

# Richtlijnconforme interpretatie van het Nederlands werknemersbegrip

mr. C.L. Waterman<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het Nederlands arbeidsrecht bestaat voor een substantieel gedeelte uit een implementatie van Europese richtlijnen. Op een lidstaat rust dan ook de plicht een richtlijn in de wetgeving te implementeren. Indien richtlijnen niet op de juiste wijze worden geïmplementeerd kunnen conflicten ontstaan tussen Europese en nationale regelgeving. Deze conflicten zien niet zelden op de personele werkingssfeer van het nationale arbeidsrecht. De lidstaten zijn niet ongelimiteerd vrij in het bepalen van de personele werkingssfeer van hun arbeidsrecht wanneer een Europees werknemersbegrip van toepassing is.

In deze bijdrage zal aan de hand van voorbeelden worden ingegaan op de discrepantie die lijkt te bestaan tussen het Nederlandse werknemersbegrip en het werknemersbegrip in Europese richtlijnen en hoe deze discrepantie kan leiden tot fricties in nationale rechtspraak. De beoogde plannen op dit onderwerp zoals die zijn gepresenteerd in het regeerakkoord op 10 oktober 2017 zullen daarbij ook aan bod komen.

## 2. Het werknemersbegrip

Het Nederlands werknemersbegrip dat te vinden is in art. 7:610 BW hanteert een formeel uitgangspunt, namelijk het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst is daarmee leidend voor de beantwoording van de vraag of sprake is van werknemerschap. Van een arbeidsovereenkomst is sprake wanneer de werknemer zich verbindt arbeid in een gezagsverhouding te verrichten tegen betaling van loon. Daardoor spelen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zowel contractuele als feitelijke aspecten van de relatie tussen partijen een rol. Zoals bekend oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Groen/*

*Schoevers*<sup>2</sup> dat bij de duiding van de arbeidsovereenkomst niet alleen moet worden gekeken naar de elementen van art. 7:610 lid 1 BW, maar ook naar de werkelijke bedoeling van de partijen bij het sluiten van de overeenkomst. De Hoge Raad oordeelde dat *'partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven'*. Hoewel het in Nederland gaat om een formeel werknemersbegrip, legt de feitelijke inkleuring van de arbeidsrelatie gewicht in de schaal bij de beantwoording van de kwalificatievraag.

Een uniforme en uitputtende Europese definitie van het werknemersbegrip is daarentegen moeilijk te geven, nu verschillende richtlijnen een eigen werknemersbegrip hanteren en dat begrip in verschillende richtlijnen uiteenlopende doelen dient. Daarmee lijkt geen communautair arbeidsrechtelijk systeem te zijn ontstaan met eigen definities van de begrippen werknemer, werkgever en arbeidsovereenkomst. Toch lijkt het Hof van Justitie in veel recente rechtspraak een ruim werknemersbegrip te hanteren, voor zover het EU-recht beoogt werknemers te beschermen. Hoewel het Europese begrip dus niet vastomlijnd is, worden als vaste kernelementen genoemd: het gedurende een zekere tijd diensten verrichten voor en onder leiding van een ander tegen beloning. Het werknemersbegrip wordt in sommige gevallen zo ruim uitgelegd dat ook (schijn)zelfstandigen hieronder kunnen worden geschaard.

Een aantal Europese richtlijnen verwijst naar de definitie zoals die wordt gehanteerd in de rechtsstelsels van de nationale lidstaten<sup>3</sup>, hetgeen niet

1. Charlotte Waterman is advocaat bij Liber Dock.

2. HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (*Groen/Instituut Schoevers B.V., h.o.d.n. Schoevers Opleidingen*).

3. Zie bijvoorbeeld: Richtlijn 1999/70/EG (*betreffende overeenkomsten voor bepaalde tijd*), Richtlijn 2001/23/EG (*Overgang van onderneming*).

impliceert dat deze Europese richtlijnen geen enkele invloed hebben op wie voor de toepassing van de daarin neergelegde voorschriften moet worden beschouwd als *'werknemer'* in het nationale recht van de lidstaat. Een richtlijn is immers voor elke lidstaat verbindend ten aanzien van het daarmee beoogde resultaat en de nationale rechter dient het recht van de lidstaat zoveel mogelijk uit te leggen en toepassen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn. Staat het nationale werknemersbegrip in de weg aan het doel van de richtlijn, dan zal de lidstaat niet hebben voldaan aan zijn implementatieverplichting. De verwijzing naar het werknemersbegrip onder het nationale recht zou slechts ingegeven zijn door moeilijkheden om in de EU een eenvormige definitie te vinden. De verplichting van de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie gaat ver, maar kent ook grenzen. Deze grenzen zijn dat de uitleg van een nationale bepaling niet in strijd mag komen met algemene beginselen, waarbij met name moet worden gedacht aan het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, of met de tekst van de bepaling (uitleg contra legem).<sup>4</sup>

Dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie er mijns inziens toe kan leiden dat lidstaten nog steeds niet vrij zijn hun eigen werknemersbegrip te hanteren, illustreert de zaak van het Hof van Justitie in *Balkaya*.<sup>5</sup> In deze zaak werd door een Duitse verwijzende rechter prejudiciële vragen gesteld ten aanzien van de reikwijdte van het werknemersbegrip in de Richtlijn Collectief Ontslag.<sup>6</sup> Meer specifiek kwam de vraag aan de orde of een stagiaire die voor een geringe vergoeding onder leiding en toezicht werkzaamheden verricht binnen een onderneming en een statutair directeur die naar Duits recht op basis van een opdrachtovereenkomst werkzaam was in dezelfde onderneming, onder het werknemersbegrip van de richtlijn vallen. In antwoord op de prejudiciële vragen oordeelde het Hof dat een stagiaire die diensten verricht onder leiding van een andere tegenover een (geringe) vergoeding onder het werknemersbegrip uit art. 1 lid 1 sub a van de Richtlijn Collectief Ontslag valt.<sup>7</sup> Hetzelfde oordeelt het Hof ten aanzien van de statutair directeur die (naar Duits recht) niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was binnen de onderneming. Het Hof overwoog:

*'Het begrip "werknemer" moet worden uitgelegd op basis van objectieve criteria die, wat de rechten en plichten van de betrokkenen betreft, kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding. Het hoofdkenmerk is dat iemand, gedurende een bepaalde tijd, voor een ander, onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning. De arbeidsverhouding naar nationaal recht mag*

*geen gevolgen hebben voor de hoedanigheid van werknemer in de zin van het Unierecht.'*

Met deze overweging lijkt het Hof mijns inziens lidstaten geen vrijbrief te willen geven ten aanzien van de keuze omtrent de werkingssfeer van beschermende arbeidsrechtelijke regelgeving. Dit lijkt geen rare conclusie nu de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie zich ook uitstrekt ten aanzien van de doelstelling van de richtlijn. Zowel een stagiaire als een statutair directeur behoren de bescherming te krijgen die de richtlijn hun biedt, aldus het Hof. Meer specifiek lijkt deze uitspraak met zich te brengen dat het begrip werknemer niet per definitie gekoppeld hoeft te zijn aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar dat ook sprake kan zijn van werknemerschap indien de *arbeidsverhouding* aan de door het Hof genoemde criteria voldoet. Deze overweging is mijns inziens opvallend nu het Hof de term arbeidsverhouding introduceert terwijl het in deze casus gaat om de uitleg van het *werknemersbegrip* en de richtlijn ziet op collectieve ontslagen in het kader van arbeidsovereenkomsten en niet op collectieve ontslagen in het kader van arbeidsverhoudingen. De *'arbeidsverhouding'* is een voor het Unierecht bekend begrip dat in een aantal richtlijnen gehanteerd wordt naast de arbeidsovereenkomst. De uitspraak van het Hof lijkt er mijns inziens op te wijzen dat het Europese werknemersbegrip zowel uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst als het bestaan van een arbeidsverhouding kan voortvloeien. Het bestaan van werknemerschap is daarbij onafhankelijk of een richtlijn de term arbeidsverhouding hanteert en dat deze twee begrippen in de praktijk niet of weinig van elkaar verschillen. Het Hof staat geen uitzonderingen toe op de ondergrens van het werknemersbegrip. Voor Nederland betekent deze uitspraak in ieder geval dat de Wet Melding Collectief Ontslag niet richtlijnconform is, nu deze wet het werknemersbegrip ex art. 7:610 BW hanteert en stagiaire en statutair directeurs die werkzaam op basis van een opdrachtovereenkomst niet onder het Nederlands werknemersbegrip vallen en op basis van de wetstekst geen bescherming zouden verdienen op grond van de Wet melding collectief ontslag.<sup>8</sup>

