

Bestaat er een Europees werknemersbegrip?

TRA 2021/3

In verschillende plaatsen in het Europees Verdrag, verordeningen en richtlijnen wordt de term ‘werknemer’ gebruikt. Hierover is inmiddels een aanzienlijk aantal arresten gewezen door het Hof van Justitie. Hier wordt onderzocht of er inmiddels een uniform Europees werknemersbegrip bestaat. Vervolgens wordt de vraag besproken of een Europees werknemersbegrip nuttig is om in het nationale recht werknemers te onderscheiden van zelfstandigen.

1. Inleiding

Het Hof van Justitie heeft in verschillende arresten het werknemersbegrip geïnterpreteerd. In par. 2 behandel ik deze jurisprudentie, en in par. 3 de poging tot codificatie ervan. Par. 4 behandelt de vraag welke betekenis deze heeft voor de doorwerking in het Nederlandse recht. Ten slotte gaat paragraaf 5 in op de vraag of we inmiddels kunnen spreken van een uniform Europees werknemersbegrip en of de tot dusver gewezen jurisprudentie nuttig is om in het nationale recht werknemers te onderscheiden van zelfstandigen, zoals door de Commissie-Borstlap bepleit.²

2. De jurisprudentie van het Hof over ‘werknemer’

2.1 De term ‘werknemer’ in het verdrag

2.1.1 Vrij verkeer van werknemers

Het werknemersbegrip is voor het eerst omschreven in arresten over het vrije verkeer van werknemers. In (wat nu is) art. 45 VWEU³ is ‘werknemer’ niet gedefinieerd, ook niet in secundaire wetgeving over vrij verkeer. Dit leidde tot de vraag in het *Lawrie-Blum*-arrest⁴ wat dit begrip inhoudt. De zaak betrof een Britse vrouw, die stage wilde lopen om leraar te worden. De stage kende een opleiding, en daarna een periode van maximaal elf lessen per week, eerst onder toezicht van een vakleraar en later zelfstandig. Kandidaten die tot de stage werden toegelaten, werden aangesteld als ambtenaar. *Lawrie-Blum* werd niet toegelaten, omdat zij de Duitse nationaliteit niet bezat, terwijl deze vereist is voor het ambtenaarschap.

Het Hof overwoog dat het vrije verkeer van werknemers een van de grondbeginselen van de Gemeenschap is; daarom mag het werknemersbegrip in art. 45 niet naar

gelang van het nationale recht verschillend worden uitgelegd. Het heeft daarentegen een communautaire inhoud en moet daarom ruim worden uitgelegd, omdat het de werkingsfeer van de fundamentele vrijheid van vrij verkeer bepaalt. Vervolgens noemde het Hof de criteria: iemand levert gedurende een bepaalde tijd prestaties voor een ander en onder diens gezag en ontvangt als tegenprestatie een vergoeding (hierna: *Lawrie-Blum*-formule). In deze zaak was aan de criteria volgens het Hof voldaan (in latere zaken liet het Hof de toepassing ervan over aan de verwijzende rechter). Met name de invulling van ‘gezag’ is van belang: omdat *Lawrie-Blum* onder het gezag en het toezicht stond van de school waarbij zij was ingedeeld, deze school de werkzaamheden en werktijden bepaalde en zij haar aanwijzingen moest opvolgen en haar reglementen moest naleven, achtte het Hof het gezagscriterium vervuld (r.o. 18). Argumenten ontleend aan organisatorische omstandigheden werden aldus gebruikt om ‘gezag’ in te vullen.

Het Hof overwoog dat voor de toepassing van art. 45 de aard van de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de werkgever niet ter zake doet. Ook ambtenaren kunnen daarom ‘werknemer’ zijn voor deze bepaling.

2.1.2 Gelijk loon voor mannen en vrouwen

Ook het artikel over gelijk loon van mannen en vrouwen in het Verdrag, momenteel art. 157 VWEU, spreekt over ‘werknemers’, zonder een definitie daarvan te geven. In het *Allonby*-arrest merkte het Hof op dat het begrip ‘werknemer’ afhangt van het instrument waarin het gebruikt wordt.⁵ Het is geen eenduidig begrip, maar varieert naar gelang van het gebied waarin het voorkomt. Bij het ontbreken van een definitie, zo vervolgt het Hof, moet rekening worden gehouden met de context van de term en de doelstellingen van het Verdrag. Aangezien het beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen een door het Gemeenschapsrecht beschermd grondrecht is, en tot de grondslagen van de Gemeenschap behoort, heeft het werknemersbegrip een communautaire draagwijdte en kan het niet strikt worden uitgelegd. We zien hier dezelfde redenering als in *Lawrie-Blum*. Sterker nog, het Hof hanteerde ook de *Lawrie-Blum*-formule in deze zaak. Een hogeschool had haar in deeltijd werkende docenten ontslagen en hun diensten weer ingehuurd via een bureau, waarbij zij als zelfstandigen stonden ingeschreven. Het Hof overwoog dat een persoon die naar nationaal recht formeel gezien een zelfstandige is, niettemin als een werknemer in de zin van art. 157 moet worden aangemerkt indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is. Bij docenten die in opdracht van een als tussenpersoon handelende onderneming een leeropdracht bij

¹ Frans Pennings is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Utrecht.

