

ANNOTATIE

# De rechtspositie van de vrijwilliger behoeft principiële doordenking

*mr. dr. G.W. van der Voet*

## 1. Inleiding

Nederland kende volgens de cijfers van het CBS in 2010 maar liefst 5,8 miljoen vrijwilligers: 45% van de Nederlandse inwoners vanaf 18 jaar had in 2010 vrijwilligerswerk gedaan voor een maatschappelijke organisatie (sportverenigingen, kerken, moskeeën, scholen, zorginstellingen enz.). De vrijwilligers zetten zich daarvoor gemiddeld 3,7 uur per week in. Ondanks dit indrukwekkende aantal bestaat nog aardig wat onduidelijkheid omtrent de rechtspositie van de vrijwilliger. Dit bleek onlangs weer eens uit twee rechterlijke uitspraken: één met betrekking tot een ‘vallende vrijwilliger’ en één met betrekking tot een ‘gulle vrijwilliger’. Beide uitspraken zullen in dit commentaar kort worden besproken.

## 2. De vallende vrijwilliger

*Feiten*

Een vrijwilliger bij scoutingvereniging Henk Brunt Groep (hierna: ‘de scouting’) hangt aan een kabelbaan op het scoutingterrein – die hij aan het uitproberen is alvorens de kinderen daarvan gebruik zullen maken – als hij plotseling van 6½ meter hoogte op de stenen ondergrond van het terrein valt. Hij loopt daarbij een gebroken rug en een schedelbasisfractuur op, evenals rugpijn, volledige incontinentie en andere urologische problemen die een blijvend letsel vormen.

De exacte, technische oorzaak van zijn val is (vooralsnog) onduidelijk, zij het dat het vermoeden bestaat dat de constructie van de kabelbaan ondeugdelijk was. Gezien de hoogte van de kabelbaan kon de kabelbaan in ieder geval als gevaarlijk worden beschouwd. Vaststaat dat er veiligheidstuigjes voorhanden waren, maar dat de vrijwilliger die niet had gebruikt. Deze waren (volgens de vrijwilliger) alleen voor de kinderen verplicht gesteld. Er waren verder

geen veiligheidsinstructies door de scouting gegeven. Evenmin werd er toezicht op het gebruik van veiligheidstuigjes door de scouting uitgeoefend.

In een deelgeschilprocedure stelt de vrijwilliger de scouting en verzekeraar ASR aansprakelijk voor zijn schade. Hij baseert zijn vordering tot schadevergoeding daarbij primair op artikel 7:658 lid 4 BW, dat luidt:

‘Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt (...).’

Subsidiar baseert de vrijwilliger zijn vordering op artikel 6:162 BW.

#### *Oordeel Rechtbank Utrecht*

De Rechtbank Utrecht oordeelt bij vonnis van 14 december 2012 dat de vrijwilliger geen beroep kan doen op artikel 7:658 lid 4 BW. Hoewel een vrijwilliger volgens de rechtbank onder omstandigheden onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW kan vallen, is het enkele feit dat de vrijwilliger in casu werkzaam was voor de scouting onvoldoende voor toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW. De scouting is volgens de rechtbank namelijk niet gelijk te stellen met een werkgever/opdrachtgever die ten behoeve van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten. Zo is de scouting niet gericht op economisch profijt en houdt zij zich uitsluitend bezig met vrijetijdsbesteding waarvan de inhoud geheel door vrijwilligers wordt bepaald en wordt georganiseerd. Bovendien bestaat de scouting volledig uit leden – onder wie leden die op vrijwillige basis (tevens) als leiders betrokken zijn bij de vereniging – zonder dat daarbij sprake is van een gezagsverhouding op vergelijkbare wijze als in de verhouding werkgever-werknemer.