### 3. De arbeidsverhouding

Zoals in de vorige paragraaf weergegeven wordt naast de reguliere arbeidsovereenkomst in een aantal richtlijnen<sup>9</sup> tevens een ander begrip gehan-

4. HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, JAR 2006/175 (*Adeneler*).

5. HvJ EU 9 juli 2015, C-229/14, JAR 2015/201 (*Balkaya*).

6. Richtlijn 98/59/EG (*Collectief ontslag*).

7. Richtlijn 98/59/EG (*Collectief ontslag*).

8. Zie voor deze conclusie ook: HvJ EU 9 juli 2015, C-229/14, JAR 2015/201 m.nt. Waterman (*Balkaya*).

9. Richtlijn 2008/104/EG (*Uitzendrichtlijn*), Richtlijn 2001/23/EG (Overgang van onderneming) en Richtlijn 2008/94/EG (*Bescherming bij insolventie van de werkgever*). In de Richtlijn overgang van onderneming wordt niet het begrip arbeidsverhouding, maar het begrip arbeidsbetrekking gehanteerd, die beide hetzelfde lij-

teerd, namelijk de *arbeidsverhouding* of *arbeidsbetrekking* die dezelfde toegangspoort tot de beschermingsbepalingen in richtlijnen geeft. Daar waar het begrip arbeidsverhouding wordt gehanteerd in richtlijnen, wordt dezelfde bescherming ook geboden aan arbeidsovereenkomst. De begrippen bestaan dus naast elkaar. De vraag is echter hoe het begrip ‘*arbeidsverhouding*’ kan worden uitgelegd. Eén van de richtlijnen waar het begrip ‘*arbeidsverhouding*’ terugkomt betreft de Uitzendrichtlijn.<sup>10</sup> Op grond van art. 1 lid 1 Uitzendrichtlijn is de richtlijn van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of *arbeidsverhouding* met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Ruhrlandklinik*<sup>11</sup> helderheid verschaft omtrent de uitleg van dit begrip in de Uitzendrichtlijn. Het Hof overwoog:

*‘Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof is het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt, waarbij de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals als de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn.’*

Met deze uitspraak lijkt de ‘vrijheid’ van de lidstaten hun eigen werknemersbegrip te hanteren tot het absolute minimum beperkt, daar waar in richtlijnen dezelfde rechten worden toegekend aan werkenden op basis van een arbeidsverhouding. De nationale kwalificatie doet er ten aanzien van de uitleg van de arbeidsverhouding immers niet toe. In dit verband dient mijns inziens ook in het oog te worden gehouden dat na de uitspraak van het Hof van Justitie in *Balkaya* de vraag kan worden gesteld hoe groot de vrijheid van lidstaten is ten aanzien van de invulling van het werknemersbegrip wanneer de richtlijn alleen ziet op bescherming van werknemers met een arbeidsovereenkomst. Uit die uitspraak blijkt immers dat het Hof dezelfde ondergrens lijkt te hanteren voor de arbeidsovereenkomst als voor de arbeidsverhouding. Het Nederlands recht is niet bekend met het begrip ‘*arbeidsverhouding*’, en kent slechts een formeel werknemersbegrip op grond van art. 7:610 BW. Dat de discrepantie tussen deze twee begrippen kan leiden tot onwenselijke situaties illustreren de in de volgende paragraaf geschetste voorbeelden uit de rechtspraktijk.

ken te betekenen. Zie daarvoor onder andere HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, JAR 2010/298 (*Albron*).

10. Richtlijn 2008/104/EG (Uitzendrichtlijn).

11. HvJ EU 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, JAR 2016/306, m.nt. Zwemmer (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik*).

#### 4. Nationale rechtspraak ten aanzien van het uitzendbegrip

Allereerst acht ik de uitspraken van de Hoge Raad in *Albron* en *StiPP/Care4Care* van belang, die beide relevant zijn ten aanzien van de uitleg van het uitzendbegrip zowel in nationaal als Europees perspectief. Ik zal kort op beide uitspraken ingaan; voor een uitgebreide analyse verwijs ik graag naar de literatuur omtrent dit onderwerp.<sup>12</sup>

