



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

NJ 2022/304

Verhulp, E.

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Verhulp, E. (2022). NJ 2022/304. 304. Case note on: HR, 20/05/22, ECLI:NL:HR:2022:751 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(42), 5782-5823.

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 2022/304

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

20 mei 2022, nr. 20/03958

(Mrs. M.V. Polak, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff,
S.J. Schaafsma, F.R. Salomons; A-G mr. T. Hartlief)
m.nt. E. Verhulp

Art. 9a Waadi; art. 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG

NJB 2022/1201
 RvdW 2022/510
 RAR 2022/112
 Prg. 2022/226
 TRA 2022/62
 ECLI:NL:PHR:2021:1024
 ECLI:NL:HR:2022:751

Onrechtmatige daad. Arbeidsrecht. Belemmeringsverbod art. 9a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en art. 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn) van toepassing op verhouding uitzendbureau en ter beschikking gestelde zzp'er?; HvJ EU 17 november 2016, C-216/15 (Ruhrlandklinik).

Uit de parlementaire geschiedenis bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi ter implementatie van de Uitzendrichtlijn volgt dat de wetgever de Uitzendrichtlijn 'kaal' heeft willen implementeren. Dat betekent dat in de Waadi niet meer is geregeld dan wat in de Uitzendrichtlijn wordt voorgeschreven. Dit brengt mee dat art. 9a Waadi op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. Het HvJ EU heeft zich in zijn arrest van 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (Ruhrlandklinik) uitgelaten over de begrippen 'arbeidsverhouding' en 'werknemer' als bedoeld in de Uitzendrichtlijn. Het HvJ EU oordeelde dat volgens zijn vaste rechtspraak het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding is dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij niet doorslaggevend zijn de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenmin als de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen. Een uitzendkracht in de zin van de Uitzendrichtlijn is iedere persoon die een werknemer is met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau – wat inhoudt dat die persoon (i) arbeid verricht en dus gedurende een bepaalde tijd voor en onder leiding van het uitzendbureau prestaties levert en in ruil daarvoor van het uitzendbureau een vergoeding ontvangt en (ii) in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd op grond van de arbeid die hij verricht – teneinde door het uitzendbureau ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming tijdelijk werk te verrichten.

[eiseres] B.V., eiseres tot cassatie, adv.: mr. H.J.W. Alt, tegen [verweerster], verweerster in cassatie, niet verschenen.

Hof:

5. *De motivering van de beslissing in hoger beroep*
 5.1. [verweerster] is in hoger beroep gekomen met in totaal vier grieven en heeft haar eis in hoger beroep gewijzigd in die zin dat zij in hoger beroep alleen een verklaring voor recht vordert dat [eiseres]

jegens [verweerster] onrechtmatig heeft gehandeld door ten onrechte een beroep te doen op een niet geldig/nietig relatiebeding, met veroordeling van [eiseres] in de kosten van de procedure. Volgens [verweerster] heeft [eiseres] een beroep gedaan op de relatiebedingen in de overeenkomsten met [A] en in de overeenkomst met ODRA en daardoor (onrechtmatig) verhinderd dat [verweerster] in dienst kon treden bij inlener ODRA. Pas nadat [verweerster] [eiseres] in kort geding had gedagvaard heeft [eiseres] afstand gedaan van het relatiebeding ten opzichte van [verweerster] (zie 3.12). Voor [verweerster] was het daarna niet meer mogelijk bij ODRA in dienst te treden. Aldus is de vraag aan de orde of [eiseres] met een beroep op (een van) de geformuleerde relatiebedingen mocht verhinderen dat [verweerster] in dienst trad bij de inlener.

5.2. Voorop staat dat zowel in de overeenkomst tussen [A] en [eiseres] (zie 3.2.) als in de overeenkomst tussen [eiseres] en ODRA (zie 3.5.) een relatiebeding is opgenomen. Een beroep doen op een dergelijk overeengekomen beding is op zichzelf niet onrechtmatig, tenzij het beroep op een beding in strijd is met een dwingendrechtelijke bepaling zoals het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi.

5.3. Met grief 3 komt [verweerster] op tegen de overweging van de rechtbank dat een beroep op de Waadi niet slaagt. Ten aanzien van de vraag of [verweerster] zich terecht kan beroepen op artikel 9a Waadi overweegt het hof als volgt. Volgens artikel 9a lid 1 Waadi legt degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt 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. Artikel 9a lid 2 Waadi bepaalt dat elk beding in strijd met het eerste lid nietig is.

Artikel 9a Waadi is in 2012 ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn 2008/104/EG, de zogenoemde Uitzendrichtlijn. Artikel 9a Waadi moet daarom worden uitgelegd in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn (Hoge Raad 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 *Focus on human*). In artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn staat dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen 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. De Waadi verstaat onder 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 (artikel 1 lid 1 aanhef en onder c Waadi).

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883 *Ruhrlandklinik*) en de Hoge Raad (14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 *Focus on human*) volgt – voor zover hier thans van belang – dat de Uitzendricht-

lijn en de Waadi niet alleen van toepassing zijn op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op arbeidskrachten die een arbeidsrelatie hebben met een uitzendbureau. Voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi is aldus niet vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Ook wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zpp'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van deze inlener te werken zijn de Uitzendrichtlijn en de Waadi van toepassing. Hieruit volgt dat in het onderhavige geval, waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweester] en [eiseres], het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi onverminderd van toepassing is. Grief 3 slaagt. Daarbij is het niet van belang in welke hoedanigheid [verweester] door [eiseres] aan ODRA ter beschikking is gesteld. Het daarop betrekking hebbend bewijsaanbod van [eiseres] (zie onder 71 MvA) wordt daarom als niet relevant voor de beslissing gepasseerd. Nu sprake is van nietigheid is evenmin van belang dat [verweester], onderhandelend namens [A] heeft ingestemd met een dergelijk beding.

5.4. Uit het voorgaande volgt dat [eiseres] [verweester] ten onrechte in de periode 2 februari 2017 tot 18 juli 2017 aan het relatiebeding heeft gehouden. Dat geldt ook voor zover [eiseres] een beroep heeft gedaan op het relatiebeding in haar overeenkomst met ODRA. Ook dat moet worden gezien als een ongeoorloofde belemmering als bedoeld in art. 9a lid 2 van de Waadi. Daarmee is het onrechtmatig handelen van [eiseres] gegeven en kan de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht worden gegeven.

5.5. [eiseres] heeft weliswaar aangevoerd dat niet vaststaat dat sprake was van een aanbod van ODRA tot indiensttreding (zie onder 57 en 58 in de MvA) en in eerste aanleg de hoogte van de in eerste aanleg gevorderde schade gemotiveerd betwist. Maar een en ander laat onverlet dat [verweester] de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Deze weren staan niet in de weg aan toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht. Dat geldt ook voor de stelling van [eiseres] dat zij zich in het kader van haar beroep op het relatiebeding welwillend heeft opgesteld (zie onder andere onder 73 in de conclusie van antwoord).

5.6. Gelet op het voorgaande zal het bestreden vonnis worden vernietigd en worden beslist als na te melden. [eiseres] wordt als de in het ongelijk te stellen partij veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep.

- griffierecht € 5.270
- salaris advocaat € 1.074 (1 punt x tarief € 1.074)

6. De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:
- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eind-

hoven van 17 oktober 2018 en opnieuw rechtdoende:

- verklaart voor recht dat [eiseres] onrechtmatig jegens [verweester] heeft gehandeld door ten onrechte een beroep te doen op een nietig relatiebeding;
- veroordeelt [eiseres] in de kosten van [verweester] in eerste aanleg en in hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [verweester] in eerste aanleg begroot op € 1.565 aan griffierecht en € 1.086 salaris advocaat (2 punten, tarief 2) en in hoger beroep begroot op € 1.649 aan griffierecht en € 1.074 aan salaris advocaat (1 punt, tarief 2);
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet-inachtneming nietigheid medebrengt, doordat het hof bij het arrest heeft overwogen en beslist gelijk in het arrest vermeld — hier als herhaald en ingelast te beschouwen — ten onrechte om één of meer van de navolgende — zo nodig in onderling verband en samenhang te beschouwen — redenen:

1 Kern van de zaak

1.1 [eiseres] is een bedrijf dat actief is onder andere op het gebied van arbeidsbemiddeling.¹ [eiseres] maakt daarbij doorgaans gebruik van een overeenkomst van opdracht.

1.2 Op 22 juli 2016 heeft [eiseres] (als opdrachtgever) met [A] (als opdrachtnemer) een overeenkomst van opdracht gesloten (hierna: de overeenkomst) waarin, voor zover hier relevant, het volgende is bepaald:

'In aanmerking nemende:

- a. dat opdrachtgever werkzaam is op het gebied van projectmanagement;
- b. dat opdrachtgever in het kader hiervan behoefte heeft aan een vergunningverlener;
- c. dat de werkzaamheden zullen worden verricht bij of ten behoeve van Omgevingsdienst Regio Arnhem (verder te noemen: 'inlener');
- d. (...)

Verklaren het volgende te zijn overeengekomen:
Artikel 1: De opdracht

a. Opdrachtnemer verplicht zich voor de duur van de overeenkomst werkzaamheden te verrichten die bestaan uit 'Het toetsen en afhandelen van meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit'.

b. Opdrachtnemer beschikt over: 'Een afgeronde relevante hbo-opleiding en aantoonbare kennis en ervaring met het afhandelen van meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit'. Er is overeenstemming tussen partijen dat opdrachtnemer in staat is om de opdracht naar behoren uit te voeren.

¹ Rov. 3.1 van het arrest.

Artikel 3: Duur van de overeenkomst

a. De opdracht vangt aan op 26 juli 2016 en wordt aangegaan tot en met 1 februari 2017 met de optie tot verlenging.

b. (...)

Artikel 13: Relatiebeding

a. Het is opdrachtnemer niet toegestaan binnen (6) maanden na het einde van de overeenkomst van opdracht, hetzij direct hetzij indirect werkzaam te zijn op dezelfde werkplek in hetzelfde project als waarin opdrachtnemer in de laatste (6) maanden voor beëindiging van de overeenkomst van opdracht werkzaam is geweest bij inlener ten behoeve van opdrachtgever, tenzij opdrachtnemer daarvoor schriftelijk toestemming heeft verkregen van opdrachtgever.

b. Indien opdrachtnemer in strijd met zijn verplichtingen uit hoofde van dit relatiebeding handelt, is deze aan opdrachtgever, zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, voor iedere overtreding een boete verschuldigd van € 12.500,- en € 500,- voor elke dag dat opdrachtnemer in overtreding is.

Opdrachtgever is tevens gerechtigd om in plaats van een boete volledige schadevergoeding te vorderen. De boete is rechtstreeks aan opdrachtgever verschuldigd en strekt tot zijn voordeel.²

1.3 De overeenkomst is getekend door [betrokkene 2] namens [eiseres] als opdrachtgever en door [verweerster] namens [A] als opdrachtnemer.³

1.4 [A] staat bij de Kamer van Koophandel ingeschreven als eenmanszaak met als (enige) eigenaar sinds 10 augustus 2003 [betrokkene 1] en als activiteiten: boekhoudkantoren, kinderopvang en peuterspeelzaalwerk, ingenieurs en overig technisch ontwerp en advies, zie uittreksel Kamer van Koophandel overgelegd als productie 1 bij memorie van grieven.⁴

1.5 Daarnaast heeft [eiseres] een overeenkomst van opdracht gesloten met de Omgevingsdienst Regio Arnhem (hierna: ODRA) ten behoeve van de werkzaamheden verricht door:

'[A], ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door mevrouw [verweerster], gevestigd te [vestigingsplaats], bedrijfsgegevens zelfstandige;

Inschrijvingsnummer Handelsregister van de K.v.K.: [001] (...)

Hierna te noemen: de 'zelfstandige'.

Voorts staat in deze overeenkomst dat de zelfstandige de werkzaamheden bij opdrachtgever naar eigen professioneel inzicht en voor eigen risico verricht en dat de opdrachtnemer de werkzaamheden wil laten verrichten door zelfstandige. Ook in deze overeenkomst is een relatiebeding opgenomen, inhoudende

dat het de Omgevingsdienst Regio Arnhem niet is toegestaan binnen twaalf maanden na beëindiging van de overeenkomst van opdracht, hetzij direct hetzij indirect gebruik te maken van de inzet van de zelfstandige zonder tussenkomst van opdrachtnemer (zijnde [eiseres]). Op overtreding van dit relatiebeding staat eveneens een boete (zie artikel 10 van de overeenkomst).⁵

1.6 De werkzaamheden bij ODRA zijn uitgevoerd door [verweerster].⁶

1.7 Bij brief van 20 januari 2017 heeft [eiseres] aan [verweerster] bericht dat de werkzaamheden van [eiseres] in het kader van het project: 'Ondersteuning van de afdeling vergunningverlening' per 31 januari 2017 worden beëindigd.⁷

1.8 Op 29 januari 2017 heeft [betrokkene 1] namens [A] (via e-mailadres: [e-mailadres 1]) aan [betrokkene 2] van [eiseres] per e-mail bericht:

'We hebben uw opzegging met betrekking tot het project 'toetsen en afhandelen meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit' ontvangen. We betreuren dat u de eerder gemaakte afspraken met betrekking tot het project 'toetsen en afhandelen meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit' (artikel 1 van de overeenkomst) niet kunt/wilt nakomen. Voor de medewerker in kwestie is continuïteit echter noodzakelijk. Zoals eerder is afgesproken en in de overeenkomst is vastgelegd gaan de betrokken partijen er vanuit dat de medewerker werkzaamheden op elk ander gebied dan de in artikel 1 van de overeenkomst staat vermeld, zonder verdere consequenties voor alle partijen, kan uitvoeren.

Indien u een andere mening bent toegedaan zie ik deze, uiterlijk 30 januari 2017 om 17 uur, onderbouwd tegemoet. Indien ik voor deze tijd niets van u vernomen heb, ga ik er vanuit dat u het bovenvermelde onderschrijft.'⁸

1.9 Op 1 februari 2017 heeft [verweerster] (via het e-mailadres: [e-mailadres 2]) aan [betrokkene 2] per e-mail bericht:

'Zoals uw weet, ben ik als medewerkster van [A] tot 31 januari 2017 via [eiseres] bij de ODRA werkzaam geweest op het project 'toetsen en afhandelen meldingen Activiteitenbesluit'. Omdat u uw afspraken niet kunt/wilt nakomen heeft verlenging van dat project niet plaats kunnen vinden.

Zoals gister telefonisch besproken heb ik echter een belang om continuïteit in mijn werkzaamheden te hebben (al of niet bij de ODRA).

Zoals besproken heb ik bij de ODRA wellicht een mogelijkheid om werkzaamheden te verrichten anders dan vernoemd in de tussen [eiseres] en [A] gesloten overeenkomst.

U bent echter van mening dat dit niet zonder consequenties mogelijk zou zijn. U zou dit be-

² Rov. 3.2 van het arrest.

³ Rov. 3.3 van het arrest.

⁴ Rov. 3.4 van het arrest. Dit was kennelijk een slapende onderneming die, niet meer beschikte over een actieve website én het gebruik van de handelsnaam [A] blijkt het KvK uittreksel van 9 februari 2017 (zie productie 3 bij dagvaarding in eerste aanleg) reeds per 1 december 2012 was gestaakt. Het bij memorie van Grieven overgelegde uittreksel is kennelijk geactualiseerd.

⁵ Rov. 3.5 van het arrest.

⁶ Rov. 3.6 van het arrest.

⁷ Rov. 3.7 van het arrest.

⁸ Rov. 3.8 van het arrest.

spreken met uw jurist. Als u blijft bij uw mening zou u de zaak aanhangig maken middels een kortgeding. U dient mij het afschrift hiervan te doen toekomen.

Indien u geen kort geding aanspant voor 3 februari 2017 ga ik, mevrouw [verweerster], er vanuit dat ik bij de ODRA werkzaamheden kan verrichten, anders dan in de overeenkomst genoemde werkzaamheden. Dit zonder enige consequenties voor betrokken partijen.⁹

1.10 Per e-mail van 2 februari 2017 heeft de bedrijfsjurist van [eiseres], [bedrijfsjurist], aan [verweerster] (via mailadres [e-mailadres 2]) bericht:

'U heeft vanochtend contact gehad met de heer [betrokkene 2] inzake onderstaande discussie. U heeft met hem gesproken over de ontstane situatie en tevens is aangegeven dat ik namens [eiseres] ons juridisch standpunt zou toelichten. In eerste instantie is er sprake van een schending van het relatiebeding als u uw voornemen om direct een opdracht aan te gaan met de ODRA ten uitvoer brengt. Niet alleen schendt u daarmee uw relatiebeding met [eiseres] maar zorgt u er ook voor dat de ODRA het relatiebeding met [eiseres] schendt. Ook zij mogen immers contractueel een schending niet faciliteren.

Wij hebben contact gehad met de ODRA over deze kwestie en zij hebben aangegeven dat zij er de voorkeur aan hebben dat [eiseres] en u met elkaar in dialoog treden om zo tot een oplossing te komen en de lucht te klaren. Ik heb dit ook geadviseerd aan de heer [betrokkene 2] die, zoals ik zojuist vernam reeds met u in contact is getreden om onderstaande kwestie te bespreken. Ik zou u graag willen verzoeken om in het kader daarvan met de heer [betrokkene 2] in dialoog te treden en kenbaar te maken wat voor u een oplossing zou kunnen zijn die eer doet aan onze maar ook aan uw belangen. (...)¹⁰

1.11 Bij e-mail van 22 maart 2017 heeft [betrokkene 3] (werkzaam bij de Omgevingsdienst Regio Arnhem) het volgende aan [verweerster] bericht:

'Hoi [verweerster],
Ten aanzien van het boetebeding en relatiebeding met [eiseres] vind ik het erg spijtig hoe het gaat! Ik wil jou een aanbod doen voor de functie vergunningverlener voor onbepaalde tijd voor 36 uur per week, vergelijkbaar schaal 11 € 4.740, = exclusief reiskosten. Maar, zoals ook eerder gemeld, kunnen we het komende jaar niet met jou in zee vanwege de clauseule die wij hebben staan met [eiseres]. Odra wil dit niet via de rechter laten lopen, dit contract is nu eenmaal zo opgesteld zoals het is. Ik hoop dat je begrip hebt voor het standpunt dat ik ook het ODRA brede belang moet behartigen.'¹¹

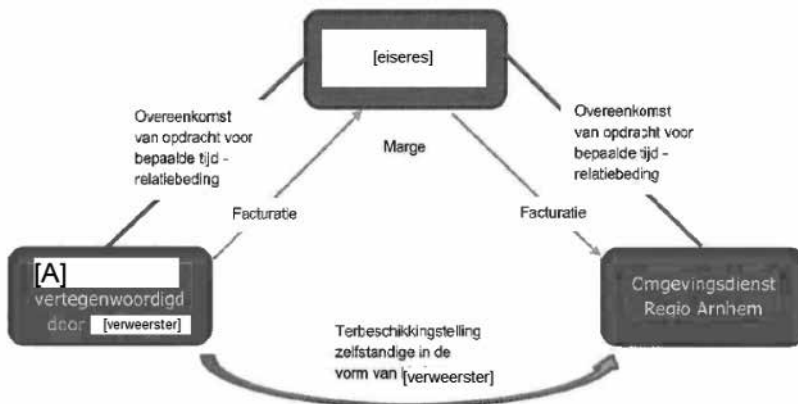
1.12 Bij e-mail van 18 juli 2017 deelt [bedrijfsjurist] (bedrijfsjurist) namens [eiseres] aan de advocaat van [verweerster] het volgende mee:

'Na intern overleg hebben wij besloten om uw dient niet meer aan haar relatiebeding te houden.

De reden is dat wij de opvatting hebben dat de kwestie op zichzelf inmiddels meer tijd kost en heeft gekost die niet meer in relatie staat tot het handhaven van ons standpunt.

Indien u een document wenst waarop [eiseres] uitdrukkelijk verklaard geen beroep meer te doen op het relatiebeding per heden dan kunt u deze aan mij verstrekken en zorg ik ervoor dat deze wordt voorzien van een handtekening.'¹²

1.13 Volgens [eiseres] zag de rechtsrelatie er als volgt uit:¹³



9 Rov. 3.9 van het arrest.
10 Rov. 3.10 van het arrest.

11 Rov. 3.11 van het arrest.
12 Rov. 3.12 van het arrest.
13 MvA nr. 13.

1.14 Volgens [verweerster] was zij in loondienst van [A], die vervolgens een overeenkomst van opdracht heeft gesloten met [eiseres], die op haar beurt contracteerde met ODRA.¹⁴ Blijkens het proces-verbaal van de comparitie in eerste aanleg d.d. 24 juli 2017 verklaart mw. [verweerster] zelf letterlijk: '(...) De overeenkomst is getekend door de eigenaar van [A]. Op de achtergrond speelde er [verweerster]. Ik ben 19 juli 2016 in dienst getreden bij [A]'. Mr. Verweij (advocaat) van mw. [verweerster] stelde blijkens dat proces-verbaal: 'Wat mij betreft is het niet relevant of mevrouw [verweerster] aangemerkt moet worden als werknemer van [A] of als zzp'er die via het bureau van haar broer is binnengekomen (...)'. Het verweer daarop van [eiseres] is steeds geweest dat dit wordt betwist en dat [eiseres] dit zo ook niet heeft begrepen.¹⁵ Wat daar verder ook van zij, er is in elk geval geen sprake van een arbeidsovereenkomst met [eiseres] en evenmin een daarop gelijkende arbeidsverhouding met [eiseres] waaraan [verweerster] arbeidsrechtelijke bescherming kan ontnemen. Er is sprake van een overeenkomst van opdracht. [eiseres] stelt dat [verweerster] heeft gecontracteerd als zelfstandig ondernemer en verwijst daarbij naar een eigen actieve onderneming KAM-ADVIES 2000.¹⁶ Deze onderneming sloot veel meer aan bij de activiteiten die [verweerster] bij ODRA heeft verricht.

1.15 De rechtbank heeft geoordeeld dat artikel 9a Waadi niet van toepassing is op de onderhavige situatie. Blijkens r.o. 4.5. van haar vonnis zag de rechtbank niet in op grond waarvan de Waadi van toepassing zou zijn op zelfstandigen die op grond van een overeenkomst van opdracht werkzaamheden verrichten voor derden.

1.16 Het hof laat in het midden welke rechtsverhouding nu precies met wie heeft gegolden en acht elke vorm van belemmering bij ter beschikkingstelling in strijd met artikel 9a Waadi, welk artikel conform de Europese uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104/EG) moet worden toegepast.

1.17 [eiseres] kan zich met het arrest van het hof niet verenigen en richt daartegen de navolgende klachten.

2 Klachten

2.1 Het hof overweegt in rov. 5.3 t/m 5.6 van het arrest:

'5.3. Met grief 3 komt [verweerster] op tegen de overweging van de rechtbank dat een beroep op de Waadi niet slaagt. Ten aanzien van de vraag of [verweerster] zich terecht kan beroepen op artikel 9a Waadi overweegt het hof als volgt. Volgens artikel 9a lid 1 Waadi legt degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt geen belemmeringen in de weg voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking ge-

stelde arbeidskracht en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld. Artikel 9a lid 2 Waadi bepaalt dat elk beding in strijd met het eerste lid nietig is. Artikel 9a Waadi is in 2012 ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn 2008/104/EG, de zogenoemde Uitzendrichtlijn. Artikel 9a Waadi moet daarom worden uitgelegd in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn (Hoge Raad 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 *Focus on human*). In artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn staat dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen 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. De Waadi verstaat onder 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 (artikel 1 lid 1 aanhef en onder c Waadi).

