



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Beperking van het recht op vrije arbeidskeuze

Delfos-Roy, Y.L.L.A.M.

Citation

Delfos-Roy, Y. L. L. A. M. (2007). Beperking van het recht op vrije arbeidskeuze. *Bw-Krant Jaarboek*, 22, 83-101. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36849>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36849>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

5 Beperking van het recht op vrije arbeidskeuze

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy[■]

1 INLEIDING

In de loop der tijd zijn verschillende bedingen ontwikkeld, die het recht op vrije keuze van arbeid (art. 19 lid 3 Grondwet) kunnen beperken, en die in voorkomende gevallen in een arbeidsovereenkomst worden opgenomen. Ik denk daarbij aan bijvoorbeeld het concurrentiebeding, het belemmeringsbeding en het relatiebeding. Daarnaast zijn bedingen ontwikkeld die bedoeld recht op vrije keuze van arbeid indirect kunnen beperken en die voorkomen in contracten tussen werkgever (uitzendonderneming/detacheringsbedrijf) en inlener, de zogenaamde inlenersbelemmeringsbedingen. Op 17 maart 2006 heeft de Sociaal Economische Raad (SER) advies uitgebracht over het wetsvoorstel 'Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding'.¹ Kort gezegd is de Raad van mening 'dat het wetsvoorstel op een aantal onderdelen vooral in juridische zin onvoldoende duidelijkheid biedt' en dat dit ertoe kan 'bijdragen dat de rechtszekerheid voor zowel de werkgever als de werknemer in het gedrang komt'.² Vervolgens is bedoeld wetsvoorstel op 13 juni 2006 door de Eerste Kamer verworpen.³ De in het kader van het wetsvoorstel gevoerde discussie blijft echter van belang voor de vraag wat de status is van bovengenoemde bedingen. Zo wordt in bedoeld SER-advies onder andere de toelaatbaarheid van bovengenoemd belemmeringsbeding, relatiebeding en inlenersbelemmeringsbeding belicht. In deze bijdrage zal ik mede naar aanleiding van dit SER-advies ingaan op de vraag in hoeverre bovenbedoelde belemmeringsbedingen/inlenersbelemmeringsbedingen geldig zijn, vernietigbaar zijn, dan wel een beroep op deze bedingen in verband met de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

■ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. Met dank aan G.J.J. Heerma van Voss voor zijn commentaar bij een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Sociaal Economische Raad, *Advies Wetsvoorstel herziening concurrentiebeding*, Publicatienummer 2, 17 maart 2006 (hierna: SER 2006/02). Zie voor het wetsvoorstel 'Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding' *Kamerstukken II* 2001/02, 28 167, nr. 1-2 (Voorstel van wet) en *Kamerstukken I* 2004/05, 28167, nr. A (Gewijzigd voorstel van wet).

2 SER 2006/02, p. 33.

3 *Handelingen I* 2005/06, 28167, nr. 31, p. 1399-1400.

Voorts zal worden behandeld onder welke omstandigheden een beroep op bedoelde bedingen onrechtmatig kan zijn jegens de betreffende werknemer. In dit verband zal mede gekeken worden in hoeverre transnationale moraal, zoals bijvoorbeeld de in het Europees Sociaal Handvest (herzien) en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten erkende vrijheid van arbeidskeuze, ingang vindt in ons nationale rechtssysteem.

Onder een belemmeringsbeding wordt verstaan: een beding in de arbeidsovereenkomst tussen een uitzendwerkgever/detacheringswerkgever en een uitzendwerknemer/detacheringswerknemer, dat verbiedt dat de bedoelde werknemer binnen een bepaalde periode rechtstreeks bij de opdrachtgever (inlener, klant van de uitzendwerkgever/detacheringswerkgever) in dienst treedt.⁴

Onder een inlenersbelemmeringsbeding wordt verstaan: een beding tussen een uitzendbedrijf respectievelijk een detacheringsbedrijf en een opdrachtgever volgens welk de opdrachtgever bij rechtstreekse indienstneming van de uitzendkracht, binnen een bepaalde periode na aanvaarding van de uitzending, aan het uitzendbedrijf een bepaalde vergoeding verschuldigd is respectievelijk het de opdrachtgever zonder toestemming van het detacheringsbedrijf verboden is de betreffende werknemer, gedurende een bepaalde periode na beëindiging van de opdracht, in dienst te nemen, bij overtreding van welk verbod de opdrachtgever een boete verschuldigd is.⁵

2 ART. 19 LID 3 GRONDWET

Aan de bespreking van de status van bovengenoemd belemmeringsbeding en bovengenoemd inlenersbelemmeringsbeding zou ik eerst een algemene bespreking van de door art. 19 lid 3 Grondwet geboden mogelijkheid om het recht op vrije keuze van arbeid te beperken, vooraf willen laten gaan. Art. 19 lid 3 Grondwet luidt als volgt:

‘Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.’

Met beperkingen bij of krachtens de wet wordt bedoeld op beperkingen op grond van of krachtens ‘een specifiek formeel-wettelijke basis’.⁶

Het recht op vrije keuze van arbeid kan dus slechts worden beperkt wanneer deze beperking berust op een formeel-wettelijke bepaling.

4 SER 2006/02, p. 7-8. Zie ook Brief van de Minister van Justitie d.d. 10 mei 2006, *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 4.

5 SER 2006/02, p. 24-25. Zie ook C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 185.

6 Grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 6 (Notitie).

Het begrip arbeid ziet zowel op

‘zelfstandige arbeid in bedrijf en beroep, als op arbeid in dienstbetrekking; zowel op arbeid in de particuliere sector als op arbeid in overheidsdienst(...); zowel op betaalde als op onbetaalde arbeid; zowel op hoofdberoep als op nevenwerkzaamheden.’⁷

Het begrip keuze betreft niet alleen de interne beslissingsvrijheid, ‘maar ook de vrijheid de eenmaal gemaakte keuze te *realiseren*, alsmede de vrijheid om die keuze te *herzien*’.⁸

Onomstreden is dat het recht op vrije keuze van arbeid een ‘*individueel vrijheidsrecht* is, dat als subjectief recht geldend gemaakt kan worden’.⁹

Het recht op vrije keuze van arbeid garandeert echter niet dat de individuele arbeidskeuze ook werkelijk kan worden gerealiseerd.¹⁰ De sociaal-economische situatie kan begrenzings meebrengen, denk bijvoorbeeld aan de personeelsformatie van de werkgever.¹¹ Hetzelfde geldt voor de beperkingen aan de algemene handelingsvrijheid. In verband met dit laatste wordt in de notitie aangaande art. 19 lid 3 Grondwet onder andere het voorbeeld van voorschriften aangaande de verkeersveiligheid genoemd.¹² De hier bedoelde *begrenzings* houden, aldus deze notitie, geen *beperkingen* van de vrijheid van arbeidskeuze in.¹³ Hetzelfde kan gelden voor voorschriften die een maatschappelijk verantwoorde beroepsuitoefening beogen te waarborgen.¹⁴

Een formeel-wettelijke bepaling *krachtens* welke het recht op vrije arbeidskeuze kan worden beperkt, is art. 7:653 BW.¹⁵ Deze bepaling luidt als volgt:

- ‘1. 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, is slechts geldig, indien de werkgever dit schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.
2. De rechter kan zulk een beding geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.
3. Aan een beding als bedoeld in lid 1 kan de werkgever geen rechten ontleen, indien hij wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadeplichtig is.
4. Indien een beding als bedoeld in lid 1 de werknemer in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn, kan de rechter

7 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 4.

