

255 . Een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers: een voorstel met het oog op Europeesrechtelijke houdbaarheid

MR. M.J. MICHON

Mede naar aanleiding van het rapport van de Commissie-Borstlap en de daarin voorgestelde ‘werknemer, tenzij’-benadering heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 11 november 2020 aangekondigd te zullen onderzoeken of een weerlegbaar rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers kan worden opgenomen in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Daarmee moet de kwetsbare positie van platformwerkers op de arbeidsmarkt worden versterkt. In dit artikel wordt onderzocht hoe een dergelijk rechtsvermoeden kan worden vormgegeven zodat deze Europeesrechtelijk houdbaar is en wordt een concreet rechtsvermoeden geformuleerd. De Commissie-Borstlap heeft in haar rapport namelijk aangekaart dat een rechtsvermoeden (‘werknemer, tenzij’-benadering) vanuit Europeesrechtelijk perspectief waarschijnlijk problematisch zal zijn.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Eerst wordt kort stilgestaan bij de elementen die een arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst maken. Vervolgens wordt, na duiding van de begrippen ‘platform’ en ‘platformwerker’, besproken waarom de kwalificatie van de arbeidsrelatie tussen platformwerker en platform een lastige aangelegenheid kan zijn en wat de gevolgen hiervan zijn voor platformwerkers. Daarna wordt het relevante Europeesrechtelijke toetsingskader uiteengezet en tot slot wordt dit toetsingskader gebruikt om een concreet rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers te formuleren.

Kwalificatie van de arbeidsverhouding

Uit art. 7:610 lid 1 BW volgt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst als een drietal elementen aanwezig is: i) de werknemer verricht ‘arbeid’, ii) de werkgever betaalt ‘loon’ en iii) de werknemer verricht de arbeid ‘in dienst’ van de werkgever.¹

Het begrip arbeid wordt ruim uitgelegd. Wel moet de arbeid van waarde zijn voor de werkgever. Aangenomen wordt dat de werknemer de arbeid persoonlijk moet verrichten.² Een werknemer kan zich daarom alleen laten vervangen als de werkgever daarmee instemt.³

Onder loon wordt verstaan de door de werkgever verschuldigde tegenprestatie voor de bedongen arbeid, niet zijnde pensioen.⁴

Tot slot moet sprake zijn van een gezagsrelatie tussen de werkgever en de werknemer.⁵ Dit ‘gezagscriterium’ is doorgaans het meest onderscheidende element voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁶ Zoals in de volgende paragraaf wordt toegelicht, is dit, samen met de vraag of de arbeid persoonlijk moet worden verricht, ook bij platformwerk het geval. Wanneer aan het gezagscriterium is voldaan, is in de praktijk echter vaak onduidelijk en onzeker.⁷

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen een *formeel* en *materieel* gezagscriterium. Het *materiële* gezagscriterium houdt in dat de werkgever een instructiebevoegdheid heeft ten aanzien van de inhoud van het werk.⁸

1 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/25.

2 W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate (m.m.v. R.A.A. Duk), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 5-6; S. Said, ‘Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!’, *ArA* 2017/1.2, p.60-65.

3 Art. 7:659 BW.

4 W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate (m.m.v. R.A.A. Duk), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 7-8.

5 Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/20.

6 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020 ECLI:NL:HR:2020:1746, par. 9.3.

7 J.H. Bennaars, ‘De kwalificatie van de platformwerker: de gezagsverhouding naar een nieuw “level”?’; in: M.S. Houwerzijl, S.H.M. Montebovi & N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming (Monografieën Sociaal Recht nr. 78)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 3.4.5; S.J. Kremer, ‘Weg met het gezagscriterium, een pleidooi voor (on) afhankelijkheid’, *TvAO* 2019/1, p. 52.

8 Zie voor een uitgebreid overzicht van omstandigheden die wijzen op materiaal gezag P. Kruit & M. Ouwehand, ‘Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet’, *TRA* 2018/58, p. 19; W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate (m.m.v. R.A.A. Duk), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 11.

Aanvankelijk legden rechters het gezagscriterium vooral uit aan de hand van dit materiële gezagscriterium.⁹ Werknemers worden echter over het algemeen steeds zelfstandiger in de uitvoering van hun werkzaamheden.¹⁰ Omdat ook bij een overeenkomst van opdracht of bij aanneming van werk sprake is van een zekere gezagsrelatie, is het daarom vaak moeilijk om te bepalen of sprake is van een gezagsrelatie. Daarnaast kunnen bij eenvoudig werk het werk en de werkwijze van tevoren gedetailleerd worden afgebakend en vastgelegd in de overeenkomst, waardoor geen nadere instructies nodig zijn.¹¹ Daar komt ook nog bij dat gezag op een groot aantal manieren kan worden uitgeoefend. Beoordeling is daarom sterk casuïstisch.¹²

In de literatuur wordt met het oog op het bovenstaande bepleit de gezagsrelatie voornamelijk te beoordelen aan de hand van het *formele* gezagscriterium.¹³ Het formele gezagscriterium ziet op de organisatorische inbedding van de werkende in de organisatie van de werkgever.¹⁴ Van een formele gezagsverhouding zal in beginsel sprake zijn als de werkende werkzaamheden verricht die behoren tot de kernactiviteiten van een bedrijf.¹⁵ Daarbij zou dan oog moeten zijn voor de economische realiteit. Loopt de werkende geen zelfstandig financieel risico dat een ondernemer wel zou lopen bij het uitoefenen van zijn werkzaamheden binnen de organisatie waar hij werkt, dan zal snel sprake zijn van werknemerschap, zo stelt bijvoorbeeld Verhulp.¹⁶ Met een grotere nadruk op het formele gezagscriterium zou ook

worden aangesloten bij de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: 'Hof').¹⁷

Samen met de casuïstische benadering van het kwalificatievraagstuk zorgen de bijzondere kenmerken van platformarbeid ervoor dat een traditionele benaderingswijze voor de kwalificatievraag tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid onder platformwerkers leidt

Zijn de elementen arbeid, loon en gezag aanwezig, dan is dus sprake van een arbeidsovereenkomst. Platforms behandelen platformwerkers doorgaans echter niet als werknemers maar als zelfstandigen, ook al wijzen de elementen op werknemerschap. Zo gaan de door platforms gehanteerde algemene voorwaarden vrijwel allemaal uit van een overeenkomst van opdracht.¹⁸ Ook bij een overeenkomst van opdracht is de opdrachtgever namelijk bevoegd om zekere instructies te geven aan de opdrachtnemer en is dus sprake van een zekere gezagsrelatie.¹⁹ Dit brengt mee dat het lastig kan zijn om vast te stellen wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst en wanneer van een overeenkomst van opdracht.

Kwalificatie van platformwerk

Samen met de casuïstische benadering van het kwalificatievraagstuk zorgen de bijzondere kenmerken van platformarbeid ervoor dat een traditionele benaderingswijze voor de kwalificatievraag tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid onder platformwerkers leidt. Gezien het op zelfstandigen ingerichte bedrijfsmodel van platforms, is het niet onwaar-

9 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020 ECLI:NL:HR:2020:1746, par. 9.32.

10 P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid', *NJB* 1997/40, p. 1840; J.P.H. Zwemmer, 'Onduidelijkheden gezagscriterium bij kwalificatie arbeidsovereenkomst' (Position paper op verzoek ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 24 augustus 2018), 2018, p. 3.

11 J.P.H. Zwemmer, 'Onduidelijkheden gezagscriterium bij kwalificatie arbeidsovereenkomst' (Position paper op verzoek ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 24 augustus 2018), 2018, p. 5.

12 J.H. Bennaars, 'Verduidelijken gezagscriterium' (Position paper op verzoek ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 24 augustus 2018), 2018, p. 4.

13 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020 ECLI:NL:HR:2020:1746, par. 9.32; A.R. Houweling e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 145; E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', par. 4, in: L.J.A. Holtus (red.), *Deining*, Den Haag: Sdu 2019, p. 259-260.

14 A.R. Houweling e.a. (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 144 e.v.

15 *Eindrapport Commissie (Model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA (Commissie-Boot)* 2016, p. 32; Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020 (Bijlage 921039 bij *Kamerstuk II* 2019/20, 29544, nr. A), p. 70.

Zie voor een uitgebreid overzicht van omstandigheden die wijzen op formeel gezag ook P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58, p. 19.

