

MASTER'S THESIS

Het concurrentiebeding bij uitzendwerknemers

van Lieshout, R.

Award date:

2021

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 02. Jul. 2022

Open Universiteit
www.ou.nl



Open Universiteit
www.ou.nl



SCRIPTIE RECHTSWETENSCHAPPEN (RM9906162114M)

Het concurrentiebeding bij uitzendwerknemers

The non-competition clause for temporary agency workers

Naam: R. van Lieshout
E-mail: ramon.van.lieshout@gmail.com
Studentnummer: 851929039
Begeleider: mr. dr. A.H. Lamers
Examinator: prof. mr. J.G.J. Rinkes
Aantal woorden: 13719
Ingeleverd op: 14 oktober 2021

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	3
2.	Belemmering van de ter beschikking gestelde uitzendwerknemer	6
2.1.	Wetshistorie	7
2.1.1.	Arbeidsvoorzieningswet 1990	7
2.1.2.	Arbeidsvoorzieningswet 1996	8
2.2.	Waadi	8
2.2.1.	Totstandkoming	8
2.2.2.	Terugkeer van het belemmeringsverbod	9
2.2.3.	Reikwijdte 9a Waadi	11
2.2.3.1	Toezicht en leiding	11
2.2.3.2	Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd	12
2.2.4.	Redelijke vergoeding	12
3.	Concurrentiebeding ex art. 7:653 BW	14
3.1.	Wettelijke basis	14
3.2.	Meerderjarigheid	14
3.3.	Schriftelijkheidsvereiste	15
3.4.	Bepaalde tijd	17
3.5.	Vrijheid van arbeidskeuze	18
3.6.	Gehele of gedeeltelijke vernietiging	19
3.6.1.	Zwaarder drukken	19
3.6.2.	Belangenafweging door rechter	20
3.7	Relatiebeding	21
4.	Consequenties	23
4.1.	In dienst bij derde onder reikwijdte concurrentiebeding	23
4.2.	In dienst bij derde niet onder reikwijdte concurrentiebeding	23
4.3.	In dienst bij inlener onder reikwijdte concurrentiebeding	24
4.4.	In dienst bij inlener niet onder reikwijdte concurrentiebeding	24
5.	Conclusie	26
6.	Literatuurlijst	29
7.	Samenvatting	34

Hoofdstuk 1: Inleiding

In het tweede kwartaal van 2021 waren negen miljoen mensen werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst om in zijn of haar levensonderhoud te kunnen voorzien.¹ Op het sluiten van een arbeidsovereenkomst zijn zowel de regels uit het algemeen overeenkomstenrecht als specifiek artikelen uit titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing. Veel werknemers laten zich niet over de gevolgen van arbeidsovereenkomst adviseren alvorens deze met de werkgever te sluiten.² Dit ondanks het feit dat sommige bedingen vergaande gevolgen tijdens en/of na het dienstverband hebben. Een beding dat niet zelden door werkgevers wordt opgenomen om het bedrijfsbelang te beschermen nadat een werknemer uit dienst treedt is een concurrentiebeding. Werknemers interpreteren de term 'concurrentiebeding' vaak letterlijk, als zijnde een beperking op het werken bij een concurrent. Echter, het merendeel van de werkgevers hanteert het beding vooral om de uitstroom van bedrijfs- en contactinformatie naar concurrenten te voorkomen, niet zozeer de uitstroom van werknemers.³ Voor werknemers blijkt het doel van het concurrentiebeding niet altijd even duidelijk en zij kunnen vaak de exacte betekenis van het beding niet aangeven en kunnen het beding daarmee niet van toepassing achten waar dat mogelijk wel het geval is.⁴ Dit terwijl een werknemer door een concurrentiebeding beperkt wordt in zijn kansen op een nieuw dienstverband elders. Immers, het is voor hen door het concurrentiebeding niet mogelijk om de bij de werkgever verkregen knowhow en specifieke productkennis elders toe te gaan passen. Hierdoor ervaart in de praktijk circa 40% hinder bij het vinden van een nieuwe dienstbetrekking elders om in zijn levensonderhoud te kunnen blijven voorzien.⁵

Werkgevers beschouwen het concurrentiebeding dan ook niet zelden als belangrijk instrument voor de bescherming van relaties en informatie en hierdoor van hun concurrentiepositie.⁶ Op 28 november 2019 vroegen Tweede Kamerleden Van Weyenberg en Van Dijk de Tweede Kamer om verder onderzoek te doen naar het gebruik van het concurrentiebeding dat wordt gebruikt in arbeidsovereenkomsten aangezien dit enige onduidelijkheid met zich meebrengt.⁷ Op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is onderzoeksbureau Panteia aangesteld om de vragen die van Van Weyenberg en Van Dijk stelde aan de kamer te onderzoeken. In de brief van 25 juni 2021 deelt het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de uitkomst van vorenstaand onderzoek met de voorzitter van de Tweede Kamer. Uit dit onderzoek blijkt dat drie op de vier werkgevers standaard een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst opneemt.⁸ Dus ook wanneer een werknemer geen toegang heeft tot gevoelige informatie of relaties van de werkgever en er geen gegronde reden is om een concurrentiebeding op te nemen, wordt de werknemer toch vaak met een concurrentiebeding geconfronteerd. In de praktijk wordt er dus door werkgevers oneigenlijk gebruik gemaakt van een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst. Immers, deze strekt alsdan niet tot bescherming van het bedrijfsbelang, maar tot het binden van de werknemer.⁹ Juist de werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de zogeheten "flexibele arbeidsrelaties", worden geconfronteerd met de gevolgen van een concurrentiebeding. Dit is immers de groep die aan het einde van het dienstverband actief een ander dienstverband moet gaan zoeken om in het levensonderhoud te blijven voorzien. Tegelijkertijd is het aantal werknemers met een flexibele arbeidsrelatie over de periode 2003 tot en met 2014 met 61,8% toegenomen.¹⁰ Dit was voor de Nederlandse politiek een signaal om maatregelen te nemen om het aantal flexwerkers weer te laten dalen. Dit heeft geresulteerd in de Wet Werk en Zekerheid en de Wet Arbeidsmarkt in balans. In de parlementaire geschiedenis werd herhaaldelijk door de ministers Asscher en Koolmees (Sociale Zaken en Werkgelegenheid) aangegeven dat vast minder vast moest worden en flex minder flex.¹¹

Onder de groep van flexwerkers vallen ook de werknemers welke werkzaam zijn bij een uitzendbureau. Men zou verwachten dat hiermee ook het aantal uitzendkrachten naar beneden zou gaan. Zulks is echter niet het geval. Waren er in Nederland in 2003 nog circa honderdvijfentachtig duizend uitzendkrachten. In 2020 was dit aantal gegroeid naar tweehonderd en elf duizend. Dit is een

¹ 'CBS Dashboard arbeidsmarkt', <https://www.cbs.nl>.

² Bartsch 2021, p. 94.

³ Bartsch 2021, p. 8.

⁴ Bartsch 2021, p. 8.

⁵ Bartsch 2021, p. 104.

⁶ Bartsch 2021, p. 10.

⁷ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 300 XV, nr. 61.

⁸ Bartsch 2021, p. 43.

⁹ Bartsch 2021, p. 118.

¹⁰ 'CBS Flexwerk', <https://www.cbs.nl>.

¹¹ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, p. 8.

toename van meer dan 14% aan werknemers welke werkzaam zijn bij een uitzendbureau.¹² Wanneer een werknemer werkzaam is via een dergelijk uitzendbureau dan verricht hij de werkzaamheden niet bij zijn feitelijk werkgever, te weten het uitzendbureau. In plaats hiervan verricht de werknemer arbeid bij de inlener. Hierdoor ligt ook het gezag over de feitelijke werkzaamheden bij deze inlener. De wetgever heeft daarom een aparte afdeling geweid aan de uitzendovereenkomst.¹³ Een uitzendovereenkomst is dan ook een bijzondere vorm van een arbeidsovereenkomst. Deze bijzonderheden hebben met name betrekking op de duur en het einde van de uitzendovereenkomst. Zo hebben partijen bij een uitzendovereenkomst een grotere vrijheid ten aanzien van het aangaan en verbreken van de arbeidsrelatie dan bij een reguliere arbeidsovereenkomst.¹⁴ Deze bijzondere vorm komt eveneens tot uitdrukking in de driehoeksverhouding tussen de uitzendwerknemer, de uitzendwerkgever en de inlenende organisatie. Al deze partijen hebben een eigen belang. Het is dan ook niet verwonderlijk dat uitzendwerknemers een aantal bijzondere rechten hebben om hen te beschermen, welke onder meer zijn uitgewerkt in de Waadi. Eén van deze bijzondere rechten is het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi. Artikel 9a lid 1 Waadi bepaalt het volgende *“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.”*

Eventuele bedingen welke hiermee in strijd zijn zijn, aldus lid 2, nietig. Artikel 9a Waadi is de wijze waarop Nederland uitvoering heeft gegeven van de implementatie van de Europese Uitzendrichtlijn.¹⁵ Het doel van deze Richtlijn was de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van uitzendwerk te bevorderen. Op grond van de Uitzendrichtlijn zou dit ook tot gevolg hebben dat er sprake moet zijn van vrijheid van arbeidskeuze voor uitzendwerknemers. Dit lijkt een duidelijke bepaling waarbij op het eerste oog slechts één conclusie mogelijk is: een concurrentie- of relatiebeding is niet mogelijk. Ondanks bovengenoemd belemmeringsverbod bevatten arbeidsovereenkomsten van uitzendondernemers desalniettemin veelal toch een concurrentie- en/of relatiebeding. Bij een grote rechtsbijstandsverzekeraar is gebleken dat er meerdere keren per maand vragen komen van uitzendwerknemers welke door hun respectievelijke uitzendwerkgevers aan het in de arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentie- en relatiebeding worden gehouden. Hiermee wil de uitzendondernemer voorkomen dat de uitzendwerknemer beconcurrerende werkzaamheden uit gaat voeren welke gebaseerd is op de bij de werkgever verkregen knowhow en gelegde klantrelaties welke een negatieve invloed kunnen hebben op haar bedrijfsdebet.

De uitzendwerknemer wordt door het opgenomen concurrentiebeding beperkt in zijn grondrecht op een vrije arbeidskeuze.¹⁶ Een concurrentie- en/of relatiebeding beperkt de uitzendwerknemer namelijk om *in zekere wijze* zijn arbeid te verrichten. De beperking ziet doorgaans op een beperking in locatie of tijdsduur. Dit terwijl de uitzendwerknemer graag zijn recht op een vrije arbeidskeuze wil behouden om zo snel bij een derde, waaronder de inlener, een dienstverband te accepteren.

Op 12 juni 2015 mocht Rechtbank Rotterdam zich over een soortgelijke kwestie uitlaten. Hierbij was werknemer werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij SQL Integrator B.V. In de arbeidsovereenkomst was zowel een concurrentie- en relatiebeding opgenomen. De betreffende werknemer werd door de inlener weer bij een derde tewerkgesteld, te weten Centric. Deze heeft de uitzendwerknemer doorgeleend aan Sator. De uitzendwerknemer wilde nu bij rechtstreeks bij Sator in dienst treden. Zijn uitzendwerkgever had hem echter te kennen gegeven werknemer te houden aan de contactuele bedingen inclusief het hieraan gekoppelde boetebeding. Nu deze werknemer niet rechtstreeks door de uitzendondernemer maar via de inlener aan de derde ter beschikking is gesteld is het maar de vraag of deze werknemer zomaar rechtsgeldig in dienst kan treden bij deze derde.¹⁷

Dit vormde het idee voor dit onderzoek en deed de vraag rijzen hoe een concurrentie en relatiebeding zich verhoudt tot het belemmeringsverbod. Immers, een concurrentiebeding heeft als doel om de werknemer te beperken in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zeker wijze werkzaam te zijn. Te meer nu het doel van de wetgever is dat de belemmering van een

¹² 'CBS Flexwerk', <https://www.cbs.nl>.

¹³ Afdeling 11 Titel 7 Boek 10 BW.

¹⁴ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst* 2019, afd. 11, aant. 3.

¹⁵ Richtlijn nr. 2008/104/EG.

¹⁶ Artikel 19 lid 3 Grondwet.

¹⁷ Rb. Rotterdam 12 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5083.

concurrentiebeding wel op dient te wegen tegen het belang van de werknemer op een vrijheid van arbeidskeuze.¹⁸

In dit werk zal ingegaan worden op de mogelijkheden tot het rechtsgeldig overeenkomen van een concurrentie- en relatiebeding met een uitzendwerknemer. Hierbij zal de volgende onderzoeksvraag als uitgangspunt gehanteerd worden:

In hoeverre is het mogelijk om gelet op het belemmeringsverbod, een concurrentie- en/of relatiebeding overeen te komen met een ter beschikking gestelde werknemer welke werkzaam is op grond van een uitzendovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd?

Zoals uit bovenstaande onderzoeksvraag blijkt wordt er in dit werk onderscheid gemaakt tussen een concurrentie- en relatiebeding, alsmede tussen de uitzendwerknemer voor bepaalde tijd en onbepaalde tijd.

Voor de beantwoording op de hoofdvraag zullen eerst de volgende deelvragen beantwoord moeten worden:

- *Hoe is artikel 9a Waadi tot stand gekomen en welke wettelijke regelingen gingen hieraan vooraf?*
- *Wat valt onder de definitie van een ter beschikking gestelde arbeidskracht?*
- *Wat is de reikwijdte van artikel 9a Waadi?*
- *Welke wettelijke vereisten zijn er voor het rechtsgeldig overeenkomen van een concurrentiebeding?*
- *Welke verschillen zijn er met betrekking tot een concurrentiebeding voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd?*
- *Welke mogelijkheden zijn er om een rechtsgeldig concurrentiebeding te (laten) vernietigen?*
- *Welke verschillen kent de wet of jurisprudentie tussen een concurrentie- en relatiebeding?*
- *Welke verschillende situaties kunnen zich voordoen waarin een uitzendwerknemer verkeert wanneer hij aangesproken wordt op naleving van het concurrentiebeding?*

Om de deze deelvragen te beantwoorden kent dit werk de volgende opbouw: In het tweede hoofdstuk zal allereerst ingaan op de ter beschikking gestelde uitzendwerknemer. Hierbij zal eerst ingaan worden op de historie van de Waadi, wat als een ter beschikking gestelde arbeidskracht kwalificeert volgende de Waadi, als uiteraard een bloemlezing over het belemmeringsverbod zelf, alsmede haar reikwijdte. Het derde hoofdstuk zal gewijd zijn aan het concurrentie- en relatiebeding. Hierin zullen de vereisten van het concurrentiebeding aan bod komen, zoals deze gelden sinds het invoeren van de WWZ per 2015. Daarnaast zullen ook de omstandigheden waaronder een concurrentie- en relatiebeding geen stand houden op grond van de wet en jurisprudentie aan de orde komen. In hoofdstuk 4 zullen beide leerstukken op elkaar worden toegepast. Hoofdstuk 5 zal tenslotte de conclusie van dit werk verwoorden.

