

HR Rendement

Dit artikel wordt u aangeboden door HR Rendement

HR Rendement is hét nieuws- en adviesmagazine voor human resources professionals bij (middel)grote, kennisintensieve organisaties. De insteek is: hoe kan een HR-manager, unitmanager of HR-specialist bijdragen aan een beter rendement van de factor arbeid in zijn organisatie. HR Rendement behandelt voornamelijk de 'harde' kant van human resources, zoals wijzigingen in wet- en regelgeving, ontwikkelingen in het arbeidsrecht, fiscaal voordelige beloningsvormen, werktijden en arbeidsomstandigheden, kosten van opleidingen en werving & selectie, implementatie van personeelsinformatiesystemen.

HR Rendement biedt u:

- veel signalerend nieuws over veranderende wet- en regelgeving;
- beknopte artikelen met veel tips die de lezer direct in de dagelijkse praktijk kan gebruiken;
- elke keer een gedegen vergelijkend warenonderzoek onder HR- dienstverleners;
- wekelijkse e-mailservice met het allerlaatste HR-nieuws;
- een aanvulling op de inhoud van elke uitgave met praktische, online tools.

Kijk voor meer informatie of een proefabonnement op www.rendement.nl/hrblad

Het concurrentiebeding bij zzp'ers, uitzendkrachten en gedetacheerden

Wil uw organisatie flexibel personeel kunnen inzetten, dan kunt u hulp van buitenaf inschakelen. Hierbij valt te denken aan arbeidskrachten van één van de vele uitzend- en detacheringsbureaus of aan zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). Maar wat als die flexibele arbeidskrachten uw organisatie verlaten? Kunt u ze dan verbieden om bij een concurrent aan de slag te gaan?

Voor een antwoord op deze vraag is het goed om eerst de verschillende achtergronden van de flexibele, externe arbeidskrachten te verduidelijken.

- **Uitzendkracht.** Een uitzendovereenkomst is een vorm van een arbeidsovereenkomst, waarbij de werkgever (het uitzendbureau) de werknemer (de uitzendkracht) voor werkzaamheden ter beschikking stelt aan een derde (de inlener). De uitzendkracht voert onder toezicht en leiding van de inlener de opdracht uit die de inlener aan het uitzendbureau heeft verstrekt.
- **Gedetacheerde.** Net als bij de inzet van een uitzendkracht, heeft u als dienstontvanger (inlener) bij het inzetten van een gedetacheerde arbeidskracht te maken met twee partijen. Een verschil met een uitzendkracht is dat de gedetacheerde arbeidskracht in zijn arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau sowieso géén uitzendbeding heeft staan.
- **Zzp'er.** Een zzp'er werkt doorgaans op basis van een overeenkomst van opdracht met u en heeft dan ook geen arbeidsovereenkomst met een derde partij. De zzp'er is opdrachtnemer en u bent opdrachtgever. In het kader van de huidige Wet deregulering beoordeling

arbeidsrelaties (WDBA) zal de overeenkomst van opdracht bij voorkeur in lijn zijn met de modelovereenkomst van de Belastingdienst.

In de eerste twee gevallen is sprake van een arbeidsovereenkomst, in het laatste geval van een overeenkomst van opdracht. Daarbij is relevant dat bij de uitzendkracht en gedetacheerde geen rechtstreekse band ontstaat tussen u als werkgever en de flexibele kracht. Het uitzendbureau of de detacheerder blijft namelijk de formele werkgever. Slechts bij de zzp'er ontstaat een rechtstreekse contractuele band. Welke gevolgen heeft dit nu voor de mogelijkheden tot een concurrentiebeding?

Concurrentiebeding

Het doel van een concurrentiebeding is te voorkomen dat een werknemer of opdrachtnemer – na opgeleid en getraind te zijn door u als werkgever of opdrachtgever – kan overstappen naar een (directe) concurrent en uw organisatie daardoor benadeelt. Zijn kennis en kunde helpen immers de concurrent. Aan de andere kant benadeelt het concurrentiebeding juist de werknemer of opdrachtnemer, omdat hij minder vrijheid heeft in zijn arbeidskeuze. Daarom kunt u niet zomaar een concurrentiebeding overeenkomen. Zo kan een rechter onder omstandigheden een concurrentiebeding matigen of vernietigen, bijvoorbeeld als de belangen van de werknemer te ernstig worden geschaad en dit niet opweegt tegen het belang dat u heeft bij het beding. Daarnaast is een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in principe verboden. In principe, want als u zwaarwegende bedrijfs- of

dienstbelangen heeft bij het beding, kan het zijn dat het beding toch is toegestaan.

Afspraken

Een rechter maakt bij een conflict over het concurrentiebeding een belangenafweging. In een tijdelijk contract moet u het zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang motiveren. Als u een vast contract overeenkomt, kan het u – in een latere discussie over de houdbaarheid van het beding – ook helpen als u de zwaarwegende belangen in het contract heeft genoemd. Nu een samenwerking met een uitzendkracht of gedetacheerde niet resulteert in een contractuele band, kunt u in de arbeidsovereenkomst niet zelf deze zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen vastleggen. Bespreek daarom met de uitlener in hoeverre hij toestaat dat u met de flexibele arbeidskracht afspraken maakt over een concurrentiebeding.