16 Zie E. Verhulp, 'Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst' (Position paper op verzoek ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 24 augustus 2018), 2018, p. 4.

17 Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020 (Bijlage 921039 bij *Kamerstuk II* 2019/20, 29544, nr. A), p. 70.

18 Sinds het recente arrest van de Hoge Raad in *X/Amsterdam* geldt wel dat bij de juridische kwalificatie van de gesloten overeenkomst de bedoeling van partijen om de overeenkomst al dan niet onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen, er niet toe doet. Getoetst moet enkel worden aan de feitelijke uitvoering van de overeenkomst en de maatschappelijke positie van partijen. Zoals in de volgende paragraaf zal worden besproken, leidt de wijze waarop de arbeidsrelatie feitelijke wordt ingevuld bij platformwerkers vaak tot onduidelijkheid over de kwalificatie van de arbeidsverhouding.

Zie HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *JAR* 2020/287 (*X/Amsterdam*), m.nt. S. Said, r.o. 3.2.2; P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58, p. 14-15; J.H. Bennaars, 'Holistische duiding van de arbeidsrelatie maakt het platformeconomie moeilijk', in: ESB-dossier Digitale platformen, 20 december 2018.

19 Art. 7:402 lid 1 BW. Deze aanwijzingen moeten tijdig zijn verleend en verantwoord zijn en dienen beperkt te zijn tot aanwijzingen in het kader van de opdracht. A.G. Castermans & H.B. Krans, commentaar op art. 7:402 BW, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (online, bijgewerkt t/m 15 februari 2021), aant. 2.

schijnlijk dat platforms ook in de toekomst zullen blijven proberen om de arbeidsverhouding met platformwerkers zo veel mogelijk op de huidige manier vorm te geven. Hierdoor zullen platformwerkers verstoken blijven van arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke bescherming.²⁰ Wat de bijzondere kenmerken van platformarbeid precies zijn en waarom platformwerkers juist gebaat zouden zijn bij arbeids- en socialezekerheidsrechtelijke bescherming, wordt in deze paragraaf besproken. Allereerst wordt, ook met het oog op de afbakening van het te formuleren rechtsvermoeden, stilgestaan bij de vraag wat moet worden verstaan onder de begrippen ‘platform’ en ‘platformwerker’.

De vraag welke platforms onder het rechtsvermoeden vallen is uiteraard van belang. Als er te snel discussie mogelijk is over de vraag of het platform onder de werkingsfeer van het rechtsvermoeden valt, zal dit afdoen aan de bescherming van het rechtsvermoeden.²¹ Een brede definitie van het begrip platform lijkt mij daarom geschikt. Het zal daarmee immers aan de platforms zijn om het tegendeel te bewijzen, waardoor de bescherming die uitgaat van het rechtsvermoeden niet wordt ondergraven.

Concreet zal het rechtsvermoeden relevant zijn voor ‘werkplatforms’.²² Deze platforms faciliteren het verrichten van diensten, waarbij tegen betaling derden worden ingeschakeld door het platform of door klanten voor het verrichten van deze diensten.²³ Voorbeelden zijn platforms zoals Deliveroo, Uber en Helpling. De derden die worden ingeschakeld om arbeid te verrichten bij deze platforms zijn ‘platformwerkers’.

In Nederland is in vier zaken uitspraak gedaan over de vraag of platformwerkers een arbeidsovereenkomst hadden met het platform waarvoor zij werkten. Dit betreft twee zaken aangespannen tegen Deliveroo, een zaak tegen Helpling en een zaak tegen Uber.²⁴

Een uitvoerige bespreking van deze zaken gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten. Onderstaande analyse is echter wel gebaseerd op de hiervoor genoemde uitspraken en daaraan gerelateerde literatuur. Uit deze uitspraken en literatuur volgt dat de gezagsrelatie en de vrije vervangingsmogelijkheid in de praktijk de meeste discussie opleveren.²⁵

Gezagsrelatie

Het vaststellen van een gezagsrelatie bij platformwerkers kan in het bijzonder lastig zijn, omdat de wijze waarop gezag wordt uitgeoefend bij platformwerk vaak anders is dan bij traditionele arbeid.²⁶ Zo is de ondergeschiktheid van de platformwerker aan het platform moeilijk vast te stellen, omdat de instructiebevoegdheid van het platform wegens een gebrek aan traditionele leiding en toezicht op de platformwerker beperkt is.²⁷ Taken die anders bij leidinggeven zouden liggen worden nu uitgevoerd door geautomatiseerde systemen.²⁸ Ook is het werk vaak op een dusdanige manier opgeknippt en vormgegeven dat er weinig instructies te geven zijn. De enige instructies die dan nog gegeven worden – zoals de verrichten taak, de te rijden route of de taakverdeling –, worden dan ook nog vaak door algoritmes gegeven.²⁹ Daarnaast is de instructiebevoegdheid soms ook indirect vormgegeven door middel van een belonings- of waarderingssysteem, waarbij het doen van veel klussen

20 Zie voor een uitgebreid overzicht van de bescherming waarop platformwerkers wel en geen aanspraak maken R.F. Hoekstra, *Naar een normalisering van platformwerk? Onderzoek naar de aard van werk in de platformeconomie en de wenselijkheid van bijzondere regulering hiervan* (Onderzoek in opdracht van de Nederlandse sociaaldemocratische fractie in het Europees Parlement), 2019, p. 24-57.

21 Zie ook F.G. Laagland, ‘De mist trekt op: platformwerk toont zijn ware gezicht’, *TRA* 2021/63.

22 Zoals bestempeld in o.a. J.H. Bennaars, ‘Holistische duiding van de arbeidsrelatie maakt het platformeconomie moeilijk’, in: ESB-dossier Digitale platformen, 20 december 2018; *Hoe werkt de platformeconomie* 2020, p. 17. Zie voor een bespreking van de verschillende categorieën waarin werkplatforms kunnen worden ingedeeld T.F.E. Tjong Tjin Tai & J.M. van Slooten, ‘Platformarbeid en privacyrecht’, in: M.S. Houwerzijl, S.H.M. Montebovi & N. Zekić (red.), *Platformisering, algoritmisering en sociale bescherming* (Monografieën Sociaal Recht nr. 78), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 6.3.

23 Het rechtsvermoeden is dus niet relevant voor typische ‘deeleconomie’-platforms, zoals AirBnB, waar geen arbeid wordt verricht door een derde, maar het de gebruikers zelf zijn die hun goederen ter beschikking stellen aan andere partijen via het platform. R.F. Hoekstra, *Naar een normalisering van platformwerk? Onderzoek naar de aard van werk in de platformeconomie en de wenselijkheid van bijzondere regulering hiervan* (Onderzoek in opdracht van de Nederlandse sociaaldemocratische fractie in het Europees Parlement), 2019, p. 12; J.H. Bennaars, ‘Holistische duiding van de arbeidsrelatie maakt het platformeconomie moeilijk’, in: ESB-dossier Digitale platformen, 20 december 2018.

24 Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo I*); Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo II*); Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*Uber*); Hof Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741 (*Helpling*).

25 Zie voor een uitgebreider overzicht van aspecten R.F. Hoekstra, *Naar een normalisering van platformwerk? Onderzoek naar de aard van werk in de platformeconomie en de wenselijkheid van bijzondere regulering hiervan* (Onderzoek in opdracht van de Nederlandse sociaaldemocratische fractie in het Europees Parlement), 2019, p. 26-29.

