



Arbeidsrechtelijke aspecten van de toelating en het verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden



Adviescommissie voor
Vreemdelingenzaken

VOORSTUDIE

Voorstudie

‘Arbeidsrechtelijke aspecten van de toelating en het verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden’ is een studie verricht in opdracht van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken en dient als voorstudie voor haar advies ‘Toelating en verblijf voor religieuze doeleinden’ dat de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken in juli 2005 uitbracht aan de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie. **De verantwoordelijkheid voor de inhoud en de ingenomen standpunten in deze voorstudie berust bij de auteur.**

Colofon

Voorstudie ‘Arbeidsrechtelijke aspecten van de toelating en het verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden’ is verkrijgbaar bij de ACVZ en ook te downloaden via de website van de ACVZ.

Uitgave van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken,
Den Haag, 2005

Kenmerk voorstudie: 10•2005, juli 2005
ISBN 90-8521-021-6

Bestellingen van publicaties:
Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken
Prins Clauslaan 20
2595 AJ Den Haag
email: acvz@acvz.com
(070) 381 14 00 of via de website: www.acvz.com

Vormgeving: Studio Daniëls BV, Den Haag
Drukwerk: Drukkerij Palace Print, Den Haag

Arbeidsrechtelijke aspecten van de toelating en het verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden

Prof.mr. dr. W.A. Zondag

GRONINGEN, JULI 2005

Inhoud

SAMENVATTING	7
HOOFDSTUK 1 <i>Inleiding</i>	13
HOOFDSTUK 2 <i>Kwalificatie van de arbeidsverhouding</i>	14
HOOFDSTUK 3 <i>Bijzonderheden rechtspositie 'geestelijke bedienaar'</i>	34
HOOFDSTUK 4 <i>Naar een regeling sui generis?</i>	53
HOOFDSTUK 5 <i>Internationale arbeidsrechtelijke aspecten</i>	58
AANGEHAALDE LITERATUUR	62

Samenvatting

Onderzoeksvraag 1

Wat is naar geldend Nederlands recht het rechtskarakter van de relatie tussen geestelijk bedienaren (voorgangers en godsdienstleraren) dan wel andere voor religieuze doeleinden in Nederland toegelaten en verblijvende vreemdelingen en de religieuze of levensbeschouwelijke instellingen of groeperingen waarvan zij deel uitmaken?

Beantwoording

De vraag of de arbeidsverhouding met het oog op religieuze doeleinden als een arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt, kan niet eenduidig worden beantwoord. Per geval zal dit aan de hand van de inhoud van het gesloten contract en de feitelijke omstandigheden moeten worden nagegaan. Vooropgesteld zij dat een kerkelijke verhouding kan samengaan met een arbeidsovereenkomst.

Uit de rechtspraak (o.a. het arrest Groen/Schoevers) volgt dat in de eerste plaats van betekenis is wat partijen voor ogen stond, ofwel de partijbedoeling. Bij de vraag wat partijen voor ogen heeft gestaan is volgens de Hoge Raad niet één enkel kenmerk beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in hun onderlinge verband worden gezien. Wanneer partijen duidelijk in het contract hebben aangegeven een arbeidsovereenkomst aan te gaan danwel een contract hebben gesloten dat qua inhoud niet (wezenlijk) te onderscheiden is van een arbeidsovereenkomst, zal de rechter deze kwalificatie – wanneer de ‘werker’ en hoge maatschappelijke positie heeft – in beginsel respecteren (vergelijk het Imam-arrest). Hierop geldt een uitzondering wanneer uit het geheel van de omstandigheden zou blijken dat de feitelijke situatie niet overeenkomt met de bewoording van het schriftelijke contract en/of sprake is van een zodanige gezagsverhouding dat ondanks de partijbedoeling, toch tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet worden geconcludeerd.

Hebben partijen de kwalificatie in het midden gelaten, dan kan de rechter op grond van de feiten en omstandigheden concluderen tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst als aan de elementen van art. 7:610 BW is voldaan. Van belang is dat sprake is van (1) arbeid,

(2) gedurende een zekere tijd, (3) tegen loon en wel (4) in dienst van de andere partij. Vooral de laatste twee elementen leiden in de rechtspraak m.b.t. de status van ‘geestelijken’ tot discussie. Een arbeidsovereenkomst ontbreekt wanneer aan het element ‘loon’ niet is voldaan. Een vrijwilliger (al dan niet in het kader van religieuze activiteiten) die een vergoeding voor gemaakte (reis)kosten in verband met de werkzaamheden ontvangt, is derhalve niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Wordt echter een onkostenvergoeding verstrekt die hoger is dan de reëel te maken kosten, dan is voor het bovenmatige deel wel sprake van loon en kan dus – als aan de overige voorwaarden van art. 7:610 BW is voldaan – van een arbeidsovereenkomst worden gesproken. Een kloosterling die op geen enkele wijze voor zijn arbeid wordt beloond, is niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, aangezien het loonelement ontbreekt. Men moet echter niet te gemakkelijk aanvaarden dat er geen ‘loon’ verschuldigd is. Niet noodzakelijk is immers dat de beloning geldelijk van aard is. Ook een beloning in natura, zoals kost en inwoning, is ‘loon’. De benaming noch de vorm van de beloning is volgens de Hoge Raad in het Bethesda-arrest relevant. Ten aanzien van het element ‘in dienst van de andere partij’ geldt dat een religieuze gezagsverhouding niet in de weg hoeft te staan aan een privaatrechtelijke gezagsverhouding. Privaatrechtelijk gezag kan ook worden aangemen als de geestelijke (voorganger) gezag aan bijvoorbeeld de bijbel of de Koran verschuldigd is. In het Imam-arrest overwoog de Hoge Raad dat de omstandigheid dat de persoon die zich bij overeenkomst verbonden heeft tot het vervullen van een godsdienstig ambt,

ter zake van de godsdienstige aspecten van zijn taak niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen is, niet uitsluit 'dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsverhouding welke een van de kenmerken vormt van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7A:1637a BW.' Wel kan de rechter op grond van de feitelijke omstandigheden tot de conclusie komen dat er te weinig 'privaatrechtelijk gezag' wordt uitgeoefend (vergelijk het Kruisarrest).

Wanneer moet worden vastgesteld dat de overeenkomst tussen een religieuze instelling en een bepaald persoon niet als een arbeidsovereenkomst kan worden beschouwd, zal niet zelden sprake zijn van een overeenkomst van opdracht, een overeenkomst die is geregeld in art. 7:400 e.v. BW. Men denke aan het incidenteel verrichten van werkzaamheden door een dirigent in een kerk, door een organist (tijdens de erediensten), door een slager die behulpzaam is bij het ritueel slachten of door een koster. Naarmate deze personen voor meerdere instellingen werkzaam zijn, zal eerder sprake zijn van een overeenkomst van opdracht dan van een arbeidsovereenkomst. Het is ook mogelijk dat de arbeidsverhouding met de religieuze instelling moet worden aangemerkt als een overeenkomst 'sui generis'. In dat geval zijn de regels van boek 6 BW van toepassing.

Onderzoeksvraag 2

Is die positie, naar geldend Nederlands recht, afwijkend van personen verbonden aan andere – niet religieuze – instellingen of groeperingen?

Beantwoording

Ten aanzien van de beantwoording van de vraag of sprake is van een regeling 'sui generis' inzake de rechtspositie van werknemers die voor een religieuze instelling arbeid verricht, geldt het volgende. Het arbeidsrecht is in beginsel van toepassing op de relatie tussen een werknemer en een religieuze instelling.

In verschillende wettelijke bepalingen wordt evenwel een uitzondering gecreëerd ten aanzien van arbeid van (overwegend) geestelijke aard. Het gaat om een drietal wettelijke regelingen. Allereerst zij gewezen op de regels met betrekking tot gelijke behandeling. In de AWGB wordt een uitzondering gemaakt ten aanzien van een kerkgenootschap of een (andere) identiteitgebonden instelling (instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, een instelling op politieke grondslag en een instelling van bijzonder onderwijs). De uitzondering voor kerkgenootschappen is neergelegd in art. 3 waarin is bepaald dat de wet niet van toepassing is op: 'rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag' noch op 'het geestelijk ambt'. De uitzondering voor andere identiteitgebonden instellingen is te vinden in art. 5 lid 2 sub a. Hierin is bepaald dat de verboden van art. 5 lid 1 onverlet laten: 'de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat'.

De tweede te noemen uitzondering is opgenomen in het BBA 1945. Op het personenbereik van dit besluit (waarin het ontslagverbod is opgenomen) is een aantal uitzonderingen gemaakt. Het BBA is niet van toepassing op (a) onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinstellingen, staande onder beheer van een natuurlijk persoon of rechtspersoon en (b) personen die een geestelijk ambt bekleden. Beide uitzonderingen moeten volgens jurisprudentie – vanwege de relatie met de grondrechten – ruim worden uitgelegd.

De derde uitzondering – die verband houdt met het verzekerd zijn van werkzame personen op grond van de ZW/WAO/WW (de zogenoemde werknemersverzekeringen) is opgenomen in het ‘Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd’ (‘Rariteiten-KB’). Op grond van art. 8 sub e van dit besluit wordt niet als een dienstbetrekking beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon ‘die arbeid van overwegend geestelijke aard verricht’.

Overigens zal ook de rechter – los van het bestaan van de hiervoor genoemde uitzonderingen en interne regels van de werkgever – bij de inkleuring van vage begrippen uit het ‘algemene arbeidsrecht’ (o.a. titel 7.10 BW) rekening houden met de religieuze of levensbeschouwelijke identiteit van de werkgever. Een verandering van geloofsopvatting bij de werknemer tijdens de looptijd van het dienstverband waardoor hij niet langer past bij identiteit van zijn werkgever zal – als de functie van de werknemer in een relatie met de identiteit van de instelling staat – door de rechter in beginsel als een legitieme ontslaggrond in de zin van art. 7:685 BW of art. 7:681 BW worden aangemerkt. Identiteitgebonden instellingen mogen immers een grotere loyaliteit van hun werknemers verwachten dan ‘seculiere’ werkgevers. Werknemers die zich niet langer identificeren met de grondslag van hun werkgever vormen een belemmering voor het goed functioneren van de instelling.

Naast de wettelijke uitzonderingen is sprake van zelfregulering door religieuze instellingen. Deze zelfregulering heeft betrekking op zowel materiële zaken (met betrekking tot de inhoud van de arbeidsverhouding, zoals de arbeidsvoorwaarden) als op procedurele zaken. Wat de materiële aangelegenheden betreft, geldt dat in grote kerkgenootschappen, zoals de PKN en de Rooms-Katholieke Kerk, de arbeidsvoorwaarden van kerkelijke medewerkers en voorgangers in collectieve regelingen zijn vastgelegd (ordonnanties en generale regelingen). In de PKN betreft het de generale regeling voor predikantstraktementen (en de generale regeling voor predikantspensioen) alsmede de generale regeling voor de rechtspositie van kerkelijke medewerkers. De inhoud van deze regelingen komt overeen met de inhoud van een (‘gemiddelde’) CAO. In de generale regeling voor predikantsstraktementen zijn onder andere geregeld: bestanddelen van het traktement, periodieke verhogingen, vakantietoeslag, eindejaarsuitkering, inhoudingen, ambtswoning, ziektekostenverzekering, vergoeding van kosten ambtsuitoefening, verhuiskosten, kosten studieverlof, gratificaties, vakantie en vrije zondagen, zwangerschapsverlof, verlof bij verhuizing, studieverlof, uitkeringen ten laste van de centrale kas, nevenwerkzaamheden, overlijdensuitkering en wachtgeldregelingen (bij ziekte en ontzetting uit het ambt). In de generale regeling voor de rechtspositie van de (andere) kerkelijke medewerkers zijn voornoemde zaken eveneens terug te vinden met daar bovenop specifiek voor werknemers geldende arbeidsvoorwaarden zoals overwerk en werken op andere tijden, bijzondere verlofvormen. Naast arbeidsvoorwaarden worden doorgaans ook onderwerpen als schorsing en de beëindiging van de arbeidsverhouding (ook wel ‘afzettingsgronden’) in de kerkorde (de kerkelijke ‘grondwet’) en/of generale regelingen uitgewerkt. De gronden voor schorsing en ontslag enerzijds en de financiële voorzieningen anderzijds worden daarbij veelal in verschillende regelingen uitgewerkt. Grote kerkgenootschappen hebben daartoe – in tegenstelling tot veel kleine kerkgenootschappen – gedetailleerde en in sociaalrechtelijk opzicht toereikende regelingen opgesteld.

Religieuze of levensbeschouwelijke instellingen kennen doorgaans interne procedures die kunnen/moeten worden bewandeld ingeval sprake is van een conflict. Belangrijk voordeel van deze interne regelingen is dat men op deze wijze de invloed van de wereldlijke rechter op interne (religieuze) aangelegenheden kan worden beperkt of zelfs kan worden uitgesloten. De wijze waarop deze interne procedures zijn vormgegeven, verschilt per instelling en per kerkgenootschap. Een belangrijke categorie instellingen – de instellingen voor bijzonder onderwijs – kent evenwel eenzelfde beroepsgang: de zogenoemde kringenrechtspraak. Ook kerkgenootschappen kennen een eigen vorm van

geschillenbeslechting. Ingeval van een conflict – bijvoorbeeld bij schorsing of ontslag – kan de medewerker bezwaar maken of beroep instellen bij een ‘meerdere’ ambtelijke vergadering, zoals classis (vergadering van ambtsdragers in de kleinste regionale eenheid), particuliere synode (vergadering van ambtsdragers in een grotere regionale eenheid) en generale synode (vergadering van ambtsdragers in de grootste – landelijke – regionale eenheid). Andere kerkgenootschappen, zoals de PKN (en de voormalige Nederlandse Hervormde Kerk), hebben de kerkelijke rechtspraak geïnstitutionaliseerd in de vorm van speciale colleges waarin (ook) niet-ambtsdragers participeren (zie bijlage 2) en – ten aanzien van arbeidsrechtelijke conflicten tussen het kerkgenootschap en een kerkelijke medewerker – scheidsrechters. Weer anders is de kerkelijke rechtsgang in de Rooms Katholieke Kerk. De RK Kerk kent een systeem van kerkelijke rechtbanken. In de Codex Iuris Canonici is met betrekking tot deze materie een gedetailleerde regeling opgenomen. De inhoud ervan is vergelijkbaar met het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering: bepalingen over de bevoegdheden van de kerkelijke rechtbanken, het hoger beroep, de rechters, termijnen, partijen, advocaten, bewijsvoering, etc. Door het hanteren van een interne beroepsmogelijkheid kunnen kerkgenootschappen voorkomen dat de civiele rechter zich met kerkelijke aangelegenheden bemoeit. Indien de kerkelijke (niet-arbitrale) rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed, is de civiele rechter geneigd zich terughoudend op te stellen. De rechter zal zich niet ontvankelijk verklaren als de klagende partij de interne route links laat liggen of heeft laten liggen. Verklaart de rechter zich wel (al dan niet na afronding van de interne beroepsprocedure) ontvankelijk dan zal een door de kerkelijke instantie genomen beslissing in de meeste gevallen slechts marginaal worden getoetst.

Onderzoeksvraag 3

Zijn er uit (arbeids)rechtelijk oogpunt argumenten voor het creëren van een regeling sui generis voor arbeidsrechtelijke verbintenissen van

- a. geestelijk bedienaren,
- b. godsdienstleraren, en
- c. medewerkers aan een instelling of groepering van levensbeschouwelijke aard niet zijnde religieuze instellingen of groeperingen, met de instelling of groepering waaraan zij zijn verbonden?

Beantwoording

Vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief is er inderdaad aanleiding voor het opstellen van een regeling ‘sui generis’. De volgende arbeidsrechtelijke argumenten kunnen worden aangevoerd.

In de eerste plaats speelt het zogenoemde kwalificatieprobleem. Het is niet mogelijk om in algemene termen aan te geven of een bepaalde religieuze functie (waaronder de voorgangersfunctie) wordt uitgeoefend op basis van een arbeidsovereenkomst. Een criterium als ‘werkzaam in loondienst’ of ‘werkzaamheden in dienstbetrekking’ is daardoor praktisch niet goed bruikbaar. Het verdient daarom aanbeveling om een betrekkelijk breed criterium te hanteren (‘verblijf bij een religieuze of levensbeschouwelijke instelling’) en ten aanzien van bepaalde functies specifieke afspraken met de religieuze organisaties te maken in plaats van het ‘opdringen’ van een arbeidsovereenkomst waar dat door de religieuze organisaties niet wenselijk wordt geacht.

In de tweede plaats zij gewezen op de aanvullende ‘werknemers’ bescherming buiten de arbeidsovereenkomst. Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst impliceert niet dat de vreemdeling geheel verstoken is van arbeidsrechtelijke bescherming. Er geldt in de eerste plaats een bepaalde basisbescherming die wordt gegeven door het algemene contractenrecht of door de regels van de overeenkomst van opdracht. De huidige sociale

wetgeving kent bovendien op beperkte schaal óók bescherming toe aan niet-werknemers. Bovendien hanteren professionele religieuze organisaties vaak eigen regelingen op het terrein van aanstelling, arbeidsvoorwaarden, bevordering, schorsing, ontslag en 'aanvullende sociale zekerheid' en kan bij conflicten een laagdrempelige interne beroepsprocedure worden doorlopen.

In de derde plaats geldt dat het buiten toepassing stellen van bepaalde onderdelen uit het arbeidsrecht past binnen de geldende regelgeving. Er bestaan reeds uitzonderingen voor personen die '(overwegend) geestelijke arbeid' verrichten, religieuze instellingen en instellingen van bijzonder onderwijs in de AWGB, het BBA 1945 en het Rariteiten-KB op grond van art. 5 van de 'werknemersverzekeringen' (ZW, WAO en WW).

Een regeling sui generis ten aanzien van vreemdelingen met religieuze doeleinden zal ten aanzien van verschillende aspecten kunnen afwijken van de reguliere voorwaarden die aan tewerkstelling van vreemdelingen worden gesteld. Het gaat daarbij om een pakket voorwaarden dat past bij de bijzondere status van deze vreemdelingen en de (religieuze) aard van de door hen te verrichten werkzaamheden. Te denken valt aan het achterwege laten van de arbeidsmarkttoets, het beperken van de verblijfsduur en het verplicht laten volgen van inburgeringscursussen.

Onderzoeksvraag 4

In hoeverre kan een naar Nederlands recht aangegane arbeidsrelatie nog rechtsgeldig zijn indien financiering van de arbeidsrelatie geheel geschiedt vanuit het buitenland? Wanneer is dit niet mogelijk en rechtsgeldig naar Nederlands recht?

Beantwoording

Financiering door een buitenlandse organisatie staat op zichzelf een rechtsgeldige arbeidsovereenkomst tussen een in Nederland gevestigde religieuze instelling en een vreemdeling niet in de weg. Op dit uitgangspunt gelden echter twee uitzonderingen. In de eerste plaats is het mogelijk dat de buitenlandse instelling rechtstreeks – zonder tussenkomst van de Nederlandse instelling – aan de vreemdeling betaalt. In dat geval is er formeel geen arbeidsovereenkomst tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling. Loon – als bedoeld in art. 7:610 BW – is immers de door de *werkgever* verschuldigde tegenprestatie voor de verrichte arbeid. Als de betaling verschuldigd is door een ander – de buitenlandse instelling – is formeel-juridisch geen sprake van 'loon' in de zin van art. 7:610 BW. Mogelijk heeft de vreemdeling in dat geval wel een arbeidsovereenkomst met de buitenlandse instelling die de vreemdeling detacheert bij de Nederlandse instelling. Bij een detachering naar Nederland geldt overigens dat de werknemer/vreemdeling een beroep kan doen op belangrijke onderdelen van het Nederlandse arbeidsrecht, óók wanneer partijen een rechtskeuze zouden hebben gedaan voor buitenlands arbeidsrecht. Op grond van de Europese Detacheringsrichtlijn (96/71/EG Pb EG 1997 L 18/1) die in Nederland is geïmplementeerd, maakt een gedetacheerde werknemer – ongeacht het land van herkomst en ongeacht het toepasselijke recht – namelijk aanspraak op een deel van de Nederlandse arbeidswetgeving. Of hij deze bescherming wil invoeren, is een andere vraag. Kenmerkend voor het privaatrecht is dat de overheid niet ambtshalve erop toeziet dat de regels van het arbeidsrecht worden nagekomen, tenzij sprake is van een publiek belang.

In de tweede situatie financiert een buitenlandse instelling de Nederlandse instelling met het oog op het realiseren van doelstellingen die in strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden zijn. De indirecte financiering door een buitenlandse instelling (aan de Nederlandse instelling) heeft geen invloed op de arbeidsverhouding tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling. Wel zijn er twee situaties denkbaar waarin de financiering door de buitenlandse instelling van invloed is op de arbeidsovereen-

komst tussen de vreemdeling en de Nederlandse instelling. In de eerste plaats kan de financieringsconstructie een rol spelen wanneer in de arbeidsovereenkomst tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling een ontbindende voorwaarde – die gerelateerd is aan de financiering door de buitenlandse instelling – is opgenomen. In de tweede plaats kan de financiering een rol spelen wanneer de buitenlandse instelling de tewerkstelling van de vreemdeling financiert met het oog op doeleinden die in strijd zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden. De arbeidsovereenkomst zal in dat geval ex art. 3:40 BW als nietig worden aangemerkt.

HOOFDSTUK I

Inleiding

1.0 De inburgeringsplicht

De minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie heeft de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken verzocht een advies uit te brengen over een beleidskader voor toelichting van vreemdelingen met het oog op religieuze doeleinden. Haar verzoek is ingegeven door de omstandigheid dat in het Nederlandse vreemdelingenbeleid een speciaal daarop toegesneden beleidskader voor de toelating van vreemdelingen met religieuze doeleinden ontbreekt. Wel bestaat er een gecodificeerd beleid – neergelegd in het Vreemdelingenbesluit en de Vreemdelingencirculaire – ten aanzien van buitenlandse godsdienstleraren en geestelijk bedienaren. Ten aanzien van de overige vreemdelingen die voor religieuze doeleinden naar Nederland willen komen is een tijdelijk beleid neergelegd in het Tussentijds Bericht Vreemdelingencirculaire 2004/12. Gelet op de regelmatige aanvragen om verblijf voor uiteenlopende religieuze doeleinden wordt het formuleren van een afgewogen beleid op voornoemd terrein wenselijk geacht.

Op verzoek van de Adviescommissie voor de Vreemdelingenzaken is het onderhavige rapport geschreven. Het rapport behelst de resultaten van een onderzoek naar de relatie tussen de arbeidsrechtelijke aspecten en de Vreemdelingenwet 2000 voor wat betreft de toelating en verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden. Centraal staat daarbij de aard van de relatie tussen de religieuze of levensbeschouwelijke organisatie op wier uitnodiging de vreemdeling in Nederland verblijft.

Concreet is in dat verband een uitwerking gegeven aan de volgende vragen die door de Adviescommissie voor de Vreemdelingenzaken zijn voorgelegd:

1. Wat is naar geldend Nederlands recht het rechtskarakter van de relatie tussen geestelijk bedienaren (voorgangers en godsdienstleraren) dan wel andere voor religieuze doeleinden in Nederland toegelaten en verblijvende vreemdelingen en de religieuze of levensbeschouwelijke instellingen of groeperingen waarvan zij deel uitmaken?
2. Is die positie, naar geldend Nederlands recht, afwijkend van personen verbonden aan andere – niet religieuze – instellingen of groeperingen?
3. Zijn er uit (arbeids)rechtelijk oogpunt argumenten voor het creëren van een regeling sui generis voor arbeidsrechtelijke verbintenissen van
 - a. geestelijk bedienaren,
 - b. godsdienstleraren, en
 - c. medewerkers aan een instelling of groepering van levensbeschouwelijke aard niet zijnde religieuze instellingen of groeperingen, met de instelling of groepering waaraan zij zijn verbonden?
4. In hoeverre kan een naar Nederlands recht aangegane arbeidsrelatie nog rechtsgeldig zijn indien financiering van de arbeidsrelatie geheel geschiedt vanuit het buitenland? Wanneer wel en wanneer is dit niet mogelijk en rechtsgeldig naar Nederlands recht?

HOOFDSTUK 2

Kwalificatie van de arbeidsverhouding

2.1 Inleiding

De meest basale vraag met betrekking tot de rechtspositie van een vreemdeling ‘met geestelijke doeleinden’ betreft de kwalificatie van de arbeidsverhouding (een begrip dat ruimer is dan de arbeidsovereenkomst). Wanneer de vreemdeling werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst heeft hij namelijk toegang tot tal van beschermende regels (waarvan de reikwijdte zal worden geanalyseerd bij de beantwoording van vraag 2). Allereerst is titel 7.10 BW, de bijzondere titel inzake de arbeidsovereenkomst van het BW van toepassing. Dit betekent dat de werknemer onder meer aanspraak kan maken op doorbetaling van loon bij ziekte, een x-aantal vakantiedagen en ontslagbescherming geniet. Het werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst brengt de vreemdeling voorts onder de bescherming van tal van andere wetten, zoals de Arbeidstijdenwet, de Wet arbeid en zorg en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.¹ Ook leidt de arbeidsovereenkomst in veel gevallen tot bovenwettelijke aanspraken op grond van een toepasselijke CAO, een niet onbelangrijke aanvulling op de door de wet geboden bescherming. En ten slotte vormt de arbeidsovereenkomst de toegangspoort tot de werknemersverzekeringen: de Werkloosheidswet, de Ziektewet en de WAO op grond waarvan bij werkloosheid of arbeidsongeschiktheid een uitkering kan worden verkregen. Wanneer moet worden geconcludeerd dat niet is voldaan aan de essentialia van een arbeidsovereenkomst, zal de arbeidsverhouding als een andersoortige overeenkomst kunnen worden gekwalificeerd. Twee van deze ‘andersoortige’ overeenkomsten zijn in de wet geregeld: de overeenkomst van opdracht en de aanneming van werk. Is geen van de genoemde wettelijke kwalificaties van toepassing, dan is sprake van een overeenkomst sui generis, een overeenkomst ‘van eigen aard’ waarvoor geen bijzondere wettelijke regeling bestaat. De arbeidsverhouding wordt dan beheerd door het algemene overeenkomstenrecht (boek 3 en 6 BW).

In de praktijk wordt er vaak (klakkeloos) vanuit gegaan dat bij een aantal geestelijke functies – zoals de voorganger in een kerkelijke gemeente of moskee en de kloosterling – geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Als argument voor deze stelling wordt aangevoerd dat het religieuze karakter van het werk in de weg staat aan een arbeidsovereenkomst waarbij men onder het gezag van een ander zou staan. Deze personen zouden werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van ‘eigen aard’ (sui generis). Ten aanzien van andere, meer perifere, functies bij geestelijke of religieuze² instellingen – zoals die van dirigent, organist, koster, koorlid of pastoraal ondersteuner – wordt daarentegen geen probleem gezien in het aannemen van een arbeidsovereenkomst. In het WODC-rapport wordt de perceptie van betrokkenen (ten aanzien van het ontbreken van een arbeidsovereenkomst) op meerdere plaatsen als een ‘gegeven’ beschouwd. In het onderhavige rapport wordt aangetoond aan deze stelling arbeidsrechtelijk nuancering behoeft.

-
- ¹ De suggestie dat een arbeidsrelatie geen arbeidsovereenkomst zou (kunnen) zijn wanneer de verdiensten minder dan het wettelijke minimumloon zijn, is niet juist. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst betekent dat er ten minste het wettelijk minimumloon moet worden betaald. Het wel of niet betalen van het wettelijk minimumloon heeft geen invloed op de kwalificatie van de arbeidsrelatie.
 - ² M.i. is er geen onderscheid tussen beide begrippen.

