

1. Verdringing van betaalde arbeid door vrijwilligerswerk?

MR. O. VAN DER KIND

In dit artikel wordt ingegaan op het risico van verdringing van betaald werk door vrijwilligerswerk. Het onderwerp wordt behandeld mede aan de hand van enkele rechterlijke uitspraken. Ook komt het initiatiefwetsvoorstel tot invoering van een verdringingstoets aan de orde.

1. Inleiding

In het regeerakkoord van kabinet-Rutte III¹ wordt op verschillende plaatsen gesproken over de wens tot inzet van vrijwilligers. Vakbonden wijzen daarentegen al enige tijd op het risico van verdringing van betaalde arbeid door onbetaalde arbeid (zie hierna onder 3) en ook vanuit de politiek bestaat recente aandacht voor de gevolgen van de inzet van vrijwilligers voor de positie van betaalde arbeidskrachten.² Ondertussen zijn enkele rechterlijke uitspraken geweest waarin aan de orde is of de inzet van vrijwilligers verdringing van betaalde arbeidskrachten oplevert. Hoe verhouden deze ontwikkelingen zich tot de plannen van Rutte III?

2. De inzet van vrijwilligers in het regeerakkoord

Kabinet-Rutte III hecht blijkens het regeerakkoord waarde aan tewerkstelling van vrijwilligers op verschillende gebieden. Opgemerkt wordt dat het kabinet de inzet van vrijwilligers bij politie en brandweer ondersteunt en dat, om te voorkomen dat het aantal politievrijwilligers afneemt, bijzondere aandacht voor deze groep van vrijwilligers bestaat.³ Er zal samen met de politie, politievakorganisaties en de landelijke organisatie van politievrijwilligers gewerkt worden aan een landelijk beleid voor vrijwilligers met

betrekking tot de rechtspositie, werkzaamheden, werving en opleiding. Ook bij de tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen rekent het kabinet op vrijwilligers. De tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen, resocialisatie en reclassering zullen steviger worden gepositioneerd, waarbij niet alleen zal worden geïnvesteerd in professionals, maar ook meer aandacht en ruimte komt voor vrijwilligerswerk.⁴ Ten aanzien van de plannen met betrekking tot de zorg wordt opgemerkt⁵ dat de inzet van vrijwilligers moet worden vergemakkelijkt, wat zal gebeuren door vrijwilligers die werken met mensen in een afhankelijkheidssituatie geen kosten in rekening te brengen voor het aanvragen van een Verklaring Omtrent het Gedrag en door verhoging van de maximaal onbelaste vrijwilligersvergoeding.⁶ Verder wordt ingezet op minder bureaucratie en minder regels en zullen met gemeenten 'schrapsessies' worden georganiseerd met vrijwilligers en mantelzorgers.⁷

Bij de terugdringing van schulden en armoede zal met gemeenten en erkende vrijwilligersorganisaties worden gewerkt aan een landelijk dekkend netwerk van vrijwilligersprojecten, gericht op schuldhulp en financiële begeleiding.⁸

Tot slot noemt het regeerakkoord het plan om de integratie van 'nieuwkomers' te activeren door middel van een verplicht leer- en (vrijwilligers)werktraject.⁹

Ten aanzien van de sectoren cultuur en sport, sectoren waarin tewerkstelling van vrijwilligers (ook) niet vreemd is, worden in het regeerakkoord geen plannen genoemd, al wordt over de sector sport wel opgemerkt dat gesignaleerd is dat het voor bonden en verenigingen steeds moeilijker

1 Regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst*, 10 oktober 2017 (hierna: regeerakkoord).

2 Zie de brief van 7 maart 2016 van de staatsecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Tweede kamer. Met die brief heeft de staatsecretaris vragen van de leden van de Tweede Kamer Kerstens en Tanamal (beiden PvdA) over 'verdringing van vast personeel door vrijwilligers' beantwoord. Zie ook het in opdracht van het Wetenschappelijk Bureau van 50PLUS uitgevoerde onderzoek van 10 februari 2017, *De oudere vrijwilliger beschouwd. Een onderzoek naar de waarde van vrijwilligerswerk door ouderen en een beoordeling van uitwisselbaarheid en verdringing*, van de vakgroep Business-Society Management van Rotterdam School of Management (EUR). Zie voorts het hierna te bespreken initiatiefwetsvoorstel Verdringingstoets.

3 Regeerakkoord, p. 4.

4 Regeerakkoord, p. 5.

5 Regeerakkoord, p. 16.

6 Zie voor de maximale vergoedingen aan vrijwilligers: https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/privewerk_en_inkomen/werken/werken-als-vrijwilliger/vrijwilligersvergoedingen/vrijwilligersvergoedingen.

7 Regeerakkoord, p. 17.

8 Regeerakkoord, p. 27.

9 Regeerakkoord, p. 55.

wordt vrijwilligers te vinden, wat kennelijk door het kabinet als probleem wordt gezien.

