

ANNOTATIE

Vrijwilligersovereenkomst, arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht?

mr. O. van der Kind

Annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland, 11-10-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5476 (AR-2016-1140)

1. Feiten

De werknemster – gemakshalve duid ik haar zo aan hoewel het in deze annotatie om meer gaat dan deze kwalificatie – is sinds 25 november 2004 bestuurder van Woningbouwvereniging Laren (hierna: de woningbouwvereniging). Bij aanvang van haar aanstelling als bestuurder verricht zij haar werkzaamheden op vrijwillige basis. Enkele jaren later gaat de woningbouwvereniging de werknemster een vaste maandelijkse vergoeding van € 1.460 bruto betalen. Op 22 november 2012 is de werknemster benoemd tot voorzitter van het bestuur. Bij besluit van 19 september 2014 merkt de Belastingdienst de arbeidsverhouding tussen de woningbouwvereniging en haar bestuurders aan als een arbeidsovereenkomst. Uit praktisch oogpunt neemt de woningbouwvereniging de bestuursleden vervolgens met terugwerkende kracht op in de loonadministratie, met ingang van 1 januari 2014.

Begin februari 2016 ontstaat een conflict tussen de werknemster en de raad van commissarissen (RvC). Volgens de RvC functioneert de werknemster niet goed. Mediation leidt niet tot een oplossing en bij brief van 3 juni 2016 zegt de RvC de overeenkomst met de werknemster op, met ingang van 1 augustus 2016. De werknemster protesteert tegen de opzegging waarna de woningbouwvereniging de werknemster meedeelt dat aan de opzegging geen uitvoering zal worden gegeven en dat de vaste maandelijkse vergoeding ook na 1 augustus 2016 wordt doorbetaald. Wel is de werknemster met ingang van 2 september 2016 geschorst. De werknemster stelt zich op het standpunt dat de woningbouwvereniging de opzegging niet eenzijdig ongedaan kan maken en verzoekt de kantonrechter de woningbouwvereniging te veroordelen tot betaling van (1) een billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 aanhef en onderdeel a BW van € 35.040 bruto, (2) een transitievergoeding van € 5.962 bruto en (3) een vergoeding van € 2.920 bruto vanwege onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst.

2. Oordeel kantonrechter

In zijn tussenbeschikking van 11 oktober 2016 overweegt de kantonrechter dat de woningbouwvereniging gebonden is aan de opzegging, wat betekent dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 augustus 2016 tot een einde is gekomen. Om de door de werknemer verzochte vergoedingen te kunnen bepalen, is volgens de kantonrechter van belang te weten vanaf welk moment de arbeidsovereenkomst is aangevangen. In dat kader overweegt hij dat de woningbouwvereniging heeft erkend dat altijd sprake is geweest van een gezagsverhouding. Volgens de kantonrechter is in ieder geval vanaf 1 januari 2014 sprake geweest van een arbeidsovereenkomst, gelet op de loonbetalingen die vanaf die datum vaststaan. Omdat de werknemer heeft gesteld dat de arbeidsovereenkomst eerder dan per 1 januari 2014 is ontstaan nu ook voor die datum sprake was van loon, krijgt zij de gelegenheid nadere inlichtingen daarover te verstrekken.