26 J. Klooststra, ‘Platformarbeid: bezorger van hoofdbreken’, *AA* 2019/4, p. 290.

27 E.M. Bevers, *Platformarbeid*, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 januari 2021), par. 10.4.3.

28 J. Klooststra, ‘Ondergeschikt aan het algoritme’, *TRA* 2020/71, p. 12.

29 De rechtbank Amsterdam spreekt in *Uber* van een ‘moderne gezagsrelatie’. Zie Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*Uber*), r.o. 26 en 28. Zie verder Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel en J.M. van Slooten (*Deliveroo I*), r.o. 19; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo II*), r.o. 3.9.8; *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland* (SEO-rapport 2018-30 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Amsterdam: SEO 2018, p. 42; J. Klooststra, ‘Ondergeschikt aan het algoritme’, *TRA* 2020/71, p. 13.

wordt beloond.³⁰ De vraag is of deze (indirecte) digitale en algoritmische ‘nudges’ op gezag wijzen.³¹ Relevant is verder dat platformwerkers vaak zelf besluiten wanneer zij willen werken en het hen in principe vaak vrij staat om ander werk te verrichten, ook als dit voor concurrerende platforms is.³² Daar staat weer tegenover dat de werkzaamheden van platformwerkers ogenschijnlijk vaak de kernactiviteit van de bedrijfsvoering van het platform betreffen.³³

Veel platformwerkers kunnen namelijk worden bestempeld als ‘kwetsbare’ werkenden

Ten slotte bepalen platforms vaak het tarief en de voorwaarden en regelen zij de betaling door de klant en aan de platformwerker.³⁴ Dit wijst erop dat platformwerkers weinig of geen onderhandelingsvrijheid hebben, waardoor platformwerkers een belangrijke ondernemersvrijheid missen.³⁵

Vrije vervanging

Een tweede aspect van platformwerk is dat vaak niet is vereist dat de platformwerker het werk zelf verricht. Platformwerkers kunnen zich in meer of mindere mate ‘vrijelijk’ laten vervangen, hetgeen niet strookt met de opvatting dat een werknemer de arbeid persoonlijk moet verrichten.³⁶ In *Deliveroo I* overwoog de kantonrechter dat de ruime

vervangingsmogelijkheid wees op een overeenkomst van opdracht, terwijl het hof in *Deliveroo II* oordeelde dat de ruime vervangingsmogelijkheid niet in de weg stond aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst.³⁷

Mede naar aanleiding van deze uitspraken is in de literatuur en door advocaat-generaal De Bock in haar conclusie bij *X/Amsterdam* voorgesteld om minder belang te hechten aan het vereiste dat de arbeid persoonlijk moet worden verricht. Enkel als een ‘vrije vervangingsclausule’ ertoe leidt dat een werkende structureel anderen inhuurt om zijn werk te verrichten zou dit in de weg moeten staan aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst. De werkende zal dan namelijk zelf gezag uitoefenen over degenen die hij inhuurt, waardoor het niet meer de oorspronkelijke werkverschaffer is die dit gezag uitoefent. De werkende voert dan als het ware zelf een onderneming, hetgeen wijst op zelfstandig ondernemerschap.³⁸

Platformwerk: kwetsbaar werk

Hoewel de bijzondere kenmerken van platformwerk ook voordelen voor platformwerkers meebrengen, zoals (een zekere) autonomie en fiscale voordelen, is het ontbreken van arbeidsrechtelijke- en socialezekerheidsrechtelijke bescherming als gevolg van onduidelijkheid rondom de kwalificatie wegens de aard van platformwerk voor platformwerkers extra problematisch. Veel platformwerkers kunnen namelijk worden bestempeld als ‘kwetsbare’ werkenden.³⁹ Platformwerkers, met name die aan de basis van de arbeidsmarkt, hebben veelal een relatief laag inkomen, waardoor zelfstandige platformwerkers, ondanks een zekere autonomie over wanneer (niet) gewerkt wordt, veel uren moeten werken om een minimuminkomen te verdienen, terwijl veel arbeidsrechtelijke bescherming, zoals bijvoor-

30 Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*Uber*), r.o. 29; J.H. Bennaars, ‘Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja’, *ArbeidsRecht* 2018/28, p. 12-13.

31 B. Bierens e.a., *Onderneming en digitalisering (Onderneming en recht nr. 116) (Congresbundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 6.5; J. Klooststra, ‘Ondergeschikt aan het algoritme’, *TRA* 2020/71, p. 16; *Hoe werkt de platformeconomie* 2020, p. 95. Zie ook Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel en J.M. van Slooten (*Deliveroo I*); S. Said, annotatie bij ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JIN* 2018/152 (*Deliveroo I*).

32 J. Klooststra, ‘Platformarbeid: bezorger van hoofdbrekens’, *AA* 2019/4, p. 290; Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel en J.M. van Slooten (*Deliveroo I*), r.o. 24; E.M. Bevers, ‘Platformarbeid’, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 januari 2021), par. 10.4.3.

33 R.F. Hoekstra, *Naar een normalisering van platformwerk? Onderzoek naar de aard van werk in de platformeconomie en de wenselijkheid van bijzondere regulering hiervan* (Onderzoek in opdracht van de Nederlandse sociaaldemocratische fractie in het Europees Parlement), 2019, p. 28; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo II*), r.o. 3.9.5; Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*Uber*), r.o. 20.

34 Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (*Uber*), r.o. 23 en 27-28; E.M. Bevers, ‘Platformarbeid’, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 januari 2021), par. 10.4.2.

35 J.H. Bennaars, ‘Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja’, *ArbeidsRecht* 2018/28, p. 12-13.

36 J. Klooststra, ‘Platformarbeid: bezorger van hoofdbrekens’, *AA* 2019/4, p. 290; J.H. Bennaars, ‘Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja’, *ArbeidsRecht* 2018/28, p. 12-13.

37 P.R. Bartsens, ‘Annotatie – ‘Vrije vervanging’ en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid (Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, *Deliveroo-II*)’, *TAO* 2019/1, p. 8-9.

38 P.R. Bartsens, ‘Annotatie – ‘Vrije vervanging’ en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid (Rb. Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, *Deliveroo-II*)’, *TAO* 2019/1, p. 14-15; concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020 ECLI:NL:HR:2020:1746, par. 9.64-9.68. Deze benadering sluit ook aan bij Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686 (*Post NL*) en HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (*Yodel*), r.o. 45.

39 Zoals gedefinieerd door de International Labour Organization. Zie International Labour Organization, *Non-Standard Employment Around the World. Understanding challenges, shaping prospects*, Geneva: ILO, 2016, p. 18. Zie *Hoe werkt de platformeconomie* (SER-verkenning 20/09 van oktober 2020 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2020, p. 125; *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland* (SEO-rapport 2018-30 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Amsterdam: SEO 2018, p. vi, 67-70.

beeld de Arbeidstijdenwet, niet van toepassing is.⁴⁰ Ook bestaat veel baanonzekerheid en rechtspositionele onzekerheid onder platformwerkers die als zelfstandigen worden aangemerkt.⁴¹ Platforms zorgen daarnaast niet altijd voor een (verkeers)ongevallenverzekering en platformwerkers regelen zelf vaak ook geen aansprakelijkheidsverzekering of eigen voorzieningen voor werkloosheid of arbeidsongeschiktheid, terwijl een groot deel van hen actief is in sectoren met relatief hoge veiligheidsrisico's.⁴²

Deze kwetsbaarheid kan tot armoede leiden.⁴³ Platformwerkers zouden daarom juist bij uitstek baat hebben bij de arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke bescherming die zij nu vaak moeten ontberen. Omdat deze bescherming veelal gerelateerd is aan het hebben van een arbeidsovereenkomst, kan deze bescherming worden bewerkstelligd door een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers in te voeren. Hoe een dergelijk rechtsvermoeden kan worden vormgegeven is het onderwerp van de volgende twee paragrafen.

Europeesrechtelijk toetsingskader voor een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers

In het rapport van de Commissie-Borstlap wordt opgemerkt dat een 'werknemer, tenzij'-benadering – in feite een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst – vanuit Europeesrechtelijk perspectief problematisch kan zijn.⁴⁴ Zoals hieronder wordt toegelicht, heeft dit te maken met de rechtvaardigingstoetsen voor beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten.

Een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers kan de uitoefening van de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) en het vrij verkeer van diensten

(art. 56 VWEU) beperken. Als een onderdaan van een lidstaat zich duurzaam in Nederland vestigt en hier een zelfstandige platformwerker wordt of hier tijdelijk als zelfstandige platformwerker gaat verrichten, oefent hij zijn vrijheid van vestiging of zijn recht op vrij verkeer van diensten uit. Het rechtsvermoeden maakt de uitoefening van deze economische activiteit als zelfstandige moeilijker als voor deze uitoefening in beginsel verplicht een arbeidsovereenkomst geldt tussen de platformwerker en het online platform.