Wel acht de rechtbank de scouting aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank komt tot dit oordeel aan de hand van de ‘Kelderluik-criteria’ (HR 5 november 1965, NJ 1966, 136). Een activiteit op hoogte betreft volgens de rechtbank namelijk per definitie een gevaarlijke situatie, zodat een bepaalde zorgplicht op de scouting rustte. Uit het feit dat geen noodzakelijke veiligheidsmaatregelen waren getroffen – de vrijwilliger droeg geen veiligheidstuig, terwijl dit wel beschikbaar was en voor de kinderen verplicht was gesteld – was deze zorgplicht volgens de rechtbank geschonden. Het feit dat de vrijwilliger uit zichzelf geen veiligheidstuig heeft gebruikt, kan hem volgens de rechtbank anderzijds wel worden toegerekend. De schadevergoedingsplicht van de scouting dient om die reden in beginsel met een derde te worden verminderd. Deze causaliteitsverdeling stelt de rechtbank vervolgens bij op grond van de billijkheid tot 90% aansprakelijkheid van de scouting vanwege de ernst van

het letsel van de vrijwilliger en het feit dat de scouting voor de schade is verzekerd.

*Commentaar*

De vraag die in deze zaak centraal staat is of de ‘vallende vrijwilliger’ in het ‘vangnet’ van artikel 7:658 lid 4 BW valt, of via ‘het Kelderluik’ verdwijnt in het algemene verbintenissenrecht. Nadeel van de tweede situatie is – zo blijkt ook uit het onderhavige geval – dat de schade al gauw voor een deel aan de gelaedeerde wordt toegerekend op grond van eigen schuld (artikel 6:101 BW).

De rechtbank oordeelt dat deze vrijwilliger geen beroep op de bescherming van artikel 7:658 lid 4 BW toekomt. Deze uitspraak is opmerkelijk omdat de Hoge Raad onlangs nog een ruime uitleg gaf aan artikel 7:658 lid 4 BW, waardoor ook zzp’ers een beroep op deze bepaling kunnen doen (HR 23 maart 2012, LJN BVo616, *JIN* 2012/72, m.nt. Houweling en *AV&S* 2012/11, m.nt. Houweling en Schneider). In de twee eerdere uitspraken in de lagere jurisprudentie die specifiek zien op de situatie waarin een vrijwilliger een beroep doet op artikel 7:658 lid 4 BW – te weten een vrijwilliger, werkzaam bij een dierenasiel, die door een herdershond was gebeten (Hof Arnhem 11 januari 2005, *JAR* 2005/47) en een vrijwilliger, werkzaam bij een manege, die van een paard was afgevallen (Rb. Haarlem 28 april 2010, LJN BM6402, *JIN* 2010/506, m.nt. Houweling; Hof Amsterdam 29 maart 2011, LJN BQ2718; *JAR* 2011/148) – werd dit beroep bovendien door zowel het hof als de rechtbank gehonoreerd.

De rechtbank is van oordeel dat in de onderhavige situatie geen sprake is van een organisatie die ‘in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten’ in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW en voert daartoe de volgende argumenten aan.

1. de scouting is niet gericht op economisch profijt;
2. de scouting bestaat uitsluitend uit vrijwilligers;
3. er was geen sprake van een gezagsverhouding tussen de scouting en de scoutingleiders (waaronder de vrijwilliger) zoals in de verhouding tussen een werkgever en een werknemer.

Het eerste en het derde argument lijken niet bepaald sterk. Zo valt niet in te zien waarom een dierenasiel wel op economisch profijt zou zien en een scouting niet. De afwezigheid van een gezagsverhouding (voor zover daarvan al daadwerkelijk sprake was) lijkt, gezien het arrest van de Hoge Raad in de zaak Davelaar/Allspan – waarin een zzp’er een beroep toekwam op artikel 7:658 lid 4 BW –, voorts niet relevant (meer). (Zie eerder in gelijke zin J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, p. 107 en 108.)

Het tweede argument ziet op de grondgedachte die aan deze bepaling ten grondslag ligt, te

weten dat de vrijheid van degene die een beroep of bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt (*Kamerstukken I* 1998/99, 25 257, nr. 110b, p. 7). Zo wordt gesproken over ‘werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten’ (*Kamerstukken II*, 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 15). In de literatuur wordt naar aanleiding van deze passages wel onderscheid gemaakt tussen vrijwilligers werkzaam bij een organisatie die ook werknemers in dienst heeft en vrijwilligers werkzaam bij een organisatie waarbij alleen vrijwilligers werken (zie o.a. B.M. Paijmans, ‘De vrijwilliger lijdt schade’, in: Bosselaar en Strengers Advocaten, *Vrijwilliger en schade, wie is aansprakelijk?*, p. 30 en 31). Dit onderscheid wordt door de rechtbank in de onderhavige zaak overgenomen. Om die reden ging de vergelijking met de zaak van de vrijwilliger werkzaam bij het dierenasiel volgens de rechtbank niet op, aangezien het dierenasiel werknemers in dienst had en de scouting niet (r.o. 4.9). De vraag is echter of deze passages uit de parlementaire geschiedenis zo letterlijk moeten worden uitgelegd en of het niet veel meer gaat om de abstracte dan de feitelijke mogelijkheid dat de scouting de door de vrijwilligers verrichtte werkzaamheden ook door werknemers had kunnen laten verrichten.