De gekozen onderzoeksmethode is het uitvoeren van een literatuuronderzoek. Hierbij is gebruik gemaakt van zowel de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie als relevante juridische vakbladen over zowel het belemmeringsverbod en het concurrentiebeding afzonderlijk als tezamen. Dit alles binnen de kaders van de daarvoor geldende richtlijnen. Daarbij zal de nodige zorg uitgaan naar de verantwoording van de geraadpleegde bronnen. Dit met als doel om een zo compleet mogelijk beeld te krijgen vanuit meerdere invalshoeken en gemotiveerd antwoord te kunnen geven op de hoofdvraag.

¹⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 17.

Hoofdstuk 2: Belemmering van de ter beschikking gestelde uitzendwerknemer

Alvorens in dit hoofdstuk in te kunnen gaan op de belemmering van ter beschikking gestelde arbeidskrachten is het van belang helder te hebben wie er onder de definitie van een ter beschikking gestelde arbeidskracht valt zoals opgenomen in de Waadi. Op grond van de Waadi wordt onder het ter beschikking stellen van arbeidskrachten 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”*.¹⁹ Hiermee is de definitie op grond van de Waadi niet gelijke aan de definitie “uitzenden” van artikel 7:690 BW. Deze stelt als aanvullende voorwaarde dat de terbeschikkingstelling moet gebeuren *‘in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever’*. Deze zogeheten allocatiefunctie is dan ook geen eis om onder de werkingssfeer van de Waadi te vallen.²⁰ Noch is vereist dat degene die ter beschikking wordt gesteld werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.²¹ Blijkens de parlementaire geschiedenis is dit verschil ontstaan doordat titel 10 afdeling 11 van boek 7 Burgerlijk Wetboek de aard van de arbeidsverhouding tussen de uitzendwerknemer en de uitzendwerkgever regelt, terwijl de Waadi de gedragsnormen poogt vast te voor de partijen die arbeidskrachten ter beschikking stellen.²²

Om te voldoen aan de definitie van de Waadi van een ter beschikking gestelde arbeidskracht en hiermee onder haar werkingssfeer te vallen, dient er gelet op artikel 1 lid 1 onder c Waadi aan vier vereisten te zijn voldaan, te weten:

- *er dient een vergoeding betaald te worden;*

Het is hiermee vereist dat de uitzendwerkgever door de inlener wordt beloond voor het uitlenen van de werknemer.²³ Het begrip vergoeding dient hierin ruim uitgelegd te worden. Het gaat om elk economisch voordeel welke de inlener de uitzendwerkgever verschaft. Het is op basis van de wetshistorie niet van belang of de uitzendwerkgever bij de ter beschikking een winsttoegmerk heeft.²⁴

- *ter beschikking zijn gesteld aan een ander dan de uitzendwerkgever;*

De “ander” waaraan de werknemer door de uitzendwerkgever ter beschikking wordt gesteld kan iedere natuurlijk persoon of rechtspersoon zijn, welke niet de uitzendwerkgever is. Hieruit kan worden afgeleid dat er ook geen sprake is van ter beschikking stellen aan een ander bij een intra-concern-uitlening.²⁵ Dit was reeds het geval onder de Arbwet 1990.²⁶ Ook wanneer de werknemers via een personeelsvennootschap bij het concern werkzaam zijn, is er geen sprake van ter beschikking stelling aan een ander.²⁷

- *onder toezicht en leiding van de inlener;*

Wat onder de definitie “onder diens toezicht en leiding” valt volgt niet uit de wetsgeschiedenis van de Waadi. Ook uit de wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW valt niet op te maken wat onder de definitie “onder diens toezicht en leiding” dient te worden verstaan.²⁸ De inhoud van deze definitie is ingevuld door jurisprudentie van de Hoge Raad. Aldus de Hoge Raad gaat het om een feitelijke toetsing wie de zeggenschap heeft hoe de werknemer zijn werkzaamheden bij de inlener dient uit te voeren.²⁹ Voor de invulling van dit vereiste moet aansluiting worden gezocht bij het gezagsvereiste zoals dit opgenomen is in het reguliere arbeidsrecht van artikel 7:610 BW.³⁰ Dit brengt volgens Hartlief niet automatisch met zich mee dat er sprake is van toezicht en leiding wanneer de inlener sporadisch instructies geeft.³¹ Toch blijkt uit de jurisprudentie dat de drempel laag ligt alvorens aan het vereiste van toezicht en leiding is voldaan.³²

- *anders dan krachtens een met de inlener gesloten arbeidsovereenkomst.*

Dat er geen sprake is van een ter beschikking gestelde arbeidskracht wanneer de uitzendwerknemer rechtstreeks een arbeidsovereenkomst sluit met de inlener behoeft weinig toelichting. Wanneer deze na tussenkomst van de uitzendwerkgever wél rechtstreeks een arbeidsovereenkomst sluit met de

¹⁹ Artikel 1 lid 1 onder c Waadi.

²⁰ Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547, JAR 2015/106.

²¹ Kamerstukken II 1996/97, 25 264, 3, p. 16-17.

²² Kamerstukken II 1996/97, 25 264, 5, p. 11-12.

²³ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst 2019*, art. 1 Waadi aant. 3.

²⁴ Kamerstukken II 1963/64, 7737, 3, p. 6.

²⁵ J.M. van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst 2019*, art. 1 Waadi aant. 3 en artikel 1 lid 3 sub c Waadi.

²⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25 263, 3, p. 18.

²⁷ HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6755.

²⁸ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst 2019*, art. 1 Waadi aant. 3.

²⁹ HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6755.

³⁰ HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370.

³¹ PHR 16 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:958.

³² Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034, JAR 2017/169 en Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, JAR 2017/267.

inlener is er immers sprake van arbeidsbemiddeling. De werknemer is dan niet werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst met de uitzendwerkgever, waardoor deze ook niet door de uitzendwerkgever ter beschikking kan worden gesteld.

Zelfs wanneer er wél aan alle vereiste is voldaan kan er sprake zijn van een situatie waarbij er toch geen sprake is van een ter beschikking gestelde arbeidskracht.³³ De eerste uitzondering doet zich voor wanneer een werknemer ter beschikking is gesteld ten behoeve van een geleverde zaak of tot stand gebracht werk. Hierbij valt te denken aan een mobiele kraan die wordt gehuurd inclusief kraanmachinist om hem te bedienen. De tweede uitzondering doet zich voor wanneer de werknemer bij wijze van hulpbetoon zonder winst oogmerk ter beschikking wordt gesteld, die bij degene, die hen ter beschikking stelt, ten behoeve van arbeid in diens onderneming in dienst zijn. De situatie doet zich voor wanneer de eigen werkgever tijdelijk te weinig werkzaamheden voor handen heeft om alle eigen werknemers aan het werk te houden en de werknemer(s) waarvoor geen werk is tijdelijk bij een andere werkgever ter werk wordt gesteld die de behoefte heeft aan extra arbeidskrachten. Dit tijdelijke karakter kwam ook naar voren in een arrest van de Hoge Raad van 1983. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat een periode van zeven maanden of langer in ieder geval niet (meer) kwalificeert als ter beschikking stellen van een arbeidskracht “bij wijze van hulpbetoon”.³⁴

2.1. Wetshistorie

2.1.1. Arbeidsvoorzieningswet 1990

Het verbod om uitzendkrachten te belemmeren bij het vinden van een nieuwe dienstbetrekking is niet geheel nieuw. Reeds in 1990 kende de wet al een belemmeringsverbod.³⁵ Het was een uitzendwerkgever verboden om ‘aan ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan’. Blijkens de parlementaire geschiedenis was het primaire doel van de wetgever om te vermijden dat aan uitzendwerknemers iets in de weg wordt gelegd om bij de inlener of een ander bedrijf in dienst te treden.³⁶ Gelet op de bedoeling van een concurrentiebeding is dit een beding welke juist wél een werknemer in zijn mogelijkheden beperkt om met de inlener of een derde een arbeidsrelatie aan te gaan. Immers, doordat de werknemer niet zomaar bij iedere werkgever in dienst kan treden wordt hij geraakt in zijn mogelijkheden om in zijn levensonderhoud te voorzien, hetgeen een aantasting is op zijn grondwettelijke vrijheid van arbeidskeuze.³⁷ Het is dan ook niet verwonderlijk dat uit de jurisprudentie volgt dat door de uitzendwerkgever geen rechtsgeldig beroep kon worden gedaan op een met de haar werknemer gesloten concurrentiebeding. Zowel de rechtbank te Apeldoorn³⁸ als de rechtbank te Zutphen³⁹ oordeelde dat een concurrentiebeding in strijd is met het belemmeringsverbod. Tevens achtte de kantonrechter te Apeldoorn het belemmeringsverbod zoals verwoord in artikel 93 lid 1 onder a Arbeidsvoorzieningswet 1990 van openbare orde.⁴⁰

In een poging het belemmeringsverbod van artikel 93 lid 1 onder a Arbeidsvoorzieningswet 1990 te “omzeilen” sloten uitzendwerkgevers met inleners een ‘indirecte belemmeringsclausule’ in hun onderlinge overeenkomst. Het was de inlener hierdoor contractueel verboden om na afloop van de uitzendperiode de uitzendwerknemer rechtstreeks in dienst te nemen.⁴¹ Dit met als doel van de uitzendwerkgever om de werknemer aan zich te blijven binden na ommekomst van de uitzendperiode. Ondanks dat een dergelijke constructie feitelijk de werknemer niet verbiedt om in dienst te treden, nu deze geen partij is in de overeenkomst tussen de uitzendwerkgever en de inlener, ondervindt de werknemer hiervan wel de nadelige gevolgen. Immers, wanneer de inlener de werknemer op basis van een overeenkomst niet in dienst mag nemen, wordt de werknemer concreet belemmerd in het vinden van een nieuwe dienstbetrekking elders. Gelet op de bedoeling van de wetgever werd ook het indirecte belemmeringsverbod geacht nietig te zijn.⁴²

³³ Artikel 1 lid 3 sub c Waadi.

³⁴ HR 1 maart 1983, NJ 1983/484.

³⁵ Artikel 93 lid 1 onder a Arbeidsvoorzieningswet 1990.

³⁶ Kamerstukken I 1997/98, 25 264, 133b, p. 4.

³⁷ Artikel 19 lid 3 GW.

³⁸ Ktr. Apeldoorn, 4 februari 1998, ECLI:NL:KTGAPD:1998:A19671, Prg. 1998 nr. 4938.

³⁹ Rb. Zutphen 2 september 1999, ECLI:NL:RBZUT:1999:AG2547, JAR 1999/232.

⁴⁰ Ktr. Apeldoorn, 4 februari 1998, ECLI:NL:KTGAPD:1998:A19671, Prg. 1998 nr. 4938.

⁴¹ Frikkee & Jakimowicz, SR 2002.

⁴² Rb. Rotterdam 23 november 1995, JAR 1995/267.

Uit het vorenstaande volgt dat onder de Arbeidsvoorzieningswet 1990 zowel het directe als het indirecte belemmeringsverbod niet toegestaan was.

2.1.2. Arbeidsvoorzieningswet 1996

De Arbeidsvoorzieningswet 1990 heeft tot 1 januari 1997 bestaan. Per gelijke datum is deze ingetrokken en vervangen door haar opvolger de Arbeidsvoorzieningswet 1996. Deze vernieuwde wet bracht geen wijziging met zich mee voor het belemmeringsverbod.⁴³ Dit is opmerkelijk te noemen. Minister Melkert (Sociale Zaken en Werkgelegenheid) had in 1995 in zijn brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer aangegeven dat het tijd was voor herziening en hernieuw van de regels welke zien op ter beschikking gestelde arbeidskrachten.⁴⁴ Hiertoe had de minister ook al enkele voorstellen gedaan, welke ter advisering waren voorgelegd aan de Stichting voor de Arbeid (hierna te noemen: STAR).⁴⁵ Om te voorkomen dat het advies de wijzigingen in de Arbeidsvoorzieningswet elkaar kruisten is ervoor gekozen om de bepalingen welke zien op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten uit de Arbeidsvoorzieningswet 1990 ongewijzigd te laten.⁴⁶ Toch is het onderzoek van STAR niet de enige reden dat het belemmeringsverbod in de Arbeidsvoorzieningswet is gehandhaafd. Minister Melkert had reeds in de Nota Flexibiliteit en Arbeid te kennen gegeven dat handhaving van het belemmeringsverbod in de reden lag, daar het belemmeringsverbod het recht op vrije arbeidskeuze onderschrijft.⁴⁷ STAR leek de visie van de minister hieromtrent te delen. STAR stelt namelijk in haar advies van 3 april 1996 dat het concurrentiebeding de mobiliteit van werknemers nadelig beïnvloedt.⁴⁸ Toch kon het belemmeringsverbod in de ogen van STAR *'mede in het licht van de standpuntbepaling in de voorgaande paragrafen worden gemist.'*⁴⁹ De voorgaande paragrafen waarnaar in het STAR-akkoord wordt verwezen gaan echter niet over de noodzaak van het belemmeringsverbod. Uit het STAR-akkoord valt dan ook in het geheel niet op te maken waarom het belemmeringsverbod kan worden gemist. Grapperhaus en Jansen vermoeden dat deze verwijzing slechts opgenomen is om een gebrek aan deugdelijke motivering te verhullen.⁵⁰

2.2. Waadi

2.2.1. Totstandkoming

Op 1 juli 1998 trad de Waadi in werking en kwam de Arbeidsvoorzieningswet 1996 grotendeels te vervallen. Ondanks dat minister Melkert zich hard had gemaakt voor handhaving van het belemmeringsverbod kwam ook deze per 1 juli 1998 te vervallen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wijzigingen slechts van technische aard zouden zijn.⁵¹ De wetgever heeft daarmee geen materiële consequenties voor ogen gehad. De minister heeft naar aanleiding van Kamervragen te kennen gegeven dat hij een belemmeringsverbod niet noodzakelijk achtte. De minister antwoordde als volgt:

*'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 uitzendbureaus) en de ter beschikking gestelde op grond van het overeenkomstenrecht kan worden aangevochten. Daarnaast gelden voor de arbeidsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht collectieve arbeidsovereenkomsten. In artikel 13 van de ABU-CAO is een bepaling opgenomen die het uitzendbureaus verbiedt om uitzendkrachten te belemmeren in hun mobiliteit.'*⁵²

De minister achtte het afdoende dat uitzendwerknemers via het algemene overeenkomstenrecht beschermd werden tegen onredelijk bezwarende bedingen.⁵³ Aldus de minister is een beding welke de vrije arbeidskeuze van een werknemer belemmerd *'in algemene zin al als bezwarend te beschouwen en zou in de relatie arbeidskracht – uitzendbureau vernietigbaar kunnen zijn. Het belemmeringsverbod kan in deze arbeidsrelatie in samenhang met het concurrentiebeding worden*

⁴³ Artikel 19 onder d invoeringswet Arbeidsvoorzieningswet 1996.