In het navolgende zullen de volgende deelaspecten worden behandeld. In de eerste plaats wordt (in par. 2.2) ingegaan op de karakteristieken van een arbeidsovereenkomst ofwel de elementen van art. 7:610 BW. In de jurisprudentie wordt invulling gegeven aan de elementen van art. 7:610 BW. Daarbij wordt ook sociaalverzekeringsrechtelijke jurisprudentie meegenomen (voorzover het de vraag met betrekking tot het aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst ex art. 3 WW, ZW of WAO betreft). Steeds wordt gekozen voor een ‘algemene’ uitleg waarna een toespitsing zal worden gemaakt op arbeid met een religieus karakter.³ Par. 2.3 behandelt het kwalificatievraagstuk aan de hand van het zogenoemde arrest Groen/Schoevers waarin de verhouding tussen de ‘partijbedoeling’ (wat wilden partijen overeenkomen?) en de wettelijke definitie van art. 7:610 BW centraal staat. In par. 2.4 wordt ingegaan op de vraag of de gedachte dat het kerkelijke recht zich verzet tegen het aanvaarden van een arbeidsovereenkomst met een voorganger correct is. Tot slot wordt in par. 2.5 een korte uitleg gegeven van twee andere wettelijke geregelde overeenkomsten, de overeenkomst van opdracht en de aanneming van werk. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

2.2 De definitie van de arbeidsovereenkomst

Voor de beantwoording van de vraag of iemand werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, zal men art. 7:610 BW ter hand moeten nemen. Op grond van dit artikel is een arbeidsovereenkomst aanwezig als ‘de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten’. Uit deze omschrijving blijkt dat moet zijn voldaan aan vier elementen:

- a. de verplichting tot het verrichten van arbeid;
- b. gedurende een zekere tijd;
- c. de verplichting loon te betalen en
- d. in dienst van de andere partij.

Arbeid

Het element ‘arbeid’ levert in de regel geen problemen op. Dát er arbeid moet worden verricht is immers de aard van de prestatie. De omvang en de aard van de arbeidsprestatie doet er niet toe. Ook het verrichten van arbeid als slaapwacht in een (al dan niet op religieuze grondslag werkzaam) verzorgingstehuis – waarbij het grootste gedeelte van de arbeid bestaat uit passief zijn, namelijk slapen – is arbeid in voornoemde zin.⁴ Daarentegen zal het werk van een stagiair in de regel niet in het kader van een arbeidsovereenkomst worden verricht, omdat de werkzaamheden voornamelijk gericht zijn op het uitbreiden van eigen kennis en ervaring en vaak in het kader van een bepaalde opleiding.⁵ Het lopen van een stage dient wel te worden onderscheiden van een leerovereenkomst, zoals geregeld in de Wet op het leerlingwezen. Deze leerovereenkomst kan gepaard gaan met een arbeidsovereenkomst – in welk geval sprake is van een gemengde overeenkomst – met dien verstande dat ingeval de bepalingen van het BW en het BBA strijdig zijn met de bepalingen van de Wet op het leerlingwezen, laatstgenoemde bepalingen prevaleren.⁶ Dit is alleen anders als partijen een afzonderlijke arbeidsover-

3 Waarbij geldt dat niet elke te onderscheiden functie op geestelijk vlak kan worden ‘getoetst’ aan art. 7:610 BW. Volstaan wordt met een algemene analyse van de problematiek welke wordt geïllustreerd met voorbeelden.

4 Vergelijk HR 22 september 1995, JAR 1995/216 (ontslag op staande voet wegens weigering van slaapdienst); ktr. Amsterdam 1 april 1993, JAR 1993/88 (wijziging van de functie van slaapwacht); ktr. Utrecht 7 januari 1998, JAR 1998/87 (geen arbeidsovereenkomst vanwege het ontbreken van een gezagsverhouding).

5 HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 230; HR 10 juni 1983, NJ 1984, 60. Verkrijgt de stagiair geen vergoeding voor door hem verrichte werkzaamheden, dan zal reeds vanwege het ontbreken van ‘loon’ tot afwezigheid van een arbeidsovereenkomst moeten worden geconcludeerd.

eenkomst voor buiten de leerovereenkomst te verrichten taken zijn overeengekomen. Het geleidelijk aan verrichten van meer productieve arbeid door de leerling leidt er volgens de Hoge Raad niet toe dat de leerovereenkomst stilzwijgend in zo'n afzonderlijke arbeidsovereenkomst wordt omgezet. Immers, de aard van de leerovereenkomst is er juist op gericht dat de leerling meer productieve arbeid gaat verrichten.⁷ Van belang is voorts dat de arbeid persoonlijk wordt verricht. De arbeidsovereenkomst is immers naar zijn aard intuitu personae aangegaan.⁸ Dit impliceert in de eerste plaats dat een rechtspersoon geen werknemer kan zijn. De tweede implicatie hiervan is dat als een 'werknemer' zich zonder toestemming van de werkgever door een ander mag laten vervangen, het contract niet (langer) als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. Zo is een krantenbezorger die zich ten aanzien van alle werkzaamheden kan laten vervangen niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst.⁹ Ook moet de arbeid een verplicht karakter hebben. Iemand die naar eigen believen werk kan weigeren, verricht geen arbeid in de zin van art. 7:610 BW. Zo oordeelde de kantonrechter te Den Haag dat een tolk, die op oproepbasis werkzaamheden verrichtte voor de Immigratie en Naturalisatiedienst, geen arbeidsovereenkomst met het Ministerie van Justitie had.¹⁰ De tolk was namelijk niet verplicht aan een oproep om te tolken gehoor te geven en was zelfs bevoegd een reeds aanvaarde opdracht alsnog af te zeggen. Zo'n weigering of afzegging werd blijkens het 'Beleidskader tolken' niet als wanprestatie aangemerkt, hetgeen zich volgens de kantonrechter niet verdroeg met de definitie van art. 7:610 BW. De verplichting tot het verrichten van arbeid kan blijkens jurisprudentie onder andere worden afgeleid uit het bestaan van een aan de werkgever toekomende instructiebevoegdheid. Wanneer inhoudelijke instructies dan wel aanwijzingen in de formele (organisatorische) sfeer (kunnen) worden gegeven, kan dit een vermoeden opleveren dat de 'werknemer' verplicht is tot het verrichten van de arbeid. In dit verband is het arrest Bethesda/Van der Vlies uit 2001 (dit arrest zal hierna nog verschillende malen worden aangehaald) van grote betekenis.¹¹ De rechtbank had aan het gegeven dat werkneemster gedurende vele jaren zeven dagen per week haar werkzaamheden als bejaardenverzorgster en ten behoeve van de maaltijdservice verrichtte en dat zij gedurende al die tijd slechts eenmaal een korte vakantie had genoten, het vermoeden ontleend dat voor werkneemster de verplichting tot het verrichten van arbeid bestond. Mede in het licht van de omstandigheid dat de werkneemster was gehouden zich te richten naar de instructies van de werkgevers omtrent werktijden, verlof en de verdere invulling en uitvoering van de werkzaamheden, achtte de Hoge Raad dit oordeel niet onbegrijpelijk.

Loon

Met het element 'loon' wordt bedoeld op de overeengekomen tegenprestatie van de arbeid. Op grond van jurisprudentie moet hieronder worden verstaan de door de werkgever aan de werknemer krachtens de arbeidsovereenkomst verschuldigde vergoeding ter zake van de bedongen arbeid. Door klanten betaalde fooien zijn, omdat zij niet door de werkgever verschuldigd zijn, dus geen loon.¹² Onverschuldigde betalingen, zoals een 'extraatje' in de vorm van een eenmalige gratificatie vormen geen loon in de zin van

-
- 6 De bijzondere conflictregel van art. 9 Wet op het leerlingwezen prevaleert ten opzichte van de in titel 7.10 opgenomen conflictregel (art. 7:610 lid 2 BW). Zie conclusie van A-G Koopmans voor HR 28 juni 1996, JAR 1996/153.
- 7 HR 28 juni 1996, JAR 1996/153. Zie voor de vraag of beurs-promovendi 'arbeid' verrichten: Rb. Utrecht 27 juni 2001, JAR 2001/155.
- 8 Vergelijk T. Koopmans, De begrippen werkman, arbeider en werknemer, Alphen aan den Rijn, 1962, p. 137.
- 9 HR 13 december 1957, NJ 1958, 35. Zie ook HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633 en HR 18 november 1988, NJ 1989, 344; CRvB 21 december 1994, AB 1995, 394.
- 10 Ktg. Den Haag 26 maart 2003, JAR 2003/150.
- 11 HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217 (Bethesda/Van der Vlies). Aan dit arrest wordt in voornoemd WODC-rapport voorbij gegaan, terwijl dit arrest belangrijke implicaties heeft voor arbeidsverhoudingen met religieuze doeleinden.
- 12 HR 8 oktober 1993, JAR 1993/245. Overigens vallen fooien wel onder het loonbegrip van de Wet Minimumloon.

art. 7:610 BW, omdat zij niet verplicht zijn. En onkostenvergoedingen zijn niet ‘terzake’ van de te verrichten arbeid verschuldigd. Een vrijwilliger (al dan niet in het kader van religieuze activiteiten) die een vergoeding voor gemaakte (reis)kosten in verband met de werkzaamheden ontvangt, is derhalve niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst.¹³ Wordt echter een onkostenvergoeding verstrekt die hoger is dan de reëel te maken kosten, dan is voor het bovenmatige deel wel sprake van loon en kan dus – als aan de overige voorwaarden van art. 7:610 BW is voldaan – van een arbeidsovereenkomst worden gesproken. Een kloosterling die op geen enkele wijze voor zijn arbeid wordt beloond, is niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, aangezien het loonelement ontbreekt. Men moet echter niet te gemakkelijk aanvaarden dat er geen ‘loon’ verschuldigd is. Niet noodzakelijk is immers dat de beloning geldelijk van aard is. Ook een beloning in natura, zoals kost en inwoning, is ‘loon’.¹⁴ De benaming noch de vorm van de beloning is volgens de Hoge Raad in het Bethesda-arrest relevant. In casu ontvingen De dames Van der Vlies van de religieuze instelling kost- en inwoning, een klein bedrag aan vakantiegeld en een kleine kerstgratificatie. Deze zaken konden volgens de Hoge Raad toch als loon worden aangemerkt, omdat zij uit de tussen partijen gesloten overeenkomst voortvloeiden. Daarbij merkte de Hoge Raad op dat er geen rechtsregel bestaat dat voor de vraag of sprake is van loon steeds moet worden onderzocht of de wijze waarop partijen de tegenprestatie in hun overeenkomst en feitelijk vorm hebben gegeven strookt met hetgeen bij een arbeidsovereenkomst gebruikelijk is. (Vooruitlopend op de volgende paragraaf zij wel opgemerkt dat een van de normale praktijk afwijkende afspraak over het te betalen loon een indicatie kan vormen voor de conclusie dat partijen geen arbeidsovereenkomst hebben beoogd).

De uitspraak van de Hoge Raad in voornoemd arrest had betrekking op een bejaardenverzorgster, maar is ook van betekenis voor andere geestelijken, zoals een kloosterling. Als een kloosterling werkzaamheden verricht en daarvoor kost, inwoning en ‘zakgeld’ ontvangt, kan toch sprake zijn van loon in de zin van art. 7:610 BW. Hetzelfde geldt ten aanzien van voorgangers in kerkelijke gemeenten die in plaats van salaris een zogenoemd tractement ontvangen. Volgens kerkgenootschappen zou een tractement wat anders zijn dan ‘loon’. Het is echter duidelijk dat deze benaming volgens de Hoge Raad niet relevant is. Beslissend is of het tractement wordt betaald vanwege de verrichte prestatie. En dat is doorgaans het geval, hetgeen onder andere blijkt uit het feit dat een voorganger vaak slechts een gedeelte van het tractement ontvangt bij arbeidsongeschiktheid of bij schorsing. Bij kloosterlingen zal kost, inwoning en het zakgeld daarentegen niet vaak worden betaald als tegenprestatie voor de verrichte arbeid. De kost, inwoning en het zakgeld zijn doorgaans te beschouwen als noodzakelijke voorwaarden om het ‘kloosterlingschap’ te kunnen beleven. De (meestal eenvoudige) werkzaamheden die een kloosterling verricht, kunnen heel vaak worden beschouwd als arbeid die wordt verricht in het kader van de ‘gemeenschappelijke huishouding’ en niet als een prestatie die is gericht op het verkrijgen van ‘verdiensten’.

Zekere tijd

Het derde element van art. 7:610 BW, het verrichten van arbeid ‘gedurende een zekere tijd’ speelt in de praktijk nagenoeg geen zelfstandige rol. Ook de tijdsduur van minder dan een dag of een uur voldoet reeds aan dit element. De wetgever heeft het begrip – desalniettemin – in de definitie opgenomen ter afgrenzing van de overeenkomst van opdracht (toen nog verrichten van enkele diensten). Het element zou duiden op een zekere duurzaamheid die bij laatstgenoemde overeenkomst zou ontbreken.¹⁵ Er is echter niet veel fantasie nodig om te bedenken dat ook een overeenkomst van opdracht een

¹³ HR 3 juni 1981, NJ 1982, 206.

¹⁴ HR 12 oktober 2001, JAR 2001, 217 (Bethesda/Van der Vlies).

¹⁵ A.E. Bles, Wet op de Arbeidsovereenkomst, deel I, p. 321.

duurzaam karakter kan hebben. De ‘oude’ schrijvers waren daarom de mening toegedaan dat met ‘de duurzaamheid als maatstaf niets is aan te vangen’.¹⁶ Rechters laten het element dan ook vaak voor wat het is. Als aan de overige drie voorwaarden is voldaan, wordt gemakshalve aangenomen dat ook aan het ‘zekere tijd’-element is voldaan.¹⁷

In dienst van

Het vierde element van art. 7:610 BW betreft de zinsnede ‘in dienst van’. Dit element wordt in de literatuur en in de rechtspraak wel aangemeld als de gezagsverhouding, de bevoegdheid van de werkgever instructies ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden te geven. Het vormt reeds sinds de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 voorwerp van discussie.¹⁸ Het criterium is nog steeds moeilijk toe te passen en heeft tot een stroom aan procedures en rechtspraak geleid. Het probleem van dit criterium – als men hieronder verstaat het kunnen verstrekken van instructies ten aanzien van de uitvoering van de werkzaamheden¹⁹ – is namelijk dat bij sommige beroepen het niet eenvoudig is vast te stellen of onder ‘gezag’ van een ander wordt gewerkt. Hoe hoger het opleidingsniveau, de vereiste deskundigheid en de vereiste vaardigheden, hoe minder het voor de hand ligt dat de werkgever inhoudelijke instructies zal (kunnen) verstrekken. Men denke aan hoog opgeleide IT-specialisten, medisch specialisten, juristen, economen, artiesten en ‘geestelijke voorgangers’, het onderwerp van dit rapport. Deze mensen worden juist in dienst genomen vanwege hun specialisme en hebben doorgaans grote vrijheid in het vormgeven van de door hen te leveren prestatie. Daarom wordt in de rechtspraak – die toelaat dat instructies niet feitelijk hoeven te worden gegeven, maar dat voldoende is als de mogelijkheid daartoe bestaat²⁰ – ook wel de toevlucht genomen tot een andere interpretatie van het gezagscriterium. Het gaat dan niet om een instructiebevoegdheid ten aanzien van de inhoud van het werk, maar ten aanzien van de werkdiscipline. De werknemer kan instructies krijgen ten aanzien van organisatorische zaken. In de literatuur is in aansluiting hierop wel een onderscheid gemaakt tussen een formeel en een materieel gezagsbegrip. Het materiële gezagsbegrip ziet op de vraag of de opdrachtgever tijdens het werk gerechtigd is eenzijdig aanwijzingen met betrekking tot de inhoud van het werk aan de werknemer te geven, terwijl het formele gezagsbegrip betrekking heeft op de vraag of de werkrelatie een ‘normale’ organisatorische inbedding heeft gekregen, waarbij niet zozeer de werkinhoud als wel de werkdiscipline centraal staat. Bij dit laatste wordt gekeken naar de regelmaat waarmee gewerkt wordt, de wijze en het karakter van de beloning, de eventuele doorbetaling van loon bij ziekte, de regeling van de vakantie en de plaats waar de arbeid moet worden verricht, etcetera. In de rechtspraak worden beide benaderingen afwisselend en/of in combinatie gebruikt.²¹

De Hoge Raad heeft zich nimmer willen vastleggen op één van genoemde benaderingen. Steeds waren de omstandigheden van het geval doorslaggevend voor, ofwel de materiële, ofwel de formele benadering van de gezagsverhouding. Voor een materiële benadering (accent op de instructiebevoegdheid) koos de Hoge Raad onder andere in een arrest over vakantiewerkers.²² Er werd een arbeidsovereenkomst aangenomen, omdat de vakantiewerkers ten aanzien van de inhoud van het werk onderworpen waren aan

16 T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, Alphen aan den Rijn, 1962, p. 150.

17 In de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep wordt daarentegen soms wel zelfstandige betekenis toegekend aan het ‘zekere tijd-aspect’. Zie CRvB 15 december 1993, RSV 1994, 169.

18 Uitvoerig: C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Functies onder spanning*, Deventer: Kluwer 1997, p. 1–14.

19 Hetgeen in de literatuur is bestreden.

20 HR 28 september 1983, NJ 1984, 92.

21 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Het begrip ‘werknemer’ in nationaal, rechtsvergelijkend en communautair perspectief*, ArA 2001/1, p. 4 e.v.

22 HR 16 september 1994, JAR 1994, 214 (Nationale Nederlanden/Woudsen).

23 HR 8 mei 1998, JAR 1998, 168; NJ 2000, 81 (Zangeres).

de zeggenschap van de werkgever. Het gegeven dat er een zekere vrijheid bestond om al dan niet op het werk te verschijnen werd niet doorslaggevend geacht voor een andere beslissing. Eveneens werd voor een materiële benadering geopteerd in een arrest over de rechtspositie van een zangeres.²³ De rechtbank had in deze zaak de afspraak tussen zangeres Edelenbos en haar opdrachtgever, waarbij de eerste gedurende een jaar iedere zondag van 18.00 tot 22.00 uur zou optreden tegen een netto salaris van 200 gulden per optreden exclusief reis- en verblijfkosten, als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd. Zij motiveerde dit standpunt door erop te wijzen dat Edelenbos verplicht was de arbeid zelf te verrichten en dat zij niet zelfstandig kon beslissen wanneer zij arbeid zou verrichten. De Hoge Raad oordeelde dat uit de enkele omstandigheid dat de werktijden van Edelenbos contractueel waren vastgelegd, niet kon worden afgeleid dat er sprake was van een gezagsverhouding. Daartoe zou ten minste vereist zijn dat de opdrachtgever enigerlei zeggenschap had bedongen over de wijze waarop Edelenbos haar werkzaamheden op die overeengekomen tijden diende te verrichten. Voor een formele benadering werd daarentegen geopteerd in het Imam-arrest.²⁴ In deze zaak, waarbij het een voorganger in een moskee betrof, werd een arbeidsovereenkomst aangenomen, omdat de werktijden en de dagen waarop vakantie kon worden genomen door de werkgever werden vastgesteld. Volgens de Hoge Raad sloot de omstandigheid dat degene die zich bij overeenkomst verbonden had tot het vervullen van een godsdienstig ambt en niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen was niet uit dat ‘met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie sprake is van een gezagsverhouding’.²⁵

Thans moet de vraag worden beantwoord of het religieuze karakter van bepaalde arbeid aan het aanvaarden van een ‘aardse’ gezagsverhouding in de weg staat. Deze vraag moet – in elk geval ten aanzien van personen die niet als voorganger in een religieuze instelling fungeert – ontkennend worden beantwoord. Algemeen wordt aanvaard dat het ‘geestelijke karakter’ van de arbeidsverhouding op zichzelf²⁶ een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht – en toepasselijkheid van het arbeidsrecht – niet in de weg staat, zij het dat bij de inkleuring van het arbeidsrecht wel betekenis toekomt aan de kerkelijke aspecten (zie hierna hoofdstuk 3). Aldus oordeelde de Hoge Raad in de eerder aangehaalde zaak Bethesda/Van der Vlies.²⁷ De gezusters Van der Vlies waren jarenlang tegen kost, inwoning en een gering bedrag aan vakantiegeld en een kerstgratificatie werkzaam bij de (christelijke) Stichting Verpleeginrichting voor Bejaarden Huize Bethesda. Volgens de Stichting ontbrak in deze casus de noodzakelijke gezagsverhouding aangezien de dames lid waren van de geloofsgemeenschap en uit dien hoofde slechts sprake was van geestelijk gezag. Zowel kantonrechter, rechtbank en Hoge Raad verwierpen dit verweer, aangezien duidelijk was gebleken dat buiten het geestelijke aspect ook instructies met betrekking tot de inhoud van het te verrichten werk werden gegeven. De aanvaarding van ‘goddelijk gezag’ hoeft de aanvaarding van menselijk gezag als waarvan sprake is bij een arbeidsovereenkomst niet uit te sluiten.²⁸ Ook de voorganger van een moskee, een imam, kon volgens de rechtbank in dienstbetrekking werkzaam zijn.²⁹ De Hoge Raad

24 HR 17 juni 1994, NJ 1994, 757 m.n. PAS; JAR 1994, 152.

25 Ook de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep laat een wisselend beeld zien, zij het dat de Raad in toenemende mate van de formele benadering gebruik maakt.

26 Hierna zal blijken dat andere elementen – met name de partijbedoeling – vaak wel een arbeidsovereenkomst in de weg kunnen staan.

27 HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217.

28 CRvB 28 juni 1977, RSV 1977, 313. De Centrale Raad van Beroep stelt evenwel hoge eisen aan het aannemen van een gezagsverhouding, welke moet steunen op de contractuele relatie tussen de geestelijke en het kerkgenootschap.

Vergelijk CRvB 17 februari 1989, AB 1989, 475 (geen arbeidsovereenkomst met imam i.v.m. arbeid van overwegend geestelijk aard); CRvB 6 december 1977, RSV 1978, 181 (geen arbeidsovereenkomst tussen predikant en drie gemeenten met name gelet op de inhoud van de beroepsbrief).

29 HR 17 juni 1994, NJ 1994, 757. Zie uitvoerig: Bouchra Talidi, De imam in het sociaal recht. Een onderzoek naar de status van de imam in het sociaal recht, Groningen: RuG 2004.

kon zich – net als AG Koopmans die in dit opzicht de opmerkelijke vergelijking maakte met een kapitein op een zeeschip die in nautisch opzicht niet aan de aanwijzingen van zijn werkgever onderworpen is – met dit standpunt verenigen. De omstandigheid dat degene die zich bij overeenkomst verbonden heeft tot het vervullen van een godsdienstig ambt, ter zake van de godsdienstige aspecten van zijn taak niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen is, sluit naar het oordeel van de Hoge Raad niet uit dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie – zoals werktijden en het opnemen van vakantiedagen – sprake is van een voor het aannemen van een arbeids-overeenkomst noodzakelijke gezagsverhouding.³⁰

Niet in de hierboven geschetste lijn past het arrest in de zaak Kruis³¹, een arrest waarnaar vaak wordt verwezen om aan te tonen dat de ‘klassieke’ predikant, de voorganger in een kerkelijke gemeente, niet werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.³² In de zaak Kruis werd het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen een predikant en een kerk ontkend. Ds. Kruis, predikant bij de Christelijke Gereformeerde Kerk in Nederland, kwam door zijn theologische opvattingen (op het punt van de actieve gehoorzaamheid van Christus) in conflict met de kerk. Na een schorsing volgde afzetting (door de classis, een ‘meerdere vergadering’ van een aantal gemeenten binnen een bepaalde regio). Kruis wenste – uiteindelijk – niet in gesprek te gaan over een interne regeling, maar wendde zich met een vordering ten bedrage van ruim 150.000 gulden tot de civiele rechter. In deze procedure wees de kantonrechter de vordering toe. In hoger beroep werd het vonnis echter vernietigd, omdat volgens de rechtbank geen sprake was van een arbeidsovereenkomst, maar van een rechtsverhouding van geheel eigen aard. Ter inleiding wees de rechtbank op de onwenselijkheid van een vermenging van het kerkrecht met het civiele recht:

‘De rechtbank stelt voorop dat de beginselen van vrijheid van godsdienst en scheiding van Kerk en Staat met zich mede brengen dat uiterste terughoudendheid geboden is bij het toepasselijk verklaren van regelingen van materieel burgerlijk recht op de rechtsverhouding tussen de verschillende organen en onderdelen van een kerkgenootschap. De regeling van dergelijke verhoudingen in het eigen statuut van een kerkgenootschap wordt veelal in hoge mate bepaald door aspecten van leerstellig karakter die vaak eeuwenlange ontwikkeling hebben doorgemaakt. Het resultaat daarvan doet zich vaak voor als een voor leken moeilijk te doorgronden weefsel waarin die verhoudingen op subtiele wijze zijn vervlochten. Het in dergelijke verhoudingen oordelen met toepassing van

30 Aldus ook Hof Amsterdam 24 juni 1963, BNB 1964/66 (loonbelastingzaak) waarin werd overwogen: ‘dat van een gezagsverhouding tussen de kerk of een harere onderdelen enerzijds en de predikant anderzijds geen sprake is; dat immers geen enkele bepaling der Kerkorde van de Ned. Herv. Kerk of van de daarop berustende Ordinantie daartoe aanleiding geeft en met name de Ordinantie voor het Opzicht ervan uitgaat dat slechts tuchtrechtelijk, onder meer wegens een onbehoorlijke vervulling van het ambt, tegen een predikant kan worden opgetreden; dat blijkens art. 38 van de Ordinantie voor het Pastoraat een overeenkomstige rechtspositie geldt voor de vicarissen; O. dat het vorenoverwogene medebrengt dat van een privaatrechtelijke dienstbetrekking als bedoeld in art. 25 van meergenoemd Besluit geen sprake is; dat immers onder zodanige betrekking hier niet anders kan worden verstaan dan die waarin een werknemer staat tot een werkgever op grond van een burgerrechtelijke arbeidsovereenkomst, voor de aanwezigheid waarvan voorwaarde is, dat de overeenkomst met betrekking tot de te verrichten werkzaamheden een zekere gezagsverhouding tussen partijen in het leven roept; dat bovendien de kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen naar Nederlands recht als privaatrechtelijke rechtspersonen zijn aan te merken, doch daaruit niet volgt dat de inwendige regeling dier kerkgenootschappen en de daarop berustende rechtsbetrekkingen zijn aan te merken als van privaatrechtelijke aard; dat bedoelde regeling, het kerkelijk recht, buiten de gebruikelijke indeling van de rechtsmaterie in publiek- en privaatrecht valt en reeds daarom de betrekking kerk-predikant niet als een privaatrechtelijke dienstbetrekking is aan te merken.’

31 HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173.

32 A.T.J.M. Jacobs, De autonomie van het kerkelijk sociaal recht, in: W.H.A.C.M. Bouwens, Sociaal recht: de grenzen verkend, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 166 en 167. Zie ook de diverse landenbijdragen over dit onderwerp in: Churches and labour law in the EC countries, Milano/Madrid 1993.

regelen van burgerlijk recht houdt licht het gevaar in zich, dat daarbij tevens wordt ingegrepen in en een oordeel wordt gegeven over de leerstellingen die aan het eigen statuut van het kerkgenootschap hebben gelegen' (r.o. 4.4.2).

