknemer werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, gelden twee formele vereisten: meerderjarigheid en schriftelijkheid.

Het leeftijdsvereiste houdt in dat de werknemer meerderjarig moet zijn op het moment waarop het concurrentiebeding werd aangegaan. Het schriftelijkheidsvereiste houdt in dat het concurrentiebeding schriftelijk, met de werknemer persoonlijk, moet worden overeengekomen. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de

werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen.¹¹³

8.2 Zoals gezegd heeft de rechter op grond van art. 7:653 BW de mogelijkheid om een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Bij gedeeltelijke vernietiging kan gedacht worden aan het terugbrengen van het temporele bereik van het beding, bijvoorbeeld van vijf jaar naar één jaar, of aan een beperking van het geografische bereik, bijvoorbeeld van heel Nederland naar een bepaalde stad. De rechter kan het beding ook in zijn geheel tot nihil matigen. Een voorlopige voorzieningenprocedure, zoals de onderhavige, leent zich niet voor een constitutieve uitspraak inzake de gehele of gedeeltelijke vernietiging of nietigheid van een concurrentiebeding.¹¹⁴ In een dergelijke procedure kan wel schorsing van het beding gevraagd worden totdat in een bodemprocedure uitspraak over een verzoek ex art. 7:653 lid 2 BW is gedaan.¹¹⁵ Ingeval van een verzoek tot gehele of gedeeltelijke vernietiging of schorsing van het concurrentiebeding moet de rechter beoordelen of in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door het concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld. Daarbij gaat het dus om een belangenafweging. De wet bevat hiervoor geen criteria. Ook in de parlementaire geschiedenis zijn geen duidelijke gezichtspunten te vinden.¹¹⁶ Over de invulling van de belangenafweging is wel veel lagere rechtspraak verschenen. Hoewel Loonstra en Zondag stellen dat het moeilijk is om hieruit 'hard and fast rules' te destilleren, zijn wel een aantal omstandigheden te benoemen die vaak door rechters worden meegewogen.¹¹⁷ Als specifieke werkgeversbelangen gelden de investeringen van de werkgever in opleiding en vakbekwaamheid van de werknemer, alsmede de terechte of onterechte vrees voor benadeling door de werknemer. Als specifieke werknemersbelangen zijn te noemen de lengte van het dienstverband, het salaris van de werknemer, de mogelijkheid elders

109 Ter bescherming van de werknemer is sinds 1 januari 2015 het overeenkomen van een concurrentiebeding in een tijdelijke overeenkomst niet toegestaan, behoudens wanneer sprake is van zwaarwegende bedrijfsbelangen, die de werkgever zorgvuldig schriftelijk moet motiveren. Vgl. art. 7:653 lid 1 onder a, lid 2 en 3 BW. In de onderhavige zaak gaat het om een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die vóór 1 januari 2015 is gesloten. Dit betekent dat op grond van de Overgangsbepaling XXIIc van de Wet werk en zekerheid art. 7:653 BW van toepassing is zoals dat vóór 1 januari 2015 luidde. Voor de onderhavige zaak maakt dat overigens geen verschil.

110 Zie C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2015, p. 302.

111 Sinds 1983 bepaalt art. 19 lid 3 Gw dat iedere Nederlander het recht heeft op de vrije keuze van arbeid, behoudens beperkingen bij of krachtens de wet gesteld. Het recht op vrije keuze van arbeid is ook erkend in art. 23 lid 1 Universele verklaring van de rechten van de mens, art. 6 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESCR), art. 1 lid 2 Europees Sociaal Handvest (ESH) en art. 15 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

112 Zie E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht* 2016, art. 7:653 BW, aant. 1.

113 HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065, NJ 1978/325 m.nt. P.A. Steijn (*Goedegebure/Dental Post*). Zie voor een meer uitvoerige uiteenzetting over het schriftelijkheidsvereiste C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2015, p. 306-309.

114 HR 29 april 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4650, NJ 1966/301 m.nt. G.J.S. (*Van Rijnberk/Koninklijke Fabriek van C&C*).

115 HR 29 april 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4650, NJ 1966/301 m.nt. G.J.S. (*Van Rijnberk/Koninklijke Fabriek van C&C*). Zie over de vraag of vernietiging onder omstandigheden ook mogelijk is in een kort geding: A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*. Den Haag 2011, par. 11.3 en F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie, beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*. Deventer 1995, p. 315 e.v.

116 A.R. Houweling en C.J. Loonstra 2011, par. 6.3.1.

117 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag 2015, p. 329-330. Verhulp geeft een vergelijkbare opsomming van omstandigheden die in het kader van de belangenafweging worden meegewogen. Zie E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht* 2016, art. 7:653 BW, aant. 8. Zie voor een meer uitvoerige analyse van de lagere rechtspraak tot 2010: A.R. Houweling en C.J. Loonstra 2011, par. 6.3.2. Voorts Asser/Heerma van Voss 7-V-2015/235.

een hoger salaris te verdienen, zijn kansen op de arbeidsmarkt en zijn gezins- en leefomstandigheden. In veel gevallen wordt ook betekenis toegekend aan de wijze waarop en de omstandigheden waaronder de arbeidsovereenkomst is standig (met andere woorden: wie treft in overwegende mate een verwijs?), het wel of niet aanbieden van een vergoeding door de werkgever en de wijze waarop het concurrentiebeding tot stand is gekomen.

8.3 De huidige regeling van het concurrentiebeding heeft al lange tijd veel kritiek gekregen, omdat zij de werknemer in te grote mate schaadt.¹¹⁸ Hoewel de wetgever in 2001 gepoogd heeft met een nieuwe regeling te komen, is dit tot op heden niet gelukt.¹¹⁹ Een nieuwe regeling zou met name de temporele werking van het concurrentiebeding nader moeten inperken en moeten voorzien in een vergoeding voor de werknemer als de werkgever zich op het beding beroept. Dat laatste is in veel Europese landen ook een constitutief vereiste aan de geldigheid van een concurrentiebeding.¹²⁰

Voorts is Nederland een van de weinige EU-landen waar de wetgever niet of nauwelijks criteria heeft opgesteld waaraan het concurrentiebeding moet worden getoetst en de beoordeling vrijwel geheel aan de rechter is overgelaten.¹²¹

Concurrentiebedingen in uitzendovereenkomst

8.4 Voor een concurrentiebeding dat is overeengekomen tussen een uitzendwerkgever en een uitzendkracht geldt (behoudens bedingen die worden getroffen door de nietigheidssanctie van art. 9a Waadi) geen ander beoordelingskader dan art. 7:653 BW.¹²² Wanneer het concurrentiebeding in de uitzendovereenkomst niet onder art. 9a Waadi valt, moet de uitzendkracht dus terugvallen op het arbeidsrecht en het algemene overeenkomstenrecht.¹²³ Verhulp stelt dat de tijdelijkheid van de uitzendovereenkomst en de arbeidsmarktpositie van de uitzendkracht wel omstandigheden kunnen zijn waardoor een uitzendkracht door het beding wellicht eerder dan een 'niet-uitzendwerknemer' onbillijk wordt benadeeld.¹²⁴

ABU-CAO en NBBU-CAO

8.5 Veel uitzendkrachten vallen onder een van de twee grote CAO's voor de uitzendbranche, de ABU-CAO en de NBBU-CAO. In art. 20 van de

NBBU-CAO staat een bepaling over het non-concurrentiebeding. Lid 1 van art. 20 bevat een belemmeringsverbod bij *in dienst treden* van de uitzendkracht bij de voormalige inlener. De ABU-CAO bevat geen artikelen over het concurrentiebeding.

9 Richtlijnconforme interpretatie¹²⁵

9.1 Volgens het recht van de Europese Unie is de nationale rechter, nadat de omzettingstermijn van de richtlijn in het nationale recht is verstreken, gehouden om het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met de richtlijn uit te leggen.¹²⁶ Dat geldt ook als de richtlijn, achteraf, onjuist of onvolledig in de nationale wetgeving blijkt te zijn omgezet. Het is immers in het bijzonder aan de nationale rechterlijke instanties om de rechtsbescherming die voor de justitiabellen uit het gemeenschapsrecht voortvloeit, te verzekeren en de volle werking daarvan de waarborgen.¹²⁷ In horizontale relaties tussen particulieren, zoals in de onderhavige zaak, is deze taak van de nationale rechter des te belangrijker, omdat in die relaties de richtlijn niet rechtstreeks verplichtingen kan opleggen, maar dit dient te geschieden via de band van het nationale recht.

9.2 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) vereist het beginsel van richtlijnconforme uitlegging:¹²⁸

“dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling.”

Men zou kunnen zeggen dat de nationale rechter daarmee een zware inspanningsverplichting heeft om op zoek te gaan naar de uiterste uitleggemogelijkheden van zijn nationale recht, waarbij van hem een actieve en grensverkennde houding wordt ge-

¹²⁵ De passages over richtlijnconforme interpretatie zijn grotendeels ontleend aan de conclusie van A-G Wissink voor HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, *JAR 2013/125* m.nt. R.M. Beltzer, *NJ 2013/389* m.nt. E. Verhulp (*Albron/FNV en [...]*), sub 2.6.1 e.v.

¹²⁶ HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443; *NJ 2006/593* m.nt. M.R. Mok (*Adeneler*). Volledigheidshalve merk ik op dat richtlijnconforme interpretatie alleen verplicht is indien het te beoordelen geval onder het inhoudelijke en temporele toepassingsbereik van de richtlijn valt. Zie M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. 2001). Deventer 2001, p. 43, 50.

¹²⁷ HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01, C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, *NJ 2005/333* m.nt. M.R. Mok, (*Pfeiffer*), rov. 111; HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, *NJ 2010/256* m.nt. M.R. Mok, (*Kücükdeveci*), rov. 48.

¹²⁸ HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, *NJ 2006/593* m.nt. M.R. Mok (*Adeneler*), rov. 111; HvJ EU 13 juli 2016, C-187/15 (*Pöpperl*), rov. 43 en HvJ EU 11 november 2015, C-505/14; ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz Niedersachsen*), rov. 34. Vaste rechtspraak sinds HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 (*Von Colson en Kamann*), rov. 26; HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86 (*Kolpinghuis*), rov. 12; HvJ EG 13 november 1990, zaak 106/89, ECLI:EU:C:1990:395; *NJ 1993/163* (*Marleasing*), rov. 8.

¹¹⁸ C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag 2015, p. 340 e.v., met verwijzing naar literatuur.

¹¹⁹ Wetsvoorstel 28 167 is in 2001 ingediend en in 2006 door de Eerste Kamer afgewezen. Een nieuw voorstel laat nog op zich wachten.

¹²⁰ A.R. Houweling en C.J. Loonstra 2011, par. 12.2.1.

¹²¹ A.R. Houweling en C.J. Loonstra 2011, par. 12.2.

¹²² HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844, *NJ 2007/351* m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, *JAR 2003/107* m.nt. M.S.A. Vegter/E. Knipschild/M.S.A. Vegter (*[...]LAN-Alyst*).

¹²³ M. Poort en Y.A.E. van Houte, Het belemmeringsbeding. De Uitzendrichtlijn: Terugkeer van het belemmeringsverbod? In: *Themabundel Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2012*, p. 153-162.

¹²⁴ Zie E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht 2016*, art. 7:653 BW, aant. 8.

vraagd.¹²⁹ De verplichting tot richtlijnconforme uitlegging wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en kan niet dienen als grondslag voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht.¹³⁰ Voorts kan richtlijnconforme interpretatie afstuiten op de grenzen van de rechtsvormende taak van de betrokken nationale rechter en mag richtlijnconforme interpretatie niet leiden tot een verkapte horizontale directe werking van de richtlijn.¹³¹

Hieruit blijkt dat een zekere spanning inherent is aan de Unierechtelijke taak van de nationale rechter om richtlijnconform te interpreteren. Enerzijds moet de rechter dit zo veel mogelijk doen, maar anderzijds moet hij de grenzen van hetgeen nog mogelijk is en het rechtszekerheidsbeginsel in acht nemen.

9.3 Het HvJ EU geeft de nationale rechter enige aanwijzingen of gezichtspunten om hem in staat te stellen te beoordelen hoe hij bij de uitvoering van deze taak te werk zou kunnen gaan.¹³²

In de eerste plaats heeft het HvJ EU in zijn arrest *Pfeiffer* overwogen, dat wanneer het nationale recht het door de toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden in bepaalde omstandigheden mogelijk maakt om een bepaling van de nationale rechtsorde aldus uit te leggen dat een conflict met een andere bepaling van nationale recht wordt vermeden of om met dit doel de strekking van die bepaling te beperken door haar slechts toe te passen voor zover zij met die andere bepaling verenigbaar is, de rechter verplicht is dezelfde methoden te gebruiken om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken.¹³³ Over de exacte reikwijdte van deze overweging bestaat discussie.¹³⁴ Volgens Wissink is in ieder geval duidelijk dat de nationale rechter erop

wordt gewezen dat hij in het kader van zijn verplichting tot richtlijnconforme interpretatie gebruik moet maken van de technieken die hij volgens zijn nationale recht ter beschikking heeft om een (soms vergaande) interpretatie te geven aan een wetsbepaling of samenstel daarvan.¹³⁵

Een tweede belangrijke aanwijzing van het HvJ EU gaat over de verhouding tussen rechter en wetgever. Volgens het HvJ EU moet de nationale rechter met name bij de toepassing van een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale regeling, deze zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn uitleggen. Het HvJ EU heeft in aansluiting hierop overwogen:¹³⁶

“Ten aanzien van bepalingen die speciaal zijn ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren, moet de rechter er van uitgaan dat de lidstaat, wanneer hij eenmaal gebruik heeft gemaakt van de beoordelingsmarge die hij krachtens deze bepaling geniet, de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen.”

