

Werknemer of zelfstandige? Het roer moet om

DOOR / WILLEM VAN TONGEREN

Recente rechterlijke uitspraken over arbeidsovereenkomsten tussen werkgevers en vermeende zelfstandigen bieden geen structurele oplossing voor het probleem, constateert arbeidsrechtadvocaat Willem van Tongeren. Hij bepleit een andere benadering.

De vraag of er in een concrete situatie tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat of niet, blijft rechtspraak opleveren en rechters en advocaten hoofdbrekers kosten. In de praktijk zie je die vraag voorkomen op macro- en op microniveau. Op het niveau van grote (mondiale) marktpartijen als Deliveroo¹, Uber² of Helpling³ waarbij het vaak gaat om honderden of meer werknemers/zelfstandigen of op het niveau van kapsalon Koolman & Co V.O.F., waarin een kapster als zelfstandige werkzaam is⁴ of van een opdrachtgever die iemand als 'zelfstandige' bij Baanbrekers liet werken, zoals in een recente Rotterdamse zaak⁵, waarvan de wrange uitkomst was dat de 'zelfstandige' werd tegen-gevoerd dat hij *werknemer* was en dat hij niet binnen twee maanden een verzoekschrift had ingediend bij de kantonrechter tot vernietiging van de opzegging. De kantonrechter ging daarin mee omdat hij vond dat de 'zelfstandige' inderdaad werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst.

Maar op macro- en op microniveau speelt de trend om een arbeidsovereenkomst buiten de deur te houden, waarschijnlijk omdat het idee is dat men dan met handen en voeten is gebonden.⁶

BORSTLAP

Het ontvluchten van de arbeidsovereenkomst is wel een stevig probleem.

Daarom hebben de minister van SZW, de staatssecretarissen van BZK, EZK en Financiën op 7 november 2018 een commissie in het leven geroepen, de Commissie-Borstlap, die op 23 januari 2020 een eindrapport heeft uitgebracht, met als titel: 'In wat voor land willen wij werken?' De commissie bespreekt heel veel, onder meer het punt dat Nederland is doorgeschoten in flexwerk. Zij noemt drie opties.

Optie 1 komt er in het kort op neer om het maar te laten zoals het is en kijken waar het eindigt. Optie 2 komt er op neer de huidige regels in één klap fundamenteel te doorbreken en de contractvorm irrelevant te verklaren en werknemers en zelfstandigen gelijkwaardige rechten toe te kennen. Optie 3 houdt in het nemen van maatregelen, waardoor wordt toegewerkt naar een model waarin de waarden van werk beter tot hun recht kunnen komen, uitgaande van een nieuwe afbakening, met als uitgangspunt: *werknemer, tenzij*.

De laatste optie heeft tot gevolg dat mensen die in een economisch afhankelijke positie verkeren vlugger onder het bereik van het arbeidsrecht en sociaal zekerheidsrecht vallen. Met *werknemer, tenzij* wordt volgens de Commissie-Borstlap beter aangesloten bij de wijze waarop het Europees Hof van Justitie invulling geeft aan het Europees werknemersbegrip: *het communautaire begrip werknemer (moet) ruim worden uitgelegd*.⁷

Daar voegde het Europees Hof in de Ruhrlandklinik-zaak⁸ aan toe dat sprake is van een arbeidsverhouding als een persoon voor een ander en onder diens leiding tegenprestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt. De kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen, is in dit opzicht niet doorslaggevend. Ik begrijp dat de rechtspraak van het Europees Hof zo, dat doorslaggevend is hoe het er in de praktijk feitelijk met de arbeidsverhouding aan toe gaat.

HOGE RAAD

Als het er (in Nederland) om gaat of 'iets' een arbeidsovereenkomst is, gaat het (theoretisch) om de aanwezigheid van de elementen: 'in dienst van', 'loon', 'gedurende zekere tijd' en 'arbeid'. De Hoge Raad heeft daarover geoordeeld in Groen/Schoevers⁹ en nog onlangs in 'Betrokkene'/Gemeente Amsterdam¹⁰, waarin hij overwoog dat anders dan wel uit Groen/Schoevers is afgeleid, de bedoeling van partijen geen rol speelt bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.

De Hoge Raad voegde er nog aan toe dat vooraf op een Haviltex-manier moet worden uitgelegd welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen, waarna kan worden vastgesteld óf wat is afgesproken ►

kwalificeert als een arbeidsovereenkomst. Ook de recente uitspraak van de Hoge Raad gaat de praktijk niet helpen.

Ik denk evenmin dat de fraaie vondst van de Rechtbank Amsterdam, die het in de Uber-zaak heeft over de ‘moderne gezagsverhouding’ in een door algoritmes bepaalde werkomgeving uitkomst biedt. Met name de grote marktpartijen zullen met varianten komen om de arbeidsovereenkomst te ontvluchten.

Ik denk dat een geheel andere benadering moet worden gekozen, waarin de vier hiervoor genoemde elementen, om vast te stellen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet, er niet meer toe doen. Daarbij wil ik verder gaan dan de *werknemer, tenzij*-benadering van de Commissie-Borstlap, dan wel de Europees Hof-benadering van hoe feitelijk de situatie is op de werkvloer, met als belangrijke indicatie economische afhankelijkheid.