In Richtlijn 2006/123/EG (hierna: 'Dienstenrichtlijn') is nader uitgewerkt aan welke vormen van overheidstoezicht – ook wel 'eisen' genoemd – onderdanen van lidstaten die zich (willen) vestigen of diensten (willen) verlenen in een andere lidstaat, niet kunnen worden onderworpen als zij in deze andere lidstaat activiteiten (willen) verrichten die onder de werking van de richtlijn vallen.⁴⁵

Een wettelijk rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers is een 'eis' in de zin van art. 4 lid 7 Dienstenrichtlijn en een (groot) deel van typisch platformwerk bestaat uit diensten die op grond van art. 2 Dienstenrichtlijn onder de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn vallen. Wil men één rechtsvermoeden voor alle platformwerkers invoeren, dan moeten de toepasselijke, in de Dienstenrichtlijn opgenomen rechtvaardigingstoetsen worden doorstaan door het rechtsvermoeden.

Concreet betekent dit dat de beperkende maatregel niet-discriminatoir op grond van nationaliteit mag zijn, een dwingende reden van algemeen belang moet dienen, geschikt dient te zijn om het nagestreefde doel te bereiken en 'noodzakelijk' moet zijn, hetgeen betekent dat de maatregel niet verder mag gaan dan nodig is om zijn doel te bereiken.⁴⁶

Voor eisen die de vrijheid van vestiging beperken, is deze rechtvaardigingstoets neergelegd in art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn.⁴⁷ Voor eisen die het vrij verkeer van diensten beperken volgt uit de in art. 16 lid 3 Dienstenrichtlijn neergelegde rechtvaardigingstoets echter dat de inbreukmakende eis alleen een dwingende reden van algemeen belang dient als de beperking is gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu. Anders dan in art. 15 lid 3, is dit een limitatieve opsomming.

Op een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers zijn de rechtvaardigingstoetsen van beide artikelen van toepassing. Uit art. 16 lid 2 sub d Dienstenrichtlijn volgt namelijk dat lidstaten in principe geen eisen mogen stellen die een specifieke contractuele regeling tussen de dienstverrichter en de afnemer verplicht, waardoor het verrichten van diensten door zelfstandigen wordt verhin-

40 Hoe werkt de platformeconomie (SER-verkenning 20/09 van oktober 2020 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SER 2020, p. 161; *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland* (SEO-rapport 2018-30 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Amsterdam: SEO 2018, p. 67; R.F. Hoekstra, *Naar een normalisering van platformwerk? Onderzoek naar de aard van werk in de platformeconomie en de wenselijkheid van bijzondere regulering hiervan* (Onderzoek in opdracht van de Nederlandse sociaaldemocratische fractie in het Europees Parlement), 2019, p. 37.

41 *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland* (SEO-rapport 2018-30 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Amsterdam: SEO 2018, p. vi.

42 Er bestaat momenteel geen verzekeringsplicht voor verkeersongevallen van zzp'ers. Zie HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267, JAR 2021/247. Zie verder *De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland* (SEO-rapport 2018-30 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Amsterdam: SEO 2018, p. vi en 67; R.F. Hoekstra, *Naar een normalisering van platformwerk? Onderzoek naar de aard van werk in de platformeconomie en de wenselijkheid van bijzondere regulering hiervan* (Onderzoek in opdracht van de Nederlandse sociaaldemocratische fractie in het Europees Parlement), 2019, p. 36.

43 T. Hartlief, 'Arbeidsovereenkomst! Of toch niet?', *NJB* 2021/650, afl. 9, p. 669.

44 Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020 (Bijlage 921039 bij Kamerstuk II 2019/20, 29544, nr. A), p. 70-71.

45 Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn).

46 Zie met betrekking tot de vrijheid van vestiging HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*), r.o. 37 en met betrekking tot het vrij verkeer van diensten HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 (*Viking*); HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (*Laval*).

47 Zie art. 4 lid 8 Richtlijn 2006/123/EG (Dienstenrichtlijn) voor de definitie van het begrip 'algemeen belang'.

dert of beperkt.⁴⁸ Dit gaat onder andere over het geval dat ‘een lidstaat de mogelijkheid om bepaalde diensten als zelfstandige te verrichten bij wet zou verbieden, bijvoorbeeld door te eisen dat zij altijd worden uitgevoerd in het kader van een arbeidsrelatie.’⁴⁹ Een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers is een dergelijke eis – hoewel een mogelijkheid tot weerlegging bestaat – en zal het vrij verkeer van diensten dan ook beperken en op grond van art. 16 lid 1 en 3 Dienstenrichtlijn gerechtvaardigd moeten worden.

Hoewel de eis die een bepaalde contractuele vorm voorschrijft voor de arbeidsverhouding tussen platform en platformwerker niet in art. 15 Dienstenrichtlijn wordt genoemd, beperkt, zoals uiteengezet, een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst wel de vrijheid van vestiging van zelfstandige platformwerkers uit andere lidstaten. Omdat de expliciet genoemde eisen in art. 15 geen limitatieve lijst van eisen vormen die de vrijheid van vestiging kunnen beperken, maar slechts een codificatie van de bestaande jurisprudentie van het Hof zijn, moet ook de voor de vrijheid van vestiging geldende rechtvaardigingstoets van art. 15 Dienstenrichtlijn worden doorstaan.⁵⁰

Een concreet toetsingskader

Omdat de toetsen uit beide artikelen op de invulling van de legitieme doelstelling na gelijk zijn, wordt in de volgende paragraaf getoetst of i) het aannemelijk is dat een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers gerechtvaardigd kan worden door één van de in art. 16 Dienstenrichtlijn limitatief opgesomde legitieme doelstellingen en ii) of en hoe het rechtsvermoeden zo kan worden vormgegeven dat dit als geschikt en noodzakelijk moet worden beschouwd om deze legitieme doelstelling te bereiken.⁵¹

Toetsing van een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers

Legitieme doelstelling

De eerste vraag is dus of een rechtsvermoeden één van de vier in art. 16 lid 3 Dienstenrichtlijn genoemde legitieme doelstellingen kan dienen. Concreet betekent dit dat moet worden getoetst of het rechtsvermoeden het belang van de openbare orde dient. Het ligt namelijk niet voor de hand

dat het belang van het rechtsvermoeden is gelegen in doelstellingen van openbare veiligheid, volksgezondheid of bescherming van het milieu.

Bij de interpretatie van de in art. 16 lid 3 Dienstenrichtlijn genoemde doelstellingen dient te worden aangesloten bij de uitleg van de gelijkkluidende begrippen in art. 52 VWEU.⁵² Lidstaten kunnen deze begrippen niet zelf invullen en de begrippen moeten strikt worden opgevat.⁵³ Daarnaast is het vaste rechtspraak dat alleen een beroep kan worden gedaan op de openbare orde indien een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging bestaat die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.⁵⁴

Ter invulling van dit vereiste kan worden voortgebouwd op de redenering van het kabinet in de concept-memorie van toelichting Wetsvoorstel minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring. Met dit uiteindelijk ingetrokken wetsvoorstel beoogde het kabinet onder andere een wettelijk minimumtarief voor zelfstandigen vast te leggen. Het doel van het minimumtarief was om kwetsbare zelfstandigen te beschermen tegen ‘sociale dumping’ en armoede.⁵⁵ In de memorie van toelichting stelde het kabinet dat het bestrijden van armoede onder kwetsbare zelfstandigen als maatregel ter bescherming van de menselijke waardigheid moest worden gezien. Bescherming van de menselijke waardigheid kan volgens het Hof namelijk onder het begrip openbare orde vallen, waardoor sprake zou zijn van een in art. 16 lid 3 Dienstenrichtlijn genoemde dwingende reden van algemeen belang.⁵⁶

Dit onderbouwt de regering door te verwijzen naar art. 151 lid 1 VWEU en art. 153 lid 1 sub k VWEU, waarin de verbetering van de levensomstandigheden, arbeidsvoorwaarden en sociale bescherming en de modernisering van de sociale stelsels van de lidstaten zijn erkend als gewichtige Europeesrechtelijke belangen.⁵⁷ Ook zou deze interpretatie van het begrip openbare orde aansluiten bij de Sociale Pijler, welke de positie van kwetsbare werknemers en zelfstandigen beoogt te verbeteren.⁵⁸

Armoede en de gevolgen daarvan kunnen bij uitstek afbreuk doen aan de menselijke waardigheid

48 Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, 2007, p. 40.

49 Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, 2007, p. 41.

50 Zie M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland: De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 312-313.