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883 *Ruhrlandklinik*) en de Hoge Raad (14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 *Focus on human*) volgt – voor zover hier thans van belang – dat de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet alleen van toepassing zijn op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op arbeidskrachten die een arbeidsrelatie hebben met een uitzendbureau. Voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi is aldus niet vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Ook wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zzp'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van deze inlener te werken zijn de Uitzendrichtlijn en de Waadi van toepassing. Hieruit volgt dat in het onderhavige geval, waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres], het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi onverminderd van toepassing is. Grief 3 slaagt. Daarbij is het niet van belang in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] aan ODRA ter beschikking is gesteld. Het daarop betrekking hebbend bewijsaanbod van [eiseres] (zie onder 71 MvA) wordt daarom als niet relevant voor de beslissing gepasseerd. Nu sprake is van nietigheid is evenmin van belang dat [verweerster], onderhandelend namens [A] heeft ingestemd met een dergelijk beding.

5.4. Uit het voorgaande volgt dat [eiseres] [verweerster] ten onrechte in de periode 2 februari 2017 tot 18 juli 2017 aan het relatiebeding heeft gehouden. Dat geldt ook voor zover [eiseres] een beroep heeft gedaan op het relatiebeding in haar overeenkomst met ODRA. Ook dat moet worden

¹⁴ MvG rnr. 17–23.

¹⁵ MvA rnr. 24–47.

¹⁶ MvA rnr. 42 en 43.

gezien als een ongeoorloofde belemmering als bedoeld in art. 9a lid 2 van de Waadi. Daarmee is het onrechtmatig handelen van [eiseres] gegeven en kan de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht worden gegeven.

5.5. [eiseres] heeft weliswaar aangevoerd dat niet vaststaat dat sprake was van een aanbod van ODRA tot indiensttreding (zie onder 57 en 58 in de MvA) en in eerste aanleg de hoogte van de in eerste aanleg gevorderde schade gemotiveerd betwist. Maar een en ander laat onverlet dat [verweerster] de mogelijkheid van schade voldoende aantemelijk heeft gemaakt. Deze weren staan niet in de weg aan toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht. Dat geldt ook voor de stelling van [eiseres] dat zij zich in het kader van haar beroep op het relatiebeding welwillend heeft opgesteld (zie onder andere onder 73 in de conclusie van antwoord).

5.6. Gelet op het voorgaande zal het bestreden vonnis worden vernietigd en worden beslist als na te melden. [eiseres] wordt als de in het ongelijk te stellen partij veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep.'

In het dictum (rov. 6) vernietigt het hof vervolgens het vonnis van de rechtbank d.d. 17 oktober 2015 en verklaart vervolgens voor recht dat [eiseres] onrechtmatig zou hebben gehandeld door ten onrechte een beroep te doen op een nietig relatiebeding met veroordeling van [eiseres] in de kosten in eerste aanleg en in hoger beroep.

Het hof geeft, aldus oordelend hetzij blij van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij is dit oordeel onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd, in het bijzonder waar het hof oordeelt in rov. 5.3 dat a. uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883 *Ruhrlandklinik*) en de Hoge Raad (14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 *Focus on human*) volgt – zover hier thans van belang – dat de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet alleen van toepassing zijn op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op arbeidskrachten die een arbeidsrelatie hebben met een uitzendbureau, zodat, volgens het hof, voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi aldus niet is vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen.

b. op basis van die jurisprudentie dat ook wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zzp'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van deze inlener te werken de Uitzendrichtlijn en de Waadi van toepassing zijn.

c. in het onderhavige geval, waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres], het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi onverminderd van toepassing is, zodat Grief 3 slaagt.

d. Daarbij is het niet van belang in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] aan ODRA ter beschikking is gesteld.

e. Het daarop betrekking hebbend bewijsaanbod van [eiseres] (zie onder 71 MvA) wordt daarom als niet relevant voor de beslissing gepasseerd. Nu sprake is van nietigheid is evenmin van belang dat [verweerster], onderhandelend namens [A] heeft ingestemd met een dergelijk beding.

Dit om navolgende, ook in onderling verband te lezen, redenen.

Ad a en b Uitzendrichtlijn, Ruhrlandklinik en Focus on Human

2.1-1 Het hof geeft aldus oordelend sub a en b blij van een onjuiste rechtsopvatting, nu blijkens de *Ruhrlandklinik*-uitspraak¹⁷ voor toepassing van de Uitzendrichtlijn en daarmee artikel 9a Waadi vereist is dat er een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding met de uitleener bestaat *waarbij de werknemer of werker in het land waarin de arbeid wordt verricht naar nationale arbeidswetgeving kan rekenen op arbeidsrechtelijke bescherming*, zodat anders dan het hof in rov. 5.3 onderbouwt sub a en concludeert sub b, een zelfstandige (waaronder begrepen ook een ZZP'er, die naar de aard naar Nederlandse arbeidsrechtelijke wetgeving geen arbeidsrechtelijke bescherming geniet) niet onder de Uitzendrichtlijn valt en derhalve ook niet onder het werknemersbegrip zoals dat zou moeten worden gehanteerd bij toepassing van artikel 9a Waadi. Zie in het bijzonder van deze *Ruhrlandklinik*-uitspraak (gecursiveerd door mij-HJWA):

'Beantwoording van de prejudiciële vraag

22 Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, leden 1 en 2, van richtlijn 2008/104 aldus moet worden uitgelegd dat de terbeschikkingstelling, door een vereniging zonder winst oogmerk, in ruil voor een financiële vergoeding, van een van haar leden aan een inlenende onderneming om aldaar, als hoofdberoep en onder leiding van laatstgenoemde, tegen beloning arbeid te verrichten, terwijl dit lid naar nationaal recht geen werknemer is omdat hij geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten met voornoemde vereniging, binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt.

23 Overeenkomstig voornoemd artikel 1 veronderstelt de toepassing van richtlijn 2008/104 met name dat de betrokken persoon een 'werknemer' is, in de zin van lid 1 van dit artikel, en dat het uitzendbureau dat deze persoon ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming een 'economische activiteit' uitoefent in de zin van lid 2 van voornoemd artikel.

24 Derhalve moet voor het beantwoorden van de prejudiciële vraag worden nagegaan of in omstandigheden als bedoeld in punt 22 van het

¹⁷ Hof van Justitie EG (17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883 *Ruhrlandklinik*).

onderhavige arrest aan die twee voorwaarden is voldaan.

Begrip ‘werknemer’

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 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.

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 werkingsfeer 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 brengen en derhalve, door de werkingsfeer 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.

38 In casu geeft de verwijzende rechter aan dat DRK Essen K. ter beschikking wenst te stellen aan de Ruhrlandklinik om aldaar, als hoofdberoep en onder leiding van deze kliniek, in de hoedanigheid van verpleegster prestaties te verrichten in ruil voor een maandelijks beloning die wordt berekend overeenkomstig de criteria die in de gezondheidszorg gebruikelijk zijn. Derhalve lijkt, gelet op de overwegingen in de verwijzingsbeslissing, de verhouding die K. met DRK Essen verbindt niet wezenlijk te verschillen van die welke de werknemers van een uitzendbureau met dit bureau verbindt.

39 Bovendien volgt uit de aan het Hof voorgelegde stukken dat de leden van DRK Essen, waaronder K., een bepaald aantal rechten genieten die deels identiek of gelijkwaardig zijn aan die van personen die naar Duits recht als werknemers zijn gekwalificeerd.

40 Zo heeft de verwijzende rechter zelf bevestigd dat voor die leden dwingende arbeidsrechtelijke beschermingsnormen gelden. Voorts vallen deze leden, zoals is geconcludeerd door de Ruhrlandklinik en de Duitse regering in antwoord op een vraag van het Hof krachtens artikel 61, lid 1, van zijn Reglement voor de proceduure, onder het Sozialgesetzbuch (Duits sociaal wetboek), net als personen die naar Duits recht als werknemer zijn gekwalificeerd.

41 Bovendien gelden volgens de Ruhrlandklinik voor die leden de op werknemers toepasselijke wettelijke regels inzake betaald verlof, ziekteverlof, moeder- en ouderschapsverlof en behoud van loon in geval van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval. Verder genieten zij dezelfde bescherming als de eigen werknemers van de Ruhrlandklinik wat betreft deelname aan de besluitvorming binnen deze kliniek, ontvangen zij dezelfde beloning en zijn zij onderworpen aan dezelfde arbeidsvoorwaarden als laatstgenoemden. Tot slot kunnen zij enkel om een zwaarwegende reden uit DRK Essen worden uitgesloten.

42 In het licht van bovenstaande gegevens lijkt het er dus op dat de leden van DRK Essen in Duitsland worden beschermd op grond van de arbeid die zij verrichten, hetgeen evenwel aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

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 geduren-

de 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.'

Kortom: het hof miskent in rov. 5.3 in het arrest door te verwijzen naar het HvJ EU-arrest van de Ruhrlandklinik dat daaruit blijkt dat 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.

Indien het hof dat niet heeft miskend heeft hetgeen, althans onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

2.1-II Het hof miskent in rov. 5.3 sub a en b dat ook het Focus on Human-arrest in casu er niet toe kan leiden dat in casu de Uitzendrichtlijn en artikel 9a Waadi van toepassing zijn, nu het in die uitspraak, anders dan in casu het geval is, ging om een werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau werkzaam was. De vraag was of het aldus geldende verbod ex artikel 9a Waadi zich ook uitstrekte tot het na afloop van de inlening op ZZP-basis bij de inlener gaan werken, waarbij de Hoge Raad bovendien niet oordeelt dat het verbod ex artikel 9a Waadi dan ook inderdaad van toepassing is:

'3.1 (...)

(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 (...).

(...)

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 te recht 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.'*

Kortom: het gaat niet alleen om een ander te toetsen moment, nu het gaat om de arbeidsrelatie na afloop van de uitzending bij de inlener en niet om de vraag of er een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding bij de uitlener was, maar ook *moet in de Focus on Humanzaak na verwijzing nog worden vastgesteld of er überhaupt wel sprake is van een verhouding als bedoeld in de Ruhrlandklinik*, dus of het gaat om een persoon 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*. De Hoge Raad heeft dus *niet* (zelf) uitgemaakt in de *Focus on Human*-zaak dat een ZZP'er als zodanig valt te kwalificeren. Integendeel, nu een ZZP'er geen enkele arbeidsrechtelijke bescherming geniet en aan dat beschermingscriterium dus niet wordt voldaan, is waarschijnlijk dat de feitenrechter na verwijzing oordeelt dat het hier niet gaat om een werknemer die in Nederland beschermd is, nu er voor een ZZP'er geen ontslagbescherming bestaat, er geen sprake is van een verplichte verzekering, er geen verplichte vakantiedagen zijn enz. Het hof heeft dit hetzij miskend, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven

Ad d en e: hoedanigheid en bewijsaanbod daarvan

2.1-III Het hof miskent, gelet op hetgeen in onderdeel 2.1-1 en 2.1-II hierboven is aangevoerd in het arrest in rov 5.3 onder sub d en e, waar het oordeelt dat het niet van belang is in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] aan ODRA ter beschikking is gesteld en daarop voortbouwend in rov 5.4 t/m 5.6 en het dictum, vervolgens ook dat het volgens het *Ruhrlandklinik* arrest rov. 43 aan de verwijzende rechter is om na te gaan of deze voorwaarden in casu zijn vervuld en of [verweerster] dus moet worden aangemerkt als 'werknemer' in de zin van

deze richtlijn. Het hof kon en mocht die hoedanigheid dan ook niet in het midden laten. Ook uit het *Focus on Human* arrest blijkt dat juist moet worden onderzocht of het gaat om een persoon 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*. Aldus doet het er juist toe wat de hoedanigheid is waarmee [verweerster] door [eiseres] aan ODRA ter beschikking is gesteld. Zie in dit verband ook Verhulp in de zeer recente noot in de NJ onder het *Focus on Human* arrest (NJ 2020/389 m.nt. Verhulp onder NJ 2020/390) waar hij zich uitlaat over het in deze cassatie aangevallen arrest van het hof Den Bosch:

'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 werkingssfeer 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.'

Ik denk overigens dat Verhulp, doordat hij een gecombineerde noot schrijft twee richtlijnen door elkaar haalt; Richtlijn 2003/88 ziet op (het kunnen opnemen van) vakantiedagen en waar hij kennelijk naar verwijst is artikel 3 lid 3 van de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008.104 EC). Dat eerste lid luidt immers:

'In deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) 'werknemer': iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer;
- b) 'uitzendbureau': iedere natuurlijke of rechtspersoon die, overeenkomstig het nationale recht, een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende on-

dernemingen om daar onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken;

c) 'uitzendkracht': 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;

d) 'inlenende onderneming': iedere natuurlijke of rechtspersoon voor wie en onder wiens toezicht en leiding een uitzendkracht tijdelijk werkt;

e) 'opdracht': de periode tijdens welke de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld van de inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van die onderneming tijdelijk te werken;

f) 'essentiële arbeidsvoorwaarden': de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot:

i) de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen;

ii) de bezoldiging'

Het hof mocht dan ook de contractuele relatie tussen [eiseres] en [verweerster] niet in het midden laten, nu het juist had moeten onderzoeken of er sprake was van een arbeidsverhouding als bedoeld in *Ruhrlandklinik*-uitspraak. Het hof heeft dit hetzij miskend, hetzij heeft het geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang, dan wel heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven.

Indien en voor zover de uitspraak van het hof in rov 5.3 aldus moet worden begrepen dat er in de visie van het hof – hoe dan ook – sprake is van een arbeidsverhouding bedoeld zoals in de *Ruhrlandklinik*-uitspraak die valt onder de Uitzendrichtlijn, miskent het hof dat een ZZP'er en ook een opdrachtnemer arbeidsrechtelijke bescherming naar de Nederlandse arbeidswetgeving mist, althans is dit oordeel, zeker zonder nadere toelichting onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd.

2.1-IV In dat verband is het evenzeer rechtens onjuist dat het hof oordeelt in rov. 5.3 dat het op die contractuele relatie betrekking hebbend bewijsaanbod van [eiseres] (zie onder 71 MvA) daarom als niet relevant voor de beslissing wordt gepasseerd en dat nu sprake is van nietigheid is evenmin van belang dat [verweerster], onderhandelend namens [A] heeft ingestemd met een dergelijk beding. Blijkens de *Ruhrlandklinik* en *Focus on Human* uitspraken is juist van belang wat de contractuele relatie is geweest tussen [eiseres] en [A] en het hof gaat hier ten onrechte al zonder meer van uit van de nietigheid van het beding zonder die rechtsrelatie te onderzoeken.

Ad c

2.1-V Het slagen van één of meer van de bovenvermelde klachten vitiëert ook rov 5.3 sub b en c,

waarin het hof oordeelt dat in het onderhavige geval, waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres], het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi onverminderd van toepassing is, zodat Grief 3 slaagt.

2.2 Het slagen van één of meer van de bovengenoemde klachten vitiëert ook rov. 5.4 t/m 5.6, alsmede het dictum, in het bijzonder rov 5.4 waar het hof oordeelt dat uit het voorgaande volgt dat [eiseres] [verweerster] ten onrechte in de periode 2 februari 2017 tot 18 juli 2017 aan het relatiebeding heeft gehouden en dat dit ook geldt voor zover [eiseres] een beroep heeft gedaan op het relatiebeding in haar overeenkomst met ODRA omdat dit ook moet worden gezien als een ongeoorloofde belemmering als bedoeld in art. 9a lid 2 van de Waadi, zodat daarmee is het onrechtmatig handelen van [eiseres] gegeven en de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht kan worden gegeven. Bij gebreke van de toepassing van artikel 9a Waadi geldt het beginsel 'pacta sunt servanda' en kon en mocht [eiseres] [verweerster] zowel direct als via ODRA [verweerster] aan de overeengekomen bedingen houden. Van onrechtmatig handelen is dan geen sprake.

Conclusie A-G mr. T. Hartlief:

Deze arbeidsrechtelijke zaak draait om het belemmeringsverbod van art. 9a van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs¹ (hierna: de 'Waadi'), op grond waarvan degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt (de uitlener) geen belemmeringen in de weg mag leggen 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 (de inlener).

[eiseres] heeft, naar het oordeel van het hof, (als opdrachtgever) een overeenkomst van opdracht gesloten met [verweerster] (als opdrachtnemer), die zag op het verrichten van werkzaamheden door [verweerster] bij een derde (de inlener). In de overeenkomst van opdracht is een relatiebeding² opgenomen. Na afloop van de werkzaamheden heeft de inlener aan [verweerster] een aanbod gedaan om voor onbepaalde tijd bij haar in dienst te treden. Dit dienstverband is niet tot stand gekomen, omdat [eiseres] zich op het relatiebeding heeft beroepen.

[verweerster] heeft een procedure tegen [eiseres] aanhangig gemaakt en daarin onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat [eiseres] onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Volgens [verweerster] is het belemmeringsverbod van art. 9a

1 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.* 1998/306.

2 Een relatiebeding – in deze context – verbiedt de opdrachtnemer, kort gezegd, om gedurende een bepaalde periode na afloop van de opdrachtovereenkomst voor de inlener te werken.

Waadi van toepassing, op grond waarvan het relatiebeding nietig is en [eiseres] haar daaraan dus niet had mogen houden. De rechtbank heeft de vordering afgewezen; het hof heeft de vordering toegewezen. Naar het oordeel van het hof is het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi ook van toepassing wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zzp'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming. Het is volgens het hof daarbij niet van belang in welke hoedanigheid [eiseres] [verweerster] aan de inlener ter beschikking had gesteld. Tegen deze oordelen komt [eiseres] in cassatie op.

1 Feiten

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.³

1.2 [eiseres] is een bedrijf dat onder andere actief is op het gebied van arbeidsbemiddeling.

1.3 De broer⁴ van [verweerster] – [betrokkene 1] (hierna: '[betrokkene 1]') – staat sinds 10 augustus 2003 in het handelsregister van de Kamer van Koophandel ingeschreven als (enig) eigenaar van de eenmanszaak '[A]'.⁵ Uit een handelsregisteruittreksel uit 2017 blijkt dat '[A]' vanaf 1 december 2012 niet meer als handelsnaam van de eenmanszaak werd gebruikt. De eenmanszaak handelde toen onder de naam '[B]' en hield zich bezig met de volgende activiteiten: boekhoudkantoren, kinderopvang, coördinatie en administratie kantoor ten behoeve van zorg en gastouderbureau.⁶ Uit een handelsregisteruittreksel uit 2019 blijkt dat '[A]' toen wél weer als handelsnaam van de eenmanszaak werd gebruikt, naast de handelsnaam '[B]'. Ook zijn blijkens het uittreksel de volgende activiteiten toegevoegd: peuterspeelzaalwerk, ingenieurs en overig technisch ontwerp en advies en het op projectbasis leveren van advies en ondersteuning op milieugebied aan private en overheidsinstellingen.⁷

1.4 Op 22 juli 2016 heeft [eiseres] (als opdrachtgever) met [A] (als opdrachtnemer) een overeenkomst van opdracht gesloten (hierna: 'de Overeenkomst'). De Overeenkomst is getekend door

[betrokkene 2] namens [eiseres] en door [verweerster]⁸ namens [A].

De Overeenkomst bepaalt onder meer het volgende:⁹

"In aanmerking nemende:

- a. dat opdrachtgever werkzaam is op het gebied van projectmanagement;
- b. dat opdrachtgever in het kader hiervan behoefte heeft aan een vergunningverlener;
- c. dat de werkzaamheden zullen worden verricht bij of ten behoeve van Omgevingsdienst Regio Arnhem (verder te noemen: 'inlener');

(...).

(...)

Verklaren het volgende te zijn overeengekomen:

Artikel 1: De opdracht [in de overeenkomst staat hierna handgeschreven: '/het project', A-G]

a. Opdrachtnemer verplicht zich voor de duur van de overeenkomst werkzaamheden te verrichten die bestaan uit: 'Het toetsen en afhandelen van meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit'.

b. Opdrachtnemer beschikt over: 'Een afgeronde relevante HBO opleiding en aantoonbare kennis en ervaring met het afhandelen van meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit'. Er is overeenstemming tussen partijen dat opdrachtnemer in staat is om de opdracht naar behoren uit te voeren.

(...)

Artikel 3: Duur van de overeenkomst

a. De opdracht vangt aan op 26 juli 2016 en wordt aangegaan tot en met 1 februari 2017 met de optie tot verlenging.

(...).

(...)

Artikel 13: Relatiebeding

a. Het is opdrachtnemer niet toegestaan binnen twaalf (6)¹⁰ maanden na het einde van de overeenkomst van opdracht, hetzij direct hetzij indirect werkzaam te zijn op dezelfde werkplek in hetzelfde project als waarop opdrachtnemer in de laatste twaalf (6)¹¹ maanden voor beëindiging van de overeenkomst van opdracht werkzaam is

3 De feitenweergave is ontleend aan de in cassatie niet bestreden rov. 3.1, tot en met 3.12, van het bestreden arrest: hof 's-Hertogenbosch 1 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2705.

4 In eerste aanleg heeft [verweerster] verklaard dat haar broer de eigenaar van [A] is. Dit blijkt uit het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 24 juli 2018, p. 2.

5 Productie 3 bij de inleidende dagvaarding, p. 1.

6 Productie 3 bij de inleidende dagvaarding, p. 1.

7 Productie 1 bij de memorie van grieven, p. 1.

8 In feitelijke instanties hebben partijen gedebatteerd over de vraag wie de handtekening namens [verweerster] onder de Overeenkomst heeft gezet. Volgens [verweerster] heeft zij de Overeenkomst niet getekend, maar [betrokkene 1], de eigenaar van [A] en haar broer. Dit blijkt uit het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 24 juli 2018, p. 2 en uit de memorie van grieven, randnummers 11. en 17. Volgens [eiseres] heeft [verweerster] de Overeenkomst wél zelf ondertekend. Zie de memorie van antwoord, randnummer 11. Ik merk in dit kader slechts op dat bij de ondertekening [verweerster] staat en niet [betrokkene 1] en dat de roepnaam van [verweerster] '[verweerster]' is.

9 Productie 2 bij de inleidende dagvaarding.

10 In de Overeenkomst stond oorspronkelijk het nummer (12), maar dat is doorgestreept en vervangen door een handgeschreven "6". Voetnoot toegevoegd door mij, A-G.

11 Ook hier stond in de Overeenkomst oorspronkelijk het nummer (12), maar dat is wederom doorgestreept en vervangen voor een handgeschreven "6". Voetnoot toegevoegd door mij, A-G.

geweest bij inlener ten behoeve van opdrachtgever, tenzij opdrachtnemer daarvoor schriftelijk toestemming heeft gekregen van opdrachtgever. b. Indien opdrachtnemer in strijd met zijn verplichtingen uit hoofde van dit relatiebeding handelt, is deze aan opdrachtgever, zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, voor iedere overtreding een boete verschuldigd van € 12.500,- en € 500,- voor elke dag dat opdrachtnemer in overtreding is. Opdrachtgever is tevens gerechtigd om in plaats van een boete volledige schadevergoeding te vorderen. De boete is rechtstreeks aan opdrachtgever verschuldigd en strekt tot zijn voordeel.”

1.5 [eiseres] heeft daarnaast (als opdrachtnemer) een (ongedateerde) overeenkomst van opdracht gesloten met de Omgevingsdienst Regio Arnhem (hierna: ‘de ODRA’) (als opdrachtgever) ten behoeve van de werkzaamheden verricht door:¹²

“3. [A], ten deze rechtsgeldig vertegenwoordigd door [verweerster], gevestigd te [vestigingsplaats], bedrijfsgegevens zelfstandige:

Inschrijvingsnummer Handelsregister van de Kv.K.: [001] (...)

hierna te noemen: de ‘zelfstandige’.”