3. Aandacht voor verdringing bij vakbonden en in cao's

De algemene indruk die uit het regeerakkoord kan worden verkregen, is dat tewerkstelling van vrijwilligers moet worden gewaardeerd en binnen sommige sectoren gestimuleerd en gefaciliteerd. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat in toenemende mate aandacht bestaat voor verdringing van reguliere, betaalde arbeidskrachten door vrijwilligers. Zowel FNV als CNV hebben eerder een meldpunt opgericht waar situaties van verdringing kunnen worden gemeld.¹⁰ Ook bij de totstandkoming van cao's in bepaalde sectoren komt het onderwerp aan de orde, zo volgt uit de tekst van die cao's. Drie actuele cao's waarin bepalingen omtrent de inzet van vrijwilligers zijn opgenomen, zijn de Cao Zwembaden (looptijd 1 juli 2017–1 januari 2019), de Museum CAO (looptijd 1 oktober 2016–1 oktober 2018) en de Cao Openbare Bibliotheken (looptijd 15 juni 2015–30 juni 2019).

De algemene indruk die uit het regeerakkoord kan worden verkregen, is dat tewerkstelling van vrijwilligers moet worden gewaardeerd en binnen sommige sectoren gestimuleerd en gefaciliteerd.

Artikel 28 lid 1 van de Cao Zwembaden bepaalt dat de inzet van vrijwilligers 'een aanvulling' vormt 'op de professionele organisatie'. De werkgever moet overleggen met het aanwezige medezeggenschapsorgaan over het te voeren vrijwilligersbeleid en over welk deel van de dienstverlening door vrijwilligers uitgevoerd kan worden.¹¹ Jaarlijks moet dat gezamenlijk worden geëvalueerd. De toelichting op het artikel vermeldt dat cao-partijen erkennen dat voor zwembaden vanuit een maatschappelijke relevantie, de relatie met lokale overheden en de verankering in de lokale samenleving, de inzet van vrijwilligers wenselijk en zelfs onontbeerlijk is. Ook is opgemerkt dat de werkgever en vakbond(en) en/of ondernemingsraad in een eventueel overleg met de gemeente (als opdrachtgever van de werkgever) rekening zullen houden met de mogelijkheid dat de inzet van vrijwilligers kan bijdragen aan behoud van werkgelegenheid. Waarschijnlijk hebben cao-partijen hiermee op het oog gehad dat zonder de inzet van vrijwilligers

de onderneming mogelijk geen bestaansrecht heeft en zal moeten worden gestaakt, met alle gevolgen van dien voor de werkgelegenheid. Ondanks het willen beperken van de inzet van vrijwilligers zien partijen bij deze cao dus ook het nut in van die inzet.

In de Museum CAO is de inzet van vrijwilligers geregeld in bijlage 10. Bepaald is dat het beleid ter zake per museum wordt vastgesteld in overleg met de ondernemingsraad. Als uitgangspunt geldt daarbij dat de inzet niet mag leiden tot 'verdringing van reguliere functies in betaalde arbeid'. Er is geen toelichting opgenomen.

De Cao Openbare Bibliotheken kent in artikel 48 een vergelijkbare bepaling als die in de Cao Zwembaden. Bepaald is dat 'de inzet van vrijwilligers beperkt [blijft, OvdK] tot een aanvulling op de professionele organisatie'. Iedere organisatie dient daarop gericht beleid te hebben. Dat beleid moet met inachtneming van de Wet op de ondernemingsraden besproken worden met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, waarbij onder meer aan de orde moet komen welk deel van de dienstverlening door vrijwilligers uitgevoerd kan worden. Lid 3 van artikel 48 bepaalt bovendien dat 'de inzet van vrijwilligers niet ten koste [gaat, OvdK] van de betaalde formatie van de professionele organisatie'. Ook deze cao kent geen toelichting op het artikel.

Alle drie de cao's lijken dus verdringing van betaalde arbeidskrachten door vrijwilligerswerk in meer of mindere mate te willen tegengaan. Daarbij valt op dat alleen de Museum CAO het begrip 'verdringing' gebruikt. De Cao Zwembaden en Cao Openbare Bibliotheken nemen als uitgangspunt dat de inzet van vrijwilligers beperkt is tot aanvulling van de professionele organisatie, waarbij laatstgenoemde cao in dat kader bepaalt dat de inzet van vrijwilligers (dus) niet ten koste mag gaan van de betaalde formatie van die professionele organisatie.

4. Beroep op verdringing in de rechtspraak

Een beroep op verdringing van betaald werk door vrijwilligerswerk is in de gepubliceerde rechtspraak niet vaak aan de orde gekomen, voor zover mij bekend voor het eerst met een uitspraak van 28 december 2012 van Rechtbank Almelo.¹² De werkneemster was sinds 1999 als suppoost en gastvrouw in dienst van Rijksmuseum Twenthe. De subsidie aan het museum werd verminderd. Hoewel nadien aanvullende subsidie was toegezegd, kampte het museum met een fors exploitatietekort, van ongeveer € 140.000. Volgens het museum was een reorganisatie daarom onvermijdelijk. In het kader van de reorganisatie werd besloten de functies van suppoost en gastvrouw voortaan te laten vervullen door vrijwilligers. Het museum verzocht daarom ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werkneemster, die vanaf juni 2012 arbeidsongeschikt was. De werkneemster wees op de toepasselijke CAO Verzelfstandigde Rijksmuseum 2011–2013, die als uitgangspunt noemde dat

¹⁰ www.meldpuntverdringing.nl (FNV). De ervaringen van CNV met haar meldpunt zijn opgenomen in het onderzoeksrapport Meldpunt Verdringing, van september 2014, <https://www.mijnvakbond.nl/Documenten%20MijnVakbond.nl/Vrijwilligers/Eindrapport%20verdringing%20CNV%20Publieke%20Zaak.pdf>.