⁴⁴ Kamerstukken II 1995/96, 24 543, 3, p. 1.

⁴⁵ Kamerstukken II 1995/96, 24 543, 1/2.

⁴⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 543, 3, p. 4.

⁴⁷ Grapperhaus & Jansen 1999, p. 119-121.

⁴⁸ Stichting van de Arbeid Nota Flexibiliteit en Zekerheid, p. 10.

⁴⁹ Stichting van de Arbeid Nota Flexibiliteit en Zekerheid, p. 24.

⁵⁰ Grapperhaus & Jansen 1999, p. 119-121.

⁵¹ Kamerstukken II 1996/97, 25 264, 3, p. 6.

⁵² Kamerstukken II 1996/97, 25 264, 5, p. 6.

⁵³ Kamerstukken II 1997/98, 25 264, 133b, p. 4.

bezien.⁵⁴ Ook hieruit volgt dat de wetgever geen materiële wijzigingen voor ogen had met het verwijderen van het belemmeringsverbod, maar dat de wetgever handhaving van het belemmeringsverbod in de wet niet langer nodig achtte. De uitzendwerknemer had in de ogen van de wetgever reeds genoeg waarborgen via het algemene overeenkomstenrecht.⁵⁵

Ondanks dat de wetgever geen materiële wijziging beoogde heeft het wegvallen van het belemmeringsverbod in de Waadi er volgens Frikkee en Jakimowicz er toch toe geleid dat de mogelijkheden om een concurrentiebeding overeen te komen met een uitzendwerknemer zijn verruimd.⁵⁶ Aldus Frikkee en Jakimowicz resteert met het wegvallen van het belemmeringsverbod alleen nog artikel 7:653 BW als direct belemmeringsverbod voor de uitzendwerknemer om bij een andere werkgever in dienst te treden.⁵⁷ Hiermee is er geen onderscheid meer aanwezig voor het belemmeringsverbod tussen een uitzendwerknemer en een reguliere werknemer. Er is derhalve niet langer sprake van een algeheel verbod welke leidt tot nietigheid, maar slechts een voorwaardelijk toegestaan beding welke vernietigbaar is. Op deze voorwaarden zal nader ingegaan worden in hoofdstuk 3 van dit werk. Frikkee en Jakimowicz concluderen dat de wetgever de gevolgen van het laten vervallen van het belemmeringsverbod in de Waadi niet volledig heeft voorzien.⁵⁸

Ten gevolge van de onduidelijkheid van de wetgever liet ook de hierop volgende jurisprudentie een wisselend beeld zien. Zo waren er in de lagere rechtspraak rechters welke oordeelden dat een concurrentiebeding welke opgenomen was in een arbeidsovereenkomst tussen een uitzendwerkgever en een uitzendwerknemer rechtsgeldig was. Hierin treft men een tweetal stromingen aan. Eén waarin de rechter het concurrentiebeding toetst aan de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW.⁵⁹ De ander waarin de rechter het beding conform de parlementaire geschiedenis toetst aan de redelijkheidsnorm van artikel 7:653 BW.⁶⁰ Dit was echter niet de enige tweedeling. Buiten lagere rechters die oordeelde dat het beding op zichzelf genomen rechtsgeldig overeengekomen kon worden, waren er eveneens lagere rechters welke het belemmeringsverbod strikt bleven handhaven.⁶¹ Dit ondanks dat de wettelijke grondslag formeel was vervallen met de invoering van de Waadi.

De Hoge Raad maakte op 4 april 2003 een einde aan bovenstaande onzekerheid die in de jurisprudentie was ontstaan. In het arrest Ghisyawan/LAN-Alyst oordeelde de Hoge Raad dat het wél toegestaan is om een concurrentiebeding met een uitzendwerknemer overeen te komen.⁶² Aldus de Hoge Raad kan uit de wetsgeschiedenis van de Waadi *'niet worden afgeleid dat een concurrentiebeding in het algemeen ontoelaatbaar is.'* De Hoge Raad overwoog verder: *'Zoals in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer is uiteengezet, moet de bescherming van de werknemer gezocht worden in het algemene overeenkomstenrecht op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen "vernietigd kunnen worden". Voorts wordt in die memorie opgemerkt dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze "voor vernietiging in aanmerking kan komen"'. Gelet op de overwegingen van de Hoge Raad kan dus de conclusie worden getrokken dat het toelaatbaar is om een concurrentiebeding overeen te komen met een uitzendwerknemer en dat deze werknemer daar in beginsel ook aan gehouden kan worden. Dit is slechts anders het concurrentiebeding onredelijk bezwarend wordt geacht. Het oordeel van de Hoge Raad wordt door Vegter in zijn noot onderschreven. Aldus Vegter is met ingang van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid vast komen te staan dat uitzendwerknemers werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst. Er bestaat volgens hem geen reden meer om anders over het concurrentiebeding van een uitzendwerknemer te oordelen dan van een reguliere werknemer.*⁶³ Met het arrest van de Hoge Raad kwam er een einde aan een periode van rechtsonzekerheid.

2.2.2. Terugkeer van het belemmeringsverbod

Na het arrest Ghisyawan/LAN-Alyst is het gedurende meer dan negen jaar mogelijk geweest om een concurrentiebeding op te nemen in een arbeidsovereenkomst welke gesloten is tussen een

⁵⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25 264, 133b, p. 4.

⁵⁵ Kamerstukken II 1997/98, 25 264, 133b, p. 4.

⁵⁶ Frikkee & Jakimowicz, SR 2002.

⁵⁷ Frikkee & Jakimowicz, SR 2002.

⁵⁸ Frikkee en Jakimowicz SR 2002.

⁵⁹ Rb. Amsterdam 13 december 2000, JAR 2001/17, Hof Amsterdam 8 maart 2001, JAR 2001/66.

⁶⁰ Hof Amsterdam 22 maart 2002, JAR 2002/65, Rb. Den Haag 4 december 2002, JAR 2003/9.

⁶¹ Pres. Rb. Amsterdam 4 november 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AG2548, JAR 1999/246; Ktr. Amsterdam 2 februari 2001, ECLI:NL:KTGAMS:2001:AB1660, JAR 2001/59.

⁶² HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844, JAR 2003/107, m.nt. S.M.A. Vegter.

⁶³ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844, JAR 2003/107, m.nt. S.M.A. Vegter.

uitzendwerknemer en een uitzendwerkgever. Op 27 april 2012 wijzigde de Waadi wederom en het belemmeringsverbod deed zijn (her)intrede in de wet. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het belemmeringsverbod met name zijn herintrede deed om duidelijkheid te verschaffen en de wetgever (opnieuw) geen materiële wijzigingen voor ogen had.⁶⁴ De wetgever overweegt immers in de parlementaire geschiedenis dat het belemmeringsverbod tot de invoering van de Waadi op 1 juli 1998 wettelijk was geregeld, maar dat het in de rechtspraak aan wordt genomen dat het belemmeringsverbod nog wel zou bestaan.⁶⁵ De wetgever voegt daar verder aan toe dat de rechter op grond van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW een onredelijk bezwarend beding kan vernietigen. Daarnaast zouden ook de eisen van goed werkgever- en werknemerschap⁶⁶ voor de uitzendwerknemer een handvat bieden om een concurrentiebeding ongedaan te maken wanneer deze verbiedt om bij de inlener in dienst te treden.⁶⁷ Toch heeft de wetgever een wettelijke verankering van het belemmeringsverbod noodzakelijk gevonden. De reden hiervoor is, aldus de wetgever, dat het voor een uitzendwerknemer en de uitzendwerkgever niet altijd duidelijk is wat op grond van de open normen redelijkheid en billijkheid en/of goed werkgever- en werknemerschap van hen kan worden verlangd. Dit terwijl de Uitzendrichtlijn⁶⁸ op dit punt juist om duidelijkheid vraagt.⁶⁹ Daarom werd het belemmeringsverbod geformaliseerd in artikel 9a Waadi, welke dus voortkomt uit artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn. Artikel 6 lid 2 Uitzendrichtlijn luidt als volgt:

'De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard.

Dit lid laat regelingen volgens welke uitzendondernemingen een redelijke vergoeding ontvangen voor aan de inlenende onderneming verleende diensten in verband met de terbeschikkingstelling, aanwerving en opleiding van uitzendkrachten onverlet.'

Het lijkt er, aldus Van Koppen, op of de wetgever in de parlementaire geschiedenis heeft willen zeggen dat belemmeringsverbod van art. 9a Waadi slechts een codificatie is van hetgeen op basis van de jurisprudentie reeds geldend recht was.⁷⁰ De wetgever wekt hiermee de indruk dat het belemmeringsverbod alleen in de wet is opgenomen om duidelijkheid te verschaffen. Hierbij gaat de wetgever uit van een onjuiste voorstelling van de op dat moment geldende doctrine zoals deze gold in de jurisprudentie. De wetgever lijkt ervan uit te gaan dat het belemmeringsverbod van het vroegere artikel 93 lid 1 onder a van de Arbeidsvoorzieningswet in de rechtspraak nog altijd werd toegepast. Dit terwijl de Hoge Raad in zijn arrest van 2003 juist heeft bepaald dat de bescherming van de uitzendwerknemer moet worden gezocht in het algemene overeenkomstenrecht en dus niet in de 'nawerking' van het belemmeringsverbod van het voormalige artikel 93 lid 1 onder a van de Arbeidsvoorzieningswet.⁷¹ Onder de Arbeidsvoorzieningswet was het overeenkomen van een concurrentiebeding in het geheel niet toegestaan en derhalve nietig. De Hoge Raad oordeelde in het arrest Ghisyawan/LAN-Alyst dat het juist wél toegestaan was, maar dat dit onder bepaalde voorwaarden vernietigbaar kon zijn en was er niet langer sprake van een onderscheid tussen een uitzendwerknemer en een reguliere werknemer. Van Koppen is van mening dat de uitspraak van de Hoge Raad weinig tot geen ruimte biedt voor de opvatting dat het belemmeringsverbod door de Hoge Raad moest worden gehandhaafd.⁷²

De wetgever heeft bij de implementatie van de Richtlijn geen verdere restricties opgenomen. Er is derhalve geen sprake van een "nationale kop".⁷³ Hiermee is het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi als volgt komen luiden:

'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.

⁶⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 7-8

⁶⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 7.

⁶⁶ Artikel 7:611 BW.

⁶⁷ Kamerstukken II 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 8.

⁶⁸ Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, PL L 327/9.

⁶⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 8.

⁷⁰ Van Koppen, TAP 2013, p. 69.

⁷¹ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2844, JAR 2003/107, m.nt. S.M.A. Vegter.

⁷² Van Koppen, TAP 2013, p. 69.

⁷³ Kamerstukken II 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 7-8.

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.’

Op grond van artikel 9a lid 1 Waadi is het dan ook degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt verboden om de uitzendwerknemer belemmeringen in de weg te leggen aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de uitzendwerknemer en degene aan wie deze ter beschikking is gesteld. Op grond van het tweede lid is elk beding dat in strijd is met het eerste lid nietig. Wél mag de uitzendwerkgever een beding op grond waarvan de inlener een redelijke vergoeding verschuldigd is aan de uitzendwerkgever in verband met de terbeschikkingstelling, werving en/of opleiding van de uitzendwerknemer.

2.2.3.Reikwijdte 9a Waadi

Eerder is in dit hoofdstuk al aandacht geweest voor de vereisten waaraan voldaan dient te zijn, alvorens onder de werkingssfeer van de Waadi te vallen. Gelet op de formulering van artikel 9a Waadi lijkt het toepassingsbereik te zien op het sluiten van een arbeidsovereenkomst met de inlener. Maar is dit wel zo? Op 14 april 2017 oordeelde de Hoge Raad dat het belemmeringsverbod niet alleen ziet op het sluiten van een arbeidsovereenkomst met de inlener.⁷⁴ Volgens de Hoge Raad is het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU⁷⁵ ‘dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt’⁷⁶ Dit begrip is ruimer dan alleen een arbeidsovereenkomst. Nu op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU 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 dient artikel 9a Waadi gelezen te worden als “geen belemmeringen (...) voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhoudingen”.⁷⁷

2.2.3.1 Toezicht en leiding

Het is niet zelden dat juist de kwalificatie ‘onder diens leiding’ een onduidelijkheid oplevert tussen de uitzendwerknemer en de uitzendwerkgever. Enkele voorbeelden waarbij rechters oordeelden dat de Waadi en hiermee het belemmeringsverbod van toepassing waren, zijn:

- de uitzendwerknemer is werkzaam op de locatie van de inlener, waarbij tussen de uitzendwerkgever en de inlener contractueel overeengekomen is dat de leiding en het toezicht bij de inlener liggen;⁷⁸
- de functie bestaat in de organisatie van de inlener;⁷⁹
- de uitzendwerknemer legt verantwoording af aan zijn/haar direct leidinggevende bij de inlener, waarbij de uitzendwerkgever de werkzaamheden van de werknemer niet of nauwelijks begeleidt.⁸⁰

Het enkel contractueel overeenkomen dat een uitzendwerknemer onder toezicht en leiding van de uitzendwerkgever werkzaam is, is onvoldoende om onder de werkingssfeer van de Waadi uit te komen, aldus de Rechtbank Gelderland. Er dient bij de beoordeling rekening gehouden te worden met de feitelijke situatie.⁸¹ Zelfs wanneer het gaat om incidentele ter beschikkingstelling is de Waadi blijkens de parlementaire geschiedenis van toepassing.⁸² De definitie van het belemmeringsverbod van de Waadi dient dus gelet op vorenstaande ruim te worden uitgelegd. Hierdoor valt zowel het directe belemmeringsverbod welke gesloten is tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer als het indirecte belemmeringsverbod tussen de uitzendwerkgever en de inlener onder de reikwijdte van 9a Waadi.

⁷⁴ HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, JAR 2017/136, m.nt. F.G. Laagland.

⁷⁵ HvJ EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*).

⁷⁶ HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, JAR 2017/136, m.nt. F.G. Laagland.

⁷⁷ HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, EU:C:2010:674.

⁷⁸ Hof Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2016:2591 en Rb. Noord-Holland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:848.

⁷⁹ Hof Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2016:2591.

⁸⁰ Hof Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2016:2591 en Rb. Middel-Nederland 28 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183.

⁸¹ Rb. Overijssel 29 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:304.

⁸² *Kamerstukken II* 2011/12, 32 895, nr. 5, p. 1.

2.2.3.2 Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Buiten dat er vaak onduidelijkheid is over de kwalificatie 'onder diens leiding' bestaat er in de literatuur een verschil van inzicht of het belemmeringsverbod van 9a Waadi ook van toepassing is op de uitzendwerknemer welke werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij de uitzendwerkgever.

