

Het belemmeringsverbod

Verlies van medewerkers en opdrachten.

Het vertrek van een medewerker naar een inlener is ongewenst. Opdracht en medewerker gaan hierdoor immers verloren. Om dit risico te beperken, worden in arbeidsovereenkomsten relatiebedingen en in dienstverleningsovereenkomsten overnameverboden gesloten. Door het belemmeringsverbod in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi), dat de vrije arbeidskeuze waarborgt, zijn deze bedingen echter vaak nietig. De medewerker kan dan zonder belemmering in dienst treden bij de inlener.

Belemmeringsverbod

Het belemmeringsverbod is gebaseerd op de Europese Uitzendrichtlijn uit 2008¹ (hierna: de Richtlijn). In artikel 6 lid 2 van de Richtlijn is bepaald dat de lidstaten maatregelen nemen opdat bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het tot stand komen van een arbeidsverhouding tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard: het belemmeringsverbod.

Het belemmeringsverbod is geïmplementeerd in artikel 9a Waadi. Hierin staat:

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

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 beschikkingstelling, werving of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht.

Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is in de Waadi als volgt gedefinieerd:

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.

Samengevat: iedere partij die zijn arbeidskrachten laat werken onder leiding en toezicht van een inlener, mag niet verhinderen dat na deze uitlening een arbeidsovereenkomst wordt gesloten tussen die arbeidskracht en de inlenende partij. Elk beding dat hiermee in strijd is, is nietig. Het verbod geldt niet alleen voor uitzendbureaus in de klassieke zin van het woord, maar voor iedere partij die arbeidskrachten ter beschikking stelt. Zowel de arbeidskracht als de inlener kunnen een beroep doen op artikel 9a Waadi.

De IT praktijk

Wat betekent het belemmeringsverbod voor de IT praktijk? Binnen de IT branche is het ter beschikking stellen van arbeidskrachten gebruikelijk. Het formele werkgeverschap rust bij de werkgever. Met de werkgever wordt de arbeidsovereenkomst gesloten, de werkgever bepaalt de arbeidsvoorwaarden en

¹ Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid

voert de beoordelingsgesprekken. Het materiële werkgeverschap rust vaak bij de inlener. De inlener bepaalt het te behalen resultaat/de te leveren dienst en stuurt de medewerker inhoudelijk aan. De Hoge Raad² heeft recent bepaald dat een werknemer ook onder leiding en toezicht van een inlener kan werken zonder dat deze over de kennis beschikt om de werknemer inhoudelijk aan te sturen. Formeel gezag is voldoende. Na afloop van de terbeschikkingstelling staat het deze medewerker vrij om een arbeidsovereenkomst te sluiten met de inlener. Een relatiebeding en overnameverbod bieden de uitlener geen oplossing. Opdracht en medewerker gaan verloren. Inmiddels is in verschillende uitspraken³ bepaald dat artikel 9a Waadi zowel arbeidskrachten met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde als onbepaalde tijd met de uitlener beschermt. Zelfstandig ondernemers kunnen geen beroep doen op het belemmeringsverbod⁴.

Doorlening

De vraag is of artikel 9a Waadi ook van toepassing is bij doorlening. In de praktijk verricht de arbeidskracht bij doorlening zijn werkzaamheden immers niet onder leiding en toezicht van de doorlener, maar van de uiteindelijke inlener. De doorlener heeft doorgaans niet de intentie om arbeidsovereenkomsten te sluiten met de arbeidskrachten die hij doorleent. De uiteindelijke inlener is een derde partij. Tussen de uitlener en uiteindelijke inlener bestaat geen contractuele relatie. Uit artikel 9a Waadi volgt echter niet dat er voor de toepassing van dit artikel sprake moet zijn van een directe contractuele relatie tussen de uitlener en uiteindelijke inlener. Of het belemmeringsverbod van toepassing is, is afhankelijk van bij welke partij leiding en toezicht rust en welke contractuele afspraken zijn gemaakt. Het Gerechtshof Den Haag⁵ heeft recent in een zaak waar ICT-specialisten werden gedetacheerd bij Centric die deze arbeidskrachten op haar beurt doorleende, geoordeeld dat de Waadi van toepassing was. De ICT-specialisten werkten onder leiding en toezicht van de uiteindelijke inlener. Het stond de ICT-specialisten daarom vrij een arbeidsovereenkomst te sluiten met deze uiteindelijke inlener. Het concurrentie- en relatiebeding werden op grond van artikel 9a Waadi nietig bevonden.