¹¹ Art. 28 lid 3 Cao Zwembaden.

¹² ECLI:NL:RBALM:2012:BY8026.

de inzet van vrijwilligers niet zou mogen leiden tot verdringing van reguliere functies in betaalde arbeid. Naar haar oordeel kwam de reorganisatie wel hierop neer. Ook wees zij erop dat het door de cao voorgeschreven overleg met de vakbonden bij een voorgenomen reorganisatie niet was gevolgd. Het museum nam het standpunt in dat de reorganisatieplannen hoe dan ook noodzakelijk waren om het museum voor het publiek te behouden. Het inzetten van vrijwilligers daarbij zou overigens het draagvlak van het museum in de Twentse samenleving vergroten.

Hoewel de kantonrechter het met de werkneemster eens was dat het reorganisatieproces niet vlekkeloos was verlopen en dat als dat anders was geweest de inzet van vrijwilligers ongetwijfeld vanwege de bepaling daarover in de cao in het overleg met de vakbonden aan de orde zou zijn gekomen, ontbond hij de arbeidsovereenkomst. Naar zijn oordeel had het museum voldoende aannemelijk gemaakt dat ingrijpend gereorganiseerd moest worden en dat het aan het museum was te bezien op welke wijze dat zou moeten gebeuren. Aangezien het uitgangspunt van de reorganisatie was dat alle gastvrouwen en suppoosten moesten wijken, kon voor de werkneemster geen uitzondering worden gemaakt. Wel kende de kantonrechter een hogere (ontbindings)vergoeding toe dan de werkneemster op grond van het met de ondernemingsraad overeengekomen sociaal plan was aangeboden, € 25.000 bruto in plaats van € 19.188,90 bruto. Dit vanwege de wijze waarop het sociaal plan tot stand was gekomen en omdat het, in de woorden van de kantonrechter, 'extra zuur' voor de werkneemster was dat haar arbeid verricht zou gaan worden door een vrijwilliger en haar eventuele mogelijkheden bij het museum te re-integreren door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tenietgedaan werden. Het in de cao geformuleerde uitgangspunt, dat de inzet van vrijwilligers niet zou mogen leiden tot verdringing van reguliere functies in betaalde arbeid, achtte de kantonrechter klaarblijkelijk van ondergeschikt belang. Dat kan als opmerkelijk worden gezien, omdat hij onderkende dat de reorganisatie betekende dat de werkneemster als betaalde arbeidskracht zou worden vervangen door vrijwilligers en dat de cao dit nu juist beoogde tegen te gaan. Mogelijk heeft de kantonrechter van belang geacht dat de naderhand door het museum benaderde vakbond geen interesse toonde toen het museum aanbood alsnog het door de cao voorgeschreven overleg te starten, en kennelijk dus ook niet geïnteresseerd was in het feit dat betaalde arbeidskrachten zouden worden vervangen door vrijwilligers. Daarmee kan enig begrip worden opgebracht voor het uiteindelijke oordeel van de kantonrechter. De desbetreffende cao-bepalingen waren immers obligatoire bepalingen met diagonale werking.¹³ Als een vakbond geen reden ziet naleving van de bepalingen af te dwingen, zal dat voor een rechter afbreuk kunnen doen aan het gewicht ervan.

In een zaak die leidde tot de uitspraak van 29 november 2016 van Hof Arnhem-Leeuwarden¹⁴ heeft de vakbond wel werk gemaakt van de relevante cao-bepaling, het hiervoor genoemde artikel 48 Cao Openbare Bibliotheken, en met succes. Bibliotheek Utrecht, geconfronteerd met een vermindering van subsidie en de noodzaak tot bezuinigen, wilde een reorganisatie doorvoeren waarbij de functies Medewerker Bibliotheek 1, 2 en 3 zouden worden gewijzigd in Medewerker Dienstverlening Vestigingen. Ook zou de formatie van bibliotheekmedewerkers worden ingekrompen en een aantal van hen zou worden ontslagen. De bezuiniging kon volgens Bibliotheek Utrecht alleen worden bereikt door een inkrimping van het personeelsbestand en de werving van ongeveer honderd (extra) vrijwilligers. De ondernemingsraad adviseerde negatief en verwees naar het standpunt van de vakbond, FNV, dat de geplande inzet van vrijwilligers in de dienstverlening in strijd zou zijn met artikel 48 van de cao en zou leiden tot verdringing van betaalde arbeid. Bibliotheek Utrecht stelde daartegenover dat van verdringing geen sprake kon zijn, omdat ook als geen vrijwilligers zouden worden aangesteld, er toch ontslagen zouden moeten plaatsvinden. De inzet van de vrijwilligers zou dus niet de reden voor de ontslagen zijn, waarmee geen sprake kon zijn van verdringing. FNV nam daar geen genoegen mee en vorderde in kort geding veroordeling van Bibliotheek Utrecht tot naleving van artikel 48 door de uitvoering van het reorganisatiebesluit ten aanzien van de functies Medewerker Bibliotheek 1, 2 en 3 te staken en gestaakt te houden. Verder vorderde FNV dat Bibliotheek Utrecht zou worden veroordeeld de werving, selectie en training van vrijwilligers te staken en gestaakt te houden en geen vrijwilligers of onbetaalde arbeidskrachten voor de (directe) dienstverlening in te zetten.