51 Aan de voorwaarde dat de beperking van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten non-discriminatoir moet zijn zal ook worden voldaan. Het rechtsvermoeden zal namelijk gelden voor alle platformwerkers en is daarom niet-discriminatoir.

52 M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland: De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 325.

53 HvJ EG 29 april 2004, C-476/01, ECLI:EU:C:2004:261, r.o. 72. M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland: De gevolgen van richtlijn 2006/123/EG voor de nationale rechtsorde vanuit Europees perspectief* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 325.

54 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 6 februari 2014, C-509/12, ECLI:EU:C:2014:54.

55 Concept-MvT Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring, p. 9 en 27; Brief van de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 15 juni 2020, 2020-0000083216, p. 5.

56 HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega-Spielhallen*).

57 Concept-MvT Wet minimumtarief zelfstandigen en zelfstandigenverklaring, p. 27.

58 Zie art. 12 en 14 Interinstitutionele proclamatie betreffende de Europese pijler van sociale rechten (2017/C 428/09).

Zoals eerder aan bod kwam, kunnen zelfstandige platformwerkers als kwetsbare werkenden worden bestempeld. Bovenstaande argumentatie zou dan ook als grondslag kunnen dienen voor een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers. Laagland acht het niet onaannemelijk dat een dergelijke argumentatie, ondanks de strikte uitleg van het begrip openbare orde, stand zal houden, omdat een menswaardig bestaan volgens haar een bestaan zonder armoede omvat.⁵⁹

Ik deel deze mening. Armoede en de gevolgen daarvan kunnen bij uitstek afbreuk doen aan de menselijke waardigheid.⁶⁰ Ook de sociaaleconomische rechten uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens beogen bescherming te bieden tegen armoede en de gevolgen daarvan.⁶¹ Het lijkt mij daarom niet geheel onwaarschijnlijk dat het Hof, mocht het zo ver komen, de bestrijding van armoede onder een kwetsbare groep zoals platformwerkers onder de reikwijdte van het begrip openbare orde zal scharen. Om hier enige zekerheid over te creëren kan in overleg worden getreden met de Europese Commissie over de Europeesrechtelijke houdbaarheid van deze benadering, hoewel sommige auteurs menen dat daar niet veel van mag worden verwacht.⁶²

Mocht het tot een wetsvoorstel komen, dan verdient het in ieder geval aanbeveling om in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel de kwetsbare positie van platformwerkers te benadrukken en duidelijk toe te lichten dat het rechtsvermoeden is bedoeld om armoede onder platformwerkers te bestrijden.

Geschied en noodzakelijk

Vervolgens is de vraag of en hoe het rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers kan worden vormgegeven zodat aan de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets wordt voldaan.

De geschiktheid van het rechtsvermoeden zal waarschijnlijk buiten kijf staan. Immers, door het rechtsvermoeden zullen platformwerkers als werknemer moeten worden beschouwd. Zij hebben dan meer arbeidsrechtelijke en sociaalezekerheidsrechtelijke bescherming, waardoor ze minder snel in armoede zullen vervallen. De doelstelling van het rechtsvermoeden wordt daarmee bereikt.

Belangrijker is de vraag of het rechtsvermoeden noodzakelijk is. Zo volgt uit het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn dat er een sterke veronderstelling is dat 'eisen' die onder art. 16 lid 2 Dienstenrichtlijn vallen, zoals een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst, 'niet kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op een van de vier doelen van algemeen belang van artikel 16, lid 3, omdat zij in het algemeen onevenredig zijn'.⁶³

Het bestaande rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst van art. 7:610a BW biedt in ieder geval onvoldoende bescherming aan platformwerkers. Onder dit rechtsvermoeden moet een platformwerker als werknemer worden beschouwd als hij gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht. Vanwege de autonomie van platformwerkers over wanneer en hoeveel zij werken en het feit dat voor ongeveer een derde van de platformwerkers het platformwerk een bijbaan is, zal lang niet altijd aan de vereisten van art. 7:610a BW zijn voldaan.⁶⁴ Daarnaast is het onder dit rechtsvermoeden aan de werkende om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁶⁵ De digitale infrastructuur van platforms is dusdanig complex dat deze een disbalans tussen de bewijsposities van platformwerker en platform oplevert, hetgeen het voor platformwerkers (erg) lastig maakt om aan het nodige bewijs te komen.⁶⁶ Enkel het platform is namelijk als intermediair van gebruikers en als beheerder van de digitale infrastructuur in staat om al het nodige bewijs te leveren om te kunnen bewijzen dat wel of geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁶⁷ Deze buitengewoon ongelijke verhouding tussen platformwerker en platform maakt een omkering van de bewijslast door middel van een apart weerlegbaar rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers noodzakelijk.

Daarnaast is de reikwijdte van het rechtsvermoeden beperkt tot platformwerkers – een afgebakende groep kwetsbare werkenden. De Europese vrijheden worden daardoor alleen in deze sector beperkt. De ingrijpendheid van de maatregel is daarmee beperkt en het is daarom waarschijnlijker dan bij een algemene 'werknemer, tenzij'-benadering – zoals de

59 F. Laagland, 'Bindende minimumtarieven voor echte zelfstandigen: een analyse van Nederlands en Europees recht. HvJ EU 4 juli 2019, C-377/17, ECLI:EU:C:2019 (Commissie/Duitsland)', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2020/3, nr. 2, p. 39.

60 A. Sengupta, 'Poverty Eradication and Human Rights', in: T. Pogge (red.), *Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor?*, New York: Oxford University Press Inc. 2007, p. 324.

61 Zie art. 22-25 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.

62 E.J.W. Heihuis, 'Rapport Commissie-Borstlap – zzp'er of werknemer, het blijft worstelen', *NDFR* 2020/800. Zie anders A.R. Houweling, 'Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap): iemand moet hardop zeggen wat we niet willen horen (maar stiekem allang wisten)', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2020/14, nr. 2, p. 14. Zie ook Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020 (Bijlage 921039 bij Kamerstuk II 2019/20, 29 544, nr. A), p. 71.

63 Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, 2007, p. 40.

64 S.E. Verbiest, H.A. van de Ven & R.E.C. van den Bergh, *Platformarbeid in kaart brengen. Een verkennend onderzoek uitgevoerd binnen het Kennisinvesteringsprogramma Future of Work 2019-2020* (TNO-verkenning 2020), Leiden: 2020, p. 13. Dit was bijvoorbeeld het geval in Rb. Amsterdam 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183, *JAR* 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel en J.M. van Slooten (*Deliveroo* I), r.o. 8.

65 W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate (m.m.v. R.A.A. Duk), *Arbeids-overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 12-13.

66 J. Klooststra, 'Ondergeschikt aan het algoritme', *TRA* 2020/71, p. 17.

67 M. Risak, 'Fair Working Conditions for Platform Workers Possible Regulatory Approaches at the EU Level', *Friedrich-EbertStiftung* 2017, p. 14.

SER in haar recente advies voorstelt⁶⁸ – dat deze als noodzakelijk moet worden beschouwd.⁶⁹

Ook het feit dat de Europese sociale partners een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers overwegen als maatregel om de werkomstandigheden van platformwerkers te verbeteren kan een aanwijzing zijn dat op Europees niveau wordt gedacht dat een dergelijke maatregel Europeesrechtelijk houdbaar is.⁷⁰ Een rechtsinstrument op Europees niveau zou ook afgewacht kunnen worden, maar de vraag is hoelang het nog duurt voordat dit instrument definitief is en geïmplementeerd zal zijn. Tot die tijd kan een nationaal rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers zoals de minister dat momenteel onderzoekt⁷¹ in ieder geval een passende maatregel zijn.

Het noodzakelijkheidsvereiste brengt verder mee dat het zo makkelijk mogelijk moet zijn om het rechtsvermoeden te weerleggen, daar waar daadwerkelijk als zelfstandige wordt gewerkt door platformwerkers.⁷² Het Hof heeft eerder namelijk al eens geoordeeld dat een Franse regel op grond waarvan werd vermoed dat artiesten een dienstbetrekking hadden en welke moeilijk was te weerleggen, in strijd was met het vrij verkeer van diensten.⁷³ Het is daarom van belang de juiste kenmerken van platformwerk in het rechtsvermoeden te betrekken.