Zo heeft Van Koppen in 2013 het standpunt verdedigd dat een uitzendwerknemer welke werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet onder de reikwijdte van het belemmeringsverbod zou vallen. Ter onderbouwing van zijn standpunt verwijst Van Koppen naar de overwegingen van de Europese Commissie in de toelichting bij het voorstel van de Uitzendrichtlijn.⁸³ Het belemmeringsverbod dient toegang tot vast werk te vereenvoudigen. Dit doel wordt volgens Van Koppen niet gediend wanneer een uitzendwerknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd beschermd wordt.⁸⁴ Dat hij hierin niet alleen staat blijkt uit een tweetal uitspraken van de Rechtbank Rotterdam.⁸⁵

Aan de andere kant van het spectrum staan De Graaf en De Vos. Beiden verdedigen het standpunt dat een uitzendwerknemer welke werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd juist wél onder de reikwijdte van het belemmeringsverbod zou vallen.⁸⁶ Aldus De Graaf en De Vos valt zowel uit de wettekst van artikel 9a Waadi zelf, als de parlementaire geschiedenis van de Waadi of de tekst van de Uitzendrichtlijn niet op te maken dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet onder de reikwijdte van het belemmeringsverbod zou vallen. Noch legt volgens hen de door Van Koppen en de Rechtbank Rotterdam aangehaalde opmerkingen van de Europese Commissie afdoende gewicht in de schaal.⁸⁷ Te meer nu de Commissie in dezelfde toelichting ook een opmerking heeft gemaakt waaruit géén beperking voor uitzendwerknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te lezen valt. De visie van De Graaf en De Vos wordt onderschreven door Advocaat-Generaal De Bock.⁸⁸ De Bock verdedigt het standpunt dat een richtlijnconforme interpretatie van het belemmeringsverbod meebrengt dat 9a Waadi van toepassing is ongeacht of een uitzendwerknemer werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd. Dit is na het verschijnen van het artikel van De Graaf en De Vos ook de consensus in de jurisprudentie gebleken.⁸⁹ Zelfs de Rechtbank Rotterdam welke eerder de lezing van Van Koppen onderschreef oordeelde in 2017 conform het standpunt van De Graaf en De Vos.⁹⁰ Het is gelet op vorenstaande dan ook aannemelijk dat ook een uitzendwerknemer welke werkzaam is bij de uitzendwerkgever op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een beroep kan doen op het belemmeringsverbod.

2.2.4. Redelijke vergoeding

In artikel 9a lid 2 Waadi is de enige toegestane uitzondering opgenomen welke het mogelijk maakt om toch een beding overeen te komen welke een belemmering kan vormen voor een uitzendwerknemer om bij de inlener in dienst te treden. Het gaat hierbij om een beding tussen de uitzendwerkgever en de inlener welke bepaalt dat de uitzendwerkgever van de inlener een redelijke vergoeding ontvangt. Deze redelijke vergoeding is ter compensatie voor de door de uitzendwerkgever geleverde diensten voor de terbeschikkingstelling dan wel voor de gemaakte kosten voor werving of opleiding van de uitgezonden werknemer. Noch in de Waadi, noch in de Uitzendrichtlijn is opgenomen wat als een 'redelijke vergoeding' dient te worden aangemerkt. De parlementaire geschiedenis bevat echter wel enkele gezichtspunten wanneer er sprake is van een redelijke vergoeding.⁹¹ De redelijkheid van de vergoeding kan, aldus de wetgever, worden beoordeeld aan de hand van wat in de markt gebruikelijk is, de kosten die zijn gemaakt en de duur van ter beschikkingstelling. Hierbij merkt de wetgever voorts op dat wanneer de terbeschikkingstelling lang heeft geduurd, de inkomsten daaruit groter zullen zijn. Het ligt dan in de rede dat de kosten voor een groter deel zijn terugverdiend. Hier dient bij de bepaling

⁸³ Van Koppen, *TAP* 2013, p. 69-70.

⁸⁴ Van Koppen, *TAP* 2013, p. 70.

⁸⁵ Rb. Rotterdam 11 februari 2014, *JAR* 2014/77 en Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4425.

⁸⁶ De Graaf & De Vos, *TAP* 2015, p. 6.

⁸⁷ De Graaf & De Vos, *TAP* 2015, p. 6.

⁸⁸ Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2017:46, bij HR 14 april 2017, *NJ* 2020/389, m.nt E. Verhulp.

⁸⁹ Hof Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2016:2591, Rb. Middel-Nederland 28 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183, Rb. Noord-Holland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:848 en Rb. Overijssel 29 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:304.

⁹⁰ Rb. Rotterdam 27 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9295.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 14.

van de hoogte van een vergoeding rekening mee wordt gehouden.⁹² Uit de relevante jurisprudentie komt duidelijk naar voren dat de bewijslast dat de vergoeding redelijk is bij de uitzendwerkgever ligt. Het enkel contractueel opnemen van een boetebeding tussen de uitzendwerkgever en de inlener is hiervoor onvoldoende.⁹³

Van Slooten legt de hoogte van een redelijke vergoeding in enge zin uit. Hij betoogt dat het bedrag niet meer mag bedragen dan de werkelijk gemaakte kosten eventueel verhoogd met een redelijk winstpercentage.⁹⁴ De Vroe acht deze wijze van het berekenen van een redelijke vergoeding in de praktijk niet hanteerbaar. Een redelijke vergoeding hangt in de ogen van De Vroe samen met het aantal uren dat de uitzendwerknemer al arbeid heeft verricht voor zijn uitzendwerkgever. Is dit minder dan 1040 uur, dan zou een redelijke vergoeding uitkomen op 20% van het tarief over die 1040 uur verminderd met de reeds gewerkte uren.⁹⁵ Dit brengt met zich mee dat er in het geheel geen vergoeding vanuit de inlener meer verschuldigd is wanneer de uitzendwerknemer meer dan 1040 uur heeft gewerkt. Deze rekenmethodiek is echter geen gemeengoed geworden. Uit de jurisprudentie volgt dan ook dat de door de uitzendwerkgever gevorderde "redelijke" vergoeding niet zelden wordt afgewezen door de rechter.⁹⁶

⁹² *Kamerstukken II* 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 14.

⁹³ Rb. Oost-Brabant, 12 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6814, Rb. Overijssel 29 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:304 en Rb. Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6944.

⁹⁴ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst* 2019, art. 9a Waadi, aant. 1.

⁹⁵ De Vroe, *ArbeidsRecht* 2013.

⁹⁶ Rb. Oost-Brabant, 12 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6814, Rb. Overijssel 29 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:304 en Rb. Rotterdam 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6944.

Hoofdstuk 3: Concurrentiebeding ex art. 7:653 BW

3.1. Wettelijke basis

Titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek kent geen wettelijke definitie van het begrip concurrentiebeding. De essentie hiervan is echter terug te vinden in artikel 7:653 BW. Artikel 7:653 lid 1 BW geeft de volgende omschrijving: “een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn”. Om rechtsgeldig te zijn moet er zijn voldaan aan een drietal cumulatieve vereisten. Ten eerste dient het concurrentiebeding te zijn aangegaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.⁹⁷ Daarnaast dient het beding schriftelijk overeengekomen te worden met een meerderjarige werknemer.⁹⁸

Gelet op de strekking van artikel 7:653 BW kunnen diverse bedingen onder de reikwijdte van dit artikel vallen. Hierbij valt te denken aan een anti-ronselbeding of een geheimhoudingsbeding. In beginsel is een werknemer gedurende het dienstverband niet gebonden aan het beding, tenzij uit het beding het tegendeel volgt.⁹⁹

Ook een beding welke gesloten wordt ná ommekomst van de dienstbetrekking valt in beginsel niet onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW, Dit kan anders zijn wanneer het sluiten niet uit eigen wil van de werknemer gebeurt én de omstandigheden zijn gelegen in hetgeen zich tijdens de dienstbetrekking heeft voorgedaan.¹⁰⁰ Hierbij valt te denken aan een werknemer welke een vaststellingsovereenkomst sluit met hierin een concurrentiebeding nadat de werknemer al op staande voet ontslagen was.

Gelet op de inhoud van dit werk zal slechts het concurrentie- en relatiebeding inhoudelijk worden behandeld. Nu een concurrentiebeding een werknemer beperkt in zijn recht om na het dienstverband bij een concurrent in dienst te treden en concurrerende activiteiten uit te voeren valt ook een concurrentiebeding onder de reikwijdte van artikel 7:653 BW.¹⁰¹ Doordat de werknemer niet zomaar bij iedere werkgever in dienst kan treden wordt hij geraakt in zijn mogelijkheden om in zijn levensonderhoud te voorzien, hetgeen een aantasting is op zijn grondwettelijke vrijheid van arbeidskeuze.¹⁰² Dit wordt gezien als een aantasting van een zwaarwegend belang van de werknemer.¹⁰³ Vanwege deze aantasting heeft de wetgever met artikel 7:653 BW gepoogd om het spanningsveld op te heffen tussen het recht op vrije arbeidskeuze aan de zijde van werknemer en het belang van werkgever om zijn bedrijfsbelangen te beschermen.¹⁰⁴

3.2. Meerderjarigheid

Een rechtsgeldig concurrentiebeding kan blijkens artikel 7:653 lid 1 sub b BW alleen overeengekomen worden met een werknemer die meerderjarig is. Wordt een concurrentiebeding desalniettemin met een minderjarige werknemer gesloten dan is deze nietig en heeft deze nimmer bestaan. Het verdient gelet op artikel 7:612 BW een nadere toelichting wanneer een werknemer meerderjarig is. Artikel 7:612 lid 1 BW bevat een uitzondering op de hoofdregel van artikel 1:235 BW en bepaalt dat een minderjarige die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, bekwaam is om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Daarnaast staat hij in alles wat betrekking heeft op die arbeidsovereenkomst gelijk met een meerderjarige.¹⁰⁵ Betekent dit nu dat een werkgever rechtsgeldig een concurrentiebeding kan sluiten met een werknemer welke 16 jaar of ouder is? Nee, dit is niet zonder meer het geval. Uit de literatuur blijkt dat ter bescherming van de minderjarige de gelijkstelling van artikel 7:612 BW niet geldt voor een concurrentiebeding.¹⁰⁶ Ook wanneer de minderjarige meerderjarig wordt, is er niet van rechtswege sprake van een rechtsgeldig beding. Hiervoor is vereist dat het concurrentiebeding na het bereiken van de meerderjarige leeftijd opnieuw schriftelijk met de werknemer overeengekomen wordt.¹⁰⁷

⁹⁷ Artikel 7:653 lid 1 sub a BW.

⁹⁸ Artikel 7:653 lid 1 sub b BW.

⁹⁹ HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3401, JAR 2015/314.

¹⁰⁰ Hof Leeuwarden 31 maart 1971, NJ 1971/423.

¹⁰¹ Houweling & Loonstra 2011, p 13.

¹⁰² Artikel 19 lid 3 GW.

¹⁰³ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst* 2019, art. 7:653 BW, aant. 1.

¹⁰⁴ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst* 2019, art. 7:653 BW, aant. 1.

¹⁰⁵ Artikel 7:612 lid 1 BW.

¹⁰⁶ Houweling & Loonstra 2011, p 41.

¹⁰⁷ HR 9 maart 1979, NJ 1979/467.

Op het vereiste om van meerderjarigheid bestaat echter wel één uitzondering. Wanneer een arbeidsovereenkomst met een onbekwame minderjarige werknemer wordt gesloten na het verkrijgen van toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) dan is het gesloten concurrentiebeding wél rechtsgeldig en kan een werkgever een beroep doen op het concurrentiebeding.¹⁰⁸ Dit ontslaat de werkgever echter niet uit zijn verplichting om na het bereiken van meerderjarigheid door de werknemer met hem opnieuw een concurrentiebeding te sluiten.¹⁰⁹

3.3. Schriftelijkheidsvereiste

Op grond van het algemeen verbintenissenrecht komt een overeenkomst tot stand door aanbod en aanvaarding.¹¹⁰ Dit is niet anders voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Wanneer er sprake is van wilsovereenstemming is dit voldoende om een arbeidsovereenkomst tot stand te brengen. Het is hiermee niet nodig om een arbeidsovereenkomst schriftelijk overeen te komen. Schriftelijke vastlegging is echter wel aan te raden in het kader van bewijsvoering, mochten partijen het niet eens zijn over de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Voor het rechtsgeldig overeenkomen van een concurrentiebeding ligt dit anders. Op grond van artikel 7:653 lid 1 BW is een schriftelijke vastlegging wel vereist. In het geval van een concurrentiebeding ontstaat er geen verplichting voor de werkgever, maar slechts voor de werknemer. De werknemer dient zich na het einde van het dienstverband te onthouden van het verrichten van concurrerende werkzaamheden, zoals deze in het beding zijn geformuleerd. Dit zorgt ervoor dat zijn vrijheid van arbeidskeuze wordt ingeperkt en de werknemer minder kansen heeft op de arbeidsmarkt.

Dat een concurrentiebeding schriftelijk overeengekomen dient te worden is zojuist al kort aan bod geweest. De gedachte van de wetgever hierachter is dat de werknemer op voorhand goed nagedacht heeft over de consequenties welke het bezwarende beding mogelijk voor hem kan hebben in de toekomst. Er is dan ook sprake van een zekere waarborgfunctie.¹¹¹ Deze komt ook als zodanig naar voren in de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹¹² De Hoge Raad heeft over de waarborgfunctie reeds in 1978 het volgende aangegeven: *“Dit brengt mee dat de bijzondere waarborg, gelegen in het vereiste van geschrift, dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen, ook hier op zijn plaats is.”* Aldus Sies, is deze bewustwording een fictie. Een werknemer is zich meestal niet bewust van de aanwezigheid van een concurrentiebeding. Laat staan dat hij zich bewust is van de gevolgen van het betreffende beding na het einde van het dienstverband.¹¹³

Nu een concurrentiebeding schriftelijk overeengekomen moet worden is er sprake van een vormvereiste ex artikel 3:39 BW. Wanneer dit vormvereiste niet juist wordt nageleefd is het gevolg hiervan normaliter dat het beding nietig is. Aangezien het schriftelijkheidsvereiste alleen het belang van de werknemer wenst te beschermen tegen te voortvarend handelen valt te betogen dat een niet schriftelijk overeengekomen concurrentiebeding vernietigbaar is in plaats van nietig, aldus Sies.¹¹⁴ Dit standpunt dateert van voor de invoering van de WWZ. Het valt te betogen dat door de invoering van de WWZ het standpunt van Sies achterhaald. Ten eerste volgt dit standpunt niet uit de parlementaire geschiedenis. Daarnaast is ook bij de invoering van de WWZ ervoor gekozen dat het rechtsgevolg tot nietigheid leidt. Dit is een logisch gevolg. Immers, het concurrentiebeding heeft louter een (negatief) rechtsgevolg voor de werknemer. Niet valt in te zien waarom een werknemer deze in stand zou willen laten, althans dat deze pas dient te komen te vervallen nadat de werknemer actief een beroep doet op de vernietigbaarheid.

