*Position paper*

**Werk in de platformeconomie**

*Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. (Willem) Bouwens (Vrije Universiteit)*

**Afbakeningsproblematiek: algemeen**

De eerste vraag die aan de panelleden is voorgelegd, betreft de aard van de overeenkomst van werkenden in de platformeconomie. Om die vraag goed te kunnen beantwoorden volgt hierna eerst een algemene uiteenzetting over de afbakeningsproblemen bij overeenkomsten tot het verrichten van arbeid.

Ingevolge art. 7:610 BW is de arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. De werknemer moet zich volgens de heersende leer verbinden persoonlijk arbeid te verrichten voor de werkgever. Kan hij zich ten aanzien van alle werkzaamheden vrijelijk laten vervangen door een niet aan de opdrachtgever bekende derde, dan is geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Echter, wezen gaat voor schijn. Gaat het niet om een reële vrijheid, omdat vervanging door een derde negatieve consequenties heeft voor het voortbestaan van de arbeidsverhouding, dan zal de rechter oordelen dat deze omstandigheid niet in de weg hoeft te staan aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Het element ‘in dienst’ brengt mee dat er een gezagsverhouding moet bestaan tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Deze gezagsverhouding wordt in beginsel slechts aangenomen wanneer de werkgever de bevoegdheid heeft om de werknemer bindende instructies te geven omtrent de inhoud van de werkzaamheden en/of met betrekking tot de goede orde in de onderneming. De aard van de werkzaamheden kan evenwel meebrengen dat degene die arbeid verricht bij de uitvoering van zijn taken een grote mate van vrijheid en zelfstandigheid geniet. Aan het gezagselement kan dan toch zijn voldaan wanneer de werkgever bevoegd is aanwijzingen te geven betreffende de organisatie van de arbeid en/of de bevordering van de goede orde binnen de onderneming.

De Hoge Raad neemt in het arrest Groen/Schoevers (ECLI:NL:HR:1997:ZC2495) als uitgangspunt dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze op verschillende wijze kunnen inrichten. Wat tussen hen heeft te gelden, wordt bepaald door de inhoud van de overeenkomst zoals die hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij deze feitelijk hebben uitgevoerd en aldus daaraan nader inhoud hebben gegeven. Nadat aldus de inhoud van de overeenkomst is vastgesteld, dient te worden bepaald of sprake is van een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht of een andere bijzondere overeenkomst. Bij deze kwalificatie is volgens de Hoge Raad niet één enkel kenmerk van de contractuele relatie beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden, in onderling verband worden bezien. Het gaat om het ‘totale plaatje’. Men spreekt ook wel van een ‘holistische weging’. Vertoont de arbeidsverhouding overwegend de kenmerken van arbeid in dienstbetrekking of die van arbeid in de zelfstandige uitoefening van een beroep? Belangrijke indicatoren voor zelfstandige arbeid zijn: de vrijheid van de werkende ten aanzien van de werkindeling; betaling rechtstreeks door cliënten aan de opdrachtnemer; het doen van investeringen; het lopen van ondernemingsrisico; het werken voor diverse opdrachtgevers; het ontbreken van zeggenschap van die opdrachtgevers over de werkwijze; het incidentele karakter van de opdracht; de mogelijkheid zich zonder toestemming te laten vervangen; het werken vanuit een eigen werkruimte; het zelf zorg dragen voor inkomensverzekeringen en de honorering op factuurbasis met btw.