² *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk*, Den Haag 2020, p. 69-70.

³ Eenvoudshalve noem ik dit artikel, toentertijd was het art. 48 EG.

⁴ HvJ 3 juli 1986, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284.

⁵ HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18.

een hogeschool dienen te vervullen, moet met name worden onderzocht in hoeverre hun vrijheid om hun tijdschema en de plaats en de inhoud van hun werk te bepalen aan banden is gelegd. Dat zij niet verplicht zijn om een leeropdracht te aanvaarden, is in dit verband irrelevant (al eerder⁶ had het Hof geoordeeld dat ook personen met oproepcontracten werknemers waren). Ook in deze zaak noemde het Hof organisatorische criteria om te bepalen of er een gezagsrelatie is.

2.1.3 Mededinging en cao's

Organisatorische criteria om te bepalen of iemand werknemer was werden ook gehanteerd in het *FNV KIEM*-arrest.⁷ Hier betrof het niet een verdragsbepaling die de term 'werknemer' bevat, maar de interpretatie van de mededingingsbepalingen van het verdrag (momenteel art. 101 en 102 VWEU). Deze verbieden, kort gezegd, overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging beperken. In het *Albany*-arrest had het Hof geoordeeld dat mededingingsbepalingen geen betrekking hebben op cao-bepalingen die wegens hun aard en hun doel moeten worden geacht niet onder deze artikelen te vallen.⁸ Voor beoordeling van het doel van de overeenkomsten in de zin van dit arrest is van belang of zij rechtstreeks bijdragen aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van *werknemers*. Vandaar de relevantie van de interpretatie van 'werknemer'.

In *FNV KIEM* overwoog het Hof dat als de concertrempačanten, om wie het hier ging, ondernemingen zijn, cao-bepalingen die op hen betrekking hebben niet vanwege hun aard buiten het mededingingsrecht vallen. De zaak ligt echter anders, indien zij in werkelijkheid schijnzelfstandigen vormen, dat wil zeggen dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers. Het Hof haalde vervolgens de *Lawrie-Blum*-formule aan om werknemers te omschrijven. Ook nu overwoog het dat irrelevant is dat een persoon naar nationaal recht als zelfstandige is aangeworven. Van belang is of betrokkene onder leiding van zijn werkgever handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, hij niet deelt in de commerciële risico's van die werkgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.

Van belang is, aldus vervolgde het Hof, of de concertrempačanten zich in een ondergeschiktheidsrelatie met het betrokken orkest bevinden tijdens de duur van de contractuele verhouding en of zij vergeleken met werknemers die hetzelfde werk verrichten over gelijke zelfstandigheid en flexibiliteit beschikken voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van

uitvoering van de toevertrouwde taken, te weten de repetities en concerten.

Het Hof hanteerde hiermee een ruime interpretatie van de term 'gezag', door organisatorische criteria te hanteren, waarbij het aan de verwijzende rechter was om deze toe te passen op de situatie.

2.2 Richtlijnen betreffende sociale politiek

2.2.1 Richtlijnen zonder definitie van 'werknemer'

De *Arbeidstijdenrichtlijn* (Richtlijn 2003/88) definieert niet wie werknemer is. In *Isère* oordeelde het Hof dat, nu die definitie ontbreekt en er geen verwijzing is naar het nationale recht, het begrip 'werknemer' niet naargelang het nationale recht verschillend mag worden uitgelegd.⁹ Vervolgens paste het Hof de *Lawrie-Blum*-formule toe. In het *Matzak*-arrest werd een brandweervrijwilliger als werknemer voor deze Richtlijn beschouwd, omdat hij onder leiding van een andere persoon bepaalde activiteiten verrichtte waarvoor hij werd betaald.¹⁰

Een recente zaak over deze Richtlijn is *Yodel*.¹¹ Deze betrof een koerier die met zijn eigen auto pakketten bezorgde, aangeleverd door Yodel. Hij had het recht om zich te laten vervangen, mits de vervanger over dezelfde basale vaardigheden en kennis beschikte. Ondertussen bleef hij wel aansprakelijk voor diens handelen en nalaten. Hij moest de pakketten tussen 7.30 en 21.00 bezorgen, maar verder was hij vrij in de keuze van werktijden, de route en dergelijke. Yodel was niet verplicht om arbeid aan te bieden en de koeriers waren niet verplicht om opdrachten aan te nemen. Ze kregen een bedrag voor iedere bezorging, dat afhing van de plaats van bezorging.

Het Hof overwoog dat het de term 'werknemer' in de *Arbeidstijdenrichtlijn* al eerder had uitgelegd. Het handelde de zaak daarom met een gemotiveerde beschikking af. Al lijkt de uitspraak daarom niet belangrijk, toch is hij interessant. Het Hof paste de criteria, die het aan FNV KIEM ontleende, namelijk toe op de feiten van deze casus (al is het laatste woord aan de nationale rechter), waardoor het meer duidelijkheid gaf over de toepassing van de criteria. Het overwoog dat iemand werknemer is als hij onder leiding van de opdrachtgever handelt met betrekking tot zijn vrijheid om werktijden, plaats en inhoud van het werk te bepalen. Als iemand meer vrijheid dan een werknemer heeft bij deze onderdelen en ook de vrijheid heeft om eigen personeel aan te nemen, dan lijkt betrokkene meer op een zelfstandige. Vervolgens gaf het een voorzet voor de toepassing van deze criteria.