Dit gezichtspunt is onder meer behulpzaam wanneer de wetgever in de parlementaire geschiedenis blijkt heeft gegeven van een opvatting over de richtlijn, die later onjuist blijkt te zijn. Het HvJ EU heeft al eens overwogen, dat de rechter zoveel mogelijk richtlijnconform moet uitleggen, niettegenstaande uit de voorstukken van de nationale regel gegevens voor een andersluidende uitlegging kunnen voortvloeien.¹³⁷ Hartkamp leidt daaruit af, dat uitlatingen in de parlementaire geschiedenis van de implementatiewet die zouden kunnen wijzen op de bedoeling van de wetgever de richtlijn niet correct te implementeren, moeten worden genegeerd.¹³⁸

9.4 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 september 2012 (*Stichting De Thuiskopie*), onder verwijzing naar de rechtspraak van het HvJ EU overwogen:¹³⁹

“5.1.3. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de meergenoemde implementatiewet blijkt niet dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van de Auteursrechtlijn, terwijl de bewoordingen van art. 16c lid 1 Aw ruimte laten zowel voor de door Thuiskopie en het hof voor juist gehouden uitleg als voor de door ACI c.s. verdedigde

129 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer 2001, nrs. 154-155.

130 HvJ EG 8 oktober 1987, zaak 80/86 (*Kolpinghuis*), rov. 13; HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04; ECLI:EU:C:2006:443; NJ 2006/593 m.nt. M.R. Mok; JAR 2006/175 (*Adeneler*), rov. 111; HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386; NJ 2006/500 m.nt. M.J. Borgers (*Pupino*), rov. 44, 47; HvJ EG 15 april 2008, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223; NJ 2008/390 m.nt. M.R. Mok (*Impact*), rov. 100; HvJ EG 23 april 2009, C-378/07, C-379/07, C-380/07, ECLI:EU:C:2009:250, NJ 2009/375 (*Angelidaki*), rov. 199; HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10; NJ 2012/154 m.nt. M.R. Mok (*Dominguez*), rov. 25; HvJ EU 13 juli 2016, C-187/15 (*Pöpperl*), rov. 44. In HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477 m.nt. Jac. Hijma (*Telefoonabonnement*), rov. 3.5.4 wees de Hoge Raad richtlijnconforme interpretatie van de hand, omdat dit zou leiden dat een uitlegging *contra legem* van het nationale recht.

131 Zie o.m. HvJ EG 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), rov. 45; HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2177; NJ 1997/649 m.nt. DWVF (*Pink Floyd/Rigu Sound*), rov. 3.4.

132 Zie voor een beknopt overzicht hiervan: M.H. Wissink, *Interpretation of Private Law in Conformity with EU Directives*. In: A.S. Hartkamp e.a. (ed.), *The Influence of EU Law on National Private Law* (O&R deel 81-1), Deventer 2014, par. 6, p. 143-144.

133 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01, C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, NJ 2005/333 m.nt. M.R. Mok, JAR 2004/261, AB 2005/16 m.nt. RW (*Pfeiffer*), rov. 116.

134 Vgl. Asser/Hartkamp 3-1* 2011/184 met verdere verwijzingen.

135 Zie de conclusie voor HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, JAR 2013/125 m.nt. R.M. Beltzer, NJ 2013/389 m.nt. E. Verhulp (*Albron/FNV en [...]*), sub 2.8.2.

136 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01, C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, NJ 2005/333 m.nt. M.R. Mok, JAR 2004/261, AB 2005/16 m.nt. RW (*Pfeiffer*), rov. 112-113; HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, Jurispr. blz. I-6911 (*Wagner Miret*), rov. 20.

137 HvJ EG 29 april 2004, C-371/02 (*Björnekulla Fruktindustrier/Procordia Food*), Jurispr. blz. I-5817, rov. 13.

138 Asser/Hartkamp 3-1 2015/183.

139 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:BW5879; NJ 2012/532; AB 2012/367 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Stichting De Thuiskopie*).

uitleg. Bij die stand van zaken was het hof bevoegd en gehouden art. 16c lid 1 Aw richtlijnconform uit te leggen, ook indien art. 5 lid 2 ARTI aldus zou moeten worden uitgelegd dat de daarin neergelegde beperking van het auteursrecht geen betrekking heeft op kopiëren uit illegale bron. Wanneer de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving een bepaalde uitleg aan de wet heeft gegeven die in strijd met de richtlijn blijkt te zijn, kan de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel afzien van de hiervoor in 5.1.2 omschreven verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat(...).”

In zijn AB-noot wijst Widdershoven op de materieel daarmee overeenstemmende uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad over uitlatingen in de parlementaire geschiedenis over de richtlijn. In die uitspraak werd nog toegevoegd: “Dit is slechts anders indien in zulke toelichtingen of uitlatingen ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten.”¹⁴⁰ Deze nuance leest Widdershoven ook in het arrest van 21 september 2012, daaraan toevoegend:

“Deze uitzondering is mij uit de rechtspraak van het Hof niet bekend. Ik kan er overigens wel mee leven, omdat in het geval de wetgever welbewust heeft beoogd om de richtlijn niet getrouw om te zetten, de plicht tot conforme uitleg al snel afstuit op het verbod van contra legem conforme uitleg (...). Overigens doet deze uitzondering zich in de praktijk zelden of nooit voor. Situaties waarin de wetgever willens en wetens een richtlijn incorrect heeft omgezet, zijn mij althans niet bekend.”

Zoals uit de hiervoor geciteerde rechtspraak van de Hoge Raad al blijkt, is de mogelijkheid van richtlijnconforme interpretatie in belangrijke mate afhankelijk van de tekst en (omzetting)strekking van de wet en van de parlementaire geschiedenis ervan.

9.5 De bedoeling om de richtlijn correct om te zetten lijkt in beginsel zwaarder te wegen dan eventuele opvattingen van de wetgever omtrent de uitleg van de richtlijn. Toepassing van dit gezichtspunt kan echter problematisch zijn wanneer de opvatting van de wetgever over de betekenis van de om te zetten richtlijn haar sporen heeft nagelaten in de tekst (en/of het daaruit blijvende stelsel) van de omzettingwetgeving. In dat geval kan de wettekst een belemmering vormen voor een richtlijnconforme uitleg. Daartegenover staat weer dat de wettekst niet

los kan worden gelezen van haar totstandkomingsgeschiedenis en strekking. De vraag of de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat, kan dan ook niet (steeds) alleen aan de hand van woordenboek worden bepaald. Daarbij zullen ook andere overwegingen een rol kunnen spelen.

9.6 In de rechtspraak zijn verschillende uitkomsten bereikt, in de gevallen waarin kwestieus was of de tekst van de wet een richtlijnconforme uitleg toeliet. Zo is in een aantal gevallen geoordeeld dat de tekst van de wet, mede in het licht van de daarmee strokende bedoeling van de wetgever, een daarvan afwijkende richtlijnconforme uitleg niet toeliet.¹⁴¹ Hiertegenover staan gevallen waarin de tekst geen onoverkomelijk obstakel bleek te vormen voor een richtlijnconforme uitleg.¹⁴² Zie bijvoorbeeld HR 5 april 2013 (*Albron/FNV en [...]*):¹⁴³

“3.6.7. Uit deze passages [uit de wetgeschiedenis] blijkt dat de wetgever op de grond dat hij meende dat dit overbodig was, in art. 7:663 niet – naast het begrip ‘arbeidsovereenkomst’ – mede het in de richtlijnen gebruikte begrip ‘arbeidsverhouding’ of ‘arbeidsbetrekking’ heeft overgenomen. Hij baseerde dit erop dat het gebruik van het begrip ‘arbeidsverhouding’ met name ertoe diende om te kunnen aansluiten bij de verschillende wettelijke stelsels in de lidstaten, en dat overname van dat begrip in ons recht niet nodig was daar de uitzendovereenkomst naar Nederlands recht een arbeidsovereenkomst is. Daaraan lag dus niet het oordeel ten grondslag dat een noodzakelijke voorwaarde voor toepasselijkheid van art. 7:663 zou zijn dat tussen de ‘werkgever’ (in de hiervoor in 3.6.4 bedoelde zin) en de in de onderneming werkzame werk-

141 In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:ZC1846, NJ 1996/330 m.nt. E.A. Alkema (*Van Asseldonk/Ter Schure*), rov. 3.5; HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:ZC2177, NJ 1997/649 m.nt. DWFV (*Pink Floyd/Rigu Sound*), rov. 3.3-3.4; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (*[...] / Dexia*). In deze gevallen strookte naar het oordeel van de Hoge Raad de tekst (respectievelijk het stelsel) van de wet met de wetgeschiedenis, en wezen beide factoren op een andere uitleg dan richtlijnconforme uitleg.

142 In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:AD0033, NJ 1988/191 m.nt. P.A. Stein (*Happé/Scheepstra*), rov. 3.1; HR 13 september 1991, ECLI:NL:HR:ZC0328, NJ 1992/225 m.nt. P.A. Stein (*Dekker/VJV*), rov. 2.1; HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:ZC1943, NJ 1996/418 m.nt. P.A. Stein (*Buyck/Van den Aemele*), rov. 3.4. In deze zaken werd een restrictieve interpretatie van de Nederlandse wet gekozen. A-G Wissink wijst in zijn conclusie voor HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, JAR 2013/125 m.nt. E. Verhulp, NJ 2013/389 m.nt. E. Verhulp (*Albron/FNV en [...]*), sub 2.12.2 voorts op HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:ECLI:BW8301, NJ 2012/586 (*Stichting De Thuisopie/Opus Supplies Deutschland e.a.*). Volgens hem legt de Hoge Raad in die zaak meer de nadruk op de strekking van de richtlijn en de gevolgen van een bepaalde uitleg van het begrip “importeur” in artikel 16c Auteurswet (zoals dat luidde tot 1 april 2006) dan op de gebruikelijke betekenis van dat begrip.

143 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, JAR 2013/125 m.nt. R.M. Beltzer, NJ 2013/389 m.nt. E. Verhulp (*Albron/FNV en [...]*).

140 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:AZ3758, AB 2007/291 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Wandevierdaagse*). Zie ook HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:BD3139, AB 2008/214 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, rov. 3.3.1.

nemer die op deze bepaling een beroep doet, een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW is gesloten.

3.6.8. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de art. 1639bb (oud) BW en 7:663 BW blijkt dus niet dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan de wens de richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EG getrouw om te zetten in het nationale recht. Anders dan het onderdeel betoogt, kan daarom niet worden gezegd dat de wetsgeschiedenis van art. 7:663 geen andere uitleg toelaat dan dat voorwaarde voor toepasselijkheid van deze bepaling is, dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de onderneming die overgaat in de zin van die bepaling.

3.7 Voor zover het onderdeel een beroep doet op de bewoordingen van art. 7:663 BW en aanvoert dat [...] ten tijde van de overgang van de onderneming waarvoor hij feitelijk werkzaam was (Heineken Nederland), niet bij die onderneming in dienst was, maar bij haar zustermaatschappij HNB, is het ongegrond. De formulering van de wet is immers niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is (HR 9 december 2011, *LJN* BU7412). Dit klemt temeer in het onderhavige geval, gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.2 en 3.4.3 is overwogen en in aanmerking genomen dat de onderhavige bepaling speciaal is ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren.

Aan die bewoordingen komt te minder betekenis toe nu uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:663, zoals hiervoor in 3.6.1-3.6.6 weergegeven, volgt dat de Nederlandse wetgever bij zijn keuze voor juist die bewoordingen beoogde de richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EG getrouw om te zetten in het nationale recht, en dat hij daarbij een geval als het onderhavige niet voor ogen heeft gehad.

Bij deze stand van zaken heeft het hof zich terecht niet van een richtlijnconforme uitleg van art. 7:663 laten weerhouden door de bewoordingen waarin dit artikel is geformuleerd, en evenmin door het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod van uitleg van het nationale recht contra legem."

Smits en Van Schagen tonen zich overigens kritisch over de wijze waarop de Hoge Raad invulling heeft gegeven aan zijn plicht tot richtlijnconforme interpretatie. Zij stellen dat de Hoge Raad niet alleen vaker en consistentere richtlijnconform moet uitleggen, maar dat hij dit ook in sterkere mate Europees moet doen. Richtlijnconforme interpretatie is gebaseerd op de gedachte dat Europees recht moet doorwerken in de nationale rechtsorde met het doel van harmonisatie. Daaraan draagt niet alleen bij dat het HvJ EU Europees recht interpreteert, maar ook dat

nationale rechters te rade gaan bij hoe hun collega's elders richtlijnen interpreteren.¹⁴⁴

10 Conclusies

10.1 Uit het voorgaande kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

10.2 De tekst van art. 9a Waadi sluit niet precies aan bij art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn, omdat het belemmeringsverbod beperkt is tot degene die na afloop van de terbeschikkingstelling een arbeidsovereenkomst aangaat met de inlenende onderneming. Art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn ziet echter ook op de uitzendkracht die een arbeidsverhouding aangaat met de inlenende onderneming. De bewoordingen van art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn voorzien dus in een ruimer bereik van het belemmeringsverbod dan art. 9a Waadi. Dat is een sterke aanwijzing dat het belemmeringsverbod zich niet beperkt tot degene die een arbeidsovereenkomst aangaat met de inlenende onderneming, maar ook geldt voor degene die een arbeidsverhouding aangaat met de inlenende onderneming.

10.3 In de totstandkomingsgeschiedenis van de Uitzendrichtlijn zijn geen nadere aanknopingspunten te vinden voor wat onder het '*aangaan van een arbeidsverhouding*' moet worden verstaan. Uit die totstandkomingsgeschiedenis lijkt te volgen dat met name beoogd is de overstap naar '*vast werk*' niet te bemoeilijken of te overstemmen, maar dit doel is niet in de tekst van de richtlijn terug te vinden. Ook de preambule van de richtlijn rept hier niet over. Naar mijn mening moet dan ook niet teveel betekenis worden gehecht aan de omstandigheid of de uitzendkracht bij de inlenende onderneming al dan niet '*vast werk*' krijgt, nog los van het feit dat het onderscheidend vermogen van het verkrijgen van '*vast werk*' niet groot is (ook een overeenkomst van opdracht kan '*vast werk*' opleveren).