FNV kreeg de kantonrechter mee¹⁵ en ook in het door Bibliotheek Utrecht ingestelde hoger beroep werd FNV grotendeels in het gelijk gesteld. De kantonrechter overwoog dat Bibliotheek Utrecht in strijd zou handelen met artikel 48 lid 3 van de cao als zij werkzaamheden die door bibliotheekmedewerkers in haar dienst worden of werden verricht, zou laten uitvoeren door vrijwilligers. Omdat artikel 48 op zichzelf niet in de weg staat aan een reorganisatie, aan het doen vervallen van functies, aan inkrimping van de formatie van bibliotheekmedewerkers en hun boven-taligheidsverklaring, en evenmin aan de inzet van (meer) vrijwilligers, werden de vorderingen die strekten tot het verbieden van werven, selectie en training van vrijwilligers en de inzet van vrijwilligers voor directe dienstverlening, afgewezen. Bibliotheek Utrecht werd wel veroordeeld het bepaalde in artikel 48 lid 3 na te leven door werkzaamheden die thans of tot voor kort door bibliotheekmedewerkers in haar dienst worden of werden verricht, niet over te dragen aan vrijwilligers. In het hoger beroep oordeelde het hof dat de zin 'de inzet van vrijwilligers gaat niet ten koste van de betaalde formatie van de professionele organisatie' (inderdaad) betekent dat vrijwilligers niet mogen worden

¹³ De kantonrechter overwoog overigens, naar mijn mening ten onrechte, dat de werkneemster op grond van art. 9 WCAO een beroep kon doen op de bepalingen.

¹⁴ ECLI:NL:GHARL:2016:9561, «JAR» 2017/9.

¹⁵ Rb. Midden-Nederland 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3052.

ingezet in functies die thans worden of tot voor kort (in de oude organisatie) werden verricht door betaalde werknemers. De kantonrechter was tot deze conclusie gekomen na interpretatie van de cao-tekst, het hof had interpretatie niet echt nodig. De tekst van artikel 48 lid 3 was volgens het hof duidelijk en bij gebreke van een andersluidende bij de cao behorende toelichting kon aan de bewoordingen van de bepaling geen andere betekenis worden toegekend. Dat betekende dat ook het standpunt van Bibliotheek Utrecht, dat bij het inzetten van vrijwilligers alleen mag worden vergeleken met de situatie na de reorganisatie, moest worden verworpen. Het hof liet overigens blijken begrip te hebben voor het argument van Bibliotheek Utrecht, dat in de steeds verdergaande digitale samenleving de kerntaak van de bibliotheek verschuift en dat de bibliotheek daarop met de reorganisatie heeft ingespeeld. Het hof meende echter dat de tekst van de cao de inzet van vrijwilligers zoals was beoogd niet toestaat en dat cao-partijen zo nodig bij de volgende onderhandelingen aandacht aan de laatste ontwikkelingen kunnen schenken.¹⁶

In een uitspraak van 11 mei 2016 van Rechtbank Rotterdam¹⁷ was de vraag aan de orde of het vervangen van de werknemster door vrijwilligers strijdig is met artikel 5 Ontslagregeling. Dit artikel bepaalt dat geen redelijke grond voor ontslag bestaat als arbeidsplaatsen vervallen doordat de werkgever werkzaamheden uitsluitend uitbestedt om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vervangen ‘door personen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of de werkzaamheden tegen een lagere vergoeding verrichten’. De werkgever, een stichting die zich richtte op het organiseren van activiteiten ter stimulatie en facilitering van duurzame en gezonde maaltijden ten behoeve van kinderen en volwassenen uit de stedelijke omgeving, had besloten haar activiteiten te staken, althans op een laag pitje te zetten, in afwachting van betere tijden. De reden hiervoor was dat zij al enkele jaren een fors financieel verlies leed. Voor het geval op enig moment toch een opdracht aan de stichting zou worden gegund, zou die worden uitgevoerd met hulp van vrijwilligers uit de buurt. Zo nodig zou aanvullend een beroep worden gedaan op zzp’ers en de vaste kok van een restaurant dat indirect met de stichting verbonden was.¹⁸ De stichting verzocht het UWV toestemming de arbeidsovereenkomst met de werknemster op te zeggen, maar die werd geweigerd. Volgens het UWV was sprake van verdringing in de zin van artikel 5 Ontslagregeling. De stichting verzocht daarop de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

De kantonrechter stelde de stichting in het gelijk en overwoog dat geen sprake was van verdringing in de zin van artikel 5 Ontslagregeling, omdat de stichting geen arbeidsovereenkomst met de door haar bedoelde vrijwilligers heeft. De vrijwilligers zouden daardoor niet vallen onder de categorie personen als bedoeld in artikel 5 Ontslagregeling. Voorts overwoog de kantonrechter dat van verdringing niet kon worden gesproken, omdat de stichting altijd al gebruikmaakte van de inzet van vrijwilligers. Al met al stond voor de kantonrechter voldoende vast dat nog slechts sprake was van zeer incidentele en tijdelijke werkzaamheden – wat de werknemster niet kon ontkennen – die eventueel door vrijwilligers zouden kunnen worden verricht, met eventuele bijstand van zzp’ers en de kok van het restaurant.