Omdat de koeriers grote vrijheid ten opzichte van hun opdrachtgever hadden, werd eerst onderzocht of die vrijheid reëel was. Is er een gezagsrelatie? Het Hof noemde de volgende omstandigheden. De koeriers hadden de mogelijkheid onderaannemers aan te nemen voor hun werk-

6 HvJ EG 26 februari 1992, zaak C-357/89, ECLI:EU:C:1992:87 (*Raulin*).

7 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411.

8 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430.

9 HvJ EU 14 oktober 2010, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612.

10 HvJ EU 21 februari 2018, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82.

11 HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288. Zie ook TRA 2020/84.

zaamheden. De opdrachtgever kon slechts beperkte controle, en slechts op basis van een puur objectief criterium, over de keuze van onderaannemers uitoefenen. De koeriers hadden een absoluut recht om de aan hen toegewezen werkzaamheden niet aan te nemen. Ze mochten voor elke derde partij werken, dus ook voor directe concurrenten van de opdrachtgever. Voorts waren de *time slots* waarbinnen de pakjes geleverd moesten worden enkel bepaald omdat dit voor de dienst nodig was. Midden in de nacht waren ze immers niet welkom bij de klant. Het Hof concludeerde dat de zelfstandigheid naar het leek niet fictief was, en dat er geen ondergeschiktheidsrelatie was met de opdrachtgever. Het eindoordeel werd aan de verwijzende rechter overgelaten.

Ook de *Richtlijn Collectief ontslag* (Richtlijn 98/59) en de *Zwangerschapsrichtlijn* (Richtlijn 92/85) kennen geen definitie van 'werknemer'. In het *Danosa*-arrest overwoog het Hof dat deze term een autonome en uniforme uitlegging moet krijgen. Vervolgens hanteerde het de *Lawrie-Blum*-formule. Omdat *Danosa*, lid van een directiecomité, regelmatig tegen vergoeding diensten verrichtte voor de vennootschap, die leden van dit comité benoemde en kon ontslaan, voldeed zij aan de voorwaarden om te worden aangemerkt als werknemer in de zin van de *Zwangerschapsrichtlijn*, ook al was zij geen werknemer volgens het nationale recht.¹²

2.2.2 Richtlijnen waarin wordt verwezen naar het nationale recht

De *Richtlijn overgang van onderneming* (Richtlijn 2001/23/EG) definieert werknemer als 'iedere persoon die in de lidstaat in kwestie krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer. Deze Richtlijn doet geen afbreuk aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking'. Het Hof sloot in zijn interpretatie hiervan aan bij het werknemersbegrip in het nationale recht, maar gaf hier wel een ruime betekenis aan. In het *Moreira*-arrest¹³ overwoog het dat uit de hierboven geciteerde bepalingen voortvloeit dat de Richtlijn beoogt werknemers te beschermen, maar het aan de lidstaten is om de werknemer en zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking in hun respectieve wettelijke regelingen te definiëren. De verwijzende rechter had opgemerkt dat de overeenkomst van betrokkene als vertrouwenspersoon werd beschouwd als een arbeidsovereenkomst, ook al kende deze functie minder ontslagbescherming dan andere arbeidsovereenkomsten. Het Hof oordeelde dat nu betrokkene een arbeidsovereenkomst had, ze 'werknemer' was in de zin van de Richtlijn; verschillen tussen werknemers naargelang van de inhoud of de kwaliteit van de bescherming zijn niet van belang, want anders zou Richtlijn 2001/23 ten dele haar nuttige werking worden ontnomen.

Tendens naar een Unierechtelijke benadering?

In sommige arresten zien we dat het Hof bij richtlijnen die voor het werknemersbegrip verwijzen naar nationale wetgeving Unierechtelijke randvoorwaarden hanteert voor hoe lidstaten de personenkring in de implementatie van de betreffende richtlijn mogen definiëren. De *Richtlijn betreffende bepaalde tijd-overeenkomsten* (Richtlijn 1999/70) bijvoorbeeld bepaalt dat zij van toepassing is op werknemers met een contract voor bepaalde tijd die werken uit hoofde van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding, als omschreven bij wet, cao's of gebruiken in iedere lidstaat. Uit een letterlijke lezing lijkt te volgen dat nationale wetgeving kan bepalen dat aanstellingen bij overheidsdiensten hier niet onder vallen. In het *Del Cerro Alonso*-arrest overwoog het Hof, dat gezien het belang van het gelijkebehandelingsbeginsel, aan de bepalingen van deze Richtlijn algemene gelding moet worden toegekend.¹⁴ Zij moeten immers worden beschouwd als bijzonder belangrijke voorschriften van communautair sociaal recht, die voor alle werknemers gelden als minimumbeschermingsvoorschriften. Het feit dat het nationale recht ze als overheidsfunctie aanmerkt is in dit verband niet relevant. De effectiviteit van de Richtlijn zou ernstig in gevaar worden gebracht wanneer lidstaten bepaalde categorieën personen van deze bescherming zouden kunnen uitsluiten.