Beoordeling

Afspraken met een uitzendkracht of gedetacheerde over non-concurrentie kunt u alleen in een aparte overeenkomst vastleggen. Of deze afspraken overeind blijven, is vooraf niet te zeggen. Bij een discussie moet de rechter de werking van het beding beoordelen. Omdat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, beoordeelt de rechter de geldigheid van het beding aan de hand van de juridische maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit is een andere, meer terughoudende, toets dan die bij een werkgever-werknemerrelatie.

Gezagsverhouding

De overeenkomst met een zzp'er is een overeenkomst van opdracht, waardoor de

regels uit Burgerlijk Wetboek 7 voor het concurrentiebeding niet van toepassing zijn. Dat betekent dat het 'verbod' op concurrentiebedingen in tijdelijke contracten niet geldt. De zzp'er en u zijn vrij om op gelijk niveau afspraken te maken, omdat een formele gezagsverhouding ontbreekt. Dit betekent niet dat u het beding onnodig ruim kunt formuleren (bovendien is het al lastig genoeg om een akkoord van de zzp'er te krijgen). U moet zo concreet mogelijke afspraken maken. Het moet de zzp'er op voorhand duidelijk zijn voor welke partijen hij na het einde van de opdracht geen werk mag verrichten en voor welke periode. Ook moet u het verbod aan een helder afgebakend geografisch gebied koppelen. De beoordeling van het beding vindt plaats aan de hand van de toets van redelijkheid en billijkheid en als opdrachtgever moet u altijd een belang hebben bij het invoeren van de geldigheid van het beding.

Verkapt

Let wel op met het opnemen van een concurrentiebeding in een overeenkomst van opdracht. Het risico bestaat dat, door de aanwezigheid van het beding, eerder geoordeeld kan worden dat er sprake is van een verkapt dienstverband. Daarbij wordt gekeken naar alle omstandigheden van het geval. Als de opdrachtnemer met succes stelt dat hij feitelijk een werknemer is, zijn (met terugwerkende kracht) de regels van het arbeidsrecht van toepassing. Bij een overeenkomst van opdracht voor bepaalde tijd betekent dit dat u in het concurrentiebeding zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen moet motiveren. Het is verstandig om die belangen hoe dan ook te verduidelijken in de overeenkomst.

Lotte de Ceuster en Niels Koene, advocaten arbeidsrecht bij CMS, e-mail: lotte.deceuster@cms-dsb.com, niels.koene@cms.dsb.com, www.cms.law

Beding van zzp'er toegestaan in kort geding

Een opdrachtnemer werkte voor een tandartspraktijk in Zeeland als praktijk-medewerkster. In haar overeenkomst van opdracht was een concurrentiebeding opgenomen die verbood om tot twee jaar na het einde van het contract gelijksoortig werk te verrichten in een straal van 35 kilometer van de tandartspraktijk, zonder schriftelijke toestemming van de opdrachtgever. In 2016 namen de opdrachtnemer en de tandartspraktijk afscheid van elkaar vanwege een hoog opgelopen conflict. Toen ze een aanbod van een andere praktijk uit de omgeving ontving en de opdrachtgever om schriftelijke toestemming vroeg, kreeg ze deze niet. De opdrachtnemer startte uiteindelijk een kort geding voor vernietiging dan wel beperking van het concurrentiebeding.

De rechter stelde als eerste vast dat de partijen een overeenkomst van opdracht hadden gesloten en niet een arbeidsovereenkomst. Daarom moest hij de toets van redelijkheid en billijkheid toepassen.

Krimpregio

Volgens de voorzieningenrechter was het algemeen bekend dat Vlissingen een krimpregio was en had de praktijk een duidelijk belang bij handhaving van het concurrentiebeding. Het was de rechter niet duidelijk waarom de opdrachtnemer niet buiten de straal van 35 kilometer op zoek kon naar een opdracht. Het beding maakte geen ongerechtvaardigde inbreuk op het recht op vrije arbeidskeuze. *Rechtbank Rotterdam, 20 februari 2018, ECLI (verkort): 1274*

Na bodemprocedure alsnog afwijzing beding

Ruim een maand na het kort geding uit het kader hierboven volgde het oordeel in de bodemprocedure. Daarbij werd weer eens duidelijk dat een afweging van de omstandigheden per rechter erg kan verschillen. Zo legde de rechter in de bodemprocedure veel meer nadruk op het conflict dat was ontstaan en de schuld die de opdrachtgever hierin had.

Zoute lucht

Het was volgens de rechter onaanvaardbaar dat de opdrachtgever door eerst herhaaldelijk ernstig tekort te schieten in de naleving van de overeenkomst en vervolgens de overeenkomst te beëindigen, zou kunnen bewerkstelligen dat de opdrachtnemer twee jaar lang geen werk mocht

verrichten in de omgeving waar zij wilde wonen en werken. De opdrachtnemer had er belang bij om te wonen en werken binnen een straal van 35 km van de praktijk in Vlissingen. Ze gaf tijdens de zitting aan op diverse plaatsen in Nederland te hebben gewerkt, maar voor Zeeland een voorkeur te hebben. Ze vond de patiënten er plezieriger dan in Limburg, hield van de zoute lucht en had vrienden in Vlissingen. Ze wilde in Zeeland blijven wonen en werken. Alles tegen elkaar afwegende vond de rechtbank het niet acceptabel dat de opdrachtgever een beroep op het concurrentiebeding bleef doen en verbood dat dan ook.

Rechtbank Rotterdam, 28 maart 2018, ECLI (verkort): 2713