

ANNOTATIE

# Richtlijnconforme interpretatie van het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi: alle vragen beantwoord?

*prof. mr. dr. A.R. Houweling*

*Annotatie bij Hoge Raad, 14-04-2017, ECLI:NL:HR:2017:689 (AR-2017-0466)*

## 1. Inleiding

Op 27 april 2012 is artikel 9a Waadi in werking getreden, dat luidt:

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

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

Art. 9a Waadi is het gevolg van de implementatie van Richtlijn 2008/104/EG betreffende uitzendarbeid.

Daarmee is een verbod op het stellen van belemmeringsbedingen bij ‘terbeschikkingstelling van arbeidskrachten’ in de wet opgenomen. Aanleiding voor het wettelijk regelen van dit verbod, was de equivalent in de Uitzendrichtlijn die Nederland moest implementeren. Geheel nieuw is dit verbod niet. In de Arbeidsvoorzieningswet van 1990 en 1996 was in artikel 93 lid 1 aanhef en onderdeel a reeds een dergelijk verbod opgenomen. Dit verbod is uit de wet verdwenen bij de invoering van de Waadi in 1998. De wetgever meende dat een algeheel verbod niet meer nodig was, nu het algemene vermogensrecht — in het bijzonder de bepalingen over onredelijk bezwarende bedingen — voldoende bescherming bood.

Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32985, 3, p. 7-8.

Zie evenwel M. Poort & Y.A.E. van Houte, 'Het belemmeringsbeding', in: J.H. Even e.a., *Arbeidsrechtelijke bedingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 162.

Ktr. Arnhem 7 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1138 (Q4U Bouwconsultants B.V./werknemer c.s.).

Vgl. Ktr. Oost-Brabant 12 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6814.

Deze constructie van een algemeen verbod behoudens redelijke kosten, doet denken aan het verbod op transfersommen bij grensoverschrijdende voetbaltransfers wegens schending van het vrij verkeer van werknemers. Het is voetbalclubs wel toegestaan vergoeding van 'opleidingskosten' te vragen (HvJ EU 16 maart 2010, C-325/08 (Olympique Lyonnais SASP/Bernard)). Art. 9a Waadi spreekt van meer dan alleen opleidingskosten en heeft daardoor een ruimer bereik.

Ktr. Groningen 19 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:8297 (een verbod op straffe van schadevergoeding binnen 52 weken de werknemers direct of indirect in dienst te nemen, wordt als 'redelijke vergoeding' beschouwd). Zie evenwel ook Rb. Oost-Brabant 12 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6814 (verbod op indienstneming gedetacheerde werknemer gedurende een periode van een jaar op straffe van een halfjaar bruto maandloon en/of 1000 uren is nietig).

De parlementaire geschiedenis van artikel 9a Waadi geeft ons geen houvast voor de uitleg van het precieze bereik van het artikel. Er wordt enkel verwezen naar de Uitzendrichtlijn die deels via de Waadi in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd. Bijgevolg is voor het bereik van artikel 9a Waadi het bereik van artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn van belang. Het Hof van Justitie EU heeft tot op heden geen uitspraak gedaan over artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. In deze AR Annotatie sta ik stil bij twee vragen:

- a. beschermt artikel 9a Waadi ook een ex-werknemer die bij de inlener op basis van een overeenkomst van opdracht (geen arbeidsovereenkomst) werkzaamheden gaat verrichten? En zo ja, bieden de tekst en toelichting van artikel 9a Waadi de nationale rechter voldoende ruimte richtlijnconform te interpreteren?
- b. Beschermt artikel 9a Waadi ook de werknemer die reeds een vast contract heeft bij de uitlener?

Op de eerste vraag heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 14 april 2017 jl. geantwoord. Op de tweede vraag geeft de advocaat-generaal De Bock antwoord in haar conclusie bij voornoemd arrest.