8 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 4.

9 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 4.

10 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5.

11 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5.

12 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5.

13 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5.

14 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 5 e.v.

15 Zie ook Loonstra & Zondag 2006, p. 172.

steeds bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen (...).'

Ten aanzien van een formeel-wettelijke bepaling die het recht op vrije arbeidskeuze beperkt dan wel een dergelijke beperking mogelijk maakt, geldt evenwel dat niet iedere beperking, hoe ingrijpend ook, geoorloofd is. De vrijheid van arbeidskeuze moet als een rechtsgoed van bijzondere waarde worden aangemerkt.¹⁶ De beperking van dit recht moet berusten op een 'zorgvuldige afweging van de belangen die met een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze zijn gediend tegenover de waarde van onbelemmerd genot van het onderhavige rechtsgoed door de burgers'.¹⁷ En bij de keuze van het instrument waarmee wordt beperkt dient steeds de vraag te worden gesteld of, ter bereiking van het beoogde doel, niet een middel kan worden gekozen dat 'minder belemmerend is voor de vrijheid van arbeidskeuze'.¹⁸

Dit betekent dat het gebruik van de mogelijkheid om de vrije keuze van arbeid te beperken, als bedoeld in art. 7:653 BW, moet berusten op zorgvuldige belangenafweging en het gekozen beding zo min mogelijk beperkend moet zijn voor de vrijheid van arbeidskeuze.¹⁹

Volgens de wetsgeschiedenis bieden de 'privaatrechtelijke regels die de rechter heeft te hanteren bij de beoordeling van de geoorloofdheid van contractuele bedingen en bij de beoordeling van het (on)rechtmatige karakter van gedragingen' de rechter voldoende ruimte voor een oordeelsvorming waarbinnen het grondwettelijke beginsel van vrijheid van arbeidskeuze tot zijn recht kan komen.²⁰

Zo'n privaatrechtelijke regel die de rechter heeft te hanteren bij de beoordeling van de geoorloofdheid van contractuele bedingen vinden we in art. 7:653 BW zelf. Namelijk in lid 2.

Behalve art. 19 lid 3 Grondwet kunnen bij bedoelde oordeelsvorming door de rechter ook internationale normen een rol spelen bij het antwoord op de vraag in hoeverre de vrije keuze van arbeid kan worden beperkt.²¹ Denk bijvoorbeeld aan art. 1 Europees Sociaal Handvest (herzien) dat, voorzover hier van belang, als volgt luidt:²²

16 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 13-14.

17 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 14.

18 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 14.

19 Zie over deze materie ook C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, 's Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 201 e.v. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28167, nr. 3, p. 6 (MvT): In het licht van het in de Grondwet verankerde recht op vrijheid van arbeidskeuze 'dienen beperkende maatregelen proportioneel en subsidiair te zijn'.

20 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 376, nr. 1-2, p. 19. Zie ook C.J. Loonstra 1999, p. 208.

21 Zie o.a. C.J. Loonstra 1999, p. 208.

22 Ten aanzien van art. 1 Europees Sociaal Handvest, Turijn, van 18 oktober 1961, overwoog de Hoge Raad dat dit artikel een individu geen waarborg geeft voor het recht op vrije keuze van dienstbetrekking (HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141 m.nt. GJS en EAA). De tekst van

‘Teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op arbeid te waarborgen, verbinden de Partijen zich: (...) het recht van de werknemer om in zijn onderhoud te voorzien door vrijelijk gekozen werkzaamheden daadwerkelijk te beschermen’

en aan art. 6 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, welk artikel, voorzover hier van belang, als volgt luidt:²³

‘De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht op arbeid, hetgeen insluit het recht van een ieder op de mogelijkheid in zijn onderhoud te voorzien door middel van vrijelijk gekozen of aanvaarde werkzaamheden; zij nemen passende maatregelen om dit recht veilig te stellen.’

In een arbeidsovereenkomst kunnen dus, zo blijkt uit het voorgaande, bedingen worden opgenomen die het recht op vrije keuze van arbeid beperken, mits zulke bedingen berusten op art. 7:653 BW. Dergelijke bedingen worden ook wel concurrentiebedingen genoemd.

Betekent het bovenstaande dat, wanneer geen beding als bedoeld in art. 7:653 BW is overeengekomen, het recht op vrije keuze van arbeid dan geen beperking kent?

Dit is niet het geval. Ook art. 6:248 BW en art. 6:162 BW kunnen een beperking op het recht op vrije keuze van arbeid meebrengen. Zo oordeelde de Hoge Raad dat in het algemeen niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat het in art. 19 lid 3 Grondwet bedoelde recht slechts bij schriftelijke overeenkomst waarin zulks uitdrukkelijk is overeengekomen kan worden beperkt. De aard en strekking van de overeenkomst kan meebrengen dat partijen elkaar geen concurrentie aandoen. Het ‘niet aangaan van een concurrentiebeding’ betekent, aldus de Hoge Raad, ‘nog geen vrijbrief om in strijd met een overeenkomst of met de in art. 6:248 lid 1 BW bedoelde eisen van redelijkheid en billijkheid zijn wederpartij concurrentie aan te doen’.²⁴

Bovendien kan, wanneer een beding als bedoeld in art. 7:653 BW ontbreekt of de werkgever aan bedoeld beding geen rechten kan ontleen, concurrentie door een ex-werknemer, door de rechter worden verboden indien de werkgever bewijst dat de bedoelde werknemer met deze concurrentie jegens hem een onrechtmatige daad pleegt (art. 6:162 BW).²⁵

Volgens het hof ‘s-Gravenhage brengt de omstandigheid dat geen concurrentiebeding is overeengekomen mee dat ‘slechts bijzondere omstandigheden

het Europees Sociaal Handvest (herzien), *Trb.* 2004, 13 geeft mij geen aanleiding te veronderstellen dit ten aanzien van art. 1 Europees Sociaal Handvest (herzien) anders zou zijn.

