

De Engelse tussencategorie als oplossing voor platformwerk: mythe of werkelijkheid?

Ondernemingsrecht 2019/7

Via een website, of simpelweg een applicatie op een smartphone, faciliteren platforms het bijeenkomen van vraag en aanbod. Met name platformen die een dienst leveren met behulp van werkenden, zorgen voor arbeidsrechtelijke vragen. Platforms trachten de verhouding zodanig in te richten dat zij in de driehoeksverhouding van platform, werkende en klant niet als werkgever maar als opdrachtgever worden aangemerkt. Banen worden opgeknipt in klussen en platformwerkers krijgen de vrijheid om te werken wanneer zij dat willen. Wereldwijd claimen werkers in de *gig economy* dat de bedrijven hen ten onrechte bestempelen als zelfstandigen. Tot nu toe komen rechters tot verschillende uitkomsten. In Nederland is afgelopen zomer de eerste en tot nu toe enige uitspraak geweest: de Kantonrechter Amsterdam kwalificeerde de rechtsverhouding als een opdrachtovereenkomst en de platformwerker viel aldus buiten de bescherming van het arbeidsrecht. Een idee dat geregeld wordt aangedragen, is het creëren van een tussencategorie zoals die in verschillende landen bestaat. In dit artikel wordt gekeken naar het Verenigd Koninkrijk. Hoewel de Engelse tussencategorie niet speciaal in het leven is geroepen voor platformarbeid, hebben rechters aldaar zich inmiddels meerdere keren uitgelaten over een beroep van platformwerkers op deze status. De auteurs gaan aan de hand van een rechtsvergelijking na of een dergelijke tussencategorie voor de Nederlandse platformwerker uitkomst biedt en betrekken in hun analyse tevens het Europese recht.

1. Inleiding

Technologische ontwikkelingen veranderen de manier waarop wordt gewerkt. Digitale platformen, waarvan Uber en Deliveroo de bekendste zijn in een steeds langer wordende rij, versnipperen arbeid tot taken die als opdrachten aan zelfstandigen worden uitbesteed. Deze ontwikkeling op de arbeidsmarkt leidt tot allerlei juridische vraagstukken.² Een belangrijk twistpunt is de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen het platform dat de dienst aanbiedt en de werkende die de dienst uitvoert.³ Op basis van het Ne-

derlandse recht bestaan twee smaken: een werknemer die de bescherming van het arbeidsrecht geniet of een zelfstandige die valt onder het regime van de opdrachtovereenkomst. Afgelopen zomer deed de Kantonrechter Amsterdam uitspraak in een zaak die een bezorger aanspande tegen het platform Deliveroo. Hoewel de inhoud van de overeenkomst erop duidde dat partijen een opdrachtovereenkomst hadden beoogd, meende de bezorger dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. De bezorger verloor het pleit. De rechter kwalificeerde de rechtsverhouding tussen partijen als een opdrachtovereenkomst en achtte met name de partijbedoeling en vrijblijvendheid aan de kant van de werkende van belang. Interessant is dat de kantonrechter tevens opmerkte dat het arbeidsrecht geen rekening houdt met nieuwe arbeidsverhoudingen die voortkomen uit de platformeconomie. Zou toepassing van het huidige recht tot ongewenste resultaten leiden, dan is het aan de wetgever om actie te ondernemen, aldus de kantonrechter.⁴

De vraag naar de juridische kwalificatie van de platformwerker is niet nieuw. In de literatuur zijn inmiddels verschillende categorieën van platformarbeid geduid.⁵ Wij hebben in dit artikel het oog op de categorie waar tussen het platform en de werkende een overeenkomst bestaat die het platform inricht als opdrachtovereenkomst en waarbij de uitvoering van het werk plaatsgebonden is. Dit type platformwerkers lijkt te vallen tussen wal en schip zoals de Deliveroo uitspraak laat zien: juridisch gaat het om zelfstandigen, maar economisch vertonen de werkenden werknemerstreken omdat ze onderhandelingsmacht missen en niet de financiële en commerciële risico's van de opdracht dragen. Wellicht zijn sommige platformwerkers in werkelijkheid werknemers, maar daarvoor bestaan tot dusver weinig aanknopingspunten. Een veelgehoorde oplossing voor de problematiek is de introductie van een zogenaamde 'tussencategorie', zoals die in het Verenigd Koninkrijk bestaat.⁶ Een juridische categorie voor werkenden die een plaats krijgt tussen werknemers en zelfstandigen en een eigen beschermingsniveau kent. In dit artikel staat de vraag centraal of de tussencategorie uit het Verenigd Koninkrijk een oplossing biedt voor de platformwerker in Nederland. Op basis van een uiteenzetting van de arbeidsrelaties zoals die in het Verenigd Koninkrijk bestaan (par. 2) en de Engel-

1 Femke Laagland is hoogleraar (Europees) arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht). Jorn Klootra is aan dezelfde Universiteit verbonden als docent/onderzoeker bij de vaksectie Sociaal recht.

2 J.M. van Slooten, 'Het arbeidsrecht moet op de schop', *Ondernemingsrecht* 2018/43.

3 We gaan ervan uit dat het platform niet slechts een bemiddelingsfunctie verricht. Zie voor het onderscheid HvJ EU 20 december 2017, zaak C-434/15.

4 Ktr. Amsterdam 23 juli 2018, *JAR* 2018/189, m.nt. J.P. Wiewel & J.M. van Slooten (*Deliveroo*).

5 Zie M.S. Houwerzijl, 'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: een verkenning', *TRA* 2017/14 en P. Kruit & M. Ouweland, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58.

6 Vgl. S. Harris & A.B. Krueger, 'A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The 'Independent Worker.' Hamilton Project', *Discussion Paper* 2015; P. Kruit & M. Ouweland, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *TRA* 2018/58 & J.M. van Slooten, 'Position Paper t.b.v. rondetafelgesprek Werk in de platformeconomie op 16 november 2017'.

se rechtspraak in het kader van de platformeconomie (par. 3), trachten wij een antwoord op deze vraag te formuleren (par. 4 en 5). In onze zoektocht naar het antwoord komt tevens aandacht toe aan het Europese recht. Het artikel sluit af met een conclusie (par. 6).

2. Arbeidsrelaties in het Verenigd Koninkrijk

2.1 De begrippen *employee*, *independent contractor* en *worker*

In het Verenigd Koninkrijk behelst het arbeidsrecht een combinatie van wetten en rechtspraak krachtens de *common law*. De in wetgeving verankerde arbeidsrechten zijn doorgaans gekoppeld aan het werknemersbegrip (*employee*). De voornaamste wet is de Employment Rights Act (ERA). Deze wet bevat onder meer regels omtrent het ontslagrecht. Andere belangrijke wetten zijn de Working Time Regulations (WTR) aangaande arbeidstijd en vakantie, en de National Minimum Wage Act (NMW) dat het minimumloon regelt. Krachtens de ERA is de *employee* diegene die werkt op basis van een *contract of employment*.⁷ Over het algemeen hantieren andere wetten eenzelfde definitie/formulering.⁸ Daarnaast kent men de zelfstandige (*independent contractor*) die krachtens een overeenkomst diensten verleent aan een opdrachtgever. De *independent contractor* verricht het werk vanuit een eigen onderneming op basis van een *contract for service*.⁹ In het Verenigd Koninkrijk is deze status niet wettelijk gedefinieerd. Deze categorie werknemers is – net als in Nederland – grotendeels uitgesloten van arbeidsrechtelijke bescherming.¹⁰