1.6 In de overeenkomst van opdracht is in aanmerking genomen dat de zelfstandige de werkzaamheden bij opdrachtgever (de ODRA) naar eigen professioneel inzicht en voor eigen risico verricht en dat de opdrachtnemer ([eiseres]) de werkzaamheden wil laten verrichten door zelfstandige. Artikel 10 van de overeenkomst van opdracht bevat een relatiebeding, inhoudende dat het de ODRA niet is toegestaan om binnen twaalf maanden na beëindiging van de overeenkomst van opdracht, hetzij direct hetzij indirect, gebruik te maken van de inzet van de zelfstandige zonder tussenkomst van de opdrachtnemer ([eiseres]). Op overtreding van dit relatiebeding staat, net als in de Overeenkomst, een boete van € 12.500 en € 500 voor elke dag dat de opdrachtgever (de ODRA) in overtreding is.

1.7 De werkzaamheden bij de ODRA zijn door [verweerster] uitgevoerd.

1.8 Op 20 januari 2017 heeft [eiseres] per brief aan [A], ter attentie van [verweerster], laten weten dat de werkzaamheden van [eiseres] in het kader van het project “Ondersteuning van de afdeling Vergrunningverlening” per 31 januari 2017 worden beëindigd en dat op die datum dus ook het project zal eindigen.¹³

1.9 Op 29 januari 2017 heeft [betrokkene 1] namens [A] per e-mail aan [eiseres] bericht dat hij er zonder tegenbericht van uitgaat dat het [verweerster] vrij staat om werkzaamheden te verrichten op elk ander gebied dan het project:¹⁴

“We hebben uw opzegging met betrekking tot het project ‘toetsen en afhandelen meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit’ ontvangen.

We betreuren dat u de eerder gemaakte afspraken met betrekking tot het project ‘toetsen en afhandelen meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit’ (artikel 1 van de overeenkomst) niet kunt/wilt nakomen. Voor de medewerker in kwestie is continuïteit echter noodzakelijk. Zoals eerder is afgesproken en in de overeenkomst is vastgelegd[e] gaan de betrokken partijen er van uit dat de medewerker werkzaamheden op elk ander gebied dan [de] in artikel 1 van de overeenkomst staat vermeld, zonder verdere consequenties voor alle partijen, kan uitvoeren.

Indien u een andere mening bent toegegaan zie ik deze, uiterlijk 30 januari 2017 om 17 uur, onderbouwd tegemoet. Indien ik voor deze tijd niets van u vernemen heb, ga ik er vanuit dat u het bovenvermelde onderschrijft.”

1.10 Op 1 februari 2017 heeft [verweerster] aan [betrokkene 2] ([eiseres]) per e-mail bericht dat ze ervan uitgaat dat ze bij de ODRA werkzaamheden kan gaan verrichten (andere werkzaamheden dan in de Overeenkomst genoemd), als [eiseres] niet vóór 3 februari 2017 een kort geding aanhangig maakt:¹⁵

“Zoals u weet, ben ik als medewerkster van [A] tot 31 januari 2017 via [eiseres] bij de ODRA werkzaam geweest op het project ‘toetsen en afhandelen meldingen Activiteitenbesluit’. Omdat u uw afspraken niet kunt/wilt nakomen heeft verlenging van dat project niet plaats kunnen vinden.

Zoals gister telefonisch besproken heb ik echter een belang om continuïteit in mijn werkzaamheden te hebben (al of niet bij de ODRA).

Zoals besproken heb ik bij de ODRA wellicht een mogelijkheid om werkzaamheden te verrichten anders dan vermoend in de tussen [eiseres] en [A] gesloten overeenkomst.

U bent echter van mening dat dit niet zonder consequenties mogelijk zou zijn. U zou dit bespreken met uw jurist. Als u blijft bij uw mening zou u de zaak aanhangig maken middels een kortgeding. U dient mij het afschrift hiervan te doen toekomen.

Indien u geen kort geding aanspant voor 3 februari 2017 ga ik, [verweerster], er vanuit dat ik bij de ODRA werkzaamheden kan verrichten, anders dan in de overeenkomst genoemde werkzaamheden. Dit zonder enige consequenties voor betrokken partijen.”

1.11 Op 2 februari 2017 heeft (de bedrijfsjurist van) [eiseres] per e-mail aan [verweerster] bericht dat er in eerste instantie sprake is van een schending van het relatiebeding als [verweerster] haar voornemen ten uitvoer brengt om direct een opdracht aan te gaan met de ODRA. [eiseres] heeft voorgesteld om met [verweerster] in dialoog te treden en zo tot een oplossing te komen:¹⁶

¹² Productie 5 bij de inleidende dagvaarding.

¹³ Productie 6 bij de inleidende dagvaarding.

¹⁴ Productie 8 bij de inleidende dagvaarding, p. 1.

¹⁵ Productie 8 bij de inleidende dagvaarding, p. 2.

¹⁶ Productie 9 bij de inleidende dagvaarding.

“U heeft vanochtend contact gehad met [betrokkene 2] inzake onderstaande discussie. U heeft met hem gesproken over de ontstane situatie en tevens is aangegeven dat ik namens [eiseres] ons juridisch standpunt zou toelichten. In eerste instantie is er sprake van een schending van het relatiebeding als u uw voornemen om direct een opdracht aan te gaan met de ODRA ten uitvoer brengt. Niet alleen schendt u daarmee uw relatiebeding met [eiseres] maar zorgt u er ook voor dat de ODRA het relatiebeding met [eiseres] schendt. Ook zij mogen immers contractueel een schending niet faciliteren. Wij hebben contact gehad met de ODRA over deze kwestie en zij hebben aangegeven dat zij er de voorkeur aan hebben dat [eiseres] en u met elkaar in dialoog treden om zo tot een oplossing te komen en de lucht te klaren. Ik heb dit ook geadviseerd aan [betrokkene 2] die, zoals ik zojuist vernam, reeds met u in contact is getreden om onderstaande kwestie te bespreken. Ik zou u graag willen verzoeken om in het kader daarvan met [betrokkene 2] in dialoog te treden en kenbaar te maken wat voor u een oplossing zou kunnen zijn die eer doet aan onze maar ook aan uw belangen. (...).”

1.12 Op 22 maart 2017 heeft de ODRA per e-mail aan [verweerster] laten weten dat zij haar een aanbod wil doen voor de functie ‘vergunningverlener’ voor onbepaalde tijd.¹⁷

“Hoi [verweerster],
Ten aanzien van het boetebeding en relatiebeding met [eiseres] vind ik het erg spijtig hoe het gaat! Ik wil jou een aanbod doen voor de functie vergunningverlener voor onbepaalde tijd voor 36 uur per week, vergelijkbaar schaal 11 € 4.740,= exclusief reiskosten. Maar, zoals ook eerder gemeld, kunnen we het komende jaar niet met jou in zee vanwege de clause die wij hebben staan met [eiseres]. ODRA wil dit niet via de rechter laten lopen, dit contract is nu eenmaal zo opgesteld zoals het is. Ik hoop dat je begrip hebt voor het standpunt dat ik ook het ODRA brede belang moet behartigen.”

1.13 Op 18 juli 2017 heeft (de bedrijfsjurist van) [eiseres] per e-mail aan (de advocaat van) [verweerster] laten weten dat de uitkomst van de kosten/batenanalyse is dat [eiseres] [verweerster] niet meer aan haar relatiebeding zal houden.¹⁸

“Na intern overleg hebben wij besloten om uw cliënt niet meer aan haar relatiebeding te houden.

De reden is dat wij de opvatting hebben dat de kwestie op zichzelf inmiddels meer tijd kost en heeft gekost die niet meer in relatie staat tot het handhaven van ons standpunt.

Indien u een document wenst waarop [eiseres] uitdrukkelijk verklaard [lees: verklaart, A-G]

geen beroep meer te doen op het relatiebeding per heden dan kunt u deze aan mij verstrekken en zorg ik ervoor dat deze wordt voorzien van een handtekening.”

2 Procesverloop

Erste aanleg

2.1 Op 8 februari 2018 heeft [verweerster] [eiseres] gedagvaard voor de rechtbank Oost-Brabant, locatie 's-Hertogenbosch. [verweerster] heeft gevorderd, samengevat en onder meer, (i) voor recht te verklaren dat [eiseres] onrechtmatig jegens [verweerster] heeft gehandeld door ten onrechte een beroep te doen op een niet geldig/nietig relatiebeding en (ii) [eiseres] te veroordelen tot betaling aan [verweerster] van een schadevergoeding van € 245.721,60, te weten vier jaarsalarissen van € 61.430,40 per jaar.¹⁹

2.2 Bij vonnis van 17 oktober 2018 heeft de rechtbank de vorderingen van [verweerster] afgewezen.²⁰

2.3 Naar het oordeel van de rechtbank heeft [eiseres] voldoende aannemelijk gemaakt dat zij de Overeenkomst met [verweerster] heeft gesloten als zelfstandige. [verweerster] heeft de onderhandelingen met [eiseres] namelijk zelf gevoerd. Ook heeft [verweerster] op geen enkel moment ten tijde van het sluiten van de Overeenkomst te kennen gegeven dat zij niet als zelfstandige werkzaam was, maar op basis van een arbeidsovereenkomst voor [A]. Volgens de rechtbank is de Overeenkomst door [verweerster] zelf ondertekend, althans heeft [verweerster] dit onvoldoende weersproken. Eveneens onvoldoende weersproken is dat [eiseres] nooit contact heeft gehad met [betrokkene 1] over de Overeenkomst. Het handelsregisteruittreksel van de Kamer van Koophandel laat volgens de rechtbank bovendien zien dat [A], de onderneming van de broer van [verweerster], geen enkele activiteit op het gebied van milieuvergunningverlening verricht (rov. 4.4.).

2.4 Omdat [eiseres] de Overeenkomst naar het oordeel van de rechtbank met [verweerster] als zelfstandige heeft gesloten, was [verweerster] gebonden aan het daarin opgenomen relatiebeding en heeft [eiseres], door [verweerster] in eerste instantie aan het beding te houden, niet onrechtmatig jegens [verweerster] gehandeld (rov. 4.4., laatste alinea).

2.5 De rechtbank heeft het beroep van [verweerster] op de Waadi afgewezen:

“4.5. (...) Zonder nadere toelichting, welke ontbreekt, ziet de rechtbank niet in op grond waarvan de WAADI van toepassing zou zijn op zelfstandigen die op grond van een overeenkomst

¹⁹ Randnummers 39. en 40. van de inleidende dagvaarding.

²⁰ Rb. Oost-Brabant 17 oktober 2018, zaaknummer / rolnummer C/01/330936 / HA ZA 18-119 (niet gepubliceerd). In reconventie had [eiseres] gevorderd om [verweerster] te veroordelen in de werkelijk door haar gemaakte proceskosten. Deze vordering, die in cassatie niet meer ter zake doet, heeft de rechtbank eveneens afgewezen, omdat “niet, in ieder geval niet geheel” aan het criterium van misbruik van procesbevoegdheid is voldaan (rov. 4.8.-4.10.).

¹⁷ Productie 7 bij de inleidende dagvaarding.

¹⁸ Productie 13 bij de inleidende dagvaarding.

van opdracht werkzaamheden verrichten voor derden. De gestelde nietigheid op grond van het belemmeringsverbod als bedoeld in artikel 9a is naar het oordeel van de rechtbank niet aanwezig. Ook hieruit vloeit derhalve geen onrechtmatig handelen aan de zijde van [eiseres] voort.”

Hoger beroep

2.6 Op 27 november 2018 is [verweerster] bij het hof 's-Hertogenbosch in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank. [verweerster] heeft haar eis gewijzigd en slechts nog een verklaring voor recht gevorderd dat [eiseres] jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door ten onrechte een beroep te doen op een niet geldig/nietig relatiebeding.

2.7 Bij arrest van 1 september 2020 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, voor recht verklaard dat [eiseres] onrechtmatig jegens [verweerster] heeft gehandeld door ten onrechte een beroep te doen op een nietig relatiebeding.²¹

2.8 Het hof heeft bij zijn beoordeling vooropgesteld dat zowel in de Overeenkomst als in de overeenkomst van opdracht tussen [eiseres] en de ODRA een relatiebeding is opgenomen. Volgens het hof is het op zichzelf niet onrechtmatig om een beroep te doen op een dergelijk overeengekomen beding, tenzij het beroep in strijd is met een dwingendrechtelijke bepaling, zoals het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi (rov. 5.2.).

2.9 Naar het oordeel van het hof is het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi onverminderd van toepassing op de Overeenkomst, te weten een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres]. Daarbij is het volgens het hof niet van belang in welke hoedanigheid [eiseres] [verweerster] aan de ODRA ter beschikking heeft gesteld:

“5.3. (...) Ten aanzien van de vraag of [verweerster] zich terecht kan beroepen op artikel 9a Waadi overweegt het hof als volgt. Volgens artikel 9a lid 1 Waadi legt degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt 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. Artikel 9a lid 2 Waadi bepaalt dat elk beding in strijd met het eerste lid nietig is.

Artikel 9a Waadi is in 2012 ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn 2008/104/EG, de zogenoemde Uitzendrichtlijn. Artikel 9a Waadi moet daarom worden uitgelegd in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn (Hoge Raad 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 *Focus on human*). In artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn staat dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen 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. De Waadi verstaat onder 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 (artikel 1 lid 1 aanhef en onder c Waadi).

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG [bedoeld zal zijn: Hof van Justitie EU, A-G] (17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883 *Ruhrlandklinik*) en de Hoge Raad (14 april 2017,

ECLI:NL:HR:2017:689 *Focus on human*) volgt – voor zover hier thans van belang – dat de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet alleen van toepassing zijn op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op arbeidskrachten die een arbeidsrelatie hebben met een uitzendbureau. Voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi is aldus niet vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Ook wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zzp'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van deze inleners te werken zijn de Uitzendrichtlijn en de Waadi van toepassing. Hieruit volgt dat in het onderhavige geval, waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres], het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi onverminderd van toepassing is. Grief 3 slaagt. Daarbij is het niet van belang in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] aan ODRA ter beschikking is gesteld. Het daarop betrekking hebbend bewijsaanbod van [eiseres] (zie onder 71 MvA) wordt daarom als niet relevant voor de beslissing gepasseerd. Nu sprake is van nietigheid is evenmin van belang dat [verweerster], onderhandelend namens [A] heeft ingestemd met een dergelijk beding.”

2.10 Het hof heeft geoordeeld dat [eiseres] onrechtmatig jegens [verweerster] heeft gehandeld door haar oorspronkelijk aan het (nietige) relatiebeding te houden:

“5.4. Uit het voorgaande volgt dat [eiseres] [verweerster] ten onrechte in de periode 2 februari 2017 tot 18 juli 2017 aan het relatiebeding heeft gehouden. Dat geldt ook voor zover [eiseres] een beroep heeft gedaan op het relatiebeding in haar overeenkomst met ODRA. Ook dat moet worden gezien als een ongeoorloofde belemmering als bedoeld in art. 9a lid 2 van de Waadi. Daarmee is het onrechtmatig handelen van [eiseres] gegeven en kan de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht worden gegeven.”

2.11 Omdat [verweerster] de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft gemaakt, heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en

²¹ Hof 's-Hertogenbosch 1 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2705 (het bestreden arrest).

de door [verweerster] gevorderde verklaring voor recht toegewezen:

“5.5. [eiseres] heeft weliswaar aangevoerd dat niet vaststaat dat sprake was van een aanbod van ODRA tot indiensttreding (...) en in eerste aanleg de hoogte van de in eerste aanleg gevorderde schade gemotiveerd betwist. Maar een en ander laat onverlet dat [verweerster] de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Deze wren staan niet in de weg aan toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht. Dat geldt ook voor de stelling van [eiseres] dat zij zich in het kader van haar beroep op het relatiebeding welwillend heeft opgesteld (...).

5.6. Gelet op het voorgaande zal het bestreden vonnis worden vernietigd en worden beslist als na te melden. [eiseres] wordt als de in het ongelijk te stellen partij veroordeeld in de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep.”

Cassatieberoep

2.12 [eiseres] heeft bij procesinleiding van 1 december 2020 – tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen het bestreden arrest. Tegen [verweerster] is verstek verleend. [eiseres] heeft afgezien van het indienen van een schriftelijke toelichting.

3 *Het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi*

3.1 Deze zaak draait in de kern om de vraag of de rechtsverhouding tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau en de hoedanigheid waarin de arbeidskracht door het uitzendbureau aan de inlener ter beschikking wordt gesteld, van belang zijn voor de toepasselijkheid van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi. Meer specifiek: geldt het belemmeringsverbod ook in het geval een zelfstandige (zpp'er) op basis van een overeenkomst van opdracht met het uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld aan een inlener?

3.2 Om tot een antwoord op deze vraag te komen, ga ik in deze paragraaf eerst in op de achtergrond en totstandkoming van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi. Ik doe dat langs de volgende lijnen:²²

- (i) het belemmeringsverbod in Nederland vóór de inwerkingtreding van de Waadi;
- (ii) inwerkingtreding van de Waadi: afschaffing van het (wettelijke) belemmeringsverbod;
- (iii) de Uitzendrichtlijn: het Europese belemmeringsverbod;
- (iv) implementatie van de Uitzendrichtlijn: het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi; en

(v) tussenconclusie: het belemmeringsverbod is terug van weggeweest, zij het in beperktere vorm. Vervolgens ga ik in op twee arresten – één van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: 'HvJ EU') en één van Uw Raad – die van belang zijn voor de beantwoording van de centrale rechtsvraag in deze procedure. Deze arresten heeft het hof ook in het bestreden arrest genoemd (randnummer 2.9 hiervoor). Ik bespreek tevens de in dit kader relevante literatuur en feitenrechtspraak, waarna ik afsluit met mijn conclusie:

- (vi) HvJ EU 17 november 2016 (*Ruhrlandklinik*);
- (vii) HR 14 april 2017 (*Focus on Human*);
- (viii) de literatuur is behoorlijk eensgezind;
- (ix) de feitenrechtspraak laat een meer wisselend beeld zien; en
- (x) conclusie.

3.3 Dit alles biedt een basis voor de beoordeling van de klachten in het cassatiemiddel in paragraaf 4.

(i): het belemmeringsverbod in Nederland vóór de inwerkingtreding van de Waadi

3.4 Het eerste in Nederland geldende belemmeringsverbod stamt uit de Arbeidsvoorzieningswet 1990.²³ Op grond van art. 93 lid 1, aanhef en onder a, van die wet was het de uitlener²⁴ verboden om “aan de ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan.” Het verbod was ruim geformuleerd en omvatte niet alleen de situatie dat de arbeidskracht een arbeidsverhouding met de inlener zou aangaan, maar ook – veel breder – met derden. De memorie van toelichting bij het voorstel tot de Arbeidsvoorzieningswet 1990 geeft geen toelichting op het belemmeringsverbod. In kamerstukken van latere datum (omtrent de invoering van de Waadi) staat echter, onder vermelding van art. 93 Arbeidsvoorzieningswet 1990, dat het “belemmeringsverbod (...) *primair ten doel* [heeft] te vermijden dat uitzendkrachten iets in de weg wordt gelegd om bij de inlener of een ander bedrijf in dienst te treden.”²⁵ Met het belemmeringsverbod beoogde de wetgever dus te waarborgen dat de uitlener op geen enkele wijze beperkingen zou stellen aan de vrije arbeidskeuze van de ter beschikking gestelde arbeidskracht, bijvoorbeeld door een relatiebeding of een concurrentiebeding overeen te komen.

3.5 Art. 1 lid 1, onder i, Arbeidsvoorzieningswet 1990 definieerde het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ als “het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander

22 Waarbij ik heb kunnen profiteren van de paragrafen 3 tot en met 7 van de conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2017:46) voor HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*).

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

24 Art. 93 lid 1, aanhef, spreekt over ‘de vergunninghouder’. Desdijds gold nog een publiekrechtelijk vergunningsstelsel voor uitzendwerk, op grond waarvan het ter beschikking stellen van arbeidskrachten slechts was toegestaan indien daartoe een vergunning was verleend.

25 Kamerstukken I 1997-1998, 25 264, nr. 133b, p. 4.

voor het onder diens toezicht of leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, in diens onderneming verrichten van aldaar gebruikelijke arbeid". In de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Arbeidsvoorzieningswet 1990 staat over "de figuur" van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten vermeld dat daarbij de intermediair als werkgever optreedt.²⁶ Indien de arbeidskracht zijn arbeid als een kleine zelfstandige in een meer bedrijfsmatige vorm verricht, vallen op die arbeid gerichte intermediaire activiteiten in het algemeen buiten het bestek van de Arbeidsvoorzieningswet 1990.²⁷

"Wanneer een beroepsbeoefenaar de kenmerken gaat vertonen van een kleine zelfstandige, die zijn arbeid verricht in een meer bedrijfsmatige vorm, is er geen sprake meer van een arbeidsverhouding. Hierop gerichte intermediaire activiteiten zullen in het algemeen buiten het bestek van het voorstel (...) voor de Arbeidsvoorzieningswet vallen."

3.6 Met ingang van 1 januari 1997 is de Arbeidsvoorzieningswet 1990 ingetrokken en vervangen door de Arbeidsvoorzieningswet 1996.²⁸ Het belemmeringsverbod van art. 93 lid 1, aanhef en onder a, is daarbij gehandhaafd.²⁹

(ii) inwerkingtreding van de Waadi: afschaffing van het (wettelijke) belemmeringsverbod

3.7 Per 1 juli 1998,³⁰ dus vrij snel na de invoering van de Arbeidsvoorzieningswet 1996, zijn de bepalingen van die wet die op het uitzendwezen betrekking hadden, in de Waadi overgegaan.³¹ Met de Waadi zijn de mogelijkheden om gebruik te maken van uitzendarbeid aanzienlijk verruimd.

3.8 In art. 1 Waadi zijn enkele begrippen gedefinieerd, waaronder het begrip 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten'. De definitie van dit begrip in de Waadi is uit de Arbeidsvoorzieningswet 1990 overgenomen en houdt dus in: "het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht of leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereen-

komst, verrichten van arbeid".³² In de memorie van toelichting bij het voorstel tot de Waadi staat dat het niet van belang is of de arbeidskracht in een arbeidsverhouding tot de uitlener staat:³³

"In onderdeel e wordt een definitie gegeven van het begrip ter beschikkingstelling van arbeidskrachten. Er is aangesloten bij de bestaande omschrijving van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de Arbeidsvoorzieningswet 1990. Het begrip is ruimer dan het voorzien in uitzendovereenkomsten als bedoeld in titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek (na aanname van het wetsvoorstel Wet Flexibiliteit en zekerheid). Voor deze omschrijving is niet van belang of de persoon, die ter beschikking gesteld wordt, in een arbeidsverhouding tot de ter beschikkingstellende staat, hoewel dat meestal wel het geval zal zijn. (...)"

3.9 Het is opvallend dat enerzijds is aangesloten bij de omschrijving van het begrip 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' uit de Arbeidsvoorzieningswet 1990 en anderzijds in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat het bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten niet van belang is of de persoon die ter beschikking wordt gesteld (de arbeidskracht) in een arbeidsverhouding staat tot de ter beschikking stellende (de uitlener). Voor de toepasselijkheid van de Arbeidsvoorzieningswet 1990 was immers wél van belang dat sprake was van een arbeidsverhouding tussen de arbeidskracht en de intermediair/uitlener (randnummer 3.5 hiervoor).

3.10 Het belemmeringsverbod uit de Arbeidsvoorzieningswet 1996 is in de Waadi niet teruggekeerd. Op vragen vanuit de Tweede Kamer naar het komen te vervallen van het belemmeringsverbod, antwoordde de minister dat het niet noodzakelijk werd geacht een dergelijk beding in de Waadi op te nemen. Belemmerende bedingen konden immers reeds op grond van het overeenkomstenrecht en/of op grond van toepasselijke cao's worden aangevochten.³⁴

"De huidige regeling kent voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in artikel 93 van de Arbeidsvoorzieningswet (...) 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, omdat een dergelijk beding in de overeenkomst tot arbeidsbemiddeling of in de overeenkomst tussen de ter beschikking stellende (de uitzendbureau) en

²⁶ Kamerstukken II 1987-1988, 20 569, nr. 3, p. 49.

