

Holistische duiding van de arbeidsrelatie maakt het platformeconomie moeilijk

Het debat over platformwerk gaat vaak over de vraag of platformwerkers werknemers zijn en zo niet, of zij meer beschermd zouden moeten worden. Een nadere beschouwing van de arbeidsrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst biedt meer inzicht in het eigenlijke probleem.

HANNEKE BENNAARS
*Universitair docent
 aan de Universiteit
 Leiden*

Soms lijkt het alsof platformen en werkers door het arbeidsrecht beknot worden in hun mogelijkheden. Zo wil de maaltijdbezorger Deliveroo wel een verzekering aanbieden voor zzp'ers, maar deed dat lange tijd niet uit angst voor het oordeel van 'schijnzelfstandigheid' (NRC, 2018). In Frankrijk is zelfs een wetsvoorstel aanhangig waarin aan platformen de mogelijkheid wordt geboden om zelfstandigen meer zekerheid en arbeidsvoorwaarden te bieden, zonder dat dit leidt tot ondergeschiktheid en (dus) een arbeidsovereenkomst.

De juridische grens tussen werknemerschap en opdrachtnemerschap is niet scherp, terwijl de gevolgen van het onderscheid groot zijn. Werknemers hebben arbeidsrechtelijke bescherming (bijvoorbeeld ontslagbescherming en medezeggenschapsrechten), vallen onder de werknemersverzekeringen (werkloosheid, arbeidsongeschiktheid), zien hun arbeidsvoorwaarden vaak geregeld in een cao en bouwen veelal verplicht

pensioen op. Zelfstandigen vallen terug op een uitkering krachtens de Participatiewet en de AOW. Daar staat tegenover dat zij recht kunnen hebben op fiscale ondernemersfaciliteiten, zoals de zelfstandigenaftrek. Voor een groot deel van de beroepsbevolking is het zonder meer duidelijk dat zij werknemer zijn of zelfstandige. Daartussen bevindt zich een grijze zone waarin zelfstandigen werken die niet altijd zo zelfstandig zijn als hun contractuele status (opdrachtnemer) doet vermoeden. Bijvoorbeeld omdat zij afhankelijk zijn van één opdrachtgever, of nauwelijks inbreng of vrijheid hebben bij het werken, en geen of nauwelijks ondernemersvrijheid hebben om hun arbeid te 'vermarkten'. Het komt ook voor dat iemand als opdrachtnemer wordt behandeld, terwijl er eigenlijk sprake is van een arbeidsovereenkomst. Er is dan onjuist gekwalificeerd, dit wordt meestal bedoeld met schijnzelfstandigheid. Beide situaties (de afhankelijke zelfstandige en de schijnzelfstandige) worden steeds meer als maatschappelijk onwenselijk gezien. De discussie over de arbeidsrechtelijke status van platformwerkers is onderdeel van dit bredere zzp-debat.

Over de kwalificatie van de arbeidsverhouding (werknemer of opdrachtnemer) zijn aanbevelingen gedaan in het rapport van de Commissie (model) overeenkomsten (Boot et al., 2016) die zijn uitgewerkt in beleidsvarianten (Flier, 2017). Over de vraag of er redenen zijn om de verschillen in de behandeling tussen werknemers en opdrachtnemers te verkleinen, is



het Inderdepartementaal Beleidsonderzoek over zelfstandige ondernemers (IBO, 2015) verschenen en een evaluatie van de fiscale ondernemersregelingen (Ter Weel et al., 2017). Het regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst* (Regeerakkoord, 2017) besteedt aandacht aan dit debat, en in november 2018 is door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een Commissie Regulering van werk ingesteld die mede tot taak heeft om te onderzoeken of het onderscheid tussen werknemer en opdrachtnemer nog steeds leidend moet zijn voor de vraag wie wel en wie geen sociaalrechtelijke bescherming verdient (Staatscourant, 2018).