Volgens de rechtbank kon, zo vervolgde de rechtbank, geen gezagsverhouding tussen dominee Kruis en de kerk worden aangenomen. Gezag ontbrak, aldus de rechtbank, omdat ds. Kruis door het uitoefenen van tucht (censuur) over gemeenteleden zelf gezagsdrager was. Bovendien lag de bevoegdheid ds. Kruis af te zetten niet bij de kerkenraad, maar bij een meerdere vergadering, namelijk de classis (waardoor het 'gezag' niet door de eigen werkgever zou worden uitoefenend). De Hoge Raad liet dit oordeel – verweven als het was met waarderingen van feitelijke aard³³ – in stand. In de literatuur is het arrest – terecht – kritisch ontvangen.³⁴ Een relatief groot aantal auteurs is van mening dat de opvatting van de Hoge Raad als achterhaald moet worden beschouwd. Een predikant kan, zo is de teneur, wel degelijk in een gezagsverhouding tot een kerkelijke gemeente staan. Loonstra en Jansen hebben in een kritische beschouwing betoogd dat in het Kruisarrest geheel ten onrechte is voorbij gegaan aan een modernere invulling van de gezagsverhouding, die zij als de formele benadering van de gezagsverhouding beschouwen.³⁵ Gaat het bij de klassieke benadering van de gezagsverhouding om een instructiebevoegdheid van de werkgever ten aanzien van de inhoud van het werk, bij de formele benadering gaat het om meer organisatorische verplichtingen, de werkdiscipline. Bij deze formele benadering is van belang of de werkgever de werknemer kan houden aan afspraken met betrekking tot bijvoorbeeld de dagen en tijdstippen waarop wordt gewerkt, regels ten aanzien van het opnemen van vakantiedagen. Aan de hand van deze benaderingswijze zoeken met name hoger opgeleide personen en werknemers die een grote vrijheid genieten ten aanzien van de indeling en de inhoud van het werk – zoals managers, medici, accountants, juristen, predikanten – toch onder 'gezag' van een ander kunnen werken. Deze benadering van het gezagsbegrip wordt wel gehanteerd in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep in socialeverzekeringszaken. Om vast te stellen of sprake is van een verplichte verzekering op grond van de WAO, ZW en WW moet namelijk worden nagegaan of de arbeidsverhouding als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 3 van deze wetten kan worden aangemerkt. De Centrale Raad van Beroep beoordeelt deze vraag aan de hand van de in art. 7:610 BW genoemde elementen. Voor het vaststellen van een gezagsverhouding hanteert de Raad in dat kader een formele benadering van de gezagsverhouding. Ook geestelijken kunnen daarom in de optiek van de Centrale Raad van Beroep werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Loonstra en Jansen bepleiten in de lijn van deze rechtspraak voor een formele benadering van de gezagsverhouding:

'Het materiële gezagsbegrip heeft ons inziens als gevolg van de dubbele erosie van de begrippen 'werknemer' en 'werkgever' goeddeels als onderscheidend criterium afgedaan. Het formele gezagsbegrip dat primair koerst op de vraag naar de economische afhankelijkheid van de werkgever (hoe meer organisatorisch afhankelijk, des te afhankelijker in economisch opzicht) onderscheidt in de huidige tijd veel doeltreffender de groep 'nieuwe' werknemers van de groep die niet werkelijk de bescherming van titel 7.10 behoeft'.

33 Vergelijk hierover r.o. 2.4 van A-G Asser. Wel een arbeidsovereenkomst tussen een predikant en een gemeente werd overigens aangenomen in Rb. Utrecht 15 december 1999, NJ 2000, 494; Rb. Breda 3 februari 1987, KG 1987, 103.

34 C.J. Loonstra en C.J.H. Jansen, *Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad*, NJB 1998, p. 817; M.G. Rood, TVVS 1991, nr. 91/11, p. 29–30; G.A.I. Schuit, Hoofdredacteur, imam en dominee, in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht (Rood-bundel)*, Deventer: Kluwer 1997, p. 259; T.J. van der Ploeg, *De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers*, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 159. Anders: F.T. Oldenhuis, *Kerkgenootschappen en privaatrecht, kanttekeningen bij 'de zaak Kruis'*, in: T. Hartlief e.a. (red.), CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, p. 303–313.

35 C.J. Loonstra en C.J.H. Jansen, NJB 1998, p. 817 e.v.)

De gezaghebbende M.G. Rood (hoogleraar Sociaal Recht Leiden, oud-minister van Justitie, voorzitter Adviescommissie Duaal Ontslagrecht) uit eveneens zijn onvrede over het Kruisarrest³⁶: ‘De afloop van deze procedure komt mij onbevredigend voor’. Hij wijst erop dat in de oude rechtspraak niet snel werd aangenomen dat een kerkelijke functionaris op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was, maar deze opvatting zou inmiddels achterhaald zijn. Rood:

‘Intussen is het denken daarover veranderd en onderscheidt de doctrine de functionele relatie die de betrokkene met de kerk heeft en de contractuele of betalingsrelatie. Vrij algemeen neemt de literatuur thans aan dat ook hier een arbeidsovereenkomst bestaat’.

De door de rechtbank in de zaak Kruis genoemde argumenten acht Rood niet valide. Dat een predikant opzicht moet houden en tucht moet uitoefenen lijkt volgens hem te passen in het gereformeerde gedachtegoed. Het argument dat de classis bevoegd was ds. Kruis af te zetten en daarom een gezagsverhouding zou ontbreken, acht hij evenmin valide. De gezagsverhouding pleegt immers te worden afgeleid uit de mogelijkheid opdrachten en aanwijzingen te geven en niet uit de mogelijkheid een voor het leven benoemde predikant te verwijderen. De extra rechtsbescherming, daarin bestaande dat niet de gemeente doch een hoger lichaam daartoe bevoegd is, wordt nu tegen betrokkene gebruikt terwijl niets is vastgesteld over de genoemde opdrachtbevoegdheid. De achterliggende beginselen die de rechtbank in de zaak Kruis heeft toegepast – namelijk de vrijheid van godsdienst en de scheiding tussen kerk en staat – behoeven evenmin in de weg te staan aan het aanvaarden van een arbeidsovereenkomst tussen kerk en een predikant:

‘Het in de literatuur al geruime tijd gemaakte onderscheid tussen de functionele en de contractuele relatie maakt duidelijk dat het oordeel: er is sprake van een arbeidsovereenkomst, die geen inbreuk maakt op de vrijheid van godsdienst. Zorgelijk vind ik het tweede ingeroepen beginsel, de scheiding van kerk en staat. Natuurlijk niet omdat ik daarover anders zou denken dan de rechtbank. Maar die scheiding kan niet betekenen dat het dwingende recht van de staat niet zou gelden voor functionarissen van de kerk; dat lijkt de rechtbank echter wel te bedoelen. Wanneer de elementen van art. 1637a BW (wat is een arbeidsovereenkomst?) aanwezig zijn, is de kwalificatie dwingend. Dat geldt ook voor functionarissen van een kerk. *Het is spijtig dat de cassatierechter zich van een oordeel over dit in appel gebezigde uitgangspunt heeft onthouden.*’

De laatste zinsnede is met opzet gecursiveerd. In het drie jaar na het Kruisarrest gewezen Imam-arrest³⁷ wordt dit uitgangspunt namelijk wél aan een toetsing heeft onderworpen. De Hoge Raad heeft, zo lijkt het, de kritiek op het Kruisarrest ter harte genomen en thans wel een arbeidsovereenkomst tussen een geestelijke (imam) en een kerk (een Moskee) aanvaard:

‘De omstandigheid dat degeen die zich bij overeenkomst verbonden heeft tot het vervullen van een godsdienstig ambt, ter zake van de godsdienstige aspecten van zijn taak – tenzij anders is overeengekomen, waarvan te dezen niet is gebleken – niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen is, sluit niet uit dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsverhouding welke een van de kenmerken vormt van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7A:1637a BW.’

³⁶ TVVS 1991, nr. 91/11, p. 29–30.

³⁷ HR 16 september 1994, NJ 1996, 329 m.nt. CJHB.

Met het Imam-arrest zou mogelijk het Kruisarrest als achterhaald worden beschouwd. In de literatuur en in de rechtspraak wordt steeds vaker zonder terughoudendheid aanvaard dat predikanten werkzaam (kunnen) zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Zo concludeert Oberman dat de teneur in de recente jurisprudentie is dat tussen een geestelijke en een kerkgenootschap een arbeidsovereenkomst bestaat.³⁸ Zo werd een arbeidsovereenkomst aangenomen door de rechtbank Utrecht in de zaak Muler-Provinciaal Bestuur van de Europese Continentale provincie van de Broeder-Uniteit.³⁹ De rechtbank vond van belang dat er leiding en toezicht op de gemeente en haar predikanten was vanuit een Provinciaal Bestuur. In het bijzonder de bevoegdheid van dit bestuur om de predikant te ontslaan vanwege slecht functioneren op het gebied van godsdienstige taken en het afleggen van verantwoording afleggen aan het bestuur wees hierop. De voorzieningenrechter Assen vond het eveneens aannemelijk dat er een arbeidsovereenkomst tussen de predikant en het kerkgenootschap bestond.⁴⁰ In een uitvoerig gemotiveerd vonnis oordeelde recentelijk de kantonrechter Lelystad dat er tussen de predikant en de Christelijke Gereformeerde Kerk een arbeidsovereenkomst moest worden aangenomen, nu partijen niet blijk hadden gegeven een ander type overeenkomst te hebben beoogd.⁴¹

Geheel in de geschetste lijn constateert de Amsterdamse hoogleraar T.J. van der Ploeg dat de arbeidsverhouding tussen een geestelijke en een kerkgenootschap nagenoeg altijd als een arbeidsovereenkomst zal kunnen worden gekwalificeerd:

‘Als voor het bestaan van een gezagsverhouding het toezicht op de voorganger en de mogelijkheid van ontslaan doorslaggevend is, hetgeen mij wel plausibel voorkomt, zal dunkt me, bijna geen enkel kerkgenootschap er aan ontkomen dat er tussen haar, respectievelijk haar zelfstandige onderdelen en de bij hen werkzame voorgangers een gezagsverhouding bestaat. Immers, er zal altijd toezicht en de mogelijkheid tot ontslag (moeten) zijn, zo niet door de eigen gemeente dan wel door een bovenplaatselijk orgaan. (...) Volgens mij kan men in deze de bovenplaatselijke organen tevens als organen van de plaatselijke gemeente beschouwen, nu hun beslissingen – krachtens het kerkelijk statuut waaraan zowel de kerk als de predikant zijn gebonden – directe rechtsgevolgen heeft voor de verhouding tussen predikant en gemeente. Alleen wanneer in de verhouding tussen de voorganger en de godsdienstige gemeenschap geen zeggenschap is over de werkzaamheden van de voorganger – afgezien van de geestelijk inhoudelijke kant – en/of er geen kerkelijk toezicht is met sanctiemiddelen ten aanzien van hem, zal men niet van een arbeidsverhouding kunnen spreken’.⁴²

Ook de arbeidsverhouding van een priester in de Rooms Katholieke Kerk acht hij te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst, nu de priester in relatie tot de bisschop (niet tot de parochie!) in een gezagsverhouding staat:

‘De gezagsrelatie lijkt echter heel wel te passen bij de positie van de priester. In de Codex Iuris Canonici wordt van de priesters van de Rooms-Katholieke Kerk eerbied en gehoorzaamheid tegenover de bisschop geëist. Ook worden in de Codex de bevoegdheden en verplichtingen van de priesters uitgebreid beschreven: c. 521–534 CIC. Ze werken met de bisschop samen, maar in ondergeschiktheid’.⁴³

38 C. Oberman, *Geestelijke ambtsdragers*, *ArbeidsRecht* 1999, p. 7 e.v.

39 Rb. Utrecht 15 december 1999, NJ 2000, 494.

40 V.zr. Rechtbank Assen 19 mei 2004, JAR 2004/233. De kantonrechter Meppel heeft vervolgens de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden. Ktr. Meppel 15 juli 2005, JAR 2005/58.

41 Ktr. Lelystad 2 februari 2004, nog niet gepubliceerd.

42 T.J. van der Ploeg, in: T.J. van der Ploeg en L. van Drimmelen (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004.

43 T.J. van der Ploeg, a.w., p. 162.

2.3 Het kwalificatievraagstuk: partijbedoeling of dwingendrechtelijke toepassing van art. 7:610 BW?

In de meeste gevallen zal tussen de contractspartijen geen onduidelijkheid bestaan over de kwalificatie van de overeenkomst terzake van de verrichte arbeid. Er bestaat echter een schemergebied waarin discussie kan ontstaan over de vraag of wordt gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst, op basis van een overeenkomst van opdracht⁴⁴, op basis van aanneming van werk⁴⁵ of op basis van een overeenkomst ‘van eigen aard’. Soms hebben partijen hun rechtsverhouding niet nader omschreven en moet uit de concrete omstandigheden van het geval worden afgeleid van welke type overeenkomst sprake is.⁴⁶ Het is ook mogelijk dat partijen in het contract – bijvoorbeeld in de considerations – hebben aangegeven hoe de arbeidsverhouding moet worden gekwalificeerd, maar de werkelijkheid niet met de door partijen op papier gegeven kwalificatie van de overeenkomst overeenstemt.⁴⁷

In processueel opzicht heeft de ‘werknemer’ – degene die stelt dat hij werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst – een voordeel. Hij heeft namelijk het sinds de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid bestaande rechtsvermoeden ex art. 7:610a BW als steuntje in de rug. Als hij gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uur per maand arbeid tegen beloning voor een ander heeft verricht, wordt de relatie vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn. Anders dan de hoofdregel in het procesrecht moet de werkgever dus aantonen dat er geen arbeidsovereenkomst tussen hem en de oproepkracht bestaat. Let wel, het is een vermoeden. De werkgever kan aantonen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. In dat geval is de ‘werker’ aan zet: hij moet op zijn beurt weer aantonen dat het door de werkgever geleverde bewijsmateriaal en de aangevoerde argumenten niet deugdelijk zijn.

De vraag rijst op welke wijze de elementen van art. 7:610 BW kunnen worden beïnvloed door de partijen zelf ofwel door de partijbedoeling. Maakt het verschil of partijen in het verleden een arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen en/of zich als werkgever-werknemer gedragen? Het antwoord hierop luidt bevestigend. Dit volgt uit het in 1997 gewezen arrest Groen/Schoevers.⁴⁸ Groen, een belastingadviseur, was verbonden aan de Commanditaire Vennootschap Groen Belastingadviseurs en dreef zijn onderneming in die rechtsvorm. Hij gaf onder andere, op basis van een mondelinge overeenkomst, parttime les bij het opleidingsinstituut Schoevers. Groen gedroeg zich al die tijd als een zelfstandige. Op zijn voorstel werd voor de gewerkte uren door de Commanditaire Vennootschap gefactureerd, werden er door Schoevers geen inhoudingen (premies sociale verzekeringen, loonbelasting e.d.) op het te betalen bedrag gedaan, werd de arbeidsvoorwaardenregeling niet op Groen toegepast en ontving Groen geen vakantiebijslag of betaling bij ziekte. Toen Schoevers besloot de overeenkomst te beëindigen, stelde Groen zich op het standpunt dat dit niet ‘zomaar’ kon. Er zou namelijk sprake zijn van een arbeidsovereenkomst tussen hem en Schoevers. Volgens Groen was aan alle elementen van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW voldaan. Voor wat betreft het aanwezig zijn van een gezagsverhouding verwees Groen naar verschillende feiten die

44 Zie hierover par. 2.5.

45 Zie hierover par. 2.5.

46 Onduidelijk is in dit verband welke rol de artt. 7:654 en 655 BW – op grond waarvan de werkgever informatie moet verstrekken over de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Zie hierover P.M.M. van der Loo en S.F.H. Sellinghaus, *Arbeid Integraal* 2003/1, p. 15–17.

47 Vergelijk T. Jaspers, *Quasi-employee, quasi-self-employees: more than just a name*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* 2000, p. 233–249.

48 Zie hierover J.J. Trap, *De ondernemende werknemer en de opdrachtnemer*, *ArbeidsRecht* 2000, nr. 45 en E. Verhulp, *JAR Verklaard*, *JAR* 2000/1, p. 4 e.v.

zouden wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁴⁹ Kantonrechter en rechtbank waren echter niet overtuigd van Groens gelijk. Beide instanties kwamen tot de conclusie dat geen sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst. De rechtbank ging er vanuit dat – gelet op de wijze waarop het salaris werd gefactureerd en de van de arbeidsovereenkomst afwijkende beloning – geen sprake was van loon in de zin van een door Groen als werknemer uit hoofde van een tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst bedongen tegenprestatie en dat uit het handelen van partijen kon worden afgeleid dat zij een dergelijke beloning op grond van een arbeidsovereenkomst ook niet hadden beoogd. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst kon volgens de rechtbank evenmin worden afgeleid uit een tussen partijen bestaande hebbende gezagsverhouding. Het enkele feit dat Groen op vastgestelde tijden aanwezig diende te zijn en door Schoevers gegeven richtlijnen diende te respecteren, schiep onder de gegeven omstandigheden onvoldoende basis om een gezagsverhouding aan te nemen. Groen kon immers aan het begin van de cursus de door hem gewenste lesdagen opgeven en in geval van zijn vakantie kon hij zijn lessen verschuiven, terwijl voorts de mogelijkheid om zich te laten vervangen – mits na toestemming – door Schoevers niet was uitgesloten. Ook van belang vond de rechtbank dat Groen als zelfstandig gevestigd belastingadviseur naast de twee dagen per week bij Schoevers ook voor andere opdrachtgevers werkzaamheden verrichtte. In cassatie werd door de Hoge Raad op gelaagde wijze aan aantal handvatten aangereikt. In feite gaat het volgens de Hoge Raad om drie stappen:

1. het achterhalen van de partijbedoeling in het licht van de hele rechtsverhouding;
2. het los van de partijbedoeling bestaan van een gezagsverhouding;
3. de betekenis van de maatschappelijke positie van de betrokkenen.

Stap 1: de partijbedoeling in het licht van de hele rechtsverhouding

Bij de vraag welke overeenkomst tot het verrichten van werk tegen betaling is gesloten heeft in de eerste plaats – aldus de Hoge Raad – te gelden hetgeen partijen 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. Opvallend is dat de Hoge Raad de partijbedoeling centraal stelt. Deze moet eerst worden onderzocht, waarna zal moeten worden nagegaan of de uitvoering door de contractanten conform hun oorspronkelijke bedoeling is geweest. In diverse uitspraken na Groen/Schoevers is deze gelaagde structuur inmiddels tot uitgangspunt van beslissing genomen.⁵⁰

Bij de vraag wat partijen voor ogen heeft gestaan is volgens de Hoge Raad niet één enkel kenmerk beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in hun onderlinge verband worden gezien. Hieruit blijkt dat de gezagsverhouding niet het enige criterium is waaraan zelfstandige betekenis moet worden toegekend. De wijze van honorering/facturering bleek bijvoorbeeld – gecombineerd met het feit dat het initiatief daartoe van de betrokken werker is uitgegaan – in Groen/Schoevers van doorslaggevend belang. Ook in uitspraken na dit arrest komt de totale rechtsverhouding uitdrukkelijker dan voorheen in beeld. Een totaalpakket van arbeidsvoorwaarden dat niet aansluit op de gangbare manier van honorering in

⁴⁹ Zo was hij steeds ingeroosterd op vaste dagen en tijdstippen, hij was verplicht op deze dagen en tijdstippen aanwezig te zijn. Voorts had hij niet de mogelijkheid 'te komen en te gaan', wanneer hem dat schikte, hij diende zich te houden aan de voorgescreven vakantieperiodes, de examenroosters werden door Schoevers opgelegd, Schoevers gaf aanwijzingen met betrekking tot de inhoud van de door Groen te verrichten werkzaamheden. Groen diende daarbij gebruik te maken van de voorgescreven leermiddelen, het opgegeven lesprogramma, het examenreglement en diende zich te houden aan overige richtlijnen in de ruimste zin des woords. Voorts moest Groen zijn lessen afstemmen op de doelstellingen van het instituut en berustte de dagelijkse leiding bij een tweetal personen, die moesten letten op de kwaliteit en de voortgang van de lessen. Zo dienden bijvoorbeeld presentielijsten te worden ingevuld en rustte op Groen de plicht aan hen te rapporteren over cursisten, met name indien het niet goed ging met de betrokken cursist.

⁵⁰ Zie voor een overzicht C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke Themata, Den Haag 2004.

de betreffende arbeidsorganisatie, is dan indicatief om geen arbeidsovereenkomst aan te nemen.⁵¹ Naast de wijze van loonbetaling zijn eveneens andere arbeidsvoorwaardelijke aspecten als het ontbreken van afspraken omtrent werktijden, verlof-, vakantiedagen en loondoorbetaling tijdens ziekte ⁵², de mogelijkheid tot binding aan ook andere opdrachtgevers ⁵³ en de afwezigheid van opnemings in de bestaande ambtelijke schalen ⁵⁴, redenen voor de rechter geweest te concluderen dat partijen geen arbeidsovereenkomst hebben willen sluiten.⁵⁵

Stap 2: toch een gezagsverhouding?

Is de rechter na beoordeling van de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, tot het oordeel gekomen dat geen arbeidsovereenkomst is beoogd, dan dient vervolgens onder ogen te worden gezien of ‘sprake was van een zodanige gezagsverhouding (...) dat niettemin van een arbeidsovereenkomst moet worden gesproken’. De aard van de gezagsverhouding kan derhalve tot gevolg hebben dat toch een arbeidsovereenkomst moet worden aangenomen, hoewel de wijze waarop zij hun totale rechtsverhouding hebben vormgegeven in eerste instantie het vermoeden deed rijzen dat een overeenkomst van opdracht of tot aanneming van werk was gesloten. Ook deze overweging heeft reeds haar sporen in de lagere rechtspraak achter gelaten.⁵⁶ Op grond van Groen/Schoevers moet daarbij echter in acht worden genomen dat (de mogelijkheid tot) het verstrekken van instructies in de werkrelatie, niet zonder meer duidt op een zodanige gezagsverhouding dat van een arbeidsovereenkomst moet worden gesproken. Immers, zo overwoog de Hoge Raad, ook ingeval van een overeenkomst van opdracht is de opdrachtgever bevoegd de opdrachtnemer aanwijzingen te geven; hij verwees daarbij naar – het hierboven reeds aangehaalde – art. 7:402 BW. Ook deze overweging heeft haar weerklank in de lagere rechtspraak gevonden.⁵⁷ Niet duidelijk is evenwel hoe de instructiebevoegdheid ex art. 7:402 moet worden afgebakend ten opzichte van de instructiebevoegdheid als uitvloeisel van de gezagsverhouding ex art. 7:610 BW.⁵⁸ Meer zicht op de aard van de instructiebevoegdheid in het kader van een overeenkomst van opdracht biedt de fiscale rechtspraak.⁵⁹ In een zaak betreffende de loonbelastingplicht voor arbeid, tegen beloning verricht door fotomodellen, had het Hof een gezagsverhouding ex art. 7:610 BW aangenomen op de enkele grond dat belanghebbende opdrachten en instructies aan de fotomodellen kon geven en dat deze personen die opdrachten en instructies moesten opvolgen. De Hoge Raad (belastingkamer) stelde zich echter op het standpunt dat die enkele omstandigheid onvoldoende was. De door het Hof vastgestelde feiten sloten namelijk geenszins uit dat die opdrachten en instruc-

51 Ktg. Leeuwarden 31 oktober 1997, JAR 1998/6; Rb. Den Haag 15 april 1998, JAR 1998/107; Ktg. Hilversum 14 april 1999, JAR 1999/108 (juist geen betaling per opdracht); Ktg. Eindhoven 4 maart en 23 september 1999, JAR 1999/265; Ktg. Breda 16 november 1999, JAR 1999/262; Ktg. Sittard-Geleen 14 mei 2003, JAR 2003/156. Zie echter Ktg. Amsterdam 24 november 1999, JAR 2000/19 waarin door een schijnconstructie werd heen geprikt.

52 Rb. Den Haag 15 april 1998, JAR 1998/107; Rb. Amsterdam 19 augustus 1998, JAR 1998/210; Pres. Rb. Amsterdam 22 oktober 1998, JAR 1998/250.

53 Rb. Amsterdam 19 augustus 1998, JAR 1998/210 (waar het tegenovergestelde zich voordeed); Rb. Den Haag 3 februari 1999, JAR 1999/84; Ktg. Sittard-Geleen 14 mei 2003, JAR 2003/156.

54 Pres. Rb. Amsterdam 22 oktober 1998, JAR 1998/250; Ktg. Leeuwarden 16 juli 1999, JAR 1999/167.

55 Aldus ook Rb. Groningen 19 januari 2001, JAR 2001/55; Ktg. Hilversum 7 maart 2001, JAR 2001/72 en Rb. Utrecht 27 juni 2001, JAR 2001/155.

56 Ktg. Middelburg 23 augustus 1999, JAR 1999/200.

57 Rb. Den Haag 15 april 1998, JAR 1998/107 en Rb. Den Haag 3 februari 1999, JAR 1999/84.

58 Op grond van de met ingang van 1 september 1993 in werking getreden titel inzake de overeenkomst van opdracht (titel 7.7) valt dit niet te achterhalen. Er zijn wel vragen in het parlement gesteld over de afbakening tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht op het punt van de gezagsverhouding, maar de Minister deed het probleem af met de toezegging dat daarover in het kader van de invoering van titel 7.10 nader zal worden gesproken. Die toezegging is niet gestand gehouden. Vgl. C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad*, NJB 1998/18, p. 817 e.v.

59 HR 18 december 1992, 78 en HR 20 november 1996, BNB 1997, 97.

ties slechts een nadere bepaling waren van de verlangde prestaties, in welk geval zij ook kunnen zijn gegeven bij de uitvoering van een overeenkomst van opdracht. Met andere woorden: het geven van een nadere concretisering/toespitsing is niet meer dan een 'nog eens precies aangeven' van hetgeen in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst was afgesproken en/of onlosmakelijk met de aard van de overeenkomst samenhang. Deze benadering is inmiddels overgenomen door de Centrale Raad van Beroep ten aanzien van het werknemersbegrip in het socialeverzekeringsrecht.⁶⁰

Stap 3: de maatschappelijke positie

Ten slotte blijkt naar het oordeel van de Hoge Raad eveneens van belang dat de rechter bij de vaststelling van de aard van de werkverhouding rekening houdt met de maatschappelijke positie van de betrokken werker. In casu was Groen naast de twee dagen bij Schoevers als zelfstandig belastingadviseur voor andere opdrachtgevers werkzaam. De maatschappelijke positie van degene die stelt werkzaam te zijn (geweest) op basis van een arbeidsovereenkomst, speelt sindsdien ook in motivering van lagere rechters een rol.⁶¹

Als het voorgaande wordt toegespitst op de arbeidsverhouding met een religieus karakter, dan kan worden geconcludeerd dat het juridisch van betekenis is of partijen een arbeidsovereenkomst wilden aangaan. De partijbedoeling staat – zo heeft de Hoge Raad in een recent arrest van 10 december 2004 bevestigd⁶² – voorop. De partijbedoeling kan zowel uit het schriftelijk overeengekomen contract als uit de dagelijkse praktijk (de wijze waarop partijen uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven) worden afgeleid. (Wellicht is dit ook een factor van betekenis geweest dat er toe heeft geleid dat de rechtbank in de besproken Imamzaak tot een andere uitkomst kwam dan de rechtbank in het Kruisarrest. In de Imamzaak waren partijen schriftelijk een arbeidsovereenkomst aangegaan, in het Kruisarrest was dat niet het geval.) Op welke wijze de partijbedoeling zich precies verhoudt tot het dwingendrechtelijk regime van art. 7:610 BW is niet geheel duidelijk.⁶³

Gelet op de gelaagdheid van het Groen/Schoevers-arrest lijkt het erop dat wanneer partijen expliciet geen arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, er niet snel kan worden aangenomen dat er toch een gezagsverhouding is die tot het tegendeel zou moeten leiden. Bij het voorgaande speelt de maatschappelijke positie van de betrokken werker een belangrijke rol. Een voorganger met een HBO- of wetenschappelijke opleiding moet kunnen overzien welke implicaties het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst heeft. Wel geldt dat partijen ook daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst beoogden. Zo oordeelde de Hoge Raad in een arrest uit 2003⁶⁴ dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst als partijen een contract aangaan – en dit uitdrukkelijk kwalificeren als een arbeidsovereenkomst – waarbij een vrouw afziet van alimentatie en in plaats daarvan in dienst

60 CRvB 23 oktober 1995, AB 1996, 78.

61 Pres. Rb. Amsterdam 22 oktober 1998, JAR 1998/250 (elders een fulltime betrekking); Ktg. Leeuwarden 16 juli 1999, JAR 1999/167 (idem); Ktg. Amsterdam 16 juni 2000, JAR 2000/167 en Rb. Amsterdam 19 juli 2000, JAR 2000/176.