**Platformarbeid**

Voor de beantwoording van de kwalificatievraag richt ik me hierna eerst op de platforms die beogen (potentiële) opdrachtgevers in contact te brengen met diverse aanbieders van arbeid die zich bij het platform hebben aangesloten. Een voorbeeld van zo’n werk- of dienstenplatform is WERKSPOT. Een klant plaatst een klus op het platform. Daarbij aangesloten vaklieden reageren op het aanbod. De klant bepaalt zelf met welke aanbieder hij in contact treedt om te onderhandelen over de te verrichten werkzaamheden en de daarvoor in rekening te brengen prijs. Het platform staat in beginsel buiten deze onderhandelingen en heeft geen bemoeienis met de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd. Zijn rol is slechts faciliterend. Voor het aanhouden van een account wordt door Werkspot een bedrag in rekening gebracht aan de aangesloten vakman. De klant wordt de gelegenheid geboden de prestatie van de vakman achteraf te beoordelen. Deze referenties worden toegevoegd aan het account van de vakman en stellen andere potentiële klanten in staat een beeld te krijgen van de kwaliteiten van de opdrachtnemer. Gelet op het vorenstaande zal de overeenkomst tussen de klant en de vakman bij het gebruik van Werkspot veelal moeten worden aangemerkt als een overeenkomst van aanneming van werk.

Soms pretendeert een platform dat het slechts een faciliteit biedt voor het bijeenbrengen van vraag en aanbod naar diensten, maar gaat zijn bemoeienis verder dan dat. Een voorbeeld van zo’n platform is UBER, dat zich presenteert als een ‘technologiebedrijf dat passagiers verbindt met chauffeurs’. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven keek daar, althans voor zover het de activiteiten in het kader van UberPop betrof, anders tegenaan. De activiteiten waren volgens het college tevens gericht op het feitelijk vervoeren van personen tegen betaling (ECLI:NL:CBB:2014:450). In de visie van Uber verricht de chauffeur zijn arbeid als zelfstandige. Een Brits *Employment Tribunal* maakte korte metten met deze gedachte in de zaak Aslam, Farrar and others versus Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Brittannia Ltd, 28 October 2016, Case Nos: 2202550/2015 & Others:

*‘The notion that Uber in London is a mosaic of 30,000 small businesses linked by a common ‘platform’ is to our minds faintly ridiculous.’*

De rechter merkte de chauffeurs aan als 'workers’ in de zin van de *Employment Rights Act*. Hij baseerde deze kwalificatie onder meer op de volgende feiten en omstandigheden: chauffeurs worden door Uber aan een selectieprocedure onderworpen; alleen Uber kent de identiteit van de klanten; van vrije onderhandelingen is geen sprake; de chauffeurs kunnen slechts instemmen met eenzijdig door Uber opgestelde gebruiksvoorwaarden; zij kunnen geen hogere vergoeding voor een rit bedingen dan het standaardtarief dat door Uber wordt aanbevolen; de betalingen van de klant vinden niet rechtstreeks plaats aan de chauffeur, maar aan Uber, die een commissie van 25% per rit rekent, en soms na klachten, zonder de chauffeur daarin te kennen, overgaat tot een neerwaartse bijstelling van het in rekening gebrachte bedrag; chauffeurs kunnen alleen persoonlijk gebruik maken van de app en zich dus niet vrijelijk laten vervangen. Van belang achtte de rechter voorts dat klanten wordt gevraagd de prestaties van de chauffeurs te beoordelen. Deze beoordelingen wegen mee voor de reputatiescore van de chauffeur, die tevens wordt beïnvloed door de mate van beschikbaarheid en het na aanvaarding alsnog weigeren van ritten. Chauffeurs met een lage score lopen het risico (tijdelijk) te worden uitgesloten van het platform. De rechter concludeerde:

*‘For all of these reasons, we are satisfied that the supposed passenger/driver contract is a pure fiction which bears no relation to the real dealings and relationships between the parties.*’

Gelet op art. 7:610 BW en de hiervoor omschreven holistische weging, mag mijns inziens worden aangenomen dat de Nederlandse rechter een overeenkomst tussen Uber en haar chauffeurs onder de genoemde condities als een arbeidsovereenkomst zou kwalificeren.