3. Commentaar

Zoals uit de hier besproken beschikking volgt, is niet onbelangrijk vrijwilligerswerk te onderscheiden van arbeid in het kader van een arbeidsovereenkomst. Als de arbeidsrelatie kwalificeert als arbeidsovereenkomst bestaat voor de arbeidskracht ontslagbescherming, terwijl deze bescherming ontbreekt als de arbeidsrelatie wordt aangemerkt als 'vrijwilligersovereenkomst'. Dat maakt nogal een verschil. Het is niet alleen van belang voor de arbeidskracht (wel of geen ontslagbescherming), maar ook voor de organisatie waarvoor hij werkt (wel of geen ontslagprocedure met bijbehorende kosten en eventueel vergoedingen). Dit roept de vraag op wanneer sprake is van vrijwilligerswerk. De Nederlandse wet geeft geen definitie en kent de vrijwilligersovereenkomst als zodanig niet. Dat is anders onder Belgisch recht. Voor onze zuiderburen geldt de Wet betreffende de rechten van vrijwilligers (Wet van 3 juli 2005, *Belgisch Staatsblad* 26 augustus 2005, N. 2005 – 2048). Deze wet, die vooral een sociaalverzekeringsrechtelijke oriëntatie lijkt te hebben, definieert met artikel 3 vrijwilligerswerk als 'elke activiteit die a) onbezoldigd en onverplicht wordt verricht' voor (kort weergegeven) een of meer derden, 'd) en die niet door dezelfde persoon en voor dezelfde organisatie wordt verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst, een dienstencontract of een statutaire aanstelling'. Als vrijwilliger is in artikel 3 gedefinieerd: 'elke natuurlijke persoon' die het vrijwilligerswerk verricht. Samengevat moet naar Belgisch recht dus sprake zijn van werk voor een derde dat door een natuurlijk persoon onbezoldigd en onverplicht wordt verricht en zonder dat die persoon dat werk voor die derde ook verricht uit hoofde van een arbeidsovereenkomst. Dat sluit aan bij de benadering van Zondag, die de overeenkomst met de vrijwilliger langs de lat van artikel 7:610 BW heeft gelegd en concludeert dat wel sprake is van arbeid gedurende zekere tijd, maar niet van loon en een gezagsverhouding (W.A. Zondag, 'De vrijwilliger', in: A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012). Hierbij geldt overigens dat het ontbreken van een gezagsverhouding niet betekent dat de vrijwilliger geen instructies gegeven mogen worden en dat hem geen onkostenvergoeding mag worden betaald. De vrijwilliger dient zich uiteraard te houden aan de werkinstructies van de organisatie, al was het maar vanwege de veiligheid. En zolang de onkostenvergoeding reëel is, kan niet gesproken

worden van een vergoeding als tegenprestatie voor het geleverde werk (zie ook art. 10 van de Belgische Wet betreffende de recht van vrijwilligers: 'Het onbezoldigd karakter van het vrijwilligerswerk belet niet dat de door de vrijwilliger voor de organisatie gemaakte kosten door de organisatie worden vergoed.'). Overigens kan ook het afzien van loon maken dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar van een vrijwilligersovereenkomst, zelfs als de waarde van de arbeid een loonaanspraak zou rechtvaardigen (Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, AR 2013-0216 (DWN Service/Belastingdienst). Zie over deze uitspraak ook de annotatie van G.W. van der Voet in AR Updates van 10 april 2013). Het zal bij de beantwoording van de kwalificatievraag op een beoordeling van de criteria loon en gezagsverhouding aankomen, nu per definitie sprake is van een natuurlijk persoon, net als bij een arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter lijkt ervan uit te gaan dat de arbeidsrelatie tussen de werkneemster en de woningbouwvereniging in de eerste periode van die relatie (dat wil zeggen: voordat de maandelijkse vergoeding werd betaald) kwalificeerde als een overeenkomst met een vrijwilliger omdat de werkneemster de werkzaamheden toen onbetaald verrichtte. Als wordt weggedacht dat het bestaan van een gezagsverhouding door de woningbouwvereniging niet werd betwist (zie hierna) rijst de vraag of niet (ook) sprake is geweest van een overeenkomst van opdracht. Ook tussen de opdrachtgever en zijn opdrachtnemer ontbreekt het element van gezagsverhouding en is sprake van een minder vergaande instructiebevoegdheid. Uit de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht (Boek 7, titel 7, Burgerlijk Wetboek) volgt verder dat de opdrachtnemer een natuurlijk persoon kan zijn. Bedenkt men daarbij dat ook bij de overeenkomst van opdracht sprake kan zijn van afwezigheid van loon, namelijk als de opdracht niet in de uitoefening van beroep of bedrijf wordt aangegaan (vgl. art. 7:405 lid 1 BW dat bepaalt dat loon verschuldigd is als de overeenkomst door de opdrachtnemer wél in de uitoefening van beroep of bedrijf is aangegaan), dan lijkt niet uitgesloten dat in de hier besproken zaak sprake had kunnen zijn van toepasselijkheid van de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht. Het criterium 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' moet weliswaar ruim worden uitgelegd (Castermans & Krans, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:405 BW, aant. 2, Deventer: Wolters Kluwer 2015) waardoor niet snel sprake zal zijn van een overeenkomst van opdracht zonder loonverplichting (en dus een vrijwilligersovereenkomst) maar moeilijk voorstelbaar is dat die ruime uitleg zo ver gaat dat vrijwilligerswerk daaronder valt. Zelfs als de beweegredenen van de vrijwilliger om het vrijwilligerswerk te verrichten duiden op een sterk eigen belang (bijvoorbeeld het opdoen van relevante werkervaring om de kansen op de arbeidsmarkt te vergroten) is de afstand tot 'beroep of bedrijf' mijns inziens te groot. Zie ook Boot, die eveneens meent dat niet snel gezegd kan worden dat geen recht bestaat op loon en die als voorbeeld van een overeenkomst van opdracht zonder loonverplichting noemt de zogeheten vriendendienst (G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: SDU Uitgevers 2004, p. 214). In hoeverre verschilt het verrichten van vrijwilligerswerk van een vriendendienst? Niet veel, denk ik, hoewel bij vrijwilligerswerk dus andere drijfveren kunnen meespelen dan uitsluitend het verrichten van werk bij wijze van gunst. Toegepast op de casus uit de hier besproken beschikking lijkt mij hoe dan ook goed te bepleiten dat in de eerste periode van de arbeidsrelatie, toen geen loonverplichting bestond,