In dat kader kan allereerst inspiratie worden ontleend aan de per 1 januari 2020 in Californië in werking getreden ‘AB5 Bill’.⁷⁴ In deze wet is de rechtspraak van het Hoogerechtshof van Californië waaruit volgt hoe moet worden vastgesteld dat sprake is van werknemerschap, gecodificeerd en qua werkingssfeer uitgebreid.⁷⁵ De tekst luidt:

‘(...) a person providing labor or services for remuneration shall be considered an employee rather than an independent contractor unless the hiring entity demonstrates that all of the following conditions are satisfied:

- a. The person is free from the control and direction of the hiring entity in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact.
- b. The person performs work that is outside the usual course of the hiring entity’s business.

- c. The person is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as that involved in the work performed.⁷⁶

Als gevolg van deze test en vooral de tweede voorwaarde zullen meer werkenden in Californië als werknemer moeten worden aangemerkt, waaronder veel platformwerkers.⁷⁷ Van Steenberg en Wits bepleiten de invoering van een identiek weerlegbaar rechtsvermoeden in Nederland.⁷⁸ Het door hen voorgestelde rechtsvermoeden zou dan voor alle werkenden gelden en niet alleen voor platformwerkers.

In voorwaarde A van dit rechtsvermoeden kan het materiele gezagscriterium worden gelezen. In voorwaarde B – het verrichten van kernactiviteiten van de onderneming – en C kan men twee aanwijzingen lezen die wijzen op formeel gezag. Zoals hieronder wordt toegelicht, ben ik van mening dat het de voorkeur verdient ten aanzien van formeel gezag één ‘overkoepelende’ voorwaarde op te nemen in het rechtsvermoeden.

Anders dan Steenberg en Wits stelt Risak voor om een weerlegbaar rechtsvermoeden voor platformwerk te creëren waarin een groot aantal specifieke indicatoren wordt neergelegd die wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen platformwerker en platform.⁷⁹ De in deze lijst opgenomen criteria zouden dan functioneren als weerlegbare aanwijzingen voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Criteria die Risak noemt zijn of het platform de platformwerker (digitaal) aanstuurt of daartoe gedetailleerde regels in de overeenkomst heeft vastgelegd, of het platformbedrijf invloed uitoefent op wie toegang heeft tot het platform, of het platform ervoor zorgt dat bij de dienstverlening bepaalde elementen worden gehanteerd die naar buiten toe een gemeenschappelijk merk of imago uitstralen, of het platform de prijzen van de dienstverlening bepaalt of hier onder- of bovengrenzen aan stelt, of het platformbedrijf de betalingen tussen platformwerkers en klanten verwerkt en of het platformbedrijf zich de bevoegdheid voorbehoudt platformwerkers eenzijdig van het platform te verwijderen.⁸⁰

Mijns inziens verdient een algemeen geformuleerd rechtsvermoeden de voorkeur, met daarin één overkoepelend criterium voor materieel gezag, één overkoepelend criterium voor formeel gezag, met het oog op en in navolging van het pleidooi van advocaat-generaal De Bock, een criterium over de vraag of de arbeid persoonlijk moet

68 Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (SER-advies 21/08 van juni 2021 aan de informateur en het kabinet ten behoeve van de kabinetsperiode 2021-2025), Den Haag: SER 2021, p. 24.

69 Brief van de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 10 februari 2021 (Kamerstukken II 2020/21, 31311, nr. 237), p. 7; Technische beleidsvarianten ter verdere invulling van het advies van de Commissie Regulering van werk – aanvulling najaar 2020, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 29544, nr. 1031, p. 67-69.

70 COM(2021) 4230 def. p. 21-22.

71 Brief van de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 november 2020, 2020-0000148782, p. 17.

72 Brief van de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 november 2020, 2020-0000148782, p. 17.

73 HvJ EG 15 juni 2006, C-255/04, ECLI:EU:C:2006:401, r.o. 38.

74 Californië, Verenigde Staten, Assembly Bill No. 5, 18 september 2019.

75 M.A. Cherry, ‘Dispatch – United States: “Proposition 22: A Vote on Gig Worker Status in California”’, *Saint Louis University Legal Studies Research Paper* 2021/3, p. 4-5.

76 Californië, Verenigde Staten, Assembly Bill No. 5, 18 september 2019.

77 M.A. Cherry, ‘Dispatch – United States: “Proposition 22: A Vote on Gig Worker Status in California”’, *Saint Louis University Legal Studies Research Paper* 2021/3, p. 4.

78 H. van Steenberg en E.B. Wits, ‘Naar een doeltreffend onderscheid tussen werknemerschap en ondernemerschap. Hoe een vermoeden van werknemerschap schijnzelfstandigheid kan terugdringen’, *TRA* 2020/91, p. 33.

79 M. Risak, ‘Fair Working Conditions for Platform Workers Possible Regulatory Approaches at the EU Level’, *Friedrich-EbertStiftung* 2017, p. 14.

80 M. Risak, ‘Fair Working Conditions for Platform Workers Possible Regulatory Approaches at the EU Level’, *Friedrich-EbertStiftung* 2017, p. 14.

worden verricht.⁸¹ Het voordeel daarvan is dat meer ruimte wordt gelaten aan de rechter om de arbeidsverhouding op grond van alle feiten en omstandigheden van het geval te kwalificeren. Immers, binnen de kaders van het materiële en formele gezag kunnen allerlei feitelijke omstandigheden worden betrokken. Een dergelijke benadering heeft meer oog voor de complexe dynamiek van platformwerk en zal er eerder waarschijnlijk toe leiden dat onder aan de streep in de meeste gevallen een accurate kwalificatie van de arbeidsverhouding plaatsvindt. Als gevolg daarvan blijft het voor echte zelfstandigen mogelijk om als zelfstandige diensten te verrichten en blijft het aantal gevallen waarin de Europese vrijheden worden beperkt zo klein mogelijk. Het nadeel van deze benadering is dat er enige rechtsonzekerheid zal blijven bestaan over de rechtspositie van platformwerkers, omdat de rechter alle omstandigheden van het geval kan betrekken bij de kwalificatie. Deze rechtsonzekerheid zou bij het hanteren van een limitatieve lijst van factoren, zoals voorgesteld door Risak, kleiner zijn. Het zal voor een platform (of platformwerker) dan immers duidelijker zijn wat moet worden bewezen om het rechtsvermoeden te weerleggen.⁸²

Echter, het hanteren van een limitatieve lijst van indicatoren brengt een aantal problemen en risico's met zich mee die niet zouden bestaan bij een meer algemeen geformuleerd rechtsvermoeden. Allereerst is namelijk de vraag hoe moet worden beoordeeld of sprake is van een zelfstandige platformwerker: als alle factoren daarop wijzen, als een zeker aantal van de genoemde factoren daarop wijst, of moeten alle factoren dan in onderling verband worden gewogen? In België geldt een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst in vijf specifieke (kwetsbare) sectoren waarbij het rechtsvermoeden als weerlegd wordt beschouwd als aan meer dan de helft van de opgesomde criteria is voldaan.⁸³ Een dergelijke benadering is problematisch omdat niet alle factoren altijd even zwaar hoeven te wegen en zo mogelijk misbruik in de hand wordt gewerkt.⁸⁴ Platforms zouden hun bedrijfsmodel dan immers zo kunnen vormgeven dat zij precies genoeg factoren kunnen 'afstrep' om te kunnen bewijzen dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Deze benadering lijkt mij daarom minder geschikt om de doelstellingen van het rechtsvermoeden te bereiken.

Zou worden gekozen voor het vastleggen van een limitatieve lijst van factoren in de wet, dan zou het dus beter zijn dat een platform alle in de lijst genoemde factoren moet weerleggen. Echter, het hanteren van een limitatieve lijst zal mogelijk leiden tot een gebrek aan nuance, omdat feiten en omstandigheden die niet op de lijst staan wel van belang kunnen zijn, maar niet meegewogen kunnen worden. Dit argument gaat ook op als alle wettelijk vastgelegde factoren in onderling verband zouden moeten worden gewogen. Daar komt bij dat de technologie rondom platforms door innovatie snel verandert.⁸⁵ Het is dus maar de vraag of een in de wet vastgelegde lijst flexibel genoeg is om in te spelen op de snelle veranderingen in de online platform-wereld.