Het Hof verwees hier naar de algemene gelding van het gelijkebehandelingsbeginsel en de noodzaak om het nuttig effect van de Richtlijn te realiseren en willekeurig handelen tegen te gaan om een Unierechtelijke benadering van het werknemersbegrip in deze Richtlijn te onderbouwen.¹⁵ Ook voor de *Richtlijn betreffende deeltijdcontracten* (Richtlijn 97/81) gaf het Hof Unierechtelijke randvoorwaarden voor implementatie van het werknemersbegrip. Dit zien we in het *O'Brien*-arrest,¹⁶ dat de uitsluiting van bepaalde groepen rechters van pensioenregelingen betrof. De personele werkingssfeer van deze Richtlijn is op dezelfde wijze geformuleerd als die van de Richtlijn betreffende bepaaldetijdcontracten, hierboven besproken. Het Hof overwoog dat de Richtlijn geen harmonisering van nationale voorschriften inzake deeltijdarbeidsovereenkomsten of deeltijdarbeidsverhoudingen beoogt, maar uitsluitend een algemeen kader wil vaststellen om een einde te maken aan de ongelijke behandeling van deeltijdwerkers. De term 'deeltijdwerkers die werken op basis van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding' moet daarom worden uitgelegd volgens het nationale recht. De lidstaten hebben hierbij echter geen onbeperkte bevoegdheid, zo vervolgde het Hof. Ook hier hanteerde het Hof het nuttig effect en het verbod van willekeur bij uitsluiting van bepaalde categorieën personen van de bescherming van de

¹² HvJ EU 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674.

¹³ HvJ EU 13 juni 2019, C-317/18, ECLI:EU:C:2019:499.

¹⁴ HvJ EG 13 september 2007, C-307/05, ECLI:EU:C:2007:509.

¹⁵ Zie voor een vergelijkbare benadering bij Richtlijn 96/34 (ouderschapsverlof), HvJ EU 16 september 2010, C-149/10, ECLI:EU:C:2010:534 (*Chatzi*).

¹⁶ HvJ EU 1 maart 2012, C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110.

Richtlijn als argumenten voor Unierechtelijke randvoorwaarden.

De Britse regering had betoogd dat rechters geen arbeids-overeenkomst hadden en dat het Britse recht niet een categorie ‘arbeidsverhouding’ kende. Het Hof antwoordde hierop dat met deze uitleg rechters bij voorbaat de bescherming van de Richtlijn wordt ontnomen. Om de nuttige werking van het beginsel van gelijke behandeling neergelegd in de Richtlijn te verzekeren, kan uitsluiting slechts worden aanvaard indien de betrokken arbeidsverhouding naar haar aard wezenlijk anders is dan die van werknemers. De verwijzende rechter moet dit beoordelen. Daarbij moet hij rekening houden met de afbakening van de categorie van deze rechters ten opzichte van zelfstandigen. Van belang hierbij is de wijze waarop rechters worden benoemd en uit hun ambt worden ontheven, en ook hoe hun werk is georganiseerd. Van rechters wordt verwacht dat zij op bepaalde tijden en gedurende bepaalde tijdvakken werken; ook is van belang dat zij recht hebben op betaling bij ziekte, moederschap en soortgelijke voordelen, hetgeen wijst in de richting van werknemerschap. We zien dat het werknemersbegrip geïnterpreteerd wordt door verwijzing naar hoe de positie van betrokkenen in het nationale recht is geregeld. Deze factoren worden geïnterpreteerd in het licht van de Richtlijn door de betreffende rechters te vergelijken met werknemers c.q. zelfstandigen. De term ‘arbeidsverhouding’ uit de Richtlijn wordt vervolgens gebruikt als aanknopingspunt om personen die niet op arbeidsovereenkomst werken, maar lijken op werknemers, onder de bescherming van de Richtlijn te brengen, ook al kent het nationale recht de rechtsvorm ‘arbeidsverhouding’ niet.

Het Hof gebruikte bij deze richtlijnen die naar het nationale recht verwijzen niet de autonome definitie van het Europese werknemerschap, de *Lawrie-Blum*-formule, maar gaf een interpretatie van ‘werknemer’ in het licht van het nationale recht en de Richtlijn; met andere woorden, het hanteerde een Unierechtelijke benadering.

In een recenter arrest verwees het Hof wel naar de *Lawrie-Blum*-formule in een richtlijn die verwijst naar nationaal recht. Het betrof de *Uitzendrichtlijn* (Richtlijn 2008/104). Hierin is ‘werknemer’ gedefinieerd als iedere persoon die in de betrokken lidstaat krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer (art. 3, lid 1a). Lid 1c definieert ‘uitzendkracht’ als een ‘werknemer met een arbeidsovereenkomst of *arbeidsverhouding* met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken’ (curs. van de auteur). In het betreffende arrest, *Ruhrlandklinik*,¹⁷ ging het om een vereniging van verpleegkundigen die hen detacheerde bij zorginstellingen, zoals ziekenhuizen. Ze hadden geen arbeidsovereenkomst met die vereniging. Het Hof overwoog dat volgens zijn rechtspraak hoofdkenmerk van een ar-

beidsverhouding is dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt. Hier wordt dus de *Lawrie-Blum*-formule gebruikt om ‘arbeidsverhouding’ te omschrijven. Omdat onder ‘uitzendkracht’, zoals in de Richtlijn gedefinieerd, ook werknemers met een ‘arbeidsverhouding’ met een uitzendbureau vallen, achtte het Hof de juridische kwalificatie van hun relatie met het uitzendbureau niet doorslaggevend om hen als werknemer te beschouwen. Het begrip ‘werknemer’ betreft derhalve, aldus het Hof, iedere persoon met een arbeidsovereenkomst zoals boven omschreven die in de desbetreffende lidstaat op grond van zijn arbeid wordt beschermd.