Of er juridisch sprake is van een opdrachtnemer of een werknemer hangt in grote mate af van de ondergeschiktheid van de werker. Bij platformwerk is het nog moeilijker vast te stellen dan bij traditioneel werk of er sprake is van ondergeschiktheid, omdat het vaak gaat om zeer korte klussen en er (in ieder geval op papier) veel vrijheid is voor de werker, terwijl er toch een zekere afhankelijkheid van het platform bestaat. Dit leidt ertoe dat platformen de contractvoorwaarden en de werkpraktijk zeer nauwkeurig vormgeven om te voorkomen dat de platformwerker als werknemer wordt gekwalificeerd (Ter Weel et al., 2018). Om het debat

over de vraag of het arbeidsrecht nog passend is, geleid op de toename van zzp'ers, en om de opkomst van platformwerk te kunnen plaatsen, is het nodig te begrijpen hoe het onderscheid tussen werknemers en werkgevers juridisch wordt gemaakt.

TAXONOMIE PLATFORMWERK

Om te beginnen is een duiding van de terminologie nodig, aangezien in het zzp-debat en in discussies rondom platformwerk verschillende termen worden gebruikt (IBO, 2015; Forde et al., 2017; Bennaars, 2018). In dit artikel is een platformwerker iemand die werkt via een *work-on-demand-app*. Vraag en aanbod van arbeid worden bij elkaar gebracht door een applicatie, maar het uiteindelijke werk wordt fysiek en lokaal verricht, en moet bestaan uit het verrichten van een dienst – niet uit bijvoorbeeld het verkopen of ter beschikking stellen van goederen. Het gaat in dit artikel dus om chauffeurs (Uber), schoonmakers (Helpling), maaltijdbezorgers (Deliveroo), horecamedewerkers (Temper) en dergelijke. Buiten beschouwing blijft het verkopen via Marktplaats, woningverhuur via Airbnb of crowdwork, waarbij de dienst niet fysiek en lokaal wordt verricht maar via internet.

Ook in het zzp-debat worden verschillende termen door elkaar gebruikt: zelfstandige, freelancer, zzp'er, eenmanszaak, ondernemer, et cetera. Als het gaat om de kwalificatie van het contract op basis waarvan er wordt gewerkt, dan zijn de relevante juridische termen: werknemer (arbeidsovereenkomst) en opdrachtnemer (opdrachtsovereenkomst). Fiscaal gezien is iemand

Zelfs wonen in een villa ten behoeve van een televisieprogramma kan arbeid zijn

werknemer, ondernemer (in de zin van de btw of Wet IB) of resultaatgenieter. Ten slotte wordt de term 'werker' gebruikt. Dit is degene die de arbeid verricht, zonder daar de juridische kwalificatie werknemer of opdrachtnemer aan te geven.

DEFINITIE ARBEIDSOVEREENKOMST

Het onderscheid tussen arbeidsovereenkomst en opdrachtsovereenkomst volgt uit de wettelijke definities van beide contracten. De definitie van een opdrachtsovereenkomst is negatief: als werkzaamheden worden verricht anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst, dan bestaat er een opdrachtsovereenkomst. Daarmee is de definitie van de arbeidsovereenkomst de spil van het debat. Er is sprake van een arbeidsovereenkomst als de ene partij zich verbindt jegens de andere partij om (i) in dienst van die ander, (ii) tegen loon, (iii) gedurende zekere tijd (iv) arbeid te verrichten. Verder heeft de Hoge Raad bepaald dat bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst alle omstandigheden van het geval in samenhang moeten worden beschouwd, waarbij ook de partijbedoeling en de maatschappelijke positie van partijen een rol speelt. Dit wordt wel (v) de 'holistische weg' genoemd. Alvorens deze vijf elementen nader uit te werken, zijn er nog twee aspecten die het belang van de definitie van de arbeidsovereenkomst onderstrepen.