10.4 Uit de *Ruhrlandklinik*-uitspraak van het HvJ EU van 17 november 2016 blijkt dat de Uitzendrichtlijn ook bescherming biedt aan degene die een arbeidsverhouding heeft met het uitzendbureau die formeel gezien niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst, maar daarvan niet wezenlijk verschilt. Uit de overwegingen van het Hof blijkt dat deze benadering is ingegeven door de met de richtlijn beoogde bescherming van uitzendkrachten en het beginsel van gelijke behandeling. Deze uitspraak biedt veel steun voor de gedachte dat ditzelfde dan óók geldt voor de reikwijdte van het belemmeringsverbod van art. 6 lid 2 van de richtlijn, zeker nu in de tekst van die bepaling uitdrukkelijk is toegevoegd '*of het tot stand komen van een arbeidsverhouding*'. Dat impliceert dat beoogd is ook een arbeidsverhouding die materieel gezien niet verschilt van die van een werknemer, onder het bereik van het belemmeringsverbod te brengen. Uit de *Ruhrlandklinik*-uit-

¹⁴⁴ J.M. Smits & E.A. van Schagen, 'De Hoge Raad als Europese rechter: mag het ietsje meer zijn?' in: A.G. Castermans [et al.] (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 82-83.

spraak volgt verder, in aansluiting op eerdere rechtspraak van het HvJ EU, dat het aan de nationale rechter is om in het concrete geval te beoordelen of sprake is van een dergelijke arbeidsverhouding. Daartoe moet worden nagegaan of betrokkene voldoet aan het criterium dat hij “gedurende een bepaalde tijd voor een andere persoon en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt”.

10.5 Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Waadi blijkt niet dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan de wens de Uitzendrichtlijn getrouw om te zetten in het nationale recht. In ieder geval is uit die totstandkomingsgeschiedenis niet af te leiden dat de wetgever bewust ervoor heeft gekozen een arbeidsverhouding die formeel geen arbeidsovereenkomst is maar daarvan niet wezenlijk verschilt, buiten het bereik van art. 9a Waadi te brengen. Daarmee bestaat er voldoende grond voor een richtlijnconforme interpretatie van art. 9a Waadi.

10.6 Vóór deze uitleg pleit ten slotte nog dat een zzp’er die materieel niet van een werknemer is te onderscheiden, voor wat betreft de werking van het belemmeringsverbod dan aanspraak kan maken op hetzelfde beschermingsniveau als de werknemer. Dit past in de maatschappelijke ontwikkelingen, waar steeds meer kritiek wordt uitgeoefend op het gebrek aan juridische bescherming van (een deel van de) zzp’ers. Hierbij is nog aan te tekenen dat de positie van de uitlenende onderneming (het uitzendbureau) daardoor niet wezenlijk verslechtert, omdat art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn, tweede volzin, toestaat dat de uitlenende onderneming een redelijke vergoeding bedingt van de inlenende onderneming die een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met de uitzendkracht. Bovendien geldt de bescherming alleen voor werkzaamheden die de voormalige uitzendkracht gaat verrichten voor de voormalige inlenende onderneming en niet voor andere opdrachtgevers van de uitlenende onderneming.

10.7 Ten slotte merk ik nog op dat volgens vaste rechtspraak in kort geding geen verplichting bestaat voor de hoogste nationale rechter om Unierechtelijke uitlegvragen te stellen aan het HvJ EU.¹⁴⁵ Dat sluit niet uit dat in kort geding wél vragen van uitleg worden gesteld, zoals recentelijk is gebeurd in de zaak *Synthon/Astellas*.¹⁴⁶ De rechter is daartoe echter niet verplicht. Dat brengt mee dat ook de in

de literatuur verdedigde motiveringsplicht om géén vragen te stellen, in kort geding niet geldt.¹⁴⁷

Zeker in het licht van de uitspraak *Ruhrlandklinik* is het naar mijn mening dan ook niet nodig om vragen van uitleg te stellen.

11 Bespreking onderdeel 1 van het cassatiemiddel

11.1 Zoals vermeld onder 3.2 is het eerste onderdeel gericht tegen rov. 6.3 van het arrest, waar het hof oordeelt dat het concurrentie- en relatiebeding in de arbeidsovereenkomst van [eiser] met FOH niet in strijd is met het belemmeringsverbod van art. 9a lid 1 Waadi.

11.2 In cassatie is onbestreden het voorlopig oordeel van het hof in rov. 6.2, dat in het onderhavige sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door FOH zoals bedoeld in art. 1 lid 1 sub c Waadi, zowel voor wat betreft de Huisartsenpraktijk als wat betreft de psychiatriepraktijk van [betrokkene 2].

Bovendien moet worden uitgegaan van het voorlopig oordeel van het hof in rov. 6.2, dat [eiser] zijn werkzaamheden voor de Huisartsenpraktijk verricht onder toezicht en leiding van een derde, de Huisartsenpraktijk. Daarmee staat voorshands vast dat [eiser] voor deze werkzaamheden onder de werking van de Waadi (en de Uitzendrichtlijn) valt.

11.3 Op grond van de hiervoor uiteengezette argumenten (samengevat onder 10.1 tot en met 10.6) meen ik dat het oordeel van het hof in rov. 6.3, dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi slechts ziet op de situatie waarin de opdrachtgever (de Huisartsenpraktijk of [betrokkene 2]) [eiser] na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst zou willen nemen, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Indien [eiser] voor wat betreft zijn werkzaamheden voor de Huisartsenpraktijk en/of [betrokkene 2] voldoet aan het criterium dat hij “gedurende een bepaalde tijd voor een andere persoon en onder diens leiding (van de Huisartsenpraktijk en/of [betrokkene 2]) prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt”, is sprake van een arbeidsverhouding die materieel gelijk te stellen is met een werknemersrelatie. Een richtlijnconforme interpretatie van art. 9a Waadi brengt mee dat ook een dergelijke arbeidsrelatie onder het belemmeringsverbod valt.

11.4 Na verwijzing dient door het hof te worden onderzocht of [eiser] voor wat betreft zijn werkzaamheden voor de Huisartsenpraktijk en [betrokkene 2] voldoet aan het genoemde criterium. Het lijkt erop dat dit het geval is voor wat betreft de werkzaamheden voor de Huisartsenpraktijk. Met het voorlopig oordeel van het hof in rov. 6.2 staat voorshands vast dat hij zijn werkzaamheden onder toezicht en leiding van de Huisartsenpraktijk verricht, terwijl het hof in rov. 6.3 overweegt dat [ei-

¹⁴⁵ Zie R. Barents, *EU-procesrecht*. Deventer 2010, nr. 693: “Ook de hoogste rechter valt onder de verwijzingsbevoegdheid van de tweede alinea, bijvoorbeeld als deze recht spreekt in kort geding”, onder verwijzing naar HvJ EG 24 mei 1977, zaak 107/76, ECLI:NL:XX:1977:AC5965, NJ 1977, 598, punten 5 en 6 (*Hoffmann-La Roche*); HvJ EG 27 oktober 1982, zaken 35 en 36/82, ECLI:NL:XX:1982:AC7752, NJ 1983/350, punten 8 en 9 (*Morson/Jhanjan/Staat der Nederlanden*); Asser *Procesrecht/Korthals Altes-Groen* 7, 2015/39.

¹⁴⁶ HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon/Astellas*).

¹⁴⁷ M. Snoep en L. Di Bella, Hof van Justitie neemt motiveringsplicht aan bij het niet-stellen van prejudiciële vragen. In: *Nederlands Juristenblad* 2016, p. 3253-3259.

ser] de werkzaamheden (na afloop van de terbeschikkingstelling) als zzp'er wil voortzetten. Voor zijn werkzaamheden voor [betrokkene 2] blijkt dit minder duidelijk uit het hofarrest.

11.5 Ik merk nog op dat het hof het concurrentie- en relatiebeding voor wat betreft de werkzaamheden van [eiser] bij de Huisartsenpraktijk reeds heeft geschorst, omdat FOH ter zitting aangaf er geen bezwaar tegen te hebben dat [eiser] die werkzaamheden (als zzp'er) voortzet. Nu het om een kort geding gaat en naar de huidige stand van het recht de kortgedingrechter niet de nietigheid of vernietiging van een concurrentiebeding kan uitspreken,¹⁴⁸ komt het mij voor dat [eiser] geen belang meer heeft bij een beoordeling van het beding in verband met zijn werkzaamheden voor de Huisartsenpraktijk. De schriftelijke toelichting bij het cassatieonderdeel laat zich hier echter niet over uit.

11.6 Onderdeel 1 slaagt.

12 *Bespreking onderdeel 2 van het cassatiemiddel*

12.1 Het tweede onderdeel richt zich tegen rov. 6.9 van het bestreden arrest. Daarin beoordeelt het hof grief 3. Met deze grief kwam [eiser] op tegen de afwijzing door de rechtbank van zijn beroep op (gedeeltelijke) schorsing van het beding met het oog op de afweging van de belangen van beide partijen. Het hof geeft allereerst een samenvatting van de stellingen van [eiser] in hoger beroep:

“In hoger beroep heeft [eiser] aangevoerd dat de straal van 50 kilometer vanaf de vestigingsplaats van FOH in Almere veel groter is dan het behandelingsgebied waarin FOH opereert. Volgens [eiser] heeft FOH geen belang bij een groter verbodsgebied dan met een straal van 20 kilometer wordt bereikt terwijl hijzelf ernstig wordt getroffen bij handhaving, omdat binnen de geestelijke gezondheidszorg kennis van het netwerk/het verwijscircuit essentieel is.”

Het hof honoreert vervolgens het beroep op schorsing (gedeeltelijk) ten aanzien van de BIG-geregistreerde werkzaamheden van [eiser], omdat (i) FOH zelf geen medische instelling is en zelf geen te behandelen patiënten heeft; (ii) FOH niet heeft gesteld dat zij ook buiten Almere cliënten heeft die worden behandeld door een andere relatie met wie een vergelijkbare samenwerking is als met huisartsenpraktijk [betrokkene 2]; (iii) een verboden zone voor behandelwerkzaamheden binnen een straal van 20 kilometer rond de vestiging van FOH in Almere, naast het onder 6.6 geformuleerde verbod van ook andere werkzaamheden voor [betrokkene 2] buiten die zone, daarom voldoende is.

12.2 Ten aanzien van de niet-geregistreerde BIG-activiteiten wordt het beroep op (gedeeltelijke) schorsing echter verworpen in de laatste alinea van rov. 6.9:

“Voor wat de niet BIG-registreerde activiteiten van advies, training en coaching op het gebied van personeel en autisme betreft, ziet het hof niet in dat de belangen van [eiser] tot verkleinen van de verboden zone zwaarder wegen dan de belangen van FOH bij handhaving daarvan.”

In cassatie wordt alleen dit laatste oordeel van het hof met een motiveringsklacht bestreden. Gesteld wordt dat het oordeel onvoldoende is gemotiveerd, omdat het geen inzicht geeft in de gedachtegang van het hof; de overweging bevat namelijk geen enkele motivering.¹⁴⁹ Aldus heeft het hof niet gerespondeerd op de volgende stellingen:

a. dat [eiser] door handhaving van het concurrentie- en relatiebeding ten onrechte ernstig wordt beperkt in het (gaan) verrichten van werkzaamheden,¹⁵⁰ bijvoorbeeld voor Het Spectrum in Amersfoort,¹⁵¹ en (daarmee) in zijn recht op vrije arbeidskeuze en zijn mogelijkheden om in zijn levensonderhoud te voorzien;¹⁵²

b. dat FOH geen redelijk belang heeft bij naleving van het concurrentie- en relatiebeding, onder meer omdat de werkzaamheden die [eiser] wil gaan verrichten geen werkzaamheden zijn waarmee FOH zich bezig houdt;¹⁵³ omdat FOH enkel werkzaamheden verricht in de gemeente Almere,¹⁵⁴

c. dat FOH geen redelijk belang heeft bij naleving van het beding omdat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst direct en alleen te wijten is aan de verwijtbare gedragingen van de directie van FOH,¹⁵⁵ en omdat relaties reeds uit eigener beweging afscheid hadden genomen van FOH.¹⁵⁶

12.3 Zoals besproken is onder 8.2 diende het hof op de voet van art. 7:653 BW te beoordelen of [eiser], in verhouding tot het te beschermen belang van FOH, door het beding onbillijk wordt benadeeld. Dit beoordelingskader geldt immers ook voor een concurrentiebeding gesloten tussen een uitzendwerkgever en een uitzendkracht (zie onder 8.4).

Ten aanzien van zijn niet BIG-geregistreerde activiteiten heeft [eiser] aangevoerd dat hij de concrete mogelijkheid heeft om met zijn eigen bedrijf [A] werkzaamheden te gaan verrichten voor Het Spectrum in Amersfoort (dat zich bezig houdt met WMO-activiteiten in verschillende gemeentes en rond Amersfoort), bestaande uit het coachen en be-

149 HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659 m.nt. D.W.F. Verkade (*Vredo/Veenhuis*).

150 Het onderdeel verwijst voor deze stellingname naar de inleidende dagvaarding nr. 30; pleitnotities eerste aanleg nr. 19; memorie van grieven nrs. 17-20; pleitnotities hoger beroep nrs. 26-28.

151 Verwezen wordt naar de inleidende dagvaarding nr. 30; pleitnotities eerste aanleg nrs. 7-9; pleitnotities hoger beroep nr. 28.

152 Verwezen wordt naar de inleidende dagvaarding nr. 40, memorie van grieven nrs. 17-20; pleitnotities hoger beroep nrs. 26-28.