het vrijwilligerswerk werd gedaan in het kader van een overeenkomst van opdracht. Dat past ook beter bij de aard van het werk, het verrichten van bestuurstaken voor een professionele woningbouwvereniging.

Gelet op de – globale – gelijkenissen tussen de vrijwilligersovereenkomst en de arbeidsovereenkomst (er wordt arbeid verricht door een natuurlijk persoon en vaak tegen een concrete vergoeding) is soms moeilijk te beoordelen van welke overeenkomst sprake is. Bij deze kwalificatievraag kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over de vraag of sprake is van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst, zoals ook de kantonrechter heeft gedaan met verwijzing naar 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (Groen/Schoevers) en HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231 (PGGM). De bedoeling van partijen is van belang, maar ‘wezen gaat voor schijn’. Zodra aan de dwingendrechtelijke criteria van artikel 7:610 BW is voldaan, is sprake van een arbeidsovereenkomst, ook al hebben partijen anders bedoeld. Of de vrijwilliger een reële onkostenvergoeding ontvangt of een vergoeding die daarboven uitgaat, zal vaak bepalend zijn, ook gezien het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW (‘tegen beloning’). Probleem in deze zaak was echter dat de werkneemster zelf had gesteld dat aanvankelijk sprake was van vrijwilligerswerk waarbij aan haar geen vergoeding werd betaald. Zij stelde echter ook dat zij toen onder gezag stond van de algemene ledenvergadering (ALV) en sinds de wijziging van de Woningwet onder het gezag van de RvC. Mogelijk was dat zo, maar hoe dan ook was bij aanvang van de arbeidsrelatie niet voldaan aan het loonvereiste. Daardoor kon niet worden geconcludeerd dat de arbeidsrelatie reeds bij aanvang van de werkzaamheden een arbeidsovereenkomst was.

Wanneer is die arbeidsovereenkomst wel ontstaan? Volgens de kantonrechter mag niet te snel worden aangenomen dat een overeenkomst tussen twee partijen geruisloos van karakter verandert, waarbij hij heeft verwezen naar HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100 (ABN ARMO/Malhi). Hoewel in die zaak de vraag aan de orde was of een via een derde (De Gast) ingeleende arbeidskracht (Malhi) geruisloos in dienst kan treden bij de inlenende partij (ABN AMRO), welke vraag door de Hoge Raad met een beroep op de rechtszekerheid ontkennend werd beantwoord, is de verwijzing naar dit arrest begrijpelijk. In de kern is de vraag immers dezelfde, namelijk of geruisloos een arbeidsovereenkomst kan ontstaan. Wel moet erop worden gewezen dat bij de beantwoording van de vraag of een reeds bestaande overeenkomst op enig moment tot een arbeidsovereenkomst is verworden, de eerste ‘hobbel’ al is genomen, namelijk of partijen überhaupt met elkaar hebben gecontracteerd (vgl. HR 27 november 1992, *JAR* 1992/148 (Volvo Car/Braam)). Onder meer het ontbreken van dat aspect leidde in ABN AMRO/Malhi ertoe dat de Hoge Raad besliste dat geen sprake was van het geruisloos ontstaan van een arbeidsovereenkomst (r.o. 3.4). In de hier aan de orde zijnde zaak stond vast dat sprake was van een overeenkomst, maar was de vraag hoe die overeenkomst moest worden gekwalificeerd en tot/vanaf welk moment. Een verwijzing naar HR 28 juni 1996, *JAR* 1996/153 (Verhoef/Van Zuijlen) was daarom juister geweest. De Hoge Raad besliste in die zaak dat de rechtszekerheid zich verzette tegen het aannemen van een geruisloze, met een verandering van de toepasselijke regels gepaard gaande, omzetting van een leerovereenkomst naar een arbeidsovereenkomst, zonder dat voor partijen duidelijk is op welk moment die