## 2. Feiten en oordeel Hoge Raad

Op 1 januari 2014 is eiser fulltime en voor onbepaalde tijd in de functie van sociaalpsychiatrisch verpleegkundige/maatschappelijk werker en hoofd zorg in dienst

getreden bij FOH. FOH had met de Huisartsenpraktijk een overeenkomst gesloten op grond waarvan werknemer vanaf 1 januari 2014 door FOH werd gedetacheerd voor het verrichten van de werkzaamheden. In de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen FOH en werknemer is opgenomen dat werknemer zal worden ingeschakeld voor het begeleiden, coachen en behandelen van cliënten/patiënten van FOH en dat de cao GGZ op dit contract van toepassing is. De arbeidsovereenkomst bevat voorts een non-concurrentie- en relatiebeding, alsmede een boetebeding. Werknemer heeft – vanwege meningsverschillen met de eigenaar van FOH – de arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 juni 2015. Werknemer is vanaf medio mei 2015 zzp'er. De activiteiten van zijn eenmanszaak – 'Eigenwijs herstel' – bestaan uit GGZ-hulpverlening, behandeling, coaching, begeleiding en onderwijs aan mensen met een GGZ-hulpaanvraag, alsook coaching aan zorgprofessionals. De Huisartsenpost wenst de samenwerking met werknemer te continueren en acht zich niet gebonden aan een concurrentie- of relatiebeding waarover niets staat in de detacheringsovereenkomst. In eerste en tweede aanleg is werknemer veroordeeld tot nakoming van het concurrentiebeding en betaling van verbeurde boetes. Volgens het hof komt werknemer als zzp'er geen beroep toe op artikel 9a Waadi, nu het belemmeringsverbod ziet op de situatie van 'de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling'. Nu geen sprake is van een arbeidsovereenkomst maar van een overeenkomst van opdracht na de terbeschikkingstelling, mist artikel 9a Waadi toepassing.

De Hoge Raad oordeelt dat dit een onjuiste uitleg van artikel 9a Waadi is. Uit de tekst van artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn volgt dat het belemmeringsverbod in de richtlijn niet alleen betrekking heeft op het sluiten van een arbeidsovereenkomst, maar ook op het tot stand komen van 'een arbeidsverhouding'. Uit het arrest Ruhrlandklinik blijkt dat naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU sprake is van een arbeidsverhouding, als een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn.

### 3. Arbeidsovereenkomst = arbeidsverhouding

Artikel 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.' (cursivering ARH)

Uit deze tekst volgt reeds dat de Uniewetgever een ruimer bereik toekent aan de bescherming van de uitzendkracht dan enkel het verbieden van belemmeringen bij een andere werkgever (arbeidsovereenkomst) aan de slag te gaan. De richtlijn spreekt immers duidelijk van arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een *arbeidsverhouding*. Eigenlijk zou daarmee de kous af moeten zijn in de onderhavige zaak. Immers, de eiser was een werknemer

in dienst van een werkgever die hem – de werknemer – verbod na afloop een *arbeidsverhouding* aan te gaan. En dit laatste is op grond van de richtlijn verboden.

Overigens zij opgemerkt dat de voorloper van de Waadi, de Arbeidsvoorzieningswet, reeds de term ‘arbeidsverhouding’ gebruikte waarbij uitdrukkelijk aan een ruimer bereik dan de arbeidsovereenkomst werd gedacht. Zie E.M. Bevers, *JIN* 2016/48.

De uitvoerige verwijzing naar de motivering van het Hof van Justitie EU in de Ruhrlandklinik-zaak is begrijpelijk, maar die zaak handelt strikt genomen niet over dezelfde materie als aan de orde in dit arrest. De vraag of het begrip ‘uitzendkracht’ ook een zzp’er kan betreffen, doet in deze kwestie immers niet ter zake. Dit zou anders zijn als de zzp’er via een intermediair bij derden ter beschikking zou zijn gesteld en verboden werd na afloop van deze terbeschikkingstelling een opdrachtovereenkomst aan te gaan met deze derde. Voor die situatie is het Ruhrlandklinik-arrest van het Hof van Justitie EU relevant.

HvJ EU 17 november 2016, AR 2016-1322 (Betriebsrat der Ruhrlandklinik GmbH/Ruhrlandklinik gGmbH).

HvJ EU 11 november 2010, AR 2010-0907 (Danosa/LKB).