##### 4.1. Albron en StiPP/Care4Care

In de *Albron* casus stond de vraag centraal of een werknemer die formeel in dienst was bij de personeelsmaatschappij en binnen het concern permanent gedetacheerd was naar de werkmaatschappij, mee over gaat indien de werkmaatschappij overgaat op een andere partij in de zin van art. 7:663 BW. Het Hof van Justitie<sup>13</sup> oordeelde dat bij de overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de werknemers die niet formeel in dienst zijn van de onderneming die overgaat, maar daar wel feitelijk permanent werkzaam zijn, mee overgaan naar de verkrijger. Dit kan echter niet op basis van hun arbeidsovereenkomst, die is immers gesloten met de zogeheten personeelsvereniging, maar wel op grond van de *arbeidsbetrekking* die zij hebben met de onderneming waar zij naar toe zijn gedetacheerd. De Hoge Raad<sup>14</sup> zag in deze zaak op basis van de wetgeschiedenis geen aanleiding art. 7:663 BW niet richtlijnconform te interpreteren en liet de werknemer die feitelijk werkzaam was bij de werkmaatschappij mee overgaan naar de verkrijger. Een naar Nederlands recht vreemde constructie, nu de uitspraak geen helderheid verschaft over de vraag hoe een dergelijke uitkomst in het Nederlands arbeidsrecht kan worden ingepast. Sterker nog: de uitspraak lijkt een contra legem interpretatie te zijn, nu art. 7:663 BW alleen bescherming aan werknemers biedt in de zin van art. 7:610 BW en er weinig ruimte over is voor interpretatie. In casu ontstaat immers een frictie nu tussen art. 7:663 BW en de Richtlijn Overgang van Onderneming een discrepantie bestaat: het Nederlandse arbeidsrecht is niet bekend met de term ‘*arbeidsbetrekking*’.

De uitspraak van de Hoge Raad in *Albron* is des te interessanter wanneer we deze bezien in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad in *StiPP/Care4Care*.<sup>15</sup> De Hoge Raad heeft in de *StiPP/Care4Care*-zaak immers helderheid geschapen omtrent de Nederland-

12. R.M. Beltzer & C.L. Waterman, ‘De zaak Albron/Roest – de Hoge Raad poneert een obscuur libel’, TAO 2013/2, p. 43-48 & K. Dorenbos, R. Mourits & C. Waterman, ‘Care4Care/StiPP: vloek of zegen? Hoge Raad 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356’, TAO 2016 nr. 4.

13. HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, JAR 2010/298 (*Albron*).

14. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (*Albron*).

15. Hoge Raad 4 november 2016, JAR 2016/286 m.nt. Knipschild (*StiPP/Care4Care*).

se uitzenddefinitie in de zin van art. 7:690 BW. Hoewel de Hoge Raad niet inhoudelijk is ingegaan op de vraag of permanente intra-concerndetachering valt onder het uitzendingsbegrip in de zin van art. 7:690 BW, kan naar aanleiding van de conclusie van de Hoge Raad mijns inziens wel geconcludeerd worden dat ook ten aanzien van de Albron-constructie sprake kan zijn van uitzending in de zin van art. 7:690 BW. Art. 7:690 BW vereist immers geen allocatiefunctie. Daarmee lijkt een bijzondere situatie te ontstaan: op grond van de uitspraak van de Hoge Raad in *Albron* heeft een werknemer immers in geval van overgang van onderneming bescherming op grond van zijn arbeidsbetrekking met de werkmaatschappij. Deze conclusie lijkt zich niet te kunnen verenigen met de Richtlijn Overgang van onderneming. Voor toepassing van de Richtlijn Overgang van onderneming dient de uitzendkracht werkzaam te zijn in de onderneming van het uitzendbureau en *niet* in de onderneming van de inlener waar hij ter beschikking is gesteld. Op grond van de Richtlijn Overgang van onderneming gaat de uitzendwerknemer alleen dan mee over wanneer de onderneming van het uitzendbureau overgaat en niet de onderneming van de inlener waar hij ter beschikking is gesteld. Dit principe is later bevestigd in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Jouini* van 13 september 2007.<sup>16</sup> De uitspraak van de Hoge Raad in beide zaken lijken zich op het eerste gezicht niet met elkaar te verenigen indien aangenomen wordt dat het in de Albron-constructie gaat om uitzending.