Ik zou willen bepleiten enkel van een bepaald inkomensniveau uit te gaan, in die zin dat als een natuurlijk persoon op jaarbasis minder dan bijvoorbeeld € 20.000 (bruto) ontvangt uit een verhouding met een andere partij voor wie hij (in het kader van diens onderneming) werkzaamheden verricht, die verhouding rechtens geldt als een arbeidsovereenkomst. Behoudens door die andere partij aannemelijk te maken bijzondere omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de omstandigheid dat de natuurlijk persoon op geen enkele wijze deel is van de (organisatie van de) onderneming van de andere partij, bijvoorbeeld een loodgieter die bij Deliveroo een toilet repareert. Daarmee voorkom je dat werkgevers die ongelijk krijgen telkens opnieuw proberen van ‘werknemers’ toch weer ‘ondernemers’ te maken.

Artikel 7:610 BW, waarin de arbeidsovereenkomst is gedefinieerd, en waaruit door de Hoge Raad de vier elementen zijn gedestilleerd, kan

wellicht worden aangevuld met de passage dat als de ene partij voor een andere partij werkzaam is hun verhouding geldt als een arbeidsovereenkomst, telkens als de inkomsten/beloning uit/van die werkzaamheden minder bedragen dan een bepaald bedrag bruto op jaarbasis.

UITHOLLING

Aan mijn benadering zullen misschien enkele haken en ogen zitten, maar die voorkomt uitholling van het arbeidsrecht en de praktijk dat mensen die toch al aan de onderkant van het inkomensgebouw zitten het slachtoffer worden van opgedrongen ondernemerschap.

Een kapster die wat meer vrijheid wil in haar werktijden wordt daarmee nog niet een ondernemer. Een bezorger die gemiddeld € 5 per bezorging verdient en in één van de Deliveroo-constructies maximaal € 603,92 per maand mocht verdienen, evenmin. Een nieuwe ‘sociale kwestie’ ligt op de loer. In Nederland moeten Deliveroo-bezorgers, Uber-chauffeurs, pakketbezorgers, schoonmaaksters en kapsters economisch een fatsoenlijk leven kunnen leiden. Het wordt tijd dat het roer omgaat. ■

Willem van Tongeren is advocaat te Twello. info@advocaatvantongeren.nl

NOTEN

- 1 Gerechtshof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392. In de uitspraak die zestien pagina's besloeg, waarbij het hof keurig alle elementen langsliiep en besliste dat de constructies van Deliveroo op grond waarvan de bezorgers ‘ondernemers’ waren het niet haalden en dat de bezorgers werkzaam waren op basis van een arbeidsovereenkomst. Afgewacht moet worden wat de Hoge Raad daarvan gaat vinden, ervan uitgaande dat beroep in cassatie zal worden ingesteld.
- 2 Rechtbank Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029.
- 3 Gerechtshof Amsterdam 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021: 2741, waarin werd geoordeeld dat de overeenkomst van Helpling met haar schoonmakers kwalificeerde als een uitzendovereenkomst en niet als een arbeidsovereenkomst met het gezin.
- 4 Rechtbank Gelderland 5 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3895.
- 5 Rechtbank Rotterdam 6 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7823. De uitspraak is bijna onleesbaar vanwege de anonimisering van partijen. Zie ook: Rechtbank Rotterdam 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8398, waarin een werknemer een managementovereenkomst sloot, in de aanloop naar een overname van de zaak.
- 6 Ten overvloede noem ik een zaak uit de buitencategorie, het ontslag van de heer Pieter Veuger bij de Volksbank. Op papier was er een overeenkomst van opdracht. Later stelde de heer Veuger dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. In een kort geding doorbetaling loon, rechtbank Midden-Nederland, 16 februari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:550, geen arbeidsovereenkomst. In appel: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:201:5770, wél arbeidsovereenkomst. In bodemzaak, rechtbank Midden-Nederland, 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3667, (wederom): geen arbeidsovereenkomst. Het hof Arnhem-Leeuwarden gaat opnieuw oordelen, en daarna zal de Hoge Raad er ook nog wel aan te pas komen.
- 7 HvJ EG 3 juli 1986, zaak C-66/85 (*Lawrie Blum*), genoemd door het Hof in HvJ EU 25 oktober 2018, JAR 2018/299 m.nt. I. Lintsen (*Anodiki*), rov. 28, als *vaste rechtspraak*. Daar het vrije verkeer van werknemers een van de grondbeginselen van de Gemeenschap is, mag het begrip werknemer in de zin van artikel 48 niet naar gelang van het nationale recht verschillend worden uitgelegd, maar heeft het een communautaire inhoud. Omdat het de werkingsfeer van deze fundamentele vrijheid bepaalt, moet het communautaire begrip werknemer ruim worden uitgelegd (...).
- 8 HvJ EG 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883.
- 9 Hoge Raad 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495.
- 10 Hoge Raad 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, waarin het ging om de vraag of een servicedeskmedewerkster, die bij de gemeente Amsterdam werkte via een re-integratiebedrijf werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst of niet. Zie ook de briljante conclusie van de AG, mr. De Bock, 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698.