omzetting zich dan zou hebben voltrokken. In de in deze noot behandelde zaak was het voor de kantonrechter daarentegen relatief eenvoudig een moment aan te wijzen waarop de overeenkomst was getransformeerd in een arbeidsovereenkomst. Aangezien de werknemers per 1 januari 2014 was opgenomen in de loonadministratie, stond volgens de kantonrechter vast dat in ieder geval per die datum sprake was van een arbeidsovereenkomst. Aldus kon niet worden gezegd dat de rechtszekerheid zich verzette tegen de karakterverandering van de overeenkomst, ondanks het feit dat die verandering vergaande arbeidsrechtelijke gevolgen zou hebben. Zie over de wijziging van karakter van een overeenkomst en de rol van de rechtszekerheid ook E. Verhulp in zijn noot onder *JAR* 2002/100, die betoogt dat naarmate het tussen partijen gesloten contract en de rechtsrelatie, die op grond van de wijze waarop partijen aan de uitvoering daarvan invulling hebben gegeven kan worden aangenomen, verder uit elkaar liggen, de rechtszekerheid een belangrijker rol speelt. Zie voorts opnieuw Zondag (p. 651), die met verwijzing naar Verhoef/Van Zuijlen en ABN AMRO/Malhi stelt dat niet snel mag worden aangenomen dat een vrijwilliger geruisloos transformeert in een werknemer. Een evolutie van overeenkomst van opdracht naar arbeidsovereenkomst is echter wel aangenomen in Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, *JAR* 2014/173 (m.nt. J. Dop).

Bij het vaststellen van de datum met ingang waarvan een arbeidsovereenkomst is aangenomen, is de kantonrechter enigszins geholpen door de woningbouwvereniging. Zij had namelijk niet betwist dat de werknemers altijd onder gezag had gestaan. Ook was niet betwist dat de arbeid altijd persoonlijk moest worden uitgevoerd en de werknemer zich niet mocht laten vervangen. Daardoor hoefde niet onderzocht te worden of er – naast de verplichting loon te betalen – een gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW bestond. Het is de vraag of de woningbouwvereniging hier niet iets heeft laten liggen. Voorstelbaar is dat wat de werknemers heeft aangeduid met gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW in werkelijkheid een instructiebevoegdheid zoals bedoeld in artikel 7:402 lid 1 BW betrof. In ieder geval lijkt dat te bepleiten te zijn geweest. Een overeenkomst van opdracht zou, zoals opgemerkt, ook hebben gepast bij de aard van de werkzaamheden, het uitvoeren van bestuurstaken. Dergelijke werkzaamheden kunnen in het kader van een arbeidsovereenkomst worden uitgevoerd (behalve bij beursgenoteerde vennootschappen, waarvoor is bepaald dat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap niet wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst, art. 2:132 lid 3 BW) maar worden niet zelden in het kader van een overeenkomst van opdracht uitgevoerd. Zou sprake zijn geweest van een overeenkomst van opdracht, dan had de overeenkomst in beginsel zonder ontslagprocedure opgezegd kunnen worden (met de inwerkingtreding van de WWZ is het BBA 1945 vervallen en kan bij een overeenkomst van opdracht dus geen sprake meer zijn van een arbeidsverhouding waarvoor het toestemmingsvereiste geldt) en zonder vergoeding. De verzoeken van de werknemers om toekenning van de transitievergoeding, billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW en de vergoeding vanwege onregelmatig ontslag zouden in dat geval hoe dan ook zijn afgewezen.