Feit is in ieder geval dat de Hoge Raad blijkens het arrest Davelaar/Allspan veel gewicht toekent aan de beschermingsgedachte die aan artikel 7:658 lid 4 BW ten grondslag ligt. Niet goed valt in te zien waarom een zzp’er wel voor die bescherming in aanmerking zou kunnen komen en de onderhavige vrijwilliger niet. Een verklaring voor dit verschil kan eventueel worden gezocht in het feit dat Allspan een professionele organisatie is, daar waar de scoutingvereniging louter uit vrijwilligers – en dus uit amateurs – bestaat. Dit onderscheid had de rechtbank echter ook tot uitdrukking kunnen brengen bij de inkleuring van de zorgplicht ex artikel 7:658 lid 1 BW (in die zin dat op de professionele organisatie een verdergaande zorgplicht rust dan op een vrijwilligersorganisatie). Voor de keuze de vrijwilliger werkzaam bij een organisatie van louter vrijwilligers ook onder de werkingssfeer van artikel 7:658 lid 4 BW te brengen, pleit tevens de veel ruimere uitleg die wordt gegeven aan de zinsnede ‘in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf’ zoals opgenomen in de artikelen 6:170 en 6:171 BW met betrekking tot de aansprakelijkheid voor ondergeschikten en hulppersonen. Daarbij is namelijk al voldoende voor het aannemen dat sprake is van een ‘bedrijf’, dat naar buiten toe wordt opgetreden als eenheid (zie daarover ook R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 298 en zie F.T. Oldenhuis, *Groene Serie onrechtmatige daad*, art. 6:170 BW, 62). Terecht merkt Schneider in zijn annotatie bij de onderhavige uitspraak (in *JIN* 2013/44) op, dat niet te verdedigen valt dat een vrijwilligersorganisatie eerder aansprakelijk is voor de vermogensschade veroorzaakt door een

vrijwilliger aan een derde, dan voor de letselschade die de vrijwilliger zelf in uitoefening van zijn werkzaamheden voor de vrijwilligersorganisatie lijdt.

Concluderend kan dan ook gesteld worden dat wij de vrijwilliger ‘niet moeten laten bungelen’: hij verdient op dit punt dezelfde bescherming als de uitzendkracht, de zzp’er en de stagiair.

### **3. De gulle vrijwilliger**

#### *Feiten*

De stichting DWN Service (hierna: ‘DWN’) maakt deel uit van de Stichting Christelijke Gemeente Nederland en behartigt de belangen van de geloofsgemeenschap. De leden van de geloofsgemeenschap dragen bij aan de doelstelling van de geloofsgemeenschap door (onder meer) gratis arbeid te verrichten via DWN. DWN neemt projecten/werken aan van gerenommeerde klanten, waaronder grootwinkelbedrijven. Het betreft vooral laaggeschoolde werkzaamheden, zoals inventarisatie, winkelombouw, winkelinrichting en schoonmaakwerk. De opdrachtgevers betalen voor de werkzaamheden aan DWN, hetzij in de vorm van een vooraf overeengekomen totaalprijs, hetzij op basis van het aantal werkelijk gewerkte uren tegen een vooraf overeengekomen uurtarief. De werkzaamheden worden feitelijk verricht door leden van de geloofsgemeenschap. Aan deze vrijwilligers, die allen afstand hebben gedaan van iedere aanspraak op loon, wordt geen loon betaald. DWN plaatst de aangenomen opdrachten op haar website. Via de website kunnen leden van de geloofsgemeenschap zich aanmelden voor de werkzaamheden. DWN organiseert de werkzaamheden.