²⁷ Kamerstukken II 1987-1988, 20 569, nr. 3, p. 50.

²⁸ Wet van 29 september 1996 tot vaststelling van een nieuwe Arbeidsvoorzieningswet (Arbeidsvoorzieningswet 1996), *Stb.* 1996/618.

²⁹ Art. 19, aanhef en onder d, van de Wet van 29 november 1996 tot invoering van de Arbeidsvoorzieningswet 1996 (Invoeringswet Arbeidsvoorzieningswet 1996), *Stb.* 1996/619.

³⁰ 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.

³¹ 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.* 1998/306.

³² In art. 1 lid 3 Waadi wordt – in afwijking van de omschrijving van het begrip 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' in art. 1 lid 1, onder c, Waadi – een drietal situaties uitgesloten van de omschrijving van het 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten'. Deze situaties zijn in deze procedure niet aan de orde en laat ik dan ook buiten beschouwing.

³³ Kamerstukken II 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 17.

³⁴ Kamerstukken II 1996-1997, 25 264, nr. 5, p. 6.

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.”

3.11 In de Eerste Kamer heeft de minister zich in vergelijkbare zin uitgelaten. Een apart tot de uitlegger gericht publiekrechtelijk verbod was niet meer nodig, “omdat op grond van het algemene overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwarende bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden. Een beding dat een arbeidskracht in zijn vrije arbeidskeuze belemmert is in algemene zin al als bezwarend te beschouwen en zou in de relatie arbeidskracht – uitzendbureau vernietigbaar kunnen zijn.”³⁵

3.12 Deze opmerkingen van de minister hebben tot een wat wisselend beeld in de rechtspraak geleid. Mogelijk is dat ontstaan, omdat 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 ingevolge art. 6:245 BW juist niet van toepassing is op (collectieve) arbeidsovereenkomsten. Hoewel feitenrechtters 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, 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 beroep op het concurrentiebeding werd beoordeeld in het kader van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en uitspraken waarin het beding werd (of lijkt te zijn) getoetst aan de redelijkheidsnorm van art. 7:653 lid 2 BW (de specifieke aan het concurrentiebeding gewijde bepaling).³⁶

3.13 Bij de evaluatie van de Waadi in 2002 zag men geen aanleiding om het wettelijke belemmeringsverbod opnieuw in te voeren, “omdat op grond

van het algemene overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen [het, A-G] onredelijke.”³⁷

3.14 In april 2003 heeft Uw Raad geoordeeld dat uit de wetsgeschiedenis van de Waadi niet kan worden afgeleid dat een concurrentiebeding in het algemeen ontoelaatbaar is.³⁸ Uit die wetsgeschiedenis blijkt namelijk dat bescherming van de werknemer moet worden gezocht in het algemene overeenkomstenrecht, op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen “vernietigd kunnen worden”. Ook blijkt uit die wetsgeschiedenis dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze “voor vernietiging in aanmerking kan komen”.³⁹

3.15 Kortom: anders dan onder de Arbeidsvoorzieningswet (1990 en 1996), was het na invoering van de Waadi in beginsel toelaatbaar om een concurrentie- en/of relatiebeding met een gedetacheerde of uitgezonden werknemer overeen te komen.

(iii): de Uitzendrichtlijn: het Europese belemmeringsverbod

3.16 In 2008 is de Uitzendrichtlijn tot stand gekomen.⁴⁰ De Uitzendrichtlijn heeft, kort gezegd, tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren.⁴¹ Art. 1 lid 1 Uitzendrichtlijn bepaalt dat de richtlijn van toepassing is op ‘werknemers’ met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een ‘uitzendbureau’, die ter beschikking worden gesteld van ‘inlenende ondernemingen’ om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken. De tussen aanhangstekens gezette woorden zijn gedefinieerd in art. 3 lid 1, onder a), b) en d), Uitzendrichtlijn.

3.17 De Uitzendrichtlijn geeft géén definitie van de begrippen ‘arbeidsovereenkomst’ en ‘arbeidsverhouding’. Wel is in art. 3 lid 2, eerste volzin, Uitzendrichtlijn bepaald dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van onder meer arbeidsovereenkomst, arbeidsverhouding of werknemer betreft.

3.18 In de toelichting⁴² bij het voorstel voor de Uitzendrichtlijn⁴³ staat onder meer dat met de richtlijn de toegang tot vast werk voor uitzendkrachten moet worden vergemakkelijkt. Daarom is in het voorstel voor de Uitzendrichtlijn bepaald dat “alle

37 Kamerstukken II 2001-2002, 28 365, nr. 1, p. 19 en 20.

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

39 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844, NJ 2007/351 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss en JAR 2003/107 m.nt. M.S.A. Vegter en E. Knipschild (LAN-Alyst B.V.), rov. 3.5.

40 Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, PbEG 2008, L 327/9.

41 Art. 2 van de Uitzendrichtlijn.

42 Beschikbaar via: https://www.eumonitor.nl/9353000/1/j4n-dvhdtk3hydqz_j9vvik7m1c3gyxp/vi8rm2zy5pyw.

43 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten (2002/C 203 E/01), COM(2002) 149 def. – 2002/0072(COD), ingediend op 21 maart 2002.

35 Kamerstukken I 1997-1998, 25 264, nr. 133b, p. 4.

36 Zie M.C. van Koppen, ‘Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi’, TAP 2013/2, p. 68 en de conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2017:46) voor HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (Focus on Human), randnummer 6.5 en de daar aangehaalde literatuur en feitenrechtspraak.

bepalingen die de aanwerving van een uitzendkracht door een inlenende onderneming verbieden of moeten verhinderen, nietig zijn.⁴⁴ Dit voorgestelde belemmeringsverbod is uiteindelijk terechtgekomen in art. 6 lid 2, eerste volzin, Uitzendrichtlijn, dat als volgt luidt:

“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.”

3.19 Onder ‘uitzendkracht’ moet volgens art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn worden verstaan “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”. De omschrijving van het begrip ‘uitzendkracht’ bevat op zijn beurt dus het begrip ‘werknemer’. Daaronder moet volgens art. 3 lid 1, onder a), Uitzendrichtlijn worden verstaan “iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer”.

3.20 De enige toegestane uitzondering op het belemmeringsverbod is opgenomen in de tweede volzin van art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. Dat bepaalt dat regelingen, op grond waarvan de uitzendonderneming van de inlenende onderneming een redelijke vergoeding ontvangt bijvoorbeeld bij indienstneming van de voormalige uitzendkracht, wel zijn toegestaan.

3.21 Bij vergelijking van het in de Uitzendrichtlijn opgenomen belemmeringsverbod en het in de jaren negentig van de vorige eeuw in Nederland geldende belemmeringsverbod op grond van de Arbeidsvoorzieningswet 1990 en 1996, valt op dat het Europese belemmeringsverbod een beperktere reikwijdte heeft. Ten eerste ziet het Europese verbod op de belemmering van de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst of -verhouding na afloop van de uitzendopdracht, terwijl het oude Nederlandse belemmeringsverbod tevens zag op de situatie dat de ter beschikking gestelde arbeidskracht tijdens de terbeschikkingstelling bij de inlener in dienst wilde treden. Ten tweede ziet het Europese belemmeringsverbod uitsluitend op indiensttreding bij degene aan wie de arbeidskracht ter beschikking is gesteld (de inlener), terwijl op grond van de Arbeidsvoorzieningswet óók het belemmeren van het aangaan van een arbeidsovereenkomst of -verhouding met derden was verboden (randnummer 3.4 hiervoor). Een beding dat belet om bij anderen dan de inlener in dienst te treden, wordt dus niet getroffen door het in de Uitzendrichtlijn opgenomen belemmeringsverbod.

3.22 De Uitzendrichtlijn en het daarin opgenomen belemmeringsverbod diende uiterlijk op 5 december 2011 in de nationale rechtsstelsels te worden geïmplementeerd.⁴⁵ Nederland heeft deze deadline niet gehaald.

(iv): implementatie van de Uitzendrichtlijn: het belemmeringsverbod van art.

9a Waadi

3.23 Bij wet van 19 april 2012, die op 27 april 2012 – en dus enkele maanden te laat – in werking is getreden, is de Waadi gewijzigd onder meer door art. 9a daaraan toe te voegen. Het in de Uitzendrichtlijn opgenomen belemmeringsverbod is hiermee in de Nederlandse wet geïmplementeerd.⁴⁶ Het in art. 9a Waadi ingevoerde belemmeringsverbod luidt als volgt:

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

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

3.24 De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi vermeldt dat art. 1 (toepassingsgebied) en 2 (doel) van de Uitzendrichtlijn geen implementatie behoeven.⁴⁷ Evenmin implementatie behoeven de definities die art. 3 lid 1, onder a) tot en met e), Uitzendrichtlijn geeft van de begrippen ‘werknemer’, ‘uitzendbureau’, ‘uitzendkracht’, ‘inlenende onderneming’ en ‘opdracht’. De in de Uitzendrichtlijn gegeven definities sluiten namelijk aan bij de definities van ‘uitzendovereenkomst’ in art. 7:690 BW en van het ‘ter beschikking stellen’ in art. 1 lid 1, onder c, Waadi.⁴⁸ Voor zover het bij de invoering van de Waadi niet (meer) nodig was om als arbeidskracht in een arbeidsverhouding tot de uitlener te staan om onder het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ te vallen (randnummer 3.8 hiervoor), is een dergelijke arbeidsverhouding sindsdien dus wel (weer) nodig. Het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ in art. 1 lid 1, onder c, Waadi sluit namelijk aan bij de definities van de Uitzendrichtlijn en in de definitie van ‘uitzendkracht’ in art. 3 lid 1,

⁴⁵ Art. 11 van de Uitzendrichtlijn.

⁴⁶ 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.* 2012/173.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2010–2011, 32 895, nr. 3, p. 2 en 3.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2010–2011, 32 895, nr. 3, p. 3.

⁴⁴ Paragraaf 8 van de toelichting bij het voorstel voor de Uitzendrichtlijn.

onder c), Uitzendrichtlijn is een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau (de uitlener) vereist (randnummer 3.19 hiervoor).

3.25 Anders dan art. 1, 2 en 3 Uitzendrichtlijn, moest het in art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn opgenomen belemmeringsverbod wél worden geïmplementeerd.⁴⁹ Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer heeft de minister nog eens toegevoegd wat het belemmeringsverbod inhoudt:⁵⁰

“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. (...)”

En:⁵¹

“(…) In de richtlijn staat dat je uitzendkrachten op geen enkele wijze een belemmering in de weg mag leggen om in dienst te treden bij de inlener. De Europese Commissie is van mening – dat is uiteindelijk in de richtlijn op formele wijze opgenomen – dat mensen die als uitzendkracht bij een bedrijf werken, de gelegenheid moeten krijgen om te zijner tijd, op een moment dat ze zelf wensen, bij dat bedrijf in dienst te treden. De enige belemmering die acceptabel is, zegt de richtlijn, is dat als je via een uitzendbureau bent geplaatst, dat uitzendbureau, dat moeite heeft gedaan, daar een redelijke vergoeding voor krijgt. (...)”

3.26 De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi vermeldt dat het belemmeringsverbod ‘thans’ niet meer wettelijk is geregeld, maar dat in de rechtspraak wordt aangenomen dat het verbod nog wel bestaat. Omdat de Uitzendrichtlijn *elk* belemmerend beding ontoelaatbaar acht, acht de minister het noodzakelijk om het verbod wederom wettelijk te regelen.⁵²

“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, 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 arti-

kel 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.”

3.27 Met de opmerking in de memorie van toelichting dat het belemmeringsverbod sinds de invoering van de Waadi in 1998 “niet meer wettelijk geregeld is”, maar in de rechtspraak wordt aangenomen dat “het verbod nog wel bestaat”, lijkt de minister het arrest uit 2003 van Uw Raad inzake *LAN-Alyst B.V.* (randnummer 3.14 hiervoor) niet juist te hebben weergegeven. In dat arrest heeft Uw Raad immers geoordeeld dat uit de wetsgeschiedenis van de Waadi *niet* kan worden afgeleid dat een concurrentiebeding in het algemeen ontoelaatbaar is.

3.28 Naar aanleiding van in de Tweede Kamer gezeten vragen⁵³ heeft de minister verduidelijkt waarom het nodig is om het belemmeringsverbod opnieuw wettelijk te verankeren:⁵⁴

“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.
(...)”

49 *Kamerstukken II* 2010–2011, 32 895, nr. 3, p. 7.

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

51 *Handelingen II* 1 maart 2012, 58–6, p. 34.

52 *Kamerstukken II* 2010–2011, 32 895, nr. 3, p. 7 en 8. Zie ook p. 14.

53 *Kamerstukken II* 2011–2012, 32 895, nr. 4, p. 5 en 6.

54 *Kamerstukken II* 2011–2012, 32 895, nr. 5, p. 8.

Tot 1 juli 1998 was het belemmeringsverbod wettelijk geregeld. Het belemmeringsverbod is met de komst van de WAADI komen te vervallen vanwege de bescherming op grond van het algemene overeenkomstenrecht tegen onredelijk[e] bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden. Zoals hierboven reeds is aangegeven, schrijft de richtlijn echter een verbod voor van *elk* beding dat de indiensttreding bij een inlener belemmert (m.u.v. een beding op grond waarvan een inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de uitlener voor werving, terbeschikkingstelling of opleiding). Daarom acht de regering het noodzakelijk het belemmeringsverbod wettelijk te regelen. De regering ziet geen nadelen. Het verschaft de uitzendkracht en uitzendwerkgever juist duidelijkheid over welke bedingen wel en niet zijn toegestaan.”

3.29 De minister heeft eveneens na gerezen vragen bevestigd dat niet méér wordt geregeld dan in de Uitzendrichtlijn is voorgeschreven.⁵⁵

“Met het onderhavige wetsvoorstel wordt de richtlijn zonder «nationale kop», dus «kaal» geïmplementeerd. Dit betekent dat niet meer wordt geregeld dan wat in de richtlijn wordt voorgeschreven. Of de huidige bepalingen van de WAADI of de WOR verder gaan dan de richtlijn is niet relevant, omdat in artikel 9 lid 2 van de richtlijn is bepaald dat de uitvoering van deze richtlijn niet mag leiden tot een verlaging van het algemene beschermingsniveau van de werknemers op de onder deze richtlijn vallende gebieden.”

3.30 Op de vraag of het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi ook van toepassing is op andere vormen van (tijdelijke) inleen van werknemers, zoals *payroll*constructies en detacheringsovereenkomsten, heeft de minister geantwoord dat per situatie moet worden getoetst of wordt voldaan aan de in art. 1 lid 1, onder c, Waadi gegeven omschrijving van het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’.⁵⁶

“Het uitgangspunt is om de richtlijn zonder nationale kop te implementeren. Dit betekent dat de toepasselijkheid van de voorgestelde regeling afhangt van de wijze waarop invulling is gegeven aan *payrolling* of detachering. De situatie zal getoetst worden aan de omschrijving van «het ter beschikking stellen van arbeidskrachten» in artikel 1 lid 1 onder c van de WAADI. Het ter beschikking stellen is gedefinieerd als het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verichten van arbeid. Voldoet de *payroll*constructie of detacheringsovereenkomst daaraan dan is het wetsvoorstel van toepassing.”

3.31 Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer heeft de minister dit gegeven antwoord nog eens verduidelijkt:⁵⁷

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

3.32 Bij de implementatie van het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi is in de parlementaire geschiedenis geen aandacht besteed aan de vraag in hoeverre (de reikwijdte van) het belemmeringsverbod in art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn (en art. 9a Waadi) afwijkt van het (oude) belemmeringsverbod, zoals dat was opgenomen in de Arbeidsvoorzieningswet 1990 en later de Arbeidsvoorzieningswet 1996. Dat is in die zin opvallend, dat de reikwijdte van het voorheen in Nederland geldende belemmeringsverbod (aanzienlijk) verschilt van het in de Uitzendrichtlijn opgenomen belemmeringsverbod (randnummer 3.21 hiervoor). Het had daarom voor de hand gelegen daarover wél iets op te merken.

3.33 De op 1 januari 2020 in werking getreden Wet arbeidsmarkt in balans⁵⁸ heeft opnieuw wijzigingen in de Waadi doorgevoerd.⁵⁹ Deze wijzigingen zien op *payrolling* en zijn voor de onderhavige pro-

⁵⁷ *Handelingen II* 1 maart 2012, 58-6, p. 43.

⁵⁸ Wet van 29 mei 2019 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans), *Stb.* 2019/219.

⁵⁹ Vlak na implementatie van de Uitzendrichtlijn in de Waadi had op 1 juli 2012 ook al een wijziging van de Waadi plaatsgevonden teneinde een registratieplicht in te voeren voor intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen. Zie de Wet van 7 juni 2012 tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met de invoering van een registratieplicht voor intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen, alsmede in verband met het verstrekken door de rijksbelastingdienst en de Arbeidsinspectie van gegevens over de naleving van bepaalde wetten aan certificerende instellingen (Wet registratieplicht intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen), *Stb.* 2012/260.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 11.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 895, nr. 5, p. 11.

cedure niet van belang.⁶⁰ Uit een brief van 18 juni 2020 (van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst) aan de Eerste Kamer blijkt dat in de toekomst mogelijk bepaalde vormen van platformwerk⁶¹ onder de reikwijdte van de Waadi zullen worden gebracht om de rechtspositie van platformwerkers te versterken.⁶²

(v): tussenconclusie: het belemmeringsverbod is terug van weggeweest, zij het in beperktere vorm

3.34 In 1990 is in Nederland met de Arbeidsvoorzieningswet 1990 een belemmeringsverbod ingevoerd, op grond waarvan het de uitlener verboden was om aan ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan. Het verbod was ruim geformuleerd en zag niet alleen op de situatie dat de arbeidskracht met de inlenende onderneming een arbeidsverhouding zou aangaan, maar ook op de situatie dat de arbeidskracht met een (willekeurige) derde een arbeidsverhouding zou aangaan. Dit belemmeringsverbod is in de Arbeidsvoorzieningswet 1996 gehandhaafd (randnummers 3.4 en 3.6 hiervoor).

3.35 Met de invoering van de Waadi in 1998 is het belemmeringsverbod alsnog komen te vervallen. Een dergelijk verbod werd niet langer nodig geacht, omdat belemmerende bedingen ook op grond van het algemene overeenkomstenrecht zouden kunnen worden aangevochten. In 2003 heeft Uw Raad geoordeeld dat uit de parlementaire geschiedenis van de Waadi kan worden afgeleid dat een concurrentiebeding onder de Waadi niet in het algemeen ontoelaatbaar is. Opvallend is dat bij de invoering van de Waadi in de memorie van toelichting is opgemerkt dat het voor de omschrijving van het begrip 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' niet van belang is of de persoon die ter beschikking wordt gesteld (de arbeidskracht) in een arbeidsverhouding tot de ter beschikking stellende (de uitlener) staat. Onder de Arbeidsvoorzieningswet 1990 (en 1996) was het bestaan van een dergelijke arbeidsverhouding nog wel vereist (randnummers 3.7-3.15 hiervoor) en later, bij de wijziging van de Waadi in 2012, is ook ervan uitgegaan dat een ar-

beidsverhouding moet bestaan tussen de arbeidskracht en de uitlener (randnummer 3.24 hiervoor).

3.36 In 2008 ontstond met de totstandkoming van de Uitzendrichtlijn de noodzaak om het belemmeringsverbod opnieuw in de Nederlandse wet te verankeren. Op grond van art. 6 lid 2, eerste volzin, Uitzendrichtlijn moeten lidstaten de nodige maatregelen nemen 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. Het gaat om een beperkter belemmeringsverbod dan voorheen in Nederland gold: het verbod ziet 'slechts' op de totstandkoming van arbeidsovereenkomsten en -verhoudingen bij de inlener (niet bij derden) en dat alleen na afloop van de uitzendopdracht (niet ook tijdens) (randnummers 3.16-3.22 hiervoor).

3.37 In april 2012 is de Waadi gewijzigd en de Uitzendrichtlijn in de Nederlandse wet geïmplementeerd. Het belemmeringsverbod is neergelegd in art. 9a Waadi, dat in lid 1 bepaalt dat degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, geen belemmeringen in de weg legt voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking gestelde arbeidskracht en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld. De Uitzendrichtlijn is "kaal" geïmplementeerd, hetgeen betekent dat niet méér is geregeld dan in de Uitzendrichtlijn is voorgescreven. De vraag welke vormen van (tijdelijke) inleen van werknemers onder de Waadi vallen, kan volgens de minister niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Per situatie zal moeten worden getoetst of is voldaan aan de omschrijving van het begrip 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' in de zin van art. 1 lid 1, onder c, Waadi. Blijkens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi sluit de omschrijving van dit begrip aan bij de in art. 3 van de Uitzendrichtlijn gegeven definities (randnummers 3.23-3.32 hiervoor).

3.38 Met deze achtergrond en totstandkomingsgeschiedenis van art. 9a Waadi als basis, ga ik hierna in op relevante rechtspraak in dit kader. In 2016 heeft het HvJ EU in het arrest *Ruhrlandklinik*⁶³ uitspraak gedaan over de betekenis van het begrip 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn. Specifiek ging het in die zaak om de vraag of de Uitzendrichtlijn ook van toepassing is op de terbeschikkingstelling van een persoon aan een inlenende onderneming, terwijl de ter beschikking gestelde persoon géén arbeidsovereenkomst met de uitlenende onderneming heeft en naar nationaal recht niet als werknemer wordt aangemerkt. Deze vraag ligt dicht aan tegen de vraag die in de onderhavige procedure centraal staat, hoewel het in het

60 Kort gezegd is de omschrijving van 'payrolling' in art. 1 lid 1, onder d, Waadi toegevoegd, is in art. 8a Waadi een loonverhoudingsnorm geïntroduceerd voor werknemers die op basis van een payrollovereenkomst ter beschikking worden gesteld aan een opdrachtgever en zijn de overige bepalingen uit de Waadi van toepassing verklaard op de payrollwerkgever. Zie Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs, art. 9a Waadi (bijgewerkt tot 1 juni 2020), onder het kopje 'Kern' (M.H.D. Vergouwen) en M. Tanja, 'De uitzendovereenkomst', in J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 5.14.1.

61 Platforms (websites en apps) brengen vraag naar en aanbod van tijdelijk werk snel, goedkoop en op grote schaal bij elkaar. Bekende werkplatforms zijn onder meer Uber, Deliveroo, Helping, Temper, Werkspot, YoungOnes en Thuisbezorgd.

62 *Kamerstukken I 2019-2020*, 35 074, nr. T, p. 15 en 16.

63 HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, *JAR* 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*).

Ruhrlandklinik-zaak dus niet ging om het belemmeringsverbod. Omdat het *Ruhrlandklinik*-arrest voor deze procedure zeer van belang is, geef ik de relevante overwegingen van het HvJ EU hierna groten-deels integraal weer.