Wat kan nog wel worden afgesproken?

Met de uitlener kan nog wel rechtsgeldig de afspraak worden gemaakt dat hij een redelijke vergoeding is verschuldigd aan de uitlener voor de door de uitlener verleende diensten in verband met de ter beschikkingstelling, werving of opleiding van de desbetreffende arbeidskracht. Een dergelijk beding is niet nietig. Deze kosten mogen niet in rekening worden gebracht bij de arbeidskracht.

Wat een redelijke vergoeding is, wordt in de Waadi niet gedefinieerd. In de memorie van toelichting staat dat de redelijkheid van een dergelijke vergoeding kan worden beoordeeld aan de hand van wat in de markt gebruikelijk is, de kosten die zijn gemaakt en de duur van de terbeschikkingstelling. De redelijkheid moet kunnen worden onderbouwd. Als de terbeschikkingstelling bijvoorbeeld lang heeft geduurd, zullen de inkomsten daaruit groter zijn geweest en de kosten voor een groter deel zijn terugverdiend. In de literatuur wordt aangenomen dat onder een redelijke vergoeding de daadwerkelijk gemaakte wervingskosten vermeerderd met een redelijke winstopslag vallen. Een ander aanknopingspunt is het hanteren van een vergoeding afhankelijk van de door de arbeidskracht voor de inlener gewerkte uren. Hoe mee uren er zijn gewerkt, hoe lager de verschuldigde vergoeding.

² Hoge Raad, 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356

³ Rechtbank Midden-Nederland, 28 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5183; Rechtbank Rotterdam, 14 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10120

⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:142

⁵ Gerechtshof Den Haag, 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2591

Oplossingen

Laat leiding en toezicht indien mogelijk rusten bij de uitlener, draag deze niet over aan de inlener en leg dit contractueel vast. Zorg dat aansprakelijkheidsbepalingen en verzekeringen hierop aansluiten.

Maak duidelijke afspraken over de verboden die gelden tijdens de ter beschikking stelling. Zo kan worden voorkomen dat de arbeidskracht tijdens de ter beschikking stelling rechtstreeks werkzaamheden kan gaan verrichten voor de inlener.

Sluit een concurrentiebeding voor tijdens en na afloop van de arbeidsovereenkomst. Dit voorkomt niet dat de medewerker na de ter beschikking stelling in dienst treedt bij de inlener aan wie hij ter beschikking is gesteld, maar voorkomt wel dat de medewerker gedurende het concurrentiebeding werkzaamheden verricht voor een concurrent.

Sluit een relatiebeding voor tijdens en na afloop van de arbeidsovereenkomst. Dit voorkomt niet dat de medewerker na de ter beschikking stelling in dienst treedt bij de inlenende relatie aan wie hij ter beschikking is gesteld, maar voorkomt wel dat de medewerker gedurende het relatiebeding werkzaamheden verricht voor een relatie niet zijnde de inlener.

Maak duidelijke afspraken met de inlener over welke vergoeding verschuldigd is aan de uitlener bij het in dienst nemen van de arbeidskracht na de ter beschikking stelling en onderbouw deze vergoeding zorgvuldig. Maak in het geval van doorlening duidelijke afspraken met de doorlener over de verplichtingen die de doorlener ten behoeve van de uitlener dient op te leggen aan de uiteindelijke inlener.

Heeft u vragen?

Voor aanvullende informatie en advies over het belemmeringsverbod waaronder het opstellen en beoordelen van arbeidsovereenkomsten en dienstverleningsovereenkomsten, kan contact worden opgenomen met Marion Hagenaars van Cordemeyer & Slager / Advocaten, Lawyers for IT, m.hagenaars@cslaw.nl