Om te bepalen of de verpleegsters in deze zaak een arbeidsovereenkomst hadden maakte het Hof een vergelijking: hun verhouding met het uitzendbureau verschilde niet wezenlijk van die van werknemers. Bovendien genoten ze een bepaald aantal rechten die gelijkwaardig waren aan die van werknemers volgens Duits recht, zoals ziekte- en ouderschapsverlof en medezeggenschap.

Voor de benadering in dit arrest hanteerde het Hof de inmiddels bekende argumenten: een beperking tot personen met een arbeidsovereenkomst zou de verwezenlijking van de doelstellingen van de Richtlijn in gevaar kunnen brengen en afbreuk doen aan het nuttig effect ervan.

3. De Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden

In de *Richtlijn betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden* (Richtlijn 2019/1152) wilde de Europese Commissie een omschrijving geven van de term ‘werknemer’ en op die manier de jurisprudentie van het Hof codificeren.¹⁸ Daarom is deze richtlijn interessant om te bespreken. Het Commissievoorstel bevatte de volgende definities. Volgens art. 2, lid 1a is ‘werknemer’ een natuurlijke persoon die gedurende een bepaalde periode tegen beloning prestaties verricht voor en onder gezag van een ander. Lid b definieert ‘werkgever’ als een of meer natuurlijke of rechtspersonen die direct of onrechtstreeks partij zijn bij een arbeidsrelatie met een werknemer.¹⁹ We herkennen de *Lawrie-Blum*-formule.

Bij de discussie over dit voorstel bleken sommige lidstaten bezwaren tegen deze definitie te hebben en de Raad van Ministers wees de definitie uiteindelijk af.²⁰ Kennelijk vond hij haar te ruim. Het Europese Parlement diende hierop amendementen in om de jurisprudentie van het Hof te codificeren.²¹

Art. 1, lid 2 van de aangenomen tekst luidt nu:

18 PB 2019, L 186.

19 COM (2017) 797.

20 Raad van Ministers, 2017/0355 van 14 juni 2018.

21 Ontwerpwetgevingsresolutie 2017/0355(COD).

17 Hvj EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

“Deze Richtlijn bepaalt minimumrechten die van toepassing zijn op elke werknemer in de Unie met een arbeidsovereenkomst of arbeidsrelatie²² zoals omschreven in het recht, de praktijk of de collectieve overeenkomsten die van kracht zijn in elke lidstaat, met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie.”

De Richtlijn bevat derhalve geen eigen definitie van werknemer, maar verwijst naar het nationale recht, met inachtneming van de jurisprudentie van het Hof.

Overweging 7 van de Preamble wil deze bepaling verduidelijken: op voorwaarde dat zij voldoen aan de criteria uit de arresten (genoemd worden o.a. de arresten *Lawrie-Blum*; *Isère*; *FNV KIEM*; en *Ruhrlandklinik*) zouden huishoudelijk personeel, oproepwerkers, gelegenheidswerkers, werknemers die werken op basis van een vouchersysteem, platformwerkers, stagiairs en jongeren met een leercontract binnen het toepassingsgebied van deze Richtlijn kunnen vallen. Deze formulering onderkent dus dat niet in alle gevallen deze arbeidsrelaties onder de Richtlijn vallen.

4. Betekenis van het Europese werknemersbegrip bij doorwerking in het nationale recht

Gelet op de hier beschikbare ruimte beperk ik me tot twee voorbeelden van doorwerking. In het arrest *Focus on Human BV* (FOH) van de Hoge Raad ging het om een verpleegkundige die een arbeidsovereenkomst had met FOH en op basis daarvan werd gedetacheerd bij een huisartsenpraktijk en een psychiatriepraktijk.²³ De arbeidsovereenkomst bevatte een concurrentiebeding; op overtreding daarvan stond een boete. Na een conflict met FOH ging hij als zzp'er aan de slag en bleef hij werken bij dezelfde huisartsenpraktijk en de psychiatriepraktijk. Vervolgens eiste FOH de boete wegens overtreding van het concurrentiebeding op.

De verpleegkundige deed een beroep op art. 9a Waadi, dat bepaalt dat degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt geen belemmeringen in de weg stelt voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de uitzendkracht en inlener. Dit artikel, ook wel belemmeringenverbod genoemd, werd ingevoerd ter implementatie van art. 6, lid 2 Uitzendrichtlijn: ‘de lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat eventuele bepalingen die het sluiten van een arbeidsovereenkomst of *het tot stand komen van een arbeidsverhouding* tussen de inlenende onderneming en de uitzendkracht na afloop van zijn uitzendopdracht verbieden of verhinderen, nietig zijn of nietig kunnen worden verklaard.’ (curs. van de auteur). De kwestie betrof hier niet de vraag of betrokkene een (Europese) werknemer was, maar of het belemmeringenverbod ook de totstandkoming van opdrachtovereenkomsten betreft.