Ik merk op dat met ‘arbeidsverhouding’ niet elke zzp’er aanspraak kan maken op bescherming van in dit geval artikel 9a Waadi. Het gaat om de ‘arbeidsverhouding’ naar EU-recht: ‘een persoon die gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt.’ In Nederland zullen we al snel concluderen dat deze personen dan een gewone arbeidsovereenkomst hebben, nu aan de elementen van artikel 7:610 BW lijkt te zijn voldaan. Als we de partijbedoeling en ondernemerschapsaspecten meer de doorslag laten geven, dan is denkbaar dat een groep zelfstandigen (zelfstandige zorgverleners voor een grote zorggroep, postbezorgers) kwalificeert als arbeidsverhouding-achtige. Hetzelfde geldt voor bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen die geen arbeidsovereenkomst mogen aangegaan op grond van de wet. Zij zullen – zie Danosa – waarschijnlijk wel in een arbeidsverhouding staan tot de werkverschaffer, ondanks het ontbreken van een arbeidsovereenkomst.

#### *Richtlijnconforme interpretatie*

Het gemak waarmee de Hoge Raad ‘arbeidsovereenkomst’ richtlijnconform interpreteert als ‘arbeidsverhouding’ valt op. De verplichting tot richtlijnconforme uitleg wordt immers begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en kan niet dienen als grondslag voor een uitleg contra legem van het nationale recht.

Zie HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10, AR 2012-0073 (Dominguez).

‘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.’

Deze motivering doet denken aan zijn overweging in het Albron-arrest, waarin de ‘niet-contractuele werkgever’ in artikel 7:663 BW werd gelezen.

HR 5 april 2013, AR 2013-0276 (Albron Nederland B.V./FNV Bondgenoten en Roest) m.nt. J.H. Even.

#### **4. Artikel 9a Waadi en arbeidsovereenkomsten voor (on)bepaalde tijd**

Dat het precieze bereik van artikel 9a Waadi ook op andere onderdelen onduidelijk is, blijkt wel uit de verschillende vragen die in de literatuur aan de orde zijn gesteld. Zo is in de literatuur verdedigd dat het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi niet van toepassing is indien de werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd krijgt aangeboden bij de inlener.

Zie M.C. van Koppen, ‘Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi’, *TAP* 2013-2, p. 66-73.

Een andere en meer complexe vraag is of de uitgeleende werknemer die reeds in het bezit is van een vast contract, een beroep toekomt op artikel 9a Waadi. Bezieet men de totstandkoming van de EU-richtlijn dan valt voor deze benadering wel sympathie op te brengen. In de eerste plaats maakt de Uitzendrichtlijn deel uit van verschillende regelingen (denk ook aan Richtlijn 1999/70/EG) die de positie van ‘flexwerkers’ beoogt te versterken. Daarmee dus niet de positie van ‘vaste werkers’. In de tweede plaats ziet men op diverse plaatsen in de voorbereidingsdocumentatie dat de Uitzendrichtlijn (mede) tot doel heeft werknemers een vaste aanstelling te doen verkrijgen. Zie bijvoorbeeld Voorstel van de Commissie COM(2002)149 definitief, p. 14:

‘Het voorstel voor een richtlijn bevat aanvullende bepalingen die de situatie van de uitzendkrachten moeten verbeteren. In de eerste plaats moet hen de toegang *tot vast werk* worden vergemakkelijkt. Daarom is enerzijds bepaald dat uitzendkrachten die in een inlenende onderneming worden ingezet, moeten worden ingelicht over de betrekkingen die er vacant worden verklaard, en anderzijds dat alle bepalingen die de aanwerving van een uitzendkracht door een inlenende onderneming verbieden of moeten verhinderen, nietig zijn.’ (cursivering ARH)

In 2014 oordeelde de Kantonrechter Rotterdam daarom dat in dergelijk gevallen geen beroep op artikel 9a Waadi kon worden gedaan.

Ktr. Rotterdam 28 mei 2014, *JAR* 2014/170.

Opnieuw kan worden betoogd dat de letterlijke tekst van artikel 9a Waadi tegen een dergelijk standpunt pleit. Ook kan worden betoogd dat een vast contract de overstap van de ene werkgever naar de andere werkgever niet anders maakt, als voor het overige (het ontbreken van) de ontslagbescherming van een uitzendkracht gelijk blijft (uitzendbeding).