62 HR 10 december 2004, LJN AP2651, Co3/264HR, JIN 2005/51 met noot Loonstra. De Hoge Raad overwoog: 'Indien de rechtbank met haar overweging dat "door [verweerster] (...) gemotiveerd (is) betwist dat zij heeft beoogd een overeenkomst van opdracht en geen arbeidsovereenkomst te sluiten" heeft bedoeld dat deze enkele betwisting meebrengt dat de partijbedoeling niet ter zake dienend is voor de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst, zodat het door Diosynth aangeboden bewijs niet tot beslissing van de zaak kan leiden, heeft zij van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven. Wanneer immers beide partijen, zoals Diosynth in hoger beroep gemotiveerd heeft gesteld, bij het aangaan van de tussen hen gesloten acquisitie-overeenkomst hebben beoogd dat deze als een overeenkomst van opdracht en niet als een arbeidsovereenkomst diende te worden aangemerkt, is dat van belang – zij het niet zonder meer beslissend – voor de tussen partijen betwiste kwalificatievraag.'

63 In het reeds aangehaalde arrest HR 10 december 2004, LJN AP2651, Co3/264HR, JIN 2005/51 met noot Loonstra, wordt deze duidelijkheid niet gegeven. De Hoge Raad volstaat met de overweging dat de partijbedoeling bij de kwalificatie een rol behoort te spelen.

64 HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263 waarover J.M. van Slooten, Het spiegelbeeld van Groen/Schoevers, SR 2003, p. 393–394 en R.A.A. Duk, Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: van sterren, lijnen en stippen, SMA 2004/11/12, p. 495.

treedt bij de vennootschap van haar ex-echtgenoot, maar van het begin af aan al duidelijk was dat deze vrouw nimmer enige werkzaamheid zou gaan verrichten. In de lijn van dit arrest zal kunnen worden geconcludeerd dat wanneer een vreemdeling met geestelijke doeleinden naar Nederland komt en louter met het oog op het verkrijgen van een verblijfsvergunning en/of tewerkstellingsvergunning een arbeidsovereenkomst wordt gesloten zonder dat de vreemdeling daadwerkelijk arbeid zal gaan verrichten, geen sprake zal zijn van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW.

2.4 De rechtspositie van de voorganger en de autonomie van het kerkrecht: botsende rechtsgebieden?

In de praktijk blijken kerkgenootschappen huiverig te staan ten aanzien van het sluiten van een arbeidsovereenkomst met een type geestelijke bedienaar ofwel de 'voorganger'. Soms lijkt het erop dat koste wat het kost moet worden voorkomen dat deze arbeidsverhouding als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt. Vanwaar deze vrees? Twee redenen kunnen worden genoemd.

De eerste reden is dat kerkgenootschappen bezwaar maken tegen een afhankelijke positie van de voorganger. De voorganger dient in geestelijk opzicht – binnen de grenzen van de geldende leeruitspraken – onafhankelijk te zijn van het kerkgenootschap. In religieus opzicht staat hij onder goddelijk gezag en is hij – na zijn dood – verantwoording aan deze hogere macht – voor christenen 'God' – verschuldigd.⁶⁵ Aangezien een arbeidsovereenkomst een gezagsverhouding tussen de voorganger en het kerkgenootschap inhoudt, wordt een arbeidsovereenkomst in strijd bevonden met de religieuze gezagsverhouding tussen de voorganger en God. Ik heb eerder in dit hoofdstuk aangegeven dat de vrees voor doorkruising van 'religieus gezag' door 'aards gezag' niet conform de werkelijkheid is. Een kerkgenootschap kan immers wel degelijk gezag uitoefenen t.a.v. onder andere de wijze waarop de arbeid wordt verricht zonder dat de religieuze gezagsverhouding wordt aangetast. Zo is de voorganger gehouden zich aan bepaalde organisatorische verplichtingen te houden (tijdstippen van vakantieopnamen, aantal te verzorgen 'diensten', lezing, onderwijsverplichtingen, etc.) Bovendien wordt in de praktijk ook ten aanzien van de inhoud van het werk – bijvoorbeeld een preek of lezing – gezag door het kerkgenootschap uitgeoefend. Een voorganger die zaken beweert welke strijdig zijn met de bijbel, de Koran of kerkelijke dogma's wordt in de regel 'op het matje geroepen' en zal zich moeten verantwoorden.

De tweede reden houdt verband met de gedachte dat de beginselen en de rationes van arbeidsrecht en kerkrecht elkaar zouden bijten en het daarom beter zou zijn de relatie tussen voorgangers en kerk niet als een arbeidsovereenkomst aan te merken. Deze veronderstelling berust – mijns inziens – eveneens op een misvatting.⁶⁶ Van der Ploeg heeft overtuigend aangetoond dat de arbeidsrechtelijke rijstrook – met hier en daar wat kleine aanpassingen – zonder problemen naast de kerkrechtelijke rijstrook kan worden bereden.⁶⁷ De kerkelijke verhouding wordt beheerst door de regels van het kerkrecht, de

65 Ook in financieel opzicht zou de predikant onafhankelijk moeten zijn en zou niet moeten gelden 'wiens brood men eet, wiens woord men spreekt'. In het statuut van de voormalige Nederlandse Hervormde Kerk was om die reden ook de zogenoemde predikantsplaats – 'ter verzekering van de vrijheid van het ambt van dienaar des Woords' in het leven geroepen. Aan deze predikantsplaats, die bij een gemeente werd gevestigd, waren de inkomsten en rechten verbonden voor hem en zijn nabestaanden (Ordinantie 13-8 HKO). In het kerkelijk statuut is de predikantsplaats als zodanig verdwenen, maar wordt wel de achterliggende gedachte verwoord: 'Bij het opstellen van de beroepsbrief wordt rekening gehouden met de vrijheid van het ambt van de predikant als dienaar des Woords. De inhoud en de strekking van de beroepsbrief mogen er dus niet toe leiden dat de predikant aan de kerkenraad of aan de gemeente ondergeschikt is'.

66 Zie uitvoerig W.A. Zondag, De grenzen van het arbeidsrecht (oratie RuG), Den Haag: BJu 2004.

67 T.J. van der Ploeg, De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), Kerk en recht, Utrecht: Lemma 2004, p. 159.

arbeidsrechtelijke verhouding door het arbeidsrecht. Er zijn weinig tot geen bezwaren te noemen tegen het toepasselijk laten zijn van de bepalingen over loon, vakantie, verlof, arbeidstijden, arbeidsomstandigheden, overgang van onderneming op de geestelijke voorganger. De jas van het arbeidsrecht past, met andere woorden, prima over de toga van de geestelijke voorganger. Evenmin doen zich problemen voor bij schorsing en ontslag van de geestelijke voorganger.⁶⁸ De schorsingsgronden en de schorsingstermijnen kunnen gewoon worden bepaald door het kerkrecht. Anders dan de schorsingsgronden en de termijnen zal doorbetaling van het traktement – een kerkelijk woord voor salaris – tijdens de schorsing wel arbeidsrechtelijk worden bepaald. Daarvoor geldt sinds een recent arrest van de Hoge Raad de eenduidige regel dat de werkgever bij schorsing het loon moet doorbetalen, ongeacht de oorzaak.⁶⁹ Sommige kerkgenootschappen, die bij schorsing een gedeelte van het traktement doorbetalen, zullen er dan dus een schepje bovenop moeten doen. Deze opvatting van volledige doorbetaling strookt overigens heel goed met de visie van kerkgenootschappen (zoals hierboven is besproken) op het traktement, het inkomen van de voorganger dat geen tegenprestatie zou zijn voor de geleverde arbeid, maar een vorm van levensonderhoud zou zijn.⁷⁰ Het voorgaande geldt ook ten aanzien van de doorbetaling van het loon bij ziekte en het opnemen van verlof. Ten aanzien van het ontslagrecht geldt allereerst dat het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen niet van toepassing is (waarover hierna). Toestemming van de CWI bij opzegging is dus niet nodig. Opzegtermijnen daarentegen zullen wel in acht genomen moeten worden. Mocht de voorganger zich beroepen op de regeling inzake het zogenoemde kennelijk onredelijk ontslag, dan zal de rechter als hij inhoudelijk gaat toetsen, de ‘kerkelijke kleur’ (kunnen) meenemen. Dat betekent dat hij het kerkelijke oordeel over de gegrondheid van de afzetting/ontslag moet aanvaarden (respecteren) en daarom geen uitspraak mag doen over de redelijkheid van de ontslaggrond.⁷¹ Aldus besliste ook de kantonrechter Lelystad in zijn vonnis van 2 februari 2005⁷² met betrekking tot een in de ogen van de kerk niet goed functionerende predikant:

‘Hierbij dient voorop te worden gesteld dat de ontslagreden is gelegen in de wijze van functioneren als predikant, dat die wijze van functioneren mede wordt bepaald door regels van kerkrecht en dat over de beoordeling van dat functioneren kerkrechtelijke procedures openstaan en ook zijn gevolgd. In die situatie dient de wereldlijke rechter grote terughoudendheid in acht te nemen bij een inhoudelijke beoordeling van het bestaan van een ontslaggrond en de redelijkheid daarvan.’

Evenmin dient de rechter de werkgever bij een kennelijk onredelijk ontslag tot herstel van dienstbetrekking (dat overigens kan worden afgekocht) te veroordelen. De gevolgen van de afzetting voor de voorganger – persoonlijke omstandigheden, mogelijkheid van het vinden van ander werk, etcetera – kan hij daarentegen wel in zijn beoordeling betrekken en op basis daarvan kan hij een schadevergoeding vaststellen (zie ook hoofdstuk 3).

68 Anders: F.T. Oldenhuis, Kerkgenootschappen en privaatrecht, kanttekeningen bij ‘de zaak Kruis’, in: T. Hartlief e.a. (red.), CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, p. 303–313.

69 HR 21 maart 2003, JAR 2003/91 waarover W.A. Zondag, De bevoegdheid tot schorsing en het recht tot doorbetaling van loon, ArA 2003/2, p. 26–61.

70 Vergelijk M.T. Pel, De voorziening in het levensonderhoud van de predikant, in: Rechtspositie en traktement van de predikant, Zwolle: GMV 1991, p. 15–17; Joh. Janssen, Korte verklaring van den kerkenordening, Kampen 1937, p. 47 e.v.; H. Bouwman, Gereformeerd Kerkrecht I, Kampen 1928, p. 448 e.v.

71 Vergelijk voor een niet-arbeidsrechtelijke geval: Hof Arnhem 14 september 1993, rolnr. 92/142 KG (ten aanzien van een door betrokken persoon aangevochten tuchtmaatregel): ‘Te dien aanzien spelen de binnen het kerkgenootschap aangehangen godsdienstige opvattingen en normen een zodanig overheersende rol dat de burgerlijke rechter zich van een oordeel dient te onthouden, nu niet gebleken is van schending van fundamentele regels van burgerlijk recht bij het nemen van die maatregel’. Zie in het algemeen S.C. van Bijsterveld, Godsdienstvrijheid in Europees perspectief, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 48.

72 JAR 2005/58.

Hoewel de vrees voor het arbeidsrecht min of meer als ‘koud watervrees’ kan worden aangemerkt, ben ik wel de mening toegedaan dat kerken en voorgangers de vrijheid moeten hebben het arbeidsrecht bewust buiten toepassing te laten.⁷³ Van de voorganger geldt doorgaans dat hij een hoog opleidingsniveau heeft genoten en daarom in staat moet worden geacht ‘zijn eigen boontjes te doppen’. De maatschappelijke positie brengt – in de woorden van het eerder besproken arrest Groen/Schoevers⁷⁴ – mee dat hij zich bewust zal zijn van de rechtsgevolgen van het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst. Voor excessieve gevallen zouden voorgangers een beroep kunnen doen op het algemene vermogensrecht dat dan een vangnetfunctie vervult. Zo kan bijvoorbeeld het op zeer lichtvaardige wijze schorsen en/of afzetten van een voorganger wanprestatie of een onrechtmatige daad van de kerk opleveren. Voor de hoogte van de te berekenen schadevergoeding zouden in dat geval de regels van het arbeidsrecht – zoals de kantonrechttersformule – een vorm van reflexwerking kunnen krijgen.

2.5 Twee andere benoemde overeenkomsten: overeenkomst van opdracht en aanneming van werk

In het voorgaande is al eerder gerefereerd aan naast de arbeidsovereenkomst bestaande bijzondere overeenkomsten, met name de overeenkomst van opdracht en de aanneming van werk.⁷⁵ Met het oog op de afbakening van deze overeenkomsten ten opzichte van de arbeidsovereenkomst, is het noodzakelijk in het kort stil te staan bij de karakteristieken van deze overeenkomsten en de daarvoor geldende regelingen. Daarbij geldt dat, zoals hierna wordt toelicht, vreemdelingen met geestelijke werkzaamheden wel op basis van een overeenkomst van opdracht, maar niet op basis van aanneming van werk werkzaam (kunnen) zijn.

Overeenkomst van opdracht

De overeenkomst van opdracht is geregeld in titel 7.7 BW (art. 7:400 e.v.). Bij deze overeenkomst verbindt de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever om buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten. Deze werkzaamheden moeten bestaan uit iets anders dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken, omdat voor deze gevallen weer afzonderlijke regelingen in het BW zijn opgenomen. Doorgaans werken accountants, advocaten, artsen, makelaars en organisatieadviseurs – die weer kunnen samenwerken in de vorm van bijvoorbeeld een maatschap – op grond van een overeenkomst van opdracht voor hun cliënten. Meestal wordt een uurtarief in rekening gebracht, maar het is ook mogelijk dat per verleende dienst (zoals bij een arts) wordt betaald. Een overeenkomst van opdracht wordt wel gegoten in de vorm van een freelance-overeenkomst.⁷⁶ Fotografen, journalisten en artiesten sluiten in veel gevallen een dergelijke overeenkomst met hun opdrachtgever(s).⁷⁷ Ondanks deze andere – niet juridische – benaming, is de regeling inzake de overeenkomst van opdracht op deze overeenkomst van toepassing. In verhouding tot titel 7.10 BW is het aantal regels overigens beperkt. De partijen hebben veel vrijheid in het vormgeven van hun

73 Ten onrechte ontkende de Hoge Raad in het zogenoemde AOW-arrest (HR 13 april 1969, NJ 1960, 436) vrijheid voor kerkgenootschappen waarin bezwaren bestaan tegen AOW en die zelf een eigen emeritusregeling kennen.

74 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

75 Zie hierover E. Verhulp, De overeenkomst van opdracht, in: E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2002, p. 5–39. Zie voorts de bijdragen van R. Zwitser en J.M. van Dunné, in: P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2003.

76 Een niet door de wet benoemde overeenkomst.

77 Al blijken veel van deze contracten in werkelijkheid arbeidsovereenkomsten te zijn met alle rechtsgevolgen van dien. G.A.I. Schuijt, *Werkers aan het woord. Media en arbeidsverhoudingen in de journalistiek*, Deventer: Kluwer 1987, p. 184 e.v.

rechtsverhouding. Wettelijk geregeld is bijvoorbeeld dat de opdrachtgever gehouden is gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen met betrekking tot de uitvoering van de opdracht (art. 7:402 BW). De opdrachtnemer moet de opdracht dus conform de wensen van de opdrachtgever uitvoeren, hetgeen overigens wel moet worden onderscheiden van de gezagsverhouding die bij een arbeidsovereenkomst aanwezig is. Als de opdracht wordt verleend met het oog op een bepaalde persoon, is deze persoon gehouden de werkzaamheden zelf in het kader van de uitvoering van de opdracht te verrichten (art. 7:404 BW). Een fotograaf die door een tijdschrift is verzocht een bepaalde foto te maken, mag deze foto derhalve niet door een ander laten maken wanneer het tijdschrift specifiek voor zijn persoon als fotograaf heeft gekozen. Verder regelt titel 7.7 BW de hoogte van de door de opdrachtgever verschuldigde vergoeding, te betalen onkosten- en schadevergoedingen en de beëindiging van de overeenkomst van opdracht. In tegenstelling tot de arbeidsovereenkomst kan de overeenkomst van opdracht ten allen tijde door de opdrachtgever, zonder inachtneming van een opzegtermijn, worden opgezegd (art. 7:408 BW). Wanneer moet worden vastgesteld dat de overeenkomst tussen een religieuze instelling en een bepaald persoon niet als een arbeidsovereenkomst kan worden beschouwd, zal niet zelden sprake zijn van een overeenkomst van opdracht. Hiervan zal sprake kunnen zijn bij het incidenteel verrichten van werkzaamheden door een dirigent in een kerk, door een organist (tijdens de erediensten), door een slager die behulpzaam is bij het ritueel slachten of door een koster. Naarmate deze personen voor meerdere instellingen werkzaam zijn, zal eerder sprake zijn van een overeenkomst van opdracht dan van een arbeidsovereenkomst.

Aanneming van werk

Hoewel er niet veel gevallen te bedenken zijn waarin bij religieuze arbeid kan worden gesproken van aanneming van werk – afgezien van de restauratie of bouw van een kerkgebouw – wordt toch – om het ‘plaatje compleet te maken’ – aandacht aan deze overeenkomst besteed. De overeenkomst van aanneming van werk is (vooralsnog)⁷⁸ geregeld in art. 7A:1639 BW. Kenmerk van deze overeenkomst is dat de aannemer zich jegens de aanbesteder verbindt om een bepaald werk van stoffelijke aard tot stand te brengen. Daarbij moet men denken aan een aannemer die de bouw van een huis of kantoor op zich neemt tegen een van tevoren vastgestelde aanneemsom. De aannemer kan het werk alleen of met gebruikmaking van personeel uitvoeren. Veel werknemers in de bouw hebben er de afgelopen jaren – onder meer om fiscale redenen – voor gekozen hun arbeid via een eigen bedrijf aan te bieden. Vooral het aantal zogenoemde ZZP'ers, zelfstandige zonder personeel, is de afgelopen jaren enorm gestegen.⁷⁹ De overeenkomst van aanneming van werk heeft met de overeenkomst van opdracht gemeen dat geen sprake is van een gezagsverhouding tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer. Net als ten aanzien van de overeenkomst van opdracht zijn de bepalingen inzake de aanneming van werk in de artt. 7A:1639 BW e.v. beperkt in aantal. Geregeld is onder andere de risicoverdeling bij het tenietgaan van materialen, de oplevering, de aansprakelijkheid na oplevering, de verhoging van de aanneemsom en de beëindiging van de overeenkomst. Het spreekt voor zich dat religieuze arbeid niet licht als ‘aanneming van werk’ kan worden bestempeld. Bij religieuze arbeid gaat het immers – afgezien van de restauratie of (ver)bouw van een kerkgebouw – niet om stoffelijke zaken, maar juist om onstoffelijke zaken!

⁷⁸ De regeling wordt in de toekomst in titel 7.12 BW opgenomen.

⁷⁹ Gedurende de periode 1993 t/m 1998 een stijging van 17.405 tot 25.285 (45 procent). Zie voor empirisch onderzoek: M. Verheul, De schijnzelfstandige en het arbeidsrecht, in: P.F. van der Heijden (red.), Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?, 1999, p. 21–41.

2.6 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat de vraag of de arbeidsverhouding met het oog op religieuze doeleinden als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, niet eenduidig kan worden beantwoord. Per geval zal dit aan de hand van de inhoud van het gesloten contract en de feitelijke omstandigheden moeten worden nagegaan. Vooropgesteld zij dat een kerkelijke verhouding kan samengaan met een arbeidsovereenkomst.

Uit de rechtspraak (het arrest Groen/Schoevers) volgt dat in de eerste plaats van betekenis is wat partijen voor ogen stond, ofwel de partijbedoeling. Bij de vraag wat partijen voor ogen heeft gestaan is volgens de Hoge Raad niet één enkel kenmerk beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, in hun onderlinge verband worden gezien. Wanneer partijen duidelijk in het contract hebben aangegeven een arbeidsovereenkomst aan te gaan danwel een contract hebben gesloten dat qua inhoud niet (wezenlijk) te onderscheiden is van een arbeidsovereenkomst, zal de rechter deze kwalificatie – wanneer de ‘werker’ een hoge maatschappelijke positie heeft – in beginsel respecteren (vergelijk het Imam-arrest). Hierop geldt een uitzondering wanneer uit het geheel van de omstandigheden zou blijken dat de feitelijke situatie niet overeenkomt met de bewoording en van het schriftelijke contract en/of sprake is van een zodanige gezagsverhouding dat ondanks de partijbedoeling toch tot een arbeidsovereenkomst moet worden geconcludeerd.

Hebben partijen de kwalificatie in het midden gelaten, dan kan de rechter op grond van feiten en omstandigheden concluderen tot aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst als aan de elementen van art. 7:610 BW is voldaan. Van belang is dat sprake is van (1) arbeid, (2) gedurende een zekere tijd, (3) tegen loon en wel (4) in dienst van de andere partij. Vooral de laatste twee elementen leiden in de rechtspraak m.b.t. de status van ‘geestelijken’ tot discussie. Een arbeidsovereenkomst ontbreekt wanneer aan het element ‘loon’ niet is voldaan. Een vrijwilliger (al dan niet in het kader van religieuze activiteiten) die een vergoeding voor gemaakte (reis)kosten in verband met de werkzaamheden ontvangt, is derhalve niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Wordt echter een onkostenvergoeding verstrekt die hoger is dan de reëel te maken kosten, dan is voor het bovenmatige deel wel sprake van loon en kan dus – als aan de overige voorwaarden van art. 7:610 BW is voldaan – van een arbeidsovereenkomst worden gesproken. Een kloosterling die op geen enkele wijze voor zijn arbeid wordt beloond, is niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, aangezien het loonelement ontbreekt. Men moet echter niet te gemakkelijk aanvaarden dat geen ‘loon’ verschuldigd is. Niet noodzakelijk is immers dat de beloning geldelijk van aard is. Ook een beloning in natura, zoals kost en inwoning, is ‘loon’. De benaming noch de vorm van de beloning is volgens de Hoge Raad in het Bethesda-arrest relevant. Ten aanzien van het element ‘in dienst van de andere partij’ geldt dat een religieuze gezagsverhouding niet in de weg hoeft te staan aan een privaatrechtelijke gezagsverhouding. Privaatrechtelijk gezag kan ook worden aangenomen als de geestelijke (voorganger) gezag aan bijvoorbeeld de bijbel of de Koran verschuldigd is. In het Imam-arrest overwoog de Hoge Raad dat de omstandigheid dat degenen die zich bij overeenkomst verbonden heeft tot het vervullen van een godsdienstig ambt, ter zake van de godsdienstige aspecten van zijn taak niet aan instructies van zijn wederpartij onderworpen is, niet uit sluit ‘dat met betrekking tot de overige aspecten van de contractuele relatie (werktijden, het opnemen van vakantiedagen en dergelijke) sprake is van een gezagsverhouding welke een van de kenmerken vormt van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7A:1637a BW.’ Wel kan de rechter op grond van de feitelijke omstandigheden tot de conclusie komen dat er te weinig ‘privaatrechtelijk gezag’ wordt uitgeoefend (vergelijk het Kruisarrest).

Wanneer moet worden vastgesteld dat de overeenkomst tussen een religieuze instelling en een bepaald persoon niet als een arbeidsovereenkomst kan worden beschouwd, zal de overeenkomst vaak als overeenkomst van opdracht kunnen worden beschouwd.

Hiervan zal sprake kunnen zijn bij het incidenteel verrichten van werkzaamheden door een dirigent in een kerk, door een organist (tijdens de erediensten), door een slager die behulpzaam is bij het ritueel slachten of door een koster. Naarmate deze personen voor meerdere instellingen werkzaam zijn, zal eerder sprake zijn van een overeenkomst van opdracht dan van een arbeidsovereenkomst. Het is ook mogelijk dat de arbeidsverhouding met de religieuze instelling moet worden aangemerkt als een overeenkomst 'sui generis'. In dat geval zijn de regels van boek 6 BW van toepassing.

HOOFDSTUK 3

Bijzonderheden rechtspositie 'geestelijk bedienaar'

3.1 Inleiding

De tweede vraag luidt in welke mate de rechtspositie van 'geestelijk bedienaren' afwijkend is van personen die zijn verbonden aan andere – niet religieuze – instellingen of groeperingen. Anders geformuleerd: in welk opzicht verschilt de rechtspositie van een 'gewone' werknemer (of opdrachtnemer) ten opzichte van een werknemer (of opdrachtnemer) die arbeid verricht op religieus terrein. Bij de beantwoording van deze – breed geformuleerde – vraag wordt onderscheid gemaakt tussen:

- a. Materiële aspecten;
- b. Formele aspecten.

Voorts wordt – waar mogelijk – onderscheid gemaakt tussen verschillende typen geestelijk bedienaren, zoals de voorganger (predikant, imam), monnik, godsdienstonderwijzer, etc.⁸⁰

3.2 Materiële aspecten

Als uitgangspunt heeft te gelden dat het arbeidsrecht integraal van toepassingen is op een tussen een religieuze of levensbeschouwelijke instelling en een geestelijk bedienaar gesloten arbeidsovereenkomst. Vanzelfsprekend is dit – vanuit een rechtsvergelijkend en historisch perspectief – niet. De vraag of er ten aanzien van 'bedienaren van godsdienst' een bijzondere arbeidsrechtelijke regeling zou moeten worden opgesteld, werd bijvoorbeeld tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1906 uitvoerig bediscussieerd.⁸¹ De ontwerper van deze wet – Drucker – wees deze gedachte om principiële redenen af. Hij vond het van groot belang dat er één uniforme regeling voor alle typen arbeid en werknemers zou komen. Het wetsvoorstel, zo stelde hij, 'belichaamt de gelijkheid voor allen voor de wet, door algemeene regels te stellen voor allen, zonder onderscheid, die hunne arbeidskracht verhuuren'.⁸² De keuze voor een uniforme regeling was evenwel niet alleen door principiële redenen, maar ook door pragmatische redenen ingegeven. Hij achtte het ondoenlijk de arbeiders te onderscheiden in verschillende groepen en voor de te onderscheiden groepen verschillende regelingen te ontwerpen:

'zouden wij dan niet krijgen, wat men in andere landen heeft, waar men 5, 6, 8 regelingen naast elkander heeft, maar waar er dan toch tal van personen zijn die zeggen: waar blijven wij nu, waarom wordt er voor ons niet gezorgd?'⁸³

In de praktijk zou het buitengewoon moeilijk zijn de verschillende categorieën werknemers van elkaar te onderscheiden: 'Doch geheel iets anders is het, met het oog op een verschil in rechtsgevolgen, deze categorieën zo nauwkeurig te omschrijven, de grens-

80 De auteur dezes heeft geen aandacht besteed aan de zogenoemde immigrantenkerken, maar heeft zich beperkt tot de 'grotere' religies.

81 Zie hierover E. Verhulp, Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!, in: M.W. Hesselink, C.E. Du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003, p. 293–294.

82 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, deel 1*, 's Gravenhage 1907, p. 132.