Voorts bestaat in het Verenigd Koninkrijk het begrip *worker*. Het begrip is neergelegd in het derde lid van art. 230 ERA.¹¹ Uit de definitie volgt dat het begrip in ieder geval werknemers omvat die werkzaam zijn krachtens een contract of employment. Op dit punt voegt de definitie dan ook weinig toe. De toegevoegde waarde is gelegen in sub b waaruit blijkt dat een *worker* tevens werkzaam kan zijn op grond van een *contract for service*. Gedoeld is op de werker die persoonlijke arbeid verricht en zich daarbij in een afhankelijke positie bevindt ten opzichte van de opdrachtgever.¹² Dat laatste volgt uit de slotzin van art. 230 ERA. Deze zin bepaalt dat een *worker* niet de individu is die het werk als onderdeel van een onderneming voor een cliënt of klant

verricht. Naast de ERA komt het *worker*-begrip onder meer terug in de WTR, NMW en de Trade Union and Labour Relations Act 1992 (TULCRA).¹³ Een *worker* heeft kort gezegd recht op minimumloon, vakantiedagen, regulering van arbeidstijden en deelname aan een pensioenregeling, en geniet tevens bescherming tegen verlaging van het salaris en klokkenluiden. Bovendien mag een vakbond voor deze groep onderhandelen. De Equality Act is een vreemde eend in de bijt. Deze wet hanteert enkel als eis dat het werk persoonlijk moet zijn verricht. De Supreme Court oordeelde in de uitspraak *Jivraj/Hashwani* uit 2010 echter dat voor toepassing van de Equality Act geldt dat het werk niet als onderdeel van een onderneming voor een cliënt of klant mag zijn verricht.¹⁴ Hieruit zou men kunnen afleiden dat de wettelijke bescherming tegen discriminatie geen toepassing vindt op het moment dat de werkende zich niet in een afhankelijkheidsrelatie bevindt en de Equality Act in feite eveneens aansluit bij het begrip *worker*.¹⁵

2.2 Traditionele werkrelaties nader geduid in rechtspraak

Op basis van de wetgeving bestaat geen heldere afbakening tussen de *employee* en de *independent contractor*. Men is voor verduidelijking aangewezen op rechtspraak die teruggaat tot en met de 19^e eeuw.¹⁶ Om te bepalen of sprake is van een contract of employment hebben rechters door de jaren heen verschillende tests aangelegd, zoals de '*control*'-test, '*integration*'-test, '*economic risk*'-test en '*dominant purpose*'-test.¹⁷ In de standaarduitspraak *Ready Mixed Concrete* uit 1968 ontwikkelde de High Court de '*multiple factor*'-test waarbij het gaat om een totaalbeoordeling van verschillende elementen.¹⁸ Deze test gaat na of (i) een 'bediende' ermee instemt om in ruil voor beloning persoonlijk een dienst te verrichten voor zijn 'meester'; (ii) de werkzaamheden in ondergeschiktheid uitvoert; en (iii) de overige bepalingen van het contract wijzen op de aanwezigheid van een contract of employment.¹⁹ Hoewel naar deze uitspraak in latere rechtspraak veelvuldig wordt verwezen, lijkt deze noch een van de andere testen doorslaggevend. In de rechtspraak worden zij naast elkaar toegepast en vervullen zij

7 Art. 230 van de Employment Rights Act 1996. Dit type overeenkomst wordt ook wel geduid als een *contract of service*.

8 Zie art. 53 Health and Safety at Work Act 1974; art. 54 NMW; art. 2 WTR; art. 1(2) Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000.

9 S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 145.

10 Wetgeving die wel van toepassing is, is bijvoorbeeld regelgeving omtrent de arbeidsomstandigheden zoals neergelegd in de Health and Safety at Work Act.

11 Art. 230 (3) ERA definieert de *worker* als: 'an individual who has entered into or works under... (a) a contract of employment; or (b) any other contract... whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual.'

12 G. Davidov, 'Who is a worker', *ILR* 2005 34/1.

13 Zie *regulation 2* WTR, art. 54 NMW en art. 296 TULCRA. Soortgelijke definities zijn opgenomen in art. 88 Pensions Act 2008, *regulation 2* Agency Workers Regulations 2010, *regulation 1* Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000 en Public Interest Disclosure Act 1998 (PIDA).

14 Supreme Court 27 juli 2011, UKSC 40 (*Jivraj/Hashwani*) en later ook: Supreme Court 21 mei 2014, UKSC 32 (*Clyde & Co LLP/Bates van Winkelhof*).

15 Zie voor kritiek op deze uitspraak M. Freedland & M. Kountouris, 'Employment equality and personal work relations – A critique of *Jivraj/Hashwani*', *ILJ* 2012/41, p. 1-11; en S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 177. Met het oog op de helderheid van dit artikel laten wij de discussie inzake het personele bereik van de Equality Act verder rusten.

16 S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 159 e.v.

17 S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 159 e.v.

18 High Court 8 december 1967, *QB* 497 (*Ready Mixed Concrete (South East) Ltd./Minister of Pensions and National Insurance*). De zaak had betrekking op het afdragen van premies voor volksverzekeringen en zodoende was het High Court de bevoegde rechter.

19 High Court 8 december 1967, *QB* 497 (*Ready Mixed Concrete (South East) Ltd./Minister of Pensions and National Insurance*).

allen een zekere rol.²⁰ Rechters genieten ruime beoordelingsvrijheid in een individuele zaak.²¹

Ongeacht de test blijkt uit de rechtspraak dat altijd aan drie elementen moet zijn voldaan om te kunnen spreken van een contract of employment. Het gaat om: (i) *personal service*; (ii) *control*; en (iii) *mutuality of obligation*. Deze criteria worden ook wel de *irreducible minimum* genoemd. Ten aanzien van het persoonlijk verrichten van werk geldt dat een werker zijn eigen arbeid aanbiedt en hij in beginsel geen vervanger in zijn plaats kan sturen.²² De eis van control wijst op ondergeschiktheid en het kunnen uitoefenen van gezag. Voorheen ging men na of de werkgever feitelijk bepaalde hoe de arbeid werd verricht.²³ Net als in Nederland ligt de focus tegenwoordig meer op de mogelijkheid van de werkgever aanwijzingen te geven en voorwaarden te stellen inzake werkdiscipline.²⁴ Mutuality of obligation houdt in dat tussen partijen een contractuele verhouding bestaat. De werkgever voorziet in werk, betaalt daarvoor en in ruil verricht de werker de arbeid.²⁵ Daarnaast vereist dit element dat de werkgever afspreekt in de toekomst werk aan te bieden en daarvoor te betalen, terwijl de werker aangeeft dat werk te accepteren. De vraag naar mutuality of obligation doet zich voor wanneer periodes van werk elkaar onderbreken. Verschillende zaken illustreren dat met name oproepovereenkomsten een gebrek aan mutuality of obligation vertonen. De invloed manifesteert zich op twee aspecten. Ten eerste vallen afzonderlijke periodes van werk niet onder een overkoepelend contract of employment indien toekomstige verplichtingen ontbreken (niet voldaan aan mutuality of obligation; element iii).²⁶ Ten tweede biedt het feit dat de werker onregelmatig werkt een indicatie dat tijdens het verrichten van de arbeid geen sprake is van ondergeschiktheid en de geaccepteerde oproep zelf evenmin een contract of employment betreft (werkt door in de beoordeling van control; element ii).²⁷

De aanwezigheid van de drie elementen leidt niet per definitie tot het bestaan van een contract of employment. De

overige omstandigheden van de relatie, zoals afspraken rondom betaling, verantwoordelijkheid voor materialen en financiële risicoverdeling, moeten tevens in de beoordeling worden betrokken. Ook de partijbedoeling speelt een rol. Vanuit die gedachte proberen bedrijven bij het opstellen van het contract invloed uit te oefenen op de kwalificatie. Bekend is de 'substitution-clause', wat erop duidt dat op de werkende geen persoonlijke verplichting tot werken rust. Een andere veelgebruikte bepaling is de 'no obligation-clause', wat tot de conclusie moet leiden dat tussen partijen de benodigde mutuality of obligation ontbreekt. In het verleden waren deze bepalingen in het contract nog wel eens succesvol.²⁸ In recentere rechtspraak tonen rechters meer bereidheid voorbij dergelijke clausules te kijken. Het Supreme Court overwoog in de uitspraak *Autoclenz* uit 2011 dat bepalingen die de feitelijke situatie niet juist weerspiegelen, buiten beschouwing konden blijven.²⁹ Dit gold temeer nu partijen in de betreffende casus een ongelijke economische positie hadden.