Wanneer vervolgens de Europese en Nederlandse definitie van de uitzendwerknemer onder de loep wordt genomen, kan ook hier een discrepantie tussen beide definities worden ontdekt die gevolgen kan hebben voor het Nederlandse arbeidsrecht. Op grond van art. 1 Uitzendrichtlijn worden uitzendwerknemers gedefinieerd als *'werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van de inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde onderneming tijdelijk te werken'*. Daarbij vallen twee verschillen op met de Nederlandse definitie uit art. 7:690 BW. Op grond van art. 7:690 BW is sprake van uitzendovereenkomst indien sprake is van een arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.<sup>17</sup>

Opnieuw kan worden geconcludeerd dat de term *'arbeidsverhouding'* niet terug te vinden is in de Nederlandse definitie, noch het begrip *'tijdelijk'*.

Indien het begrip *'tijdelijk'* in de Uitzendrichtlijn impliceert dat niet sprake kan zijn van permanente detachering, valt een situatie zoals zich voordoet in de *Albron*-casus niet onder het Europese uitzendbegrip. Deze situatie is immers permanent en niet tijdelijk. In dit geval heeft de uitspraak van het Hof van Justitie in *Jouini* geen relevantie voor de *Albron*-casus. Deze twee uitspraken illustreren mijns inziens goed de noodzaak tot aanpassing van zowel art. 7:663 BW als aanpassing van de uitzenddefinitie in de zin van art. 7:690 BW. Het ligt op de weg van de wetgever hier iets aan te doen.

#### 4.2. Het uitzendbegrip in de Waadi

De discrepantie tussen het Nederlandse uitzendingsbegrip en het Europese uitzendingsbegrip is tevens zichtbaar in de toepassing van het belemmeringsverbod uit art. 9a Waadi. Dit artikel is een uitvloeisel van art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn dat beoogt bedingen van uitzendbureaus, die bezwarend werken voor uitzendkrachten bij het aangaan van een dienstverband met de inlenende onderneming te verbieden c.q. tegen te gaan. Art. 9a Waadi legt degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt geen belemmeringen in de weg voor de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling tussen de ter beschikking gestelde arbeidskracht en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld.

De Hoge Raad heeft zich in april 2017<sup>18</sup> gebogen over de uitleg van art. 9a Waadi. In dit arrest stond de vraag centraal of het belemmeringsverbod in de weg staat aan een overeengekomen concurrentiebeding tussen de ter beschikking stellende partij en een werknemer, indien de werknemer na de afloop van de terbeschikkingstelling de werkzaamheden wenste voort te zetten bij de inlener op basis van een zzp-relatie. Art. 9a Waadi legt een verbod op aan de werkgever om belemmeringen in de weg te stellen voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst na afloop van de terbeschikkingstelling. Daarmee lijkt het belemmeringsverbod dus niet te zien op het tot stand brengen van een zzp-relatie bij de inlener, nu een zzp-relatie naar Nederlands recht immers geen arbeidsovereenkomst betreft. De Hoge Raad oordeelde echter, door middel van een richtlijnconforme interpretatie, anders.

De Hoge Raad oordeelt in navolging van de A-G dat *'uit de parlementaire geschiedenis van de Waadi niet blijkt dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan de wens de Uitzendrichtlijn om te zetten in nationaal recht en ook niet is af te leiden dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen een arbeidsverhouding die formeel geen arbeidsovereenkomst is maar daarvan niet wezenlijk verschilt, buiten het bereik van artikel 9a Waadi te brengen'*. Hierdoor bestaat er voldoende grond voor een richtlijnconforme interpretatie van art. 9a Waadi. De Hoge Raad casseerde

16. Hof van Justitie EG 13 september 2007, C-458/05, JAR 2007/252 (*Jouini/Princess Personal Service GmbH*).

17. Zie hierover uitgebreid: K. Dorenbos, R. Mourits & C. Waterman, 'Care4Care/StiPP: vloek of zegen? Hoge Raad 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356', TAO 2016 nr. 4.

18. HR 14 april 2017, JAR 2017/136, m.nt. Laagland (zzp'er/*Focus on Human B.V.*).

in deze zaak het arrest van het gerechtshof en wees het geding terug naar het hof om te toetsen of de arbeidsrelatie tussen de zzp'er en de inlener kwalificeert als arbeidsverhouding in de zin van art. 6 lid 2 Uitzendrichtlijn.<sup>19</sup>

Ook in deze casus lijkt de richtlijnconforme interpretatie van de Hoge Raad een contra legem uitspraak te zijn. Art. 9a Waadi laat immers weinig tot geen ruimte voor interpretatie. Ook in dit geval ligt het op de weg van de wetgever een uitkomst te bieden ten aanzien van deze situatie.