153 Verwezen wordt naar de inleidende dagvaarding nr. 30, 40; pleitnotities eerste aanleg nrs. 8-9.

154 Verwezen wordt naar de pleitnotities eerste aanleg nr. 7.

155 Verwezen wordt naar de inleidende dagvaarding nr. 38-39.

156 Verwezen wordt naar de pleitnotities eerste aanleg nr. 16.

148 HR 29 april 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4650, NJ 1966/301 m.nt. G.J.S. (*Van Rijnberk/Koninklijke Fabriek van C&S*). Zie nader onder 8.2 van deze conclusie.

geleiden van het personeel van Het Spectrum.¹⁵⁷ Voorts heeft hij gesteld dat deze activiteiten geen enkele gelijkenis hebben met die van FOH, omdat FOH haar WMO-activiteiten uitsluitend verricht in Almere, omdat zij alleen in die gemeente een vergunning heeft.¹⁵⁸

Uit het arrest van het hof is niet af te leiden of het deze argumenten onder ogen heeft gezien en hoe het deze dan bij zijn beoordeling heeft meegewogen. Zeker nu het hof in het kader van de BIG-geregistreerde activiteiten wél van belang acht dat FOH niet heeft gesteld dat zij ook buiten Almere cliënten heeft vergelijkbaar aan [betrokkene 2] en een straal van 20 kilometer rond Almere dan ook voldoende is, is – in het licht van de stellingen van [eiser] – niet duidelijk waarom een vergelijkbare redenering niet geldt voor de niet BIG-geregistreerde activiteiten van [eiser]. Ik merk daarbij nog op dat [eiser] herhaaldelijk erop heeft gewezen dat de door hem te verrichten niet BIG-geregistreerde activiteiten verschillen van die van FOH.¹⁵⁹

Het onderdeel klaagt dan ook terecht over een onvoldoende motivering van het oordeel van het hof, gelet op hetgeen door [eiser] onder (a) en (b) is aangevoerd.

Zeker nu een concurrentiebeding inbreuk maakt op de vrije arbeidskeuze van een werknemer en de houdbaarheid van het beroep op het beding geheel afhankelijk is van een door de rechter te maken belangenafweging (zie onder 8.1), is het van wezenlijk belang dat de rechter zoveel mogelijk alle belangen die in dit verband door zowel werkgever als werknemer worden aangevoerd, expliciet bespreekt en meeweegt.

12.4 Op de stellingen onder (c) hoefde het hof mijns inziens niet nader in te gaan, nu het hof in rov. 6.5 heeft overwogen dat de stelling van [eiser] dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst direct en alleen te wijten is aan de verwijtbare gedragingen van de directie van FOH, onvoldoende aannemelijk is. Dat oordeel brengt immers mee dat het hof niet de stelling van [eiser] volgt, dat het aan FOH zelf te wijten is dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd.

De omstandigheid dat relaties zelf al afscheid hadden genomen van [eiser] is niet los te zien van de verwijten die [eiser] aan de directie van FOH maakte (kort gezegd: financiële malversaties met WMO- en pgb-gelden). [eiser] heeft deze verwijten ook publiek gemaakt, waardoor kennelijk opdrachtgevers geen gebruik meer hebben willen maken van de diensten van FOH.¹⁶⁰ Nu het hof heeft willen wegblijven van de vraag of de verwijten van [eiser] aan FOH terecht waren, is ook niet vastgesteld of inderdaad sprake was van het 'eigener beweging' afscheid nemen van relaties van FOH, of dat die rela-

ties door het handelen van [eiser] geen gebruik meer hebben gemaakt van de diensten van FOH, zoals FOH stelde.¹⁶¹ Daarin ligt besloten dat de door [eiser] gestelde omstandigheid geen gewicht in de schaal kan leggen bij de belangenafweging.

12.5 De conclusie is dat onderdeel 2 slaagt.

13 Onderdeel 3

13.1 Het derde onderdeel stelt dat gegrondbevinding van een of meer van de met de onderdelen 1 en 2 aangevoerde klachten ook 's hofs (voortbouwende) oordelen in rov. 6.6, 6.10 tot en met 6.12, 6.15 en het dictum van zijn arrest viteit. Nu de onderdelen 1 en 2 slagen, slaagt daarmee ook onderdeel 3.

Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 4340577/MV EXPL 15-159 van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland van 16 september 2015;
- b. het arrest in de zaak 200.178.999/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 januari 2016. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen FOH is verstek verleend.

De zaak is voor [eiser] toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van [eiser] heeft bij brief van 17 februari 2017 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] is een BIG-geregistreerde GGZ-verpleegkundige. Al voor 2010 was hij gedurende 16 uur per week als zodanig werkzaam bij Huisartsenpraktijk Stadsweiden te Harderwijk (hierna: de Huisartsenpraktijk), als gedetacheerde van GGZ-organisatie Indigo.

(ii) Omstreeks 2010/2011 is [eiser] naast zijn werk bij de Huisartsenpraktijk voor enkele dagen per week als sociaal-psychiatrisch verpleegkundige/maatschappelijk werker in dienst getreden bij Stichting Autisme Almere (hierna: STAA), waarvan [betrokkene 1] en diens broer bestuurders zijn. De activiteiten van STAA zijn, volgens het uittreksel van de

157 Inleidende dagvaarding nr. 30; memorie van grieven nr. 29; pleitnotities hoger beroep nr. 28.

158 Inleidende dagvaarding nr. 10.

159 Pleitnotities eerste aanleg nr. 9.

160 Zo stelt FOH in de memorie van antwoord (p. 10) dat zij door de handelswijze van [eiser] 80% van haar klandizie is kwijtgeraakt.

161 Zie memorie van antwoord p. 9-10.

Kamer van Koophandel, “overige belangenbehartiging. Een fundamentele bijdrage leveren aan de ontwikkeling van de eigenwaarde en onafhankelijkheid van personen met autisme en hun omgeving.” De werkzaamheden van [eiser] bestonden uit begeleiding en behandeling van personen met autisme.

(iii) De arbeidsomvang van [eiser] bedroeg aanvankelijk 24 uur per week en werd vanaf maart 2013 uitgebreid met 13 uur waarin [eiser] het onder (i) bedoelde werk bleef doen, maar nu uitgeleend door STAA in plaats van door Indigo.

(iv) Op 1 januari 2014 is [eiser] fulltime en voor onbepaalde tijd in de functie van sociaal-psychiatrisch verpleegkundige/maatschappelijk werker en hoofd zorg in dienst getreden bij FOH, waarvan bestuurder is FOH Holding BV met [betrokkene 1] als enig directeur en aandeelhouder. FOH staat bij de Kamer van Koophandel ingeschreven als organisatie-adviesbureau voor het verlenen van advies, training en coaching op het gebied van personeel en autisme.

(v) FOH had inmiddels met de Huisartsenpraktijk een overeenkomst gesloten op grond waarvan [eiser] vanaf 1 januari 2014 door FOH werd gedetacheerd voor het verrichten van de onder (i) bedoelde werkzaamheden. Deze overeenkomst is uitgebreid tot 16 uur met ingang van 1 maart 2014. Hiernaast zette FOH [eiser] in voor dergelijke werkzaamheden bij de psychiatriepraktijk van [betrokkene 2].

(vi) In de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen FOH en [eiser] is opgenomen dat [eiser] zal worden ingeschakeld voor het begeleiden, coachen en behandelen van cliënten/patiënten van FOH en dat de CAO-GGZ op dit contract van toepassing is. De arbeidsovereenkomst bevat voorts een non-concurrentie- en relatiebeding (hierna ook: het beding), alsmede een boetebeding. Deze luiden, voor zover van belang:

“Artikel 9. Non-concurrentie- en relatiebeding

1. Het is de werknemer verboden zonder schriftelijke toestemming van de werkgever om zowel tijdens als wel gedurende 1 jaar na beëindiging van de dienstbetrekking, binnen een straal van 50 km van de vestiging van werkgever, in enigerlei vorm een zaak, gelijk, gelijksoortig of aanverwant aan die van de werkgever te vestigen, te drijven, mede te drijven of te doen drijven, hetzij direct hetzij indirect, alsook financieel in welke vorm ook bij een dergelijke zaak belang te hebben, direct of indirect, of daarin of daarvoor op enigerlei wijze werkzaam te zijn, hetzij in dienstverband hetzij anderszins, hetzij tegen vergoeding, hetzij om niet, of daarin aandeel van welk aard ook te hebben, alles in de meest ruime zin des woord.

2. Het is de werknemer verboden zonder schriftelijke toestemming van de werkgever om gedurende 1 jaar na beëindiging van de dienstbetrekking bij relaties van de werkgever tegen vergoeding of om niet, direct of indirect, in dienstverband of anderszins, cliënten/patiënten

van Focus on Human te begeleiden-coachen, in de meest ruime zin des woord.

Artikel 10. Boete

1.(...)

2. Indien de werknemer in strijd met zijn verplichtingen uit hoofde van het bepaalde in het geheimhoudingsbeding, het beding inzake nevenwerkzaamheden en het non-concurrentiebeding handelt, zal hij/zij in afwijking van artikel 7:650 lid 3 BW aan de vennootschap, zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, in afwijking van artikel 7:650 lid 5 BW, voor iedere overtreding een boete verbeuren van € 2.500,- alsmede een boete van € 500,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt, onverminderd het recht van de werkgever om in plaats daarvan volledige schadevergoeding plus kosten en interesten te vorderen voor zover de werkelijk geleden schade de bedongen boete te boven gaat.”

(vii) [eiser] heeft bij e-mailbericht van 22 april 2015 aan [betrokkene 1] en overige collega's meegedeeld dat hij zijn arbeidsovereenkomst opzegt tegen 1 juni 2015 omdat [betrokkene 1], kort gezegd, niet deugt en misbruik maakt van kwetsbaarheid van cliënten en naaste collega's.

(viii) Nadat [eiser] op 18 mei 2015 een cliënt van FOH had bezocht, heeft deze zich tegenover derden negatief uitgelaten over FOH en haar directeur [betrokkene 1]. [betrokkene 1] heeft [eiser] bij e-mailbericht van 20 augustus 2015 meegedeeld dat hij [eiser] aansprakelijk houdt voor het gedrag van deze cliënt.

(ix) [eiser], die al op 11 mei 2015 had aangekondigd als zzp'er verder te willen gaan, heeft op 18 mei 2015 zijn eenmanszaak “A.” ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. De activiteiten van de eenmanszaak bestaan uit GGZ-hulpverlening, behandeling, coaching, begeleiding en onderwijs aan mensen met een GGZ hulp-aanvraag alsook coaching aan zorgprofessionals.

(x) FOH heeft [eiser] op 21 mei 2015 met onmiddellijke ingang op non-actief gesteld.

(xi) Bij brief van 5 juni 2015 heeft FOH aan [eiser] meegedeeld dat zij heeft vernomen dat [eiser] een dienstverband wenst aan te gaan met Ambulante Begeleiding Het Spectrum B.V. te Amersfoort en dat dit in strijd is met het concurrentie- en relatiebeding waaraan zij [eiser] zal houden.

(xii) Op 30 juni 2015 heeft de Huisartsenpraktijk per brief ‘aan wie zulks aangaat’ meegedeeld dat de detachering van [eiser] door FOH stopt omdat [eiser] zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, naar zeggen van [eiser] omdat hij aanwijzingen heeft dat [betrokkene 1] zijn werknemers en cliënten voor grote bedragen heeft opgelicht. De Huisartsenpost wenst de samenwerking met [eiser] te continueren en acht zich niet gebonden aan een concurrentie- of relatiebeding, waarover niets staat in de detacheringsovereenkomst.

(xiii) Ten tijde van de uitspraak van de kantonrechter (zie hierna in 3.2.2) was [eiser] als BIG-gere-

gistreerde GGZ-verpleegkundige werkzaam bij de Huisartsenpraktijk en [betrokkene 2].

(xiv) FOH heeft over mei 2015 € 2.902 bruto te weinig loon betaald en het vakantiegeld over de periode van 1 juni 2014 tot en met mei 2015 en een bedrag van € 1.337,72 aan eindejaarsuitkering niet aan [eiser] voldaan.

(xv) Inmiddels is FOH een groot deel van haar klandizie kwijtgeraakt. Er wordt door de sociale recherche onderzoek gedaan naar de fraude met PGB-gelden waarvan [eiser] haar beschuldigt.

(xvi) [eiser] heeft de (hierna in 3.2.2 vermelde) door de kantonrechter opgelegde boete betaald en zijn werkzaamheden bij de Huisartsenpraktijk en [betrokkene 2] gestaakt.

3.2.1 [eiser] heeft in dit kort geding, voor zover in cassatie van belang, van FOH betaling gevorderd van de hiervoor in 3.1 onder (xiv) genoemde bedragen. Daarnaast heeft hij schorsing, subsidiair vernietiging van het concurrentie- en relatiebeding gevorderd en, voor zover dat niet wordt toegewezen, een voorschot op de vergoeding ingevolge art. 7:653 lid 4 BW. FOH heeft in reconventie gevorderd [eiser] te veroordelen tot nakoming van het beding. Voorts heeft FOH gevorderd dat [eiser] wordt veroordeeld tot betaling van een voorschot van € 50.000 wegens het overtreden van het beding alsmede het plegen van onrechtmatige concurrentie.

3.2.2 De kantonrechter heeft geoordeeld dat de hiervoor in 3.1 onder (xiii) vermelde werkzaamheden van [eiser] in strijd zijn met het concurrentie- en relatiebeding en dat [eiser] zich aan dat beding moet houden. Hij heeft, mede ter zake van schade als gevolg van negatieve uitlatingen van [eiser], in reconventie een boete van € 15.000 toegewezen. De loonvordering c.a. in conventie heeft de kantonrechter afgewezen, omdat FOH het erkende bedrag mag verrekenen met de bedoelde boete.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis zowel in conventie als in reconventie vernietigd en, voor zover in cassatie belang, het tussen partijen overeengekomen beding in art. 9 van hun arbeidsovereenkomst geschorst tot 1 juli 2016 of zoveel eerder als daarover in een bodemprocedure is beslist, voor zover het betreft:

- de werkzaamheden van [eiser] bij de Huisartsenpraktijk;
- onder de Wet BIG vallende behandelwerkzaamheden die plaatsvinden buiten een straal van 20 kilometer van de vestigingsplaats van FOH in Almere ten behoeve van patiënten die eveneens buiten die straal woonachtig zijn, welke schorsing niet geldt voor patiënten van [betrokkene 2];
- alle werkzaamheden bij [betrokkene 2] indien [eiser] bij hem in dienst treedt.

Het heeft [eiser] veroordeeld tot naleving van het niet geschorste deel van het concurrentie- en relatiebeding en tot betaling van € 15.000 aan FOH, bij wege van voorschot van de op grond van art. 10 van de arbeidsovereenkomst verbeurde boetes.