83 A.E. Bles, a.w., p. 143.

lijnen zoo scherp te teekenen, dat praktijk en rechtspraak daarin een veilig richtsnoer vinden. Gelukt dit niet, dan ontstaan er ontelbare processen – en wel processen van de meest ondankbare soort – over de vraag, of zekere dienstbetrekking valt binnen of buiten de grenzen van het wettelijk begrip, of over de quaestie, of zekere dienstbetrekking te rangschikken is onder de eene of andere der wettelijke regelingen. En de kans dat het zal gelukken is uitermate gering. De ervaring heeft overal, in wetgeving en wetenschap, geleerd, dat, trots alle zorgvuldigheid, elk dergelijk streven faalt'.⁸⁴

In de Eerste Kamer ontmoette de 'uniforme regeling' op weerstand. Verschillende kamerleden wensten meer differentiatie tussen typen werknemers. In dit verband werd gesproken over een afzonderlijke regeling voor bedienaren van de godsdienst, dienstboden, bestuurders van naamloze vennootschappen en coöperatieve verenigingen, handelsreizigers en leerlingen. Uiteindelijk is voor slechts een enkele categorie een afzonderlijke regeling getroffen (waaronder de werknemers in dienst van een publiekrechtelijk lichaam). Ten aanzien van 'bedienaren van de godsdienst' werd evenmin een afzonderlijke regeling achterwege gelaten. Het was evenmin de bedoeling dat deze personen zouden worden aangemerkt als werknemers in dienst van een publiekrechtelijk lichaam. Het voorlopig verslag van de Eerste Kamer vermeldt hierover:

'Bepaaldelijk worden bij deze opvatting ook de bezoldigde bedienaren van den godsdienst bij alle kerkgenootschappen en van elken rang door de bepalingen van het ontwerp beheerscht. Onder de uitzondering voor de bij publiekrechtelijke lichamen in dienst zijnde personen kunnen zij niet gebracht worden. Al mogen volgens velen de kerkgenootschappen geene zuiver privaatrechtelijke lichamen zijn en eene publiekrechtelijke zijde hebben, dit gevoelen wordt niet algemeen gedeeld en is o.a. steeds door Thorbecke en andere leiders der liberalen ontkend'.⁸⁵

Ook een arbeidsovereenkomst tussen een 'bedienaar van de godsdienst' en een (kerk)genootschap werd dus volledig onderworpen aan het arbeidsrecht. De regering concludeerde:

'Indien het dus juist is, dat de bezoldigde bedienaren van den godsdienst zich verbonden hebben om in dienst van het kerkgenootschap hun arbeid [te] verrichten, dan zijn zij aan de bepalingen van het ontwerp onderworpen, vermits een kerkgenootschap, welk ook zijn ware juridieke aard moge wezen, niet is een publiekrechtelijk lichaam (...)'.⁸⁶

Toch zijn op de integrale toepassing van het arbeidsrecht – afgezien van de vreemdelingenproblematiek – enkele belangrijke uitzonderingen aanvaard. In verschillende wettelijke bepalingen wordt namelijk een uitzondering gecreëerd voor arbeid van (overwegend) geestelijke aard. Het gaat – voorzover ik heb kunnen nagaan – om een drietal wettelijke regelingen: 1) de regelgeving inzake gelijke behandeling, 2) het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en 3) het zogenoemde Rariteiten KB. Eventueel zou nog een vierde uitzondering kunnen worden genoemd, te weten de uitzondering op grond van de Wet minimumloon. Voornoemde uitzonderingen worden thans toegelicht.

84 A.E. Bles, a.w., p. 134–135.

85 A.E. Bles, a.w., p. 168.

86 A.E. Bles, a.w., p. 168. Overigens was Minister Van Raalte de opvatting toegedaan dan in de regel geen sprake zou zijn van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst tussen een kerkgenootschap en een voorganger. Zo merkt hij op: 'Is de positie van de predikanten een positie, die heden niet beheerscht wordt door de burgerrechtelijke arbeidsovereenkomst, dan zal dat ook niet het geval zijn onder de vigueur van dit wetsontwerp. De feitelijke gegeven nu zijn in deze, naar het mij voorkomt, niet zoodanig, dat het burgerlijk arbeidscontract geacht kan worden van toepassing te zijn'. A.E. Bles, a.w., p. 183.

3.2.1 Gelijke behandeling

Religieuze en levensbeschouwelijke instellingen verlangen doorgaans van de mensen die bij hen in dienst treden dat hun identiteit strookt met de grondslag van de instelling. Bij sommige instellingen bestaan deze identiteitseisen hieruit dat de persoon in kwestie een christelijke of islamitische overtuiging moet hebben. Andere instellingen gaan een stap verder en stellen de eis van lidmaatschap van een bepaald kerkgenootschap en/of het kunnen onderschrijven van de belijdenisgeschriften. Regelmatig rijst de vraag welke vrijheid deze instellingen vandaag de dag nog hebben ten aanzien van het stellen van ‘geloofseisen’. Mag een islamitische sollicitant bij een christelijke school zonder meer worden afgevoerd? Het antwoord ligt verankerd in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

Art. 1 AWGB verbiedt het maken van onderscheid op grond van onder andere godsdienst, nationaliteit, levensovertuiging en politieke gezindheid. Dit discriminatieverbod geldt bij:

- a. de aanbidding van een dienstbetrekking en de behandeling van een openstaande betrekking;
- b. bij het aangaan en beëindigen van een dienstbetrekking;
- c. bij het aanstellen tot ambtenaar en het beëindigen daarvan;
- d. arbeidsvoorwaarden;
- e. het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding en
- f. bevordering.⁸⁷

Een werkgever maakt zich dus onder andere schuldig aan verboden discriminatie wanneer hij weigert ‘ongelovige’ personen aan te nemen. Een instelling die christenen, islamieten of socialisten vanwege hun overtuiging ‘buiten de deur houdt’ of ontslaat, maakt een verboden onderscheid. Discriminatie kan ook op *indirecte* wijze plaatsvinden. Hiervan is sprake wanneer een werkgever een aannamebeleid baseert op neutrale gronden, maar de neutrale gronden feitelijk leiden tot onderscheid op grond van religie of levensovertuiging. Zo kan een werkgever een aannamebeleid voeren op grond waarvan alleen sollicitanten worden aangenomen die bereid zijn op zondag te werken. Praktiserende christenen die gewoon zijn op zondag ter kerke te gaan, zullen door het aannamebeleid van de werkgever worden getroffen en kunnen aanvoeren dat zij op indirecte wijze worden gediscrimineerd. Soms kan evenwel een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het indirecte onderscheid worden aangevoerd (art. 2 lid 1 AWGB). In de memorie van toelichting bij de AWGB wordt, bij de vraag hoe bepaald moet worden of een indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd, een aantal aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG ontleende toetsingscriteria⁸⁸ genoemd:

- de ter bereiking van het doel gekozen middelen dienen te beantwoorden aan een werkelijke behoefte (van de onderneming) en
- moeten geschikt zijn om dat doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn, terwijl
- aan het nagestreefde doel iedere discriminatie vreemd moet zijn.⁸⁹

87 Zie hierover I.P. Asscher-Vonk en W.C. Monster, *Gelijke behandeling bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 147–159.

88 Zie I.P. Asscher-Vonk en W.C. Monster, a.w., p. 56–58.

89 Uit jurisprudentie blijkt dat het bij de invulling van de begrippen ‘objectief gerechtvaardigd’ moet gaan om zwaarwegende belangen die voortvloeien uit een legitiem ondernemingsdoel. Een werkgever die op grond van zwaarwegende ondernemingsbelangen de inzetbaarheid van werknemers op zondag vergt, kan een gerechtvaardigd onderscheid maken als hij mensen met gewetensbezwaren tegen zondagsarbeid weigert in dienst te nemen. Zie hierover P.S. Fluit en W.A. Zondag, *De rechtspositie van de werknemer bij bezwaren tegen zondagsarbeid*, deel II, SMA 2000, p. 501 e.v.

Op het hierboven geschetste ‘gelijkebehandelingsregime’ gelden belangrijke uitzonderingen ingeval sprake is van een kerkgenootschap of een (andere) identiteitgebonden instelling (instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, een instelling op politieke grondslag of een instelling van bijzonder onderwijs).

De uitzondering voor kerkgenootschappen is neergelegd in art. 3 waarin is bepaald dat de wet niet van toepassing is op:

- a. ‘rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede *binnen* andere genootschappen op geestelijke grondslag;
- b. het geestelijk ambt’.⁹⁰

Uit de definitie blijkt dat niet elke arbeidsverhouding van de werkingssfeer van de AWGB wordt uitgezonderd. Het moet gaan om een arbeidsverhouding binnen het kerkgenootschap.

Het hangt van de concrete omstandigheden af of de rechtsverhouding tussen een kerkgenootschap en een werknemer kan worden aangemerkt als een rechtsverhouding binnen het genootschap. De Memorie van Antwoord merkt daarover op:

‘Niet elke rechtsverhouding met een kerkgenootschap is ook een rechtsverhouding binnen het genootschap. Per functie zal dat kunnen verschillen, waarbij de grens niet in algemene termen kan worden aangegeven. Een schoonmaker of tuinwerker die af en toe werkzaamheden voor het kerkgenootschap verricht is ten slotte een andere functionaris dan een koster of een zendingswerker’.⁹¹

In de literatuur wordt hierover opgemerkt dat het voor de hand ligt om de uitzondering te interpreteren in het licht van de doelstelling ervan, te weten onder meer de scheiding tussen kerk en staat. Heringa schrijft hierover:

‘Naarmate een activiteit (rechtsverhouding) met godsdienst in een verder verwijderd verband staat (dat wil zeggen er in feite niet meer sprake is van een rechtsverhouding binnen een genootschap op geestelijke grondslag) ligt toepassing van art. 3 ook niet meer voor de hand. De rechtsverhouding met een organist ligt op de grens; mijns inziens is dat geen ‘geestelijk ambt’.’⁹²

De uitzondering voor andere identiteitgebonden instellingen is te vinden in art. 5 lid 2 sub a. Hierin is bepaald dat de verboden van art. 5 lid 1 onverlet laten:

- a. ‘de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat’.

Ten aanzien van een instelling op politieke grondslag en een instelling van bijzonder onderwijs geldt een vergelijkbare uitzondering. Al deze instellingen hebben de vrijheid eisen te stellen die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van respectievelijk ‘politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of

90 Waaronder – blijkens de wetgeschiedenis – ook de opleiding hiertoe wordt verstaan. Kamerstukken II 22014, nr. 5, p. 77.

91 Kamerstukken II 22014, nr. 5, p. 76.

92 A.W. Heringa, *Algemene wet gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 1994, p. 58.

homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat' en 'ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat'. Er is dus een zekere vrijheid 'mits' de instelling concreet gestalte geeft aan de eigen identiteit en de functie van de betrokken persoon met deze identiteit in verband staat. Anders gezegd: voor een goede uitoefening van de functie is een bepaalde levensovertuiging noodzakelijk. Daar komt nog bij dat de functie-eis is gegrond op een vast en op het doel van de instelling berustend beleid. De instelling zal moeten aantonen dat het beleid consequent is gericht op het handhaven van de identiteit. Regelmatig wordt de Commissie Gelijke Behandeling gevraagd een uitspraak te doen over de vraag of het werving-, selectie en ontslagbeleid van een identiteitgebonden instelling te doen.⁹³ Ter illustratie een tweetal voorbeelden. Volgens de Commissie Gelijke Behandeling behoefde een christelijke basisschool een islamitisch meisje dat al twee jaar op basis van een tijdelijke detachering op grond van de Wet inschakeling werkzoekenden als klassenassistent geen definitieve aanstelling te geven. De Commissie Gelijke Behandeling (oordeel nr 2002/1) vond het acceptabel dat het schoolbestuur wel een uitzondering op de eigen regels maakte ingeval van een tijdelijke aanstelling. Ook een christelijke dagbladuitgeverij, die uitgaat van een bepaald kerkgenootschap, mocht een 'kerkeneis' (lidmaatschap van een bepaald kerkgenootschap) hanteren t.a.v. van een in dienst zijnde fotograaf die overging naar een niet-gereformeerde, evangelische gemeente (oordeel nr 2003/145). In casu betrof het een werknemer die als fotograaf werkzaam was bij het Nederlands Dagblad. De werkgever was voornemens de werknemer te ontslaan vanwege het feit dat de werknemer geen lid meer was van een kerkgemeenschap die de Bijbel en de Drie Formulieren van Eenheid aanvaardt als grondslag voor haar belijden. Volgens de commissie was duidelijk dat het een instelling op godsdienstige grondslag als bedoeld in artikel 5, tweede lid, aanhef en onderdeel a, AWGB betrof. Het door de werknemer gevoerde verweer dat hij als fotograaf niet behoorde of hoefde te behoren tot de redactie – die invloed heeft op de identiteit van de onderneming – werd door de commissie verworpen. Het is aan de werkgever om te bepalen welke journalisten deel uitmaken van de redactie. Het vereiste kerkelijk lidmaatschap was opgenomen in de arbeidsovereenkomsten van alle bij de werkgever werkzame redacteurs. Bovendien had de werkgever bij een heroriëntatie besloten vast te houden aan haar gereformeerde grondslag en was het beleid consistent toegepast. Weliswaar was in het concrete geval sprake van onderscheid op grond van godsdienst, maar dit onderscheid werd in de gegeven omstandigheden niet verboden nu was voldaan aan het gestelde in artikel 5, tweede lid, aanhef en onderdeel a, AWGB.

3.2.2 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen

Op grond van het vijftig jaar oude Buitengewoon Besluit Arbeidsverhouding 1945 (BBA) geldt in Nederland dat een arbeidsovereenkomst niet eenzijdig door de werkgever kan worden opgezegd zonder voorafgaande toestemming van de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen. Pas nadat de toestemming is verleend, kan de werkgever – met inachtneming van de geldende opzegtermijn – de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzeggen. Het toestemmingsvereiste geldt ook ten aanzien van de opzegging van sommige overeenkomsten van opdracht. In art. 2 sub b onder 1 wordt namelijk gesteld dat onder 'werknemer' in de zin van het BBA niet alleen de werknemer bedoeld in art. 7:610 BW wordt verstaan, maar ook degene die persoonlijk arbeid voor een ander ver-

⁹³ Formeel-juridisch hebben deze oordelen geen bindende kracht. In de praktijk wordt aan deze oordelen echter grote betekenis toegekend, aangezien de Commissie Gelijke Behandeling een grote mate van deskundigheid op het terrein van het gelijkebehandelingsrecht heeft. Krijgt de klagende partij bij de Commissie gelijk, dan zal hij of zij in de meeste gevallen ook door de rechter – die wel bindende vonnissen kan wijzen – in het gelijk worden gesteld.

richt. Op deze laatste categorie wordt vervolgens weer een uitzondering geformuleerd. De toestemming van de CWI is niet vereist indien:

- a. hij – de persoon die voor een ander persoonlijk arbeid verricht – die arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht (dus ten minste drie anderen) of
- b. hij zich door meer dan twee andere personen (dus opnieuw ten minste drie personen), niet zijnde de echtgenoot/geregistreerd partner/inwonend bloedverwanten of aanverwanten/pleegkinderen, laat bijstaan of
- c. deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is. (Het betreft een groep die valt onder de categorie kleine zelfstandigen.)

Op het personenbereik is vervolgens in art. 2 een aantal uitzonderingen gemaakt. Het BBA is niet van toepassing op:

- a. werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam;
- b. onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen, staande onder beheer van een natuurlijk of rechtspersoon;
- c. personen die een geestelijk ambt bekleden;
- d. werknemers die doorgaans op minder dan drie dagen per week uitsluitend of hoofdzakelijk huishoudelijke of persoonlijke diensten in de huishouding van een natuurlijk persoon verrichten.

Gelet op het onderwerp van deze nota wordt alleen stil gestaan bij de onder b en c genoemde uitzonderingen – ‘onderwijzend en docerend personeel’ en ‘personen die een geestelijk ambt bekleden’ – ten aanzien waarvan de werkgever bij opzegging geen toestemming van de CWI behoeft. Beide uitzonderingen worden in de jurisprudentie ruim uitgelegd. Ten aanzien van de groep onderwijzend en docerend personeel geldt dat onderwijzend personeel dat niet onder een aparte rechtspositieregeling valt (met normaliter extra ontslagbescherming) toch de bescherming van het BBA moet missen. Het bestaan van ‘alternatieve’ ontslagbescherming is dus geen voorwaarde voor de uitzondering van het BBA. De ratio van deze uitzondering is gelegen in de vrijheid van onderwijs, genoemd in art. 23 Grondwet.⁹⁴ Aldus besliste de Hoge Raad in een arrest uit 1979.⁹⁵ Ten aanzien van de stelling dat de uitzondering van art. 2 lid 1 onder b BBA niet zou gelden in geval het zou gaan om een dienstbetrekking van een leerkracht bij een gesubsidieerde onderwijsinstelling die niet valt onder een aparte rechtspositieregeling overwoog de Hoge Raad:

‘Deze stelling kan niet worden aanvaard. De algemeen luidende tekst van genoemde bepaling, waarin de door het middel bepleite restrictie niet valt te lezen, wijst erop dat de bepaling geldt voor alle ‘onderwijzend en docerend personeel’ als daar omschreven. Bovendien houdt de bepaling in dat ‘dit besluit’ – en dus het gehele BBA, niet alleen het ontslagverbod van art. 6 lid 1 – niet van toepassing is op het onder b omschreven onderwijzend en docerend personeel. Daarom kan niet worden aangenomen dat de bepaling, gelijk het middel wil, enkel is ingegeven door de gedachte dat voor de daar bedoelde arbeidsverhouding geen behoefte bestaat aan de in art. 6 lid 1 gelegen ontslagbescherming. Aangenomen moet worden dat bij het opnemen van deze bepaling mede de wens heeft voorgezeten het onderwijs – in ruime zin waarin deze termijn art. 208 Gw wordt gebezigd – te ontzien, in dier voege dat de besluitgever met de in het BBA vervatte sociaal economische maatregelen niet heeft willen raken aan de sfeer van het onderwijs. Daarmee zou niet stroken de draagwijdte van de bepaling te beperken op de wijze als in het middel bedoeld’.⁹⁶

⁹⁴ Zie voor de verschillende opvattingen over de ratio en rechtvaardiging van de uitzondering: W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1991, p. 185–191.

⁹⁵ HR 19 oktober 1979, NJ 1980, 57.

Ook gedeeltelijk docerend personeel (personen die bijvoorbeeld een gecombineerde onderzoeks- en onderwijstaak hebben) valt onder de uitzonderingsgroep van art. 2 BBA.⁹⁷ Tennisleraren, zweminstructeurs, autorij-instructeurs: vallen dus standaard buiten de bescherming van het BBA. De vrijheid van onderwijs brengt dus mee dat betrokken opdrachtgevers/werkverschaffers op vrij eenvoudige wijze leerkrachten moeten kunnen ontslaan om aan die vrijheid een juiste invulling te kunnen geven. Voor wat betreft de groep personen die een geestelijk ambt bekleden geldt eveneens dat deze uitzondering ruim moet worden uitgelegd, zo blijkt uit een arrest van de Hoge Raad uit 1986.⁹⁸ In dit arrest ging het om de vraag of een imam kan worden beschouwd als een persoon die een geestelijk ambt bekleedt. Volgens het cassatiemiddel was dit niet het geval. Een imam is namelijk een gebedsvorganger die uit de kring van gelovigen wordt aangewezen, zonder een officiële benoeming zodat het optreden als imam niet beperkt is (hetzij door opleiding, hetzij door benoeming) tot een zekere categorie van personen. Bovendien is er geen sprake van dat binnen de Islam een imam een permanente functie heeft die vergeleken zou kunnen worden met een predikant of een priester in christelijke geloofskringen of een rabbijn in joodse geloofskringen. De uitzondering van het BBA zou slechts zien op predikanten, rooms-katholieke geestelijken en rabbijnen (wier functie is de bediening van woord en sacrament), en niet op een – daarvan sterk afwijkende – taakomschrijving als die van de imam in kwestie. A-G Franx kon zich in deze enge opvatting niet vinden:

‘Er zou sprake zijn van discriminatie op grond van godsdienst indien zonder goede grond op het onderhavige punt onderscheid zou worden gemaakt tussen ambtsdragers van het vanouds in Nederland bekende type als hier opgesomd, in dienst van een christelijke of joodse religieuze gemeenschap, enerzijds en een met hen vergelijkbare functionaris in dienst van een islamitische geloofsgemeenschap anderzijds’.

Waar de grens precies zou moeten worden getrokken tussen een ‘geestelijk ambt’ en een functie binnen een kerkgenootschap die niet als zodanig kan worden beschouwd, wil hij overlaten aan een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval:

‘Het zou mij bepaald te ver gaan voor het bekleden van een geestelijk ambt de sacramentsbediening of het ontvangen van een bijzondere wijding als noodzakelijke voorwaarde te stellen; hier ligt voor de toepassing van het discriminatieverbod, geen “goede grond” voor onderscheid tussen de godsdiensten. (...) Afrondend ben ik van mening dat voor de vraag naar de toepasselijkheid van art. 2 lid 1 sub c BBA van beslissende betekenis is of de godsdienstvrijheid in het concrete geval meebrengt dat de arbeidsverhouding aan de werking van het BBA is onttrokken’.

Geheel in de lijn van de conclusie van Franx kwam ook de Hoge Raad tot een ruime opvatting ten aanzien van de uitzondering in het BBA:

96 Zie ook de conclusie van A-G Berg voor het arrest: ‘In de ontwikkelingsgeschiedenis van ons onderwijs heeft de vrijheid van godsdienst een belangrijke rol gespeeld: onderwijs en godsdienst (of ruimer nog: levensbeschouwing) zijn verstrengd. (...) Welnu, evenzo als in de arbeidsverhouding van een persoon, die een geestelijk ambt bekleedt, zijn godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen een specifiek en delicaat facet van deze arbeidsverhouding uitmaken en daarmee iedere rechtstreekse overheidsbemoeiing met die arbeidsverhouding in de weg staan, zal hetzelfde kunnen gelden voor de arbeidsverhoudingen van onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinstellingen. Ik meen dat daarin de voornaamste grond is gelegen van de in art. 2 lid 1 aanhef en sub b gemaakte uitzondering van de toepasselijkheid van het BBA op de arbeidsverhouding van het daar bedoelde onderwijzend docerend personeel. De al of niet verkregen rechtsbescherming in geval van ontslag komt daarbij in het geheel niet aan de orde’.

97 HR 20 maart 1992, NJ 1992, 725.

98 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 702.

‘Aangenomen moet worden dat, naar de Rb. terecht tot uitdrukking heeft gebracht, de grond voor het opnemen van de uitzonderingsbepaling van art. 2 lid 1 sub c in het bijzonder dáárin is gelegen dat de besluitwetgever, gelet op de in de Grondwet neergelegde vrijheid van godsdienst, overheidsbemoeienis als vervat in het BBA met de arbeidsverhouding van de in die bepaling bedoelde geestelijke ambtsdragers heeft willen vermijden. De Rb. is er voorts van uitgegaan dat deze uitzonderingsbepaling ook geldt voor een geestelijk leider van een islamitische religieuze gemeenschap. Dit uitgangspunt is eveneens juist; de hiertegen gerichte klacht van onderdeel 2 van het middel, dat betoogt dat de uitzondering van art. 2 lid 1 sub c moet worden beperkt tot predikanten, rooms-katholieke geestelijken en rabbijnen, althans tot de in het onderdeel bedoelde “personen wier functie is bediening van het woord of sacrament” vindt geen steun in het recht en dient te worden verworpen: zulk een beperking zou leiden tot een onaanvaardbaar onderscheid tussen de verschillende in Nederland beleden godsdiensten’.

Het lijkt, gelet op de koers van de rechtspraak, aannemelijk dat ‘kerkelijke’ functies die niet alleen een geestelijke component bevatten, maar ook andersoortige activiteiten, zoals verrichten van maatschappelijk werk, eveneens onder de uitzondering van art. 2 BBA vallen. Niet in deze lijn past de beslissing van de kantonrechter te Amsterdam die van oordeel was dat een sjocheet (een Joods ritueel slachter) geen geestelijke in de zin van het BBA was, en derhalve toestemming van de CWI nodig was om tot opzegging over te gaan.⁹⁹

3.2.3 Sociale zekerheidsrecht

Om verzekerd te zijn op grond van de zogenoemde werknemersverzekeringen – Werkloosheidswet (WW), Ziektewet (ZW) en Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) – is noodzakelijk dat sprake is van een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking. Daarnaast is ook sprake van een verzekeringsplicht voor zogenoemde ‘gelijkgestelden’. In de artt. 4 en 5 van de werknemersverzekeringen is de groep verzekerden uitgebreid tot een aantal categorieën die sterk met de categorie ‘werknemers’ kunnen worden vergeleken. Genoemd worden onder meer degene die persoonlijk een werk tot stand brengt op grond van een overeenkomst tot aanneming van werk, bepaalde tussenpersonen, thuiswerkers, musici, etc. In art. 5 sub d WW heeft de wetgever een zogenoemde restcategorie opgenomen. Het gaat om personen die tegen beloning persoonlijk arbeid verrichten en wier arbeidsverhouding niet reeds op grond van art. 3, 4 of 5 WW als een dienstbetrekking wordt beschouwd, maar hiermee maatschappelijk gelijk kan worden gesteld. Uit de aanhef van art. 5 BW blijkt dat de wetgever bij AmvB nadere regels kan stellen over de in dat wetsartikel genoemde categorieën werkers. Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt door middel van het ‘Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd’, ook wel het ‘Rariteiten-KB’ genoemd.¹⁰⁰ In dit besluit is vervolgens weer een aantal categorieën – waaronder die van de geestelijke bedienaar – van de verzekeringsplicht uitgezonderd. Op grond van art. 8 sub e wordt niet als een dienstbetrekking beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon ‘die arbeid van overwegend geestelijke aard verricht’. De toelichting¹⁰¹ noch de jurisprudentie¹⁰² maken evenwel duidelijk wat moet worden verstaan onder ‘arbeid van overwegend geestelijke aard’.

⁹⁹ Ktr. Amsterdam 14 december 1994, JAR 1995/10.

¹⁰⁰ In werking getreden op 1 januari 1987, laatstelijk gewijzigd op 7 december 2001, Stb. 697.

¹⁰¹ Een memorie van toelichting o.i.d. ontbreekt.

¹⁰² In de tijdschriften Rechtspraak Sociale Verzekeringen (RSV) en Uitspraken Sociale Zekerheid (USZ) zijn geen uitspraken over de uitleg van het begrip opgenomen.

3.2.4 Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM) – die onder andere van betekenis is bij de beantwoording van de vraag of een tewerkstellingsvergunning op grond van de Wet arbeid vreemdelingen wordt verstrekt – beoogt werknemers en hieraan gelijkgestelde personen¹⁰³ een minimaal inkomen te garanderen. De wet heeft een dwingend-rechtelijk karakter: werkgever en werknemer kunnen derhalve geen andersluidende afspraken maken. Onder het minimaal te betalen loon verstaat de wet ‘de geldelijke inkomsten uit hoofde van de dienstbetrekking’. Inkomen in natura valt dus niet onder dit loonbegrip. Voor onder andere religieuze of levensbeschouwelijke instellingen kan dit problematisch zijn, omdat vaak een belangrijk deel van de te betalen tegenprestatie bestaat uit loon in natura bestaat. Te denken valt aan ‘kost en inwoning’, een woning, kleding en ‘vrij reizen’. Om hieraan tegemoet te komen heeft de wetgever het mogelijk gemaakt dat bij AMvB wordt bepaald dat ook niet-geldelijke inkomsten mede onder het loon in de zin van de WMM kunnen worden verstaan. Van deze bevoegdheid heeft de Minister diverse malen gebruik gemaakt.

3.2.5 Zelfregulering

Religieuze en levensbeschouwelijke instellingen hebben vaak eigen regelingen ten aanzien van onder andere aanstelling, arbeidsvoorwaarden, bevordering, schorsing en ontslag. Uiteraard is het niet mogelijk om de inhoud van de ‘eigen regelingen’ in detail te bespreken. Om een indruk te geven, worden hierna enkele hoofdlijnen geschetst (zie ook de bijlagen 1 t/m 7).