23 Dit artikel geeft echter aan een individu geen waarborg voor het recht op vrije keuze van dienstbetrekking, zie HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141 m.nt. GJS en EAA.

24 HR 1 juli 1997, *NJ* 1997, 685 (Kolkman/Cornelisse). I.c. betrof het een overeenkomst waarbij iemand een handelsonderneming aan een ander overdroeg.

25 I.P. Asscher-Vonk & W.J.P.M. Fase met medewerking van F.M. Noordam, *H.L. Bakels. Schets van het Nederlandsche arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 72; HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157 m.nt. LEHR (Boogaard/Vesta).

kunnen leiden tot de conclusie dat' de betreffende werknemer na het einde van zijn dienstverband zijn werkgever onrechtmatig concurrentie aandoet. Van onrechtmatige concurrentie zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien de betreffende werknemer het verwijt treft dat hij tijdens zijn dienstverband activiteiten heeft ontplooid om de klanten van zijn werkgever ertoe te brengen hun opdrachten niet meer onder te brengen bij de betreffende werkgever maar bij een door hem (werknemer) geëxploiteerde onderneming. Voor een dergelijk verwijt is niet voldoende dat de betreffende werknemer bovenbedoelde opdrachtgevers heeft gemeld dat hij voornemens was voor zichzelf te gaan beginnen. Aannemelijk moet zijn dat de werknemer 'gericht en stelselmatig de opdrachtgevers heeft benaderd of doen benaderen met het oogmerk de opdrachtgevers over te halen met de nieuw te starten onderneming in zee te gaan'.²⁶ Voor het geval waarin wel een concurrentiebeding is overeengekomen maar de werkgever hieraan geen rechten kan ontlenen overwoog de Hoge Raad dat dit enkele feit niet meebrengt dat de in de sfeer van het concurrentiebeding 'liggende handelingen van de voormalige werknemer geen onrechtmatige daad kunnen vormen'.²⁷

3 HET WETSVORSTEL CONCURRENTIEBEDING

Het door de Eerste Kamer afgewezen ontwerpartikel 7:653 BW luidde:²⁸

'1. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer en de werkgever zich daarbij heeft verbonden een billijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking duurt.

2. De vergoeding, bedoeld in lid 1, wordt betaald in termijnen aan het eind van iedere maand. Van dit lid kan bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken.

3. De vergoeding, bedoeld in lid 2, is niet verschuldigd indien:

- a. de werknemer wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig is op grond van artikel 677, leden 1 en 3;
- b. de werkgever vóór opzegging door de werknemer of uiterlijk bij gelegenheid van de opzegging door hem aan de werknemer te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding;
- c. de werkgever na de opzegging door de werknemer aan deze te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding en de werknemer instemt met het vervallen van de plicht tot betaling van de vergoeding;

26 Gerechtshof 's Gravenhage 25 november 1997, *JAR* 1998, 14.

27 HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 223.

28 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, A (Gewijzigd voorstel van wet).

d. de werkgever, in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, ten minste een maand voor het einde van die arbeidsovereenkomst, aan de werknemer te kennen geeft dat hij geen beroep zal doen op het concurrentiebeding. In de in de onderdelen b en d bedoelde gevallen blijft de vergoeding verschuldigd indien de werknemer door het vervallen van de vergoedingsplicht onbillijk zou worden benadeeld.

4. In een beding als bedoeld in lid 1 worden vermeld:

- a. de werkzaamheden en het geografisch gebied waarvoor de beperking geldt;
- b. de duur van de beperking, die ten hoogste een jaar kan bedragen;
- c. de hoogte van de door de werkgever verschuldigde vergoeding, bedoeld in lid 1.

5. Een beding als bedoeld in lid 1 komt te vervallen, indien:

- a. de arbeidsovereenkomst in de proeftijd wordt beëindigd;
- b. de werkgever wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd schadeplichtig is op grond van artikel 677, leden 1 en 3;
- c. de werkgever in staat van faillissement is verklaard.

6. De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 geheel of gedeeltelijk vernietigen op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Voorts kan de rechter een beding als bedoeld in lid 1 vernietigen indien de werknemer op onredelijke gronden de instemming, bedoeld in lid 3, heeft geweigerd.

7. De rechter kan de vergoeding, bedoeld in lid 1, wijzigen indien hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.

8. Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de werkgever te benaderen, valt niet onder de werking van dit artikel.

9. Elk beding in strijd met dit artikel is nietig.'

In het kader van de parlementaire behandeling van dit artikel is door de Eerste Kamer en de SER discussie gevoerd omtrent de status van het hierna te behandelen belemmeringsbeding en het inlenersbelemmeringsbeding.

4 BELEMMERINGSBEDING EN INLENERSBELEMMERINGSBEDING

Zoals in de inleiding al aangegeven, blijft, ondanks de verwerping van het Wetsvoorstel Concurrentiebeding, de in het kader van dit wetsvoorstel gevoerde discussie van belang voor de vraag wat de status is van onder andere het zogenaamde belemmeringsbeding en het zogenaamde inlenersbelemmeringsbeding. In het onderstaande komt eerst, onder 4.1, het belemmeringsbeding aan de orde en vervolgens, onder 4.2, het inlenersbelemmeringsbeding.

4.1 Belemmeringsbeding

Bedoeld belemmeringsbeding is volgens de SER in de praktijk zeer ongebruikelijk,²⁹ maar kan, wanneer het zich voordoet, gezien worden als een concurrentiebeding. Het betreft, aldus de SER, ‘immers een beperking voor de uitzendwerknemer in zijn bevoegdheid om “op zekere wijze werkzaam te zijn”’.³⁰ De Hoge Raad omschrijft een concurrentiebeding als een beding dat de werknemer beperkt ‘in zijn recht om na het einde van de dienstbetrekking werkzaam te zijn op de wijze die hem goeddunkt’ en hem kan ‘treffen in een zwaarwegend belang, nl. in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet’.³¹ Ook gezien deze formulering zou het belemmeringsbeding als een concurrentiebeding gezien kunnen worden. De SER acht het dan ook niet ondenkbaar dat de rechter bedoeld belemmeringsbeding als een concurrentiebeding zal aanmerken.³² In de MvA bij bovenbedoeld wetsvoorstel is, ten aanzien van het hierboven onder 3 bedoelde artikel, echter opgemerkt dat in de situatie ‘dat de uitzendwerknemer wordt verboden in dienst te treden bij de inlener’ noch sprake is van een relatiebeding (met een relatiebeding wordt bedoeld een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij de werknemer wordt verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst de klanten van de werkgever te benaderen), noch sprake is van een concurrentiebeding.³³ Het zogenaamde belemmeringsbeding zou geen concurrentiebeding zijn, daar het niet beoogt concurrentie tegen te gaan maar ‘de investering zeker te stellen die het uitzendbureau heeft gedaan in zijn werknemer en in zijn relatie met de opdrachtgever/de inlener’.³⁴ Ook in de reactie van de Minister van Justitie op het SER-advies wordt vastgehouden aan de opvatting dat het belemmeringsbeding geen concurrentiebeding is en dat het, inmiddels afgewezen, art. 7:653 BW niet op het belemmeringsbeding van toepassing is.³⁵