Ten eerste geldt dat de definitie van dwingend recht is. Dat betekent dat als alle elementen van de definitie aanwezig zijn, er sprake is van een arbeidsovereenkomst, ook als partijen dat niet willen en ook als

partijen hun overeenkomst anders hebben genoemd. De achterliggende gedachte is dat, indien het overgelaten wordt aan partijen om te kiezen of er sprake is van een arbeids- of opdrachtsovereenkomst, het arbeidsrecht dan niet alleen weggecontracteerd kan, maar ook zal worden. De werknemer – of liever: degene die voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van het verkopen van zijn arbeid – verkeert in een (economische en sociale) afhankelijkheidspositie ten opzichte van de 'werkverschaffer', en zal zich dus snel genoodzaakt zien om akkoord te gaan met een andersoortige, minder beschermende overeenkomst. Een keuzemogelijkheid bieden zou het beschermende karakter van het arbeidsrecht tenietdoen.

Ten tweede moet voor ogen worden gehouden dat de definitie van de arbeidsovereenkomst niet alleen een rol speelt tussen de contractspartijen, maar ook leidend is voor derden. Is voldaan aan de vereisten van art. 7:610 BW, dan is er ook voor UWV (dat werknemersverzekeringen uitvoert) en voor de Belastingdienst sprake van werknemerschap. Daarmee is een nog breder maatschappelijk belang gegeven.

Arbeid

Arbeid kan van alles zijn, zelfs het wonen in een villa ten behoeve van een televisieprogramma (HR 25 maart 2011, *NJ 2011/594, Gouden Kooi*). De activiteiten moeten wel bijdragen aan de verwezenlijking van het primaire doel van de werkgever en voor hem een economische waarde vertegenwoordigen. Of bepaalde activiteiten 'arbeid' zijn, leidt zelden tot debat. Complexer is de 'vrije vervanging' en het verplichte karakter van de arbeid.

'Vrije vervanging' ziet op de wettelijke bepaling dat de werknemer de arbeid zelf moet verrichten en zich alleen met toestemming van de werkgever door een derde mag laten vervangen. Kan de werker zelf besluiten of hij zich voor de overeengekomen arbeid laat vervangen en door wie, dan zal er niet snel sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Dit element was belangrijk in de PostNL-zaken en in de – vooralsnog enige – uitspraak over platformwerkers (Rb. Amsterdam 23 juli 2018, *JAR 2018/189, Deliveroo*). Pakketbezorgers die via PostNL werken, doen dat op basis van een 'vervoersovereenkomst', maar claimen op enig moment dat zij een arbeidsovereenkomst hebben. In vergelijkbare zaken zijn verschillende rechters tot verschillende uitkomsten gekomen. De vrije vervanging speelde daarbij, naast andere elementen, een belangrijke

rol (Said, 2017). Ook in de Deliveroo-zaak overwoog de rechter dat de mogelijkheid voor de maaltijdkoerier om zich te laten vervangen een aanwijzing was dat er geen arbeidsovereenkomst bestond.

Dit is geen zwart-witcriterium. Uit rechtspraak blijkt dat als er sprake is van vervanging door een bij de werkgever bekende pool van werkers, het toch kan gaan om een arbeidsovereenkomst, ondanks de zekere mate van vrijheid van vervanging (Rb. Groningen 19 januari 2001, *JAR* 2001/55, *Geelhoed/Huize Maarboldt*). Dit zou relevant kunnen zijn voor platformen omdat soms vrije vervanging is overeengekomen, maar dan wel door iemand die zich ook bij het platform heeft aangemeld.

Ten slotte is het relevant dat een werknemer zich *verbonden* moet hebben om arbeid te verrichten. Als de verplichting om te werken ontbreekt, wordt niet snel aangenomen dat het gaat om een arbeidsovereenkomst. Ook dit speelde een rol bij het uiteindelijke oordeel dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst in de eerder genoemde *Deliveroo*-uitspraak. Een nuance: als een werker niet verplicht is om aan een oproep gehoor te geven – of in platformtermen: in te loggen op de app en een bestelling, rit of klus aan te nemen – kan het nog steeds zo zijn dat een (eventueel korte) arbeidsovereenkomst ontstaat op het moment dat hij dat wél doet.