3.2.4 Aan zijn oordeel heeft het hof – voor zover in cassatie van belang – ten grondslag gelegd dat

sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door FOH, zoals bedoeld in art. 1 lid 1, onder c, Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) (rov. 6.2). Het beding is om die enkele reden echter niet nietig. Het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi ziet alleen op de situatie waarin de opdrachtgever (de Huisartsenpraktijk of [betrokkene 2]) [eiser] na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst wil nemen. Daarvan is geen sprake. [eiser] wil zijn werkzaamheden als zzp'er voortzetten. Als zelfstandig ondernemer geniet hij niet de bescherming van het belemmeringsverbod. (rov. 6.3)

Ter zitting heeft FOH laten weten dat zij geen bezwaar heeft tegen hervatting van de werkzaamheden van [eiser] bij de Huisartsenpost. Met betrekking tot [betrokkene 2] heeft FOH haar bezwaar gehandhaafd. Er is sprake van intensieve samenwerking tussen FOH en [betrokkene 2]. Dat staat eraan in de weg dat [eiser] tot 1 juli 2016 anders dan als werknemer van [betrokkene 2] bij deze werkzaamheden verricht, niet alleen in Almere, maar ook in Lelystad. (rov. 6.6)

[eiser] heeft aangevoerd dat FOH geen belang heeft bij een groter verbodsgebied dan met een straal van 20 km wordt bereikt. FOH heeft niet gesteld dat zij ook (buiten Almere) cliënten heeft die worden behandeld door een andere relatie met wie een vergelijkbare samenwerking bestaat als die met [betrokkene 2]. Het beding staat daarom niet in de weg aan onder de BIG vallende behandelwerkzaamheden buiten Almere door [eiser], ten behoeve van patiënten die niet uit Almere komen. Een verboden zone voor behandelwerkzaamheden binnen een straal van 20 km rond de vestiging van FOH in Almere is daarom voldoende, naast het in rov. 6.6 geformuleerde verbod van andere werkzaamheden voor [betrokkene 2] ook buiten die zone. Voor de niet BIG-geregistreerde activiteiten van advies, training en coaching op het gebied van personeel en autisme ziet het hof niet in dat de belangen van [eiser] bij het verkleinen van de verboden zone zwaarder wegen dan de belangen van FOH bij handhaving daarvan. (rov. 6.9)

3.3.1 Onderdeel 1 klaagt over het oordeel van het hof in rov. 6.3 dat het beding niet nietig is wegens strijd met het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi, op de grond dat dit verbod slechts ziet op de situatie waarin de opdrachtgever na afloop van de terbeschikkingstelling [eiser] in dienst zou willen nemen. Volgens het onderdeel geldt het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi ook als een (voormalige) gedetacheerde na afloop van de detachering of terbeschikkingstelling dezelfde werkzaamheden blijft verrichten voor degene bij wie hij eerder gedetacheerd was, maar nu als zzp'er.

3.3.2 Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. 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.

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.”

Art. 9a Waadi is in 2012 ingevoerd ter implementatie van art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG). Laatstgenoemde bepaling luidt:

“2. 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.”

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 9a Waadi, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.4 en 5.5, valt af te leiden dat de wetgever heeft beoogd art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn getrouw om te zetten in nationaal recht. Dit brengt mee dat art. 9a Waadi op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn.

3.3.3 Het begrip ‘uitzendkracht’ wordt in art. 3 lid 1, onder c, Uitzendrichtlijn omschreven als

“een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken”.

Een ‘werknemer’ is volgens art. 3 lid 1, onder a, Uitzendrichtlijn:

“iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer”.

3.3.4 Het Hof van Justitie van de EU heeft in zijn arrest van 17 november 2016 (zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*)) over de begrippen ‘werknemer’ en ‘arbeidsverhouding’ in de Uitzendrichtlijn het volgende overwogen.

“25 Voor de uitlegging van het begrip ‘werknemer’, in de zin van richtlijn 2008/104, dient te worden benadrukt dat dit begrip krachtens artikel 3, lid 1, onder a), van deze richtlijn ‘iedere persoon [omvat] die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer’.

26 Derhalve volgt uit de bewoordingen van die bepaling dat ‘werknemer’ in de zin van voornoemde richtlijn iedere persoon is die arbeid verricht en op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd.

27 Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof is het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals als de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn (zie in die zin arrest van 11 november 2010, Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674, punten 39 en 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 Bovendien volgt uit artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/104 alsmede uit artikel 3, lid 1, onder c), ervan, dat het begrip ‘uitzendkracht’ definieert, 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 dergelijk bureau.

29 Hieruit volgt dat noch de juridische kwalificatie naar nationaal recht van de verhouding die de betrokkene met het uitzendbureau verbindt, noch de aard van hun rechtsbetrekking, noch de vorm van deze verhouding doorslaggevend is voor de aanduiding van deze persoon als ‘werknemer’ in de zin van richtlijn 2008/104. Derhalve kan, anders dan de *Ruhrlandklinik* in haar opmerkingen betoogt, een persoon als K. niet van het begrip ‘werknemer’ in de zin van deze richtlijn, en daarmee niet van de werkingssfeer daarvan, worden uitgesloten enkel op de grond dat zij niet door een arbeidsovereenkomst is verbonden met het uitzendbureau en dus naar Duits recht geen werknemer is.

30 Aan die conclusie wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat richtlijn 2008/104, krachtens artikel 3, lid 2, ervan, geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van werknemer betreft.

31 Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 29 van zijn conclusie, betekent die bepaling enkel dat de Uniewetgever de bevoegdheid van de lidstaten om te bepalen welke personen naar nationaal recht onder het begrip ‘werknemer’ vallen en binnen het kader van hun nationale recht beschermd moeten worden – welk aspect richtlijn 2008/104 niet beoogt te harmoniseren – wilde behouden.

32 Daarentegen kan voornoemde bepaling niet worden uitgelegd als zou de Uniewetgever ervan af hebben gezien de reikwijdte van dat begrip in de zin van richtlijn 2008/104 en daarmee de personele werkingssfeer ervan, zelf vast te leggen. De Uniewetgever heeft het immers, zoals blijkt uit de punten 25 en 26 van het onderhavige ar-

rest, niet aan de lidstaten overgelaten om dit begrip eenzijdig te definiëren, doch in artikel 3, lid 1, onder a), van deze richtlijn zelf de contouren daarvan nader aangegeven, zoals hij dit overigens ook heeft gedaan met betrekking tot de definitie van 'uitzendkracht' in artikel 3, lid 1, onder c), van voornoemde richtlijn.

33 Daarom moet het bovengenoemde begrip aldus worden uitgelegd dat het iedere persoon omvat die een arbeidsverhouding in de zin zoals aangegeven in punt 27 van het onderhavige arrest heeft en in de desbetreffende lidstaat op grond van de arbeid die hij verricht, wordt beschermd.

34 Bovenstaande uitlegging wordt gestaafd door de doelstellingen die door richtlijn 2008/104 worden nagestreefd.

35 Uit de overwegingen 10 en 12 van die richtlijn blijkt immers dat deze, aangezien er grote verschillen bestaan in het gebruik van uitzendarbeid en in de rechtspositie, het statuut en de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten binnen de Europese Unie, beoogt een beschermingskader vast te stellen voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt. Zo heeft de richtlijn, blijkens artikel 2 ervan, tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van deze werknemers, en door uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen.

36 Een beperking van het begrip 'werknemer' in de zin van richtlijn 2008/104 tot personen die krachtens nationaal recht onder dat begrip vallen, en met name tot diegenen die door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden met het uitzendbureau, zou de verwezenlijking van deze doelstellingen evenwel in gevaar kunnen brengen en derhalve, door de werkingssfeer van deze richtlijn bovenmatig en ongerechtvaardigd te beperken, afbreuk doen aan het nuttig effect ervan.

37 Een dergelijke beperking zou de lidstaten of de uitzendbureaus immers toestaan naar eigen goeddunken bepaalde categorieën personen uit te sluiten van de door die richtlijn beoogde bescherming en met name van de toepassing van het in artikel 5 van diezelfde richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling van uitzendkrachten ten opzichte van werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming zijn tewerkgesteld, terwijl de arbeidsverhouding die deze personen verbindt met het uitzendbureau niet wezenlijk verschilt van die welke per-

sonneelsleden die krachtens het nationale recht de hoedanigheid van werknemer hebben verbindt met hun werkgever."

3.3.5 In cassatie dient tot uitgangspunt dat [eiser] krachtens arbeidsovereenkomst werkzaam was voor FOH en dat in zijn geval sprake was van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten door FOH in de zin van de Waadi (rov. 6.2 van het bestreden arrest, zie hiervoor in 3.2.4). [eiser] valt daardoor onder het beschermingsbereik van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi en art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. De vraag die onderdeel 1 aan de orde stelt, is of dit belemmeringsverbod ook eraan in de weg staat dat het beding [eiser] verhindert na afloop van de terbeschikkingstelling als zzp'er voor een opdrachtgever werkzaam te zijn.

3.3.6 Uit de tekst van art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn (zie hiervoor in 3.3.2) volgt dat het belemmeringsverbod in de richtlijn niet alleen betrekking heeft op het sluiten van een arbeidsovereenkomst, maar ook op het tot stand komen van 'een arbeidsverhouding'. Uit punt 27 van het arrest-*Ruhrlandklinik* (zie hiervoor in 3.3.4) blijkt dat naar vaste rechtspraak van het HvJEU 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, waarbij 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 zijn.

3.3.7 Zoals hiervoor in 3.3.2 is overwogen, moet art. 9a Waadi in overeenstemming met art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn worden uitgelegd. 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', waarbij het begrip 'arbeidsverhouding' moet worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJEU over de Uitzendrichtlijn (zie hiervoor in 3.3.4). In het hiervoor overwogene ligt besloten dat er geen aanleiding bestaat om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU.

3.3.8 In het licht hiervan betoogt onderdeel 1 terecht dat het hof een onjuiste uitleg aan art. 9a Waadi heeft gegeven door het belemmeringsverbod te beperken tot het geval dat het beding [eiser] verhindert bij [betrokkene 2] of de Huisartsenpraktijk in dienst te treden. Na verwijzing zal moeten worden onderzocht of de rechtsverhouding tussen [eiser] enerzijds en [betrokkene 2] respectievelijk de Huisartsenpraktijk anderzijds, voldoet aan de hiervoor bedoelde omschrijving van het begrip 'arbeidsverhouding'. Indien dat het geval is, treft het belemmeringsverbod het beding ook voor zover het betrekking heeft op die rechtsverhouding.

3.4.1 Onderdeel 2 klaagt over het oordeel in rov. 6.9 (zie hiervoor in 3.2.4) dat het hof met betrekking tot de niet BIG-geregistreerde activiteiten niet inziet dat de belangen van [eiser] bij het verkleinen van de

verboden zone zwaarder wegen dan de belangen van FOH bij handhaving daarvan. Volgens het onderdeel is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd, mede in het licht van de stellingen van [eiser].

3.4.2 Deze klacht is gegrond. Met de enkele overweging dat het hof "niet inziet" waarom de belangen van [eiser] zwaarder wegen dan die van FOH, heeft het hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang en in het bijzonder in de redenen waarom het is voorbijgegaan aan hetgeen [eiser] over de wederzijdse belangen van partijen heeft aangevoerd.

3.5 Onderdeel 3, dat voortbouwt op de slagen-de onderdelen 1 en 2, slaagt eveneens.

4 Beslissing

De Hoge Raad: vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 januari 2016; verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt FOH in de kosten van het geding in casu, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 500,26 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

Noot

Zie noot onder NJ 2020/390.

E. Verhulp

NJ 2020/390

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

21 februari 2018, nr. C-518/15
(J.L. da Cruz Vilaça, E. Levits, A. Borg Barthet, M. Berger, F. Biltgen; A-G E. Sharpston)
m.nt. E. Verhulp

Art. 2, 15, 17 Richtlijn 2003/88/EG

RAR 2018/73
RvdW 2018/655
JAR 2018/75
ECLI:EU:C:2018:82
ECLI:EU:C:2017:619

Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de cour du travail de Bruxelles (arbeidshof Brussel, België) bij beslissing van 14 september 2015.

Bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Thuiswachtendiensten brandweer; 'arbeidstijd' en 'rusttijd'.

1) Artikel 17, lid 3, onder c), iii), van Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd moet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten met betrekking tot bepaalde categorie-

en van door openbare brandweerdiensten aangeworven brandweerlieden niet mogen afwijken van alle verplichtingen die voortvloeien uit de bepalingen van die richtlijn, daaronder begrepen artikel 2 ervan, waarin met name de begrippen 'arbeidstijd' en 'rusttijd' worden gedefinieerd.

2) Artikel 15 van Richtlijn 2003/88 moet aldus worden uitgelegd dat het de lidstaten niet toestaat om een definitie van het begrip 'arbeidstijd' te handhaven of vast te stellen die ruimer is dan de in artikel 2 van die richtlijn gegeven definitie.

3) Artikel 2 van Richtlijn 2003/88 moet aldus worden uitgelegd dat het de lidstaten niet verplicht om de vergoeding voor perioden van thuiswachtendienst als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, vast te stellen naargelang die perioden voorafgaandelijk zijn aangemerkt als 'arbeidstijd' dan wel als 'rusttijd'.

4) Artikel 2 van Richtlijn 2003/88 moet aldus worden uitgelegd dat de thuiswachtendienst die door een werknemer wordt verricht, waarbij deze verplicht is om binnen acht minuten gehoor te geven aan oproepen van zijn werkgever, zodat zijn mogelijkheid om andere activiteiten te ondernemen zeer sterk wordt beperkt, als 'arbeidstijd' moet worden aangemerkt.

Stad Nijvel
tegen
Rudy Matzak

Hof van Justitie EU:

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2 en artikel 17, lid 3, onder c), iii), van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 2003, L 299, blz. 9).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de stad Nijvel en Rudy Matzak over de vergoeding voor bij de brandweer van die stad verrichte prestaties.