Wanneer ervan wordt uitgegaan dat bedoeld belemmeringsbeding ook niet onder de huidige wettelijke regeling aangaande het concurrentiebeding valt,³⁶ moet, mijns inziens, worden geconcludeerd dat het betreffende beding ongeldig is. Het berust dan immers niet, zoals volgens art. 19 lid 3 van de Grondwet is vereist, op een formeel-wettelijke bepaling *krachtens* welke de vrije keuze van arbeid kan worden beperkt. Terwijl, wat de ratio ook moge zijn, deze vrije keuze door bedoeld beding wel wordt beperkt.

29 SER 2006/02, p. 24. Zie ook *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 4 (Brief MvJ).

30 SER 2006/02, p. 27. In deze zin ook *Kamerstukken I* 1997/98, 25 264, nr. 133b, p. 4 (MvA).

31 HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325 m.nt. PZ.

32 SER 2006/02, p. 27.

33 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. C, p. 4 (MvA).

34 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 1-2 (Nadere MvA).

35 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 4-5 (Brief MvJ).

36 Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001, 66 lijkt de mening te zijn toegedaan dat een belemmeringsbeding niet onder art. 7:653 BW valt.

Aan deze ongeldigheid doet het feit dat de Wet van 14 mei 1998, houdende regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs), anders dan de daarvoor geldende Arbeidsvoorzieningswet, geen verbodsbepalingen aangaande de beperking van het recht op vrije keuze van arbeid inhoudt, niet af. Hierover later meer.

De geoorloofdheid van het belemmeringsbeding zal, wil men niet tot ongeldigheid van bedoeld beding concluderen omdat het niet berust op een formele wet, beoordeeld moeten worden aan de hand van art. 7:653 BW. Dit strookt ook met art. 7:690 BW ingevolge welk artikel de uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is.³⁷

Voorts kan een belemmeringsbeding worden getoetst aan art. 6:248 lid 2 BW.³⁸ Art. 6:248 lid 2 BW luidt:

‘Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

Dat toepassing van een beding *onaanvaardbaar* is, lijkt moeilijker aan te tonen dan dat een werknemer door het betreffende beding *onbillijk* wordt benadeeld in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever (art. 7:653 lid 2 BW). Reden te meer om bedoeld belemmeringsbeding wel onder 7:653 BW te begrijpen. Bovendien zou de werknemer, in het geval hij zich slechts op art. 6:248 BW zou kunnen beroepen, het beding niet, zoals dat onder art. 7:653 BW wel het geval is, kunnen doen vernietigen. Steeds voor iedere potentiële nieuwe baan opnieuw zal hij moeten afwachten of een door hem op art. 6:248 lid 2 BW gedaan beroep wordt gehonoreerd.³⁹

Voor het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een werknemer in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever door een belemmeringsbeding onbillijk wordt benadeeld of een beroep op het betreffende beding gezien de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, moeten we terug in de wetsgeschiedenis.

Het bijzondere aan een belemmeringsbeding is dat het kan worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW ‘de uitzendovereenkomst’. Tot de invoering van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) was art. 93 Arbeidsvoorzieningswet van kracht. Op grond van dit artikel was het verboden om bij het ter beschikking stellen van arbeids-

37 Zie ook C.J. Frikkee & C.M. Jakimowicz, ‘Het belemmeringsverbod bij detachingskrachten; nog van deze tijd?’, *Sociaal Recht* 2002-9, p. 254-259; Loonstra & Zondag 2006, p. 184-185 en Hof Amsterdam 14 februari 2002, *JAR* 2002, 65. Anders: Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001, 66.

38 SER 2006/02, p. 24; HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 59 (i.c. betrof het een concurrentiebeding).

39 Vgl. W.L. Valk, in: *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 353.

krachten 'aan de ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan'.

In de Waadi is dit verbod niet meer opgenomen. Wel vindt men in de wetsgeschiedenis van de Waadi onder andere de overweging: 'Een beding dat een arbeidskracht in zijn vrije arbeidskeuze belemmert is in algemene zin al als bezwarend te beschouwen en zou in de relatie arbeidskracht – uitzendbureau vernietigbaar kunnen zijn' en voorts dat het belemmeringsverbod in de relatie arbeidskracht – uitzendbureau 'in samenhang met het concurrentiebeding' kan worden gezien en 'dat een concurrentiebeding verboden zou moeten zijn bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en opgeschort zou moeten worden tot na de proeftijd. Waar de relatie uitzendbureau en arbeidskracht in zijn aard tijdelijk is, is daarmee ook aangegeven, dat een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze voor vernietiging in aanmerking kan komen.'⁴⁰ Het gaat dus om een belangenafweging. In deze zin ook de Hoge Raad in zijn uitspraak van 4 april 2003. Een beding ter beperking van de vrije arbeidskeuze kan, aldus de Hoge Raad, voor vernietiging in aanmerking komen.⁴¹

Of een werknemer nu een arbeidscontract voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd heeft met het uitzendbureau/detacheringsbedrijf, de belemmeringsbedingen kunnen tijdelijke relaties met inleners betreffen. Het gevolg hiervan is dat een werknemer geconfronteerd kan worden met de situatie waarin hij na vertrek bij het betreffende uitzendbureau/detacheringsbedrijf en na een of meer tijdelijke werkrelaties niet bij de betreffende inlener(s) in dienst kan treden. Ongeacht 'de aard van de werkzaamheden en ongeacht de vraag of er sprake is van concurrerende activiteiten'.⁴² Dit zou een ernstige beperking van zijn recht op vrije keuze van arbeid betekenen. Deze bedingen ten aanzien van tijdelijke arbeidsrelaties zouden, gezien de wetsgeschiedenis, in beginsel dan ook vernietigd moeten worden.⁴³ Voor bedoelde vernietiging zou mogelijk minder plaats zijn wanneer met de betreffende werknemer, zoals het onder 3 bedoelde art. 7:653 BW ten aanzien van het concurrentiebeding beoogde, een

40 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, *Kamerstukken I* 1997/98, 25 264, nr. 133b (MvA), p. 4.