De Hoge Raad overwoog dat art. 6, lid 2 Uitzendrichtlijn ook de totstandkoming van een arbeidsverhouding noemt. Art. 9a Waadi moet daarom in overeenstemming met genoemd artikel worden uitgelegd, en daarom gelezen worden als ‘arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding’. Na een uitgebreide weergave van overwegingen uit het *Ruhrlandklinik*-arrest overwoog hij dat de jurisprudentie over het Europese werknemerschap van belang is om het begrip arbeidsverhouding te interpreteren.

De annotatoren bij deze uitspraak zijn kritisch over deze uitspraak. Zo schrijft Houweling dat: ‘Het gemak waarmee de Hoge Raad ‘arbeidsovereenkomst’ richtlijnconform interpreteert als ‘arbeidsverhouding’ valt op.’²⁴ Hij vraagt zich af of dit een *contra legem*-interpretatie is. Dekker wijst er terecht op dat de Hoge Raad ‘arbeidsovereenkomst’ niet als ‘arbeidsverhouding’ heeft geïnterpreteerd, maar art. 9a Waadi heeft aangevuld. Hij vindt deze aanvulling echter op gespannen voet staan met het rechtszekerheidsbeginsel.²⁵ Ook Laagland vindt dit een ‘heel vrije toepassing van richtlijnconform interpreteren’ en wegens de rechtsonzekerheid niet toegestaan.²⁶

Deze eensgezinde afwijzing is opvallend, aangezien de interpretatie juist goed aansluit bij de jurisprudentie van het Hof. A-G De Bock wijst er in haar conclusie terecht op dat voor de vraag of het nationale recht een richtlijnconforme uitleg toelaat, niet zonder meer de letterlijke tekst van de wet van belang is.²⁷ In plaats van te onderzoeken of in een wetsbepaling het woord ‘arbeidsverhoudingen’ voorkomt, verlangt richtlijnconforme benadering een interpretatie waarin de bescherming van de Richtlijn wordt gerealiseerd. Het Hof van Justitie heeft weliswaar uitgaakt dat de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en niet kan dienen als grondslag voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht.²⁸ Deze beperkingen werden echter geformuleerd in het *Pupino*-arrest, waarin overwogen werd dat het in strijd met de rechtszekerheid zou zijn indien strafrechtelijke aansprakelijkheid zou worden uitgebreid op basis van richtlijnconforme interpretatie.²⁹ Dat het legaliteitsbeginsel dergelijke uitbreiding verhindert is wat anders dan rechtsonzekerheid die ontstaat als gevolg van richtlijnconforme uitleg van het werknemersbegrip. Die laatste uitleg kan inderdaad ook tot onzekerheid leiden, maar dat is geen onzekerheid die het onmogelijk maakt richtlijnconform te interpreteren. Nu de Hoge Raad tekst van art. 9a Waadi niet doorkruiste, maar slechts aanvulde, kon hij

²² In vertalingen van ‘employment relationship’ worden ‘arbeidsverhouding’ en ‘arbeidsrelatie’ door elkaar gebruikt.

²³ HR 14 maart 2017, ECLI:HR:HR:2017:689.

²⁴ A.R. Houweling, *AR-Updates.nl* 2017-0466.

²⁵ F.M. Dekker, ‘Het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi’, *TRA* 2017/74.

²⁶ Annotatie in *JAR* 2017/136.

²⁷ ECLI:NL:PHR:2017:46, 16/01359, nrs. 9.5 en 9.2.

²⁸ Hier is niet de ruimte om dit leerstuk uitvoerig te behandelen, zie hiervoor de conclusie (vorige noot), par. 9.

²⁹ HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.

tot deze interpretatie komen zonder *contra legem* te gaan.³⁰

Het tweede voorbeeld van doorwerking van het Europese werknemersbegrip is te vinden in de *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers* van de Autoriteit Consument en Markt (laatste versie juli 2020). Deze leidraad is vastgesteld naar aanleiding van maatschappelijke discussies dat sommige groepen zzp'ers een zwakke positie hebben op de arbeidsmarkt. Een poging om door middel van cao-bepalingen hun positie te versterken in de Cao voor remplaçants bij symfonieorkesten was eerder door de rechtsvoorganger, de Nederlandse Mededingingsautoriteit, afgeschoten. Dit leidde tot het *FNV KIEM*-arrest, hierboven besproken. Mede als vervolg hierop heeft de ACM in genoemde *Leidraad* voor een andere benadering gekozen en de criteria van het Hof voor schijnzelfstandigen uitgewerkt.

Indien de zelfstandigheid van de zzp'er slechts fictief is, wordt hij, aldus de ACM, voor de doeleinden van de Mededingingswet voor de betreffende werkzaamheden niet aangemerkt als een onderneming. Het kartelverbod is dan niet van toepassing op tariefafspraken met andere schijnzelfstandigen; zij kunnen ook (mee)profiteren van cao-afspraken.