Toepasselijke bepalingen Unierecht

- 3 Artikel 1 van richtlijn 2003/88 bepaalt:
1. Deze richtlijn bepaalt minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid op het gebied van de organisatie van de arbeidstijd.
 2. Deze richtlijn is van toepassing op:
 - a) de minimale dagelijkse en wekelijkse rusttijden en de minimale jaarlijkse vakantie, alsmede op de pauzes en de maximale wekelijkse arbeidstijd, en
 - b) bepaalde aspecten van nacht- en ploegenarbeid en van het werkrooster.
 3. Onverminderd de artikelen 14, 17, 18 en 19 is deze richtlijn van toepassing op alle particuliere of openbare sectoren in de zin van artikel 2 van richtlijn 89/391/EEG [van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering

van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk (*PB* 1989, L 183, blz. 1)].

[...]

4. Het bepaalde in richtlijn 89/391[...] is ten volle van toepassing op de in lid 2 bedoelde aangelegenheden, onverminderd strengere en/of meer specifieke bepalingen die in deze richtlijn zijn vervat.”

4 Artikel 2 van richtlijn 2003/88, met als opschrift ‘Definities’, bepaalt in de punten 1 en 2:

“Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

1. ‘arbeidstijd’: de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken;

2. ‘rusttijd’: de tijd die geen arbeidstijd is”.

5 Artikel 15 van die richtlijn, met als opschrift ‘Gunstiger bepalingen’, luidt:

“Deze richtlijn staat er niet aan in de weg dat de lidstaten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toepassen of invoeren die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, dan wel de toepassing bevorderen of mogelijk maken van collectieve overeenkomsten of bedrijfsakkoorden tussen de sociale partners die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers.”

6 Artikel 17 van richtlijn 2003/88, met als opschrift ‘Afwijkingen’, bepaalt:

“1. Met inachtneming van de algemene beginselen inzake de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, kunnen de lidstaten afwijken van de artikelen 3 tot en met 6, 8 en 16 [...]

[...]

3. Overeenkomstig lid 2 van dit artikel worden afwijkingen van de artikelen 3, 4, 5, 8 en 16 toegestaan:

[...]

b) voor bewakings-, surveillance- en wachtdiensten die verband houden met de noodzakelijke bescherming van goederen en personen, met name wanneer het gaat om bewakers, conciërges of bewakingsfirma’s;

c) voor werkzaamheden waarbij de continuïteit van de dienst of de productie moet worden gewaarborgd, met name in geval van:

[...]

iii) pers, radio, televisie, filmproductie, post en telecommunicatie, diensten van ambulances, brandweer en civiele bescherming,

[...]”

Belgisch recht

7 Richtlijn 2003/88 is wat de openbare sector betreft omgezet in Belgisch recht bij de Wet van 14 december 2000 tot vaststelling van sommige aspecten van de organisatie van de arbeidstijd in de open-

bare sector (*Belgisch Staatsblad* van 5 januari 2001, blz. 212).

8 Artikel 3 van die wet luidt:

“Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder:

1° werknemers: de personen die, krachtens een arbeidsrelatie van statutaire of van contractuele aard, met inbegrip van de stagiairs en de tijdelijken, arbeid verrichten onder het gezag van een ander persoon;

2° werkgevers: de personen die de onder 1° genoemde personen tewerkstellen.”

9 In artikel 8 van die wet wordt de arbeidstijd gedefinieerd als ‘de tijd gedurende welke de werknemer ter beschikking is van de werkgever’.

10 Artikel 186 van de Wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen (*Belgisch Staatsblad* van 31 december 2009, blz. 82925) luidt:

“Artikel 3 van de wet van 14 december 2000 tot vaststelling van sommige aspecten van de organisatie van de arbeidstijd in de openbare sector, wordt aldus uitgelegd dat de vrijwilligers van de openbare brandweerdiensten en van de hulpverleningszones zoals bedoeld in de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid en de vrijwilligers van de operationele eenheden van de civiele bescherming niet onder de definitie van werknemers vallen.”

11 Het organiek reglement van de brandweer van de stad Nijvel, dat is vastgesteld krachtens het Koninklijk besluit van 6 mei 1971 tot vaststelling van de modellen van gemeentelijke reglementen betreffende de organisatie van de gemeentelijke brandweerdiensten (*Belgisch Staatsblad* van 19 juni 1971, blz. 7891), regelt aangelegenheden met betrekking tot de personeelsleden van die brandweer.

12 Dat reglement bevat bepalingen inzake het beroepspersoneel en het vrijwilligerspersoneel. Met betrekking tot de aanwerving, die voor beide categorieën onder dezelfde voorwaarden gebeurt, bepaalt artikel 11 bis, punt 1, van dat reglement:

“Na afloop van het eerste stagejaar moet de vrijwilliger op proef [...] voldoen aan het volgende woonplaatsvereiste:

1. voor het personeel van de kazerne van Nijvel:

op een zodanige plaats wonen of verblijven dat het onder normale verkeersomstandigheden en met inachtneming van de verkeersregels niet meer dan acht minuten kost om bij de kazerne van Nijvel te arriveren.

Ieder lid van het vrijwilligerspersoneel van de kazerne van Nijvel moet tijdens een bereikbaarheidsdienst:

- te allen tijde binnen een zodanige afstand van de kazerne verblijven dat het hem onder normale verkeersomstandigheden niet meer dan acht minuten kost om bij de kazerne te arriveren;

- bijzondere waakzaamheid aan de dag leggen om bereikbaar te zijn via de verschillende technische middelen waarmee het personeel

wordt opgeroepen en om onmiddellijk te vertrekken op de meest geschikte manier wanneer het personeel met beschikbaarheidsdienst wordt opgeroepen”.

13 Met betrekking tot de bezoldiging van en de vergoeding voor het personeel bepaalt artikel 39 van het organiek reglement van de brandweer van de stad Nijvel dat het beroepspersoneel wordt betaald conform de in de bezoldigingsregeling van het personeel van de stad Nijvel vastgestelde voorwaarden.

14 Het vrijwilligerspersoneel ontvangt de in artikel 40 van dat reglement uitvoerig beschreven toelagen. Zij worden berekend naar rato van de ge-presteerde uren. Voor de ‘thuiswachtdiensten’ van de officieren is een jaarlijkse vergoeding vastgesteld, die overeenkomt met die van het beroepspersoneel.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

15 De brandweer van de stad Nijvel bestaat uit beroepsbrandweerlieden en brandweervrijwilligers.

16 Brandweervrijwilligers nemen deel aan interventies. Tot de andere hun toegewezen taken behoort met name het verrichten van aanwezigheidsdiensten op de kazerne en van bereikbaarheidsdiensten, volgens een aan het begin van het jaar opgesteld tijdschema.

17 Matzak is op 1 augustus 1980 in dienst gekomen van de stad Nijvel en een jaar later heeft hij de hoedanigheid van brandweervrijwilliger verkregen. Hij is bovendien in dienst van een particuliere onderneming.

18 Op 16 december 2009 heeft Matzak een gerechtelijke procedure ingesteld met het oog op de veroordeling van de stad Nijvel tot betaling aan hem van een provisionele schadevergoeding van een euro wegens niet-betaling tijdens zijn dienstjaren van de vergoeding voor zijn prestaties als brandweervrijwilliger, met name voor de door hem verrichte thuiswachtdiensten.

19 Bij vonnis van 22 maart 2012 heeft de tribunal du travail de Nivelles (arbeidsrechtbank Nijvel, België) het beroep van Matzak grotendeels toegewezen.

20 De stad Nijvel heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld bij de cour du travail de Bruxelles (arbeidshof Brussel, België).

21 Bij arrest van 14 september 2015 heeft de verwijzende rechter dat hoger beroep gedeeltelijk toegewezen. Met betrekking tot de vergoeding die Matzak vordert voor de thuiswachtdiensten, die volgens hem als arbeidstijd moeten worden aangemerkt, vraagt de verwijzende rechter zich af of dergelijke diensten kunnen worden geacht onder de definitie van arbeidstijd in de zin van richtlijn 2003/88 te vallen.

22 Daarom heeft de cour du travail de Bruxelles de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

“1) Moet artikel 17, lid 3, onder c), iii), van richtlijn 2003/88 [...] aldus worden uitgelegd

dat het de lidstaten toestaat om bepaalde categorieën van door openbare brandweerdiensten aangeworven brandweerlieden uit te sluiten van de toepassing van alle bepalingen tot omzetting van deze richtlijn, waaronder de bepaling die de begrippen ‘arbeidstijd’ en ‘rusttijd’ definieert?

2) Moet richtlijn 2003/88 [...], voor zover zij slechts in minimumvoorschriften voorziet, aldus worden uitgelegd dat zij niet eraan in de weg staat dat de nationale wetgever een ruimere definitie van het begrip ‘arbeidstijd’ handhaaft of vaststelt?

3) Moet artikel 2 van richtlijn 2003/88 [...], dat de belangrijkste in deze richtlijn gebezigde begrippen definieert, met name de begrippen ‘arbeidstijd’ en ‘rusttijd’, geleet op artikel 153, lid 5, VWEU en op de doelstellingen van deze richtlijn, aldus worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op het arbeidstijdbegrip dat wordt gehanteerd om de voor thuiswachtdiensten verschuldigde vergoeding te bepalen?

4) Staat richtlijn 2003/88 [...] eraan in de weg dat thuiswachtdienst als arbeidstijd wordt aangemerkt wanneer, ook al wordt de wachtdienst thuis verricht, de verplichtingen die tijdens die dienst op de werknemer rusten (zoals de verplichting om binnen acht minuten aan oproepen van zijn werkgever gehoor te geven), de mogelijkheid om andere activiteiten te ondernemen, zeer sterk beperken?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

23 Vooraf moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat zowel de stad Nijvel als de Europese Commissie aanvoert dat de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk zijn, aangezien zij betrekking hebben op het begrip vergoeding. Richtlijn 2003/88, die is gebaseerd op artikel 153, lid 2, VWEU, is krachtens lid 5 van hetzelfde artikel immers niet van toepassing op de beloning van de binnen haar werksfeer vallende werknemers. Het hoofdgeding betreft echter de vergoeding van Matzak voor de als brandweervrijwilliger bij de stad Nijvel verrichte thuiswachtdiensten.

24 In dit verband moet worden vastgesteld dat richtlijn 2003/88, behoudens het bijzondere geval van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon als bedoeld in artikel 7, lid 1, van deze richtlijn, enkel bepaalde aspecten van de organisatie van de arbeidstijd regelt, ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, zodat zij in beginsel niet van toepassing is op de beloning van de werknemers (arrest van 26 juli 2017, *Hälvä e.a.*, C-175/16, EU:C:2017:617, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 Dit betekent echter niet dat de in casu aan het Hof gestelde prejudiciële vragen geen beantwoording behoeven.

26 Zoals de advocaat-generaal in punt 20 van haar conclusie heeft opgemerkt, valt uit de verwijzingsbeslissing immers op te maken dat de nationa-

le rechter verduidelijking wenst over de uitlegging van artikel 2 en artikel 17, lid 3, onder c), iii), van richtlijn 2003/88, die hij noodzakelijk acht voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding. Het feit dat dit geding uiteindelijk een vergoeding betreft, is in deze context irrelevant, aangezien het niet aan het Hof, maar aan de nationale rechter staat om over deze kwestie een beslissing te nemen in het kader van het hoofdgeding.

27 In de tweede plaats heeft het Hof geoordeeld dat richtlijn 2003/88 toepasselijk is op de activiteiten van de brandweer, ook al worden deze activiteiten – ongeacht of zij brandbestrijding of andere hulpverlening tot doel hebben – uitgeoefend door interventieteams, voor zover zij onder normale omstandigheden overeenkomstig de aan de betrokken dienst opgedragen taak worden uitgeoefend en ook al zijn de interventies die met deze activiteiten zijn verbonden, naar hun aard niet te voorzien en kunnen de ingezette werknemers aan bepaalde gevaren voor hun veiligheid en/of gezondheid worden blootgesteld (beschikking van 14 juli 2005, *Personalarat der Feuerwehr Hamburg*, C-52/04, EU:C:2005:467, punt 52 (NJ 2007/34; red.)).

28 In de derde plaats, wat de kwalificatie van Matzak als ‘werknemer’ betreft, moet erop worden gewezen dat voor de toepassing van richtlijn 2003/88 dit begrip niet naargelang van het nationale recht verschillend mag worden uitgelegd, maar een specifieke betekenis in het Unierecht heeft (arrest van 14 oktober 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, EU:C:2010:612, punt 28 (NJ 2008/620; red.)). Volgens vaste rechtspraak ter zake moet als ‘werknemer’ worden aangemerkt, iedereen die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn. Kenmerkend voor een arbeidsverhouding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt (arrest van 26 maart 2015, *Fenoll*, C-316/13, EU:C:2015:200, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 Voorts heeft het Hof verduidelijkt dat het rechtskarakter van een arbeidsverhouding naar nationaal recht geen gevolgen mag hebben voor de hoedanigheid van werknemer in de zin van het Unierecht (arrest van 20 september 2007, *Kiiski*, C-116/06, EU:C:2007:536, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 Met betrekking tot het hoofdgeding is het feit dat Matzak naar nationaal recht niet de hoedanigheid van beroepsbrandweerman maar van brandweervrijwilliger heeft, derhalve niet relevant voor zijn kwalificatie als ‘werknemer’ in de zin van richtlijn 2003/88.

31 Gelet op het voorgaande moet worden aangenomen dat een persoon in de situatie van Matzak als ‘werknemer’ in de zin van richtlijn 2003/88 moet worden aangemerkt, aangezien uit de informatie waarover het Hof beschikt, blijkt dat Matzak is toegelaten tot de brandweer van de stad

Nijvel, waarbij hij onder leiding van een andere persoon bepaalde reële activiteiten heeft verricht waarvoor hij is betaald, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

32 In de vierde plaats, aangezien de artikelen 1 tot en met 8 van richtlijn 2003/88 in wezen gelijk zijn verwoord als de artikelen 1 tot en met 8 van richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 1993, L 307, blz. 18), zoals gewijzigd bij richtlijn 2000/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 2000 (PB 2000, L 195, blz. 41), kan de uitlegging door het Hof van deze laatste artikelen worden toegepast op de voormelde artikelen van richtlijn 2003/88 (beschikking van 4 maart 2011, *Grigore*, C-258/10, niet gepubliceerd, EU:C:2011:122, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Eerste vraag

33 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 17, lid 3, onder c), iii), van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat de lidstaten met betrekking tot bepaalde categorieën van door openbare brandweerdiensten aangeworven brandweerlieden mogen afwijken van alle verplichtingen die voortvloeien uit de bepalingen van die richtlijn, daaronder begrepen artikel 2 ervan, waarin met name de begrippen ‘arbeidstijd’ en ‘rusttijd’ worden gedefinieerd.