Ten aanzien van de aanstelling van een geestelijke bedienaar kan het volgende worden opgemerkt. Bij levensbeschouwelijke instellingen wordt het contract doorgaans gesloten met het bestuur van een vereniging¹⁰⁴ of stichting. Dat geldt ook van kerkgenootschappen die behoren tot het zogenoemde congregationalistische stelsel.¹⁰⁵ Bij andere kerkgenootschappen ligt dit gecompliceerder. Gaat het om een presbyteriaal-synodale kerkgemeenschap, dan wordt de predikant, kerkelijk werker of musicus benoemd door de kerkenraad of door een andere ambtelijke vergadering of – zoals in de Protestantse Kerk in Nederland (PKN) – een college. In de PKN wordt in dit verband onderscheid gemaakt tussen de benoeming en de aanstelling (ord. 3-28-2).¹⁰⁶ De benoemende instantie bepaalt wie de taak als kerkelijke medewerker gaat vervullen. Daarbij geldt als vuistregel dat het recht van benoeming toekomt aan de instantie waarvoor de medewerker zijn of haar werkzaamheden gaat verrichten en onder wiens verantwoordelijkheid deze valt. Enkele voorbeelden: een medewerker op het kerkelijk bureau wordt benoemd door het college van kerkrentmeesters (ord. 11-2-7), een medewerker op het bureau van de diaconie door het college van diakenen (ord. 11-3-4 sub c), de kerkmusicus en de koster door de kerkenraad (ord. 5-6-2 en ord. 5-7-2). De persoon die als kerkelijk werker in een ‘dienst’ wordt gesteld, wordt geroepen en benoemd door de kerkenraad. In een aantal situaties is de benoemende instantie een andere dan de instantie die de aanstelling verricht.

103 Op grond van art. 3 WMM kunnen bij AMvB arbeidsverhoudingen onder het begrip ‘dienstbetrekking’ worden begrepen. Als voorwaarden gelden dat persoonlijk arbeid wordt verricht, dat de arbeid niet van bijkomstige aard is en dat de arbeidsverhouding in maatschappelijk opzicht gelijk kan worden gesteld met een dienstbetrekking.

104 Dit is het geval in het bijzonder onderwijs.

105 Het gaat hier om kerkgenootschappen waar de plaatselijke gemeente volledig bevoegd is om eigen regels op te stellen. Te denken valt aan de zogenoemde Volle Evangeliegemeenten, de Vergadering der Gelovigen en de Pinkster- en Babtistengemeenten.

106 Zie hierover P. van den Heuvel, *De toelichting op de kerkorde van de Protestantse Kerk in Nederland*, Boekencentrum 2004, p. 156–157.

Voor de aanstelling is een (kerkelijke) rechtspersoon nodig die de arbeidsovereenkomst met de kerkelijke medewerker sluit. In de PKN bestaan vijf rechtspersonen: op het plaatselijke niveau de gemeente en de diaconie, op het bovenplaatselijke vlak de classis, de evangelisch-lutherse gemeenten tezamen en de kerk. Voorts heeft de dienstenorganisatie als kerkelijke instelling rechtspersoonlijkheid. Het werkgeverschap wordt juridisch en feitelijk uitgeoefend door de instanties die de rechtspersonen vertegenwoordigen (ord. 3-28-3). Plaatselijk zijn dat het college van kerkrentmeesters (ord. 11-2-7 sub e) en het college van diakenen (ord. 11-3-4 sub e).

Anders dan in het presbyteriaal-synodale stelsel vindt de benoeming van een geestelijke bedienaar /bekleder van een geestelijk ambt ('clerus') in een episcopaal stelsel, zoals de Rooms-Katholieke Kerk, plaats door de bisschop¹⁰⁷ (die overigens ook bij uitsluiting van alle anderen bevoegd is tot schorsing, overplaatsing en ontslag). Voor andere functies, zoals de godsdienstleraren, de districtkatecheten en pastoraal werkers – die in de regel op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn – geldt dat voor het rechtsgeldig kunnen verrichten van de arbeid een bisschoppelijke machtiging of akkoordverklaring is vereist.¹⁰⁸ De bisschop heeft zo ongeveer absolute macht in kerkelijke aangelegenheden.¹⁰⁹

In grote kerkgenootschappen, zoals de PKN en de Rooms-Katholieke Kerk, worden de arbeidsvoorwaarden van kerkelijke medewerkers en voorgangers in collectieve regelingen vastgelegd (ordonnanties en generale regelingen). In de PKN betreft het de generale regeling voor predikantstraktementen (en de generale regeling voor predikantspensioen) alsmede de generale regeling voor de rechtspositie van kerkelijke medewerkers. De inhoud van deze regelingen komt overeen met de inhoud van een ('gemiddelde') CAO. In de generale regeling voor predikantstraktementen (zie bijlage 4) zijn onder andere geregeld: bestanddelen van het traktement, periodieke verhogingen, vakantietoelage, eindejaarsuitkering, inhoudingen, ambtswoning, ziektekostenverzekering, vergoeding van kosten ambtsuitoefening, verhuiskosten, kosten studieverlof, gratificaties, vakantie en vrije zondagen, zwangerschapsverlof, verlof bij verhuizing, studieverlof, uitkeringen ten laste van de centrale kas, nevenwerkzaamheden, overlijdensuitkering en wachtgeldregelingen (bij ziekte en ontzetting uit het ambt). In de generale regeling voor de rechtspositie van de (andere) kerkelijke medewerkers (zie bijlagen 1 en 1a) zijn voornoemde zaken eveneens terug te vinden met daar bovenop specifiek voor werknemers geldende arbeidsvoorwaarden als vergoeding voor overwerk en werken op andere tijden, bijzondere verlofvormen, etc.

Naast arbeidsvoorwaarden worden doorgaans ook onderwerpen als schorsing en de beëindiging van de arbeidsverhouding (ook wel 'afzettingsgronden') in de kerkorde¹¹⁰ (de kerkelijke 'grondwet') en/of generale regelingen uitgewerkt. De gronden voor schor-

¹⁰⁷ Vergelijk art. 17 Algemeen reglement voor het bestuur van een parochie in de Rooms-Katholieke Kerk: 'De pastoor wordt benoemd door de bisschop voor onbepaalde tijd, tenzij de bisschop op basis van een door de Bisschoppenconferentie vastgesteld decreet een benoeming voor bepaalde tijd nodig oordeelt (cf. can. 522). Voor de benoeming dient de bisschop de deken te horen en een gepast onderzoek te doen, waarbij hij eventueel bepaalde priesters alsook het kerkbestuur hoort (cf. can. 524)'.

¹⁰⁸ Zie over het civiel effect van het ontbreken of intrekken van de bisschoppelijke machtiging: A.T.J.M. Jacobs, Enkele problemen rondom de rechtspositie van godsdienstleraren, districtkatecheten en pastoraal werkers in de R.K. Kerk in Nederland, in: A.P.H. Meijers e.a. (red.), *Op het snijvlak van civiel en canoniek recht*, 1994, par. 4.

¹⁰⁹ Art. 2 Algemeen reglement voor het bestuur van een parochie in de Rooms-Katholieke Kerk: 'De bisschop is de kerkelijke ambtsdrager, aan wie de zorg voor een bisdom is toevertrouwd en aan wie alle gewone, eigen en onmiddellijke macht toekomt, die voor de uitoefening van zijn herderlijke taak in het hem toevertrouwde bisdom vereist is, uitgezonderd zaken die door het recht of door een decreet van de Paus aan het hoogste of ander kerkelijk gezag voorbehouden zijn (cf. can. 376 juncto can. 381 § 1)'.

sing en ontslag enerzijds en de financiële voorzieningen anderzijds worden daarbij veelal in verschillende regelingen uitgewerkt. Grote kerkgenootschappen hebben daartoe – in tegenstelling tot veel kleine kerkgenootschappen – gedetailleerde en in sociaalrechtelijk opzicht toereikende regelingen opgesteld. Zo bevat de PKN een uitgebreide regeling inzake de te volgen procedure bij schorsing, op non-actiefstelling en het ‘ontslag’ van een predikant met daaraan gekoppeld een regeling met betrekking tot een wachtgeldvoorziening tijdens en na de procedure.¹¹¹ Bij een ernstige verstoring van de verhoudingen binnen de kerk kan de predikant worden ontheven uit zijn werkzaamheden en kan hij worden ‘losgemaakt (ord. 3-20). Hiervoor geldt de volgende procedure (die een zorgvuldige rechtsgang in de kerk moet waarborgen). Het breed moderamen van de classicale vergadering moet vaststellen of de situatie van dien aard is dat de zaak aan het generale college voor de ambtsontheffing moet worden voorgelegd. Het breed moderamen kan daartoe besluiten op verzoek van de kerkenraad of op eigen initiatief. Wel moet vooraf het oordeel van het Regionale college voor de visitatie worden gevraagd. De uiteindelijke beslissing ligt bij het Generale college voor de ambtsontheffing, een orgaan van de kerk dat speciaal voor de behandeling van deze aangelegenheden is ingesteld. Dit college hoort de predikant, de kerkenraad en het regionale college voor de visitatie. Als de predikant wordt ontheven, krijgt hij of zij eerst gedurende een periode van drie maanden tot maximaal een jaar de tijd om zelf om te zien naar een andere gemeente of werkkring (ord. 3-20-2). Als dat niet lukt of als de predikant hiertoe niet bereid is, wordt hij na afloop van de gestelde periode van de werkzaamheden ontheven en losgemaakt van de gemeente. Hij kan dan aanspraak maken op de volgende wachtgeldvoorziening. Gedurende drie jaar wordt het traktement doorbetaald, in een aflopende schaal van 100 procent, 80 procent en 60 procent van het laatstgenoten traktement. Het Generale college voor de ambtsontheffing bepaalt welk gedeelte van de wachtgeldregeling voor rekening komt van de gemeente waaraan de predikant verbonden was. Tegen de beslissing van het Generale college voor de ambtsontheffing kan zowel door de predikant als door de kerkenraad beroep worden ingesteld bij het generale college voor de behandeling van bezwaren en geschillen.

Wat is de arbeidsrechtelijke ruimte voor (kerkelijk) maatwerk?

In het kader van het voorgaande rijst de vraag welke mogelijkheden een religieuze of levensbeschouwelijke instelling heeft om ‘eigen regelingen’ met de geestelijke bedienaar overeen te komen. Het antwoord hierop is deels afhankelijk van de kwalificatie van de rechtsverhouding. Is geen sprake van een arbeidsovereenkomst tussen de religieuze instelling en de ‘arbeidskracht’ dan hebben partijen bijna volledige vrijheid om een eigen regeling inzake onder andere aanstelling, arbeidsvoorwaarden en ontslag overeen te

¹¹⁰ Een dergelijke regeling bevat nagenoeg elke kerkorde. Zie bijvoorbeeld art. 79/80 van de Gereformeerde Kerken Vrijgemaakt: ‘Wanneer dienaars des goddelijken woords, ouderlingen of diakenen een openbare grove zonde bedrijven, die der kerk schandelijk, of ook bij de overheid strafwaardig is, zullen wel de ouderlingen en diakenen terstond door voorgaand oordeel des kerkerads derzelve en der naastgelegen gemeente in hun dienst geschorst of daarvan afgezet worden, maar de dienaars alleen geschorst worden. Of deze geheel van de dienst af te zetten zijn, zal aan het oordeel der classes staan, met advies van de in art. 11 genoemde deputaten der particuliere synode. Voorts onder de grove zonden, die waardig zijn met opschorting of afstelling van de dienst gestraft te worden, zijn deze de voornaamste: valse leer of ketterij, openbare scheurmaking, openlijke blasphemie, simonie, trouweloze verlaten van zijn dienst of indringing in eens anderen dienst, meinedigheid, echtbreuk, hoererij, vuil gewin; kortelijk, alle de zonden en grove feiten, die den bedrijver voor de wereld eerloos maken, en in een ander gemeen lidmaat der kerk der afsnijding waardig zouden gerekend worden.’

¹¹¹ Ook voor de kerkelijke werker geldt een wachtgeldregeling. Art. 25 van de Generale regeling voor de rechtspositie van kerkelijke medewerkers in de PKN: ‘Aan de medewerker, die voor onbepaalde tijd is aangesteld en die wordt ontslagen wegens vermindering of beëindiging van de werkzaamheden dan wel wegens reorganisatie van het kerkelijk lichaam, de instelling of de stichting waarvoor deze werkzaam is, dan wel wegens onbekwaamheid, welke niet aan schuld of toedoen van betrokkene te wijten is, wordt een wachtgeld of een suppletie op een wettelijke uitkering of op inkomsten uit arbeid en/of bedrijf toegekend volgens de bepalingen van de Wachtgeld- en suppletieregeling.’

komen. Is wel sprake van een arbeidsovereenkomst, dan is de vrijheid een eigen regeling op te stellen beperkter, maar nog steeds aanwezig.¹¹² Een belangrijk deel van het arbeidsrecht heeft immers een drie-kwartdwingendrechtelijk karakter. Dat betekent dat van deze regels bij collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) of publiekrechtelijke regeling kan worden afgeweken. Voorbeelden daarvan zijn art. 7:668a BW (aantal tijdelijke contracten) en art. 7:672 BW (duur van de opzegtermijn). Andere bepalingen – zoals opgenomen in de Arbeidstijdenwet – zijn van vijfachtste dwingend recht, hetgeen betekent dat bij afspraak met een ondernemingsraad en/of personeelsvertegenwoordiging kan worden afgeweken. Weer andere bepalingen zijn van semi-dwingendrecht, hetgeen betekent dat bij individuele (arbeids)overeenkomst van de wettelijke regel kan worden afgeweken. Afwijkingen in voornoemde zin maken het mogelijk ‘maatwerk’ op setor-niveau en/of ondernemingsniveau te leveren. In het bijzonder onderwijs wordt op grote schaal van deze afwijkingsmogelijkheid gebruik gemaakt. Er bestaan verschillende CAO’s voor het primair onderwijs, voor het voortgezet onderwijs, voor het hoger onderwijs en voor het academisch onderwijs.¹¹³ In welke mate levensbeschouwelijke instellingen gebruik maken van een eigen op de instelling toegesneden CAO is mij niet bekend. Naar mijn weten vallen de meeste instellingen gewoon onder een (algemeen verbindend verklaarde) bedrijfstak-CAO. Voor kerkgenootschappen lijkt de afwijkingsmogelijkheid van de CAO vooralsnog buiten bereik te liggen, omdat collectieve onderhandelingen met vakbonden (nog) niet aan de orde zijn. Weliswaar bestaat er aan de protestantse zijde een Bond voor Predikanten, maar deze bond heeft zich (nog) niet ontwikkeld als mogelijke onderhandelaar bij een CAO voor predikanten en/of wordt niet als zodanig ontvangen door de kerken. Hetzelfde geldt voor de Rooms-Katholieke zijde waar serieuze, maar mislukte, pogingen op dit terrein zijn ondernomen.¹¹⁴ De vraag doet zich in dat verband voor welke status aan de thans geldende collectieve regelingen – zoals vastgelegd in ordonnances, algemene regelingen en/of uitvoeringsbesluiten – moet worden toegekend. Moeten dergelijke regelingen niet gelijk worden gesteld aan een CAO? Ik ben geneigd deze vraag in bevestigende zin te beantwoorden. Deze arbeidsrechtelijke regelingen worden immers vastgesteld in ambtelijke vergaderingen waarin voorgangers als ambtsdrager aanwezig zijn of, zoals in de PKN, door een deskundig (partitair samengestelde) commissie die inmiddels voor een goed uitgewerkte arbeidsvoorwaardenregeling heeft zorggedragen.¹¹⁵ (Voornoemde arbeidsvoorwaardenregeling is opgenomen als bijlage 2.)

Inkleuring van vage begrippen

Los van de ‘eigen regelingen’ (en de interne beroepsmogelijkheden) met betrekking tot bijvoorbeeld schorsing of ontslag zal de rechter ook bij de inkleuring van vage begrippen uit het ‘algemene arbeidsrecht’ (o.a. titel 7.10 BW) rekening houden met de religieuze of levensbeschouwelijke identiteit van de werkgever. Een verandering van geloofsopvatting bij de werknemer tijdens de looptijd van het dienstverband waardoor hij niet langer past bij identiteit van zijn werkgever zal – als de functie van de werknemer in een relatie met de identiteit van de instelling staat – door de rechter in beginsel als een legitieme ontslaggrond in de zin van art. 7:685 BW of art. 7:681 BW worden aangemerkt. Identiteitgebonden instellingen mogen immers een grotere loyaliteit van hun werknemers verwachten dan een ‘seculiere’ werkgever. Werknemers die zich niet langer identificeren met de grondslag van hun werkgever vormen een belemmering voor het goed

112 Vergelijk E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie UvA), Vossiuspers Amsterdam 2002.

113 Sinds 2004 bestaat er voor het primair reformatoerisch onderwijs (‘orthodox christelijke’ scholen) een speciale CAO.

114 Het buitenland laat overigens een vergelijkbaar beeld zien. Vergelijk Michael Kittner en Bertram Zwanziger, *Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis*, Bund-Verlag 2002, par. 147(Kirchen), p. 2035–2043. Zie voorts de eerder genoemde bundel *Churches and labour law in the EC countries*, Milano/Madrid 1993.

115 Zie P. van den Heuvel (red.), *De toelichting op de kerkorde van de Protestantse Kerk in Nederland*, Zoetermeer: Boekencentrum 2004, p. 141 e.v.

functioneren van de instelling.¹¹⁶ Hierbij geldt natuurlijk wel dat de ene instelling de andere niet is. Identificatie met de grondslag van een kerkgenootschap weegt aanzienlijk zwaarder dan identificatie met een levensbeschouwelijke instelling voor dak- en thuislozen. Het bestaan van een redelijke ontslaggrond impliceert echter niet dat de werknemer in kwestie zonder enige schadeloosstelling kan worden ontslagen.

Anders dan Tilburgse hoogleraar Jacobs¹¹⁷, ben ik van oordeel dat men de ontslaggrond en de aanspraak op een billijke afvloeiingsregeling van elkaar moet onderscheiden. Een werknemer die na jaren trouwe dienst van kerk is veranderd en daarom terecht wordt ontslagen, zal – als bijvoorbeeld zijn arbeidsmarktperspectieven slecht zijn – toch aanspraak kunnen maken op enige compensatie. Wel zal deze compensatie lager uitvallen dan een ‘reorganisatieontslag’. De werknemer heeft immers aanleiding gegeven voor het ontslag door het veranderen van zijn identiteit. In termen van de bekende kantonrecht-formule: de oorzaak van het ontslag ligt gedeeltelijk in de risicosfeer van de werknemer.

3.3 Formele aspecten

Religieuze of levensbeschouwelijke instellingen hebben vaak interne procedures die kunnen/moeten worden bewandeld ingeval sprake is van een conflict. Belangrijk voordeel van deze interne regelingen is dat men op deze wijze de invloed van de wereldlijke rechter op interne (religieuze) aangelegenheden kan worden beperkt of zelfs kan worden uitgesloten. De wijze waarop deze interne procedures zijn vormgegeven, verschilt per instelling en per kerkgenootschap. Een belangrijke categorie instellingen – de instellingen voor bijzonder onderwijs – kent evenwel eenzelfde beroepsgang: de zogenoemde kringenrechtspraak. Ook een aantal kerkgenootschappen kent een vergelijkbare beroepsgang.

Bijzonder onderwijs: kringenrechtspraak

Met de gelijkstelling van het bijzonder onderwijs met het openbaar onderwijs heeft de wetgever in 1905 de zogenoemde Commissies van beroep ingesteld.¹¹⁸ De reden voor de instelling van deze commissies was enerzijds gelegen in een verbetering van de rechtspositie van de leerkrachten (zodat hun rechtspositie op een vergelijkbaar niveau zou komen als dat van de leerkrachten in het openbaar onderwijs) en anderzijds vanwege het belang dat geschillen die aan de identiteit van de school zouden raken, aan een met mensen uit ‘eigen kring’ samengestelde commissie konden worden voorgelegd. Op grond van de geldende onderwijswetgeving was aansluiting bij een Commissie van beroep voor een schoolbestuur verplicht gesteld en werd bepaald dat het schoolbestuur zich diende te onderwerpen aan een beslissing van de commissie.

Concreet kan een personeelslid bij de commissie beroep instellen tegen een besluit inhoudende:

1. een disciplinaire maatregel;
2. schorsing;
3. het direct of indirect onthouden van promotie;
4. het verminderen van de omvang van de betrekking;
5. ontslag anders dan op eigen verzoek;
6. de beslissing van het bevoegd gezag ten aanzien van een personeelslid op basis waarvan op termijn vermindering van dienst betrekkingsomvang kan plaatsvinden;

¹¹⁶ Zie hierover B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 290 e.v.

¹¹⁷ A.T.J.M. Jacobs, *De rechtspositie van geestelijken in het Nederlandse sociaal recht*, in: H. Warnink, *Rechtsbescherming in de kerk*, Leuven 1991, p. 91–92.

7. de beëindiging van een verlengd tijdelijk dienstverband;
8. de aanwijzing als personeelslid boven de reguliere formatie voortvloeiend uit een algemeen verbindend voorschrift welke aanwijzing op termijn kan leiden tot ontslag, vermindering van de betrekkingsof van een beëindiging van een verlengd tijdelijk dienstverband;
9. de aanwijzing van een andere school of andere scholen waaraan een personeelslid met een benoeming in algemene dienst werkzaamheden zal verrichten.

De commissie dient een aangevochten beslissing te toetsen en het resultaat van die beslissing aan de partijen voor te leggen. Welke status deze beslissing heeft, is niet door de wetgever uitgewerkt. Onduidelijk bleef daardoor de vraag of de procedure bij de Commissie van beroep als een ‘bindend adviesregeling’ moest worden aangemerkt.¹¹⁹ In een tweetal arresten heeft de Hoge Raad deze vraag beantwoord.¹²⁰ Volgens de Hoge Raad kan de kringenrechtspraak niet (zonder meer) worden gekwalificeerd als een ‘bindend-adviesregeling’. Dit standpunt zou volgen uit de wetsgeschiedenis én het feit dat de aan de werknemer toekomende bescherming in het licht van de huidige rechtsontwikkeling onvoldoende gewaarborgd zou worden.¹²¹ De in arbeidszaken bevoegde burgerlijke rechter, dient daarom ingeval een ontslagen leerkracht in het bijzonder onderwijs zich tot hem wendt nadat de Commissie van beroep hem in het ongelijk heeft gesteld, het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal [...] te beoordelen. Het voorgaande is slechts anders:

‘indien tussen de onderwijsinstelling en de leerkracht is overeengekomen dat de beslissing van de commissie van beroep tussen partijen zal gelden als bindend advies; van het bestaan van zulk een overeenkomst zal dan echter, zoals hiervoor is opgemerkt, ondubbelzinnig moeten blijken’.

Vijf jaar later trekt de Hoge Raad de lijn door naar de situatie dat een werknemer direct – zonder eerst de route via de Commissie van beroep te doorlopen – de zaak aan de burgerlijke rechter voorlegt.¹²² Juist het feit dat het om een arbeidszaak gaat, brengt mee dat hoge eisen moeten worden gesteld aan een ondubbelzinnig verleende instemming met de interne beroepsgang.

Kerkgenootschappen

Ook kerkgenootschappen kennen een eigen vorm van geschillenbeslechting. Ingeval van een conflict – bijvoorbeeld bij schorsing of ontslag – kan de medewerker bezwaar maken of beroep instellen bij een ‘meerdere’¹²³ ambtelijke vergadering, zoals classis (vergadering van ambtsdragers in de kleinste regionale eenheid), particuliere synode (vergadering van ambtsdragers in een grotere regionale eenheid) en generale synode (vergadering van ambtsdragers in de grootste – landelijke – regionale eenheid).¹²⁴ Andere kerkgenootschappen, zoals de PKN (en de voormalige Nederlandse Hervormde Kerk), hebben

118 Zie hierover o.a. W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1991, p. 434 e.v.; B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 10 e.v.

119 Als dat het geval zou zijn, dan zijn beide partijen gebonden aan de beslissing, tenzij gebondenheid aan de beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In dat geval is de beslissing vernietigbaar (art. 7:904 lid 1 BW).

120 HR 31 mei 1996, NJ 1996, NJ 1996, 693 en HR 9 november 2001, NJ 2001, 692.

121 C.W. Noorlander, *Status en toekomst van de kringenrechtspraak*, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2002/2, p. 78.

122 HR 9 november 2001, NJ 2001, 692.

123 Ten onrechte wordt wel gesproken van ‘hogere’ vergaderingen. De vergaderingen zijn echter kerkrechtelijk gezien van gelijk niveau.

de kerkelijke rechtspraak geïnstitutionaliseerd in de vorm van speciale colleges waarin (ook) niet-ambtsdragers participeren (zie bijlage 2) en – ten aanzien van arbeidsrechtelijke conflicten tussen het kerkgenootschap en een kerkelijke medewerker – scheids-gerechten.¹²⁵ Weer anders is de kerkelijke rechtsgang in de Rooms Katholieke Kerk.¹²⁶ De RK Kerk kent namelijk een systeem van kerkelijke rechtbanken.¹²⁷ In de Codex Iuris Canonici is met betrekking tot deze materie een gedetailleerde regeling opgenomen. De inhoud ervan is vergelijkbaar met het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering: bepalingen over de bevoegdheden van de kerkelijke rechtbanken, het hoger beroep, de rechters, termijnen, partijen, advocaten, bewijsvoering, etc.

Door het hanteren van een interne beroepsmogelijkheid kunnen kerkgenootschappen voorkomen dat de civiele rechter zich met kerkelijke aangelegenheden bemoeit. Indien de kerkelijke (niet-arbitrale¹²⁸) rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed, is de civiele rechter namelijk geneigd zich terughoudend op te stellen.¹²⁹ De rechter zal zich niet ontvankelijk verklaren als de klagende partij de interne route links laat liggen of heeft laten liggen. Verklaart de rechter zich wel (al dan niet na afronding van de interne beroepsprocedure) ontvankelijk dan zal een door de kerkelijke instantie genomen beslissing in de meeste gevallen slechts marginaal zal worden getoetst.¹³⁰ Zo oordeelde de Hoge Raad in een arrest van 19 december 2003 dat een door de Generale Commissie van de Hervormde Kerk genomen beslissing partijen bindt op de wijze van art. 7: 904 lid 1 BW (een vaststellingsovereenkomst).¹³¹ Zoals opgemerkt, moet de interne beroepsgang wel de toets der kritiek kunnen doorstaan. Het moet een met waarborgen omgeven route zijn. Voor de invulling van deze waarborgen zou onder andere aansluiting kunnen worden gezocht bij de criteria die zijn ontwikkeld in het kader van art. 6 EVRM en in het kader van de wraking van rechters.¹³² Dit betekent onder meer dat het beginsel van hoor en wederhoor moet worden toegepast en dat de instantie moet bestaan uit onaf-

124 Het betreft hier doorgaans kerkgenootschappen die uitgaan van het presbyteriaal-synodale stelsel.

125 Op grond van art. 25 van de Generale regeling voor de rechtspositie van de kerkelijke medewerkers in de PKN geldt dat de volgende geschillen zullen worden voorgelegd aan een scheidsgerecht: a) alle geschillen tussen de werkgever en de medewerker voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst; b) alle geschillen, welke tussen de werkgever en de medewerker voortvloeien uit de vraag of in de functieomschrijving, die aan de medewerker is uitgereikt, de inhoud van diens functie op de juiste wijze is omschreven. De samenstelling, werkwijze en wijze van procesvoeren van het scheidsgerecht zijn geregeld in een reglement Scheidsgerecht.