2.3 De tussencategorie: worker

Voor de betekenis van het worker-begrip is de uitspraak *Byrne Brothers* uit 2001 van belang.³⁰ Het Employment Appeal Tribunal (EAT) wijst op de vage formulering van de slotzin van de definitie die inhoudt dat een worker niet de individu is die het werk als onderdeel van een onderneming voor een cliënt of klant verricht. Is niet iedere opdrachtgever een klant of cliënt? Het EAT zoekt voor de uitleg daarom inspiratie bij het doel van de tussencategorie en stelt vast dat de wetgever heeft beoogd de bescherming van bepaalde regelingen uit te breiden tot zelfstandigen die zich in een soortgelijke afhankelijke positie bevinden als employees. De eerder besproken irreducible minimum spelen om die reden ook nu een rol, maar de eisen die aan de elementen ii en iii worden gesteld zijn minder zwaar in vergelijking tot een employee.³¹

Over het verschil in graad bestaat discussie. In de uitspraak *Byrne Brothers* speelde mutuality of obligation (element iii) enkel een rol bij de vraag of tussen partijen een contract bestond.³² Deakin en Morris menen dat het doel van het criterium bij het worker-begrip deze is.³³ Het ontbreken van toekomstige verplichtingen staat aldus nog steeds aan een overkoepelende overeenkomst in de weg, maar dit element is in hun visie irrelevant bij de beoordeling of sprake is van ondergeschiktheid indien eenmaal een overeenkomst tot stand is gebracht. Davies is dezelfde mening toegedaan en merkt op dat een andere uitleg niet past binnen het idee van de worker-categorie die in vergelijking met de employee-categorie juist aan een grotere groep werkenden bescherming

20 S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 169.

21 B. Burchill, S. Deakin & S. Honey, 'The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment', *Department of Trade and Industry* (1999), p. 5.

22 Zie Court of Appeal 11 maart 1999, EWCA Civ 949 (*Express & Echo Publications Ltd./Tanton*); Supreme Court 27 juli 2011, UKSC 41 (*Autoclenz Ltd./Belcher*), r.o. 19; UK Supreme Court 13 juni 2018, UKSC 29 (*Pimlico Plumbers Ltd./Smith*), r.o. 32.

23 Zie High Court 1880 6 QBD 530 (*Yewens/Noakes*); High Court 1924 1 KB 762 (*Performing Right Society Ltd./Mitchel and Booker*).

24 S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 161.

25 Dit wordt ook wel de *wage-work bargain* genoemd. Zie hierover onder meer EAT 21 december 2005, IRLR 181 (*Cotswold Developments Construction Ltd./Williams*), r.o. 48; Court of Appeal 1983 ICR323 (*Nethermere (St Neots) Ltd./Gardiner and another*).

26 De aanwezigheid van een overkoepelend contract maakt dat 'gaten' tussen opdrachten als het ware worden opgevuld. Dit is van belang omdat voor een beroep op sommige rechten een zekere duur van de overeenkomst is vereist (*continuity of employment*). Vgl. S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 165 en A. Davies, 'The contract for intermittent employment', *ILJ* 2007/36, p. 104.

27 Zie bijvoorbeeld House of Lords 18 november 1999, UKHL 47 (*Carmichael/National Power plc*); Court of Appeal 21 december 2012, EWCA Civ 1735, punt 12 (*Stringfellow Restaurants Ltd./Quashie*).

28 S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 153. Zie bijvoorbeeld Court of Appeal 29 april 2008, EWCA Civ 430 (*Consistent Group Ltd./Kalwak and others*).

29 Supreme Court 27 juli 2011, UKSC 41 (*Autoclenz Ltd./Belcher*).

30 EAT 18 september 2001, ICR 667 (*Byrne Brothers (Formwork) Ltd./Baird*).

31 De eis dat het werk persoonlijk wordt uitgevoerd kent wel eenzelfde invulling als bij de employee.

32 Supreme Court 27 juli 2011, UKSC 41 (*Autoclenz Ltd./Belcher*), r.o. 24-26.

33 S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, Oxford: Hart 2012, p. 177.

dient te bieden.³⁴ Het Court of Appeal hanteerde echter een andere benadering in de uitspraak *Windle* uit 2016 en achtte bij de beoordeling van ondergeschiktheid wel relevant dat toekomstige verplichtingen ontbraken.³⁵ Het verschil in graad is tevens lastig te duiden bij de inhoudelijke beoordeling van ondergeschiktheid (element ii). De rechtspraak leert dat een worker zichzelf niet actief aanbiedt op de markt, maar in feite is gerekruteerd om integraal onderdeel van het bedrijf van de opdrachtgever uit te maken.³⁶ In *Byrne Brothers* onderscheidde het EAT in dit verband enerzijds werkers wiens mate van afhankelijkheid in feite gelijk is aan die van werknemers en anderzijds zij die zich op 'arm's-length' bevinden. De elementen die het EAT aanwendt om een worker te duiden, zijn gelijk aan de elementen op basis waarvan onderscheid wordt gemaakt tussen een employee en independent contractor. Relevant zijn de mate van gezag, de exclusiviteit en duur van de opdracht, wijze van betalen, gebruik van materialen en bij wie het risico ligt. Volgens het EAT ligt de drempel bij een worker lager in vergelijking tot een employee.³⁷ Hoeveel lager blijft echter ongewis; het lijkt een kwestie van gevoel te zijn. Overigens is ondergeschiktheid niet essentieel om van een worker te kunnen spreken. Het Supreme Court benoemde in de uitspraak *Bates van Winkelhof* uit 2014 dat ondergeschiktheid behulpzaam kan zijn bij het onderscheid tussen independent contractor en worker, maar dat het "mystery ingredient subordination" geen universeel aspect van de worker betreft.³⁸ Om te bepalen of een persoon worker is in het licht van de slotzin van art. 230 onder b ERA moet de rechter de wettelijke criteria toepassen. In deze uitspraak ging het om een vennoot die niet in ondergeschiktheid werkte maar toch worker was omdat niet kon worden gezegd dat zij een zelfstandige onderneming dreef voor een *customer or client*. Ze was met haar onderneming volledig geïntegreerd in de vennootschap (LLP) en kon zichzelf niet vrijelijk aanbieden aan andere bedrijven.