Het is van belang goed voor ogen te hebben wat onder schriftelijk wordt verstaan. Dit hoeft niet altijd per ondertekende overeenkomst te zijn. Zo oordeelde de Rechtbank te Dordrecht dat ook een per e-mail overeengekomen concurrentiebeding onder het schriftelijkheidsvereiste valt.¹¹⁵ Met ingang van april 1997 valt een concurrentiebeding welke is opgenomen in een cao niet langer binnen de definitie

¹⁰⁸ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst* 2019, art. 7:653 BW, aant. 1.

¹⁰⁹ HR 1 juli 1983, NJ 1984/88.

¹¹⁰ Artikel 6:217 BW.

¹¹¹ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst* 2019, art. 7:653 BW, aant. 3.

¹¹² HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065, NJ 1978/325.

¹¹³ Sies, TAP 2011/6.

¹¹⁴ Sies, TAP 2011/6.

¹¹⁵ Rb. Dordrecht 8 september 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BS1170.

van schriftelijk zoals genoemd in artikel 7:653 BW. Dit is herhaald in de parlementaire geschiedenis van de WWZ.¹¹⁶

Het is echter wél mogelijk om een concurrentiebeding op te nemen in een arbeidsvoorwaardenregeling wanneer de arbeidsovereenkomst of de brief expliciet verwijst naar het bijgevoegde arbeidsvoorwaardenreglement en de werknemer zich door ondertekening expliciet akkoord verklaart met het daarin opgenomen arbeidsvoorwaarde.¹¹⁷ In dat geval heeft de werknemer, aldus de Hoge Raad, door de ondertekening tot uitdrukking gebracht dat hij heeft kennisgenomen van het concurrentiebeding zoals dat in schriftelijke vorm aan hem ter hand is gesteld. De Raad overweegt voorts: *“Evenmin is vereist dat de akkoordverklaring op de brief uitdrukkelijk naar de aanvaarding van het concurrentiebeding verwijst (...). Opmerking verdient nog (...) dat niet aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan in gevallen waarin de werknemer zich schriftelijk akkoord verklaart met de inhoud van een niet in schriftelijke vorm bijgevoegd document waarin een concurrentiebeding voorkomt, tenzij de werknemer daarbij uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt”*.¹¹⁸

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 3 maart 2017 overwogen dat een concurrentiebeding ook rechtsgeldig schriftelijk is overeengekomen wanneer het beding is opgenomen in arbeidsvoorwaarden die in een ander document zijn opgenomen dan het document welke de werknemer heeft ondertekend. Aldus de Hoge Raad dient er dan wel aan tenminste één van de navolgende voorwaarden te zijn voldaan:

1. de arbeidsvoorwaarden waren als bijlage bij het ondertekende document gevoegd en in dat document is naar die arbeidsvoorwaarden verwezen, of
2. de werknemer heeft in het ondertekende document uitdrukkelijk verklaard dat hij instemt met het concurrentiebeding.¹¹⁹

Uit het arresten van 2008 en 2017 tezamen volgt dat het dus onvoldoende is wanneer uit de overige omstandigheden van het geval blijkt dat de werknemer zich wel bewust was van het concurrentiebeding.

Het schriftelijkheidsvereiste rijkt niet zover dat een schriftelijk overeengekomen concurrentiebeding na een continuering er van met of zonder tegenspraak opnieuw overeengekomen dient te worden. Dit kan anders zijn wanneer een gewijzigde arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.¹²⁰ Wanneer een gewijzigde arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen kan het onder omstandigheden zo zijn dat een nieuwe concurrentiebeding overeengekomen moet worden.

Indien een tijdelijke arbeidsovereenkomst echter (zonder tegenspraak) wordt voortgezet, is het de algemene lezing dat het bij de eerste overeenkomst schriftelijk overeengekomen concurrentiebeding dat deugdelijk moet zijn gemotiveerd, in beginsel zijn geldigheid behoudt. Dit deed zich bijvoorbeeld voor in 2011.¹²¹

Werknemer treedt voor bepaalde tijd bij werkgever in dienst en partijen komen een concurrentiebeding overeen met een duur van 12 maanden. De overeenkomst wordt hierna omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd waarbij de arbeidsvoorwaarden ongewijzigd blijven. Nadat het dienstverband twee jaar heeft geduurd maakt de werknemer kenbaar dat hij bij een concurrent in dienst wil treden. Hij vraagt de werkgever om hem daartoe in staat te stellen nu werknemer nu hij bij de nieuwe werkgever aanspraak maakt op betere perspectieven. Werkgever wijst het verzoek van werknemer en geeft te kennen het concurrentiebeding te handhaven. Werknemer wordt door werkgever op non-actief gesteld en het dienstverband eindigt door middel van een gerechtelijke ontbinding onder toekenning van een vergoeding. De vordering van werknemer tot schorsing van het beding wordt door de kantonrechter niet gehonoreerd.

Het hof oordeelt in hoger beroep dat sprake is van voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde naar onbepaalde tijd inclusief concurrentiebeding. Het beding wordt door het hof derhalve geldig geacht. Na afweging van de belangen wijst het hof echter toch schorsing van het

¹¹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 28.

¹¹⁷ HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, JAR 2008/112.

¹¹⁸ HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, JAR 2008/112.

¹¹⁹ HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364, JAR 2017/92.

¹²⁰ Van Slooten, in: *T&C Arbeidsovereenkomst* 2019, art. 7:653 BW, aant. 3.

¹²¹ Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, JAR 2011/206 (*De Ronde/VBH*).

concurrentiebeding toe, onder vermelding dat werkgever belang heeft bij handhaving van het relatiebeding.

Deze lezing wordt echter niet door een ieder gedeeld. Als partijen 'zonder tegenspraak' de arbeidsovereenkomst verlengen en dus na het verstrijken van de aangegeven tijd op gelijke wijze voortzetten, wordt deze geacht voor dezelfde tijd, maar ten hoogste een jaar, op de vroegere voorwaarden wederom te zijn aangegaan.¹²² Hier knelt de strikte 'contractuele' leer met het schriftelijkheidsvereiste. Immers, bij een stilzwijgend 'wederom aangegane arbeidsovereenkomst' ontbreekt een schriftelijke handeling. Desalniettemin wordt op basis van het arrest van hof Den Haag van 15 mei 1957 over het algemeen aangenomen dat bij stilzwijgende voortzetting voor bepaalde tijd het concurrentiebeding in tact blijft.¹²³

Tenslotte betekent het schriftelijkheidsvereiste niet automatisch dat een concurrentiebeding gesloten moet worden bij het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst. Het is ook mogelijk om gedurende de duur van de arbeidsovereenkomst een concurrentiebeding overeen te komen. Evenmin is het gelet op het vorenstaande vereist dus dat het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst zelf staat.

3.4. Bepaalde tijd

Met ingang van 1 januari 2015 is (het eerste deel van) de WWZ in werking getreden. Per 1 januari 2015 is het in beginsel niet langer mogelijk om een concurrentiebeding overeen te komen met een werknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Immers uit het eerste lid van artikel 7:653 BW volgt dat het slechts mogelijk is om een concurrentiebeding over te komen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De gedachte van de wetgever hierachter is dat een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een dubbel nadeel ondervindt.¹²⁴ Ten eerste wordt zijn recht op vrije arbeidskeuze aangetast. Daarnaast is het voor een werknemer gelet op de tijdelijke duur van zijn arbeidsovereenkomst noodzakelijk om bij een andere werkgever een nieuw dienstverband aan te gaan om in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien.¹²⁵

De mogelijkheid om rechtsgeldig een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd overeen te kunnen komen is lang onderwerp van discussie geweest. Het enkele feit dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd slechts een tijdelijk karakter kent, maakt niet dat een werknemer zich geen knowhow over specifieke klanten of werkprocessen eigen kan maken en er sprake kan zijn van een gerechtvaardigd belang. Hierbij valt te denken aan een situatie waarbij een werknemer zwembaden schoonmaakt bij vermogende particulieren. Wanneer deze na het einde van het dienstverband zelf deze diensten aan gaat bieden onder de prijs van de voormalig werkgever, zal dit een negatieve invloed hebben om het bedrijfsdebiet van de werkgever.¹²⁶ Anderzijds kan een dienstbetrekking voor bepaalde tijd ook een geruime tijd duren. Voor uitzendwerknemers welke vallen onder de werkingssfeer van de ABU-CAO bijvoorbeeld maximaal 5,5 jaar. Daarom is er uiteindelijk gekozen voor bovenstaande tussenoplossing.¹²⁷

Op deze hoofdregel bestaat echter een uitzondering.¹²⁸ Wanneer de werkgever deugdelijk en schriftelijk gemotiveerd aangeeft waarom het beding wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen noodzakelijk is, kan het opgenomen concurrentiebeding toch rechtsgeldig zijn in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Blijkens de parlementaire geschiedenis worden er wel hoge eisen gesteld aan de door werkgever te geven motivering.¹²⁹ De motivering moet bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst al in het beding worden gegeven. Het is dan ook niet mogelijk om deze op een later moment gedurende of na het dienstverband alsnog te motiveren.¹³⁰ Wél is het mogelijk om gedurende het dienstverband voor bepaalde tijd een concurrentiebeding met zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen overeen te komen. Daarnaast moet de omschreven noodzaak zich zowel tijdens het

¹²² Artikel 7:668 lid 4 BW.

¹²³ Sies, TAP 2011/6.

¹²⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 16.

¹²⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 17 en HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065, NJ 1978/325.

¹²⁶ Rb. Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1385.

¹²⁷ Asser/Heerma van Voss, 7-V, 2015/234.

¹²⁸ Artikel 7:653 lid 2 BW.

¹²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 17.

¹³⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 7, p. 129.

sluiten van het beding in de arbeidsovereenkomst voordoen, als op het moment dat de werkgever er een beroep op doet.¹³¹

Ondanks dat er aan minister Asscher specifieke voorbeelden zijn gevraagd wat zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelangen heeft hij hier geen voorbeelden van gegeven. Het vorengenoemde voorbeeld komt voort uit de latere jurisprudentie. De minister volstond met de opmerking dat *“een dergelijke motivering kan gelegen zijn in hele specifieke kennis of bedrijfsinformatie die de werknemer op zal doen, waarbij de werkgever onevenredig wordt benadeeld als de werknemer overstapt naar een concurrent.”*¹³² Eveneens blijkt uit de latere jurisprudentie dat een zwaarwegend bedrijfsbelang werd aangenomen bij een werknemer die het hart vormde van een vastgoedorganisatie.¹³³ Bij een ter beschikking gestelde werknemer is het moeilijk voor te stellen dat deze over concurrentiegevoelige informatie van de uitzendwerkgever beschikt gelet op de flexibele aard van de verrichte arbeid.

Mocht een rechter echter oordelen dat de aangevoerde of aanwezige bedrijfs- of dienstbelangen de noodzaak tot het sluiten van een concurrentiebeding niet draagt dan kan deze het beding vernietigen.¹³⁴ Indien er in het geheel geen zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zijn opgenomen, dan is het beding nietig.¹³⁵ Een werkgever komt in het laatste geval in het geheel beroep op het beding toe. Een nietig beding wegens het ontbreken van enige motivering, blijft na een omzetting naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eveneens nietig.¹³⁶ Is er daarentegen sprake van een vernietigbaar beding omdat het ontoereikend was gemotiveerd dan is het beding na voortzetting van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wél rechtsgeldig.¹³⁷

3.5. Vrijheid van arbeidskeuze

Het sociale grondrecht “recht op vrije arbeidskeuze” is opgenomen in de Nederlandse Grondwet.¹³⁸ Dit artikel luidt als volgt: *‘Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld’*. Dit sociale grondrecht speelt, zoals reeds kort aangehaald, een rol bij het leerstuk van het concurrentiebeding nu een concurrentiebeding de werknemer beperkt in het kiezen van zijn nieuwe dienstbetrekking. Hiermee beperkt deze ook automatisch de vrije arbeidskeuze van de werknemer.

In de literatuur wordt over het geheel genomen kritisch geoordeeld over de vraag of artikel 7:653 BW zich wel verdraagt met art. 19 lid 3 Grondwet en enkele verdragen, zoals artikel 6 lid 1 van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en artikel 1 lid 2 van het Europees Sociaal Handvest.¹³⁹ Enkele van deze critici zijn Bakels¹⁴⁰ en Olberts¹⁴¹. De in de literatuur geuite kritiek ziet veelal op de ongelijkheid van partijen nu er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie vanuit het perspectief van de werknemer. De werknemer is immers afhankelijk van het bij de werkgever te verdienen loon om in zijn levensonderhoud te voorzien. Daarnaast kent artikel 7:653 BW – buiten een beperking voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – geen enkele beperking voor het overeenkomen van een concurrentiebeding met een werknemer. Het valt te betogen dat een temporele beperking op de weg van de wetgever had gelegen bij de invoering van de WWZ. Hier is echter niet voor gekozen.¹⁴² Bakels en Olberts pleiten beiden voor een verdere restrictie door bij het BW aansluiting te zoeken in het vroegere artikel 403 WvK. Dit artikel luidde tot 20 augustus 2013 als volgt: *‘Nietig is een beding waarbij de schepeling wordt beperkt in zijne vrijheid, na het einde der arbeidsovereenkomst arbeid te verrichten.’* Deze restrictie zou tot nietigheid leiden van ieder beding welke de werknemer beperkt in zijn vrijheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst elders arbeid te verrichten. Dit zou, aldus Bakels en Olbert, de enige manier zijn om het recht op vrijheid van arbeidskeuze te waarborgen in lijn met de beschermingsgedachte van de Grondwet en internationale verdragen. Dit betekent volgens Bakels en Olbert niet dat een werkgever met lege handen staat wanneer er sprake zou zijn van oneerlijke concurrentie door zijn voormalig werknemer. De werkgever

¹³¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 91.

¹³² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, C, p. 104.

¹³³ Rb. Noord-Holland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006.

¹³⁴ Artikel 7:653 lid 3 sub a BW.

¹³⁵ Artikel 7:653 lid 3 sub b BW.

¹³⁶ Rb. Rotterdam 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8664.

¹³⁷ Rb. Amsterdam 6 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7645.

¹³⁸ Artikel 19 lid 3 Gw.

¹³⁹ Christe, Het concurrentiebeding en het recht op vrije arbeidskeuze, Arbeidsovereenkomst art. 7:653 BW, aant. 24.

¹⁴⁰ Bakels, *NJB* 1962, p. 726.

¹⁴¹ Olberts, *SMA* 1991, p. 595.

¹⁴² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 18.

behoudt ook met een algeheel verbod op een concurrentiebeding de mogelijkheid om een werknemer aan te spreken op onrechtmatige concurrentie via het algemene verbintenissenrecht ex artikel 6:162 BW.¹⁴³

Een andere criticus Tekstra is niet voor een algehele afschaffing. Hij betoogt dat de vrije keuze van arbeid van de werknemer dient te prevaleren, maar niet tegen elke prijs. Tekstra betoogt dat een concurrentiebeding op zichzelf kan blijven bestaan. Echter dient hiervoor wel een tweetal ingrijpende wijzigingen te worden doorgevoerd.¹⁴⁴ De eerste wijziging die in de ogen van Tekstra doorgevoerd moet worden is het verbieden van een boetebeding welke gekoppeld is aan het concurrentiebeding. Dit gelet op het automatische karakter van een boetebeding en het ontbreken van een verband tussen de hoogte van de boeten en de te lijden schade. De tweede wijziging lijkt meer in lijn te zijn met de lezing van Bakels en Olders. Tekstra betoogt namelijk voorts dat de rechter bij de vraag of een werknemer onbillijk wordt benadeeld door het concurrentiebeding aansluiting dient te zoeken bij de zorgvuldigheidnorm van artikel 6:162 BW. Pas wanneer aan beide wijzigingen is voldaan heeft een werknemer, aldus Tekstra, een recht op vrije arbeidskeuze.