In het redactionele commentaar bij de uitspraak in «JAR» 2016/159 is terecht opgemerkt dat artikel 5 Ontslagregeling niet voorschrijft dat de daar bedoelde personen een arbeidsovereenkomst moeten hebben, wil sprake kunnen zijn van verdringing. Daarmee zouden ook vrijwilligers kunnen vallen onder ‘personen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd’. Zij hebben immers in het geheel geen arbeidsovereenkomst. Uit de toelichting op artikel 5 Ontslagregeling volgt ook dat het doel van het artikel is te voorkomen dat vaste werknemers worden vervangen ‘door flexibele of goedkopere arbeidskrachten’. Als men vrijwilligers ziet als arbeidskracht – en waarom niet – is de conclusie dat bij vrijwilligers is voldaan aan beide afzonderlijke criteria: vrijwilligers zijn uit de aard van de rechtsrelatie als arbeidskracht i) flexibel, aangezien hun tewerkstelling in beginsel op ieder moment kan worden beëindigd, en ii) goedkoper, omdat zij geen loon of andere vergoeding ontvangen.¹⁹ Van belang is voorts dat, wederom blijkens de toelichting, met het artikel bescherming wordt geboden aan de sociaaleconomische verhoudingen binnen Nederland. Als voorbeeld hiervan is genoemd het tegengaan van het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers en het tegengaan van het ontduiken van cao-verplichtingen die voor een werkgever gelden.²⁰ Dit voorbeeld sluit niet uit dat vervanging door andere groepen arbeidskrachten dan flexibele werknemers relevant kan zijn. Het lijkt ook moeilijk voorstelbaar dat de sociaaleconomische verhoudingen binnen Nederland niet in het geding komen als vaste werknemers worden vervangen door vrijwilligers. Het komt mij dan ook voor dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat artikel 5 Ontslagregeling niet ziet op de inzet van vrijwilligers. Ook het argument dat de stichting al gebruikmaakte van vrijwilligers en daarom geen sprake zou zijn van verdringing, acht ik niet juist. Het gaat erom dat tot dan toe betaalde arbeid voortaan onbe-

16 Zie over deze zaak ook de noot van A.W. Koole onder «JAR» 2017/9. De zaak heeft een vervolg gekregen in Rb. Midden-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3614. De rechtbank veroordeelde Bibliotheek Utrecht de arbeidsovereenkomst van drie medewerkers te herstellen. Zij waren in het kader van de na de uitspraak van het hof aangepaste reorganisatieplannen van Bibliotheek Utrecht ten onrechte ontslagen.

17 ECLI:NL:RBROT:2016:3578, «JAR» 2016/159.

18 De bestuurder van de stichting was ook bestuurder van de besloten vennootschap dat het restaurant exploiteerde.

19 Afgezien van de beperkte vrijwilligersvergoeding en een eventuele onkostenvergoeding.

20 De passage uit de toelichting luidt: ‘Tegelijkertijd wordt hiermee bescherming geboden aan de sociaal economische verhoudingen binnen Nederland, zoals [cursivering door OvdK] het tegengaan van het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers en het tegengaan van het ontduiken van cao verplichtingen die voor een werkgever gelden.’

taald zal worden verricht. Dat er al vrijwilligers binnen de onderneming actief zijn, maakt daarbij geen verschil, wel welke werkzaamheden zij verrichtten en gaan verrichten. Steekhoudend is mijns inziens wel dat geen sprake was van verdringing, omdat er nauwelijks tot geen werk over was, hoogstens zeer incidentele en tijdelijke werkzaamheden. De stichting had daarbij aangegeven geen zicht te hebben op nieuwe opdrachten en dat de enige reden de onderneming niet (formeel) te liquideren was dat zij niet wilde uitsluiten dat de situatie op enig moment zou verbeteren. Daarmee was feitelijk sprake van volledige inactiviteit van de onderneming voor onbepaalde tijd en dus van een redelijke grond voor beëindiging van het dienstverband.

Het lijkt moeilijk voorstelbaar dat de sociaaleconomische verhoudingen binnen Nederland niet in het geding komen als vaste werknemers worden vervangen door vrijwilligers.

Een soortgelijke kwestie speelde in de uitspraak van 4 mei 2016 van Rechtbank Oost-Brabant.²¹ De werkgever, stichting ORO, leverde zorg aan mensen met een verstandelijke beperking en kinderen met een ontwikkelingsachterstand. In dat kader verzorgde zij het vervoer van de cliënten van hun woonlocatie naar de dag- en/of vrijetijdsbesteding. Vanwege de wens de bedrijfsvoering doelmatiger op te zetten, besloot zij tot reorganisatie. Het door haar georganiseerde vervoer werd voor een deel uitbesteed en voor de rest in het vervolg verzorgd door vrijwilligers. De werknemer was bij de stichting in dienst als chauffeur en verrichtte daarnaast diverse neventaken, zodat hij feitelijk als manusje-van-alles werkzaam was. Vanwege het vervallen van zijn functie verzocht de stichting het UWV toestemming de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Ook in deze zaak weigerde het UWV de toestemming. De stichting had naar het oordeel van het UWV niet duidelijk gemaakt hoeveel van de werkzaamheden van de werknemer daadwerkelijk waren komen te vervallen en hoe de resterende werkzaamheden werden herverdeeld. De stichting verzocht vervolgens ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de kantonrechter. In zijn verweer wees de werknemer erop dat zijn vervoerstaken maar ook zijn neventaken voortaan zouden worden uitgevoerd door vrijwilligers en dat het onredelijk ('onverteerbaar') was dat hij als betaalde kracht zou moeten wijken voor vrijwilligers.