3. Worker-begrip en de kwalificatie van platformarbeid

Het Verenigd Koninkrijk heeft binnen de EU een relatief hoog percentage aan platformwerkers³⁹ en Engelse rechters hebben zich inmiddels meerdere malen uitgelaten over de juridische kwalificatie van platformarbeid. In acht zaken stond de juridische kwalificatie van de platformwerker cen-

traal.⁴⁰ Het valt op dat de werker in zeven van de acht een beroep deed op de worker-status en niet claimde dat sprake was van een employee-status.⁴¹ De uitspraken tonen aan dat de discussie zich steeds richt op een of meerdere elementen van de irreducible minimum. Wij lopen deze drie elementen hierna langs. In alle uitspraken geldt dat de overeenkomst eenzijdig was opgesteld door het platform en de overeenkomst de werker als zelfstandige aanduidde.⁴²

3.1 Personal performance

Voorwaarde voor de worker-status is het persoonlijk verrichten van werk. In de *Uber*-zaak bestond hierover geen discussie. Toegang tot de app van Uber is persoonsgebonden (de chauffeur moet met zijn inlogcode inloggen) en chauffeurs mogen zich niet laten vervangen. In andere uitspraken speelde dit element wel een rol. Met een beroep op clausules die vervanging toelaten, betoogden de bezorgdiensten CitySprint en Hermes dat de arbeid niet persoonlijk verricht hoefde te worden.⁴³ In allebei de zaken keek het Employment Tribunal (ET) verder dan wat in de overeenkomst stond. Bij CitySprint bestond praktisch geen mogelijkheid om een vervanger in te schakelen. De enige optie was om te ruilen met een andere door het bedrijf goedgekeurde koerier. De mogelijkheden bij Hermes waren ruimer maar hier gold dat Hermes haar bezorgers in feite gedurende zes dagen per week verantwoordelijk maakte voor een eigen werkgebied. Het ET beschouwde het incidenteel kunnen inschakelen van een vervanger als invulling het werk persoonlijk te moeten verrichten. Ook in de uitspraak *Pimlico Plumbers* stond dit criterium in de schijnwerpers.⁴⁴ Het Supreme Court ging specifiek in op de grenzen van het recht op vervanging. Indien een voorwaardelijk recht op vervanging bestaat, zoals in deze zaak het geval was, hangt het van de voorwaarden af of dat recht strijdig is met de plicht het werk persoonlijk uit te voeren. Hoe strenger de voorwaarden, des te eerder is de werker verplicht het werk persoonlijk uit te voeren. Smith kon zich alleen laten vervangen door een werker van Pimlico Plumbers. Dat rechtvaardigde volgens het Supreme Court de conclusie dat op Smith een persoonlijke verplichting rustte de arbeid te verrichten. Er bestaat in dit geval weinig verschil met vervanging door een collega wanneer sprake is van loondienst.

34 A.C.L. Davies, 'The Contract for Intermittent Employment', *ILJ* 2007/36, p. 104.

35 Court of Appeal 12 mei 2016, EWCA Civ 459 (*Secretary of State for Justice/Windle & Arada*). De zaak had betrekking op het ruime employee-begrip uit de Equality Act waarvan de betekenis qua reikwijdte overeenkomsten vertoont met het worker-begrip uit andere regelingen (zie slot par. 2.1).

36 EAT 21 december 2005, IRLR 181 (*Cotswold Developments Construction Ltd./Williams*); EAT 21 februari 2007, IRLR 296 (*James/Redcats (Brand) Ltd.*).

37 EAT 18 september 2001, ICR 667 (*Byrne Brothers (Formwork) Ltd./Baird*), r.o. 17(5).

38 Supreme Court 21 mei 2014, UKSC 32 (*Clyde & Co LLP/Bates van Winkelhof*), r.o. 39.

39 'Platform Workers in Europe Evidence from the COLLEEM Survey', European Commission, juni 2018, p. 3.

40 Met inbegrip van een eventueel hoger beroep betreft het in totaal dertien uitspraken.

41 Uitzondering is de uitspraak inzake *Pimlico Plumbers* waar de werkende zich op de employee status beriep voor zijn claim oneerlijk te zijn ontslagen (een aanspraak die alleen employees toekomt). Deze claim wees zowel het ET als de EAT af (zie EAT 21 november 2014) en stond bij de Supreme Court niet langer ter discussie. Dit aspect uit de uitspraak blijft daarom verder buiten beschouwing.

42 Enkel in de *Uber*-zaak stond ter discussie of tussen partijen wel een overeenkomst bestond. Zie ET 28 oktober 2016, IRLR 4 (*Aslam and others/Uber B.V. and others*).

43 ET 5 januari 2017 (*Dewhurst/CitySprint UK Ltd.*); ET 22 juni 2018 (*Leyland and others/Hermes Parcelnet Ltd.*).

44 Supreme Court 13 juni 2018, UKSC 29 (*Pimlico Plumbers Ltd./Smith*).

Het betoog had wel succes in de zaak tegen Deliveroo bij het Central Arbitration Committee (CAC).⁴⁵ Het contract tussen partijen omvatte een recht op vervanging, zodat een koerier vrijelijk iemand kon aanwijzen het werk uit te voeren.⁴⁶ Het CAC achtte doorslaggevend dat een ruimhartig en onbeperkt recht op vervanging bestond. Dit gold zowel voor als nadat de koerier een specifieke klus had aanvaard.⁴⁷ Met de substitution-clause bereikte Deliveroo dat de werkers zelfstandigen en geen workers zijn. Het verschil met de andere uitspraken lijkt te zijn gelegen in het overeenkomen van een ongelimiteerd recht op vervanging. Het businessmodel van bijvoorbeeld Pimlico Plumbers maar ook Uber, CitySprint en Hermes vereist zeggenschap over wie het werk uitvoert. Het maakt Deliveroo daarentegen totaal niet uit wie de maaltijd bezorgt. De uitkomst oogt daarmee in lijn met het oordeel van het Supreme Court in *Pimlico Plumbers*. Het gevaar bestaat echter dat bedrijven vanuit strategisch oogpunt vaker zullen opteren voor een dergelijk onbegrensd recht op vervanging. Bovendien is de vraag wat vervanging in de context van platformarbeid nu feitelijk voorstelt. Een platformwerker kan simpelweg niet bij het platform inloggen als hij geen tijd heeft het werk te verrichten. Dat zou eventueel anders zijn als de platformwerker klussen accepteert voor anderen en daar zijn onderneming op richt. Daarvan was in de *Deliveroo*-zaak geen sprake.

3.2 Mutuality of obligation

Een belangrijk kenmerk van platformwerk is de vrijblijvendheid. In beginsel staat het de platformwerker vrij om te bepalen wanneer hij bij het platform inlogt en welke klussen hij accepteert. Het gaat veelal om losse kortdurende klussen die als opdrachten aan de werkende worden uitbesteed. Bovendien kan de platformwerker zijn diensten bij meerdere platformen aanbieden. Deze vrijheid wijst op een gebrek aan een minimale verplichting om te werken. Het ontbreken van mutuality of obligation is in de uitspraken een van de belangrijkste argumenten van de platformen voor het betoog dat de werkers zelfstandigen zijn. Zo ook in de uitspraak van het Supreme Court inzake *Pimlico Plumbers*. De zaak draaide om loodgieter Smith die werkte voor het bedrijf Pimlico Plumbers en als zelfstandige was ingeschakeld. Smith meende dat het bedrijf hem ten onrechte kortte

op zijn salaris en niet betaalde tijdens vakantie. Hij beriep zich daarvoor op de worker-status. Het Supreme Court stelt dat het bedrijf zich verplicht heeft werk aan te bieden. Van Smith daarentegen werd verwacht wekelijks een minimumaantal uur te werken en aangeboden werk te accepteren onder de vooraf afgesproken voorwaarden. Dit hield in dat tussen partijen toekomstige verplichtingen bestonden en het Supreme Court een overkoepelend (*umbrella*) contract aannam. Smith genoot hierdoor (ook) tussen de afzonderlijke opdrachten door de worker-status.⁴⁸