Loon

Loon is de door de werkgever verschuldigde tegenprestatie (in geld of in natura). In het kader van platformwerk kan het zo zijn dat aan dit element niet is voldaan als het gaat om de relatie tussen het platform en de werker. Dit is het geval als de werker niet wordt betaald door het platform, maar direct door de uiteindelijke afnemer van de dienst (bijvoorbeeld de klant van de taxichauffeur, of degene wiens huis wordt schoongemaakt).

Loon en arbeid zijn niet per se onderscheidende kenmerken tussen de arbeids- en opdrachtovereenkomst. Ook bij een opdrachtovereenkomst is er sprake van loon en arbeid. Het onderscheid tussen arbeids- en opdrachtovereenkomst is vooral gelegen in het element 'in dienst'.

'In dienst'

Arbeid verrichten 'in dienst van een ander' (ook: 'gezagscriterium' of 'ondergeschiktheid') is niet alleen het meest onderscheidende element, maar ook het meest ingewikkelde om vast te stellen. Dat komt in de eerste plaats omdat de wet ook bepaalt dat de opdracht-

nemer verplicht is aanwijzingen over het werk op te volgen. Dus ook een opdrachtgever heeft een instructiebevoegdheid.

Ten tweede wordt binnen de arbeidsovereenkomst 'ondergeschiktheid' verschillend ingevuld en is het soms nauwelijks aanwezig. Sommige werkzaamheden lenen zich niet voor werkinhoudelijke aansturing.

Bij platformwerk wordt vaak op een andere manier gezag uitgeoefend of instructies gegeven

Denk bijvoorbeeld aan zeer specialistisch werk of juist dermate eenvoudig werk dat werkinhoudelijk instructies niet aan de orde zijn. De ondergeschiktheid kan in die gevallen ook formeler zijn ingevuld: de werknemer is onderworpen aan organisatorische regels (roosters, protocollen, huisregels en dergelijke). In de loop der tijd hebben werknemers steeds grotere vrijheid gekregen om hun werktijden in te delen en te bepalen waar ze werken. De opkomst van zelfsturende teams in sommige sectoren heeft eveneens invloed op het gezagscriterium. Tegenover deze ontwikkelingen staat de positie van de opdrachtnemer die soms heel strak binnen de kaders van een opdrachtgever moet werken. De gespecialiseerde zelfstandige elektricien die op een bouwplaats bepaalde elektra moet aanleggen, zal zich moeten houden aan de installatie- en veiligheidsvoorschriften en ook aan de verdere organisatie van de bouw. Opdrachtovereenkomst en arbeidsovereenkomst groeien op dit gebied dus naar elkaar toe.

Bij platformwerk is de wijze waarop gezag wordt uitgeoefend of instructies worden gegeven weer anders. Zo wordt werkers vaak niet opgelegd hoeveel ze moeten werken, maar zijn er wel allerlei voordelen en bonussen verbonden aan het vaak, en op de door het platform gewenste tijden, ingelogd zijn. Bekend zijn ook de ratings: klanten kunnen beoordelingen achterlaten die soms gevolgen hebben voor de inzetbaarheid van de werker. Anders gezegd: hoe meer sterren, hoe groter de kans dat de chauffeur of schoonmaker een volgende keer wordt 'gekozen'. Deze indirecte controle is misschien nog wel doelmatiger dan de directe

controle die een werkgever kan uitoefenen, zo betoogt advocaat-generaal Szpunar in zijn advies in een van de Uber-zaken bij het Europees Hof van Justitie (Conclusie A-G 11 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:364, *Elite Taxi /Uber Spain*, nr. 51-52).