De kantonrechter ontbond desondanks de arbeidsovereenkomst. Volgens hem stond vast dat de werkzaamheden van de werknemer overbodig waren geworden en de stichting had overtuigend aangevoerd dat het werk van de werknemer niet werd vervangen door flexibele arbeidskrachten. Het laten uitvoeren van de werkzaamheden van de werknemer door vrijwilligers was ook volgens deze kantonrechter

hiermee niet gelijk te stellen. Daarbij overwoog hij dat er al een wisselwerking bestond tussen het werk van de werknemer en het werk van vrijwilligers; de werknemer werkte anderhalve dag per week op de bus en de bus werd op andere dagen door vrijwilligers gereden. Met betrekking tot de verplichting van de stichting zich in te spannen de werknemer te herplaatsen, oordeelde de kantonrechter dat van de stichting niet kon worden gevergd een betaalde functie te creëren door bestaand vrijwilligerswerk te vervangen.

De vraag of een werkgever vrijwilligerswerk moet vervangen door betaalde arbeid, was ook aan de orde in een uitspraak van 1 februari 2017 van de Rechtbank Amsterdam,²² zij het in het kader van de beoordeling van een verzoek op grond van de Wet flexibel werken (Wfw). De werkgever, Stichting Amsterdam Museum, weigerde het verzoek van de werknemster tot uitbreiding van de overeengekomen werkuren. De werknemster werkte als museumdocente en gaf rondleidingen aan bezoekers. Zij had een arbeidsovereenkomst voor 216 uren per jaar. In april 2014 had zij verzocht om uitbreiding van haar arbeidsduur naar minimaal 312 uur per jaar. Het museum had dat verzoek afgewezen, waarna de werknemster ook bot ving bij de kantonrechter in kort geding. Bij e-mail van 26 september 2016 deed zij een nieuw verzoek om uitbreiding van haar uren, ditmaal tot minimaal 480 uur per jaar. Ook dit keer wees het museum het verzoek af en opnieuw startte de werknemster een kort geding. Volgens het museum zou een stijging met 264 uren een verlies opleveren van € 5.892,48 op jaarbasis, bovenop het verlies dat zij al leed op de overeengekomen arbeidsuren. Verder voerde zij aan dat voor de rondleidingen slechts twee rondleiders in dienst waren, naast een *pool* van vrijwilligers, en dat de inzet van vrijwilligers nodig was, omdat de rondleidingen altijd op aanvraag plaatsvonden en de rondleiders daarom flexibel beschikbaar moeten zijn. De werknemster werd volgens het museum meestal als eerste gebeld, maar de realiteit was dat zij niet voor alle rondleidingen inzetbaar was. Vermeerdering van de uren zou tot slot niet passen bij de moeilijke financiële situatie van het museum. De werknemster bracht daartegen in dat zij voor alle rondleidingen en op alle tijden inzetbaar was, maar gewoon niet werd opgeroepen. Ook dit keer wees de kantonrechter de vordering af. Voldoende aannemelijk werd geacht dat het plannen van de rondleidingen zonder de inzet van vrijwilligers onmogelijk is. Mede gelet op de teruglopende subsidie was de kantonrechter van oordeel dat van vrijval van formatieruimte voor de functie van de werknemster niet is gebleken.

Deze zaak is in feite een spiegelbeeld van de andere hiervoor besproken zaken. Het verzoek om uitbreiding van uren zou erop neerkomen dat de werknemster de uren van de vrijwilligers erbij zou krijgen, in plaats van andersom. Dat moet dan financieel en organisatorisch wel haalbaar zijn, wat niet het geval was. Vermeldenswaard is dat het museum bij het afwijzen van het verzoek, en de kantonrechter bij het afwijzen van de vordering, terecht niet heeft

21 ECLI:NL:RBOBR:2016:2258.

22 ECLI:NL:RBAMS:2017:771.

overwogen dat het van de vrijwilligers afnemen van hun uren niet is toegestaan. Gelet op de toets van artikel 2 lid 5 Wfw zou een dergelijk argument mijns inziens geen kans van slagen hebben gehad.

5. Analyse van de rechtspraak

Uit de besproken uitspraken kan worden afgeleid dat een beroep van de werknemer op verdringing van zijn betaalde arbeid door onbetaald vrijwilligerswerk door rechters kritisch wordt beoordeeld. Het lijkt weinig kans van slagen te hebben. Afgaande op de schaarse jurisprudentie lijken rechters zich vooral te laten leiden door de noodzaak tot reorganisatie en kostenbeperking en beoordelen zij de inzet van vrijwilligers binnen die context. Een belangrijk argument daarbij lijkt te zijn dat door de organisatie al vrijwilligers worden ingezet voor dezelfde werkzaamheden als die van de werknemer en dat daarom geen sprake kan zijn van verdringing. Als men het begrip ‘verdringing’ echter zo uitlegt dat de inzet van vrijwilligers ten koste gaat van de betaalde formatie van de professionele organisatie (vergelijk de formulering van artikel 48 Cao Openbare Bibliotheken) maakt het niet uit of binnen de organisatie al vrijwilligers worden ingezet of dat zij voor het eerst ingezet worden. Het gaat er dan om welke werkzaamheden de vrijwilligers gaan uitvoeren en of dat leidt tot verval of het niet invullen van één of meer betaalde formatieplaatsen.