In de uitspraken kwam echter vaker voor dat toekomstige verplichtingen over en weer ontbraken omdat de werkende geheel vrij was al dan niet in te loggen. In dat geval ontbreekt een overkoepelende overeenkomst en beoordelen rechters de aanwezigheid van mutuality of obligation vanaf het moment dat de werkende bij het platform is ingelogd. Dit was het geval in de uitspraak *Uber*. Het ET meende dat aan mutuality of obligation was voldaan omdat de chauffeur na acceptatie van een aanbod verplicht was het werk uit te voeren. Canceleert een chauffeur de rit na acceptatie alsnog dan is dit een *breach of agreement*, hetgeen resulteert in een tijdelijke uitsluiting van het platform.⁴⁹ De uitspraak hield stand bij het EAT.⁵⁰ In hoger beroep stelde Uber nog dat de chauffeurs na te zijn ingelogd voor een ander platform mochten werken en niet verplicht waren een aanbod te accepteren. Dat lag volgens het EAT anders. Het EAT achtte relevant dat Uber vereist dat de chauffeurs na te zijn ingelogd ten minste 80% van het aangeboden werk accepteren. Als zij de app aanzetten zijn zij 'on-duty' en om die reden beschikbaar om werk aan te nemen. Ook in de zaken tegen CitySprint en Addison Lee bleek mutuality of obligation aanwezig vanaf het moment dat de werker op de app was ingelogd. Anders dan in de *Uber*-zaak hoefden de platformwerkers geen percentage van het aangeboden werk te accepteren. In de zaak tegen CitySprint was echter relevant dat de werkenden meenden dat het weigeren van werk een slechte invloed had op het krijgen van opdrachten in de toekomst.⁵¹ Dat een sanctie niet nodig is, blijkt uit de uitspraak *Addison Lee*. De EAT baseerde mutuality of obligation op de gevestigde praktijk die inhield dat het platform werk aanbod nadat de werkende was ingelogd en zich bereid toonde werk te aanvaarden.⁵² Het is interessant te zien dat het ontbreken van toekomstige verplichtingen in geen van de drie uitspraken een rol speelt bij de beoordeling van ondergeschiktheid vanaf het moment dat de werkende is ingelogd. Dit is in strijd met de uitspraak *Windle* uit 2016 maar in lijn met de visie uit de literatuur (zie par. 2.3).

45 Central Arbitration Committee Trade Union and Labour Relations 14 november 2017, TUR1/985(2016) (*IWGB/Deliveroo*). Deze zaak was aangespannen door de Independent Workers Union of Great Britain (IWGB) en had betrekking op de vraag of de vakbond erkend moest worden als onderhandelingspartner namens een groep van koeriers van Deliveroo. Om toegelaten te worden dienden de koeriers worker te zijn in de zin van art. 296 TULCRA 1992. Het betreft vrijwel dezelfde definitie als in art. 230 lid 3 ERA. De CAC is het orgaan dat bevoegd is hierover te oordelen.

46 De enige beperking is dat iemand die eerder van het platform is verwijderd vanwege een grove schending van de overeenkomst niet als vervanger mag optreden dan wel iemand die als vervanger voor een andere koerier zich dusdanig had misdragen dat, mocht hij zelf een contract hebben met Deliveroo, dit grond zou zijn geweest voor beëindiging.

47 Tegen het oordeel staat geen hoger beroep open. Er bestaat wel een mogelijkheid tot 'judicial review'. Dit houdt kort gezegd in dat een partij die meent dat een uitspraak onwettig is, deze voor mag leggen aan het High Court. De IWGB heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en de High Court heeft het beroep goedgekeurd. Het beroep heeft echter geen betrekking op de het oordeel ten aanzien van de worker-status.

48 Zie UK Supreme Court 13 juni 2018, UKSC 29 (*Pimlico Plumbers Ltd./Smith*), r.o. 40-41. Hetzelfde gold in ET 22 juni 2018 (*Leyland and others/Hermes Parcelnet Ltd.*); ET 25 september 2017 (*M Lange e.o./Addison Lee Ltd.*).

49 ET 28 oktober 2016, IRLR 4 (*Aslam and others/Uber B.V. and others*), r.o. 53.

50 EAT 10 november 2017, UKEAT/0056/17/DA (*Uber B.V. and others/Aslam and others*).

51 ET 5 januari 2017 (*Dewhurst/CitySprint UK Ltd.*), r.o. 49.

52 EAT 11 mei 2018, UKEAT/0289/17/LA (*Addison Lee Ltd./Gascoigne*), r.o. 35.

3.3 *Client or customer*

Wat in de uitspraken opvalt is, dat de meeste werkers als het ware geïntegreerd zijn in het bedrijf.⁵³ Ze werken veel voor hetzelfde platform en hebben vaak slechts één opdrachtgever.⁵⁴ Bovendien heeft de werker weinig invloed op de beloning. Het zijn de platformen die eenzijdig de inhoud van de overeenkomst bepalen.⁵⁵ Daarvan afwijken is vrijwel onmogelijk.⁵⁶ Naast invloed op de inrichting van de overeenkomst, oefent het platform doorgaans invloed uit op de uitoefening van de werkzaamheden. Zo moesten werkenden in verschillende zaken verplicht kleding van het bedrijf dragen⁵⁷ en bestonden eisen ten aanzien van gebruikte voertuigen.⁵⁸ Ook bleek van documenten met algemene instructies waaraan de werkenden zich moesten houden.⁵⁹ In het veld werden zij aangestuurd via een app of door *controllers* van het bedrijf.⁶⁰ Uit de uitspraken blijkt dat de platformen onder deze omstandigheden controle over de werkers uitoefenen en is voldaan aan de mate van ondergeschiktheid die de worker-status vereist. Gezag is misschien niet doorslaggevend (zie slot par. 2.3), maar speelt in de uitspraken desondanks een zeer belangrijke rol.⁶¹ Uiteindelijk bleek het platform in geen van de acht zaken slechts een klant of cliënt van de werkende te zijn.⁶²

53 Onder meer Uber, CitySprint en Pimlico Plumbers presenteren de werkers naar buiten toe als onderdeel van het bedrijf. Zij worden veeleer ook als zodanig gerekruteerd. Zie: ET 28 oktober 2016, IRLR 4. (*Aslam and others/Uber B.V. and others*), r.o. 94; ET 5 januari 2017 (*Dewhurst/CitySprint UK Ltd.*), r.o. 94; ET 22 juni 2018 (*Leyland and others/Hermes Parcelnet Ltd.*), r.o. 4.10. Vgl. EAT 21 december 2005, IRLR 181 (*Cotswold Developments Construction Ltd./Williams*).

54 ET 28 oktober 2016, IRLR 4. (*Aslam and others/Uber B.V. and others*); ET 5 januari 2017 (*Dewhurst/CitySprint UK Ltd.*); ET 22 juni 2018 (*Leyland and others/Hermes Parcelnet Ltd.*); UK Supreme Court 13 juni 2018, UKSC 29 (*Pimlico Plumbers Ltd./Smith*).

55 EAT 11 mei 2018, UKEAT/0289/17/LA (*Addison Lee Ltd./Gascoigne*); ET 28 oktober 2016, IRLR 4 (*Aslam and others/Uber B.V. and others*); ET 22 juni 2018 (*Leyland and others/Hermes Parcelnet Ltd.*), r.o. 4.11.2.

56 Uber betoogde dat hoewel het afspreken van een hoger tarief niet mogelijk was, chauffeurs wel een lager tarief mochten overeenkomen met een passagier. Hoe dit feitelijk moest gebeuren was echter onduidelijk aangezien de betaling via het platform loopt en de app geen mogelijkheid biedt een lagere vergoeding overeen te komen. ET 28 oktober 2016, IRLR 4 (*Aslam and others/Uber B.V. and others*).

57 ET 5 januari 2017 (*Dewhurst/CitySprint UK Ltd.*); UK Supreme Court 13 juni 2018, UKSC 29 (*Pimlico Plumbers Ltd./Smith*).

58 ET 28 oktober 2016, IRLR 4. (*Aslam and others/Uber B.V. and others*); ET 25 september 2017, (*M. Lange e.o./Addison Lee Ltd.*).

59 UK Supreme Court 13 juni 2018, UKSC 29 (*Pimlico Plumbers Ltd./Smith*); ET 28 oktober 2016, IRLR 4 (*Aslam and others/Uber B.V. and others*); ET 5 januari 2017 (*Dewhurst/CitySprint UK Ltd.*); ET 23 maart 2017 (*Boxer/Excel Group Services Ltd.*); ET 22 juni 2018 (*Leyland and others/Hermes Parcelnet Ltd.*).