Gelet op het bovenstaande verdient een meer algemeen geformuleerd rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers mijns inziens de voorkeur. Weliswaar blijft er enige rechtsonzekerheid bestaan, maar het risico hiervan ligt vanwege de aard van het rechtsvermoeden niet langer bij de partij die bescherming behoeft – de platformwerker – maar bij het platform.⁸⁶

Hoewel een limitatieve, wettelijk vastgelegde lijst met relevante factoren mij onvoldoende oog lijkt te hebben voor de complexe realiteit van platformwerk, betekent dat niet dat een indicatieve lijst van factoren niet elders, zoals in het Handboek Loonheffingen, kan worden opgenomen.⁸⁷ Een dergelijke lijst zal dan expliciet als enkel richtinggevend moeten worden bestempeld, zodat ook niet-genoemde factoren bij het oordeel kunnen worden betrokken. De lijst kan worden bijgewerkt als dat nodig is, waardoor ook tegemoet wordt gekomen aan de snelle ontwikkelingen in de online platform-wereld. Door een richtinggevende lijst van factoren bij te houden, kan weerlegging van een meer algemeen geformuleerd rechtsvermoeden dus wel makkelijker worden gemaakt, omdat het platforms en platformwerkers een handvat biedt. Daardoor zal vanuit Europeesrechtelijk perspectief eerder sprake zijn van een noodzakelijke maatregel.

Ook de door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgesproken zorgen over het door Van Steenbergen en Wits geformuleerde rechtsvermoeden worden met het in dit artikel voorgestelde, meer algemeen geformuleerde rechtsvermoeden ondervangen.⁸⁸ De minister acht het rechtsvermoeden van Van Steenbergen en Wits Europeesrechtelijk kwetsbaar omdat als één of meer van de criteria van het tegenbewijs niet kunnen worden bewezen,

81 Met het laatste criterium wordt de mijns inziens terechte opvatting die inhoudt dat de verplichting om de arbeid persoonlijk te verrichten in beginsel niet langer relevant is om aan het element 'arbeid' te voldoen wettelijk verankerd. Zie daarover ook de tekst verderop onder het kopje 'Toelichting'.

82 Zie ook *Kamerstukken II* 2020/21, 29544, nr. 1075, p. 4.

83 Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2020:698, bij HR 6 november 2020 ECLI:NL:HR:2020:1746, par. 9.55; A.R. Houweling, 'De zelfstandige zonder personeel', in: G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 178; G.C. Boot, 'Werknemers en zelfstandigen in België', *ArbeidsRecht* 2016/49.

84 Dat niet alle factoren altijd even zwaar hoeven te wegen wordt in België bijvoorbeeld als kritiek geleverd op art. 333 van de Arbeidsrelatieswet (titel XIII van de Programmawet (I) van 27 december 2006), dat een aantal 'algemene criteria' opsomt waarmee het bestaan of de afwezigheid van een gezagsrelatie kan worden beoordeeld. Dezelfde problematiek kan ook ontstaan bij een limitatieve lijst met criteria die zien op platformwerk. Zie Algemeen Beheers Comité voor het Sociaal Statuut der Zelfstandigen, De wet op de aard van de arbeidsrelaties, verslag 2016/01, p. 18-19.

85 J.H. Bennaars & E.F. Grosheide, 'Platformwerkers: sociale noodopvang door de EU?', *TAC* 2019/1, p. 6 en 8.

86 De verschuiving van het kwalificatierisico is een belangrijke meerwaarde van een, naast de jurisprudentie bestaand, wettelijk verankerd rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers en biedt een duidelijke(re) basis voor mogelijk toezicht door publieke toezichthouders. Zie ook COM(2021) 4230 def. p. 21-22.

87 Belastingdienst, *Handboek Loonheffingen 2021*, uitgave maart 2021, p. 406-413.

88 Zie Brief van de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 10 februari 2021 (*Kamerstukken II* 2020/21, 31311, nr. 237), p. 7.

dit zou kunnen betekenen dat een werkende onder Nederlands recht als werknemer moet worden beschouwd, terwijl hij onder Europees recht mogelijk als zelfstandige dienstverrichter moet worden gekwalificeerd. Deze potentiële strijdigheid tussen Nederlands en Europees recht acht de minister onwenselijk.⁸⁹

Dit bezwaar is mogelijk terecht, hoewel Hartlief van mening is dat de minister het door Steenbergen en Wits voorgestelde rechtsvermoeden te makkelijk van de hand wijst.⁹⁰ Hoe dat verder ook zij, deze problematiek lijkt mij te ondervangen door een rechtsvermoeden zo te formuleren dat de rechter ruimte wordt gelaten om ook als aan één of meer van de algemeen geformuleerde voorwaarden niet wordt voldaan, te oordelen dat sprake is van een zelfstandige platformwerker. Dit zou dus betekenen dat de in het rechtsvermoeden genoemde criteria niet moeten worden beschouwd als cumulatieve voorwaarden, maar als (sterke) indicaties voor de aanwezigheid van zelfstandigheid.

Strijdigheid tussen het Nederlands en Europees werknemersbegrip ligt mijns inziens dan niet voor de hand.⁹¹ De criteria in het hieronder geformuleerde rechtsvermoeden – ziende op de materiële gezagsrelatie (sub a), de formele gezagsrelatie (sub b) en het element persoonlijke arbeid (sub c) – zijn namelijk ook onder de kwalificatie van de Europeesrechtelijke werknemersbegrippen relevant. Ook daar gelden immers de vereisten van arbeid, loon en gezag.⁹² Ook bij Europeesrechtelijke kwalificatie dienen de criteria uit het rechtsvermoeden, als belangrijke omstandigheden te worden meegewogen. In het geval dat aan geen enkele van de vereisten voor het tegenbewijs is voldaan, ligt het voor de hand dat ook geen sprake is van werknemerschap in Europeesrechtelijke zin. Echter, het blijft mogelijk

voor de rechter om het bestaan van arbeidsovereenkomst af te wijzen als één of twee voorwaarden uit het rechtsvermoeden daar wel op wijzen en aan deze voorwaarde(n) in het licht van de omstandigheden van het geval doorslaggevende betekenis moet worden gehecht.

Een concreet voorstel

Een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers zou er, gelet op het voorgaande, als volgt uit kunnen zien:

‘De persoon die via een online werkplatform arbeid verricht tegen beloning, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst met dit online werkplatform, tenzij het online werkplatform of de persoon zelf aannemelijk maakt dat de volgende omstandigheden, of een aantal daarvan in onderling verband bezien, meebrengen dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst:

- de arbeid wordt verricht zonder toezicht en zonder directe of indirecte sturing door het platform, zowel op grond van de overeenkomst tussen de persoon en het platform krachtens welke de arbeid wordt verricht, als in feite;
- de arbeid wordt verricht zonder dat de persoon organisatorisch is ingebed in de organisatie van het platform;
- een eventuele mogelijkheid tot vrije vervanging leidt ertoe dat de persoon zelf structureel anderen inhuurt om zijn werk te laten verrichten.’

Toelichting

De tenzij-clausule is zo geformuleerd dat er geen strijdigheid tussen het Nederlands en Europeesrechtelijk werknemersbegrip ontstaat. Daarnaast kunnen platformwerkers zich ook zelf op het rechtsvermoeden beroepen. Dit kan uitkomst bieden voor niet-kwetsbare platformwerkers, die goed verdienen en degelijk verzekerd zijn en daarom mogelijk niet zitten te wachten op kwalificatie van de arbeidsverhouding als arbeidsovereenkomst.⁹³ Weerlegging van het rechtsvermoeden door middel van weerlegging van de gezagsrelatie – sub a en sub b – is dan in beginsel mogelijk: minder autonomie bij platformwerkers betekent namelijk vaak lagere verdiensten doordat de platforms een rol spelen bij de bepaling van de prijs van een klus⁹⁴ en omgekeerd betekent dit dat beterverdienende platformwerkers vaak meer autonomie hebben, hetgeen wijst op een minder sterke gezagsrelatie.

Sub a ziet vervolgens op de uitoefening van materieel gezag. In het Handboek Loonheffingen zou uiteen kunnen worden

89 Brief van de Minister en Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 10 februari 2021 (*Kamerstukken II* 2020/21, 31311, nr. 237), p. 7.