Afgaande op de schaarse jurisprudentie lijken rechters zich vooral te laten leiden door de noodzaak tot reorganisatie en kostenbeperking en beoordelen zij de inzet van vrijwilligers binnen die context.

Blijkens de uitspraken van de rechtbanken Rotterdam en Oost-Brabant toetst het UWV de inzet van vrijwilligers aan artikel 5 Ontslagregeling. Klaarblijkelijk meent het UWV (althans was het UWV dit in de toen beoordeelde zaken van oordeel) dat vrijwilligers in dat kader zijn aan te merken als flexibele en/of goedkopere arbeidskrachten als bedoeld in de toelichting op het artikel. De kantonrechters die vervolgens over de door de werkgevers ingediende ontbindingsverzoeken oordeelden, zijn evenwel stellig: de inzet van vrijwilligers is niet relevant voor de beoordeling van het verzoek om toestemming. Het verschil in benadering lijkt terug te voeren op de interpretatie van artikel 5 Ontslagregeling en van het begrip ‘arbeidskracht’ in de toelichting op het artikel. Als artikel 5 Ontslagregeling wordt gelezen met de nadruk op ‘onbepaalde tijd’, bepaalt het dat geen vervanging door personen met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mag plaatsvinden. Wordt de nadruk evenwel gelegd op ‘arbeidsovereenkomst’, dan leidt dat ertoe dat het artikel ook betrekking heeft op (vervanging door)

personen zonder arbeidsovereenkomst. De kantonrechters hebben kennelijk gekozen voor de eerste lezing. Mogelijk hebben zij zich daarbij laten leiden door het idee dat met ‘flexibele arbeidskracht’ is bedoeld op de meer gebruikelijke constructies bij tewerkstelling van flexibele arbeidskrachten, zoals inderdaad arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Zowel de tekst van artikel 5 Ontslagregeling als de toelichting geven mijns inziens reden tot twijfel aan deze uitleg, zeker als het in de toelichting genoemde belang van bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen wordt meegewogen.

Er lijkt een belangrijke rol weggelegd voor de vakbonden bij het reguleren van de inzet van vrijwilligers en het voorkomen van verdringing. Allereerst door in het cao-overleg aandacht te vragen voor het onderwerp, maar ook door toe te zien op de naleving van in de cao opgenomen bepalingen die verdringing beogen tegen te gaan. Afgaande op de tekst van de hiervoor besproken cao-bepalingen, zal vaak sprake zijn van een obligatoire (diagonale) bepaling, waardoor betwijfeld kan worden of de individuele werknemer er ten opzichte van zijn werkgever rechtstreeks beroep op kan doen. Daarmee is het primair aan de vakbonden de werkgever op naleving ervan aan te spreken.

6. Het initiatiefwetsvoorstel Verdringingstoets

Op 21 februari 2017 is door de Tweede Kamer het voorstel voor een Wet Verdringingstoets aangenomen, een initiatief van SP-Kamerlid Karabulut.²³ Het wetsvoorstel beoogt vervanging van betaalde arbeid door onbetaalde arbeid tegen te gaan bij aanbestedingen van de overheid en bij uitvoering van de Participatiewet (Pw) en de Werkloosheidswet (WW).²⁴ Daartoe wordt een verdringingstoets geïntroduceerd in een nieuw artikel 8d Participatiewet:²⁵

1. Met het oog op het tegengaan van verdringing op de arbeidsmarkt is er een verdringingstoets.
2. De verdringingstoets voldoet aan de volgende uitgangspunten:
 - a. van verdringing op de arbeidsmarkt is sprake indien de inzet van personen met een uitkering ertoe leidt dat de werkzaamheden goedkoper worden verricht dan wanneer de werkzaamheden worden verricht door personen die ten minste het wettelijk minimumloon verdienen;
 - b. van verdringing op de arbeidsmarkt is sprake indien personen die ten minste tegen het wettelijk minimumloon werkzaamheden verrichten worden vervangen door personen die dezelfde werkzaamheden verrichten zonder of tegen een lager loon;
 - c. van verdringing op de arbeidsmarkt is sprake indien de inzet van personen met een uitkering leidt tot aanpassing

23 Gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I* 2016/17, 34325, A.

24 Memorie van toelichting, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2015/16, 34325, 6, p. 3 e.v.

25 Volgens de initiatiefneemster is het wetsvoorstel geen aanval op het vrijwilligerswerk en beoogt het de positie van vrijwilligers juist te versterken, nadere memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2016/17, 34325, E., p. 5., onderaan.