60 Bijvoorbeeld in ET 5 januari 2017 (*Dewhurst/CitySprint UK Ltd.*); UK Supreme Court 13 juni 2018, UKSC 29 (*Pimlico Plumbers Ltd./Smith*); ET 22 juni 2018 (*Leyland and others/Hermes Parcelnet Ltd.*); ET 23 maart 2017 (*Boxer/Excel Group Services Ltd.*).

61 Zo was bijvoorbeeld de ondergeschikte positie van loodgieter Smith een belangrijke aanwijzing dat Pimlico Plumbers niet slechts een klant of cliënt was. Zie EAT 21 november 2014 (*Pimlico Plumbers Ltd./Smith*), r.o. 40.

62 Alleen in de *Deliveroo*-zaak speelt dit punt geen rol aangezien het CAC het beroep op de worker-status afwijst vanwege het ontbreken van een persoonlijke verplichting het werk te verrichten.

4. Nederlandse 'tussencategorie' in het licht van het worker-begrip

De vraag die wij ons aan het begin van het artikel stelden is of de tussencategorie uit het Verenigd Koninkrijk een oplossing biedt voor de Nederlandse platformwerker. Het is in dat verband relevant meer in het algemeen op te merken dat in Nederland reeds een tussencategorie bestaat, zij het niet in de Engelse vorm. Op verschillende terreinen is de personele reikwijdte van het arbeidsrecht ruimer dan werkenden werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW.

Zo is als gevolg van een relatief recente aanpassing de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag van toepassing op personen die tegen beloning arbeid verrichten op basis van een overeenkomst van opdracht, tenzij zij de arbeid verrichten in de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf.⁶³ Verder kent het Nederlandse arbeidsrecht dat een implementatie is van Europese richtlijnen een ruimere personele reikwijdte dan art. 7:610 BW. Hoewel de richtlijnen het werknemersbegrip niet definiëren en soms zelfs verwijzen naar het nationale recht, kiest het Hof van Justitie steeds vaker voor een Unierechtelijke invulling.⁶⁴ De Europese criteria komen overeen met de criteria uit art. 7:610 BW, maar de wijze van beoordelen is anders. Sinds het arrest *Groen/Schoevers* van de Hoge Raad uit 1997 speelt in Nederland de partijbedoeling naast de feitelijke uitvoering een rol.⁶⁵ Als de partijbedoeling duidt op een opdracht-overeenkomst wijzen algemene instructies eerder in de richting van de opdracht- dan de arbeidsovereenkomst. De *Deliveroo*-uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam past in dit beeld.⁶⁶ De beoordeling in Europa is evenwel een andere. Het Hof van Justitie gaat op basis van de feitelijke uitvoering na of aan de criteria is voldaan; aard en inhoud van de overeenkomst (dus de partijbedoeling) doen er niet toe.⁶⁷ Het Europese werknemersbegrip is hierdoor ruimer dan zijn

63 Art. 2 lid 2 onder b Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Zie ook J.J.M. de Laat, 'De overeenkomst van opdracht, algemene voorwaarden en de zelfstandige zonder personeel'. *TRA* 2017/69.

64 Zie recent HvJ EU 25 oktober 2018, C-260/12 (*Anodiki Services EPE*), punt 25. Ook als de richtlijn een verwijzing naar het nationale recht omvat, gaat het Hof tegenwoordig van een uniforme invulling uit. Illustratief is HvJ EU 17 november 2016, *JAR* 2016/306, m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Ruhrlandklinik*). Het Hof stelde dat de verwijzing naar het nationale recht slechts betekende dat lidstaten zelf mochten bepalen wie onder het begrip viel voor het nationale recht maar daarmee dus niet voor het onderwerp waarop de richtlijn betrekking had.

65 HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

66 Het valt overigens op dat de kantonrechter zeer veel belang toekent aan het feit dat de partijen de overeenkomst als opdrachtovereenkomst duiden en in de overeenkomst regelmatig de term 'zelfstandige' noteerden. Deze benadering is in lagere rechtspraak vaker terug te lezen is. In hun noot bij de uitspraak merken Wiewel en Van Slooten terecht op dat de partijbedoeling niet blijkt uit de wijze waarop partijen de overeenkomst duiden maar uit de aard en de inhoud daarvan (zie noot 4). Bovendien valt er iets voor te zeggen de partijbedoeling minder relevant te achten bij een zwakke maatschappelijke positie van de werkende (zoals hier het geval was).

67 HvJ EU 11 november 2010, zaak C-232/09 (*Danosa*), punten 49 en 56; HvJ EU 10 augustus 2014, *JAR* 2014/245 (*Haralambidis*), punten 30-34.

Nederlandse tegenhanger.⁶⁸ Deze ruimere benadering werkt door in het personele bereik van het Nederlandse implementatierecht. Het gaat daarbij om regelgeving inzake veiligheid en hygiëne, arbeidstijden, vakantie, gelijke behandeling, duidelijkheid inzake arbeidsvoorwaarden, medezeggenschap en herstructureringen. Bovendien sluit ook de cao-exceptie ten aanzien van het mededingingsrecht aan bij het ruimere Europese werknemersbegrip.⁶⁹ Zelfstandigen naar Nederlands recht die vallen onder het Europese werknemersbegrip kunnen op deze rechten aanspraak maken.

Het Engelse worker-begrip is niet onder invloed van het Europese recht tot stand gekomen. Veel van de basisrechten die het Engelse recht aan de worker toekent, zijn echter wel als onderwerp terug te lezen in de Europese richtlijnen.⁷⁰ Uiteraard heeft de rechtspraak van het Hof van Justitie – net als in Nederland – invloed op het worker-begrip daar waar het Engelse recht een implementatie is van Europese richtlijnen. Toch lezen we deze invloed maar weinig in de Engelse rechtspraak terug.⁷¹ Dit neemt niet weg dat tussen de begrippen parallellen zichtbaar zijn. Zowel het Europese werknemersbegrip als het Engelse worker-begrip achten de overeenkomst op basis waarvan wordt gewerkt irrelevant (dit kan een opdrachtovereenkomst zijn). Bovendien hanteren beide begrippen een ruime op organisatorische aspecten gerichte feitelijke benadering van gezag⁷² en mag het niet gaan om werkenden die persoonlijke arbeid verrichten voor een klant of cliënt (of in Europese termen: voor eigen rekening en risico). Het Europese werknemersbegrip lijkt een iets grotere groep werkenden te omvatten nu de inhoud van de overeenkomst in het Verenigd Koninkrijk enige en in Europa geen relevantie bij de beoordeling heeft. Dit brengt ons tot de conclusie dat het invoeren van de Engelse tussencategorie aan het Nederlandse recht *materieel* weinig toevoegt. Een Nederlandse werkende die voldoet aan de criteria van het Engelse worker-begrip voldoet doorgaans ook aan de criteria van het Europese werknemersbegrip en kan om die reden naar Nederlands recht reeds aanspraak maken op een soortgelijke set aan basisrechten. Het invoeren van een wettelijke tussencategorie kan desondanks zinvol zijn in het licht van de rechtszekerheid. In het Verenigd Koninkrijk is duidelijk welke rechten aan de worker-status zijn gekoppeld. In Nederland geldt die rechtszekerheid voor het minimumloon, maar niet voor de uit de Europese richtlij-

nen voortvloeiende arbeidsrechten. Het Nederlandse recht biedt geen enkele indicatie dat het personele bereik van deze rechten ruimer is dan de arbeidsovereenkomst uit art. 7:610 BW.⁷³

Op basis van de huidige regelgeving zijn wij dan ook voorstander van de introductie van een wettelijke tussencategorie in het Nederlandse recht. Wij beseffen ons dat het invoeren van een wettelijke tussencategorie leidt tot nieuwe kwalificatievraagstukken. Aan de andere kant: die vraagstukken zijn er nu ook, alleen is niemand daarmee bekend. Het valt niet te rechtvaardigen dat onduidelijke Nederlandse wetgeving zzp'ers voor wat betreft hun rechten als werkenden in het duister houdt. Het probleem van de rechtsonzekerheid verschuift overigens naar de achtergrond wanneer het kabinet Rutte III zijn plannen uit het Regeerakkoord doorzet. Het voornemen bestaat om bij de beoordeling van gezag uit de Nederlandse definitie van de arbeidsovereenkomst meer nadruk te leggen op materiële dan formele omstandigheden (de partijbedoeling wordt dan minder relevant bij de kwalificatie).⁷⁴ Dit voorstel brengt de Nederlandse met de Europese benadering in lijn en heeft tot gevolg dat de Nederlandse nu nog onduidelijke tussencategorie onderdeel wordt van het Nederlandse reguliere arbeids- en ook socialezekerheidsrecht.