(vi): HvJ EU 17 november 2016 (*Ruhrlandklinik*)

3.39 In deze Duitse prejudiciële procedure ging het om een verpleegster (K.) die lid is van DRK Essen, een vereniging (zonder winst oogmerk) van hulpverleners van het Duitse Rode Kruis in de regio Essen, Duitsland. De leden van DRK Essen zijn bevoegd om een beroepsactiviteit in de gezondheidszorg uit te oefenen en doen dat ofwel bij DRK Essen zelf ofwel, in het kader van detacheringsovereenkomsten, bij zieken- en gezondheidsinstellingen. De verhouding tussen DRK Essen en zijn leden wordt niet door een arbeidsovereenkomst beheerst.⁶⁴

3.40 De Ruhrlandklinik exploiteert een kliniek in Essen, Duitsland en heeft in 2010 met DRK Essen een overeenkomst voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten gesloten, op grond waarvan DRK Essen zich ertoe heeft verbonden om bij de Ruhrlandklinik zorgpersoneel te werk te stellen, in ruil voor een financiële vergoeding die de personeels- en administratieve kosten dekt. Met ingang van 1 januari 2012 zou K. op basis van deze detacheringsovereenkomst in de verpleegdienst van de Ruhrlandklinik te werk worden gesteld.⁶⁵

3.41 De ondernemingsraad van de Ruhrlandklinik heeft echter geweigerd om goedkeuring te verlenen aan de tewerkstelling van K., omdat die niet tijdelijk en daarom in strijd met het Duitse verbod op niet-tijdelijke terbeschikkingstelling van werknemers aan inlenende ondernemingen zou zijn. Volgens het *Bundesarbeitsgericht* (de hoogste federale rechter in arbeidszaken in Duitsland) is dit verbod slechts op werknemers van een uitzendbureau van toepassing en hebben leden van DRK Essen, onder wie K., niet de hoedanigheid van werknemer naar Duits recht. Het *Bundesarbeitsgericht* vroeg zich echter af of K. op grond van de Uitzendrichtlijn wél als werknemer zou kunnen worden aangemerkt en heeft hierover een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ EU.⁶⁶

3.42 Het HvJ EU heeft eerst overwogen dat de toepassing van de Uitzendrichtlijn veronderstelt dat de arbeidskracht een ‘werknemer’ is en dat art. 3 lid 1, aanhef en onder a), Uitzendrichtlijn bepaalt dat onder ‘werknemer’ moet worden verstaan “*iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als*

werknemer”. Uit deze bewoordingen volgt volgens het HvJ EU dat een ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn “*iedere persoon is die arbeid verricht en op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd.*”⁶⁷

3.43 Vervolgens heeft het HvJ EU het hoofdkenmerk van een ‘arbeidsverhouding’ benoemd, overwogen dat ook werknemers met een arbeidsverhouding met een uitzendbureau als ‘uitzendkracht’ in de zin van art. 3 lid 1, aanhef en onder c), Uitzendrichtlijn kwalificeren en geoordeeld dat personen niet van het begrip ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn kunnen worden uitgesloten enkel op de grond dat zij geen arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau hebben:

“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 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.”

3.44 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn, waarin is bepaald dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van (onder meer) arbeidsovereenkomst, arbeidsverhouding of werknemer

64 HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*), punten 2., 11. en 13.

65 HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*), punten 10. en 14.

66 HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*), punten 15.-20.

67 HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*), punten 23., 25. en 26.

betreft.⁶⁸ Die bepaling brengt slechts mee dat lidstaten de bevoegdheid behouden om te bepalen welke personen *naar nationaal recht* onder het begrip ‘werknemer’ vallen:

“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.”

3.45 Het HvJ EU heeft met het definiëren van de begrippen ‘werknemer’ en ‘uitzendkracht’ in art. 3 lid 1, onder a) en c), Uitzendrichtlijn dus wel degelijk de personele werkingsfeer van de Uitzendrichtlijn vastgelegd:

“32. Daarentegen kan voornoemde bepaling [art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn, A-G] niet worden uitgelegd als zou de Uniewetgever ervan af hebben gezien de reikwijdte van dat begrip [het begrip ‘werknemer’, A-G] in de zin van richtlijn 2008/104 en daarmee de personele werkingsfeer 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.”

3.46 Naar het oordeel van het HvJ EU moet het begrip ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn derhalve 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.*”⁶⁹

3.47 Dit oordeel wordt volgens het HvJ EU gestaafd door de doelstellingen die door de Uitzendrichtlijn worden nagestreefd.⁷⁰ De Uitzendrichtlijn beoogt onder meer een beschermingskader vast te stellen voor uitzendkrachten dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt. De verwezenlijking van dit doel kan in gevaar worden gebracht, en aan het nuttig effect van de Uitzendrichtlijn kan worden afgedaan, als lidstaten of uitzendbureaus naar eigen goedgevoelen be-

paalde categorieën personen van de werkingsfeer van de Uitzendrichtlijn kunnen uitsluiten:

“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 werkingsfeer 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 goedgevoelen 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.”

3.48 Specifiek met betrekking tot K. heeft het HvJ EU geoordeeld dat het aan de verwijzende rechter is om na te gaan of zij als ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn kan worden aangemerkt, maar het dat erop lijkt dat de leden van DRK Essen in Duitsland worden beschermd op grond van de arbeid die zij verrichten. De leden van DRK Essen, onder wie K., genieten immers verschillende rechten die deels identiek of gelijkwaardig zijn aan die van personen die naar Duits recht als werknemers zijn gekwalificeerd:

⁶⁸ HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (Ruhrlandklinik), punt 30.

⁶⁹ HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (Ruhrlandklinik), punt 33.

⁷⁰ HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (Ruhrlandklinik), punt 34.

“38. In casu geeft de verwijzende rechter aan dat DRK Essen K. ter beschikking wenst te stellen aan de Ruhrlandklinik om aldaar, als hoofdberoep en onder leiding van deze kliniek, in de hoedanigheid van verpleegster prestaties te verrichten in ruil voor een maandelijks beloning die wordt berekend overeenkomstig de criteria die in de gezondheidszorg gebruikelijk zijn. Derhalve lijkt, gelet op de overwegingen in de verwijzingsbeslissing, de verhouding die K. met DRK Essen verbindt niet wezenlijk te verschillen van die welke de werknemers van een uitzendbureau met dit bureau verbindt.

39. Bovendien volgt uit de aan het Hof voorgelegde stukken dat de leden van DRK Essen, waaronder K., een bepaald aantal rechten genieten die deels identiek of gelijkwaardig zijn aan die van personen die naar Duits recht als werknemers zijn gekwalificeerd.

40. Zo heeft de verwijzende rechter zelf beklemtoond dat voor die leden dwingende arbeidsrechtelijke beschermingsnormen gelden. Voorts vallen deze leden (...) onder het Sozialgesetzbuch (Duits sociaal wetboek), net als personen die naar Duits recht als werknemer zijn gekwalificeerd.

41. Bovendien gelden volgens de Ruhrlandklinik voor die leden de op werknemers toepasselijke wettelijke regels inzake betaald verlof, ziekteverlof, moeder- en ouderschapsverlof en behoud van loon in geval van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval. Verder genieten zij dezelfde bescherming als de eigen werknemers van de Ruhrlandklinik wat betreft deelname aan de besluitvorming binnen deze kliniek, ontvangen zij dezelfde beloning en zijn zij onderworpen aan dezelfde arbeidsvoorwaarden als laatstgenoemden. Tot slot kunnen zij enkel om een zwaarwegende reden uit DRK Essen worden uitgesloten.

42. In het licht van bovenstaande gegevens lijkt het er dus op dat de leden van DRK Essen in Duitsland worden beschermd op grond van de arbeid die zij verrichten, hetgeen evenwel aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.”

3.49 Op grond van dit alles heeft het HvJ EU geconcludeerd dat het begrip ‘werknemer’ in de Uitzendrichtlijn aldus moet worden uitgelegd:

“43. (...) het [omvat] iedere persoon (...) 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. (...)”

3.50 Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze voorwaarden zijn vervuld en dus of

een persoon moet worden aangemerkt als ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn.⁷¹

3.51 Naast dit oordeel over de uitleg van het begrip ‘werknemer’ heeft het HvJ EU overwogen dat onder ‘economische activiteit’ in de zin van art. 1 lid 2 Uitzendrichtlijn moet worden verstaan “*iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt*”. De rechtsvorm van de Ruhrlandklinik en het feit dat zij geen winstoogmerk heeft, is dus niet van belang voor de vraag of de Uitzendrichtlijn van toepassing is.⁷²

3.52 Dit heeft het HvJ EU gebracht tot het volgende antwoord op de gestelde prejudiciële vraag:

“48. Gelet op het bovenstaande dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 1, leden 1 en 2, van richtlijn 2008/104 aldus moet worden uitgelegd dat de terbeschikkingstelling door een vereniging zonder winstoogmerk, in ruil voor een financiële vergoeding, van een van haar leden aan een inlenende onderneming om aldaar, als hoofdberoep en onder leiding van laatstgenoemde, tegen beloning arbeid te verrichten, wanneer dit lid op grond daarvan in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd – hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan – binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt, ook wanneer dit lid naar nationaal recht niet de hoedanigheid van werknemer heeft omdat hij geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten met voornoemde vereniging.”

3.53 Aldus heeft het HvJ EU in het arrest *Ruhrlandklinik* gekozen voor een materiële benadering van het werknemersbegrip.⁷³ Het gaat er immers niet om of er formeel gezien, naar nationaal recht, sprake is van een werknemer (of een arbeidsovereenkomst tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau), maar of materieel gezien sprake is van een ‘werknemer’ die een ‘arbeidsverhouding’ heeft met een uitzendbureau en derhalve “*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*.” Een en ander ongeacht de juridische kwalificatie van zijn arbeidsverhouding naar nationaal recht met het uitzendbureau, de aard van de rechtsbetrekking tussen de persoon en het uitzendbureau en de vorm van hun verhouding.

3.54 Een klein half jaar nadat het HvJ EU het *Ruhrlandklinik*-arrest wees, heeft Uw Raad zich in

71 HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*), punt 43., laatste volzin.

72 HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*), punten 44.–47.

73 Zie in deze zin ook de conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2017:46) voor HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*), randnummer 4.12.

het arrest *Focus on Human*⁷⁴ moeten buigen over de vraag of het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi ook van toepassing is als een voormalig gedetacheerde werknemer, met een concurrentie- en relatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst met de uitleener, zijn werkzaamheden na afloop van de terbeschikkingstelling als zzp'er (en dus niet als werknemer) wil voortzetten bij de voormalig inlenende onderneming. Waar het *Ruhrlandklinik*-arrest dus zag op de verhouding tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau/de uitleener (de verhouding 'aan de voorkant'), ziet het *Focus on Human*-arrest op de verhouding 'aan de achterkant', namelijk op de nieuw aangegane verhouding tussen de arbeidskracht en de (voormalig) inlenende onderneming. In *Focus on Human* stond vast dat de arbeidskracht een werknemer van het uitzendbureau (de uitleener) was. De vraag die in de onderhavige procedure centraal staat – en die met name ziet op de rechtsverhouding tussen de arbeidskracht ([verweerster]) en de uitleener ([eiseres]) – speelde in de *Focus on Human*-zaak dus geen rol.

(vii): HR 14 april 2017 (*Focus on Human*)

3.55 Op 14 april 2017 heeft Uw Raad arrest gewezen in een procedure tussen enerzijds een ggz-verpleegkundige en anderzijds Focus on Human, een organisatie-adviesbureau op het gebied van personeel en autisme. Op 1 januari 2014 is de ggz-verpleegkundige (als werknemer) in dienst getreden bij Focus on Human. Zijn arbeidsovereenkomst bevatte een concurrentie- en relatiebeding. De ggz-verpleegkundige is vanaf diezelfde dag door Focus on Human gedetacheerd bij een huisartsenpraktijk. Per 1 juni 2015 heeft de ggz-verpleegkundige zijn arbeidsovereenkomst met Focus on Human opgezegd. Op 18 mei 2015 heeft hij zijn eenmanszaak ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Daarna is hij als zzp'er werkzaam geweest bij (onder meer) de huisartsenpraktijk waar hij eerder via Focus on Human was gedetacheerd.⁷⁵

3.56 In de kort geding procedure die de ggz-verpleegkundige daarop tegen Focus on Human ahangig had gemaakt,⁷⁶ heeft het hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi niet van toepassing is.⁷⁷ Dat verbod zag volgens het hof namelijk alleen op de situatie waarin de opdrachtgever (de huisartsenpraktijk)

de ggz-verpleegkundige na afloop van de terbeschikkingstelling in dienst wilde nemen. In dit geval wilde de verpleegkundige zijn werkzaamheden echter als zzp'er voortzetten. Volgens het hof genoot hij als zelfstandig ondernemer niet de bescherming van het belemmeringsverbod.⁷⁸

3.57 Uw Raad heeft dit oordeel van het hof vernietigd en in dit kader vooropgesteld dat art. 9a Waadi op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn:

“3.3.2

(...)

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.”

3.58 Met dit als uitgangspunt heeft Uw Raad geoordeeld 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” (cursivering toegevoegd door mij, A-G). Uit de bewoordingen van art. 6 lid 2, eerste volzin, Uitzendrichtlijn volgt namelijk dat het belemmeringsverbod niet alleen betrekking heeft op het sluiten van arbeidsovereenkomsten, maar óók op “het tot stand komen van een arbeidsverhouding”. Het begrip ‘arbeidsverhouding’ moet vervolgens worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ EU over de Uitzendrichtlijn, waarbij Uw Raad naar het *Ruhrlandklinik*-arrest heeft verwezen.⁷⁹

3.59 Naar het oordeel van Uw Raad heeft het hof dus een onjuiste uitleg aan art. 9a Waadi gegeven door het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi te beperken tot het geval dat het beding de ggz-verpleegkundige verhindert om (als werknemer) bij de huisartsenpraktijk in dienst te treden. Dit maakt dat na verwijzing moest worden onderzocht of de rechtsverhouding tussen de ggz-verpleegkundige (de arbeidskracht) enerzijds en de huisartsenpraktijk (de inlener) anderzijds voldoet aan de door het HvJ EU gegeven omschrijving van het begrip ‘arbeidsverhouding’. Indien dat het geval is, treft het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi het in de arbeidsovereenkomst van de ggz-verpleegkundige met Focus on Human opgenomen concurrentie- en relatiebeding óók voor zover het

74 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*).

75 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*), rov. 3.1.

76 De ggz-verpleegkundige vorderde onder meer betaling van achterstallig loon en schorsing/vernietiging van het met Focus on Human overeengekomen concurrentie- en relatiebeding.

77 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:142, JIN 2016/48 m.nt. E.M. Bevers en RAR 2016/64 met wenk (*Focus on Human*).

78 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*), rov. 3.2.

79 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*), rov. 3.3.6 en 3.3.7.

betrekking heeft op die rechtsverhouding tussen de ggz-verpleegkundige en de huisartsenpraktijk.⁸⁰

3.60 Na verwijzing heeft het hof 's-Hertogenbosch inderdaad geoordeeld dat de rechtsverhouding tussen de ggz-verpleegkundige en de huisartsenpraktijk voldoet aan de door het HvJ EU gegeven omschrijving van het begrip 'arbeidsverhouding', ook al heeft de verpleegkundige zijn werkzaamheden als zzp'er voortgezet.⁸¹ Dit heeft tot gevolg dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi van toepassing is en Focus on Human géén beroep kan doen op het concurrentie- en relatiebeding dat was opgenomen in de arbeidsovereenkomst tussen Focus on Human en de ggz-verpleegkundige.⁸²

3.61 De discussie over de toepasselijkheid van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi is met het *Focus on Human*-arrest van Uw Raad niet geheel verstomd. Zo wordt in de literatuur onder meer de vraag aan de orde gesteld of het belemmeringsverbod van de Waadi ook van toepassing is op arbeidskrachten (al dan niet zzp'ers) die op basis van een overeenkomst van opdracht met de uitlener (het uitzendbureau) ter beschikking worden gesteld aan een inlener. Deze vraag speelde als gezegd niet in de *Focus on Human*-zaak, omdat in die zaak de ter beschikking gestelde arbeidskracht (de ggz-verpleegkundige) in dienst was bij en dus een arbeidsovereenkomst had met de uitlener (Focus on Human). Deze vraag speelt echter wél in de onderhavige procedure. Ik ga hierna dan ook in op hoe in de literatuur met deze vraag wordt omgegaan.

(viii): de literatuur is behoorlijk eensgezind

3.62 De vraag of de Waadi – en specifiek: het belemmeringsverbod van de Waadi – ook van toepassing is op arbeidskrachten die op basis van een overeenkomst van opdracht met het uitzendbureau aan een inlener ter beschikking worden gesteld, wordt in de literatuur behoorlijk eensgezind beantwoord. De meeste auteurs zijn van mening dat (het belemmeringsverbod van) de Waadi van toepassing kan zijn op opdrachtnemers, al dan niet zzp'ers, die door een uitzendbureau aan een inlener ter beschikking worden gesteld.

3.63 Reeds in 2012 stelde *Zwemmer* dat de Waadi ook van toepassing zou kunnen zijn bij de terbeschikkingstelling van personen die een opdrachtsovereenkomst sloten met de partij die hen ter

beschikking stelde aan de inlener.⁸³ In zijn noot onder het *Ruhrlandklinik*-arrest heeft *Zwemmer* dit standpunt herhaald en betoogd dat de Waadi – hij noemt niet specifiek het belemmeringsverbod – ook van toepassing zou kunnen zijn op de terbeschikkingstelling van niet-werknemers, zoals zzp'ers of vrijwilligers. Voor toepasselijkheid van de Waadi is volgens *Zwemmer* namelijk niet vereist dat de arbeidskracht werknemer is of loon ontvangt. Hij vervolgt:⁸⁴

“De definitiebepalingen van de Waadi [waaronder het ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ van art. 1 lid 1, onder c., Waadi, A-G] en de Uitzendrichtlijn maken mogelijk dat ook een opdrachtnemer die bijvoorbeeld op basis van een overeenkomst van tussenkomst werkzaam is voor een opdrachtgever van zijn opdrachtgever hieronder kan vallen. Cruciaal voor het van toepassing zijn van de Waadi is dan dat deze opdrachtnemer de werkzaamheden verricht onder het gezag van de opdrachtgever van zijn opdrachtgever (de andere voorwaarde van het Hof van Justitie dat deze op grond van de arbeid die hij verricht, wordt beschermd in nationale wetgeving ontbreekt in de Waadi, maar hieraan zou al snel kunnen zijn voldaan – denk bijvoorbeeld aan de inlenersaansprakelijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW). In dat geval zal deze opdrachtnemer zich ook op het standpunt kunnen stellen dat sprake is van een uitzendovereenkomst en hij als werknemer in dienst is van de opdrachtgever die hem ter beschikking stelt aan zijn opdrachtgever. Als het Hof van Justitie voor de toepassing van de Uitzendrichtlijn onder toezicht en leiding méér zou verstaan dan een gezagsverhouding – bijvoorbeeld ook het door de opdrachtgever (kunnen) geven van instructies over de wijze waarop de arbeid moet worden verricht – zou mogelijk zijn dat de terbeschikkingstelling niet onder het toepassingsbereik van de Waadi valt, terwijl wel sprake zou zijn van een arbeidsverhouding in de zin van de Uitzendrichtlijn. In dat geval zou het begrip toezicht en leiding in de Waadi door de nationale rechter moeten worden uitgelegd in lijn met een dergelijke ruimere uitleg van dit begrip door het Hof van Justitie.”

3.64 Waar *Zwemmer* stelt dat het “cruciaal” is of de opdrachtnemer (de arbeidskracht) de werkzaamheden onder het gezag van de opdrachtgever van zijn opdrachtgever (de inlener) verricht, omdat in dat geval de Waadi van toepassing is, gaat hij er volgens mij aan voorbij dat het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ in de zin van art. 1

80 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. FG. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*), rov. 3.3.6 en 3.3.7.

81 Naar het oordeel van het hof is voldaan aan de criteria voor het aannemen van een arbeidsverhouding in de zin van de Uitzendrichtlijn, omdat de ggz-verpleegkundige (i) prestaties levert, (ii) gedurende een bepaalde tijd, (iii), voor een ander (de huisartsenpraktijk), (iv) in ruil waarvoor hij een vergoeding ontvangt en (v) de werkzaamheden “onder leiding van” de huisartsenpraktijk worden verricht.

82 Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1504, JAR 2018/125 (*Focus on Human*), rov. 3.5.1., 3.5.2. en 3.7.1.

83 J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, diss., Deventer: Kluwer 2012, p. 92. En recenter J.P.H. Zwemmer, *Arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. De uitzendovereenkomst, payroll, detachering en contracting*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 39.

84 HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*).

lid 1, onder c, Waadi aansluit bij de definities in de Uitzendrichtlijn (randnummer 3.24 hiervoor). 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". Naast het gezag-vereiste (toezicht en leiding van de inlenende onderneming), is voor toepasselijkheid van de Waadi derhalve óók nodig dat sprake is van een 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn met een arbeidsovereenkomst of 'arbeidsverhouding' met een uitzendbureau, en dat is niet zonder meer het geval bij een opdrachtnemer die op basis van een overeenkomst van opdracht met de uitlener/het uitzendbureau werkzaamheden onder het gezag van de inlener verricht.

3.65 In haar conclusie voor het *Focus on Human*-arrest is A-G De Bock ingegaan op de noot van Zwemmer bij het *Ruhrlandklinik*-arrest. De visie van Zwemmer, dat het belemmeringsverbod van toepassing kan zijn op personen die anders dan op basis van een uitzendovereenkomst arbeid verrichten voor een ander, lijkt haar juist. Volgens De Bock blijkt uit het *Ruhrlandklinik*-arrest dat voor de toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn – ze noemt evenmin specifiek het belemmeringsverbod – niet is vereist dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht. Het gaat er volgens De Bock om of de betrokkene is aan te merken als 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn, dat wil zeggen of de betrokkene "gedurende een bepaalde tijd voor een andere persoon en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een beloning ontvangt".⁸⁵ Ik zou hieraan willen toevoegen dat het moet gaan om een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming om onder toezicht en leiding van de inlener te werken (art. 1 lid 1 en art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn).

3.66 Ook *Verhulp* is van mening dat voor de toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet is vereist dat tussen de uitzendkracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Ook zelfstandigen en opdrachtnemers kunnen volgens hem onder de definitie van het 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' in de zin van art. 1 lid 1, onder c, Waadi vallen.⁸⁶ In zijn noot bij het *Focus on Human*-arrest stelt hij, onder ver-

wijzing naar het bestreden arrest in de onderhavige procedure, dat het echter de vraag is of het belemmeringsverbod zonder meer van toepassing is op elke zelfstandige die ter beschikking wordt gesteld aan een derde. De Waadi geldt volgens Verhulp immers niet voor ondernemers:⁸⁷

"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 [het bestreden arrest, A-G] 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 werkingssfeer van Richtlijn 2003/88 [bedoeld zal zijn: Richtlijn 2008/104/EG, de Uitzendrichtlijn, A-G], en die vraag moet worden beantwoord aan de hand van art. 3 lid 1 onder b van de richtlijn [bedoeld zal zijn: art. 3 lid 1, onder c), van de Uitzendrichtlijn, A-G]. 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 [het bestreden arrest, A-G] 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."

3.67 Verhulp betoogt ook dat de Waadi, anders dan de Uitzendrichtlijn, voor de toepasselijkheid niet de eis stelt dat tussen het uitzendbureau en de arbeidskracht een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding bestaat. Volgens Verhulp is de werkingssfeer van de Waadi – voor zover het gaat om ter beschikking stellen – dus nog ruimer dan die van de Uitzendrichtlijn.⁸⁸

3.68 Bij dit laatste plaats ik vraagtekens. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi staat dat de in de Uitzendrichtlijn gegeven definities aansluiten bij de definitie van (onder meer) het 'ter beschikking stellen' in art. 1 lid 1, onder c, Waadi (randnummer 3.24 hier-

⁸⁵ Conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2017:46) voor HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.n.t. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.n.t. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.n.t. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.n.t. A.R. Houweling (*Focus on Human*), randnummer 7.5.

⁸⁶ T&C Arbeidsrecht, art. 1 Waadi (actueel tot en met 5 juli 2021), aant. 3 en 4 (E. Verhulp), T&C Arbeidsrecht, art. 9a Waadi (actueel tot en met 5 juli 2021), aant. 1 (E. Verhulp) en E. Verhulp, 'Platformwerkers verdienen meer! Over de toepasselijkheid van de Waadi op platformarbeid', *ArbeidsRecht* 2018/1, p. 4 en 5.

