

## RECHTSPRAAK

***Rechtsgeldigheid concurrentiebeding. Uitleg en kwalificatie rechtsverhouding op basis waarvan zzp'er voor klanten van de wederpartij werkzaamheden verricht. Arbeidsverhouding? Strijd met artikel 9a Waadi? Uitleg concurrentie- en boetebeding, matiging boete.****Feiten*

X is vanaf 1980 werkzaam in de Nederlandse bouwwereld en exploiteert sinds 15 januari 2013 als zzp'er een bouwbedrijf waarmee hij onder andere loodgieterswerkzaamheden verricht. Op 4 oktober is tussen X en Bouwprofs Interim B.V. (hierna: Bouwprofs) een schriftelijke overeenkomst gesloten, overeenkomst van opdracht genoemd, ten behoeve van het zelfstandig verrichten van loodgieterswerkzaamheden bij klanten van Bouwprofs. Hierna heeft X als zzp'er bij een aantal opdrachtgevers van Bouwprofs werkzaamheden verricht. Hiertoe heeft Bouwprofs ook een overeenkomst van opdracht gesloten met de betreffende opdrachtgevers. Bouwprofs en X hebben op 31 januari 2020 een tweede schriftelijke overeenkomst van opdracht gesloten voor de periode vanaf 3 februari 2020 tot 12 mei 2020. Op de overeenkomst is onder meer een non-concurrentiebeding van toepassing, waaraan een boetebeding is gekoppeld. Gelijktijdig met het sluiten van deze overeenkomst heeft Bouwprofs op 21 januari 2020 een (samenhangende) overeenkomst van opdracht gesloten met haar klant (hierna: opdrachtgever), voor de periode van 3 februari tot 15 mei 2020. Op basis van de hiervoor genoemde overeenkomsten is X vanaf week 6 van 2020 ten behoeve van opdrachtgever werkzaamheden gaan verrichten. Gedurende die periode was hij eveneens, via Bouwprofs, werkzaam voor URA Projectmanagement. Hiertoe is een aparte overeenkomst van opdracht gesloten. Na het ontstaan van een conflict met X over looninhouding heeft Bouwprofs de samenwerking met hem per/omstreeks 6 april 2020 stopgezet. Hierna is X in mei 2020 via Regulier Bouw weer aan de slag gegaan voor opdrachtgever. De advocaat van Bouwprofs heeft X bij brief van 15 juni 2020 aangeschreven op overtreding van het concurrentiebeding in de (tweede) overeenkomst. Bouwprofs verzoekt de rechtbank X te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 55.000 aan contractuele boetes voor de overtreding van het concurrentiebeding. De rechtbank heeft (a) de vorderingen van Bouwprofs afgewezen, (b) voor recht verklaard dat het concurrentiebeding nietig is en (c) de vorderingen van X toegewezen. De bedoeling van het hoger beroep van Bouwprofs is dat het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd, dat haar vordering alsnog wordt toegewezen en de vorderingen van X worden afgewezen.

*Oordeel*

### *Is sprake van een uitzendovereenkomst?*

X heeft tegen de vordering van Bouwprofs aangevoerd dat hun arbeidsverhouding een uitzendovereenkomst is, zodat in dit geval op de voet van artikel 7:653 lid 2 BW geen concurrentiebeding in de overeenkomst had mogen worden opgenomen. X doet hierbij een beroep op het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW. Het hof onderzoekt wat partijen precies zijn overeengekomen. Daarbij wordt rekening gehouden met wat partijen tegen elkaar hebben gezegd, hoe zij zich hebben gedragen en wat zij daaruit redelijkerwijs mochten afleiden. Daarbij is de maatschappelijke positie van partijen en de kennis die zij hebben relevant. Aan de hand van de tussen partijen overeengekomen rechten en verplichtingen wordt vervolgens beoordeeld of aan de elementen ‘arbeid’, ‘in dienst’ en ‘loon’ is voldaan.