De ACM hanteert als criterium voor schijnzelfstandige of de zzp'er zich in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van werknemers. Als vuistregel geldt daarvoor dat zij feitelijk 'zij-aan-zij' werken met één of meer werknemers en in de dagelijkse gang van zaken niet van hen te onderscheiden zijn. De ACM voegt hieraan toe: zzp'ers kunnen ook in dezelfde situatie verkeren als werknemers die niet bij dezelfde opdrachtgever werken, maar bij andere ondernemingen die actief zijn in dezelfde sector. Het kan ook gaan om zzp'ers die hun arbeid aanbieden via internetplatforms. Platforms kunnen verschillende vormen hebben waarin ze de vraag van consumenten en het aanbod van zelfstandigen bij elkaar brengen. Voor de toepassing van de zij-aan-zij regel moet de situatie van de zzp'er die via een online-platform werkt, worden vergeleken met die van werknemers van de ondernemingen in de betreffende branche. Een maaltijdbezorger die via een platform zijn diensten aanbiedt moet dus worden vergeleken met maaltijdbezorgers die in loondienst zijn bij bijvoorbeeld een pizzeria.

Terwijl in *FNV KIEM* een vergelijking wordt gemaakt tussen zelfstandigen die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever (r.o. 42), wordt nu een vergelijking gemaakt met werknemers bij

een andere werkgever, en wordt niet de vraag gesteld of de werknemers wel opgenomen zijn in de betreffende onderneming, het platform. De uitbreiding door de ACM lijkt me echter wel verdedigbaar, aangezien de criteria dienen om te bepalen of de betreffende werkers meer op werknemers dan zelfstandigen lijken; ook in *Yodel* gebeurde de vergelijking met werknemers/zelfstandigen buiten de onderneming. Wel is de vergelijking met outsiders veel moeilijker dan met werknemers in dezelfde onderneming. Zoals de *Leidraad* opmerkt, geldt de uitzondering van het kartelverbod alleen voor werkzaamheden die aan de criteria voldoen. Toepassing is dus in hoge mate casuïstisch. Of platformwerkers daadwerkelijk tariefafspraken gaan maken is een andere zaak.³¹

5. Conclusies

Het Hof interpreteert de term 'werknemer' van EU-instrumenten om werkenden de bescherming van de betreffende regeling te geven. Het is mogelijk dat iemand voor de ene EU-regeling wél werknemer is en voor een andere niet. Omdat het Europese werknemersbegrip derhalve van belang is om betrokkene toegang tot bescherming van een bepaalde EU-regeling te geven, is niet van belang of hij een werkgever heeft. Zo kan iemand die volgens nationaal recht niet-werknemer is, zoals Allonby en Danosa, voor een Europese regeling 'werknemer' zijn. Het Europese werknemerschap vormt als het ware een derde dimensie voor personen die arbeid verrichten. Het vervult daarmee een andere rol dan een nationaal werknemersbegrip, dat immers geldt als algemeen toegangsbiljet voor werknemersbescherming, zoals het hele pakket van boek 7 titel 10 BW.

Qua inhoud kunnen we concluderen dat als een regeling of bepaling het werknemersbegrip niet omschrijft, het Hof het autonome werknemersbegrip hanteert uit *Lawrie-Blum*. Het Hof vat dit samen als: iemand levert prestaties voor een ander en onder diens gezag en ontvangt als tegenprestatie een vergoeding. Met name het onderdeel 'gezag' heeft een eigen betekenis gekregen in de jurisprudentie. Het citeren van deze formule los van die context kan daarom tot misverstanden leiden. Een omschrijving die de jurisprudentie vollediger probeert samen te vatten, zou de volgende kunnen zijn: 'iemand is werknemer indien hij onder leiding van een ander handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, tegen loon prestaties verricht, en tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt.'

Als een EU-regeling wél naar het nationale recht voor het werknemersbegrip verwijst, wordt geen Unierechtelijke definitie, maar een Unierechtelijke benadering gehanteerd voor de interpretatie ervan. De uitkomst kan varië-

30 Nog afgezien van de mogelijkheid om ook op andere gronden dan art. 9a Waadi de bestreden clausule aan te pakken, zie de conclusie vermeld in noot 27. Zie over richtlijnconforme interpretatie ook S.S.M. Peters, & H. de Waele, 'Het Europese failliet van de Nederlandse pre-pack: Estro herbekeken door de lens van het EU-recht – met bijzondere aandacht voor de doorwerkingsaspecten', *TRA* 2018/12. Als we deze ruimte voor richtlijnconforme interpretatie accepteren komen we niet toe aan de vraag of art. 15 van het Handvest hier ingeroepen kan worden om tot een uitleg van het nationale recht conform EU-recht te komen.

31 Zie echter de avv-verklaarde cao Toneel en Dans 1-1-2020 – 31-12-2021, art. 14, lid 6.

ren naar gelang de richtlijn. Net als bij richtlijnen die geen omschrijving hebben over het werknemersbegrip, is bij richtlijnen die dat wel hebben de doelstelling van de regeling van groot belang. Betreft die een fundamenteel beginsel, dan moet de personenkring ruim worden uitgelegd. Dit gebeurt door aan te sluiten bij het nationale recht: welke categorieën worden als werknemer beschermd door het nationale arbeidsrecht (waarbij ook werknemersverzekeringen van belang zijn); lijkt de uitgesloten categorie daar zo op, dat de uitsluiting niet in overeenstemming met de betreffende richtlijn is? Hoe de rechtsbetrekking volgens nationaal recht heet, is niet van belang; het Hof hanteert de term ‘arbeidsverhouding’, als die in de richtlijn voorkomt, om de uitgesloten categorie alsnog onder de personenkring te brengen.