⁸⁷ HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.n.t. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.n.t. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.n.t. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.n.t. A.R. Houweling (*Focus on Human*).

⁸⁸ E. Verhulp, 'Platformwerkers verdienen meer! Over de toepasselijkheid van de Waadi op platformarbeid', *ArbeidsRecht* 2018/1, p. 4.

voor). Waar de Uitzendrichtlijn de eis stelt dat sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding tussen de arbeidskracht (werknemer) en het uitzendbureau (zie de definitie van 'uitzendkracht' in art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn), geldt die eis dus ook in de Waadi.

3.69 *Jonkmans* heeft zichzelf eveneens de vraag gesteld of het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi ook van toepassing is op personen die werkzaamheden verrichten voor de inlener op basis van een overeenkomst van opdracht met de uitlener. Anders geformuleerd: omvat de term 'arbeidskracht' in art. 9a Waadi alleen werknemers met een arbeidsovereenkomst, of ook (bijvoorbeeld) arbeidskrachten die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht? *Jonkmans* merkt op dat de term 'arbeidskracht' in de Waadi niet wordt gedefinieerd, maar de term 'uitzendkracht' wel in de Uitzendrichtlijn en dat art. 9a Waadi op art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn is gebaseerd. Nadat zij de standpunten van Verhulp, Zwemmer en De Bock heeft weergegeven, sluit zij zich aan bij De Bock en Zwemmer.⁸⁹

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

3.70 *Jonkmans* vraagt wat mij betreft terecht aandacht voor het begrip 'uitzendkracht' in art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn, maar trekt vervolgens de in mijn ogen onjuiste conclusie dat de tekst van art. 1 lid 1, onder c, jo. art. 9a Waadi ruimer is dan de Uitzendrichtlijn. Zoals gezegd, sluiten de in de Uitzendrichtlijn gegeven definities aan bij de definitie van (onder meer) het begrip 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' in art. 1 lid 1, onder c, Waadi (randnummer 3.68 hiervoor) en reikt het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi niet verder dan de Uitzendrichtlijn voorschrijft (randnummer 3.29 hiervoor). Ook de conclusie dat ook arbeidskrachten die werkzaamheden verrichten op basis van een opdrachtovereenkomst met de uitlener, met succes een beroep kunnen doen op art. 9a Waadi lijkt mij te sterk geformuleerd. Het moet dan namelijk wel gaan om arbeidskrachten ('werknemers' in de zin van de Uitzendrichtlijn) die een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau hebben en ter beschikking worden gesteld van een inlenende onderneming om onder toezicht en leiding van de inlener tijdelijk te werken (art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn).

89 R. Jonkmans, 'De reikwijdte van het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi', *TAP* 2019/237, p. 13 en 14.

3.71 *Van Houte* stelt (terecht), zonder dit nader toe te lichten, dat de definitie van 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' van art. 1 lid 1, onder c, Waadi niet vereist dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen degene die ter beschikking stelt en de arbeidskracht. Volgens haar is de aard van de arbeidsverhouding tussen degene die ter beschikking stelt en de arbeidskracht niet van belang.⁹⁰ Dit laatste is in zoverre juist dat uit het *Ruhrland-klinik*-arrest blijkt dat noch de juridische kwalificatie naar nationaal recht van de verhouding die de arbeidskracht met het uitzendbureau verbindt, noch de aard van hun rechtsbetrekking, noch de vorm van deze verhouding "doorslaggevend" is voor de aanduiding van een persoon als 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn. Waar *Van Houte* stelt dat de aard van de arbeidsverhouding tussen de arbeidskracht en de uitlener *niet van belang* is, zou ik willen stellen dat de aard van die verhouding niet *doorslaggevend* is.

3.72 Ook *Zekić* houdt het kort en volstaat met de stelling dat de Waadi ook van toepassing is op de relatie van een zelfstandige en het uitzendbureau dat hem ter beschikking stelt aan een ander om daar onder toezicht en leiding van die ander tijdelijk te werken.⁹¹ Ook dit lijkt mij te kort door de bocht. Daarnaast is immers nodig dat de zelfstandige als 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn kwalificeert en een (arbeidsovereenkomst of) arbeidsverhouding heeft met het uitzendbureau (randnummers 3.64, 3.68 en 3.70 hiervoor).

3.73 *Hoogeven* ziet het anders dan Zwemmer en *Jonkmans* en benadrukt met name dat het belemmeringsverbod *niet* van toepassing is op ondernemers.⁹²

"In de literatuur is geopperd dat ook in het geval van zzp-bemiddeling, dus waar de arbeidskracht een opdrachtrelatie heeft met de uitlener, een beroep op het belemmeringsverbod op zou kunnen opgaan (J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 92), of nog stellerig: succesvol is (R. Jonkmans, 'De reikwijdte van het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi', *TAP* 2019/237). Hierna zal ik uiteenzetten waarom echte zzp-bemiddeling (dus niet zijnde verkapte uitzending ex art. 7:690 BW) naar mijn mening niet onder art. 9a Waadi valt."

3.74 *Hoogeven* spreekt hier van "zzp-bemiddeling", terwijl Zwemmer en *Jonkmans* het hebben over het 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten'

90 Y.A.E. van Houte, 'De uitzendovereenkomst', in E. Verhulp & D.J.B. de Wolf (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 4.72.

91 N. Zekić, 'Arbeidsrechtelijke bescherming van platformmedewerkers met meerdere banen', in M.S. Houwerzijl, S.H.M. Montebovi & N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming. Sociaalrechtelijke uitdagingen in tijden van digitale transformatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 67.

92 Noot E.M. Hoogeven bij Rb. Noord-Nederland, zp. Groningen 4 augustus 2021, ECLI:NL:RBNN:2021:3274, *JAR* 2021/224 (*Bouwprofs Interim B.V.*), p. 2152.

in de zin van art. 1 lid 1, onder c, Waadi. Arbeidsbemiddeling⁹³ en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten moeten van elkaar worden onderscheiden.

3.75 Volgens Hoogeveen is een zzp'er, die via een uitlener te werk wordt gesteld bij een inlener, een echte ondernemer als hij (onder meer) zijn werkzaamheden zelfstandig en niet onder gezag verricht. Een dergelijke zzp'er valt volgens Hoogeveen niet onder art. 9a Waadi:⁹⁴

"In driehoeksrelaties, waarbij de arbeidskracht ter beschikking wordt gesteld aan een derde om aldaar werkzaamheden te verrichten, belemmering strengere eisen om als zzp'er te kunnen kwalificeren dan in de twee-partijen-verhouding. Dit is het gevolg van de fiscale fictie van tussenkomst: een arbeidskracht die via een derde (uitlener) te werk wordt gesteld bij de opdrachtgever, wordt geacht werkzaam te zijn krachtens arbeidsverhouding (de fiscale fictieve dienstbetrekking, art. 2a Uitvoeringsbesluit Loonbelasting), tenzij sprake is van een ondernemer. De zzp'er is een ondernemer als hij is ingeschreven in de kamer van koophandel, de werkzaamheden zelfstandig (niet onder gezag) verricht, en debiteurenrisico loopt. Anders gezegd is voor de zzp'er die via tussenkomst werkt geen mogelijkheid om via de vrije vervanging of anderszins niet als werknemer te werken. De zzp'er die via tussenkomst werkt, moet een echte ondernemer zijn."

3.76 Wat er van deze (fiscaal getinte) argumentatie van Hoogeveen ook ze, voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn — en dus ook het belemmeringsverbod op grond van de Waadi — is (onder meer) vereist dat de arbeidskracht "onder toezicht en leiding" van de inlenende onderneming tijdelijk werk verricht (art. 1 lid 1 en art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn). Het belemmeringsverbod is dus inderdaad niet van toepassing op een zelfstandige die zijn werkzaamheden *niet* onder gezag van de inlener verricht.

3.77 Kortom: in de literatuur zijn diverse auteurs (Zwemmer, De Bock, Verhulp, Jonkmans, Van Houte en Zekić) van mening dat (het belemmeringsverbod van) de Waadi van toepassing *kan* zijn op opdrachtnemers (al dan niet zzp'ers) die door een uitzendbureau aan een inlener ter beschikking worden gesteld. Hoogeveen lijkt deze mogelijkheid ook niet uit te sluiten, maar benadrukt vooral dat zzp'ers die zelfstandig hun werkzaamheden verrichten niet onder het toepassingsbereik van art. 9a Waadi vallen.

⁹³ Art. 1 lid 1, onder b, Waadi definieert 'arbeidsbemiddeling' als "dienstverlening in de uitoefening van beroep of bedrijf ten behoeve van een werkgever, een werkzoekende, dan wel beiden, inhoudende het behulpzaam zijn bij het zoeken van arbeidskrachten onderscheidenlijk arbeidsgelegenheid, waarbij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht dan wel een aanstelling tot ambtenaar wordt beoogd."

⁹⁴ Noot E.M. Hoogeveen bij Rb. Noord-Nederland, zp. Groningen 4 augustus 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3274, JAR 2021/224 (Bouwprofs Interim B.V.), p. 2153.

3.78 Hoewel er bij mijn weten nog niet veel feitenrechtspraak is waar de in deze procedure centraal staande vraag aan de orde is gekomen, laat deze een meer wisselend beeld zien dan de literatuur.

(ix): de feitenrechtspraak laat een meer wisselend beeld zien

3.79 In de voorliggende zaak tussen [verweerster] en [eiseres] zijn de rechtbank Oost-Brabant en het hof 's-Hertogenbosch twee verschillende richtingen ingegaan. De rechtbank heeft geoordeeld dat de Waadi — en het daarin opgenomen belemmeringsverbod — *niet* van toepassing is op zelfstandigen die op grond van een opdrachtovereenkomst werkzaamheden voor derden verrichten (randnummer 2.5 hiervoor). Het hof is tot een tegenovergestelde uitkomst gekomen en heeft geoordeeld dat de Waadi *wel* van toepassing is als een uitzendbureau een zelfstandige ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van deze inlener te werken. Het is daarbij volgens het hof niet van belang in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] aan de inlener ter beschikking is gesteld (randnummer 2.9 hiervoor). Waar de rechtbank dus van oordeel lijkt te zijn dat ter beschikking gestelde zelfstandigen *nooit* onder het toepassingsbereik van het belemmeringsverbod kunnen vallen, lijkt het hof juist te oordelen dat dergelijke zelfstandigen *altijd* onder het toepassingsbereik van het belemmeringsverbod vallen.

3.80 De twee andere uitspraken die ik over dit onderwerp heb gevonden, zijn een uitspraak van 4 augustus 2021 van de rechtbank Noord-Nederland⁹⁵ en een uitspraak van 21 augustus 2019 van de rechtbank Rotterdam.⁹⁶ Beide uitspraken gaan ervan uit dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi zich óók kan uitstrekken tot zelfstandigen die aan een inlener ter beschikking worden gesteld. Daarmee verschillen de uitspraken van het vonnis van de rechtbank in de onderhavige procedure tussen [eiseres] en [verweerster]. De uitspraken verschillen echter ook van de richting die het hof in het bestreden arrest heeft gekozen. Het hof is namelijk tot zijn oordeel gekomen *zonder* in materiële zin te beoordelen in welke rechtsverhouding [verweerster] (als arbeidskracht) staat tot [eiseres] (de uitlener) en de ODRA (de inlener). De rechtbank Noord-Nederland daarentegen heeft in de uitspraak van 4 augustus 2021 de arbeidsverhouding tussen de arbeidskracht (zzp'er) en de *uitlener* beslissend geacht (rov. 5.14.), waar de rechtbank Rotterdam in de uitspraak van 21 augustus 2019 juist de verhouding tussen de arbeidskracht (zzp'er) en de *inlener* centraal heeft gesteld (rov. 5.4). Gelet op deze verschillen ga ik hierna

⁹⁵ Rb. Noord-Nederland, zp. Groningen 4 augustus 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3274, JAR 2021/224 m.nt. E.M. Hoogeveen (Bouwprofs Interim B.V.).

⁹⁶ Rb. Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6944, RCR 2019/90 met wenk B.R. Tromp (Compact Exploitatie B.V.).

nader in op de uitspraken van de rechtbanken Noord-Nederland en Rotterdam.

3.81 In de uitspraak van 4 augustus 2021 van de rechtbank Noord-Nederland ging het om een zzp'er die sinds 2013 een bouwbedrijf exploiteerde en in dat kader onder meer loodgieterswerkzaamheden verrichtte. In 2019 heeft de zzp'er als opdrachtnemer een overeenkomst van opdracht gesloten met Bouwprofs Interim B.V. (hierna: 'Bouwprofs'), een onderneming die zzp'ers en uitzendkrachten ter beschikking stelt aan opdrachtgevers in de bouwwereld. In de opdrachtovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. Vanaf januari 2020 heeft de zzp'er via Bouwprofs bij een inlener gewerkt, welke samenwerking in april 2020 is geëindigd. In mei 2020 heeft de zzp'er zijn werkzaamheden bij de inlener gecontinueerd, zonder Bouwprofs hiervan op de hoogte te stellen. Bouwprofs heeft de zzp'er vervolgens in rechte betrokken (rov. 3.1.-4.8.).

3.82 De rechtbank Noord-Nederland heeft vooropgesteld dat art. 9a Waadi in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn moet worden uitgelegd (rov. 5.13.). Vervolgens heeft de rechtbank — mede onder verwijzing naar het bestreden arrest in de onderhavige procedure — geoordeeld dat de Waadi óók van toepassing is als een uitzendbureau een zzp'er krachtens een overeenkomst van opdracht aan een inlenende onderneming ter beschikking stelt om daar onder leiding en toezicht van deze inlener te werken:

“5.14. Uit artikel 1 lid 1 van de Uitzendrichtlijn in samenhang met de rechtspraak van het HvJ EU⁹⁷ en de Hoge Raad⁹⁸ volgt naar het oordeel van de rechtbank (in het voetspoor van het gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 1 september 2020⁹⁹) [het bestreden arrest, A-G] dat zowel de Uitzendrichtlijn als de Waadi niet alleen van toepassing zijn op werknemers die een arbeids-overeenkomst hebben met een uitzendbureau, maar ook op *arbeidskrachten* die een *arbeidsverhouding* hebben met een uitzendbureau. Volgens de rechtspraak van het HvJ EU is voor een *arbeidsverhouding* kenmerkend dat een persoon gedurende een zekere tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert in ruil voor een vergoeding. Voor de toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi is aldus niet vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Ook wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zzp'er) krachtens een overeenkomst van opdracht ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van deze inlener te werken zijn de Uitzendrichtlijn en de Waadi van toepassing. Van

leiding en toezicht door de inlener is onder meer sprake wanneer de arbeidskracht instructies krijgt van de inlener over de uitvoering van zijn werk en over de uitvoering van het werk aan de inlener verantwoordelijk moet afleggen.”

3.83 Volgens de rechtbank Noord-Nederland bestond tussen de zzp'er en Bouwprofs (de *uitlener*) een arbeidsverhouding in de zin die het HvJ EU daaraan heeft gegeven, omdat de zzp'er (i) voor bepaalde tijd (ii) ter beschikking was gesteld aan een ander (de inlener), (iii) prestaties bij de inlener leverde in de vorm van loodgieterswerkzaamheden en (iv) daarvoor een vergoeding ontving, waarbij (v) de inlener leiding en toezicht uitoefende (rov. 5.15.). Naar het oordeel van de rechtbank is daarom het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi van toepassing en moet het concurrentiebeding (dat was opgenomen in de opdrachtovereenkomst tussen de zzp'er en Bouwprofs) als nietig worden beschouwd (rov. 5.16. en 5.17.).

3.84 In mijn ogen is de toets die de rechtbank Noord-Nederland heeft aangelegd niet geheel juist. De rechtbank neemt (in rov. 5.14. en in de eerste zin van art. 5.15.) terecht tot uitgangspunt dat de arbeidskracht (de zzp'er) een arbeidsverhouding moet hebben met *het uitzendbureau* (Bouwprofs), maar vervolgens lijkt de rechtbank (in het vervolg van rov. 5.15.) te toetsen of de arbeidskracht (de zzp'er) een arbeidsverhouding heeft met *de inlener*. Ook heeft de rechtbank nagelaten om te toetsen of de arbeidskracht (de zzp'er) als 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn kan worden beschouwd en derhalve op grond van Nederlands recht wordt beschermd op grond van de arbeid die hij verricht (art. 1 lid 1, onder a), Uitzendrichtlijn).

3.85 In de uitspraak van 21 augustus 2019 heeft de rechtbank Rotterdam niet beslissend geacht of een arbeidsverhouding bestaat tussen de arbeidskracht en de *uitlener*, maar juist de rechtsverhouding tussen de arbeidskracht en de *inlener* centraal gezet. In die procedure ging het om het volgende.

3.86 Compartijn Exploitatie B.V. (hierna: 'Compartijn') verleent diensten op het gebied van huisvestings- en zorgmanagement en heeft meerdere vestigingen, waaronder Huize De Graef in Rosmalen. Compartijn heeft op enig moment een overeenkomst van opdracht gesloten met een ondernemer (in de uitspraak geanonimiseerd aangeduid als '[Handelsnaam]') op grond waarvan de ondernemer over een bepaalde periode personeel ter beschikking zou stellen aan Compartijn. In de opdracht-overeenkomst is bepaald dat het Compartijn niet is toegestaan om medewerkers die door de ondernemer ter beschikking zijn gesteld aan te bieden om rechtstreeks bij haar in dienst te treden of anderszins aan te bieden rechtstreeks voor haar werkzaamheden te gaan verrichten. De ondernemer is vervolgens met drie vrouwen (in de uitspraak aangeduid als 'naam 2', 'naam 3' en 'naam 4') een arbeidsovereenkomst op oproepbasis aangegaan en met een man (in de uitspraak aangeduid als 'naam 5') zijn afspraken gemaakt op basis van een zzp-con-

97 HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, *Ruhrland-klinik* (voetnoot onderdeel van citaat, A-G).

98 Hoge Raad 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, *Focus on Human* (voetnoot onderdeel van citaat, A-G).

99 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 1 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2705 (voetnoot onderdeel van citaat, A-G).

structie. Deze vier personen hebben nadien in Huize De Graef werkzaamheden verricht. Nadat Compartijn de vier personen een aanbod had gedaan om rechtstreeks bij haar in dienst te treden, heeft de ondernemer Compartijn in rechte betrokken (rov. 2.1-2.8).

3.87 Naar het oordeel van de rechtbank Rotterdam kunnen ook zelfstandigen als arbeidskracht in de zin van de Waadi worden aangemerkt:

“5.5 Uit hetgeen door partijen naar voren is gebracht alsmede de door hen overgelegde stukken volgt dat [Handelsnaam] arbeidsovereenkomsten is aangegaan met [naam 2], [naam 3] en [naam 4], alsmede een ZZP-constructie met [naam 5]. Een arbeidskracht in de zin van de Waadi hoeft niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn, maar ook zelfstandigen kunnen onder de definitie vallen, zodat in beginsel ook [naam 5] als ‘arbeidskracht’ in de zin van de Waadi kan worden aangemerkt. (...)”

3.88 Volgens de rechtbank is de reikwijdte van de Waadi echter beperkt tot situaties waarin de partij aan wie de werknemer ter beschikking is gesteld (de inlener) leiding en toezicht uitoefent bij het verrichten van de arbeid. Onder ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ wordt in art. 1 lid 1, onder c, Waadi immers verstaan “*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*” (rov. 5.4).

3.89 Naar het oordeel van de rechtbank Rotterdam is voldoende aannemelijk dat Compartijn (de inlener) de eindverantwoordelijkheid droeg voor (de werkzaamheden van) de tewerkgestelde personen. De rechtbank oordeelde derhalve (óók ten aanzien van de zzp'er) dat sprake is van het ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ in de zin van de Waadi (rov. 5.5). Het in de opdrachtovereenkomst opgenomen verbod om ter beschikking gestelde medewerkers een dienstverband of anderszins werkzaamheden aan te bieden, heeft de rechtbank vervolgens nietig bevonden (rov. 5.6).

3.90 Ook deze uitspraak van de rechtbank Rotterdam is mijns inziens niet geheel juist. De rechtbank lijkt zich te hebben beperkt tot de beoordeling of de arbeidskrachten (onder andere de zzp'er) hun werkzaamheden onder leiding en toezicht van de inlener (Compartijn) verrichtten. Toen de rechtbank deze vraag met ‘ja’ beantwoordde, heeft zij geconcludeerd dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi van toepassing is. De vraag of de arbeidskrachten hun werkzaamheden onder toezicht en leiding van de inlener (Compartijn) verrichtten, is echter slechts een deel van de toets. Daarnaast moet namelijk worden beoordeeld of de arbeidskrachten (waaronder de zzp'er) kunnen worden aangemerkt als ‘werknemers’ in de zin van de Uitzendrichtlijn en of deze (een arbeidsovereenkomst of) een arbeidsverhouding hebben met het uitzendbureau/de uitzener (randnummers 3.64, 3.68 en 3.70 hiervoor).

3.91 Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de feitenrechtspraak een wisselend beeld laat zien. In de onderhavige procedure tussen [verweerster] en [eiseres] heeft de rechtbank Oost-Brabant geoordeeld dat ter beschikking gestelde zzp'ers niet onder het toepassingsbereik van het belemmeringsverbod vallen. Het hof lijkt in het bestreden arrest juist te oordelen dat dergelijke zelfstandigen wél onder het toepassingsbereik van het belemmeringsverbod vallen. Volgens de rechtbank Noord-Nederland hangt het van de rechtsverhouding arbeidskracht-uitlener af of de Waadi van toepassing is in het geval van ter beschikking gestelde zzp'ers, waar de rechtbank Rotterdam juist de rechtsverhouding arbeidskracht-inlener in dit kader beslissend lijkt te achten.

3.92 Met dit alles als achtergrond – de beschrijving van de totstandkoming van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi en de weergegeven stand van zaken in de literatuur en rechtspraak – kan mijns inziens de volgende conclusie worden getrokken.

(x): Conclusie

3.93 Met de Uitzendrichtlijn moet de toegang tot vast werk voor uitzendkrachten worden vergemakkelijkt (randnummer 3.18 hiervoor). Daarom is in art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn bepaald dat 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. Deze bescherming komt uiteraard de ‘klassieke’ werknemer van een uitzendbureau toe, die aan een inlener ter beschikking wordt gesteld om daar onder toezicht en leiding van de inlener tijdelijk werkzaamheden te verrichten. De vraag is echter of deze bescherming ook toekomt aan een opdrachtnemer (al dan niet zzp'er) die ter beschikking wordt gesteld om onder toezicht en leiding van een inlener tijdelijk te werken. Het antwoord op deze vraag is eerst en vooral afhankelijk van de uitleg van de Uitzendrichtlijn en de Waadi.

3.94 De Waadi is niet (woordelijk) gelijk aan de Uitzendrichtlijn. Onder meer de begrippen die zijn gedefinieerd/omschreven verschillen van elkaar. Zo zijn in art. 3 lid 1 Uitzendrichtlijn onder meer de begrippen ‘werknemer’ en ‘uitzendkracht’ gedefinieerd. In de Waadi zijn deze begrippen niet gedefinieerd, maar is wél – anders dan in de Uitzendrichtlijn – het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ gedefinieerd. Ondanks deze verschillen vermeldt de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi dat de in de Uitzendrichtlijn gegeven definities aansluiten bij de definities van ‘uitzendovereenkomst’ in art. 7:690 BW en van het ‘ter beschikking stellen’ in art. 1 lid 1, onder c, Waadi (randnummer 3.24 hiervoor).