Verder hebben ook Asscher- Vonk, Grapperhaus en Tjeenk Willink zich kritisch uitgelaten of artikel 7:653 BW in lijn is met het grondrecht van vrije arbeidskeuze. Allen komen tot de conclusie dat dit niet het geval is.

Loonstra is daarentegen van mening dat artikel 7:653 BW wel de toets kan doorstaan, maar slechts wanneer het concurrentiebeding alleen gericht is op het beschermen van het bedrijfsdebet van de werkgever. Is het concurrentiebeding ruimer verwoord dan is ook Loonstra van mening dat de huidige regeling het recht van de werknemer op een vrije arbeidskeuze te erg beperkt.¹⁴⁵

Ondanks bovenstaande critici hebben het concurrentiebeding en artikel 7:653 BW de toets aan artikel 19 lid 3 Grondwet en het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en het Europees Sociaal Handvest doorstaan, aldus Christe.¹⁴⁶

3.6. Gehele of gedeeltelijke vernietiging

3.6.1. Zwaarder drukken

Zoals reeds in paragraaf 3.3 aan bod is gekomen dient een concurrentiebeding op grond van artikel 7:653 lid 1 BW schriftelijk overeengekomen te worden. Het is goed denkbaar dat een werknemer gedurende het dienstverband bij zijn werkgever verschillende nieuwe functies accepteert of dat een werknemer meer verantwoordelijkheden krijgt binnen zijn huidige functie. Wanneer een dergelijke wijziging plaatsvindt dan kan een concurrentiebeding de werknemer nog meer gaan beperken in zijn mogelijkheden om na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst elders een gelijkwaardig nieuw dienstverband te vinden. Dit doet de vraag rijzen of na een inhoudelijke wijziging van de werkzaamheden en/of de verantwoordelijkheden het reeds overeengekomen concurrentiebeding geldig blijft of dat deze opnieuw moet worden overeengekomen voor de nieuwe of gewijzigde functie.

De Hoge Raad heeft reeds in 1979 antwoord gegeven op deze vraag.¹⁴⁷ Aldus de Hoge Raad dient een concurrentiebeding opnieuw overeengekomen te worden, indien door een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding, hetgeen breder geformuleerd is dan sec een functiewijziging, én het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan drukken.

Dat het om cumulatieve vereisten gaat bevestigd de Hoge Raad in haar AVM-arresten uit 2007.¹⁴⁸ Daarnaast heeft de Hoge Raad het eerder geformuleerde criterium aangescherpt en geeft hij in de AVM-arresten aan dat Brabant / Van Uffelen een dubbele toets kent:

1. Ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding, én
2. Aanmerkelijk zwaarder drukken van het beding op de werknemer.

¹⁴³ Olbers, *SMA* 1991, p.595.

¹⁴⁴ Tekstra, *AA* 1987, p.69.

¹⁴⁵ Loonstra, *SMA* 2005/2, p. 61.

¹⁴⁶ Christe, Het concurrentiebeding en het recht op vrije arbeidskeuze, *Arbeidsovereenkomst art. 7:653 BW*, aant. 24.

¹⁴⁷ HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467 (*Brabant/Van Uffelen*).

¹⁴⁸ HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en 38.

Van een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding is sprake wanneer door de wijzigingen:
(1) het concurrentiebeding een wezenlijk ruimer of inhoudelijk ander bereik heeft gekregen dan hetgeen partijen bij het aangaan van het beding in redelijkheid konden verwachten of hebben beoogd, dan wel
(2) het dienstverband een wezenlijk andere inhoud heeft verkregen.¹⁴⁹

Dit betekent niet dat een concurrentiebeding bij iedere wijziging haar werking zal verliezen. De rechter dient, aldus de Hoge Raad, wél te motiveren waarom de wijziging een belemmering voor de werknemer zal vormen om een gelijkwaardige werkkring te vinden.¹⁵⁰ Daarbij mag de rechter betekenis toekennen aan de mate van voorzienbaarheid van de wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Bij een normaal carrièreperspectief van bijvoorbeeld financieel assistent naar financieel adviseur wordt deze wijziging geacht voorzienbaar te zijn.

Indien er een functiewijziging van betekenis plaatsvindt kan er dus sprake zijn van een zwaarder drukken van het concurrentiebeding op de werknemer.¹⁵¹ Uitgangspunt van zwaarder drukken door functiewijziging is het geheel verval van het concurrentiebeding. Het is sinds de AVM-arresten wel aan de werknemer om te stellen en aannemelijk te maken dat het concurrentiebeding gedurende het dienstverband zwaarder is gaan drukken en deze wijziging niet voorzienbaar was.¹⁵² Ook wanneer de werknemer de ingrijpende wijziging en het zwaarder drukken aan kan tonen betekent dit niet automatisch dat het concurrentiebeding ook compleet komt te vervallen. De Hoge Raad acht onder omstandigheden ook maatwerk door de rechter mogelijk.¹⁵³ Hierdoor kan het zo zijn dat een concurrentiebeding in stand blijft ondanks dat wel aan de cumulatieve vereisten van de AVM-arresten is voldaan.

3.6.2. Belangenafweging door rechter

Op grond van artikel 7:653 lid 3 onder b kan de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen wanneer de werknemer *'in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld'*. Het gaat dus om een afweging tussen de belangen van de werknemer enerzijds en de werkgever anderzijds. De wet bevat geen criteria die bij deze belangenafweging een rol spelen. Deze dienen gedestilleerd te worden uit de veelvuldige rechtspraak op dit gebied.

Het belang van de werkgever is dat zijn bedrijfsdebet wordt beschermd. Dit bedrijfsdebet kan bijvoorbeeld zien op het marktaandeel of het handelsvolumen van de werkgever. Dit belang is belichaamd in bescherming van de goodwill, de klantenkring, maar ook in knowhow, zoals technische kennis en/of marktstrategie en/of marktgegevens. Ook kan de sleutelpositie van een bijzonder gekwalificeerde werknemer een rol spelen. Zo zal bijvoorbeeld een inkoper kennis hebben van de relaties van werkgever, alsmede de omzetmarges die worden gehanteerd. Wanneer deze informatie een concullega bereikt kan deze de relaties van werkgever benaderen tegen een lagere prijs. De argumenten, die de werkgever doorgaans gebruikt in het kader van de belangenafweging ex artikel 7:653 lid 3 sub b, zijn niet limitatief op basis van jurisprudentie:

- a. vrees voor concurrentie doordat de ex-werknemer kennis heeft van bedrijfsgeheimen en marktgegevens, marktstrategieën en/of persoonlijk contact heeft gehad met klanten of andere relaties van de werkgever;
- b. de werkgever heeft aanzienlijk geïnvesteerd in de opleiding en deskundigheid/ vakbekwaamheid van de werknemer;
- c. de (lange) duur van de arbeidsovereenkomst;
- d. de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is op initiatief van werknemer geweest.

Het belang van de werknemer betreft bijna altijd de vrijheid van arbeidskeuze om in zijn levensonderhoud te voorzien. De argumenten van de werknemer zijn in dezen veelal:

- a. de persoonlijke ontwikkeling en ontplooiing werknemer;
- b. de arbeidsmarktfactoren, zoals de aard van het dienstverband, de positie en vooruitzichten van de werknemer binnen de huidige werkgever, dan wel de mogelijkheid tot verbetering van zijn

¹⁴⁹ Grapperhaus, ArA 2003/2.

¹⁵⁰ HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en 38.

¹⁵¹ HR 25 oktober 2002, JAR 2002/277.

¹⁵² Kingma, SR 2008,2.

¹⁵³ Burgers, *ArbeidsRecht* 2012/38.

- arbeidsmarktfactoren elders in functie-inhoudelijke en/of financiële zin;
- c. er spelen dringende persoonlijke omstandigheden zoals bijvoorbeeld een gedwongen verhuizing of een zieke partner;
- d. het nadeel welke de werknemer zal ondervinden bij het vinden van een andere passende betrekking gelet op zijn opleiding, specialisatie, (eenzijdig) arbeidsverleden en leeftijd;
- e. de (korte) duur van de arbeidsovereenkomst en de eventuele overeengekomen tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst;
- f. de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is op initiatief van werkgever geweest.

Een werknemer kan doorgaans wel aannemelijk maken dat hij door het concurrentiebeding in zijn vrije arbeidskeuze wordt belemmerd. Het is echter voor de werknemer vaak zeer lastig om aan te tonen dat de werkgever niet in zijn bedrijfsdebiët geraakt wordt, wanneer hij met het concurrentiebeding strijdige werkzaamheden zal gaan verrichten bij een nieuwe werkgever. Juist vanwege dit bewijsprobleem heeft Grapperhaus voor een Duitse systematiek gepleit, waarbij de rechter vast moet stellen of de werkgever een daadwerkelijk belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding. In deze systematiek zal dus de werkgever in plaats van de werknemer de bewijslast dragen om aannemelijk te maken dat de werkgever daadwerkelijk een belang heeft bij handhaving van het beding. Pas nadat dit is vastgesteld mag de rechter in het systeem van Grapperhaus tot een belangenafweging overgaan.¹⁵⁴

Tot een belangenafweging kan in het geheel niet worden overgegaan wanneer het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.¹⁵⁵

Er is nog een tweede mogelijkheid wanneer niet aan een belangenafweging wordt toegekomen. Het gaat hierbij om zodanige ernstige verwijten aan het adres van de werkgever waardoor het niet van de werknemer gevegd kan worden de arbeidsovereenkomst in stand te laten. De enkele verwijtbaarheid of toerekenbaarheid wegens bijvoorbeeld gewijzigde bedrijfseconomische omstandigheden aan de zijde van de werkgever, is niet voldoende.¹⁵⁶ Het moet gaan om een ernstige overtreding door de werkgever van de norm van het goed werkgeverschap, zoals een onterecht gegeven ontslag op staande voet.¹⁵⁷ Het gevolg hiervan is dat de werkgever aan het concurrentiebeding in het geheel geen rechten kan ontlenuen. Hierdoor is de werknemer – behoudens onrechtmatige concurrentie ex artikel 6:162 BW – vrij om bij een concullega in dienst te treden.

Wanneer een werknemer na een – een in zijn ogen te verwachten niet-rechtsgeldig – ontslag op staande voet ook in de toekomst niet langer werkzaam wil zijn bij zijn werkgever, dan kan het dus verstandig zijn om te kiezen voor het anker van de onregelmatigheid van het ontslag in plaats van de vernietigbaarheid van het ontslag in te roepen om via deze weg niet langer gebonden te zijn aan het concurrentiebeding.

3.7 Relatiebeding

In een relatiebeding wordt de werknemer meestal verboden om zakelijke contacten te onderhouden met klanten en/of andere relaties van de werkgever. Wanneer het relatiebeding ruim geformuleerd is maakt het niet uit of de werknemer of de relatie van werkgever het initiatief neemt tot het aanknopen van de zakelijke relatie. Hierdoor is het mogelijk dat de werknemer bepaalde zakelijke relaties niet kan bedienen bij een eventuele nieuwe werkgever. Dit kan de werknemer beperken in het vinden van een nieuwe dienstbetrekking.

Aangezien een relatiebeding – net als een concurrentiebeding – de werknemer op zekere wijze belemmert om elders werkzaam te zijn, heeft de Hoge Raad in 2017 geoordeeld dat een relatiebeding onder de regels van een concurrentiebeding valt.¹⁵⁸ Het betreft, aldus de Hoge Raad, een verbijzonderd concurrentiebeding. De vereisten van artikel 7:653 BW, zoals hierboven uitvoering beschreven gelden hierdoor dus ook voor het relatiebeding inclusief de verplichting om zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen te onderbouwen bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Mocht een motivering ontbreken of onvolledig zijn dan heeft dit gevolgen voor de

¹⁵⁴ Grapperhaus, *ArA* 2003/2

¹⁵⁵ Artikel 7:653 lid 4 BW.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 91.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 50.

¹⁵⁸ HR 3 maart 2017, ECLI: NL:HR:2017:364, *JAR* 2017/92.

werking van het relatiebeding. Een uitspraak van de kantonrechter te Leeuwarden van 2017 illustreert de gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad. Hierin ontbrak de vereiste motivatie. Hierdoor was de werknemer niet gehouden om een reeds verbeurte boete ad € 226.000,- te voldoen.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Rb. Noord-Nederland 4 april 2017, ECLI: NL:RBNNE: 2017:1199.

Hoofdstuk 4: Consequenties

Uit het voorgaande kan gedestilleerd worden wat de gevolgen zijn van de herinvoering van het belemmeringsverbod voor het concurrentiebeding welke met ter beschikking gestelde werknemer is overeengekomen. Dit hoofdstuk heeft dan ook tot doel het samenbrengen van de juridische leerstukken die reeds zijn besproken in de vorige twee hoofdstukken. Dit zal in een viertal scenario's worden uitgewerkt, waarbij de aannahme wordt gedaan dat het de uitzendwerknemer verboden is om in dienst te treden bij de inlener én de concurrent van de uitzendwerkgever. Tevens wordt de aannahme gedaan dat er geen onduidelijkheid bestaat of het toezicht en de leiding bij de inlener ligt en het concurrentiebeding schriftelijk overeengekomen is met een meerderjarige werknemer.

4.1. In dienst bij derde onder reikwijdte concurrentiebeding

Van deze situatie is sprake indien een uitzendbureau een docent ter beschikking stelt aan een universiteit en de docent na afloop in dienst wil treden bij een ander uitzendbureau welke zich eveneens richt op (onder meer) de opleidingssector.