In *Ruhrlandklinik* vulde het Hof de term ‘arbeidsverhouding’, die voorkwam in de omschrijving van uitzendkracht, in met het autonome werknemersbegrip. Betekent dit nu dat er een uniform Europees werknemersbegrip aan het ontstaan is? Sommige auteurs schrijven dat valt te verwachten dat het Hof ook bij andere richtlijnen, zoals Richtlijn 2001/23 (overgang van onderneming), de benadering uit het *Ruhrlandklinik*-arrest zal volgen.³² Dit lijkt me echter nog geen uitgemaakte zaak als het Hof voor zijn interpretatie blijft vasthouden aan het belang van de doelstelling van de betreffende richtlijn, zoals het tot dusver consequent gedaan heeft. In het na *Ruhrlandklinik* gewezen *Moreira*-arrest, over de Richtlijn overgang van onderneming, overwoog het Hof dat het doel van deze Richtlijn is om de rechten van de werknemers bij verandering van ondernemer veilig te stellen en niet om deze rechten in voorkomend geval uit te breiden, en citeerde het niet de *Lawrie-Blum*-formule. Men zou kunnen zeggen dat het in de onderhavige casus ging om een arbeidscontract naar nationaal recht, zodat verwijzing naar het autonome werknemersbegrip ook niet nodig is. De uitdrukkelijke verwijzing naar het doel van de Richtlijn om bescherming van rechten van werknemers te bieden wijst er echter op dat het Hof geen uitbreiding tot behoud van rechten van bijv. personen die vrijwilligers en zzp'ers bij overgang van onderneming voor ogen heeft. De Richtlijn kent ook geen algemeen beginsel dat als gevolg van overgang nooit een rechtsbetrekking mag eindigen of contractvoorwaarden mogen veranderen. Voorts luidt art. 2 dat lidstaten van de werkingssfeer van de Richtlijn geen arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen mogen uitsluiten enkel op grond van het aantal gewerkte uren; omdat ze voor bepaalde tijd zijn of omdat het uitzendarbeidsbetrekkingen zijn. Andere overeenkomsten mogen dus kennelijk wel worden uitgesloten. Omdat dit type factoren, in lijn met de eerdere interpretatie door het Hof, een rol zal spelen,

verwacht ik niet dat een autonoom werknemersbegrip gaat worden gehanteerd voor *alle* richtlijnen.³³

De tweede vraag waarmee dit artikel begon is of het Europese werknemersbegrip bruikbaar is om in de Nederlandse context werknemers te onderscheiden van zelfstandigen. Het antwoord hierop is al impliciet gegeven. Het Europese werknemersbegrip is niet voor alle EU-instrumenten op dezelfde wijze gedefinieerd. Bovendien is het ook niet zo scherp omschreven, dat het in alle situaties voor het nationale recht zelfstandigen van werknemers kan onderscheiden. De omschrijving van het Hof geeft eerder handreikingen dan een definitie aan de nationale rechter; we zagen in *Yodel* dat de nationale rechter moeite heeft deze te hanteren.

Het Europese werknemersbegrip kan dus niet zomaar opgenomen worden in bijv. art. 7:610 BW of art. 9a Waadi. De verleiding om dat wel te doen is er wel, zeker als alleen de *Lawrie-Blum*-formule wordt vermeld. Deze komt in hoge mate overeen met de elementen van art. 7:610 BW. De formule moet echter wel geïnterpreteerd worden volgens de jurisprudentie. Anders ontstaat het risico dat vertalers ‘valse vrienden’ noemen.

De Commissie-Borstlap ontleende aan de verkorte omschrijving van het Europese werknemerschap de conclusie dat het verschil tussen het Nederlandse en Europese werknemersbegrip is, dat in Nederland ook de partijbedoeling een rol speelt (*Groen-Schoevers*-jurisprudentie). Ik meen dat voor het verminderen van de rol van de partijbedoeling bij het onderscheid werknemers/zelfstandigen het inroepen van het Europese werknemersbegrip niet echt nodig is.³⁴ Het probleem is bovendien dat het Europese werknemersbegrip verschillende andere categorieën kan omvatten dan alleen personen die enkel op basis van partijbedoeling als zelfstandige worden beschouwd. Ook vrijwilligers, ambtenaren, geestelijken, bestuurders van een vennootschap, handelsagenten, huishoudelijk werkers, etc. kunnen onder het Europese werknemersbegrip vallen, op voorwaarde dat ze aan de criteria voldoen. Dat maakt codificatie zo moeilijk.

Concluderend: het Europese werknemersbegrip draagt bij aan een ruimere toepassing van Europese sociale bescherming dan alleen voor personen werkzaam op arbeidsovereenkomst. Het creëert ook rechtsonzekerheid, hetgeen een onvermijdelijk effect is van de wijze waarop het zich ontwikkeld heeft.

32 Zoals F.G. Laagland (*JAR* 2017/136).

33 Zie ook V. Février, ‘The Concept of ‘Worker’ in the Free Movement of Workers and the Social Policy Directives: Perspectives from the Case Law of the Court of Justice’, *European Labour Law Journal*, 2020, p. 14; M. Risak en T. Dullinger, *The concept of ‘worker’ in EU law*. ETUI, Brussel, 2018, p. 18.

34 Zie ook HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.