3.95 Het belemmeringsverbod zelf is in art. 9a Waadi eveneens anders geformuleerd dan art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. In art. 9a Waadi wordt de uitzener voorop gesteld (“*Degene die arbeidskrachten*”).

ter beschikking stelt legt geen belemmeringen in de weg...”), waar in de formulering van art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn niet van de uitlener wordt uitgegaan (“...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, [zijn] nietig (...”). Aangezien het begrip ‘ter beschikking stellen van arbeidskrachten’ in art. 1 lid 1, onder c, Waadi aansluit bij de definities in de Uitzendrichtlijn, heeft dit verschil in formulering geen gevolgen voor de reikwijdte van het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi – en tot (her)invoering van het belemmeringsverbod – vermeldt ook dat daarin niet méér wordt geregeld dan wat in de Uitzendrichtlijn wordt voorgeschreven (randnummer 3.29 hiervoor).

3.96 Ook Uw Raad heeft in het arrest *Focus on Human* overwogen dat de wetgever heeft beoogd art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn getrouw om te zetten in nationaal recht, hetgeen meebrengt dat het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. Zo moet art. 9a Waadi aldus worden gelezen dat – hoewel dit niet in de wettekst staat – niet alleen de totstandkoming van een *arbeidsovereenkomst* mag worden belemmerd, maar ook de totstandkoming van een *arbeidsverhouding*, waarbij het begrip ‘arbeidsverhouding’ moet worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ EU over de Uitzendrichtlijn (randnummer 3.57 hiervoor).

3.97 Uit het voorgaande concludeer ik dat het belemmeringsverbod op grond van art. 9a Waadi niet vérdereikt dan art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. Met andere woorden: de Nederlandse wetgever heeft niet gewild dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi op méér/andere arbeidskrachten van toepassing is dan art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn voorschrijft. Dit maakt dat art. 9a Waadi richtlijnconform moet worden uitgelegd.¹⁰⁰

3.98 Het HvJ EU heeft in het arrest *Ruhrland-klinik* overwogen dat de toepassing van de Uitzendrichtlijn onder meer veronderstelt dat de arbeidskracht een ‘werknemer’ is in de zin van de Uitzendrichtlijn. Art. 3 lid 1, onder a), Uitzendrichtlijn definieert ‘werknemer’ als “iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer.” Aan de hand van deze definitie en vaste rechtspraak van het HvJ EU heeft het HvJ EU vervolgens geoordeeld dat het begrip ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het iedere persoon omvat die:

(i) een ‘arbeidsverhouding’ heeft, waarvan het hoofdkenmerk is dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt; én

(ii) in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd op grond van de arbeid die hij verricht.

3.99 Met deze omschrijving van het begrip ‘werknemer’ zijn we er echter nog niet, want art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn gaat uit van de ‘uitzendkracht’ en niet van de ‘werknemer’. Art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn definieert ‘uitzendkracht’ als “een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken”. De term ‘uitzendkracht’ is dus nauwer dan de term ‘werknemer’, omdat het slechts werknemers omvat die, kort gezegd, een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau hebben en die ter beschikking worden gesteld aan een inlener die toezicht en leiding uitoefent over de tijdelijk uit te voeren werkzaamheden.

3.100 De door het HvJ EU in *Ruhrlandklinik* gegeven uitleg van het begrip ‘werknemer’, in samenhang gelezen met de in art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn gegeven definitie van het begrip ‘uitzendkracht’, brengt mij tot de volgende slotsom. Een uitzendkracht in de zin van de Uitzendrichtlijn is iedere persoon die:

(i) een werknemer is met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, wat inhoudt dat die persoon:

a. arbeid verricht en dus gedurende een bepaalde tijd voor een ander (het uitzendbureau) en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt; én

b. in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd op grond van de arbeid die hij verricht; teneinde

(ii) ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming tijdelijk werk te verrichten.

3.101 Iedere persoon die aan deze criteria voldoet, wordt als ‘uitzendkracht’ in de zin van de Uitzendrichtlijn aangemerkt. De woorden “iedere persoon” (waarmee de definitie van ‘werknemer’ in art. 3 lid 1, onder a), Uitzendrichtlijn aanvangt) wijzen erop dat geen enkele persoon bij voorbaat van de definitie van ‘werknemer’ is uitgesloten. Omdat de definitie van ‘uitzendkracht’ voortbouwt op de definitie van ‘werknemer’, is ook geen enkele persoon bij voorbaat van de definitie van ‘uitzendkracht’ uitgesloten. Dit betekent dat ook een zzp’er onder de definities van ‘werknemer’ en ‘uitzendkracht’ in de zin van de Uitzendrichtlijn kan vallen. Voorwaarde daarvoor is wel dat de zzp’er aan de in randnummer 3.100 hiervoor genoemde criteria voldoet.

3.102 Het is ook belangrijk dat bepaalde personen, zoals bijvoorbeeld zzp’ers, niet bij voorbaat van

¹⁰⁰ Zie ook *Arbeidsovereenkomst*, art. 9a Waadi (actueel tot en met 1 januari 2021), aant. 3 (M. Tanja & N.M.Q. van der Neut). Ook het hof heeft in (het eerste deel van) rov. 5.3. van het bestreden arrest – in cassatie onbestreden – overwogen dat art. 9a Waadi in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn moet worden uitgelegd.

het toepassingsbereik van de Uitzendrichtlijn — en dus van het belemmeringsverbod — worden uitgesloten. In *Ruhrlandklinik* heeft het HvJ EU immers overwogen dat een dergelijke uitsluiting de lidstaten of de uitzendbureaus zou toestaan om naar eigen goedgevoelen bepaalde categorieën uit te sluiten van de door de Uitzendrichtlijn beoogde bescherming door (niet) voor een bepaald statuut te kiezen. Dit zou de verwezenlijking van de doelstellingen van de Uitzendrichtlijn in gevaar kunnen brengen en afbreuk kunnen doen aan het nuttig effect van de Uitzendrichtlijn (randnummer 3.47 hiervoor).

3.103 Positief geformuleerd: een persoon die in zijn verhouding tot het uitzendbureau materieel gezien niet wezenlijk van een werknemer van het uitzendbureau verschilt, moet aanspraak kunnen maken op hetzelfde beschermingsniveau als een werknemer. Een dergelijke benadering past ook goed in de huidige maatschappelijke ontwikkelingen, waar steeds meer kritiek wordt geuit op het gebrek aan juridische bescherming van (een deel van) de zzp'ers.¹⁰¹ Zoals A-G De Bock het formuleerde in haar conclusie voor het arrest *Focus on Human*:¹⁰²

“(…) 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 die materieel niet van een werknemer is te onderscheiden, zou meer arbeidsrechtelijke bescherming op zijn plaats zijn. (….)”

3.104 Indien een persoon in zijn verhouding tot het uitzendbureau materieel gezien wél wezenlijk van een werknemer van het uitzendbureau verschilt — en derhalve niet aan de in randnummer 3.100 hiervoor genoemde criteria voldoet — is het gevolg daarvan dat die persoon niet hetzelfde beschermingsniveau toekomt als de werknemer. Het principe ‘gelijke monniken, gelijke kappen’ gaat in dat geval ook niet op.

3.105 Het is aan de nationale rechter om na te gaan of een bepaald persoon als ‘werknemer’ in de zin van de Uitzendrichtlijn is aan te merken. Dit heeft het HvJ EU in *Ruhrlandklinik* geoordeeld.¹⁰³ Het is daarom eveneens aan de nationale rechter om na te gaan of een bepaald persoon als ‘uitzendkracht’ in de zin van de Uitzendrichtlijn is aan te merken. Dit

betekent dat de Nederlandse rechter in een voorkomend geval — indien de vraag opkomt of een bepaald beding nietig is op grond van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi — aan de hand van de in randnummer 3.100 hiervoor genoemde criteria moet onderzoeken of de ter beschikking gestelde arbeidskracht kwalificeert als ‘uitzendkracht’ in de zin van art. 3 lid 1, onder c), Uitzendrichtlijn.

3.106 Aan het begin van deze paragraaf (randnummer 3.1 hiervoor) heb ik de volgende vraag centraal gesteld: zijn de rechtsverhouding tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau en de hoedanigheid waarin de arbeidskracht door het uitzendbureau aan de inlener ter beschikking wordt gesteld van belang voor de toepasselijkheid van het belemmeringsverbod van art. 9a lid 1 Waadi? Meer specifiek: geldt het belemmeringsverbod ook in het geval een zelfstandige (zzp’er) op basis van een overeenkomst van opdracht met het uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld aan een inlener?

3.107 Het antwoord op deze vraag luidt mijns inziens dat de rechtsverhouding tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau van belang is voor de toepasselijkheid van het belemmeringsverbod, want dat verbod is alleen van toepassing indien sprake is van een ‘werknemer’ met een arbeidsovereenkomst of ‘arbeidsverhouding’ met het uitzendbureau. De hoedanigheid (naar nationaal recht) waarin de arbeidskracht door het uitzendbureau aan de inlener ter beschikking wordt gesteld, is niet doorslaggevend: het gaat om een materiële kwalificatie van de verhouding tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau. Het belemmeringsverbod kan derhalve óók van toepassing zijn in het geval een zzp’er op basis van een overeenkomst van opdracht ter beschikking wordt gesteld aan een inlener, mits (materieel gezien) is voldaan aan de in randnummer 3.100 hiervoor genoemde criteria.

4 Beoordeling van het cassatiemiddel

4.1 Het cassatiemiddel van [eiseres] is gericht tegen rov. 5.3. tot en met 5.6. van het bestreden arrest en bestaat uit een overkoepelende klacht, die [eiseres] vervolgens toelicht en uitwerkt aan de hand van vijf onderdelen met klachten (genummerd 2.1-I tot en met 2.1-V, hierna door mij vereenvoudigd aangeduid als onderdelen I tot en met V).

4.2 De overkoepelende klacht van [eiseres] houdt in dat het onjuist, onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd is dat het hof in rov. 5.3. het volgende heeft overwogen en geoordeeld:

(i) uit jurisprudentie van het HvJ EU en Uw Raad volgt dat de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet alleen van toepassing zijn op werknemers die een arbeidsovereenkomst met een uitzendbureau hebben gesloten, maar ook op arbeidskrachten die een arbeidsrelatie (bedoeld zal zijn: arbeidsverhouding) met een uitzendbureau hebben, zodat voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet is vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen;

¹⁰¹ Zie ook de conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2017:46) voor HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*), randnummer 10.6.

¹⁰² Conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2017:46) voor HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, NJ 2020/389 m.nt. E. Verhulp onder NJ 2020/390, JAR 2017/136 m.nt. F.G. Laagland, TRA 2017/74 m.nt. F.M. Dekker en ArA 2017/2.3 m.nt. A.R. Houweling (*Focus on Human*), randnummer 7.10.

¹⁰³ HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*), punt 42.

(ii) op basis van dezelfde jurisprudentie zijn de Uitzendrichtlijn en de Waadi ook van toepassing als een uitzendbureau een zelfstandige (zzp'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van de inlener te werken;

(iii) het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi is onverminderd van toepassing op het onderhavige geval, waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres];

(iv) het is daarbij niet van belang in welke hoedanigheid [eiseres] [verweerster] aan de ODRA ter beschikking heeft gesteld; en

(v) het op de hoedanigheid van [verweerster] betrekking hebbende bewijsaanbod van [eiseres] wordt gepasseerd als niet relevant voor de beslissing. Omdat het relatiebeding nietig is, is evenmin van belang dat [verweerster], onderhandelend namens [A], met het relatiebeding heeft ingestemd.

4.3 Ik kom terug op de al dan niet gegrondheid van deze overkoepelende klacht na beoordeling van de klachten in de onderdelen I tot en met V.

Onderdelen I, II en III: de arresten Ruhrlandkliniek en Focus on Human

4.4 In *onderdeel I* betoogt [eiseres] – onder verwijzing naar het *Ruhrlandkliniek*-arrest van het HvJ EU – dat de in randnummer 4.2, onder (i) en (ii), hiervoor weergegeven overwegingen van het hof onjuist, dan wel onbegrijpelijk zijn. Volgens [eiseres] is voor de toepassing van art. 9a Waadi vereist dat er een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding met de uitlener ([eiseres]) bestaat, waarbij de werknemer of werker ([verweerster]) in het land waarin de arbeid wordt verricht naar nationale arbeidswetgeving kan rekenen op arbeidsrechtelijke bescherming. In het geval van [verweerster] was daarvan geen sprake, omdat [verweerster] een zelfstandige (zzp'er) was die niet in een arbeidsverhouding tot [eiseres] stond.

4.5 In *onderdeel II* stelt [eiseres] dat het *Focus on Human*-arrest van Uw Raad er niet toe kan leiden dat art. 9a Waadi wél van toepassing is en dat ook om die reden de in randnummer 4.2, onder (i) en (ii), hiervoor weergegeven overwegingen van het hof onjuist, dan wel onbegrijpelijk zijn. Volgens [eiseres] ging het in *Focus on Human* ten eerste om een werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst bij het uitzendbureau werkzaam was, terwijl [verweerster] niet op basis van een arbeidsovereenkomst bij [eiseres] werkte. Ten tweede ging het in *Focus on Human* om een ander te toetsen moment, omdat in die zaak de arbeidsrelatie na afloop van de uitzending bij de inlener moest worden gekwalificeerd. In deze zaak gaat het juist om de arbeidsrelatie met de uitlener ([eiseres]). Ten derde heeft Uw Raad in *Focus on Human* geoordeeld dat na verwijzing moet worden vastgesteld of sprake is van een arbeidsverhouding in de zin van het *Ruhrlandkliniek*-arrest van het HvJ EU. Uw Raad heeft dus niet bepaald dat in het geval van zzp'ers (altijd) sprake is

van een arbeidsverhouding in de zin van het *Ruhrlandkliniek*-arrest.

4.6 In *onderdeel III* betoogt [eiseres] dat, gelet op hetgeen zij in de onderdelen I en II heeft aangevoerd, het hof niet in het midden had mogen laten in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] aan de ODRA ter beschikking is gesteld. Omdat het hof niet heeft onderzocht of [verweerster] in haar verhouding tot [eiseres] een 'werknemer' in de zin van de Uitzendrichtlijn is, zijn de in randnummer 4.2, onder (iv) en (v), hiervoor weergegeven oordelen van het hof onjuist, dan wel onbegrijpelijk. [eiseres] klaagt daarnaast dat, ook indien en voor zover het hof heeft geoordeeld dat sprake is van een arbeidsverhouding in de zin van het *Ruhrlandkliniek*-arrest tussen [eiseres] en [verweerster], het hof onjuiste dan wel onbegrijpelijke oordelen heeft gegeven, omdat in dat geval het hof heeft miskend dat zzp'ers op grond van de Nederlandse arbeidswetgeving geen arbeidsrechtelijke bescherming genieten.

4.7 De klachten in de onderdelen I, II en III komen er alle in de kern op neer dat het hof op onjuiste, dan wel onbegrijpelijke wijze het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi van toepassing heeft verklaard. Ik beoordeel de klachten hierna dan ook gezamenlijk.

4.8 De klachten slagen voor zover ze betrekking hebben op de overwegingen en oordelen van het hof in rov. 5.3., zoals weergegeven in randnummer 4.2, onder (ii), (iii) en (iv), hiervoor.

4.9 De Nederlandse wetgever heeft beoogd art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn getrouwd om te zetten in nationaal recht, hetgeen meebrengt dat het belemmeringsverbod in art. 9a Waadi op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn (randnummer 3.96 hiervoor). Ook de in de Uitzendrichtlijn gegeven definities sluiten aan bij (onder meer) de definitie van 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' in art. 1 lid 1, onder c, Waadi (randnummer 3.24 hiervoor). Dit betekent dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi van toepassing is indien een 'werknemer' met een arbeidsovereenkomst of 'arbeidsverhouding' met een uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld van een inlenende onderneming om onder toezicht en leiding van de inlener tijdelijk te werken (randnummers 3.99 en 3.100 hiervoor), waarbij de begrippen 'werknemer' en 'arbeidsverhouding' moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het HvJ EU over de Uitzendrichtlijn.

4.10 Gelet hierop is het onjuist dat het hof in rov. 5.3. heeft geoordeeld dat de Uitzendrichtlijn en de Waadi ook van toepassing zijn "wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zzp'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van de inlener te werken" (randnummer 4.2, onder (ii), hiervoor). Daarvoor is immers tevens nodig dat de zelfstandige een 'werknemer' is met een 'arbeidsverhouding' met het uitzendbureau in de zin die het HvJ EU daaraan heeft gegeven. Om dezelfde reden is het ook onjuist

dat het hof in rov. 5.3. heeft geoordeeld dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi “*onverminderd van toepassing is*” op het onderhavige geval, waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres] (randnummer 4.2, onder (iii), hiervoor). Het is eveneens onjuist dat het hof in rov. 5.3. heeft geoordeeld dat het “*niet van belang*” is in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] aan de ODRA ter beschikking is gesteld (randnummer 4.2, onder (iv), hiervoor). De juridische kwalificatie naar nationaal recht van de verhouding die de arbeidskracht ([verweerster]) met het uitzendbureau ([eiseres]) verbindt, de aard van die rechtsbetrekking en de vorm van deze verhouding zijn weliswaar niet *doorslaggevend*, maar niet kan worden gezegd dat deze kwalificaties in het geheel niet van belang zijn (randnummers 3.43, 3.71 en 3.107 hiervoor).

4.11 Het hof heeft wél met juistheid in rov. 5.3. overwogen dat voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet is vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeids-overeenkomst is overeengekomen (randnummer 4.2, onder (i), hiervoor). Het bestaan van een arbeidsovereenkomst is inderdaad niet per se nodig; wél moet er een arbeidsverhouding bestaan tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau (randnummer 3.99 hiervoor). Of dat het geval is, heeft het hof echter niet beoordeeld.

Onderdeel IV: bewijsaanbod

4.12 De klachten in dit onderdeel bouwen voort op de klachten in de onderdelen I, II en III. [eiseres] betoogt dat het onjuist is dat het hof aan het slot van rov. 5.3. het bewijsaanbod van [eiseres] als niet relevant heeft gepasseerd (randnummer 4.2, onder (v), hiervoor). Dat bewijsaanbod zag op de hoedanigheid dat [eiseres] [verweerster] aan de ODRA ter beschikking had gesteld. Gelet op hetgeen [eiseres] in de onderdelen I, II en III heeft uiteengezet, is volgens [eiseres] namelijk juist van belang wat die hoedanigheid inhield. Ook stelt [eiseres] dat het onjuist is dat het hof in het slot van rov. 5.3. heeft geoordeeld dat het niet van belang is dat [verweerster] met het relatiebeding heeft ingestemd, omdat het relatiebeding nietig is. Het hof is er immers ten onrechte van uitgegaan dat het relatiebeding nietig is.

4.13 De eerste voortbouwklacht slaagt. Het hof had, gelet op hetgeen ik bij de beoordeling van de klachten in de onderdelen I, II en III heb toegelicht, het bewijsaanbod van [eiseres] niet als irrelevant mogen passeren.

4.14 De tweede klacht faalt. De vraag of [verweerster] met het beding heeft ingestemd, is niet relevant voor de toepasselijkheid van het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi en dus evenmin voor de vraag of het beding op grond van het belemmeringsverbod nietig is. Ook als [verweerster] met het beding heeft ingestemd, kan het beding immers nietig zijn op grond van art. 9a Waadi.

Onderdeel V: voortbouwklachten

4.15 [eiseres] stelt dat het slagen van één of meer klachten van de onderdelen I tot en met IV tot gevolg heeft dat ook de in randnummer 4.2, onder (ii) en (iii), hiervoor weergegeven overwegingen/oordelen van het hof niet in stand kunnen blijven. Hetzelfde geldt volgens [eiseres] voor rov. 5.4., 5.5., 5.6. en het dictum van het bestreden arrest.

4.16 Deze voortbouwklachten slagen op gelijke wijze als de slagende klachten van de onderdelen I, II, III en IV. Zonder nadere toelichting, die [eiseres] niet heeft gegeven, valt echter niet in te zien hoe het oordeel van het hof in rov. 5.3. (over de toepasselijkheid van art. 9a Waadi) doorwerkt in rov. 5.5., waarin het hof heeft geoordeeld dat [verweerster] de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Rov. 5.5. kan wat mij betreft dus, als niet (gemotiveerd) bestreden in cassatie, in stand blijven.

Beoordeling overkoepelende klacht

4.17 De overkoepelende klacht slaagt, omdat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan bij zijn oordeel in rov. 5.3., zoals weergegeven in randnummer 4.2, onder (ii), (iii), (iv) en (v), hiervoor).

Slotsom

4.18 De slotsom luidt dat de klachten in de onderdelen I tot en met V en daarmee ook de overkoepelende klacht (grotendeels) slagen.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

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

- a. de vonnissen in de zaak C/01/330936/HA ZA 18-119 van de rechtbank Oost-Brabant van 17 oktober 2018 en 25 april 2018;
- b. het arrest in de zaak 200.249.517/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 1 september 2020. [eiseres] heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Tegen [verweerster] is verstek verleend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [eiseres] is een bedrijf dat onder andere actief is op het gebied van arbeidsbemiddeling.
- (ii) [A] staat bij de Kamer van Koophandel ingeschreven als eenmanszaak.
- (iii) In juli 2016 heeft [eiseres] als opdrachtgever met [A] als opdrachtnemer een overeenkomst

van opdracht gesloten. De overeenkomst is namens [A] ondertekend door [verweerster].

(iv) In de onder (iii) genoemde overeenkomst is onder meer het volgende bepaald:

“In aanmerking nemende:

- a. dat opdrachtgever werkzaam is op het gebied van projectmanagement;
- b. dat opdrachtgever in het kader hiervan behoefte heeft aan een vergunningverlener;
- c. dat de werkzaamheden zullen worden verricht bij of ten behoeve van Omgevingsdienst Regio Arnhem (verder te noemen: ‘inlener’);
- d. (...)

Verklaren het volgende te zijn overeengekomen:

Artikel 1: De opdracht

a. Opdrachtnemer verplicht zich voor de duur van de overeenkomst werkzaamheden te verrichten die bestaan uit ‘Het toetsen en afhandelen van meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit’.

b. Opdrachtnemer beschikt over: ‘Een afgeronde relevante HBO opleiding en aantoonbare kennis en ervaring met het afhandelen van meldingen in het kader van het Activiteitenbesluit.’ Er is overeenstemming tussen partijen dat opdrachtgever in staat is om de opdracht naar behoren uit te voeren.

(...)

Artikel 3: Duur van de overeenkomst

a. De opdracht vangt aan op 26 juli 2016 en wordt aangegaan tot en met 1 februari 2017 met de optie tot verlenging.

b. (...)

(...)

Artikel 13: Relatiebeding

a. Het is opdrachtnemer niet toegestaan binnen (6) maanden na het einde van de overeenkomst van opdracht, hetzij direct hetzij indirect werkzaam te zijn op dezelfde werkplek in hetzelfde project als waarin opdrachtnemer in de laatste (6) maanden voor beëindiging van de overeenkomst van opdracht werkzaam is geweest bij inlener ten behoeve van opdrachtgever, tenzij opdrachtnemer daarvoor schriftelijk toestemming heeft verkregen van opdrachtgever.

b. Indien opdrachtnemer in strijd met zijn verplichtingen uit hoofde van dit relatiebeding handelt, is deze aan opdrachtgever, zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, voor iedere overtreding een boete verschuldigd van € 12.500,- en € 500,- voor elke dag dat opdrachtnemer in overtreding is. Opdrachtgever is tevens gerechtigd om in plaats van een boete volledige schadevergoeding te vorderen. De boete is rechtstreeks aan opdrachtgever verschuldigd en strekt tot zijn voordeel.”