Het belemmeringsverbod heeft slechts tot doel het verbieden om een ter beschikking gestelde werknemer belemmeringen in de weg te leggen om in dienst te treden bij de inlener.¹⁶⁰ Dit betekent dat het belemmeringsverbod niet verbiedt om een ter beschikking gestelde werknemer te belemmeren om in dienst te treden bij een derde voor zover deze derde onder de reikwijdte van het concurrentiebeding valt. Het is niet vereist om de inlener expliciet uit te sluiten van het concurrentiebeding. Het concurrentiebeding is dan voor het gedeelte van de inlener in strijd met het belemmeringsverbod. Voor het overige kan het beding in stand blijven.¹⁶¹ Er is derhalve sprake van partiële nietigheid.¹⁶² Houweling betoogt echter dat als uitgangspunt heeft te gelden dat het gehele beding nietig is wanneer er geen onderscheid wordt gemaakt.¹⁶³ Van Koppen is van mening dat dit een onjuiste rechtsopvatting is. Doordat het huidige belemmeringsverbod alleen verbiedt om in dienst te treden bij de inlener en het oude belemmeringsverbod uit de Arbeidsvoorzieningswet verbood om belemmeringen in de weg te leggen ten aanzien van elke willekeurige derde, dient hieruit af te worden geleid dat de wetgever alleen partiële nietigheid voor ogen heeft gehad.¹⁶⁴

Wanneer de werknemer alsdan wenst te ageren tegen het beding zal hij een vordering in moeten stellen bij de rechter voor vernietiging. Het is dan aan de rechter om te oordelen of het beding op grond van de redelijkheid en billijkheid¹⁶⁵ en/of op grond van goed werkgeverschap¹⁶⁶ voor vernietiging in aanmerking komt.¹⁶⁷

Toch bestaat er een uitzondering wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen partijen is gesloten. De hoofdregel is dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet is toegestaan.¹⁶⁸ Toch bevat artikel 7:653 lid 2 BW een uitzondering op deze hoofdregel wanneer de uitzendwerkgever gemotiveerd aangeeft waarom het concurrentiebeding vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen noodzakelijk is.¹⁶⁹ Aan deze motivering worden wel hoge eisen gesteld.¹⁷⁰ Het is gelet op het flexibele karakter van een terbeschikkingstelling goed denkbaar dat de motivering bij een ter beschikking gestelde werknemer geen stand zal houden en het beding voor algehele vernietiging in aanmerking komt.

4.2. In dienst bij derde niet onder reikwijdte concurrentiebeding

Van deze situatie is sprake indien een uitzendbureau een docent ter beschikking stelt aan een universiteit en de docent na afloop rechtstreeks in dienst wil treden bij een ander universiteit. Nu het belemmeringsverbod slechts tot doel heeft het verbieden om een ter beschikking gestelde werknemer belemmeringen in de weg te leggen om in dienst te treden bij de inlener, speelt het

¹⁶⁰ Artikel 9a lid 1 Waadi.

¹⁶¹ Rb. Midden-Nederland 15 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4708.

¹⁶² Artikel 3:42 BW.

¹⁶³ Houweling, ARA 2017/2, p. 77-78

¹⁶⁴ Van Koppen, TAP 2013, p. 70-71

¹⁶⁵ Artikel 6:248 BW.

¹⁶⁶ Artikel 7:611 BW.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 2010/11, 32 895, nr. 3, p. 8.

¹⁶⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 16.

¹⁶⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 17.

¹⁷⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 17.

belemmeringsverbod in dit voorbeeld geen rol.¹⁷¹ Evenmin vormt het concurrentiebeding een belemmering voor de ter beschikking gesteld werknemer om bij de andere universiteit in dienst te treden nu deze geen concurrent van de uitzendwerkgever vormt.

Wel valt een situatie voor te stellen waarbij de werknemer de door hem opgedane kennis bij de inlener gaat gebruiken bij de concurrent van de inlener. Dit zal zich bij een universiteit niet snel voordoen. Er zijn echter branches te bedenken, bijvoorbeeld in het technisch werkveld, waarbij een dergelijke situatie zich wel voor doet. De inlener staat dan alleen een beroep op grond van onrechtmatige concurrentie via het algemene verbintenissenrecht ex artikel 6:162 BW ter beschikking.¹⁷²

4.3. In dienst bij inlener onder reikwijdte concurrentiebeding

Hiervan is sprake wanneer de docent door het uitzendbureau ter beschikking is gesteld aan een ander uitzendbureau en deze de docent bij een universiteit te werk stelt en de docent na afloop in dienst wil treden bij het andere uitzendbureau.

Nu artikel 9a Waadi 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, acht Van Koppen het te betogen dat het belemmeringsverbod bij doorlenen van arbeidskrachten in het geheel niet van toepassing is.¹⁷³ Immers, zoals in hoofdstuk 2 reeds aan de orde is gekomen, wordt op grond van de Waadi onder het ter beschikking stellen van arbeidskrachten 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”*.¹⁷⁴ Wanneer een arbeidskracht doorgeleend wordt zal dit normaliter niet plaatsvinden onder leiding en toezicht van de doorlener.

Wordt echter aangenomen dat er wél sprake is van een situatie waarbij een arbeidskracht doorgeleend wordt onder leiding en toezicht van de doorlener, dan zal het belemmeringsverbod in beginsel alleen gelden wanneer de doorlener de docent een arbeidsovereenkomst aanbiedt.¹⁷⁵ Uit de parlementaire geschiedenis valt niet op te maken of de docent ook een beroep op het belemmeringsverbod toekomt wanneer hij bij de universiteit in dienst wenst te treden. Van Koppen betoogt dat aan de ene kant het belemmeringsverbod naar de letter genomen geen directe band tussen de uitlener en inlener vereist.¹⁷⁶ Dit zou, aldus Van Koppen, tot gevolg hebben dat de docent mogelijk onder het beschermingsbereik van artikel 9a Waadi valt. Aan de andere kant acht Van Koppen het eveneens verdedigbaar dat de uiteindelijke inlener een derde is ten aanzien van het uitzendbureau aan de doorlener. Hierdoor zou de docent niet onder het beschermingsbereik van artikel 9a Waadi vallen. Op de docent zal in dat geval de onder paragraaf 4.1 geschetste situatie van toepassing zijn.

4.4. In dienst bij inlener niet onder reikwijdte concurrentiebeding

Tenslotte doet deze situatie zich voor wanneer de docent in dienst wil treden bij de universiteit, welke geen concurrent is van het uitzendbureau. Wanneer de docent rechtstreeks in dienst kan treden bij de inlener, te weten de universiteit, is het een zuivere situatie waarop het belemmeringsverbod uit hoofde van de Waadi van toepassing is.¹⁷⁷ Nu de definitie van het belemmeringsverbod in de Waadi ruim dient te worden uitgelegd, valt zowel het directe belemmeringsverbod welke gesloten is tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer als het indirecte belemmeringsverbod tussen de uitzendwerkgever en de inlener onder de reikwijdte van 9a Waadi. Een beding in strijd hiermee is derhalve nietig. Het is voor de uitzendwerkgever slechts mogelijk om met de inlener een redelijke vergoeding overeen te komen, welke door hem wel dient te worden onderbouwd.

¹⁷¹ Artikel 9a lid 1 Waadi.

¹⁷² Olbers, SMA 1991, p.595 en Hof Den Haag, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:4.

¹⁷³ Van Koppen, TAP 2013, p. 72.

¹⁷⁴ Artikel 1 lid 1 onder c Waadi.

¹⁷⁵ Van Koppen, TAP 2013, p. 72.

¹⁷⁶ Van Koppen, TAP 2013, p. 72.

¹⁷⁷ Artikel 9a lid 1 Waadi.

De uitzendwerkgever staat alleen een beroep op grond van onrechtmatige concurrentie via het algemene verbintenissenrecht ex artikel 6:162 BW ter beschikking.¹⁷⁸ Hiervan zal niet snel sprake zijn nu de universiteit in de meeste gevallen geen concurrent zal zijn van de partij die de werknemer ter beschikking stelt. Daarnaast geldt eveneens dat gelet op het flexibele karakter van het tewerkstellen van arbeidskrachten niet snel sprake zal zijn van een situatie waarbij het bedrijfsbelang van de uitzendwerkgever in het gedrang komt. Ergo zal er niet snel sprake zijn van een onrechtmatige gedraging van de werknemer.

¹⁷⁸ Oibers, *SMA* 1991, p.595 en Hof Den Haag, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:4.

Hoofdstuk 5: Conclusie

Het belemmeringsverbod deed voor het eerst zijn intrede in de Arbeidsvoorzieningswet 1990 en heeft in de loop der jaren diverse wijzigingen doorgemaakt. Dit ondanks het feit dat er zelden materiële wijzigingen werden beoogd door de wetgever. Het doel van dit werk was dan ook om te onderzoeken in hoeverre het anno 2021 mogelijk is om gelet op het belemmeringsverbod, een concurrentie- en/of relatiebeding overeen te komen met een ter beschikking gestelde werknemer welke werkzaam is op grond van een uitzendovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.

Om vast te kunnen stellen wat de mogelijkheden zijn om een concurrentie- en/of relatiebeding overeen te komen met een ter beschikking gestelde werknemer welke werkzaam is op grond van een uitzendovereenkomst dient eerst stil te worden gestaan wanneer er sprake is van terbeschikkingstelling. Op grond van de Waadi wordt onder het ter beschikking stellen van arbeidskrachten 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”*. Nu de terbeschikkingstelling volgens de definitie van de Waadi niet in het kader van de uitoefening van beroep of bedrijf hoeft te zijn kan er sprake zijn terbeschikkingstelling van de werknemer zonder dat titel 7.10 afdeling 11 BW van toepassing is. Het maakt hierbij ook niet uit of de werknemer werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd bij de uitzendwerkgever. Niet zelden vindt er tussen partijen een discussie plaats of de ter beschikking gestelde werknemer zijn werkzaamheden verricht onder leiding en toezicht van de uitzendwerkgever of onder leiding en toezicht van de inlener. Zodra er sprake is van terbeschikkingstelling uit hoofde van de Waadi komt de uitzendwerknemer van rechtswege een beroep toe op het belemmeringsverbod van 9a Waadi. Zodra de Waadi van toepassing is heeft het belemmeringsverbod tot gevolg dat een concurrentiebeding welke hem belemmert om een arbeidsverhouding aan te gaan bij de inlener nietig is. Deze formulering is derhalve ruimer dan alleen een arbeidsovereenkomst.

Het belemmeringsverbod ziet zowel op een verbod tot directe belemmering welke gesloten is tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer, als een indirecte belemmering welke gesloten is tussen de uitzendwerkgever en de inlener. De enige belemmering welke de Waadi wel toestaat is het overeenkomen van een redelijke vergoeding tussen de uitzendwerkgever en de inlener. Wat onder een redelijke vergoeding wordt verstaan volgt niet uit de parlementaire geschiedenis. Het moet gaan om een compensatie voor de werving en opleiding van de werknemer. Het is aan de werkgever om deze nader te onderbouwen. Het is op grond van jurisprudentie onvoldoende om contractueel een vast bedrag als vergoeding af te spreken. Een dergelijk beding zal bij het ontbreken van een onderbouwing nietig zijn.

Het bestaan van een direct en indirect belemmeringsverbod is echter niet altijd het geval geweest. Zo is het gedurende een periode van ruim negen jaar wél mogelijk geweest om een concurrentiebeding met een uitzendwerknemer overeen te komen. In zijn arrest van 4 april 2003 oordeelde de Hoge Raad dat uit de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer volgt dat een uitzendwerknemer beschermd wordt door de regels van het algemene overeenkomstenrecht op grond waarvan onredelijk bezwarende bedingen voor vernietiging in aanmerking komen. Desalniettemin is het huidige belemmeringsverbod met ingang van 27 april 2012 weer ingevoerd ter implementatie van artikel 6 Uitzendrichtlijn, hetgeen verrassend is nu de wetgever opnieuw geen materiële wijzigingen voor ogen had.

Ondanks het belemmeringsverbod is het toch mogelijk om een concurrentiebeding overeen te komen met een uitzendwerknemer voor zover deze niet belemmert om met de inlener een arbeidsverhouding aan te gaan. Hiervoor dient aansluiting gezocht te worden bij het algemene overeenkomstenrecht, alsmede de bijzondere bepalingen welke van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten ex titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Hoewel titel 10 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek geen wettelijke definitie kent van het begrip concurrentiebeding, is de essentie hiervan terug te vinden in artikel 7:653 BW. Artikel 7:653 lid 1 BW geeft de volgende omschrijving: *“een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn”*. Om rechtsgeldig te zijn moet er dus zijn voldaan aan een drietal cumulatieve vereisten. Ten eerste dient het concurrentiebeding te zijn aangegaan in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daarnaast dient het beding schriftelijk overeengekomen te worden met een meerderjarige werknemer. Hierbij dient het begrip schriftelijk

ruim te worden uitgelegd, waardoor ook bijvoorbeeld een e-mail of een beding in het arbeidsvoorwaardenreglement onder deze definitie valt. Het doel hiervan is dat een werknemer zich op voorhand bewust is van de gevolgen van het concurrentiebeding.

Het vorenstaande betekent echter niet dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het geheel niet mogelijk is. Het uitgangspunt sinds de inwerkingtreding van de WWZ is dat het per 1 januari 2015 het in beginsel niet langer mogelijk is om een concurrentiebeding overeen te komen met een werknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Hierop bestaat één uitzondering wanneer de werkgever deugdelijk en schriftelijk gemotiveerd in het concurrentiebeding aangeeft waarom het beding wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen noodzakelijk is. Het is niet mogelijk om bij het ontbreken van een (deugdelijke) motivering deze op een later moment alsnog toe te voegen. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de WWZ worden er hoge eisen gesteld aan de door werkgever te geven motivering. Een algemene motivering zal normaliter niet afdoende zijn. Dit alles brengt mee dat er slechts beperkte jurisprudentie voor handen is waarin het concurrentiebeding bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd stand houdt. Bij een ter beschikking gestelde werknemer is het gelet op de flexibele aard van de verrichte arbeid moeilijk voor te stellen dat deze over concurrentiegevoelige informatie van de uitzendwerkgever beschikt. Het valt dan ook te betogen dat een concurrentiebeding bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet mogelijk is bij een uitzendwerknemer.

Ook wanneer een concurrentiebeding wél rechtsgeldig overeengekomen is in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd is er voor de uitzendwerkgever geen zekerheid dat de rechter het beding in stand laat wanneer de werknemer het beding aan de rechter voorlegt. Ook als gevolg van een belangenafweging kan het concurrentiebeding geheel of partieel worden vernietigd. Hierbij weegt de rechter het belang van de werknemer op een vrije arbeidskeuze af tegen het belang van de werkgever ter bescherming van zijn bedrijfsbelangen. Nu de jurisprudentie een zeer wisselend beeld laat zien is het op voorhand voor werkgevers en werknemers lastig om in te schatten hoe deze belangen afweging uitpakt. Te meer nu ook de situatie zich voor kan doen dat het beding zwaarder op de werknemer is gaan drukken vanwege ingrijpende wijzigingen van de arbeidsverhouding. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een werknemer binnen de onderneming doorgroeit en deze groei niet op voorhand te verwachten viel. Immers, wanneer het om een reguliere ontwikkeling gaat van bijvoorbeeld medior naar senior dan wordt ervan uitgegaan dat er geen sprake is van een ingrijpende wijziging en hierdoor het concurrentiebeding niet zwaarder is gaan drukken.