### *Totstandkoming van de rechtsverhouding*

Het hof constateert dat X tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep herhaaldelijk heeft uitgesproken dat hij er bewust voor heeft gekozen om op zzp-basis te werken en niet in loondienst. Hij heeft verklaard niet voor een baas te willen werken. Uit wat X tijdens de mondelinge behandeling heeft verklaard, blijkt dat hij wat besproken is, heeft begrepen en dat het in overeenstemming was met zijn wens om niet in loondienst te treden. Gezien het feit dat X ruim zes jaar als zelfstandige in de bouwwereld opereerde, mocht Bouwprofs erop vertrouwen dat X ook wist wat hij verklaarde en deed.

### *De overeengekomen rechten en verplichtingen*

X werkte op basis van de overeenkomsten met Bouwprofs voor haar klanten om krachtens een door de klant aan Bouwprofs verstrekte opdracht arbeid te verrichten. Hij mocht zich echter wel laten vervangen door een derde. Tussen partijen staat verder niet ter discussie dat X voor de uitvoering van zijn werkzaamheden € 35 exclusief btw per uur ontvangt. Bouwprofs heeft aangevoerd dat het overeengekomen uurtarief gangbaar was voor een zelfstandige. Het hof gaat er van uit dat X in beginsel zijn eigen tarief mocht bepalen en heeft bepaald. Het overeengekomen tarief duidt volgens het hof op het uurtarief voor een zelfstandig dienstverlener op de vrije markt en niet op dat van een werknemer in een uitzendrelatie. De rechtsverhouding tussen Bouwprofs en X typeert zich verder door het ontbreken van een gezagsverhouding. Verder heeft X onvoldoende weersproken dat Bouwprofs geen leiding en toezicht over hem hield bij de feitelijke uitvoering van de overeengekomen werkzaamheden. Naar het oordeel van het hof heeft X ook onvoldoende gesteld om aan te nemen dat er een gezagsverhouding tussen Bouwprofs en hem bestond.

### *De kwalificatie en de gevolgen daarvan*

Uit de overeengekomen rechten en plichten volgt naar het oordeel van het hof dat X zich jegens Bouwprofs heeft verbonden als zelfstandig opererend opdrachtnemer zijn werkzaamheden ten behoeve van klanten van Bouwprofs te verrichten. De rechtsverhouding tussen Bouwprofs en X kan dan ook niet als een arbeidsovereenkomst en daarmee evenmin als een uitzendovereenkomst worden aangemerkt. Het tussen partijen overeengekomen

uurtarief en de mogelijkheid voor wat betreft de uitvoering van de werkzaamheden zich te laten vervangen door een ander, passen naar het oordeel van het hof daarbij. Nu de rechtsverhouding tussen X en Bouwprofs niet als een arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd, slaagt het beroep van X op artikel 7:653 lid 2 BW niet.

*Is het concurrentiebeding in strijd met artikel 9a Waadi?*

Het hof oordeelt dat X niet kwalificeert als een uitzendkracht in de zin van artikel 9a Waadi en artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. X heeft geen arbeidscontract of arbeidsverhouding met Bouwprofs en werkt niet onder haar leiding. Dit betekent dat X niet onder het toepassingsgebied van de Uitzendrichtlijn en de Waadi valt. Hem komt daarmee geen beroep toe op artikel 9a Waadi. Het concurrentiebeding is rechtsgeldig. De vraag wat partijen met het concurrentiebeding precies zijn overeengekomen, moet ook aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf worden beoordeeld. Het hof oordeelt dat X het concurrentiebeding heeft overtreden en de contractuele boete verschuldigd is. X heeft bij de rechtbank een beroep gedaan op misbruik van omstandigheden. De rechtbank heeft dat beroep afgewezen. Het hof sluit zich aan bij dat oordeel en de overwegingen die daartoe hebben geleid. Het hof is van oordeel dat de door X aangedragen feiten en omstandigheden in het kader van artikel 6:248 lid 2 BW niet aan toepassing van het concurrentiebeding in de weg staan. Het hof is van oordeel dat de toepassing van het boetebeding in dit geval tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resultaat leidt en matigt de boete tot een bedrag van € 5.000.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 20-12-2022

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2022:11051

**Zaaknummer:** 200.302.004/01

**Rechters:** J.E. Wichers, J.H. Kuiper en M. Aksu

**Advocaten:** L. Sandberg en B.J.M. Vernooij

**Wetsartikelen:** 9a Waadi, 6:94 BW, 7:610 BW, 7:610a BW, 7:653 lid 2 BW, 7:690 BW