126 Het betreft hier een kenmerk van het episcopale stelsel dat sterk hiërarchisch van structuur is.

127 A.H. Santing-Wubs, Kerken in geding, Den Haag: BJu 2002, p. 77 e.v.

128 Is sprake van arbitrage dan is de rol van de civiele rechter reeds door de wetgever beperkt tot vernietiging van het arbitrale vonnis op grond van een beperkt aantal gronden, waaronder het feit dat het vonnis of de totstandkoming ervan in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (art. 1065 Rv).

129 D.A.C. Slump: 'Samenvattend: De rechtspraak hecht betekenis aan de interne rechtsgang, met name bij de inhoudelijke beoordeling van het geschil. Een verplichting om die interne rechtsgang te volgen alvorens naar de rechter te stappen op straffe van niet-ontvankelijkheid of onbevoegdheid kan niet uit de rechtspraak worden afgeleid'. D.A.C. Slump in: Kerk, recht en samenleving, Deventer: Kluwer 1997, p. 77. Door sommigen wordt wel verdedigd dat de kerkelijke rechtsgang als een bindend adviesregeling moet worden aangemerkt. In dat geval zijn partijen gebonden aan het – door een derde of door een partij – gegeven 'advies'. Alleen wanneer gebondenheid aan de beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is de beslissing vernietigbaar (art. 7:904 lid 1 BW).

130 Vergelijk A.H. Santing-Wubs, Kerken in geding, Den Haag: BJu 2002 en F.T. Oldenhuis, Kerkelijke geschillen; de burgerlijke rechter en kerkelijke conflicten, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), Kerk en recht, Utrecht: Lemma 2004, p. 175–187.

131 Het betreft een analogische toepassing ervan. Zie A-G Timmerman in zijn conclusie, r.o. 3.4 en 3.5. De vraag of bij een beslissing ten aanzien van de arbeidsrechtelijke aspecten ondubbelzinnige instemming van de betrokken voorganger noodzakelijk is, is niet eenduidig te beantwoorden. In voornoemd arrest d.d. 19 december 2003 stelde de Hoge Raad deze eis niet. In de eerder aangehaalde jurisprudentie m.b.t. de interne beroepsinstanties op het terrein van het bijzonder onderwijs is deze eis van ondubbelzinnigheid wel gesteld (HR 31 mei 1996, NJ 1996, NJ 1996, 693 en HR 9 november 2001, NJ 2001, 692).

hankelijke en onpartijdige personen.¹³³ De rechter zal toepassing van de kerkelijke regels accepteren, tenzij de kerkelijke procedure niet geschikt is om de vordering te beoordelen, de kerk zelf slordig omgaat met de regels, deze verzuimd toe te passen of toepassing van deze regels in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid.¹³⁴ Slechts in zo'n 'tenzij-geval' zal de rechter ingrijpen.¹³⁵ Aldus oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch¹³⁶ dat de schorsing van ds. A.P. Lucas van de vrije Oud Gereformeerde Gemeente te Wijk en Aalburg onrechtmatig was. De predikant weigerde vanaf de kansel te vermelden dat het echtpaar Van Berkel onder stille censuur was gezet omdat dhr. Van Berkel tegen een lid van de kerkenraad had gezegd dat hij tijdens de dienst had zitten slapen. Nog daargelaten of deze actie kon worden beschouwd als een 'grove zonde' in de zin van de Dordtse Kerkorde (die bij nader inzien door de kerk bleek te worden toegepast), vond het Hof afkondiging met naam en toenaam van de stille censuur in strijd met de kerkorde. Ten aanzien van de echtgenote van Van Van Berkel kwam daar nog eens bij 'dat haar in het geheel niets laakbaars is verweten'. Tot een vergelijkbare beslissing kwam de president van de rechtbank Zwolle. De president besliste in een vonnis van 1 februari 2002 dat de schorsing van een predikant – ds. De Boer – van de Christelijke Gereformeerde Kerken onrechtmatig was.¹³⁷ Bij de totstandkoming van het schorsingsbesluit waren essentiële rechtsbeginselen van een behoorlijke rechtsgang (zoals hoor en wederhoor) veronachtzaamd, zodat het besluit in wezen als willekeur moest worden bestempeld. De schorsing werd daarom opgeheven. Het door de predikant verzochte verbod om tot verdere besluitvorming ten aanzien van zijn rechtspositie te geraken, wees de president echter af. De bevoegde kerkelijke organen zijn (immers) vrij met in achtneming van een behoorlijke procesgang daaromtrent te besluiten. Het primaat van de kerkelijke besluitvorming bleef op deze wijze gehandhaafd.¹³⁸ In voornoemde zaak heeft de kantonrechter Lelystad ook de later gevolgde afzetting (ontslag) van ds. De Boer als kennelijk onre-

-
- 132 Zie voor een overzicht: H. Santing-Wubs, Kerken in geding, De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen (diss. RuG), Den Haag: BJu 2002, p. 152–157. W.A. Zondag, Disciplinaire maatregelen, in: E. Verhulp en W.A. Zondag (red.), Disfunctioneren en wangedrag van werknemers, Deventer: Kluwer 2003; G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1999, p. 37–71; A.F.M. Brenninkmeijer, Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting, Deventer: Kluwer 1997, p. 5 e.v.
- 133 AG Timmerman: op grond van deze criteria komt het niet alleen aan op de persoonlijke instelling van de betrokken personen (subjectieve test), maar (vooral) ook op de vraag of er feiten en omstandigheden zijn die objectief grond geven te vrezen dat het de betrokken personen aan onafhankelijkheid en onpartijdig ontbrak.
- 134 Vergelijk F.T. Oldenhuis: 'Ik merk hierbij nog op dat niet iedere vordering geschikt is om via een interne rechtsgang te worden afgewikkeld. Is de interne rechtsgang toegesneden op de toetsing van besluiten dan blijft de burgerlijke rechter bevoegd om over een vordering tot schadevergoeding te oordelen. F.T. Oldenhuis, Kerkgenootschappen en privaatrecht; kanttekening bij 'de zaak Kruis', in: Brunner-bundel, Deventer: Kluwer 1994, p. 312.
- 135 Vergelijk Rb. Dordrecht 5 maart 1996, NJ 1996, 127 (wereldlijke rechter past grootst mogelijke terughoudendheid); Rb. Groningen 22 november 1995, KGZA 95–236 n.g. (r.o. 4a: 'Slechts bij willekeur, kwade trouw of aparte schending van grondrechten of van wezenlijke interne regels van totstandkoming van besluiten is hier voor de rechter een taak weggelegd'); Hof Arnhem 14 september 1993, rolnr. 92/142 KG n.g. (r.o. 2: 'alleen toetsing door de rechter 'of bij dergelijke besluiten van kerkgenootschappen geen sprake is van willekeur of kwade trouw dan wel of de regels ten aanzien van de wijze van totstandkoming van besluiten niet zijn geschonden'); Rb. Dordrecht 10 oktober 1991, NJ 1991, 360 (bizarre uitleg van Hebreëen 7:7 waaraan ondernemingsrechtelijke gevolgen waren verbonden); Hof Leeuwarden 20 juni 1956, NJ 1956, 589 (toepassing van kerkorde bij tuchtuitoefening geen strijd met goede trouw); Hof Arnhem 27 november 1957, NJ 1957, 256 (schorsing van predikant wordt geëerbiedigd tenzij sprake is van een apert onredelijk besluit; overtreding van kerkelijke procedurevoorschriften is geen bewijs dat de schorsing niet aan de eisen van de goede trouw voldoet); Rb. Assen 23 november 1954, NJ 1955, 149 (toepassing van kerkelijke bepaling inzake losmaking van predikant in strijd met redelijkheid en billijkheid; détournement de pouvoir); Pres. Rb. Groningen 12 oktober 1944, NJ 1944/45, 744 (schorsing van predikant toetsen aan kerkelijke reglementen); Rb. Maastricht 30 mei 1930, NJ 1930, 1499 (uitstoting van monnik getoetst aan kerkelijke bepalingen).
- 136 Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 1955, NJ 1955, 600.
- 137 Rb. Zwolle 1 februari 2002, KG 70866/KG ZA 01–466.
- 138 Ik laat hier buiten beschouwing de mogelijkheid dat de strafrechter intervenieert door het opleggen van een verbod tot uitoefening van kerkelijke functies door een ambtsdrager. Zie hierover T. van Kooten en J.W. Sap, Het optreden tegen seksueel misbruik door kerkelijke ambtsdragers, AA 2002/11, p. 813–818; E.C.M. Jurgens, Godsdienstvrijheid bedreigd? Over het rechterlijk verbod om te preken, AA 1999/4, p. 252–253.

delijk bestempeld, met name vanwege de schending van schending van beginselen van een behoorlijk proces:

‘Bij willekeur, kwade trouw of schending van een universeel (ook binnen het kerkrecht) geldend rechtsbeginsel is hier een taak voor de wereldlijke rechter weggelegd. Van een dergelijke taak is ondermeer sprake wanneer beginselen van een behoorlijk proces duidelijk zijn geschonden.’

In casu bestond voornoemde schending van de beginselen van een behoorlijk proces uit het feit dat ds. De Boer geen inzage was gegeven in de stukken die in de interne procedure een rol speelden, hij niet in de gelegenheid was geweest om bij getuigenverhoren aanwezig te zijn, hij niet in de gelegenheid was gesteld om voor hem relevante getuigen te doen horen. Schending van deze beginselen klemt, aldus de kantonrechter, te meer nu het in de zaak van ds. De Boer ging om ernstige aantijgingen betreffende onder meer zijn financiële integriteit. Bovendien werd het kerkgenootschap zwaar aangerekend dat zij het – hierboven aangehaalde – vonnis van de president van de rechtbank Zwolle niet had nageleefd:

‘In zoverre hebben de CGK Zeewolde en de classis blijk gegeven van onvoldoende inzicht in en gevoel voor de taak en rol van de wereldlijke rechter, aan wie ook zij zich uiteindelijk hebben te onderwerpen’.¹³⁹

Gelet op voornoemde (terughoudende) toetsing door de burgerlijke rechter en het belang dat kerk- en geloofsgenootschappen hebben bij de autonomie van het ‘eigen recht’ wordt er door kerkrechtdeskundigen op gehamerd om deugdelijke procedureregels op te stellen. Slump (vice-president Rechtbank Utrecht) heeft tijdens een in Groningen georganiseerd congres over kerkrecht een klemmend beroep gedaan op kerken om vooral kritisch naar de eigen regels en gebruiken te kijken:

‘Het lijkt me voor ieder kerkgenootschap of andere geloofsgemeenschap raadzaam vanuit deze invalshoek naar de eigen regels en gebruiken te kijken en – zo nodig – intern orde op zaken te stellen. Hoe beter de eigen zaken zijn geregeld, hoe minder ruimte nodig is voor het eigen, niet altijd te voorspellen, oordeel van de burgerlijke rechter. Anders geformuleerd: De kerken moeten het de rechter ook mogelijk maken te aanvaarden dat zij haar eigen boontjes doppen. De kwaliteit van het dopproces moet dus gewaarborgd zijn’ (p. 85).

Veel (kleine) kerkgenootschappen hebben in dit verband nog huiswerk te doen...

3.4 Conclusie

Ten aanzien van de beantwoording van de vraag of sprake is van een regeling ‘sui generis’ inzake de rechtspositie van werknemers die voor een religieuze instelling arbeid verricht, geldt het volgende. Het arbeidsrecht is in beginsel van toepassing op de relatie tussen een werknemer en een religieuze instelling.

In verschillende wettelijke bepalingen wordt evenwel een uitzondering gecreëerd voor arbeid van (overwegend) geestelijke aard. Het gaat om een drietal wettelijke regelingen. Allereerst zij gewezen op de regels met betrekking tot gelijke behandeling. In de AWGB wordt een uitzondering gemaakt ten aanzien van een kerkgenootschap of een

139 Ktr. Lelystad 2 februari 2005, JAR 2005/58.

(andere) identiteitgebonden instelling (instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, een instelling op politieke grondslag en een instelling van bijzonder onderwijs). De uitzondering voor kerkgenootschappen is neergelegd in art. 3 waarin is bepaald dat de wet niet van toepassing is op: 'rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag' noch op 'het geestelijk ambt'. De uitzondering voor andere identiteitgebonden instellingen is te vinden in art. 5 lid 2 sub a. Hierin is bepaald dat de verboden van art. 5 lid 1 onverlet laten: 'de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat'.

De tweede te noemen uitzondering is opgenomen in het BBA 1945. Op het personenbereik van dit besluit (waarin het ontslagverbod is opgenomen) is een aantal uitzonderingen gemaakt. Het BBA is niet van toepassing op (a) onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen, staande onder beheer van een natuurlijk persoon of rechtspersoon en (b) personen die een geestelijk ambt bekleeden. Beide uitzonderingen moeten volgens jurisprudentie – vanwege de relatie met de grondrechten – ruim worden uitgelegd.

De derde uitzondering – die verband houdt met het verzekerd zijn van werkzame personen op grond van de ZW/WAO/WW (de zogenoemde werknemersverzekeringen) is opgenomen in het 'Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd' ('Rareiten-KB'). Op grond van art. 8 sub e van dit besluit wordt niet als een dienstbetrekking beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon 'die arbeid van overwegend geestelijke aard verricht'.

Overigens zal ook de rechter – los van het bestaan van de hiervoor genoemde uitzonderingen en interne regels van de werkgever – bij de inkleuring van vage begrippen uit het 'algemene arbeidsrecht' (o.a. titel 7.10 BW) rekening houden met de religieuze of levensbeschouwelijke identiteit van de werkgever. Een verandering van geloofsopvatting bij de werknemer tijdens de looptijd van het dienstverband waardoor hij niet langer past bij identiteit van zijn werkgever zal – als de functie van de werknemer in een relatie met de identiteit van de instelling staat – door de rechter in beginsel als een legitieme ontslaggrond in de zin van art. 7:685 BW of art. 7:681 BW worden aangemerkt. Identiteitgebonden instellingen mogen immers een grotere loyaliteit van hun werknemers verwachten dan een 'seculiere' werkgever. Werknemers die zich niet langer identificeren met de grondslag van hun werkgever vormen een belemmering voor het goed functioneren van de instelling.

Naast de wettelijke uitzonderingen is sprake van zelfregulering door religieuze instellingen. Deze zelfregulering heeft betrekking op zowel materiële zaken (met betrekking tot de inhoud van de arbeidsverhouding, zoals de arbeidsvoorwaarden) als op procedurele zaken.

Wat de materiële aangelegenheden betreft, geldt dat in grote kerkgenootschappen, zoals de PKN en de Rooms-Katholieke Kerk, de arbeidsvoorwaarden van kerkelijke medewerkers en voorgangers in collectieve regelingen zijn vastgelegd (ordonnanties en generale regelingen). In de PKN betreft het de generale regeling voor predikantstraktementen (en de generale regeling voor predikantspensioen) alsmede de generale regeling voor de rechtspositie van kerkelijke medewerkers. De inhoud van deze regelingen komt overeen met de inhoud van een ('gemiddelde') CAO. In de generale regeling voor predikantstraktementen zijn onder andere geregeld: bestanddelen van het traktement, periodieke verhogingen, vakantietoeslag, eindejaarsuitkering, inhoudingen, ambtswoning, kosten ziekteverzekering, vergoeding van kosten ambtsuitoefening, kosten studieverlof, ver-

huiskosten, gratificaties, vakantie en vrije zondagen, zwangerschapsverlof, verlof bij verhuizing, studieverlof, uitkeringen ten laste van de centrale kas, nevenwerkzaamheden, overlijdensuitkering en wachtgeldregelingen (bij ziekte en ontzetting uit het ambt). In de generële regeling voor de rechtspositie van de (andere) kerkelijke medewerkers zijn voornoemde zaken eveneens terug te vinden met daar bovenop specifiek voor werknemers geldende arbeidsvoorwaarden met betrekking tot overwerk en werken op andere tijden, bijzondere verlofvormen, etc. Naast arbeidsvoorwaarden worden doorgaans ook onderwerpen als schorsing en de beëindiging van de arbeidsverhouding (ook wel ‘afzettingsgronden’) in de kerkorde (de kerkelijke ‘grondwet’) en/of generële regelingen uitgewerkt. De gronden voor schorsing en ontslag enerzijds en de financiële voorzieningen anderzijds worden daarbij veelal in verschillende regelingen uitgewerkt. Grote kerkgenootschappen hebben daartoe – in tegenstelling tot veel kleine kerkgenootschappen – gedetailleerde en in sociaalrechtelijk opzicht toereikende regelingen opgesteld. Religieuze of levensbeschouwelijke instellingen hanteren doorgaans interne procedures die kunnen/moeten worden bewandeld ingeval sprake is van een conflict. Belangrijk voordeel van deze interne regelingen is dat men op deze wijze de invloed van de wereldlijke rechter op interne (religieuze) aangelegenheden kan worden beperkt of zelfs kan worden uitgesloten. De wijze waarop deze interne procedures zijn vormgegeven, verschilt per instelling en per kerkgenootschap. Een belangrijke categorie instellingen – de instellingen voor bijzonder onderwijs – kent evenwel eenzelfde beroepsgang: de zogenoemde kringenrechtspraak. Ook kerkgenootschappen kennen een eigen vorm van geschillenbeslechting. Ingeval van een conflict – bijvoorbeeld bij schorsing of ontslag – kan de medewerker bezwaar maken of beroep instellen bij een ‘meerdere’ ambtelijke vergadering, zoals classis (vergadering van ambtsdragers in de kleinste regionale eenheid), particuliere synode (vergadering van ambtsdragers in een grotere regionale eenheid) en generale synode (vergadering van ambtsdragers in de grootste – landelijke – regionale eenheid). Andere kerkgenootschappen, zoals de PKN (en de voormalige Nederlandse Hervormde Kerk), hebben de kerkelijke rechtspraak geïnstitutionaliseerd in de vorm van speciale colleges waarin (ook) niet-ambtsdragers participeren (zie bijlage 2) en – ten aanzien van arbeidsrechtelijke conflicten tussen het kerkgenootschap en een kerkelijke medewerker – scheidsgerechten. Weer anders is de kerkelijke rechtsgang in de Rooms Katholieke Kerk. De RK Kerk kent namelijk een systeem van kerkelijke rechtbanken. In de Codex Iuris Canonici is met betrekking tot deze materie een gedetailleerde regeling opgenomen. De inhoud ervan is vergelijkbaar met het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering: bepalingen over de bevoegdheden van de kerkelijke rechtbanken, het hoger beroep, de rechters, termijnen, partijen, advocaten, bewijsvoering, etc. Door het hanteren van een interne beroepsmogelijkheid kunnen kerkgenootschappen voorkomen dat de civiele rechter zich met kerkelijke aangelegenheden bemoeit. Indien de kerkelijke (niet-arbitrale) rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed, is de civiele rechter namelijk geneigd zich terughoudend op te stellen. De rechter zal zich niet ontvankelijk verklaren als de klagende partij de interne route links laat liggen of heeft laten liggen. Verklaart de rechter zich wel (al dan niet na afronding van de interne beroepsprocedure) ontvankelijk dan zal een door de kerkelijke instantie genomen beslissing in de meeste gevallen slechts marginaal worden getoetst.

HOOFDSTUK 4

Naar een regeling sui generis?

4.1 Inleiding

De derde onderzoeksvraag luidt of er uit (arbeids)rechtelijk oogpunt argumenten zijn voor het creëren van een regeling sui generis voor arbeidsrechtelijke verbintenissen van a) geestelijk bedienaren, b) godsdienstleraren en c) medewerkers aan een instelling of groepering van levensbeschouwelijke aard met de instelling of groepering waaraan zij zijn verbonden.

Zoals in hoofdstuk 3 is besproken, heeft de wetgever van 1906 voornoemde vraag ontkennend beantwoord. Ten aanzien van de hierboven genoemde personen vond de wetgever het niet wenselijk afzonderlijke regelingen in het leven te roepen. In de loop der tijd heeft de wetgever wel een aantal uitzonderingen op wettelijke regelingen aangebracht. Ook hebben de religieuze en levensbeschouwelijke instellingen veel 'eigen regelingen' tot stand gebracht. Doel van deze interne regelingen is het vormgeven en borgen van de eigen identiteit.

In een mondelinge toelichting op de vraag is naar voren gebracht dat het bij de bovenstaande onderzoeksvraag niet gaat om het verkennen van de mogelijkheden voor een geheel eigen regeling, los van het arbeidsrecht, zoals in 1906 in de Eerste Kamer was voorgesteld. Het betreft daarentegen een toespitsing op de 'vreemdelingenproblematiek'. Vanuit dat perspectief zal ik de gestelde onderzoeksvraag dan ook beantwoorden.

Alvorens tot een antwoord op de gestelde vraag te komen, wordt eerst kort het huidige recht ten aanzien van de vreemdeling met religieuze doeleinden geschetst. Onderscheid kan worden gemaakt tussen de Vreemdelingenwet 2000 en de Wet arbeid vreemdelingen.

Samengevat geldt ten aanzien van de Vreemdelingenwet het volgende.¹⁴⁰ Een vreemdeling kan een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd worden verleend onder een zogenoemde beperking die verband houdt met het doel waarvoor het verblijf is toegestaan (art. 14). Het gaat daarbij om 25 beperkingen die zijn opgenomen in het Vreemdelingenbesluit 2000. Ten aanzien van de vreemdeling die naar Nederland komt in verband met religieuze doeleinden zijn er drie beperkingen mogelijk:

- a. beperking voor het verrichten van arbeid als geestelijk voorganger of godsdienstleraar;
- b. beperking voor het volgen van een studie;
- c. beperking op grond van art. 3.4 lid 3 Vreemdelingenbesluit 2000 (verblijfsvergunning cf beschikking Minister).

Ad a

Ten aanzien van de onder a genoemde personen – geestelijke voorganger en godsdienstleraar – geldt dat de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd – ten hoogste een jaar met mogelijke verlenging van telkens maximaal een jaar¹⁴¹ – kan worden verleend indien de religieuze instelling voor deze personen een tewerkstellingsvergunning op grond van de

¹⁴⁰ Zie uitvoerig Ineke Hendrickx en Tessel de Lange, *Religie, levensbeschouwing en vreemdelingen in Nederland*, Een onderzoek naar de toelating van vreemdelingen voor religieuze doeleinden, WODC, Ministerie van Justitie 2004, p. 27 e.v.

¹⁴¹ Het verblijfsrecht kan dus niet worden omgezet in een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd zonder (enige) beperking. Dit in tegenstelling tot andere arbeidsmigranten.

Wet arbeid vreemdelingen heeft verkregen. De vreemdeling moet voorts een schriftelijke verklaring ondertekenen met als inhoud dat:

- a. het verblijf alleen wordt toegestaan voor het verrichten van werkzaamheden als geestelijk voorganger of godsdienstleraar ten behoeve van de met name genoemde groepering;
- b. het verblijf slechts kan worden toegestaan voor de duur van de werkzaamheden;
- c. hij na beëindiging van de werkzaamheden Nederland moet verlaten;
- d. het hem niet is toegestaan gedurende zijn verblijf in Nederland werkzaamheden van andere aard te verrichten (zie art. 3.33 Vreemdelingenbesluit 2000).

Ad b

Ten aanzien van de onder b genoemde personen – verblijfsvergunning in verband met studie – geldt dat buitenlandse studenten in aanmerking komen voor een – altijd tijdelijk te verlenen – verblijfsvergunning als zij gaan studeren aan een bij ministeriële regeling aangewezen onderwijsinstelling. De student moet een verklaring ondertekenen met als inhoud dat hij na voltooiing of tussentijdse beëindiging van de studie Nederland zal verlaten. Voorts moet hij kunnen bewijzen over voldoende financiële middelen te beschikken om tijdens de studie in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien.

Ad c

De verblijfsvergunning met de beperking ‘cf beschikking Minister’ wordt onder andere verleend aan kloosterlingen, zendelingen en vrijwilligers bij religieuze organisaties. In de praktijk is niet duidelijk wanneer een verblijfsvergunning met deze beperking kan worden verkregen.¹⁴²

Is sprake van een arbeidsverhouding tussen een werkgever en een vreemdeling dan is behalve een verblijfsvergunning ook een tewerkstellingsvergunning op grond van de Wet arbeid vreemdelingen nodig. Daarbij geldt dat een tewerkstellingsvergunning niet alleen is vereist ingeval sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het bereik van de Wet arbeid vreemdelingen is namelijk ruimer: het gaat erom of werkzaamheden binnen een arbeidsverhouding worden verricht. Ook vrijwilligerswerk en werkzaamheden verricht door een geestelijke voorganger, wanneer deze niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, worden hieronder begrepen.

De voorwaarden die aan het verstrekken van een tewerkstellingsvergunning zijn verbonden, hebben betrekking op het ontbreken van ‘prioriteitgenietend aanbod’ (op de Nederlandse arbeidsmarkt of elders in de Europese Economische Ruimte is er niemand beschikbaar om de vacature te vervullen) en het door de werkgever betalen van tenminste het wettelijke minimumloon (resp. art. 9 en art. 8 lid 1 sub d Wav). Een tewerkstellingsvergunning kan – indien aan de voorwaarden is voldaan – voor maximaal drie jaar worden verleend. Heeft een vreemdeling vervolgens gedurende een ononderbroken periode van drie jaar een verblijfsvergunning voor het verrichten van arbeid verkregen, dan krijgt hij de aantekening dat aan zijn verblijfsvergunning geen arbeidsmarktbeperkingen meer zijn verbonden.

De wet kent geen uitzondering voor vreemdelingen met religieuze doeleinden. De CWI heeft wel een interne – niet tot de gepubliceerde uitvoeringsregels behorende – instructie opgesteld. Deze instructie komt erop neer dat er bij religieuze werkzaamheden doorgaans vrijwel geen prioriteitgenietend aanbod aanwezig is. Wel wordt strikt getoetst

¹⁴² Zie Ineke Hendrickx en Tessel de Lange, a.w., p. 66. Zij merken hierover op: ‘De beperking “conform beschikking Minister” is duidelijk een noodgreep bij gebrek aan een alternatief.’ Vóór de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 kon namelijk een beperking ‘religieuze groeperingen’ worden verleend.

aan ‘de minimumloonvoorwaarde’, tenzij de vreemdeling uitsluitend werkzaamheden verricht binnen de kloostergemeenschap, volledig wordt onderhouden door de kloostergemeenschap en de gelofte van armoede heeft afgelegd.¹⁴³ In dat verband rijst de vraag of er in de praktijk knelpunten bestaan ten aanzien van de toepassing van de regelgeving op vreemdelingen met religieuze doeleinden. De onderzoekers Hendrickx en De Lange komen in het rapport ‘Religie, levensbeschouwing en vreemdelingen in Nederland’ tot de conclusie dat voornoemde wetgeving voor religieuze instellingen inderdaad tot problemen leidt. De ‘geleefde werkelijkheid van de religieuze organisaties wringt met de huidige regelgeving’.¹⁴⁴

De door de onderzoekers gedane aanbeveling te komen tot een regeling sui generis kan worden ondersteund met arbeidsrechtelijke argumenten. Deze argumenten ontleen ik aan de conclusies die uit de voorgaande hoofdstukken kunnen worden getrokken.