Bij een platform als HELPLING zien we eveneens dat de rol van het platform verder reikt dan het bij elkaar brengen van vraag naar en aanbod van arbeid, in dit geval de vraag van particulieren die op zoek zijn naar huishoudelijke hulp en het aanbod van schoonmaakhulpen. Volgens de website van Helpling is zij geen partij bij de dienstverleningsovereenkomst en treedt zij slechts op als facilitator voor opdrachten van de klant. De werkzaamheden vinden volgens Helpling als regel plaats onder het regime van de Regeling Dienstverlening aan Huis, bestemd voor werknemers die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verrichten ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie zij in dienstbetrekking staan. In de door de klant verschuldigde vergoeding is 8% vakantiebijslag, een vergoeding voor vakantiedagen en voor ziekteverzuim begrepen.

Men kan de contractuele verhoudingen gelet op de wijze van totstandkoming en uitvoering echter ook anders duiden. De overeenkomst tussen de klant en de schoonmaakhulp heeft in de praktijk nauwelijks zelfstandige betekenis. Helpling contracteert (formeel als gevolmachtigde van de schoonmaakhulp) rechtstreeks met de klant; zij bepaalt het door de klant verschuldigde tarief; deze mag annuleringen niet rechtstreeks aan de hulp doorgeven; tekortkomingen in de nakoming moeten aan de platformbeheerder worden gemeld; bevrijdende betaling door de klant kan uitsluitend geschieden aan de beheerder van het platform en op de dienstverleningsovereenkomst worden de door Helpling opgestelde arbeidsvoorwaarden van toepassing verklaard. Voorts worden dienstverleners niet zomaar toegelaten tot het platform. Zij worden gescreend en getest op kennis en ervaring voordat ze aan de slag mogen en moeten over een Verklaring omtrent Gedrag beschikken. Helpling hanteert verder een reviewsysteem, dat gebruikt wordt om de dienstverlening te verbeteren, en onderpresterende schoonmaakhulpen van het platform te weren. Aldus wordt – op afstand – toezicht gehouden op de uitoefening van de werkzaamheden.

Gelet op het vorenstaande kan op goede gronden worden verdedigd, dat tussen Helpling en de hulp een arbeidsovereenkomst tot stand komt, op grond waarvan de werknemer ter beschikking wordt gesteld van de klant om onder diens toezicht en leiding schoonmaakwerkzaamheden te verrichten, een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW derhalve (vgl. voor een alfahulp, die contracteerde met de particulier, maar in dienst werd geacht van een bemiddelende thuiszorginstelling: ECLI:NL:GHARL:2013:8304).

Van de hiervoor besproken platforms moeten worden onderscheiden platforms die er niet op gericht zijn werkenden en opdrachtgevers met elkaar in contact te brengen, maar op het tot stand brengen of leveren van bepaalde producten/goederen. Een goed voorbeeld daarvan zijn de platforms waarop de klant een maaltijd kan bestellen. De platformbeheerder schakelt koeriers in om deze producten bij de klant te bezorgen. Tussen klant en koerier is geen contractuele relatie beoogd en deze komt ook niet tot stand. Hier speelt arbeidsrechtelijk gezien slechts de vraag hoe de overeenkomst tussen de platformbeheerder en de koerier moet worden gekwalificeerd. Deze problematiek verschilt in wezen niet van de ‘normale’ afbakeningsperikelen tussen werknemerschap en (schijn)zelfstandigheid. Dat de aankoop geschiedt via een platform is van ondergeschikt belang.