41 HR 4 april 2003, *JAR* 2003, 107.

42 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 2 (Nadere MvA).

43 Zie ook F.B.J. Grapperhaus, 'Beperkingen aan de vrijheid van arbeidskeuze van de uitzendwerknemer uit artikel 7:691 BW', *Ondernemingsrecht* 2000-15, p. 429. De door Grapperhaus onder punt 5. genoemde situaties betreffende indiensttreding bij een concurrent-uitzendwerkgever en betreffende werkzaamheden bij een concurrent-inlener waarin een belemmeringsbeding respectievelijk concurrentiebeding mogelijk zou zijn lijken mij voorzover het tijdelijke contracten/werkzaamheden betreft in beginsel te ver te gaan. Zie ook Hof Amsterdam 14 februari 2002, *JAR* 2002, 65, welke uitspraak echter een nuancering lijkt aan te brengen voor de situatie dat de uitzendwerknemer een vaste dienstbetrekking bij de uitzendwerkgever heeft. Vgl. ook L.J. de Vroe, 'De onbelemmerde uitzendkracht', *Arbeids-Recht* 2000-1, nr. 5, p. 19-22. Anders: A.M.J. Bouman & J. van der Pijl, 'Het belemmeringsverbod is niet meer van deze tijd', *ArbeidsRecht* 2001-8/9, nr. 40, p. 19-23.

billijke vergoeding, als compensatie voor de beperking van zijn vrijheid van arbeidskeuze,⁴⁴ zou zijn overeengekomen. Het was ook deze billijke vergoeding die ertoe heeft geleid dat in het hiervoor onder 3 genoemde art. 7:653 BW uiteindelijk niet was opgenomen dat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd verboden zou moeten zijn.⁴⁵ Een ander argument voor vernietiging kan mogelijk nog gevonden worden in art. 9 Waadi. Dit artikel luidt als volgt:⁴⁶

‘Bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten wordt voor de terbeschikkingstelling geen tegenprestatie bedongen van de arbeidskracht, die ter beschikking wordt gesteld’.

Een gevolg van het belemmeringsbeding lijkt, mijns inziens, echter wel te zijn dat het toch de werknemer is die de investering zeker stelt ‘die het uitzendbureau heeft gedaan in zijn werknemer en in zijn relatie met de opdrachtgever/inlener’.⁴⁷

Of, om nog een argument voor vernietiging aan te voeren, het gegeven dat volgens de wetsgeschiedenis van het inmiddels afgewezen art. 7:635 BW oneigenlijk gebruik van concurrentiebedingen moet worden tegengegaan. Van bedoeld oneigenlijk gebruik kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een werknemer aan een bedrijf wordt gebonden ‘vanwege investeringen die een werkgever pleegt via het aanbieden van een interne of externe opleiding/scholing’.⁴⁸ Het belemmeringsbeding impliceert, mijns inziens, een dergelijk oneigenlijk gebruik, door de werknemer in zijn vrije keuze van arbeid te beperken om de ‘investering zeker te stellen die het uitzendbureau heeft gedaan in zijn werknemer en in zijn relatie met de opdrachtgever/de inlener’.⁴⁹

Het uitzendbureau/detacheringsbureau kan bovendien de gedane investeringen op andere wijze veiligstellen. Zo kan in voorkomend geval met de betreffende werknemer een opleidingsbeding worden overeengekomen. Afgesproken kan bijvoorbeeld worden dat de werknemer bij vertrek (een deel van) de opleidingskosten die de werkgever voor hem heeft gemaakt, terugbetaalt,⁵⁰ waarbij dan onder andere wel rekening dient te worden gehouden met vermindering van de terugbetalingsverplichting ‘naar evenredigheid van het voortduren van de dienstbetrekking’.⁵¹ Gezien ook het verbod kostenvergoeding

44 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 2 (Nadere MvA).

45 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 167, nr. 3, p.12 (MvT).

46 Zo ook art. 7 Verdrag betreffende particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling: ‘Particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling brengen werknemers geen honorarium of andere kosten, direct of indirect, geheel of gedeeltelijk, in rekening’.

47 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 1-2 (Nadere MvA).

48 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. C, p. 2-3 (MvA).

49 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 167, nr. E, p. 1-2 (Nadere MvA).

50 Vgl. SER 2006/02, p. 28. Zie ook Grapperhaus 2000, p. 426-430.

51 HR 10 juni 1983, NJ 1983, 796.

van een werknemer te vragen kan een dergelijk studiekostenbeding mijns inziens geen kosten aangaande een door de werkgever verplicht gestelde opleiding betreffen.⁵² Bovendien kan, om het belang van de uitzendwerkgever te behartigen, met de inlener een inlenersbelemmeringsbeding worden overeengekomen (zie hierna).

Een voorbeeld van een geval waarin een beroep door de werkgever op een belemmeringsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn, is de situatie waarin de werknemer in dienst treedt bij opdrachtgever terwijl deze opdrachtgever de betrokken werknemer niet meer zoals voorheen via bedoelde werkgever kan inschakelen omdat deze de werknemer geen verlenging van zijn arbeidscontract heeft gegeven.⁵³

4.2 Inlenersbelemmeringsbeding

Volgens de SER is de bedoeling van een inlenersbelemmeringsbeding meestal niet het tegengaan van concurrentie maar kan de vrije keuze van arbeid voor de betreffende werknemer er wel door worden belemmerd. Indien dit laatste het geval is, kan de rechter een beroep op het betreffende beding onaanvaardbaar oordelen (art. 6:248 lid 2), aldus de SER.⁵⁴

In de reactie van de Minister van Justitie op het SER-advies lezen we dat een inleners- belemmeringsbeding, 'waarin wordt overeengekomen dat de opdrachtgever een vergoeding betaalt, indien hij de uitzendkracht binnen een bepaalde periode na de aanvang van de uitzending rechtstreeks in dienst neemt', in de praktijk veelvuldig voorkomt. 'Dit beding wordt echter niet aangegaan met het oogmerk om concurrentie tegen te gaan. Het indirect belemmeringsbeding strekt ertoe om investeringen in tijd en geld om uitzendkrachten te werven en op te leiden, veilig te stellen. (...) Voorzover er tussen de uitzendonderneming en de opdrachtgever een geschil ontstaat over een indirect belemmeringsbeding, kan dat beoordeeld worden op grond van art. 6:248 van het Burgerlijk Wetboek'.⁵⁵ Een verbod op overname van de uitzendwerknemer door de opdrachtgever komt, aldus de SER, in de praktijk wel voor