Op basis van deze feiten stelt de Inspecteur van de Belastingdienst (hierna: ‘de Inspecteur’) zich in de onderhavige zaak op het standpunt dat de vrijwilligers in privaatrechtelijke dienstbetrekking staan tot DWN, zodat zij premies voor hen moet afdragen. DWN gaat tegen de opgelegde naheffingsaanslag in bezwaar en beroep.

De Rechtbank Arnhem stelt de Inspecteur bij vonnis van 10 juli in 2010 (nr. 12/00736) echter in het gelijk. De vrijwilligers hebben volgens de rechtbank afstand gedaan van hun recht op loon, onder de voorwaarde dat het loon wordt overgemaakt aan een stichting die het geld besteedt aan een goed doel. Er wordt dus niet gratis gewerkt, aldus de rechtbank, zodat sprake is van een dienstbetrekking en loonbelasting is verschuldigd.

Tegen dat vonnis gaat DWN in hoger beroep.

#### *Oordeel Gerechtshof Arnhem*

Het Hof Arnhem wijst er in zijn arrest van 5 maart 2012 in lijn met de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad allereerst op dat bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de

criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, acht wordt geslagen op alle omstandigheden van het geval in onderling verband gezien (zie HR 17 februari 2012, LJN BU8926 (Notarissen)). Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven (vgl. HR 25 maart 2011, LJN BP3887 (Gouden Kooi)). Voorts is niet één enkel kenmerk beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband worden gezien (zie HR 14 november 1997, LJN ZC2495, *NJ* 1998, 149, onderdeel 3.4 (Groen/Schoevers), en HR 13 juli 2007, LJN BA6231, *NJ* 2007, 449, onderdeel 3.5 (STR/PGGM)).

Vervolgens stelt het hof vast dat in het onderhavige geval in het bijzonder in geschil is of sprake is van loon. Het hof wijst erop dat onder loon dient te worden verstaan 'de vergoeding die de werkgever aan de werknemer verschuldigd is ter zake van de bedongen arbeid' (HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 242, en HR 12 oktober 2001, *NJ* 2001, 635). In het onderhavige geval is tussen DWN en de vrijwilligers echter nimmer overeengekomen dat enige vergoeding voor de arbeid aan de vrijwilligers verschuldigd is. Een dergelijke vergoeding heeft DWN dan ook nimmer aan de vrijwilligers betaald.

Noch de omstandigheid dat de vrijwilligers arbeid met een economische waarde verrichten, noch de omstandigheid dat een derde voor die arbeid ook daadwerkelijk aan DWN betaalt, brengt naar het oordeel van het hof mee dat DWN zich jegens de vrijwilligers heeft verplicht een vergoeding voor die arbeid te betalen. Daaraan doet niet af dat de vrijwilligers zich van de waarde van hun arbeid bewust waren, maar niettemin nalieten een beloning te bedingen, omdat zij DWN wilden bevoordelen. Het Hof oordeelt dan ook:

'De werkers zien af van een aanspraak van loon en niet, zoals de Inspecteur het kennelijk ziet, van loon waarop zij aanspraak kunnen maken. Er is derhalve geen sprake van een dienstbetrekking in de zin van art. 7:610 BW.'

#### *Commentaar*

Bovengenoemde zaak betreft een geschil ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst die de werkenden in kwestie met DWN hadden gesloten. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient daarbij te worden gekeken naar de bedoeling van partijen en naar de wijze waarop zij aan die bedoeling feitelijk invulling en uitvoering hebben gegeven. De partijbedoeling was in casu duidelijk. De werkenden beschikken zelfs over een vrijwilligersspas, waarop onder meer staat:

‘Ik verklaar dat ik voor DWN Service werk als vrijwilliger en afstand heb gedaan van iedere aanspraak op loon. (...) DWN Service voert (...) werkzaamheden uit met behulp van vrijwilligers die afstand hebben gedaan van iedere aanspraak op loon.’

Voorts is op overeenkomstige wijze uitvoering aan deze partijbedoeling gegeven, aangezien nooit loon aan deze werkenden is uitbetaald. Een eenvoudige zaak, zo lijkt het. Waarom stelde de Inspecteur zich dan toch op het standpunt dat sprake was van een arbeidsovereenkomst en werd hij in eerste aanleg in het gelijk gesteld?