Het gaat om de volgende elementen:

1. Kwalificatieproblemen;
2. Werknemersbescherming;
3. Vergelijkbare uitzonderingen in het arbeidsrecht.

Ad 1. Kwalificatie van de arbeidsverhouding

Het is – zo is in hoofdstuk 2 geconcludeerd – niet mogelijk om in algemene termen aan te geven of een bepaalde religieuze functie (waaronder de voorgangersfunctie) wordt uitgeoefend op basis van een arbeidsovereenkomst.¹⁴⁵ Een criterium als ‘werkzaam in loondienst’ of ‘werkzaamheden in dienstbetrekking’ is daardoor praktisch niet goed bruikbaar. Het religieuze aspect behoeft – in tegenstelling tot de beleving van religieuzen zelf – een voor de arbeidsovereenkomst noodzakelijke ‘gezagsverhouding’ en/of ‘loonbetaling’ op zichzelf niet in de weg te staan. Van groot belang is echter de wijze waarop partijen de overeenkomst hebben vormgegeven en daaraan uitvoering hebben gegeven. Als daaruit blijkt dat zij geen arbeidsovereenkomst wilden aangaan, zal dit gegeven van (grote) betekenis zijn voor het feitelijk wel of niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. De betekenis van de partijbedoeling neemt toe naarmate de vreemdeling een hogere maatschappelijke positie inneemt. Grote religieuze instellingen – zoals de PKN¹⁴⁶ en de Rooms-Katholieke Kerk¹⁴⁷ – hebben vaak een transparant beleid ten aanzien van het wel of niet aangaan van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Het verdient daarom aanbeveling om een betrekkelijk breed criterium te hanteren (‘verblijf bij een religieuze of levensbeschouwelijke instelling’) en ten aanzien van bepaalde functies specifieke afspraken met de religieuze organisaties te maken in plaats van het ‘opdringen’ van een arbeidsovereenkomst waar dat door de religieuze organisaties niet wenselijk wordt geacht. Daar komt bij dat als de arbeidsovereenkomst louter voor de vorm wordt aangegaan, er volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad geen sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW.

143 Zie Ineke Hendrickx en Tessel de Lange, a.w., p. 34–35.

144 Ineke Hendrickx en Tessel de Lange, a.w., p. 89.

145 In de praktijk wordt deze eis wel gesteld ten aanzien van het verkrijgen van een verblijfsvergunning voor een geestelijke voorganger. Zie Hendrickx en De Lange, a.w., p. 72–76.

146 Geen arbeidsovereenkomst beoogd: de ‘gewone’ predikant. Wel een arbeidsovereenkomst beoogd: predikanten met een bijzondere taak (ziekenhuispredikant), missionarissen, de kerkelijk werkers waaronder de kosters, organisten, pastoraal medewerkers.

147 Geen arbeidsovereenkomst beoogd: de gewijde ambtsdragers (clerici). Wel een arbeidsovereenkomst beoogd: ondersteunend personeel, zoals kosters en catecheten.

Ad 2. Werknemersbescherming

Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst impliceert niet dat de vreemdeling geheel verstoken is van arbeidsrechtelijke bescherming. Er geldt in de eerste plaats een bepaalde basisbescherming die wordt gegeven door het algemene contractenrecht (boek 6 BW) of – bij een overeenkomst van opdracht – die van art. 7:400 e.v. BW. De huidige sociale wetgeving kent bovendien op beperkte schaal óók bescherming toe aan niet-werknemers. Zo is de Arbeidsomstandighedenwet niet alleen van toepassing op werknemers, maar op alle personen die onder gezag van een ‘werkgever’ arbeid verrichten (art. 1 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet), geldt de informatieverplichting van art. 7:655 BW evenzeer ten aanzien van overeenkomsten met betrekking tot het verrichten van arbeid voorzover deze niet zijn aangegaan in het kader van een beroep of bedrijf (art. 7:655 lid 6 BW) en kunnen niet-werknemers een beroep doen op de bescherming van de regels inzake gelijke behandeling, namelijk die van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (art. 1b) en van de Algemene wet gelijke behandeling (art. 5 lid 1 sub b). Ook de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag is op een aantal niet-werknemers van toepassing. Naast personen die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst zijn (art. 2 WMM) namelijk ook andere categorieën bij AMvB onder de reikwijdte van de wet gebracht. Bij AMvB kan worden geregeld ‘ingevolge welke de arbeidsverhouding van degene, die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht, die niet een voor hem bijkomstige werkzaamheid is, en wiens arbeidsverhouding niet reeds ingevolge de voorgaande bepalingen als een dienstbetrekking wordt beschouwd, doch hiermede maatschappelijk gelijk kan worden gesteld, eveneens onder dienstbetrekking wordt verstaan’. Op grond van deze bevoegdheidsbepaling is in 1996 een AMvB in werking getreden op grond waarvan de werkingssfeer van het begrip dienstbetrekking is uitgebreid tot degene die krachtens een overeenkomst tegen beloning arbeid verricht voor ten hoogste twee anderen, tenzij deze overeenkomst is aangegaan in beroep en bedrijf en die arbeid persoonlijk dan wel uitsluitend met behulp van echtgenoot of inwonende bloedverwanten, aanverwanten of pleegkinderen verricht. De duur van de arbeidsverhouding dient minimaal drie maanden te bedragen; het aantal uren dient ten minste vijf per week te zijn. Los van genoemde wettelijke ‘uitbreidingen’ van de werknemersbescherming naar groepen niet-werknemers kennen professionele religieuze organisaties vaak eigen regelingen op het terrein van aanstelling, arbeidsvoorwaarden, bevordering, schorsing, ontslag en ‘aanvullende sociale zekerheid’ en kan bij conflicten een laagdrempelige interne beroepsprocedure worden doorlopen (zie hoofdstuk 3).

Ad 3. Vergelijkbare uitzonderingen in het arbeidsrecht

Het buiten toepassing stellen van bepaalde onderdelen uit het arbeidsrecht past – zo blijkt uit hoofdstuk 3 – binnen de geldende regelgeving. Er bestaan reeds uitzonderingen voor personen die ‘(overwegend) geestelijke arbeid’ verrichten, religieuze instellingen en instellingen van bijzonder onderwijs in:

- de Algemene wet gelijke behandeling (art. 3 en art. 5);
- het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (art. 2);
- het Rariteiten-KB op grond van art. 5 van de ‘werknemersverzekeringen’ (ZW, WAO en WW).

Kenmerkend voor deze uitzonderingen is dat een heldere definitie ontbreekt. Er bestaat bijvoorbeeld geen goede omschrijving van hetgeen moet worden verstaan onder ‘een rechtsverhouding binnen kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen’ of het ‘geestelijk ambt’ (art. 5 AWGB). Dezelfde onduidelijkheid bestaat ten aanzien van het geestelijk ambt in de zin van art. 2 lid 1 sub c BBA.

4.2 Inhoud regeling sui generis

Een regeling sui generis ten aanzien van vreemdelingen met religieuze doeleinden zal ten aanzien van verschillende aspecten kunnen afwijken van de reguliere voorwaarden die aan tewerkstelling van vreemdelingen worden gesteld. Het gaat daarbij om een pakket voorwaarden dat past bij de bijzondere status van deze vreemdelingen en de (religieuze) aard van de door hen te verrichten werkzaamheden. Te denken valt aan het achterwege laten van de arbeidsmarkttoets, het beperken van de verblijfsduur en het verplicht laten volgen van inburgeringcursussen.

4.3 Conclusie

In dit hoofdstuk is een antwoord gegeven op de vraag of er uit (arbeids)rechtelijk oogpunt argumenten zijn voor het creëren van een regeling sui generis ten aanzien van vreemdelingen voor arbeidsrechtelijke verbintenissen van a) geestelijk bedienaren, b) godsdienstleraren en c) medewerkers aan een instelling of groepering van levensbeschouwelijke aard met de instelling of groepering waaraan zij zijn verbonden. Vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief is er grond voor een regeling 'sui generis'.

In de eerste plaats speelt het zogenoemde kwalificatieprobleem. Het is niet mogelijk om in algemene termen aan te geven of een bepaalde religieuze functie (waaronder de voorgangersfunctie) wordt uitgeoefend op basis van een arbeidsovereenkomst. Een criterium als 'werkzaam in loondienst' of 'werkzaamheden in dienstbetrekking' is daardoor praktisch niet goed bruikbaar. Het verdient daarom aanbeveling om een betrekkelijk breed criterium te hanteren ('verblijf bij een religieuze of levensbeschouwelijke instelling') en ten aanzien van bepaalde functies specifieke afspraken met de religieuze organisaties te maken in plaats van het 'opdringen' van een arbeidsovereenkomst waar dat door de religieuze organisaties niet wenselijk wordt geacht.

In de tweede plaats zij gewezen op de aanvullende 'werknemers'bescherming buiten de arbeidsovereenkomst. Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst impliceert niet dat de vreemdeling geheel verstoken is van arbeidsrechtelijke bescherming. Er geldt in de eerste plaats een bepaalde basisbescherming die wordt gegeven door het algemene contractenrecht of door de regels van de overeenkomst van opdracht. De huidige sociale wetgeving kent bovendien op beperkte schaal óók bescherming toe aan niet-werknemers. Bovendien hanteren professionele religieuze organisaties vaak eigen regelingen op het terrein van aanstelling, arbeidsvoorwaarden, bevordering, schorsing, ontslag en 'aanvullende sociale zekerheid' en kan bij conflicten een laagdrempelige interne beroepsprocedure worden doorlopen.

In de derde plaats geldt dat het buiten toepassing stellen van bepaalde onderdelen uit het arbeidsrecht past binnen de geldende regelgeving. Er bestaan reeds uitzonderingen voor personen die '(overwegend) geestelijke arbeid' verrichten, religieuze instellingen en instellingen van bijzonder onderwijs in de AWGB, het BBA 1945 en het Rariteiten-KB op grond van art. 5 van de 'werknemersverzekeringen' (ZW, WAO en WW).

Een regeling sui generis ten aanzien van vreemdelingen met religieuze doeleinden zal ten aanzien van verschillende aspecten kunnen afwijken van de reguliere voorwaarden die aan tewerkstelling van vreemdelingen worden gesteld. Het gaat daarbij om een pakket voorwaarden dat past bij de bijzondere status van deze vreemdelingen en de (religieuze) aard van de door hen te verrichten werkzaamheden. Te denken valt aan het achterwege laten van de arbeidsmarkttoets, het beperken van de verblijfsduur en het verplicht laten volgen van inburgeringcursussen.

HOOFDSTUK 5

Internationale arbeidsrechtelijke aspecten

5.1 Financiering door een buitenlandse organisatie

Financiering door een buitenlandse organisatie staat op zichzelf een rechtsgeldige arbeidsovereenkomst tussen een in Nederland gevestigde religieuze instelling en een vreemdeling niet in de weg. Op dit uitgangspunt gelden echter twee uitzonderingen:

1. de buitenlandse instelling betaalt rechtstreeks – zonder tussenkomst van de Nederlandse instelling – aan de vreemdeling;
2. de buitenlandse instelling financiert de Nederlandse instelling met het oog op het realiseren van doelstellingen die in strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden zijn.

Ad 1 Rechtstreekse betaling aan de vreemdeling

Betaalt de buitenlandse organisatie rechtstreeks aan de vreemdeling dan is er formeel geen arbeidsovereenkomst tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling. Loon – als bedoeld in art. 7:610 BW – is immers de door de werkgever verschuldigde tegenprestatie voor de verrichte arbeid. Als de betaling verschuldigd is door een ander – de buitenlandse instelling – is formeel-juridisch geen sprake van ‘loon’ in de zin van art. 7:610 BW. Mogelijk heeft de vreemdeling in dat geval wel een arbeidsovereenkomst met de buitenlandse instelling die de vreemdeling detacheert bij de Nederlandse instelling. Het werkgeversgezag wordt in deze situatie – net als bij een gewone uitzendrelatie – gedelegeerd aan de inlener, die feitelijk het gezag over de vreemdeling uitoefent. De vraag rijst of een vreemdeling die op deze wijze langdurig wordt gedetacheerd mogelijk na verloop van tijd toch een arbeidsovereenkomst met de Nederlandse instelling krijgt. Deze vraag heeft de Hoge Raad ontkennend beantwoord. De Hoge Raad heeft in het arrest – ABN Amro/Malhi ¹⁴⁸ – duidelijk gemaakt dat een langdurige detachering waarbij het formele werkgeverschap in feite alleen nog maar op papier bestaat niet zonder bijkomende omstandigheden leidt tot de aanvaarding van een arbeidsovereenkomst met de materiële werkgever ofwel de inlener. Malhi was op 31 januari 1990 in dienst getreden van De Gast Schoonmaakbedrijven. Vervolgens had De Gast hem met ingang van dezelfde datum tewerkgesteld bij ABN AMRO (de bank) als schoonmaker. Vanaf die tijd werd Malhi, hoewel betaald door De Gast, min of meer behandeld als een werknemer van de bank. Malhi wist na verloop van tijd niet anders of hij was een medewerker van de bank. In 1994 werd Malhi meegedeeld dat door een interne reorganisatie bij de bank zijn werkzaamheden zouden worden gestaakt en hij dus weer terug moest naar zijn werkgever, De Gast. Malhi wilde dat niet en stelde dat tussen hem en de bank een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan en verzocht de bank hem in zijn laatste functie te handhaven totdat de kantonrechter zou hebben geoordeeld over de vraag of (inderdaad) een arbeidsovereenkomst was tot stand gekomen. Na door de kantonrechter en de rechtbank in het gelijk gesteld te zijn, ving Malhi bot bij de Hoge Raad. Beide instanties kwamen op basis van het hierboven besproken Groen/Schoevers-criterium tot de conclusie dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad kon zich niet met dit oordeel verenigen. Ten onrechte had de rechtbank het criterium gehanteerd dat betrekking heeft op de beantwoording van de

¹⁴⁸ HR 5 april 2002, JAR 2002/100. Zie hierover C.J.H. Jansen, Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede, ArA 2002/2, p. 38 e.v.

vraag hoe een overeenkomst – uitgaande van het feit dat vaststaat dat een overeenkomst is ontstaan – moet worden gekwalificeerd (ontleend aan het arrest Groen/Schroevens). Beslissend in het onderhavige geval was volgens de Hoge Raad of de bank en Malhi zich jegens elkaar hadden verbonden. Het stond immers niet vast of er al een overeenkomst was ontstaan tussen de bank en Malhi. Uitgangspunt was dat Malhi met zijn werkzaamheden bij de bank was begonnen krachtens zijn arbeidsovereenkomst met De Gast en de inleenovereenkomst tussen De Gast en de bank. De rechtszekerheid zou zich volgens de Hoge Raad verzetten tegen een geruisloze vervanging van de tussen Malhi en de bank bestaande verhouding van ingeleende werknemer tot inlener in een arbeidsovereenkomst, waarvan voor geen van partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken. Het antwoord op de vraag of partijen zich jegens elkaar verbonden hebben, is naar het oordeel van de Hoge Raad afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden.

Bij een detachering naar Nederland geldt overigens dat de werknemer/vreemdeling een beroep kan doen op belangrijke onderdelen van het Nederlandse arbeidsrecht, óók wanneer partijen een rechtskeuze zouden hebben gedaan voor buitenlands arbeidsrecht. Op grond van de Europese Detacheringsrichtlijn (96/71/EG Pb EG 1997 L 18/1) die in Nederland is geïmplementeerd, maakt een gedetacheerde werknemer – ongeacht het land van herkomst en ongeacht van het toepasselijke recht – namelijk aanspraak op een deel van de Nederlandse arbeidswetgeving. Het gaat hier om een dwingendrechtelijke aanspraak die dus niet opzij gezet kan worden door een rechtskeuze. De richtlijn verleent gedetacheerde werknemers ten aanzien van een aantal specifieke onderwerpen de bescherming van het recht dat ter plaatse van de werkzaamheden geldt. Het betreffen:

- a. de rust- en arbeidstijden;
- b. het minimum aantal betaalde vakantiedagen;
- c. de minimumlonen;
- d. de voorwaarden voor het ter beschikking stellen van arbeidsrechten;
- e. de bescherming van zwangere of pas bevallen vrouwen, jongeren en kinderen;
- f. de gezondheid en veiligheid op het werk en
- g. bepalingen inzake non-discriminatie.

Voornoemde regelingen vormen de harde kern van de werknemersbescherming die als voorrangregels moet gelden ongeacht het (door partijen aangewezen) toepasselijke recht. Slechts in een beperkt aantal gevallen is ten aanzien van lonen en de vakantiedagen een afwijking ten nadele van de werknemer toegestaan. Het werkland mag de bescherming overigens wel uitbreiden.¹⁴⁹ Wat betreft de bevoegde rechter geldt dat de rechter van het feitelijke werkland bevoegd is te oordelen over geschillen met betrekking tot de in de richtlijn verleende bescherming.¹⁵⁰

Kortom, de in Nederland verblijvende vreemdeling wordt ook zonder de hefbomen van het vreemdelingenrecht bij detachering door belangrijke delen van het Nederlandse arbeidsrecht beschermd. Of hij deze bescherming wil invoeren, is een andere vraag. Kenmerkend voor het privaatrecht is dat de overheid niet ambtshalve erop toeziet dat de regels van het arbeidsrecht worden nagekomen, tenzij sprake is van een publiek

¹⁴⁹ Zie o.a. J.C.M.G. Bloemarts, De werking van de CAO ten aanzien van grensoverschrijdende arbeid in Nederland, SR 2004/5, p. 185 e.v. Ten aanzien van de algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen betreffende 'harde kern van arbeidsvoorwaarden' kiest de Detacheringsrichtlijn uitsluitend voor arbeid in de bouwsector ten gunste van laatstgenoemde belangen. Nederland heeft er – hoewel daartoe bevoegd – niet voor gekozen om deze keuze ook door te trekken naar algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen (betreffende de harde-kern-arbeidsvoorwaarden) in alle andere sectoren. J.C.M.G. Bloemarts, a.w., p. 190–191.

¹⁵⁰ Zie hierover A.A.H. van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers. Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de detacheringsrichtlijn, Den Haag 2001.

belang. Dat uitgangspunt dient mijns inziens ook ten aanzien van in Nederland verblijvende vreemdelingen – die zich mogelijk minder bewust zijn van de reikwijdte van de Nederlandse werknemersbescherming – te worden gehandhaafd. Wel kunnen CAO-partijen zich geroepen voelen om een bepaalde wijze van privaat toezicht ten aanzien van vreemdelingen te houden.

Ad 2 Indirecte financiering

De indirecte financiering door een buitenlandse instelling (aan de Nederlandse instelling) heeft geen invloed op de arbeidsverhouding tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling. Wel zijn er twee situaties denkbaar waarin de financiering door de buitenlandse instelling van invloed is op de arbeidsovereenkomst tussen de vreemdeling en de Nederlandse instelling. In de eerste plaats kan de financieringsconstructie een rol spelen wanneer in de arbeidsovereenkomst tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling een ontbindende voorwaarde – die gerelateerd is aan de financiering door de buitenlandse instelling – is opgenomen. In de tweede plaats kan de financiering een rol spelen wanneer de buitenlandse instelling de tewerkstelling van de vreemdeling financiert met het oog op doeleinden die in strijd zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden. De arbeidsovereenkomst zal in dat geval op grond van art. 3:40 BW als nietig kunnen worden aangemerkt.¹⁵¹ Zo zal de financiering van een tewerkstelling met het oog op het voeren van Jihad een met de wet en openbare orde strijdige doelstelling zijn met als gevolg dat de arbeidsovereenkomst nietig is.

5.2 Conclusie

Financiering door een buitenlandse organisatie staat op zichzelf een rechtsgeldige arbeidsovereenkomst tussen een in Nederland gevestigde religieuze instelling en een vreemdeling niet in de weg. Op dit uitgangspunt gelden echter twee uitzonderingen. In de eerste plaats is het mogelijk dat de buitenlandse instelling rechtstreeks – zonder tussenkomst van de Nederlandse instelling – aan de vreemdeling betaalt. In dat geval is er formeel geen arbeidsovereenkomst tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling. Loon – als bedoeld in art. 7:610 BW – is immers de door de werkgever verschuldigde tegenprestatie voor de verrichte arbeid. Als de betaling verschuldigd is door een ander – de buitenlandse instelling – is formeel-juridisch geen sprake van ‘loon’ in de zin van art. 7:610 BW. Mogelijk heeft de vreemdeling in dat geval wel een arbeidsovereenkomst met de buitenlandse instelling die de vreemdeling detachereert bij de Nederlandse instelling. Bij een detachering naar Nederland geldt overigens dat de werknemer/vreemdeling een beroep kan doen op belangrijke onderdelen van het Nederlandse arbeidsrecht, óók wanneer partijen een rechtskeuze zouden hebben gedaan voor buitenlands arbeidsrecht. Op grond van de Europese Detacheringsrichtlijn (96/71/EG Pb EG 1997 L 18/1) die in Nederland is geïmplementeerd, maakt een gedetacheerde werknemer – ongeacht het land van herkomst en ongeacht het toepasselijke recht – namelijk aanspraak op een deel van de Nederlandse arbeidswetgeving. Of hij deze bescherming wil inroepen, is een andere vraag. Kenmerkend voor het privaatrecht is dat de overheid niet ambtshalve erop toeziet dat de regels van het arbeidsrecht worden nagekomen, tenzij sprake is van een publiek belang.

In de tweede situatie financiert een buitenlandse instelling de Nederlandse instelling met het oog op het realiseren van doelstellingen die in strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden zijn. De indirecte financiering door een buitenlandse instelling

¹⁵¹ Vgl. CRvB 21 februari 2002, USZ 2002/97, CRvB 28 februari 2002, USZ 2002/120. Zie hierover T. van Peijpe, De nietige arbeidsovereenkomst, SMA 2003/3, p. 95–102; E.M. Hoogervorst, Openbare orde en goede zeden in art. 3:40 BW, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), Contractvrijheid, Deventer: Kluwer 1999.

(aan de Nederlandse instelling) heeft geen invloed op de arbeidsverhouding tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling. Wel zijn er twee situaties denkbaar waarin de financiering door de buitenlandse instelling van invloed is op de arbeidsovereenkomst tussen de vreemdeling en de Nederlandse instelling. In de eerste plaats kan de financieringsconstructie een rol spelen wanneer in de arbeidsovereenkomst tussen de Nederlandse instelling en de vreemdeling een ontbindende voorwaarde – die gerelateerd is aan de financiering door de buitenlandse instelling – is opgenomen. In de tweede plaats kan de financiering een rol spelen wanneer de buitenlandse instelling de tewerkstelling van de vreemdeling financiert met het oog op doeleinden die in strijd zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden. De arbeidsovereenkomst zal in dat geval ex art. 3:40 BW als nietig worden aangemerkt.

Aangehaalde literatuur

- I.P. Asscher-Vonk en W.C. Monster, *Gelijke behandeling bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 147–159.
- W.J.J. Beurskens, *Sociaal recht en het bijzonder onderwijs* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1991.
- S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- A.E. Bles, *Wet op de Arbeidsovereenkomst*, deel I.
- J.C.M.G. Bloemarts, *De werking van de CAO ten aanzien van grensoverschrijdende arbeid in Nederland*, SR 2004/5, p. 185 e.v.
- H. Bouwman, *Gereformeerd Kerkrecht I*, Kampen 1928.
- A.F.M. Brenninkmeijer, *Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting*, Deventer: Kluwer 1997.
- R.A.A. Duk, *Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: van sterren, lijnen en stippen*, SMA 2004/11/12, p. 495.
- P.S. Fluit en W.A. Zondag, *De rechtspositie van de werknemer bij bezwaren tegen zondagsarbeid*, deel II, SMA 2000, p. 501 e.v.
- G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 37–71.
- Ineke Hendrickx en Tessel de Lange, *Religie, levensbeschouwing en vreemdelingen in Nederland, Een onderzoek naar de toelating van vreemdelingen voor religieuze doeleinden*, WODC, Ministerie van Justitie 2004.
- P. van den Heuvel, *De toelichting op de kerkorde van de Protestantse Kerk in Nederland*, Boekencentrum 2004.
- A.W. Heringa, *Algemene wet gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 1994.
- A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers. Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de detacheringsrichtlijn*, Den Haag 2001.
- A.T.J.M. Jacobs, *De autonomie van het kerkelijk sociaal recht*, in: W.H.A.C.M. Bouwens, *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- A.T.J.M. Jacobs, *Enkele problemen rondom de rechtspositie van godsdienstleraren, districtkatecheten en pastoraal werkers in de R.K. Kerk in Nederland*, in: A.P.H. Meijers e.a. (red.), *Op het snijvlak van civiel en canoniek recht*, 1994.
- A.T.J.M. Jacobs, in: *Churches and labour law in the EC countries*, Milano/Madrid 1993.

- A.T.J.M. Jacobs, *De rechtspositie van geestelijken in het Nederlandse sociaal recht*, in: H. Warnink, *Rechtsbescherming in de kerk*, Leuven 1991.
- Joh. Janssen, *Korte verklaring van den kerkenordering*, Kampen 1937, p. 47 e.v.
- C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Functies onder spanning*, Deventer: Kluwer 1997.
- C.J.H. Jansen, *Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede*, *ArA* 2002/2, p. 38 e.v.
- T. Jaspers, *Quasi-employee, quasi-self-employees: more than just a name*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* 2000, p. 233–249.
- E.C.M. Jurgens, *Godsdienstvrijheid bedreigd? Over het rechterlijk verbod om te preken*, *AA* 1999/4, p. 252–253.
- Michael Kittner en Bertram Zwanziger, *Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis*, Bund-Verlag 2002, par. 147(Kirchen), p. 2035–2043.
- T. Koopmans, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, Alphen aan den Rijn, 1962.
- T. van Kooten en J.W. Sap, *Het optreden tegen seksueel misbruik door kerkelijke ambtsdragers*, *AA* 2002/11, p. 813–818.
- C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag 2004.
- C.J. Loonstra en C.J.H. Jansen, *Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad*, *NJB* 1998, p. 817.
- C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Het begrip 'werknemer' in nationaal, rechtsvergelijkend en communautair perspectief*, *ArA* 2001/1, p. 4 e.v.
- B.J. van der Net, *Kringenrechtspraak voor leerkrachten bij het bijzonder onderwijs* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.
- C.W. Noorlander, *Status en toekomst van de kringenrechtspraak*, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2002/2, p. 78.
- C. Oberman, *Geestelijke ambtsdragers*, *ArbeidsRecht* 1999, p. 7 e.v.
- F.T. Oldenhuis, *Kerkelijke geschillen; de burgerlijke rechter en kerkelijke conflicten*, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 175–187.
- F.T. Oldenhuis, *Kerkgenootschappen en privaatrecht, kanttekeningen bij 'de zaak Kruis'*, in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB (Brunner-bundel)*, Deventer 1994, p. 303–313.
- M.T. Pel, *De voorziening in het levensonderhoud van de predikant*, in: *Rechtspositie en traktement van de predikant*, Zwolle: GMV 1991.
- T.J. van der Ploeg, in: *T.J. van der Ploeg en L. van Drimmelen (red.), Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004.

T.J. van der Ploeg, *De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers*, in: L.C. van Drimmelen en T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 159.

M.G. Rood, *TVWS* 1991, nr. 91/11, p. 29–30.

A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding*, Den Haag: BJu 2002.

G.A.I. Schuijt, *Hoofredacteur, imam en dominee*, in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht* (Rood-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 259.

G.A.I. Schuijt, *Werkers aan het woord. Media en arbeidsverhoudingen in de journalistiek*, Deventer: Kluwer 1987, p. 184 e.v.

J.M. van Slooten, *Het spiegelbeeld van Groen/Schoevers*, SR 2003, p. 393–394.

D.A.C. Slump in: *Kerk, recht en samenleving*, Deventer: Kluwer 1997, p. 77.

Bouchra Talidi, *De imam in het sociaal recht. Een onderzoek naar de status van de imam in het sociaal recht*, Groningen: RuG 2004.

J.J. Trap, *De ondernemende werknemer en de opdrachtnemer*, *ArbeidsRecht* 2000, nr. 45.

M. Verheul, *De schijnzelfstandige en het arbeidsrecht*, in: P.F. van der Heijden (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, 1999, p. 21–41.

E. Verhulp, *De overeenkomst van opdracht*, in: E. Verhulp (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2002, p. 5–39.

E. Verhulp, *Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!*, in: M.W. Hesselink, C.E. Du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003, p. 293–294.

E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* (oratie UvA), Vossiuspers Amsterdam 2002.

B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

W.A. Zondag, *De bevoegdheid tot schorsing en het recht tot doorbetaling van loon*, *ArA* 2003/2, p. 26–61.

W.A. Zondag, *Disciplinaire maatregelen*, in: E. Verhulp en W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2003.