5. Nederlandse 'tussencategorie' en de kwalificatie van platformwerk

Uit onze analyse blijkt dat platformwerkers in het Verenigd Koninkrijk doorgaans met succes de worker-status claimen en dat soortgelijke (basis)rechten in Nederland een vergelijkbare personele reikwijdte kennen. Betekent deze constatering dat de platformwerker in de Nederlandse *Deliveroo*-zaak een werknemer is in de Europese betekenis van het woord, zodat hij naast het minimumloon de Nederlandse arbeidsrechten van Europese oorsprong kan claimen?

Het antwoord is op basis van het huidige Europese recht niet eenvoudig te geven. Het is voornamelijk onduidelijk hoe de Europese criteria van het werknemersbegrip in het licht van de feitelijke uitvoering toepassing vinden in de platform-economie waar taken op ad hoc basis worden uitgevoerd. Het Hof van Justitie heeft zich over het onderwerp nog niet

68 Zo zullen algemene instructies in de Europese feitelijke benadering eerder uitslaan in de richting van gezag, zeker indien de werkende onderdeel uitmaakt van de organisatie van zijn 'opdrachtgever'. Zie hierover meer uitgebreid F.G. Laagland, 'Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip', oratie uitgesproken op 27 september 2018 ter aanvaarding van het ambt als hoogleraar Europees arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit.

69 Vgl. HvJ EU 4 december 2014, zaak C-413/13 (*FNV Kiem*).

70 Er bestaat een verschil. Zo kent de bepaling uit het Engelse recht dat het salaris van de worker niet kan worden aangepast geen Europees equivalent.

71 Een verwijzing naar het Europese recht troffen wij aan in ET 23 maart 2017 (*Boxer/Excel Group Services Ltd.*) en ET 22 juni 2018 (*Leyland and others/Hermes Parcelnet Ltd.*). Het Europees recht lijkt echter geen invloed te hebben gehad op de toetsing.

72 Ondergeschiktheid lijkt in het Engelse recht alleen dan niet vereist als de ondernemer niet vrijelijk met andere opdrachtgevers kan contracteren zoals in de uitspraak *Bates van Winkelhof* het geval was (zie noot 38).

73 Illustratief is art. 9 Waadi dat verwijst naar de arbeidsovereenkomst. De tekst duidt er geenszins op dat het bereik ruimer is dan het bereik van art. 7:610 BW. Desondanks oordeelde de Hoge Raad dat art. 9 Waadi – met verwijzing naar de Uitzendrichtlijn en de daarop gebaseerde rechtspraak van het Hof van Justitie (noot 64) – ook zelfstandigen omvat die werken onder gezag, zie HR 14 april 2017, *JAR* 2017/136, m.nt. Laagland (*Focus on Human*).

74 Regeerakkoord 2017-2021 'Vertrouwen in de toekomst', VVD, CDA, D66, ChristenUnie, p. 25.

uitgelaten⁷⁵ en de Europese Commissie blijft hangen in algemene bewoordingen.⁷⁶ De Commissie heeft eind september 2018 een tender uitgezet met als doel inzichtelijk te maken hoe de lidstaten platformwerk benaderen.⁷⁷ Gezien de hiervoor geconstateerde overeenkomsten tussen het Engelse worker-begrip en het Europese werknemersbegrip bieden de ervaringen uit het Verenigd Koninkrijk een goede indicatie voor de richting die het Hof van Justitie zal opgaan. In de beoordeling zijn een paar verschillen te verwachten. Waar het Engelse recht aan een ongeclausuleerd recht op vervanging waarde toekent (zie de Britse *Deliveroo*-zaak), zal een dergelijke clause voor het Hof van Justitie zonder betekenis zijn. Een ander verschil heeft betrekking op het vrijblijvende karakter dat tussen partijen bestaat (de vrijheid van de werkgever om opdrachten aan te bieden en de vrijheid van de werknemer om al dan niet in te loggen en opdrachten te accepteren). In het arrest *Raulin* uit 1992 kende het Hof aan het vrijblijvende karakter bij een traditionele oproepovereenkomst geen belang toe bij de beoordeling of de werkende voldeed aan de vereisten van het Europese werknemersbegrip.⁷⁸ Deze benadering herhaalde het Hof in het arrest *Allonby* uit 2004.⁷⁹ Dit doet vermoeden dat – net als in het Verenigd Koninkrijk – het vrijblijvende karakter niet aan de kwalificatie als Europese werknemer in de weg zal staan. Verschil is alleen dat het Hof van Justitie de overkoepelende overeenkomst als uitgangspunt voor de kwalificatie neemt, terwijl de Britse rechter aansluiten bij de overeenkomst die ontstaat nadat de werkende is ingelogd bij het platform (en zich beschikbaar houdt voor werk).⁸⁰

In het licht van onze analyse achten wij de kans groot dat de Nederlandse *Deliveroo*-bezorger een werknemer is naar Europees recht en op basis van de overkoepelende overeenkomst recht heeft op de Europese basisrechten zoals doorbetaling van loon tijdens vakantie. Ook valt hij onder de cao-exceptie en mag de vakbond namens hem onderhandelen. Naar Nederlands recht blijft de overkoepelende over-

eenkomst een opdrachtovereenkomst.⁸¹ Europa staat daaraan niet in de weg. In dat verband constateren wij nog wel een lastig punt. De kwalificatie als opdrachtovereenkomst naar Nederlands recht heeft tot gevolg dat de vrijblijvendheid tussen partijen een ongeclausuleerd en onbeperkt karakter krijgt. Op de opdrachtgever (het platform) rust naar Nederlands recht geen plicht arbeid aan te bieden. Met name laaggeschoolde werkenden die eenvoudig inwisselbaar en economisch van het platform afhankelijk zijn, komen op deze manier in een preciaire positie terecht. Dit aspect verdient aandacht. Het vrijblijvende karakter is inherent aan platformwerk en daar dient oog voor te zijn in een maatschappij waar de noodzaak van flexibiliteit inmiddels een gegeven is en ook de nodige platformwerkers op zoek zijn naar een wisselende invulling van werk. Aan de andere kant valt niet te rechtvaardigen dat platformwerkers onder alle omstandigheden aan het vrijblijvende karakter gebonden blijven hetgeen zo is als de overkoepelende overeenkomst een opdrachtovereenkomst is. Er zijn verschillende oplossingsrichtingen denkbaar.