34 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat artikel 2 van richtlijn 2003/88 niet behoort tot de bepalingen van die richtlijn waarvan mag worden afgeweken (beschikking van 4 maart 2011, *Grigore*, C-258/10, niet gepubliceerd, EU:C:2011:122, punt 45).

35 Volgens de tekst van artikel 17, lid 1, van richtlijn 2003/88 kunnen de lidstaten immers afwijken van de artikelen 3 tot en met 6, 8 en 16 van die richtlijn, terwijl lid 3 van dat artikel 17 bepaalt dat voor de daarin vermelde diensten, waaronder brandweerdiensten, afwijkingen van de artikelen 3, 4, 5, 8 en 16 van die richtlijn worden toegestaan.

36 Derhalve staat de tekst zelf van artikel 17 van richtlijn 2003/88 geen afwijking toe van artikel 2 van die richtlijn, waarin de belangrijkste begrippen van die richtlijn worden gedefinieerd.

37 Bovendien, zoals de advocaat-generaal in punt 27 van haar conclusie heeft opgemerkt, is er geen ruimte voor een ruime uitlegging van artikel 17 van de voornoemde richtlijn die verder kan gaan dan de formulering zelf van de bij dat artikel toegestane afwijkingen.

38 Uit de rechtspraak van het Hof volgt immers dat, met betrekking tot de in richtlijn 2003/88, met name in artikel 17, bepaalde afwijkingsmogelijkheden als uitzonderingen op de in die richtlijn bepaalde regeling van de Europese Unie inzake de organisatie van de arbeidstijd, die afwijkingen aldus moeten worden uitgelegd dat de strekking ervan beperkt blijft tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de met deze afwijkingen beschermde belangen vei-

lig te stellen (zie in die zin arrest van 14 oktober 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, EU:C:2010:612, punten 39 en 40 (NJ 2008/620; red.)).

Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 17, lid 3, onder c), iii), van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat de lidstaten met betrekking tot bepaalde categorieën van door openbare brandweerdiensten aangeworven brandweerlieden niet mogen afwijken van alle verplichtingen die voortvloeien uit de bepalingen van die richtlijn, daaronder begrepen artikel 2 van die richtlijn, waarin met name de begrippen 'arbeidstijd' en 'rusttijd' worden gedefinieerd.

Tweede vraag

40 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 15 van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat het de lidstaten toestaat om een definitie van het begrip 'arbeidstijd' te handhaven of vast te stellen die ruimer is dan de in artikel 2 van die richtlijn gegeven definitie.

41 Voor de beantwoording van die vraag moet de tekst van artikel 15 van richtlijn 2003/88 worden onderzocht in het licht van de bij die richtlijn ingevoerde regeling en de doelstelling ervan.

42 Volgens de tekst van artikel 15 van richtlijn 2003/88 kunnen de lidstaten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toepassen of invoeren die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Uit dat artikel volgt dat de nationale bepalingen waarnaar in dat artikel wordt verwezen, bepalingen zijn die vergelijkbaar zijn met de bepalingen van richtlijn 2003/88 ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers.

43 Deze laatste bepalingen kunnen uitsluitend de bepalingen zijn die, gezien hun functie en voorwerp, tot doel hebben een minimumniveau van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers vast te stellen. Dat is het geval voor de bepalingen van de hoofdstukken 2 en 3 van de voornoemde richtlijn. De bepalingen van hoofdstuk 1 van die richtlijn, dat de artikelen 1 en 2 omvat, zijn daarentegen verschillend van aard. Deze laatste bepalingen voorzien immers niet in minimumrusttijden en hebben geen betrekking op andere aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, maar bevatten de definities die noodzakelijk zijn voor de afbakening van het voorwerp en de werkingssfeer van richtlijn 2003/88.

44 Uit de tekst van artikel 15 van richtlijn 2003/88, gelezen in het licht van de bij die richtlijn ingevoerde regeling, volgt derhalve dat de mogelijkheid waarin dit laatste artikel voorziet, niet geldt voor de definitie van het begrip 'arbeidstijd' in artikel 2 van die richtlijn.

45 Deze vaststelling vindt steun in de doelstelling van richtlijn 2003/88. Zoals de advocaat-generaal in punt 33 van haar conclusie heeft opgemerkt, heeft die richtlijn immers tot doel om op de binnen

haar werkingssfeer vallende gebieden alle werknemers in de Unie een minimale bescherming te waarborgen. Daartoe en om de volle werking van die richtlijn te verzekeren, mogen de definities van artikel 2 van die richtlijn niet verschillend worden uitgelegd naargelang van het nationale recht, maar hebben zij, zoals is gepreciseerd in punt 28 van het onderhavige arrest met betrekking tot het begrip 'werknemer', een specifieke betekenis in het Unierecht (zie in die zin arrest van 1 december 2005, *Dellas e.a.*, C-14/04, EU:C:2005:728, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 In dit verband moet evenwel worden benadrukt dat de lidstaten weliswaar niet bevoegd zijn om de definitie van 'arbeidstijd' in de zin van artikel 2 van richtlijn 2003/88 te wijzigen, maar dat, zoals in herinnering is gebracht in punt 42 van het onderhavige arrest, het hun vrijstaat om in hun nationale recht bepalingen op te nemen waarin wordt voorzien in gunstigere arbeidstijden en rusttijden voor de werknemers dan die waarin die richtlijn voorziet.

47 Gelet op het voorgaande moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 15 van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat het de lidstaten niet toestaat om een definitie van het begrip 'arbeidstijd' te handhaven of vast te stellen die ruimer is dan de in artikel 2 van die richtlijn gegeven definitie.

Derde vraag

48 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2 van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat het de lidstaten verplicht om de vergoeding voor perioden van thuiswachtendienst als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, vast te stellen naargelang die perioden als 'arbeidstijd' dan wel als 'rusttijd' zijn aangemerkt.

49 In dit verband zij eraan herinnerd, zoals de verwijzende rechter opmerkt, dat vaststaat dat richtlijn 2003/88 niet de beloning van de werknemers regelt, aangezien dat aspect krachtens artikel 153, lid 5, VWEU niet onder de bevoegdheid van de Unie valt.

50 Derhalve hebben de lidstaten weliswaar het recht de beloning van de binnen de werkingssfeer van richtlijn 2003/88 vallende werknemers vast te stellen op basis van de definitie van de begrippen 'arbeidstijd' en 'rusttijd' in artikel 2 van die richtlijn, maar zijn zij daar niet toe verplicht.

51 Derhalve kunnen de lidstaten in hun nationale recht voorzien dat de beloning van een werknemer in 'arbeidstijd' verschilt van die van een werknemer in 'rusttijd', en zij kunnen zelfs zover gaan dat rusttijd niet wordt vergoed.

52 Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 2 van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat het de lidstaten niet verplicht om de vergoeding voor perioden van thuiswachtendienst als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, vast te stellen naarge-

lang die perioden als 'arbeidstijd' dan wel als 'rusttijd' zijn aangemerkt.

Vierde vraag

53 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2 van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat de thuiswachtdienst die wordt verricht door een werknemer, waarbij deze verplicht is om binnen acht minuten gehoor te geven aan oproepen van zijn werkgever, zodat zijn mogelijkheid om andere activiteiten te ondernemen zeer sterk wordt beperkt, als 'arbeidstijd' moet worden aangemerkt.

54 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof zich reeds heeft kunnen uitspreken over de kwalificatie van de door binnen de werkings sfeer van richtlijn 2003/88 vallende werknemers verrichte wachtdienst als 'arbeidstijd' dan wel als 'rusttijd'.

55 In die context heeft het Hof allereerst verduidelijkt dat de begrippen 'arbeidstijd' en 'rusttijd' elkaar uitsluiten (zie in die zin arresten van 3 oktober 2000, *Simap*, C-303/98, EU:C:2000:528, punt 47, en 10 september 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, C-266/14, EU:C:2015:578, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Derhalve moet worden vastgesteld dat, in de huidige stand van het Unierecht, de wachtdienst die door een werknemer wordt verricht in het kader van zijn voor zijn werkgever uitgevoerde activiteiten, als 'arbeidstijd' dan wel als 'rusttijd' moet worden aangemerkt.

56 Voorts behoort de intensiteit van de door de werknemer verrichte arbeid of zijn rendement niet tot de kenmerken van het begrip 'arbeidstijd' in de zin van artikel 2 van richtlijn 2003/88 (arrest van 1 december 2005, *Dellas e.a.*, C-14/04, EU:C:2005:728, punt 43).

57 Vervolgens is geoordeeld dat de fysieke aanwezigheid en de beschikbaarheid van de werknemer op de werkplek tijdens de wachtdienst met het oog op het verrichten van zijn beroepswerkzaamheden, moeten worden geacht onder de uitoefening van zijn functies te vallen, al varieert de daadwerkelijk ontplooiende activiteit naargelang de omstandigheden (zie in die zin arrest van 3 oktober 2000, *Simap*, C-303/98, EU:C:2000:528, punt 48).

58 Wanneer de wachtdienst met fysieke aanwezigheid op de werkplek wordt uitgesloten van het begrip 'arbeidstijd', zou dit immers erop neerkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de doelstelling van richtlijn 2003/88, namelijk het verzekeren van de veiligheid en de gezondheid van werknemers, door hen minimumrusttijden en voldoende pauzes te gunnen (zie in die zin arrest van 3 oktober 2000, *Simap*, C-303/98, EU:C:2000:528, punt 49).

59 Bovendien volgt uit de rechtspraak van het Hof dat voor de kwalificatie als 'arbeidstijd' in de zin van richtlijn 2003/88, beslissend is dat de werknemer fysiek aanwezig moet zijn op de door de werkgever aangewezen plek en zich daar ter beschikking van hem moet houden om indien nodig onmiddellijk de nodige prestaties te kunnen leveren. Deze

verplichtingen, waardoor de betrokken werknemers hun plaats van verblijf tijdens de wachtdienst niet vrij kunnen kiezen, maken immers deel uit van de uitoefening van hun functies (zie in die zin arrest van 9 september 2003, *Jaeger*, C-151/02, EU:C:2003:437, punt 63, en beschikking van 4 maart 2011, *Grigore*, C-258/10, niet gepubliceerd, EU:C:2011:122, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60 Ten slotte moet worden opgemerkt dat de situatie anders is wanneer de werknemer een bereikbaarheidsdienst verricht waarbij hij permanent beschikbaar moet zijn, doch zonder dat hij op de werkplek aanwezig moet zijn. Hoewel de werknemer ter beschikking van zijn werkgever staat, in die zin dat hij bereikbaar moet zijn, kan hij in die situatie immers zijn tijd vrijer besteden en zich met zijn eigen zaken bezighouden. In die omstandigheden moet enkel de tijd die is verbonden met het werkelijk verrichten van diensten worden beschouwd als 'arbeidstijd' in de zin van richtlijn 2003/88 (zie in die zin arrest van 9 september 2003, *Jaeger*, C-151/02, EU:C:2003:437, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61 In het hoofdgeding moest Matzak, volgens de informatie waarover het Hof beschikt en die door de verwijzende rechter moet worden gecontroleerd, niet alleen bereikbaar zijn tijdens zijn wachtdienst. Hij moest binnen acht minuten gehoor geven aan oproepen van zijn werkgever en voorts fysiek aanwezig zijn op de door de werkgever aangewezen plek. Die plek was echter de woonplaats van Matzak en niet, zoals in de zaken die hebben geleid tot de in de punten 57 tot en met 59 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, zijn werkplek.

62 In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof de begrippen 'arbeidstijd' en 'rusttijd' in de zin van richtlijn 2003/88 begrippen van Unierecht zijn die volgens objectieve kenmerken moeten worden omschreven op basis van het stelsel en de doelstelling van die richtlijn, die beoogt minimumvoorschriften vast te stellen om de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers te verbeteren (arrest van 10 september 2015, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, C-266/14, EU:C:2015:578, punt 27).

63 De verplichting om fysiek aanwezig te blijven op de door de werkgever aangewezen plek en de verplichting die uit geografisch en temporeel oogpunt voortvloeit uit de eis om binnen acht minuten op de werkplek te arriveren, kunnen de mogelijkheid voor een zich in de situatie van Matzak bevindende werknemer om zich aan zijn persoonlijke en sociale interesses te wijden, objectief beperken.

64 Gelet op die verplichtingen verschilt de situatie van Matzak van die van een werknemer die tijdens zijn wachtdienst slechts ter beschikking van zijn werkgever moet staan zodat deze laatste hem kan bereiken.

65 Bijgevolg moet het begrip 'arbeidstijd' in artikel 2 van richtlijn 2003/88 aldus worden uitgelegd dat het van toepassing is op een situatie waarin een werknemer de wachtdienst thuis moet verrichten, zich daar ter beschikking van zijn werkgever moet houden en in staat moet zijn binnen acht minuten op zijn werkplek te arriveren.

66 Uit al het voorgaande volgt dat op de vierde vraag moet worden geantwoord dat artikel 2 van richtlijn 2003/88 aldus moet worden uitgelegd dat de thuiswachtdienst die wordt verricht door een werknemer, waarbij deze verplicht is om binnen acht minuten gehoor te geven aan oproepen van zijn werkgever, zodat zijn mogelijkheid om andere activiteiten te ondernemen zeer sterk wordt beperkt, als 'arbeidstijd' moet worden aangemerkt.

Kosten

67 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht: [zie *cur-sieve kop*].