52 Vgl. ook Loonstra & Zondag 2006, p. 190 en Kntr. Rb. Amsterdam 22 november 2002, *JAR* 2003, 22.

53 Vgl. Hof Arnhem 13 december 2005, *JAR* 2006, 31. Ten aanzien van art. 6:653 BW overwoog het hof dat werkgever 'er zelf voor heeft gekozen om het dienstverband met' werknemer 'niet te verlengen, zodat' werknemer 'gedwongen was naar ander werk uit te zien. Hierdoor weegt het belang van' werkgever 'bij handhaving van het concurrentiebeding minder zwaar'. Werkgever 'kan niet van twee walletjes eten door enerzijds de mogelijkheden van werknemers te willen beperken via handhaving van het concurrentiebeding en anderzijds die werknemers geen vast dienstverband te bieden'. I.c. bestond het dienstverband uit drie opeenvolgende contracten voor bepaalde tijd. In totaal had het dienstverband slechts 32 maanden geduurd.

54 SER 2006/02, p. 25.

55 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 3-4 (Brief MvJ).

bij detachering. Dat wil zeggen bij uitzending in de hogere marktsegmenten.⁵⁶ Ook dit verbod beoogt de investeringen die het detacheringsbedrijf in haar bedrijf, haar werknemers en haar relatie met de opdrachtgevers heeft gedaan, veilig te stellen.⁵⁷

Een beroep op art. 6:248 lid 2 BW betreffende het inlenersbelemmeringsbeding (indirect belemmeringsbeding) kan – het SER-advies lijkt op dit punt niet geheel duidelijk⁵⁸ – niet worden gedaan door de werknemer die door het betreffende beding wordt belemmerd bij de opdrachtgever in dienst te treden. Hij is immers geen partij bij de overeenkomst tussen de opdrachtgever (inlener) en het uitzendbureau/detacheringsbureau.

Evenmin kan de inlener zich in verband met art. 6:248 lid 2 BW beroepen op het recht van vrije arbeidskeuze van haar potentiële werknemer.⁵⁹ Hierna zal blijken dat dit recht wel indirect een rol speelt bij een beroep door de inlener op art. 6:248 lid 2 BW.

Daar het hier bedoelde beding niet de arbeidsovereenkomst noch de collectieve arbeidsovereenkomst (art. 6:245 BW) maar de overeenkomst tussen opdrachtgever en uitzendonderneming/detacheringsonderneming betreft, kan door de opdrachtgever onder omstandigheden – wanneer het betreffende beding in de door de uitzendonderneming/detacheringsonderneming gebruikte, tussen uitzendonderneming/detacheringsonderneming en de opdrachtgever geldende algemene voorwaarden staat – een beroep op art. 6:233 BW worden gedaan.⁶⁰ Hij moet dan aantonen dat het betreffende inlenersbelemmeringsbeding gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, voor hem (inlener) onredelijk bezwarend is.

De norm die uit art. 6:248 BW voortvloeit is niet strenger dan die uit art. 6:233 BW.⁶¹ De inlener mag kiezen of hij betoogt dat een beroep op het onderhavige beding door het uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (6:248 lid 2 BW) of dat hij het betreffende beding vernietigt (6:233 BW).⁶² Het voordeel van art. 6:248 lid 2 BW is wel dat hierop een beroep kan worden gedaan door wederpartijen die krachtens afdeling 3 titel 5 boek 6 BW van een beroep op 6:233 BW zijn uitgesloten en bovendien dat een beroep op dit artikel, anders dan een beroep op 6:233 BW, ook mogelijk is indien het betreffende beding op het moment van overeenkomen niet onredelijk bezwarend was maar een beroep op het betreffende beding door latere omstandigheden onaanvaardbaar is. Bovendien

56 SER 2006/02, p. 24-25.

57 SER 2006/02, p. 25.

58 SER 2006/02, p. 25.

59 Rb. 's Gravenhage 4 december 2002, JAR 2003, 9.

60 SER 2006/02, p. 24-25.

61 Jac. Hijma, in: *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 299-300.

62 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH; Hijma 2004, p. 300-301.

kan een beroep op art. 6:248 lid 2 BW worden gedaan indien sprake is van een kernbeding (art. 6:231 BW),⁶³ en ook indien er geen gebruik is gemaakt van algemene voorwaarden.

Een beroep op het betreffende inlenersbelemmeringsbeding zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn indien de opdrachtgever met de betreffende werknemer een arbeidscontract sluit (ook al zou hem dit op grond van het betreffende inlenersbelemmeringsbeding zijn verboden) terwijl opdrachtgever deze werknemer niet meer zoals voorheen via het betreffende uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf kan inschakelen omdat de betreffende werknemer bij laatstbedoeld bedrijf geen verlenging van zijn arbeidscontract voor bepaalde tijd heeft gekregen.⁶⁴

De rechtbank 's-Gravenhage noemt een aantal omstandigheden die een beroep op art. 6:248 BW of 6:233 BW door opdrachtgever niet *zonder meer* rechtvaardigen. Deze omstandigheden zijn onder andere: het feit dat het uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf inmiddels voldoende aan de betreffende werknemer zou hebben verdiend en dat deze werknemer wel bij een andere werkgever in dienst zou hebben kunnen treden.⁶⁵

Dit wil niet zeggen dat de inkomsten van een uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf met betrekking tot de betreffende uitzending/detachering in het geheel geen rol kunnen spelen bij een beroep door de inlener op art. 6:248 BW of art. 6:233 BW.

Het hof Amsterdam achtte een onverkort beroep op zowel een belemmeringsbeding als een inlenersbelemmeringsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, onder andere daar in de branche algemeen ervan wordt uitgegaan dat het uitzendbureau c.q. de detacheerder na 6 maanden geacht moet worden zijn investeringen in de uitzendwerkgever te hebben terugverdiend. Onder die omstandigheden bracht volgens het hof het zwaarwegende belang van de uitzendwerknemer om een vrije keuze van arbeid te hebben mee dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dat de uitlener de betreffende uitzendwerknemer en/of de inlener aan een langere verbodstermijn hield. De betreffende werknemer mocht na 6 maanden in dienst treden bij opdrachtgever.⁶⁶

Onder omstandigheden kan met een beroep van de inlener op art. 6:94 lid 1 BW de boete door de rechter worden gematigd. Mede gezien art. 19 lid 3 Grondwet en het internationaal erkende beginsel van vrijheid van arbeidskeuze (bijvoorbeeld art. 1 Europees Sociaal Handvest (herzien)) brengt de billijkheid klaarblijkelijk mee dat, wanneer de boete niet evenredig is met de investerin-

63 Hijma 2004, p. 300-301.

64 Vgl. Hof Arnhem 13 december 2005, *JAR* 2006, 31 (zie noot 53).

65 Rb. 's-Gravenhage 4 december 2002, *JAR* 2003, 9. Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 13 december 2000, *JAR* 2001, 17.