van het loon en de overige arbeidsomstandigheden van andere personen die voor dezelfde organisatie werkzaamheden verrichten;

d. van verdringing op de arbeidsmarkt is sprake indien de inzet van personen met een uitkering ertoe leidt dat werkzaamheden die tegen ten minste voor het wettelijk minimumloon werden uitgevoerd, worden uitgevoerd zonder betaling of tegen een bedrag lager dan het wettelijk minimumloon;

e. van verdringing op de arbeidsmarkt is sprake indien werkzaamheden worden verricht door personen met een uitkering op grond van artikel 7, eerste lid, onder a, onderdelen 1, 4, 5 en 6, of de Werkloosheidswet, en de werkgever hiervoor een loonkostensubsidie ontvangt die hoger is dan het verschil tussen de loonwaarde van deze persoon en het wettelijk minimumloon.²⁶

De gemeente (of een andere aangewezen overheidsinstantie) is op grond van het wetsvoorstel verplicht de toets toe te passen in het contact met het bedrijf dat de arbeidskracht in het kader van het desbetreffende werktraject tewerkstelt. Is de conclusie dat sprake is van verdringing, dan mogen de werkzaamheden niet worden uitgevoerd.²⁶

Zoals opgemerkt is de reikwijdte van de voorgestelde verdringingstoets beperkt, te weten tot activiteiten gericht op de arbeidsinschakeling als bedoeld in artikel 7 lid 1 Pw, onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden als bedoeld in artikel 9 lid 1 onder c Pw, onbeloonde additionele werkzaamheden als bedoeld in artikel 10a lid 1 Pw, proefplaatsen als bedoeld in artikel 76a lid 1 WW en aanbestedingstrajecten als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012 en Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied.²⁷ Dat doet geen afbreuk aan het feit dat de verdringingstoets zelf algemeen geformuleerd is. Vooral de beschrijving onder lid 2 onderdeel b, lijkt bruikbaar in geschillen over de vraag of sprake is van verdringing, ook in situaties die liggen buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel. Er moet dan sprake zijn van ‘vervanging’ van betaalde arbeidskrachten door onbetaalde arbeidskrachten die dezelfde werkzaamheden verrichten. Bij inzet van meerdere vrijwilligers die hetzelfde werk doen als eerder de betaalde arbeidskrachten deden, zal hieraan zijn voldaan. Interessant is dat de initiatiefnemer tot het wetsvoorstel uitdrukkelijk de mogelijkheid heeft willen creëren de reikwijdte van de verdringingstoets uit te breiden.²⁸

‘De initiatiefnemer realiseert zich dat verdringing op de arbeidsmarkt zich niet beperkt tot aanbestedingen, de WW en de Participatiewet. Daarom heeft de initiatiefnemer er voor gekozen om bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) de mogelijkheid in de wet op te nemen om indien

nodig andere voorzieningen, trajecten of werkzaamheden aan te wijzen waarop de verdringingstoets van toepassing is. Gedacht kan worden aan regels ten aanzien van het tegengaan van onbetaalde leerwerkstages door pas afgestudeerde jongeren.’²⁹

Of het tot invoering van de verdringingstoets komt, is op dit moment niet duidelijk. De uitdrukkelijk opgenomen mogelijkheid de reikwijdte van de verdringingstoets uit te breiden, maakt wel dat bepleit kan worden dat de definitie van verdringing ook buiten het toepassingsbereik van de wet kan worden gebruikt in eventuele geschillen over de vraag of sprake is van verdringing.³⁰

7. Afsluiting

De in het regeerakkoord geuite wens vrijwilligers in te zetten, lijkt op gespannen voet te staan met de van verschillende kanten gevraagde aandacht voor het risico op verdringing van betaalde arbeidskrachten. Hoewel dit onderwerp de dagelijkse arbeidsrechtpraktijk nog niet echt bezighoudt, zal het naar verwachting de komende jaren belangrijker worden en meer aandacht vragen. Daarbij zal het spanningsveld tussen het belang van de organisatie en dat van behoud van (individuele) werkgelegenheid duidelijk(er) zichtbaar worden. Mogelijk dwingt dat organisaties scherper over dit vraagstuk na te denken en, al dan niet samen met vakbonden of het aanwezige medezeggenschapsorgaan, specifiek beleid te ontwikkelen met betrekking tot de vraag in welke situaties zij vrijwilligers (willen) inzetten. Wellicht zijn de vrijwilligers dan het kind van de rekening. Op zichzelf zou dat, gezien het belang van vrijwilligerswerk voor de samenleving, te betreuren zijn.

De in het regeerakkoord geuite wens vrijwilligers in te zetten, lijkt op gespannen voet te staan met de van verschillende kanten gevraagde aandacht voor het risico van verdringing van betaalde arbeidskrachten.

Over de auteur



Mr. O. van der Kind

Advocaat bij DingemansVanderKind.

²⁶ Memorie van toelichting, zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2015/16, 34325, 6, p. 12, en memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2016/17, 34325, C, p. 5.

²⁷ Zie het voorgestelde art. 8e lid 1 Pw.

²⁸ Zie het voorgestelde art. 8e lid 2 eerste volzin Pw: ‘Bij algemene maatregel van bestuur kunnen andere voorzieningen, trajecten of werkzaamheden worden aangewezen waarop de verdringingstoets van toepassing is.’

²⁹ Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2015/16, 34325, 8, p. 8.

³⁰ Het wetsvoorstel is in behandeling van de Eerste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW). Deze commissie heeft op 23 oktober 2017 het nader voorlopig verslag uitgebracht en wacht op de nadere memorie van antwoord.