90 Zie T. Hartlief, ‘Arbeidsovereenkomst! Of toch niet?’, *NJB* 2021/650, afl. 9, p. 669.

91 Opgemerkt dient te worden dat er niet één Europees werknemersbegrip bestaat. Het Hof legt de term ‘werknemer’ per EU-regeling uit. Zie F.J.L. Pennings, ‘Bestaat er een Europees werknemersbegrip?’, *TRA* 2021/3, p. 15.

92 Zie hierover F.J.L. Pennings, ‘Bestaat er een Europees werknemersbegrip?’, *TRA* 2021/3, p. 15, die de rechtspraak van het autonome werknemersbegrip voortvloeiend uit *Lawrie-Blum* als volgt samenvat: ‘iemand is werknemer indien hij onder leiding van een ander handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van zijn werk te kiezen, tegen loon prestaties verricht, en tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die werkgever, waarmee hij een economische eenheid vormt’. Zie HvJ EG 3 juli 1986, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*). Zie ook HvJ EU 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288 (*Yodel*). Zoals Houweling opmerkt weegt het Hof van Justitie ‘net zozeer alle omstandigheden om de elementen arbeid, loon en gezag in te kleuren als de hoogste Nederlandse rechter dat doet’. Zie A.R. Houweling, ‘Commissie Regulering van Werk (commissie-Borstlap): iemand moet hardop zeggen wat we niet willen horen (maar stiekem allang wisten)’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2020/14, nr. 2, p. 13. De combinatie van de algemene formulering van de criteria van het voorgestelde rechtsvermoeden, waarbinnen dus allerlei feiten en omstandigheden kunnen worden meegenomen, en de niet-cumulatieve aard van de criteria, zorgt er voor dat geen strijd ontstaat met deze uitspraken van het Hof van Justitie.

93 De gedachte dat niet-kwetsbare platformwerkers geen bescherming behoeven is ook (impliciet) terug te vinden in een recent advies van de SER, waarin de SER voorstelt om alleen een rechtsvermoeden van werknemerschap in te voeren voor werkenden die een tarief onder het maximumdagloon (€ 30 á € 35 per uur) verdienen. *Sociaal-economisch beleid 2021-2025. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving* (SER-advies 21/08 van juni 2021 aan de informateur en het kabinet ten behoeve van de kabinetsperiode 2021-2025), Den Haag: SER 2021, p. 24.

94 J. Rözer, A. van der Torre & A. Roeters, ‘Platformisering en de kwaliteit van werk. Een kennissynthese’, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2021, p. 10.

gezet dat bij beoordeling van sub a niet alleen meer traditionele vormen van materieel gezag relevant zijn bij de vraag of sprake is van gezag, maar ook algoritmische sturing en indirecte sturing door het hanteren van beoordelingssystemen of het geven van prijsprikkels. Het begrip ‘sturing’ is hier enigszins open. Het rechtsvermoeden zou mogelijk te moeilijk te weerleggen zijn als geen enkele sturing vanuit het platform is toegestaan om te kunnen spreken van zelfstandigheid. Het zal daarom aan de rechter zijn om te bepalen of er een voldoende mate van sturing is om te spreken van een arbeidsovereenkomst.

Sub b is een erkenning van het belang van het formele gezagscriterium bij de kwalificatie van de arbeidsverhouding. Hiermee wordt aangesloten bij de suggesties in de literatuur om meer belang te hechten aan de organisatorische inbedding van de werkende in de organisatie van de werkverschaffer. Het verrichten van kernactiviteiten van deze organisatie geldt daarbij als belangrijk(st)e aanwijzing, maar deze indicator is niet expliciet opgenomen in het voorstel. Daardoor blijft het voorstel zo algemeen mogelijk geformuleerd. In het Handboek Loonheffingen kunnen deze en andere omstandigheden die wijzen op organisatorische inbedding worden opgenomen. Dit zijn bijvoorbeeld de door Risak genoemde indicatoren en criterium B en C uit het door Van Steenberghe en Wits voorgestelde rechtsvermoeden.

Sub c beoogt tot slot duidelijk te maken dat in beginsel niet langer relevant is dat de platformwerker de arbeid altijd persoonlijk moet verrichten om aan het element ‘arbeid’ te voldoen. Hiermee wordt aangesloten bij de opvatting van advocaat-generaal De Bock. De veelvoorkomende ‘vrije-vervangingsmogelijkheid’ staat dus niet in de weg aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Dit is slechts anders als deze mogelijkheid er in de praktijk toe leidt dat de platformwerker daardoor zelf als ondernemer gaat optreden doordat hij structureel (meerdere) anderen inhuurt om zijn werk te laten verrichten.

Conclusie

Het voorgestelde rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers is mijns inziens een Europees-rechtelijk houdbare oplossing, omdat deze een in art. 16 lid 3 Dienstenrichtlijn genoemde legitieme doelstelling dient – bescherming van de openbare door het tegengaan van armoede onder platformwerkers – en door bovenstaande vormgeving als geschikt en noodzakelijk kan worden gezien om deze doelstelling in het huidige arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke stelsel te bereiken.

Dat brengt mij tot slot bij een afsluitende kanttekening over de wijze waarop platforms om zullen gaan met boven-

staand rechtsvermoeden. De reactie van platforms op de inwerkingtreding van de genoemde AB5 Bill uit Californië kan tekenend zijn voor de manier waarop een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst in de praktijk zal worden ontvangen door platforms. Nadat de AB5 Bill in 2020 in werking trad, hebben de meeste platforms, waaronder bijvoorbeeld Uber en Lyft, in eerste instantie geweigerd om hun platformwerkers als werknemers te behandelen.⁹⁵ Tegelijkertijd is door deze platforms de duurste lobby ooit in Californië opgezet om een tussencategorie te creëren voor platformwerkers, waardoor zij weliswaar enige, maar desalniettemin minder rechten dan werknemers zouden krijgen.⁹⁶ Deze lobby was succesvol en heeft uiteindelijk geresulteerd in de beoogde wijziging van de AB5 Bill.⁹⁷ Platforms zijn dus bereid ver te gaan om ervoor te zorgen dat zij hun bedrijfsvoering in stand kunnen houden. Het ligt voor de hand dat dat ook in Nederland het geval zal zijn. Immers, zo lang de fiscale verschillen tussen werknemers en zelfstandigen blijven bestaan zullen platforms proberen om daar gebruik van te maken. Dit roept de vraag op of het invoeren van een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst voor platformwerkers niet slechts symptoombestrijding is van een dieperliggende kwaal, welke alleen kan worden opgelost door een (veel) ingrijpendere stelselwijziging zoals bijvoorbeeld de Commissie-Borstlap voorstelt.⁹⁸ Daar staat tegenover dat een dergelijke stelselwijziging, mocht deze er al komen, niet van de ene op de andere dag zal plaatsvinden. Het rechtsvermoeden kan mijns inziens daarom tot die tijd, met daarbij het benodigde toezicht van publieke toezichthouders,⁹⁹ als passende oplossing dienen in het huidige stelsel.

Dit artikel is afgesloten op 8 november 2021.

Over de auteur



Mr. M.J. (Maurits) Michon

Juridisch medewerker bij Van Benthem & Keulen te Utrecht. Dit artikel is een bewerking van de scriptie die hij afgelopen jaar heeft geschreven in het kader van de master Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Met speciale dank aan Concetta Allegra voor de hulp bij de bewerking.

- 95 Lyft heeft ook gedreigd haar diensten in het geheel niet meer aan te bieden in Californië als zij zou moeten voldoen aan de AB5 Bill. M.A. Cherry, ‘Dispatch – United States: “Proposition 22: A Vote on Gig Worker Status in California”’, *Saint Louis University Legal Studies Research Paper* 2021/3, p. 5.
- 96 Platforms hebben meer dan 200 miljoen dollar (USD) bijgedragen aan deze lobby. M.A. Cherry, ‘Dispatch – United States: “Proposition 22: A Vote on Gig Worker Status in California”’, *Saint Louis University Legal Studies Research Paper* 2021/3, p. 6.
- 97 M.A. Cherry, ‘Dispatch – United States: “Proposition 22: A Vote on Gig Worker Status in California”’, *Saint Louis University Legal Studies Research Paper* 2021/3, p. 5-9.
- 98 Commissie Regulering van Werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020 (Bijlage 921039 bij *Kamerstuk II* 2019/20, 29544, nr. A).
- 99 Zie ook de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in *Kamerstukken II* 2020/21, 29544, nr. 1075, p. 5.