Zie voor deze casus Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4425 (Nederlands Centrum voor Interim-Management B.V./werknemer c.s.). Zie hierover en in het bijzonder de vraag of art. 9a Waadi ook van toepassing is bij detachering: L.B. de Graaf & J.R. Vos, 'Detachering en het belemmeringsverbod van artikel 9a WAADI', *TAP* 2015/4.

Indien we met meer atypische vormen van uitzending van doen hebben, bijvoorbeeld detachering, wordt de zojuist opgeworpen vraag nog weer complexer. Een detacheringsbureau dat werknemers royaal beloont en de zekerheid geeft van een vast contract, zonder gebruik te maken van artikel 7:691 BW (o.a. het uitzendbeding), mag haar werknemers niet aan een concurrentie- of relatiebeding houden omdat sprake is van schending van artikel 9a Waadi. Hier lijkt de schoen toch wel erg te wringen. Welke ratio wordt hier gediend? De werknemer heeft een vast contract. De werknemer geniet dezelfde ontslagbescherming als een niet-gedetacheerde werknemer. Verdient deze werknemer vervolgens *meer* bescherming dan de niet-gedetacheerde door automatisch bevrijd te zijn van elke vorm van inlenersbelemmering? Indien we deze vraag bevestigend beantwoorden, dan ontstaat toch een zekere ongelijkheid tussen werknemers die weleens worden uitgezonden en werknemers die dat niet worden. De uitgezonden werknemers zien het concurrentiebeding nietig verklaard worden terwijl de collega-werknemer aan het beding gebonden blijft. In feite introduceren we dan een absoluut verbod op concurrentiebedingen in de hele terbeschikkingstellingsbranche. Had een dergelijke uitsluiting – indien gewenst en beoogd – niet in artikel 7:653 BW moeten staan?

De rechtspraak vertoont een divers beeld, maar overwegend in het voordeel van de werknemer. Het Gerechtshof Den Haag oordeelde in 2016 eveneens dat het voor de toepassing van artikel 9a Waadi niet uitmaakt of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.

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

*dus*

In soortgelijke zin Ktr. Amersfoort 28 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183.

*JAR* 2017/31 m.nt. J. Dop. Zie verwijzingen naar meer rechtspraak in deze annotatie.

De uitkomst van deze redenering wordt nog merkwaardiger indien we de volgende casus nemen. Een werknemer werkt bij een detacheringsbureau en is meermalen uitgezonden geweest bij klanten. Op enig moment start deze werknemer voor zichzelf. De werkgever spreekt de inmiddels ex-werknemer aan met een beroep op het concurrentiebeding. Kan de ex-werknemer dan betogen dat het beding niet meer geldt omdat het beding reeds tijdens het dienstverband nietig was op grond van artikel 9a Waadi? En wat te denken van een accountant bij een groot accountantskantoor die periodiek bij klanten is gedetacheerd. Kan zij vrijelijk de overstap maken naar een concurrerend accountantskantoor zonder overtreding van het relatiebeding, omdat in het verleden artikel 9a Waadi zou zijn geschonden? Voor deze opportunistisch handelende werkers lijkt artikel 9a Waadi/artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn niet bedoeld.

Een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad of het Hof van Justitie EU over de materie ligt voor de hand. De conclusie bij een dergelijke vraag ligt overigens al klaar. Advocaat-generaal De Bock schrijft hierover bij het onderhavige arrest onder 7.2:

‘Afgezien van de hiervoor genoemde opmerkingen van de Commissie in haar richtlijnvoorstel dat met het belemmeringsverbod beoogd is de toegang van uitzendkrachten tot “vast werk” te verbeteren, zijn in de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn verder geen aanwijzingen te vinden voor een beperking van de reikwijdte van het belemmeringsverbod tot uitzendkrachten die een tijdelijke arbeidsovereenkomst hebben met het uitzendbureau. De parlementaire geschiedenis en de tekst van de Waadi bevatten evenmin aanwijzingen voor een dergelijke uitleg. Een richtlijnconforme interpretatie van art. 9a Waadi brengt naar mijn mening dan ook mee dat het belemmeringsverbod óók van toepassing is op ter beschikking gestelde werknemers die reeds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben met de werkgever die hen ter beschikking heeft gesteld.’

To be continued?!