Ten slotte geldt dat de gezagsverhouding geen geïsoleerd eenduidig element is. Uit de rechtspraak komt naar voren dat, om te bepalen of er sprake is van een gezagsverhouding, verschillende aspecten van de

partijen over en weer hebben *beoogd* (de partijbedoeling), hoe zij feitelijk uitvoering geven aan hun rechtsverhouding ('wezen voor schijn') en ten slotte moet rekening worden gehouden met de maatschappelijke positie van partijen (HR 8 april 1994, *NJ* 1994/704, *Agfa/Schoolderman* en HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149, *Groen/Schoevers*). Deze holistische wegging van de toch al niet zo eenvoudige definitie van de arbeidsovereenkomst leidt tot een bont scala aan rechterlijke uitspraken.

De holistische wegging door de rechter leidt tot een scala aan uitkomsten

werkrelatie worden bekeken, zonder dat één van die omstandigheden doorslaggevend is. Gedacht kan worden aan de vrijheid van de werker ten aanzien van de werkindeling, de vraag of de werker ondernemersrisico draagt, of hij al dan niet zelf voor grond- en hulpstoffen en hulpmiddelen zorgt, de wijze waarop vakantie en ziekte al dan niet worden doorbetaald, of de werker andere dan de overeengekomen werkzaamheden verricht, et cetera.

Gedurende een zekere tijd

Vaak wordt gezegd dat dit onderdeel geen zelfstandige betekenis heeft. Juist in gevallen waarin het gezagscriterium weinig reliëf heeft, zoals hierboven omschreven, kan het tijdselement een rol spelen. Uit oudere rechtspraak blijkt dat als het gaat om zeer incidentele werkzaamheden, de omstandigheid dat (veel) instructies worden gegeven niet altijd meebrengt dat er dus sprake is van een arbeidsovereenkomst en vice versa (HR 17 november 1967, *NJ* 1968/163, *Elout/Den Hollander*).

De 'holistische wegging'

Om te kunnen beoordelen of de vier hierboven beschreven elementen aanwezig zijn, moeten alle omstandigheden in onderling verband worden beschouwd. Het gaat niet alleen om wat partijen op papier hebben gezet. Het gaat er ook om welke rechten en verplichtingen

PLATFORMWERK EN ARBEIDSRECHT

Twee belangrijke kenmerken van het platformmodel zijn niet heel makkelijk te rijmen met het arbeidsrecht. Platformwerkers krijgen hun wachttijd niet betaald en platformen hebben baat bij een grote pool aan potentiële werkers die op elk gewenst moment beschikbaar zijn. Het arbeidsrecht schrijft voor dat bij een oproepovereenkomst (een arbeidsovereenkomst zonder vaste werktijden) de werknemer voor iedere periode van minder dan drie uur waarin arbeid wordt verricht, toch recht heeft op loonbetaling voor drie uur. Dit is om te garanderen dat werknemers die nooit zeker weten of en wanneer ze kunnen werken, in ieder geval een minimumgarantie hebben als ze moeten werken. Dit past niet bij de wijze waarop bijvoorbeeld maaltijdbezorgers werken. Het naleven van deze regel zou betekenen dat wachttijd wel wordt betaald en dat past weer niet bij het werkmodel van platformen. Er zijn meer van dit soort redenen waarom platformen liever werken met opdrachtnemers dan met werknemers. Het dwingendrechtelijk karakter van de arbeidsovereenkomst maakt echter dat zij niet vrijelijk kunnen kiezen. Wel kunnen zij de werkpraktijk zo inrichten dat zo veel mogelijk omstandigheden wijzen in de richting van opdrachtnemerschap en dat gebeurt dan ook (Ter Weel et al., 2018).

Terug naar de voorbeelden in de inleiding: de meeste platformen willen best extra bescherming bieden aan hun werkers, bijvoorbeeld verzekeringen of scholing. Platformen hebben belang bij een zo groot mogelijke pool van werkers en willen dus een gewilde partij zijn. Zij zien vooralsnog af van de extra's, omdat juist het aanbieden van dit soort voorzieningen in de holistische wegging indicatoren zouden zijn die duiden op een arbeidsovereenkomst. En dat is dan weer niet de bedoeling. Is dit beknotting door het arbeidsrecht? Het is eerder het gevolg van het arbeidsrecht als totaalpakket: is iemand werknemer, dan hoort daar alle wet-