## 5. Het regeerakkoord

Op 10 oktober 2017 is door de regering het regeerakkoord *'Vertrouwen in de toekomst'*<sup>20</sup> gepresenteerd met daarin veel beoogde wijzigingen ten aanzien arbeidsrechtelijke regelgeving. Opvallend is dat de regering in het regeerakkoord ingaat op zowel de uitzendovereenkomst als de zzprelatie. Ten aanzien van de uitzendovereenkomst deelt de regering mee dat de definitie van de uitzendovereenkomst ongemoeid blijft.<sup>21</sup> Uit de geschetste voorbeelden in paragraaf 4 is dat mijns inziens onverstandig. Zo lang de definitie van de uitzendovereenkomst niet richtlijnconform in de wetstekst van art. 7:690 BW wordt opgenomen, kan dat leiden tot zeer onwenselijke situaties. In de rechtspraak zal men erop beducht moeten zijn dat wetsteksten richtlijnconform kunnen worden uitgelegd. Dit kan zelfs zo ver gaan dat nationale rechters een wetstekst contra legem uitleggen, indien in de wetgeschiedenis geen aanknopingspunten worden gevonden dat de wetgever de wet niet richtlijnconform heeft willen implementeren.

Hetzelfde geldt voor de zzprelatie. In het regeerakkoord wordt daar het volgende over vermeld:

*'Zzp-ers hebben een belangrijke positie op de arbeidsmarkt. Het is wel belangrijk dat zzp-ers om de juiste redenen kiezen voor het zzp-schap en er niet eigenlijk sprake is van een arbeidsrelatie. (...) De nieuwe wet moet enerzijds (de inhuurder van) echte zelfstandigen zekerheid bieden dat er geen sprake is van een dienstbetrekking en anderzijds schijnzelfstandigheid (vooral aan de onderkant) voorkomen.'*<sup>22</sup>

Allereerst is opvallend dat de regering kiest voor het begrip *'arbeidsrelatie'*, waar waarschijnlijk het begrip arbeidsovereenkomst wordt bedoeld. De vraag

is of de belofte die de regering wenst te geven, namelijk dat niet sprake is van een dienstbetrekking, een reële belofte is. In de in deze bijdrage geschetste voorbeelden blijkt dat in arbeidsrechtelijke richtlijnen veelal een ruim werknemersbegrip wordt gehanteerd zowel op basis van een arbeidsovereenkomst als op basis van een arbeidsverhouding. Nationale rechters interpreteren Nederlandse wetten richtlijnconform waarbij niet zelden tegen de grens van *contra legem* wordt aangelopen. Het is mijns inziens goed mogelijk dat een zzp'er, indien voldaan aan alle criteria (waaronder ook een vorm van een gezagsrelatie), wel degelijk onder de werkingssfeer van veel richtlijnen kunnen vallen. Daarmee lijkt de belofte die de regering wenst te geven een leghuls nu door middel van richtlijnconforme interpretatie uiteindelijk ook zzp-ers veel arbeidsrechtelijke bescherming kan worden geboden.

## 6. Conclusie

Het Nederlands recht is ten aanzien van het werknemersbegrip en het uitzendbegrip nog lang niet richtlijnconform. Dit leidt niet zelden tot onwenselijke situaties in de rechtspraak. Niet alleen zijn nationale rechters geneigd de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie ver door te voeren (in sommige gevallen leidt de richtlijnconforme interpretatie zelfs tot een contra legem-beslissing), maar de uitkomsten leiden tevens tot veel rechtsonzekerheid. Het is aan de wetgever om te voorzien in deze leemte. Het regeerakkoord geeft echter nog weinig hoop. Tot die tijd blijft het noodzakelijk om naast de nationale wetgeving veel oog te hebben voor arbeidsrechtelijke richtlijnen, nu deze richtlijnen de nationale wetgeving indringend inkleuren.

19. Zie over deze zaak uitgebreid: L.J. de Vroe & K.A. Görgün, 'Zzp'er/Focus on Human-arrest: het belemmeringsverbod eindelijk een rustig bezit?', *Arbeids-Recht* 2017/44.

20. Regeerakkoord *'Vertrouwen in de toekomst'*, 2017. Te raadplegen via: <https://www.kabinetsformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst>.

21. Regeerakkoord *'Vertrouwen in de toekomst'*, 2017, p. 23.

22. Regeerakkoord *'Vertrouwen in de toekomst'*, 2017, p. 25.