Gelet op het vorenstaande is het niet zonder meer mogelijk om een concurrentiebeding overeen te komen. Dit is mede afhankelijk van het soort arbeidsovereenkomst van de uitzendwerknemer. Is dit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dan zal het gelet op de tewerkstelling bij een derde nagenoeg onmogelijk zijn om rechtsgeldig een concurrentiebeding overeen te komen. Er valt immers een groot probleem te voorzien bij het deugdelijk onderbouwen van de zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen. Daarnaast is ook bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mede de omvang van het concurrentiebeding bepalend. Belemmert deze alleen het aangaan van een arbeidsverhouding met een inlener dan valt deze onder de reikwijdte van het belemmeringsverbod en is deze nietig. Is het beding ruimer geformuleerd en belemmert deze alleen het werken bij concurrenten met uitzondering van de inlener dan zal deze – behoudens de reguliere vernietigingsgronden – rechtsgeldig zijn. Ook wanneer niet expliciet het werken bij de inlener van het concurrentiebeding is uitgesloten dient deze gelezen te worden als dat het in beginsel verboden is om bij concurrenten in dienst te treden met uitzondering van de inlener. Deze is derhalve alleen voor de belemmering om bij de inlener in dienst te treden nietig.

Aangezien de huidige regeling zowel voor de werkgever als de werknemer veel onzekerheid kent of de werknemer gehouden is en blijft aan het concurrentiebeding is een eenduidiger systeem verdedigbaar. Momenteel verkeert een werknemer in een afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van zijn werkgever. De Werknemer legt niet zelden zijn concurrentiebeding voor aan de rechter alvorens elders in dienst te treden om niet geconfronteerd te worden met hoge boetes. Dit is geen wenselijk gang van zaken. Er valt te betogen dat de werknemer als zwakkere partij verder beschermd dient te worden. Nu het voor de werkgever al mogelijk is om op de weg van artikel 6:162 BW eventuele onrechtmatige concurrentie een halt toe te roepen en zijn schade vergoed te krijgen is een mogelijk oplossing om het verbod zoals deze thans geldt voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd uit te breiden naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zo is het voor een werkgever toch mogelijk een concurrentiebeding op te nemen wegens zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen,

zoals sleutelposities, maar wordt voorkomen dat een werkgever standaard een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst opneemt. Een werknemer en zeker een uitzendwerknemer wordt op deze wijze zo min mogelijk aangetast in zijn vrijheid van arbeidskeuze.

Hoofdstuk 6: Literatuurlijst

Literatuur

- **Ambagtsheer *Arbeidsrecht* 2008/38**
F.W.G. Ambagtsheer, '*Het schriftelijkheidsvereiste op z'n retour*', *Arbeidsrecht* 2008/38.b
- **Asser/Heema van Voss 7-V 2015**
G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Assers Arbeidsovereenkomst, 234 concurrentiebeding in arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, Deel 7-V, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- **Bakels *NJB* 1962**
H.L. Bakels, Privaatrechtelijke belemmeringen van de vrije keuze van dienstbetrekking, *NJB* 1962.
- **Barentsen & Sagel *NJB* 2015/35**
B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek sociaal recht', *NJB* 2015/35.
- **Bartsch e.a. 2021**
M. Bartsch, D. Grijpstra en R. Houweling, '*De werking van het concurrentiebeding*', Zoetermeer: Panteia 2021.
- **Bolte *ArbeidsRecht* 2001/34**
H.J. Bolte, 'Het relatiebeding op de korrel', *ArbeidsRecht* 2001/34.
- **Burgers *ArbeidsRecht* 2012/38**
M.F.E. Burgers, 'De uitleg van het concurrentiebeding bij een functiewijziging', *ArbeidsRecht* 2012/38
- **Christe**
D. Christe, *Arbeidsovereenkomst, commentaar* op art. 7:653 BW, aant. 2, aant. 5, aant. 8, aant. 20 en aant. 24, Kluwer.
- **De Graaf en Vos *TAP* 2015/271**
L.B. de Graaf en J.R. Vos '*De reikwijdte van art. 9a Waadi*', *TAP* 2015/271, p. 4-10.
- **De Vroe en Görgün *ArbeidsRecht* 2017/44**
L.J. de Vroe en K.A Görgün, '*Zzp'er/Focus on Human-arrest: het belemmeringsverbod eindelijk een rustig bezit?*', *ArbeidsRecht* 2017/44.
- **De Vroe *ArbeidsRecht* 2013/14**
L.J. de Vroe, '*Het belemmeringsbeding ten grave gedragen; handvatten voor een redelijke vergoeding*', *ArbeidsRecht* 2013/14.
- **De Vroe *ArbeidsRecht* 1998/41**
L.J. de Vroe, '*Geen obstakels bij indienstneming uitzendkracht*', *ArbeidsRecht* 1998/41.
- **De Vroe *ArbeidsRecht* 2000/5**
L.J. de Vroe, '*De onbelemmerde uitzendkracht*'; *ArbeidsRecht* 2000/5.
- **Frikkee & Jakimowicz *SR* 2002/9**
C.J. Frikkee & C.M. Jakimowicz, 'Het belemmeringsverbod bij detachingskrachten; nog van deze tijd?', *SR* 2002/9.
- **Grapperhaus *ArA* 2003/2**
F.B.J. Grapperhaus, 'Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst – waartoe, waarvoor?', *ArA* 2003/2.
- **Grapperhaus & Jansen 1999**
F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *Monografieën Sociaal Recht 15: De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999.

- **Houweling ArA 2006/2**
A.R. Houweling, 'Het schriftelijkheidsvereiste bij het concurrentiebeding ex artikel 7:653 BW anno 2006', *ArA* 2006/2.
- **Houweling ArA 2017/2**
A.R. Houweling, 'De onbelemmerde richtlijnconforme uitleg van art. 9a WAADI', *ArA* 2017/2.
- **Houweling & Loonstra 2011**
A.R. Houweling & C. J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.
- **Jonkmans TAP 2019/237**
R. Jonkmans, 'De reikwijdte van het belemmeringsverbod van art. 9a WAADI', *TAP* 2019/237.
- **Kingma SR 2008,2**
E.W. Kingma, 'De AVM-arresten van januari 2007: nadruk op de cumulatieve toets', *SR* 2008,2.
- **Loonstra SMA 2005/2**
C.J. Loonstra, 'Het nieuwe artikel 7:653 BW gewogen in het licht van artikel 19 lid 3 Grondwet', *SMA* 2005/2, p. 61.
- **Loonstra ArA 2007/3**
C.J. Loonstra, 'Hadden Osinga en Spaan maar eerder geleefd: over "zwaarder drukken" en de werking van het concurrentiebeding', *ArA* 2007/3.
- **Olbers SMA 1991**
M.M. Olbers, *Het concurrentiebeding is een onding*, *SMA* 1991, p. 595.
- **Sies TAP 2011/6**
R.C. Sies, 'Het schriftelijkheidsvereiste en het (non-)concurrentiebeding bij stilzwijgende verlenging: wie schrijft, die blijft', *TAP* 2011/6.
- **Tanja en Van der Neut**
M. Tanja en N.M.Q. van der Neut, *De reikwijdte van het verbod: onbepaalde tijd in dienst bij de uitzendwerkgever*, *Arbeidsovereenkomst*, art. 9a Waadi, aant. 1, 4 en 6.
- **Tanja en Van der Neut**
M. Tanja en N.M.Q. van der Neut, *Algemeen bij: Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs*, *Arbeidsovereenkomst*, art. 9a Waadi, aant.1.
- **Tanja en Van der Neut**
M. Tanja en N.M.Q. van der Neut, *Geen belemmering bij: Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs*, *Arbeidsovereenkomst*, art. 9a Waadi, aant. 2.
- **Tanja en Van der Neut**
M. Tanja en N.M.Q. van der Neut, *De reikwijdte van het verbod: het concurrentiebeding bij: Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs*, *Arbeidsovereenkomst*, art. 9a Waadi, aant. 5.
- **Tanja en Van der Neut**
M. Tanja en N.M.Q. van der Neut, *Belemmeringsverbod bij: Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs*, *Arbeidsovereenkomst*, art. 9a Waadi.
- **Tanja en Van der Neut**
M. Tanja en N.M.Q. van der Neut, *De vergoeding bij: Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs*, *Arbeidsovereenkomst*, art. 9a Waadi.
- **Tanja en Van der Neut**
M. Tanja en N.M.Q. van der Neut, *Reikwijdte van het verbod: het type werknemer en de*

arbeidsverhouding bij: Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, Arbeidsovereenkomst, art. 9a Waadi, aant. 3.

- **Tekstra AA 1987**
T. Tekstra, De werking en wenselijkheid van het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, AA 1987, p.69
- **Van Koppen TAP 2013, afl. 2**
M.C. van Koppen, 'Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi', TAP 2013, afl. 2, p. 66-73.
- **Van Slooten 2019**
J.M. van Slooten, 'Commentaar op titel 7.10 BW en Waadi', in: M.S.A. Vegter e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
- **Verhulp ArbeidsRecht 2018/1**
E. Verhulp, 'Platformwerkers verdienen meer!', *ArbeidsRecht* 2018/1.
- **Zillinger Molenaar ArbeidsRecht 2018/43**
C.C. Zillinger Molenaar, 'Kroniek concurrentiebeding en onrechtmatige concurrentie 2017 en eerste helft 2018', *ArbeidsRecht* 2018/43.

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 1963/64, 7737, 3
- *Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, 1
- *Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, 2
- *Kamerstukken II* 1995/96, 24 543, 3
- *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, 3.
- *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, 5.
- *Kamerstukken I* 1997/98, 25 264, 133b.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28 365, 1.
- *Kamerstukken II* 2010/11, 32 895, 3.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 32 895, 4
- *Kamerstukken II* 2011/12, 32 895, 5.
- *Handelingen II* 2011/12, nr. 58-6.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 7.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 8.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, C.
- *Kamerstukken II* 2019/20, 35 300 XV, 61

Jurisprudentie

- HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, EU:C:2010:674.
- HvJ EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*).
- HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065, NJ 1978, 325.
- HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467 (*Brabant/Van Uffelen*).
- HR 1 maart 1983, NJ 1983/484.
- HR 1 juli 1983, NJ 1984/88.
- HR 25 oktober 2002, JAR 2002/277.
- HR 4 april 2003, JAR 2003/107, m.nt. S.M.A. Vegter.
- HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en 2007/38.
- HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384, JAR 2008/112.
- HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6755.
- HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3401, JAR 2015/314.
- HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370.

- HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364, *JAR* 2017/92.
- Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2017:46, bij HR 14 april 2017, *NJ* 2020/389, m.nt E. Verhulp.
- HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689 *JAR* 2017/136, m.nt. F.G. Laagland.
- PHR 16 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:958.

- Hof Leeuwarden 31 maart 1971, *NJ* 1971/423.
- HR 31 maart 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1065, *NJ* 1978/325.
- Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001/66.
- Hof Amsterdam 22 maart 2002, *JAR* 2002/65.
- Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, *JAR* 2011/206 (*De Ronde/VBH*).
- Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547, *JAR* 2015/106.
- Hof Den Haag, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:4.
- Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034, *JAR* 2017/169.
- Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, *JAR* 2017/267.
- Hof Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2016:2591.
- Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1504.
- Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1836, *JAR* 2018/241.
- Hof Den Haag 09 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:180.
- Hof Den Haag 13 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2035, *RAR* 2019/160.
- Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098, *RAR* 2019/163.
- Hof Amsterdam 17 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3495.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 21 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3220, *RAR* 2020/112.
- Hof Amsterdam 14 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2010.
- Hof 's-Hertogenbosch 01 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2705.

- Rb. Rotterdam 23 november 1995, *JAR* 1995/267.
- Ktr. Apeldoorn, 4 februari 1998, ECLI:NL:KTGAPD:1998:AI9671, *Prg.* 1998 nr. 4938.
- Rb. Zutphen 2 september 1999, ECLI:NL:RBZUT:1999:AG2547, *JAR* 1999/232.
- Rb. Amsterdam 4 november 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AG2548, *JAR* 1999/246.
- Rb. Amsterdam 13 december 2000, *JAR* 2001/17.
- Ktr. Amsterdam 2 februari 2001, ECLI:NL:KTGAMS:2001:AB1660, *JAR* 2001/59.
- Rb. Den Haag 4 december 2002, *JAR* 2003/9.
- Rb. Dordrecht 8 september 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BS1170.
- Rb. Oost-Brabant, 12 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6814.
- Rb. Rotterdam 11 februari 2014, *JAR* 2014/77.
- Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4425.
- Rb. Gelderland 9 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1385.
- Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats: Leeuwarden) 4 april 2017, ECLI: NL: RBNNE: 2017:1199.
- Rb. Noord-Holland 6 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006.
- Rb. Midden-Nederland 15 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4708.
- Rb. Rotterdam 27 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9295.
- Rb. Middel-Nederland 28 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183.
- Rb. Noord-Holland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:848.
- Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 22 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3665, *Prg.* 2018/259.
- Rb. Overijssel (zittingsplaats Almelo) 29 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:304.
- Rb. Rotterdam (zittingsplaats Rotterdam) 07 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4731.
- Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Haarlem) 17 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7260.
- Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Haarlem) 07 augustus 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7043, *RAR* 2019/153.
- Rb. Rotterdam (zittingsplaats Rotterdam) 21 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6944, *RCR* 2019/90.
- Rb. Amsterdam 6 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7645.
- Rb. Amsterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7730.
- Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Alkmaar) 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8909.
- Rb. Rotterdam 31 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8664.

- Rb. Den Haag (zittingsplaats 's-Gravenhage) 13 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:12054.
- Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 11 maart 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4003, *RAR 2020/137*.

Hoofdstuk 7: Samenvatting

Nederland kende in 2020 circa tweehonderd en elf duizend werknemers welke werkzaam waren op basis van een uitzendovereenkomst. Een beding dat niet zelden door werkgevers in de uitzendovereenkomst wordt opgenomen om het bedrijfsbelang te beschermen nadat een werknemer uit dienst treedt is een concurrentiebeding. Circa 40% van de uitzendwerknemers ervaart door het concurrentiebeding een nadeel bij het vinden van een nieuwe dienstbetrekking elders. Het is de vraag of dit gelet op het flexibele karakter van de uitzendovereenkomst gerechtvaardigd is. De Europese wetgever oordeelde negatief en achtte het nodig deze werknemers in de Uitzendrichtlijn te beschermen. Dit is gecodificeerd in het belemmeringsverbod van 9a Waadi. Het belemmeringsverbod verbiedt werkgevers om ter beschikking gestelde werknemers te belemmeren om met hun inlener een arbeidsverhouding aan te gaan.

Ondanks het belemmeringsverbod is het wél mogelijk om een concurrentiebeding overeen te komen welke verbiedt om bij een concurrent, niet zijnde de inlener, in dienst te treden. Hierop zijn wél de vereisten van artikel 7:653 BW van toepassing. Het is daarom vereist dat het concurrentiebeding schriftelijk met een meerderjarige werknemer overeengekomen wordt. Een concurrentiebeding is gelet op het flexibele karakter van uitzendwerk in beginsel alleen mogelijk bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Trefwoorden:

- Belemmeringsverbod
- Concurrentiebeding
- Terbeschikkingstelling
- Inlener
- Belangenafweging
- Reikwijdte