telijke bescherming bij. Het is geen keuzemodel waar platformen (en andere bedrijven) en werkers uit kunnen 'shoppen'. Dat dit als belemmerend wordt ervaren, is te begrijpen. De keerzijde is dat het dwingend-rechtelijk karakter van het arbeidsrecht noodzakelijk is geacht om degenen met een minder sterke onderhandelingspositie te behoeden voor het al te makkelijk opgeven van rechten. Dit uitgangspunt geldt nog steeds. Veelgehoorde argumenten om het arbeidsrecht aan te passen zijn dat er bij platformarbeid vaak sprake is van bijverdiensten, de werkers het werk doorgaans maar tijdelijk doen voordat zij doorgaan naar een 'echte' baan en dat de werkers zelf ook geen arbeidsovereenkomst willen. Het grote risico van aanpassing is dat de weg wordt vrijgemaakt voor een arbeidsmarkt waarin een heel groot deel van de onzelfstandige beroepsbevolking is aangewezen op bijverdiensten omdat veel banen zijn opgeknipt in klussen, en dan de bescherming missen terwijl er van echt ondernemerschap ook geen sprake is. Hoe de balans moet zijn tussen bescherming en vrijheid is een rechtspolitieke keuze. Het arbeidsrecht kan anders worden vormgegeven zodat de (basis)bescherming niet meer afhankelijk is van het type contract, maar de ongelijkwaardige marktpositie van (de meeste) werkenden ten opzichte van de werkverschaffers zal altijd op enige wijze moeten worden gecompenseerd.

LITERATUUR

- Bennaars, J.H. (2018) Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja. In: G.J. Heerma van Voss, P.T. de Beer, B. Emmerig et al. (red.) (*Handen*) *Af van de arbeidsovereenkomst: verslag van het 15e Nationaal Arbeidsrechtcongres in november 2017*. Den Haag: Sdu
- Boot, G., R.A.A. Duk, L. van den Berg et al. (2016) *Commissie (model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA*. Eindrapport, november. Te vinden op www.rijksoverheid.nl.
- Flier, M.P. (2017) *Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie*. Rapport Interdepartementale ambtelijke werkgroep, 22 mei. Te vinden op www.rijksoverheid.nl.
- Forde, C., M. Stuart, S. Joyce et al. (2017) *The social protection of workers in the platform economy*. Studie in opdracht van het Europees Parlement, IP/A/EMPL/2016-11.
- IBO (2015) *IBO zelfstandigen zonder personeel*. Rapport Ministerie van Financiën, april. Te vinden op www.rijksoverheid.nl.
- NRC (2018) *Bezorgers Deliveroo nu toch verzekerd*. NRC, 8 mei.
- Regeerakkoord (2017) *Vertrouwen in de toekomst*. Regeerakkoord, 10 oktober. Te vinden op www.kabinetsformatie2017.nl.
- Said, S. (2017) *Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden! ArA Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 11(1), 55–89.
- Staatscourant (2018) *Instellingsregering Commissie regulering van werk*. *Staatscourant*, 64352.
- Waas, B. en G.J. Heerma van Voss (red.) (2017) *Restatement of labour law in Europe: the concept of employee*. Portland, OR: Hart Publishing.
- Weel, B. ter, S. Vriend, T. Smits et al. (2017) *Evaluatie fiscale ondernemersregelingen*. SEO-rapport, 2017-17.
- Weel, B. ter, S. van der Werff, H. Bennaars et al. (2018) *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland*. SEO-rapport, 2018-30.

In het kort

- ▶ Het arbeidsrecht is geen keuzemodel waar platformen en werkers naar keuze uit kunnen shoppen.
- ▶ De definitie van de arbeidsovereenkomst maakt niet duidelijk of een werker opdrachtgever of werknemer is.
- ▶ Hoe de balans moet zijn tussen bescherming van werkers en ondernemersvrijheid is een rechtspolitieke keuze.