De reden daarvoor zal ongetwijfeld zijn gelegen in het feit dat de Belastingdienst belastinggeld misloopt door deze constructie: DWN zal weliswaar omzetbelasting moeten betalen over de opbrengst van de werkzaamheden die de vrijwilligers via DWN voor derden verrichten, maar die belastinginkomsten zijn natuurlijk beduidend lager dan de belastinginkomsten uit loonheffing die de Inspecteur had kunnen heffen, als de vrijwilligers rechtstreeks betaalde werkzaamheden voor derden hadden verricht en het door hen verdiende geld vervolgens aan DWN hadden geschonken. In een poging door deze constructie heen te prikken, interpreteert de Inspectie de ‘afstand van recht’, waar in de vrijwilligersspas melding van wordt gemaakt, als een cessie van het recht op loon aan DWN.

In geval van cessie van loon, wordt loon ‘genoten’, zo blijkt uit een arrest van de Hoge Raad met betrekking tot een management-bv waaraan de werknemer zijn loonbetalingen cedeert (HR 18 december 1991, *BNB* 1992/145). Op een vergelijkbare wijze oordeelde het Hof Amsterdam op 30 oktober 2003 (LJN AN7310) ten aanzien van werknemers die meededen aan een liefdadigheidsactie van hun werkgever (de actie ‘Geef een uur’). Zij konden in december 2000 onvoorwaardelijk en definitief afstand doen van het aan het laatste uur van dat jaar toerekenbare loon, in ruil waarvoor de werkgever de verplichting op zich nam het totale (bruto)bedrag aan salaris waarvan was afgezien, te verdubbelen en te verdelen over vijf goede doelen. De betreffende werknemers hadden volgens het hof een voordeel uit hun dienstbetrekking tot hun werkgever genoten, welk voordeel bestond uit de schenkingen die de werkgever vanwege hun deelname had gedaan. Het moment van de betaling van de schenking, in januari 2001, diende te worden aangemerkt als het genietingsmoment.

De Inspectie baseert haar oordeel in ieder geval op jurisprudentie met betrekking tot salarissen en vermogensinkomsten die krachtens de regels van een geestelijke orde door leden van die orde aan de orde moesten worden afgestaan (o.a. HR 4 november 1959, *BNB* 1959/380 en HR 16 april 1969 *BNB* 1969/115). In deze zaken ging het om personen die hun inkomsten uit arbeid eerst zelf ontvingen en vervolgens afstonden aan de orde waartoe zij behoren. Op grond van vaste jurisprudentie worden de desbetreffende inkomsten geacht te zijn genoten door degene aan wie zij oorspronkelijk toekwamen.

De bovengenoemde casus is echter een andere. Hoewel wordt gesproken over het doen van 'afstand van recht', is het blijkens de feitelijke invulling en uitvoering van de overeenkomst, duidelijk niet de bedoeling van partijen geweest een recht op loon voor de vrijwilligers te bedingen. Een recht dat nooit tot stand is gekomen, kan vervolgens niet worden afgestaan (c.q. geschonken en gecedeerd). Het oordeel van het hof is mijns inziens dan ook juist (zie eerder in gelijke zin W.A Zondag, 'De vrijwilliger', in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet, *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: BJu 2012, p. 646 en 647).

#### **4. Een nog (verder) te ontginnen (deel)gebied van het arbeidsrecht**

Beide in dit AR Commentaar besproken uitspraken illustreren dat de rechtspositie van de vrijwilliger alles behalve helder is. Tot die conclusie kwam eerder ook Zondag in zijn wetenschappelijke bijdrage over de rechtspositie van de vrijwilliger (W.A. Zondag, 'De vrijwilliger', in: A.R. Houweling en G.W. van der Voet, *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: BJu 2012, p. 641 e.v.). Zondag geeft daarin aan redenen te zien voor het gedeeltelijk onder de bescherming van het arbeidsrecht brengen van de vrijwilliger. Het gaat dan om arbeidsrechtelijke bescherming die zo fundamenteel van aard is, dat deze ook aan niet-werknemers dient toe te komen. Voor een deel komt de vrijwilliger deze bescherming al toe (denk aan het recht op gelijke behandeling, bescherming van persoonsgegevens, werkgeversaansprakelijkheid en arbeidstijdenbescherming). De vraag is of deze bescherming moet worden uitgebreid. Om deze vraag goed te kunnen beantwoorden is een principiële doordenking van de rechtspositie van de vrijwilliger gewenst.