Soms zal de platformbeheerder een arbeidsovereenkomst aangaan met de koerier. Soms stelt hij dat de koeriers als zzp’ers werkzaam zijn. Dit laatste speelt bijvoorbeeld bij DELIVEROO. Mijns inziens zal meestal sprake zijn van schijnzelfstandigheid. Vrije onderhandelingen over de condities waaronder de arbeid moet worden verricht, zijn niet aan de orde; de koerier dient zich te conformeren aan de door de platformbeheerder eenzijdig opgestelde voorwaarden. Voor het verrichten van de arbeid hoeft de koerier nauwelijks investeringen te doen; het bezit van een smartphone en een vervoermiddel (fiets of auto) is voldoende. Het risico van onvoldoende werk wordt voor rekening gebracht van de dienstverlener, maar dit kan ook aan de orde zijn wanneer partijen een arbeidsovereenkomst hebben gesloten (denk aan nulurencontracten). Bovendien wordt, naar ik heb vernomen, door Deliveroo over (drukke) periodes een bepaald minimuminkomen gegarandeerd. Met behulp van het klantbeoordelingsysteem kan op afstand toezicht worden gehouden op de prestaties van de koerier. Een koerier die onvoldoende beschikbaar is of slecht scoort, wordt mogelijk minder of niet meer ingeschakeld. Al deze aspecten, alsmede de maatschappelijke positie van de koeriers, wijzen erop dat geen sprake is van arbeid als zelfstandige, maar van arbeid in dienst van Deliveroo, al zal het uiteindelijk steeds afhangen van de omstandigheden in het specifieke geval (vgl. voor pakketbezorgers die in dienst werden geacht van PostNL o.a.: ECLI:NL:RBAMS:2016:152)

In sommige platforms van het hier bedoelde type is (ook) het werk zelf gedigitaliseerd. Een bekend voorbeeld is het Duitse CLICKWORKER. Dit platform biedt accounthouders de gelegenheid om op ad hoc-basis kleine taken te verrichten, zoals gegevens opzoeken en invoeren in een database. De opdracht daartoe verwerft Clickworker van diverse opdrachtgevers, zoals Honda en T-mobile. Iemand die via het platform aan de slag wil, vraagt een account aan. Zo’n account wordt niet zonder meer verleend. Voordat de accounthouders aan het werk mogen, moeten zij eerst een training volgen of een test maken. Het account is persoonlijk en niet overdraagbaar. Clickworker garandeert geen werkaanbod. De accounthouder kan reageren op projecten die door de platformbeheerder worden aangeboden. Laatstgenoemde kiest vervolgens welke accounthouders worden ingezet om het project uit te voeren. Honorering vindt pas plaats nadat het werk door Clickworker is gecontroleerd en goedgekeurd. De hoogte van de vergoeding is afhankelijk van de benodigde tijd en moeilijkheidsgraad. Op de werkenden rust een geheimhoudingsverplichting. Het auteursrecht van hun werk komt volgens de algemene voorwaarden toe aan Clickworker.

Voor zover de werkzaamheden niet van zeer marginale omvang zijn en zeer incidenteel worden verricht, kan dearbeidsrelatie die met Clickworker tot stand komt, naar mijn mening worden vergeleken met die van oproepkrachten die niet gehouden zijn gehoor te geven aan een oproep van de werkgever. Als regel nemen we aan dat in die relatie sprake is van een voorovereenkomst, op basis waarvan voor de duur van de werkzaamheden arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd ontstaan. Ik laat de complicaties die de ketenregeling van art. 7:668a BW voor deze verhouding meebrengt hier verder buiten beschouwing. Dat geldt ook voor de grensoverschrijdende aspecten van het werken via digitale platforms (zie over dat laatste: M.S. Houwerzijl, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2017/59).

**Voldoet de huidige wetgeving?**

Uit hetgeen hiervoor is overwogen, blijkt dat platformarbeid met enige goede wil inpasbaar is in het reguliere arbeidsrecht. Als de betrokkenheid van de platformbeheerder beperkt is tot het bij elkaar brengen van vraag naar en aanbod van arbeid, kan hij niet worden aangemerkt als werkgever van de werkende. Veelal zal het in deze gevallen gaan om arbeid die de werkende als zelfstandige verricht. Gaat de betrokkenheid van het platform verder, in die zin dat de arbeid wordt verricht onder de door de platformbeheerder voorgeschreven condities, dat bevrijdende betaling slechts kan plaatsvinden aan het platform en dat consequenties worden verbonden aan een slechte score op een door het platform gebruikt ratingsysteem, dan zal veelal moeten worden aangenomen dat (in ieder geval gedurende de periode dat werkzaamheden worden verricht) een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW tussen werkende en het platform bestaat. Wordt de werkende ter beschikking gesteld van de klant om onder diens leiding en toezicht werkzaam te zijn, dan zal het veelal gaan om een uitzendovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW.