66 Hof Amsterdam 8 maart 2001, *JAR* 2001, 66.

gen, met inachtneming van een redelijke winstmarge,⁶⁷ die de werkgever in zijn werknemer en zijn relatie met de opdrachtgever heeft gedaan, matiging op zijn plaats is. Het evenredigheidsbeginsel eist dat de betalingsverplichting naar evenredigheid van het voortduren van de detachering (dit is immers de termijn waarin de werkgever van zijn investeringen heeft kunnen profiteren) afneemt.⁶⁸

Hetzelfde criterium als ten aanzien van een bedongen boete is vermeld, geldt ook ten aanzien van door een uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf van een opdrachtgever bedongen vergoeding, wanneer deze de betreffende uitzendkracht binnen een bepaalde periode na aanvaarding van de uitzending in dienst neemt.⁶⁹ Een beroep op de volledige vergoedingsplicht lijkt gezien de redelijkheid en de billijkheid, die gezien ook het recht van vrije keuze van arbeid in acht dient te worden genomen, onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW), indien de vergoeding niet aan hetzelfde criterium voldoet als hierboven ten aanzien van het boetebeding is betoogd. Vergelijk ook A-G Lenz in zijn conclusie bij zaak C-415/93 (Bosman)⁷⁰ aangaande art. 48 EEG-verdrag (thans art. 39 EG-verdrag vrij verkeer van werknemers), waar hij ten aanzien van een vergoeding in verband met opleidingskosten onder andere betoogt dat deze beperkt moet blijven tot het bedrag dat aan opleiding is besteed en naar evenredigheid van de termijn gedurende welke de werkgever van zijn investering heeft kunnen profiteren moet worden verminderd.

De werknemer is, zo blijkt uit het voorgaande, afhankelijk van de wil van de opdrachtgever (wanneer deze de werknemer niet met inachtneming van het beding in dienst wil nemen) om op art. 6:248 BW en/of art. 6:233 BW een beroep te doen. Terwijl de betreffende werknemer, met name wanneer hij naar verschillende opdrachtgevers wordt uitgezonden c.q. bij verschillende opdrachtgevers wordt gedetacheerd, door bedoeld beding ernstig kan worden beperkt in zijn recht op vrije arbeidskeuze. De vraag die dan ook moet worden gesteld is of inlenersbelemmeringsbedingen wel geldig zijn? Met andere woorden: is zo'n beding niet in strijd met art. 19 lid 3 Grondwet? Het berust immers niet op een 'specifiek formeel-wettelijke basis' die een beperking op het recht op vrije keuze van arbeid mogelijk maakt.

In de literatuur is dan ook verdedigd dat een beding tussen opdrachtgever en werkgever (uitzendbedrijf/detacheringsbedrijf) waarbij een werknemer indirect wordt belemmerd (inlenersbelemmeringsbeding) in zijn recht op vrije keuze van arbeid, doordat het de opdrachtgever ingevolge dit beding op straffe

67 Grapperhaus 2000, p. 430 brengt terecht het element van een redelijke winstmarge in, daar dit essentieel lijkt voor het bestaan van een uitzendbureau/detacheringsbureau.

68 Vgl. Grapperhaus, 2000, p. 430 en HR 10 juni 1983, *NJ* 1983, 796. Zie ook Rb. 's Gravenhage 4 december 2002, *JAR* 2003, 9.

69 Grapperhaus 2000, p. 430.

70 HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921.

van een boete verboden is met de betreffende werknemer een dienstverband aan te gaan, niet rechtsgeldig is.⁷¹

Daartegen kan worden aangevoerd dat een inlenersbelemmeringsbeding niet een *beperking* als bedoeld in art. 19 lid 3 Grondwet is, maar een *begrenzing* tengevolge van ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. De mogelijkheid om arbeidskrachten in te lenen is gebruikelijk geworden en uitleners moeten hier aan kunnen verdienen.⁷² Een dergelijke *begrenzing* zou dan niet ongeldig zijn op grond van art. 19 lid 3 Grondwet.

Daar komt nog bij dat sinds de inwerkingtreding van de Waadi met ingang van 1 juli 1998 een verbod op het sluiten van bovenbedoeld inlenersbelemmeringsbeding is vervallen. Tot die tijd bestond een zogenaamd belemmeringsverbod. Art. 93 lid 1 Arbeidsvoorzieningswet verbodde, zoals onder 4.1 al gezegd, om bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten ‘aan de ter beschikking gestelde arbeidskrachten belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan’.

In de jurisprudentie werd aangenomen dat op grond van dit artikel ook het zogenaamde inlenersbelemmeringsbeding nietig was. Zo’n beding vormde immers indirect een, als in art. 93 lid 1 onder a Arbeidsvoorzieningswet bedoelde, verboden belemmering.⁷³ Een verbod waarvan de (indirecte) overtreding mijn inziens niet tot nietigheid zou hebben moeten leiden maar tot vernietigbaarheid omdat het strekte tot bescherming van de ter beschikking gestelde arbeidskracht (art. 3:40 lid 2).⁷⁴

Omtrent het niet handhaven van het belemmeringsverbod wordt in de parlementaire geschiedenis onder andere opgemerkt dat het verbod enerzijds betrekking had ‘op de arbeidsverhouding tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht en anderzijds op de verhouding tussen het uitzendbureau en de inlener’. En dat een ‘apart publiekrechtelijk verbod gericht tot degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt’ niet meer nodig is, ‘omdat op grond van het algemene overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwarende bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden’.⁷⁵ En voor ‘zover er tussen de uitzendonderneming en de opdrachtgever een geschil ontstaat over een indirect belemmeringsbeding, kan dat beoordeeld worden op grond van art. 6:248 van het Burgerlijk Wetboek’.⁷⁶

Uit voorgaande blijkt dat ook de wetgever er niet van uitgaat dat een inlenersbelemmeringsbeding als zijnde in strijd met de Grondwet ongeldig is. Ook het in de literatuur⁷⁷ wel verdedigde standpunt dat bedoeld beding

71 Frikkee & Jakimowicz 2002, p. 256. Zie ook Grapperhaus 2000, p. 430.

72 Vgl. Grapperhaus 2000, p. 430.

73 Rb. Zutphen 29 januari 1998, *JAR* 1998, 65.

74 Vgl. HR 4 april 2003, *JAR* 2003, 107.

75 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 264, nr. 133b, p. 4 (MvA).