(v) [eiseres] heeft daarnaast als opdrachtnemer een overeenkomst van opdracht gesloten met de Omgevingsdienst Regio Arnhem (hierna: ODRA) als opdrachtgever ten behoeve van de werkzaamheden verricht door [A], die in de overeenkomst is aan-

geduid als “zelfstandige”. In deze overeenkomst staat voorts dat de zelfstandige de werkzaamheden bij opdrachtgever naar eigen professioneel inzicht en voor eigen risico verricht en dat de opdrachtnemer de werkzaamheden wil laten verrichten door de zelfstandige. In de overeenkomst is tevens een relatiebeding opgenomen, inhoudende dat het ODRA niet is toegestaan binnen twaalf maanden na beëindiging van de overeenkomst, hetzij direct hetzij indirect, gebruik te maken van de inzet van de zelfstandige zonder tussenkomst van [eiseres], op straffe van een boete.

(vi) De werkzaamheden bij ODRA zijn uitgevoerd door [verweerster].

(vii) [eiseres] heeft aan [verweerster] bericht dat de werkzaamheden bij ODRA eind januari 2017 worden beëindigd.

(viii) Tussen [A] en [verweerster] enerzijds en [eiseres] anderzijds is onenigheid ontstaan over de reikwijdte van het in de overeenkomst opgenomen relatiebeding omdat [verweerster] na afloop van de overeenkomst met [eiseres] werkzaamheden voor ODRA wilde blijven uitvoeren. [eiseres] heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat als [verweerster] werkzaamheden zou blijven uitvoeren voor ODRA dit een schending van dat relatiebeding oplevert.

(ix) In juli 2017 heeft [eiseres] aan [verweerster] meegedeeld geen beroep meer te zullen doen op het relatiebeding.

2.2 [verweerster] vordert in dit geding een verklaring voor recht dat [eiseres] jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door ten onrechte een beroep te doen op een niet geldig relatiebeding. De rechtbank heeft de vordering van [verweerster] afgewezen.

2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en voor recht verklaard dat [eiseres] onrechtmatig jegens [verweerster] heeft gehandeld door ten onrechte een beroep te doen op een nietig relatiebeding.¹ Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie relevant, het volgende overwogen:

“5.3. (...) Ten aanzien van de vraag of [verweerster] zich terecht kan beroepen op artikel 9a Waadi overweegt het hof als volgt. Volgens artikel 9a lid 1 Waadi legt degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt 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. Artikel 9a lid 2 Waadi bepaalt dat elk beding in strijd met het eerste lid nietig is. Artikel 9a Waadi is in 2012 ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn 2008/104/EG, de zogenoemde Uitzendrichtlijn. Artikel 9a Waadi moet daarom worden uitgelegd in overeenstemming met de Uitzendrichtlijn (Hoge Raad 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 (NJ

¹ Gerechtshof’s-Hertogenbosch 1 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2705.

2020/389, m.nt. E. Verhulp; *red.*) *Focus on human*). In artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn staat dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen 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. De Waadi verstaat onder 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 (artikel 1 lid 1 aanhef en onder c Waadi). Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883 *Ruhrlandklinik*) en de Hoge Raad (14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 (NJ 2020/389, m.nt. E. Verhulp; *red.*) *Focus on human*) volgt – voor zover hier thans van belang – dat de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet alleen van toepassing zijn op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op arbeidskrachten die een arbeidsrelatie hebben met een uitzendbureau. Voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi is aldus niet vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Ook wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zpz'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van deze inlener te werken zijn de Uitzendrichtlijn en de Waadi van toepassing. Hieruit volgt dat in het onderhavige geval, waarin sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres], het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi onverminderd van toepassing is. Daarbij is het niet van belang in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] aan ODRA ter beschikking is gesteld. Het daarop betrekking hebbend bewijsaanbod van [eiseres] wordt daarom als niet relevant voor de beslissing gepasseerd. Nu sprake is van nietigheid is evenmin van belang dat [verweerster], onderhandelend namens [A] heeft ingestemd met een dergelijk beding.

5.4. Uit het voorgaande volgt dat [eiseres] [verweerster] ten onrechte in de periode 2 februari 2017 tot 18 juli 2017 aan het relatiebeding heeft gehouden. Dat geldt ook voor zover [eiseres] een beroep heeft gedaan op het relatiebeding in haar overeenkomst met ODRA. Ook dat moet worden gezien als een ongeoorloofde belemmering als bedoeld in art. 9a lid 2 van de Waadi. Daarmee is het onrechtmatig handelen van [eiseres] gegeven en kan de in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht worden gegeven.”

3 Beoordeling van het middel

3.1.1 De onderdelen 2.1-I tot en met 2.1-III van het middel zijn gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.3 dat het belemmeringsverbod van art. 9a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) van toepassing is. De onderdelen klagen onder meer dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) en de Hoge Raad volgt dat de Uitzendrichtlijn² en de Waadi steeds ook van toepassing zijn als een uitzendbureau een zelfstandige (zpz'er) ter beschikking stelt van een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van de inlener te werken. Het hof had volgens de onderdelen moeten onderzoeken of [verweerster] in haar verhouding tot [eiseres] een werknemer is in de zin van de Uitzendrichtlijn. Indien rov. 5.3 aldus moet worden begrepen dat in de visie van het hof sprake is van een arbeidsverhouding die valt onder de Uitzendrichtlijn, miskent het hof dat een zpz'er en ook een opdrachtnemer onder de Nederlandse arbeidswetgeving arbeidsrechtelijke bescherming missen, althans is zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, aldus de onderdelen.

3.1.2 Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.1.3 Art. 9a Waadi bevat het ‘belemmeringsverbod’ en luidt als volgt:

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

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

Art. 9a Waadi is in 2012 ingevoerd ter implementatie van het in art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn opgenomen belemmeringsverbod. Art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn luidt als volgt:

“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

² Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *PbEG* 2008, L 327/9.

voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, aanwerving en opleiding van uitzendkrachten onverlet.”

3.14 Uit de parlementaire geschiedenis bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Waadi ter implementatie van de Uitzendrichtlijn volgt dat de wetgever de Uitzendrichtlijn ‘kaal’ heeft willen implementeren.³ Dat betekent dat in de Waadi niet meer is geregeld dan wat in de Uitzendrichtlijn wordt voorgeschreven. Dit brengt mee dat art. 9a Waadi op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn.

3.15 Art. 1 lid 1 Uitzendrichtlijn bepaalt dat de richtlijn van toepassing is op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken. Art. 3 lid 1, aanhef en onder a, Uitzendrichtlijn bepaalt dat onder werknemer wordt verstaan iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer. Art. 3 lid 1, aanhef en onder c, Uitzendrichtlijn definieert uitzendkracht als een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken. De Uitzendrichtlijn bevat geen definitie van de begrippen ‘arbeidsovereenkomst’ en ‘arbeidsverhouding’. Art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn bepaalt dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht wat de definitie van arbeidsovereenkomst, arbeidsverhouding of werknemer betreft.

3.16 Het HvJEU heeft zich in zijn arrest van 17 november 2016 (*Ruhrlandklinik*)⁴ uitgelaten over de begrippen ‘arbeidsverhouding’ en ‘werknemer’ als bedoeld in de Uitzendrichtlijn. Het HvJEU oordeelde dat volgens zijn vaste rechtspraak het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding is dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij niet doorslaggevend zijn de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenmin als de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen.⁵ Voorts heeft het HvJEU over het begrip ‘werknemer’ geoordeeld 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.⁶

3.17 Uit hetgeen hiervoor in 3.15 en 3.16 is overwogen volgt dat een uitzendkracht in de zin van de Uitzendrichtlijn is iedere persoon die een werknemer is met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau – wat inhoudt dat die persoon (i) arbeid verricht en dus gedurende een bepaalde tijd voor en onder leiding van het uitzendbureau prestaties levert en in ruil daarvoor van het uitzendbureau een vergoeding ontvangt en (ii) in de desbetreffende lidstaat wordt beschermd op grond van de arbeid die hij verricht – teneinde door het uitzendbureau ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming tijdelijk werk te verrichten.

3.18 Het voorgaande brengt mee dat het hof, door te oordelen dat de Uitzendrichtlijn en de Waadi zonder meer van toepassing zijn als een uitzendbureau een zelfstandige (zpp'er) ter beschikking stelt van een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van de inlener te werken, heeft miskend dat voor die toepasselijkheid nodig is dat is voldaan aan de in het kader van de Uitzendrichtlijn gestelde vereisten (zie hiervoor in 3.17). Of daaraan is voldaan heeft het hof ten onrechte niet onderzocht. Dit verzuim treft ook de op het vorenstaande voortbouwende oordelen van het hof dat het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi in dit geval van toepassing is omdat sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen [verweerster] en [eiseres] en dat het daarbij niet van belang is in welke hoedanigheid [eiseres] [verweerster] ter beschikking heeft gesteld van ODRA. De op het vorenstaande gerichte klachten van de onderdelen 2.1-I tot en met 2.1-III slagen.

3.2.1 Onderdeel 2.1-IV bouwt voort op de klachten van de onderdelen 2.1-I en 2.1-II en is gericht tegen het als niet relevant passeren van het door [eiseres] gedane bewijsaanbod met betrekking tot de vraag in welke hoedanigheid [verweerster] door [eiseres] ter beschikking is gesteld van ODRA.

Gelet op hetgeen hiervoor in 3.1.8 is overwogen, slaagt deze klacht.

3.2.2 Voor zover de onderdelen 2.1-V en 2.2 klachten bevatten tegen oordelen die voortbouwen op het hiervoor in 3.1.8 bedoelde onjuiste oordeel van het hof, slagen die onderdelen eveneens.

3.3 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4 Beslissing

De Hoge Raad:

³ Kamerstukken II 2011/12, 32985, nr. 5, p. 11.

⁴ HvJEU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

⁵ HvJEU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, punt 27.

⁶ HvJEU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, punt 43.

- vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 1 september 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 997,27 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerster] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

1. Een juriste laat zich als zelfstandige (zzp'er) uitzenden naar een overheidsorganisatie. In de opdrachtovereenkomst die zij met de uitzender sluit, is bepaald dat het haar niet is toegestaan binnen zes maanden na het einde van de overeenkomst van opdracht, dezelfde werkzaamheden te verrichten als die, die zij in de laatste zes maanden van deze opdrachtovereenkomst heeft verricht. Na het einde van de opdrachtovereenkomst wil de juriste de werkzaamheden bij de overheidsorganisatie voortzetten. Ze meent dat het beding in de overeenkomst, dat haar dat niet toestaat, in strijd is met het bepaalde in art. 9a van de WAADI. In dat artikel is bepaald dat de uitzender de uitzendkracht geen belemmeringen in de weg legt voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking gestelde arbeidskracht en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld. De vraag is of deze bepaling wel van toepassing is, nu art. 9a WAADI spreekt over 'een arbeidsovereenkomst'.

2. Het bereik van de meeste beschermende bepalingen van het arbeidsrecht is verbonden aan de definitie van de arbeidsovereenkomst. Voor het nationale gedeelte van dat recht is de definitie van art. 7:610 BW van belang. Voor de vraag of een overeenkomst kwalificeert als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 6 november 2020, NJ 2021/116, m.nt. E. Verhulp, een toetsing in twee fasen ontwikkeld. In de eerste fase moeten aan de hand van de Haviltex-leer de overeengekomen rechten en verplichtingen worden vastgesteld, in de tweede fase dient te worden beoordeeld of de overeenkomst kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (zie voor de toepassing van deze fasen bijv. Gerechtshof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1272 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294). Ondanks deze (sinds 2020 nieuwe) benadering gaat de rechtspraak naar mijn waarneming terughoudend om met het aannemen van een arbeidsovereenkomst in die gevallen waar partijen zich eerder op het standpunt stelden dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is (zie onder meer: de dirigent van een (klein amateur-) koor, Rechtbank Amsterdam 27 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5407, een nieuwslezer van omroep Gelderland, Rechtbank Gelderland,

ECLI:NL:RBGEL:2021:5741, studentpromovendi, Rechtbank Noord Nederland, 4 januari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:5, een waarnemend oogarts, Rechtbank Utrecht 17 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5854, een depothouder, Rechtbank Amsterdam 24 januari 2022, JAR 2022/39, een partner van Deloitte, Gerechtshof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:GHDHA:2022:449). Daar staat tegenover dat het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden aanneemt dat tussen De Volksbank en haar bestuurder wel een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. Mijn waarneming is dat het anders is bij platformwerk, waar wel eerder een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen (Rechtbank Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029, *Uber*, en Gerechtshof Amsterdam, 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741, *Helping*).

3. Bij het beoordelen van de toepasselijkheid van implementatiewetgeving van richtlijnen is de definitie van art. 7:610 BW vaak ontoereikend omdat de richtlijn het bereik zelf definieert en zich daarbij niets gelegen laat liggen aan de definitie van arbeidsovereenkomst in een willekeurige lidstaat. Ook de kwalificatie die partijen zelf aan de rechtsrelatie geven doet niet terzake. Dat geldt ook voor de Uitzendrichtlijn 2008/104/EG. Art. 3 van de uitzendrichtlijn (2008/104/EG) bepaalt dat onder 'werknemer' wordt verstaan "iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens nationale wetgeving bescherming geniet als werknemer". Onder 'uitzendkracht' wordt verstaan: "een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daaronder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken." Uit deze omschrijvingen volgt, in de woorden van het HvJ EU in het *Ruhrlandklinik*-arrest (HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883): "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." De tekst van art. 1 van de Uitzendrichtlijn, dat het toepassingsbereik van de richtlijn aangeeft, is vrijwel gelijklopend. Deze definities zijn onmiskenbaar ruimer dan het Nederlandse begrip werknemer zoals dat uit art. 7:610 BW voortvloeit.

4. Voor een goed begrip van de casus is het nuttig de verschillende rechtsrelaties te onderscheiden die in de uitzendrichtlijn een rol spelen, te weten (i) de relatie tussen de uitzender (het uitzendbureau) en de uitzendkracht, (ii) de relatie tussen de uitzendkracht en de inlener tijdens de uitzendperiode en (iii) de mogelijke arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding die tussen de uitzendkracht en de inlener tot stand komt na de uitzendperiode. Naar mijn mening (en die van A-G Hartlief in zijn conclusie voor dit arrest, onder 3.64) geldt in relatie (i) voor het aannemen van toepasselijkheid van bepalingen uit de richtlijn de eis dat

sprake moet zijn van een werknemer die een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding heeft met de uitzender. Van een werknemer is sprake als de persoon krachtens nationale wetgeving bescherming geniet als werknemer. Daarvan lijkt al snel sprake: een uitzendkracht die op basis van een opdrachtsovereenkomst naar nationaal recht werkt, kan onder de beschermende werking van bijv. art. 7:658 BW vallen (door toepassing van lid 4 van dat artikel, zie: Zwemmer noot bij *JAR* 2016/306). Het begrip 'arbeidsverhouding' is in het *Ruhrlandkliniek*-arrest (HvJ EU 17 november 2016, r.o. 27) door het Hof als volgt nader toegelicht: "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 (...)". Het woord 'leiding' is niet nader uitgewerkt. Dat kan leiden tot een afbakeningsprobleem met de opdrachtnemer/ondernemer, die wel opdrachten van de opdrachtgever of inlener dient te aanvaarden maar niet als werknemer kan worden beschouwd. Eerder (in zijn arrest van 4 november 2016, *NJ* 2017/370, m.nt. E. Verhulp, *Care 4 Care*) overwoog de Hoge Raad dat de vraag of sprake is van 'toezicht en leiding' als bedoeld in art. 7:690 BW "dient te worden beantwoord aan de hand van dezelfde maatstaven als gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een gezagsverhouding als bedoeld in art. 7:610 BW". Richtlijnconforme interpretatie brengt mee dat dit voor de WAADI niet zonder meer kan gelden, omdat in de richtlijn met een ander werknemersbegrip wordt gewerkt (zie in dit verband F. Pennings, *TRA* 2021/3). Dat laat onverlet dat de relatie tussen de uitzender en de uitzendkracht voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben. Aangenomen moet worden dat de uitzender het werkgeversgezag (dus de leiding) in belangrijke mate kan overdragen aan de inlenende onderneming, maar dat iets van leiding of werkgeversgezag bij de uitzender aanwezig moet blijven. Is dat niet het geval, dus als de relatie tussen de 'uitzendkracht' en de 'uitzender' niet als arbeidsovereenkomst kan worden geduid, maar oefent de inlener of degene aan wie de 'uitzendkracht' ter beschikking wordt gesteld 'wel werkgeversgezag uit, zal de inlener als werkgever moeten worden aangemerkt. Zie in deze zin: A-G De Bock, conclusie voor HR 21 februari 2020, *NJ* 2020/92, onder 4.55. Van een uitzendrelatie als bedoeld in de Uitzendrichtlijn is in dat geval geen sprake. De 'uitzender' is dan geen werkgever maar wellicht een arbeidsbemiddelaar (zie art. 1 lid 1 onder b WAADI), en voor de rechtsrelatie tussen de 'uitzender/bemiddelaar en de 'uitzendkracht/bemiddelde' geldt dan art. 3 van de WAADI.

5. In relatie (ii) moet sprake zijn van de uitoefening van leiding en toezicht door de inlenende onderneming. De invulling van de begrippen 'leiding en toezicht' in de Nederlandse context is een enkele keer in de rechtspraak aan de orde gesteld. Die rechtspraak stelt geen hoge eisen aan de invulling daar-

van, zodat al snel van de hier bedoelde leiding en toezicht sprake is (zie bijv. Gerechtshof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1034). Dat zal bij de uitleg van richtlijn 2008/104 EU niet veel anders zijn. Indien in de relatie als bedoeld onder (ii) de 'inlenende onderneming' geen leiding en toezicht uitoefent, is geen sprake van een uitzendrelatie als bedoeld in de uitzendrichtlijn. In dat geval is het de vraag of de uitzender wel leiding en toezicht uitoefent. Is dat het laatste geval, dan is de rechtsrelatie tussen de 'uitzender' en de 'uitzendkracht' (hiervoor als (i) aangeduid) een 'gewone' arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW. In die situatie wordt wel van *contracting* gesproken: de werkgever laat in dat geval zijn werknemer of werknemers werkzaamheden verrichten bij de organisatie van de 'inlener' maar oefent zelf het werkgeversgezag uit. Zie bijv. Rechtbank Overijssel 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1538, en de noot daarbij van Hoogeveen in *JAR* 2019/136.

6. Terzijde merk ik op dat de Uitzendrichtlijn ervan uitgaat dat de uitzendkracht tijdelijk bij de inlener werkt. Over het vereiste van tijdelijkheid van de uitzending heeft het HvJ EU zich in zijn arrest van 14 oktober 2020 (*NJ* 2021/333) uitgelaten. Het Hof overwoog dat de lidstaten op grond van art. 5 van de Richtlijn niet gehouden zijn het aantal opvolgende uitzendingen te maximaleren maar tegelijkertijd "moet deze bepaling ook aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzet dat een lidstaat geen enkele maatregel neemt om het tijdelijke karakter van uitzendarbeit te waarborgen, en dat een nationale regeling in geen enkele maatregel voorziet die voorkomt dat aan dezelfde uitzendkracht achtereenvolgende opdrachten bij dezelfde inlenende onderneming worden toevertrouwd om de bepalingen van richtlijn 2008/104 in haar geheel te omzeilen." Het gaat het Hof er dus om dat de richtlijn beoogt misbruik van uitzendovereenkomsten, dus uitzendovereenkomsten gesloten met het oogmerk om de werknemer bescherming te onthouden, te voorkomen. Waar de Nederlandse wetgeving een beperking van de tijdelijkheid van uitzendovereenkomsten kent en na verloop van tijd een uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat met een recht op gelijke behandeling op grond van art. 8 WAADI, betoogt Hoogeveen (in haar noot in *JAR* 2020/289) dat de Nederlandse wetgeving niet in strijd met de richtlijn is. Zij wijst ook op de regeling voor payroll (art. 7:692 BW) die er toe leidt dat een permanent uitgeleende werknemer dezelfde zekerheid heeft als 'vaste werknemers'. Ik vraag me af of die redenering juist is. Het 'tijdelijke karakter van uitzendarbeit' zou volgens het Hof ook moeten worden gewaarborgd en dat lijkt me blijkens de tekst van art. 1 lid 1, en bijna alle onderdelen van art. 3 lid 1 van de Uitzendrichtlijn doel van die richtlijn op zich. Ook uit art. 6 lid 1 van de Uitzendrichtlijn, geïmplementeerd in art. 8c WAADI, dat bepaalt dat uitzendkrachten moeten worden ingelicht over vacatures in de inlenende onderneming 'opdat zij dezelfde kansen hebben op een vaste baan', kan worden afgeleid dat de uitzender

ding tijdelijk behoort te zijn. Overweging 16 van de Richtlijn bepaalt dat het bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de uitzender mogelijk moet zijn af te wijken van de bij de inlener geldende regels. Dat met de mogelijkheid van een uitzending in vaste dienst van de uitzender rekening is gehouden, betekent naar mijn mening niet dat daarmee ook de terbeschikkingstelling aan één inlener krachtens de Uitzendrichtlijn permanent zou kunnen zijn. Het geheel overziend zijn er zeker argumenten voor het betoog dat een permanente terbeschikkingstelling aan één inlener niet past bij de Uitzendrichtlijn.

7. In art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn is het zogenaamde belemmeringsverbod opgenomen, geciteerd in de conclusie van de A-G onder 3.18. Het doel van dit verbod is de toegang tot vast werk voor uitzendkrachten te vergemakkelijken. Het belemmeringsverbod ziet toe op de relatie die ik hiervoor onder (iii) duidde. Een beroep op dit belemmeringsverbod komt de werknemer pas toe als aan de voorwaarden van (i) en (ii) is voldaan. Waar de richtlijn spreekt over 'het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding' heeft de Nederlandse wetgever in art. 9a WAADI dat geformuleerd als 'de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst...'. Nu de wetgever de bedoeling had om de richtlijn getrouw om te zetten in nationaal recht, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 14 april 2017, NJ 2020/389 (*Focus on Human*) overwogen dat deze woorden in art. 9a WAADI moeten worden gelezen in overeenstemming met art. 6 lid 2 Richtlijn 2008/104 als '... de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding.' Dat leidt tot de conclusie dat als de rechtsrelatie van de uitzendkracht wordt beheerst door de Uitzendrichtlijn, dus als is voldaan aan de voorwaarden die de Richtlijn stelt voor de toepasselijkheid, de uitzendkracht na einde van de uitzendrelatie niet belemmerd mag worden in het aangaan van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de inlener. Het belemmeringsverbod geldt dus niet voor zelfstandigen die geen arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de 'uitzender' hebben en evenmin voor werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de uitzender die niet onder leiding en toezicht van de inlenende onderneming werken. Deze laatste groep kan een beroep doen op art. 7:653 BW, omdat een voor hen geldend verbod in dienst van de 'inlener' te treden moet worden beschouwd als een concurrentiebeding. Het bereik van de Uitzendrichtlijn is ruimer dan die van de arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht, maar niet zo ruim dat iedere werkende eronder valt.

8. Aan de hiervoor onder (i) en (ii) genoemde voorwaarden moet een arbeidsrelatie dus voldoen alvorens daarop de Uitzendrichtlijn en de op die richtlijn gebaseerde regelingen van de WAADI van toepassing zijn en dus de 'uitzendkracht' zich terecht beroept op het belemmeringsverbod in de rechtsrelatie als bedoeld onder (iii). Of aan die voor-

waarden is voldaan dient het verwijzingshof alsnog te onderzoeken. Hooggeveen (in haar noot bij dit arrest in JAR 2022/159) wijst er terecht op dat in deze casus partijen hun rechtsrelatie hebben geregeld met de zogenaamde algemene overeenkomst tussenkomst (nummer 90821.255373.0., te vinden op de site van de belastingdienst), op grond van welke overeenkomst geen leiding en toezicht door de uitzender of de inlener wordt uitgeoefend. Of deze overeenkomst in de praktijk daadwerkelijk werd nagekomen, dan wel of toch wel van leiding en toezicht sprake is geweest, dient het verwijzingshof alsnog te onderzoeken.

E. Verhulp