Uit het vorenstaande is echter ook duidelijk geworden dat de vraag hoe de arbeidsverhouding moet worden gekwalificeerd, steeds afhankelijk is van alle omstandigheden van het concrete geval en dat de uitkomst van de rechterlijke beoordeling van de arbeidsrelatie mede als gevolg daarvan moeilijk voorspelbaar is. Vanwege hun kwetsbare positie zullen degenen die platformarbeid verrichten ook niet snel de rechter benaderen om uitsluitsel over hun rechtspositie te verkrijgen. Het betreft bovendien vaak groepen met een lage organisatiegraad. Een en ander heeft tot gevolg dat werkenden in de platformsector vaak ten onrechte de bescherming moeten ontberen die de wet aan werknemers in dienstbetrekking toekent bij arbeidsongeschiktheid, tegen willekeurige beëindiging van de arbeidsverhouding en werkloosheid. Omdat reguliere werkgevers zich wel aan een groot aantal regels (moeten) houden, kan sprake zijn van oneerlijke mededinging en ontstaat een ongelijk speelveld. Ten slotte dreigt aantasting van het draagvlak voor de sociale zekerheid.

Het regeerakkoord voorziet in een aantal maatregelen die voor een deel tegemoet komen aan de hiervoor gesignaleerde problematiek. Het voornemen om de arbeidsrelatie van zzp’ers die gedurende langere tijd of reguliere bedrijfsactiviteiten tegen een laag tarief verrichten als arbeidsovereenkomst aan te merken, zal, afhankelijk van de concrete vormgeving, ook van belang kunnen zijn voor de rechtspositie van personen die (al dan niet als schijnzelfstandige) als zzp’er worden ingezet in de platformeconomie, zoals de koeriers van Deliveroo of personen die via een platform als Temper in de horeca arbeid verrichten. Om te voorkomen dat platformwerkers desondanks tussen wal en schip vallen, kan overwogen worden ook meer specifieke regelgeving tot stand te brengen. Ik merk in dat kader op dat de huidige situatie doet denken aan de problematiek rond uitzendarbeid in de jaren zestig van de vorige eeuw. Over de aard van dergelijke arbeid bestond destijds discussie. Uitzendkrachten waren niet verplicht verzekerd voor de sociale-werknemersverzekeringen, hetgeen ertoe leidde dat uitzendarbeid goedkoper was dan reguliere arbeid. Een en ander leidde ertoe dat een groep werkgevers de randen van het recht opzocht (‘koppelbazerij’), hetgeen gepaard ging met de nodige onrust op de arbeidsmarkt. Om deze te beteugelen en de betrokken arbeidskrachten te beschermen werd in de socialezekerheidswetgeving een bijzondere gelijkstellingsbepaling opgenomen die we nog steeds aantreffen in art. 3 van het Besluit aanwijzing gevallen waarin de arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd (Stb. 1986, 655).Op grond van deze bepaling wordt als verzekeringsplichtige dienstbetrekking mede beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die persoonlijk arbeid verricht ten behoeve van een derde door tussenkomst van de natuurlijke persoon tot wie of van het lichaam tot welk de arbeidsverhouding bestaat. Door de invoering van art. 7:690 BW heeft deze bepaling aan belang ingeboet. Om duidelijkheid te verschaffen rondom platformarbeid, potentiële arbeidsmarktverstorende effecten van deze nieuwe vorm van arbeid weg te nemen en de betrokken werknemers de bescherming te bieden die bij hun kwetsbare positie past, zou een vergelijkbare gelijkstellingsbepaling kunnen worden opgenomen op grond waarvan ook arbeid door natuurlijke personen verricht door tussenkomst van een digitaal platform onder de werkingssfeer van genoemde wetten wordt gebracht.

Amsterdam, 31 oktober 2017