Noot

1. De definitie van de arbeidsovereenkomst staat deze dagen weer vol in de schijnwerpers. De commissie Regulering van Werk adviseerde begin dit jaar om die definitie te verduidelijken en daarbij de bedoeling van partijen wat betreft de kwalificatie van de overeenkomst (opdrachtsovereenkomst of arbeidsovereenkomst) niet te betrekken bij de kwalificatie. A-G De Bock heeft op 17 juli jl. (ECLI:NL:PHR:2020:698) geconcludeerd dat het wenselijk is dat de Hoge Raad verduidelijkt dat bij de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet van belang is of partijen de bedoeling hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten. Tot op heden wordt in veel lagere rechtspraak de bedoeling van partijen met betrekking tot de aard van de overeenkomst niet alleen van belang geacht bij de kwalificatie van de overeenkomst, maar zelfs van doorslaggevend belang. Daarnaast heeft ze geconcludeerd dat een verduidelijking van de gezagsverhouding wenselijk is.

2. In haar conclusie gaat A-G De Bock in op het Europees werknemersbegrip. De Bock wijst er in haar conclusie op (randnummer 5.61) dat het Hof van Justitie EU steeds meer opschuift naar één Europees werknemersbegrip. Ik deel die opvatting, hoewel in de verschillende Europese regelingen ook verschillende bewoordingen worden gebruikt om de werkingssfeer van die regels te definiëren. Veel richtlijnen bevatten regels die verwijzen naar 'werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding', soms bevat een richtlijn een verwijzing

naar het nationale begrip van werknemer. De Uitzendrichtlijn (2008/104 EG) en haar werkingssfeer komt in de beslissing van de Hoge Raad van 14 april 2017 aan de orde. Deze richtlijn definieert de werknemer als: 'iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer' en uitzendkracht als 'werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding'. De Uitzendrichtlijn is (deels) door de WAADI in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. Over het begrip werknemer in de Uitzendrichtlijn heeft het Hof van Justitie zich eerder uitgesproken (HvJ EG 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*)) en daarbij valt de ruimere benadering op, die ook wordt gerechtvaardigd door de bepalingen van de richtlijn zelf. De werkingssfeer van de Arbeidstijdenrichtlijn (2003/88 EG) betreft steeds 'de werknemer'. Aangenomen moet worden dat dat het reguliere begrip 'werknemer' betreft, waarvoor geldt dat zijn definitie berust op vaste rechtspraak van het HvJ EU (HvJ EG 3 juli 1986, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie Blum*) en HvJ EU 25 oktober 2018, C-260/17, ECLI:EU:C:2018:864 (*Anodiki*)). In die rechtspraak acht het Hof de feitelijke vormgeving van de arbeidsverhouding van belang.

3. Duidelijk is dat de juridische kwalificatie van de overeenkomst naar nationaal recht niet doorslaggevend is voor de kwalificatie van de overeenkomst naar Europees recht of voor de toepasselijkheid van Richtlijn 2003/88. De verwijzing naar de nationale arbeidswetgeving heeft steeds minder onderscheidende betekenis: Laagland betoogt dat het Hof aan de duidelijke verwijzing naar het nationale werknemersbegrip vrij eenvoudig voorbij gaat (*Ondernemingsrecht* 2018/230). Vaste rechtspraak van het Hof is dat kenmerkend voor een arbeidsverhouding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie daarvoor een vergoeding ontvangt. Dat Matzak als 'brandweervrijwilliger' te werk is gesteld (en net als in Nederland per oproep betaald wordt) maakt volgens het Hof voor de kwalificatie van de overeenkomst dus niet uit: zijn arbeidsrelatie voldoet aan de kenmerken die het Hof voor een arbeidsverhouding bepalend acht. Het Hof herhaalt in de *Matzak*-beslissing dat het rechtskarakter van een arbeidsverhouding naar nationaal recht geen gevolgen mag hebben voor de hoedanigheid van werknemer in de zin van het Unierecht.

4. De Nederlandse arbeidsmarkt is in Europees opzicht uitzonderlijk vanwege het groot aantal zelfstandigen dat zich op die markt beweegt. Voor een deel van die zelfstandigen geldt dat zij, gedurende een bepaalde tijd 'voor een ander en onder diens gezag' arbeid verrichten en daarvoor betaald worden zodat hun overeenkomst naar Europees recht als arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding zal moeten worden beschouwd. Het verschil tussen het Europeesrechtelijke en het nationale begrip van zelfstandigen ontstaat enerzijds omdat in Nederland de bedoeling van partijen bij de kwalificatie

van de overeenkomst vaak wordt meegewogen. In haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:698) wijst A-G De Bock er terecht op dat dat ten onrechte is, zodat – als de Hoge Raad haar conclusie volgt – dit verschil in de toekomst wellicht minder belangrijk zal zijn. Anderzijds wordt dat verschil veroorzaakt door het begrip gezegd beperkt te interpreteren, namelijk als de bevoegdheid van de werkgever om instructies te geven. Het Hof acht meer dan de nationale rechter van belang de wijze waarop de werknemer in de organisatie is ingebed en daaraan ondergeschikt is. Waar het naar nationaal recht wordt aangenomen dat verpleegkundigen in een ziekenhuis als zelfstandige kunnen werken, zal dit naar Europees recht lastiger aan te nemen zijn. Als deze zelfstandigen al geen werknemer zijn naar nationaal recht, zullen zij waarschijnlijk wel vallen onder het Europeesrechtelijk werknemersbegrip en nog eerder vallen onder de werkingssfeer van veel richtlijnen. Nu de meeste bepalingen van de Arbeidstijdenrichtlijn (2003/88) zijn geïmplementeerd in de Arbeidstijdenwet, en die wet ook een veel ruimer bereik dan alleen de werknemer heeft, zijn daar bij voorbaat niet veel problemen te verwachten. Voor de bepalingen met betrekking tot de vakantie is dat anders. Ik kom daarop onder 8 terug.

5. De Nederlandse wetgever lijkt zich van dat ruimere bereik van het Europese werknemersbegrip zeker in veel richtlijnen, bij de implementatie daarvan in het BW, nauwelijks bewust te zijn (geweest). De meeste implementatiewetgeving verklaart die regels van toepassing op 'arbeidsovereenkomsten' en 'werknemers'. De vraag is of de nationale rechter door richtlijnconforme interpretatie die begrippen zo ver kan uitrekken dat daaronder ook het Europees werknemersbegrip (dus naar nationaal recht wellicht zelfstandigen) en sterker nog 'arbeidsverhoudingen' kunnen worden begrepen. Reeds eerder heeft de Hoge Raad een nationaal wettelijk begrip met een beroep op de bedoeling van de wetgever, die streefde naar getrouwe implementatie van de richtlijn, opgerekt. Dat gebeurde met de woorden 'een daar werkzame werknemer' in art. 7:663 BW. Na het antwoord van het Hof van Justitie EU op vragen van de Hoge Raad overwoog hij (HR 5 april 2013, NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp (*Albron/Roest*)) dat onder die woorden niet alleen diende te worden begrepen de werknemer die 'daar' (te weten bij de werkgever die de onderneming vervreemde) in dienst is, maar ook de werknemer die bij een andere werkgever in dienst is en tewerk is gesteld in de onderneming die wordt overgedragen. Hoewel op die oprekkling van de wettekst kritiek is geuit (zie daarover ook mijn noot bij dit arrest in NJ 2013/389), lijkt me de overweging van de Hoge Raad terecht. Een andere overweging zou tot Staatsaansprakelijkheid hebben geleid en de rechtspraktijk niet hebben geholpen, en vooral: de richtlijn is, hoewel misschien niet zonneklaar (zie hierover Bouwens: 'Het Albron-arrest: lees maar, er staat niet wat er staat', TAP 2011/1, p. 10-15), ook kenbaar terwijl de uitleg waarvoor de Hoge Raad

koos, binnen de ruimte valt die een richtlijnconforme interpretatie biedt. Anders gezegd: de werkgever had met die uitleg rekening kunnen houden. In de uitspraak *Focus on Human* legt de Hoge Raad ook het begrip 'arbeidsovereenkomst' ruim uit, ook met een beroep op de noodzaak tot richtlijnconforme uitleg en de bedoeling van de wetgever om de richtlijn getrouw te implementeren.

6. Het gaat in de beslissing van 14 april 2017 (NJ 2020/389) om de uitleg van art. 9a WAADI. De wettekst luidt dat het degene die de arbeidskracht ter beschikking stelt verboden is, na afloop van de terbeschikkingstelling, 'de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst' tussen de terbeschikkinggestelde en de inlener te belemmeren. Dit verbod wordt wel het belemmeringsverbod genoemd. De vraag is of onder 'de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst' ook de situatie waarin de terbeschikkinggestelde na de terbeschikkingstelling als opdrachtnemer voor de inlener gaat werken, dient te worden begrepen. De Hoge Raad stelt vast dat de richtlijn een ruimer bereik heeft dan uit de in de WAADI gebezigde woorden 'de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst' voortvloeit nu de richtlijn ziet op 'een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding'. De Hoge Raad vervolgt dat de uit art. 9a WAADI geciteerde woorden zo moeten worden gelezen dat ook het aangaan van een arbeidsverhouding daaronder valt. De vraag of dit een verruiming van de interpretatie van of een toevoeging van woorden aan de wettekst is, is wel opgeworpen (door Dekker, in zijn noot bij deze uitspraak in TRA 2017/74), maar wat mij betreft niet van veel belang, omdat de bedoeling van de Hoge Raad zonneklaar is en het duidelijk is hoe de tekst van art. 9a WAADI moet worden begrepen. De Hoge Raad verwijst de zaak vervolgens terug om te laten onderzoeken of de opdrachtsovereenkomst die deze terbeschikkinggestelde heeft gesloten met de inlener valt te scharen onder het op deze wijze geïnterpreteerde belemmeringsverbod. Ook nu is er kritiek op deze ruime interpretatie van de Hoge Raad. Laagland (in haar annotatie bij JAR 2017/136, met kennelijke instemming aangehaald door Houweling ARA 2017, (II), 2, p. 73) wijst erop dat 'een particulier het geldende recht (moet) kunnen kennen: hij moet weten waaraan hij toe is.' Zij vervolgt: "Een uitleg in strijd met een duidelijke en eenduidige wettekst (zoals hier het geval is) staat met de rechtszekerheid op gespannen voet en is naar mijn mening niet toegestaan." Ook hier deel ik die kritiek niet.

7. Op 1 september 2020 oordeelde het gerechtshof te Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2705) dat het belemmeringsverbod ook van toepassing is op de zelfstandige die ter beschikking wordt gesteld aan een derde, en na de terbeschikkingstelling de werkzaamheden voor die inlener wil voortzetten als werknemer. Het is de vraag of dat zonder meer zo is. Uit de beschikking van het gerechtshof blijkt niet of het heeft onderzocht of de zelfstandige inderdaad een arbeidsverhouding met de uitzender heeft. Anders dan in de beslissing *Focus on Human*

gaat het hier om de vraag of een ter beschikking gestelde zelfstandige ook valt onder de werkingsfeer van Richtlijn 2003/88, en die vraag moet worden beantwoord aan de hand van art. 3 lid 1 onder b van de richtlijn. Daar wordt de uitzendkracht, die een beroep op het belemmeringsverbod toekomt, gedefinieerd als 'een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau'. Of de zelfstandige in de beschikking van het gerechtshof aan die definitie voldoet, is niet zeker. Gezien de beschrijving van de aard van de werkzaamheden lijkt mij dat wel aannemelijk. Het van toepassing achten van de WAADI op zelfstandigen is daarmee geen vanzelfsprekendheid: de WAADI geldt alleen voor die zelfstandigen die een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding als bedoeld in Richtlijn 2003/88 hebben gesloten, en uiteraard niet voor ondernemers.

8. Het HvJ EU overweegt in het arrest van 21 februari 2018 (*Matzak*) dat een vrijwillig brandweerman onder de werking van de Richtlijn 2003/188 valt. De vraag of ook de opdrachtnemer naar Nederlands recht onder de werking van Richtlijn 2003/188 kan vallen heb ik hiervoor al beantwoord. Maar geldt dat ook voor artikel 7 van de Richtlijn? Deze bepaling verplicht de lidstaten de nodige maatregelen te treffen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van tenminste vier weken wordt toegekend. Het HvJ EU overweegt dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon moet worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie. (HvJ EU 6 november 2018, C-684/16, *RvdW 2019/444 (Max-Planck/Shimizu)* en HvJ EU 6 november 2018, *NJ 2019/245*, m.nt. A.W.H. Meij (*Bauer*)). Op de lidstaten rust de plicht ervoor te zorgen dat dit beginsel in rechte wordt geëerbiedigd. Hier geldt dat het begrip werknemer in de zin van artikel 7 van Richtlijn 2003/188 niet nader is uitgewerkt, zodat op het algemene Europese werknemersbegrip moet worden teruggevallen, zoals hiervoor onder 3. uitgewerkt. Voor zover opdrachtnemers werknemer zijn in de zin van dit artikel 7, verzaakt de Nederlandse wetgever die plicht. Een opdrachtnemer die naar Europees recht onder het begrip werknemer valt, zal, ook als wordt geoordeeld dat hij geen arbeidsovereenkomst naar nationaal recht heeft, toekenning van vakantiedagen kunnen vorderen. De rechter staat dan weer voor de keuze: of een interpretatie geven aan het begrip 'arbeidsovereenkomst' als bedoeld in art. 7:634 BW in lijn met het Europese werknemersbegrip of de vordering tot toekenning van de vakantiedagen afwijzen en daarmee de deur naar aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat openen. Dat laatste is al eerder gebeurd met een onjuiste implementatie van Richtlijn 2003/88 (HR 18 september 2015, *NJ 2016/166*, m.nt. S.D. Lindenbergh). Maar misschien is dat helemaal niet nodig als hij de conclusie van A-G De Bock van 17 juli jl. (ECLI:NL:PHR:2020:698) volgt en overweegt dat de bedoeling van partijen ten aanzien van de kwalificatie van de overeen-

komst van geen belang is en de elementen van de gezagsverhouding verduidelijkt. Dan komt het nationale werknemersbegrip weer meer in lijn met het Europese werknemersbegrip en valt nog maar te bezien of er licht zit tussen het Nederlandse en het Europese werknemersbegrip.

E. Verhulp