Een eerste is geïnspireerd op de rechtspraak uit het Verenigd Koninkrijk. Er valt iets voor te zeggen de overkoepelende overeenkomst naar Nederlands recht te kwalificeren als raamovereenkomst. De overkoepelende overeenkomst vermeldt onder welke voorwaarden het werk wordt verricht, maar kent geen verplichtingen arbeid aan te bieden dan wel in te loggen op het platform. Nederlandse rechters kwalificeren traditionele oproepovereenkomsten met een vrijblijvendheid karakter doorgaans als raamovereenkomst.⁸² Deze alternatieve wijze van kwalificeren heeft – kijkend naar de Engelse rechtspraak – tot gevolg dat een afzonderlijke overeenkomst tot stand komt nadat de werker bij het platform is ingelogd (vanaf dat moment bestaat bereidheid tot werken). Hiermee is niet gezegd dat de afzonderlijke overeenkomst een arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 7:610 BW. De vrijblijvendheid zal als aspect van de raamovereenkomst nog steeds een rol spelen bij de kwalificatie van de afzonderlijke overeenkomst maar minder prominent dan het geval is in de *Deliveroo*-uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam. Kortom: er zal eerder sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Toch is het maar de vraag of de Nederlandse platformwerker met deze alternatieve wijze van kwalificeren veel opschiet. Bij de vierde geaccepteerde oproep – zonder onderbreking van zes maanden – ontstaat op basis van de ketenregeling weliswaar een contract voor onbepaalde tijd, maar met de inhoud (naar het lijkt) van het aantal uren dat de laatste opdracht duurde.⁸³ Wat is rechtens als de vijfde opdracht langer duurt? Start

75 Het Hof van Justitie heeft zich uitgelaten over platform Uber maar deed dat in de context van de vraag of Uber een vervoersonderneming dan wel een dienst van de informatiemaatschappij betrof, zie HvJ EU 20 december 2017, zaak C-434/15. De uitspraak maakt duidelijk dat de chauffeurs die binnen het Uber-platform rijden geen eigen activiteit verrichten die onafhankelijk van dit platform bestaat. De vraag naar de kwalificatie van de overeenkomst tussen het platform en de chauffeurs lag niet voor bij het Hof. De A-G besteedt aan deze vraag aandacht maar laat het antwoord in het midden, zie de conclusie van A-G Szpunar van 11 mei 2017, punt 54. Ook in het arrest van 10 april 2018, zaak C-320/16 stond het platform Uber centraal maar ging het evenmin om de kwalificatievraag.

76 COM(2016) 356 final, p. 14.

77 Study to gather evidence on the working conditions of platform workers, VT/2018/032, Ref. Ares (2018)4835526 - 20/09/2018.

78 HvJ EG 26 februari 1992, zaak C-357/89 (*Raulin*), punten 9 en 10.

79 HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-256/01 (*Allonby*), punt 72.

80 Barnard merkt terecht op dat de Engelse benadering in strijd lijkt met het Europese recht voor zover Engelse rechters ervan uitgaan dat de vrijblijvendheid tussen partijen (het ontbreken van mutuality of obligation) aan een overkoepelende overeenkomst in de weg staat, vgl. C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford: University Press 2012, p. 153.

81 De literatuur gaat ervan uit dat een vrijblijvende karakter tussen partijen al snel een arbeidsovereenkomst naar Nederlandse recht uitsluit; bij vrijblijvendheid kan men niet spreken van gezag. Vgl. C.J. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 1989, p. 81-82; E.C van Fenema in E. Verhulp & D.J.B. de Wolf (red.), *Flexibele arbeidsrelaties* (Monografieën Sociaal Recht nr. 25), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 27.

82 Vgl. Ktr. Amsterdam 31 december 1996, *JAR* 1997/20; Ktr. Utrecht 7 maart 2001, *JAR* 2001/91; Ktr. Nijmegen 16 maart 2011, *JAR* 2011/159.

83 Ook de ketenregeling is van Europese oorsprong en sluit aldus aan bij het ruime Europese werknemersbegrip.

dan een nieuwe keten of wordt de duur automatisch gelijk aan de duur van de vijfde opdracht of – weer anders – vindt een optelling van uren plaats? De ketenregeling is niet ingericht op veelvuldig kortdurende oproepen.⁸⁴

Een ander idee is bij de kwalificatie als opdracht- dan wel arbeidsovereenkomst vast te houden aan de overkoepelende overeenkomst en in navolging van het Hof van Justitie aan het vrijblijvende karakter geen belang toe te kennen. Nergens staat in art. 7:610 BW genoemd dat het vrijblijvende karakter aan een arbeidsovereenkomst in de weg staat. Ook via deze route zal eerder sprake zijn van een arbeidsovereenkomst maar ditmaal ondergaat de overkoepelende overeenkomst dit lot. Vraag is wel hoe de vrijblijvendheid binnen het stramien van de arbeidsovereenkomst vervolgens invulling krijgt. Het arbeidsrecht biedt de werkende de mogelijkheid een vast aantal uren te claimen gelijk aan het gemiddelde van de drie maanden daarvoor (art. 7:610b BW). Dat duidt erop dat het platform de werkende na drie maanden voor een vast aantal uren opdrachten dient aan te bieden. En moet de werkende dan op een vast aantal tijdstippen inloggen? En heeft de werkende als hij na een uur uitloft toch recht op loon over drie uur (art. 7:628a BW)? Het vrijblijvende karakter waarop platforms zijn gebaseerd, komt bij deze benadering onder druk te staan. Een middenweg is de vrijblijvendheid bij de kwalificatie te relativeren in het geval van economische afhankelijkheid (de werker werkt meer dan twintig uur per week voor het platform of ontleent het merendeel van zijn jaarinkomen aan het platform). Onder dergelijke omstandigheden heeft de platformwerker in de praktijk geen keus om in te loggen en opdrachten te accepteren en kan men moeilijk volhouden dat van vrijblijvendheid sprake is. Deze benadering heeft als voordeel dat platformwerkers die het werk erbij doen hun werkzaamheden verrichten op basis van een opdrachtsovereenkomst met alle vrijheid die daarbij hoort, terwijl economisch afhankelijke platformwerkers eerder de zekerheid krijgen van een arbeidsovereenkomst en na drie maanden aanspraak kunnen maken op een vast aantal uren (art. 7:610b BW). Knelpunten zijn dat onderscheid ontstaat op grond van arbeidsduur en economische afhankelijkheid geen eenvoudig te definiëren begrip betreft.

6. Afronding

Het belang van kwalificeren is groot en geen eenvoudige opgave als het gaat om digitale platforms en hun werkenden. Alleen al om die reden is het nuttig na te gaan hoe rechters in andere landen zoals het Verenigd Koninkrijk met de problematiek omgaan. Dat Nederland in het licht van Europese regelgeving een soortgelijke tussencategorie als het Verenigd Koninkrijk kent, versterkt dat belang slechts. De ana-

lyse van het Engelse recht biedt een goede indicatie hoe het Hof van Justitie met de kwalificatie van platformarbeid zal omgaan en de conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de Nederlandse platformwerker qua rechten niet veel verschilt van zijn collega aan de andere kant van het kanaal. Lastig punt blijft de kwalificatie van platformarbeid naar Nederlands recht en, in het verlengde, het belang dat toekomt aan het vrijblijvende karakter dat tussen partijen bestaat. Wij hebben een aantal oplossingen gesuggereerd maar erkennen dat aan al de oplossingen haken en ogen zitten. Deze knelpunten zijn niet eenvoudig op te lossen binnen het huidige Nederlandse recht en vergen een nadere discussie over de regulering van (platform)arbeid. Al met al biedt de Engelse tussencategorie niet de gehoopte verlossing voor de Nederlandse platformwerker, maar in de zoektocht daarnaar geldt de rechtsvergelijking zeker als belangrijke inspiratiebron.

⁸⁴ Deze complicatie doet zich in het Verenigd Koninkrijk niet voor. In het Britse recht ontstaat pas een contract voor onbepaalde tijd na vier jaar (ongeacht het aantal contracten) en alleen wanneer een objectieve reden ontbreekt om nogmaals een contract voor bepaalde tijd aan te bieden (zie art. 8 Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002, nr. 2043).