76 *Kamerstukken I* 2005/06, 28 167, nr. I, p. 4 (Brief MvJ).

77 L.V. Sloot, ‘Het indirecte belemmeringsbeding: de vergeten zedelijkheidstoets’, *NbBW* 2003, p. 2-5.

mogelijk in strijd zou zijn met de 'goede zeden'(art. 3:40 BW) lijkt, op grond van het voorgaande, niet houdbaar.

Dit betekent dat de betreffende werknemer in beginsel afhankelijk is van de wil van de inlener om een beroep op 6:248 lid 2 BW en/of 6:233 BW te doen wanneer deze inlener niet bereid is de werknemer met inachtneming van het beding in dienst te nemen.

In beginsel, onder omstandigheden kan de uitzendwerknemer wel iets doen tegen het inlenersbelemmeringsbeding.

In zijn noot onder HR 17 oktober 1980 schrijft Alkema dat onder andere art. 1 Europees Sociaal Handvest en art. 6 Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten voor de feitenrechter gevolgen kunnen hebben voor bijvoorbeeld de vaststelling van onbetamelijkheid.

Ik sluit mij hier graag bij aan, waarbij ik nog wil opmerken dat hetzelfde kan gelden voor art. 19 lid 3 Grondwet en art. 1 Europees Sociaal Handvest (herzien). Zo zou een werkgever jegens een werknemer, mede gezien de bovenbedoelde transnationale moraal van vrije arbeidskeuze, in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid kunnen handelen wanneer hij de betreffende werknemer geen verlenging van zijn arbeidscontract aanbiedt maar zich jegens de inlener waar de betreffende werknemer in dienst zou kunnen treden wel op het inlenersbelemmeringsbeding beroept, ten gevolge van welk beroep laatstgenoemde van indienstneming van de betreffende werknemer afziet. Voor handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid is bovendien vereist dat bedoelde werkgever, op het moment dat hij zich op het inlenersbelemmeringsbeding beroept, behoort te beseffen dat de inlener, ten gevolge van bedoeld beroep op het hier bedoelde beding, van indienstneming van de betreffende werknemer zal afzien.⁷⁸ De betreffende werknemer zou dan met een beroep op art. 6:162 BW jo 3:296 BW kunnen vorderen dat de rechter de betreffende werkgever een verbod oplegt om een beroep, als zijnde in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, op het inlenersbelemmeringsbeding te doen.⁷⁹

5 CONCLUSIE

Een belemmeringsbeding is een beding in de arbeidsovereenkomst tussen een uitzendwerkgever/detacheringswerkgever en een uitzendwerknemer/ detacheringswerknemer, dat verbiedt dat de bedoelde werknemer binnen een bepaalde periode rechtstreeks bij de opdrachtgever (inlener, klant van de uitzendwerkgever/detacheringswerkgever) in dienst treedt.

⁷⁸ Vgl. HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141 m.nt. GJS en EAA.

⁷⁹ Vgl. Hof Arnhem 13 december 2005, *JAR* 2006, 31 (zie noot 53).

Het is een beding waarbij de werknemer wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn en is dus een beding in de zin van art. 7:653 BW (concurrentiebeding).

Bedoeld beding moet berusten op een zorgvuldige belangenafweging tussen uitzend- werknemer / detacheringswerknemer en uitzendwerkgever / detacheringswerkgever en moet zo min mogelijk beperkend zijn voor het recht op vrije keuze van arbeid. De rechter zal steeds aan de hand van art. 7:653 lid 2 BW de geoorloofdheid van het betreffende beding, op vordering van de werknemer, moeten kunnen beoordelen.

Daarbij staat voorop dat deze bedingen ten aanzien van tijdelijke arbeidsrelaties in beginsel vernietigd zouden moeten worden. Bedoeld beding beperkt het recht op vrije keuze van arbeid verregaand, terwijl de werkgever zijn belangen op andere wijze kan behartigen.

Voor vernietiging zou mogelijk minder plaats zijn indien de werknemer en de werkgever een billijke vergoeding, als compensatie voor de beperking van het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze, overeenkomen.

Een inlenersbelemmeringsbeding is een beding tussen een uitzendbedrijf respectievelijk een detacheringsbedrijf en een opdrachtgever volgens welk de opdrachtgever bij rechtstreekse indienstneming van de uitzendkracht, binnen een bepaalde periode na aanvaarding van de uitzending, aan het uitzendbedrijf een bepaalde vergoeding verschuldigd is respectievelijk het de opdrachtgever zonder toestemming van het detacheringsbedrijf verboden is de betreffende werknemer, gedurende een bepaalde periode na beëindiging van de opdracht, in dienst te nemen, bij overtreding van welk verbod de opdrachtgever een boete verschuldigd is.

Hoewel het hier bedoelde beding niet berust op een 'specifiek formeel-wettelijke basis' die een beperking op het recht op vrije keuze van arbeid mogelijk maakt, is het in beginsel niet in strijd met art. 19 lid 3 Grondwet. Het gaat immers niet om een beperking van het recht op vrije keuze van arbeid welke op een specifiek formeel-wettelijke bepaling dient te berusten als bedoeld in art. 19 lid 3 Grondwet, maar om een begrenzing ten gevolge van ontwikkelingen op de arbeidsmarkt.

Wel zal zo een beding onder omstandigheden vernietigd kunnen worden (art. 6:233 BW) of kan een beroep erop onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW).

De werknemer die door bedoeld beding in zijn recht op vrije keuze van arbeid wordt beperkt is echter afhankelijk van de wil van de inlener – wanneer deze laatste de werknemer niet met inachtneming van het beding in dienst wil nemen – om een beroep op art. 6:233 BW of 6:248 lid 2 BW te doen.

Onder omstandigheden zal de betreffende werknemer op grond van art. 6:162 BW jo 3:296 BW kunnen bewerkstelligen dat het de uitzendwerkgever / detacheringswerkgever wordt verboden een beroep op het inlenersbelemmeringsbeding te doen daar, onder de hiervoor genoemde omstandigheden, een

dergelijk beroep mede gezien de transnationale moraal (vrije keuze van arbeid) jegens de betreffende werknemer in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid.